

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 12-10-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1054/15-10-2018 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενης, ως και

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 15-10-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1068/17-10-2018 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενης,

Κατά της αναθέτουσας αρχής, νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με αμφότερες τις προδικαστικές προσφυγές, στις οποίες οι προσφεύγουσες σωρεύουν αίτημα αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, βάλλουν κατά των όρων της με αρ. διακήρυξης ηλεκτρονικού διεθνούς διαγωνισμού για την προμήθεια «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ ΕΞΕΤΑΣΕΩΝ ΜΕ ΤΑΥΤΟΧΡΟΝΗ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ» και ζητούν ο μιν πρώτος οικονομικός φορέας «.....» την ολική ή μερική ακύρωση της ανωτέρω διακήρυξης κατά το μέρος που αφορά τα Τμήματα 1 (εξετάσεις ρουτίνας και εξετάσεις επιθυμητές), 3 (εξετάσεις καρκινικών δεικτών και εξετάσεις καρκινικών δεικτών επιθυμητές), 4 (εξετάσεις καρκινικών και οστικών δεικτών) και 6 (εξέταση γενική ούρων), ενώ ο δε δεύτερος οικονομικός φορέας «.....»

Αριθμός απόφασης: Α 469, 470/2018

ζητά να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης που αφορά στο Τμήμα 6 (εξετάση γενική ούρων).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Πρόεδρο και Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση αμφοτέρων των προδικαστικών προσφυγών κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (βλ. για τη μεν με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1054/15-10-2018 το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου, ποσού 7.045,00€, όπως και αποδεικτικό πληρωμής του μέσω της τράπεζας ALPHA, για δε τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1068/17-10-2018 το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου, ποσού 600€, όπως και αποδεικτικό πληρωμής του μέσω της τράπεζας ΠΕΙΡΑΙΩΣ, εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκούνται κατά τα λοιπά.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ. διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διεθνή διαγωνισμό, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ ΕΞΕΤΑΣΕΩΝ ΜΕ ΤΑΥΤΟΧΡΟΝΗ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ» από το ΠΠΥΥ 2015 για τις ανάγκες του συγκεκριμένου, η οποία αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 1.408.734,03€, συμπ/νου του αναλογούντος ΦΠΑ, με CPV 33696500-0, και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 12-11-2018. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε Τμήματα και δη Τμήμα 1 (εξετάσεις ρουτίνας και εξετάσεις ρουτίνας επιθυμητές) εκτιμώμενης αξίας 838.952,24€, Τμήμα 2 (εξετάσεις φαρμάκων και εξετάσεις φαρμάκων επιθυμητές) εκτιμώμενης αξίας 58.363,22, Τμήμα 3 (εξετάσεις καρκινικών δεικτών και εξετάσεις καρκινικών δεικτών επιθυμητές) εκτιμώμενης αξίας 85.053,34€, Τμήμα 4 (εξετάσεις καρκινικών και οστικών δεικτών) εκτιμώμενης αξίας 58.782,03€, Τμήμα 5 (εξετάσεις καρκινικών δεικτών) εκτιμώμενης αξίας 28.734,14€ και Τμήμα 6 (εξετάση γενική ούρων) εκτιμώμενης αξίας 66.190,87€. Οι προσφορές υποβάλλονται για ένα,

Αριθμός απόφασης: Α 469, 470/2018

περισσότερα ή όλα τα Τμήματα και μόνο για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας των βασικών εξετάσεων ανά Τμήμα προμήθειας.

3. Επειδή, αμφότεροι οι προσφεύγοντες οικονομικοί φορείς παρίστανται ως έχοντες έκαστος εξ αυτών άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση των αντίστοιχων σχετικών προδικαστικών προσφυγών τους, αφού με την ιδιότητά τους ως εταιρίες δραστηριοποιούμενες στην εμπορία ιατροτεχνολογικών προϊόντων, συνιστούν προδήλως ενδιαφερόμενους προς ανάθεση σε έκαστο εξ αυτών των Τμημάτων της συγκεκριμένης σύμβασης που τους ενδιαφέρουν, ενώ αυτονόητα θίγονται από τους προσβαλλόμενους με την αντίστοιχη προσφυγή τους όρους της διακήρυξης, διότι, όπως δηλώνουν, δεν τους πληρούν και έτσι αποκλείονται από τη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό. Επομένως, οι προσφυγές δεν πιθανολογούνται ως προδήλως απαράδεκτες.

4. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος των προσφευγόντων, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

5. Επειδή, αναλυτικότερα με την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1054/15-10-2018 προσφυγή ο προσφεύγων οικονομικός φορέας «.....» επικαλείται : α) παράβαση του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας και ασάφεια και αοριστία επιμέρους όρων της διακήρυξης. Συγκεκριμένα προβάλλει ότι το άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης, το οποίο διαλαμβάνει περί της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων, είναι ασαφές και αμφίσημο, διότι από τη χρήση του όρου «*μία συναφή προμήθεια αντίστοιχης ποσότητας*» δεν καθίσταται σαφές εάν ως «*μία προμήθεια αντίστοιχης ποσότητας*» νοείται μια προμήθεια αγαθών συγκεκριμένης ποσότητας, η οποία δύναται να έχει πραγματοποιηθεί στο πλαίσιο μίας ή περισσότερων συμβάσεων ή, αντιθέτως, ο εν λόγω όρος χρησιμοποιείται υπό την τυπική του έννοια, ήτοι ως μία σύμβαση προμήθειας, ώστε κρίσιμη να θεωρείται η αιτία της οικείας προμήθειας και όχι η προμήθεια καθ' εαυτή. Επιπλέον, ενόψει της επικαλούμενης αντίφασης του γράμματος του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, στο οποίο γίνεται λόγος για «αντίστοιχη ποσότητα» και του γράμματος του ΕΕΕΣ, στο οποίο γίνεται λόγος για «Ποσό», δεν προκύπτει με την βεβαιότητα που επιβάλλεται εάν τελικά για τη νόμιμη συμμετοχή στον Διαγωνισμό θα ληφθεί υπόψη η ποσότητα των

Αριθμός απόφασης: Α 469, 470/2018

παραδόσεων της τελευταίας τριετίας ή η αξία αυτών των παραδόσεων και σε περίπτωση που πρέπει να ληφθεί υπόψη η ποσότητα των παραδόσεων της τελευταίας τριετίας, σε ποιο σημείο του ΕΕΕΣ θα πρέπει αυτό να δηλωθεί. Επίσης δημιουργεί και επιπλέον ασάφεια και αβεβαιότητα ως προς την αληθή έννοια του σχετικού κριτηρίου επιλογής, αφού δεν καθίσταται σαφές εάν ως «αντίστοιχη» νοείται «ίση» ή «λίγο μικρότερη» ή «λίγο μεγαλύτερη», ούτε είναι σαφές, σε περίπτωση συμμετοχής σε κάποια εκ των τμημάτων του Διαγωνισμού, εάν το «αντίστοιχη» αφορά μόνο το τμήμα για το οποίο υποβάλλεται προσφορά ή το σύνολο του Διαγωνισμού. Περαιτέρω, εάν ήθελε θεωρηθεί ότι ως «*μία προμήθεια αντίστοιχης ποσότητας*» νοείται μια παράδοση αγαθών η οποία έχει λάβει χώρα στο πλαίσιο μίας και μόνης σύμβασης προμήθειας ίσης ή μεγαλύτερης αξίας του αντικειμένου για το οποίο υποβάλλεται προσφορά, η σχετική πρόβλεψη της Διακήρυξης αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας, λαμβάνοντας υπόψη και ανάγοντας σε κριτήριο επιλογής, επί ποινή αποκλεισμού, ένα άνευ σημασίας –κατά την προσφεύγουσα - ζήτημα, ήτοι εάν η απαιτούμενη προμήθεια έχει πραγματοποιηθεί δυνάμει μίας ή περισσότερων συμβατικών σχέσεων, δεδομένου ότι κρίσιμο για τη διαπίστωση της ικανότητας ενός οικονομικού φορέα δεν είναι προφανώς το πόσες συμβάσεις έχει συνάψει κατά το ίδιο έτος, αλλά το να έχει διαχειριστεί επιτυχώς, κατά το ίδιο έτος, παράδοση/παραδόσεις αντίστοιχης αξίας προϊόντων, ανεξαρτήτως εάν η παράδοση/παραδόσεις αυτή/αυτές έχουν ως αιτία μία ή περισσότερες συμβάσεις, μία ή περισσότερες παραγγελίες από τον ίδιο αντισυμβαλλόμενο/ πελάτη του. Συνεπώς, η (τυχόν) απαίτηση η συγκεκριμένη παράδοση να έχει συντελεστεί στο πλαίσιο εκτέλεσης της ίδιας συμβατικής σχέσης ούτε αναγκαίο, ούτε κατάλληλο, ούτε εν στενή έννοια ανάλογο μέτρο είναι σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό (να διαπιστωθεί η ικανότητα διαχείρισης και εκτέλεσης, κατά το ίδιο έτος, παράδοσης/ παραδόσεων αντίστοιχης αξίας προϊόντων. **β)** Παράβαση του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016, ανεπίτρεπτη σύγχυση των κριτηρίων ανάθεσης βάσει της τιμής και βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής και ασάφεια και αοριστία επιμέρους όρων της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα προβάλει ότι, καίτοι η Διακήρυξη ορίζει ότι το κριτήριο ανάθεσης του Διαγωνισμού είναι αυτό της «*πλέον συμφέρουσας προσφοράς από οικονομική άποψη, βάσει τιμής*», παρόλα αυτά, κατά την

Αριθμός απόφασης: Α 469, 470/2018

παράθεση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια ειδών, η Διακήρυξη δεν προβλέπει μόνο τις απαιτούμενες, επί ποινή αποκλεισμού, τεχνικές προδιαγραφές των εν λόγω ειδών, αλλά προβλέπει, αφενός, σειρά «*επιθυμητών*» προδιαγραφών, για τις οποίες, όμως, δεν προκύπτει ποια είναι η σημασία τους στον Διαγωνισμό, εφόσον, σύμφωνα με το άρθρο 2.3.1 της Διακήρυξης, «*για την σύγκριση των προσφορών και την ανάδειξη της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς βάσει τιμής, θα ληφθεί υπόψη η συνολική ετήσια δαπάνη για την εκτέλεση του συνόλου των βασικών (υποχρεωτικών) εξετάσεων ανά ΤΜΗΜΑ προμήθειας χωρίς το ΦΠΑ*»), προδιαγραφών που θα πρέπει «*κατά προτίμηση*» να πληρούνται και προδιαγραφών που, χωρίς να προσδιορίζεται κάποιο συγκεκριμένο επί ποινή αποκλεισμού (on/ off) μέγεθος, ζητείται απλώς η περιγραφή μίας λειτουργίας, ενός χαρακτηριστικού, μίας ιδιότητας. Ούτε σε κανένα σημείο της Διακήρυξης αναφέρεται πώς συνάδει μία τέτοια αξιολόγηση με το κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά βάσει τιμής, αφετέρου, ούτε προσδιορίζεται ποια είναι ακριβώς η έννοια αυτής της αξιολόγησης. Επομένως, οι παραπάνω διατάξεις της Διακήρυξης είναι, κατά την προσφεύγουσα, παράνομες, όχι μόνο διότι προβλέπουν στοιχεία τα οποία προσιδιάζουν στο κριτήριο ανάθεσης βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, χωρίς, όμως, το κριτήριο αυτό να έχει οριστεί από την Διακήρυξη ως κριτήριο ανάθεσης, αλλά και διότι καθ' εαυτές οι διατάξεις είναι τόσο αόριστες και ασαφείς, ώστε να είναι αδύνατον να κατανοήσει οποιοσδήποτε ενδιαφερόμενος φορέας ποιο ακριβώς είναι το εύρος της διακριτικής ευχέρειας που - ούτως ή άλλως παρανόμως - δίδεται στην Αναθέτουσα Αρχή, κατά την αξιολόγηση των προσφορών. Κατά την προσφεύγουσα, εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι οι παραπάνω τεχνικές προδιαγραφές είναι κρίσιμες, όφειλε, εφόσον επέλεξε το κριτήριο ανάθεσης να είναι αυτό αποκλειστικά βάσει τιμής, να τις περιγράψει ως ελάχιστες (επί ποινή αποκλεισμού) προδιαγραφές. Αντιστρόφως, εφόσον ήθελε αυτές οι τεχνικές προδιαγραφές απλώς να αξιολογούνται υπέρ του οικονομικού φορέα που τις προσφέρει, όφειλε να είχε καθορίσει ως κριτήριο ανάθεσης αυτό βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, καθορίζοντας, μάλιστα, κατά τρόπο σαφή και ορισμένο σε τι βαθμό θα επηρεαζόταν το αποτέλεσμα του διαγωνισμού από τις εν λόγω προδιαγραφές (κριτήρια βαθμολογίας και σχέση τεχνικής και οικονομικής προσφοράς).

Αριθμός απόφασης: Α 469, 470/2018

6. Επειδή, με τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1068/17-10-2018 προσφυγή ο προσφεύγων οικονομικός φορέας «.....» επικαλείται τα εξής: Με τον όρο 6 των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, που έχουν τεθεί για τον υπό προμήθεια αναλυτή μέτρησης φυσικοχημικών παραμέτρων (Τμήμα 6), απαιτείται το εν λόγω μηχάνημα, στο οποίο πρόκειται να διενεργηθούν οι ζητούμενες ποσότητες της γενικής εξέτασης ούρων : *«Να διορθώνει αυτόματα την τιμή του ειδικού Βάρους σε δείγματα με γλυκοζουρία και πρωτεϊνουρία»*. Με τον όρο αυτό, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, σε περίπτωση που στο υπό εξέταση δείγμα των ούρων υπάρχει αυξημένη συγκέντρωση των ουσιών γλυκόζης (γλυκοζουρία) και πρωτεϊνών (πρωτεϊνουρία), οι οποίες ενδέχεται να παρεμποδίζουν την ακρίβεια μέτρησης του ειδικού βάρους (ΕΒ) των ούρων, ζητείται ο προσφερόμενος αναλυτής να διορθώνει αυτόματα την τιμή του ειδικού βάρους των ούρων στα δείγματα αυτά, ώστε να μην αλλοιώνεται το αποτέλεσμα της εν λόγω μέτρησης. Ωστόσο, ενώ το εάν και κατά πόσο οι ανωτέρω ουσίες παρεμποδίζουν την ακρίβεια των μετρήσεων του ειδικού βάρους των ούρων, ώστε να ανακύπτει ζήτημα διόρθωσης της τιμής του, εξαρτάται αποκλειστικά από την τεχνολογία του κάθε αναλυτή, ο εν λόγω όρος της διακήρυξης, ο οποίος αποσκοπεί στο να μην αλλοιώνεται η ακρίβεια της μέτρησης του ειδικού βάρους των ούρων, έχει υπόψη του αναλυτές συγκεκριμένης μόνο τεχνολογίας, οι μετρήσεις των οποίων επηρεάζονται από τις ουσίες αυτές που παρεμποδίζουν την ακρίβεια της μέτρησης του ειδικού βάρους και για τούτο ζητεί να έχει τη δυνατότητα να διορθώνεται αυτόματα η εν λόγω τιμή. Αντιθέτως ο αναλυτής «iChem Velocity» του οίκου «.....» της προσφεύγουσας, λόγω της τεχνολογίας μέτρησης που χρησιμοποιεί μέσω της διαθλασιομετρίας στο σύστημα χημείας ούρων και του τρόπου εφαρμογής της, δεν επηρεάζεται κατά την μέτρηση του ειδικού βάρους των ούρων από την ύπαρξη γλυκοζουρίας και πρωτεϊνουρίας στο δείγμα και εξασφαλίζει ακριβή αποτελέσματα. Για τούτο και δεν υφίσταται ανάγκη διόρθωσης των τιμών του ειδικού βάρους των ούρων, με βάση και το εγχειρίδιο οδηγιών χρήσης του, καθώς και την από 9.10.2018 διευκρινιστική δήλωση του ως άνω κατασκευαστικού οίκου του, με την οποία βεβαιώνει ότι στον αναλυτή «iChem Velocity», όπως και στον αναλυτή της ίδιας σειράς «iCell» που επίσης κατασκευάζει, *«το ειδικό Βάρος προσδιορίζεται με φυσικό τρόπο μέσω*

Αριθμός απόφασης: Α 469, 470/2018

διαθλασιομετρίας στο σύστημα χημείας ούρων και δεν αναλύεται μέσω χημείας λωρίδας. Γλυκόζη, πρωτεΐνη δεν παρεμβαίνουν στο ειδικό Βάρος, όπως άλλωστε αναφέρεται στο εγχειρίδιο IFU (οδηγιών χρήσης)». Υπό τα δεδομένα όμως αυτά, ενώ, όσον αφορά τον προφερόμενο από την προσφεύγουσα αναλυτή η ζητούμενη δυνατότητα αυτόματης διόρθωσης της τιμής του ειδικού βάρους σε περίπτωση γλυκοζουρίας και πρωτεϊνουρίας, είναι άνευ αντικειμένου, καθόσον δεν επηρεάζεται από την ύπαρξη τους στο δείγμα και η μέτρηση του ειδικού βάρους των ούρων είναι ακριβής με συνέπεια να μην παρίσταται ανάγκη διόρθωσης της τιμής του, ο επίμαχος όρος της διακήρυξης, όπως τουλάχιστον έχει διατυπωθεί, αποκλείει τον αναλυτή που προσφέρει, όπως και κάθε άλλο αναλυτή που δεν διαθέτει σύστημα αυτόματης διόρθωσης της τιμής του ειδικού βάρους σε περίπτωση δείγματος με γλυκοζουρία και πρωτεϊνουρία. Ο επίμαχος όρος, όπως έχει τεθεί, δεν αντικατοπτρίζει την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών που υφίστανται στην οικεία αγορά όσον αφορά το επίμαχο ζήτημα. Και τούτο διότι με την απαίτηση αυτή λαμβάνεται ως προαπαιτούμενο και προδιαγράφεται, περιοριστικά, συγκεκριμένη τεχνική λύση επίλυσης του προβλήματος, που παρουσιάζεται αντίστοιχα σε συγκεκριμένους αναλυτές των οποίων οι μετρήσεις του ειδικού βάρους επηρεάζονται από τις συγκεκριμένες ουσίες και όχι το ζητούμενο πρωτίστως αποτέλεσμα να μην επηρεάζεται η μέτρηση του ειδικού βάρους των ούρων από την ύπαρξη γλυκοζουρίας και πρωτεϊνουρίας στο δείγμα, εναλλακτικά δε σε περίπτωση που ο αναλυτής δεν έχει τέτοια δυνατότητα να διορθώνει αυτόματα την τιμή του. Πρέπει επομένως ο ως άνω προσβαλλόμενος όρος να ακυρωθεί, κατά την προσφεύγουσα, ώστε να μην αποκλείονται οι αναλυτές των οποίων οι μετρήσεις του ειδικού βάρους των ούρων δεν επηρεάζονται από την παρουσία στο δείγμα γλυκοζουρίας και πρωτεϊνουρίας.

7. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει των οικείων 1399 & 1400/2018 Πράξεων της Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί των ως άνω προσφυγών.

1. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων και δη: **α)** εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, **β)** της διατύπωσης του όρου

Αριθμός απόφασης: Α 469, 470/2018

“κατάλληλα μέτρα”, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, γ) της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου αναφέρουν ότι τα “μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται” στην έννοια των “καταλλήλων μέτρων”, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων των προσφευγόντων, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης, όπως εν προκειμένω), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

2. Επομένως, όσον αφορά στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης του προσφεύγοντος, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ’ εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ’ αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

Αριθμός απόφασης: Α 469, 470/2018

3. Επειδή, περαιτέρω, αμφότερες οι προσφυγές δεν πιθανολογούνται ούτε ως προδήλως αβάσιμες. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση οι προσφεύγοντες προβάλουν ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης, ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία εκάστου των προσφευγόντων από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

4. Επειδή, αν τυχόν οι προσφυγές ευδοκιμήσουν και οι λόγοι τους κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμους όρους διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδό της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών.

5. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια των με αρ. 1399 & 1400/2018 Πράξεων της Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 5-11-2018, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί των προσφυγών κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους.

6. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή της διενέργειας του διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί των εν λόγω προδικαστικών προσφυγών. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να

Αριθμός απόφασης: Α 469, 470/2018

προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί των προσφυγών κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τα κρινόμενα αιτήματα αναστολής πρέπει να γίνουν δεκτά.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής έκαστης προδικαστικής προσφυγής.

Διατάσσει αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22-10-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΝΩΛΟΓΛΟΥ ΜΑΡΙΑ