

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος και Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15-11-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1200/16-11-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης, ως και

Την από 23-11-2018 παρέμβαση του οικονομικού φορέα ".....".

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Κουρή Σταυρούλα.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αρ. 381/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος με το οποίο κηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο συμμετέχων οικονομικός φορέας «.....», την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου και την ανάδειξη του προσφεύγοντα ως προσωρινού αναδόχου της Ομάδας 1 «ΚΑΥΣΙΜΑ» για την ανάθεση της σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΑΙ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΓΙΑ ΕΝΑ (1) ΕΤΟΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΚΑΙ ΤΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΠΩΝ». Η εν λόγω σύμβαση προκηρύχθηκε με την υπ' αρ. 22517/17-9-2018 διακήρυξη με ανοικτή διαδικασία, άνω των ορίων, μέσω ΕΣΗΔΗΣ (α/α

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

συστήματος), συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 483.715,53€ (μη συμπ/νου ΦΠΑ), με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 22-10-2018 και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, όπως αυτή προκύπτει για μεν τα καύσιμα το μεγαλύτερο ενιαίο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό για το σύνολο των ειδών της 1^{ης} και 2^{ης} Ομάδας, σε ακέραιες μονάδες επί της διαμορφούμενης μέσης μηνιαίας λιανικής τιμής πώλησης εκάστου είδους καυσίμου, για δε τα λιπαντικά της Ομάδας 3 η χαμηλότερη τιμή για το σύνολο των ειδών. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια καυσίμων, λιπαντικών και άλλων ρευστών-υγρών αναλωσίμων για τις ανάγκες των υπηρεσιών του, των Νομικών Προσώπων και των Σχολικών Μονάδων Πρωτοβάθμιας και Δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης του Δήμου. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε τρία (3) Τμήματα, ήτοι Ομάδα 1 που περιλαμβάνει βενζίνη, πετρέλαιο κίνησης και πετρέλαιο θέρμανσης, προϋπολογισθείσας αξίας 459.973,00€, Ομάδα 2 που περιλαμβάνει υγραέριο κίνησης, προϋπολογισθείσας αξίας 14.706,00€ και Ομάδα 3 που περιλαμβάνει λιπαντικά βενζινοκινητήρων, λιπαντικά πετρελαιοκινητήρων, λιπαντικά διαφορικών-γρاناζοκιβωτίων, λιπαντικά υδραυλικών συστημάτων, γράσα, αντιψυκτικά θερμικά και διάφορα λειτουργικά υγρά, προϋπολογισθείσας αξίας 9.036,53€. Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό έχουν δικαίωμα να υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο της προμήθειας ή μεμονωμένα για κάθε μια από τις παραπάνω τρεις Ομάδες.

2. Επειδή, με την από 23-11-2018 παρέμβαση ο οικονομικός φορέας "....." παρεμβαίνει υπέρ του κύρους της ανωτέρω προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και επιδιώκει την απόρριψη της από 15-11-2018 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα «.....».

3. Επειδή, ειδικότερα στον υπόψη διαγωνισμό υποβλήθηκαν για την Ομάδα 1 δύο (2) προσφορές, ήτοι από τους οικονομικούς φορείς «.....» και «.....». Με το υπ' αρ. 1 και υπ' αρ.πρωτ. 27380/1-11-2018 Πρακτικό η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού εισηγήθηκε οι προσφορές αμφοτέρων των συμμετεχόντων να γίνουν δεκτές διότι καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης όσον αφορά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προδιαγραφές. Ακολούθως η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού για την ίδια Ομάδα 1 με το υπ' αρ. 2 και υπ' αρ.πρωτ. 27414/1-11-2018 Πρακτικό

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

γνωμοδότησε να κηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος της Ομάδας 1 ο οικονομικός φορέας «.....», ο οποίος προσέφερε ποσοστό έκπτωσης επί της μέσης λιανικής τιμής 6%, ο δε προσφεύγων προσέφερε ποσοστό έκπτωσης επί της μέσης λιανικής τιμής 1%. Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου με την προσβαλλόμενη υπ' αρ. 381/6-11-2018 απόφασή της ενέκρινε τα ως άνω 1 & 2 Πρακτικά και ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο της Ομάδας 1 τον οικονομικό φορέα «.....».

4. Επειδή, η κατατεθείσα την 15-11-2018 προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής διοικητικής πράξης και δη της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 9-11-2018 προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, και βάλλει ο προσφεύγων οικονομικός φορέας κατ' αυτής ισχυριζόμενος ότι η προσφορά του οικονομικού φορέα "....." θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη διότι κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς δεν υπήρχε άδεια λειτουργίας του πρατηρίου υγρών καυσίμων και μέχρι σήμερα δεν έχει εκδοθεί νέα άδεια λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων. Ειδικότερα ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι : Στον οικονομικό φορέα "....." χορηγήθηκε η υπ' αριθμ. πρωτ. 2274/30-06-2016 νέα ενιαία άδεια λειτουργίας υφιστάμενου πρατηρίου διάθεσης υγρών καυσίμων (ΑΔΑ:) από την αρμόδια Διεύθυνση Μεταφορών και Επικοινωνιών της Περιφερειακής Ενότητας Ακολούθως, με την υπ' αριθμ. πρωτ. οικ.50362/3384/02-03-2018 απόφαση της Διεύθυνσης Μεταφορών και Επικοινωνιών της Περιφερειακής Ενότητας (ΑΔΑ:) ανακλήθηκε η υπ' αριθμ. πρωτ. 76/28-02-2018 απόφαση «Έγκριση νέων σχεδιαγραμμάτων προς υλοποίηση υφιστάμενου πρατηρίου υγρών καυσίμων». Με την υπ' αριθμ. πρωτ. 5673/05-06-2018 απόφαση της Διεύθυνσης Μεταφορών και Επικοινωνιών της Περιφερειακής Ενότητας (ΑΔΑ:) εγκρίθηκαν τα νέα τροποποιητικά σχεδιαγράμματα προς υλοποίηση που υποβλήθηκαν στην ως άνω Υπηρεσία, για το πρατήριο υγρών καυσίμων δημοσίας χρήσεως, με στεγασμένο πλυντήριο - λιπαντήριο, που βρίσκεται επί της οδού αρ. του Δήμου της Π.Ε., με την επωνυμία ".....". Περαιτέρω, στην ως άνω απόφαση της Διεύθυνσης Μεταφορών και Επικοινωνιών της Περιφερειακής Ενότητας αναφέρονται τα ακόλουθα: *«Η παρούσα έγκριση ισχύει μέχρι 30-10-2018 (Ν. 4530/2018) και σε καμία περίπτωση δεν αποτελεί άδεια λειτουργίας του πρατηρίου με τις προτεινόμενες τροποποιήσεις.*

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

Οι ανωτέρω εγκαταστάσεις θα γίνουν σύμφωνα με τα θεωρημένα σχεδιαγράμματα και την τεχνική έκθεση που συνοδεύουν την παρούσα απόφαση και με την προϋπόθεση ότι θα τηρηθούν οι όροι και οι περιορισμοί των Π.Δ. 595/1984 (ΦΕΚ 218Α), 1224/1981 (ΦΕΚ 150Α) και του Ν. 4439/2016 (ΦΕΚ 222Α), όπως ισχύουν σήμερα. *Μετά το τέλος των εργασιών πρέπει να μας υποβληθούν, με αίτηση του ενδιαφερομένου, υπεύθυνη δήλωση (άρθρο 8, Ν.1599/86) του Μηχανικού, που επέβλεψε τις εργασίες, καθώς και ό,τι προβλέπεται από τις οικείες διατάξεις, προκειμένου να εκδοθεί άδεια λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων με την επωνυμία*». Εκ των ανωτέρω συνάγεται, κατά τον προσφεύγοντα, ότι κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του οικονομικού Φορέα "....." δεν υπήρχε άδεια λειτουργίας του πρατηρίου υγρών καυσίμων και μέχρι σήμερα δεν έχει εκδοθεί νέα άδεια λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων. Συνεπώς, ο οικονομικός Φορέας ".....", κατά τον προσφεύγοντα, δεν διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης και, ως εκ τούτου, η προσφορά του θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. 29530/27-11-2018 έγγραφο των απόψεών της προβάλλει ότι στο ΕΕΕΣ που έχει συμπληρώσει ο οικονομικός φορέας "....." και στην ερώτηση ' Έχουν ανασταλεί οι επιχειρηματικές δραστηριότητες του φορέα; η απάντησή του είναι ΟΧΙ. Επίσης τα δικαιολογητικά κατακύρωσης είναι το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, στο οποίο είναι υποχρεωμένος ο εν λόγω οικονομικός φορέας να υποβάλλει τα δικαιολογητικά που ζητά η διακήρυξη, όπως και τα δικαιολογητικά καταλληλότητας, μετά την κοινοποίησης σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφασή της είναι νόμιμη.

6. Επειδή, ο οικονομικός φορέας "....." νομοτύπως και εμπροθέσμως, κατόπιν της από 16-11-2018 κοινοποίησης της προσφυγής, άσκησε την κρινόμενη από 23-11-2018 παρέμβασή του, μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού η προσφυγή στρέφεται ακριβώς κατά της αποδοχής της συμμετοχής του. Με την ανωτέρω παρέμβασή του ειδικότερα προβάλλει ότι για την απόδειξη του κριτηρίου καταλληλότητας άσκησης επαγγέλματος απαιτείτο, κατά τη διακήρυξη, μόνον η εγγραφή στο Εμπορικό εν προκειμένω Επιμελητήριο και η προσκόμιση του αντίστοιχου Πιστοποιητικού, ενώ από

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

κανέναν άλλο όρο της διακήρυξης δεν προκύπτει ως προϋπόθεση η άδεια λειτουργίας του πρατηρίου καυσίμων και η προσκόμιση της. Μάλιστα τα αποδεικτικά των πληρούμενων προϋποθέσεων έγγραφα, ως ορίζονται στους όρους της διακήρυξης, προσκομίζονται κι εξετάζονται σε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, ήτοι αφού, κατόπιν κοινοποιήσεως της σχετική προσκλήσεως στον προσωρινό ανάδοχο, τούτος τα προσκομίσει και εκδοθεί υπέρ τούτου απόφαση οριστικής κατακύρωσης, τότε δύναται κάθε συμμετέχων που η προσφορά του έγινε κατ' αρχήν δεκτή να ασκήσει ένδικο μέσο κατά της απόφασης κατακύρωσης, εφόσον θίγεται από την απόφαση αυτή και διαπιστώσει έλλειψη ως προς τα έγγραφα αυτά. Επομένως, κατά τον παρεμβαίνοντα, η προβολή ως λόγου προσφυγής της νομιμότητας η μη ενός δικαιολογητικού που καταρχάς δεν απαιτείται να προσκομιστεί από την εν λόγω διακήρυξη είναι τουλάχιστον άτοπο να λαμβάνει χώρα. Ακόμη δε κι αν τούτο απαιτείτο να προσκομισθεί ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, η νομιμότητα ή μη αυτού θα εξεταζόταν σε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, καθώς στο παρόν στο στάδιο εξετάζεται η πληρότητα και νομιμότητα της οικονομικής προσφοράς, της τεχνικής προσφοράς και όσων δικαιολογητικών εγγράφων προβλέπονται από τη διακήρυξη ότι θα πρέπει να προσκομιστούν ως δικαιολογητικά συμμετοχής. Επίσης ο παρεμβαίνων οικονομικός φορέας επικαλείται ότι για να παύσει η ισχύς μίας ατομικής διοικητικής πράξης, όπως εν προκειμένω είναι η υπ' αριθμ. πρωτ. 2274/30-06-2016 άδεια λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων, αορίστου διάρκειας, θα πρέπει αυτή να ανακληθεί από το αρμόδιο όργανο που την εξέδωσε, ήτοι του αρμοδίου υπαλλήλου της Διεύθυνσης Μεταφορών & Επικοινωνιών της Περιφερειακής Ενότητας, ως ορίζεται στο άρθρο 21 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, γεγονός που δεν έχει λάβει χώρα. Ως υποστηρίζει, ουδέποτε ανακλήθηκε η ανωτέρω άδεια λειτουργίας της επιχείρησης του μέχρι και σήμερα, ούτε συντρέχει λόγος για να ανακληθεί. Επομένως, τόσο κατά το χρονικό σημείο της υποβολής της υπ' αριθμ. 113030/20-10-2018 προσφοράς του, όσο και έως σήμερα η άδεια λειτουργίας του, ως μη ανακληθείσα και αορίστου διάρκειας ίσχυε και ισχύει νόμιμα, έχοντας πλήρη δεσμευτική ισχύ έναντι όλων, όπως άλλωστε προκύπτει και από το υπ' αρ. πρωτ. 17.256/23-11-2018 έγγραφο της Διεύθυνσης Μεταφορών & Επικοινωνιών της Περιφερειακής Ενότητας, που εξέδωσε την εν λόγω υπ' αρ. πρωτ.

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

2274/30-06-2016 άδεια λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων. Σε κάθε περίπτωση, ως επικαλείται ο παρεμβαίνων, η νομιμότητα ή όχι της υπάρχουσας και ισχύουσας της υπ' αριθμ. πρωτ. 2274/30-06-2016 άδειας λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων δεν μπορεί να εξετασθεί ως παρεμπόμπων ζήτημα στο πλαίσιο εξέτασης της συγκεκριμένης προσφυγής. Εξάλλου, ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι η μεταβολή της νομοθεσίας, βάσει της οποίας εκδόθηκε η διοικητική πράξη, δεν έχει ως αποτέλεσμα την λήξη της ισχύος της, εκτός αν ο νεώτερος νόμος προβλέπει ρυθμίσεις με αναδρομική δύναμη. Σύμφωνα δε με το άρθρο 11 του ν. 3897/2010 τα πρατήρια καυσίμων, άνωθεν των οποίων στεγάζονται όροφοι της χρήσεως του α. 4 παρ. 1 του ν. 2801/2000, όφειλαν να προβούν σε ένα πλήθος τροποποιήσεων αναφορικά με τις εγκαταστάσεις τους και να εκδώσουν πλήθος συγκεκριμένων πιστοποιητικών έως την 30η Οκτωβρίου 2018, όπως τροποποιήθηκε η προθεσμία τούτη από το άρθρο 69 του ν. 4530/2018. Ο παρεμβαίνων όλως επικουρικώς δηλώνει ότι η επιχείρηση του έχει ήδη λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα προκειμένου να υλοποιήσει τις ανωτέρω προβλεπόμενες τροποποιήσεις. Ειδικότερα, την 17-07-2018 προέβη στη σύναψη σύμβασης με την εταιρία «.....», όπως αποδεικνύεται από τα σχετικά έγγραφα που προσκομίζει. Επιπλέον, την 24-07-2018 συνήψε σύμβαση με την εταιρεία «.....», προκειμένου η τελευταία να τον προμηθεύσει με α) Αντλία Helix 1000 δίδυμη, ροή 40/40 λίτρα το λεπτό, με ανάκτηση ατμών και στα δύο προϊόντα και β) κάρτα IFSF για διασύνδεση στο Εισροών Εκροών, όπως αποδεικνύεται από την από 24-07-2018 σύμβαση που προσκομίζει. Μία ημέρα αργότερα προέβη στην πληρωμή του ποσού των 5.000,00€ στην ως άνω εταιρία που αντιστοιχούσε σε μέρος της εξόφλησης των παραγγελθέντων προϊόντων, όπως αποδεικνύεται από την από 25-07-2018 απόδειξη είσπραξης που προσκομίζει. Ωστόσο, άνευ δικής του υπαιτιότητας, τα ανωτέρω προϊόντα του παρεδόθησαν την 16-11-2018, όπως αποδεικνύεται από την από 16-11-2018 βεβαίωση της προειρημένης εταιρίας σε συνδυασμό με την από 16-11-2018 απόδειξη είσπραξης ποσού 7.623,20€, που αποτελεί το υπόλοιπο ποσό προς πλήρη και ολοσχερή εξόφληση της ανωτέρω παραγγελίας του και το υπ' αριθμ. Β188/14-11-2018 τιμολόγιο πώλησης, τα οποία προσκομίζει. Εκ των ανωτέρω αποδεικνύεται, κατά τον παρεμβαίνοντα, ότι η μη υλοποίηση των προαναφερθεισών

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

τροποποιήσεων στην επιχείρησή του, δεν αποτελεί δική του αμέλεια ή υπαιτιότητα, καθώς καθυστέρησε η παράδοση απαραίτητων για την εκκίνηση της διαδικασίας υλοποίησης των τροποποιήσεων προϊόντων (παρεδόθησαν 16-11-2018), τα οποία ωστόσο εγκαίρως και πολύ πριν την λήξη της προθεσμίας του νόμου είχε παραγγείλει (24-07-2018) και επομένως δεν ήταν δυνατό να εκτελεστεί καμία άλλη ενέργεια σχετικά. Ωστόσο, την 22-11-2018 εξειδικευμένο συνεργείο της εταιρίας «.....» κατέφθασε στην πόλη της κι εκκίνησε τις απαραίτητες ενέργειες προκειμένου να υλοποιηθούν οι ανωτέρω τροποποιήσεις, οι οποίες - σύμφωνα με την από 23-11-2018 βεβαίωση της ανωτέρω εταιρίας, την οποία προσκομίζει - θα ολοκληρωθούν την 26-11-2018, οπότε και θα εκκινήσουν οι διαδικασίες έκδοσης νέας άδειας λειτουργίας. Σε κάθε όμως περίπτωση, κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του, ήτοι 20-10-2018, και σύμφωνα με το άρθρο 105 παρ. 3 περ. γ' του ν. 4412/2016, η υπ' αριθμ. 2274/30-06-2016 άδεια λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων που του χορηγήθηκε ήταν σε πλήρη ισχύ αφενός καθότι, κατά τα ανωτέρω εκτιθέμενα, δεν είχε τούτη ανακληθεί, ούτε έχει έως σήμερα ανακληθεί, αφετέρου ακόμη και αν με οιονδήποτε τρόπο είχε ανακληθεί τούτη μετά το πέρας της οριζόμενης λήξης της προθεσμίας, ήτοι της 30ης Οκτωβρίου 2018, η ανάκλησή της θα ίσχυε μόνο για το μέλλον, εφόσον δεν ορίζεται ρητά αλλιώς στον ν. 3897/2010, όπως τούτος ισχύει. Σημειώνει δε ο παρεμβαίνων ότι κατά το χρονικό διάστημα που θα του ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή με την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, στα οποία δε ζητείται εκ της διακήρυξης άδεια λειτουργίας, θα είναι σε θέση να προσκομίσει τη νέα άδεια λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων που θα έχει εκδώσει, χωρίς τούτο να σημαίνει ότι η ήδη υπάρχουσα δεν είναι σε απόλυτα νόμιμη ισχύ έως και σήμερα.

7. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 2.300,00 €, εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

8. Επειδή, η διακήρυξη υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 379 παρ. 7 του ν.4412/2016. Περαιτέρω, η προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρθρο 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 9-11-2018), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώσ έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως προσφυγής, αφού ως συμμετέχων στον εν λόγω διαγωνισμό για την Ομάδα 1, εάν γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή του, τότε εκ των δύο συμμετεχόντων αυτός θα καταστεί αποδεκτός μειοδότης και συνεπώς προσωρινός ανάδοχος.

9. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως, κατά τις διατάξεις των άρθρων 366 του Ν. 4412/2016 και 18 του ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται στην εξέταση της προδικαστικής προσφυγής και της ασκηθείσας παρέμβασης, βάσει της υπ' αρ. 1584/2018 Πράξης της Προέδρου του.

10. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 94 του ν. 4412/2016 *«Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.»*, ενώ κατά την παρ. 1 του άρθρου 104 του ν.4412/2016 *«Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ.3 του άρθρου 105.»*.

11. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους.

12. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 2.2.4 της διακήρυξης, περί της καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, προβλέπεται ότι *«Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της*

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε κράτος μέλους του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ) ή σε τρίτες χώρες που προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού.». Για την απόδειξη δε της καταλληλότητας, σύμφωνα με τον όρο 2.2.5.2. της διακήρυξης ορίζεται ότι «Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.4, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016.....Β.2. Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4. (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του κράτους εγκατάστασης. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του αντίστοιχου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, με το οποίο πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σε αυτό και αφετέρου το ειδικό επάγγελμά τους. Στην περίπτωση που χώρα δεν τηρεί τέτοιο μητρώο, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

οργανισμού της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας ότι δεν τηρείται τέτοιο μητρώο και ότι ασκεί τη δραστηριότητα που απαιτείται για την εκτέλεση του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού.....».

13. Επειδή, κατά τον όρο 2.2.5.1 της διακήρυξης - Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών προβλέπεται ότι: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής της παραγράφου 2.2.4 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1.», ενώ κατά τον όρο 2.4.2.3. «Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) έναν (υπο) φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα. (β) έναν (υπο) φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα και τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά.....».

14. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 2.4.3 της διακήρυξης - Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά» και δη την παρ. 2.4.3.1 ορίζεται ότι «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016.....β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης Η εγγυητική επιστολή

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

συμμετοχής προσκομίζεται σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή. Επισημαίνεται ότι η εν λόγω υποχρέωση δεν ισχύει για τις εγγυήσεις ηλεκτρονικής έκδοσης (π.χ. εγγυήσεις του Τ.Μ.Ε.Δ.Ε.), οι οποίες φέρουν προηγμένη ψηφιακή υπογραφή.», ενώ κατά τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις – Τεχνικές Προδιαγραφές” περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης. Επίσης στην τεχνική προσφορά περιλαμβάνονται και: α) 1. για τις ΟΜΑΔΕΣ 1 & 2: Υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986 ότι όλα τα είδη των υπό προμήθεια καυσίμων πληρούν όλες τις παραμέτρους των τεχνικών προδιαγραφών της μελέτης.....».

15. Επειδή, επί του λόγου της προδικαστικής προσφυγής, με βάση τον οποίο η υποβληθείσα προσφορά του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη διότι κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς δεν υπήρχε άδεια λειτουργίας του πρατηρίου υγρών καυσίμων και μέχρι σήμερα δεν έχει εκδοθεί νέα άδεια λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Στον υπόψη διαγωνισμό ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, κατ' εφαρμογή των ανωτέρω όρων της διακήρυξης, υπέβαλε την 20-10-2018 τη με αριθμό συστήματος στον ΕΣΗΔΗΣ προσφορά του ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, ενώ παράλληλα εντός τριών ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή προσκόμισε σε φυσικό φάκελο στην αναθέτουσα αρχή τα απαιτούμενα έγγραφα, ήτοι τα νομίμως επικυρωμένα τεχνικά φυλλάδια, τη νομίμως επικυρωμένη δήλωση της προμηθεύτριας εταιρίας, και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Η προσφορά του υποβλήθηκε για όλα τα είδη και τις ποσότητες της Ομάδας 1, περιέχουσα ειδικότερα έναν (1) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τεχνική Προσφορά», ο οποίος περιείχε α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), το οποίο συμπλήρωσε κατόπιν αναρτήσεως του στην διαδικτυακή πύλη «www.promitheus.gov.gr» από την αναθέτουσα αρχή, και το οποίο προσκόμισε σε μορφή pdf και xml. β) την εγγυητική επιστολή συμμετοχής του, γ) την τεχνική προσφορά του, η οποία αποτελείτο

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

από α') το έγγραφο της τεχνικής προσφοράς του, β') το έγγραφο σε μορφή pdf, όπως εξάγεται κατόπιν συμπληρώσεως του στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, γ') τα τρία νομίμως επικυρωμένα τεχνικά φυλλάδια, δ') την νομίμως επικυρωμένη δήλωση της προμηθεύτριας εταιρίας, ότι προμηθεύει με καύσιμα την επιχείρηση του και ε') την υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 με περιεχόμενο ως ορίζει το άρθρο 2.4.3.2. της ανωτέρω διακήρυξης. Από τον συνδυασμό των άρθρων 2.2.4 της διακήρυξης και 2.2.5.2. παρ. Β.2 αυτής, η απαίτηση που τέθηκε από την αναθέτουσα αρχή για την απόδειξη της καταλληλότητας των εγκατεστημένων στην Ελλάδα οικονομικών φορέων για την άσκηση της εν προκειμένω επαγγελματικής δραστηριότητας είναι η προσκόμιση βεβαίωσης εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού. Σε επίρρωση αυτού, το ΕΕΕΣ που κλήθηκαν οι συμμετέχοντες να υποβάλλουν για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό στο Μέρος IV αυτού - Κριτήρια Επιλογής όσον αφορά την Καταλληλότητα των υποψηφίων τους ζητήθηκε να απαντήσουν αν «*Είναι εγγεγραμμένος στα επαγγελματικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος μέλος εγκατάστασής του, όπως περιγράφεται στο παράρτημα XI της οδηγίας 2014/24/ΕΕ.....*», καθώς και αν «*Είναι εγγεγραμμένος στα εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος μέλος εγκατάστασής του, όπως περιγράφεται στο παράρτημα XI της οδηγίας 2014/24/ -14- ΕΕ· οι οικονομικοί φορείς από ορισμένα κράτη μέλη μπορεί να οφείλουν να συμμορφώνονται με άλλες απαιτήσεις που καθορίζονται στο παράρτημα αυτό.*». Εν προκειμένω ο οικονομικός φορέας "....." σε αμφότερα τα πεδία απάντησε ΝΑΙ, σε εκπλήρωση των απαιτήσεων της διακήρυξης. Υπό τα δεδομένα αυτά η υποβληθείσα τεχνική προσφορά του συμμετέχοντος οικονομικού κατά το χρόνο υποβολής της πληρούσε τους όρους και τις απαιτήσεις της διακήρυξης, αφού δεν προβλεπόταν κατά το στάδιο εκείνο η κατάθεση της άδειας λειτουργίας του πρατηρίου.

16. Επειδή, εν πάση περιπτώσει, με βάση την υπ' αρ. 2274/30-6-2016 απόφαση του Τεχνικού Τμήματος της Περιφερειακής Ενότητας της Περιφέρειας χορηγήθηκε στον του άδεια λειτουργίας πρατηρίου διάθεσης υγρών καυσίμων δημόσιας χρήσης, με στεγασμένο πλυντήριο-λιπαντήριο, με αόριστη ισχύ. Πέραν τούτου, ο εν λόγω συμμετέχων οικονομικός φορέας προσκόμισε τη με αρ.πρωτ.17256/23-11-2018 Βεβαίωση

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

του ίδιου ως άνω Τεχνικού Τμήματος, που εξέδωσε και την υπ' αρ. 2274/30-6-2016 άδεια λειτουργίας, ότι η συγκεκριμένη άδεια λειτουργίας του πρατηρίου του είναι σε ισχύ και δεν έχει ανακληθεί. Συνεπώς ο συμμετέχων οικονομικός φορέας "....." διέθετε κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του, ήτοι την 20-10-2018, στον υπόψη διαγωνισμό και διέθετε τουλάχιστον έως την 23-11-2018 άδεια λειτουργίας σε ισχύ.

17. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, ο οικονομικός φορέας "....." κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του, ήτοι την 20-10-2018, χρόνος κατά τον οποίο το πρώτον κρίνονται το δικαίωμα συμμετοχής, οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής του υποψήφιου οικονομικού φορέα, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 104 ν.4412/2016, συμμετείχε νομίμως στο διαγωνισμό με άδεια λειτουργίας που του έδιδε την προς τούτο δυνατότητα. Σε κάθε περίπτωση η ΑΕΠΠ δεν δύναται να διενεργήσει παρεμπόδιον έλεγχο ως προς τη νομιμότητα της άδειας λειτουργίας του πρατηρίου υγρών καυσίμων, τα δε υποβληθέντα και προσκομισθέντα στο διαγωνισμό δημόσια έγγραφα τεκμαίρονται νόμιμα έως την τυχόν ανάκληση ή ακύρωσή τους.

18. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω προκύπτει ότι η εν λόγω προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «.....» τυγχάνει αβάσιμη καθόλου αυτής τους λόγους και άρα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της και αντίστοιχα να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

19. Επειδή, με βάση την προηγούμενη σκέψη θα πρέπει να καταπέσει το με στοιχεία παράβολο, ποσού 2.300,00 €.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του με στοιχεία παράβολο, ποσού 2.300,00 €.

Αριθμός απόφασης: 1105/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3-12-2018 και εκδόθηκε την 17-12-2018.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΑΝΩΛΟΓΛΟΥ ΜΑΡΙΑ**