

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 4-5-2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/331/7-5-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ» και διακριτικό τίτλο “...Μ ΕΠΕ”, νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά να ακυρωθεί η κοινοποιηθείσα από 26.4.2018 Απόφαση 14/20.4.2018 της Οικονομικής Επιτροπής αυτής δια του οποίου επικυρώθηκε το από 27-3-2018 πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού, καθ' ο μέρος απέρριψε ως προς το τμήμα 4-ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ (ΟΜΑΔΑ 4, CPV: ...) την προσφορά του προσφεύγοντος και δέχθηκε την προσφορά του οικονομικού φορέα “...ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ” στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης της διακήρυξης με αρ. πρωτ. ... (CPV: ..., ..., ..., ...), συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 496.160,39 ευρώ και εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας ευρώ 63.826,00, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 23-12-2017 (2017/S 248-522835) και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...την 29-12-2017 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ...την 29-12-2017. Με το ειδικότερο αίτημα προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνει στην προσφυγή του, ο προσφεύγων ζητά να ανασταλεί η διαδικασία έως και την έκδοση Απόφασης από την ΑΕΠΠ. Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί του αιτήματος λήψης προσωρινών

Αριθμός απόφασης: Α211/2018

μέτρων που επισυνάπτεται στην από 4-5-2018 Προδικαστική Προσφυγή, η οποία στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά απόφασης περατώσεως σταδίου τεχνικών προσφορών. Ειδικότερα, η προσφυγή στρέφεται κατά του αποκλεισμού του προσφεύγοντος με τους ακόλουθους πέντε λόγους, έκαστος στρεφόμενος κατά αντιστοίχου αυτοτελούς λόγου απόρριψης της προσφοράς. Πρώτον, όσον αφορά τον λόγο αποκλεισμού ότι το είδος 2 για το οποίο προσφέρθηκε το προϊόν GAND TERACTION EXTRA PLUS SAE 20W/50, δεν έχει έγκριση κυκλοφορίας από το ΓΧΚ για την προδιαγραφή API CF-2, ο προσφεύγων επικαλείται ότι η προδιαγραφή είναι απαρχαιωμένη, αφορά τετράχρονους και όχι δίχρονους κινητήρες, ενώ το ως άνω προϊόν κάλυπτε προδιαγραφές API CI-4/SL και ACEA E7, οι οποίες είναι ανώτερες της ζητούμενης. Αντιστοίχως, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής βάλλει κατά του δεύτερου λόγου απόρριψης της προσφοράς, ήτοι ότι το προσφερόμενο για το είδος 3, προϊόν GAND MULTICO EXTRA PLUS 15W/40, δεν καλύπτει τις προδιαγραφές API CF-2 και ACEA A3/B4, ενώ όμως καλύπτει προδιαγραφές API CI-4/SN και ACEA E7 και δη παρότι ζητείτο πολύτυπο λιπαντικό λάδι υπερυψηλής απόδοσης SPHD κατάλληλο για πετρελαιοκινητήρες, ενώ η προδιαγραφή A3/B4 αφορά βενζινοκινητήρες. Ως προς τον τρίτο λόγο αποκλεισμού του, που αφορά το είδος 4, για το οποίο προσέφερε το προϊόν GAND MULTICO SUPER SAE 15W/40 SEMI SYNTHETIC, ο προσφεύγων επικαλείται με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του ότι δεν υπάρχει λιπαντικό με τέτοιο ιξώδες που να καλύπτει τις προδιαγραφές API CI-4 και ACEA E7/E4, ενώ και το αντιστοίχως προσφερόμενο λιπαντικό του έτερου διαγωνιζόμενου ..., ήτοι το ELONA PLUS SAE 15W/30 ομοίως δεν τις καλύπτει, αβασίμως και αντιφατικώς δε ο τελευταίος ισχυρίζεται το αντίθετο, δεδομένου δε ότι η απαίτηση αυτή είχε ασάφειες και τεχνικές ασυμβατότητες όπως προσδιορίσθηκε από τη διακήρυξη. Ως προς τον τέταρτο λόγο απόρριψης της προσφοράς του, όσον αφορά το είδος 14, για το οποίο προσέφερε το προϊόν GAND TRANS LUBE SAW 10W το οποίο κρίθηκε ότι δεν καλύπτει τις προδιαγραφές API CI-4 και ACEA E7/E4, ο προσφεύγων με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής του επικαλείται ότι η διακήρυξη βρίθει σχετικών ασαφειών και τεχνικής ασυμβατότητας με τα οικεία πρότυπα, δεδομένου ότι τα μονοβάθμια λιπαντικά είναι αδύνατον να έχουν σταθερότητα στη διάτμηση που απαιτούν όλες οι ισχύουσες προδιαγραφές πετρελαιοκινητήρων υψηλής απόδοσης ACEA E4, E6, E7 και E9, εξ ου και τα λιπαντικά αυτά δεν αξιολογούνται καν ως προς τη διάτμηση κατά την παρ. 2.2 του άρθρου 5 της απόφασης 526/2004 του Ανώτατου Χημικού Συμβουλίου και ούτως είναι προφανές ότι η διακήρυξη αναφέρεται σε ανύπαρκτο προϊόν, καθώς κανένα προϊόν δεν δύναται να συγκεντρώσει τις

Αριθμός απόφασης: A211/2018

ζητούμενες προδιαγραφές. Με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, βάλλει κατά του πέμπτου σωρευτικού λόγου αποκλεισμού, ήτοι για το είδος 7, επί του οποίου ο προσφεύγων απερρίφθη διότι δεν έχει κατατεθεί διάρκεια ζωής λιπαντικού. Ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά το τεχνικό φυλλάδιο που υπέβαλε αναγράφεται ότι οι φυσικοχημικές ιδιότητες διατηρούνται για τουλάχιστον 1 έως 2 έτη εξαρτώμενες από τις συνθήκες φύλαξης, ενώ με την υπ' αρ. πρωτ. 30/004/00/3528 επιστολή του ΓΧΚ επισημαίνεται ότι οι ώρες λειτουργίας ή τα διαστήματα αλλαγής λιπαντικών είναι ενδεικτικά και ισχύουν μόνο κάτω από συγκεκριμένες συνθήκες και ως εκ τούτου δεν δύνανται να συνιστούν προδιαγραφή του προϊόντος. Κατ' αποτέλεσμα των ως άνω, ο προσφεύγων επικαλείται ασάφεια της διακήρυξης και ερμηνεία της ασάφειας αυτής εις βάρος του. Με το δεύτερο σκέλος της προσφυγής του, ο προσφεύγων βάλλει κατά της αποδοχής του ως άνω έτερου διαγωνιζόμενου Ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του τελευταίου εμφανίζει τις ίδιες ελλείψεις με τις δικιές του, ενώ σε άλλες περιπτώσεις είναι ακατάλληλα. Ειδικότερα, με τον έκτο λόγο της προσφυγής που αφορά το είδος 3 ο έτερος διαγωνιζόμενος υπέβαλε το προϊόν ELONA ULTRA SAE 15W/40, αλλά το τεχνικό του έντυπο αναφέρει κάλυψη προδιαγραφής ACEA A3/B4 με ποσοστό θεικής τέφρας 0,8%, ενώ βάσει του εγγράφου ACEA 2016 η περιεκτικότητα αυτή πρέπει να είναι 1%, το δε ΓΧΚ σε σχετικό ερώτημα απάντησε ότι λιπαντικό MEK με τέτοιο ποσοστό δεν μπορεί να καλύπτει την προδιαγραφή ACEA A3/B4. Με τον έβδομο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων επικαλείται ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος για το είδος 4 προέφερε το προϊόν Elona Plus SAW 15W/30 υποβάλλοντας έντυπο ότι υπερκαλύπτει τις προδιαγραφές ACEA E7 και E4, με χημική σύσταση με αλκαλικότητα TBN ίση με 10mgKOH/gr, ενώ βάσει του εγγράφου ACEA 2016 η προδιαγραφή E7 απαιτεί τιμή αλκαλικότητας μεγαλύτερη ή ίση των 9mgKOH/gr και η E4 μεγαλύτερη ή ίση των 12 mgKOH/gr, το δε ΓΧΚ σε σχετικό ερώτημα απάντησε ότι λιπαντικό MEK με τέτοια αλκαλικότητα δεν μπορεί να καλύπτει σωρευτικά τις προδιαγραφές ACEA E7/E4 αλλά μόνο την E7. Με τον όγδοο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων επικαλείται ότι το προσφερθέν από τον έτερο διαγωνιζόμενο για το είδος 14 προϊόν Elona Ultra E SAE 10W κατά το τεχνικό φυλλάδιο του οποίου υπερκαλύπτονται οι προδιαγραφές ACEA E7 και E4, όπως και αυτές των ACEA A3/B3/B4, όμως οι προδιαγραφές αυτές απαιτούν σταθερότητα διάτμησης, που δεν μπορεί να έχει ένα λιπαντικό τέτοιου τύπου επειδή είναι μονοβάθμιο, όπως, κατά τον προσφεύγοντα, επιβεβαιώνεται από την 526/2004 Απόφαση Ανώτατου Χημικού Συμβουλίου, με αποτέλεσμα το προϊόν να μην μπορεί να πληροί τις προδιαγραφές E4, E6, E7, E9. Περαιτέρω, δεν πληροί την E4 προδιαγραφή επειδή έχει αλκαλικότητα TBN ίση με 10

Αριθμός απόφασης: Α211/2018

mgKOH/gr, ενώ κατά το έγγραφο ACEA 2016, αυτή η προδιαγραφή απαιτεί ποσοστό μεγαλύτερο ή ίσο των 12 mgKOH/gr. Το προϊόν αυτό, εξάλλου, κατά τον προσφεύγοντα δεν διαθέτει δείκτη ιξώδους 101, όπως αναφέρει το τεχνικό του φυλλάδιο διότι τέτοιο δεν νοείται για μονότυπα λιπαντικά τύπου SAE 10W, όπως προκύπτει και από σχετική απάντηση του ΓΧΚ κατά την οποία από τα σχετικά εργοστασιακά φυλλάδια προσθέτων για λιπαντικά MEK δεν προκύπτει με σαφήνεια το ανώτατο επιτευκτέο επίπεδο ποιότητας για λιπαντικά ιξώδους 10W.

2. Επειδή, (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 3,6,8/2017) εκ των διατάξεων του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 προκύπτουν τα εξής. Πρώτον, εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, δεύτερον, της διατύπωσης του όρου *“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, τρίτον, της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της *“καταλληλότητας”*, την επανόρθωση της εικαζόμενης παραβάσεως και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και τέταρτον, του ότι το άρ. 366 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και το άρ. 15 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 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”*, συμπεραίνεται ότι το αρμόδιο για την εξέταση της Προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιουδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής.

3. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 περί του σκοπού των *“καταλλήλων”* προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκομένων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την ακόλουθη έννοια. Το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, δεν λαμβάνει υπόψη του μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά τη συνεκτιμά ως προς τα συμφέροντα οιουδήποτε τρίτου, συμπεριλαμβανομένων εξάλλου των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς

Αριθμός απόφασης: Α211/2018

συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης), όπως και του εν γένει και εν ευρεία εννοία δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων. Επομένως, όσον αφορά την 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 (όπως κατ'άρ. 372 παρ. 4 εδ. ι' Ν. 4412/2016, και άρ. 5 παρ. 5 εδ. α' του προϊσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος (όπως κατ'άρ. 52 ΠΔ 18/1989), αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α62/2017). Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017. Σε αυτό το στάδιο, όμως, ήτοι περί χορήγησης προσωρινών μέτρων, δεν λαμβάνει χώρα αναλυτική και εις βάθος εξέταση του απαραδέκτου ή του αβασίμου (που συνεπάγεται αντιστρόφως, του παραδεκτού και του βασίμου), λόγω αφενός του όρου «προδήλως» που η ως άνω διάταξη του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 υιοθετεί, θέτοντας συγχρόνως τα όρια και την έκταση ελέγχου στο στάδιο των προσωρινών μέτρων, αφετέρου του ιδιαίτερα περιορισμένου χρονικού διαστήματος για την έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από την επομένη της χρέωσης στο Κλιμάκιο κατ'άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017), όπως εξάλλου και την έμφαση στο στοιχείο της ζημίας των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών ως δικαιολογητικό έρεισμα των προσωρινών μέτρων. Επομένως, κατά την εξέταση επί λήψης προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ, η πιθανολόγηση εξαντλείται (ως προς το προδήλως απαράδεκτο) στη διάγνωση ευχερώς εντοπίσιμων, άνευ χρείας επισταμένης κρίσεως, διαδικαστικών σφαλμάτων, όπως και (ως προς το προδήλως αβάσιμο) στην έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου. Δεύτερον, πιθανολογείται η ύπαρξη μιας μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των συμφερόντων που εμπλέκονται στη διαδικασία ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένου τόσο αυτών του προσφεύγοντος, όσο και ακόμη και των έτερων μετεχόντων και ενδιαφερομένων για συμμετοχή στη διαδικασία,

Αριθμός απόφασης: Α211/2018

ανεξαρτήτως ενδιάμεσης εκ μέρους τους παρεμβάσεως. Τα δε συμφέροντα των τελευταίων ως και αυτά της αναθέτουσας δύνανται να θίγονται εκ της συνεχίσεως μιας αμφισβητούμενης νομιμότητας διαδικασίας ή από την τυχόν ακύρωση της διαδικασίας σε πιο προχωρημένο στάδιο. Τρίτον, σταθμίζεται η ως άνω συνολική ζημία που προκύπτει εκ της συνεχίσεως της διαδικασίας επί του όλου των θιγομένων συμφερόντων, με την αντίστοιχη ζημία που δύναται να προκληθεί εκ της αναστολής της διαδικασίας. Τέταρτον, εξετάζεται το δυνητικό περιεχόμενο των προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ'εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ'άρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μίγμα 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 (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 3,6,8/2017 και εξής). Αυτά εξάλλου συνάδουν με την εξαιρετικά βραχεία προθεσμία προς έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από τη χρέωση στο Κλιμάκιο κατ'άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017), αλλά και τον εν γένει χαρακτήρα του θεσμού της προδικαστικής προστασίας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. και ειδικότερα και της προσωρινής ενώπιον της προστασίας, η οποία ομοιάζουσα με την προσωρινή διαταγή στο πλαίσιο της δικαστικής προσωρινής προστασίας, σκοπεί στον συγκερασμό της ταχύτητας με την αποτελεσματικότητα, δια της αποτροπής δημιουργίας τετελεσμένων που θα καταστήσουν εν τέλει την προδικαστική προστασία αλυσιτελή για τον προσφεύγοντα (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016) ή και θα επιφέρει βλάβη και καθυστερήσεις για την αναθέτουσα και τους έτερους ενδιαφερομένους δια της ακάθεκτης προόδου ενός διαγωνισμού, ο οποίος κινδυνεύει να ακυρωθεί εξ υπαρχής. Συνεπώς, ακόμη και όταν από το καταρχήν περιεχόμενο του δικογράφου καταλείπεται μια καταρχήν αμφιβολία ως προς το αν συντρέχουν επιμέρους στοιχεία του παραδεκτού του (όχι όμως και βεβαιότητα περί της μη συνδρομής τους), όπως το έννομο συμφέρον επί της εν γένει ασκήσεώς του ή επί ορισμένων λόγων της προσφυγής ή ως προς την αναφορά ορισμένων ή και όλων των λόγων σε ανέλεγκτα ζητήματα σκοπιμότητας και όχι νομιμότητας, ήτοι σε ζητήματα που επαφίονται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, τότε οι ως άνω κανόνες περί αφενός συνδρομής όχι πιθανολογούμενου παραδεκτού/βασίμου αλλά μη προδήλως απαραδέκτου/αβασίμου για την εφαρμογή του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, αφετέρου πρόληψης της αθροιστικής επαπειλούμενης βλάβης κατά όλων των ενδιαφερόμενων μερών, επιτάσσουν τη χορήγηση ανασταλτικής φύσης προσωρινών μέτρων, εφόσον πάντως δεν εντοπίζονται αυταπόδεικτοι λόγοι απόρριψης που συνάγονται ευθέως εκ των οικείων κανόνων άνευ χρείας ερμηνείας και επιστάμενου νομικού ελέγχου για την

Αριθμός απόφασης: Α211/2018

οικεία υπαγωγή (όπως επί παραδείγματι σε περίπτωση εκπροθέσμου άσκησης, अपαράδεκτου τρόπου κατάθεσης, έλλειψης παραβόλου ή πλήρους αοριστίας) και δεν απαιτούν τη μεσολάβηση κάποιας ειδικής επιμέρους κρίσης και εκτεταμένης νομικής σκέψης.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία ... και ποσού ευρώ 600,00 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω Τραπέζης ALPHA BANK της 3-5-2018. Περαιτέρω, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί προμήθειας αγαθού, και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης την 26-4-2018, και άσκηση την 4-5-2018, ήτοι την όγδοη ημέρα από την κοινοποίηση), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για το πρώτο σκέλος της προσφυγής του, ήτοι αυτό δια του οποίου βάλλει κατά του αποκλεισμού, ως και κατ' αποτέλεσμα για την καταρχήν άσκηση της ως Προσφυγής, αφού δια της προσβαλλομένης απεκλείσθη, και έτσι προδήλως ευνοείται από την ακύρωσή της. Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος της προσφυγής του, ήτοι αυτό δια του οποίου βάλλει κατά της αποδοχής του έτερου διαγωνιζομένου, το οικείο έννομο συμφέρον του θα εξαρτηθεί από την τυχόν αποδοχή της προσφυγής του ως προς το πρώτο σκέλος της (βλ. ενδ. Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017). Δηλαδή, αν απορριφθεί το πρώτο σκέλος της προσφυγής του, δεν θα έχει ούτως ή άλλως έννομο συμφέρον για την αμφισβήτηση της αποδοχής της προσφοράς οποιουδήποτε από τους δύο άλλους αποδεκτούς καταρχήν διαγωνιζομένους, όπως αιτιάζεται με τον έκτο έως και όγδοο λόγο της προσφυγής του (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 145 και 177/2018). Τούτο διότι το έννομο συμφέρον μετέχοντος σε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, περί την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή των έτερων διαγωνιζομένων που κρίθηκαν αποδεκτοί από την προσβαλλόμενη, εξαρτάται από την κρίση περί της νομίμου δικής του συμμετοχής (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 119 και 208/2017). Και αυτό, επειδή εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του,

Αριθμός απόφασης: Α211/2018

παρέλκει, ως αλυσιτελής η εξέταση των τυχόν λόγων που προβάλλει κατά έτερου μετέχοντος (ΔΕφΑΘ 892/2010). Αυτό, καθώς, κατά τα παγίως κριθέντα (βλ. ΣτΕ ΕΑ 106/2013, 64, 380-79/2012, 671/2011, 1156, 329, 43/2010, 695, 311, 952/2009, 1194,833, 569/2008, 786/2005, ΣτΕ 1265/2011) διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό, δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (ΔΕφΠειρ Ασφ. 9/2013). Κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημόσιων συμβάσεων, δύναται ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος να προβάλλει με έννομο συμφέρον ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνου που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του. Το δε ως άνω ενιαίο μέτρο κρίσης, έχει την έννοια ότι τυχόν αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος δύναται να αιτηθεί τον αποκλεισμό έτερου διαγωνιζομένου για τον ίδιο λόγο για τον οποίο απεκλείσθη και ο ίδιος, αλλά ότι μπορεί να προβάλλει παρά μόνον αιτιάσεις κατά τής, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και του ενιαίου μέτρου κρίσεως, αποδοχής της προσφοράς της έτερης, παρόλο που και σε εκείνη συνέτρεχε λόγος απορρίψεως ίδιος με εκείνον που αποτέλεσε την αιτιολογία απορρίψεως της δικής της προσφοράς και να ζητήσει ούτως και τον αποκλεισμό του έτερου μετέχοντος από τον διαγωνισμό, για τον ίδιο λόγο για τον οποίο απεκλείσθη και ο ήδη αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος (βλ. ΣτΕ 1265/2011, ΣτΕ ΕΑ 311/2009, ΔΕφΠειρ Ασφ. 33/2015). Τούτο εν προκειμένω, λαμβάνει χώρα τουλάχιστον ως παρίσταται κατά το προκείμενο στάδιο, ως προς τον έβδομο και όγδοο λόγο της προσφυγής δια των οποίων επικαλείται ως προς τα προϊόντα 4 και 14 αντίστοιχα ότι ούτε η προσφορά του έτερου διαγωνιζομένου πληρούσε τις οικείες προδιαγραφές, τούτο δε εξάλλου και διότι ήταν αδύνατο και ως εκ τούτου τόσο αυτός όσο και ο έτερος μετέχων υπέπεσαν στην ίδια έλλειψη, αν θεωρηθεί ότι υπήρχε τέτοια. Όμως, σε κάθε περίπτωση, για το καταρχήν παραδεκτό της προσφυγής αρκεί η μετ' εννόμου συμφέροντος επίκληση έστω ενός λόγου, τα δε ειδικότερα ζητήματα εννόμου συμφέροντος και παραδεκτού των λόγων της προσφυγής δεν εξετάζονται κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων, εφόσον η έλλειψή τους δεν είναι τουλάχιστον προφανής. Συνεπώς, η προσφυγή δεν παρίσταται ως προδήλως απαράδεκτη.

Αριθμός απόφασης: Α211/2018

5. Επειδή, περαιτέρω, κατά την ανωτέρω σκ. 3, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων βάλλει κατά των κεφαλαίων της προσβαλλομένης με ισχυρισμούς, οι οποίοι δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης και επομένως απαιτούν καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία του συναφούς κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης σε αντιπαραβολή με τα έγγραφα των προσφορών. Επομένως, δεν πληρούνται οι όροι του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 38/2017 και συνεπώς δεν δύναται να αρθεί η αυτοδίκαιη εκ του νόμου αναστολή σύναψης σύμβασης, ενώ περαιτέρω χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

6. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας, αλλά και του έτερου διαγωνιζόμενου κατά της αποδοχής της προσφοράς του οποίου στρέφεται η προσφυγή, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι του ανοίγματος οικονομικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου όποιου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας συμμετοχής στα επόμενα στάδια προσφοράς έτερου διαγωνιζόμενου, αλλά και της νομιμότητας της μη συμμετοχής του προσφεύγοντος, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου αξιολόγησης τεχνικών προσφορών ως προς το άνοιγμα οικονομικών προσφορών τίθεται ομοίως και αυτόθρα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της κρίσης περί του παραδεκτού προσφοράς κάποιου προσφέροντος, αν ενδιάμεσως λάβει χώρα αποσφράγιση οικονομικών προσφορών και ούτως λάβει χώρα ανάδειξη του ως προσωρινού αναδόχου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης πρακτικού οικονομικών προσφορών άρα και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Εξάλλου, τυχόν αποσφράγιση οικονομικής προσφοράς μετέχοντος που τελικώς κριθεί ως αποκλειστέος σε πρότερο διαγωνιστικό στάδιο ή μη αποσφράγισης μετέχοντος που κριθεί ως ακύρως αποκλειστέος στο πρότερο στάδιο, καθιστά την όλη διαδικασία παράνομη και θα διακινδυνεύσει τον διαγωνισμό με ματαίωση. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν επιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της ίδιας της προσφοράς του έτερου

Αριθμός απόφασης: Α211/2018

διαγωνιζομένου βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 527/9-5-2018 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου για την 21-5-2018, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς.

7. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του ανά περίπτωση ειδικότερου περιεχομένου του αιτήματος του προσφεύγοντος ή την ίδια ύπαρξη το πρώτον τέτοιου αιτήματος, δεδομένης της κατά την ως άνω σκ. 2, αυτεπάγγελτης εξουσίας του Κλιμακίου επί της απόφασης διαταγής ως και της διαμόρφωσης του περιεχομένου του ανά περίπτωση προσωρινού μέτρου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας. Και συγκεκριμένα, το προσωρινό μέτρο πρέπει να συνίσταται στην αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου, ως και κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης, επικύρωσης ή απεύθυνσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου ή της μη αποδοχής του προσφεύγοντος, επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα καταστούν άκυρες. Εξάλλου, παρότι η προσφυγή αφορά αποκλειστικά την Ομάδα 4 του διαγωνισμού και ο προσφεύγων ως και ο σε αυτήν έτερος προσφέρων δεν υπέβαλαν προσφορά για τα άλλα τμήματα, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός διεξάγεται με έναν συστημικό α/α στο ΕΣΗΔΗΣ, η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών δύναται να λάβει χώρα μόνο ενιαία για όλα τα τμήματα ομού και ούτως η πρόοδος της διαδικασίας για τα έτερα τμήματα που δεν αφορά η προσφυγή, διακινδυνεύει

Αριθμός απόφασης: Α211/2018

αποκάλυψη της οικονομικής προσφοράς του έτερου προσφέροντος στην Ομάδα 4, καίτοι αμφισβητείται η νομιμότητα συμμετοχής της. Προς τούτο, το ως άνω προσωρινό μέτρο πρέπει να επεκταθεί στο σύνολο των τμημάτων της διαδικασίας.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το Αίτημα Αναστολής να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Αίτηση Αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, όσον αφορά το σύνολο των τμημάτων της διατάσσοντας ειδικότερα την αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακύρωσης, και τα ανωτέρω έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτού, όπως άμεσα ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί την αποσφράγιση και αξιολόγηση οικονομικών προσφορών, ανάδειξη προσωρινού αναδόχου και κατακύρωση, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και αξιολόγηση ή και έγκρισή τους, όσον αφορά το σύνολο των τμημάτων της διαδικασίας.

Διατάσσει την αναθέτουσα 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 8-5-2018 και εκδόθηκε την 9-5-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ