

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και
Πουλοπούλου Αγγελική, Μέλη.

Για να εξετάσει αυτεπαγγέλτως το ζήτημα λήψης προσωρινών μέτρων/άρσης αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016, επί του από 5.3.2018 εγγράφου με τίτλο «Υπόμνημα/Ένσταση για τον Διαγωνισμό με αρ. πρωτ. 24/2017 (23.10.2017) και αριθμό μελέτης 13.02.004.315 που διενεργήθηκε με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 15.12.2017 και ώρα 20.00 και συγκεκριμένα για το ΕΙΔΟΣ 1 «ΠΕΝΤΑΘΥΡΟ ΟΧΗΜΑ», 5 τεμάχια και ΕΙΔΟΣ 2 «ΔΙΠΛΟΚΑΜΠΙΝΟ ΤΕΤΡΑΘΥΡΟ ΟΧΗΜΑ», 3 τεμάχια» και απευθυνόμενο προς τη ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ-ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΠΑΤΡΩΝ (ΔΕΥΑΠ) που έλαβε Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 245/15-3-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά του αναθέτοντος φορέα «ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΠΑΤΡΩΝ», νομίμως εκπροσωπούμενου

Με το δικόγραφό του ο ως άνω οικονομικός φορέας επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 26-2-2018 υπ' αρ. 44/20.2.2018 Απόφασης ΔΣ του αναθέτοντος (2η Συνεδρίαση), καθ' ο μέρος απέκλεισε αυτόν

από τα τμήματα 1 και 2 της ανοικτής διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης που διακηρύχθηκε με την υπ' αρ. 24/23-10-2017 Διακήρυξη για «Προμήθεια αυτοκινήτων » (CPV: 34100000-8), εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 190.000 ευρώ. Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί του κατατεθέντος την 5-3-2018 στο ΕΣΗΔΗΣ παραπάνω δικογράφου, που καταχωρήθηκε στην ΑΕΠΠ ως καταρχήν «Προδικαστική Προσφυγή» και αφορά διαδικασία που διακηρύχθηκε ως ανάθεση προμήθειας αγαθών εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 190.000 ευρώ (κάτω των ορίων), με την υπ' αρ. 24/23-10-2017 Διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 22-11-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002283756 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 23-11-2017 με συστημικό α/α 50273. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV 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.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του παρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει 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 οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 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) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται 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, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της Προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από την αναστολή και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

3. Επειδή, ο αναθέτων υπέβαλε τις από 16-3-2018 και με αρ. πρωτ. 5616Α/9-3-2018 Απόψεις του κατά τις οποίες «1. Η καθ’ ερμηνεία Προδικαστική προσφυγή/Ενσταση κατατέθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού την 5-3-2018 μέσω της αρχικής κονσόλας και από τις ενέργειες με επιλογή την «ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ» , νέο μήνυμα και επιλογή θέματος «ΛΟΙΠΑ» και επιλογή

μηνύματος «ΥΠΟΜΝΗΜΑ ΣΦΑΚΙΑΝΑΚΗΣ ΑΕΒΕ» ενώ θα έπρεπε να κατατεθεί στην επιλογή θέματος «ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ/ΕΝΣΤΑΣΗ» και ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή δεν την αναγνώρισε αρχικά ως «ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ/ΕΝΣΤΑΣΗ». 2. Στο επισυναπτόμενο αρχείο δεν έχει χρησιμοποιηθεί το τυποποιημένο έντυπο προσφυγής που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016. 3. Για το παραδεκτό της ένστασης αυτής δεν έχει κατατεθεί παράβολο στο επισυναπτόμενο αρχείο αλλά ούτε και σε φυσική μορφή στην ΔΕΥΑΠ ως ορίζει το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Για τους άνω λόγους η αναθέτουσα αρχή έχει την άποψη ότι η ένσταση δεν πρέπει να εξεταστεί.».

4. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής (και εφόσον δε υποτεθεί το παραπάνω δικόγραφο συνιστά καταρχήν «προδικαστική προσφυγή» κατά την έννοια των άρ. 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016, βλ. κατωτέρω σκ. 3) δεν κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, καθώς κατόπιν ελέγχου εκ του Κλιμακίου στο ΕΣΗΔΗΣ ουδέν εν γένει παράβολο προκύπτει ούτε εξάλλου προέκυψε καθ' οιονδήποτε άλλο τρόπο η ύπαρξη τέτοιου εν γένει παραβόλου (όπως εξάλλου αναφέρει στις ως άνω Απόψεις του και ο αναθέτων, ότι δεν υπεβλήθη ούτε σε φυσική μορφή παράβολο ενώπιον του, ασχέτως δε του ότι τέτοια τυχόν υποβολή και πάλι δεν θα αποτελούσε νόμιμη κατάθεση του παραβόλου κατά τις διέπουσες την προδικαστική προσφυγή διατάξεις), πολλώ δε μάλλον με τα αξιούμενα από το άρ. 5 ΠΔ 39/2017 στοιχεία (ήτοι ηλεκτρονικά κατατεθειμένο μέσω της εφαρμογής e-παραβόλου στη διαδικτυακή πύλη της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων, ήδη πληρωμένο και δεσμευμένο υπέρ ΑΕΠΠ, συνημμένο στην προσφυγή και συνυποβαλλόμενο μετ' αυτής στο ΕΣΗΔΗΣ) και για το οικείο αναλογούν ποσό. Εξάλλου, κατά το άρ. 5 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής, ενώ περαιτέρω, εν προκειμένω, η Απόφαση ΔΣ κατά της οποίας βάλλει το παραπάνω δικόγραφο, κοινοποιήθηκε στον οικονομικό φορέα την 26-2-2018, το ως άνω δικόγραφο του υπεβλήθη στο ΕΣΗΔΗΣ την 5-3-2018 και συνεπώς, η

προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής έχει ήδη παρέλθει από 8-3-2018. Συνεπώς, το ως άνω δικόγραφο παρίσταται ότι ασκήθηκε ούτως ή άλλως απαραδέκτως ως προδικαστική προσφυγή λόγω μη προσκόμισης παραβόλου (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 242, 254/2017, 73, 74, 75, 76, 115, 175/2018, Α37 και Α100/2017 και πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 27,29,235/2015, ΣτΕ 777/2013 Ολομ., 494/2013), στο μέτρο εξάλλου, στο οποίο και εφόσον δι' αυτού ο παραπάνω οικονομικός φορέας τυχόν σκοπούσε και κατέτεινε όντως σε άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής.

5. Επειδή, εξάλλου, δεν είναι καν σαφές, δεδομένου ότι επιπλέον το ως άνω δικόγραφο δεν υπεβλήθη στο υποχρεωτικό προδιατυπωμένο κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 έντυπο, απευθύνθηκε αποκλειστικά προς την αναθέτουσα, φέρει τίτλο «Υπόμνημα/Ενσταση», ενώ όπως αναφέρει και ο αναθέτων, ο ίδιος ο συντάκτης του οικονομικός φορέας κατά την οικεία υποβολή του, δεν το υπέβαλε καν στο προβλεπόμενο και προδιατυπωμένο ως επιλογή επικοινωνίας (ήτοι προορισμό/σκοπό εγγράφου που υποβάλλεται στα πλαίσια του διαγωνισμού) «Θέμα» Προδικαστικής Προσφυγής/Ενστασης, αλλά στο έτερο «Θέμα» με την ένδειξη «ΛΟΙΠΑ» (δηλαδή ως γενικής μορφής επικοινωνία του με τον ίδιο τον αναθέτοντα και όχι ως δικόγραφο κατατεθειμένο επί τον σκοπό και στο πλαίσιο ασκήσεως μιας προδικαστικής προσφυγής, με τελικό αρμόδιο αποδέκτη την ΑΕΠΠ), ότι το δικόγραφο αυτό συνιστά έστω και καταρχήν Προδικαστική Προσφυγή κατά την έννοια των άρ. 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, για όλους τους ως άνω λόγους, το ως άνω δικόγραφο, είναι προδήλως απαράδεκτο και δη ακόμη και αν υποτεθεί ότι συνιστά «Προδικαστική Προσφυγή».

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, ουδέν ανασταλτικό μέτρο πρέπει να διαταχθεί.

8. Επειδή, πρέπει, κατ' αποτέλεσμα όσων αναφέρθηκαν στις σκ. 4-6, να διαταχθεί αυτεπαγγέλτως, σύμφωνα και με την ως άνω στη σκ. 2 οικεία αρμοδιότητα του Κλιμακίου, η άρση του κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 οικείου

αυτοδίκαιου κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 και άρ. 6 ΠΔ 39/2017, κωλύματος σύναψης σύμβασης που τυχόν επέφερε η υποβολή του ως άνω δικογράφου εφόσον υποτεθεί ότι το ως άνω δικόγραφο συνιστά έστω και καταρχήν «Προδικαστική Προσφυγή». Σημειωτέον δε, ότι τα ως άνω διατάσσονται, πρωτίστως, προς άρση οιασδήποτε σχετικής σύγχυσης εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, του υποβάλλοντος το παραπάνω δικόγραφο οικονομικού φορέα ως και κάθε τρίτου εμπλεκόμενου στη διαδικασία ως και κάθε οικείας αμφισβήτησης.

Για τους λόγους αυτούς

Διατάσσει αυτεπαγγέλτως και κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 την άρση κωλύματος σύναψης σύμβασης που τυχόν επέφερε η υποβολή του ως άνω δικογράφου, εφόσον δε αυτό θεωρηθεί ως καταρχήν «Προδικαστική Προσφυγή».

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Μαρτίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ