



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

ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. Α 15/2017

5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 5<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ αποτελούμενο από τους: Κωνσταντίνο Κορομπέλη, Πρόεδρο και Εισηγητή, Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη,

στο πλαίσιο εξέτασης της με ημερομηνία καταχώρησης 09.10.2017 στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ Προδικαστικής Προσφυγής, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 135/09.10.2017, Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης V/23/09.10.2017 και χρέωσης στο 5<sup>ο</sup> Κλιμάκιο με το από 10.10.2017 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του 5<sup>ου</sup> Κλιμακίου, της εταιρείας με την επωνυμία , οποία εδρεύει στη

κατά της υπ' αριθ. 401/2017 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (Πρακτικό της 36<sup>ης</sup> Συνενδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής), η οποία αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού στις 02.10.2017, αναφορικά με την υπ' αριθ.

Προκήρυξη για τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού για την «Προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για την κίνηση μεταφορικών μέσων, θέρμανσης και φωτισμού του Δήμου των Νομικών Προσώπων για τα έτη 2017-2018-2019», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 3.679.245,42 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 2.967.133,40 €, ήτοι ΦΠΑ: 712.112,02 €),

με την οποία ανωτέρω απόφαση η Προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένως έκανε αποδεκτές τις προσφορές των εταιρειών

και

για τους λόγους που αναφέρει στην κρινόμενη Προδικαστική της Προσφυγή και όσον αφορά την ομάδα 4, λιπαντικά, του υπόψη Διαγωνισμού, προϋπολογισμού 240.587,40 € χωρίς ΦΠΑ,

και επλαμβανόμενο του Αιτήματος Αναστολής - Προσωρινών Μέτρων το οποίο σωρεύει στην υπό κρίση προσφυγή της η Προσφεύγουσα εταιρεία,

αφού άκουσε την εισήγηση του Εισηγητή,

μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά Νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ~~.....~~), ποσού 1.203,00 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογισμό της Ομάδας 4, λιπαντικά, ύψους 240.587,40 € χωρίς ΦΠΑ.

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

3. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, διθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη της Οικονομικής Επιτροπής αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 02.10.2017, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 09.10.2017.

4. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

5. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

6. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων

καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

7. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

8. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.).

9. Επειδή, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 401/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου \_\_\_\_\_ (Πρακτικό της 36<sup>ης</sup> Συνενδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής), αναφορικά με την υπ' αρ. 543/24.07.2017 Προκήρυξη για τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού για την «Προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για την κίνηση μεταφορικών μέσων, θέρμανσης και φωτισμού του Δήμου \_\_\_\_\_ και των Νομικών Προσώπων για τα έτη 2017-2018-2019», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 3.679.245,42 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, με την οποία ανωτέρω απόφαση έγιναν αποδεκτές και οι προσφορές των εταιρειών «\_\_\_\_\_» και «\_\_\_\_\_», όσον αφορά

την ομάδα 4, λιπαντικά, εσφαλμένως, κατά την Προσφεύγουσα, για τους λόγους που αναφέρει στην κρινόμενη Προδικαστική της Προσφυγή. Κατόπιν τούτου, με την

υπό κρίση Προσφυγή της αιτείται την τροποποίηση, άλλως την ακύρωση του υπ' αριθ. 36 Πρακτικού της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Πειραιά (Αριθ. Απόφασης 401/2017) και τον αποκλεισμό των λοιπών τριών (3) συμμετεχόντων από τον υπόψη Διαγωνισμό, προβάλλοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

10. Επειδή, εν προκειμένω, η Προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της Αναθέτουσας Αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των εταιρειών

..... και «,

11. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η Προσφεύγουσα εταιρεία προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως τον πλήρη φάκελο της προσφοράς, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία παρανόμως έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των εταιρειών «

και «

υφίσταται ζημία, αφού ευλόγως προσδοκά την κατακύρωση της εν λόγω προμήθειας σε αυτήν, αποκλειομένων των λοιπών τριών (3) συμμετεχόντων. Ως εκ τούτου, αιτείται την προσωρινή διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός της έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής της, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος της για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

13. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της Προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συντελέσθη με την προσβαλλομένη και με την κρίση αυτής ως αποδεκτών των λοιπών τριών (3) προσφορών για την ομάδα 4, λιπαντικά, χρήζει ενδελεχούς έρευνας, εμπειρέχει δε τεχνική κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

14. Επειδή, νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, ενώ προσέτι η πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών και την έκδοση οριστικής κατακυρωτικής απόφασης ήθελε βασίμως θεωρηθεί ότι ζημιώνει την Προσφεύγουσα, ενώ παράλληλα καθιστά αλυσιτελή την αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

#### ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα της Προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μόνον της Ομάδας 4, λιπαντικά, της υπ' αρ. 510/2015 Διακήρυξης του Δήμου Πειραιά για τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού για την «Προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για την κίνηση μεταφορικών μέσων, θέρμανσης και φωτισμού του Δήμου της Πειραιά και των Νομικών Προσώπων για τα έτη 2017-2018-2019», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 3.679.245,42 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% και μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 20 Οκτωβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας

Βασιλική Κ. Μπάκου