

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 28.09.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1006/03.10.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ΘΕΡΜΑΪΚΟΥ [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 421/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. 281/10508/18.06.2018 Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια υγρών καυσίμων και λιπαντικών του Δήμου Θερμαϊκού και των Νομικών του Προσώπων για δύο (2) έτη», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.475.010,00€, πλέον Φ.Π.Α. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 235281266958 1126 0051, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ.

1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 1.475.010,00€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 19.09.2018.

5. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα των λιπαντικών και έχει υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, με συνέπεια να υφίσταται βλάβη, κατά τα άρθρα 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, λόγω: α) της αποδοχής της προσφοράς του οικονομικού φορέα «.....» στην «Ομάδα Ζ – Λιπαντικά Δήμου Θερμαϊκού», παρά το γεγονός ότι κατά την αιτούσα η εν λόγω Τεχνική προσφορά αντίκειται σε όρους της Διακήρυξης και έπρεπε να έχει απορριφθεί και β) της ανάδειξης του οικονομικού φορέα «.....» ως προσωρινού αναδόχου της «Ομάδας Η – Λιπαντικά ΔΗ.Κ.Ε.Θ.», παρά το

γεγονός ότι η προσφεύγουσα προσέφερε χαμηλότερη τιμή. Επειδή, στην κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα προσδιορίζει με σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πώς στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος.

6. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: α) για την «Ομάδα Z – Λιπαντικά Δήμου Θερμαϊκού», η προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» έπρεπε να απορριφθεί, γιατί παρουσιάζει απόκλιση από όρο της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, επικαλείται τις διατάξεις των παραγράφων 1.3, 2.4.1, 2.4.2.3, 2.4.3.2 και 2.4.6 της Διακήρυξης, σύμφωνα με τις οποίες: i) οι συμμετέχοντες πρέπει να καλύπτουν όλη την ποσότητα και τα είδη κάθε Ομάδας, ii) τα προσφερόμενα ελαιολιπαντικά θα πρέπει να έχουν επί ποινή αποκλεισμού έγκριση κυκλοφορίας από τη Διεύθυνση Πετροχημικών του Γενικού Χημείου του Κράτους και iii) όπου ζητούνται προδιαγραφές, είναι υποχρεωτικά σωρευτικές, καθώς και το Τμήμα 2 των Τεχνικών προδιαγραφών, που αφορά στα ελαιολιπαντικά. Κατά την προσφεύγουσα, ενώ για το προϊόν Νο 15 της Ομάδας Z, «Βαλβολίνη SAE 80W-90» ζητήθηκαν οι προδιαγραφές API GL-4 / GL-5 και MT-1, η «.....» προσέφερε το λιπαντικό «..... 80W90», προσκομίζοντας το αντίστοιχο τεχνικό φυλλάδιο, στο οποίο αναγράφεται ότι καλύπτονται οι ζητούμενες προδιαγραφές αλλά και το επί ποινή αποκλεισμού ζητούμενο έγγραφο του Γενικού Χημείου του Κράτους, από το οποίο δεν επαληθεύεται η πλήρωση της προδιαγραφής API MT-1. Η εν λόγω προδιαγραφή είναι, κατά την προσφεύγουσα, διαφορετική από τις προδιαγραφές API GL-4 / GL-5 και δεν μπορεί να υπερκαλυφθεί από αυτές, γιατί αναφέρεται σε λιπαντικά που χρησιμοποιούνται σε μη συγχρονισμένα χειροκίνητα κιβώτια ταχυτήτων λεωφορείων και βαρειών φορτηγών. Το MT-1

υποδεικνύει τα πρόσθετα που είναι απαραίτητα για την προστασία από τη θερμική αποικοδόμηση, τη φθορά εξαρτημάτων και την αλλοίωση της στεγανότητας με λάδι, τα οποία δεν ικανοποιούνται από τις προδιαγραφές GL-4 ή GL-5. Τέλος, η προδιαγραφή API MT-1 δεν εμπεριέχεται στις προδιαγραφές GL-4 ή GL-5, ούτε δύναται να υποκατασταθεί από αυτές, σύμφωνα με τη συνημμένη στην Προσφυγή βιβλιογραφία. Η προσφεύγουσα καταλήγει, συμπεραίνοντας ότι, εφόσον με βάση το έγγραφο του Γενικού Χημείου του Κράτους, το προσφερόμενο είδος δεν πληροί την προδιαγραφή API MT-1, θα έπρεπε να έχει απορριφθεί συνολικά η προσφορά της «.....» για την Ομάδα Ζ. β) Για την «Ομάδα Η – Λιπαντικά ΔΗ.Κ.Ε.Θ.», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι λανθασμένα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία «.....», της οποίας η Οικονομική προσφορά για την εν λόγω Ομάδα ανέρχεται σε 876,00€ πλέον ΦΠΑ, δεδομένου ότι η Οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας για την ίδια Ομάδα Η ανέρχεται σε 808,00€ πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. 17793/09.10.2018 Απόψεις της αναφέρει ότι: α) Για το προϊόν Νο 15 της ομάδας Ζ, «Βαλβολίνη SAE 80 W – 90» στο κεφάλαιο ορίζονται προδιαγραφές API GL - 4/GL- 5 και MT – 1 και ο οικονομικός φορέας «.....» προσέφερε το λιπαντικό «..... 80W90», προσκομίζοντας το αντίστοιχο τεχνικό φυλλάδιο αλλά και τον αριθμό έγκρισης κυκλοφορίας/09 από το Γ.Χ.Κ. που επί ποινή αποκλεισμού απαιτείται από τη Μελέτη. Στο τεχνικό φυλλάδιο αναφέρεται ότι το λιπαντικό έχει τις απαιτούμενες από τη μελέτη προδιαγραφές API GL4/GL5 – MT– 1, το οποίο ωστόσο δεν επαληθεύεται από το κατατεθειμένο έγγραφο του Γ.Χ.Κ με ημερομηνία έκδοσης 22.07.2016. Επειδή, ωστόσο, σκοπός των οριζομένων τόσο με την Μελέτη όσο και με την Διακήρυξη είναι η διασφάλιση των συμφερόντων του δημοσίου καθώς και της ασφάλειας τόσο των δημοτών όσο και του Περιβάλλοντος και επειδή η έγκριση του Γενικού Χημείου του Κράτους ζητείται προκειμένου να επιβεβαιώσει την κυκλοφορία του προϊόντος στην αγορά ενώ τα τεχνικά χαρακτηριστικά κατά κανόνα προκύπτουν από το

Δελτίο του κατασκευαστή, κατά την αναθέτουσα αρχή συνάγεται ότι το συγκεκριμένο προϊόν πληροί την επίμαχη προδιαγραφή MT-1 βάσει του κατασκευαστή. Για τον λόγο αυτό, η αναθέτουσα αρχή κρίνει σκόπιμη την απόρριψη της Προσφυγής κατά το σκέλος που αφορά στην «Ομάδα Ζ». β) Όσον αφορά την «Ομάδα Η», η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί ότι προσωρινός ανάδοχος αναγράφηκε (εκ παραδρομής) λανθασμένα η εταιρεία «.....» αντί του ορθού «.....», καθώς ο τελευταίος προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά και, συνεπώς, η Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή κατά το σκέλος που αφορά στην Ομάδα Η.

9. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

10. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

11. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

12. 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. Ωστόσο, δε 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 την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

13. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, 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.

14. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης πράξης και ιδίως ως προς τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

15. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίσταται καταρχήν προδήλως αβάσιμος και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής του, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης, ενώ ο δεύτερος λόγος συνομολογείται από την αναθέτουσα αρχή και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει τη διαγωνιστική διαδικασία για την «Ομάδα Ζ – Λιπαντικά Δήμου Θερμαϊκού» και την «Ομάδα Η – Λιπαντικά ΔΗ.Κ.Ε.Θ.», έως την έκδοση κύριας απόφασης της επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15.10.2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κουρή Σταυρούλα

Μανώλογλου Μαρία