

**Αριθμός απόφασης: Α 517 / 2018**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23.11.2018, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα–Μαρία Δρακονταειδή και Αργυρώ Τσουλούφα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων το οποίο σωρεύεται στην από 15.11.2018 (ημερομηνία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1196/15.11.2018 της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη ....., οδός ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθ. υπ' αριθμ. 421/2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ..... (από το πρακτικό της 37<sup>ης</sup> συνεδρίασης), η οποία κατ' αποδοχόν του από 29/10/2018 Πρακτικού της Επιτροπής ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών που κατατέθηκαν στο διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. πρωτ. .... Διακήρυξη Διαγωνισμού, με αντικείμενο την ..... για χρονικό διάστημα ενός έτους, συνολικού προϋπολογισμού 370.714,09€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, κάνει αποδεκτές τις προσφορές της ίδιας, καθώς και των εταιρειών με την επωνυμία «.....», «.....» και «.....».

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτή, πέραν της δικής της προσφοράς για το Τμήμα 2 – Λιπαντικά του αντικειμένου της σύμβασης, έγιναν ομοίως αποδεκτές και οι προσφορές των

## **Αριθμός απόφασης: Α 517 / 2018**

συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων «.....» και «.....» αφού -ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται- οι προσφορές τους υποβλήθηκαν κατά παράβαση των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, αντίστοιχα δε και των επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενων όρων της διακήρυξης, όπως αναλυτικά αποτυπώνει με τους αναφερόμενους στην υπό εξέταση Προσφυγή της λόγους.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. ....Διακήρυξη του .....προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοικτός, δημόσιος διαγωνισμός σε Τμήματα με αντικείμενο την «.....για χρονικό διάστημα ενός έτους, συνολικού προϋπολογισμού 370.714,09€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24% με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και δικαίωμα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα Τμήματα του προϋπολογισμού της 21/2018 μελέτης. Η ως άνω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 13.09.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α .....

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό.....) ποσού 600,00€, ήτοι το κατώτατο κατά νόμο ποσό παραβόλου, το οποίο καταβάλλεται στην περίπτωση που

### **Αριθμός απόφασης: Α 517 / 2018**

υπολογίζοντας το παράβολο σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης -εν προκειμένω επί της προϋπολογισθείσας αξίας του Τμήματος 2 του αντικειμένου της σύμβασης στην οποία αφορά η υπόψη προσφυγή ύψους 16.071,00€ χωρίς ΦΠΑ- προκύπτει ποσό παραβόλου χαμηλότερης αξίας.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 298.962,97€ χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου αποστολής δημοσίευσης της Διακήρυξης στην ΕΕΕΕ (24.08.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61,120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ.α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 07.11.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 15.11.2018, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

6. 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

### **Αριθμός απόφασης: Α 517 / 2018**

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).

7. 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*».

8. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι 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.

### **Αριθμός απόφασης: Α 517 / 2018**

9. 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.

10. 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.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του - τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ'αριθ. 421/2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του .....(από το πρακτικό της 37<sup>ης</sup> συνεδρίασης), η οποία κατ'

## **Αριθμός απόφασης: Α 517 / 2018**

αποδοχήν του από 29/10/2018 Πρακτικού της Επιτροπής ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών που κατατέθηκαν στο διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. Πρωτ..... Διακήρυξη Διαγωνισμού, με αντικείμενο ..... για χρονικό διάστημα ενός έτους, συνολικού προϋπολογισμού 370.714,09€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, έκανε αποδεκτές (και) τις προσφορές των εταιρειών «.....», «.....» εσφαλμένως, κατά τη προσφεύγουσα και όπως υποστηρίζει κατά παράβαση του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης και του οικείου νομοθετικού πλαισίου δημοσίων συμβάσεων, προβάλλοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής εκτέλεσης αυτής έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

12. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της για το Τμήμα 2 του αντικείμενου της υπόψη σύμβασης, η οποία έγινε αποδεκτή κατά το στάδιο αξιολόγησης των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», και για το λόγο αυτό εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, προσδοκία η οποία απομειώνεται εκ του γεγονότος ότι στο αυτό στάδιο του διαγωνισμού έγιναν, κατ' εσφαλμένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, ομοίως αποδεκτές και οι προσφορές των οικονομικών φορέων «.....» και «.....» για το ίδιο ως άνω Τμήμα της υπόψη σύμβασης, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, έκρινε ως αποδεκτές και τις προσφορές των ως άνω οικονομικών φορέων.

13. 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

### **Αριθμός απόφασης: Α 517 / 2018**

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).

14. Επειδή, οι προβαλλόμενοι εκ μέρους της προσφεύγουσας λόγοι για την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης συναρτώνται με την εξέταση των δικαιολογητικών των υποφακέλων των τεχνικών προσφορών των συνδιαγωνιζόμενων με τη συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα οικονομικών φορέων «.....» και «.....», εμπειρίχοντας άνευ ετέρου τεχνικής φύσεως κρίση. Και τούτο διότι, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τα προσφερόμενα είδη λιπαντικών του Τμήματος 2 της υπόψη σύμβασης δεν ικανοποιούν τις επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενες κατά τη διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές. Ως εκ τούτου, γίνεται αντιληπτό ότι η κρίση περί της βασιμότητας των ως άνω ισχυρισμών απαιτεί ενδελεχή εξέταση των τεχνικών χαρακτηριστικών που συνοδεύουν τις προδιαγραφές των προσφερόμενων ειδών σε σχέση με τις απαιτούμενες στην επίμαχη διακήρυξη, προκειμένου να διαπιστωθεί εάν τα προσφερόμενα είδη λιπαντικών αποκλίνουν από αυτές, τεχνική κρίση η οποία δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015). Ως εκ τούτου, οι προβαλλόμενοι εκ μέρους της προσφεύγουσας ισχυρισμοί δεν πιθανολογούνται ως προδήλως απαράδεκτοι ή ως προδήλως αβάσιμοι.

15. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της

### **Αριθμός απόφασης: Α 517 / 2018**

κρίσης επί της τεχνικής προσφοράς των συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης πρακτικού οικονομικών προσφορών άρα και προσωρινής κατακύρωσης, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα των ως άνω προσφορών των συμμετεχόντων στο πλαίσιο εξέτασης της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επόμενων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής αυτής.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανάρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού, ενώ η υπό εξέταση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμη.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω θα πρέπει να ανασταλεί η περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και να οριστούν προσωρινά μέτρα.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με τη με αριθ. .... Διακήρυξη Διαγωνισμού, με



**Αριθμός απόφασης: Α 517 / 2018**

αντικείμενο την ..... για χρονικό διάστημα ενός έτους, συνολικού προϋπολογισμού 370.714,09€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, κατά το μέρος που αφορά στο Τμήμα 2 της υπό ανάθεση σύμβασης, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 23 Νοεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 26 Νοεμβρίου 2018.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Όλγα Θάνου**