

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 7 Φεβρουαρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην από 27.1.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 103/30.1.2020 Προδικαστική Προσφυγή του ..., που κατοικοεδρεύει στο

Κατά του Δήμου και δη κατά της με αρ. 310/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ως άνω αναθέτουσας αρχής δια της οποίας εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. πρακτικό ανάδειξης αναδόχου στο πλαίσιο του ανοικτού, διεθνή, μειοδοτικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ ... Διακήρυξη του Δήμου....., με αντικείμενο τη προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών συνολικού εκτιμώμενου προϋπολογισμού ύψους 580.729,55€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και αναδεικνύεται η συμμετέχουσα εταιρεία «...» προσωρινός ανάδοχος και για τα δύο τμήματα του διαγωνισμού (Καύσιμα και Λιπαντικά).

Διά της προσφυγής της επιδιώκει η προσφεύγουσα να ακυρωθεί η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση καθ' ο μέρος κάνει δεκτή τη προσφορά της εταιρείας «...» και την αναδεικνύει προσωρινή ανάδοχο ειδικά για το τμήμα «Λιπαντικά» της υπόψη σύμβασης, στο οποίο τμήμα έχει άλλωστε υποβάλλει και τη προσφορά της η προσφεύγουσα. Ετέρωθεν, διά της προκείμενης προσφυγής ζητείται η αναστολή προόδου του διαγωνισμού και ιδίως η

Αριθμός Απόφασης Α62 / 2020

αναστολή της οριστικής κατακύρωσης του διαγωνισμού και της υπογραφής της σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος με τη με ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ διακήρυξη του, προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για την ανάθεση της προμήθειας καυσίμων και λιπαντικών για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου, των Σχολικών Επιτροπών Πρωτοβάθμιας και Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης καθώς και των Νομικών Προσώπων του Δήμου, συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 468.330,28€ άνευ ΦΠΑ (και 580.729,55€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ). Ο διαγωνισμός διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) υπό το συστημικό αριθμό Στον επίμαχο διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερεις (4) οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα στην ομάδα των καυσίμων συμμετείχε η εταιρεία ... και στην ομάδα των λιπαντικών οι εξής: ..., ..., ... και Διά της προσβαλλομένης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ως άνω Δήμου και κατά τον έλεγχο των φακέλων «δικαιολογητικά συμμετοχής και τεχνική προσφορά» έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων: ..., ... και ... (για την ομάδα λιπαντικά) ενώ η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα ... απορρίφθηκε, διότι για το είδος 11 (Βαλβολίνη 85W-90) από την επιτροπή διαγωνισμού διαπιστώθηκε πως δεν πληροί την προδιαγραφή της διακήρυξης καθώς από το φυλλάδιο που κατατέθηκε από την ως άνω συμμετέχουσα εταιρεία προκύπτει ότι το συγκεκριμένο λιπαντικό είναι τύπου: Βαλβολίνη 80W-90. Κατόπιν τούτων και μετά το άνοιγμα και των οικονομικών προσφορών, αναδείχθηκε διά της ως άνω προσβαλλομένης απόφασης η εταιρεία προσωρινή ανάδοχος και για τα δύο τμήματα του διαγωνισμού, δεδομένης της πλέον συμφέρουσας βάσει τιμής

Αριθμός Απόφασης Α62 / 2020

κατατεθείσας προσφοράς της. Κατά της απόφασης αυτής της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου στρέφεται η προσφεύγουσα με την από 27.1.2020 προδικαστική της προσφυγή για τους σε αυτήν περιεχόμενους λόγους.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρα 345 παρ. 1 και 6 παρ. 1 του Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) καθώς και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του Ν.4412/2016. Συνακόλουθα, εν όψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης η 29^η.10.2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν.4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

3. Επειδή, από τα αναρτηθέντα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α ...) προκύπτει ότι η κρινόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 600,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, το οποίο αποτελεί και το κατώτατο κατά νόμον ποσό παραβόλου, δοθέντος ότι η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται για το τμήμα «Λιπαντικά» της προκείμενης σύμβασης, προϋπολογισθείσας αξίας 9.652,00€ άνευ ΦΠΑ.

4. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό, η προσφορά της οποίας έγινε δεκτή κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών, με έννομο συμφέρον,

Αριθμός Απόφασης Α62 / 2020

κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ.39/2017, στρέφεται κατά της απόφασης που ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την έτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία Και τούτο, διότι κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή, αποφασίσθηκε μη νόμιμα και κατά παράβαση της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, η αποδοχή της προσφοράς της καθ'ής συμμετέχουσας εταιρείας, δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η προσφορά της τελευταίας δεν συμμορφώνεται πλήρως με τους όρους της οικείας διακήρυξης.

5. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: Από την υπ' αριθμ. Μελέτη της Διακήρυξης, και ειδικότερα στο Παράρτημα Ι της οικείας διακήρυξης «Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές» όσον αφορά τα ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ απαιτείται για το με α/α 3 προϊόν, Λιπαντικό ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ M68, ωστόσο η επιχείρηση «....» έχει καταθέσει για το ως άνω είδος το τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος ... από το οποίο δεν προκύπτει το προσφερόμενο ως άνω προϊόν να πληροί τις προδιαγραφές: HF-O, M-2952-S.1, P-68, P-70 (ISO 32,46,68) όπως έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με τη μελέτη. Συγκεκριμένα για το προϊόν τούτο οι ζητούμενες προδιαγραφές είναι: ... 51524 HLP PART II (ISO 22-100) ...N: HF-O&HF-2,: NFE 48-603 HM (ISO 22-150), M-2952-S.1 -228-S, P-68, P-70 (ISO 32,46,68), ενώ το προσφερόμενο από την καθ'ής λιπαντικό ... πληροί, ως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, μόνο τις παρακάτω προδιαγραφές: ISO 6743/4, ... 51524 Part 2 HLP,: NFE-48603 HM, HF-1/HF-2, I-286-S και συνεπώς δεν καλύπτει τις προδιαγραφές που απαιτεί η αναθέτουσα αρχή. Για το υπ' αριθμ. 5 προϊόν ήτοι το Λιπαντικό Υδραυλικών ISO 46 η συμμετέχουσα επιχείρηση «....» έχει καταθέσει το τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος:, από το οποίο όμως δεν εμφανίζεται να πληρούνται οι προδιαγραφές:: HF-O, M-2952-S.1, P-68, P-70 (ISO 32,46,68) όπως έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με τη μελέτη. Συγκεκριμένα για το ως άνω προϊόν οι ζητούμενες προδιαγραφές είναι: ... 51524 HLP PART II (ISO 22-100): HF-O&HF- 2,: NFE 48-603 HM (ISO 22-150), ... M-2952-S.1 -228-S, P-68, P-70 (ISO

Αριθμός Απόφασης Α62 / 2020

32,46,68) Το προσφερόμενο ωστόσο από την ως άνω συμμετέχουσα καθ'ής εταιρεία λιπαντικό πληροί μόνο τις παρακάτω προδιαγραφές: ISO 6743/4 HM. ... 51524 Part 2 HLP, 70-1, 70-2, 70-3,NFE-48603 HM, ET19/ET33, ... HF-1/HF-2, M2950-SD / I-286-S, ... 24318, ... 126/127. Επίσης ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η προδιαγραφή M2950-SD είναι κατώτερη της ζητούμενης: ... M-2952-S.1 και συνεπώς το προσφερόμενο λιπαντικό δεν καλύπτει το σύνολο των προδιαγραφών που απαιτεί η αναθέτουσα αρχή. Mutatis mutandis στρέφεται η προσφεύγουσα κατά της προσφοράς της ως άνω συμμετέχουσας και αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου επιπλέον για τα προσφερόμενα από αυτή είδη υπό α/α 6 Λιπαντικό ATF Dextron III, υπό α/α 12 Βαλβολίνη 75W-90 Συνθετική και υπό α/α 14 Λιπαντικό W10. Περαιτέρω, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι από την καθ'ής επιχείρηση έχει δηλωθεί στην κατατεθείσα Υπεύθυνη Δήλωση ότι τα προσφερόμενα λιπαντικά έχουν καταχώρηση στον κατάλογο που τηρεί η Δ/νση Πετροχημικών του Γενικού Χημείου του Κράτους, αλλά παραπονείται συναφώς η προσφεύγουσα ότι δεν έχουν αναρτηθεί οι συγκεκριμένες καταχωρήσεις προς απόδειξη τούτου και προκειμένου να διευκρινιστεί η πληρότητα και η ορθότητα των προδιαγραφών των λιπαντικών που κατατέθηκαν, όπως απαιτείται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, όπου ορίζεται συγκεκριμένα: «Τα ελαιολιπαντικά θα πρέπει να έχουν έγκριση κυκλοφορίας που δίδεται μετά την καταχώρησή τους στον κατάλογο που τηρεί η Δ/νση Πετροχημικών του Γενικού Χημείου του Κράτους» Επομένως, κατά τη προσφεύγουσα, οι ζητούμενες από το κανονιστικό περιεχόμενο των όρων της υπόψη διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές δεν πληρούνται σωρευτικά ως απαιτείται για κανένα από τα ανωτέρω προσφερόμενα προϊόντα και για τους λόγους αυτούς υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της καθ'ής συμμετέχουσας εταιρείας είναι απορριπτή.

6. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

Αριθμός Απόφασης Α62 / 2020

7. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμ. πρωτ. 1933/6.2.2020 έγγραφο της αποστέλλει τις απόψεις της επί των λόγων που προβάλλονται στη προκείμενη Προσφυγή και αιτείται την απόρριψη της.

8. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η υπό εξέταση προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως απαράδεκτη, ούτε ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους που πρέπει να εξετασθούν. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσο επί του παραδεκτού της προσφυγής όσο και επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να συναχθεί στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9, 10, 20, 41, 46/2015), θα διαλαμβάνεται, ωστόσο, στην οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

9. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του Ν. 4412/2016 και 15 του Π.Δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με απόφασή της μπορεί να αποφασίζει τη λήψη προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι ο διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο πριν τη σύναψη της σύμβασης. Δεν υπάρχει, συνεπώς, επόμενο στάδιο, καθώς μετά την οριστική κατακύρωση της σύμβασης, απομένει η εγκριτική απόφαση του σταδίου αυτού να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 του Ν. 4412/2016 και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση. Δοθέντος ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη, σύμφωνα με τα άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2016 και 6 του Π.Δ. 39/2017. Κατά συνέπεια, στο παρόν στάδιο δεν υφίσταται βλάβη η προσφεύγουσα, ούτε πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού από τη συνέχιση της

Αριθμός Απόφασης Α62 / 2020

διαγωνιστικής διαδικασίας ούτε επικείμενο κίνδυνο διατρέχει, ούτε ζημία υφίσταται (πρβλ ΣΤΕ ΕΑ 86/2018, ΣΤΕ ΟΛ 12-15/2018, πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ ΟΛ 146-148/2016, ΔΕφΑθ 26/2019). Η από την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής επικαλούμενη ζημία της, εξάλλου, από τη μη κατακύρωση σε αυτήν της επίμαχης σύμβασης, δεν μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της. Συνακόλουθα, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων λόγω της προόδου του διαγωνισμού, το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας θα πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, με τη ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεση σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής, κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του Π.Δ. 39/2017, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής - προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 7 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 10 Φεβρουαρίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός Απόφασης Α62 / 2020

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

**Τζέιμου Ελ. Γιάννακα
και α/α Βασιλική Κωστή**