

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και Πουλοπούλου Αγγελική, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 11-12-2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 352/12-12-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/62/12-12-2017 του προσφεύγοντος με την επωνυμία «

»

Κατά του ,

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο αιτών επιδιώκει την ακύρωση της της υπ' αριθμ. 416/2017 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής αυτής, κατά το σκέλος της με το οποίο, κατ' έγκριση του υπ' αρ. 54784/2017 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού για την Προμήθεια Καυσίμων και Λιπαντικών για τις ανάγκες του Δήμου Αλεξανδρούπολης και των Νομικών Προσώπων αυτού για τα έτη 2018 και 2019, κρίθηκαν ως αποδεκτές, στην Ομάδα Λιπαντικών, οι προσφορές των έτερων διαγωνιζομένων «,

», «

», «

», «i

» και «

».

Περαιτέρω, ζητά την αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως

την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής. Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 11-12-2017 και κοινοποιηθείσας την 12-12-2017 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 1-12-2017 με αρ. 416/24-11-2017 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (υπ' αρ. 50/2017 Πρακτικό Συνεδρίασης) της αναθέτουσας περί Έγκρισης του υπ' αρ. 54784/26-10-2017 Πρακτικού Επιτροπής Διεξαγωγής και Αξιολόγησης Προσφορών ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων. Ήδη με την ως άνω Προσφυγή, ο προσφεύγων, ο οποίος μετείχε στον διαγωνισμό και η τεχνική προσφορά-δικαιολογητικά του εκρίθησαν ως αποδεκτά εκ της ίδιας της προσβαλλομένης, ζητά την ακύρωσή αυτής κατά το σκέλος αποδοχής της προσφοράς με την έγκριση του ως άνω Πρακτικού, κάθε μίας εκ των προσφορών των ως άνω πέντε (5) οικονομικών φορέων και άλλων πλην του ιδίου διαγωνιζομένων. Συγκεκριμένα, αιτιάται ότι οι οικονομικοί φορείς «

», « » και «

δεν προσκόμισαν με την τεχνική προσφορά τους βεβαίωση καταχώρησης των προσφερόμενων προϊόντων τους στο Ε.Μ.Χ.Π. κατά παράβαση της από 6/10/2017 διευκρίνισης της αναθέτουσας με αρ. πρωτ. 47311, η οποία όριζε ότι για τα επικίνδυνα χημικά είδη της 82/2017 μελέτης και ανά αύξοντα αριθμό, όπως αυτά καταχωρίστηκαν σε αυτήν, 14., 15., 16., 18., 19., 20., 22., 23., 24. και για όσα λιπαντικά προβλέπονται στη νομοθεσία, πρέπει να προσκομιστούν από τους συμμετέχοντες τα προβλεπόμενα στην υπ' αρ. 30/004/0002368/15-6-2016 Εγκύκλιο Γενικού Χημείου του Κράτους (ΓΧΚ), ώστε να αποδεικνύεται η εναρμόνισή τους με την Ελληνική και Ευρωπαϊκή Νομοθεσία. Ο δε οικονομικός φορέας “ ” δεν κατέθεσε, όσον αφορά

το προϊόν Νο3 «Λάδι SAE 20W50 συνθετικό diesel», για το οποίο προσέφερε το προϊόν με την εμπορική ονομασία «

», την απαιτούμενη βεβαίωση χορήγησης αριθμού έγκρισης κυκλοφορίας από το ΓΧΚ, αλλά την από 24/8/2016 αίτηση του προς αυτό για την έκδοση τέτοιου αριθμού καταλόγου, κατά παράβαση των όρων που θέσπισε η παραπάνω διευκρινιστική επιστολή, κατά την οποία για τα λιπαντικά της 82/2017 μελέτης πρέπει να έχει λάβει χώρα καταχώρηση των προσφερόμενων προϊόντων, για όσα προβλέπει η νομοθεσία κατά το είδος τους, στους καταλόγους του ΓΧΚ και αυτό θα αποδεικνύεται με την προσκόμιση των απαραίτητων δικαιολογητικών. Και μάλιστα, ο παραπάνω πέμπτος έτερος διαγωνιζόμενος υπέβαλε την παραπάνω αίτησή του, σε μορφή άλλη από τον μορφότυπο .pdf, κατά παράβαση της σελ. 19, παρ. 2.4.2.4 της διακήρυξης κατά την οποία τα στοιχεία και δικαιολογητικά του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται σε τέτοια μορφή. Ως εκ των ως άνω, οι προσφορές όλων των παραπάνω οικονομικών φορέων φέρουν σε ουσιώδεις ελλείψεις και πρέπει να αποκλειστούν, οπότε και η προσβαλλόμενη έσφαλε κρίνοντάς τις αποδεκτές.

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, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ’ άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. ποσού 800,40 ευρώ), το οποίο πληρώθηκε από 11-12-2017 μέσω εμβάσματος της Τράπεζας EUROBANK, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου. Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία που προκηρύχθηκε βάσει της (CPV () με αρ. 4

Διακήρυξης με συνολικό προϋπολογισμό 2.091.745,30 ευρώ άνευ ΦΠΑ και προϋπολογισμό τμημάτων (ΟΜΑΔΑ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ, Αντικείμενα 3, 6 και 9) επί των οποίων η προσφυγή 160.080,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ και απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 15-9-2017, δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ και την 19-9-2017 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 19-9-2017 με συστημικό α/α Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση της διακήρυξης στην ΕΕΕΕ, 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. Περαιτέρω, η Προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 1-12-2017, ημερομηνία που εξάλλου φέρει και ο ΑΔΑ της όπως είναι αναρτημένος στο ΕΣΗΔΗΣ), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα. Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού μετείχε στον διαγωνισμό με δικαιολογητικά-τεχνική προσφορά που κρίθηκε ως δεκτή για τα επόμενα στάδια, επομένως προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό των έτερων ομοίως προκριθέντων στα επόμενα στάδια για το ίδιο Τμήμα διαγωνιζομένων. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους αντίθεσης της προσφοράς των έτερων διαγωνιζομένων, με τη διακήρυξη και τις σχετικές κανονιστικού χαρακτήρα συμπληρωματικές διευκρινίσεις, οι οποίοι λόγοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των εγγράφων που κατέθεσαν οι έτεροι διαγωνιζόμενοι κατά της αποδοχής της προσφοράς των οποίων στρέφεται η προσφυγή. Επομένως, δεν πληρούνται οι όροι του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 38/2017 και συνεπώς δεν δύναται να αρθεί η αυτοδίκαιη εκ του

νόμου αναστολή σύναψης σύμβασης, ενώ περαιτέρω χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

4. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας, αλλά και κάθε τρίτου συμμετέχοντος, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι του ανοίγματος οικονομικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου όποιου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας συμμετοχής στα επόμενα στάδια προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου ανοίγματος οικονομικών προσφορών τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της τεχνικής προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου αν ενδιάμεσως έχει τυχόν μειοδοτήσει και λάβει χώρα προσωρινή κατακύρωση εις βάρος του, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης πρακτικού οικονομικών προσφορών άρα και προσωρινής κατακύρωσης, προξενώντας έτσι πιθανό 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 δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της ίδιας της τεχνικής προσφοράς του βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 69/14-12-2017 Πράξεως του Προέδρου 6ου Κλιμακίου για την 27-12-2017, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης

απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς.

5. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του ειδικότερου περιεχομένου του αιτήματος του προσφεύγοντος δεδομένης της κατά την ως άνω σκ. 2, αυτεπάγγελτης εξουσίας του Κλιμακίου επί της απόφασης διαταγής ως και της διαμόρφωσης του περιεχομένου του ανά περίπτωση προσωρινού μέτρου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών ως και κατακύρωσης επ' αυτής, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή απεύθυνσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου, επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα κηρυχθούν αυτοδικαίως άκυρες.

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το Αίτημα Αναστολής του αιτούντος.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας διατάσσοντας ειδικότερα την αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών ως και προσωρινής κατακύρωσης και πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, ως και την Οικονομική Επιτροπή της, όπως άμεσα μταιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί την αξιολόγηση οικονομικών προσφορών και προσωρινή κατακύρωση, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και αξιολόγηση ή και έγκρισή τους.

Διατάσσει την αναθέτουσα όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14 Δεκεμβρίου 2017 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ



Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ

