
Το 6ο Κλιμάκιο της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, συνεδρίασε στην έδρα της Αρχής, την 28 Σεπτεμβρίου 2017, με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και Πουλοπούλου Αγγελική, μέλη.

Για να εξετάσει, τη με αρ. πινακίου (1) της προκείμενης συνεδριάσεως, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 αυτεπάγγελη εισαγωγή προς εξέταση περί τυχόν λήψης μέτρων των αρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 επί της από 20-9-2017 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 99/22-9-2017 και Ειδ. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. VI/16/22-9-2017 Προδικαστικής Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «
..... με έδρα τη οδός (εφεξής «προσφεύγων») κατά της Αναθέτουσας Αρχής Δήμος (εφεξής «αναθέτουσα») και της 479/7-9-2017 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής αυτού (εφεξής «προσβαλλόμενη») που ενέκρινε το 1ο Πρακτικό (της 7-9-2017) ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του Ηλεκτρονικού Ανοικτού Διαγωνισμού άνω των ορίων για την Προμήθεια Πετρελαιοειδών (Υγρών Καυσίμων και Λιπαντικών) κατά το σκέλος που αφορά το Τμήμα «Λιπαντικά». Χρέη Εισηγητή εκτέλεσε ο ως άνω Πρόεδρος του Κλιμακίου, ο οποίος προσκόμισε και παρουσίασε ενώπιον του Κλιμακίου την οικεία Εισήγησή του.

**ΑΦΟΥ ΜΕΛΕΤΗΣΕ ΤΟΝ ΦΑΚΕΛΟ ΤΗΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΑΒΕ ΥΠΟΨΗ ΤΗΝ ΕΙΣΗΓΗΣΗ
ΣΚΕΦΤΗΚΕ ΚΑΤΑ ΝΟΜΟ**

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 20-9-2017 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της 479/7-9-2017 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής Δήμου, με την οποία εγκρίθηκε πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών. Ήδη με την ως άνω Προσφυγή, ο προσφεύγων, ο οποίος μετείχε στον διαγωνισμό ειδικώς και αποκλειστικώς για το Τμήμα των Λιπαντικών και με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε η προσφορά του και η συνέχισή του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ως προς το ως άνω Τμήμα, ζητά την ακύρωση αυτής ειδικώς κατά το σκέλος της με το οποίο, ομοίως με αυτόν έκρινε ως δεκτές για το παραπάνω Τμήμα "Λιπαντικά" τις τεχνικές προσφορές-δικαιολογητικά των έτερων διαγωνιζομένων α. και β. δεχόμενη τη συνέχισή τους στο επόμενο στάδιο ανοίγματος των οικονομικών προσφορών. Συγκεκριμένα, αιτείται τον αποκλεισμό του ως άνω υπό α. διαγωνιζομένου διότι αιπιάται πως δεν κατέθεσε Δελτίο Δεδομένων Ασφαλείας για το προσφερόμενο λιπαντικό, αλλά για έτερο μη προσφερθέν προϊόν και ότι δεν κατέθεσε έγγραφο που πιστοποιούν τις τεχνικές προδιαγραφές και την ένταξη σε σύστημα εναλλακτικής διαχείρισης των προσφερόμενων προϊόντων. Αιτείται τον αποκλεισμό του ως άνω υπό β. διαγωνιζομένου επί της αιτιάσεώς ότι δεν κατέθεσε έγγραφο που πιστοποιούν τις τεχνικές προδιαγραφές και την ένταξη σε σύστημα εναλλακτικής διαχείρισης των δικών του προσφερόμενων προϊόντων. Επομένως, αμφότερες οι προσφορές των ως άνω υπό α. και β. διαγωνιζομένων παραβιάζουν τους όρους της διακήρυξης και πρέπει να αποκλειστούν.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται σε αυτεπάγγελη 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 αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος. 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 οιουδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 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). Περαιτέρω, η κλήση της αναθέτουσας επί ειδικώς των προσωρινών μέτρων, εν προκειμένω περιπεύει αφενός λόγω του άμεσου κινδύνου από τυχόν πρόοδο του διαγωνισμού σε επόμενο στάδιο, δεδομένου ότι έχει περατωθεί ήδη το στάδιο τεχνικών προσφορών, αφετέρου λόγω του λίαν συντόμου χρόνου εντός του οποίου θα εξεταστεί η υπόθεση, ήτοι κατά την Πράξη Προέδρου 6^{ου} Κλιμακίου 15/27-9-2017 την 6-10-2017.

3. Επειδή, παρίσταται ότι για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. _____ ποσού 600 ευρώ), η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει με το από 25-9-2017 εσωτερικό έγγραφο της την πληρωμή, τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου. Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία που προκηρύχθηκε με τη Διακήρυξη _____ Προμήθεια Καυσίμων και Λιπαντικών για το 2017-2018» (CPV _____ με συνολικό προϋπολογισμό άνευ ΦΠΑ 1.218.449,80 ευρώ που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 30-6-2017, δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 3-7-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ _____ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 7-7-2017 με συστημικό α/α _____ και με Τμήμα αυτής επί του οποίου συγκεκριμένα ερείδεται η προσβαλλόμενη πράξη, άρα και η προκείμενη Προδικαστική Προσφυγή, κατά το άρ. 5 Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων, σελ. 63 της Διακήρυξης τα «Λιπαντικά» εκτιμώμενης αξίας 32.176,80 ευρώ άνευ ΦΠΑ (Λιπαντικά, CPV _____). Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση προς την ΕΕΕΕ, ο οποίος κατ' άρ. 61 Ν. 4412/2016 συνιστά και τον κρίσιμο χρόνο για την κατάγνωση έναρξης του διαγωνισμού, 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 έκδοσης προσβαλλόμενης 7-9-2017 και κοινοποίησής της την 12-9-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον πρόεδρο και διευθύνοντα σύμβουλο της Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού μετείχε στον διαγωνισμό για το επίμαχο τμήμα "Λιπαντικά" με τεχνική προσφορά που κρίθηκε ως δεκτή για τα επόμενα στάδια, επομένως προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό των άλλων ομοίως προκριθέντων στα επόμενα στάδια για το ίδιο Τμήμα διαγωνιζομένων. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαραδέκτη. Ομοίως, δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους αντίθεσης της προσφοράς του έτερου διαγωνιζόμενου με τη διακήρυξη, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων με τις προδιαγραφές της διακήρυξης και τα αμφισβητούμενα χαρακτηριστικά των επιμέρους προϊόντων. 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 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 των άλλων διαγωνιζομένων 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 διαγωνιζόμενου, 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 ενδιάμεσα 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 15/27-9-2017 Πράξεως του Προέδρου βου Κλιμακίου για την 6-10-2017, 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. Εξάλλου, το ανασταλτικό μέτρο θα αφορά αποκλειστικά και μόνο τη διαδικασία επί του Τμήματος Λιπαντικά, χωρίς να επηρεάζεται η ακώλυτη πρόοδος της όσον αφορά το Τμήμα των Καυσίμων, που αφορά το συντριπτικό μέρος της εκτιμώμενης αξίας του διαγωνισμού. 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, 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 επί του Τμήματος "Λιπαντικά" 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 και τη συγκεκριμένη Ομάδα, 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.

Επομένως, το Κλιμάκιο ομόφωνα δέχεται την Εισηγήση και

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

- Διατάσσει την Αναστολή της προόδου της Διαγωνιστικής Διαδικασίας και δη του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών ως και προσωρινής κατακύρωσης και πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, όσον αφορά ειδικώς το Τμήμα «Λιπαντικά» της Διακήρυξης 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 ματαιώσουν 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 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη Πειραιώς, την 28 Σεπτεμβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΚΑΙ ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ



Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΜΠΑΚΟΥ

