

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Σεπτεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής - λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 21.09.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 952/24.09.2018 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει, οδός αρ., Τ.Κ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Υπουργείου (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και κατά της με αριθμ. Πρωτ. Δ11/Ε/21326/10105/14-09-2018 Απόφασης του Υπουργού, όπου και εγκρίνει το από 06/09/2018 Πρακτικό Νο 1, αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, το οποίο υποβλήθηκε για έγκριση από την αρμόδια επιτροπή του διαγωνισμού στις 07/09/2018 (Αρ. πρωτ. Δ11/Ε/9946).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η οποία κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 21.09.2018 και κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 24.09.2018, η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτ. Δ11/Ε/21326/10105/14-09-2018 Απόφαση του Υπουργού και να αποκλειστεί η εταιρεία «.....», από τις περαιτέρω διαδικασίες του διαγωνισμού που προκήρυξε η Υπηρεσία με την υπ' αριθμ., Αρ. Πρωτ. διακήρυξη. Ταυτόχρονα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να ανασταλεί η πρόοδος του διαγωνισμού μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της

κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημοσία διαγωνιστική διαδικασία (No: Αρ. πρωτ.), για την προμήθεια Ελαιολιπαντικών Παρασκευασμάτων (CPV 09210000-4), για τις ανάγκες της, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού ενενήντα εννέα χιλιάδων διακοσίων ευρώ (€ 99.200,00), συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Η εν λόγω διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 18-07-2018 με ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ όπου έλαβε αύξοντα αριθμό Στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχε η προσφεύγουσα και η εταιρεία «.....» καταθέτοντας προσφορές, που κρίθηκαν τεχνικά παραδεκτές με αύξοντα αριθμό συστήματος και αντίστοιχα.

2. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης, αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτ. Δ11/Ε/21326/10105/14-09-2018 Απόφαση του Υπουργού και να αποκλειστεί η εταιρεία «.....», από τις περαιτέρω διαδικασίες του διαγωνισμού.

3. Επειδή μετά ταύτα, η προσφεύγουσα αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος του διαγωνισμού, μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός ε-παραβόλου 23470771095811200002, με ειδική αναφορά περί «αυτόματης

Αριθμός Απόφασης: Α 425/2018

δέσμευσης», όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 21.09.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς), ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

6. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) σε όλους τους συμμετέχοντες στις 14/09/2018 και η προσφυγή κατετέθη εντός του προβλεπόμενου δεκαημέρου ήτοι στις 21.09.2018 στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα στις 21/9/2018. Παραδεκτά, επομένως, φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 5^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

10. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη 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 για την προσβολή της προσβαλλόμενης.

11. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του Π.Δ. 39/2017 κοινοποίησε στις 24/9/2018 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην εταιρεία «.....» , η οποία θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

12. 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 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).

13. 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».

14. 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. 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.

15. Επειδή από τη Διακήρυξη της Διαγωνιστικής Διαδικασίας απαιτείται: α. Σελίδα 2 της διακήρυξης: *«...κριτήριο κατακύρωσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάση τιμής για την προμήθεια λιπαντικών παρασκευασμάτων, όπως αναλυτικά αναφέρεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α' της παρούσας διακήρυξης που επισυνάπτεται και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής».* β. Σελίδα 9 της διακήρυξης, παρ. 1.2.1.2.2: *«...Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις παραγράφους που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Δ της διακήρυξης (Τεχνικές Προδιαγραφές), περιγράφοντας ακριβώς πως οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα».*

16. Επειδή με την υπό κρίση προσφυγή της η Προσφεύγουσα επικαλείται ότι κατά παράβαση ουσιώδους τύπου και κατ' ουσία διατάξεως νόμου και για πλημμελή αιτιολογία έγινε τεχνικά αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «.....» διά της προσβαλλόμενης και τούτο διότι η προσφορά της έπρεπε να μην κριθεί τεχνικά παραδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, καθώς α) το προϊόν που προσφέρεται είναι διαφορετικό από το λιπαντικό που ρητά απαιτείται από τη μελέτη της διακήρυξης και δεν καλύπτει όλες τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, όπως αναλυτικά αναφέρονται, καθώς για το υπ' αριθμ. 21 λιπαντικό της μελέτης (OIL FLUID 41), δεν έχει καταθέσει τεχνικό φυλλάδιο (prospectus) της παραγωγικής εταιρείας, που δηλώνει ότι θα συμμετέχει στο διαγωνισμό και για το υπ' αριθμ. 19 λιπαντικό της μελέτης (ΥΔΡΑΥΛΙΚΟ ΥΓΡΟ ISO VG 320), β) προσφέρει Βιομηχανική Βαλβολίνη και όχι υδραυλικό υγρό. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα θα έπρεπε η προσφορά της εταιρείας «.....» να απορριφθεί ως αντικείμενη στην διακήρυξη.

17. Επειδή ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι η αξιολόγηση των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης χρήζει ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχει δε τεχνική κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο

της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 35/2015, 41/2015, 46/2015).

18. Επειδή ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά, πιθανολογείται βάσιμα ότι η κρινόμενη προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη ούτε προδήλως νόμω και ουσία αβάσιμη.

19. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη σύμβασης για την παροχή της προκηρυχθείσας προμήθειας. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει να διαταχθεί η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και η μη κατακύρωση του αποτελέσματός της, έως ότου εκδοθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής (691/2012 ΔΕΦΑΘ).

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής σύμφωνα με τα άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Σεπτεμβρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Άννα Χριστοδουλάκου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ειρήνη Τσιμπούκη