

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην με ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού 04.02.2018, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 99/05.02.2018, Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στη, επί της οδού, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Νίκαιας-Αγίου Ιωάννη Ρέντη, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει την ακύρωση της με α/α 34/23.01.2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Νίκαιας - Αγ. Ιωάννη Ρέντη προκειμένου να αποκλειστούν οι οικονομικοί φορείς «.....», «.....» και «.....» από τις περαιτέρω διαδικασίες του διαγωνισμού που προκήρυξε ο Δήμος Νίκαιας - Αγ. Ιωάννη Ρέντη με την με αριθμ. πρωτ. 66817/04-12-2017 διακήρυξη του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 18899304195804030081, αποδεικτικό πληρωμής της EUROBANK ERGASIAS A.E, εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ που αναφέρει ότι το

Αριθμός απόφασης: Α66/2018

ως άνω παράβολο είναι «δεσμευμένο» καθώς και εκτύπωση περί της ΓΓΠΣ περί αυτοδέσμευσης του).

2.Επειδή με την με αρ. 66817/04-12-2017 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Νίκαιας - Αγίου Ιωάννου Ρέντη, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός δημόσιος διεθνής διαγωνισμός για την «Προμήθεια καυσίμων (πετρέλαιο κίνησης, βενζίνη αμόλυβδη), Πετρελαίου θέρμανσης & Λιπαντικών για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου Νίκαιας - Αγ. Ι. Ρέντη & των Νομικών Προσώπων αυτού για ένα (1) ημερολογιακό έτος», συνολικού προϋπολογισμού 451.662,59 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24% και 40.302,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ, για την Ομάδα Λιπαντικών (Κατηγορία 4) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής επί των τιμών του προϋπολογισμού της μελέτης και με την προϋπόθεση ότι τα προσφερόμενα είδη καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές της προμήθειας για το σύνολο της κατηγορίας των Λιπαντικών.

3. Επειδή η ως άνω προκήρυξη απεστάλη στις 05.12.2017 για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (2017/S 237-493002), αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ. 17PROC002351070) και το ΕΣΗΔΗΣ στις 05.12.2017 και έλαβε αριθμό Συστήματος 48028 για τα Λιπαντικά.

4. Επειδή στις 25.01.2018 η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε και ενημέρωσε τους υποψηφίους -μέσω του διαδικτυακού τόπου του Διαγωνισμού- για την έκδοση της με αρ. α/α 34/23.01.2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Νίκαιας - Αγ. Ιωάννη Ρέντη με θέμα: *«Απόφαση σχετικά με την έγκριση των υπ' αρ. πρωτ. 1867/11-1-2018 & 2387/16.01.2018 Πρακτικών της Επιτροπής Διενέργειας & Αξιολόγησης Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων σχετικά με: α) την αποσφράγιση και τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων για τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών και β) την προσωρινή κατακύρωση του αποτελέσματος του διεθνούς ηλεκτρονικού δημοσίου ανοικτού Διαγωνισμού που αφορούν στην προμήθεια υγρών καυσίμων (πετρελαίου κίνησης, βενζίνης αμόλυβδης), πετρελαίου θέρμανσης*

Αριθμός απόφασης: Α66/2018

& λιπαντικών, για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου Νίκαιας – Αγ. Ι. Ρέντη και των Νομικών προσώπων αυτού, για ένα (1) ημερολογιακό έτος».

5.Επειδή ο προσφεύγων κατέθεσε στις 04.02.2018 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, νομίμως υπογεγραμμένη, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 την οποία κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε, στις 05.02.2018 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

8. Επειδή ο προσφεύγων θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης με την οποία κατακυρώνεται προσωρινά -μεταξύ άλλων- η Κατηγορία 4 «Λιπαντικά», του οικείου διαγωνισμού, σε έτερο προσφέροντα ο οποίος μειοδότησε, στρεφόμενος παράλληλα κατά του συνόλου των συνδιαγωνιζομένων του, των οποίων οι προσφορές κρίθηκαν ομοίως αποδεκτές και προηγούνται σε σειρά μειοδοσίας (βλ. ΣτΕ ΕΑ 436, 228/2011). Επομένως, νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην οποία ο προσφεύγων ενσωματώνει αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή στο διαγωνισμό, όσον αφορά τα λιπαντικά για τα οποία και υπέβαλλε προσφορά ο προσφεύγων, υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα προσφορές και από τους οικονομικούς φορείς με την επωνυμία : «.....», «.....» και «.....».

10.Επειδή με την επίμαχη απόφαση αποφασίσθηκε η προσωρινή κατακύρωση για την προμήθεια της Κατηγορίας: 4.- Λιπαντικά στην εταιρεία με την επωνυμία «..... », γιατί η εν λόγω εταιρεία έχει προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή στο σύνολο των υπό προμήθεια ειδών της αναφερόμενης κατηγορίας, καθώς και το ότι το σύνολο της προσφοράς της

Αριθμός απόφασης: A66/2018

είναι μικρότερο από το σύνολο του ενδεικτικού προϋπολογισμού όπως αναφέρεται στην με αρ. πρωτ.: 56426/12.10.2017 Οικονομοτεχνική Μελέτη Τμήματος Συντήρησης Οχημάτων, της Διεύθυνσης Καθαριότητας & Ανακύκλωσης και κατά συνέπεια την καθιστά ως προσφορά συμφερότερη για την αναθέτουσα αρχή.

11. Επειδή ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή επικαλείται ότι η επίμαχη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί καθόσον οι οικονομικοί φορείς με την επωνυμία, και, προσέφεραν προϊόντα με προδιαγραφές που δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης για το λιπαντικό Νο 17 «λιπαντικό βενζινοκινητήρων- πετρελαιοκινητήρων SAE 30», όπως αυτό φαίνεται στα έγγραφα των εγκρίσεων κυκλοφορίας των προσφερομένων από το Γενικό Χημείο του Κράτους που κατέθεσαν όλοι οι συμμετέχοντες προς απόδειξη της συμμόρφωσης τους με τα οριζόμενα από τη μελέτη, αφού αυτά ορίζουν τις επίσημα εγκεκριμένες και αναγνωρισμένες τεχνικές προδιαγραφές κάθε λιπαντικού προς κυκλοφορία στην ελληνική αγορά.

Για το λιπαντικό αυτό στη σελίδα 23 της μελέτης ορίζονται προδιαγραφές API CF, CF-2, SJ & ACEA E2.

A. Ο προσέφερε το με προδιαγραφές API CF-4/CF/SJ & ACEA E2 όπως τεκμαίρονται από την από 2/9/2015 έγκριση κυκλοφορίας λιπαντικού του Γ.Χ.Κ. που κατατέθηκε (αρχείο προσφοράς 22 30-004-3499 - συνημμένο 4). Όμως η προδιαγραφή API CF-4 δεν καλύπτει την προδιαγραφή CF-2 όπως τεκμαίρεται με την 2^η επισυναπτόμενη επιστολή του Γ.Χ.Κ. από 7/9/2017, με αρ. πρωτ. 30/004/000/3528 «Στο σύστημα κατηγοριοποίησης λιπαντικών API, με εξαίρεση την προδιαγραφή CF- κάθε επόμενη προδιαγραφή, υπερκάλυπτε κάθε προηγούμενη, καταργημένη ή μη».

B. Η προσέφερε το με προδιαγραφές API CF- 4/CF-2/CF/SG & ACEA E2 όπως τεκμαίρονται από την από 4/3/2016 έγκριση κυκλοφορίας λιπαντικού του Γ.Χ.Κ. που κατατέθηκε με το αρχείο «φάκελος 3 ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ (23-28) ΑΡΘΡΟ 24 ΕΓΚΡΙΣΕΙΣ ΓΧΚ».

Όμως η προδιαγραφή API SG είναι υποδεέστερη της API SJ που απαιτείται από την μελέτη όπως άλλωστε τεκμαίρεται με το 3^ο επισυναπτόμενο έγγραφο

του API.

Γ. Η, προσέφερε το με προδιαγραφές API CF/CF-4/SF & ACEA E2 όπως τεκμαίρονται από την από 7/11/2017 έγκριση κυκλοφορίας λιπαντικού του Γ.Χ.Κ. που κατατέθηκε «Αρχείο προσφοράς: 3 ΕΓΓΡΑΦΑ ΓΧΚ» (συνημμένο 6). Συνεπώς τα προσφερθέντα, και δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις της μελέτης και θα πρέπει να απορριφθούν, οι δε προσφέροντες οικονομικοί φορείς να αποκλεισθούν από τον διαγωνισμό αφού τα προϊόντα που προσφέρουν δεν καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές της προμήθειας για το σύνολο της κατηγορίας των λιπαντικών όπως απαιτεί η διακήρυξη».

12.Επειδή με την με αρ. 140/2018 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή όπως καταθέσει εγγράφως τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής, εφόσον κρίνει τούτο σκόπιμο.

13. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.[...].

14. Επειδή σύμφωνα με τις Τεχνικές Προδιαγραφές που αποτελούν - σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2.2.1 της διακήρυξης- έγγραφο της Σύμβασης, ορίζεται ότι «17. Λιπαντικό SAE 30 Το λιπαντικό SAE 30 θα είναι υπέρ ενισχυμένο λιπαντικό βενζινοκινητήρων και πετρελαιοκινητήρων το οποίο θα παρέχει άρτια λίπανση σε συνθήκες υψηλών θερμοκρασιών. Θα είναι επίσης κατάλληλο και για χρήση σε υδραυλικά συστήματα και κιβώτια ταχυτήτων μετάδοσης κίνησης καθώς και σε μετατροπείς ροής κίνησης. Η χαμηλή περιεκτικότητα του σε τέφρα θα το καθιστά κατάλληλο για εφαρμογή χρήσης σε δίχρονους κινητήρες εσωτερικός καύσης, κινητήρες χωματοουργικών μηχανημάτων αλλά και οποιοδήποτε άλλο κινητήρα για τον οποίο απαιτείται

Αριθμός απόφασης: A66/2018

από τον κατασκευαστή του λιπαντικό SAE 30 υπερκαλύπτοντας τις τεχνικές προδιαγραφές API CF, CF-2, SJ, ACEA E2, MAN 270, Daimler MB 228.0, MB 227.0, MTU Cat. 1, Allison C-4; Caterpillar TO-2». Περαιτέρω, σύμφωνα με την παρ. 2.4.3.2 ορίζεται ότι «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή με το κεφάλαιο «Τεχνικές Προδιαγραφές» του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα».

15.Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

16.Επειδή οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών είναι απαράβατοι και η απόκλιση των προσφορών από αυτές συνεπάγεται τον αποκλεισμό τους, εκτός εάν ορισμένες προδιαγραφές είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣτΕ ΕΑ 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011).

17. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣτΕ 2889/2011,

Αριθμός απόφασης: A66/2018

4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

18.Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

19. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου

Αριθμός απόφασης: A66/2018

2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

20. Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς και την υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, *Archus and Gama*, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

21. Επειδή στο με αρ. πρωτ. 30/004/000/3528/07.09.2017 έγγραφο της Δ/σης του Γενικού Χημείου του Κράτους Τμήμα Α Ενεργειακών Προϊόντων, που αποτελεί στοιχείο του φακέλου, αναφέρεται ότι:

«1. Στο σύστημα κατηγοριοποίησης λιπαντικών API με εξαίρεση την προδιαγραφή CF-2, κάθε επόμενη προδιαγραφή υπερκαλύπτει κάθε προηγούμενη καταργημένη ή μη.

Το σύστημα κατηγοριοποίησης λιπαντικών κατά ACEA περιλαμβάνει τρεις σειρές :Την σειρά A,B, την σειρά E και την σειρά C.

Κάθε μεταγενέστερη προδιαγραφή μιας σειράς, υπερκαλύπτει-αντικαθιστά, μια καταργημένη, της ίδιας σειράς.

Επομένως, εταιρίες παραγωγής λιπαντικών, ακολουθώντας πιστά τα προβλεπόμενα από API.ACEA δεν αναγράφουν καταργημένες προδιαγραφές, εφόσον το προϊόν τους παρήχθη μεταγενέστερα.

2.Το κυρίαρχο και δεσμευτικό για τις εταιρίες παραγωγής λιπαντικών, είναι το

Αριθμός απόφασης: Α66/2018

επίπεδο ποιότητας του προϊόντος και αυτό πρέπει να λαμβάνει υπόψη του ο χρήστης. Το πώς επιτυγχάνεται αυτό, εξαρτάται από πολλούς και διαφορετικούς παράγοντες, όπως ορθά αναφέρετε στο σκεπτικό σας, βάσει του οποίου μας υποβάλατε το ερώτημα.

3. Οι ώρες λειτουργίας ή τα διαστήματα αλλαγής λιπαντικών και γράσσων όταν δίδονται από εταιρίες είναι ενδεικτικά και μόνον, κάτω από συγκεκριμένες και αναλυτικά περιγραφόμενες συνθήκες, όπως αυτές που επί παραδείγματι αναφέρετε στο έγγραφό σας.

Ως εκ τούτου, προφανώς, δεν αποτελούν προδιαγραφή του προϊόντος».

22. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

23. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται 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 της 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 μην χορηγηθούν τα

Αριθμός απόφασης: A66/2018

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. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

24. Επειδή η ζημία της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που δεν ανασταλεί η διαδικασία του διαγωνισμού, είναι πρόδηλη. Συνεπώς η συνέχιση του διαγωνισμού, σε περίπτωση που κριθεί βάσιμη εν όλω ή εν μέρει η προσφυγή θα οδηγήσει σε περαιτέρω επιπλοκές, αμφισβητήσεις και χρονοτριβή που μπορούν να αποφευχθούν με την αναστολή της διαδικασίας.

25. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν.4412/2016, επί του άρθρου 366, 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*». Επομένως, 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. Κατ' ακολουθίαν, δεν θα πρέπει 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. Συνεπώς, 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: A66/2018

26. Επειδή για την οριστική κρίση της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, οι οποίοι δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων.

27. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις επί του αιτήματος αναστολής κατόπιν σχετικής κλήσης της από την Πρόεδρο του Κλιμακίου σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στη σκέψη 12 της παρούσας.

28. Επειδή, εν προκειμένω, προϋπόθεση παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής 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.

29. Επειδή α) η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί παραδεκτώς, β) υφίσταται βλάβη του αιτούντος από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν είναι προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησης τους δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης λόγω της τεχνικής φύσης των θιγόμενων ζητημάτων με τους εν θέματι προβαλλόμενους λόγους και δ) δεν υφίσταται επίκληση ζημίας από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής καθόσον δεν απέστειλε απόψεις σχετικά με την μη χορήγηση προσωρινών μέτρων. Περαιτέρω, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, ήτοι σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση δε, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να

Αριθμός απόφασης: Α66/2018

ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

30. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο είναι η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως προς την Κατηγορία 4 «Λιπαντικά» της οικείας διακήρυξης.

31. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας ως προς την Κατηγορία 4 «Λιπαντικά» έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Φεβρουαρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ειρήνη Ε. Αποκάρδου

Σταμάτιος Μαλινδρέτος