

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Μαρτίου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Δήμητρα Μπαχτσεβανίδου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 20-2-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 235/21-2-2019 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 12-2-2019 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας υπ' αρ. 53/2019, καθ' ο μέρος απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος στα Τμήματα 1 και 2 και ανακήρυξε ανάδοχο σε αυτά τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...» στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΑΙ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ 2018-2020 ΔΗΜΟΥ ...», που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. ... διακήρυξη συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 1.785.614,00 ευρώ και επιμέρους εκτιμώμενης αξίας των τμημάτων που αφορά η προσφυγή 506.300 ευρώ άνευ ΦΠΑ (307.100 το τμήμα 1 και 199.200 ευρώ το τμήμα 2), που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΣ την 20-7-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 20-7-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ την 20-7-2018 με συστηματικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. ..., ποσού 2.531,50 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 20-2-2019 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 11-2-2019 Απόφασης της αναθέτουσας περί απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος και ανάδειξης του δεύτερου μειοδότη έτερου διαγωνιζομένου και νυν παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου στα τμήματα 1 και 2 της παραπάνω διαδικασίας, επί τη βάσει ότι ο προσφεύγων αφενός δεν διαθέτει πρατήριο υγρών καυσίμων κατά παράβαση του όρου 2.2.9.2 παρ. Β4, αφετέρου προσέφερε έκπτωση εκφρασμένη με δεκαδικά ψηφία και όχι σε ακέραιους αριθμούς, κατά παράβαση του όρου 2.4.2.4. Με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων επικαλείται παράβαση των όρων 2.2.6, 2.4.3.1 και 6.2.2 της διακήρυξης ως και των αρχών διαφάνειας, ίσης μεταχείρισης, αναλογικότητας, ανταγωνισμού, χρηστής διοίκησης, δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, ειδικότερα δε επί τη βάσει ότι κατά τον προσφεύγοντα, δεν απαιτείται για το πετρέλαιο θέρμανσης των Τμημάτων 1 και 2, η διάθεση πρατηρίου υγρών καυσίμων εντός των διοικητικών ορίων του δήμου, σε αντίθεση με ό,τι ειδικώς προβλέπεται για το πετρέλαιο κίνησης. Περαιτέρω, αιτιάζεται ότι η εκ μέρους του διάθεση αποθήκης πετρελαίου θέρμανσης με άδεια πώλησης εξομοιούται πλήρως με ένα πρατήριο υγρών καυσίμων για τις ανάγκες του διαγωνισμού ως προς το πετρέλαιο θέρμανσης ούτε η διακήρυξη προδιαγράφει όρους που να διαφοροποιούν μια τέτοια αποθήκη με άδεια πωλητή προς τον τελικό πωλητή με παράδοση μέσω βυτιοφόρου, από ένα πρατήριο καυσίμων που πωλεί πρατήριο θέρμανσης στον καταναλωτή μέσω βυτιοφόρο. Ο δε προσφεύγων αιτιάζεται ακόμη ότι με

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

πανομοιότυπη με την υποβληθείσα στην προκείμενη διαδικασία, υπεύθυνη δήλωσή του, άνευ πρατηρίου υγρών καυσίμων παρά μόνο με αποθήκη αναδείχθηκε ανάδοχος για το πετρέλαιο θέρμανσης της ίδιας αναθέτουσας για τον διαγωνισμό προμήθειας της περιόδου 2017-2018, ενώ η αναθέτουσα ερμήνευσε τον εκεί αντίστοιχο όρο που δεν διέκρινε ως προς την απαίτηση για πρατήριο υγρών καυσίμων για πετρέλαιο κίνησης, θέρμανσης και λιπαντικά, όχι κατά το γράμμα του, αλλά κατά την αληθή έννοια και τον σκοπό του, ενώ μάλιστα στην προκείμενη πλέον διαδικασία η διακήρυξη στους όρους 2.2.6 και 6.2.2 εξειδικεύει ρητώς ως προς το πετρέλαιο θέρμανσης ότι ο προμηθευτής πρέπει να διαθέτει βυτιοφόρο, ενώ ως προς το πετρέλαιο κίνησης απαιτείται πρατήριο υγρών καυσίμων. Περαιτέρω, επικαλείται ότι ο όρος 6.2.2 αναφέρθηκε σε υπεύθυνη δήλωσή περί πρατηρίου υγρών καυσίμων για τα είδη πετρελαίου κίνησης, αμόλυβδης βενζίνης και λιπαντικών και όχι για το πετρέλαιο θέρμανσης, ενώ η προσφορά του ως χαμηλότερη είναι πιο ωφέλιμη για το δημόσιο συμφέρον. Με τον δεύτερο λόγο του, ο προσφεύγων επικαλείται παραβίαση των άρ. 1.3, 2.4.4 και 3.1 της διακήρυξης και των αρχών ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας, αφού ουδόλως προέκυπτε και δη με την απαιτούμενη σαφήνεια και μονοσήμαντο τρόπο, ότι η υποβολή προσφοράς σε ακέραιες μονάδες συνιστά λόγο αποκλεισμού της προσφοράς, η δε τιμή της οικονομικής προσφοράς εκφράζεται ως το γινόμενο που εξάγει ο απόλυτος αριθμός που προκύπτει μετά την αφαίρεση του ποσοστού έκπτωσης από την τιμή αναφοράς του πετρελαίου θέρμανσης, πολλαπλασιαζόμενος με την ποσότητα του συμβατικού αντικειμένου. Τούτο ενώ, κατά τον προσφεύγοντα, ακόμη και αν λαμβανόταν υπόψη το ακέραιο μέρος του δεκαδικού αριθμού εκπτώσεως που προσέφερε και πάλι η προσφορά του είναι συμφερότερη έναντι του προσωρινού αναδόχου που δεν προσέφερε έκπτωση.

3. Επειδή, με την από 28-2-2019, νομότυπα και εμπροθέσμως ασκηθείσα Παρέμβασή του, κατόπιν της από 22-2-2019 κοινοποίησης σε αυτόν της προσφυγής, μετ' εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι δια της προσβαλλομένης εκρίθη ως προσωρινός ανάδοχος στα συγκεκριμένα τμήματα 1 και 2 του διαγωνισμού και δη διότι απερρίφθη η προσφορά του

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

προσφεύγοντος και πρώτου καταρχήν μειοδότη, ο παρεμβαίνων προβάλλει τα ακόλουθα προς απόρριψη της προσφυγής. Πρώτον, ότι ο προσφεύγων δεν έχει έννομο συμφέρον για την προσφυγή του, διότι αορίστα κατά τον παρεμβαίνοντα, αιτείται την εν όλω ακύρωση άλλως την επανέναρξη του διαγωνισμού, ενώ κατά τον παρεμβαίνοντα, δεν αιτείται την αναγνώριση της εγκυρότητας της προσφοράς του, αλλά την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και την ακύρωση της ανάδειξής του ως προσωρινού αναδόχου, πράγμα για το οποίο ουδέν προσωπικό συμφέρον έχει ο προσφεύγων. Περαιτέρω και διότι, κατά τον παρεμβαίνοντα, νομίμως αποκλεισθείς μετέχων δεν έχει έννομο συμφέρον να προσβάλει την αποδοχή άλλων μετεχόντων. Δεύτερον και όσον αφορά την πρώτη βάση αποκλεισμού του προσφεύγοντος περί του πρατηρίου καυσίμων, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται, ότι, καίτοι ανεπιφύλακτα μετείχε ο προσφεύγων στη διαδικασία, το πρώτον πλέον αποπειράται τη μεταβολή του περιεχομένου των όρων της διακήρυξης, ενώ αν δεν υπάρχει πρατήριο υγρών καυσίμων εντός των ορίων του Δήμου θα είναι και δυσχερής έως αδύνατος ο έλεγχος των καυσίμων. Επιπλέον, αιτιάται ότι ο προσφεύγων δεν αναφέρει ότι έχει σύστημα εισροών-εκροών και ηλεκτρονική τιμολόγηση ελέγχου αποθήκης για τον έλεγχο της ποσότητας πετρελαίου σε αυτή, έχει λήξη η άδεια πωλητή πετρελαίου θέρμανσης, έχει ληγμένο ΚΤΕΟ και ΑDR, ενώ το πρατήριο υγρών καυσίμων διαφέρει από την αποθήκη πετρελαίου θέρμανσης, αφού στη δεύτερη δεν υπάρχει αδειοδοτημένη αντλία και αυτή, κατά τον παρεμβαίνοντα, απαγορεύεται, γιατί δεν προβλέπεται η πώληση σε τελικούς καταναλωτές αλλά κυρίως σε πρατήρια υγρών καυσίμων, γεγονός που κατά τον παρεμβαίνοντα προκύπτει και από το ότι οι αποθήκες πετρελαίου θέρμανσης δεν συμμετέχουν καν στη διαμόρφωση της μέσης τιμής λιανικής πώλησης, όπως αυτή διαμορφώνεται την ημέρα παράδοσης πετρελαίου θέρμανσης στο Παρατηρητήριο τιμών υγρών καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας για το Δήμο ... του Νομού Χαλκιδικής, ενώ κατά τον παρεμβαίνοντα, δεν γίνεται καμία επίσημη διαπίστωση από αρμόδια δημόσια υπηρεσία με προσκόμιση σχετικού πιστοποιητικού. Εξάλλου, κατά τον παρεμβαίνοντα, σε οποιαδήποτε περίπτωση χρειαστεί, μπορεί ο Δήμος να εφοδιαστεί από την αντλία καυσίμων που διαθέτει το πρατήριο υγρών

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

καυσίμων την ποσότητα πετρελαίου θέρμανσης που επιθυμεί με δοχεία. Όσον αφορά τη δεύτερη βάση αποκλεισμού του προσφεύγοντος, ήτοι περί του ποσοστού έκπτωσης, ο παρεμβαίνων αιτιάται ότι αφενός παρέλκει η εξέταση του οικείου δεύτερου λόγου της προσφυγής λόγω αβασίμου του πρώτου λόγου της, αφετέρου ότι ήταν σαφές από το περιεχόμενο της διακήρυξης ότι η έκπτωση έπρεπε να δοθεί σε ακέραιες μονάδες, όπως αναφέρεται στο άρ. 2.4.2.4 και προκύπτει και από το εκεί παράδειγμα σύνταξης προσφορών, αλλά και επειδή σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν γίνεται αναφορά σε δεκαδικά ψηφία. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων αιτιάται ότι ο προσφεύγων δεν υπέβαλε υπεύθυνες δηλώσεις περί τήρησης ειδικών προδιαγραφών ούτε αποδεικτικά έγγραφα που να δηλώνουν την πλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής του και ούτως έπρεπε ούτως ή άλλως να αποκλειστεί. Επιπλέον, ο παρεμβαίνων αιτιάται ότι η προσφυγή δεν υπεγράφη νομίμως, αφού η οικεία ηλεκτρονική υπογραφή της προκύπτει ως μη έγκυρη από το άνοιγμά της και αναφέρεται από έλεγχο της, ότι έχει ανακληθεί. Καταρχάς και σε σχέση με όσα αναφέρει ο παρεμβαίνων, απορρίπτονται εξ αρχής στο σύνολό τους οι επιπλέον ισχυρισμοί απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος που προβάλλει, πέραν όσων έχουν ήδη αποτελέσει την αιτιολογία της νυν προσβαλλομένης, αφού προβάλλονται κατά τον παρόντα χρόνο απαραδέκτως. Και τούτο διότι επιπλέον λόγοι απόρριψης της προσφοράς, δύνανται να προβληθούν μόνο με αυτοτελή προσφυγή και τούτο, εφόσον τυχόν γίνει δεκτή η προκείμενη προσφυγή και ο προσφεύγων επανέλθει, με συμμορφωτική πράξη της αναθέτουσας στην επί της νυν προσφυγής του Απόφασης ΑΕΠΠ, στον διαγωνισμό, περίπτωση στην οποία εξάλλου, ο νυν παρεμβαίνων θα αποκτήσει και το πρώτον έννομο συμφέρον προβολής των οικείων ισχυρισμών, επί τω τέλει εκ νέου αποκλεισμού του νυν προσφεύγοντος, αυτή τη φορά με νέες βάσεις αποκλεισμού του. Αντίθετα, δια της παρεμβάσεως δύνανται μόνο να προβληθούν αιτιάσεις προς υποστήριξη του κύρους της νυν προσβαλλομένης και δη κατά την ήδη υπάρχουσα αιτιολογία της και όχι αιτιάσεις προς προσθήκη νέων αιτιολογικών βάσεων αποκλεισμού προς συμπλήρωση των υφισταμένων ή τυχόν αντικατάστασή τους, εφόσον οι νυν κριθείσες βάσεις αποκλεισμού κριθούν ως μη νόμιμες (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 216/2019).

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

4. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία άνω των ορίων, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 20-7-2018, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV 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 εμπροθέσμως ασκήθηκε κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 11-2-2018 και χρόνος ασκήσεως της προσφυγής η 20-2-2018). Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώσ έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται δια της ακύρωσης της προσβαλλόμενης, δεδομένου ότι δι' αυτής αποκλείστηκε και ούτως απώλεσε τη δυνατότητα ανάδειξής του ως αναδόχου καίτοι υπέβαλε τη χαμηλότερη οικονομική προσφορά. Οι περί του αντιθέτου, ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος είναι όλως αβάσιμοι, αφού όπως προκύπτει από το σύνολο της προσφυγής, αλλά και ρητά αναγράφεται στο αιτητικό της, ο προσφεύγων ούτε προβάλλει λόγους περί ακύρωσης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ούτε βάλλει επί ζητημάτων της προσβαλλομένης, ξένα ως προς τον δικό του αποκλεισμό, αλλά ρητά αιτείται να ακυρωθεί αυτή κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά του από τα τμήματα 1 και 2. Προς τούτο εξάλλου, έκαστος λόγος της προσφυγής του βάλλει κατά έκαστης εκ των δύο βάσεων του δικού του αποκλεισμού, ζητώντας ακριβώς να κριθεί ότι μη νομίμως εκρίθη ως μη αποδεκτός, άρα να κριθεί ως νομίμως συμμετέχων, τουλάχιστον όσον αφορά τις δύο βάσεις επί των οποίων απεκλείσθη (η δε ΑΕΠΠ δεν δύναται να προβεί σε εξαρχής ολικό έλεγχο της νομιμότητας συμμετοχής του, αλλά μόνο να εξετάσει και δη κατά τους λόγους της προσφυγής, τη νομιμότητα της αιτιολογίας που στήριξε την νυν προσβαλλομένη). Το δε γεγονός ότι αναφέρει στο αιτητικό του την ακύρωση της προσβαλλομένης και κατά το μέρος που ανέδειξε τον παρεμβαίνοντα ως προσωρινό ανάδοχο, δεν συνεπάγονται αίτημα ακύρωσης της προσφοράς του τελευταίου, αλλά αυτονόητο επόμενο της ακύρωσης του αποκλεισμού του ίδιου του προσφεύγοντος, ως αποτέλεσμα του ότι εξάλλου είχε υποβάλει χαμηλότερη προσφορά και δεν αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος, ακριβώς διότι απεκλείσθη. Και τούτο, ασχέτως ότι, σε κάθε

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

περίπτωση, η ΑΕΠΠ δύναται κατ' άρ. 367 Ν. 4412/2016 μόνο να ακυρώσει την προσβαλλομένη πράξη και όχι να ανακηρύξει η ίδια προσωρινό ανάδοχο, αφού τούτο αποτελεί αρμοδιότητα της αναθέτουσας. Περαιτέρω, το αν ο προσφεύγων είναι ή όχι νομίμως αποκλεισθείς θα κριθεί δια της εξέτασης της προκείμενης προσφυγής και δεν είναι δυνατόν να αποκλειστεί η δυνατότητά του να ζητήσει ακύρωση του αποκλεισμού του, επειδή ακριβώς αποκλείστηκε από την αναθέτουσα, όπως επικαλείται αβάσιμα ο παρεμβαίνων. Επιπλέον, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων και μάλιστα, καίτοι ο προσφεύγων δεν αιτείται ακύρωση της αποδοχής άλλων διαγωνιζομένων, αλλά μόνο της απόρριψης της δικής του προσφοράς, ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος έχει έννομο συμφέρον προς προσβολή της αποδοχής άλλων διαγωνιζομένων και δη ακόμη και σε μεταγενέστερα του αποκλεισμού του ιδίου, στάδια της διαδικασίας, επί τω τέλει αποκλεισμού όλων των αποδεκτών καταρχήν μετεχόντων και ματαίωσης του διαγωνισμού, εκτός αν ενδιάμεσως έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείς, κατάσταση στην οποία περιέρχεται μόνο αν ο αποκλεισμός του επικυρωθεί δια τελεσίδικης δικαστικής απόφασης στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας (ΣΤΕ ΕΑ 22/2018, σκ. 73), ήτοι αν δεν υποβάλει καθόλου προδικαστική προσφυγή κατά του αποκλεισμού του (Απόφαση ΑΕΠΠ 1011/2018) και ούτως απωλέσει το δικαίωμα άσκησης παραδεκτής αίτησης ακύρωσης ή προσβάλει μόνο την αποδοχή ορισμένων εκ των προσφορών και ούτως δεν είναι δυνατή, ακόμη και κατόπιν αποδοχής της προσφυγής, η ματαίωση του διαγωνισμού ή αν η τυχόν προσφυγή του απορριφθεί, εν συνεχεία παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης ακύρωσης κατ' αυτής ή αν η αίτηση ακύρωσης ασκηθεί και απορριφθεί (Αποφάσεις 1^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 1011, 1093 και 1159/2018, σε συμφωνία με ΣΤΕ ΕΑ 349/2017, 22, 106, 144/2018, περαιτέρω δε σύμφωνη και η μεταγενέστερη ΣΤΕ 30/2019 αναστέλλουσα την ισχύ της Απόφασης 3^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 1094/2018 και εφεξής και Απόφαση 1^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 216/2019, η δε εκ του παρεμβαίνοντος επικαλούμενη νομολογία δεν είναι πλέον εφαρμοστέα, εν όψει της παραπάνω πρόσφατης πλην παγίας μεταστροφής της νομολογίας του ΣΤΕ και δη προς συμμόρφωση με την οικεία ενωσιακή νομολογία, βλ. ΔΕΕ, C-131/16, Archus & Gama [2017] ECLI:EU:C:2017:358, σκ. 59, C-355/13, Bietergemeinschaft Technische

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

Gebäudebetreuung und Caverion Österreich [2016] ECLI:EU:C:2017:358, σκ. 36, και C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA [2016] ECLI:EU:C:2016:199, σκ. 27). Συνεπώς, όλα όσα ο παρεμβαίνων αναφέρει στον εξ αυτού ονομαζόμενο πρώτο λόγο της παρέμβασής του, περί απαραδέκτου της προσφυγής, αοριστίας της και ασκήσεώς της άνευ εννόμου συμφέροντος, είναι στο σύνολό τους απορριπτέα.

5. Επειδή, όσον αφορά τον περί απαραδέκτου ισχυρισμό του παρεμβαίνοντος στον οικείο τέταρτο λόγο της παρέμβασής του, σχετικά με την υπογραφή της προσφυγής, προκύπτουν τα εξής. Κατ' άρ. 19 ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΕΣ ΠΡΟΣΦΥΓΕΣ-ΕΝΣΤΑΣΕΙΣ της ΥΑ 56902/215/2017, παρ. 1.1 αναφέρεται ότι *«Με την επιφύλαξη της παραγράφου 2 του παρόντος, οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν.4412/2016, κατατίθενται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), το οποίο φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8.»*, ενώ το παραπάνω άρ. 8 παρ. 3 της ίδιας ΥΑ, όπου παραπέμπει το άρ. 19 περί υπογραφής προδικαστικών προσφυγών, προβλέπει ότι *«Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μέσω του Συστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους υπογεγραμμένα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό, το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/EK (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της παρούσας.»*, το δε άρ. 9 ΧΡΟΝΟΣΗΜΑΝΣΗ της ΥΑ ορίζει ότι *«Οι υπηρεσίες χρονοσήμανσης παρέχονται, σύμφωνα με τις διατάξεις της υπουργικής απόφασης ΥΑΠ/Φ.40.4/163/2012 του Υφυπουργού Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (Β` 401) από*

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

τρίτους εθνικούς ή αλλοδαπούς φορείς υποχρεωτικά πιστοποιημένους από τις αντίστοιχες αρμόδιες αρχές για την παροχή τέτοιων υπηρεσιών και διασυνδεδεμένους με τον εθνικό χρόνο. Η παροχή των υπηρεσιών χρονοσήμανσης αποδεικνύεται με σχετική ηλεκτρονική επιβεβαίωση λήψης των προαναφερόμενων φορέων προς τον χρήστη των υπηρεσιών αυτών, η οποία διαβιβάζεται στον χρήστη μέσω του ΕΣΗΔΗΣ με ασφαλή κρυπτογραφημένο τρόπο και η οποία επέχει θέση εγγράφου βέβαιης χρονολογίας. Δεν επιτρέπεται στην αναθέτουσα αρχή/ αναθέτοντα φορέα ή στη ΓΓΕΠΚ η παρέμβαση στη διαδικασία χρονοσήμανσης, όπως περιγράφεται ανωτέρω.».

6. Επειδή (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 142, 182/2017, 152, 169/2018), με τον Κανονισμό 910/2014 ορίζεται στο άρθρο 25 ότι : «...2. Η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή έχει νομική ισχύ ισοδύναμη με την ιδιόχειρη υπογραφή. 3. Εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή βασιζόμενη σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί σε ένα κράτος μέλος αναγνωρίζεται ως τέτοια σε όλα τα άλλα κράτη μέλη...», στο άρθρο 26 ότι : «...Μία προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις: α) συνδέεται κατά τρόπο μοναδικό με τον υπογράφοντα β) είναι ικανή να ταυτοποιεί τον υπογράφοντα γ) δημιουργείται με δεδομένα δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής τα οποία ο υπογράφων μπορεί, με υψηλό βαθμό εμπιστοσύνης, να χρησιμοποιεί υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο, και δ) συνδέεται με τα δεδομένα που έχουν υπογραφεί σε σχέση με αυτήν κατά τρόπο ώστε να μπορεί να ανιχνευθεί οποιαδήποτε επακόλουθη τροποποίηση των εν λόγω δεδομένων...». Κατά το δε Παράρτημα Ι του παραπάνω Κανονισμού «Τα εγκεκριμένα πιστοποιητικά ηλεκτρονικής υπογραφής περιέχουν: α) ένδειξη, τουλάχιστον σε μορφή κατάλληλη για αυτοματοποιημένη επεξεργασία, ότι το πιστοποιητικό έχει εκδοθεί ως εγκεκριμένο πιστοποιητικό ηλεκτρονικής υπογραφής· β) ένα σύνολο δεδομένων που αντιπροσωπεύουν αναμφίσημα τον εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών εμπιστοσύνης ο οποίος έχει εκδώσει τα εγκεκριμένα πιστοποιητικά και περιλαμβάνουν τουλάχιστον το κράτος μέλος στο οποίο είναι εγκατεστημένος και σε περίπτωση που πρόκειται για νομικό πρόσωπο: το όνομα και, κατά περίπτωση, τον αριθμό μητρώου του, όπως

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

αναφέρεται στα επίσημα αρχεία, σε περίπτωση που πρόκειται για φυσικό πρόσωπο: το όνομα του προσώπου· γ) τουλάχιστον το όνομα του υπογράφοντος ή ένα ψευδώνυμο· εάν χρησιμοποιείται ψευδώνυμο, πρέπει να αναφέρεται σαφώς· δ) δεδομένα επικύρωσης ηλεκτρονικής υπογραφής που αντιστοιχούν στα δεδομένα δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής· ε) λεπτομέρειες για την έναρξη και τη λήξη της περιόδου ισχύος του πιστοποιητικού· στ) τον κωδικό ταυτότητας του πιστοποιητικού, ο οποίος πρέπει να είναι μοναδικός για τον εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών εμπιστοσύνης· ζ) την προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή την προηγμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του εκδίδοντος εγκεκριμένου παρόχου υπηρεσιών εμπιστοσύνης· η) την τοποθεσία όπου διατίθεται δωρεάν το πιστοποιητικό το οποίο τεκμηριώνει την προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή την προηγμένη ηλεκτρονική σφραγίδα που αναφέρεται στο στοιχείο ζ)· θ) την τοποθεσία των υπηρεσιών που μπορούν να χρησιμοποιηθούν για την άντληση πληροφοριών σχετικά με το καθεστώς ισχύος του εγκεκριμένου πιστοποιητικού· ι) σε περίπτωση που τα δεδομένα δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής τα οποία σχετίζονται με τα δεδομένα επικύρωσης ηλεκτρονικής υπογραφής βρίσκονται σε εγκεκριμένη διάταξη δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής, κατάλληλη σχετική ένδειξη, τουλάχιστον σε μορφή κατάλληλη για αυτοματοποιημένη επεξεργασία.”. Επειδή, επομένως, με τον με τον Κανονισμό 910/2014 καθορίζονται οι απαιτήσεις ασφάλειας για την παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικής ταυτοποίησης και το πλαίσιο εποπτείας των παρόχων τους. Κατά τα οριζόμενα στον ως άνω Κανονισμό, η ψηφιακή υπογραφή εκδίδεται από εγκεκριμένους παρόχους υπηρεσιών πιστοποίησης, οι οποίοι με τη χορήγησή της εγγυώνται για τα στοιχεία του κατόχου της και επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής. Με τη χρήση της προηγμένης ψηφιακής υπογραφής σκοπός είναι να επιτυγχάνεται η ταυτοποίηση του υπογράφοντος, δηλαδή η σύνδεση της ηλεκτρονικής συναλλαγής με το φυσικό πρόσωπο που υπογράφει, η εγγύηση της γνησιότητας των ψηφιακών δεδομένων και η δέσμευση του υπογράφοντος ως προς την ηλεκτρονική συναλλαγή, δηλαδή ο υπογράφων να μη μπορεί να αρνηθεί την συμβολή του στην εν λόγω συναλλαγή (βλ. απόφαση 142/2017 ΑΕΠΠ). Επιπλέον, η απρόσκοπτη λειτουργία του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. βασίζεται στη δυνατότητα επαλήθευσης του

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

ακριβούς χρόνου παροχής των υπηρεσιών του συστήματος προς το χρήστη αυτού, όπως με την εξακρίβωση του χρόνου υποβολής της προσφοράς κάθε συμμετέχοντος οικονομικού φορέα στο σύστημα ή αντιστοίχως, του χρόνου υποβολής της προδικαστικής προσφυγής. Επειδή, κατά το άρθρο 2 του ΠΔ 150/2001 (Α' 125), περί προσαρμογής της εθνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της οδηγίας 99/93/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με το κοινοτικό πλαίσιο για ηλεκτρονικές υπογραφές (ΕΕ L 13), «νοούνται ως: 1. «ηλεκτρονική υπογραφή»: δεδομένα σε ηλεκτρονική μορφή, τα οποία είναι συνημμένα σε άλλα ηλεκτρονικά δεδομένα ή συσχετίζονται λογικά με αυτά και τα οποία χρησιμεύουν ως μέθοδος απόδειξης της γνησιότητας. 2. «προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή» ή «ψηφιακή υπογραφή»: ηλεκτρονική υπογραφή, που πληροί τους εξής όρους: α) συνδέεται μονοσήμαντα με τον υπογράφοντα, β) είναι ικανή να καθορίσει ειδικά και αποκλειστικά την ταυτότητα του υπογράφοντος, γ) δημιουργείται με μέσα τα οποία ο υπογράφων μπορεί να διατηρήσει υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο και δ) συνδέεται με τα δεδομένα 7 στα οποία αναφέρεται κατά τρόπο, ώστε να μπορεί να εντοπισθεί οποιαδήποτε μεταγενέστερη αλλοίωση των εν λόγω δεδομένων. 3. «υπογράφων»: φυσικό ή νομικό πρόσωπο, που κατέχει διάταξη δημιουργίας υπογραφής και ενεργεί είτε στο δικό του όνομα είτε στο όνομα άλλου φυσικού ή νομικού προσώπου ή φορέα. 4. «δεδομένα δημιουργίας υπογραφής»: μονοσήμαντα δεδομένα, όπως κώδικες ή ιδιωτικά κλειδιά κρυπτογραφίας, που χρησιμοποιούνται από τον υπογράφοντα για τη δημιουργία ηλεκτρονικής υπογραφής. 5. «διάταξη δημιουργίας υπογραφής» ... 6. «ασφαλής διάταξη δημιουργίας υπογραφής» ... 7. «δεδομένα επαλήθευσης υπογραφής»: δεδομένα, όπως κώδικες, ή δημόσια κλειδιά κρυπτογραφίας, τα οποία χρησιμοποιούνται για την επαλήθευση της ηλεκτρονικής υπογραφής. 8. «διάταξη επαλήθευσης υπογραφής»: διατεταγμένο υλικό ή λογισμικό, που χρησιμοποιείται για την εφαρμογή των δεδομένων επαλήθευσης υπογραφής. 9. «πιστοποιητικό»: ηλεκτρονική βεβαίωση, η οποία συνδέει δεδομένα επαλήθευσης υπογραφής με ένα άτομο και επιβεβαιώνει την ταυτότητά του. 10. «αναγνωρισμένο πιστοποιητικό»: πιστοποιητικό που πληροί τους όρους του Παραρτήματος I και εκδίδεται από πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης ... 11. «πάροχος υπηρεσιών πιστοποίησης»: φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή άλλος

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

φορέας, που εκδίδει πιστοποιητικά ή παρέχει άλλες υπηρεσίες, συναφείς με τις ηλεκτρονικές υπογραφές. 12. «προϊόν ηλεκτρονικής υπογραφής» ...» Περαιτέρω, στο άρθρο 3 ορίζονται τα εξής: «1. Η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που βασίζεται σε αναγνωρισμένο πιστοποιητικό και δημιουργείται από ασφαλή διάταξη δημιουργίας υπογραφής επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής τόσο στο ουσιαστικό όσο και στο δικονομικό δίκαιο. ...». Σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, έχει κριθεί (βλ. Ελ. Συν 1739/2016 Μείζονα Σύνοψη) ότι α) ως «ηλεκτρονική υπογραφή» νοείται ένα σύνολο δεδομένων σε ηλεκτρονική μορφή, τα οποία χρησιμεύουν ως μέθοδος απόδειξης της γνησιότητας, ενώ ως «ψηφιακή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή» νοείται εκείνη που συνδέεται μονοσήμαντα με τον υπογράφοντα και είναι ικανή να καθορίσει ειδικά και αποκλειστικά την ταυτότητα του, έχει δημιουργηθεί με μέσα που ο υπογράφων μπορεί να διατηρήσει υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο και συνδέεται με τα δεδομένα στα οποία αναφέρεται, με τρόπο ώστε να μπορεί να εντοπισθεί επακόλουθη αλλοίωση των δεδομένων, β) για τη δημιουργία ψηφιακής υπογραφής απαιτείται ο υπογράφων να κατέχει διατεταγμένο υλικό ή λογισμικό που χρησιμοποιείται για την εφαρμογή των «δεδομένων δημιουργίας της υπογραφής», για την επαλήθευση των οποίων απαιτείται η χρήση των «δεδομένων επαλήθευσης υπογραφής» (κώδικες ή δημόσια κρυπτογραφικά κλειδιά) και η έκδοση ηλεκτρονικής Βεβαίωσης, ήτοι ψηφιακού πιστοποιητικού που συνδέει μονοσήμαντα τα «δεδομένα επαλήθευσης μιας υπογραφής» (ή δημόσιο κλειδί) με ένα συγκεκριμένο φυσικό πρόσωπο και επιβεβαιώνει την ταυτότητα του, εξασφαλίζει τη γνησιότητα του υπογραφόμενου κατ' αυτόν τον τρόπο εγγράφου, την ακεραιότητα του, την εμπιστευτικότητα και τη μη αποποίηση της ευθύνης του υπογράφοντος, γ) η ψηφιακή υπογραφή που βασίζεται σε αναγνωρισμένο πιστοποιητικό, ήτοι ηλεκτρονική βεβαίωση που εκδίδεται από «πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης» και δημιουργείται από ασφαλή διάταξη δημιουργίας υπογραφής, ήτοι από διάταξη που διασφαλίζει, αφενός ότι τα δεδομένα δημιουργίας υπογραφής που χρησιμοποιήθηκαν είναι κατ' ουσίαν μοναδικά και απόρρητα και δεν μπορούν με εύλογη βεβαιότητα να αντληθούν από αλλού, ενώ προστατεύονται αποτελεσματικά από το νομίμως υπογράφοντα κατά της χρησιμοποίησής τους από τρίτους και αφετέρου ότι η

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

υπογραφή προστατεύεται από πλαστογραφία με τα μέσα της σύγχρονης τεχνολογίας, επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής, τόσο κατά το ουσιαστικό όσο και κατά το δικονομικό δίκαιο, ενώ συνιστά μέθοδο απόδειξης της γνησιότητας του ηλεκτρονικού εγγράφου. Επομένως, τα ηλεκτρονικά έγγραφα που φέρουν ασφαλή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή εξομοιώνονται, από πλευράς έννομων συνεπειών, πλήρως, με τα ιδιοχείρως υπογεγραμμένα έγγραφα και αναπτύσσουν αυξημένη αποδεικτική δύναμη (άρθρο 445 ΚΠολΔ) και, εφόσον η γνησιότητα του περιεχομένου τους δεν αμφισβητείται, αποτελούν πλήρη απόδειξη ότι η δήλωση που περιέχουν προέρχεται από τον ψηφιακώς υπογράφοντα, δ) τα πιστοποιητικά δημιουργίας ψηφιακής υπογραφής που έχουν εκδοθεί από φορέα παροχής υπηρεσιών πιστοποίησης εγκατεστημένο σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στους καλυπτόμενους από τη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την ηλεκτρονική υπογραφή τομείς, συνεπάγονται τις ίδιες έννομες συνέπειες με τις αντίστοιχες υπηρεσίες πιστοποίησης, που παρέχονται από πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος είναι εγκατεστημένος στην Ελλάδα, τα δε προϊόντα ψηφιακής υπογραφής, τα οποία συνάδουν με την κείμενη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, συνεπάγονται τις ίδιες έννομες συνέπειες με τα αντίστοιχα προϊόντα ψηφιακής υπογραφής, τα οποία προέρχονται από την Ελλάδα, ε) ηλεκτρονικό έγγραφο είναι το σύνολο των δεδομένων, τα οποία, αφού εγγραφούν στο μαγνητικό δίσκο ενός Η/Υ, αποτυπώνονται στη συνέχεια, κατά τρόπο αναγνώσιμο από τον άνθρωπο, στην οθόνη του Η/Υ ή εκτυπώνονται στον προσαρτημένο εκτυπωτή (print - out) και αποτελούν απεικόνιση της εγγραφής που έχει καταχωρηθεί στη μαγνητική επιφάνεια του σκληρού δίσκου του Η/Υ. Συνεπώς, έγγραφα που εκδίδονται ηλεκτρονικά, με χρήση προηγμένης ηλεκτρονικής (ψηφιακής) υπογραφής που πληροί τις απαιτήσεις της Οδηγίας 99/93/ΕΚ, θεωρούνται νομίμως υπογεγραμμένα, έχουν δε την ίδια νομική και αποδεικτική ισχύ με τα έγγραφα που φέρουν ιδιόχειρη υπογραφή και έχουν ισχύ πρωτοτύπου με την έκδοσή τους και μόνο, χωρίς να απαιτείται οποιαδήποτε επικύρωση τους, ενώ σε αντίθετη περίπτωση δεν επέχουν ούτε θέση ιδιόχειρης υπογραφής. Εξάλλου, κατά το Παράρτημα IV ΠΔ 150/2001 «Συστάσεις για την ασφαλή επαλήθευση της υπογραφής» ορίζεται ότι *“Κατά τη διαδικασία επαλήθευσης της υπογραφής θα πρέπει να διασφαλίζεται με*

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

εύλογη βεβαιότητα ότι: α) τα δεδομένα που χρησιμοποιούνται προς επαλήθευση της υπογραφής αντιστοιχούν στα δεδομένα που εμφανίζονται στον επαληθεύοντα, β) η υπογραφή επαληθεύεται με αξιοπιστία και ότι το αποτέλεσμα της επαλήθευσης εμφανίζεται με ορθό τρόπο, γ) ο επαληθεύων μπορεί ενδεχομένως να ορίσει με βεβαιότητα τα περιεχόμενα των δεδομένων που υπογράφονται, δ) η γνησιότητα και η εγκυρότητα του πιστοποιητικού που απαιτείται κατά τη στιγμή της επαλήθευσης της υπογραφής έχουν ελεγχθεί με αξιοπιστία, ε) το αποτέλεσμα της επαλήθευσης όπως και η ταυτότητα του υπογράφοντος εμφανίζονται με τον ορθό τρόπο, στ) η χρησιμοποίηση ψευδωνύμου δηλώνεται εμφανώς, και ζ) μπορούν να εντοπιστούν τυχόν τροποποιήσεις απτόμενες της ασφάλειας”. Συνεπώς, κατά τα ανωτέρω, ως μόνος παραδεκτός τρόπος υπογραφής της προδικαστικής προσφυγής σε διαδικασίες διενεργούμενες μέσω ΕΣΗΔΗΣ είναι αυτός της προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής (Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017) και ως τέτοια και άρα, ως παραδεκτή σύμφωνα με τα διέποντα τις μέσω ΕΣΗΔΗΣ υποβαλλόμενες προσφυγές, νοείται αποκλειστικά αυτή, που πιστοποιείται η εγκυρότητα και γνησιότητά της από σχετικό, εν ισχύ κατά τον χρόνο θέσης της υπογραφής (και όπως η ισχύς αυτή αποτυπώνεται επί της υπογραφής και είναι αναζητήσιμη δια της ίδιας της υπογραφής και των ηλεκτρονικών στοιχείων που φέρει και ενσωματώνονται επ’ αυτής, σχετικά με τις ιδιότητές της) πιστοποιητικού τρίτου εξωτερικού φορέα πιστοποίησης περιλαμβανόμενου στον οικείο κατάλογο εμπίστευσης, συγχρόνως δε φέρει αντίστοιχη εξωτερική και εγκεκριμένη χρονοσήμανση.

7. Επειδή, η προκείμενη προσφυγή φέρει ηλεκτρονική υπογραφή, ο έλεγχος επί της οποίας κατά τις οδηγίες που παρέχει επισήμως η Αρχή Πιστοποίησης Ελληνικού Δημοσίου, Υπουργείο Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, στο έγγραφό της “ΟΔΗΓΙΕΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΓΝΩΡΙΣΗ ΨΗΦΙΑΚΑ ΥΠΟΓΕΓΡΑΜΜΕΝΩΝ ΕΓΓΡΑΦΩΝ ΜΕ ΑΝΑΓΝΩΡΙΣΜΕΝΑ ΨΗΦΙΑΚΑ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΑ ΣΚΛΗΡΗΣ ΑΠΟΘΗΚΕΥΣΗΣ ΤΗΣ ΑΠΕΔ ΚΑΙ ΑΣΦΑΛΟΥΣ ΧΡΟΝΟΣΗΜΑΝΣΗΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΠΥΛΗ «ΕΡΜΗΣ»” (Αύγουστος 2017) κατέληξε στα εξής. Η υπογραφή, όπως διαγιγνώσκεται από το άνοιγμα της προσφυγής μέσω του προγράμματος

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

ACROBAT READER PDF (επιβεβαιώθηκε δε με αντιπαραβολή ως προς τα επιδεικνυόμενα εκ του ιδίου προγράμματος σε έγκυρη ηλεκτρονική υπογραφή επί τρίτου εγγράφου ελέγχου), αναφέρεται από το ίδιο το οικείο πρόγραμμα ως ρητά «άκυρη» (invalid, και όχι απλώς ως άγνωστης εγκυρότητας), ο δε λόγος ανάγεται στις ιδιότητές της υπογραφής, όπως προκύπτουν πάλι από την επιλογή της μέσω του προγράμματος ACROBAT READER PDF και οι οποίες αναφέρουν πρώτον, ότι κάποιο από τα ψηφιακά πιστοποιητικά της αλυσίδας εμπίστευσής της έχει ανακληθεί και δεύτερον, ότι ο χρόνος που φέρει η υπογραφή ως χρόνο θέσεως της προέρχεται από τον υπολογιστή του υπογράφοντος και όχι από τον πάροχο υπηρεσιών χρονοσήμανσης και κατ' αποτέλεσμα δεν φέρει ενσωματωμένο σήμα χρονοσήμανσης. Άρα, η υπογραφή της προδικαστικής προσφυγής δεν πιστοποιείται από εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης του οικείου καταλόγου εμπίστευσης, αφού δεν τελούν σε ισχύ κατά τον χρόνο θέσης της υπογραφής, στο σύνολό τους, τα απαραίτητα για την πιστοποίηση αυτή ηλεκτρονικά πιστοποιητικά και επομένως, η υπογραφή δεν καλύπτεται από τέτοια πιστοποίηση, συνεπώς δεν συνιστά κατά την παραπάνω έννοια «προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή». Περαιτέρω και επιπλέον των ανωτέρω, η υπογραφή δεν πιστοποιείται ούτε ως προς τον χρόνο θέσης της, ο οποίος προκύπτει αποκλειστικά από τον ίδιο τον εξοπλισμό του προσώπου που την έθεσε και όχι από πιστοποιημένη χρονοσήμανση (timestamp), άρα η υπογραφή δεν έχει ούτε βεβαία χρονολογία θέσης. Είναι δε όλως αδιάφορο ότι η προσφυγή φέρει χειρόγραφη μονογραφή και φυσική σφραγίδα και τούτο όχι μόνο διότι ουδόλως αυτά προσφέρουν βεβαίωση γνησιότητας και χρονολογίας θέσης της υπογραφής, αλλά και διότι κατά τις κατά τη σκ. 5 παρατεθείσες διατάξεις, ως μόνος παραδεκτός τρόπος υπογραφής (ηλεκτρονικά εξάλλου υποβαλλόμενης) προσφυγής σε διαγωνισμούς διενεργούμενους μέσω ΕΣΗΔΗΣ, όπως εν προκειμένω, είναι η θέση προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, ενώ εξάλλου και ασχέτως των οικείων ειδικών διατάξεων της ΥΑ 56902/215/2017 η άκυρη, όπως εν προκειμένω, ηλεκτρονική υπογραφή δεν υπέχει θέση ούτε ιδιόχειρης υπογραφής, βλ. σκ. 6 ανωτέρω. Συνεπώς, η προσφυγή δεν υπογράφεται νομίμως και ούτως ασκείται εξ αρχής απαραδέκτως, όπως βάσιμα επικαλείται

ο παρεμβαίνων, είναι δε προς τούτο στο σύνολό της απορριπτέα.

8. Επειδή, επιπλέον του απαραδέκτου της προσφυγής και ως εκ τούτου ότι είναι άνευ ετέρου απορριπτέα, προκύπτουν και τα ακόλουθα. Όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής που στρέφεται κατά της πρώτης βάσης αποκλεισμού του προσφεύγοντος, προκύπτει ότι το άρ. 2.2.6 της διακήρυξης όρισε ως κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τα εξής *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: ... Επίσης ο υποψήφιος ανάδοχος πρέπει να διαθέτει ή να μπορεί να διαθέσει κατά τη διάρκεια της σύμβασης πρατήριο υγρών καυσίμων εντός των διοικητικών ορίων του Δήμου Ακόμη (για το πετρέλαιο θέρμανσης) θα πρέπει να κατέχει ιδιόκτητο βυτιοφόρο όχημα με το οποίο θα μπορεί να μεταφέρει πετρέλαιο θέρμανσης κατόπιν εντολής από την αρμόδια υπηρεσία άμεσα εντός των διοικητικών ορίων του Δήμου. Για τα λοιπά καύσιμα θα πρέπει να κατέχει ιδιόκτητο βυτιοφόρο όχημα με το οποίο θα μπορεί να μεταφέρει πετρέλαιο κίνησης, σε οποιοδήποτε σημείο του Δήμου του ζητηθεί κατόπιν εντολής από την αρμόδια υπηρεσία άμεσα εντός των διοικητικών ορίων του Δήμου. Ενδεικτικά αναφέρεται η μεταφορά σε ερπυστριοφόρα οχήματα, στο σφαγείο, στις μονάδες επεξεργασίας λυμάτων κτλ.»*. Ως προς την οριστική δε απόδειξη του παραπάνω κριτηρίου, ο όρος 2.2.9.2 παρ. Β4 προέβλεπε ως δικαιολογητικό κατακύρωσης τα εξής *«Για την απόδειξη της ύπαρξης πρατηρίου υγρών καυσίμων και λιπαντηρίου, την άδεια λειτουργίας (με ύπαρξη συστήματος εισροών – εκροών για τα καύσιμα) και σε περίπτωση παραχώρησης από τρίτο και το σχετικό συμβολαιογραφικό συμφωνητικό. Για την απόδειξη του βυτιοφόρου οχήματος την άδεια και σε περίπτωση παραχώρησης από τρίτο και το σχετικό συμφωνητικό.»*. Επομένως, εκ των ως άνω ήταν εξαρχής σαφές ότι η απαίτηση για πρατήριο υγρών καυσίμων εντός των διοικητικών ορίων του Δήμου, είχε τεθεί αδιακρίτως και για το σύνολο των τμημάτων της διαδικασίας, ουδόλως δε προκύπτει κατά το παραπάνω γράμμα των σχετικών όρων, ότι είχε τυχόν οριστεί τέτοια απαίτηση αποκλειστικά για το πετρέλαιο κίνησης, αλλά όχι για το πετρέλαιο θέρμανσης. Αντίθετα μάλιστα, διάκριση στον όρο 2.2.6 υφίσταται αποκλειστικά και μόνο

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

επί του βυτιοφόρου οχήματος, αφού στη μια περίπτωση απαιτείται η δυνατότητα μεταφοράς πετρελαίου θέρμανσης και στην άλλη, η πετρελαίου κίνησης. Σημειωτέον δε, ότι στο σύνολό της η διακήρυξη αναφέρεται σε «καύσιμα» προς χαρακτηρισμό τόσο του πετρελαίου κίνησης όσο και του πετρελαίου θέρμανσης, όπως φαίνεται και στο συνημμένο σε αυτήν υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς που θεσπίσθηκε ειδικώς για τα καύσιμα και περιλαμβάνονται και τα τμήματα 1 και 2, αλλά και από το Παράρτημα Ι της διακήρυξης όπου τα καύσιμα διακρίνονται απλώς από τα λιπαντικά, όπως συμβαίνει και στην ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ του Παραρτήματος ΙΙ, όπου γίνεται μνεία σε «καύσιμα θέρμανσης και κίνησης», ενώ το Τμήμα 1 ονομάζεται «ΚΑΥΣΙΜΑ ΠΡΩΤΟΒΑΘΜΙΑΣ ΣΧΟΛΙΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ» και το Τμήμα 2 «ΚΑΥΣΙΜΑ ΔΕΥΤΕΡΟΒΑΘΜΙΑΣ ΣΧΟΛΙΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ», αμφότερα δε αφορούν, όπως και το επίσης ονομαζόμενο «ΚΑΥΣΙΜΑ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΑΘΛΗΣΗΣ» τμήμα 3, αποκλειστικά πετρέλαιο θέρμανσης, ενώ το πετρέλαιο κίνησης αποτελεί μέρος, μαζί με πετρέλαιο θέρμανσης και βενζίνη αμόλυβδη, μόνο των τμημάτων 4 και 5, που ονομάζονται αντίστοιχα «ΚΑΥΣΙΜΑ ΚΟΙΝΩΦΕΛΟΥΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ» και «ΚΑΥΣΙΜΑ ΔΗΜΟΥ ...». Σημειωτέον, ότι και στον όρο 2.2.6 όσον αφορά τις προηγούμενες συμβάσεις που απαιτούνται ως διαφορετικό κριτήριο επιλογής, η απαίτηση προηγούμενης σύμβασης έχει τεθεί με κοινό τρόπο για κάθε είδους καύσιμο, ήτοι για το σύνολο των τμημάτων 1-5, όπου είναι αδιάφορο αν η προηγούμενη σύμβαση αφορά καύσιμο κίνησης ή θέρμανσης. Άρα, η αναφορά περί πρατηρίου υγρών καυσίμων στον όρο 2.2.6 ουδόλως τέθηκε με τρόπο που δημιουργούσε έρεισμα αμφιβολίας περί του αν τυχόν αφορά αποκλειστικά το πετρέλαιο κίνησης και πάντως όχι το πετρέλαιο θέρμανσης, αλλά μάλιστα, τέθηκε επί της αρχής και άνευ οιασδήποτε διάκρισης μεταξύ των δύο ειδών πετρελαίου. Ουδόλως δε, υφίσταται περί του αντιθέτου ή περί αμφισβήτησης του ως άνω μονοσήμαντου κριτηρίου, έρεισμα, εντός τυχόν του όρου 2.2.9.2 παρ. Β4 ή οιοδήποτε άλλου σημείου της διακήρυξης. Περαιτέρω, τα παραπάνω και δη σε αντίθεση με όσα αναφέρει ο προσφεύγων, επιβεβαιώνονται και από τον όρο 6.2.2 της διακήρυξης που αφορά την εκτέλεση της σύμβασης και δη την παραλαβή υλικών και αναφέρει ότι *«Η παράδοση των ποσοτήτων των καυσίμων για τη κίνηση των*

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

μεταφορικών μέσων και των μηχανημάτων έργου του Δήμου θα γίνεται απ' ευθείας στα οχήματα του Δήμου ή των Νομικών του Προσώπων. Για το πετρέλαιο θέρμανσης του Δήμου η παράδοση θα γίνεται στις εγκαταστάσεις των κτιρίων του Δήμου. Η παράδοση των ποσοτήτων των λιπαντικών του Δήμου θα γίνεται στις εγκαταστάσεις των αμαξοστασίων του Δήμου. Ο συμμετέχων για τα είδη ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΚΙΝΗΣΗΣ, BENZINΗ ΑΜΟΛΥΒΔΗ και ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ θα πρέπει να διαθέτει ή να μπορεί να διαθέσει πρατήριο καυσίμων και λιπαντήριο αντίστοιχα για την τροφοδοσία των οχημάτων αλλά και την λίπανση και αλλαγή λαδιών, εντός των διοικητικών ορίων του Δήμου Με υπεύθυνη δήλωση θα δηλώνεται η ύπαρξη ή η δυνατότητα διάθεσης πρατηρίου υγρών καυσίμων ή λιπαντηρίου καθώς και ότι αυτό βρίσκεται εντός των διοικητικών ορίων του Δήμου, η ύπαρξη βυτιοφόρου οχήματος μεταφοράς πετρελαίου κίνησης, επίσης θα δηλώνει ότι αναλαμβάνει την ευθύνη για την έγκαιρη, σωστή και χωρίς οποιοδήποτε πρακτικό πρόβλημα για την αναθέτουσα αρχή, παράδοση των καυσίμων εντός των διοικητικών ορίων του Δήμου σύμφωνα με το αντίστοιχο τμήμα της προσφοράς του. Όσον αφορά το πετρέλαιο θέρμανσης των Σχολικών Επιτροπών Πρωτοβάθμιας και Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης ο μειοδότης θα πρέπει να διαθέτει κατάλληλο όχημα ώστε να τροφοδοτεί με πετρέλαιο θέρμανσης τις σχολικές μονάδες όπου αυτές και αν βρίσκονται στα όρια του Δήμου. Η παράδοση του πετρελαίου θέρμανσης θα γίνεται με ταυτόχρονη ηλεκτρονική τιμολόγηση του συστήματος εισροών – εκροών συσχετισμένο με το Κωδικό Ηλεκτρονικής Πληρωμής της ΔΕΗ. Βεβαίως και για τα λοιπά καύσιμα η παράδοση θα γίνεται με ταυτόχρονη τιμολόγηση του συστήματος εισροών – εκροών. Ο τόπος παράδοσης των καυσίμων για την βενζίνη θα είναι το πρατήριο του αναδόχου. Για την παράδοση των καυσίμων ο ανάδοχος θα πρέπει να ειδοποιεί έγκαιρα την επιτροπή παραλαβής ώστε αυτή να παρίσταται σύμφωνα με το άρθρο 206 του Ν.4412/2016.». Ουδόλως, ο παραπάνω όρος προκύπτει ότι κατέλειψε έστω περιθώριο αμφιβολίας ή συμπεράσματος περί του ότι το πρατήριο υγρών καυσίμων δεν απαιτείτο για τα τμήματα 1 έως και 3 του διαγωνισμού, που αφορούσαν αποκλειστικά πετρέλαιο θέρμανσης. Αντίθετα, η αναφορά περί του πρατηρίου υγρών καυσίμων μετά λιπαντηρίου λαμβάνει χώρα σε συσχέτιση με τη δυνατότητα εκεί επιτόπου εξυπηρέτησης οχημάτων, δηλαδή

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

του ανεφοδιασμού τους με πετρέλαιο κίνησης και λιπαντικά, δηλαδή την τοποθέτηση εντός της μηχανής τους πετρελαίου κίνησης και βενζίνης πράγμα που εκ φύσεως είναι αδύνατο για το πετρέλαιο θέρμανσης (δηλαδή να μεταφερθούν οι καυστήρες θέρμανσης στο πρατήριο για γέμιση) και όχι προκειμένου να εννοήσει ότι η απαίτηση του πρατηρίου τίθεται αποκλειστικά για την προμήθεια πετρελαίου κίνησης και βενζίνης. Δηλαδή το μόνο διαφοροποιητικό γεγονός μεταξύ καυσίμων κίνησης και πετρελαίου θέρμανσης είναι ότι καταρχήν η παράδοση των πρώτων είναι στο πρατήριο, ενώ του δεύτερου στις εγκαταστάσεις του Δήμου, παρότι όμως και για τα καύσιμα κίνησης προβλέπεται κατά τον όρο 2.2.6 βυτιοφόρο για μεταφορά τους σε άλλα σημεία, αν τυχόν ζητηθεί. Όμως, ο τρόπος παράδοσης εκάστου είδους καυσίμου ουδόλως συνεπάγεται αναίρεση του όρου περί κατοχής πρατηρίου υγρών καυσίμων, πράγμα που ουδόλως προκύπτει από το γράμμα του ως άνω όρου. Άρα, ατά τα παραπάνω, ουδέν επιχείρημα από τον όρο 6.2.2 προκύπτει προς αναίρεση ή αντίφαση σε σχέση με τη σαφή απαίτηση του όρου 2.2.6 για πρατήριο υγρών καυσίμων για κάθε τμήμα που περιλαμβάνει είτε πετρέλαιο κίνησης είτε πετρέλαιο θέρμανσης.

9. Επειδή, απαραδέκτως ο προσφεύγων προβάλλει αιτιάσεις περί της αναγκαιότητας και σκοπιμότητας διάθεσης πρατηρίου υγρών καυσίμων για τα τμήματα 1 και 2 όπου μετείχε ανεπιφυλάκτως και αφορούν αποκλειστικά πετρέλαιο κίνησης. Ούτε προκύπτει από το γράμμα του όρου 2.2.6, σε αντίθεση με όσα επικαλείται, ότι ειδικώς για το πετρέλαιο θέρμανσης η απαίτηση αφορά αποκλειστικά το βυτιοφόρο ούτε τούτο προκύπτει από το γεγονός ότι ο όρος αυτός δεν όρισε πανηγυρικά, για το πετρέλαιο θέρμανσης ότι το βυτιοφόρο απαιτείται επιπλέον του πρατηρίου. Αντίθετα, με όλως σαφή τρόπο, ο όρος θέσπισε καταρχάς μια κοινή για κάθε καύσιμο, άρα και για το πετρέλαιο θέρμανσης, απαίτηση για πρατήριο και εν συνεχεία προέβλεψε ξεχωριστά για το πετρέλαιο κίνησης και ξεχωριστά για το πετρέλαιο θέρμανσης επιπλέον απαιτήσεις βυτιοφόρου, σε αυτοτελείς προβλέψεις του παραπάνω όρου 2.2.6, χωρίς να δύναται να προκύψει ότι αυτές αναιρούσαν τη σαφέστατη κοινή απαίτηση για πρατήριο (υπό τη λογική αυτή εξάλλου, αφού και για το πετρέλαιο κίνησης απαιτείται βυτιοφόρο, θα έπρεπε ο όρος

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

για το πρατήριο να μην αφορά ούτε το πετρέλαιο κίνησης, άρα επί της ουσίας, κατά τον προσφεύγοντα, οι περί βυτιοφόρου προβλέψεις αναιρούν τον περί πρατηρίου όρο, πράγμα που ουδέν έρεισμα βρίσκει στο γράμμα της διακήρυξης). Επιπλέον, ο προσφεύγων όλως αβάσιμα αποπειράται να άρει τη σαφέστατη πρόβλεψη περί πρατηρίου, για κάθε προσφορά καυσίμου κάθε είδους, δια του όρου 6.2.2, παρότι ουδόλως το περιεχόμενο του τελευταίου, βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη, αναιρεί το σαφές περιεχόμενο του όρου 2.2.6 ούτε οι προβλέψεις του θέτουν αντίθετους όρους από τον όρο 2.2.6, αλλά ο προσφεύγων στηρίζει αβάσιμα τον οικείο ισχυρισμό του, στο ότι ο όρος 6.2.2 που εξάλλου αφορά την παράδοση των προϊόντων, δεν περιλαμβάνει ειδική μνεία για το πρατήριο στο πετρέλαιο θέρμανσης. Τούτο όμως δεν μπορεί να μεταβάλει ότι κατά το γράμμα του όρου 2.2.6 η απαίτηση για το πρατήριο είναι κοινή και καταλαμβάνει και το πετρέλαιο θέρμανσης. Ακόμη όμως και αν επί της ουσίας, δια των ανωτέρω ο προσφεύγων αποπειράται να καταδείξει το αχρείαστο της απαίτησης για πρατήριο όσον αφορά το πετρέλαιο θέρμανσης ή ακόμη και αν το αληθές περιεχόμενο του όρου 6.2.2 ήταν ότι το πρατήριο δεν έχει ουδεμία χρησιμότητα κατά την εκτέλεση της παράδοσης του πετρελαίου θέρμανσης, τούτο δεν μπορεί να έχει την έννοια αναίρεσης του σαφούς γράμματος του κριτηρίου επιλογής του όρου 2.2.6, αλλά απλώς την αμφισβήτηση της έλλειψης σκοπιμότητας του τελευταίου όσον αφορά το πετρέλαιο θέρμανσης. Όμως και υπό αυτή την εκδοχή, οι οικείοι ισχυρισμοί του είναι απορριπτέοι, αφού ο προσφεύγων ανεπιφύλακτα μετείχε στη διαδικασία και συνεπώς δεν μπορεί τώρα να αμφισβητήσει τη δεσμευτικότητα των όρων αυτής, ενώ ακόμη και αν υποθεθεί ότι η απαίτηση για πρατήριο υγρών καυσίμων είναι αχρείαστη, μη αναγκαία ή και άσχετη με την προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης, δεν παύει το κριτήριο επιλογής, ήτοι το απαιτούμενο προς απόδειξη προσόν για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, να είναι σαφές και να ισχύει, δεδομένης και της απόλυτης πλέον δεσμευτικότητας του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας. Περαιτέρω, είναι όλως άσχετο αν ο προσφεύγων είναι αδειοδοτημένος για λειτουργία μονάδας αποθήκευσης πετρελαίου θέρμανσης, αδειοδοτημένος για πώληση αυτού ή αν κατ' αυτόν, η αποθήκη επιτελεί την ίδια λειτουργία με το πρατήριο όσον αφορά το πετρέλαιο θέρμανσης ή αν οι ανάγκες της διαδικασίας

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

καλύπτονταν και δια αποθήκης με τέτοια άδεια ή αν το πλαίσιο εκτέλεσης είναι συμβατό ή όχι με το κριτήριο επιλογής. Και τούτο διότι η διακήρυξη απαίτησε ως προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό εν είδει κριτηρίου επιλογής, πρατήριο και όχι αποθήκη και κατ' αποτέλεσμα, ο ανεπιφυλάκτως μετέχων δεν δύναται πλέον να προβάλει αντίστοιχους ισχυρισμούς, οι οποίοι επί της ουσίας κατατείνουν στο ότι η απαίτηση για πρατήριο ήταν άσκοπη ή ότι η διακήρυξη έπρεπε να επιτρέψει τη συμμετοχή και σε όσους έχουν αποθήκη με άδεια πώλησης. Είναι δε όλως διαφορετικό ζήτημα ένας αντιφατικός όρος, ήτοι ένας όρος που πρέπει να πληροί μια προσφορά, ο οποίος αναιρείται από άλλη απαίτηση με αντίθετο περιεχόμενο, η οποία δεύτερη απαίτηση προκύπτει από το γράμμα της διακήρυξης ότι τίθεται σαφώς αντί της πρώτης και αφορά το ίδιο θέμα, δηλαδή εν προκειμένω το κριτήριο επιλογής, από την εν προκειμένω εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενη έλλειψη συμβατότητας όρων εκτέλεσης και κριτηρίων επιλογής, η οποία δεν συνιστά παρά αμφισβήτηση των ίδιων των όρων της διακήρυξης και συγκεκριμένα του κριτηρίου επιλογής και λαμβάνει χώρα κατά τα ανωτέρω, απαραδέκτως πλέον. Ομοίως, είναι όλως νομικά αδιάφορο το τι τυχόν είχε κρίνει η αναθέτουσα σε προηγούμενο διαγωνισμό και τούτο όχι μόνο λόγω της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, αλλά προεχόντως διότι η τυχόν παρανομία της αναθέτουσας κατά την εφαρμογή μιας προηγούμενης διακήρυξης σε μια προηγούμενη διαδικασία, ουδόλως συνιστά στοιχείο λαμβανόμενο υπόψη και επιτάσσει την επανάληψή της και εφαρμογή της ίδιας τυχόν μη νόμιμης ερμηνείας και σε επόμενη διαδικασία. Και τούτο ακόμη και αν υποτεθεί ότι το γράμμα της προηγούμενης διακήρυξης ήταν ακριβώς το ίδιο με την προκείμενη. Αντίθετα, το μόνο νομικά κρίσιμο στοιχείο για τη διάγνωση της ορθότητας της κρίσης της αναθέτουσας στην επίδικη περίπτωση είναι αποκλειστικά το γράμμα της νυν εφαρμοζόμενης διακήρυξης, η οποία κρίνεται από μηδενική βάση. Ούτε η οιαδήποτε ερμηνεία έδωσε η αναθέτουσα σε προηγούμενη διακήρυξή της ή και όρο με το ίδιο περιεχόμενο σε προηγούμενη διαδικασία μπορεί να αποτελέσει έρεισμα για την επανάληψη της ίδιας κρίσης ούτε γεννά δικαιώματα προσδοκίας των μετεχόντων ούτε η μη επανάληψή της αποτελεί τυχόν παράβαση της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, αφενός γιατί η ΑΕΠΠ ουδόλως δεσμεύεται

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

από τις κρίσεις των αναθετουσών αρχών σε προηγούμενες διαδικασίες, αλλά αποκλειστικά από τις δικές της Αποφάσεις και τις Αποφάσεις των Δικαστηρίων και τούτο σε περιπτώσεις που αφορούν την ίδια διαγωνιστική διαδικασία, αφετέρου, υπό την αντίθετη εκδοχή, θα βλαπτόταν όχι μόνο η αρχή της τυπικότητας, αλλά και η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Αυτό διότι κάθε αυτοτελής ανοικτή διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, όπως η προκειμένη (η οποία δεν συνιστά τυχόν επιμέρους σύμβαση εντός ήδη συναφθείσας συμφωνίας-πλαίσιο, ήτοι εντός μιας διαδικαστικής ενότητας με τις προηγούμενες διαδικασίες της αναθέτουσας), απευθύνεται σε ανοικτό κοινό ενδιαφερομένων και εν τέλει προσφερόντων, για τους οποίους θα πρέπει να εξασφαλίζεται ένα πλαίσιο ίσων ευκαιριών και ίσων απαιτήσεων για τη συμμετοχή και ανάδειξή τους ως αναδόχων, ανεξαρτήτως αν έχουν συμμετάσχει ή όχι σε προηγούμενες διαδικασίες και γνωρίζουν ή όχι τις ανά περίπτωση ερμηνείες και τους τυχόν τρόπους με τους οποίους έκαστη συγκεκριμένη αναθέτουσα τείνει να ερμηνεύει και να εφαρμόζει συγκεκριμένους όρους της διακήρυξης. Τα παραπάνω, που αποτελούν προϋποθέσεις για την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120/2017) εξασφαλίζονται μόνο μέσω της τυπικής και ίσης και ταυτόσημης υπέρ και κατά όλων εφαρμογής του ακριβούς γράμματος της ανά περίπτωση συγκεκριμένης διακήρυξης, εφόσον αυτό είναι σαφές, όπως εν προκειμένω. Εξάλλου, ακριβώς αυτή η σαφήνεια του παραπάνω όρου 2.2.6, ουδόλως αποκλείεται να αποθάρρυνε τη συμμετοχή άλλων ενδιαφερομένων, οι οποίοι δεν κατείχαν πρατήριο υγρών καυσίμων και προς τούτο δεν υπέβαλαν προσφορά, με αποτέλεσμα, η τυχόν επιλεκτική υπέρ του προσφεύγοντος μη εφαρμογή του συγκεκριμένου όρου και δη κατά συσταλτική του ερμηνεία το πρώτον κατά την αξιολόγηση, να συνιστά και ευνοϊκή του μεταχείριση εις βάρος όχι μόνο όσων διαγωνιζομένων μετείχαν, ενώ πληρούσαν τον όρο αυτό, αλλά και όσων δεν μετείχαν επειδή δεν τον πληρούσαν. Επομένως, ουδόλως η εκ μέρους του προσφεύγοντος πληροφόρηση ή εμπειρία του τρόπου εφαρμογής συγκεκριμένου όρου με αντίστοιχο περιεχόμενο σε προηγούμενη διαδικασία της ίδιας αναθέτουσας, συγκροτεί άνιση εις βάρος του μεταχείριση ή παραβίαση της χρηστής διοίκησης, σε περίπτωση που ο

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

όρος εφαρμοστεί με άλλον τρόπο σε επόμενη διαδικασία και δη, εφαρμοστεί κατά το σαφές γράμμα του. Αντίστροφα, η αποδοχή προσφοράς παρά τη μη πλήρωση του οικείου όρου, θα συνιστούσε παράβαση της ίσης μεταχείρισης, του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και της διαφάνειας. Ο δε προσφεύγων εξάλλου, συνομολογεί στη σελ. 20 της προσφυγής του, ότι η προηγούμενη δοθείσα από την αναθέτουσα ερμηνεία στον αντίστοιχο όρο δεν κινήθηκε κατά το γράμμα του, αλλά *«κατά την αληθή του έννοια και τον σκοπό που υπηρετούσε»*, επιχείρημα που στο πλαίσιο πάντως της συγκεκριμένης επίδικης διαδικασίας, η οποία συνιστά και το μόνο αντικείμενο εξέτασης, είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο, καθώς κατά τα ανωτέρω, συνιστά ακριβώς ανεπίκαιρη αμφισβήτηση της δεσμευτικότητας του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, ενώ συγχρόνως αποτελεί και επίκληση προς αναδρμική μεταβολή δια δημιουργικής και συσταλτικής ερμηνείας, των υποχρεώσεων των μετεχόντων, εις βάρος της αρχής της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, τα ίδια ισχύουν και για τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος, ότι ο εν τέλει συνομολογούμενος εξ αυτού, σελ. 22 προσφυγής, *«καταρχήν όρος, ο οποίος απαιτεί ο προμηθευτής πετρελαίου θέρμανσης των σχολικών μονάδων να διαθέτει πρατήριο υγρών καυσίμων εντός των διοικητικών ορίων του Δήμου και ταυτόχρονα βυτιοφόρο για τη διανομή του πετρελαίου στις σχολικές μονάδες»* θέτει εμπόδια στον ανταγωνισμό και είναι καταχρηστικός και παράνομος, αφού όμως ο προσφεύγων ανεπιφυλάκτως μετείχε και ουδόλως προσέβαλε τον παραπάνω όρο. Εξάλλου, δια της παραπάνω επίκλησής του, εν τέλει προκύπτει ότι είχε πλήρη αντίληψη του περιεχομένου του οικείου όρου, ως αυτός είχε στο γράμμα της διακήρυξης, συνομολογώντας ούτως τη σαφήνειά του και ότι απλώς, απαραδέκτως σε κάθε περίπτωση, ισχυρίζεται ότι δεν θα έπρεπε να τύχει εφαρμογής, ως είχε, εσφαλμένως κατ' αυτόν, κατά το γράμμα της, λόγω της κατ' αυτόν μη σκοπιμότητας και αναγκαιότητας του όρου αυτού, σε συνδυασμό με την εκ μέρους του γνώση περί εφαρμογής του (κατά τον ίδιο) με διαφορετικό τρόπο σε προηγούμενη διαδικασία. Ομοίως απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός περί προάσπισης του δημοσίου συμφέροντος, λόγω χαμηλότερης τιμής που προσέφερε ο προσφεύγων, αφού το κριτήριο ανάθεσης και εν προκειμένω η χαμηλότερη τιμή, κρίνεται μεταξύ των

Αριθμός Απόφασης: 254/2019

αποδεκτών προσφορών και μόνο και ούτως είναι αδιάφορη η τιμή που προσφέρθηκε από προσφορά που δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις συμμετοχής, συγχρόνως δε, η αποδοχή μιας τέτοιας αιτίας θα συνιστούσε επιλεκτική, υπέρ του προσφέροντος χαμηλότερη τιμή, μη εφαρμογή όρων του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 145 και 177/2018). Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτός και η πρώτη βάση αποκλεισμού του προσφεύγοντος περί μη διάθεσης πρατηρίου υγρών καυσίμων, νόμιμη και αρκούσα, εξάλλου, μόνη της για τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος άνευ ετέρου.

10. Επειδή, ύστερα από τις αμέσως προηγούμενες σκέψεις και δη επιπλέον του απαραδέκτου της προσφυγής κατά τη σκ. 7, η προσφυγή τυγχάνει ούτως ή άλλως απορριπτέα και ως ουσία αβάσιμη και τούτο ασχέτως τυχόν βασιμότητας ή μη του δεύτερου λόγου της (απαράδεκτης ούτως ή άλλως) προσφυγής επί της δεύτερης σωρευτικής βάσης αποκλεισμού του προσφεύγοντος. Και τούτο διότι λόγω της κατά τα ως άνω απόρριψης του πρώτου λόγου αυτής και ούτως κρίση περί της νομιμότητας της πρώτης, εκ των δύο σωρευτικών βάσεων αποκλεισμού του προσφεύγοντος, η οποία και μόνη της πάντως αρκούσε για τον εν όλω αποκλεισμό αυτού, η Προσφυγή τυγχάνει εν όλω απορριπτέα και κατ' ουσία (πέραν από απαράδεκτη). Αυτό, αφού για την αποδοχή της και την κατόπιν αυτής ακύρωση της προσβαλλομένης απόφασης αποκλεισμού του προσφεύγοντος, απαιτείτο η κατ' αποδοχή αμφοτέρων των λόγων της προσφυγής, κρίση περί της μη νομιμότητας αμφοτέρων των αυτοτελών βάσεων αποκλεισμού του, αφού έκαστη εξ αυτών ήταν όλως επαρκής για την απόρριψη της προσφοράς του.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή και τούτο τόσο ως απαράδεκτη, όσο και ανεξαρτήτως αυτού και ως επί της ουσίας αβάσιμη. Να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο ποσού 2.531,50 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού 2.531,50 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 6 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε την 7-3-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΓΡΥΠΑΡΗΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ