

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 29 Μαΐου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αριθμό 579/2018 Πράξης του ίδιου, και τα μέλη, Μαρία Μανδράκη, που, δυνάμει της με αρ. 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, αναπληρώνει την Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 448/18-05-2018 Προδικαστική Προσφυγή της η Ανώνυμη Εταιρεία με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην Κομοτηνή, επί του, και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα») στα πλαίσια της με ΑΔΑΜ: 18PROC0027822509 2018-03-05 και α.α. ΕΣΗΔΗΣ 71258 διακήρυξης της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης-Αποχέτευσης του Δήμου Αλεξανδρούπολης («Αναθέτων Φορέας») για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «Κατασκευή Δικτύων Αποχέτευσης και Ε.Ε.Λ. Μάκρης του Δήμου Αλεξανδρούπολης», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 4.404.673,41€ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) (εφεξής «διακήρυξη»), και κατά της υπ' αριθμ. 122/07-05- 2018 (αριθμός 9) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Δ.Ε.Υ.Α. Αλεξανδρούπολης με την οποία ενεκρίθη το πρακτικό του πιο πάνω διαγωνισμού για την ανάδειξη προσωρινού Αναδόχου του πιο πάνω έργου και κάθε συναφούς πράξης ή παράλειψης, προγενέστερης ή

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

μεταγενέστερης της αναθέτουσας αρχής, με περαιτέρω αίτημα να αναγνωρισθεί η ακυρότητα της προσφοράς της «.....», λόγω πλημμέλειας της προσφοράς της (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»), προσφυγή κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ και χρεωθείσα στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 18.05.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

Κατά του Αναθέτοντα Φορέα με την επωνυμία «Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης Αποχέτευσης Δήμου Αλεξανδρούπολης» που εδρεύει στην Αλεξανδρούπολη, επί της οδού Δ. Σολωμού, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτων Φορέας» ή «ΑΦ»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα, επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 122/07-05- 2018 (αριθμός 9) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Δ.Ε.Υ.Α. Αλεξανδρούπολης με την οποία ενεκρίθη το πρακτικό του πιο πάνω διαγωνισμού για την ανάδειξη προσωρινού Αναδόχου του πιο πάνω έργου και κάθε συναφής πράξη ή παράλειψη, προγενέστερη ή μεταγενέστερη του αναθέτοντα φορέα, με περαιτέρω αίτημα να αναγνωρισθεί η ακυρότητα της προσφοράς του οικονομικού φορέα που αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος, Ένωσης Εταιρειών με την επωνυμία «.....», διότι 1) το περιεχόμενο στον φάκελο της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου έγγραφο υπό τον τίτλο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», ψηφιακά μεν υπογεγραμμένο από τους νόμιμους εκπροσώπους της «.....», είναι όμως ΑΚΥΡΟ, αφού η μια από τις δύο ψηφιακές υπογραφές δεν είναι έγκυρη, σύμφωνα με τις διατάξεις της υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. και του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 910/2014 σχετικά με την ηλεκτρονική ταυτοποίηση και τις υπηρεσίες εμπιστοσύνης για τις ηλεκτρονικές συναλλαγές στην εσωτερική αγορά και την κατάργηση της οδηγίας 1999/93/ΕΚ. Πιο συγκεκριμένα, πατώντας πάνω με το δείκτη του ποντικιού στην ψηφιακή υπογραφή «.....» εμφανίζεται το κάτωθι μήνυμα «Η Πιστοποίηση του εγγράφου είναι ΑΚΥΡΗ» και «Το Έγγραφο έχει τροποποιηθεί καταστραφεί από τότε που εφαρμόστηκε η

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

Πιστοποίηση». Επίσης, κάνοντας κλικ με τον δείκτη του ποντικιού στο πεδίο «Ιδιότητες Υπογραφής» εμφανίζεται το ακόλουθο μήνυμα «Το Έγγραφο έχει τροποποιηθεί καταστραφεί από τότε που εφαρμόστηκε η Πιστοποίηση». Τέλος, κάνοντας κλικ με τον δείκτη του ποντικιού στο πεδίο «Πίνακα Υπογραφών» του Acrobat Reader εμφανίζεται το ακόλουθο μήνυμα «Η υπογραφή είναι άκυρη» και «Έχουν γίνει αλλαγές στο έγγραφο οι οποίες ακυρώνουν την υπογραφή» και 2) το περιεχόμενο στον φάκελο της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου έγγραφο υπό τον τίτλο «Οικονομική Προσφορά», ψηφιακά μεν υπογεγραμμένο από τους νόμιμους εκπροσώπους της «.....», είναι ομοίως ΑΚΥΡΟ, αφού η μία από τις δύο Ψηφιακές υπογραφές δεν είναι έγκυρη, σύμφωνα με τις διατάξεις της υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. και του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 910/2014 σχετικά με την ηλεκτρονική ταυτοποίηση και τις υπηρεσίες εμπιστοσύνης για τις ηλεκτρονικές συναλλαγές στην εσωτερική αγορά και την κατάργηση της οδηγίας 1999/93/ΕΚ. Πιο συγκεκριμένα, σε περίπτωση που και αυτό το έγγραφο ανοιχτεί με την βοήθεια Η/Υ και του προγράμματος Acrobat Reader το μήνυμα που βγάζει στο πάνω μέρος είναι: «Η πιστοποίηση από τον Συντάκτη δεν είναι έγκυρη». Στο έγγραφο φαίνεται να υπάρχουν δυο (2) ψηφιακές υπογραφές «Ψηφιακά Υπογεγραμμένο από Ημερομηνία: 2018.04.12 11:20:533 EEST» & «Ψηφιακά Υπογεγραμμένο από Ημερομηνία: 2018.04.12 11:32:07 EEST». Πατώντας όμως πάνω με το δείκτη του ποντικιού στην ψηφιακή υπογραφή από εμφανίζεται το κάτωθι μήνυμα «Η Πιστοποίηση του εγγράφου είναι ΑΚΥΡΗ» και «Το Έγγραφο έχει τροποποιηθεί καταστραφεί από τότε που εφαρμόστηκε η Πιστοποίηση». Επίσης, κάνοντας κλικ με τον δείκτη του ποντικιού στο πεδίο «Ιδιότητες Υπογραφής» εμφανίζεται το ακόλουθο μήνυμα «Το Έγγραφο έχει τροποποιηθεί καταστραφεί από τότε που εφαρμόστηκε η Πιστοποίηση». Τέλος, κάνοντας κλικ με τον δείκτη του ποντικιού στο πεδίο «Πίνακα Υπογραφών» του Acrobat Reader εμφανίζεται το ακόλουθο μήνυμα «Η υπογραφή είναι άκυρη» και «Έχουν γίνει αλλαγές στο έγγραφο οι οποίες ακυρώνουν την υπογραφή»,

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

επομένως για τους παραπάνω λόγους η προσφορά του προσωρινού αναδόχου θα πρέπει να απορριφθεί, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 3 παρ. 1 και 5 της διακήρυξης και του άρθρου 281 του Ν. 4412/2016, χωρίς μάλιστα να δικαιούται ο αναθέτων φορέας να ζητήσει την θεραπεία της πλημμέλειας του προσωρινού αναδόχου, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 310 του Ν. 4412/2016

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ζητεί την αναστολή εκτελέσεως της προσβαλλόμενης απόφασης έως την έκδοση της απόφασης επί της προσφυγής της, και ιδίως να διαταχθεί να απόσχει ο αναθέτων φορέας από κάθε περαιτέρω συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού, και κυρίως από την υπογραφή της σύμβασης με τον προσωρινό ανάδοχο, δεδομένου ότι α) πιθανολογείται σοβαρά η παράβαση κανόνων του εθνικού και κοινοτικού δικαίου και συντρέχει άμεσος κίνδυνος αποτροπής της επικείμενης ζημίας, καθώς και κατεπείγουσα ανάγκη για τη λήψη προσωρινών μέτρων και την χορήγηση της αιτούμενης αναστολής εκτελέσεως, λόγω του ότι με την προσβαλλόμενη παρανόμως, παρατύπως, καταχρηστικώς και με πλημμελείς αιτιολογίες έγινε δεκτή η προφορά της Κοινοπραξίας «.....» και 2) εάν ο Αναθέτων Φορέας προχωρήσει τις διαδικασίες του διαγωνισμού και το έργο ανατεθεί τελικά στην ως άνω Κοινοπραξία, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας, κατά την εκδίκαση της αίτησης ακυρώσεως της προσφεύγουσας, ενδεχομένως η εκτέλεση του έργου να έχει προχωρήσει τόσο, ώστε η προσφεύγουσα, αν και πληροί όλες τις προϋποθέσεις του νόμου και της Διακήρυξης, δε θα δύναται να αναδειχθεί μειοδότη. Επιπλέον, όταν εκδικαστεί η αίτηση ακυρώσεως της το έργο θα έχει ολοκληρωθεί ή θα έχει προχωρήσει τόσο, ώστε να είναι αδύνατη η επαναφορά των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση. Οποιαδήποτε δε μετά την εκτέλεση του έργου νομική ευχέρεια αποκαταστάσεως της όποιας ζημίας της αιτούσας (οικονομικής και ηθικής) δεν

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

συνιστά προστασία εξ ίσου αποτελεσματική με τη δυνατότητα διεκδίκησης, νομίμως της ανακήρυξης της σε μειοδότη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, ποσού 15.000,00 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου 214201000958 0717 0042), που αντιστοιχεί στο ανώτερο ποσό καταβαλλόμενου παραβόλου, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο των διατάξεων του άρθρου 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017, δεδομένου ότι το αντιστοιχούν ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 4.404.637,41 € (χωρίς ΦΠΑ), ανέρχεται σε ποσό πλέον των 15.000,00 €, ποσό το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με το με τον πιο πάνω κωδικό e-παραβόλο αυτόματης δέσμευσης, του οποίου προσκομίστηκε εκτυπωμένη σελίδα με κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)».

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη 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, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτως άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 18-05-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1α του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την κοινοποίηση στην προσφεύγουσα της

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

προσβαλλομένης πράξης, η οποία έλαβε χώρα, μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 08-05-2018 και ο προσφεύγων άσκησε την υπό εξέταση Προσφυγή με κατάθεσή της στον ίδιο ηλεκτρονικό τόπο, την 18-05-2018, ήτοι επομένως εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (έργο) και της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης της σχετικής σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, που έλαβε χώρα στις 05-03-2018, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 και με συνολική εκτιμώμενη αξία 4.404.637,41 € (χωρίς ΦΠΑ) δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ) του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 η Προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, επικαλούμενη ότι μη νομίμως ανακηρύχθηκε ο καθ ου οικονομικός φορέας προσωρινός ανάδοχος, ενώ η προσφορά του έπρεπε να απορριφθεί, επομένως ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, εφόσον έχει υποβάλει προσφορά και, αν ήθελε αποκλειστεί ο έτερος φορέας, ο προσφεύγων ως αναδειχθείς δεύτερος μειοδότης θα ανακηρυχθεί αυτός προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης.

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

6. Επειδή, μετά ταύτα, η Προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή διενέργειας του διαγωνισμού μέχρις εκδόσεως Απόφασης επί της προσφυγής της, προκειμένου να διασφαλιστεί ότι και το έργο δεν θα ανατεθεί τελικά στην Κοινοπραξία κατά της προσφοράς της οποίας βάλλει, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

7. 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»*

8. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: *«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*

Αριθμός Απόφασης Α243 / 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 δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων»

9. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

10. 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*».

11. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και 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. 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 Α243 / 2018

12. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

13. Επειδή, εν προκειμένω, από μια απλή επισκόπηση της διακήρυξης, προκύπτουν τα εξής: Στις διατάξεις του άρθρου 3 της διακήρυξης με τίτλο: Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς προβλέπεται ότι: «3.1. Οι προσφορές υποβάλλονται από τους ενδιαφερομένους ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας διακήρυξης, σε ηλεκτρονικό φάκελο του υποσυστήματος. Για τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής και να εγγραφούν στο ηλεκτρονικό σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ- Διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr) ακολουθώντας τη διαδικασία εγγραφής του άρθρου 5 παρ. 1.2 έως 1.4 της Κοινής Υπουργικής Απόφασης με αρ. 117384/26-10-2017 (3821 Β') «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων έργων, μελετών, και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)». Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά, είτε από όλους τους

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. ... 3.2 Στον ηλεκτρονικό φάκελο προσφοράς περιέχονται: (α) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής». (β) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά». ... 3.5 Ο χρήστης – οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του υποσυστήματος, όπως περιγράφεται κατωτέρω: α) Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» είναι τα οριζόμενα στο άρθρο 24.2 της παρούσας και υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)* και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. ... γ) Οι προσφέροντες συντάσσουν την οικονομική τους προσφορά συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του υποσυστήματος και επισυνάπτοντας, στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και στον κατά περίπτωση (υπο)φάκελο, όλα τα στοιχεία της προσφοράς τους σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)*. ... ε) Στη συνέχεια, οι προσφέροντες παράγουν από το υποσύστημα τα ηλεκτρονικά αρχεία [«εκτυπώσεις» των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και της Οικονομικής Προσφοράς τους σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)*]. Τα αρχεία αυτά υπογράφονται από τους προσφέροντες με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της υπ'αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. και επισυνάπτονται στους αντίστοιχους (υπο)φακέλους της προσφοράς. ...».

14. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, πιθανολογείται σοβαρά ότι τα δικαιολογητικά συμμετοχής όσο και η οικονομική προσφορά θα

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

έπρεπε να υποβληθούν ψηφιακά υπογεγραμμένα από το νόμιμο εκπρόσωπο του προσφέροντος οικονομικού φορέα και στην περίπτωση που είναι ένωση εταιρειών από τον νόμιμο εκπρόσωπο κάθε μέλους της ένωσης ή το νόμιμο εξουσιοδοτημένο κοινό εκπρόσωπο. Περαιτέρω, έχει κριθεί (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 182/2017 ότι για να θεωρείται εγκύρως υπογεγραμμένο ψηφιακά ένα έγγραφο, θα πρέπει η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή να έχει τεθεί σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 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) και να δύναται να επαληθευτεί από τον χρήστη, σύμφωνα με τις ίδιες ως άνω διατάξεις και τις διατάξεις του άρθρου 259 Ν. 4412/2016. Τόσο για την αποτελεσματική θέση της ηλεκτρονικής υπογραφής στα πάσης φύσεως ηλεκτρονικά έγγραφα όσο και για την επαλήθευσή της, αναλυτικές, σαφείς και δωρεάν οδηγίες παρέχει σε όλους τους χρήστες η Αρχή Πιστοποίησης του Ελληνικού Δημοσίου στην ιστοσελίδα της, για την εφαρμογή των οποίων καμία πρόσθετη ή με κόστος για τον χρήστη προϋπόθεση δεν ζητείται, εκτός από την χρήση συνήθων εργαλείων και μεθόδων που ο μέσος χρήστης του αναγκαίου για την παραγωγή ηλεκτρονικών εγγράφων υπολογιστή έχει στην διάθεσή του. Καθόσον, κατά την απλή επισκόπηση των στην υπό εξέταση προσφυγή αναφερόμενων εγγράφων του φακέλου της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου του υπό εξέταση έργου, προκύπτει ότι μολονότι είχε καταρχήν τεθεί σε αυτά ηλεκτρονική υπογραφή – δεν πρόκειται δηλαδή για πλαστή απεικόνιση ή ψευδή σχηματισμό αυτής πάνω στα υποβληθέντα έγγραφα, δεν μπορεί το πρώτον να επαληθευτεί η εγκυρότητά τους. Συνεπώς, απαιτείται ενδελεχής εξέταση, η οποία πάντως δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής - εμπεριέχεται δε και τεχνική κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

9/2015, 41/2015, 46/2015).

15. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι λόγοι της υπό εξέταση προσφυγής δεν παρίστανται ούτε προδήλως απαράδεκτοι ούτε προδήλως αβάσιμοι.

16. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η επίκληση βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως 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.

17. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της που απέστειλε δεν επικαλείται ορισμένως ειδικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος για την αποφυγή έστω μικρής καθυστέρησης στην πρόοδο του διαγωνισμού, αορίστως δε αναφέρεται στις συνθήκες υγιεινής των κατοίκων από την συχνή υπερχείλιση των βόθρων, λόγω κορεσμού του υπεδάφους και των επιπτώσεων στον ετήσιο προγραμματισμό της Διαχειριστικής Αρχής της Αν. Μακεδονίας - Θράκης και του κινδύνου αναστολής πληρωμών εκ μέρους της Ευρωπαϊκής Επιτροπής. Και τούτο, γιατί πέραν της γενικόλογης πιο πάνω αναφοράς, δεν επικαλείται αν και σε ποιο βαθμό θα χειροτερεύσει ο κορεσμός του υπεδάφους και σε ποιο βαθμό θα αυξηθεί ο κίνδυνος για αναστολή πληρωμών από μια ολίγων ημερών καθυστέρηση στην δημοπράτηση του έργου. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣτΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους πιο πάνω λόγους, να διαταχθεί η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής.

18. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας, αλλά και του προσωρινού αναδόχου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της οριστικής κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της πρώτης, άρα και απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης σε αυτόν, προξενείται έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους του τελευταίου και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 16/2017). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της ίδιας της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου και του δεύτερου μειοδότη, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής

Αριθμός Απόφασης A243 / 2018

προσφυγής (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α55/2018). Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή θα ακυρωθεί δια της εκδοθησόμενης Αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., καθώς σε τέτοια περίπτωση θα έχει προβεί σε αφέρωση πόρων και πιθανώς απώλεια επιχειρηματικών ευκαιριών προς τον σκοπό και με την εύλογη προσδοκία της υπό σύναψη συμβάσεώς του με την τελευταία, η οποία όμως θα ήταν εξαρχής αδύνατη εάν τελικώς γίνει δεκτή η προσφυγή, και απλώς παρέστη ως πιθανή και λίαν υλοποιήσιμη, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της αναθέτουσας που μεσολάβησαν μεταξύ των προσβαλλομένων και την έκδοση της απόφασης, ιδίως δε της σπουδής της για πρόοδο της διαδικασίας παρά το ενδεχόμενο ακυρώσεώς της σε προηγούμενο στάδιο. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 579/2018 Πράξεως του Προέδρου 2ου Κλιμακίου για την 12-6-2018, 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, στον νυν προσωρινό ανάδοχο, τον προσφεύγοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

19. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και να μην κληθεί ο προσωρινός ανάδοχος να προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και να μην χωρήσει η οριστική κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα του Αναθέτοντα Φορέα για ταχεία πρόοδο αυτής.

20. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού και δη την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού με α.α. ΕΣΗΔΗΣ 71258 για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «Κατασκευή Δικτύων Αποχέτευσης και Ε.Ε.Λ. Μάκρης του Δήμου Αλεξανδρούπολης», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 4.404.673,41€ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης-Αποχέτευσης του Δήμου Αλεξανδρούπολης και την αποχή από την οριστική κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν, μέχρις εκδόσεως Απόφασης

Αριθμός Απόφασης Α243 / 2018

από την Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση Προσφυγής, μέσα στην αποκλειστική προθεσμία του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 29-05-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ