

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ
ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων που επισυνάπτεται στο από 30-7-2018 Έγγραφο τιτλοφορούμενο ως «Ένσταση» που καταχωρίστηκε με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/748/3-8-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ΙΚΕ», νομίμως εκπροσωπούμενου

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

Με το έγγραφό του που τιτλοφορείται ως «Ένσταση» ο υποβάλλων αυτό οικονομικός φορέας ζητά να ακυρωθεί η με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη ανοικτού κάτω των ορίων διαγωνισμού για ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ-ΠΑΡΑΚΟΛΟΥΘΗΣΗ ΚΑΙ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ Η/Μ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΥΔΡΕΥΣΗΣ-ΑΡΔΕΥΣΗΣ-ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΔΗΜΟΥ ..., εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 199.900,00 ευρώ που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 17-7-2018 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... την 20-7-2018.

Με το συνημμένο στην Προσφυγή του αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται να ανασταλεί η έναρξη της διαγωνιστικής διαδικασίας και οι όροι της, έως και την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων που επισυνάπτεται στο από 30-7-2018 έγγραφο τιτλοφορούμενο ως «Ένσταση» και καθ' ερμηνεία του λαμβανόμενο υπόψη ως Προδικαστική Προσφυγή κατά διακήρυξης. Η δε Προσφυγή αφορά διαδικασία που διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ και διακηρύχθηκε ως ανάθεση γενικών υπηρεσιών, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας κάτω των ορίων και δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ την 17-7-2018. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, 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.

2. Επειδή, (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 3,6,8/2017) εκ των διατάξεων του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 προκύπτουν τα εξής. Πρώτον, εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, δεύτερον, της διατύπωσης του όρου “κατάλληλα μέτρα” όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρίτον, της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παραβάσεως και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και τέταρτον, του ότι το άρ. 366 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και το άρ. 15 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 αναφέρουν ότι τα “μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται” στην έννοια των “καταλλήλων μέτρων”, συμπεραίνεται ότι το αρμόδιο για την εξέταση της Προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων

συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιουδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής.

3. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 3 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την ακόλουθη έννοια. Το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, δεν λαμβάνει υπόψη του μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά τη συνεκτιμά ως προς τα συμφέροντα οιουδήποτε τρίτου, συμπεριλαμβανομένων εξάλλου των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων. Επομένως, όσον αφορά την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου (όπως κατ’άρ. 372 παρ. 4 εδ. ι’ Ν. 4412/2016, και άρ. 5 παρ. 5 εδ. α’ του προϋσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος (όπως κατ’άρ. 52 ΠΔ 18/1989), αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α62/2017). Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017. Και τούτο διότι το προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της προσφυγής, αποκλείει συγχρόνως και οιαδήποτε βάση χορήγησης προσωρινών μέτρων, αφού η παρακώλυση της περαιτέρω προόδου της διαδικασίας ένεκα της αναμονής εκδόσεως απορριπτικής απόφασης επί μιας εξαρχής και προδήλως απορριπτέας

προσφυγής, είναι εξ ορισμού ζημιογόνος για τα συμφέροντα των λοιπών πλην του προσφεύγοντος μερών, χωρίς όμως να παρέχει και στον τελευταίο κάποια έννομη φύσης προστασία (η οποία προϋποθέτει έστω και καταρχήν δυνατότητα τελεσφόρησης της προσφυγής του), δεδομένου ότι η διάγνωση του προδήλως απορριπτέου της προσφυγής του αποκλείει και την ύπαρξη στο πρόσωπό του αξιοπροστάτευτου δικονομικού του δικαιώματος, που τυχόν διακινδυνεύεται από την πρόοδο της διαδικασίας. Δεύτερον, πιθανολογείται η ύπαρξη μιας μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των συμφερόντων που εμπλέκονται στη διαδικασία ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένου τόσο αυτών του προσφεύγοντος, όσο και ακόμη και των έτερων μετεχόντων και ενδιαφερομένων για συμμετοχή στη διαδικασία, ανεξαρτήτως ενδιάμεσης εκ μέρους τους παρεμβάσεως. Τα δε συμφέροντα των τελευταίων ως και αυτά της αναθέτουσας δύνανται να θίγονται εκ της συνεχίσεως μιας αμφισβητούμενης νομιμότητας διαδικασίας ή από την τυχόν ακύρωση της διαδικασίας σε πιο προχωρημένο στάδιο. Τρίτον, σταθμίζεται η ως άνω συνολική ζημία που προκύπτει εκ της συνεχίσεως της διαδικασίας επί του όλου των θιγομένων συμφερόντων, με την αντίστοιχη ζημία που δύναται να προκληθεί εκ της αναστολής της διαδικασίας. Τέταρτον, εξετάζεται το δυνητικό περιεχόμενο των προσωρινών μέτρων.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής δεν ευρέθη καταβεβλημένο το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016, ως και κατά το άρ. 3.4 της Διακήρυξης, παράβολο ούτε συνημμένο στην προσφυγή ούτε υποβληθέν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ούτε περιελθόν καθ' οιονδήποτε τρόπο στην ΑΕΠΠ και την αναθέτουσα. Συνεπώς, η προσφυγή ασκήθηκε απαραδέκτως και μόνο εξ αυτού του λόγου (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 70-71/2018).

5. Επειδή (βλ. ενδ. Απόφαση ΑΕΠΠ 70/2018), περαιτέρω, κατ' άρ. 362 παρ. 1 Ν. 4412/2016, όπως ισχύει, προβλέπεται ότι «*Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ....*». Επιπλέον, κατ' άρ. 8 παρ. 3-5 ΠΔ 39/2017, που, ως ερειδόμενο στην ως άνω διάταξη του Ν. 4412/2016, ρυθμίζει εξαντλητικά

Αριθμός απόφασης: Α357/2018

και αυστηρά το ζήτημα του παραδεκτού τρόπου άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, ορίζεται ότι «3. Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. 4. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), η οποία πιστοποιείται από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Υποστήριξης του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, ή σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail). Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την παραλαβή της προσφυγής, η ΑΕΠΠ ειδοποιεί ηλεκτρονικά τον προσφεύγοντα για την παραλαβή της προσφυγής και τον αριθμό πρωτοκόλλου αυτής. 5. Μέχρι την έναρξη λειτουργίας του συστήματος κατάθεσης προσφυγών μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο, η προσφυγή κατατίθεται εγγράφως στο πρωτόκολλο της ΑΕΠΠ ή με ταχυδρομική αποστολή επί αποδείξει ή με τηλεομοιοτυπία προς την ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής λογίζεται αντίστοιχα η ημερομηνία πρωτοκόλλησης ή η ημερομηνία του αποδεικτικού ταχυδρομικής αποστολής ή της αποστολής με τηλεομοιοτυπία.». Δηλαδή, κατά τα παραπάνω, ο μόνος προβλεπόμενος καταρχήν τρόπος άσκησης της προδικαστικής προσφυγής είναι η ηλεκτρονική κατάθεση και συγκεκριμένα η υποβολή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, αποκλειστικά δε κατ' εξαίρεση πρώτον στην περίπτωση τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, και δη μόνο αν αυτή πιστοποιείται από την οικεία Διεύθυνση του Υπουργείου Οικονομίας, δεύτερον στην περίπτωση που ο διαγωνισμός δεν διενεργείται δια ΕΣΗΔΗΣ, οπότε και η προσφυγή ασκείται και πάλι ηλεκτρονικά, αλλά αυτή τη φορά με αποστολή της δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Φυσική δε κατάθεση, ήτοι κατάθεση έντυπης προσφυγής στην υπηρεσία αποκλείεται σε κάθε περίπτωση, καθώς η μόνη τέτοια περίπτωση, δηλαδή αυτή της παραπάνω παρ. 5,

είχε περιορισμένη χρονική ισχύ για το όλως σύντομο και ολιγοήμερο χρονικό διάστημα που η ΑΕΠΠ δεν διέθετε διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, κατά την έναρξη λειτουργίας της και εκ μέρους της παραλαβής προσφυγών, τον Ιούνιο-Ιούλιο 2017, περίπτωση η οποία πλέον δεν συντρέχει. Εξάλλου, ακόμη και σε αυτή τη λήξασα πλέον περίπτωση, η προσφυγή ασκείτο ενώπιον της ΑΕΠΠ με φυσική κατάθεση στη δική της υπηρεσία ή ταχυδρομική αποστολή προς την τελευταία και όχι με κατάθεση στο πρωτόκολλο και την εν γένει υπηρεσία της αναθέτουσας, η οποία ουδέποτε υπήρξε προβλεπόμενος τρόπος άσκησης της προσφυγής. Ούτως, κάθε άλλος τρόπος κατάθεσης της προσφυγής πέραν της ηλεκτρονικής κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού αποκλείεται (πλην των δύο όλως ειδικών περιπτώσεων του άρ. 8 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, όπου και πάλι απαιτείται ηλεκτρονική άσκηση και δη ενώπιον της ΑΕΠΠ δια αποστελλόμενου από τον προσφεύγοντα προς αυτήν μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, οι οποίες περιπτώσεις δεν συντρέχουν εν προκειμένω) και αν η προσφυγή δεν ασκηθεί δια του ως άνω προβλεπόμενου κατ' άρ. 8 παρ. 1 ΠΔ 39/2017 (ή κατ' άρ. 8 παρ. 2 στις όλως συγκεκριμένες, μη συντρέχουσες εν προκειμένω, δύο περιστάσεις, αυτό προβλέπει) τρόπου, σε κάθε δε περίπτωση αν ασκηθεί φυσικώς, είτε ενώπιον της ΑΕΠΠ είτε, πολύ περισσότερο με κατάθεση ενώπιον της αναθέτουσας, η άσκησή της είναι εξαρχής και άνευ ετέρου απαράδεκτη. Τα ως άνω περί της μέσω ΕΣΗΔΗΣ υποβολής ως αποκλειστικού τρόπου κατάθεσης αναφέρονται και στο άρ. 3.4 της Διακήρυξης. Όμως, η ως άνω, καθ' ερμηνεία του δικογράφου λαμβανόμενη υπόψη ως Προδικαστική Προσφυγή, κατατέθηκε σε φυσική, δηλαδή έντυπη μορφή στην υπηρεσία της αναθέτουσας (Δήμος Νάξου) όπου και έλαβε αρ. πρωτ. 11973/30-7-2018 και όχι ηλεκτρονικά μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, ήτοι δια του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ δια του οποίου διενεργείται κατά την ως άνω σκ. 1 ο διαγωνισμός. Επομένως και για αυτόν τον αυτοτελή λόγο, επιπλέον του έτερου συντρέχοντος λόγου απαράδεκτου της σκ. 3, η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε απαράδεκτως, ασχέτως δε ότι επιπλέον δεν χρησιμοποιήθηκε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 προδιατυπωμένο έντυπο και απευθύνθηκε κατά το περιεχόμενό της προς την αναθέτουσα (πέραν του ότι κατατέθηκε και ενώπιον της).

6. Επειδή, επιπλέον και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, η Προσφυγή ασκείται απαραδέκτως και για τον πρόσθετο λόγο ότι δεδομένου εξάλλου πως δεν υποβλήθηκε ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, αλλά σε φυσική μορφή ενώπιον των υπηρεσιών της αναθέτουσας, δεν υπογράφηκε ηλεκτρονικά με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, αλλά με ιδίόχειρη υπογραφή και μάλιστα και αβεβαίωτη ως προς το γνήσιο της υπογραφής της, κατά παράβαση του άρ. 8 παρ. 3 ΥΑ 56902/215/2017 και άρ. 3.4 της Διακήρυξης (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 152/2018).

7. Επειδή, επομένως, πληρούνται οι όροι του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 και συνεπώς αποκλείεται εξαρχής η όποια περαιτέρω εξέταση περί χορήγησης προσωρινών μέτρων, περαιτέρω πρέπει να διαταχθεί η άρση της αυτοδίκαιης εκ του νόμου αναστολής σύναψης σύμβασης.

8. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των παραπάνω πρέπει να απορριφθεί η Αίτηση Αναστολής. Να διαταχθεί δε περαιτέρω κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, η άρση του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Αίτηση Αναστολής.

Διατάσει την κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 άρση του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης συμβάσεως στην προκείμενη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6-8-2018 και εκδόθηκε την 9-8-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ