

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Ιουνίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15/6/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 551/28-6-2018 της προσφεύγουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Δίου- Ολύμπου και της με αρ. 212/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Δίου- Ολύμπου, με την οποία εγκρίθηκε το από 17/5/2018 Πρακτικό αποσφράγισης δικαιολογητικών συμμετοχής & τεχνικών προσφορών του Ανοικτού Δημόσιου Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την προμήθεια με τίτλο «Προμήθεια ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού των αρδευτικών-υδρευτικών γεωτρήσεων για την Δ.Ε. Δίου» για τα έτη 2018 και 2019» (41/2017 μελέτη) κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της και έγιναν δεκτές οι προσφορές των συνδιαγωνιζόμενων εταιρειών, ήτοι «.....» και «.....» και προκρίθηκαν στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η με αρ. 212/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Δίου-Ολύμπου περί αποκλεισμού της από το διαγωνισμό και περί αποδοχής των προσφορών των έτερων συμμετεχουσών εταιρειών, ήτοι «.....» και «.....». Ταυτόχρονα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα όπως ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ο Δήμος Δίου- Ολύμπου με την υπ' αρ. 169/6274/20-04-2018 αναλυτική διακήρυξη προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την «Προμήθεια ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού των αρδευτικών-υδρευτικών γεωτρήσεων για την Δ.Ε. Δίου» για τα έτη 2018 και 2019» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (του άρθρου 117 Ν.4412/16) με σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 160.750,00 € πλέον ΦΠΑ 24%, Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων/ΚΗΜΔΗΣ λαμβάνοντας ΑΔΑΜ 18PROC002970740 καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό 56927. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 13/5/2018 και ώρα 15.00 μμ και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 17/5/2018 ώρα 09:00 π.μ. Στο διαγωνισμό αυτόν, συμμετείχε, μεταξύ των άλλων και η προσφεύγουσα, με την υποβολή φακέλου, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς και δικαιολογητικών συμμετοχής. Η ηλεκτρονική αποσφράγιση των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς κάθε συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας έλαβε χώρα την 17/5/2018. Εν συνεχεία η επιτροπή διενέργειας διαγωνισμών και αξιολόγησης του Δήμου προχώρησε στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς κάθε συμμετέχουσας εταιρίας και προέβη στην κατάρτιση του από 17/5/2018 Πρακτικού αποσφράγισης δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών δυνάμει του οποίου απερρίφθη ως μη σύμφωνη με τους όρους και τις προδιαγραφές της διακήρυξης, μεταξύ άλλων και η προσφορά της προσφεύγουσας και έγιναν αποδεκτές, οι προσφορές των οικονομικών φορέων «.....» και «.....». Το ως άνω πρακτικό

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 212/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και ακολούθως η ως άνω έγκριση αναρτήθηκε την 7/6/2018 στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

2. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της, η οποία κατετέθη την 15/6/2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και κοινοποιήθηκε στις 18/6/2018 στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 19/6/2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αρ. 212/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Δίου- Ολύμπου, κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της και έγιναν δεκτές οι προσφορές των συνδιαγωνιζόμενων εταιρειών, ήτοι «.....» και «.....» και προκρίθηκαν στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

3. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 218762875958 0813 0024, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 ποσού εννιακοσίων ενενήντα έξι ευρώ και εξήντα πέντε λεπτά (996,65 €). Το νομίμως απαιτούμενο, εντούτοις, παράβολο, το οποίο και θα πρέπει να υπολογιστεί με βάση τον προϋπολογισμό χωρίς ΦΠΑ της διακήρυξης, ήτοι με βάση το ποσό των 160.750,00€, ανέρχεται σε 803,75€ (160.750,00X 0,50%). Ήτοι, η Προσφεύγουσα κατέβαλε επί πλέον του νομίμως απαιτούμενου (996,65 – 803,75 = 192,90) 192,90 €. Συνεπώς, το επί πλέον καταβληθέν παράβολο ποσού 192,90 € πρέπει να επιστραφεί στην Προσφεύγουσα, αφού σε περίπτωση απορρίψεως της Προσφυγής της το ποσόν του παραβόλου που καταπίπτει, ανέρχεται σε 803,75€ (πρβλ ΣΤΕ ΕΑ 184/2017).

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

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

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

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

7 . Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

8. Επειδή η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα κατετέθη την 15/6/2018 στο διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), ήτοι εντός δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία έλαβε χώρα την 7/6/2018, με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, απορριπτόμενου του ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής περί εκπρόθεσμης κατάθεσης της.

9. Επειδή η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως συμμετέχουσα στον επίδικο διαγωνισμό.

10. Επειδή η Προσφεύγουσα μετά ταύτα αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

11. 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*

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

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».

12. 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 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».

13. 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).

14. 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».

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

15. 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.

16. 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.

17. Επειδή με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα , με τον πρώτο λόγο αυτής, υποστηρίζει ότι εσφαλμένα και κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας αποκλείστηκε από την επόμενη φάση του διαγωνισμού για το λόγο ότι «η εταιρίακατέθεσε ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ της εταιρίας και του κ.καθώς επίσης και ιδιωτικό συμφωνητικό με την εταιρία..... σύμφωνα με τα οποία η εταιρίαθα στηριχθεί στις ικανότητες των εν λόγω οικονομικών φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο ΤΕΥΔ πλην όμως τα εν λόγω ιδιωτικά συμφωνητικά δεν φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών όπως ορίζονταν στο άρθρο 2.4.2.5. της υπ' αριθμ. 169/6274/20-4-2018 διακήρυξης» και τούτο διότι, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της «το άρθρο 2.4.2.1 δεν εμπίπτει στις περιπτώσεις άμεσου και υποχρεωτικού αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1-2.2.3.9 της παραγράφου 2.2.3 (Λόγοι Αποκλεισμού) της Διακήρυξης, ενώ είναι προφανέστατο ακόμη και με απλή ανάγνωση τόσο του άρθρου 2.4.1 της Διακήρυξης όσο και των υπολοίπων άρθρων της και γενικά από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 και της Κατευθυντήριας Οδηγίας 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ ότι δεν προκύπτει από καμία ειδική ή γενική διάταξη ότι τα επίδικα ιδιωτικά συμφωνητικά πρέπει να φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, καθόσον όπου απαιτούνται ψηφιακές υπογραφές στα πλαίσια της υποχρεωτικής ηλεκτρονικής διαδικασίας υποβολής των προσφορών και των συνοδευτικών αυτών εγγράφων, ορίζεται ρητά και με σαφήνεια, τόσο από την επίδικη διακήρυξη όσο και από το νόμο και τις ερμηνευτικές εγκυκλίους του, ενώ η επίμαχη διάταξη είναι τουλάχιστον ασαφής [...] Σε κάθε περίπτωση τα δύο επίδικα συμφωνητικά έφεραν πρωτότυπες ιδιόγραφες υπογραφές με νόμιμες θεωρήσεις των γνησίων των υπογραφών των υπογραφότων, από αρμόδια αρχή, με συνέπεια αυτές να ταυτίζονται με τις αντίστοιχες ψηφιακές υπογραφές, οι οποίες (ψηφιακές) θεσπίστηκαν για την αντικατάσταση των φυσικών υπογραφών, παρέχοντας παράλληλα και τα εχέγγυα της γνησιότητας τους, χωρίς αυτό σε καμία περίπτωση να σημαίνει ότι τα έγγραφα που φέρουν ιδιόγραφες υπογραφές με νόμιμες θεωρήσεις των γνησίων τους τυγχάνουν απορριπτέα, εκτός αν αυτό απαιτείται ρητά από τη Διακήρυξη. Τα ανωτέρω σε συνδυασμό με το άρθρο 2.2.9.2 (Αποδεικτικά μέσα), παρ. Β.1 της Διακήρυξης [...] αίρουν και την παραμικρή αμφιβολία για το ότι τα επίδικα συμφωνητικά δεν χρειάζονταν να φέρουν ψηφιακές υπογραφές και μάλιστα επί ποινή απόρριψης της προσφοράς μας όταν ακόμη για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων ρητού αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3, γίνονται δεκτά απλά φωτοαντίγραφα ιδιωτικών εγγράφων με θεώρηση του γνησίου των υπογραφών από αρμόδια αρχή. Επιπλέον σύμφωνα α) με το άρθρο 102 παρ. 5 [...] και β) με τις παρ. 2.3.1- 2.3.3(Τα πεδία του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ είναι δεκτικά διευκρινήσεων ή και

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

συμπληρώσεων) της με αρ. πρωτ. 949/13-2-2018 ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 23, της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ[...] όφειλε η αναθέτουσα αρχή τουλάχιστον να καλέσει την εταιρεία μας για συμπληρώσεις/διευκρινήσεις των επίδικων συμφωνητικών[...]

18. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας με την επωνυμία «.....» υποστηρίζοντας ότι «στην τεχνική προσφορά που έχει καταθέσει , τα προσφερόμενα είδη που περιγράφει δεν καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές που θέτει η Διακήρυξη[...] έχει προσφέρει αντλίες κατασκευασμένες από χυτοσίδηρο όπως προκύπτει - αποδεικνύεται από την τεχνική προσφορά των προσφερόμενων ειδών της».

19. Επειδή με τον τρίτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας με την επωνυμία «.....» υποστηρίζοντας ότι «δεν κατέθεσε στον ηλεκτρονικό φάκελο της προσφοράς της τις υπεύθυνες δηλώσεις που ζητούνται από το άρθρο 2.4.3.2 που ζητούνται από το άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης»

20. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αρ. πρωτ.9826/25.6.2018 έγγραφο της σχετικά με τις απόψεις της επί της εξέτασης του αιτήματος αναστολής και προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, αναφέροντας τα κάτωθι: «Επιπλέον σχετικά με τα αναφερόμενα στην προδικαστική προσφυγή σχετικά για τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» θεωρούμε ότι καλώς αποκλείσθηκε διότι τα ιδιωτικά συμφωνητικά με τρίτους δεν φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών όπως ορίζονταν στο άρθρο 2.4.2.5. της υπ' αριθμ. 169/6274/20-4-2018 διακήρυξης. Επίσης ορθώς αναφέρεται στην προδικαστική προσφυγή ότι δεν κατατέθηκαν από τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» οι σχετικές υπεύθυνες δηλώσεις που απαιτούνταν στο άρθρο 2.4.3.2. της υπ' αριθμ. 169/6274/20-4-2018 διακήρυξης και τέλος επανεξετάζοντας την κατατεθείσα τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» προκύπτει ότι οι

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

προσφερόμενες πτερωτές και οι βαθμίδες θα είναι κατασκευασμένες από χυτοσίδηρο υψηλής μηχανικής αντοχής πράγμα το οποίο είναι κατά παράβαση των όρων του άρθρου 2.4.6. της υπ' αριθμ. 169/6274/20-4-2018 διακήρυξης.»

21. Επειδή ο κανονιστικός χαρακτήρας της διακήρυξης (ΣΤΕ ΕΑ 352/2016) δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα όσο και τους συμμετέχοντες, καθόσον η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού, οι δε μετέχοντες οφείλουν να υποβάλλουν τα αξιούμενα από τη διακήρυξη η από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχουν νομίμως στο διαγωνισμό. Όμως, η δέσμευση από το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης προϋποθέτει ρητό και σαφή όρο της διακήρυξης ή των συνημμένων σε αυτήν παραρτημάτων και εγγράφων ή παραπομπή σε έτερη διάταξη της διακήρυξης, των εγγράφων της σύμβασης ή του νόμου και όχι εκ των υστέρων και κατά την αξιολόγηση το πρώτον ερμηνεία της διακήρυξης με τρόπο ώστε να εισάγονται όροι αποκλεισμού και υποχρεώσεις των προσφερόντων, οι οποίες δεν προέκυπταν από την ίδια τη διακήρυξη. Επιπλέον, ουσιώδης όρος της διακήρυξης, η παράβαση του οποίου συνιστά λόγο αποκλεισμού, είναι αυτός ο οποίος ρητά προκύπτει ως τέτοιος από το ίδιο το κανονιστικό κείμενο αυτής και τίθεται ούτως ή ως επί ποινή αποκλεισμού ή όποιος συνέχεται αυτονόητα με το εν όλω παραδεκτό και σαφές της προσφοράς και σε κάθε περίπτωση επάγεται έννομες συνέπειες. Εξάλλου σε κάθε περίπτωση, κατά πάγια αρχή του εθνικού και Ενωσιακού Δικαίου οι όροι μιας διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται αυστηρά. Ωστόσο, η αυστηρή αυτή ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται με τη σαφήνεια της διακήρυξης, λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Τα ως άνω σημαίνουν, όπως προκύπτει δε και από παγία πρακτική της ΑΕΠΠ ότι δεν επιτρέπεται όρος τεθείς επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται διασταλτικά, δημιουργικά και διευρυντικά των υποχρεώσεων των προσφερόντων, ώστε να συνάγονται έτσι το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης νέοι λόγοι αποκλεισμού και να προκύπτουν βάσεις απόρριψης της προσφοράς τους, οι οποίες όμως ουδόλως προέκυπταν με σαφήνεια από το ίδιο το ρητό κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης.

22. Επειδή, ο όρος 2.4.2.5 της διακήρυξης προβλέπει μεταξύ άλλων ότι «2.4.2.5. Ο χρήστης - οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του Συστήματος, όπως περιγράφεται παρακάτω: Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στη διαδικασία υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείων τύπου .pdf και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής. [...] Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά είναι ενδεικτικά η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, τα πρωτότυπα έγγραφα τα οποία έχουν εκδοθεί από ιδιωτικούς φορείς και δεν φέρουν επικύρωση από δικηγόρο, καθώς και τα έγγραφα που φέρουν τη Σφραγίδα της Χάγης (Apostille). Δεν προσκομίζονται σε έντυπη μορφή στοιχεία και δικαιολογητικά τα οποία φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή, τα ΦΕΚ, τα τεχνικά φυλλάδια και όσα προβλέπεται από το ν. 4250/2014 ότι οι φορείς υποχρεούνται να αποδέχονται σε αντίγραφα των πρωτοτύπων. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά την διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν σε έντυπη μορφή και σε εύλογη προθεσμία όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά και στοιχεία που έχουν υποβάλει ηλεκτρονικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας» ενώ εξάλλου κατά τον όρο 2.4.2.1 της διακήρυξης οι προσφορές υποβάλλονται βάσει των οριζόμενων στην ΥΑ 56902/215/2017.

23. Επειδή σύμφωνα με την παραπομπή 67 παρ. 3 και 4 «Σχετικά με την κατάργηση της υποχρέωσης υποβολής πρωτοτύπων ή επικυρωμένων αντιγράφων εγγράφων σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων διευκρινίζονται τα εξής: [...] 3. Απλά αντίγραφα ιδιωτικών εγγράφων: Γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά ευκρινή φωτοαντίγραφα από αντίγραφα ιδιωτικών εγγράφων τα οποία έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 36 παρ. 2 β) του Κώδικα Δικηγόρων (Ν 4194/2013), καθώς και ευκρινή φωτοαντίγραφα από τα πρωτότυπα όσων ιδιωτικών εγγράφων φέρουν θεώρηση από υπηρεσίες και φορείς της περίπτωσης α' της παρ. 2 του άρθρου 1 του νόμου 4250/2014. 4. Πρωτότυπα έγγραφα και επικυρωμένα αντίγραφα Γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά και πρωτότυπα ή νομίμως επικυρωμένα αντίγραφα των δικαιολογητικών εγγράφων, εφόσον υποβληθούν από τους διαγωνιζόμενους.»

24. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω, τα έγγραφα που υποβάλλονται μετά της προσφοράς και έχουν παραχθεί από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

πρέπει να φέρουν ψηφιακή υπογραφή, ανεξαρτήτως αν υποβάλλονται και σε τυχόν πρωτότυπη φυσική μορφή, καθώς για τα ψηφιακώς υπογεγραμμένα έγγραφα, ήτοι τα συνταχθέντα εκ του ίδιου του οικονομικού φορέα, δεν απαιτείται τέτοια προσκόμιση και αν λάβει χώρα, λαμβάνει χώρα εκ περισσού.

25. Επειδή περαιτέρω, κατά τον ως άνω 2.4.2.5 όρο της διακήρυξης η ως άνω υποχρέωση ψηφιακής υπογραφής υφίσταται για έγγραφα που παράγονται από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα ως απαιτούμενα δικαιολογητικά για τη συμμετοχή στη διαδικασία, όπως υπεύθυνες δηλώσεις, αιτήσεις συμμετοχής, έντυπο τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς, ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, δηλαδή για έγγραφα που συντάσσονται με μόνη την ενέργεια και ως έκφραση βούλησης και δήλωσης αποκλειστικά του ίδιου και όχι για όποια έγγραφα υπογράφονται από αυτόν από κοινού με άλλες επιχειρήσεις, φυσικά ή νομικά πρόσωπα, όπως ιδιωτικά συμφωνητικά, τα οποία απλώς υποβάλλονται ως τμήμα των περισσότερων εγγράφων που, στο πλαίσιο της τεχνικής προσφοράς στοιχειοθετούν τους εν γένει αναγκαίους πόρους, τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και εξοπλισμό διαθέτει ο οικονομικός φορέας (ΑΕΠΠ 389,390/2018). Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πιθανολογείται σοβαρά ως βάσιμος

26. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της δεν επικαλείται λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος που να καθιστούν τις πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων περισσότερες από τα οφέλη.

27. Επειδή εν προκειμένω α) έχει ασκηθεί παραδεκτώς η υπό εξέταση προσφυγή, β) η ύπαρξη βλάβης της προσφεύγουσας ως στοιχείο του παραδεκτού του αιτήματος αναστολής του διαγωνισμού θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της από την ιδιότητά της ως προτιθέμενης να συμμετάσχει πλην όμως αποκλειόμενης λόγω των όρων της διακήρυξης, γ) οι λόγοι της προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι ή απαράδεκτοι, και δ) δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της, δηλ. σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση δε, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκομένων

Αριθμός Απόφασης :Α 293/2018

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

28. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27 Ιουνίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ειρήνη Τσιμπούκη