

**Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Γερασιμούλα- Μαρία Δρακονταειδή, Πρόεδρος- Εισηγήτρια, Μαργαρίτα Κανάβα και Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 04-11-2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1358/05-11-2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αριθμ. ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 175/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας στο Τμήμα 3 του διαγωνισμού.

Με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το προσβαλλόμενο σκέλος και να γίνει δεκτή η συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία ώστε να αξιολογηθεί η τεχνική προσφορά της.

Στην ως άνω προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων με το οποίο ειδικότερα αιτείται την αναστολή εκτέλεσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η αναθέτουσα αρχή στην κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού και στην υπογραφή της σύμβασης, άλλως τη λήψη κάθε πρόσφορου μέτρου που

## **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

θα διασφαλίζει τη νομιμότητα της διαδικασίας χωρίς να προκαλείται ανεπανόρθωτη βλάβη στην προσφεύγουσα σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Γερασιμούλα-

Μαρία Δρακονταειδή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., την από 04.11.2019 πληρωμή στην Εθνική Τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογισθείσας αξίας του τμήματος 3 της συμβάσεως στο πλαίσιο της οποίας ασκείται η παρούσα προσφυγή χωρίς Φ.Π.Α. (27.000,00 Ευρώ) και αποτελεί το κατώτερο ποσό νομίμου παραβόλου.

2. Επειδή, με την με την υπ. αριθμ. πρωτ. .../...2019 διακήρυξη προκηρύχθηκε δημόσιος διεθνής ανοικτός διαγωνισμός για την «*Προμήθεια Μηχανημάτων Έργου, Οχημάτων και Συνοδευτικού Εξοπλισμού*», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 111.516,13 ευρώ άνευ ΦΠΑ (24%). Ο διαγωνισμός χωρίζεται σε τρία τμήματα και κριτήριο ανάθεσης αυτού είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης. Το τμήμα 3 του διαγωνισμού, στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, αφορά στην προμήθεια κλαδοθριμματιστικής μονάδας σε τρέιλερ ισχύος κινητήρα 25 ίππων και άνω με καύσιμο πετρέλαιο.

3. Επειδή, περίληψη της παρούσας διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 19-08-2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων

### **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στις 22-08-2019 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ. ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος ...για το τμήμα 3 του διαγωνισμού.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 04-11-2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 23-10-2019. Σημειώνεται ότι εν προκειμένω η δεκαήμερη καταληκτική προθεσμία άσκησης της προσφυγής, η οποία άρχεται από την επομένη της ασκήσεως αυτής, συνέπιπτε με ημέρα Σάββατο (02-11-2019), ήτοι κατά νόμον εξαιρετέα ημέρα, νομίμως, επομένως, η προσφυγή ασκήθηκε κατά την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα. β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλλε προσφορά με αριθμ. συστήματος ...θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

7.Επειδή, στις 07-11-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στην έτερη συμμετέχουσα στη διαγωνιστική διαδικασία, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

## **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

8.Επειδή, με την υπ' αριθμ. 1715/2019 Πράξη της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμ. Πρωτ. 17649/2019 απόψεις της επί του αιτήματος της προσφεύγουσας για τη λήψη προσωρινών μέτρων με τις οποίες ισχυρίζεται ότι εμμένει σε ό,τι κρίθηκε με την προσβαλλόμενη και το Πρακτικό που αυτή ενσωματώνει.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία και ειδικότερα στο Τμήμα 3 στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η παρούσα προσφυγή συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα, η εταιρεία ...ΑΒΕΕΕ και η εταιρεία .....ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το με αριθμ. 16321/2019 πρακτικό σύμφωνα με το οποίο η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε με την κάτωθι αιτιολογία: «[...]5. Υπεύθυνη δήλωση ΜΗ ΨΗΦΙΑΚΑ ΥΠΟΓΕΓΡΑΜΜΕΝΗ της ..., νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας ...-ΑΝΩΝΥΜΗ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...δηλώνει ότι: α) αποδέχεται την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας σε περίπτωση κατακύρωσης της προμήθειας στον διαγωνιζόμενο. β) θα καλύψει τον Δήμο με ανταλλακτικά τουλάχιστον για 10 έτη, ακόμη και απευθείας αν αυτό κριθεί σκόπιμο. γ) θα καλύψει τον Δήμο με την προσφερόμενη εγγύηση ακόμη και απευθείας αν αυτό απαιτηθεί. Σύμφωνα με το άρθρο 8 : Επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων της Απόφαση Υπ. Οικονομίας & Ανάπτυξης 56902/215/19.05.2017 (ΦΕΚ 1924/02.06.2017 τεύχος Β') στην παράγραφο 3 αναφέρεται: 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

## **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

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/ΕΚ (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της παρούσας. Ως εκ τούτου, η παραπάνω υπεύθυνη δήλωση δε γίνεται αποδεκτή. Δεδομένου ότι ζητείται επί ποινή δεν πληρούνται οι όροι και προδιαγραφές της εν λόγω διακήρυξης οπότε και η εταιρεία ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ως υποψήφιος ανάδοχος απορρίπτεται[...].

12. Επειδή, με την προσβαλλόμενη απόφαση η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε: «[...]Την απόρριψη της προσφοράς για το τμήμα 3: Προμήθεια κλαδοθριμματιστικής μονάδας σε τρέϊλερ, ισχύος κινητήρα 25HP και άνω, με καύσιμο πετρέλαιο (diesel) των εταιρειών: 1.1 ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΦΜ: 093314039 για τους λόγους που αναφέρονται παραπάνω 1.2 ... ΑΒΕΕΕ, ΑΦΜ: 095368953 για τους λόγους που αναφέρονται παραπάνω 2. την αποδοχή των προσφορών: [...]2.2 Για το τμήμα 3: Προμήθεια κλαδοθριμματιστικής μονάδας σε τρέϊλερ, ισχύος κινητήρα 25HP και άνω, με καύσιμο πετρέλαιο (diesel) της εταιρείας ...ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ, με ΑΦΜ: 800487239 και τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας δεδομένου ότι οι προσφορές τους είναι σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης. [...]Κατά της εν λόγω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.4 της παρούσας.»

13. Επειδή, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα η ανωτέρω επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή διάταξη του άρθρου 8 της Απόφασης Υπ. Οικονομίας & Ανάπτυξης 56902/215/19.05.2017 (ΦΕΚ 1924/02.06.2017 τεύχος Β') αφορά μόνο τα έγγραφα που έχουν συνταχθεί από τον ίδιο τον φορέα που τα υποβάλλει και όχι από τρίτους, όπως στη συγκεκριμένη περίπτωση. Εξάλλου από το άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προκύπτει ότι ως δικαιολογητικό της τεχνικής προσφοράς ζητείται υπεύθυνη δήλωση είτε του νομίμου εκπροσώπου του κατασκευαστή του ζητούμενου είδους είτε του αντιπροσώπου του στην Ελλάδα με συγκεκριμένο περιεχόμενο, χωρίς να ζητείται να είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη. Άλλωστε

### **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

η υπογράφουσα τη δήλωση εταιρεία δεν είναι τρίτη στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται η προσφεύγουσα αλλά η δήλωσή της προσκομίστηκε σαν δικαιολογητικό τεχνικής προσφοράς. Σε κάθε περίπτωση, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, αφού η ανωτέρω υποχρέωση δεν προβλεπόταν ρητά από τη διακήρυξη αλλά προκύπτει από ερμηνεία των σχετικών διατάξεων θα έπρεπε να κληθεί σε παροχή διευκρινήσεων.

14. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

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

16. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

## **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

17. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C- 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C- 243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C- 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C -19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C- 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C- 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C- 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C- 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C- 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

18. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣτΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν

## **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

19. Επειδή οι αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν να καθορίζονται σαφώς στην διακήρυξη οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό καθώς και τα κριτήρια ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης (βλ. ΕΣ 133/2008, Πράξη, Τμ. VI) με στόχο την επίτευξη πλήρους διαφάνειας και προστασίας του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2263/2011, 2016/2010, Τμ. VI).

20. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης.

21. Επειδή δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣτΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣτΕ 4720/2012).

22. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε



### **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

23. Επειδή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ' , Σάκκουλας, σε λ. 776).

24. Επειδή, ωστόσο, καθίσταται σαφές ότι η πλημμέλεια που αναφέρεται ανωτέρω, θα πρέπει να δημιουργεί αντικειμενικώς αμφισημία σε συγκεκριμένο όρο ή προδιαγραφή άλλως θα πρέπει να είναι ικανή να δημιουργήσει στον επαρκώς ενημερωμένο υποψήφιο δικαιολογημένη αμφιβολία ως προς την ορθή διαμόρφωση της προσφοράς του, κατά τρόπο που να καθίσταται επιβεβλημένη η επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και η συνεπεία αυτής υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τον υποψήφιο ανάδοχο δυνάμει του άρθρου 102 παρ. 5 για διευκρίνιση ή συμπλήρωση της προσφοράς του.

25. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2 «Τεχνική Προσφορά» της διακήρυξης: *«[...] Συγκεκριμένα ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς για κάθε Τμήμα που συμμετέχει ο υποψήφιος ανάδοχος, επί ποινή αποκλεισμού, περιλαμβάνει [...] Υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του εργοστασίου κατασκευής ή του επίσημου αντιπροσώπου στην Ελλάδα στο οποίο θα κατασκευαστούν τα υλικά (για την περίπτωση που μέρος του υπό προμήθεια υλικού θα κατασκευαστεί από τον διαγωνιζόμενο, η υπεύθυνη δήλωση αφορά το υπόλοιπο π.χ πλαίσιο, υπερκατασκευή κλπ), στην οποία θα δηλώνει ότι: (α) αποδέχεται την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας σε*

## **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

περίπτωση κατακύρωσης της προμήθειας στον διαγωνιζόμενο (β) θα καλύψει τον Δήμο με ανταλλακτικά για τουλάχιστον 10 έτη (γ) θα καλύψει τον Δήμο με την προσφερόμενη εγγύηση ακόμα και απευθείας αν χρειαστεί[...].».

26. 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»

27. 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

### **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

*αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».*

28. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

29. 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).

30. 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».*

31. 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: Α 519 / 2019**

32. 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.

33. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, 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. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

34. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 3.1.2 «Αξιολόγηση προσφορών» της διακήρυξης: *«[...]τα αποτελέσματα των εν λόγω σταδίων (δικαιολογητικά συμμετοχής & τεχνικής προσφοράς) επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής[...]κατά της απόφασης αυτής χωρεί*

### **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

*προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.4. της παρούσας[...]τα αποτελέσματα του εν λόγω σταδίου (οικονομική προσφορά) επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής[...]κατά της απόφασης αυτής χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.4. της παρούσας[...]». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 3.2. «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου» της διακήρυξης: «μετά την αξιολόγηση των προσφορών η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση «προσωρινό ανάδοχο» και τον καλεί να υποβάλλει εντός προθεσμίας 10 ημερών σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν.4412/2016[...]τα αποδεικτικά έγγραφα[...]».*

35. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι κατά τον χρόνο που ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 04-11-2019 η αναθέτουσα αρχή είχε ήδη εκδώσει την με αριθμ. 182/2019 απόφαση της περί έγκρισης του πρακτικού αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινών αναδόχων με την οποία έγινε δεκτή οικονομική προσφορά της εταιρείας ...ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ στο τμήμα 3 του διαγωνισμού καθώς και η ανάδειξή της ως προσωρινού αναδόχου, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα. Η εν λόγω απόφαση κοινοποιήθηκε μέσω της επικοινωνίας στο ΕΣΗΔΗΣ στους συμμετέχοντες, μεταξύ των οποίων και στην προσφεύγουσα στις 30-10-2019. Κατόπιν τούτου, κατά την ίδια ως άνω ημερομηνία (30-10-2019) η αναθέτουσα αρχή προσκάλεσε την αναδειχθείσα ως προσωρινό ανάδοχο εταιρεία να υποβάλλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία αυτή υπέβαλλε μέσω, επίσης, της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στο ΕΣΗΔΗΣ στις 05-11-2019, ήτοι κατά την ημερομηνία που η υπό κρίση προσφυγή ανατέθηκε στο 6<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ. Συνεπώς, ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου ήδη έχουν προσκομιστεί τα δικαιολογητικά κατακύρωσης επί τω τέλει της οριστικής κατακύρωσης και υπογραφής της υπόψη σύμβασης. Κατ' ακολουθίαν, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και

### **Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας, αφού δεν υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής κατά τα προαναφερόμενα, οι οποίες και θα αιτιολογούσαν τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Περαιτέρω, τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως απορριφθείσα την προσφορά της προσφεύγουσας θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής. Συνεπώς, ουδόλως προκύπτει ζημία (πρβλ ΣΤΕ ΕΑ 86/2018) της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι δεν υφίσταται κατά τα προρρηθέντα μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 86/2018, ΣΤΕ ΟΛ 12-15/2018, πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ ΟΛ 146-148/2016, ΔΕφΑΘ 26/2019) και την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού αβασίμως η προσφεύγουσα επικαλείται βλάβη δυνάμενη να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού και τον ορισμό προσωρινών μέτρων δοθέντος ότι, κατά το παρόν στάδιο, κωλύεται, σε κάθε περίπτωση, η υπογραφή της σύμβασης .

36. Επειδή, κι εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο επόμενο και τελικό στάδιο, έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων και ανακηρυχθεί ο μειοδότης, δεν δύναται δε να υπογραφεί η σύμβαση, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και, σε κάθε περίπτωση, θα ήταν άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ως προελέχθη ανωτέρω. Συνεπώς, είναι απορριπτέο το αίτημα της προσφεύγουσας να μην συναφθεί σύμβαση μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, επειδή ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι είναι δυνατόν κατά τον νόμο να συναφθεί δημόσια σύμβαση πριν εκδοθεί απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής. Ως εκ τούτου, η εξέταση του αιτήματος αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας καθίσταται άνευ αντικειμένου.

**Αριθμός απόφασης: Α 519 / 2019**

37. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 περί χορήγησης προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Γερασιμούλα-Μαρία Α. Δρακονταειδή**

**Βικτωρία Πισμίρη**