

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 08 Μαρτίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αρ. 245/28-02-2018 Πράξη του ίδιου, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, μέλος και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στην από 26-02-2018 με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 195/26-02-2018 Προδικαστική Προσφυγή του ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «..... Α.Ε. –» που εδρεύει στο Ν. Θεσσαλονίκης, οδός (εφεξής προσφεύγων) για την με αριθμό 22/2017(ΑΡΙΘ. ΕΣΗΔΗΣ: 47327) διακήρυξη Διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού του ΔΗΜΟΥ ΚΑΒΑΛΑΣ για την προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής για τις ανάγκες της ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΣΥΜΠΡΑΞΗΣ ΠΕ ΚΑΒΑΛΑΣ – ΘΑΣΟΥ, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 258.949,11 ΕΥΡΩ, χωρίς ΦΠΑ και 299.701,98 ΕΥΡΩ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13% Η 24% ανάλογα με τα υπό προμήθεια είδη με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) ανά τμήμα (Ομάδα) (εφεξής διαγωνισμός) και κατά της υπ' αριθ. 38/ συν. 5η/14-2-2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καβάλας, του εγκριθέντος μ' αυτήν πρακτικού της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης κατά το μέρος που κρίθηκαν νόμιμα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισαν οι οικονομικοί φορείς «.....» και «.....» για την οριστική κατακύρωση υπέρ αυτών του

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

αποτελέσματος του προκείμενου διαγωνισμού, ως προς τα τμήματα του διαγωνισμού 1 και 5 αντίστοιχα (εφεξής προσβαλλόμενη πράξη), προσφυγή κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ και χρεωθείσα στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 26.02.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣΚΑΒΑΛΑΣ» που εδρεύει στην Καβάλα και επί της οδού Κύπρου αρ. 10, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Δήμος» ή Αναθέτουσα Αρχή ή ΑΑ) και

της παρεμβαίνουσας, οικονομικού φορέα με την επωνυμία, που κατοικοεδρεύει στην Σκάλα Ν. Λακωνίας ΤΚ. 23051, 2735400425, 6946-819468 (εφεξής παρεμβαίνουσα).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης, διότι, όπως ισχυρίζεται α) ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....» στον οποίο κατακυρώθηκε το τμήμα 1 του διαγωνισμού, 1) κατέθεσε απλό αντίγραφο του ζητούμενου με την παρ. 2.2.7.2 υποπαρ. Β.3 (σελ. 27) της διακήρυξης πιστοποιητικού του Φορέα Πιστοποίησης «.....» περί συμμόρφωσής της προς τις απαιτήσεις του προτύπου ISO 22000:2005 στο πεδίο «*Επεξεργασία και συσκευασία οσπρίων, ρυζιού, πλιγουριού και αποφλοιωμένου σιταριού. Εμπορία, αποθήκευση, μεταφορά και διανομή τροφίμων (Logistics)*», το οποίο όμως, παρότι αποτελεί αντίγραφο ιδιωτικού εγγράφου, δεν είναι επικυρωμένο από δικηγόρο, δεν φέρει θεώρηση από δημόσια αρχή, αλλά ούτε και αποτελεί αντίγραφο ήδη επικυρωμένου κατά τον πιο πάνω τρόπο αντιγράφου, όπως ορίζεται ρητά με τους πιο πάνω όρους των παρ. 2.2.7.2 υποπαρ. Β.5 (σελ. 29) και 3.2 (σελ. 40) της διακήρυξης για τα ιδιωτικά έγγραφα, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 1 του Ν. 4250/2014, 2) δεν έχει υποβάλει το ζητούμενο κατά τα ανωτέρω πιστοποιητικό ISO για την επιχείρηση που παράγει και συσκευάζει το είδος «Γάλα Εβαπορέ» του Τμήματος 1, καθώς η ίδια πραγματοποιεί

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

επεξεργασία και συσκευασία μόνο οσπρίων, ρυζιού, πλιγουριού και αποφλοιωμένου σιταριού, και επομένως προμηθεύεται το εν λόγω προϊόν από άλλη μονάδα παραγωγής, κατά παράβαση των διατάξεων της παρ. 3.2 (σελ. 40) της διακήρυξης, στην οποία ορίζεται ρητά ότι ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει όλα ανεξαιρέτως τα δικαιολογητικά της παραγράφου 2.2.7.2. προς απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 και 2.2.5 αυτής, σε συνδυασμό με αυτές της υποπαρ. Β.3 της παρ. 2.2.7.2 (σελ. 27) στην οποία ορίζεται ότι *«Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν παράγει, συσκευάζει ή αποθηκεύει ο ίδιος το υπό προμήθεια είδος θα πρέπει να υποβάλει το Πιστοποιητικό ISO 22000:2005 ή ισοδύναμο για τη διαχείριση της ασφάλειας των τροφίμων, διαπιστευμένο από το Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης (Ε.ΣΥ.Δ.) ή άλλο αντίστοιχο φορέα, η επιχείρηση από την οποία προμηθεύεται τα διακινούμενα είδη», β) ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....» στον οποίο κατακυρώθηκε το τμήμα 5 του διαγωνισμού, 1) έχει υποβάλει ως δικαιολογητικά κατακύρωσης τρεις (3) υπεύθυνες δηλώσεις, υπό ημερομηνία 20-1-2018, με τις οποίες, και σύμφωνα με τα ζητούμενα από τη διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού, δηλώνονται α) οι ασφαλιστικοί οργανισμοί στους οποίους η επιχείρηση οφείλει να καταβάλει εισφορές, β) ότι δεν έχει εκδοθεί εις βάρος της απόφαση αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν. 4412/2016 και γ) ότι δεν συντρέχουν ως προς αυτήν οι οριζόμενοι στην παρ. 2.2.3.3. της διακήρυξης λόγοι αποκλεισμού, οι οποίες, ωστόσο, κατά παράβαση των διατάξεων της διακήρυξης και του νόμου δεν φέρουν ψηφιακή (άλλως, προηγμένη/εγκεκριμένη ηλεκτρονική) υπογραφή, και επομένως δεν είναι δυνατός ο έλεγχος της γνησιότητας και αυθεντικότητάς τους, έτι περαιτέρω ζητεί να ανασταλεί περαιτέρω η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδίως η αναστολή συνάψεως και υπογραφής της σύμβασης με τους καθ'ων η προσφυγή της μειοδότες μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επ' αυτής,*

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

οπωσδήποτε δε, να επιβεβαιωθεί με τη σχετική απόφαση της Αρχής το κατά το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 κώλυμα υπογραφής της σύμβασης κατόπιν ασκήσεως της παρούσας προσφυγής, επικαλούμενη προφανή βλάβη της, σε περίπτωση κατά την οποία ολοκληρωθεί παρά ταύτα η διαδικασία του διαγωνισμού και υπογραφούν συμβάσεις, πριν αποφανθεί η ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, καθόσον τούτο θα οδηγούσε σε ματαίωση της από αυτήν αιτούμενης έννομης προστασίας.

Με την κατατεθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού παρέμβασή του από 01-03-2018 ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και την διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που αφορά την απόρριψη της προσφοράς της, αφενός επικαλούμενη πλημμέλειες στην τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, που όμως ανεπιδικάως εγείρονται στο στάδιο που ευρίσκεται ήδη ο διαγωνισμός, επομένως απαραδέκτως προβάλλονται και αν ακόμη είχαν σκοπό να πλήξουν το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στην άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής και αφετέρου διότι α) τις επίμαχες υπεύθυνες δηλώσεις όφειλε να τις υποβάλει με θεώρηση γνησίου υπογραφής, σύμφωνα με την παραπομπή της σελ. 26 της διακήρυξης, β) η αναθέτουσα αρχή δεν της ζήτησε υποβολή ελλειπουσών υπευθύνων δηλώσεων και γ) υπήρχαν άλλες υπεύθυνες δηλώσεις στην προσφορά της, από τις οποίες θα μπορούσε κανείς να διαπιστώσει ότι οι επίμαχες συνδέονται πράγματι με την υπογράφουσα παρεμβαίνουσα και να καθορίσει ηλεκτρονικά την ταυτότητά της, ώστε να ισοδυναμεί με ιδιόχειρη υπογραφή, αλλά και να ελεγχθεί εάν βασίζονται σε αναγνωρισμένο πιστοποιητικό ψηφιακής υπογραφής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά το εξής

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχουν προσκομιστεί τα ηλεκτρονικά παράβολα υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικούς 192273581958 0424 0072 ποσού 478,54 Ευρώ το πρώτο και 192479534958 0427 0090 ποσού 121,50 Ευρώ το δεύτερο, ήτοι συνολικού ποσού 600,04 Ευρώ, που εκτός των τεσσάρων λεπτών του Ευρώ που κατεβλήθησαν αχρεώστητα, αντιστοιχεί στο ελάχιστο προβλεπόμενο ποσό παραβόλου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64), δεδομένου ότι το προβλεπόμενο ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης των τμημάτων του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται συνολικά στο ποσό των 95.707,51 (= 31.257,67 + 64.449,84) ευρώ μη συμπ/νου ΦΠΑ, δεν υπερβαίνει τα 600,00 €, τα οποία πληρώθηκαν εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα με τους πιο πάνω κωδικούς e-παράβολα αυτόματης δέσμευσης, των οποίων 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 την 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.

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας αποστολής της για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, την 16-10-2017, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016 και με συνολική εκτιμώμενη αξία 258.949,11 Ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και συνεπώς κατά τις οικείες διατάξεις του

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 υπάγεται στην δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της (κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

4. 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, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. (Α/Α: 43727) την 16-02-2018 και ο προσφεύγων άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή με κατάθεσή της στον ίδιο ηλεκτρονικό τόπο, την 26-02-2018, ήτοι επομένως εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ.

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 ο Προσφεύγων ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο κατακύρωσε 2 Τμήματα του διαγωνισμού σε έτερους οικονομικούς φορείς, ενώ θα έπρεπε να απορρίψει την προσφορά τους, επομένως ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, εφόσον η προσφορά του έχει ήδη γίνει αποδεκτή και μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών είναι ο αμέσως επόμενος στην σειρά κατάταξης μετά τους προσωρινούς αναδόχους, ώστε σε περίπτωση απόρριψης της προσφοράς των άλλων οικονομικών φορέων, θα αποτελέσει τον οικονομικό φορέα, στον οποίο θα κατακυρωθούν τα 2 τμήματα του διαγωνισμού, στα πλαίσια των οποίων ασκεί την υπό εξέταση προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

6. Επειδή στο άρθρο 3.2 της διακήρυξης περί δικαιολογητικών κατακύρωσης προβλέπεται ότι: *«Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α΄ 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.7.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής των παραγράφων 2.2.4 και 2.2.5 αυτής. Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf και προσκομίζονται υποχρεωτικά από αυτόν στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους. Όταν υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ψηφιακή υπογραφή. Τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014 (βλ. και ανωτέρω υπό 2.2.7.2. περ. Β.5) είναι, ενδεικτικά, 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 ψηφιακή υπογραφή, τα ΦΕΚ, και όσα προβλέπεται από το ν. 4250/2014 ότι οι φορείς υποχρεούνται να αποδέχονται σε αντίγραφα των πρωτοτύπων.»* Από την πιο πάνω διάταξη της διακήρυξης που επικαλείται ο προσφεύγων, εικάζεται ότι σύμφωνα με τα έγγραφα της σύμβασης, στον υπό κρίση διαγωνισμό προβλεπόταν πως ο οικονομικός φορέας που θα ανακηρυσσόταν όφειλε να υποβάλει τα έγγραφα που υπογράφει ο ίδιος με ψηφιακή υπογραφή. Έχει, δε, κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

182/2017, 139/2018) ότι, κατά το άρθρο 2 του ΠΔ 150/2001 (Α' 125) περί προσαρμογής της εθνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της οδηγίας 99/93/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με το κοινοτικό πλαίσιο για ηλεκτρονικές υπογραφές (ΕΕ L 13), ένα ηλεκτρονικό έγγραφο φέρει ψηφιακή υπογραφή, είτε σχηματίζεται πάνω στο έγγραφο απεικόνιση αυτής με το όνομά του και κωδικοποιημένα τα στοιχεία του φορέα που του έχει χορηγήσει το πιστοποιητικό και του χρόνου υπογραφής είτε όχι, εφόσον, όταν ανοίγει το ηλεκτρονικό έγγραφο στην οθόνη ενός ηλεκτρονικού μέσου, ανοίγει και η δυνατότητα, μέσω της διαλειτουργικότητας είτε της ορατής απεικόνισης της ψηφιακής υπογραφής (του σχηματισμού αυτής) επί του εγγράφου είτε του ίδιου του ψηφιακά υπογεγραμμένου εγγράφου, οιοσδήποτε να προβεί στον έλεγχο της επαλήθευσης της υπογραφής, κατά τις οδηγίες της ΑΠΕΔ, ήτοι να διερευνήσει τις «ιδιότητες υπογραφής», το όνομα και τα στοιχεία του «υπογράφοντος», αν το έγγραφο φέρει ενσωματωμένη χρονική σήμανση από αναγνωρισμένο πάροχο υπηρεσιών ασφαλούς χρονοσήμανσης, αν το ψηφιακό πιστοποιητικό είναι σκληρής αποθήκευσης, μέχρι τότε ισχύει και αν το έγγραφο έχει τροποποιηθεί από την θέση της ψηφιακής υπογραφής και μετά.

7. Επειδή, κατόπιν απλής επισκόπησης των υπευθύνων δηλώσεων του οικονομικού φορέα που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, διαπιστώνουμε ότι μολονότι αυτές φέρουν έντυπη απεικόνιση ψηφιακής υπογραφής (του σχηματισμού αυτής) της υπογράφουσας, κατά το πάτημα «κλικ» όμως επ' αυτής αυτή δεν έχει καμία διαλειτουργικότητα, ούτε και το ίδιο το έγγραφο, όπως αν ήταν ηλεκτρονικό, ψηφιακά υπογεγραμμένο, επομένως δεν μπορεί κανείς να προβεί στον έλεγχο της επαλήθευσης της υπογραφής, κατά τις οδηγίες της ΑΠΕΔ κατά τα άνω.

8. Επειδή για τις αντιρρήσεις που με την παρέμβασή της προβάλλει η παρεμβαίνουσα, ιδίως για τον ισχυρισμό ότι η αναθέτουσα αρχή δεν την κάλεσε

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

να συμπληρώσει την τυχόν έλλειψη στις υπεύθυνες δηλώσεις που αρχικά υπέβαλε και αυτές που προβάλλει η αναθέτουσα, ιδίως για τον ισχυρισμό ότι η μη εμφάνιση ψηφιακής υπογραφής στο ηλεκτρονικό αρχείο αποδόθηκε στην απορρόφηση αυτής από την συνένωση των πολλαπλών pdf και όχι στην έλλειψή της, αλλά σε κάθε περίπτωση και για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντα σχετικά με τον υπό εξέταση λόγο της προσφυγής του, αλλά και για τους λοιπούς στην υπό εξέταση προσφυγή νομικούς και πραγματικούς ισχυρισμούς του, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων από αρμόδιες Αρχές και Φορείς, που στο χρονικό πλαίσιο εξέτασης του αιτήματος των προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος δεν μπορεί να λάβει χώρα.

9. Επειδή, μετά ταύτα, ο Προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης και την λήψη του μέτρου της αναστολής υπογραφής της υπό ανάθεση σύμβασης, δοθέντος ότι τυχόν μη αναστολή εκτέλεσης αυτής, μη ορισμός κατάλληλων προσωρινών μέτρων και συνέχιση της διαδικασίας δια της συνάψεως και υπογραφής της σύμβασης, ενόσω μάλιστα εκκρεμεί η εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, θα προκαλέσει βλάβη σε αυτόν, ιδίως σε περίπτωση παραδοχής της προσφυγής, ενώ όμως στο μεταξύ θα έχει συναφθεί ή υπογραφεί η σύμβαση.

10. Επειδή, περαιτέρω, 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*

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

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»

11. 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»

12. 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).

13. 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

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

14. 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.

15. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. λήψεως απόφασης παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, 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.

16. 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

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

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 σύμφωνα 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.

17. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, κατά την οποία έχουν ανοίξει και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές, έχουν ορισθεί οι προσωρινοί μειοδότες για καθένα από τα επιμέρους τμήματα του διαγωνισμού και έχουν ελεγχθεί και τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού μειοδότη. Δεν υπάρχει, επομένως, επόμενο στάδιο στον διαγωνισμό, καθώς απομένει η προσβαλλόμενη να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 100 Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3.3 της διακήρυξης και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση και για τα επίμαχα τμήματα που αφορά η προσφυγή.

18. Επειδή, δεδομένου ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η οποία ως προελέχθη δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη (βλ. σκ. 1-5 και 6-8 της παρούσας αντίστοιχα), σε καμία περίπτωση η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ως προελέχθη, ούτε υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, ούτε αίτημα προς τον σκοπό αυτό υπέβαλε η αναθέτουσα αρχή ή τρίτος, ούτε σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον μπορεί εν προκειμένω να αρθεί η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη σύμβασης έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, σε βάρος της τήρησης της

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

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).

19. Επειδή, εξάλλου ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο 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 περάτωση αυτής.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτής από την συνέχιση της διαδικασίας, γιατί μετά την άσκηση της προσφυγής, αυτή, στο στάδιο που ευρίσκεται δεν υφίσταται στάδιο διαγωνισμού στο οποίο η αναθέτουσα να μπορεί να εισέλθει, ούτε η επικαλούμενη ζημία της από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. (βλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018).

Αριθμός Απόφασης Α113 / 2018

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο τελικό στάδιο, έχουν ανοίξει και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, σε κάθε δε περίπτωση δεν δύναται να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της στην ανάδειξη αυτής ως αναδόχου στα επίμαχα τμήματα της εν λόγω σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της προδικαστικής της προσφυγής.

22. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, με την ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης, η οποία εξακολουθεί να ισχύει κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του Π.Δ. 39/2017, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντα πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 08-03-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ