

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 10 Ιανουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής - δυνάμει της με αρ. 15/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1407/31-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα, Ετερόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη, επί της οδού, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγων»).

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής, Ο.Τ.Α. με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο(εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «.....» ή «ΑΑ») και κατά της υπ' αριθ. 255/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του καθ' ου(εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη»), με την οποία εγκρίθηκε το από 12-11-2018 Πρακτικό Νο1 με αρ. πρωτ. 22584/05-12-2018 και το από 11-12-2018 πρακτικό Νο2 με αρ. πρωτ. 23320/17-12-2018 της Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών του Διαγωνισμού τουγια την ανάδειξη αναδόχου για την, με προϋπολογισμό 248.000,00 Ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (Καθαρή αξία: 200.000,00€, ΦΠΑ: 48.000,00€), κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος, για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ 2018-10-15 με αρ. πρωτ. διακήρυξή του, προκήρυξε ανοικτό, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με αρ. ΕΣΗΔΗΣ, με αντικείμενο την, με συνολικό προϋπολογισμό 200.000,00€ πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (εφεξής «διαγωνισμός»). Στα πλαίσια του διαγωνισμού αυτού, προσφορές υπέβαλαν ηλεκτρονικά την 06-11-2018, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, δύο (2) οικονομικοί φορείς, ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», εκ των οποίων σύμφωνα με το από 12-11-2018 Πρακτικό Νο1 με αρ. πρωτ. 22584/05-12-2018 της Επιτροπής του Διαγωνισμού, η μεν προσφορά του προσφεύγοντος απορρίφθηκε επειδή ο φυσικός φάκελος με τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά κατατέθηκε εκπρόθεσμα, δηλαδή την 12-11-2018 (άρθρο 2.6.2.5 της υπ. αριθ. διακήρυξης), ενώ, λαμβάνοντας υπόψη και τις διευκρινήσεις που δόθηκαν και τη συμφωνία της προς τις τεχνικές προδιαγραφές και τους όρους της διακήρυξης, με το ίδιο Πρακτικό η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία κρίθηκε παραδεκτή καθώς είναι σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές και τους όρους της διακήρυξης. Κατόπιν και μετά την αποσφράγιση και αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του μόνου οικονομικού φορέα που συμμετείχε πλέον στο διαγωνισμό με παραδεκτή προσφορά κατά τα άνω, με το από 11-12-2018 Πρακτικό Νο2 με αρ. πρωτ. 23320/17-12-2018 της Επιτροπής του Διαγωνισμού προτάθηκε να ανακηρυχθεί ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία ως προσωρινός ανάδοχος της προμήθειας με προσφερόμενη έκπτωση 1%, γιατί η προσφορά του είναι πλήρης, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές. Τα ανωτέρω Πρακτικά της Επιτροπής όπως αυτά συντάχθηκαν και υποβλήθηκαν προς

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

έγκριση, εγκρίθηκαν ομόφωνα με την υπ' αριθ. 255/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του καθ' ου

2. Επειδή, με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 31-12-2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πέραν του αιτήματος να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος της που απορρίπτεται η προσφορά του, ο προσφεύγων επιδιώκει να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, {e-Παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)}, ποσού 1.000,00€, το οποίο ανέρχεται στο προβλεπόμενο στην παρ. 1 των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας άνευ ΦΠΑ δαπάνης του διαγωνισμού (200.000,00€), στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η προσφυγή, το οποίο ελέγχθηκε αρμοδίως ότι δεσμεύτηκε.

4. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέτασή της, βάσει της κατά τα άνω συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, που ανέρχεται σε 200.000,00€ άνευ ΦΠΑ (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας δημοσίευσης προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ (15-10-2018), δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016 και δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ενώ επιπλέον

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ' του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

6. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α. Συστήματος), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό, και στον προσφεύγοντα, την 27^η-12-2018 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 31^η-12-2018, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας.

7. Επειδή, ο προσφεύγων που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό και υπέβαλε την με αρ. 115062 ηλεκτρονική προσφορά, επικαλούμενος ότι μη νομίμως δεν έγινε δεκτή η προσφορά του, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, καθώς, με τον μη νόμιμο κατά τους ισχυρισμούς του αποκλεισμό ματαιώνεται οριστικά επί ζημιά του η προσδοκία να του ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση.

8. Επειδή, στην προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: η προσφορά του δεν έπρεπε να απορριφθεί με την αιτιολογία ότι ο φυσικός φάκελος παραλήφθηκε εκπρόθεσμα από την αναθέτουσα, διότι 1) από το περιεχόμενο του φακέλου των δικαιολογητικών, τα υποβληθέντα στοιχεία και δικαιολογητικά της προσφοράς του δεν απαιτούνταν κατά τους όρους του όρου 2.6.2.5 της επίμαχης διακήρυξης να υποβληθούν και σε έντυπη μορφή, διότι είτε έφεραν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή (βλ. την εγγυητική επιστολή συμμετοχής) είτε αποτελούσαν τεχνικά φυλλάδια (prospectus) και έγγραφα που εκδόθηκαν από δημόσιες αρχές που εμπίπτουν στο κανονιστικό πεδίο εφαρμογής του άρθρου 1 του Ν. 4250/2014 (Α' 74) που

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

όρισε την κατάργηση της υποχρέωσης υποβολής πρωτοτύπων ή επικυρωμένων αντιγράφων από τους ενδιαφερομένους στο σύνολο των συναλλαγών τους με το Δημόσιο, συνεπώς η υποβολή τους σε έντυπη μορφή έλαβε χώρα εκ περισσού, οπότε ακόμα και αν γίνει δεκτό ότι υποβλήθηκαν εκπρόθεσμα, το γεγονός αυτό στερείται εννόμων συνεπειών, 2) η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη καθώς εκδόθηκε κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και κατ' εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του ν. 4412/2016, άλλως λόγω παράβασης των αρχών της αναλογικότητας, της χρηστής διοίκησης και της καλής πίστης. Ειδικότερα, σε κανένα σημείο της επίμαχης διακήρυξης δεν προβλέπεται με ρητή διάταξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς υποχρεούνται επί ποινή αποκλεισμού να προσκομίσουν τον φυσικό φάκελο των δικαιολογητικών τους εντός της ταχθείσας προθεσμίας, η οποία ως εκ τούτου έχει ενδεικτικό χαρακτήρα και ερμηνεύεται ως έντονη υπόδειξη προς τους προσφέροντες για ταχεία διεκπεραίωση των εκ της διακηρύξεως απορреουσών υποχρεώσεων τους. Ως εκ τούτου η αποστολή του φυσικού φακέλου εντός της ως άνω ενδεικτικής προθεσμίας και η παραλαβή από την αναθέτουσα αρχή σε μεταγενέστερο χρόνο δεν μπορεί να συνιστά λόγο αποκλεισμού διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, ο οποίος εκπλήρωσε τις υποχρεώσεις του ήδη με την εντός της προθεσμίας αποστολή του φακέλου προς την αναθέτουσα αρχή, 3) η αναθέτουσα αρχή είχε υποχρέωση να καλέσει τον προσφεύγοντα προς παροχή διευκρινίσεων, ένεκα του επικείμενου αποκλεισμού του, τον οποίο μάλιστα δεν ήταν σε θέση να γνωρίζει λόγω έλλειψης ρητής διάταξης της οικείας διακήρυξης και 4) η μη εμπρόθεσμη κατάθεση του φυσικού φακέλου εκφεύγει του πεδίου ευθύνης και επιμέλειάς του, καθώς ο προσφεύγων παρέδωσε εμπροθέσμως το φυσικό φάκελο στην ταχυδρομική εταιρία (courier), όπως προκύπτει και από το συνημμένο στην προσφυγή του αποδεικτικό, η οποία ανέλαβε την υποχρέωση να παραδώσει αυτόν έγκαιρα στην αναθέτουσα αρχή, η καθυστέρηση παραλαβής του οποίου συνιστά απρόβλεπτο συμβάν μη δυνάμενο να αποτραπεί ακόμα και δια της λήψης μέτρων άκρας επιμέλειας, με αποτέλεσμα η απόρριψη της προσφοράς του για το λόγο αυτό να αντίκειται

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

στις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης. Για τους πιο πάνω λόγους ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος της που απέρριψε την προσφορά του πρέπει να ακυρωθεί.

9. Επειδή, μετά ταύτα, ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του.

10. 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».

11. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

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, στην αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366, 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».

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, περαιτέρω, 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

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

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.

16. Επειδή, εν προκειμένω, σχετικώς με τον πρώτο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, από μίαν απλή επισκόπηση των διατάξεων της διακήρυξης, που συνιστούν το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και, συγκεκριμένα, του άρθρου 2.6.2.5, που, προβλέπει ότι: «2.6.2.5 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 αρχείου τύπου Portable Document Format (PDF) και, εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής. ... Εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική 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 προσκομιστούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με το 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 εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, τα ΦΕΚ, τα τεχνικά φυλλάδια (prospectus) και όσα στοιχεία και δικαιολογητικά προβλέπεται από το Ν. 4250/2014 ότι οι φορείς υποχρεούνται να αποδέχονται σε αντίγραφα των πρωτοτύπων», σε συνδυασμό με το άρθρο 2.6.3 με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

«Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», που προβλέπει ότι: «2.6.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής. Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 93 περ. α΄ του Ν. 4412/2016: (α) το τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (ΤΕΥΔ) όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016 ... (β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016. Μόνον ο προσωρινός ανάδοχος θα πρέπει να υποβάλει τα δικαιολογητικά που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή ως αποδεικτικά στοιχεία (παράγραφος 2.4.2. της παρούσας Διακήρυξης) ...» και το άρθρο 2.6.3.2 με τίτλο «Τεχνική Προσφορά» που προβλέπει ότι: «Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η τεχνική καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς οριζόμενα στην τεχνική περιγραφή και προδιαγραφές της μελέτης. Η τεχνική προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική φόρμα του Συστήματος. Στη συνέχεια, το Σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή Portable Document Format (PDF), το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα ... Εφόσον στοιχεία της τεχνικής προσφοράς δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολό τους στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος, ο προσφέρων επισυνάπτει στην τεχνική του προσφορά ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία. Συγκεκριμένα, η τεχνική προσφορά θα πρέπει επί ποινή απορρίψεως να περιλαμβάνει τα ακόλουθα: 1. Ενότητα με τίτλο: «Προφίλ του προσφέροντος, αντίληψη για το έργο και μεθοδολογία υλοποίησης του ... 2. Ενότητα με τίτλο: «Πίνακας Συμμόρφωσης» ... 3. Ενότητα με τίτλο: «Υπεργολαβία» (μόνο αν θα γίνει χρήση αυτής) ... 4. Περαιτέρω, στην τεχνική προσφορά, οι προσφέροντες δηλώνουν το χρόνο ισχύος της προσφοράς ... 5. Επιπλέον, για την τεκμηρίωση των ανωτέρω προδιαγραφών ο προσφέρων θα πρέπει να υποβάλει σε ξεχωριστό φάκελο σε ψηφιακή μορφή, ενημερωτικά φυλλάδια, τεχνικές προδιαγραφές του εξοπλισμού, φωτογραφίες και κάθε άλλο έγγραφο και υλικό που τεκμηριώνει τη συμβατότητα των προσφερόμενων

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

προδιαγραφών ως προς τις απαιτήσεις της παρούσας Διακήρυξης. Τα ηλεκτρονικά υποβαλλόμενα τεχνικά φυλλάδια (prospectus) θα πρέπει να είναι ψηφιακά υπογεγραμμένα από τον κατασκευαστικό οίκο. Σε αντίθετη περίπτωση θα πρέπει να συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον προσφέροντα, στην οποία θα δηλώνεται ότι τα αναγραφόμενα σε αυτά στοιχεία ταυτίζονται με τα στοιχεία των τεχνικών φυλλαδίων (prospectus) του κατασκευαστικού οίκου. 6. Θα πρέπει να υπάρχει υπεύθυνη δήλωση από την κατασκευάστρια εταιρεία. ... Σε αντίθετη περίπτωση θα πρέπει να υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον προσφέροντα, στην οποία θα δηλώνεται ότι υπάρχει δυνατότητα διάθεσης ανταλλακτικών για τουλάχιστον μία δεκαετία (10ετία) από την παραλαβή των αντλιών θερμότητας. 7. Τέλος, οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη με την οποία θα δηλώνουν ότι ...», δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, κατά τους πιο πάνω όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού, δεν απαιτείτο να υποβάλει σε έντυπη μορφή κανένα από τα στοιχεία και έγγραφα της προσφοράς του, ο φυσικός φάκελος δε που κατέθεσε, αν και εκπρόθεσμος, δεν έπρεπε να ληφθεί υπόψη.

17. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία του προσφεύγοντος από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου, σύμφωνα με τον πιο πάνω τουλάχιστον λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, παρέλκει στο παρόν στάδιο η εξέταση για την πιθανολόγηση των λοιπών της λόγων της.

18. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας τόσο του πιο πάνω εξετασθέντος λόγου της υπό εξέταση προσφυγής, όσο και των λοιπών ισχυρισμών του προσφεύγοντος, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, καθώς και του συνόλου των εγγράφων των προσφορών των διαγωνιζομένων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, η οποία πάντως δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασής τους για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

19. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, κατά την οποία έχει ολοκληρωθεί και το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης.

20. Επειδή, δεδομένου ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, λόγω της έγερσης της υπό εξέταση προσφυγής, 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).

21. Επειδή, επιπλέον, η ενδεχόμενη ζημία του προσφεύγοντος και της αναθέτουσας αρχής εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, ήτοι της οριστικής κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της αποδοχής της προσφοράς του προσφεύγοντος, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο, τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν επιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α55/2018). Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

πιθανόν να ακυρωθεί δια νέας πράξης της αναθέτουσας αρχής μετά την εκδοθησόμενη Αποφάση της Α.Ε.Π.Π., αν ήθελε η προσφυγή γίνει δεκτή, καθώς σε τέτοια περίπτωση θα έχει προβεί σε αφιέρωση πόρων και πιθανώς απώλεια επιχειρηματικών ευκαιριών προς τον σκοπό και με την εύλογη προσδοκία της υπό σύναψη συμβάσεώς του με την αναθέτουσα αρχή, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της αναθέτουσας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 15/2019 Πράξεως της Προέδρου του 2ου Κλιμακίου για την 29η-01-2019, η όποια επίπτωση από την διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα, στον νυν προσωρινό ανάδοχο, τον προσφεύγοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

22. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προς αντίκρουση των λόγων της υπό εξέταση προσφυγής, στις απόψεις της (αρ. πρωτ. 277/08-01-2019 έγγραφο και Προέδρου της Οικονομικής Επιτροπής του), επί του αιτήματος προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος, μολονότι επικαλείται λόγους επείγοντος τουλάχιστον για την προμήθεια του ισοθερμικού μονωτικού καλύμματος, ωστόσο, δεν εξηγεί επαρκώς τους λόγους για τους οποίους η ολιγοήμερη καθυστέρηση λόγω της άσκησης της προσφυγής μπορεί να επιβαρύνει και σε ποιο βαθμό την επί έτη καθυστέρηση στην υλοποίηση της συγκεκριμένης προμήθειας, όπως συνομολογεί. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008).

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

24. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

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

Αναστέλλει την πρόοδο του ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού, με αρ. ΕΣΗΔΗΣ, του, με αντικείμενο την, με συνολικό προϋπολογισμό 200.000,00€ πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής και δη αναστέλλει την κλήση του προσωρινού αναδόχου να προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και την αξιολόγηση αυτών, αν έχουν ήδη προσκομιστεί, και σε κάθε περίπτωση την οριστική κατακύρωση του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: Α9 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 10 Ιανουαρίου 2019, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης