

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιουλίου 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.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

Με την από 28-6-2018 παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτείται να απορριφθεί η συμμετοχή της προσφεύγουσας από την επόμενη φάση του διαγωνισμού, σε περίπτωση που γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή.

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 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

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

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 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.ΔΗ.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

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

περίπτωση απορρίψεως της Προσφυγής της το ποσόν του παραβόλου που καταπίπτει ανέρχεται σε 803,75€ (πρβλ ΣΤΕ ΕΑ 184/2017).

5. 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.

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

7. 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.

8. 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.

9. 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, απορριπτομένου του ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής περί εκπρόθεσμης κατάθεσης της.

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

11. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η παρεμβαίνουσα εταιρεία με την επωνυμία «Σ.....» εμπροθέσμως κατέθεσε στις 28/6/2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.)

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

την από 28/6/2018 παρέμβαση της με χρήση του τυποποιημένου εγγράφου, σκοπεί δε στην απόρριψη της συμμετοχής της προσφεύγουσας από την επόμενη φάση του διαγωνισμού, προβάλλοντας επιπλέον λόγους κατά της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας και όχι, σύμφωνα με τα άρθρα 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ/τος 39/2017, λόγους υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης και συνεπώς η υπό κρίση παρέμβαση ασκείται απαραδέκτως.

Επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία από το 3ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. και η υπό κρίση Παρέμβαση, σύμφωνα με τα ανωτέρω, να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα.

12. 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».*

13. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη*

ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017.

14. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

15. 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 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

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

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.

16. 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.»

17. 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 ή 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 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 συναγεται 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

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

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.

18. 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 εταιρία κατέθεσε ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ της εταιρίας και του κ..... καθώς επίσης και ιδιωτικό συμφωνητικό με την εταιρία σύμφωνα με τα οποία ηθα 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 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

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

ιδιόγραφες υπογραφές με νόμιμες θεωρήσεις των γνησίων των υπογραφών των υπογραφόντων, 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 εγγέγγα 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 ποινής 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 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[...]

19. 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».

20. 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»

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

21. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αρ. πρωτ.9826/25.6.2018 έγγραφο της σχετικά με τις απόψεις της σχετικά με την 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 «Σ.....» 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 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.»*

22. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, γίνονται δεκτά τα κάτωθι. Όπως αναλύθηκε ανωτέρω και συγκεκριμένα στις σκέψεις 15 και 16 της παρούσας, τα έγγραφα που υποβάλλονται μαζί με τη προσφορά και έχουν παραχθεί από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα 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.

23. Επειδή στην προκείμενη περίπτωση, από την εξέταση του ηλεκτρονικού φακέλου της προσφοράς της προσφεύγουσας προέκυψε ότι η τελευταία κατέθεσε ευκρινή φωτοαντίγραφα από τα πρωτότυπα των από 11-5-2018 ιδιωτικών συμφωνητικών με νόμιμη θεώρηση του γνησίου της ιδιόγραφης υπογραφής των υπογραφόντων μερών από αρμόδια προς τούτο αρχή,

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

σύμφωνα με τους όρους της οικείας διακήρυξης και συγκεκριμένα σύμφωνα με την παραπομπή 67 παρ. 3 και 4, στη σελίδα 19 της διακήρυξης. Συνακόλουθα, κατά τον προεκτιθέμενο στη σκέψη 15 της παρούσας όρο 2.4.2.5 της διακήρυξης η 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 ιδίου 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 περισσοτέρων 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), ως εν προκειμένω τα προσκομιζόμενα ιδιωτικά συμφωνητικά, ως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα και τα αντίθετα υποστηριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή είναι απορριπτικά ως αβάσιμα. Εν όψει αυτών, σε συνδυασμό και με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, προκύπτει ότι τα προσκομιζόμενα από την προσφεύγουσα εταιρεία ως άνω ιδιωτικά συμφωνητικά τα οποία έφεραν νόμιμη θεώρηση του γνησίου της ιδιόγραφης υπογραφής των υπογραφόντων μερών από αρμόδια προς τούτο αρχή, είναι καθόλα νόμιμα και έγκυρα, γεγονός που καθιστούσε υποχρεωτική την αποδοχή τους από την επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού και μη νομίμως δεν έγιναν δεκτά και απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας. Κατόπιν τούτου ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας από το διαγωνισμό είναι μη νόμιμος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.

24. Επειδή ωστόσο, ως προς τους λοιπούς λόγους της προδικαστικής προσφυγής, σχετικά με την αποδοχή των προσφορών των άλλων συνδιαγωνιζόμενων εταιρειών και το αίτημα αποκλεισμού τους από τη συνέχιση της διαδικασίας, ήτοι της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

«.....», λεκτέα είναι τα κάτωθι : Όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009, κ.α.). Εξάλλου, εφόσον ίσταται ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος, άνευ εννόμου συμφέροντος, καταρχήν, προβάλλονται λόγοι που αφορούν πλημμέλειες των τεχνικών προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων (ΣτΕ Ολ 697/1951 κ.α.), και τούτο διότι οι ως άνω αποδιδόμενες από την προσφεύγουσα πλημμέλειες στην προσφορά της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας με την επωνυμία «.....», ως εκτέθηκαν στις σκέψεις 19 και 20 της παρούσας, διαφοροποιούνται απολύτως από τη βάση απόρριψης της δικής της προσφοράς και συνεπώς δεν στοιχειοθετείται παράβαση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, (βλ. ΕΑ ΣτΕ 174/2016, 379-380/2012, πρβλ. ΕΑ 44/2012, 259/2012, 450/2011, ΑΕΠΠ 481,482/2018 σκ. 47, ΑΕΠΠ 205/2018 σκ. 26-27, κ.α., βλ. Πυργάκη «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», σελ. 430 επ. παρ. 12.6.5.). Εξάλλου, γίνεται δεκτό ότι το αρμόδιο Κλιμάκιο αποφαινεται για τη νομιμότητα ή όχι των λόγων της προσφυγής και ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν έχει εξουσία, σύμφωνα με τις διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 και τις αντίστοιχες διατάξεις των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 18 του π.δ. 39/2017, ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της Διοίκησης, ήτοι η ΑΕΠΠ σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να άρει τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας. Τούτο θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της Διοίκησης και συνεπώς θα παρακάμπονταν ένα σημαντικό στάδιο, εκείνο της συμμόρφωσης της Διοίκησης προς τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Υπό τα δεδομένα αυτά, όταν η Διοίκηση, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή, συμμορφωθεί με την παρούσα απόφαση και ακολούθως προβεί στην έκδοση πράξης συμμόρφωσης, η προσφεύγουσα με τον τρόπο αυτό δεν θα είναι πλέον τρίτη στο διαγωνισμό και τότε μόνο θα έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα αποδοχής των προσφορών των λοιπών συνδιαγωνιζόμενων εταιρειών υποβάλλοντας εκ νέου προδικαστική προσφυγή κατά της νέας αυτής πλέον πράξης της αναθέτουσας αρχής. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η προσφυγή ασκείται απαραδέκτως ως προς τους λοιπούς λόγους της προδικαστικής προσφυγής, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

26. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016)

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ακυρώνει την με αρ. 212/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Δίου- Ολύμπου κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....».

Αριθμός Απόφασης : 577/2018

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού εννιακοσίων ενενήντα έξι ευρώ και εξήντα πέντε λεπτών (996,65 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Ιουλίου 2018 και εκδόθηκε την 25 Ιουλίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ειρήνη Τσιμπούκη