

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος-Εισηγητής, Ευαγγελία Μιχολίτση, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος (σε αναπλήρωση της Άννας Χριστοδουλάκου), Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 30.08.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1680/31-08-2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ..., (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη από 10.08.2021 υπ' αριθ. 264/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, που περιλαμβάνεται στο Πρακτικό 36/10.08.2021 της Συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής του ΔΗΜΟΥ ..., με την οποία εγκρίνεται το από 03.06.2021 Πρακτικό Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών του ηλεκτρονικού διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων με αντικείμενο την προμήθεια και τοποθέτηση υλικών αναβάθμισης του αγωνιστικού χώρου του Δημοτικού Σταδίου ... του Δήμου ..., αποκλειστικά ως προς το τμήμα της απόφασης, με το οποίο γίνεται δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και αναδεικνύεται προσωρινός ανάδοχος της επίμαχης σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α396/2021

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.478,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην Τράπεζα και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περι αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης.

2. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος 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 πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

3. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: « 1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 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

Αριθμός απόφασης: Α396/2021

να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, 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 δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

4. Επειδή, στο άρθρο 360 του ν. 4412/2016, το οποίο εντασσόμενο στο Βιβλίο IV του νόμου περί «Έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων», εφαρμόζεται, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 2 αυτού, και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης, προβλέπεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων [μεταξύ των οποίων και η αίτηση ακυρώσεως], να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3 ...». Ως προς τον τρόπο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, στο άρθρο 362 του νόμου προβλέπονται τα εξής: «1. [όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε με το άρθρο 49 παρ. 3 του ν. 4456/2017 (Α' 24)] Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΕΠ. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της. 2. Στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 του άρθρου 365 μπορεί να προβλέπεται ότι η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου το οποίο θα υποβάλλεται κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρ. 1. 3. ...». Εξ άλλου, στο άρθρο 8 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής

Αριθμός απόφασης: Α396/2021

Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (Α' 64) ορίζονται σχετικώς τα εξής: «1. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξάριετα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ ν. 4412/2016). 2. Η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου, όπως αυτό παρατίθεται στο Παράρτημα Ι (άρθρο 362 παρ. 2 ν. 4412/2016). 3. Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. 4. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)... ή σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail). Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την παραλαβή της προσφυγής, η ΑΕΠΠ ειδοποιεί ηλεκτρονικά τον προσφεύγοντα για την παραλαβή της προσφυγής και τον αριθμό πρωτοκόλλου αυτής. 5....». Στο Παράρτημα Ι του ως άνω Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών επισυνάπτεται υπόδειγμα του τυποποιημένου εντύπου της προδικαστικής προσφυγής, στο τελευταίο τμήμα του οποίου περιλαμβάνεται και πεδίο, στο οποίο συμπληρώνεται η εξής δήλωση εκ μέρους του προσφεύγοντος ή του εκπροσώπου του: «Δηλώνω υπεύθυνα ότι όλα τα στοιχεία και όλες οι πληροφορίες που περιέχονται στην παρούσα Προσφυγή, καθώς και όλα τα επισυνημμένα έγγραφα είναι αληθή και ορθά», ενώ κάτω από την εν λόγω δήλωση έχουν τεθεί οι ενδείξεις: «Υπογραφή Προσφεύγοντος ή Εκπροσώπου», «Ημερομηνία», «Όνοματεπώνυμο», «Ιδιότητα» και «Σφραγίδα» (Σε περίπτωση νομικού προσώπου).

5. Επειδή, το άρθρο 28 του ν. 4413/2016 «Ανάθεση και εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης...» προβλέπει στην παράγραφο 3 ότι οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να χρησιμοποιούν για την σύναψη των συμβάσεων παραχώρησης το Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), εφ' όσον γίνεται ρητή

Αριθμός απόφασης: Α396/2021

περί τούτου μνεία στα τεύχη του διαγωνισμού. Με τις επόμενες παραγράφους του ίδιου άρθρου παρέχεται εξουσιοδότηση για τη ρύθμιση των σχετικών με τη λειτουργία του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ζητημάτων και τη χρήση του κατά την ανάθεση και εκτέλεση των συμβάσεων παραχώρησης. Αντίστοιχες διατάξεις, εξ άλλου, για τη ρύθμιση των σχετικών με τη λειτουργία του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ζητημάτων έχουν περιληφθεί και στα άρθρα 36-37 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, ως προς την πολιτική ασφαλείας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στο άρθρο 37 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Το επίπεδο ασφαλείας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. πρέπει να είναι ανάλογο προς τους κινδύνους. 2. Στα εργαλεία και τις συσκευές για την ηλεκτρονική διαβίβαση και παραλαβή προσφορών, καθώς και για την ηλεκτρονική παραλαβή αιτήσεων συμμετοχής πρέπει: α) να είναι διαθέσιμες στους ενδιαφερομένους οι πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές για την ηλεκτρονική υποβολή προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, συμπεριλαμβανομένης της κρυπτογράφησης και της χρονοσήμανσης, β) [όπως το εδάφιο αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 107 παρ.2 του ν. 4497/2017 (Α' 171)] να απαιτούνται προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές, όπως ορίζονται στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 ...». Κατ' επίκληση, μεταξύ άλλων, των ανωτέρω διατάξεων του ν. 4412/2016 εξεδόθη η υπ' αριθμ. 56902/215/19.5.2017 απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων» (Β' 1924). Στο άρθρο 8 της εν λόγω υπουργικής αποφάσεως (Υ.Α.) ορίζεται ότι «1. Η διαδικασία επικοινωνίας, ενημέρωσης και διακίνησης εγγράφων πραγματοποιείται μέσω του Συστήματος κατά περίπτωση, με: την αποστολή ή κοινοποίηση σχετικών στοιχείων με μηνύματα δια της λειτουργικότητας “Επικοινωνία”.... την υποβολή σχετικών στοιχείων από τους οικονομικούς φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο “Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς”, ο οποίος περιλαμβάνει τους (υπό)φακέλους: - “Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά” - “Οικονομική Προσφορά” - “Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου”. 2. ... 3. 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 υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό, το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο

Αριθμός απόφασης: Α396/2021

οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/ΕΚ (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της παρούσας. 4. ...». Στο δε άρθρο 19 παρ. 1 της ίδιας Υ.Α. ορίζεται ότι «1.1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 2 του παρόντος, οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, κατατίθενται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας “Επικοινωνία” του Συστήματος, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη “Προδικαστική Προσφυγή” και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), το οποίο φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ.3 του άρθρου 8 ...».

6. Επειδή, από τον συνδυασμό των ανωτέρω παρατεθεισών διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 4 του π.δ. 39/2017, αφ’ ενός, και 36-37 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 3 και 19 παρ. 1 της Υ.Α. υπ’ αριθμ. 56902/215/19.5.2017, προκύπτει ότι, προκειμένου περί διαγωνισμών που διενεργούνται ηλεκτρονικώς μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η προδικαστική προσφυγή κατά των πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία υποχρεωτικώς επί ποινή απαραδέκτου κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, απαιτείται να φέρει, όπως και όλα τα έγγραφα που υποβάλλονται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς μέσω του Συστήματος, προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή (ΣΤΕ 882/2021).

7. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό κρίση προσφυγή πιθανολογείται σφόδρα ως προδήλως απαράδεκτη. Τούτο, διότι από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου προκύπτει ότι δεν έχει κατατεθεί παραδεκτώς, ήτοι μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, αλλά αντιθέτως απεστάλη αποκλειστικώς μέσω ηλεκτρονικού μηνύματος στην ΑΕΠΠ.

8. Επειδή, κατ’ ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αριθμός απόφασης: Α396/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6 Σεπτεμβρίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος
Μιχαήλ Οικονόμου**

**Η Γραμματέας
Παναγιώτα Καλαντζή**