

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 24 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 2-11-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1577/2-11-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 23-10-2020 σε αυτόν την Απόφαση 35^{ης} Συνεδρίας/21-10-2020 (Θέμα 3^ο) της Εφορείας της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέρριψε την προσφορά του, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την «...», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 903.000 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. «...» και με αρ. «...» διακήρυξη, η οποία απεστάλη για δημοσίευση την 29-10-2019 στην ΕΕΕΕ και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ «...» την «...» και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α «...».

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. «...» και ποσού 4.515,00 ευρώ, πληρώθηκε δε δια του από 2-11-2020 εμβάσματος Εθνικής Τραπέζης της Ελλάδος.

2. Επειδή, η αρμοδίως φερόμενη, λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση της διαδικασίας, ενώπιον της ΑΕΠΠ, προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως την 2-11-2020 κατόπιν της από 23-10-2020 κοινοποίησης της προσβαλλομένης εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, ως και μετ' εννόμου συμφέροντος εκ του

βάλλοντος κατά του αποκλεισμού του προσφεύγοντος αποδεκτού και πρώτου μειοδότη προσφεύγοντος, που βάλλει κατά εκτλεεστής πράξης ματαίωσης του διαγωνισμού, η δε αναθέτουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής με τις από 12-11-2020 Απόψεις της. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων αποκλείστηκε με την ακόλουθη αιτιολογία κατά του δια της προσβαλλομένης επικυρωθέντος 1^{ου} Πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού «Εντός του σφραγισμένου φακέλου που υποβλήθηκε από τον εν λόγω οικονομικό φορέα εμπρόθεσμα στο πρωτόκολλο του νοσοκομείου (αριθμ. πρωτ. 13221/06-12-2019) και περιείχε στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς σε έντυπη μορφή δεν συμπεριλαμβάνονταν πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην σχετική διακήρυξη. Στο σημείο αυτό επισημαίνεται ότι την 09/12/2019 και ώρα 10:22 π.μ., δηλαδή μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών του διαγωνισμού που διενεργήθηκε την 09:00 π.μ. και μετά την παρέλευση τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής της προσφοράς του οικονομικού φορέα στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., παραδόθηκε στο πρωτόκολλο του νοσοκομείου, από την εταιρεία ταχυμεταφορών «...», νέος κλειστός σφραγισμένος φάκελος του οικονομικού φορέα με στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς σε έντυπη μορφή. Η Επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι ο εν λόγω φάκελος κατατέθηκε εκπρόθεσμα στο Νοσοκομείο δεν προέβη στην αποσφράγιση αυτού.» και επομένως, κρίθηκε ότι «επειδή εντός του σφραγισμένου φακέλου που υποβλήθηκε εμπρόθεσμα στο πρωτόκολλο του νοσοκομείου (αριθμ. πρωτ. 13221/06-12-2019) και περιείχε στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς σε έντυπη μορφή δεν συμπεριλαμβάνονταν πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη σχετική διακήρυξη.». Συνεπώς, ο προσφεύγων απεκλείσθη διότι παρότι υπέβαλε, όπως προκύπτει και από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης, ηλεκτρονικά την εγγυητική συμμετοχής του, ο φυσικός φάκελος της πρωτότυπης εγγυητικής που παρεδόθη δια φορέα ταχυμεταφορών, παρελήφθη την 9-12-2019, ήτοι μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών, ενώ υπεβλήθη και προηγούμενος φυσικός φάκελος χωρίς τέτοια εγγυητική. Επομένως και δεδομένου άλλωστε, ότι ουδόλως υπάρχει περιορισμός στο ζήτημα του αριθμού των φακέλων και των αποστολών δια του οποίου υποβάλλονται τα φυσικώς προσκομιζόμενα δικαιολογητικά ούτε εκ του νόμου ούτε εκ της διακήρυξης ούτε κατά την αιτιολογία της αναθέτουσας, ο λόγος εν τέλει απόρριψης

του προσφεύγοντος ανάγεται στη μη λήψη υπόψη του τελευταίου φακέλου που απέστειλε, νοούμενου ως εκπροθέσμως υποβληθέντος. Ο δε όρος 2.4.3.1 της διακήρυξης ορίζει ότι «Η εγγυητική επιστολής συμμετοχής προσκομίζεται σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή», δηλαδή ο απώτατος χρόνος παραδεκτής υποβολής της συνδέεται με την «προσκόμιση» της, ήτοι την εκ του προσφέροντος ενέργεια προς υποβολή του οικείου φακέλου, ως και της πρωτότυπης εγγυητικής και όχι με την «εισκόμιση», «περιέλευση» και «παραλαβή» της τελευταίας από την αναθέτουσα. Επομένως, εφόσον ο οικείος φυσικός φάκελος δεν εγχειρίζεται από τον ίδιο τον προσφέροντα στην υπηρεσία της αναθέτουσας, αλλά αποστέλλεται προς αυτήν ταχυδρομικά, ήτοι με τη μεσολάβηση φορέα ταχυδρομικών ή ταχυμεταφορικών υπηρεσιών, ο κρίσιμος χρόνος περί της εμπροθέσμου προσκόμισης είναι αυτός της αποστολής και όχι της περιέλευσης στην αναθέτουσα και παραλαβής εξ αυτής, ο οποίος άλλωστε δεν υπάγεται στη βούληση του προσφέροντα ούτε εξαρτάται από τον προσφέροντα, αλλά συνδέεται εν πολλοίς με την ταχύτητα και αποτελεσματικότητα του οικείου φορέα ταχυδρομείου ή ταχυμεταφοράς και τις ανά περίπτωση, όλως συνήθεις και απρόβλεπτες, σύμφωνα με την κοινή πείρα, ως και αναγόμενες σε πλήθος παραμέτρων, που επηρεάζουν την ανά ημέρα και περίοδο ταχύτητα εκτέλεσης τους, οι οποίες πάντως ουδόλως συνδέονται με οιαδήποτε εν γένει ευθύνη του προσφέροντος. Επιπλέον τούτου, το άρ. 10 παρ. 3 ΚΔΔιαδ ορίζει ότι «3. Ο ενδιαφερόμενος μπορεί να υποβάλει το έγγραφό του με αποστολή συστημένης επιστολής εφόσον δεν το αποκλείουν οι σχετικές ειδικές διατάξεις. Στις περιπτώσεις αυτές, ως ημερομηνία υποβολής θεωρείται εκείνη της κατάθεσης της επιστολής στην ταχυδρομική υπηρεσία.», ενώ εν προκειμένω ουδόλως η διακήρυξη όρισε οτιδήποτε ειδικό περί της ως άνω «προσκόμισης», καταλείποντας αρρήθμιστο το ζήτημα και ούτως επιτρέποντας την υποβολή των φυσικών δικαιολογητικών, όπως η πρωτότυπη εγγυητική συμμετοχής, με αποστολή μέσω συστημένης επιστολής δια ταχυδρομείου και άρα, και δια της εξομοιούμενης με αυτή, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, αποστολής μέσω ταχυμεταφορικής υπηρεσίας, η οποία περιλαμβάνει αναγκαία απόδειξη κατάθεσης προς αποστολή, με ρητή μνεία της ημερομηνίας και του χρόνου αυτής και προϋποθέτει για την παραλαβή της, υπογραφή του παραλήπτη στον οποίο απευθύνεται ή προφανώς εξουσιοδοτημένου προς τούτο, υπαλλήλου του, δηλαδή παραδίδεται δια αποδεικνυόμενης επίδοσης. Επομένως, κατά τα ανωτέρω και δεδομένου, όπως δέχθηκε η αναθέτουσα, η οποία εξάλλου αποδέχτηκε την κατάθεση

των οικείων δικαιολογητικών δια τέτοιας επιστολής ουδόλως δε απέκλεισε τον προσφεύγοντα για τον λόγο αυτόν, αλλά λόγω εκπροθέσμου υποβολής, σε αντίθεση με όσα το πρώτον ισχυρίζεται με τις Απόψεις της, κρίσιμος χρόνος που νοείται ως ημερομηνία υποβολής και άρα, εν προκειμένω της ζητούμενης προσκόμισης, ήταν αυτός της κατάθεσης της επιστολής στην ταχυδρομική υπηρεσία ή τον ταχυμεταφορέα. Ουδόλως δε, έχει οιοδήποτε έρεισμα η αποπειρούμενη εκ της αναθέτουσας διάκριση, ως προς την εφαρμογή της ως άνω διάταξης περί νοούμενου ως χρόνου υποβολής, μεταξύ περιπτώσεων συστημένης επιστολής δια ταχυδρομείου και επιστολής δια ταχυμεταφορέα, που συνιστά όλως συνήθη και αποδεκτό τρόπο κατάθεσης εγγράφων προσφορών και εξ ορισμού περιέχει και καλύπτει κάθε στοιχείο της συστημένης επιστολής, με αποτέλεσμα όσον αφορά τις δια ταχυμεταφορέων αποστολές να μην υφίσταται καν έρεισμα για διάκριση μεταξύ απλών και συστημένων αποστολών, όπως επί ταχυδρομικών αποστολών, όπου υφίσταται δυνατότητα αποστολής χωρίς απόδειξη παράδοσης και παράδοση χωρίς απαίτηση παραλαβής αυτοπρόσωπης και αποδεικνυόμενης δια υπογραφής, από τον παραλήπτη. Ο δε νυν προσφεύγων, όπως αποδεικνύεται εκ του φακέλου της υπόθεσης και του σχετικού αποδεικτικού, υπέβαλε προς αποστολή μέσω ταχυμεταφορέα «...», τον φάκελο με την πρωτότυπη εγγυητική του, την 4-12-2019, ήτοι μόλις την επομένη ημέρα από την από 3-12-2019 ηλεκτρονική υποβολή της ηλεκτρονικής προσφοράς του και άρα, δεδομένου ότι απέστειλε από την Αθήνα προς την Αθήνα, όπου εδρεύει η αναθέτουσα και δη, από την έδρα του στον Δήμο Ζωγράφου, προς την έδρα της αναθέτουσας στον Δήμο Αθηναίων, όλως ευλόγως και τηρώντας κάθε μέτρο άκρας επιμέλειας, απέστειλε ούτως αυτήν 2 ημέρες πριν την κατά την 6-12-2019, τελευταία της οικείας προθεσμίας φυσικής υποβολής, ημέρα, ήτοι την 3^η εργάσιμη ημέρα από την από 3-12-2019 ημέρα ηλεκτρονικής υποβολής της προσφοράς και παράλληλα, καταληκτική ημέρα υποβολής ηλεκτρονικών προσφορών. Ήτοι παρέδωσε προς αποστολή 2 εργάσιμες ημέρες πριν την τελευταία ημέρα της σχετικής προθεσμίας για τον φυσικό φάκελο με την εγγυητική συμμετοχής. Επομένως, επιπλέον των υπολοίπων τήρησε και κάθε μέτρο άκρας επιμέλεις προς την προσήκουσα υποβολή της πρωτότυπης εγγυητικής του και τούτο ασχέτως ότι κατά τα ανωτέρω, ούτως ή άλλως, ως κρίσιμος χρόνος νοείται αυτός της κατάθεσης της επιστολής στον ταχυμεταφορέα, άρα η 4-12-2020, η οποία ούτως ή άλλως εμπίπτει στο εμπρόθεσμο διάστημα υποβολής της πρωτότυπης εγγυητικής. Επιπλέον των ανωτέρω, ο προσφεύγων, περαιτέρω τηρώντας κάθε μέτρο άκρας επιμέλειας την 06.12.2019

δηλαδή πριν παρέλθει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής στοιχείων και εγγράφων της ηλεκτρονικής προσφοράς σε έντυπη μορφή, υπέβαλλε μέσω της «Επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. έγγραφο με το κάτωθι κείμενο «Αξιότιμοι Κύριοι/ες, Η εταιρεία μας έχει υποβάλλει εμπρόθεσμα την προσφορά της ηλεκτρονικά, μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ την Τρίτη 03/12/2019. Η εταιρεία μας παρέδωσε το φυσικό αρχείο της προσφοράς της σε εταιρεία ταχυμεταφοράς την Τετάρτη 4/12/2019, (επισυνάπτεται σχετικό αποδεικτικό). Δεδομένου ότι ως ενημερωθήκαμε σήμερα δεν έχει φτάσει ο φάκελος στην Υπηρεσία σας και πιθανόν και άλλοι φάκελοι έτερων συμμετεχόντων, γεγονός το οποίο δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα μας, παρακαλούμε όπως εξετάσετε το ενδεχόμενο να παραταθεί η προθεσμία υποβολής ,προκειμένου να αναπτυχθεί περαιτέρω ανταγωνισμός στο έργο που έχετε προκηρύξει προς όφελος του Νοσοκομείου και του δημοσίου συμφέροντος». Επομένως, ασχέτως ότι ληπτέος υπόψη ήταν ο χρόνος υποβολής στον ταχυμεταφορέα, σε κάθε περίπτωση, καίτοι δεν όφειλε, ο προσφεύγων καλοπίστως ειδοποίησε σχετικά την αναθέτουσα αρχή, μόλις έμαθε ότι για μη αναγόμενους στον ίδιο, έχοντα παραδώσει ήδη 2 ημέρες νωρίτερα προς αποστολή, λόγους, η επιστολή δεν είχε παραδοθεί εισέτι στην αναθέτουσα, η οποία ασχέτως ότι όφειλε να λάβει υπόψη τον χρόνο παράδοσης από τον αποστολέα και όχι παραλαβής από την ίδια, σε κάθε περίπτωση δεν έλαβε υπόψη τα ανωτέρω. Άρα, σε κάθε περίπτωση και κατ' αποδοχή των σχετικών ισχυρισμών του προσφεύγοντος, αφενός ο προσφεύγων εμπρόθεσμα υπέβαλε και την εγγυητική συμμετοχής του σε πρωτότυπο, αφετέρου, ακόμη και τούτο να μην ίσχυε, ουδόλως ο ίδιος ευθύνεται και ενώ έλαβε κάθε οικείο μέτρο άκρας επιμέλειας, για τον χρόνο παράδοσης αυτής στην αναθέτουσα και τη σχετική ειδοποίηση της τελευταίας ως προς τον χρόνο παράδοσης και την προκύψασα ανυπαίτιως για τον ίδιο καθυστέρηση, και άρα, σε κάθε περίπτωση μη νομίμως η τελευταία δεν ελήφθη υπόψη ως εσφαλμένα θεωρηθείσα εκπρόθεσμη και επομένως, μη νομίμως απεκλείσθη κατά την ανωτέρω αιτιολογία. Περαιτέρω, αλυσίτελως η αναθέτουσα προβάλλει πρόσθετους λόγους αποκλεισμού του προσφεύγοντα το πρώτον δια των Απόψεων της και δη αναγόμενους στο στάδιο τεχνικών προσφορών, αλλά ακόμη και σε στάδιο για τα οποία η προσφορά του ουδόλως αξιολογήθηκε, ήτοι αυτό των οικονομικών προσφορών, όπου δεν υπάρχει, ως ήδη αποκλεισθέντος εκ του 1^{ου} σχετικού Πρακτικού, καμία περί της αποδοχής ή μη της προσφοράς του μνεία στο 3^ο Πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού και τούτο διότι οι εκδοθείσες δια του Προϊσταμένου Διευθυνσης Οικονομικού της αναθέτουσας, Απόψεις, ήτοι υπαλλήλου που δεν συνιστά

ούτε γνωμοδοτικό, όπως η Επιτροπή Διαγωνισμού ούτε αποφαινόμενο όργανο της διαδικασίας, δεν είναι ληπτές υπόψη καθ' ο μέρος, δεν εξηγούν απλώς το ιστορικό και τους ήδη λόγους αποκλεισμού του προσφεύγοντος, αλλά αξιολογούν επιπρόσθετα στοιχεία της προσφοράς του, προβάλλοντας νέους λόγους αποκλεισμού, ενώ εξάλλου πέραν της αναρμοδιότητας για κάτι τέτοιο εκ του συντάξαντος τις Απόψεις, υπαλλήλου, τυχόν αποδοχή σχετικών το πρώτον δια τέτοιου εγγράφου, προβαλλόμενων νέων βάσεων αποκλεισμού του προσφεύγοντος, θα συνιστούσε επί της ουσίας, αναρμόδια εκ της ΑΕΠΠ υπεισέλευση στα καθήκοντα και τις αρμοδιότητες των αρμοδίων οργάνων της αναθέτουσας, αφού ούτως θα κατέληγε η ίδια η ΑΕΠΠ το πρώτον να προσθέσει βάσεις αποκλεισμού και μάλιστα στη νυν περίπτωση, όπου ακυρώνεται η μόνη ήδη βάση αποκλεισμού του, να τον αποκλείσει εκ νέου δια νέων βάσεων για τις οποίες δεν είχε ήδη αποκλεισθεί, χωρίς κρίση ούτε του κατά τον νόμο και τη διακήρυξη, αρμοδίου γνωμοδοτικού οργάνου ούτε πολύ περισσότερο εκτελεστή πράξη του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας, με την Απόφαση της ΑΕΠΠ να υποκαθιστά την τελευταία και αντί να ελέγξει κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 την ήδη εκδοθείσα και προσβληθείσα εκτελεστή πράξη, να αποτελέσει αυτή την πρώτη εκτελεστή πράξη αποκλεισμού του προσφεύγοντος για τις νέες το πρώτον βάσεις αποκλεισμού του και δη, σε υποκατάσταση της ήδη ακυρωτέας μόνης ήδη βάσης αποκλεισμού αυτού. Εξάλλου (βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΑΕΠΠ 1473/2020), σε κάθε περίπτωση δια των Απόψεων της αναθέτουσας ναι μεν είναι κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 η παράθεση συμπληρωματικής αιτιολογίας, επί αποκλεισμού προσφοράς πλην όμως, δεν δύναται να τεθούν νέες βάσεις αποκλεισμού και δη, επί τυχόν νέου πραγματικού, δια Απόψεων εκφερόμενων δια εγγράφου ακόμη και του ίδιου του γνωμοδοτικού οργάνου αξιολόγησης προσφορών, άνευ επικύρωσης από το οικείο αποφαινόμενο όργανο που εξέδωσε εξάλλου, την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη, παρά μια τέτοιου είδους συμπλήρωση προϋποθέτει νέα εκτελεστή πράξη, που προσθέτει ουσιώδες νέο περιεχόμενο στην αρχική, νυν προσβαλλόμενη, εκτελεστή, ήτοι πράξη του αποφαινομένου οργάνου και εν προκειμένω της οικείας Εφορείας. Πολλώ δε μάλλον τα ως άνω ισχύουν εν προκειμένω, όπου οι ως άνω Απόψεις δεν προέρχονται καν από το οικείο γνωμοδοτικό όργανο ούτε προφανώς το μόνο αρμόδιο για πρόταση τέτοιων νέων βάσεων αποκλεισμού, αλλά από υπάλληλο της αναθέτουσας.

4. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί δε η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος απέκλεισε

τον προσφεύγοντα.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. «...» και ποσού 4.515,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την Απόφαση 35^{ης} Συνεδρίας/21-10-2020 (Θέμα 3^ο) της Εφορείας της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. «...» και ποσού 4.515,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24-11-2020 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ