

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1-7-2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Μαρία Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7-6-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 693/10-6-2019 του οικονομικού φορέα «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενης, ως και

Την από 17-6-2019 παρέμβαση του οικονομικού φορέα «.....».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αρ. 81/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής «.....», με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά του ως πρώτου μειοδότη για την ανάθεση της σύμβασης «.....».

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός για την ανάθεση της ως άνω σύμβασης «.....», προϋπολογισθείσας αξίας 243.548,39€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνον βάσει τιμής. Καταληκτική

Αριθμός απόφασης: 771/2019

ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίσθηκε η 15-4-2019 και ώρα 15.00 πμ. Η εν λόγω διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 19-3-2019 με ΑΔΑΜ και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α Στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά συνολικά τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, ήτοι «.....» με προσφερόμενη μέση έκπτωση 51,87%, «.....» με προσφερόμενη μέση έκπτωση 51,17%, «.....» με προσφερόμενη μέση έκπτωση 49,94% και «.....» με προσφερόμενη μέση έκπτωση 48,02%. Σύμφωνα με το Πρακτικό Ι της Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού, τούτη προέβη, κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο δικαιολογητικών συμμετοχής και προσφοράς, κατά τον οποίο διαπίστωσε ότι ο πρώτος μειοδότης και προσφεύγων «.....» δεν προσκόμισε έγκαιρα στην Επιτροπή Διαγωνισμού την έντυπη πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3 παρ. 5 περ. β της διακήρυξης, ενώ ο δεύτερος κατά σειρά μειοδότης υπέβαλε πλήρη προσφορά, οπότε και εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος και την ανάδειξη του οικονομικού φορέα «.....» ως προσωρινού αναδόχου. Η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. 81/22-5-2019 απόφασή της ενέκρινε το εν λόγω Πρακτικό, απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και ανέδειξε το συμμετέχοντα οικονομικό φορέα «.....» προσωρινό ανάδοχο. Η σχετική αυτή απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 28-5-2019.

3. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων βάλλει κατά της προαναφερθείσας υπ' αρ. 81/2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, επικαλούμενος ότι την 17/04/2019 παρέδωσε σε courier το φάκελο με την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, τονίζοντας ιδιαίτερα ότι έπρεπε να παραδοθεί το αργότερο την επόμενη ημέρα (18-4-19) και ζήτησε να παραδοθεί στο πρωτόκολλο της Υπηρεσίας, με βάση και το παραστατικό του courier που επισυνάπτει. Από αμέλεια του courier ο φάκελος με την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής δεν παραδόθηκε έγκαιρα, θεωρώντας ο προσφεύγων ότι λόγω της μικρής απόστασης (22 χιλιόμετρα) του τόπου παράδοσης (.....-έδρα της επιχείρησης) από την

Αριθμός απόφασης: 771/2019

έδρα της αναθέτουσας αρχής (.....) η παράδοση την επόμενη ημέρα ήταν εφικτή, όπως δηλώνει ότι τον διαβεβαίωσαν από το courier.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. 91/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής διατύπωσε τις απόψεις της προς την ΑΕΠΠ επί της συγκεκριμένης προδικαστικής προσφυγής, προβάλλοντας ότι ο προσφεύγων οικονομικός φορέας πράγματι, ως όφειλε, υπέβαλε στο ηλεκτρονικό σύστημα του διαγωνισμού σε ηλεκτρονική μορφή, ως συνημμένο αρχείο, την απαιτούμενη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, γεγονός το οποίο αναφέρεται στο Πρακτικό (I) Διεξαγωγής Διαγωνισμού. Ο προσφεύγων οικονομικός φορέας, εκτός της ανωτέρω υποχρέωσης και όπως ο ίδιος αναφέρει, γνώριζε την υποχρέωσή του να προσκομίσει στην Αναθέτουσα Αρχή, εντός προθεσμίας τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή της προσφοράς του, σε έντυπη μορφή και εντός σφραγισμένου φακέλου, την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής του, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3 παρ. 5, περ. (β) της Διακήρυξης. Ο προσφεύγων οικονομικός φορέας αναφέρει ότι για την εκπλήρωση της ανωτέρω υποχρέωσής του χρησιμοποίησε εταιρία ταχυμεταφοράς (courier), η οποία, λόγω αμέλειας, δεν παρέδωσε έγκαιρα τον σχετικό φάκελο στην Αναθέτουσα Αρχή, γεγονός το οποίο δεν τον απαλλάσσει από την υποχρέωση του άρθρου 3 παρ. 5, περ. (β) της Διακήρυξης. Σύμφωνα με τα παραπάνω, κατά την άποψη της επιτροπής διαγωνισμού, το αίτημα του προσφεύγοντα οικονομικού φορέα «.....» να γίνει δεκτή η προσφορά του, παρά την αδυναμία εκπλήρωσης της υποχρέωσής του που απορρέει από τα οριζόμενα στο άρθρο 3 παρ. 5, περ. (β) της Διακήρυξης, δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό, ανεξαρτήτως του λόγου για τον οποίο η εκπλήρωση της υποχρέωσής του δεν κατέστη δυνατή, καθώς στην αντίθετη περίπτωση θα συντελείτο πράξη παράβασης του ανωτέρω άρθρου της Διακήρυξης και άνισης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

5. Επειδή, ο οικονομικός φορέας «.....» με την από 17-6-2019 νομοτύπως και εμπροθέσμως κατόπιν της από 10-6-2019 κοινοποίησης της προσφυγής, παρέμβασή του, μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού αυτός έχει αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος της υπόψη σύμβασης, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης και την απόρριψη της

Αριθμός απόφασης: 771/2019

εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, επικαλούμενος ότι η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή του προσφεύγοντα παραδόθηκε εκπρόθεσμα, γεγονός που δεν αμφισβητείται από αυτόν (προσφεύγοντα) και ορθώς ακυρώθηκε η προσφορά του από την οικεία Επιτροπή Διαγωνισμού. Ο εν λόγω οικονομικός φορέας επέδειξε την ίδια αμέλεια, δηλαδή δεν προσκόμισε πρωτότυπη εγγυητική επιστολή και στον Α/Α ΕΣΗΔΗΣ, στον οποίο ο παρεμβαίνων αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος, με αποτέλεσμα να ακυρωθεί η συμμετοχή του και σε εκείνο το διαγωνισμό.

6. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό,) ποσού 1.217,74 €.

7. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

8. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 28-5-2019 και ο προσφεύγων άσκησε την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή του την 7-6-2019.

9. Επειδή, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι υπέβαλε τη χαμηλότερη προσφορά στον υπόψη διαγωνισμό, επομένως εύλογα προσδοκά να αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος.

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του*

Αριθμός απόφασης: 771/2019

ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται 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.

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

12. Επειδή, σύμφωνα με την ΚΥΑ117384/2017 και δη το άρθρο 12 παρ. 1.2.1.1 ορίζεται ότι «Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον Οικονομικό Φορέα στην Αναθέτουσα Αρχή/Αναθέτων Φορέα, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα

Αριθμός απόφασης: 771/2019

στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς/αίτησης συμμετοχής τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά είναι υποχρεωτικά η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, και κατά περίπτωση, σύμφωνα με τα έγγραφα της σύμβασης, 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).», ενώ κατά την παρ.1.2.1.2 «Δεν προσκομίζονται σε έντυπη μορφή στοιχεία και δικαιολογητικά τα οποία φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8, τα ΦΕΚ και όσα στοιχεία και δικαιολογητικά προβλέπεται από το ν. 4250/2014 ότι οι φορείς υποχρεούνται να αποδέχονται αντίγραφα των πρωτοτύπων.».

13. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 3.5.β.της διακήρυξης «*Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζεται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Επισημαίνεται ότι η εν λόγω υποχρέωση δεν ισχύει για τις εγγυήσεις ηλεκτρονικής έκδοσης (π.χ. εγγυήσεις του T.M.E.Δ.Ε.), οι οποίες φέρουν προηγμένη ψηφιακή υπογραφή.*». Εν προκειμένω, ο προσφεύγων συμπεριέλαβε στον υποβληθέντα ηλεκτρονικό φάκελο της προσφοράς του την υπ' αρ. 10257/15-4-2019 εγγυητική επιστολή συμμετοχής εκδοθείσα από τη '.....', η οποία δεν έφερε εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, ώστε να μην χρειάζεται η προσκόμισή της σε πρωτότυπη μορφή. Την εγγυητική αυτή επιστολή ο προσφεύγων είχε σαφή υποχρέωση εκ των προαναφερθεισών διατάξεων να την προσκομίσει σε πρωτότυπη μορφή εντός 3 εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή, το οποίο δεν έπραξε. Εκ της έλλειψης αυτής ορθά και νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά του από την αναθέτουσα αρχή, κατ' άρθρο 91 παρ. 1α και β ν.4412/2016, αφού παρέβη απαράβατο όρο περί της υποβολής της προσφοράς του όπως ο όρος αυτός καθορίσθηκε στο προαναφερθέν άρθρο 3.5.β. της διακήρυξης. Το γεγονός ότι η μη έγκαιρη προσκόμιση της

Αριθμός απόφασης: 771/2019

πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής στην αναθέτουσα αρχή οφείλεται σε σφάλμα της εταιρίας ταχυμεταφοράς, στην οποία είχε αναθέσει ο προσφεύγων τη μεταφορά της, δεν αίρει την ευθύνη του, αφού το γεγονός αυτό δεν συνιστά ανώτερη βία.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγής κρίνεται απορριπτέα ως αβάσιμη, ενώ αντίθετα δεκτή ως βάσιμη κρίνεται η ασκηθείσα παρέμβαση.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το καταβληθέν υπό στοιχεία παράβολο, ποσού 1.217,74 €, πρέπει να καταπέσει.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του υπό στοιχεία παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη την 1-7-2019 και εκδόθηκε την 22-7-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ