

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 13/11/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1525/06.10.2023, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά : «...» (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../2023 (Πρακτικό ...°/19.09.2023) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ... , θέμα ...°, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της και ματαίωσε την εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, κατά το άρθρο 106 παρ. 1, περίπτωση α) του Ν. 4412/2016, να της επιστραφεί δε το καταβληθέν παράβολο.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθμ. ...(...)/21.11.2022 και υπ' αριθμ. πρωτοκόλλου ...(...)/26.07.2023 Διακήρυξης της ... , η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 26.07.2023, με Μοναδικό Κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ... προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Ανοιχτός Διαγωνισμός κάτω των ορίων, με Αριθμό Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ... με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής, εκτιμώμενης

Αριθμός Απόφασης:1775/2023

αξίας της σύμβασης ποσού εκατόν τεσσάρων χιλιάδων οκτακοσίων τριάντα οκτώ ευρώ και εβδομήντα ενός λεπτών (104.838,71 €) προ ΦΠΑ, ήτοι ποσού εκατόν τριάντα χιλιάδων ευρώ (130.000,00 €) συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με δικαίωμα προαίρεσης ποσού εξήντα πέντε χιλιάδων ευρώ (65.000,00 €) συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι ποσού πενήντα δύο χιλιάδων τετρακοσίων δεκαεννέα ευρώ και τριάντα πέντε λεπτών (52.419,35 €) προ ΦΠΑ και συνολικής εκτιμώμενης αξίας με το δικαίωμα προαίρεσης, ποσού εκατόν πενήντα επτά χιλιάδων διακοσίων πενήντα οκτώ ευρώ και έξι λεπτών (157.258,06 €) προ ΦΠΑ και εκατόν ενενήντα πέντε χιλιάδων ευρώ (195.000,00 €), συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 21^η Αυγούστου 2023, ημέρα Δευτέρα και ώρα 23:59:59 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 23^η Αυγούστου 2023, ημέρα Τετάρτη και ώρα 09:30 π.μ. Η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 21.08.2023 την υπ' αριθμ. ... προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό. Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. .../2023 (Πρακτικό .../19.09.2023) Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ... , θέμα ...^ο, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της, όπως η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 25.09.2023, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της. Στον ως άνω διαγωνισμό, υπέβαλε προσφορά αποκλειστικά η προσφεύγουσα. Σύμφωνα με την ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, η τελευταία αποφάσισε ομόφωνα να εγκρίνει το από 23.08.2023 ...^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών, για την Αξιολόγηση των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών, απορρίπτοντας την μοναδική κατατεθείσα στον επίμαχο διαγωνισμό προσφορά της προσφεύγουσας, λόγω μη ηλεκτρονικής υποβολής της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής και ματαιώνοντας αυτόν, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 106 παρ. 1, περίπτωση α) του Ν. 4412/2016.

2. Επειδή ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

Αριθμός Απόφασης:1775/2023

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... , αξίας 600,00 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ, όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή εμπροθέσμως απέστειλε, στις 19/10/2023, τις απόψεις της επί της από 04/10/2023 κατατεθείσας αυθημερόν προσφυγής. Επί των εν θέματι απόψεων κατετέθη αυθημερόν το από 24/10/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

5. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου και ειδικότερα από το 23-8-2023 ...^ο πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας προκύπτει, ότι η προσφεύγουσα κατέθεσε σε σφραγισμένο φάκελλο την έντυπη προσφορά της, στις 17/08/2023, η οποία έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου Στις 21-8-2023 υπέβαλε την ηλεκτρονική προσφορά της, όπως προκύπτει από τα ανηρημένα αρχεία του ΕΣΗΔΗΣ. Κατά την διαδικασία αποσφράγισης του έντυπου φακέλλου των δικαιολογητικών, η Επιτροπή Διενέργειας διαπίστωσε, ότι η εταιρεία κατέθεσε την εγγυητική επιστολή, υπ' αριθμό ... , της ... , ύψους 2.097,77€, ισχύος μέχρι την 22-09-2024. Όπως προκύπτει από το ηλεκτρονικό περιβάλλον της διαγωνιστικής διαδικασίας και από το πρακτικό της Επιτροπής, η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια συνομολογεί στην κρινόμενη προσφυγή της, παρέλειψε να υποβάλει ηλεκτρονικά την εγγυητική επιστολή. Κατά την ανωτέρω έννοια, είναι απολύτως σαφές, ότι η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας για τον μοναδικό λόγο που αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, σχετιζόμενος με την μη υποβολή της εγγυητικής συμμετοχής ηλεκτρονικά, παραβιάζει το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του διαγωνισμού και άρα τυγχάνει ακυρωτέα, κατά τούτο. Συνελόντι ειπείν, όπως προκύπτει από τα προδιαληφθέντα, η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής προσκομίσθηκε νομότυπα και εμπρόθεσμα από την προσφεύγουσα και ευρίσκετο στην διάθεση και κατοχή της αναθέτουσας Αρχής ήδη από τις 17.08.2023, οπότε και κατατέθηκαν εντύπως τα σχετικά δικαιολογητικά συμμετοχής της στον επίμαχο διαγωνισμό. Το αυτό συμπέρασμα συνάγεται και από την γραμματική διατύπωση του άρθρου 72 παρ. 1, εδάφιο πέμπτο,

Αριθμός Απόφασης:1775/2023

αλλά και τις αντίστοιχες προβλέψεις της οικείας διακήρυξης, καθώς η υποχρέωση προσκόμισης πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, στην πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., συντρέχει αποκλειστικά και μόνο για τις περιπτώσεις που η εγγύηση εκδίδεται ηλεκτρονικά, όχι όμως και στις περιπτώσεις που αυτή εκδίδεται σε έντυπη μορφή, όπως συνέβη εν προκειμένω, οπότε και η προσκόμιση του εγγράφου της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σε σκαναρισμένη μορφή στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., κατ' ουσίαν συνιστά επανακατάθεση του αυτού εγγράφου, ήτοι εκείνου που έχει ήδη κατατεθεί εντός του φακέλλου της προσφοράς σε φυσική μορφή. Τα ανωτέρω καθίστανται έτι περαιτέρω εναργή αφ' ης στιγμής, στην συγκεκριμένη διαδικασία, η κατάθεση της έντυπης προσφοράς προηγείται της αντίστοιχης στον ηλεκτρονικό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού. Υπό την έννοια αυτή, είναι σαφές, ότι με την κατάθεση της έντυπης εγγυητικής συμμετοχής, πληρούται η απαίτηση του νόμου 4412/2016, αφού με τον τρόπο αυτόν, και δη μέσω του πρωτότυπου εγγράφου της σχετικής εγγύησης, η εκάστοτε αναθέτουσα Αρχή έχει λάβει πλήρη γνώση της έκδοσής της, της δέσμευσης του σχετικού ποσού υπέρ της, ενώ παράλληλα, βάσει και των οριζομένων στην παρ. 13 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα Αρχή δύναται να επικοινωνεί με τους φορείς, που φέρονται να έχουν εκδώσει τις υποβαλλόμενες, σε μία διαγωνιστική διαδικασία, εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. Εν όψει όλων αυτών, προκύπτει ότι η αναθέτουσα Αρχή είχε στα χέρια της, ήδη από τις 17.08.2023, την εκ του νόμου και της διακήρυξης απαιτούμενη εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας και ήταν σε θέση να διαπιστώσει το σύνολο των ανωτέρω, διαθέτοντας στην κατοχή της την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής της προσφεύγουσας. Ετέρωθεν προκύπτει, ότι από όσα διαλαμβάνονται στο κείμενο της διακήρυξης (υποπαρ. 2.4.2.5), ως απαράδεκτη απορρίπτεται μία προσφορά μόνον όταν έχει κατατεθεί εκπρόθεσμα, ήτοι μετά την παρέλευση της καταληκτικής ημερομηνίας και ώρας αποσφράγισης των προσφορών, όπως ορίζεται στην παρ. 3.1 της διακήρυξης (23.08.2023), ενώ σύμφωνα με τον ίδιο ως άνω όρο, το εμπρόθεσμο της κατάθεσης της εγγύησης συμμετοχής, δύναται να αποδεικνύεται με ευθύνη του ίδιου του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και με την προσκόμιση του σχετικού αποδεικτικού αποστολής της ταχυδρομικώς, εάν δεν έχει κατατεθεί απ' ευθείας στην υπηρεσία

Αριθμός Απόφασης:1775/2023

πρωτοκόλλου της αναθέτουσας Αρχής. Συνεκδοχικώς, κατ' ουδένα τρόπο δύναται να θεμελιωθεί βάσιμα υπέρβαση της προβλεπόμενης καταληκτικής ημερομηνίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών στις 23.08.2023. Κατά τούτο, αλυσιτελώς η αναθέτουσα Αρχή επικαλείται, στις απόψεις, απόφαση της ΑΕΠΠ, αφού η τελευταία δέχεται πλημμέλεια στην υποβολή προσφοράς για παράλειψη κατάθεσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του υποψηφίου αναδόχου τόσο σε έντυπη μορφή όσο και ηλεκτρονική μορφή, όταν όμως η ηλεκτρονική υποβολή προηγείται της κατάθεσης έγχαρτου φακέλλου, οπότε κατ' αυτήν την έννοια η καταληκτική ημερομηνία αποσφράγισης προσφορών ταυτίζεται με την ηλεκτρονική ύπαρξη του συνόλου των δικαιολογητικών συμμετοχής, όπως και πράγματι συνέβη και διαπιστώθηκε στην κριθείσα, με την ανωτέρω απόφαση της ΑΕΠΠ, περίπτωση. Ειδικότερα, είναι σαφές, ότι με την ως άνω απόφαση διαπιστώθηκε πλημμέλεια κατάθεσης της προσφοράς του συγκεκριμένου προσφέροντος, αφού η προσκόμιση του εντύπου φακέλλου έλαβε χώρα μετά την ηλεκτρονική κατάθεση και, αντίστοιχα, από τον ηλεκτρονικό φάκελλο της προσφοράς του υποψηφίου αναδόχου απουσίαζε η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, η οποία εμφανίστηκε, το πρώτον, μετά την παρέλευση της καταληκτικής ημερομηνίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών. Ετέρωθεν και σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων σε αντίθεση δε με τα πραγματικά περιστατικά στην νυν επίμαχη περίπτωση, βάσει του ιστορικού της υπόθεσης, επί της οποίας εκδόθηκε η επικληθείσα από την αναθέτουσα Αρχή απόφαση ΑΕΠΠ Σ1724/2021, προκύπτει, ότι η κατάθεση της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα, πράγματι έλαβε χώρα για πρώτη φορά με την κατάθεση του έντυπου φακέλλου της προσφοράς του, η οποία όμως αναμφίβολα είχε ορισθεί σε ημερομηνία μεταγενέστερη της ηλεκτρονικής αποσφράγισης, όντως καθιστώντας αυτήν εκπρόθεσμη. Στην υπό κρίση περίπτωση, η ανωτέρω προϋπόθεση επίσης δεν συντρέχει, αφού, ως προδιελήφθη, με την αντιστροφή του χρονικού σημείου κατάθεσης της έντυπης και της ηλεκτρονικής προσφοράς και τον ορισμό ως καταληκτικής ημερομηνίας για την υποβολή της πρωτότυπης εγγυητικής συμμετοχής, την 23.08.2023, προκύπτει, ότι με την κατάθεση της έντυπης εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας ήδη από τις 17.08.2023, η επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση

Αριθμός Απόφασης:1775/2023

της διακήρυξης καλύφθηκε. Ως εκ τούτου, η υπό κρίση περίπτωση διαφοροποιείται από το ιστορικό, που απετέλεσε την βάση για την κρίση της ΑΕΠΠ Σ1724/2021, και, συνεπώς, η κρίση της τελευταίας δεν μπορεί να αποτελέσει νόμιμη βάση αποκλεισμού της προσφεύγουσας, καθώς βασίζεται επί όλως διάφορων πραγματικών περιστατικών.

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής να γίνει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13/11/2023 και εκδόθηκε την 01/12/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ