

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 01^η Δεκεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 24.10.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1651/25.10.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... με την επωνυμία ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., Τ.Κ ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η με αριθμό ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. ... πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «...», εκτιμώμενης αξίας 34.677,42€, πλέον Φ.Π.Α 24%, κωδικός CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά επί τη βάσει της τιμής (με αριθμ. ... διακήρυξη, συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ..., ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού εξακοσίων (600,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, ο προσφεύγων άσκησε την, από 24.10.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1651/25.10.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα ο προσφεύγων προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 16.10.2023.

4. Επειδή, ο προσφεύγων, του οποίου η προσφορά απορρίφθηκε λόγω μη υποβολής της εγγυητικής της επιστολής, κατά τον τρόπο που ορίζεται στη διακήρυξη, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής. Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη με αριθμ. ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του με την αιτιολογία ότι η προσκομισθείσα εγγύηση συμμετοχής δεν εσωκλειόταν σε σφραγισμένο φάκελο.

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (26.10.2023), ήτοι, μία (01) ημέρα μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 25.10.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την

Αριθμός απόφασης: 1900/2023

οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: ● Λόγος προσφυγής: μη νόμιμη απόρριψη της προσφοράς, λόγω υποβολής της εγγύησης συμμετοχής σε ανοιχτό φάκελο. Α) Ο προσφεύγων ισχυρίζεται καταρχάς ότι από σφάλμα της αναθέτουσας αρχής κατά την ανάρτηση της πρόσκλησης στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ (το οποίο δύναται να επιβεβαιωθεί και από το τμήμα επικοινωνίας του εν λόγω συστήματος), δεν ήταν εφικτή η ηλεκτρονική υποβολή προσφορών στον υπόψη διαγωνισμό καθ' όλο το χρονικό διάστημα παραλαβής των προσφορών, ως αυτό ορίστηκε στη διακήρυξη (...09.2023, ώρα ...), παρά μόνο για λίγες ώρες προτού λήξει η σχετική προθεσμία. Όπως ειδικότερα ισχυρίζεται, το τμήμα επικοινωνίας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ ενημέρωσε σχετικά την αναθέτουσα αρχή, με συνέπεια να εκδοθεί εν τέλει νέος συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ (ήτοι, ο αριθμός ... , αντί του παλαιού αριθμού ...), προτού λήξει η προθεσμία υποβολής προσφορών. Ως χαρακτηριστικά αναφέρει ο προσφεύγων : *«[...] Το αποτέλεσμα ήταν, το παραπάνω λάθος της επιτροπής να αποτρέψει άλλους συνυποψηφίους να προχωρήσουν σε προσφορά (όπως πιθανόν την εταιρεία ... η οποία ενδιαφέρθηκε για την πρόσκληση και μάλιστα έθεσε ερωτήσεις μεταξύ των άλλων και για παρεμπόδιση του ανταγωνισμού στην επιτροπή, χωρίς όμως ποτέ να υποβάλλει την ηλεκτρονική της προσφορά). [...] Τελικό αποτέλεσμα ήταν να υπάρξει μόνο ένας υποψήφιος που εγκρίθηκε για την επόμενη φάση του διαγωνισμού που εντελώς τυχαίως ήταν ακριβώς ο ίδιος που κέρδισε τον διαγωνισμό την τελευταία φορά (... - ... ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ «...» της [CPV: ..., ...] ΤΕΥΧΟΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΑΡ ..., ΑΑ: ...), συμμετέχοντας και πάλι μόνος του στην τελική φάση (είχα αποκλειστεί και πάλι από την επιτροπή την τελευταία φορά) [...]».*

Εν συνεχεία, ο προσφεύγων (ο οποίος, σημειωτέον, υπέβαλε τελικά προσφορά στον ένδικο διαγωνισμό) διαμαρτύρεται για το γεγονός ότι η επιτροπή διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού μεθόδευσε τον αποκλεισμό του

Αριθμός απόφασης: 1900/2023

από τη διαδικασία, με το σκεπτικό ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής που κατέθεσε δεν εσωκλείονταν σε σφραγισμένο φάκελο. Κατά την άποψη του προσφεύγοντος, η επιτροπή έκρινε, εν προκειμένω, με υπερβολική αυστηρότητα, καθώς κατά την άποψή του: «...ουδεμία επίπτωση φέρει η έλλειψη φακέλου στη διαφάνεια του διαγωνισμού: το ποσό που έφερε η εγγυητική ήταν ακριβώς το ίδιο (... €) για όλους τους συμμετέχοντες και καμιά πληροφορία δεν ήταν εμπιστευτικής φύσεως ούτε φυσικά επηρεάζει τον ανταγωνισμό προς όφελός μου. Εξάλλου, το πρωτόκολλο της αναθέτουσας παρέλαβε την εγγυητική, χωρίς να με πληροφορήσει πως δεν ήταν έγκυρη η πράξη, απουσία φακέλου, σύμφωνα με τη διαδικασία Μάλιστα συμπληρώθηκε και σχετική αίτηση για την παραλαβή της εγγυητικής κατά υπόδειξη του τμήματος πρωτοκόλλου ...».

B) Σύμφωνα με την παρ. ... της διακήρυξης: «Έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών προσκομίζονται με ευθύνη του οικονομικού φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε κλειστούς φακέλους, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού του παρόντος διαγωνισμού, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς του, τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά ενδεικτικά είναι: α) η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, πλην των περιπτώσεων που αυτή εκδίδεται ηλεκτρονικά, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη [...] Οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται, με ευθύνη του οικονομικού φορέα, σε κλειστό φάκελο, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας, τα στοιχεία του παρόντος διαγωνισμού και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στην παρ. ... της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού. Η προσκόμιση των εγγυήσεων συμμετοχής πραγματοποιείται είτε με κατάθεση του ως άνω φακέλου στην υπηρεσία πρωτοκόλλου της αναθέτουσας αρχής, είτε με την αποστολή του ταχυδρομικώς, επί αποδείξει. Το βάρος απόδειξης της έγκαιρης προσκόμισης φέρει ο οικονομικός φορέας. Το εμπρόθεσμο αποδεικνύεται με την επίκληση του αριθμού πρωτοκόλλου ή την προσκόμιση του σχετικού αποδεικτικού αποστολής κατά περίπτωση. [...]».

Αριθμός απόφασης: 1900/2023

Από το σαφές περιεχόμενο της ως άνω διάταξης, που δεν καταλείπει αμφιβολίες επί του περιεχομένου της στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το ... , κάθε υποψήφιος οικονομικός φορέας είχε υποχρέωση να υποβάλλει - υπ' ευθύνη του - τις πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής «σε κλειστό φάκελο», άλλως, η προσφορά του δεν θα γινόταν αποδεκτή, τουναντίον, θα κρινόταν απaráδεκτη από την αναθέτουσα αρχή. Λαμβανομένου συνεπώς υπόψη ότι ο προσφεύγων, ο οποίος, σημειωτέον, αποδέχθηκε πλήρως το σύνολο των όρων της εν θέματι διακήρυξης, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, δεν συμμορφώθηκε προς την επίμαχη -επί ποινή αποκλεισμού- απαίτηση της ως άνω διάταξης, νομίμως και κατ' εφαρμογή της θεμελιώδους αρχής της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς του.

Περαιτέρω, επισημαίνεται ότι αλυσιτελώς προβάλλεται από τον προσφεύγοντα ότι το τμήμα πρωτοκόλλου της οικείας αναθέτουσας αρχής είχε δήθεν υποχρέωση να του υποδείξει το επίμαχο σφάλμα, προκειμένου να προβεί στην διόρθωσή του και τούτο, διότι ο υποψήφιος είναι, σε κάθε περίπτωση, υπεύθυνος για την ορθή υποβολή της προσφοράς του, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της εκάστοτε σύμβασης. Άλλωστε, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή: «*Ο υπάλληλος στο πρωτόκολλο της Υπηρεσίας υποχρεούται να πρωτοκολλήσει οποιοδήποτε έγγραφο εισέρχεται στην Υπηρεσία...*». Μάλιστα, παρόλο που ο προσφεύγων ψέγει τα όργανα της οικείας αναθέτουσας αρχής για παραβίαση της αρχής της τυπικότητας, εξαιτίας του προβλήματος που ισχυρίζεται ότι παρουσιάστηκε στη διαδικασία ηλεκτρονικής υποβολής προσφορών στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, εντούτοις, ο ίδιος παρέλειψε να μνημονεύσει στην προσφυγή του την προσβαλλόμενη πράξη, την δε πράξη αυτή την κατονόμασε και την απέστειλε στο αρμόδιο κλιμάκιο της Αρχής, μόνο κατόπιν υποβολής σχετικού ηλεκτρονικού ερωτήματος, στο οποίο και απάντησε, επίσης, ηλεκτρονικώς. Ομοίως, αλυσιτελώς προβάλλεται από τον προσφεύγοντα ότι η παράλειψη υποβολής της εγγύησης συμμετοχής του σε κλειστό (σφραγισμένο) φάκελο δεν είχε, εν προκειμένω, ως αποτέλεσμα την αποκάλυψη κάποιας εμπιστευτικής πληροφορίας, δήθεν διότι το ποσό της εγγυητικής επιστολής είναι ακριβώς το ίδιο για όλους τους συμμετέχοντες (... €). Και τούτο, διότι ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των

Αριθμός απόφασης: 1900/2023

δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων. Άλλωστε, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Επομένως, η 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.

Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι ο συμμετέχων οικονομικός φορέας φέρει, σύμφωνα με την παρ. ... της διακήρυξης, όχι μόνο «το βάρος απόδειξης της έγκαιρης προσκόμισης» της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του, αλλά και το βάρος απόδειξης της νομότυπης προσκόμισής της, ο μοναδικός λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Τέλος, επισημαίνεται ότι εκπροθέσμως και ως εκ τούτου, απαραδέκτως ζητείται η ματαίωση του επίδικου διαγωνισμού από το προσφεύγοντα, διότι η με αριθμ. ... διακήρυξη αναρτήθηκε στο σύστημα Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις2023 και επομένως, η ημερομηνία προσβολής της παρήλθε εκ του νόμου στις2023. Όλως επικουρικά σημειώνεται πως μολονότι ο προσφεύγων υπονοεί (χωρίς να κατονομάζει) ως λόγο ματαίωσης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, την «*παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας*» του άρθρ. 106 παρ. 1 του ν. 4412/2016, εντούτοις, όχι μόνο συμμετείχε στον διαγωνισμό, αλλά δεν υπέβαλε και κανένα έγγραφο από το οποίο να αποδεικνύεται η δυσχέρεια ή/και η αδυναμία ηλεκτρονικής ανάρτησης προσφορών στην πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ εντός της τασσόμενης στα έγγραφα της οικείας σύμβασης προθεσμίας.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και αντίστοιχα, θα πρέπει να γίνει δεκτή η ασηκωθείσα παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 1900/2023

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων (600,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην 01^η Δεκεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 21^η Δεκεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ