

Η

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

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 21/04/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 329/16.03.2023 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «... .. ΑΕ.» νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...Σ», (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η υπ' αριθμό 54/2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., δυνάμει της οποίας απερρίφθη, η προσφορά της για την κήρυξη της, ως Αναδόχου για τον Διαγωνισμό με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΔΗΜΟΥ ... ΚΑΙ ΦΟΡΕΩΝ ΤΟΥ ΑΞΙΑΣ 490.380,72€ ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΟΥ ΤΟΥ ΦΠΑ 24% ΓΙΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2023».

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθμό 54/2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., η οποία γνωστοποιήθηκε την 03.03.2023, η προσφορά της προσφεύγουσας στο Διαγωνισμό του ομώνυμου Δήμου, με τίτλο: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΔΗΜΟΥ ... ΚΑΙ ΦΟΡΕΩΝ ΤΟΥ ΑΞΙΑΣ 490.380,72€ ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΟΥ ΤΟΥ ΦΠΑ 24% ΓΙΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2023» απορρίφθηκε. Αιτιολογία για την ως άνω απόρριψη, όπως ορίζεται στη σελίδα 4 της ανωτέρω προσβαλλόμενης απόφασης, ήταν η μη έγκαιρη

Αριθμός Απόφασης:598/2023

ηλεκτρονική υποβολή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Συγκεκριμένα, το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης εισηγήθηκε στην αναθέτουσα Αρχή τα εξής: «ο προσφέρων «.....» δεν υπέβαλε την εγγυητική συμμετοχής κατά την ηλεκτρονική υποβολή του φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής-τεχνική προσφορά» ενώ προσκόμισε την εγγυητική συμμετοχής κατά την προσκόμιση των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.4.2.5 της διακήρυξης σε έντυπη μορφή. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα Αρχή, αποδεχόμενη την ανωτέρω εισήγηση, εξέδωσε την προσβαλλόμενη, με την κρινόμενη προσφυγή, απόφαση, η οποία, επί λέξει, ορίζει: «...Αποφάσισε ομόφωνα 1. Εγκρίνει το από 10-2-2023 πρακτικό Ι της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού περί αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής ανοικτής ηλεκτρονικής διαδικασίας για την προμήθεια με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΔΗΜΟΥ ... ΚΑΙ ΦΟΡΕΩΝ ΤΟΥ ΓΙΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2023» προϋπολογισμού 490.380,72 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, όπως συντάχθηκε από την αρμόδια επιτροπή. 2. Αποδέχεται την προσφορά της υποψήφιου αναδόχου ΕΤ. - «... - ΑΠ: 323632» για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό, ως προς την ορθότητα προσκόμισης της εγγυητικής επιστολής της. 3. Απορρίπτει την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «..... ... -» για τους λόγους που αναφέρονται στο πρακτικό Ι της αρμόδιας επιτροπής αξιολόγησης.» Συνεπώς, όπως προκύπτει από τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, η προσφορά της ήδη προσφεύγουσας απορρίφθηκε για τυπικούς λόγους και συγκεκριμένα, επειδή η εγγυητική επιστολή συμμετοχής δεν υποβλήθηκε ηλεκτρονικά. Ωστόσο, όπως και η ίδια η προσβαλλόμενη απόφαση διαλαμβάνει στο περιεχόμενό της, η επίδικη εγγυητική επιστολή, με αριθμό ..., κατατέθηκε, σε φυσικό έγγραφο, την 09.02.2023 και έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου 4610/9-2-2023.

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 τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ..., αξίας 1977,34 € ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ

Αριθμός Απόφασης:598/2023

όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «Στη με αριθμό πρωτοκόλλου 34790/30.12.2022 Διακήρυξη για την υποβολή συμμετοχής, αναφέρεται επί λέξει: «2.2.2.1 όπου στην τελευταία της παράγραφο αναγράφει: «Οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται, σε κλειστό φάκελο με ευθύνη του οικονομικού φορέα, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στην παρ. 3.1. της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού». Συνεπώς, ως προς το βασικό κριτήριο που θέτει η Διακήρυξη, αλλά και η οικεία νομοθεσία, υπήρξαμε απόλυτα συνεπείς και τα έγγραφα κατατέθηκαν εμπροθέσμως. Ως προς την ηλεκτρονική υποβολή δε, δέον όπως υπομνησθεί και το εξής: Κατά την επίδικη χρονική περίοδο, ήτοι τις αρχές του μηνός Φεβρουαρίου 2023, ιδίως στην Αττική, επικράτησαν έντονα καιρικά φαινόμενα και συγκεκριμένα η κακοκαιρία με την ονομασία «Μπάρμπαρα», συνεπεία της οποίας παρέμειναν κλειστά επί τρεις (3) συνεχόμενες ημέρες, τόσο οι Δημόσιες Υπηρεσίες, όσο και το σύνολο, σχεδόν, του ιδιωτικού τομέα, μεταξύ των οποίων και οι Τράπεζες. Επομένως, ήταν φύσει αδύνατη η έκδοση εγγυητικής επιστολής. Εξ' αυτού του λόγου και δεν υπεβλήθη ηλεκτρονικά, ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε, υπεβλήθη σε φυσικό φάκελο, προσηκόντως και εμπροθέσμως, συνεπώς θεραπεύθηκε η όποια υποτιθέμενη έλλειψη». Με τις από 28/03/2023 εμπρόθεσμες απόψεις της επί της προσφυγής, η αναθέτουσα Αρχή υπεραμύνεται της προσβαλλόμενης.

5. Επειδή, στο άρθρο 2.4.2 της διακήρυξης προβλέπεται, ότι «Οι προσφορές υποβάλλονται από τους ενδιαφερόμενους ηλεκτρονικά, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζει η παρούσα διακήρυξη, στην Ελληνική Γλώσσα, σε ηλεκτρονικό φάκελλο, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στον ν.4412/2016, ιδίως στα άρθρα 36 και 37 και στην κατ' εξουσιοδότηση της παρ. 5 του άρθρου 36 του ν.4412/2016 εκδοθείσα υπ' αριθμ. 64233/08.06.2021 (Β'2453/09.06.2021) Κοινή Απόφαση των Υπουργών Ανάπτυξης και Επενδύσεων και Ψηφιακής Διακυβέρνησης με θέμα «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους

Αριθμός Απόφασης:598/2023

εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)» (εφεξής Κ.Υ.Α. ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες». Στο άρθρο 2.4.3.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασής (ΕΕΕΣ), όπως προβλέπεται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις πληροφορίες που παρέχει με το ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 9 του ίδιου άρθρου, β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης». Στο άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαραίτατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής).».

6. Επειδή, κατά τα νομολογιακώς κρατούντα (ΔΕφΧαν 160/2021), απόδειξη ανωτέρας βίας βαρύνει αποκλειστικώς και ειδικώς τον εκάστοτε προσφεύγοντα οικονομικό φορέα, διαλαμβάνοντας ότι *«ώστε η κρινομένη αίτηση, κατατεθείσα στις 22-10-2021, ασκήθηκε μετά την πάροδο της οριζόμενης στις ίδιες διατάξεις προθεσμίας των δέκα (10) ημερών από την επομένη της ανωτέρω χρονολογίας συντελέσεως της σιωπηράς αυτής απορρίψεως, ενώ, εξ άλλου, β) η αιτούσα στην κρινομένη αίτησή της κατ' αρχάς δεν διευκρινίζει αν το πληγέν από τον σεισμό κτίριο αποτελεί την έδρα της επιχειρήσεώς της ή την κατοικία μελών της, ενώ, αν υποτεθεί ότι αφορά στην έδρα της, τούτο είναι απορριπτέο ως αναπόδεικτο, δοθέντος ότι το σχετικώς προσκομιζόμενο Δελτίο Ταχείας Αυτοψίας αναφέρεται σε κτίριο*

Αριθμός Απόφασης:598/2023

πληγέν και ακατοίκητο λόγω του σεισμού χρησιμεύον, όμως, μόνο ως κατοικία και όχι, συνεπώς, ως επαγγελματικός χώρος (έδρα) της αιτούσας, το Δικαστήριο κρίνει ότι η προκειμένη αίτηση εκπροθέσμως ασκήθηκε, κατ' απόρριψη αυτής ως απαράδεκτης, όπως βασίμως προβάλλεται από τον παρεμβαίνοντα και την καθ' ης».

7. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου προκύπτει, ότι η προσφεύγουσα, μετά την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών και των προβλεπόμενων δικαιολογητικών επί ποινή αποκλεισμού (6-2-2023), εκ των υστέρων προσκόμισε την πρωτότυπη εγγυητική συμμετοχής, χωρίς να την έχει αναρτήσει εμπρόθεσμα. Η προσκόμιση αυτή δεν έχει καμμία έννομη συνέπεια, διότι, επί ποινή αποκλεισμού, έπρεπε ν' αναρτηθεί μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών και δικαιολογητικών (6-2-2023). Η προσφεύγουσα επικαλείται οικονομικούς και κοινωνικούς λόγους για την ακύρωση της προσβαλλόμενης. Οι λόγοι αυτοί δεν πρέπει να ληφθούν υπ' όψη, αφού καμμία διάταξη νόμου και κανένας όρος της διακήρυξης δεν δίδει την νόμιμη δυνατότητα στην Οικονομική Επιτροπή και στην Επιτροπή Διαγωνισμού, λαμβάνοντας υπ' όψη τους τις οικονομικές συνέπειες της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, να παραβούν τους όρους της διακήρυξης. Για τους ανωτέρω λόγους, πρέπει ν' απορριφθεί αυτός ο λόγος της προσφυγής. Η προσφεύγουσα επίσης επικαλείται, ότι η μη έγκαιρη έκδοση και ανάρτηση της εγγυητικής συμμετοχής οφείλεται στα έκτακτα καιρικά φαινόμενα που υπήρχαν στην Αθήνα στις 6-2-2023. Ο λόγος αυτός δεν πρέπει να ληφθεί υπ' όψη για την ακύρωση της προσβαλλόμενης, διότι κανένας όρος της διακήρυξης δεν παρέχει την νόμιμη δυνατότητα στην Οικονομική Επιτροπή και στην Επιτροπή Διαγωνισμού, λαμβάνοντας υπ' όψη τους τα καιρικά φαινόμενα, να παραβούν τους, επί ποινή αποκλεισμού, σχετικούς όρους της επίμαχης διακήρυξης. Ούτε, εξ άλλου, η προσφεύγουσα τεκμηριώνει και αποδεικνύει με ειδικότερους ισχυρισμούς, ως οφείλει, την προβαλλόμενη περίπτωση ανωτέρας βίας. Εξ άλλου, η διακήρυξη και η δημοσίευση των όρων αυτής αναρτήθηκαν και η προσφεύγουσα έλαβε γνώση τούτων από 9-1-2023 σύμφωνα δε με τους όρους της διακήρυξης είχε την δυνατότητα να ζητήσει, εάν δεν της επαρκούσε ο χρόνος ενημέρωσης και προετοιμασίας των δικαιολογητικών, την παράταση του χρόνου υποβολής της

Αριθμός Απόφασης:598/2023

προσφοράς και των οικείων δικαιολογητικών. Για τους ανωτέρω λόγους, τυγχάνει απορριπτέος ο λόγος αυτός της προσφυγής της.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής ν' απορριφθεί, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και να καταπέσει το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21/04/2023 και εκδόθηκε στις 24/04/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ