

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Αυγούστου 2020 με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Πουλοπούλου Αγγελική και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31.7.2020 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1038/3-8-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 23-7-2020, με αρ. 347/2020 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος τον απέκλεισε και όρισε προσωρινό ανάδοχο τον παρεμβαίνοντα στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου για τα, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 216.000,00 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜτην 23-8-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ., ποσού 1.080,00 ευρώ, πληρώθηκε δε δια του από 31-7-2020 εμβάσματος ΤΡΑΠΕΖΗΣ

2. Επειδή, η από 31-7-2020 προσφυγή εμπροθέσμως στρέφεται κατά της από 23-7-2020 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα, εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης και ανάδειξης νέου προσωρινού αναδόχου αναδόχου, στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης έργου, εμπίπτουσας λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Μετ' εννόμου δε συμφέροντος ο προσφεύγων που απεκλείσθη διότι δεν υπέβαλε σε σφραγισμένο φάκελο την παράταση της οικονομικής προσφοράς του βάλλει κατά της απόρριψης του και της ανάδειξης του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου. Ομοίως εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 12-8-2020 παρέμβαση κατόπιν της από 4-8-2020 κοινοποίησης της προσφυγής, ενώ και η αναθέτουσα με τις από 10-8-2020 Απόψεις της αιτείται την απόρριψη της προσφυγής. Συνεπώς, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ουδείς συγκεκριμένος λόγος προβάλλεται σχετικά με μη νόμιμη αποδοχή του παρεμβαίνοντος και άρα, αορίστως και αβασίμως προβάλλεται το αίτημα ακύρωσης της αποδοχής του, ασχέτως του όλως διάφορου ζητήματος ανάδειξης του ως προσωρινού αναδόχου, που εξαρτάται από τη νομιμότητα αποκλεισμού του προσφεύγοντος. Όλως αορίστως δε και αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται την ανάληψη από τον παρεμβαίνοντα προηγούμενων συμβάσεων, χωρίς τούτο να έχει οιαδήποτε σχέση με τη νυν διαδικασία.

4. Επειδή, την 28-5-2020 κοινοποιήθηκε μεταξύ άλλων και στον

προσφεύγοντα, η με αρ. πρωτ. 12993/26-5-2020 πρόσκληση παράτασης χρόνου ισχύος οικονομικών προσφορών, με το εξής περιεχόμενο «Σε συνέχεια των ανωτέρω σχετικών, σας κοινοποιούμε την Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με αριθμό 130/17-03-2020 (ΑΔΑ: Ω5ΙΟΟΡ1Φ-ΕΟΤ), με την οποία εγκρίθηκε η υπ' αρ.πρωτ. 6840/6-3-2020 εισήγηση της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών & Περ/ντος για παράταση των οικονομικών προσφορών για το έργο του θέματος για επί πλέον 6 (έξι) μήνες από τη λήξη τους. Επιπλέον παρακαλούμε να φροντίσετε και για την παράταση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής για τριάντα (30) μέρες επιπλέον από το χρόνο παράτασης των οικονομικών προσφορών. Οι προσφέροντες δύναται να υποβάλουν εντός δέκα ημερών την παράταση ισχύος της οικονομικής τους προσφοράς σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF) που φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α., μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του υποσυστήματος. 2 Η αποδοχή παράτασης των οικονομικών προσφορών πρέπει να κατατεθεί και σε σφραγισμένο φάκελο σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στο άρθρο 3 της διακήρυξης στο πρωτόκολλο του Δήμου». Εν συνεχεία, κατά την αναθέτουσα, ο προσφεύγων που υπέβαλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ ηλεκτρονικά την 3-6-2020 την αποδοχή παράτασης προσφοράς του, ως και την παράταση της εγγυητικής συμμετοχής του, υπέβαλε την 5-6-2020 στο πρωτόκολλο της τα δύο ως άνω έγγραφα εκτός και άνευ σφραγισμένου φακέλου. Ο δε προσφεύγων επικαλείται ότι κατέθεσε αυτά εντός σφραγισμένου φακέλου, ισχυριζόμενος ότι τούτο προκύπτει από το γεγονός ότι συνόδευσε αυτά με αίτηση-διαβιβαστικό τους και ότι ενδεχομένως ανοίχθηκε εν συνεχεία ο φάκελος του από τρίτο ή υπάλληλο της αναθέτουσας, υποβάλλοντας και ένορκη βεβαίωση του διαχειριστή του. Πλην όμως και ασχέτως αν ενώπιον της ΑΕΠΠ είναι δυνατόν να ληφθούν υπόψη ένορκες βεβαιώσεις, καθώς η ΑΕΠΠ ασκεί κατ' άρ. 360 και 367 Ν. 4412/2016 ακυρωτικό έλεγχο επί πράξεων και παραλείψεων αναθετουσών, προβαίνοντας σε νομική υπαγωγή πραγματικού που σε κάθε περίπτωση πρέπει να είναι αποδεδειγμένο αναμφισβήτητα, σε

κάθε περίπτωση κατά τον γενικό δικαϊκό κανόνα του άρ. 438 ΚΠολΔ, τα δημόσια έγγραφα έχουν αυξημένη αποδεικτική δύναμη και παράγουν πλήρη απόδειξη, μόνο ως προς όσα βεβαιώνονται σ' αυτά ότι έγιναν από πρόσωπο που συνέταξε τα έγγραφα ή ότι έγιναν ενώπιόν του, αν το πρόσωπο αυτό είναι καθ' ύλη και κατά τόπο αρμόδιο να κάνει αυτή τη βεβαίωση. Το δε γεγονός ότι ο προσφεύγων δεν κατέθεσε τα ζητηθέντα σε σφραγισμένο φάκελο, αναφέρεται στο γνωμοδοτικό πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και άρα, το τελευταίο παράγει πλήρη ισχύ ως προς το ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού εξέτασε και περιήλθε εις χείρας της σύνολο εγγράφων χωρίς φάκελο και δη, σφραγισμένο. Κατά τα λοιπά, πάντως, αναπόδεικτα ο προσφεύγων προβάλλει ότι τουλάχιστον τα υπέβαλε σε σφραγισμένο φάκελο και αποσφραγίστηκαν πριν φτάσουν στην Επιτροπή Διαγωνισμού, η δε ένορκη βεβαίωση που υποβάλλει, συνιστά δικαστικά ελευθέρως εκτιμητό αποδεικτικό μέσο (πρβλ. ΚΔΔικ άρ. 147-148) και δεδομένου πως η ΑΕΠΠ δεν είναι δικαστήρια και δεν είναι αρμόδια προς ελεύθερη εκτίμηση αποδεικτικού υλικού προς την εκ μέρους της συναγωγή συμπερασμάτων κατά υποκειμενική κρίση του Κλιμακίου, ως προς πραγματικά γεγονότα, αλλά οφείλει να λαμβάνει υπόψη της μόνο όσα αποδεικνύονται πλήρως και με βεβαιότητα, ο δε προσφεύγων φέρει το βάρος απόδειξης των ισχυρισμών του, οι ως άνω ισχυρισμοί πρέπει να απορριφθούν, αφού ο προσφεύγων μάλιστα, δεν επικαλείται κάποιο ακλόνητο και βέβαιο περί των ισχυρισμών του αποδεικτικό στοιχείο, όπως σχετική τυχόν βεβαίωση της υπηρεσίας περί του ότι υπέβαλε σφραγισμένο φάκελο.

5. Επειδή, κατά τα λοιπά, σύμφωνα με το άρ. 3.5.α-β και το άρ. 4.2.γ της διακήρυξης, που αντιστοίχως αφορούν τα δικαιολογητικά συμμετοχής, και τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, θεσπίζεται κανόνας ότι κάθε ηλεκτρονικώς υποβαλλόμενο ως απλό και όχι επικυρωμένο αντίγραφο, ιδιωτικό έγγραφο που δεν φέρει προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του οικονομικού φορέα και η ηλεκτρονική υποβολή του δεν συνοδεύεται από υπεύθυνη δήλωση ακριβείας εκ του προσφέροντος, πρέπει να υποβληθεί και σε έντυπη φυσική μορφή ενώπιον της αναθέτουσας και εντός σφραγισμένου φακέλου. Κατά τον δε ειδικό όρο

3.5.β ειδικώς για την εγγυητική συμμετοχής, επιβάλλεται η υποβολή σε φυσικό έγγραφο του πρωτοτύπου αυτής, ασχέτως αν υπεβλήθη επικυρωμένο ή μη αντίγραφο της ηλεκτρονικά, εκτός αν υπεβλήθη ηλεκτρονική εγγυητική. Εφόσον δε τούτο ισχύει για τη δια της προσφοράς υποβάλλομενη εγγυητική συμμετοχής είναι αυτονόητο πως ισχύει και για την παράταση ισχύος της εγγυητικής συμμετοχής. Σημειωτέον, ότι η ηλεκτρονικώς υποβληθείσα εκ του προσφεύγοντος παράταση εγγυητικής, δεν είναι ηλεκτρονικό έγγραφο, αλλά σάρωση φυσικώς υπογραφέντος και εν μέρει συμπληρωθέντος εγγράφου του ΤΜΕΔΕ. Περαιτέρω, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η αρμοδιότητα της αναθέτουσας να ζητά την παράταση ισχύος προσφοράς και εγγυητικής συμμετοχής προβλέπεται στο άρ. 15.3 της διακήρυξης, τούτο δε αποτελεί έρεισμα και για την αρμοδιότητα της αναθέτουσας να ορίζει τους διαδικαστικούς όρους για την αποδοχή της ως άνω παράτασης, μεταξύ των οποίων η προθεσμία υποβολής της και ο τρόπος αυτής. Άλλως, αν η αναθέτουσα δεν δύνατο να καθορίσει τέτοιους όρους, δεν θα δύνατο να τάξει καν προθεσμία στους οικονομικούς φορείς για την παράταση αυτή. Εξάλλου, η απαίτηση προσκόμισης και σε σφραγισμένο φάκελο σε φυσική μορφή αφενός γνωστοποιήθηκε δια του ιδίου εγγράφου σε όλους τους μετέχοντες, αφετέρου ουδεμία δυσχέρεια για οιονδήποτε εμπειρέχει, ώστε να βοηθεί πως άγει σε νόθευση του ανταγωνισμού. Αντίθετα, κάθε συνεπής διαγωνιζόμενος ήταν δυνατόν να συμμορφωθεί με την απλή απαίτηση αυτή, που σκοπεύει προδήλως στην διασφαλίζουσα την ίση μεταχείριση και διαφάνεια, διαφύλαξη του περιεχομένου και του σώματος των οικείων φυσικών εγγράφων από νόθευση και αλλοίωση, κίνδυνος που δεν υφίσταται για τα ηλεκτρονικώς δια του ΕΣΗΔΗΣ υποβαλλόμενα έγγραφα, στα οποία εξάλλου ουδείς δύναται να επέμβει. Επιπλέον, η διακήρυξη και ο νόμος σε πλήθος σημείων, όπως η ζήτηση διευκρινίσεων κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, η παράταση υποβολής προσφορών, η κατ' άρ. 79 παρ. 5 Ν. 4412/2016 κλήση προς πρόωρη υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αποδοχή αιτήματος παράτασης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και ο καθορισμός διάρκειας της παράτασης αυτής, ακόμη και η καταρχήν απόφαση περί κλήσης προς παράταση

προσφορών και εγγυητικών, καταλείπει στην αναθέτουσα διακριτική ευχέρεια, όπως εν μέσω της αξιολόγησης των προσφορών, θεσπίσει νέους κανόνες δεσμευτικούς για τους μετέχοντες ως προς τον τρόπο, χρόνο και τύπο της εκ μέρους τους συμμόρφωσης με τα ανά περίπτωση ζητούμενα, μέσω των κοινοποιούμενων σε αυτούς δια του ΕΣΗΔΗΣ και τη λειτουργία ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ, ενημερώσεων και ενδιάμεσων αποφάσεων της, χωρίς τούτο και το γεγονός ότι δεν αναγράφονται αυτά στο κείμενο της διακήρυξης, όπως εκ φύσεως είναι αδύνατον, αφού αφορούν ενδιάμεσες της διαδικασίας ενέργειες και ζητήματα που δεν είναι γνωστό αν θα προκύψουν μεσοσύσης αυτής. Εξάλλου, αφενός η διακήρυξη ουδόλως όρισε κάποιο ειδικό κανόνα όσον αφορά την υποβολή των δικαιολογητικών παράτασης, ώστε να υποτεθεί ότι η απαίτηση για σφραγισμένο φάκελο απέκλινε από το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας, αφετέρου ούτως ή άλλως και κατά τη διακήρυξη, η εγγυητική επιστολή συμμετοχής υποβάλλεται σε σφραγισμένο φάκελο και άρα ήδη εκ της διακήρυξης τούτο προβλέφθηκε και άρα, κάθε τέτοια εγγυητική επιστολή συμμετοχής και προφανώς για την ταυτότητα του λόγου και η ανανέωση της. Συνεπώς, το σύνολο των ισχυρισμών του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι και αυτός απαραδέκτως υπέβαλε εκτός σφραγισμένου φακέλου, τα ζητηθέντα ρητά να υποβληθούν σε σφραγισμένο φάκελο δικαιολογητικά παράτασης ισχύος προσφοράς και εγγυητικής επιστολής και ενώ οι ισχυρισμοί του περί υποβολής τους σε σφραγισμένο φάκελο παραμένουν αντικειμενικά αναπόδεικτοι.

6. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

7. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο με αρ., ποσού 1.080,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με αρ., ποσού 1.080,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28-8-2020 και εκδόθηκε στις 4-9-2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΧΑΤΖΗΛΙΑΣ ΗΛΙΑΣ