

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 21 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 18-9-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1309/21-9-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της με αρ. 755-36/2.9.2020 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέρριψε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την ανάθεση του έργου ΑΝΤΙΠΛΗΜΜΥΡΙΚΕΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΕΙΣ ΕΚΤΑΚΤΟΥ ΑΝΑΓΚΗΣ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. διακήρυξη, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 285.483,87 ευρώ, η οποία διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 22-7-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 25-5-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. και ποσού 1.345,25 ευρώ, πληρώθηκε δια του από 18-9-2020 εμβάσματος Τραπέζης

2. Επειδή, η αρμοδίως φερόμενη, λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης της διαδικασίας, ενώπιον της ΑΕΠΠ, προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, κατόπιν της από 11-9-2020 κοινοποίησης της προσβαλλομένης, στρεφόμενης κατά της απόρριψης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσφεύγοντος και ήδη αποκλεισθέντος προσωρινού αναδόχου, η δε αναθέτουσα αντικρούει με τις από 29-9-2020 Απόψεις της, κατά των οποίων

υποβάλλεται το από 8-10-2020 υπόμνημα του προσφεύγοντος, κατά του οποίου υποβάλλονται οι επί του υπομνήματος από 14-10-2020 Απόψεις της αναθέτουσας. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη με την αιτιολογία ότι «2. Οι ως άνω Υ.Δ. με αρ. (8) & (9), οι σχετικές με το άρθρο 23.3 της Διακήρυξης, καθώς και η Υ.Δ. αρ. (2), η σχετική με το άρθρο 23.5 της Διακήρυξης, δεν είναι ηλεκτρονικώς υπογεγραμμένες. Όσον αφορά στις Υ.Δ. η έλλειψη ψηφιακής υπογραφής αποτελεί μη τήρηση της απαίτησης της διακήρυξης, όπως αναφέρεται στο άρθρο 23 αυτής και ειδικότερα στην υποσημείωση 90. Στην υποσημείωση 90 διευκρινίζεται ο τρόπος υποβολής από τον προσωρινό μειοδότη των δικαιολογητικών του άρθρου 23, δηλαδή των «δικαιολογητικών κατακύρωσης», ανάμεσα στα οποία είναι και Υ.Δ., μετά από την πρόσκληση της Αναθέτουσας Αρχής. Συγκεκριμένα αναφέρεται στην παραπομπή 90 ότι: «Ως προς τον τρόπο υποβολής των αποδεικτικών μέσων του παρόντος άρθρου, τα οποία έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους τους οικονομικούς φορείς βλ. άρθρο 8 παρ. 3 της με αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α.». Η συγκεκριμένη διάταξη αναφέρει ότι «Οι Οικονομικοί Φορείς υποβάλλουν μέσω του υποσυστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους υπογεγραμμένα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό ...». Περαιτέρω, δεδομένου ότι έχει ήδη προηγηθεί η απαίτηση ηλεκτρονικής υπογραφής και στα δικαιολογητικά κατακύρωσης αλλά και η απαίτηση υποβολής των αποδεικτικών εγγράφων του άρθρου 23.3-23.10, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4250/2014, το άρθρο 11 του οποίου αφορά στη θεώρηση του γνησίου υπογραφής, στη συνέχεια (βλ. άρθρο 23.2 της διακήρυξης) δεν επαναλαμβάνεται εκ νέου η απαίτηση ψηφιακής υπογραφής, αλλά αναφέρεται μόνο ο χρόνος έκδοσης των Υπεύθυνων Δηλώσεων και γεγονός ότι δεν απαιτείται θεώρηση του γνησίου της υπογραφής τους, αφού η ηλεκτρονική υπογραφή καλύπτει τα εχέγγυα γνησιότητας. Στην προκειμένη περίπτωση μάλιστα, ο χρόνος υπογραφής των σε κάθε περίπτωση μη ψηφιακά υπογεγραμμένων ΥΔ είναι η 3-7-2020 (ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών), δηλαδή πριν την πρόσκληση της Αναθέτουσας Αρχής μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, που ήταν η 24-7-2020. Το γεγονός αυτό, που θα μπορούσε να μην είχε επίπτωση αν οι ΥΔ ήταν και ψηφιακά υπογεγραμμένες στον κατάλληλο χρόνο, καθιστά τις εν λόγω Υ.Δ. απολύτως

μη αποδεκτές. Γενικά, καμία απολύτως από τις υπεύθυνες δηλώσεις που κατατέθηκαν στον διαγωνισμό από τον οικονομικό φορέα, δεν φέρει ηλεκτρονική υπογραφή σύμφωνα με το ανωτέρω άρθρο. 3. Δεν εμπεριέχεται σε καμία υπεύθυνη δήλωση η επισήμανση ότι ο οικονομικός φορέας τηρεί τις υποχρεώσεις του που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής νομοθεσίας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του παραγράφου 22.Α.4 και ειδικότερα της περίπτωσης α' της οικείας διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με την περίπτωση αυτή, αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων που έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016. Μια από τις υποχρεώσεις αυτές είναι και η παραπάνω (περί περιβαλλοντικής νομοθεσίας) και σύμφωνα με την παρ. 23.3 και ειδικότερα την περίπτωση ε' της οικείας διακήρυξης, θα έπρεπε προς τούτο να υποβληθεί υπεύθυνη δήλωση (για τις λοιπές υποχρεώσεις της ίδιας διάταξης, δηλαδή περί κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, υπάρχουν κατατεθειμένα συναφή αποδεικτικά – ωστόσο τονίζεται ότι οι Υ.Δ. δεν φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή όπως προαναφέρθηκε)...». Επομένως, ο προσφεύγων απεκλείσθη πρώτον, διότι οι υπεύθυνες δηλώσεις του δεν φέρουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, ενώ συγχρόνως είχαν κατά την αναθέτουσα, συνταχθεί πριν την κλήση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και δεύτερον, διότι δεν υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση μη παράβασης περί περιβαλλοντικής νομοθεσίας. Σημειωτέον, ότι από την αιτιολογία του ως άνω πρακτικού δεν προκύπτει ότι απεκλείσθη πάντως για το θέμα έλλειψης ασφαλιστικής ενημερότητας έργου του, για το οποίο υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση περί αδυναμίας προσκόμισης της, αφού το οικείο πρακτικό στο σημείο 1 αυτού, αναφέρει πως ασχέτως ότι η δήλωση αυτή ήταν ανακριβής ως προς το λόγο μη απογραφής στο ΕΦΚΑ ενός μη συμβασιοποιημένου από 26-5-2020 έργου, «ωστόσο προκύπτει από τα μετέπειτα έγγραφα ότι ... ήταν ουσιαστικά ασφαλιστικά ενήμερος για το εν λόγω έργο...». Αλυσίτελώς δε οι διάδικοι προβάλλουν εκατέρωθεν ισχυρισμούς περί της δήλωσης σχετικά με την ασφαλιστική ενημερότητα του οικείου έργου, διότι ούτε κατά την προσβαλλομένη ούτε κατά τις Απόψεις της αναθέτουσας, αποκλείεται και αιτιολογείται ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος επί τη βάση της έλλειψης ασφαλιστικής ενημερότητας για το οικείο έργο του, ενώ άλλωστε, δεδομένου ότι οι Απόψεις που εκδόθηκαν από την Επιτροπή Διαγωνισμού, δεν συνιστούν εκδοθείσα εκ του αποφαινομένου οργάνου της αναθέτουσας, εκτελεστή πράξη, δεν δύναται το πρώτον να περιλάβουν, νέα σε σχέση με τις εγκριθείσες εκ της Οικονομικής Επιτροπής της

αναθέτουσας, βάσεις αποκλεισμού του νυν προσφεύγοντος, ενώ άλλωστε οι από 14-10-2020 Απόψεις της αναθέτουσας δεν λαμβάνονται κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, υπόψη ως κοινοποιηθείσες στον προσφεύγοντα σε χρόνο βραχύτερο του δεκαημέρου προ της από 21-10-2020 εξέτασης της προσφυγής.

4. Επειδή, στην υποσημ. 90 του άρ. 23 της διακήρυξης, αναφέρεται ότι ως προς τον τρόπο υποβολής των αποδεικτικών μέσων «του παρόντος άρθρου που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους τους οικονομικούς φορείς, «πρβλ άρ. 8 παρ. 3 της ΚΥΑ 117384/26.10.2017», διάταξη που ορίζει ότι οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν τα συνταχθέντα από τους ίδιους έγγραφα με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή των ιδίων. Πλην όμως, η ως άνω διάταξη, όπου παραπέμπει η διακήρυξη και δη, το άρ. 23 αυτής που δεν αφορά μόνο τυχόν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, αλλά και το κατ' άρ. 23.1 ΤΕΥΔ (σημειωτέον, ότι η υποσημείωση τίθεται επί του τίτλου του όλου άρθρου και όχι επί του άρ. 23.2 που αφορά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ειδικώς) αναφέρεται στα δικαιολογητικά συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς και όχι στα ειδικώς ρυθμιζόμενα εκ του άρ. 14 της ως άνω ΚΥΑ δικαιολογητικά κατακύρωσης, με αποτέλεσμα να δημιουργείται ασάφεια, αν η ως άνω αφορώσα τα δικαιολογητικά της προσφοράς, διάταξη και απαίτηση ψηφιακής υπογραφής διέπει τα νυν δικαιολογητικά κατακύρωσης, αφού πρόβλεψη της διακήρυξης για δικαιολογητικά κατακύρωσης, αναφέρεται σε απαίτηση που αφορά τα δικαιολογητικά συμμετοχής. Άλλωστε και ασχέτως και επιπλέον, των ανωτέρω, ο όρος 4.2.γ της διακήρυξης, σε συνδυασμό με το άρ. 1 παρ. 2 Ν. 4250/2014, προβλέπει ειδικώς για τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ότι εφόσον υποβληθεί ηλεκτρονικά ανεπιθύρωτο αντίγραφο, αρκεί να υποβληθεί εντός 3ημέρου σε φυσική μορφή το πρωτότυπο αντίστοιχο έγγραφο, ο δε προσφεύγων επικαλείται και η αναθέτουσα δεν αντικρούει, πως υπέβαλε τέτοιες πρωτότυπες υπεύθυνες δηλώσεις σε φυσική μορφή εμπροθέσμως, ενώ άλλωστε και το επικυρωθέν δια της νυν προσβαλλομένης πρακτικό αναφέρει υποβολή των φυσικών (εν γένει) δικαιολογητικών την 5-8-2020, χωρίς να διαχωρίζει κάποια ως υποβληθέντα αποκλειστικά ηλεκτρονικώς. Τέτοια υποχρέωση υποβολής φυσικού πρωτοτύπου δεν υφίσταται αν το υποβληθέν έγγραφο φέρει προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, πλην όμως τούτο έχει την έννοια ότι εφόσον υποβληθεί τέτοιο έγγραφο, που προφανώς για να υπογραφεί ηλεκτρονικά θα πρέπει να έχει συνταχθεί από τον υπογράφοντα, ήτοι τον προσωρινό ανάδοχο, ο προσωρινός ανάδοχος, έχοντας υποβάλει όχι ανεπιθύρωτο αντίγραφο, ηλεκτρονικά, αλλά ηλεκτρονικό πρωτότυπο έγγραφο, απαλλάσσεται από την

υποχρέωση υποβολής και φυσικού πρωτοτύπου και όχι ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν δύναται να υποβάλει ηλεκτρονικά, απλά αντίγραφα των εξ αυτού συνταχθέντων εγγράφων και να υποβάλει σε φυσική μορφή τα εξ αυτού συνταχθέντα πρωτότυπα, καθώς οι παραπάνω προβλέψεις εναλλακτικών μεθόδων υποβολής των σχετικών εγγράφων, θεσπίζουν διαζευτικές ευχέρειες και όχι αποκλειστικές απαιτήσεις. Περαιτέρω, και ο όρος 23.2 της διακήρυξης, ορίζει πως τα δικαιολογητικά των όρων 23.3-23.10 υποβάλλονται συμφώνως με τον Ν. 4250/2014. Συνεπώς, ο προσφεύγων δεν δύναται να αποκλειστεί επειδή επέλεξε να υποβάλει ηλεκτρονικά ανεπικύρωτα αντίγραφα των δηλώσεων του και φυσικά πρωτότυπα αυτών, όπως επέτρεπε, ο ουδώς διαχωρίζων μεταξύ συνταχθέντων από τον προσωρινό ανάδοχο ή μη, όρος 4.2.γ της διακήρυξης κατά τα ανωτέρω. Περαιτέρω, όσον αφορά τη χρονολογία των υποβληθεισών την 3-8-2020 υπευθύνων δηλώσεων του προσφεύγοντος, ναι μεν αυτές φέρουν ως αριθμό του οικείου μήνα «7», αντί «8», ήτοι αναγράφουν «3-7-2020», αντί «3-8-2020», πλην όμως, σύμφωνα με το άρ. 102 Ν. 4412/2016, είναι δυνατή η διόρθωση προδήλων τυπικών και γραφικών σφαλμάτων, όπως ακριβώς ένα αριθμητικό ψηφίο, δια κλήσεως για διευκρινίσεις, ουδώς δε η αναθέτουσα, επικαλείται έλλειψη κάποιου εκ των δηλωθέντων προσόντων και όρων συμμετοχής κατά την 3-8-2020 ούτε εξάλλου, στοιχειοθετείται ότι η παραπάνω εσφαλμένη εγγραφή ενός αριθμητικού ψηφίου (σημειωτέον, δεν αναγράφηκε καν η ημερομηνία στις οικείες δηλώσεις, ολογράφως), δεν συνιστά πρόδηλο γραφικό σφάλμα επικεντρωμένο στο ως άνω ένα και μόνο ψηφίο, αλλά ότι συνιστά τυχόν εν όλω εσφαλμένη αναγραφή της όλης ημερομηνίας ούτε, δεδομένης της καλύπτουσας μεμονωμένα γραφικά σφάλματα, διάταξης του άρ. 102 Ν. 4412/2016, που καταλαμβάνει και το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, όσον αφορά πρόδηλα γραφικά και τυπικά σφάλματα επί τέτοιων δικαιολογητικών, είναι δυνατόν, ελλείψει και οιοδήποτε άλλου, συντείνοντος σε συμπέρασμα περί σφάλματος επί της ίδιας της ημερομηνίας, να ερμηνευθεί εις βάρος του προσφεύγοντος, ότι δικαιολογητικά που υπέβαλε την 3-8-2020 και φέρουν ως ημερομηνία αποκλειστικά αριθμό, συντάχθηκαν την 3-7-2020 και όχι την 3-8-2020 και απλώς ανεγράφη εσφαλμένα το ψηφίο του μήνα. Επιπλέον, κατά τον όρο 23.2 οι υπεύθυνες δηλώσεις έπρεπε να έχουν συνταχθεί μετά την κλήση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, πλην όμως, εν προκειμένω, όπως και η αναθέτουσα συνομολογεί δεν προκύπτει και δη, μετά βεβαιότητας ότι συντάχθηκαν πριν τον χρόνο αυτό, αλλά ότι απλώς φέρουν στο ψηφίο του μήνα της ημερομηνίας το ψηφίο «7» αντί

«8», στοιχείο που μόνο του δεν δύναται να άγει στην αναγκαία για αποκλεισμό προσφοράς βεβαιότητα, «σύνταξης» των δηλώσεων τον Ιούλιο 2020, αντί της απλής εκ παραδρομής αναγραφής λάθος αριθμού, ενώ αντίθετα η αναθέτουσα συνήγαγε λόγο αποκλεισμού εκ του συνδυασμού του ως άνω σφάλματος και της έλλειψης της πάντως μη απαιτηθείσας και δη, με σαφήνεια, ως αποκλειστικό μέσο υπογραφής των δηλώσεων, ηλεκτρονικής υπογραφής και ενώ άλλωστε, ο όρος 23.2 όρισε ότι δεν απαιτείται βεβαίωση γνησίου υπογραφής για τις υπεύθυνες δηλώσεις, πράγμα που αρμόζει σε φυσικές και όχι προφανώς ηλεκτρονικές υπογραφές, που εξ αντικειμένου δεν είναι δεκτικές βεβαίωσης γνησίου υπογραφής, με αποτέλεσμα και ως εκ τούτου, ήτοι του οριζόμενου εκ της διακήρυξης ως επιτρεπτού μη τήρησης ενός τύπου αρμόζοντος αποκλειστικά σε φυσικές υπογραφές, να μην καθίσταται αν μη τι άλλο σαφής η επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση για προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή στις υπεύθυνες δηλώσεις και δη, ως αποκλειστικός τύπος παραδεκτής υποβολής τους. Εξάλλου, υπεβλήθη μεταξύ άλλων και υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν συντρέχει κανένας κατ' άρ. 22 της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού για τον Πρόεδρο και τον Δ/ντα Σύμβουλο του, στο δε άρ. 22 περιλαμβάνεται και ο λόγος αποκλεισμού 22.A4.α περί αθέτησης υποχρεώσεων του άρ. 18 παρ. 2 Ν. 4412/2016, στις οποίες περιλαμβάνονται και οι υποχρεώσεις συμμόρφωσης με την περιβαλλοντική νομοθεσία. Άλλωστε, τέτοια παράβαση εκ μέρους του οικονομικού φορέα θα συνεπαγόταν αυτονότητα και ευθύνη του ίδιου του Δ/ντος Συμβούλου του και του Προέδρου του ΔΣ αυτού και άρα, η ως άνω δήλωση ουδόλως αν μη τι άλλο είναι ελλιπής ως προς την έλλειψη του οικείου λόγου αποκλεισμού, ενώ αν η αναθέτουσα τυχόν αμφέβαλλε περί του αν η ως άνω δήλωση καταλείπει περιθώριο παράβασης εκ μέρους της επιχείρησης, διάφορης από τη δηλούμενη ως ανύπαρκτη παράβαση του Προέδρου και Δ/ντος Συμβούλου, δύνατο να ζητήσει κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, αποσαφήνιση παραδεκτά, δεδομένου ότι ούτως δεν θα επέτρεπε την το πρώτον υποβολή εξαρχής ζητούμενης δήλωσης που δεν υπεβλήθη, αλλά τη διευκρίνιση επί ήδη υποβληθείσας δήλωσης. Συνεπώς, κατ' ακύρωση του συνόλου των βάσεων απόρριψης της προσφοράς του, πρέπει να ακυρωθεί ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος.

4. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί

το παράβολο με αρ. και ποσού 1.345,25 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. 755-36/2.9.2020 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. και ποσού 1.345,25 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21-10-2020 και εκδόθηκε στις 26-10-2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ