

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 2 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση σε αναπλήρωση της Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 13-2-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 381/19-2-2021 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 ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας από 3-2-2021 Απόφασης με αρ. 9/2021 Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτό στην ΟΜΑΔΑ 2 ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ επιμέρους εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 9.231,38 ευρώ, τον παρεμβαίνοντα και τον οικονομικό φορέα ..., στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΑΙ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΚΑΙ ΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΠΩΝ ΤΟΥ, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 100.003,88 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 27-10-2020 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 με αρ. ... και ποσού 600,00 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω χρόνου δημοσίευσης και εκτιμώμενης αξίας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, εμπροθέσμως την 13-2-2021 ασκείται προσφυγή, εκ του αποδεκτού και τρίτου μειοδότη στην ΟΜΑΔΑ 2 προσφεύγοντος κατά της εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών και οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτός και πρώτος μειοδότης και προσωρινός ανάδοχος ο ομοίως εμπροθέσμως από 5-3-2021 κατόπιν της από 24-2-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, παρεμβαίνων, ως και ο δεύτερος μειοδότης ..., η δε αναθέτουσα υποβάλλει τις από 3-3-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 9-3-2021 υπόμνημά του. Σημειωτέον, ότι η ΑΕΠΠ αυτεπαγγέλτως κοινοποίησε την προσφυγή στην ..., την 23-4-2021, προκειμένου να ασκήσει τυχόν παρέμβαση, παρότι ήδη από 24-2-2021 η αναθέτουσα είχε και σε αυτόν κοινοποιήσει μήνυμα ανάρτησης της προσφυγής στο portal του διαγωνισμού, όπου ήταν ορατή σε οιονδήποτε. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν κατ' ουσία.

3. Επειδή, όσον αφορά το στρεφόμενο κατά του παρεμβαίνοντος σκέλος της προσφυγής, κατά τις σελ. 3-4 της διακήρυξης ορίστηκε ότι για το είδος 1 αυτής «Υψηλής ποιότητας συνθετικό πολύτυπο λιπαντικό κατάλληλο για την λίπανση πετρελαιοκινητήρων, ενισχυμένο με ειδικά αντιτριβικά, αντισκωριακά και άλλα υψηλής 4 ποιότητας πρόσθετα, πυκνότητας SAE 20W-50, προδιαγραφών API CG-4/CF-4/CF/SG, ACEA A2/B2/E2. Υψηλής ποιότητας συνθετικό λιπαντικό SAE 15W/40 για την λίπανση πετρελαιοκινητήρων, προδιαγραφών API CI-4/CH-4/CG-4/CF-4/CF-2/CF/SL, ACEA E7/E6/E4, A3/B4...», ενώ με την από 10-11-2020 διευκρίνιση αναφέρθηκε ότι «Για τα λιπαντικά SAE 20W50 ισχύει : λιπαντικό υψηλής ποιότητας συνθετικό πολύτυπο λιπαντικό κατάλληλο για την λίπανση πετρελαιοκινητήρων ενισχυμένο με ειδικά αντιτριβικά, αντισκωριακά και άλλα υψηλής ποιότητας πρόσθετα προδιαγραφών API Ci4/ CG-4/CF-4/CF/SL ACEA A3/A4 E7. Για τα λιπαντικά

SAE 15W/40, ισχύει : υψηλής ποιότητας συνθετικό λιπαντικό για την λίπανση πετρελαιοκινητήρων προδιαγραφών API CI -4/CH-4/CG-4/CF-4/CF2/CF/SL, ACEA E7,A3/B4.» και με την από 12-11-2020 ότι «Για τα λιπαντικά SAE 20W50 το ACEA είναι A3/B4/E7». Ο δε παρεμβαίνων που ανεπιφυλάκτως μετείχε αποδεχόμενος τους ανωτέρω όρους υπέβαλε για τα 2 ως άνω είδη τεχνικά φυλλάδια που αναφέρονται σε «πολυβάθμιο ορυκτέλαιο» και όχι συνθετικό λιπαντικό, το οποίο συνιστά άλλο τύπο παραγωγής λιπαντικού, αλυσιτελώς δε τόσο αυτός όσο και η αναθέτουσα προβάλλουν ισχυρισμούς κατά της σκοπιμότητας της απαίτησης και της ισχύος αυτής, ως και ότι οι παραπάνω 2 κατηγορίες λιπαντικών SAE 20W/50 και SAE 15W/40 δεν παράγονται ως συνθετικά λιπαντικά, το πρώτον μεταβάλλοντας το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας. Συνεπώς, ο παρεμβαίνων είναι αποκλειστέος και άρα, παρέλκει η εξέταση των λοιπών κατ' αυτού ισχυρισμών της προσφυγής. Αλυσιτελώς και απαραδέκτως δε προβάλλει δια παρεμβάσεως ισχυρισμούς κατά της προσφοράς του προσφεύγοντος, αφού τούτο είναι δυνατόν να λάβει χώρα αποκλειστικά δια προδικαστικής προσφυγής, την οποία δύνατο άλλωστε να ασκήσει (ΣΤΕ 1573/2019), ενώ δια παρεμβάσεως είναι δυνατή μόνο προβολή λόγων προς τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλομένων δια της προσφυγής, κεφαλαίων της προσβαλλομένης.

4. Επειδή, όσον αφορά το στρεφόμενο κατά της ... σκέλος της προσφυγής, η τελευταία υπέβαλε με την προσφορά της ηλεκτρονική εγγυητική επιστολή συμμετοχής του ΤΜΕΔΕ, πλην όμως ως σαρωμένο (σκαναρισμένο) έγγραφο-εκτύπωση του ηλεκτρονικού εγγράφου και μη ψηφιακά υπογεγραμμένη, όπως προκύπτει από τον φάκελο της προσφοράς στο ΕΣΗΔΗΣ και άρα, αυτή δεν συνιστά (πρωτότυπο) ηλεκτρονικό έγγραφο, αλλά απλό ανεπικύρωτο αντίγραφο τέτοιου πρωτοτύπου. Το ΤΜΕΔΕ κατά την Υπουργική Απόφαση με αριθμ. ... «Έγκριση Καταστατικού του Νομικού Προσώπου Ιδιωτικού Δικαίου με την επωνυμία “Ταμείο Μηχανικών Εργοληπτών Δημοσίων Έργων” (Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. – Ν.Π.Ι.Δ.), συστάθηκε ως ΝΠΙΔ με την ανωτέρω επωνυμία, το οποίο ιδρύθηκε με το άρθρο 86 παρ. 1 του ν. 4387/2016 και έχει ως αντικείμενο την εγγυοδοσία και πιστοδοσία των ασφαλισμένων στον τομέα

ΤΣΜΕΔΕ του τ. ΕΤΑΑ. Σύμφωνα με το άρθρο 86 παρ. 2 του ως άνω Ν. 4387/2016, στο Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. μεταφέρονται αυτοδίκαια οι πάσης φύσεως αρμοδιότητες της Διεύθυνσης Δ' Εγγυοδοσίας και Πιστοδοσίας του τομέα Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. του τ. Ε.Τ.Α.Α., όπως αυτές αναφέρονται στο άρθρο 32 του ν. 3655/2008 σε συνδ. με το άρθρο 7 του π.δ. 62/2006. Επομένως, το ΤΜΕΔΕ κατά την έκδοση εγγυητικών συμμετοχής ασκεί αρμοδιότητες που ο νόμος επιφύλασσε υπέρ του πρώην ΤΣΜΕΔΕ και άρα, κατά την έκδοση αυτή ασκεί δημόσια αρμοδιότητα. Σύμφωνα δε με τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (άρθρο 438), δημόσιο έγγραφο καλείται κάθε έγγραφο το οποίο συντάσσεται κατά τους τύπους που ορίζει ο νόμος, από δημόσιο υπάλληλο, ή λειτουργό, ή πρόσωπο που ασκεί δημόσια υπηρεσία ή λειτουργία, εφόσον το εκδίδον το έγγραφο όργανο, είναι καθ' ύλην και κατά τόπο αρμόδιο για πιστοποίηση όσων βεβαιώνονται στο έγγραφο ότι έγιναν από το πρόσωπο που συντάσσει το έγγραφο, ή ότι έγιναν ενώπιόν του. Ο εννοιολογικός προσδιορισμός του δημοσίου εγγράφου του πιο πάνω άρθρου είναι ενιαίος σε όλο το δίκαιο (ΑΠ 1267/1997 ΝοΒ 1998, 562). Συνεπώς, δεδομένου ότι κατά την έκδοση εγγυητικών συμμετοχής, τα αρμόδια όργανα του ΤΜΕΔΕ ασκούν δημόσια λειτουργία και εκ του νόμου επιφυλασσομένη υπέρ τους αρμοδιότητα, δια των εγγυητικών αυτών πιστοποιούν την εκ του ΤΜΕΔΕ εγγυοδοσία σύμφωνα με τους όρους που αναφέρονται στο σώμα της εγγυητικής και υπέρ του σε αυτήν προσδιοριζόμενου προσώπου, η εγγυητική συμμετοχής του ΤΜΕΔΕ αποτελεί δημόσιο έγγραφο. Περαιτέρω, κατά το εφαρμοστέο ήδη προ δημοσίευσης της νυν διακήρυξης, άρ. 14 παρ. 4 Ν. 4727/2020 (με έναρξη ισχύος από 23-9-2020 κατ' άρ. 237 αυτού) ορίζεται ότι «4. Εκτύπωση πρωτότυπου ηλεκτρονικού δημοσίου εγγράφου ή ηλεκτρονικού ακριβούς αντιγράφου ή ψηφιοποιημένου ηλεκτρονικού αντιγράφου γίνεται υποχρεωτικά αποδεκτή με ισχύ ακριβούς αντιγράφου από τους φορείς του δημοσίου τομέα, από τα δικαστήρια όλων των βαθμών και τις εισαγγελίες όλης της χώρας, καθώς και από φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες, εφόσον είναι δυνατόν να επιβεβαιωθούν η ακρίβεια και η ισχύς της εκτύπωσης με χρήση ΤΠΕ, ιδίως στην περίπτωση που το πρωτότυπο ηλεκτρονικό δημόσιο έγγραφο ή το ηλεκτρονικό ακριβές

αντίγραφο ή το ψηφιοποιημένο ηλεκτρονικό αντίγραφο φέρει μοναδικό αναγνωριστικό αριθμό επαλήθευσης και εφόσον παρέχεται η δυνατότητα επαλήθευσης μέσω πληροφοριακού συστήματος του Δημοσίου. Σε περίπτωση που δεν είναι δυνατόν να επιβεβαιωθούν η ακρίβεια και η ισχύς της κατά το προηγούμενο εδάφιο, απαιτείται η επικύρωση της εκτύπωσης από οποιαδήποτε διοικητική αρχή ή Κέντρο Εξυπηρέτησης Πολιτών (ΚΕΠ) ή δικηγόρο.».

Δεδομένου δε, ότι η ηλεκτρονική εγγυητική του ΤΜΕΔΕ, ως και η ειδικώς εκ του ως άνω οικονομικού φορέα υποβληθείσα, φέρουν όντως μοναδικό αναγνωριστικό αριθμό επαλήθευσης κωδικό και η συγκεκριμένη εγγυητική τον κωδικό ..., ο οποίος μαζί με το αναγραφόμενο σε αυτή ποσό, ημερομηνία έκδοσης και το ηλεκτρονικό κατάστημα/ηλεκτρονική υπηρεσία έκδοσης της (e-eggy) που αναφέρονται στο σώμα της άγουν σε δυνατότητα αυτόματης και άμεσης ταυτοποίησης και πιστοποίησης ακριβείας δια του προσβάσιμου δωρεάν σε οιονδήποτε πληροφοριακού συστήματος και εφαρμογής της ιστοσελίδας <https://validate.tmede.gr/#/>, όπως και ότι αυτή ελέγχθηκε από την αναθέτουσα, όπως αναφέρει στις Απόψεις της κατά τα εξής «κατά τον έλεγχο του φακέλου της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας, η επιτροπή διενέργειας, έλαβε (ηλεκτρονικά) την βεβαίωση της εγκυρότητας της εγγυητικής επιστολής από την ιστοσελίδα του ΤΜΕΔΕ, βάσει της οποίας, η υπό έλεγχο εγγυητική επιστολή συμμετοχής, έχει εκδοθεί από το Ταμείο, στο κατάστημα e-eggy, τον αριθμό της και τα λοιπά στοιχεία της. Η ανωτέρω βεβαίωση της εγκυρότητας, ήταν υπογεγραμμένη, από τον Προϊστάμενο του Τμήματος Χορήγησης Εγγυητικών Επιστολών.» και τούτο πέραν του ότι είναι σκαναρισμένη, σε κάθε περίπτωση φαίνεται σε αυτήν αποτύπωση τόσο ψηφιακής υπογραφής, ιδίως δε και QR code, προκύπτει ότι παραδεκτώς υπεβλήθη ως απλό αντίγραφο και παράγει πλήρη ισχύ ως εγγυητική συμμετοχής, χωρίς υποχρέωση επικύρωσης ή φυσικής προσκόμισης εκτύπωσης ή ηλεκτρονικής υποβολής υπεύθυνης δήλωσης ακριβείας ή ηλεκτρονικής υποβολής του πρωτοτύπου ηλεκτρονικού εγγράφου. Συνεπώς, οι κατά του ως άνω οικονομικού φορέα ισχυρισμοί της προσφυγής είναι απορριπτέοι. Κατά την γνώμη, ωστόσο, του μέλους Ε. Μιχαλίτση, οι σχετικοί ισχυρισμοί είναι βάσιμοι. Ειδικότερα, ανεξαρτήτως εάν η

εγγύηση του ΤΜΕΔΕ συνιστά δημόσιο έγγραφο (βλ. Ν. 4387/16, πρβλ. ΑΠ 741/2017, 781/2019), η ως άνω διάταξη του Ν. 4727/2020 – και δη όσον αφορά σκαναρισμένο αρχείο εκτύπωσης ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικά αρχείου- δεν έχει εφαρμογή στη διαδικασία διενέργειας δημόσιων διαγωνισμών, που διέπεται από ειδικό κανονιστικό πλαίσιο, εκτός αν άλλως ορίζεται ρητώς στο οικείο νομοθέτημα (βλ. σχετική αιτιολογική έκθεση ως προς το άρθρο 19). Εν προκειμένω, στα σχετικά με την υποβολή της εγγύησης συμμετοχής άρθρα (2.1.5. και 2.2.2.) η οικεία διακήρυξη παραπέμπει στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016, στο οποίο μεταξύ άλλων αναφέρεται ρητώς «Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, οι οποίες διενεργούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται, με ευθύνη του οικονομικού φορέα, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη». Επιπροσθέτως, με την παρ. 2.4.2.5. της διακήρυξης όπου προβλέπεται η εφαρμογή του 2690/1999 ως ισχύει και η υποχρέωση υποβολής στον φυσικό φάκελο της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής ενώ προβλέπεται ότι δεν προσκομίζονται έγγραφα που φέρουν ψηφιακή υπογραφή και προφανώς, καθώς έχουν υποβληθεί με ηλεκτρονικά μέσα και φέρουν ψηφιακή υπογραφή, θεωρούνται πρωτότυπα. Επομένως, κατά τις οικείες διατάξεις απαιτείται με βάση την αρχή της τυπικότητας η υποβολή πρωτότυπου εγγράφου της εγγύησης, το οποίο δύναται - εφόσον πρόκειται για ψηφιακά υπογεγραμμένο αρχείο – να υποβληθεί μόνο με την ηλεκτρονική υποβολή της προσφοράς (βλ. και ΑΕΠΠ 140/2020).

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, να απορριφθεί δε καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος στην ΟΜΑΔΑ 2 ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ.

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. ... και ποσού 600,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την με αρ. 9/2021 Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτό τον παρεμβαίνοντα στην ΟΜΑΔΑ 2 ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. ... και ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2-4-2021 και εκδόθηκε στις 7-4-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ