

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 15 Ιουλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24-6-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 791/24-6-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

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

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

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

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της πρόσκλησης για διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση με αρ. πρωτ. 82684/18-6-2020 για τη διαδικασία ανάθεσης

δημόσιας σύμβασης έργου «.....», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 403.225,80 ευρώ.

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 2.017,00 ευρώ φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, με την εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, από 24-6-2020 κατατεθείσα προσφυγή του, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της από 18-6-2020 εκδοθείσας πρόσκλησης για κατ' άρ. 32 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016 διαπραγμάτευση άνευ προηγούμενης δημοσίευσης, στο πλαίσιο διαδικασίας που λόγω αξίας και χρόνου έκδοσης εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, επικαλούμενος τη μη συνδρομή των όρων προκήρυξης της ανάθεσης της σύμβασης με τέτοια διαδικασία, ως αποκλειόμενος δε εκ της δυνατότητας συμμετοχής του στην οικεία διαπραγμάτευση, αφού δεν κλήθηκε σχετικά. Η αναθέτουσα με τις από 1-7-2020 Απόψεις της αιτείται την απόρριψη της προσφυγής, ομοίως δε και οι παρεμβαίνοντες. Οι δε παρεμβάσεις κατατέθηκαν σε φυσικό έγγραφο ενώπιον της αναθέτουσας και όχι της ΑΕΠΠ, οι μεν τωνκαιχωρίς ηλεκτρονική υπογραφή, αλλά με αβεβαίωτη φυσική, η τηςμε αβεβαίωτη φυσική και εκτύπωση ηλεκτρονικής υπογραφής, άνευ προφανώς διαδραστικότητας και εξ αυτής βεβαιότητας γνησίου και χρόνου υπογραφής και χωρίς να αποτελεί αυτή αληθή ηλεκτρονική υπογραφή, η οποία εξάλλου τίθεται επί ηλεκτρονικών εγγράφων και δεν συνιστά ηλεκτρονική υπογραφή η εκτύπωση εγγράφου που τυχόν υπήρχε εικόνα ηλεκτρονικής υπογραφής ή ηλεκτρονική υπογραφή, της οποίας η απλή ένδειξη αποτύπωσης εκτυπώθηκε και τουομοίως με εκτύπωση

ηλεκτρονικής υπογραφής (καίτοι, κατ' άρ. 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, επειδή η διαδικασία διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ, οι παρεμβάσεις έπρεπε να έχουν αποσταλεί από τους παρεμβαίνοντες στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και ηλεκτρονικώς υπογεγραμμένες ως ηλεκτρονικά έγγραφα και όχι ως φωτοσαρωμένες εκτυπώσεις εγγράφων τα οποία έφεραν τυχόν ηλεκτρονική υπογραφή ή ως φωτοσαρωμένα έγγραφα, τα οποία έφεραν φυσική υπογραφή) και απεστάλησαν στην ΑΕΠΠ από την αναθέτουσα, με αποτέλεσμα, να ασκούνται κατά παράβαση του άρ. 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 και των άρ. 362 παρ. 3 (κατά το οποίο η άσκηση της παρέμβασης, υπόκειται στον ίδιο τύπο με αυτόν της προσφυγής) και 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και άρα, είναι και όλες απαράδεκτες άνευ ετέρου. Ειδικώς δε, η παρέμβαση της επανακατατέθηκε ως ηλεκτρονικό έγγραφο δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από την παρεμβαίνουσα, που όμως δεν φέρει αληθώς προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, αλλά φυσική υπογραφή φωτοσαρωμένη (σκαναρισμένη), μαζί με παράσταση ηλεκτρονικής υπογραφής, που δεν είναι ενεργή και δεν διαθέτει διαδραστικότητα, αλλά αποτελεί εκτύπωση τέτοιας ηλεκτρονικής υπογραφής σε έγγραφο που εν συνεχεία σαρώθηκε, χωρίς ομοίως να αποτελεί προηγμένη ηλεκτρονική και εν γένει ηλεκτρονική υπογραφή και άρα, η παρέμβαση ασκείται και πάλι απαραδέκτως, αφού ως ηλεκτρονικό έγγραφο έπρεπε να φέρει ηλεκτρονική υπογραφή για τη βεβαιότητα γνησιότητας και χρόνου θέσης υπογραφής εκ του υπογράφοντος. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατ' άρ. 32 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «*Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις:...* γ) *στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει*

σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη.» Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αιτιολογεί την προσφυγή της στην οικεία διαδικασία, που εκ φύσεως της κατά τα ανωτέρω είναι εκτάκτου χαρακτήρα και πρέπει να δικαιολογείται από συνθήκες κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, που χρήζουν άμεσης αντιμετώπισης χωρίς χρόνο για τη διενέργεια τακτικού χαρακτήρα διαδικασιών, η οποία ανάγκη δεν δύναται να αιτιολογείται επί τη βάσει ολιγωρίας της αναθέτουσας να αντιμετωπίσει περιστατικά που γνώριζε νωρίτερα και εφόσον είχε λάβει αυτά υπόψη της άμεσα, θα δύνατο να τηρήσει τις τακτικές διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης με τις κείμενες κατά νόμο προθεσμίες. Η αναθέτουσα αιτιολογεί τη μη εκ μέρους της τήρηση των εκ του νόμου τακτικών διαδικασιών επί τη βάσει πυρκαγιάς της 13-8-2019 και κήρυξη της περιοχής σε κατάσταση εκτάκτου ανάγκης, της λήψης απόφασης έγκρισης από 16-9-2019 από τα αρμόδια όργανα της Περιφέρειας Στερεάς Ελλάδος, περαιτέρω δε την απόφαση χρηματοδότησης κατόπιν της από 28-2-2020 Απόφασης του Περιφερειάρχη, ως και της από 4-2-2020 Απόφασης Γενικής Γραμματείας Πολιτικής Προστασίας περί επέκτασης της κατάστασης έκτακτης ανάγκης έως την 13-8-2020, προς τον σκοπό της ολοκλήρωσης έργων και δραστηριοτήτων που απαιτούνται για την άμεση αντιμετώπιση καταστροφών, με την οποία το έργο συνδέεται. Περαιτέρω, η αναθέτουσα επικαλείται ότι λόγω της πανδημίας δεν προκήρυξε τη διαδικασία μεταξύ Μαρτίου και Μαΐου 2020 και άρα, προέβη ούτως στην καθυστερημένη εκκίνηση της με τη νυν προσβαλλομένη. Πλην όμως, πρώτον, από το σημείο δημιουργίας της δικαιολογούσας το έργο συνθήκης έως και την έναρξη της πανδημίας, μεσολάβησε διάστημα περίπου 7 μηνών, με αποτέλεσμα προφανώς να παύσει ενδιαμέσως να είναι κατεπείγον και αντικειμενικώς απρόβλεπτο, ενώ εξάλλου, δεύτερον, η πανδημία ουδόλως συνιστά παράγοντα που εμπόδιζε εν όλω τη διενέργεια εν γένει διαγωνιστικών διαδικασιών επί τρίμηνο διάστημα, αφού η έκτακτη σχετική νομοθεσία προέβλεψε μάλιστα πλήθος διευκολύνσεων στους οικονομικούς φορείς (επί παραδείγματι ΠΝΠ 13-4-2020 περί δικαιολογητικών κατακύρωσης), η δε διενέργεια των διαδικασιών είναι ούτως ή άλλως ηλεκτρονική και δεν απαιτούσε τουλάχιστον στο στάδιο υποβολής προσφορών

παρά την υποβολή ηλεκτρονικών εγγράφων, πλήθος δε αναθετουσών προκήρυξαν με τακτικές διαδικασίες πλήθος διαγωνισμών εντός του διαστήματος της πανδημίας. Εξάλλου, ασχέτως τούτου, η καθυστέρηση λήψης απόφασης χρηματοδότησης δεν συνιστά αντικειμενικώς απρόβλεπτο γεγονός ούτε συγκροτεί κατεπείγουσα και απρόβλεπτη ανάγκη, που δικαιολογεί την απόκλιση από τις κατά τον Ν. 4412/2016 σχετικές τακτικές διαδικασίες δημοπράτησης. Περαιτέρω και ασχέτως όλων των ανωτέρω, η πάροδος ενός σχεδόν έτους από τη δημιουργία της προς αντιμετώπιση ανάγκης, ασχέτως ευθύνης της αναθέτουσας για τη διαδρομή του ως άνω διαστήματος, αν μη τι άλλο σημαίνει ότι δεν είναι δυνατόν η ίδια ανάγκη που ήταν κατεπείγουσα πριν ένα έτος να εξακολουθεί να είναι κατεπείγουσα πλέον και άρα, το οποίο κατεπείγον των συνθηκών έχει αρθεί, χωρίς να αναιρείται βέβαια η αναγκαιότητα εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου, το οποίο όμως δεν χαρακτηρίζεται από τον δικαιολογητικό για την προσφυγή στην εξαιρετικού χαρακτήρα διαδικασία του άρθ. 32 Ν. 4412/2016, σκοπό της αντιμετώπισης κατεπείγουσας και απρόβλεπτης αντικειμενικώς ανάγκης. Εξάλλου, η εκ της αναθέτουσας επικαλούμενη ανάγκη αντιμετώπισης των συνθηκών του φθινοπώρου 2020, ως αναγόμενη σε κατάσταση που υφίσταται ήδη εδώ και 1 έτος και συγκεκριμένα από τον Αύγουστο 2019, δεν συνιστά επαρκή αιτιολογία για τη στήριξη κατεπείγουσας ανάγκης, πολλώ δε μάλλον ενώ η αναθέτουσα δύναται δια τακτικής διαδικασίας επιλογής της, εντός ολίγων μηνών ούτως ή άλλως να έχει αναθέσει τη σύμβαση αν επιδείξει την απαιτούμενη επιμέλεια, με αποτέλεσμα το οποίο εκ της προσφυγής στο άρθ. 32 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016 χρονικό όφελος να είναι ιδιαίτερα έλασσον σε σχέση με τον περιορισμό του ανταγωνισμού και κάθε εντεύθεν συνέπεια, αλλά και σε σχέση με το ήδη διελθόν 1 σχεδόν έτος από την έναρξη της προς αντιμετώπιση κατάστασης έως τη δημοπράτηση του έργου. Επιπλέον, η ίδια η αναθέτουσα επικαλείται ότι εξαρχής γνώριζε ότι το έργο δεν ήταν δυνατόν λόγω φυσικών συνθηκών να εκτελεστεί εντός του χειμώνα, με αποτέλεσμα να προκύπτει ότι δυνατό να προγραμματίσει έγκαιρα τις ενέργειες της ώστε να εκτελεσθεί σε μεταγενέστερο κατάλληλο χρόνο, ενώ εξάλλου ο ως άνω ισχυρισμός της

επιβεβαιώνει την έλλειψη του κατεπείγοντος, η έννοια του οποίου ανάγεται στην ανάγκη άμεσης αντιμετώπισης μιας έκτακτης συνθήκης. Συνεπεία των ανωτέρω, μη νομίμως η αναθέτουσα προσέφυγε στην κατ' άρ. 32 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016, χωρίς πλέον και κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλομένης να υφίστανται οι αναγκαίες προϋποθέσεις του κατεπείγοντος και αντικειμενικώς απρόβλεπτου, ενώ και η όποια ενδιάμεση καθυστέρηση, επήλθε οφείλεται σε καθυστερήσεις των εμπλεκόμενων οργάνων και της αναθέτουσας και όχι σε όλως ανυπαίτιες όσον αφορά την αναθέτουσα συνθήκες. Κατ' αποτέλεσμα δε τούτου, οι επιμέρους ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί του τρόπου επιλογής του κύκλου των καλούμενων να προσφέρουν κατά την προσβαλλομένη, στερείται αντικειμένου, αφού πάσχει το ίδιο το έρεισμα προσκλήσεως τους, ήτοι η προσφυγή σε κατ' άρ. 32 παρ. 2 Ν. 4412/2016 διαδικασία χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθούν οι Παρεμβάσεις. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη.

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο με αρ.και ποσού 2.017,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει τις Παρεμβάσεις.

Ακυρώνει τη με αρ. πρωτ. 82684/18-6-2020 πρόσκληση για διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ.και ποσού 2.017,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15-7-2020 και εκδόθηκε στις 4-8-2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΧΑΤΖΗΛΙΑΣ ΗΛΙΑΣ