

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 7^η Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30-1-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/88, της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία, «.....», με έδρα στο, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου Κατερίνης (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά :

--Να ακυρωθεί η με αριθ. 31/2018 απόφαση της οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία επικυρώθηκαν τα αποτελέσματα των σταδίων (Α΄ και Β΄ Φάσης) του ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «*Προμήθεια Ηλεκτρολογικού Υλικού για την συντήρηση δικτύου δημοτικού φωτισμού Δ.Ε Κορινού, Ελαφίνας, Πέτρας και Πιερίων 2017*», εκτιμώμενης αξίας 80.645,10€ μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α., με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της και έγινε δεκτή η προσφορά του συνδιαγωνιζόμενου

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 188280723958 0402 0040, όπως εμφανίζεται από την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του

Αριθμός απόφασης: 223/2018

Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο», και την με αριθ. πρωτ. 329/1-2-2018 βεβαίωση δέσμευσης της αρμόδιας υπαλλήλου της Υπηρεσίας.

2. Επειδή με την με αριθ. 53007/2017 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε η με ανοιχτή διαδικασία επιλογή αναδόχου για την «*Προμήθεια ηλεκτρολογικού υλικού για την συντήρηση Δημοτικού φωτισμού Δ.Ε. Κορινού, Ελαφίνας, Πέτρας και Πιερίων 2017*» εκτιμώμενης αξίας 80.645,10 ευρώ εκτός ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμή (χαμηλότερη τιμή).

3. Επειδή η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με 17PROC002207162 2017-11-08, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό 48539.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως νόμιμα και παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχε η προσφεύγουσα με την προσφορά της υπ' αριθ. 83651 καθώς και ο με την προσφορά του υπ' αριθ. 80856.

6. Επειδή την 9-1-2018 συνήλθε η Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού και εξέδωσε το Πρακτικό Α', σύμφωνα με το οποίο αποσφραγίστηκαν οι προσφορές των παραπάνω οικονομικών φορέων που συμμετείχαν στον διαγωνισμό και καταχωρήθηκαν ως εξής τα δικαιολογητικά συμμετοχής των δύο προσφορών « **1^η προσφορά** : **A. το ΤΕΥΔ της σύμβασης**, συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο ψηφιακά, σύμφωνα με την οδηγία του παραρτήματος II της διακήρυξης. **B Γραμμάτιο Συστάσεως Παρακαταθήκης** με στοιχεία : αριθμός 716/29-11-2017, ποσό 1612,90 ευρώ, φορέας έκδοσης : **TAMEIO ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΩΝ ΚΑΙ ΔΑΝΕΙΩΝ**. Από τα παραπάνω δικαιολογητικά συμμετοχής, κανένα δεν υποβλήθηκε και σε έντυπη (φυσική) μορφή σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.4.2.5 της διακήρυξης.....Μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, η επιτροπή γνωμοδοτεί για : **Την αποδοχή της 2^{ης} προσφοράς** που υποβλήθηκε, δηλαδή της εταιρίας **Την απόρριψη της 1^{ης} προσφοράς** που υποβλήθηκε, δηλαδή της εταιρίας διότι σύμφωνα με το

Αριθμός απόφασης: 223/2018

άρθρο 2.4.6, δεν υποβλήθηκαν εντός τριών ημερών σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 2.4.2.5». Εν συνεχεία την 10-1-2018 συνήλθε εκ νέου η Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού και εξέδωσε το Πρακτικό της Β', σύμφωνα με το οποίο γνωμοδότησε υπέρ της αποδοχής της προσφοράς που υποβλήθηκε από τον

7. Επειδή την 22-1-2018 συνήλθε η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής και εξέδωσε την με αριθ. 31/2018 προσβαλλόμενη απόφαση, σύμφωνα με την οποία ενέκρινε τα δύο ως άνω Πρακτικά Α' και Β' της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού. Η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 24-1-2018, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην προσφεύγουσα, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

8. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα την 30-1-2018, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 1-2-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, του ΠΔ 39/2017. Η προσφυγή δεν ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που προβλέπεται στα άρθ. 362 παρ. 2 και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017, ωστόσο φέρει τα απαιτούμενα από τον νόμο στοιχεία κατά την προβλεπόμενη σειρά και τάξη.

9. Επειδή η προσφυγή εισήχθη ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, 365 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 8, 10, 112, 13 του ΠΔ 39/2017, και κατόπιν της με αριθ. 126/2018 πράξης της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή.

10. Επειδή την 2-2-2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α κοινοποίηση του ΠΔ 39/2017 της υπό εξέταση προσφυγής με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

11. Επειδή την 7-2-2018 η αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απέστειλε στην ΑΕΠΠ με το αριθ. πρωτ. Οικ.4856/7-2-2018

Αριθμός απόφασης: 223/2018

έγγραφό της «τον πλήρη φάκελο του διαγωνισμού....και τις απόψεις της Επιτροπής Διαγωνισμού επί της προσφυγής», σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

12. Επειδή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας ισχυριζόμενη με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ότι σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παράγραφο 2.4.2.5 της διακήρυξης ο συμμετέχων στον διαγωνισμό που έχει υποβάλει προσφορά με τα στοιχεία και δικαιολογητικά του σε ηλεκτρονική μορφή τα προσκομίζει και σε έντυπη μορφή εντός τριών εργασίμων ημερών, πράγμα που η ίδια εκ παραδρομής δεν έπραξε. Όμως, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψηφίους σε οιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν σε έντυπη μορφή και σε εύλογη προθεσμία όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά και στοιχεία που έχουν υποβάλει ηλεκτρονικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας, πράγμα που μπορούσε και όφειλε να πράξει αλλά όμως δεν έπραξε η αναθέτουσα αρχή. Ισχυρίζεται δε η προσφεύγουσα ότι την μεν 17-1-2018 προσκόμισε στην αναθέτουσα αρχή το σώμα της εγγυητικής συμμετοχής και την δε 29-1-2018 προσκόμισε σε έντυπη μορφή τα λοιπά στοιχεία της προσφοράς της, χωρίς να δημιουργείται κώλυμα στην διαφάνεια της διαδικασίας και εξυπηρετώντας τον σκοπό της διακήρυξης, δηλαδή την συμμετοχή περισσότερων ενδιαφερομένων στον διαγωνισμό. Περαιτέρω ισχυρίζεται η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ότι έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά του άλλου διαγωνιζόμενου φορέα επειδή παρά τον νόμο προσκόμισε μη άρτια εγγυητική συμμετοχής η οποία δεν αναφέρει το ΑΦΜ. Και επίσης ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση επειδή αναφέρει ότι «από το υποβληθέν ΤΕΥΔ προκύπτει ότι δεν βρίσκεται σε μία από τις περιπτώσεις της παραγράφου 2.2.3 και πως ικανοποιούνται τα κριτήρια της ποιοτικής επιλογής που τίθενται στην παράγραφο 2.2.4 της διακήρυξης». Και επομένως κατά την προσφεύγουσα «Φαίνεται συνεπώς, να έχουν ερευνηθεί μόνον οι περιπτώσεις της παραγράφου 2.2.3 κα 2.2.4 της διακήρυξης και να μην έχουν ελεγχθεί και οι λοιπές προϋποθέσεις για την αποδοχή της προσφοράςόπως εάν συντρέχει λόγος κατ' άρθρα 2.1.2, 2.2.3.1, 2.2.3.2, 2.2.5.2 (νομίμως

Αριθμός απόφασης: 223/2018

προσκομισθέντα πρωτότυπα δικαιολογητικά ή κεκυρωμένα σύμφωνα με το Νόμο αντίγραφα που φέρουν ημερομηνία έκδοσης εντός 6 μηνών που προηγούνται της ημερομηνίας υποβολής των δικαιολογητικών της πρόσκλησης, ήτοι ποινικό μητρώο, αποδεικτικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, βεβαίωση του οικείου εμπορικού μητρώου από το Επιμελητήριο, καθώς και η υπεύθυνη δήλωση της 2.4.3.2).»

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει στις απόψεις της επί της προσφυγής ότι η προσφεύγουσα « αντιλήφθηκε στις 17-1-2018 δηλαδή μετά την ηλεκτρονική υποβολή των δικαιολογητικών και οκτώ ημέρες μετά την έγκριση του πρακτικού διενέργειας του διαγωνισμού ότι δεν συμμορφώθηκε με τις υποδείξεις της παραγράφου 2.4.2.5 στην οποία με έντονα γράμματα (bold) αναφέρεται ότι «Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομιστούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά είναι ενδεικτικά η εγγυητική επιστολή συμμετοχής...»....το ίδιο αναφέρεται και στο άρθρο 2.4.3.1-β) της διακήρυξης. Στην παράγραφο 2.4.2.5 της διακήρυξης αναφέρεται ότι «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί...όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας»⁵⁶ » Στην υποσημείωση 56 για την επεξήγηση της συγκεκριμένης παραγράφου αναφέρεται ότι «Σε περίπτωση που, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, κρίνεται σκόπιμο από την Α.Α. να προσκομιστούν στοιχεία πρόσφορα να αποδείξουν την οικονομική προσφορά, ιδίως όταν αυτή περιλαμβάνει ανάλυση κόστους». Είναι προφανές λοιπόν ότι τα δικαιολογητικά στα οποία αναφέρεται η συγκεκριμένη παράγραφος της διακήρυξης, είναι δικαιολογητικά τα οποία αφορούν στα επόμενα στάδια και όχι αυτό των δικαιολογητικών συμμετοχής....Σε αντίθετη περίπτωση θα έπρεπε να γίνονται δεκτές και προσφορές με κενό φάκελο κάτι που εξυπακούεται ότι δεν είναι αποδεκτό». Περαιτέρω, σχετικά με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ως προς τον αποκλεισμό του έτερου προσφέροντος, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις απόψεις της, ότι «προχώρησε ως όφειλε με την εκδότρια τράπεζα της εγγυητικής επιστολής, η οποία κι με το αρ. πρωτ. : 61976-14/12/2018 έγγραφό της απάντησε ότι η

Αριθμός απόφασης: 223/2018

εγγυητική επιστολή που προσκομίστηκε από τον αφορά το εν λόγω διαγωνισμό και ισχύει έως την επιστροφή της. Συνεπώς δεν τίθεται θέμα εγκυρότητας της εγγυητικής επιστολής.....Τα δικαιολογητικά συμμετοχής σύμφωνα με το άρθ. 2.4.3 της διακήρυξης είναι το ΤΕΥΔ και η εγγύηση συμμετοχής και αυτά έλεγξε η επιτροπή. Τα υπόλοιπα δικαιολογητικά που αναφέρει στην προδικαστική προσφυγή η εταιρεία, ποινικό μητρώο κλπ είναι έγγραφα τα οποία ζητούνται στο στάδιο της κατακύρωσης κάτι που αναφέρεται ξεκάθαρα στο άρθρο 3.2 της διακήρυξης...Συνεπώς...η εταιρείαορθώς αποκλείστηκε από την συνέχεια της διαδικασίας.»

13. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό με την υπ' αριθ. 83651 προσφορά της, και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της. Η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον να αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος της που αποδέχεται την προσφορά του άλλου διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, εφόσον ήθελε προηγουμένως κριθεί ότι παρά τον νόμο αποκλείσθηκε η δική της προσφορά από τον διαγωνισμό.

14. Επειδή, σε συνέχεια του συνόλου των ανωτέρω, και με την επιφύλαξη της σκέψης 13 δεύτερο εδάφιο, παραδεκτώς ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, και νομίμως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

15. Επειδή το Άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τίτλο «*Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)*» προβλέπει στην παράγραφο 1 τα κάτωθι : «1. Οι αναθέτουσες Αριθμός απόφασης: 37/2018 10 αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης...[...]»

16. Επειδή το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 με τίτλο «*Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης*» προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής : «1. Οι όροι των

Αριθμός απόφασης: 223/2018

εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

17. Επειδή το άρθ. 71 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Γενικές αρχές (άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» προβλέπει ότι : « Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος και στα έγγραφα της σύμβασης, λαμβανομένου υπόψη, κατά περίπτωση, του άρθρου 57...»

18. Επειδή το άρθ. 72 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Εγγυήσεις» προβλέπει ότι : « 1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση..... Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης....»

19. Επειδή το άρθ. 91 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών » προβλέπει ότι :« 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102....»

20. Επειδή το άρθ. 93 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής»» προβλέπει ότι : « Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει: β) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων: αα) υπεύθυνη

Αριθμός απόφασης: 223/2018

δήλωση κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79, ββ) εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72»

21. Επειδή το άρθ. 96 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής» προβλέπει ότι : «1. Όσοι επιθυμούν να λάβουν μέρος σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, πρέπει να υποβάλλουν, επί αποδείξει, προσφορά ή αίτηση συμμετοχής, εντός της προθεσμίας που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης....»

22. Επειδή το άρθρο 11 με τίτλο «Υποβολή και αξιολόγηση προσφορών και δικαιολογητικών συμμετοχής και κατακύρωσης» της Π1/2390/13 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) » προβλέπει ότι «1. Χρόνος και τρόπος υποβολής 1.1. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν την προσφορά, τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή τους σε διαγωνιστική διαδικασία και μέχρι τη σύναψη της σύμβασης με τρόπο και σε χρόνο που ορίζεται στην περίπτωση β της παραγράφου 2 και στην παράγραφο 3 του άρθρου 6 του ν. 4155/2013 και τις διατάξεις της κατά περίπτωση κείμενης νομοθεσίας κατά το μέρος που αυτές δεν έρχονται σε αντίθεση με τις διατάξεις του ως άνω νόμου και της παρούσης. Η ως άνω ηλεκτρονική υποβολή γίνεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3 της παρούσης. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν τη προσφορά τους σε ηλεκτρονικό φάκελο μέσα στη προθεσμία που ορίζεται στη σχετική διακήρυξη ή πρόσκληση. Τα περιεχόμενα του ανωτέρου φακέλου ορίζονται ως εξής: (α) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» καθώς και1.2. Ο χρήστης - οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους, μέσω του Συστήματος, όπως περιγράφεται παρακάτω: 1.2.1. Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στη διαγωνιστική διαδικασία υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου τύπου. pdf και προσκομίζονται κατά περίπτωση από αυτόν εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή.1.2.3. Ο χρήστης - οικονομικός φορέας υποβάλλει την εγγυητική επιστολή συμμετοχής ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου. pdf και υποχρεούται να την υποβάλλει σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) σε προθεσμία που δεν υπερβαίνει τις τρεις (3) εργάσιμες ημέρες από την ηλεκτρονική υποβολή.»

23. Επειδή το άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24 ορίζει ρητώς τα εξής : « 3. Όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται από τους οικονομικούς φορείς είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν — εφόσον δεν ορίζεται άλλως από την εθνική νομοθεσία με την οποία εφαρμόζεται η παρούσα οδηγία— να ζητούν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση εντός εύλογης προθεσμίας υπό την προϋπόθεση ότι τα σχετικά αιτήματα υποβάλλονται τηρουμένων απολύτως των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας».

24. Επειδή το άρθρο 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» προβλέπει ότι : «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφιών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη

Αριθμός απόφασης: 223/2018

αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

25. Επειδή στον όρο 1.2 της διακήρυξης με τον τίτλο «Είδος διαδικασίας» προβλέπεται ότι : «Ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/16, μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ www.promitheus.gov.gr, σύμφωνα με το ά.36 του Ν.4412/2016.» Και περαιτέρω στον όρο 1.5 «Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού» προβλέπεται ότι : « **Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι: 05.12.2017** ημέρα Παρασκευή και ώρα 15:00 μ.μ.14 **Ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών (κατά το ά.3.1.1 της διακήρυξης): 08.12.2017** ημέρα Παρασκευή και ώρα **09:00 π.μ.**»

26. Επειδή στον όρο 2.2.2 της διακήρυξης με τον τίτλο «Εγγύηση συμμετοχής» προβλέπεται ότι : «2.2.2.1. Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή

Αριθμός απόφασης: 223/2018

συμμετοχής Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά:.....».

27. Επειδή στον όρο **2.4.2 «Χρόνος και Τρόπος υποβολής προσφορών»** προβλέπεται ότι : « 2.4.2.1. Οι προσφορές υποβάλλονται από τους ενδιαφερόμενους ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζει η παρούσα διακήρυξη (άρθρο 1.5 της παρούσας), στην Ελληνική Γλώσσα, σε ηλεκτρονικό φάκελο, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο ν.4412/2016 , ιδίως άρθρα 36 και 37 και την Υπουργική Απόφαση αριθ.56902/215/19.05.2017.... 2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με το ά.2.4.3.2 της παρούσας... 2.4.2.4. Ο οικονομικός φορέας συντάσσει την τεχνική και οικονομική του προσφορά συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος....2.4.2.5. Ο χρήστης - οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του Συστήματος, όπως περιγράφεται παρακάτω: Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στη διαδικασία υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείων τύπου .pdf.... **Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014.** Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά είναι ενδεικτικά η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, τα πρωτότυπα έγγραφα τα οποία έχουν εκδοθεί από ιδιωτικούς φορείς και δεν φέρουν επικύρωση από δικηγόρο, καθώς και τα έγγραφα που φέρουν τη Σφραγίδα της Χάγης (Apostille)..... Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά την διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν σε έντυπη μορφή και σε εύλογη προθεσμία όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά και στοιχεία που έχουν υποβάλει ηλεκτρονικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας(56)». Στην δε υποσημείωση (56) αναφέρεται ότι : «Σε περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 223/2018

που, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, κρίνεται σκόπιμο από την Α.Α. να προσκομιστούν στοιχεία πρόσφορα να αποδείξουν την οικονομική προσφορά, ιδίως όταν αυτή περιλαμβάνει ανάλυση κόστους, περιγράφεται στο περιεχόμενο του υποφακέλου οικονομικής προσφοράς και ο τρόπος υποβολής τους». Επίσης στον όρο **2.4.3** της διακήρυξης με τίτλο **«Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά»** προβλέπεται ότι : « 2.4.3.1 Τα δικαιολογητικά συμμετοχής που θα υποβληθούν είναι τα εξής: α) Το τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (ΤΕΥΔ),β) εγγύηση συμμετοχής, σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν.4412/2016, τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 της παρούσας διακήρυξης. Η εγγυητική επιστολή συμμετοχής προσκομίζεται σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή.»

28. Επειδή στον όρο 2.4.6 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπεται ότι : «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, **απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση,** προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 1.3, 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), **2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς)**.... β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης,..... θ) η οποία παρουσιάζει **ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται** από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.»

29. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους διαγωνιζόμενους όσο και την αναθέτουσα αρχή, η οποία υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 105/2003, ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003,

Αριθμός απόφασης: 223/2018

Ε.Α. 523/2010). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000, ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993) Περαιτέρω, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, ιδρύουν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

30. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και Ψ-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). 37.

31. Επειδή η εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να δέχεται οποιαδήποτε διόρθωση παραλείψεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, συνεπάγονται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του ενδιαφερόμενου προσφέροντος (απόφαση της 10ης Νοεμβρίου του 2016, C-199/15, Ciclat Soc. coop. κατά Consip SpA, Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, σκέψη 30, απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψη 46).

32. Επειδή περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και

Αριθμός απόφασης: 223/2018

της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα, οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού και συνακόλουθα την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

33. Επειδή, από την ρητή διατύπωση των ως άνω όρων της διακήρυξης σε συνδυασμό με τις ως άνω διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας καθίσταται σαφές ότι απαιτείται υποχρεωτικά, και μάλιστα εντός προθεσμίας τριών ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των προσφορών, η προσκόμιση και η κατάθεση στην αναθέτουσα αρχή -εντός σφραγισμένου φακέλου- του σώματος της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που υποβλήθηκε ηλεκτρονικά από τον διαγωνιζόμενο, και μάλιστα επί ποινή απόρριψης της προσφοράς του και αποκλεισμού του από την συνέχιση της διαδικασίας. Συνεπώς κατά τα ως άνω, η επίμαχη εγγυητική επιστολή συμμετοχής της προσφεύγουσας έπρεπε να κατατεθεί σε φυσική μορφή το αργότερο την 9-12-2017, δεδομένου ότι η προσφορά της κατατέθηκε την Πέμπτη 4-12-2017, ως εμφανίζεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και αναφέρεται στο Πρακτικό Α της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού που επικυρώθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση.

34. Η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί αλλά παραδέχεται στην προσφυγή ότι εκ παραδρομής δεν υπέβαλε εμπροθέσμως το σώμα της εγγυητικής της συμμετοχής αλλά ότι το κατέθεσε την 17-1-2018 με το με αριθ. 2112/2018 έγγραφό της, το οποίο εξ άλλου επεσύναψε και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής. Όμως στην προκείμενη περίπτωση, η σχετική υποχρεωτική πρόβλεψη προσκόμισης εντός τριών εργασίμων ημερών της κατατεθείσας ηλεκτρονικά εγγυητικής συμμετοχής και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού από την διαδικασία, προβλέπεται σαφώς στην διακήρυξη (ιδία όροι 2.4.2.5, 2.4.3, 2.4.6) και στον νόμο, και επομένως ο αποκλεισμός της προσφοράς της προσφεύγουσας αποφασίστηκε κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, κρίνεται αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δεν πλήσσει η αρχή της διαφάνειας εφόσον η

Αριθμός απόφασης: 223/2018

προσφορά της γίνει δεκτή, δεδομένου ότι προσκόμισε την εγγυητική της και ένα ακόμη μήνα μετά την καταληκτική επί ποινή αποκλεισμού προθεσμία προσκόμισής της και ενώ είχαν ήδη ανοιχθεί οι προσφορές, και πάντα ταύτα σε αντίθεση με τους αντίθετους ρητούς και σαφείς όρους της διακήρυξης.

35. Επειδή, αντιστοίχως, κρίνεται αβάσιμος και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να την καλέσει όπως καταθέσει το σώμα της εγγυητικής επιστολής, δεδομένου ότι η κατ' άρθ 102 του ν. 4412/2016 υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ζητεί διευκρινήσεις επί της υποβληθείσας προσφοράς εφόσον επίκειται αποκλεισμός του διαγωνιζόμενου υφίσταται εφόσον μέλλει να διευκρινισθούν επουσιώδεις ασάφειες, ελλείψεις σφάλματα και παραδρομές της προσφοράς. Όμως εν προκειμένω, ουδεμία διευκρίνιση θα ήταν δυνατόν να ζητηθεί από την προσφεύγουσα, δεδομένου ότι ο αποκλεισμός της δεν συσχετίζεται με ασάφεια της προσφοράς της αλλά με παράβαση ουσιώδους και επί ποινή αποκλεισμού όρου της διακήρυξης ήτοι ελλείπον έγγραφο, πράγμα το οποίο σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ως επουσιώδης παράλειψη ή ήσσονος σημασίας σφάλμα. Αντίθετη ερμηνεία θα οδηγούσε σε εκπρόθεσμη υποβολή εγγράφου του οποίου όμως η εμπρόθεσμη υποβολή προβλέπεται επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς, πράγμα που προσκρούει στην αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας, και εν τέλει καταλήγει στην απαράδεκτη κατά τον νόμο τροποποίηση της υποβληθείσας προσφοράς με προσκόμιση εγγράφου το οποίο δεν υποβλήθηκε κατά τον δεσμευτικό τρόπο και χρόνο που απαιτεί η διακήρυξη και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού του προσφέροντος, σύμφωνα με τα αναλυτικώς εκτεθέντα στη σκέψη 32 της παρούσας.

36. Επειδή, επίσης, κρίνεται αβάσιμος και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι σύμφωνα με την διακήρυξη και χάριν της ορθής διεξαγωγής της διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να την καλέσει όπως προσκομίσει το ελλείπον σώμα της εγγυητικής συμμετοχής, δεδομένου ότι κατά τα ως άνω αποτελεί δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας να απορρίψει άνευ ετέρου προσφορά με έγγραφα που υπολείπονται των απαιτούμενων, επί ποινή αποκλεισμού. Συνεπώς, υπό τις συγκεκριμένες πραγματικές συνθήκες, τυχόν πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής προς συμπλήρωση της προσφοράς της προσφεύγουσας όχι μόνον δεν θα εξυπηρετούσε την ορθή

Αριθμός απόφασης: 223/2018

διεξαγωγή της διαδικασίας αλλά τουναντίον θα έπλησσε την νομιμότητα, τυπικότητα και διαφάνεια της διαδικασίας, καθώς θα συνέτρεχε περίπτωση παράβασης του ρητού και απαραβάτου όρου της διακήρυξης περί αποκλεισμού προσφοράς εφόσον δεν προσκομίστηκε η εγγυητική συμμετοχής εντός τριών εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή της. Εξάλλου, ο όρος της διακήρυξης τον οποίο επικαλείται η προσφεύγουσα ότι δηλαδή η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητά οποτεδήποτε την υποβολή σε έντυπη μορφή και σε εύλογη προθεσμία οποιουδήποτε δικαιολογητικό ή στοιχείο που υποβλήθηκε ηλεκτρονικά, δεν βρίσκει εφαρμογή στην προκειμένη περίπτωση επειδή i) Ο συγκεκριμένος όρος σαφώς παραπέμπει στην υποσημείωση (56) βάσει της οποίας το παραπάνω δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής ασκείται προκειμένου να προσκομιστούν στοιχεία πρόσφορα να αποδείξουν την οικονομική προσφορά που περιγράφεται στον υποφάκελο της οικονομικής προσφοράς και ii) Επειδή σε κάθε περίπτωση, ο όρος τούτος δεν μπορεί να υποκαταστήσει ούτε να εφαρμοστεί εναλλακτικά σε σχέση με τον διακριτό συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης περί της υποβολής του σώματος της εγγυητικής συμμετοχής στο συγκεκριμένο προβλεπόμενο χρονικό σημείο, αλλά ο ως άνω όρος περί διευκρινήσεων συσχετίζεται με άλλα έγγραφα τα οποία αφορούν στην πληρότητα ή μη του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής και την συνακόλουθη αποδοχή ή αποκλεισμό της προσφοράς.

37. Συνεπώς κατά τα ως άνω, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος ο πρώτος λόγος της προσφυγής καθόσον δεν έσφαλε η προσβαλλόμενη απόφαση και ορθώς αποκλείστηκε η προσφορά της προσφεύγουσας.

38. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, που στρέφεται κατά της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 66/2012, 64/2012, 135, 301/2011, 39, 74, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 736, 1450/2007 και 666/2006 κα). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της

Αριθμός απόφασης: 223/2018

διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλονται ισχυρισμοί αναφερόμενοι αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 κ.α. αλλά και Φ. ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδοση, παρ. 141-142, σελ.100).

39. Επειδή, σε συνέχεια των όσων αναφέρθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, για τη θεμελίωση παραβίασεως της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης κρίσιμο είναι εάν εχώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών και όχι εάν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 274/2012 σκ.12). Στην προκείμενη περίπτωση, δεν υπάρχει περιθώριο εφαρμογής της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης, διότι το γεγονός της αναγραφής ή μη του ΑΦΜ επί της εγγυητικής συμμετοχής και το γεγονός της μη προσκόμισης άλλων -διαφόρων της εγγυητικής επιστολής- δικαιολογητικών, από τον συνδιαγωνιζόμενο, διακρίνεται προφανώς από την μη προσκόμιση του σώματος της εγγυητικής συμμετοχής εντός τριών ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή της, γεγονός το οποίο και αποτέλεσε τον λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας εταιρείας. Επομένως, ο δεύτερος προβαλλόμενος λόγος κρίνεται, ελλείπει εννόμου συμφέροντος, ως απαραδέκτως προβαλλόμενος.

40. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

41. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

42. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 223/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 7-3-2018 και εκδόθηκε την 26-3-2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου

Βασιλική Μπάκου