

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Μαρτίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.01.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 114/03.02.2020 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «» που εδρεύει στον,, αρ., Κτίριο', Τ.Κ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «-.....» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών της 23^{ης}/20.12.2019 τακτικής συνεδρίασης, Θέμα 4^ο) του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η επικύρωση του από 25.11.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης και Ελέγχου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το «-.....» ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών

Αριθμός Απόφασης: 335/2020

(Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 19.8.2018, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια του είδους «ΙΑΤΡΙΚΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ» για τις ανάγκες του «-» (Οργανική Μονάδα «» Οργανική Μονάδα «») (CPV), προϋπολογισθείσας δαπάνης εννιακοσίων πενήντα δύο χιλιάδων διακοσίων ογδόντα ευρώ και πενήντα επτά λεπτών (925.280,57 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 30^η Ιανουαρίου 2019, ημέρα Τετάρτη και ώρα 14:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 6^η Φεβρουαρίου 2019, ημέρα Τετάρτη και ώρα 11:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 25.01.2019 και ώρα 14:34:23 μ.μ. την υπ' αριθμ. προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση Προσφυγή της, στρέφεται κατά της Απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικών της 23^{ης}/20.12.2019 τακτικής συνεδρίασης, Θέμα 4^ο) του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ:), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 23.01.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 31.01.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η απόρριψη της προσφοράς της, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί-μεταρρυθμιστεί η προσβαλλόμενη Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών της 23^{ης}/20.12.2019 τακτικής συνεδρίασης, Θέμα 4^ο) του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ:)

Αριθμός Απόφασης: 335/2020

δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η επικύρωση του από 25.11.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης και Ελέγχου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της και να ακυρωθεί, άλλως μεταρρυθμιστεί κάθε συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 29.01.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης: 335/2020

10. Επειδή, στις 03.02.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 154/03.02.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής & Εισηγητή – Κλήση περί Απόψεων επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 03.02.2020 και δεν υπέβαλε, εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν απορριπτέα, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών της 23^{ης}/20.12.2019 τακτικής συνεδρίασης, Θέμα 4^ο) του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ:) δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η επικύρωση του από 25.11.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης και Ελέγχου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της.

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

13. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων»

(άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

14. Επειδή, περαιτέρω, στο Κεφάλαιο 2 της Διακήρυξης με τίτλο «ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ», άρθρο 2.4 με τίτλο «Κατάρτιση-Περιεχόμενο προσφορών», παρ. 2.4.2 με τίτλο «Χρόνος και Τρόπος υποβολής προσφορών», υποπαρ. 2.4.2.1. (σελ. 21), ορίζεται ότι: «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, στην Ελληνική Γλώσσα, σε ηλεκτρονικό φάκελο, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στον ν. 4412/2016, ιδίως άρθρα 36 και 37 και την Υπουργική Απόφαση αριθμ. 56902/215 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)». [...]» και στην υποπαρ. 2.4.2.5. (σελ. 21), ορίζεται ότι: «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 και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής. [...]», ενώ στην παρ. 2.4.3 με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» (σελ. 22), ορίζεται ότι: «**2.4.3.1** Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016

Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της

διακήρυξης (Παράρτημα II). Υποβάλλεται από τους προσφέροντες και στους δύο (2) τύπους αρχείων. [...]».

15. Επειδή, έτι περαιτέρω, στο Παράρτημα II – ΕΕΕΣ της Διακήρυξης (σελ. 85), ορίζεται ότι: «[...] Η διαδικασία υποβολής από τον υποψήφιο έχει ως εξής: Ο υποψήφιος οικονομικός φορέας πρέπει να «κατεβάσει» το αρχείο από το ΕΣΗΔΗΣ, να το αποθηκεύσει στον Η/Υ του και να μεταβεί στην ιστοσελίδα <https://ec.europa.eu/growth/toolsdatabases/espd/filter?lang=el>. Στην ιστοσελίδα αυτή, πρέπει να επιλέξει «Εισαγωγή ΕΕΕΣ» και να τηλεφορτώσει («ανεβάσει») το αρχείο του συγκεκριμένου ΕΕΕΣ του διαγωνισμού που τηλεαποθήκευσε («κατέβασε») από το ΕΣΗΔΗΣ.

Στην ανωτέρω ιστοσελίδα, συμπληρώνει και επιλέγει ηλεκτρονικά, τα κατάλληλα πεδία που έχουν καθοριστεί από τον αναθέτοντα φορέα, καθώς και τα πεδία με την ημερομηνία και τον τόπο σύνταξης. Αν είναι δυνατό, υπογράφει ψηφιακά στο κατάλληλο σημείο.

Επιλέγει «Εκτύπωση». Το αρχείο εμφανίζεται σε εκτυπώσιμη μορφή και είναι πλέον δυνατή η εκτύπωση του με χρήση κάποιου προγράμματος εκτυπωτή σε μορφή .pdf. σε περιβάλλον Microsoft Windows, το eΕΕΕΣ μπορεί να εκτυπωθεί ως αρχείο PDF μέσω του Chrome (έχει ήδη ενσωματωμένη λειτουργία εκτύπωσης PDF). Διαφορετικά, μπορεί να χρησιμοποιήσει οποιοδήποτε πρόγραμμα δημιουργίας αρχείων PDF που διατίθεται δωρεάν στο διαδίκτυο. Σε περιβάλλον Mac OSX ή Linux, το eΕΕΕΣ μπορεί να εκτυπωθεί από κάθε φυλλομετρητή.

Υπογράφει ψηφιακά το αρχείο pdf που εκτύπωσε (ακόμη και αν το έχει υπογράψει ψηφιακά στην ιστοσελίδα).

Υποβάλλει το αρχείο του ΕΕΕΣ τόσο σε μορφή .xml (αν έχει δημιουργηθεί από τον Α.Φ.) όσο και σε .pdf στο φάκελο της προσφοράς του με τα δικαιολογητικά συμμετοχής.

Η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, αξιολογεί το ΕΕΕΣ είτε με τη χρήση του αρχείου .pdf (είτε με την τηλεφόρτωση του αρχείο .xml) στην ιστοσελίδα που

το

δημιούργησε

(<https://ec.europa.eu/growth/toolsdatabases/espd/filter?lang=el>). [...].».

16. Επειδή, στο άρθρο 15 με τίτλο «Υποβολή Προσφορών-Αιτήσεων Συμμετοχής» της υπ' αριθμ. 56902/215 Κ.Υ.Α. «*Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)*» (ΦΕΚ Β' 1924/02.06.2017), ορίζεται ότι: «1.2.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «*Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά*» υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)* και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής. [...]. 1.2.2. Ο οικονομικός φορέας συντάσσει την τεχνική και οικονομική του προσφορά συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και επισυνάπτοντας στον ηλεκτρονικό χώρο «*Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς*» και στον κατά περίπτωση (υπο)φάκελο όλα τα στοιχεία της προσφοράς του σε μορφή αρχείου *PortableDocumentFormat(PDF)*.».

17. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

18.Επειδή, όπως έχει κριθεί η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac-Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της Διακήρυξης προϋποθέτει τη σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

19.Επειδή, περαιτέρω, όπως παγίως έχει κριθεί τυχόν πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, Προσφορά τους (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987, ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

20.Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, η οποία κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 25 παρ. 1 Συντ., αναλύεται στις αρχές της αναγκαιότητας, καταλληλότητας και αναλογικότητας με τη στενή έννοια, και κατατάσσεται εντός των αρχών ενωσιακού δικαίου κατά την πάγια νομολογία

ΔΕΕ. Έχει, δε, την έννοια ότι ένα κράτος μέλος οφείλει κατά τη διαδικασία επιλογής των κατάλληλων προς λήψη μέτρων, να επιλέγει αυτά που προξενούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση της διακριτικής του ευχέρειας, προκρίνοντας μεταξύ μέτρων που θεωρεί αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (βλ. μεταξύ άλλων ΔΕΕ απόφαση της 1-12-2011, υπόθεση C145/10, ΔΕΚ απόφαση της 20ης Ιουνίου 2002 C313/99, κα).

21. Επειδή η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

22. Επειδή, οι αρχές της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

23. Επειδή, κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια, η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, τη συστημική, υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων και την τελολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος,

Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140).

24. Επειδή, με τους ισχυρισμούς της, όπως αναλύονται στις σελ. 5-10 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «II. Νομικές και πραγματικές αιτιάσεις: Παραβίαση των σχετικών διατάξεων και αρχών της ευρωπαϊκής και ημεδαπής νομοθεσίας για την διεξαγωγή των δημοσίων διαγωνισμών καθώς και της αρχής της χρηστής διοίκησης και της προστασίας του διοικουμένου.», «II. Υποχρέωση προσκόμισης Ε.Ε.Ε.Σ.» και «IV. Ακυρότητα της προσβαλλόμενης Απόφασης», η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που αποκλείει την προσφορά της από τη συνέχεια του διαγωνισμού είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα. Συγκεκριμένα, επικαλείται η προσφεύγουσα ότι εσφαλμένα απορρίφθηκε η προσφορά της, με την αιτιολογία ότι κατά παράβαση ρητού όρου της διακήρυξης (παρ. 2.4.3), υπέβαλε το Ε.Ε.Ε.Σ. της μόνο σε μορφή «.pdf» και όχι και σε μορφή «.xml». Προς επίρρωση του σχετικού ισχυρισμού της, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι ο επίμαχος όρος της διακήρυξης αντιβαίνει σε θεμελιώδεις αρχές και διατάξεις του Ν. 4412/2016 και του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενώ η απόρριψη της προσφοράς της εξ αυτού του λόγου συνιστά ένα άκρως δυσανάλογο μέτρο, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, το οποίο έλαβε η αναθέτουσα αρχή, θέτοντας αδικαιολόγητα εμπόδια στην όσον το δυνατόν μεγαλύτερη συμμετοχή οικονομικών φορέων στον επίμαχο διαγωνισμό.

25. Επειδή, αναφορικά με τους υπό κρίση ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Όπως προέκυψε μετά από ενδελεχή μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, ενώ ούτε και η ίδια η προσφεύγουσα αμφισβητεί το διαπιστωθέν με την προσβαλλόμενη απόφαση, γεγονός, πράγματι υπέβαλε με την προσφορά της, κατά παράβαση των ρητά οριζομένων στην παρ. 2.4.3.1 της διακήρυξης, το Ε.Ε.Ε.Σ. μόνο σε μορφή «.pdf» και όχι και σε μορφή «.xml» (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «ΕΕΕΣ 24 ΓΕΝΝΗΜΑΤΑ.pdf»). Ωστόσο, όπως έχει κριθεί από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 233/2018 και 631/2018, σκέψη 29),

αλλά και προκύπτει από το πλέγμα των διατάξεων που διέπουν το φερόμενο προς κρίση ζήτημα της υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ. των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων σε δύο μορφές, ήτοι τόσο σε μορφή «.pdf» όσο και σε μορφή «.xml» (βλ. ανωτέρω σκέψεις 14-16 της παρούσας), η αναθέτουσα αρχή δεν επιθυμούσε στην πραγματικότητα την αξιολόγηση αμφοτέρων των μορφών αρχείου υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ., αλλά διαζευκτικά μόνο του ενός εκ των δύο, δεδομένου ότι προφανώς το περιεχόμενό τους για κάθε διαγωνιζόμενο θα είναι ταυτόσημο. Προσέτι, η αληθής πρόθεση αυτής ήταν απλώς να δώσει εναλλακτικά τη δυνατότητα στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν μία εκ των δύο μορφών ηλεκτρονικού αρχείου συμπλήρωσης του Ε.Ε.Ε.Σ., όποια κατά περίπτωση έκριναν οι ίδιοι ότι διευκόλυνε την προσήκουσα υποβολή του στον διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, συνάγεται ότι η αληθής πρόθεση της αναθέτουσας αρχής δεν ήταν να υποχρεώσει τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν το Ε.Ε.Ε.Σ. με ταυτόσημο περιεχόμενο με δύο διαφορετικές μορφές ψηφιακού αρχείου («.pdf» και «.xml») και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού του υποψηφίου που θα παρέλειπε να συμμορφωθεί με αυτή την υποχρέωση, γεγονός εξάλλου που όχι μόνο δεν συνάγεται από τη ίδια τη διατύπωση του επίμαχου όρου, αφού δεν ορίζεται τέτοια κύρωση για τον οικονομικό φορέα που δεν θα υποβάλλει το Ε.Ε.Ε.Σ. και στους δύο τύπους αρχείων, αλλά επιπροσθέτως, θα αντιστρατευόταν τη λογική της μείωσης του διοικητικού φόρτου με τον περιορισμό του όγκου των προσκομιζόμενων εγγράφων (και των ηλεκτρονικών) εκ μέρους των υποψηφίων. Υπό την έννοια αυτή, η ορθή ερμηνεία του συνόλου των εξεταζόμενων διατάξεων, σύμφωνα και με την αληθή πρόθεση της αναθέτουσας αρχής, ιδωμένη υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας, της χρηστής διοίκησης και όχι της δογματικής προσήλωσης στην τυπολατρική ανάγνωση του γράμματος των διατάξεων της διακήρυξης, ήταν ότι η τελευταία επιθυμούσε να διευκολύνει τους προσφέροντες κατά το στάδιο της προσκόμισης των δικαιολογητικών συμμετοχής τους, παρέχοντάς τους δύο εναλλακτικούς τρόπους υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ. Έτι περισσότερο θα συνιστούσε δυσανάλογη κύρωση για τον μη συμμορφούμενο οικονομικό φορέα ο αποκλεισμός του

εξαιτίας της μη υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ. τόσο σε μορφή «.pdf» όσο και σε μορφή «.xml», αφού στην ουσία αυτός θα αποκλειόταν από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας όχι γιατί δεν υπέβαλε καθόλου το Ε.Ε.Ε.Σ. (δοθέντος ότι το έχει υποβάλλει απολύτως νομότυπα, σε τουλάχιστον μία από τις δύο μορφές ψηφιακού αρχείου), αλλά γιατί δεν υπέβαλε δύο διαφορετικά ψηφιακά αρχεία με ένα και το αυτό περιεχόμενο, καίτοι θα αρκούσε στην αναθέτουσα αρχή για τη διαπίστωση της συμμόρφωσης του υποψήφιου οικονομικού φορέα με τους όρους της διακήρυξης, ο έλεγχος του περιεχομένου ενός από αυτά, όπως άλλωστε αναφέρεται ρητά και στο κείμενο της διακήρυξης (βλ. το Παράρτημα ΙΙ αυτής: «[...] Η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, αξιολογεί το ΕΕΕΣ είτε με τη χρήση του αρχείου .pdf (είτε με την τηλεφόρτωση του αρχείου .xml) στην ιστοσελίδα που το δημιούργησε (<https://ec.europa.eu/growth/toolsdatabases/espd/filter?lang=el>). [...]). Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι οι σχετικοί όροι της διακήρυξης, εκτός των όσων ήδη εκτέθηκαν αμέσως προηγουμένως, εδύναντο επιπλέον, να προκαλέσουν σύγχυση στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς με συνέπεια, άλλοι μεν από αυτούς να υποβάλλουν μόνο μία από τις δύο μορφές ψηφιακού αρχείου και άλλοι και τις δύο, ως εκ περισσού και σε αντίθεση με τις αληθείς προθέσεις της αναθέτουσας αρχής, η οποία πρέπει να θεωρείται δεδομένο ότι δεν είχε σκοπό να επιβαρύνει τους συμμετέχοντες με αχρείαστες επιπλέον υποχρεώσεις υποβολής δικαιολογητικών συμμετοχής και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού τους. Η ανωτέρω παραδοχή άλλωστε, επιρρωνύεται και από τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, η οποία χαρακτηριστικά αναφέρει ότι από τους σαράντα ένα (41) συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, οι είκοσι δύο (22) αποκλείστηκαν με αυτή την αιτιολογία, γεγονός που προκύπτει άνευ άλλου τινός και από το περιεχόμενο της ίδιας της προσβαλλόμενης απόφασης. Συνεπώς, κατά την κρίση του οικείου Κλιμακίου διαπιστώνεται ενδεχόμενο ασαφούς διατύπωσης των υπό κρίση όρων της διακήρυξης και σύμφωνα με την προαναφερθείσα νομολογιακή αντιμετώπιση αντίστοιχων περιπτώσεων (βλ. ανωτέρω σκέψεις 18-19), η εν λόγω ασάφεια των όρων της σύμβασης, δεν μπορεί να αποβαίνει εις βάρος του διαγωνιζομένου, με συνέπεια τον αποκλεισμό του, ειδικά από τη

στιγμή που η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε με ενέργειές της (αίτημα παροχής διευκρινίσεων, πρόσκληση εκ των υστέρων προσκόμισης του ελλείποντος αρχείου, κλπ.) να άρει την όποια αμφισβήτηση. Συναφώς, λαμβάνοντας υπόψη ότι το υποβληθέν από την προσφεύγουσα Ε.Ε.Ε.Σ. δεν φέρει άλλες πλημμέλειες, αλλά έχει υποβληθεί απολύτως νομότυπα και έχει συμπληρωθεί σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, γεγονός άλλωστε που δεν αμφισβητεί ούτε και η ίδια η αναθέτουσα αρχή, δεν είναι σαφές, σε τι συνίσταται η πλημμέλεια στην υποβληθείσα προσφορά της προσφεύγουσας, αφού το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο θα περιλαμβανόταν και στο Ε.Ε.Ε.Σ. με τη μορφή «.xml» αρχείου, το οποίο έτι περαιτέρω έχει κριθεί από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 631/2018 σκέψη 29) ότι με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας δεν είναι ευχερώς αναγνώσιμο και αξιολογήσιμο. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, συνάγεται ότι η προσκόμιση μίας και μόνο μορφής ψηφιακού αρχείου του Ε.Ε.Ε.Σ. στην προσφορά εκάστου διαγωνιζομένου, είτε αυτής σε «.pdf» είτε εκείνης σε «.xml», αρκεί και καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης, καθιστώντας σύννομη την υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους του υποψηφίου οικονομικού φορέα. Ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κρίνονται νόμω και ουσία βάσιμοι και η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών της 23^{ης}/20.12.2019 τακτικής συνεδρίασης, Θέμα 4^ο) του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε

Αριθμός Απόφασης: 335/2020

ομόφωνα η επικύρωση του από 25.11.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης και Ελέγχου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε στις 26 Μαρτίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη