

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 13.08.2020 με την εξής σύνθεση:
Μαρία-Ελένη Σιδέρη Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 03.07.2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 849/06.07.2020 της εταιρίας με την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ***** και της με αριθ. 183/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου.

Της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας «*****».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η κοινοπραξία «*****», καλούμενη, κατόπιν ελέγχου των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, να υποβάλλει σε νέα προθεσμία ηλεκτρονικώς ελλείποντα δικαιολογητικά.

2. Επειδή, με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπόψη Προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

προσβαλλόμενης κατά το μέρος που αναδεικνύεται η ίδια προσωρινή ανάδοχος καλούμενη εκ νέου να υποβάλλει ελλείποντα δικαιολογητικά.

3. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ ***** Διακήρυξη του Δήμου ***** προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων με αντικείμενο την «*****», εκτιμώμενης αξίας 1.916.489,83 €, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 31/12/2019 με ΑΔΑΜ: ***** 201912-31 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την ίδια ημέρα με Α/Α *****. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 10/02/2020 και ώρα 23.59.59 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 13/02/2020 και ώρα 11.00.00 π.μ. Η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά για το ανωτέρω έργο με μέση έκπτωση 42,12% και αναδείχθηκε δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας ενώ η «*****» υπέβαλε προσφορά με μέση έκπτωση 49,44% και με την υπ' αριθμ. 076/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ***** αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος. Εν συνεχεία, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 6095/Δ4/835/1-4-2020 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η ως άνω προσωρινή ανάδοχος κοινοπραξία κλήθηκε να υποβάλλει τα δικαιολογητικά και αποδεικτικά νομιμοποίησής της, κατ' άρθρο 4.2 της διακήρυξης, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την σχετική προς αυτήν κοινοποίηση της ανωτέρω ειδοποίησης. Περαιτέρω, η προσωρινή ανάδοχος κοινοπραξία αιτήθηκε στις 7.4.2020 την παράταση της ανωτέρω προθεσμίας, επικαλούμενη αδυναμία συγκέντρωσης δικαιολογητικών λόγω των μέτρων για τον περιορισμό εξάπλωσης του COVID-19, κατ' άρθρο 4.2.γ της διακήρυξης, επί του αιτήματος του αυτού δε εκδόθηκε η υπ' αριθ. 127/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής ***** με την οποία εγκρίθηκε η παράταση προθεσμίας έως την 15.05.2020. Πράγματι, η προσωρινή ανάδοχος κατά την εν λόγω ημερομηνία υπέβαλε σε σφραγισμένο φάκελο τα προς έλεγχο δικαιολογητικά, τα οποία μέχρι 15.05.2020 όφειλε να έχει υποβάλει πρωτίστως ηλεκτρονικά στο χώρο

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

του ηλεκτρονικού διαγωνισμού, μέσα από το μενού «Επικοινωνία». Η αναθέτουσα αρχή προχώρησε σε έλεγχο των δικαιολογητικών που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά και σε έντυπη μορφή, οπότε διαπιστώθηκε ότι δεν είχαν υποβληθεί σε ηλεκτρονική μορφή: 1. Η από 28.04.2020 Υπεύθυνη Δήλωση του Ν. 1599/1986 ***** περί μη αθέτησης υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σύμφωνα με το άρθρο 23.3.β της διακήρυξης του έργου, 2. Η από 28.04.2020 Υπεύθυνη Δήλωση του Ν. 1599/1986 ***** που περιλαμβάνει πίνακα ανεκτέλεστων έργων και βεβαιώνει την μη υπέρβαση των ανωτάτων επιτρεπτών ορίων σύμφωνα με το άρθρο 23.5 της διακήρυξης του έργου, 3. Η από 12.05.2020 Υπεύθυνη Δήλωση του Ν. 1599/1986 ***** περί μη αθέτησης υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σύμφωνα με το άρθρο 23.3.β της διακήρυξης του έργου, 4. Η από 12.05.2020 Υπεύθυνη Δήλωση του Ν. 1599/1986 ***** που περιλαμβάνει πίνακα ανεκτέλεστων έργων και βεβαιώνει την μη υπέρβαση των ανωτάτων επιτρεπτών ορίων σύμφωνα με το άρθρο 23.5 της διακήρυξης του έργου. Κατόπιν τούτου, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφασή της κάνοντας δεκτή την προσφορά του ανωτέρω προσωρινού μειοδότη και έταξε σε αυτόν προθεσμία τριών (3) εργάσιμων ημερών προκειμένου να υποβάλει και ηλεκτρονικά τα ανωτέρω δικαιολογητικά.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, ποσού 9.600,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 1.916.489,83 €, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 25.06.2020 και η υπόψη Προσφυγή κατατέθηκε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 03.07.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής στο γεγονός ότι η προσφορά της έλαβε την δεύτερη σειρά κατάταξης, μετά την προσφορά της παρεμβαίνουσας και δη προσωρινής αναδόχου κοινοπραξίας, ματαιώνοντας την προσδοκία της να αναλάβει η ίδια την εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, με την Προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης με αριθ. 183/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, υποστηρίζοντας τα εξής : Η προσβαλλόμενη απόφαση διαλαμβάνει στις αιτιολογίες της, ότι τα δικαιολογητικά που κατατέθηκαν σε έντυπη μορφή από την προσωρινή ανάδοχο αποδεικνύουν την πλήρωση των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρο 21,22,23 της διακήρυξης, παραβλέποντας ότι η προσκόμισή τους σε έντυπη μορφή προϋποθέτει την προηγούμενη ηλεκτρονική υποβολή τους, γιατί μόνο τότε θεωρούνται υποβληθέντα (βλ. ad/hoc υπ'αριθ. 562/2019 απόφαση ΑΕΠΠ), ενώ δέχεται την υποβολή των ελλειπόντων ως άνω δικαιολογητικών στα πλαίσια συμπλήρωσης και επικαιροποίησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου, ενώ οι κατά τα ανωτέρω Υπεύθυνες Δηλώσεις που υποβλήθηκαν καταρχάς μόνο σε έντυπη μορφή ούτε συμπληρώνουν ούτε

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

διευκρινίζουν υποβληθέντα δικαιολογητικά (πρβλ άρθρο 102 ν. 4412/2016), πολλώ δε μάλλον δεν επικαιροποιούν τυχόν τέτοια, καθώς μάλιστα φέρουν ημερομηνία (28.04.2020 και 12.05.2020) προγενέστερη ακόμα και της εκπνοής της κατά παράταση προθεσμίας της 15ης.05.2020 που αιτήθηκε η προσωρινή ανάδοχος προκειμένου να τα προσκομίσει. Η προσφεύγουσα, αναφερόμενη αναλυτικά στην ισχύουσα νομοθεσία, υποστηρίζει ότι στην κριθείσα περίπτωση αποδεικνύεται ότι, αν και ο προσωρινός ανάδοχος είχε λάβει νομίμως καταρχήν παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης με αίτησή του, όπως προβλέπεται τόσο κατ' άρθρο 103 ν. 4412/2016, όσο και κατ' άρθρο 4.2. της διακήρυξης, μέχρι τις 15.05.2020, αυτός παρέλειψε υπαιτίως να υποβάλει μέχρι τότε δικαιολογητικά προγενέστερης μάλιστα ημερομηνίας (28.04.2020 και 12.05.2020). Η υπαιτιότητα του αυτή δε καθίσταται αυταπόδεικτη τόσο λόγω της ημερομηνίας σύνταξης των εν λόγω δικαιολογητικών, όσο και λόγω του περιεχομένου αυτών και δη της μη συνάρτησής τους από ενέργεια τυχόν αρμόδιας υπηρεσίας, ενώπιον της οποίας σε κάθε περίπτωση δεν αποδείχθηκε ότι εκκρεμούσε αίτηση της προσωρινής αναδόχου. Από την γραμματική διατύπωση εξάλλου του άρθρου 103 ν. 4412/2016 στην ισχύουσα μορφή του, αλλά και του άρθρου 4 της διακήρυξης δεν προκύπτει ότι δύναται να τάσσονται νέες προθεσμίες χωρίς αιτιολόγηση στους οικονομικούς φορείς προκειμένου να προσκομίζουν δικαιολογητικά, ενώ απαιτείται πλέον και αίτηση του ίδιου του φορέα που να θεμελιώνει τους λόγους που δεν δύναται να ανταποκριθεί εντός των προθεσμιών του νόμου και της διακήρυξης. Ακόμα δε και στην τρέχουσα χρονική συγκυρία και υπό τις εξαιρετικές συνθήκες περιορισμού του COVID-19 η δυνατότητα αναστολής των προθεσμιών υποβολής των δικαιολογητικών, όπως αυτή εφαρμόστηκε από την αναθέτουσα αρχή στην προκειμένη περίπτωση, δεν δύναται να στερείται πραγματικής αιτίας, ήτοι να μην αποδεικνύεται τουλάχιστον ότι ο οικονομικός φορέας έχει προβεί από την πλευρά του σε κάθε νόμιμη ενέργεια για την λήψη του ελλείποντος δικαιολογητικού, ανεξαρτήτως τυχόν καθυστέρησης στην περαίωση της αίτησής του. Στην αντίθετη περίπτωση στοιχειοθετείται ευνοϊκή μεταχείριση του εις βάρος του επιμελούς συμμετέχοντος και κάμψη της αρχής

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

της διαφάνειας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς. Η ευνοϊκή εξάλλου μεταχείριση της προσωρινής αναδόχου από την αναθέτουσα αρχή στην προκειμένη περίπτωση καταδεικνύεται από την παρεχόμενη εκ νέου δυνατότητα προς αυτήν να υποβάλει ηλεκτρονικά δικαιολογητικά που φέρεται να κατέχει πλέον του διμήνου και που προφανώς πλημμελώς και υπαιτίως δεν υπέβαλε μέχρι τις 15.05.2020, ενώ είχε την δυνατότητα, όπως σε κάθε περίπτωση αποδεικνύει και η υποβολή τους σε έντυπη μορφή ήδη από 15.05.2020. Η εν λόγω πλημμέλεια ωστόσο, ήτοι η μη προσήκουσα υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ισοδυναμεί με μη υποβολή τους. Το άρθρο 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, αλλά και το άρθρο 4.2. της διακήρυξης, προβλέπουν ότι, σε περίπτωση μη υποβολής των εν λόγω δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή μόνο με αιτιολογημένη αίτηση του προσωρινού αναδόχου εντός συγκεκριμένης μάλιστα προθεσμίας δύναται να παρατείνει την νόμιμη προθεσμία, όπως και έγινε στην προκειμένη περίπτωση (νέα προθεσμία η 15.5.2020). Ωστόσο, μετά την παρέλευση της εν λόγω προθεσμίας, ο προσωρινός ανάδοχος και χωρίς εν τω μεταξύ να αιτηθεί νέα αιτιολογημένη παράταση υπέβαλε δικαιολογητικά μόνο σε έντυπη μορφή, με αποτέλεσμα η Επιτροπή Διαγωνισμού κατά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης να διαπιστώσει την μη προσήκουσα υποβολή τους, και αντί να εισηγηθεί την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου δυνάμει του άρθρου 103 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, έταξε σε αυτόν νέα προθεσμία, κατά παράβαση των οικείων διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης. Αξίζει δε να επισημανθεί το εξής: το άρθρο 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016 υπό την προϊσχύουσα μορφή του δεν προέβλεπε την υποχρέωση υποβολής αιτιολογημένης αιτήσεως από τον προσωρινό ανάδοχο εντός συγκεκριμένης μάλιστα προθεσμίας για την παράταση προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρέχοντας έτσι στην αναθέτουσα αρχή την δυνατότητα η ίδια να ειδοποιεί -εντός συγκεκριμένων ωστόσο προθεσμιών και με επαρκή αιτιολόγηση- τον προσωρινό ανάδοχο για την προσκόμιση ελλειπόντων δικαιολογητικών. Μετά την αντικατάσταση ωστόσο της παρ. 2 του εν λόγω άρθρου με το άρθρο 43 παρ. 12β Ν. 4605/2019 καθίσταται σαφές ότι η

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

εφαρμογή της διαδικασίας του άρθρου 103 παρ. 2 ν. 4412/2016 από την αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να κατατείνει στην αποκατάσταση πλημμελών συμπεριφορών του προσωρινού αναδόχου, όπως στην προκειμένη περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος παρέλειψε να υποβάλει εμπρόθεσμα δικαιολογητικά, αν και τα κατείχε, αλλά στην δυνατότητα να παρέχεται επαρκής χρόνος, άλλως όσος χρόνος δικαιολογημένα χρειάζεται, στον προσωρινό ανάδοχο για την συγκέντρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, υπό την πρόσθετη ωστόσο προϋπόθεση ότι ο ίδιος έχει προνοήσει μέσω εμπρόθεσμης αιτήσεώς του να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή αποδεικνύοντας την αντικειμενική ανάγκη παράτασης της νόμιμης προθεσμίας του άρθρου 103 ν. 4412/2016. Αποτελεί στρέβλωση επομένως της ερμηνείας του εν λόγω άρθρου οποιαδήποτε εφαρμογή του που δίνει την δυνατότητα στον αμελή ή πλημμελή διαγωνιζόμενο να διορθώσει λάθη και παραλείψεις του, πλήττοντας την διαφάνεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως στην προκειμένη περίπτωση δόθηκε η δυνατότητα στον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει δικαιολογητικά που κατείχε επί διμήνου και παρέλειψε να υποβάλει. Συνεπώς, δεδομένου ότι ο προσήκων τρόπος υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης είναι η ηλεκτρονική υποβολή τους μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ δε δύνατο η αναθέτουσα αρχή να χορηγήσει στην παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχο νέα προθεσμία προκειμένου να υποβάλει ηλεκτρονικά δικαιολογητικά που από δική της υπαιτιότητα υπέβαλε μόνον εντύπως.

10. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 13550/Δ4/1611 από 13.07.2020 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της επί της υπόψη Προσφυγής, υποστηρίζοντας ότι αυτή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη και ισχυριζόμενη ειδικώς τα εξής : *«Απορριπτός πρέπει να τύχει ο ισχυρισμός ότι αμέσως μετά την κατάθεση των δικαιολογητικών από τον προσωρινό ανάδοχο (15.05.2020) θα έπρεπε να έχουν πρόσβαση σε αυτά οι υπόλοιποι συμμετέχοντες, καθώς το άρθρο 4.2 παρ. δ' της Διακήρυξης του έργου, επί λέξει αναφέρει ότι «Η αναθέτουσα αρχή προβαίνει, μετά την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού, στην κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο*

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

όλων των πρακτικών, σε κάθε προσφέροντα που δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά, εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», και επιπλέον αναρτά τα Δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στον χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού». Από τα ανωτέρω αναφερθέντα για τη διαδικασία του διαγωνισμού, προκύπτει ότι ακολουθήθηκαν όλες οι προβλεπόμενες εκ του νόμου διαδικασίες και είναι αναληθής οποιοσδήποτε υπαινιγμός περί αδιαφάνειας της ακολουθούμενης διαδικασίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Η υπ' αρ. 183/2020 απόφαση Οικονομικής Επιτροπής εκδόθηκε σε εφαρμογή του άρθρου 79 παρ. 5. Ν. 4412/16, σύμφωνα με το οποίο [...η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, εξαιρουμένων των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α' της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82...]. Με την προσφυγή αυτή δεν προσβάλλεται το κατ' ουσία περιεχόμενο και η ισχύς του συνόλου των υποβληθέντων δικαιολογητικών, από τον προσωρινό ανάδοχο είτε σε ψηφιακή, είτε σε φυσική μορφή».

11. Επειδή, επί της Προσφυγής παρεμβαίνει η προσωρινή ανάδοχος κοινοπραξία, με την από 10.07.2020 Παρέμβασή της, η οποία ασκήθηκε εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, καθότι η υπόψη Προσφυγή κοινοποιήθηκε σε αυτήν μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 06.07.2020

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

και η Παρέμβαση ασκήθηκε εντός της δεκαήμερης προς τούτο προθεσμίας. Η δε παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, ζητώντας την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που στρέφεται κατά της αναδείξεως της ως προσωρινής αναδόχου. Ειδικότερα, κατά την παρεμβαίνουσα, στο άρθρο 4.2.δ.ii της διακήρυξης προβλέπεται ότι η προσφορά του προσωρινού αναδόχου απορρίπτεται «αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών». Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι υπέβαλε στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα, δηλαδή μέχρι και τις 15-5-2020, όλα ανεξαιρέτως τα απαιτούμενα δικαιολογητικά. Τα περισσότερα εξ αυτών τα υπέβαλε και ηλεκτρονικά στις 14-5-2020 και σε φυσική μορφή στις 15-5-2020, ενώ τις επίμαχες υπεύθυνες δηλώσεις τις υπέβαλα μόνο σε φυσική μορφή, στις 15-5-2020. Συνεπώς, κατά την άποψη της παρεμβαίνουσας, είναι αδιαμφισβήτητο ότι όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά περιήλθαν εντός της ταχθείσας προθεσμίας στην αναθέτουσα αρχή και κατέστη έτσι, εφικτός ο άμεσος έλεγχός τους, με τον ίδιο ακριβώς τρόπο και στον ίδιο ακριβώς χρόνο με τον οποίο αυτός ο έλεγχος θα λάμβανε χώρα, αν δεν είχε εμφιλοχωρήσει η παρατυπία της παραλείψεως της ηλεκτρονικής υποβολής τεσσάρων εξ αυτών. Τούτων δοθέντων, κατά την παρεμβαίνουσα δεν γεννάται ζήτημα εφαρμογής της προπαρατεθείσας διάταξης του άρθρου 4.2.δ.ii. της διακήρυξης. Αυτό που ενδιαφέρει στο πλαίσιο της εν λόγω διάταξης είναι, αποκλειστικά και μόνο, το εμπρόθεσμο της υποβολής των δικαιολογητικών και όχι τυχόν παρατυπίες κατά την (εμπρόθεσμη) υποβολή τους. Σε διαφορετική περίπτωση, δεν θα αναφέρετο «αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά», αλλά θα χρησιμοποιείτο η ουσιωδώς διαφορετική έκφραση της αμέσως επόμενης παραγράφου, στην οποία γίνεται λόγος για προσκόμιση δικαιολογητικών «νομίμως και εμπροθέσμως» (θα αναφέρετο δηλαδή, «αν δεν υποβληθούν νομίμως και εμπροθέσμως τα απαιτούμενα δικαιολογητικά», «αν δεν υποβληθούν νομίμως στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά» ή κάποια άλλη, ανάλογη, φράση). Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι το ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

συμπέρασμα που προκύπτει ευθέως από την γραμματική διατύπωση της διάταξης που επικαλείται η προσφεύγουσα, ενισχύεται και από την τεολογική της ερμηνεία. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση του Ν 4605/2019, δια του άρθρου 43 παρ 12 του οποίου, τροποποιήθηκε το άρθρο 103 του Ν 4412/2016, ο πρωταρχικός σκοπός του νομοθέτη ήταν η διασφάλιση της επιτάχυνσης της διαδικασίας (δια της καταργήσεως της υποχρεώσεως της αναθέτουσας αρχής να τάξει προθεσμία ακόμα και στον προσωρινό ανάδοχο που δεν είχε υποβάλει, καν, δικαιολογητικά στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα) και όχι η επιβολή κυρώσεων στην περίπτωση πλημμελειών κατά την, εμπρόθεσμη, υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Δηλαδή, εφόσον ο επιδιωκόμενος σκοπός, ήτοι η εμπρόθεσμη υποβολή όλων των δικαιολογητικών επιτυγχάνεται, δεν έχει νόημα η επιβολή των προβλεπομένων (εξοντωτικών) κυρώσεων στον προσωρινό ανάδοχο, επειδή διέπραξε το οιοδήποτε, ευχερώς-αμέσως, επανορθώσιμο, αλλά και άνευ ουσιαστικών συνεπειών, σφάλμα, κατά την διαδικασία της προσκομίσεώς τους. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα επικαλείται τόσο νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων (Ν 56/2019 ΔΕφΠατρών) όσο και νομολογία της ΑΕΠΠ (117/2020, 49/2020), σχετικά με την δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να χορηγήσει περαιτέρω προθεσμία στο πλαίσιο του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 για την ηλεκτρονική υποβολή των επίμαχων δικαιολογητικών. Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει επιπλέον ότι η δυνατότητα - διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει συμπληρώσεις των δικαιολογητικών κατακύρωσης, προκύπτει ευθέως, από το υφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο, το οποίο δεν μπορεί παρά να ερμηνευθεί ως ακολούθως : α) Το άρθρο 4.2.γ. της διακήρυξης ιδρύει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να χορηγήσει παράταση της προθεσμίας υποβολής ορισμένων εκ των δικαιολογητικών κατακύρωσης (αυτών που εκδίδονται από αρμόδιες αρχές), για συγκεκριμένους λόγους (αδυναμία έγκαιρης έκδοσης) και υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις (αποδεικνυόμενη αίτηση του προσωρινού μειοδότη), β) Πέραν αυτών των περιπτώσεων, η αναθέτουσα αρχή (ναι μεν δεν υποχρεούται πλέον, αλλά πάντως) διατηρεί την διακριτική ευχέρεια να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

δικαιολογητικά που, τυχόν, δεν προσκόμισε και, κατά μείζονα λόγο, δικαιολογητικά που προσκόμισε μεν, πλην όμως όχι με τον προσήκοντα τρόπο, όταν τούτο κρίνεται σκόπιμο ενόψει, ιδίως, της φύσεως αυτών των (μη προσκομισθέντων) δικαιολογητικών, του δημοσίου συμφέροντος (που επιβάλλει, κατ' αρχήν, την ανάθεση του έργου στον οικονομικό φορέα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα προσφορά) και της τηρήσεως της αρχής της αναλογικότητας. γ) Αν ο προσωρινός μειοδότης δεν προσκομίσει πλήρη δικαιολογητικά, δηλαδή: i. αν δεν ζήτησε παράταση της προθεσμίας υποβολής τους (εφόσον πρόκειται περί δικαιολογητικών εκδιδομένων από δημόσιες αρχές) ή αν δεν συμμορφώθηκε στην πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής να τα προσκομίσει εκ των υστέρων ή iii. αν η αναθέτουσα αρχή, ασκώντας ορθά και νόμιμα (εντός των ακραίων ορίων της) την διακριτική της ευχέρεια δεν του έταξε τέτοια προθεσμία, τότε, πράγματι, εφαρμόζεται το άρθρο 4.2.δ. και επέρχονται οι δι' αυτού προβλεπόμενες συνέπειες. Άλλωστε, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει αφενός μεν ότι οι υπεύθυνες δηλώσεις που προσκόμισε μόνο σε έντυπη μορφή είχαν υπογράψει ψηφιακά στις 28-4-2020 και στις 12-5-2020 και συνεπώς δεν προσκρούει στις αρχές της ίσης μεταχείρισης η εκ των υστέρων προσκόμιση δικαιολογητικού, το οποίο είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμο ότι συντάχθηκε πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής του (βλ ΔΕΕ απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, υπόθεση C-336/2012, Manova A/S, βλ και ΑΕΠΠ/60 Κλιμάκιο, σκ 34, σελ 28-29) και αφετέρου δε ότι οι εν λόγω υπεύθυνες δηλώσεις υποβλήθηκαν, έστω και σε έντυπη μορφή, στις 15-5-2020, ήτοι εντός της προθεσμίας ηλεκτρονικής υποβολής τους. Συνεπώς, η παράλειψη που της καταλογίζεται η προσφεύγουσα ήταν εντελώς επουσιώδης και άνευ της οιασδήποτε πρακτικής σημασίας.

12. Επειδή, με την ΥΑ 117384 (ΦΕΚ Β' 3821/31.10.2017) «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)»

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

προβλέπονται στο άρθρο 14 αυτής τα εξής : «1. Υποβολή/Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου. 1.1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή/ ο Αναθέτων Φορέας προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός της προθεσμίας που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου. 1.2. Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον Οικονομικό Φορέα ηλεκτρονικά, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην Αναθέτουσα Αρχή/στον Αναθέτοντα Φορέα. 1.3. Η Επιτροπή Διαγωνισμού κοινοποιεί, μετά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην Αναθέτουσα Αρχή/στον Αναθέτοντα Φορέα το σχετικό πρακτικό για τη λήψη απόφασης. 1.4. Η Αναθέτουσα Αρχή/ο Αναθέτων Φορέας προβαίνει, μετά την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, στην κοινοποίηση της απόφασης Κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών, σε κάθε προσφέροντα εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας), και επιπλέον αναρτά στο χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού» τα Δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου. 1.5. Ο Οικονομικός Φορέας - προσωρινός ανάδοχος δύναται, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας), να υποβάλλει ή να συμπληρώνει τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ.2 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, έπειτα από σχετική ειδοποίηση από την Αναθέτουσα Αρχή. {.....} 3. Επικοινωνίες και διακίνηση εγγράφων. 3.1. Στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και όσον αφορά στην Υποβολή/Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου και την Κατακύρωση/ Σύναψη Σύμβασης,

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

πραγματοποιείται μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας), κατά περίπτωση, κάθε άλλη προβλεπόμενη επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων μεταξύ Οικονομικών Φορέων και Αναθετουσών Αρχών/Αναθετόντων Φορέων ή/και Επιτροπής Διαγωνισμού, από τους προς τούτου πιστοποιημένους χρήστες του υποσυστήματος του εκάστοτε εμπλεκόμενου Φορέα {...}».

13. Επειδή, με τους όρους της υπόψη Διακήρυξης, η οποία θέτει το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, προβλέπονται τα εξής : Στο άρθρο 3 της διακήρυξης ορίζεται ότι : «3.1. Οι προσφορές υποβάλλονται από τους ενδιαφερομένους ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας διακήρυξης, σε ηλεκτρονικό φάκελο του υποσυστήματος. Για τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής και να εγγραφούν στο ηλεκτρονικό σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ- Διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr) ακολουθώντας τη διαδικασία εγγραφής του άρθρου 5 παρ. 1.2 έως 1.4 της Κοινής Υπουργικής Απόφασης με αρ. 117384/26-10-2017 (3821 Β') «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων έργων, μελετών, και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)». {...}. Περαιτέρω, στο άρθρο 4.2. της διακήρυξης ορίζεται ότι : «4.2. Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης. α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας 10 ημερών 21 από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. β) Τα δικαιολογητικά του

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή. γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή τυχόν ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α' ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών, σύμφωνα με τα ανωτέρω υπό β) και γ) αναφερόμενα, προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999 "Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας", όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4250/2014. δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας».

14. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

15. Επειδή, κατά πάγια επίσης νομολογία έχει κριθεί ότι, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ δε μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

16. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοδικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000)

17. Επειδή, εκ των ανωτέρω διατάξεων της ΥΑ σε συνδυασμό με τους όρους της οικείας διακήρυξης, καθιερώνεται η ηλεκτρονική υποβολή των προσφορών των διαγωνιζομένων, και δη η ηλεκτρονική υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η δε υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης σε έντυπη μορφή λαμβάνει χώρα, κατά τους όρους της διακήρυξης, εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή τους. Συνεπώς, δικαιολογητικά κατακύρωσης που δεν υποβλήθηκαν εμπροθέσμως σε ηλεκτρονική μορφή θεωρούνται ως μη υποβληθέντα και η πλημμέλεια αυτή δε δύναται να θεραπευθεί μόνον δια της υποβολής τους εντύπως (ΔΕΦΑΘ 277/2019). Τούτων δοθέντων, στην κριθείσα περίπτωση η μη υποβολή των επίμαχων δικαιολογητικών κατακύρωσης, και δη της από 28.04.2020 Υπεύθυνης Δήλωσης του Ν. 1599/1986 ***** περί μη αθέτησης

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σύμφωνα με το άρθρο 23.3.β της διακήρυξης του έργου, της από 28.04.2020 Υπεύθυνης Δήλωσης του Ν. 1599/1986 ***** που περιλαμβάνει πίνακα ανεκτέλεστων έργων και βεβαιώνει την μη υπέρβαση των ανωτάτων επιτρεπτών ορίων σύμφωνα με το άρθρο 23.5 της διακήρυξης του έργου, της από 12.05.2020 Υπεύθυνης Δήλωσης του Ν. 1599/1986 ***** περί μη αθέτησης υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σύμφωνα με το άρθρο 23.3.β της διακήρυξης του έργου και της από 12.05.2020 Υπεύθυνης Δήλωσης του Ν. 1599/1986 ***** που περιλαμβάνει πίνακα ανεκτέλεστων έργων και βεβαιώνει την μη υπέρβαση των ανωτάτων επιτρεπτών ορίων, με ηλεκτρονικό τρόπο έως της 15.05.2020 συνιστά πλημμέλεια κατά την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης που δεν θεραπεύεται εκ της έντυπης υποβολής τους. Αβασίμως δε υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι, κατά τον όρο της παραγράφου 4.2.δ.ii της διακήρυξης, κρίσιμο στοιχείο αποτελεί το εμπρόθεσμο της υποβολής των δικαιολογητικών και όχι ο τρόπος υποβολής τους (ηλεκτρονικώς ή εντύπως), ώστε, και μόνον η υποβολή τους σε έντυπη μορφή στις 15.05.2020 να αρκεί. Και τούτο διότι ο όρος της παραγράφου 4.2.δ.ii της διακήρυξης για την απόρριψη δικαιολογητικών που δεν υποβλήθηκαν εμπροθέσμως αυτονοήτως αφορά δικαιολογητικά που υποβάλλονται κατ'αρχήν προσηκόντως. Τούτων δοθέντων απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι σχετικοί ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

18. Επειδή, περαιτέρω ως προς τους ισχυρισμούς που αφορούν στη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει την συμπλήρωση/διευκρίνιση των συγκεκριμένων δικαιολογητικών κατακύρωσης, διατυπώνονται τα εξής : Κατά το παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 και, συνακόλουθα, παρέλκει οποιαδήποτε ερμηνευτική προσέγγιση των ορίων του καθότι αυτό αφορά είτε στα δικαιολογητικά συμμετοχής (παρ. 1 του άρθρου), είτε στην τεχνική και την οικονομική προσφορά (παρ. 4 του άρθρου). Αντιθέτως, κατά το στάδιο της αξιολόγησης

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

δικαιολογητικών κατακύρωσης εφαρμόζεται ειδικά το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, το οποίο τροποποιήθηκε ουσιαστικά με τον Ν. 4605/2019. Δοθέντος δε ότι η επίμαχη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 31.12.2019, ήτοι μετά την έναρξη ισχύος των τροποποιήσεων που επέφερε ο ν. 4605/2019 (01.04.2019), η νέα ρύθμιση του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 καταλαμβάνει και τον επίμαχο διαγωνισμό. Ειδικότερα, κατά το γράμμα της τροποποιηθείσας διάταξης του άρθρου 103 παρ. 1-2 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, "εντός δέκα (10) ημερών" από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας». Αναλόγως δε στο άρθρο

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

4.2 της διακήρυξης ορίζεται ότι : «α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας 10 ημερών 21 από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή. γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή τυχόν ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α' ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών, σύμφωνα με τα ανωτέρω υπό β) και γ) αναφερόμενα, προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999 "Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας", όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4250/2014». Υπό το φως της νέας ρύθμισης του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016 διαπιστώνεται ότι η διαδικασία υποβολής και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης αυστηροποιείται προς την κατεύθυνση αφενός

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

μεν της μείωσης του χρόνου υποβολής των δικαιολογητικών αυτών, αφετέρου δε του εξορθολογισμού των περιπτώσεων συμπλήρωσής τους. Τούτο άλλωστε εναργώς προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4605/2019, όπου στο άρθρο 43 παρ. 2 αναφέρεται ότι : «*Με την παράγραφο 12 μειώνεται ο χρόνος εντός του οποίου υποβάλλονται τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Η μείωση του χρόνου συμβάλλει στην επιτάχυνση των διαδικασιών. Επιπλέον, επιλύονται ερμηνευτικά ζητήματα που έχουν ανακύψει ως προς το ζήτημα των συμπληρωματικών δικαιολογητικών κατακύρωσης και εξειδικεύονται οι προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν για να λάβει χώρα η υποβολή συμπληρωματικών δικαιολογητικών. Συγκεκριμένα, εξορθολογίζεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών με τρόπο ώστε να μην αποτελεί υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει τη συμπλήρωση, ει μη μόνο στις περιπτώσεις που δικαιολογείται αυτό, δηλαδή όταν ο προσωρινός ανάδοχος έχει επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια και έχει αιτηθεί εγκαίρως την έκδοση των δικαιολογητικών. Παράλληλα, η δυνατότητα συμπλήρωσης και ο χρόνος παράτασης συνδέεται με το χρόνο έκδοσης των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Αποσαφηνίζεται δε ότι για λόγους διαφάνειας η διαδικασία συμπλήρωσης θα πρέπει να αναφέρεται στο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού. Τέλος, αποσαφηνίζεται ότι γνώση των δικαιολογητικών λαμβάνουν μόνο όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά, κατά την έννοια της δικονομικής Οδηγίας 1989/665/ΕΚ όπως ισχύει». Συνεπώς, τόσο από την γραμματική διατύπωση της εν λόγω διάταξης όσο και από την αιτιολογική έκθεση προκύπτει η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να χορηγήσει παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο, μόνον εφόσον έχει υποβληθεί εμπροθέσμως σχετικό αίτημα αυτού συνοδευόμενο από έγγραφα που αποδεικνύουν ότι έχει αιτηθεί εγκαίρως την χορήγηση των δικαιολογητικών αυτών. Τούτο βεβαίως δεν αποκλείει διακριτική ευχέρεια της διοίκησης να ζητήσει συμπλήρωση/διευκρίνιση υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, -μη συντρεχουσών των παραπάνω προϋποθέσεων- μόνον όμως προς αποκατάσταση επουσιώδους πλημμέλειας/παραδρομής στα ήδη*

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

προσκομισθέντα, όπως γίνεται δεκτό και με την Ν 56/2019 ΔΕΦΑΘ. Παρόλα αυτά, στην κριθείσα περίπτωση, εντός της παραταθείσας, μετά από αίτημα της προσωρινής αναδόχου, προθεσμίας για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης έως τις 15.05.2020, η παρεμβαίνουσα-προσωρινή ανάδοχος δεν προσκόμισε τα επίμαχα τέσσερα δικαιολογητικά ηλεκτρονικά, ως όφειλε, παρά μόνον εντύπως. Το σφάλμα τούτο δε δύνατο να θεραπευθεί, κατά την διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, με την χορήγηση περαιτέρω προθεσμίας για την υποβολή των επίμαχων δικαιολογητικών ηλεκτρονικά διότι, ως ήδη εκτέθηκε, η δυνατότητα αυτή αναγνωρίζεται μόνον για επουσιώδη πλημμέλειες και εκ παραδρομής σφάλματα και όχι για την υποβολή το πρώτον δικαιολογητικών που δεν υποβλήθηκαν καθόλου. Συνεπώς, εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή χορήγησε με την προσβαλλόμενη περαιτέρω προθεσμία στην παρεμβαίνουσα-προσωρινή ανάδοχο για να υποβάλλει το πρώτον τα επίμαχα δικαιολογητικά ηλεκτρονικά. Ενόψει των ανωτέρω, γίνονται δεκτοί οι προβαλλόμενοι από την προσφεύγουσα ισχυρισμοί ενώ απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

19. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η Προσφυγή γίνεται δεκτή ως βάσιμη και απορρίπτεται η ασκηθείσα Παρέμβαση ως αβάσιμη.

20. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, ποσού 9.600,00 ευρώ πρέπει να επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το μέρος που καλεί την προσωρινή ανάδοχο «****» να υποβάλλει και ηλεκτρονικά, τα δικαιολογητικά που κατατέθηκαν μόνο σε έντυπη μορφή, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών.

Αριθμός απόφασης: 1004 / 2020

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 9.600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 13 Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 31 Αυγούστου 2020.

Η Πρόεδρος
Μαρία-Ελένη Σιδέρη

Η Γραμματέας
Αργυρώ Τσουλούφα