

Η

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

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 20^η Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια, και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10-9-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1264/10-09-2020 του ..., κατοίκου ..., ...,

Κατά του ΔΗΜΟΥ ..., που εδρεύει στο ... , οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά: Να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 407/19-8-2020 απόφαση η οποία: ι) απέρριψε τα δικαιολογητικά του κατακύρωσης και την προσφορά του από το Τμήμα Β' ΣΚΥΡΟΔΕΜΑΤΑ του διαγωνισμού για την προμήθεια *οικοδομικών υλικών και σκυροδέματος*, και ιι) ανακήρυξε τον ... ως προσωρινό ανάδοχο στο Τμήμα Β' του διαγωνισμού .

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 ελάχιστο παράβολο ποσού 600 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, επί τη βάσει του προϋπολογισμού του Τμήματος Β της προμήθειας σχετικά με το οποίο έχει ασκηθεί η προσφυγή, ύψους 59.925 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης, και ύψους 79.700,25 ευρώ με το δικαίωμα προαίρεσης, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., με την ένδειξη *δεσμευμένο*, και το από 8-9-2020 αποδεικτικό πληρωμής του στην ΕΤΕ).

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

2. Επειδή με την διακήρυξη υπ' αριθμ. πρωτ. ..., η αναθέτουσα αρχή διακήρυξε Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΥΛΙΚΩΝ, ΣΚΥΡΟΔΕΜΑΤΟΣ, ΑΔΡΑΝΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΥ ΑΣΦΑΛΤΟΜΙΓΜΑΤΟΣ ΕΠΟΥΛΩΣΗΣ ΛΑΚΚΩΝ ΣΕ ΣΑΚΟΥΣ» προϋπολογισμού μελέτης 119.925 χωρίς ΦΠΑ με δικαίωμα προαίρεσης 33%, CPV : ... «Οικοδομικά υλικά» ... «Έτοιμο σκυρόδεμα», για δώδεκα (12) μήνες από την ημερομηνία υπογραφής της ή μέχρις εξαντλήσεως του συμβατικού ποσού και των προμηθευόμενων ειδών, με κριτήριο ανάθεσης, την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Σύμφωνα με τον όρο 1.3 της διακήρυξης τα προς προμήθεια υλικά κατατάχθηκαν σε 2 διακριτά Τμήματα, μεταξύ των οποίων και το επίμαχο ΤΜΗΜΑ Β Σκυρόδεμα, και ορίστηκε ότι Προσφορές υποβάλλονται για ένα ή και για τα δύο ως άνω τμήματα .. Η προσφορά αφορά επί ποινή αποκλεισμού όλα τα είδη και τις ποσότητες που αναφέρονται σε κάθε τμήμα. (σελ. 1, όροι 1.3, 2.3

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 20-3-2020 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

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, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή στο Τμήμα Β' του διαγωνισμού συμμετείχαν ο προσφεύγων, ο ... και η ... με τις προσφορές τους υπ' αριθμ. ..., ... και ... αντίστοιχα.

6. Επειδή με την υπ' αριθμ. 303/7-7-2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκαν τα από 9-4-2020 και 3-6-2020 Πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, αποφασίστηκε η αποδοχή όλων των προσφορών και ο προσφεύγων αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος με ποσό οικονομικής προσφοράς 75.980 ευρώ, έναντι της προσφοράς ποσού 77.751,80 ευρώ του δεύτερου καταταγέντος ... και ποσού 78.903,25 της τρίτης καταταγείσας Κατόπιν τούτων, με το υπ' αριθ. πρωτ. 20829/4-8-2020 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, κλήθηκε ο προσφεύγων όπως

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

προσκομίσει «.. εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας έγγραφης ειδοποίησης, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα .. όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2 της διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 έως 2.2.8 αυτής. Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf και προσκομίζονται κατά περίπτωση εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους, ..Τα δικαιολογητικά προσκομίζονται σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος κατατίθεται στο Γραφείο Πρωτόκολλου του Δήμου ..., υπόψη της επιτροπής διαγωνισμού (Πρόεδρος ...)..»

7. Επειδή την 19-8-2020 συνεδρίασε η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού και εξέδωσε Πρακτικό 3^ο Ελέγχου Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου, σύμφωνα με το οποίο «...Η Επιτροπή.... Αφού πρωτίστως έλεγξε την ηλεκτρονική υποβολή των δικαιολογητικών από τον «προσωρινό ανάδοχο» ως προς το εμπρόθεσμο υποβολής αυτού, διαπίστωσε ότι στο σύστημα εμφανίζονται ότι κατατέθηκαν κατά την 17/08/2020, ήτοι εκπρόθεσμα (στο σημείο αυτό θα πρέπει να αναφερθεί ότι ο εν λόγω ανάδοχος ανέβασε τα δικαιολογητικά του ως «ΜΗΝΥΜΑ» στις 10/08/2020 και ώρα 22.17.09 κι όχι όπως θα έπρεπε ως υποβληθέντα φάκελο στο σύστημα το οποίο και το έπραξε εκπρόθεσμα στις 17/08/2020). Κατόπιν η Επιτροπή έλεγξε το «φυσικό φάκελο» ο οποίος έπρεπε να έχει προσκομισθεί στον Δήμο εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή και διαπίστωσε ότι έλαβε αριθ. πρωτ. 21555/11-08-2020, δηλαδή ο «φυσικός» φάκελος προσκομίσθηκε στον Δήμο, έξι (6) ημέρες νωρίτερα από την ηλεκτρονική υποβολή (το οποίο δικαιολογείται από τη λανθασμένη υποβολή του ηλεκτρονικού φακέλου ως μήνυμα, όπως αναφέρθηκε παραπάνω). Βάσει των ανωτέρω η Επιτροπή Διαγωνισμού και σύμφωνα με το άρθρο 3.2 της διακήρυξης και του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016, προτείνει προς την Οικονομική Επιτροπή την απόρριψη της προσφοράς του...»

8. Επειδή με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής υπ' αριθ. 407/19-8-2020, εγκρίθηκε το παραπάνω Πρακτικό (σκέψη 7), και

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

αποφασίστηκε αφ' ενός μεν η απόρριψη των δικαιολογητικών αναδόχου και της προσφοράς του προσφεύγοντος, και αφ' ετέρου δε η κήρυξη του ... ως προσωρινού αναδόχου. Η προσβαλλόμενη απόφαση με ενσωματωμένο το σχετικό Πρακτικό, κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής η *επικοινωνία*), την 2-9-2020.

9. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 10-9-2020, με κατάθεση μέσω της *επικοινωνίας*, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή την 11-9-2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους έτερους δύο διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς στο Τμήμα Β' της προμήθειας, μέσω της *επικοινωνίας* σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

11. Επειδή την 5-10-2020 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε, μέσω της *επικοινωνίας* στην ΑΕΠΠ, έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, και με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, και το γνωστοποίησε μέσω της *επικοινωνίας* προς τον προσφεύγοντα αυθημερόν, σύμφωνα με τον νόμο.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 1494/2020 Πράξης της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου *περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί προσωρινών μέτρων*.

13. Επειδή ο προσφεύγων έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, επικαλούμενος άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη πράξη, η

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

οποία, κατά τους ισχυρισμούς του, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον προς παροχή έννομης προστασίας στη ζημία του από τον φερόμενο παράνομο αποκλεισμό του από τον διαγωνισμό και στο προφανές επιδιωκόμενο όφελος από την αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τη συμμετοχή του στην συνέχιση της διαδικασίας, και την ανακήρυξή του ως οριστικού αναδόχου.

14. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τον όρο 3.2 της διακήρυξης, τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας, της νομιμότητας, και του ανταγωνισμού, ισχυρίζεται ότι : *«...Το νομικό ζήτημα που τίθεται είναι αν .. συνιστά πλημμέλεια επί ποινή αποκλεισμού για τον προσωρινό ανάδοχο που έχει κληθεί να υποβάλει τα εν λόγω δικαιολογητικά, να τα υποβάλει μέσω του ΕΣΗΔΗΣ δια της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» εντός της ταχθείσης προθεσμίας, αντί να τα υποβάλει τότε στον υποφάκελο «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου» του ηλεκτρονικού χώρου ««Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» του ΕΣΗΔΗΣ, έχοντας εν συνεχεία προσκομίσει τα ίδια δικαιολογητικά εμπρόθεσμα από την εν λόγω υποβολή και ως έγγραφα με το «φυσικό φάκελο», αλλά και, καθ' υπόδειξη οργάνου της αναθέτουσας αρχής, έχοντας μετά ταύτα υποβάλει αυτά και για δεύτερη φορά ψηφιακά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στον έτερο υποφάκελο «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου» του ηλεκτρονικού χώρου «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς». Συμμορφούμενος στην άνω πρόσκληση, την 10.8.2020 και ώρα 22:17:09, ήτοι πριν από την παρέλευση της δεκαήμερης προθεσμίας που μου τάχθηκε, υπέβαλα ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ στην περιεχόμενη σ' αυτό επιμέρους λειτουργικότητα με τον τεχνικό όρο «Επικοινωνία» το σύνολο των απαιτούμενων δικαιολογητικών. Στη συνέχεια την επομένη εργάσιμη ημέρα, επίσης εμπρόθεσμα, κατέθεσα στο Γραφείο Πρωτόκολλου του Δήμου ..., υπόψη της επιτροπής διαγωνισμού (Πρόεδρος ... και Αναπληρωτής Πρόεδρος ...) τα ίδια δικαιολογητικά και ως έγγραφα σε σφραγισμένο φυσικό φάκελο και έλαβα τον αρ. πρωτ. 21555/11-08-2020. Έπειτα, επειδή μου το ζήτησε η αρμόδια υπάλληλος που είναι και διαχειρίστρια της πλατφόρμας για τον εν λόγω διαγωνισμό, τα ίδια ακριβώς δικαιολογητικά, με την ίδια σειρά και την ίδια ψηφιακή υπογραφή της ημερομηνίας 10/08/2020, υπέβαλα για δεύτερη φορά την 17.8.2020 μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ και στον έτερο υποφάκελο του συστήματος με τον όρο*

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

«ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ». Με τις άνω ενέργειές μου και ιδίως των ημερομηνιών 10 και 11.8.2020 εκπλήρωσα τις υποχρεώσεις που ορίζει η διακήρυξη στο άρθρο 3.2 (ή αλλού) για τον προσωρινό ανάδοχο, χωρίς να παραβιάσω καμία από αυτές που τάσσει ρητά επί ποινή αποκλεισμού αλλά ούτε και καμία από αυτές για τις οποίες (ενδεχομένως) ορίζει ρητά ειδική τεχνική λεπτομέρεια αναφορικά με τη μορφή ή τον τρόπο της εκπλήρωσης, τεχνική λεπτομέρεια που, πάντως, σε κανένα γνωστό σε μένα έγγραφο δεν είναι διατυπωμένη επιτακτικά και συνδεδεμένη ρητά με συνέπεια αποκλεισμού. Επομένως, είναι πλημμελής η αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, ... Αφού στην άνω αιτιολογία ενσωματώνεται η διαπίστωση ότι υπέβαλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά δύο φορές μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, εκ των οποίων η πρώτη την 10.8.2020 (δηλαδή εμπρόθεσμα), και με «φυσικό φάκελο» την 11.8.2020 (επίσης εμπρόθεσμα), η δε υποβολή τους την 10.8.2020 στον επιμέρους ψηφιακό χώρο «Επικοινωνία» ή στον ψηφιακό υποφάκελο «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου» του ηλεκτρονικού χώρου «Συνημμένα Ηλεκτρονικής Προσφοράς» είναι τεχνικό ζήτημα που δεν ρυθμίζεται ρητά με τη διακήρυξη (ούτε με την άνω με αρ. ... πρόσκληση) και δη με επίσης ρητή συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου και τον αποκλεισμό του... Και αυτά επαλλήλως προς το ότι παραβιάζουν και την αρχή της νομιμότητας της διοικητικής δράσης. Και τούτο διότι μια τέτοια ερμηνευτική εκδοχή που θα είχε συνέπεια τον αποκλεισμό δεν έχει και δεν θα μπορούσε να βρει νόμιμη βάση (ούτε καν δικαιολογητική και σκοπιμότητας επί της ουσίας), αφού και σε οδηγίες χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ παρεχόμενες δημόσια από το ίδιο σε πολυάριθμους σχετικούς ιστότοπους (βλ. σχετικά "links", όπως http://pedamth.gr/cms/files/ArticleID/278/OdhgiesXrasisESH DHS_21022018.pdf για τις δημόσιες συμβάσεις δημοσίων έργων στις οποίες ισχύουν οι ίδιες αρχές) στο κεφάλαιο «ΦΑΣΗ 5: Υποβολή Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου / Αξιολόγηση» αναφέρεται ρητά (βλ. σελ. 27/54)«...>Επιλέγω Α/Α Συστήματος και μέσω της «Επικοινωνίας» στέλνω απάντηση στην αναθέτουσα αρχή με συνημμένα τα απαραίτητα δικαιολογητικά, εντός της προθεσμίας που έχει τεθεί από την Διακήρυξη»...»

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη τον όρο 2.4.2 της διακήρυξης, αναφέρει στις απόψεις της επί της προσφυγής, ότι : «...1. Τα

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται στο σύστημα όπως και δικαιολογητικά συμμετοχής των οικονομικών φορέων στο διαγωνισμό, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.2. της διακήρυξης. Ουσιαστικά ο κος Ασημακόπουλος έκανε λάθος χειρισμούς του συστήματος, κάτι που τον οδήγησε στην εκπρόθεσμη κατάθεση του ηλεκτρονικού του φακέλου. 2. Το εγχειρίδιο που κατέθεσε με την προσφυγή του, ο κος Ασημακόπουλος αφορά τους διαγωνισμούς Δημοσίων έργων και όχι τους διαγωνισμούς προμηθειών και υπηρεσιών. Οπότε η Επιτροπή εμμένει στις απόψεις που εκφράζονται με το Πρακτικό 2 «Πρακτικό Οικονομικής Προσφοράς...»

16. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες 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.. »

17. Επειδή στο άρθρο 22 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Κανόνες που εφαρμόζονται στις επικοινωνίες (άρθρο 22 παράγραφοι 1- 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) » του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 1 του άρθρου 36, όλες οι επικοινωνίες, καθώς και όλες οι ανταλλαγές πληροφοριών δυνάμει του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ιδίως η ηλεκτρονική υποβολή, εκτελούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του παρόντος άρθρου, των άρθρων 36 και 37 και του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Α´... »

18. Επειδή στο άρθρο 36 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Υποχρέωση χρήσης – Λειτουργία ΕΣΗΔΗΣ» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι « 1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. 2. Το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. οφείλει να συμμορφώνεται με: .. β) τους κανόνες του παρόντος άρθρου και των άρθρων

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

22 και 37... 5. Με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού ρυθμίζονται, για τις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν: α) τη λειτουργία της ηλεκτρονικής πύλης ΕΣΗΔΗΣ, τη δομή και το περιεχόμενό της, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3979/ 2011 και του ΠΗΔ, τη διαβάθμιση των χρηστών, τον τρόπο πρόσβασης και μελέτης των εγγράφων των διαγωνισμών ..β) τον προσδιορισμό του περιεχομένου, των κανόνων και λεπτομερειών χρήσης των επιμέρους εργαλείων του ΕΣΗΔΗΣ, όπως της διαδικτυακής διαχείρισης αιτημάτων και πληροφοριών, της χρήσης προτύπων και υποδειγμάτων, της ηλεκτρονικής κοινοποίησης, .. γ) τους όρους και τις προϋποθέσεις για την υποβολή, τη γνωστοποίηση, τη διακίνηση εγγράφων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, τον τύπο και το περιεχόμενό τους, τον προσδιορισμό του χρόνου αποστολής ή παραλαβής και τον υπολογισμό των προθεσμιών, τεκμήρια γνωστοποίησης και απόκτησης πρόσβασης από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, καθώς και τον τρόπο και την απόδειξη πρόσβασης σε έγγραφα μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. και χορήγησης αντιγράφων..»

19. Επειδή στην ΥΑ 56902/215 (ΦΕΚ Β΄1924/2-6-2017 με τον τίτλο «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.)» που ελήφθη κατ' εξουσιοδότηση του άρθ. 36 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «.. Άρθρο 8 Επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων 1. Η διαδικασία επικοινωνίας, ενημέρωσης και διακίνησης εγγράφων πραγματοποιείται μέσω του Συστήματος κατά περίπτωση, με: • την αποστολή ή κοινοποίηση σχετικών στοιχείων με μηνύματα δια της λειτουργικότητας «Επικοινωνία». • την ανάρτηση σχετικών στοιχείων από τις αναθέτουσες αρχές/ αναθέτοντες φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Προκηρυγμένου Διαγωνισμού» του εκάστοτε διαγωνισμού • την υποβολή σχετικών στοιχείων από τους οικονομικούς φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς», ο οποίος περιλαμβάνει τους (υπό)φακέλους: - «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» - «Οικονομική Προσφορά» - «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου».. Άρθρο 17 Υποβολή- Αποσφράγιση-Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου Κατακύρωση – Σύναψη Σύμβασης 1. Υποβολή - Αποσφράγιση - Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου 1.1 Μετά την αξιολόγηση των

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

προσφορών η αναθέτουσα αρχή/ αναθέτων φορέας ειδοποιεί εγγράφως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος τον «προσωρινό ανάδοχο» να υποβάλλει 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 στον χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και ειδικότερα στον (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου»...»

20. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιωνπροσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως:... ιζ) τους απαραίτατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...»

21. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται 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... και στα έγγραφα της σύμβασης...»

22. Επειδή, στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Άρθρο 103 Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» ορίζεται ότι «...Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 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 .. 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 ... 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου .. και η κατακύρωση

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται...»

23. Επειδή στη διακήρυξη προβλέπεται ότι: «..1.4 Θεσμικό πλαίσιο Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται από την κείμενη νομοθεσία και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως:.. • του Ν.4412/2016 (ΦΕΚ 147/08-08-2016 τεύχος 1ο) «ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΕΡΓΩΝ, ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ (ΠΡΟΣΑΡΜΟΓΗ ΣΤΙΣ ΟΔΗΓΙΕΣ 2014/24/ΕΕ ΚΑΙ 2014/25/ΕΕ)», όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.. • της αριθμ.56902/215/19-05-2017 (ΦΕΚ 1924/02-06-2017 τεύχος 2ο) απόφασης Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης με θέμα «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΛΕΠΤΟΜΕΡΕΙΕΣ ΚΑΙ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ ΤΟΥ Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.».. 2. ΓΕΝΙΚΟΙ & ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 2.1 Γενικές πληροφορίες.. 2.1.2 Η επικοινωνία σε σχέση με τα βασικά στοιχεία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, καθώς και η ανταλλαγή πληροφοριών, ιδίως η ηλεκτρονική υποβολή, εκτελούνται με τη χρήση της πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ... 2.4 Κατάρτιση & περιεχόμενο προσφορών.. 2.4.2.1 Οι προσφορές υποβάλλονται ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στην παρούσα διακήρυξη. Οι προσφορές υποβάλλονται στην ελληνική γλώσσα, σε ηλεκτρονικό φάκελο, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο Ν.4412/2016 και ιδίως στα άρθρα 36 και 37 και την Υπουργική Απόφαση με αριθμ.56902/215/19-05-2017 (ΦΕΚ 1924/02-06-2017 τεύχος 2ο) «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΛΕΠΤΟΜΕΡΕΙΕΣ ΚΑΙ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ ΤΟΥ Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.».. 2.4.2.3 Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: α)έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα και β) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» στον οποίο περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

οικονομικού φορέα... 2.4.2.5 Ο χρήστης – οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του συστήματος,.. 2.4.3 Περιεχόμενα (υπο)φακέλου «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ»

2.4.3.1 Δικαιολογητικά συμμετοχής Στον (υπο)φάκελο αυτό περιλαμβάνονται τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία».. 2.4.3.2 Τεχνική προσφορά .. Ο (υπο)φάκελος περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα/δικαιολογητικά βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης.. 2.4.4 Περιεχόμενα (υπο)φακέλου «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» Η οικονομική προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης. Στον (υπο)φάκελο αυτό περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα,... 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών 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 το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα διακήρυξη...

3. ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ & ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ

3.1 Αποσφράγιση & αξιολόγηση προσφορών 3.1.1 Ηλεκτρονική αποσφράγιση προσφορών Το πιστοποιημένο στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., για την αποσφράγιση των προσφορών αρμόδιο όργανο της αναθέτουσας αρχής (επιτροπή διαγωνισμού) προβαίνει στην έναρξη της διαδικασίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης των φακέλων των προσφορών, κατά το άρθρο 100 του Ν.4412/2016, ακολουθώντας τα εξής στάδια: α) Ηλεκτρονική αποσφράγιση του (υπο)φακέλου «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», .. β) Ηλεκτρονική αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», .. 3.2 Πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου – δικαιολογητικά Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα .. όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2 της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης,

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 έως 2.2.8 αυτής. Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf και προσκομίζονται κατά περίπτωση από αυτόν εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους... 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 οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν:... ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών.. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν..»

24. 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, ΣτΕ Ε.Α. 523/2010), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, 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 συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007, IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣτΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 26/2007 κ.ά.). 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 προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd,

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

Συλλογή 2001, σ. Ι-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. Ι-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάσει των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

25. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία εφόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση *Pirro Pizzo*, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

26. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς. Επιβάλλεται δε να προσδιορίζονται επακριβώς στην διακήρυξη τα προς συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό (ΣΤΕ 39/2017, ΔΕφΠατρ 39/2017, ΣΤΕ 5022/2012).

27. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, βάσει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας που διέπουν τη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη,

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για έγγραφα ή δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη διακήρυξη ή δεν προσκόμισε δικαιολογητικά πρόσθετα ή διαφορετικά από τα ρητώς αξιούμενα (ΕΑ ΣΤΕ 18, 53, 19, 19/2011, 254/2008, 318/2013 ΔΕΦΑΘ (ΑΣΦ) 18/2015, ΣΤΕ 10833, 1084/2010). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται νομίμως να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία διακήρυξη (C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ 28, και απόφαση Medipac C-6/05, EU:C:2007, 337, σκέψη 54).

28. Επειδή, ως προκύπτει από τα έγγραφα και στοιχεία της διαδικασίας όπως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση (σκέψεις 6, 7 και 8), και στην προσφυγή (σκέψη 14), ο προσφεύγων κατέθεσε την 10-8-2020 -σε γνώση μόνον της αναθέτουσας αρχής- ηλεκτρονικά στο ΕΣΗΔΗΣ τα δικαιολογητικά της κατακύρωσης εμπρόθεσμα μιν, αλλά μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του οικείου ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, και όχι στον ηλεκτρονικό φάκελο της προσφοράς της και συγκεκριμένα δεν κατέθεσε τα δικαιολογητικά του στον ηλεκτρονικό υποφάκελο της προσφοράς με τον τίτλο *ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ*. Ωστόσο, όπως βάσιμα αναφέρεται στον μόνο λόγο της προσφυγής, η παραδρομή αυτή δεν μπορεί σύμφωνα με τον νόμο, την διακήρυξη και τις αρχές της νομιμότητας και της τυπικότητας να επιφέρει την απόρριψη των δικαιολογητικών κατακύρωσης και τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος από την διαδικασία, διότι δεν προβλέπεται αποκλεισμός του προσωρινού αναδόχου για τον λόγο αυτό, ήτοι για την ηλεκτρονική κατάθεση των δικαιολογητικών κατακύρωσης στην *επικοινωνία* και στον ηλεκτρονικό υποφάκελο με τον τίτλο *ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ*. Ειδικότερα, στην διακήρυξη ρητώς και σαφώς προβλέπεται ότι μόνον τα δικαιολογητικά συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς κατατίθενται υποχρεωτικά εντός των οικείων ηλεκτρονικών *υποφακέλων* της προσφοράς (όροι 2.4.2.3, 2.4.2.5, 2.4.3.2, 2.4.4, 3.1.1). Και τούτο μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού από την διαδικασία σύμφωνα με τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης ο οποίος προβλέπει την απόρριψη της προσφοράς εάν δεν υποβληθεί με τον *με τον τρόπο και το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα διακήρυξη*. Επομένως μόνον εφόσον η διακήρυξη

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

προβλέπει ότι υποχρεωτικά συγκεκριμένα δικαιολογητικά και έγγραφα του διαγωνιζόμενου κατατίθενται σε συγκεκριμένους ηλεκτρονικούς υποφακέλους χωρεί αποκλεισμός σε περίπτωση που τούτα υποβληθούν άλλως. Ωστόσο όμως, καθόσον αφορά ειδικά στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν απαιτείται από την διακήρυξη να κατατεθούν συγκεκριμένα στον οικείο ηλεκτρονικό υποφάκελο με τον τίτλο *δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου*. Μάλιστα ουδέ καν απαιτείται να κατατεθούν σε ηλεκτρονικό υποφάκελο, αλλά απλώς απαιτείται να κατατεθούν *ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος* (εννοεί το ΕΣΗΔΗΣ) (όρος 3.2 της διακήρυξης). Κατά συνέπεια δεν χωρεί εν προκειμένω εφαρμογή του όρου 2.4.6 της διακήρυξης και αποκλεισμός του προσφεύγοντος η οποία υπέβαλε πάντως -ως απαιτείται- *ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος* τα επίμαχα δικαιολογητικά, διότι δεν ορίζεται στην παρούσα διακήρυξη ότι τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά κατακύρωσης υποβάλλονται αποκλειστικά και μόνον στον ηλεκτρονικό υποφάκελο *δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου*. Ασφαλώς και εφόσον δεν προβλέπεται ρητώς και σαφώς ο συγκεκριμένος ηλεκτρονικός τόπος όπου κατατίθενται τα επίμαχα δικαιολογητικά, ισχύουν όμως σε κάθε περίπτωση οι λοιπές διατάξεις της διακήρυξης περί της σε κάθε περίπτωση ηλεκτρονικής κατάθεσης των δικαιολογητικών στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (όροι 2.1., 2.4.2.1, 3.2). Συναφώς δεν αμφισβητείται ότι εν προκειμένω τούτο πράγματι συνέβη, καθώς ο προσφεύγων κατέθεσε σε κάθε περίπτωση *ηλεκτρονικά* τα επίμαχα δικαιολογητικά στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και δη μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* σε γνώση μόνον της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, στον όρο 1.4 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η παρούσα διαδικασία διέπεται -μεταξύ άλλων και- από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 και της ΥΑ 56902/215/19-5-2017. Ωστόσο όμως ούτε από τις διατάξεις του νόμου και της ΥΑ προκύπτει ότι τα δικαιολογητικά αναδόχου υποβάλλονται επί ποινή αποκλεισμού εντός του ηλεκτρονικού υποφακέλου με τον τίτλο *δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου*. Ειδικότερα ο νόμος (άρθ. 22 του ν. 4412/2016 σκέψη 17) προβλέπει -ως και η παρούσα διακήρυξη- ότι η υποβολή των εγγράφων του διαγωνισμού γίνεται *ηλεκτρονικά* μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Περαιτέρω δεν προκύπτει από τον νόμο (άρθ. 36 σκέψη 18 και 103 σκέψη 22) ότι τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται σε συγκεκριμένο ηλεκτρονικό υποφάκελο και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

από την διαδικασία. Εξ άλλου, η ΥΑ 56902/215/2017 (σκέψη 19) προβλέπει μεν ότι *Η διαδικασία επικοινωνίας, ενημέρωσης και διακίνησης εγγράφων πραγματοποιείται μέσω του Συστήματος κατά περίπτωση, με:* • την υποβολή σχετικών στοιχείων από τους οικονομικούς φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς», ο οποίος περιλαμβάνει τους (υπό)φακέλους: - «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» - «Οικονομική Προσφορά» - «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου» και ότι 1.2 Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά στον χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και ειδικότερα στον (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου». Όμως δεν προβλέπει ότι αποκλείεται του διαγωνισμού προσωρινός ανάδοχος που κατέθεσε τα δικαιολογητικά του κατακύρωσης σε διαφορετικό ηλεκτρονικό τόπο του οικείου τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. Εξ άλλου και σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή ευχερώς μπορούσε και πάντως όφειλε να κοινοποιήσει μέσω της επικοινωνίας προς τους λοιπούς διαγωνιζόμενους τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσφεύγοντος, μαζί με την απόφαση κατακύρωσης, προκειμένου να λάβουν γνώση σύμφωνα με το άρθ. 103 του ν. 4412/2016, το οποίο ορίζει ότι *Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος.* Ωστόσο, ούτε στον νόμο ούτε στην διακήρυξη προβλέπεται ότι η πρόσβαση των λοιπών διαγωνιζομένων στα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης γίνεται αποκλειστικά και μόνον διά της πρόσβασης στον υποφάκελο δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφοράς, μάλιστα δε δεν προβλέπεται συγκεκριμένος τρόπος κοινοποίησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, υποχρεούμενης συνεπώς της αναθέτουσας αρχής όπως προβεί στην εν λόγω κοινοποίηση εγγράφων στα οποία έχει πρόσβαση και απαιτείται να κοινοποιηθούν στους λοιπούς διαγωνιζόμενους κατά τον τασσόμενο εκ του νόμου χρόνο. Συνεπώς, πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση που απέρριψε τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου του προσφεύγοντος και τον απέκλεισε από την διαδικασία για λόγο που όμως δεν προβλέπεται ρητώς και σαφώς επί ποινή αποκλεισμού από την διαδικασία. Ήτοι δεν χωρεί παραδεκτά αποκλεισμός του προσφεύγοντος, επειδή υπέβαλε τα

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

δικαιολογητικά του ηλεκτρονικά μέσω της *επικοινωνίας*, ως ο νόμος και η διακήρυξη ρητώς προβλέπουν, και όχι εντός του υποφακέλου με τον τίτλο *δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου*, το οποίο δεν προβλέπεται ρητά επί ποινή αποκλεισμού από την διαδικασία. Και τούτο διότι σύμφωνα με τον νόμο (άρθ. 18, 53, 71, 103 του ν. 4412/2016 σκέψεις 16, 20-22) και τις αρχές της τυπικότητας νομιμότητας και διαφάνειας της διαδικασίας (σκέψεις 24-27), δεν χωρεί αποκλεισμός διαγωνιζομένου για λόγο που δεν προβλέπεται ρητώς και σαφώς στην διακήρυξη ή στον νόμο. Συνεπώς και εφόσον παραδεκτά ο προσφεύγων κατέθεσε τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου ηλεκτρονικά στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και δη στη λειτουργικότητα *επικοινωνία* και σε γνώση της αναθέτουσας αρχής -τα οποία δεν αμφισβητούνται-, την 10-8-2020, παρέπεται ότι εμπρόθεσμα κατέθεσε και σε φυσική μορφή τα δικαιολογητικά αυτά εντός του προβλεπομένου τριημέρου από την ηλεκτρονική κατάθεση, ήτοι την 11-8-2020 (σκέψη 6, 7, 8). Για τον λόγο αυτό έσφαλε η προσβαλλόμενη απόφαση και πρέπει να ακυρωθεί και κατά τον επάλληλο λόγο αποκλεισμού του προσφεύγοντος περί εκπρόθεσμης υποβολής του φυσικού φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης την 11-8-2020. Και τούτο επειδή στηρίζεται στην εσφαλμένη παραδοχή, ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υποβάλλονται παραδεκτά μόνο στον ηλεκτρονικό υποφάκελο με τον τίτλο *δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου*, με αποτέλεσμα κατά την πλημμελή της αιτιολογία η προσβαλλόμενη απόφαση να έχει εσφαλμένα αποδεχθεί ότι υποβλήθηκε ο φυσικός φάκελος πρόωρα την 11-8-2020 και όχι εντός του τριημέρου που ακολουθεί την 17-8-2020, αφ' ότου δηλαδή τα επίμαχα δικαιολογητικά τελικά επανακατατέθηκαν την 17-8-2020 και στον οικείο ηλεκτρονικό υποφάκελο με τον τίτλο *δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου*. Ενώ αντίθετα κατά τα ως άνω εκτενώς αναφερόμενα, εφόσον δεν χωρεί αποκλεισμός του προσωρινού αναδόχου λόγω ηλεκτρονικής κατάθεσης των δικαιολογητικών του κατακύρωσης στην *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 10-8-2020, επομένως εμπρόθεσμα κατατέθηκαν τα δικαιολογητικά τούτα και σε φυσική μορφή την 11-8-2020, ήτοι εντός του τριημέρου μετά την ηλεκτρονική τους κατάθεση. Συνεπώς για τους λόγους αυτούς πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση που απέρριψε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και τον προσφεύγοντα από την διαδικασία, για

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

λόγο που δεν προβλέπεται ρητώς και σαφώς ούτε στην διακήρυξη ούτε στο νόμο.

Κατά τη μειοψηφούσα άποψη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αφοκάρδου, στην Υπουργική Απόφαση 56902/215/2017, η οποία περιλαμβάνεται ρητώς και σαφώς στο θεσμικό πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, προβλέπεται ρητώς, σαφώς και διεξοδικώς ο προσήκων τρόπος ηλεκτρονικής υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Παράλληλα, το γεγονός ότι η παρ. α του άρθρου 2.4.6 της Διακήρυξης που προβλέπει ρητώς και σαφώς ότι η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα διακήρυξη, αφορά και στα δικαιολογητικά κατακύρωσης και όχι μόνο στην τεχνική και οικονομική προσφορά, προκύπτει και από το άρθρο 3.2 της Διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι αν κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης διαπιστωθεί ότι αυτά δεν υπεβλήθησαν νομίμως και εμπροθέσμως, τότε απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου. Εξάλλου, η πρόβλεψη της ως άνω Υπουργικής Απόφασης ότι τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται ηλεκτρονικά στον χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και ειδικότερα στον (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου» δεν αποτελεί απλώς μια τεχνική λεπτομέρεια ή εκδήλωση αυστηρής τυπολατρίας χωρίς έννομες συνέπειες, ως αβασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, καθώς μετά την αποσφράγισή τους από την αναθέτουσα αρχή, όλοι οι συμμετέχοντες έχουν πρόσβαση σε αυτά, ως συμβαίνει τόσο με τις τεχνικές όσο και με τις οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων και, ως εκ τούτου, έχουν τη δυνατότητα να ασκήσουν τα νόμιμα δικαιώματά τους εγκαίρως στο πλαίσιο της έννομης προστασίας κατά το στάδιο αναθέσεως δημόσιας σύμβασης. Αντίθετα, η ανάρτηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού παρέχει δύο επιλογές αποδεκτών, ήτοι «Όλοι οι συμμετέχοντες» και «ΕΣΗΔΗΣ». Εν προκειμένω, ο προσφεύγων ανάρτησε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης με αποδέκτη το «ΕΣΗΔΗΣ» όπου πρόσβαση στα στοιχεία και στα συνημμένα του μηνύματος έχουν οι χειριστές της

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

αναθέτουσας αρχής, τα μέλη της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού και τα στελέχη ελεγκτικών υπηρεσιών στους οποίους έχει δοθεί πρόσβαση στο διαγωνισμό (όπως η ΑΕΠΠ) και όχι οι λοιποί οικονομικοί φορείς που έχουν υποβάλει προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό. Ως δε προβλέπει η επίμαχη Διακήρυξη στο άρθρο 3.3, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί μόνο την απόφαση κατακύρωσης και τα πρακτικά της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών σε κάθε προσφέροντα που δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά, εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, ενώ δεν υφίσταται ρητή πρόβλεψη για υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιήσει τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου διότι αυτά θεωρείται δεδομένο ότι έχουν ήδη καταστεί προσβάσιμα σε όλους τους συμμετέχοντες με την αποσφράγισή τους. Ενδεικτικά αναφέρεται ότι εάν ο προσφεύγων δεν είχε επανυποβάλει ηλεκτρονικά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης προσηκόντως, κατά την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής, τα εν λόγω δικαιολογητικά δεν θα ήταν προσβάσιμα στους λοιπούς συμμετέχοντες οι οποίοι θα στερούνταν κατά τον τρόπο αυτό το δικαίωμα έγκαιρης έννομης προστασίας τους κατόπιν ελέγχου αυτών. Ως εκ τούτου, ουδεμία διάκριση ή διαφοροποίηση δεν δύναται να υποστηριχθεί μεταξύ της παραδεκτής υποβολής των (τεχνικών και οικονομικών) προσφορών και των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ο τρόπος ηλεκτρονικής υποβολής αυτών ως περιγράφεται στην ως άνω υπουργική απόφαση είναι υποχρεωτικός και τίθεται σε αμφότερες τις περιπτώσεις επί ποινή αποκλεισμού. Ανεξαρτήτως του εάν του ζητήθηκε ή όχι, ο προσφεύγων επανυπέβαλε ηλεκτρονικά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης προσηκόντως εκπρόθεσμα, ήτοι στις 17/8 ενώ η προθεσμία που του είχε τάξει η αναθέτουσα αρχή έληξε στις 14/8. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή ορθώς, κατά δέσμια αρμοδιότητα και σύμφωνα με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος λόγω μη παραδεκτής (εκπρόθεσμης) ηλεκτρονικής υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Κατά τα λοιπά, εφόσον δεν υφίσταται παραδεκτή ηλεκτρονική υποβολή στο πλαίσιο ηλεκτρονικής διαγωνιστικής διαδικασίας, η υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης σε έντυπη μορφή ουδόλως δύναται να θεραπεύσει την εν λόγω πλημμέλεια ακόμα και αν έλαβε χώρα εντός της νόμιμης προθεσμίας. Επομένως, ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά του

Αριθμός Απόφασης : 1426/2020

προσφεύγοντος και, συνακόλουθα, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

29. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση, κατά πλειοψηφία.

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση.

31. Επειδή ύστερα από την σκέψη 30, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να επιστραφεί (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται κατά πλειοψηφία την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 20 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε την 9 Νοεμβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο Γραμματέας
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ