

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 15-9-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση στη θέση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 16-8-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1635/17-8-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

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

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 6-8-2021, Απόφαση υπ' αριθμ. 338/30.7.2021/Θέμα 11 ΔΣ της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος κρίθηκε στο ΤΜΗΜΑ ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΝΤΗΖΕΛ, επιμέρους εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 166.935,48 ευρώ, δεκτός και προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας ..., στο πλαίσιο της διαδικασίας για την προμήθεια «Βενζίνης Αμόλυβδη (CPV ...) και Πετρελαίου κίνησης, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 169.365,48 ευρώ, διαδικασία που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 26-5-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 20-8-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων τα από 9-9-2021 υπομνήματα του κατά των Απόψεων και της Παρέμβασης, ο δε παρεμβαίνων το από 10-9-2021 υπόμνημά του. Όλα τα υπομνήματα υποβλήθηκαν εκπρόθεσμα, ήτοι μετά το πενήνήμερο από την υποβολή των Απόψεων της αναθέτουσας, σύμφωνα με το ήδη πλέον ισχύον, άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 835 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπροθέσμως, και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 16-8-2021 προσφυγή του δεύτερου αποδεκτού μειοδότη κατά της από 6-8-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών-οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος κρίθηκε στο οικείο τμήμα ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ NTIZEΛ αποδεκτός ο πρώτος μειοδότης και ομοίως εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, ύστερα από την από 16-8-2021 κοινοποίηση της προσφυγής, από 20-8-2021 παρεμβαίνων. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο όρος 2.4.3.2 της διακήρυξης ορίζει ότι «ΟΙ ΣΥΜΜΕΤΕΧΟΝΤΕΣ ΣΤΟΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ, ΘΑ ΚΑΤΑΘΕΣΟΥΝ ΣΤΟ ΦΑΚΕΛΟ ΤΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΟΥΣ, ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΑ ΠΙΟ ΚΑΤΩ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ • Φωτοαντίγραφο, επικυρωμένο νομίμως, της άδειας λειτουργίας της Επιχείρησης Πρατηρίου Υγρών Καυσίμων • Φωτοαντίγραφο, επικυρωμένο νομίμως, της άδειας νόμιμα κυκλοφορούντος Βυτιοφόρου αυτοκινήτου μεταφοράς και διανομής Υγρών Καυσίμων, που θα είναι εφοδιασμένο με λιτρομετρητή-αεροδιαχωριστή • Επικυρωμένο φωτοαντίγραφο ασφαλιστηρίων συμβολαίων των βυτιοφόρων». Όπως προβάλλει ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων υπέβαλε με την ηλεκτρονική προσφορά του, όλα τα ανωτέρω, εκ των οποίων οι άδειες λειτουργίας και κυκλοφορίας συνιστούν δημόσια έγγραφα και τα ασφαλιστήρια συμβόλαια ιδιωτικά έγγραφα, σε απλά φωτοαντίγραφα. Ο δε όρος 2.4.2.5 προβλέπει ότι «Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε

σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά είναι ενδεικτικά η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, τα πρωτότυπα έγγραφα τα οποία έχουν εκδοθεί από ιδιωτικούς φορείς και δεν φέρουν επικύρωση από δικηγόρο, καθώς και τα έγγραφα που φέρουν τη Σφραγίδα της Χάγης (Apostille). Δεν προσκομίζονται σε έντυπη μορφή στοιχεία και δικαιολογητικά τα οποία φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή, τα ΦΕΚ, τα τεχνικά φυλλάδια και όσα προβλέπεται από το ν. 4250/2014 ότι οι φορείς υποχρεούνται να αποδέχονται σε αντίγραφα των πρωτοτύπων.». Συνεπώς, κατά τον τελούντα σε κανονιστική ισοτιμία με τον όρο 2.4.3.2, όρο 2.4.2.5, παραδεκτώς υποβάλλονται με την ηλεκτρονική προσφορά τα απλά φωτοαντίγραφα, εφόσον συνυποβληθούν σε φυσικό φάκελο τα πρωτότυπα ή επικυρωμένα αντίγραφα ή φωτοτυπίες επικυρωμένων, τούτο όμως ισχύει μόνο για τα ιδιωτικά έγγραφα και εξαιρούνται τα υποχρεωτικώς κατά το Ν. 4250/2014, αποδεκτά σε μορφή απλού φωτοαντιγράφου, δημόσια έγγραφα. Άρα, κατά τον ως άνω όρο, τα δημόσια έγγραφα παραδεκτώς υποβάλλονται σε απλά φωτοαντίγραφα και δη, αρκούσας της ηλεκτρονικής υποβολής, χωρίς χρεία συνοδείας με πρωτότυπα ή επικυρωμένα. Συνεπώς, όσον αφορά τις άδειες του όρου 2.4.3.2, υφίσταται κρίσιμη ασάφεια, αφού ο ένας όρος προβλέπει ότι ως δημόσια έγγραφα υποβάλλονται παραδεκτώς και ως απλά φωτοαντίγραφα, ενώ ο άλλος αναφέρει ότι υποβάλλονται ως επικυρωμένα και τούτο, ενώ το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης, κατά τον όρο 1.4 αυτής, περιλαμβάνει και το Ν. 4250/2014, που ορίζει ακριβώς την υποχρεωτική αποδοχή από τις δημόσιες αρχές, δημοσίων εγγράφων σε μορφή απλού φωτοαντιγράφου. Επιπλέον τούτων, ο όρος 3.1 της διακήρυξης ορίζει, ότι «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016.», ενώ το άρ. 102 Ν. 4412/2016, στο οποίο ως άνω όρος παραπέμπει, όπως τροποποιήθηκε με το άρ. 42 Ν. 4782/2021 με ισχύ πριν την εκκίνηση της νυν διαδικασίας,

ορίζεται, σε αντίθεση με την προϊσχύσασα αντίστοιχη διάταξη, ότι «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.» Ο δε ως άνω όρος 2.4.3.2 δεν θεσπίζει απόκλιση από τα ανωτέρω, αφού ο όρος αυτός, όπως και κάθε άλλη αποδεικτική απαίτηση της διακήρυξης (που ομοίως τίθεται ρητά ή σιωπηρά, επί ποινή αποκλεισμού) τελεί σε κανονιστική ισοτιμία και χρήζει συστηματικής συνερμηνείας μετά του όρου 3.1 ανωτέρω, της ίδιας διακήρυξης, που επιτρέπει τη συμπλήρωση κάθε είδους ελλείψεων επί αποδεικτικής φύσης απαιτήσεων της διακήρυξης, ασχέτως πώς και με ποιον τρόπο ή όρο ορίζονται στη διακήρυξη, με συνέπεια, ο προβλεπόμενος κατά τον όρο 2.4.3.2 αποκλεισμός να επέρχεται συνεπεία της αποτυχίας υποβολής των ανωτέρω, κατόπιν της πρότερης εφαρμογής του όρου 3.1 περί κλήσης προς συμπλήρωση. Αντίθετη ερμηνεία άλλωστε, θα ήταν αντίθετη και στον σκοπό του νέου άρ. 102 Ν. 4412/2016, το οποίο σκοπεύει στα εξής, βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4782/2021, άρ. 42 «...Ειδικότερα, αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής. ... Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ( παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί. Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης

του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρείας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ'αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα.» (βλ. και Μιχαήλ Διαθεσόπουλο, Τα νέα άρθρα 102 και 310 Ν 4412/2016 μετά το Ν 4782/2021 και το νέο καθεστώς διόρθωσης και συμπλήρωσης προσφορών, ΠειρΝομ 1/2021). Εξάλλου εν προκειμένω, η υποβολή των ήδη υποβληθέντων σε απλά αντίγραφα, εγγράφων, δημοσίων και ιδιωτικών και ασχέτως της ως άνω αντίφασης περί των δημοσίων εγγράφων, ως επικυρωμένων, ουδόλως δύναται να επιτρέψει μεταβολή της προσφοράς ή το πρώτον πλήρωση των αναγκαίων ουσιαστικών προσόντων, αφού απλώς θα πρέπει να υποβληθούν ακριβώς τα ίδια έγγραφα που υποβλήθηκαν -και όχι τυχόν διαφορετικά-, ως επικυρωμένα σχετικά με την πιστότητα τους ως αντίγραφα γνησίου πρωτοτύπου από αρμόδιο προς τούτο πρόσωπο, ενώ ακόμη και ο χρόνος της επικύρωσης δεν έχει έννομη σημασία (αν τυχόν είναι μεταγενέστερος της υποβολής της προσφοράς), αφού η επικύρωση δεν συνιστά τίποτε άλλο από πιστοποίηση της ακρίβειας του εκ του πρωτοτύπου αντιγράφου (ήτοι ότι συνιστά ακριβές αντίγραφο του γνησίου πρωτοτύπου) και άρα, οποτεδήποτε και αν λάβει χώρα ανάγεται αναγκαία στο ίδιο το πρωτότυπο και το ισχύον προ της προσφοράς περιεχόμενο του, χωρίς να δύναται να εκταθεί σε οτιδήποτε παραπάνω. Επομένως, απορριπτέοι

τυγχάνουν οι ισχυρισμοί περί των αδειών, αφού εν τέλει ουδόλως προκύπτει βέβαιο και μη αντιφατικό έρεισμα απαίτησης τους με την προσφορά, ενώ όσον αφορά τα ασφαλιστήρια, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος πρέπει να γίνουν εν μέρει δεκτοί, καθ' ο μέρος αιτούνται την ακύρωση της άνευ ετέρου αποδοχής του παρεμβαίνοντος, χωρίς όμως να δύνανται να άγουν σε άνευ ετέρου αποκλεισμό τους, αλλά υποχρέωση της αναθέτουσας, όπως κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 και τον όρο 3.1 της διακήρυξης, καλέσει τον παρεμβαίνοντα να υποβάλει επικυρωμένα αντίγραφα των ήδη υποβληθέντων απλών φωτοαντιγράφων των ασφαλιστηρίων συμβολαίων των βυτιοφόρων.

4. Επειδή, ωστόσο, κατά την μειοψηφούσα γνώμη του μέλους Ευαγγελίας Μιχολίτση, γνώμονας εφαρμογής υπό οιαδήποτε ερμηνευτική οδό της διάταξης του άρθρου 102 ως τροποποιήθηκε με τον Ν. 4782/2021 είναι η απαραίτητη τήρηση των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, ΜΑ.Τ.Ι. SUD, C-523/16, ΕΥ:C:2018:122, σκ. 48-49), που εξυπηρετείται με την τήρηση των οικείων κανονιστικών διατάξεων της διακήρυξης. Εν προκειμένω, δε, κατά ρητή πρόβλεψη του άρθρου 2.4.3.2. συνδυαστικά θεώμενου με το άρθρο 2.4.6. της διακήρυξης που αφορά τους λόγους απόρριψης προσφορών και το άρθρο 3.1.1. που αναφέρεται μεταξύ άλλων στην εφαρμογή του αρ. 102 του Ν. 4412/2016, προκύπτει η δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής περί απόρριψης προσφοράς που δεν περιλαμβάνει επικυρωμένα αντίγραφα των ασφαλιστηρίων συμβολαίων των βυτιοφόρων.

5. Επειδή, επομένως πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της άνευ ετέρου αποδοχής του παρεμβαίνοντος, να απορριφθεί δε κατά τα λοιπά. Να γίνει εν μέρει δεκτή η Παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος, προ προτέρας κλήσης του κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 και κατά τον όρο 3.1 της διακήρυξης, να υποβάλει σε επικυρωμένα αντίγραφα τα ασφαλιστήρια συμβόλαια των βυτιοφόρων.

6. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την Απόφαση υπ' αριθμ. 338/30.7.2021/Θέμα 11 ΔΣ της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος κρίθηκε στο ΤΜΗΜΑ ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΝΤΗΖΕΛ, άνευ ετέρου αποδεκτός ο παρεμβαίνων.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να προβεί σε όσα ορίζουν οι ως άνω σκ. 3-4.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15-9-2021 και εκδόθηκε στις 20-9-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ**