

**Η**

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

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια και  
Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 11-7-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)  
- Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 646/11-7-2018  
προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία  
«.....» με διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....».

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την  
ακύρωση της υπ' αρ. 334/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της  
....., με σκοπό να γίνει δεκτή η προσφορά του κατά το στάδιο της  
αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών  
και να συμμετάσχει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών του  
διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής  
κατεβλήθη το κατ' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 αρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο  
παραβόλο (σχ. το με στοιχεία ..... ειδικό έντυπο παραβόλου),  
ποσού 3.888,00 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του μέσω της  
τράπεζας ....., εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ.πρωτ. ....  
διακήρυξη προκήρυξε διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό, για την ανάδειξη

## Αριθμός Απόφασης: 579/2018

αναδόχου για την «.....» υποδιαιρούμενη σε τμήματα, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας αξίας 777.600,00€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, με CPV ....., ....., ....., ....., ....., ....., ....., ....., ....., ....., ..... ΚΑΙ ..... και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 3-5-2018. Η διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 30-3-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... και στο ΕΣΗΔΗΣ την ίδια ημερομηνία με συστημικό α/α ..... Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, ήτοι οι εταιρίες «.....», «.....», «.....» και «.....». Η προσφεύγουσα εταιρία υπέβαλε προσφορά για το σύνολο των υπό προμήθεια προϊόντων. Με την προσβαλλόμενη με αρ. 334/22-6-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το από 7-6-2018 πρακτικό της επιτροπής για την παραλαβή και αξιολόγηση των προσφορών, αποκλείστηκε η προσφεύγουσα εταιρία διότι δεν κατέθεσε αντίγραφο του ισχύοντος καταστατικού της ψηφιακά υπογεγραμμένο από το ΓΕΜΗ, κατά παράβαση του όρου 6 της ανωτέρω διακήρυξης.

3. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώζ έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως εταιρία δραστηριοποιούμενη στην εμπορία τροφίμων, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης σύμβασης, δεδομένου ότι κατέθεσε προσφορά για την ανάθεση της εν προκειμένω προμήθειας, ενώ αυτονόητα θίγεται από την πληττόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία απορρίφθηκε η δική του προσφορά από την περαιτέρω αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή έως και την ημέρα εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής δεν είχε καταθέσει απόψεις επί των λόγων της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής.

5. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή ο προσφεύγων επικαλείται ότι εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή έκρινε απορριπτικά την προσφορά του, μολονότι το εκ μέρους του κατατεθέν

## **Αριθμός Απόφασης: 579/2018**

καταστατικό της επιχείρησής του (ισχύον και κωδικοποιημένο) φέρει την επίσημη σφραγίδα του ΓΕΜΗ και την ιδιόχειρη υπογραφή του εντεταλμένου υπαλλήλου και είναι νόμιμα επικυρωμένο από δικηγόρο κατά τον Κώδικα περί Δικηγόρων, καθόσον: **α)** ο αποδεικτικός λόγος της προσκόμισής του ικανοποιείται πλήρως, δηλαδή αποδεικνύεται η νόμιμη σύσταση και η καταχώριση στο ΓΕΜΗ, καθώς και η γνησιότητά του, λόγω της σφραγίδας του ΓΕΜΗ και τη νόμιμη επικύρωση αντιγράφου, καθώς και ότι η ψηφιακή υπογραφή επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής και είναι απολύτως ισοδύναμη της ψηφιακής υπογραφής, **β)** κατ' επίκληση του άρθρου 102 ν.4412/2016, η αναθέτουσα αρχή όφειλε σε κάθε περίπτωση πριν τον αποκλείσει από την περαιτέρω αξιολόγηση υποχρεωτικά να του παράσχει δυνατότητα διευκρινίσεων και δη συμπλήρωσης της εν λόγω επουσιώδους, κατά τον προσφεύγοντα, πλημμέλειας και **γ)** κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, η επιλεγείσα από την αναθέτουσα αρχή λύση της αυτόχρονα απόρριψης της προσφοράς του ούτε αναγκαία ήταν ούτε πρόσφορη για την επίτευξη της μεγαλύτερης δυνατής συμμετοχής στο διαγωνισμό και την εξασφάλιση ικανοποιητικότερου αποτελέσματος για το δημόσιο συμφέρον.

**6.** Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 365 επόμενου ν. 4412/2016 και αρ. 12 επόμενου του π.δ. 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας με αρ. 841/2018 Πράξης του Προέδρου του, στην εξέταση της άνω προδικαστικής προσφυγής.

**7.** Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το δημόσιο διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και 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 κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Εξάλλου, σε περίπτωση

## **Αριθμός Απόφασης: 579/2018**

που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

8. Επειδή, με βάση τον όρο Α1 της διακήρυξης απαιτείται οι υποψήφιοι να προσκομίσουν επί ποινή αποκλεισμού, μεταξύ άλλων, αντίγραφο του ισχύοντος καταστατικού ψηφιακά υπογεγραμμένο από το ΓΕΜΗ. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή κατ' εφαρμογή των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, νομίμως απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος εκ του λόγου ότι δεν κατέθεσε καταστατικό της επιχείρησής του ψηφιακά υπογεγραμμένο από το ΓΕΜΗ, ως απαιτούσε ρητά η διακήρυξη, αλλά με σφραγίδα του ΓΕΜΗ και ιδιόχειρη υπογραφή του εντεταλμένου υπαλλήλου, επικυρωμένο από δικηγόρο και ως εκ τούτου απορριπτέος τυγχάνει ο σχετικός λόγος πρώτος λόγος της προσφυγής του. Ο ισχυρισμός δε του προσφεύγοντος ότι η ποινή αποκλεισμού της προσφοράς επέρχεται στην περίπτωση κατά την οποία δεν υποβάλλεται καν το καταστατικό και όχι για την περίπτωση που υποβλήθηκε μεν το καταστατικό όχι όμως με τη μορφή που ζητούσε η διακήρυξη, δεν

## **Αριθμός Απόφασης: 579/2018**

βρίσκει έρεισμα στη διακήρυξη και δεν προκύπτει από τη ερμηνεία του σχετικού όρου αυτής.

9. Επειδή, ωστόσο, σύμφωνα με το άρθρο 102 ν.4412/2016, προβλέπεται ότι «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία

## Αριθμός Απόφασης: 579/2018

κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς.». Στη προκειμένη περίπτωση, δεδομένου ότι η συγκεκριμένη έλλειψη για την οποία απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος αφορά στα νομιμοποιητικά στοιχεία, ήτοι η ψηφιακή υπογραφή του καταστατικού από το ΓΕΜΗ, το οποίο καταστατικό προσκομίσθηκε, υφίσταται δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, όπως, αντί να αποκλείσει τον προσφεύγοντα άνευ ετέρου, να ζητήσει από αυτόν διευκρινίσεις για την άρση της οικείας έλλειψης και την αξιολόγηση του αποδεκτού της προσφοράς του βάσει των πλήρων δεδομένων αυτής, σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη νόμου. Κατ' αποτέλεσμα, η προσβαλλομένη έσφαλε και είναι προς τούτο ακυρωτέα, δεκτού καθισταμένου του δεύτερου λόγου προσφυγής, καθ' ο μέρος εκδόθηκε κατά παράλειψη άσκησης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της κατά τα ως άνω δεσμίας αρμοδιότητάς της προς ζήτηση συμπλήρωσης από τον προσφεύγοντα της ως άνω έλλειψης. Περαιτέρω, πρέπει να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου αυτή να προβεί στα ανωτέρα παραλειφθέντα και δη να ζητήσει συμπλήρωση του καταστατικού με τη ψηφιακή υπογραφή από το ΓΕΜΗ και κατόπιν τούτου να κρίνει εκ νέου περί της αποδοχής της προσφοράς του.

**10.** Επειδή, ο τρίτος λόγος της εξεταζόμενης προσφυγής, περί παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή, καθόσον η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος ούτε αναγκαία ήταν ούτε πρόσφορη για την επίτευξη της μεγαλύτερης δυνατής συμμετοχής στο διαγωνισμό και την εξασφάλιση ικανοποιητικότερου αποτελέσματος για το δημόσιο συμφέρον παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας, συνδέεται

## **Αριθμός Απόφασης: 579/2018**

αιτιωδώς με τον προηγούμενως εξετασθέντα δεύτερο λόγο της προσφυγής και κατά συνέπεια αλυσιτελώς προβάλλεται ενόψει της αναπομπής της υπόθεσης στην αναθέτουσα αρχή προς συμπλήρωση της έλλειψης. Επιπλέον, ο λόγος αυτός προβάλλεται αλυσιτελώς και διότι εν προκειμένω είναι εφαρμοστέα η ειδική διάταξη του άρθ. 102 Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωματώνει εξάλλου το ζήτημα της αναλογικότητας στην επιμέρους διαδικασία αξιολόγησης δικαιολογητικών και συνεπώς δεν συντρέχει ανάγκη εύρεσης ερείσματος στη γενική αρχή της αναλογικότητας.

**11.** Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, σύμφωνα και με τη σκ. 9, καθ' ο μέρος αιτείται την ακύρωση του άνευ ετέρου και πριν της ζήτησης των παραπάνω διευκρινίσεων, αποκλεισμού του.

**12.** Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα (παρ. 5 άρθρου 363 ν.4412/20160).

### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει εν μέρει την υπ' αρ. 334/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ..... καθ' ο μέρος αυτή εκδόθηκε κατά παράλειψη όσων αναφέρονται στη σκέψη 9.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου αυτή να προβεί σε όσα ορίζονται στην παραπάνω σκέψη 9.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 3.888,00 ευρώ, που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24-7-2018 και εκδόθηκε την 25-7-2018.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Αριθμός Απόφασης: 579/2018**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ**