

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 03 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου και Μιχαήλ Σειραδάκης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.07.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 694/23.07.2018 του οικονομικού φορέα με τη επωνυμία «.....» που εδρεύει στον....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθμ. 290/2018 (ΑΔΑ.....) απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του δήμου Λαμιέων με την οποία εγκρίθηκε το 2^ο Πρακτικό-Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής Οικονομικής Προσφοράς της ηλεκτρονικής δημοπρασίας του έργου «ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΑ ΕΡΓΑ ΑΝΤΙΠΛΗΜΜΥΡΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΑΝΑΤΟΛΙΚΗΣ ΕΙΣΟΔΟΥ ΛΑΜΙΑΣ», με Α.Α.ΕΣΗΔΗΣ, 72997.

Της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας με την επωνυμία «.....») όπως νόμιμα εκπροσωπείται και η οποία στρέφεται κατά της ασκηθείσας προσφυγής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της και να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 290/2018 (ΑΔΑ 6Α0ΓΩΛΚ-4Τ6) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του δήμου Λαμιέων με την οποία εγκρίθηκε το 2^ο Πρακτικό-Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής Οικονομικής Προσφοράς της ηλεκτρονικής δημοπρασίας του έργου «ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΑ ΕΡΓΑ ΑΝΤΙΠΛΗΜΜΥΡΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΑΝΑΤΟΛΙΚΗΣ ΕΙΣΟΔΟΥ ΛΑΜΙΑΣ».

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα κοινοπραξία επικαλείται ότι η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρει στην υπό κρίση παρέμβασή της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ο Δήμος Λαμιέων, ως αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία με τίτλο «ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΑ ΕΡΓΑ ΑΝΤΙΠΛΗΜΜΥΡΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΑΝΑΤΟΛΙΚΗΣ ΕΙΣΟΔΟΥ ΛΑΜΙΑΣ», με Α.Α.ΕΣΗΔΗΣ 72997, κατά την οποία συμμετείχε η προσφεύγουσα υποβάλλοντας προσφορά και στην οποία ανακηρύχθηκε προσωρινός μειοδότης η εργοληπτική επιχείρηση-κοινοπραξία «.....)», με Α.Α. Προσφοράς-ΕΣΗΔΗΣ: 75379 και ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης πενήντα ένα και εξήντα εννέα τοις εκατό (51,69%) επί των τιμών του τιμολογίου της μελέτης. Την 10^η Ιουλίου 2018 κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά, μέσω της εφαρμογής Ενέργεια→Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ, η ανωτέρω απόφαση έγκρισης του πρακτικού αποσφράγισης σε όλους τους προσφέροντες, σύμφωνα με το άρθρο 4.1 της Διακήρυξης. Κατά της απόφασης αυτής κατέθεσε προσφυγή, την 20^η Ιουλίου 2018, ο προσφεύγων, δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας σύμφωνα με τον «ΠΙΝΑΚΑ ΣΥΜΜΕΤΕΧΟΝΤΩΝ ΚΑΤΑ ΣΕΙΡΑ ΜΕΙΟΔΟΣΙΑΣ» (0A99D0E4EA3287C56B8D873C2 B6BFCF7) όπως παράχθηκε με χρήση του ΕΣΗΔΗΣ.

2. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή του, ότι η αναθέτουσα έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή ο προσφεύγων αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη.

Αριθμός Απόφασης: 624/2018

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

5. Επειδή για την προσφυγή έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016.

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

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

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

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

10. Επειδή παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 2/8/2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), η από 2/8/2018 παρέμβαση της ως άνω κοινοπραξίας όπως νόμιμα εκπροσωπείται και η οποία στρέφεται κατά της ασκηθείσας προσφυγής.

Παραδεκτά φέρονται, συνεπώς προς εξέταση ενώπιον του 3^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

11. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, προσδιορίζονται επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια οι λόγοι εκείνοι που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους του προσφεύγοντος και συνεπακόλουθα θεμελιώνουν βάσιμα το πως

στοιχειοθετείται εκ μέρους τους η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της προσβαλλόμενης.

12. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον 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 την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο διαγωνισμό. Σύμφωνα δε με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο από ρητή διάταξη νόμου ή της διακήρυξης. Η 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 (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση

διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΛΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοσύνη 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση 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 και VI Τμήμα ΕΣ 78/2007). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτές, 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., βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 70/2002 που ορίζει ότι σε περίπτωση 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). Το ίδιο αφορά προφανώς και τη διαπίστωση της συνδρομής των τεχνικών προδιαγραφών, αλλά και των δικαιολογητικών συμμετοχής, τα οποία προβλέπονται σε κάθε περίπτωση ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη. 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 και των προσκομιζομένων δικαιολογητικών ενός εκάστου υποψηφίου οικονομικού φορέα, κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες τόσο κατά το στάδιο της υποβολής, όσο και κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών των υποψηφίων (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, Αριθμός Απόφασης: 249/2018 σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), δεδομένου ότι οι προσφορές των τελευταίων θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν, όπως αυτά αποκρυσταλλώθηκαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο της υποβολής των προσφορών.

13. Επειδή ειδικότερα, η διαδικασία ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως η τελευταία αντικατέστησε την Οδηγία 2004/18/ΕΕ, περιείχε ωστόσο όμοια με αυτήν ρύθμιση, διέπεται από την αρχή της διαφάνειας ως βασική προϋπόθεσή της, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε, αφενός μεν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η

Αριθμός Απόφασης: 624/2018

δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νική, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Αριθμός Απόφασης: 249 /2018 9 Universale-Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, WienstrommGmbH, eVigilo της 12.03.2015, C-538/13, σκέψη 33, Επιτροπή κατά Δανίας, της 22.06.1993, C-243/89, σκέψη 33, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 25.04.1996, C87/94, σκέψη 51, SIAC Construction, της 18.10.2001, C-19/00, σκέψη 33, Μηχανική, της 16.12.2008, C-213/07, σκέψη 45, MT Højgaard και Züblin, της 24.05.2016, C-396/14, σκέψη 37, Universale-Bau, της 12.12.2002, C-470/99, σκέψη 93, SAG ELV Slovensko κ.λπ., της 29.03.2012, C-599/10, σκέψη 36, καθώς και Manona, της 10.10.2013, C-336/12, σκέψη 31, ΣΤΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214-5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23).

14. Επειδή, σχετικά με τον μοναδικό λόγο της υπό κρίση προσφυγής προβάλλεται, ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, διότι «ο προσωρινός μειοδότης κατά παράβαση σχετικής πρόβλεψης της διακήρυξης παρέλειψε να υπογράψει με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή το ηλεκτρονικό αρχείο «εκτυπώσεις» των Δικαιολογητικών Συμμετοχής που επισύναψε στον υποφακέλο της προσφοράς

«Δικαιολογητικά Συμμετοχής». Η ηλεκτρονική υπογραφή στον ηλεκτρονικό υποφάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» είναι απαιτητή, σύμφωνα με άρθρο 12 παρ. 1.2.4 της με. αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. και η οποία αναφέρεται στην παραπομπή 91, άρθρο 24.2 της διακήρυξης. Στα περιεχόμενα του ηλεκτρονικού φακέλου προσφοράς του προσωρινού μειοδότη περιλαμβάνεται το αρχείο «Participation_documents_Envelo_220518-1.pdf» το οποίο φαίνεται ως «ΥΠΟΦΑΚΕΛΟΣ: ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» της προσφοράς με Α/Α 75379, για το διαγωνισμό του έργου με Α/Α Συστήματος: 72997, το οποίο όμως δεν φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή».

15. Επειδή είναι γεγονός ότι από την εξέταση του φακέλου της υπόθεσης και των συνημμένων ηλεκτρονικών αρχείων της ως άνω εταιρείας σχετικά με το τμήμα 3 του διαγωνισμού, προέκυψε η βασιμότητα επί των πραγματικών περιστατικών των ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

16. Επειδή άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή στο από 24/7/2018 το έγγραφο των απόψεών της προς την ΑΕΠΠ, συνομολογεί την βασιμότητα των προβαλλόμενων ισχυρισμών της προσφυγής, αιτούμενη την αποδοχή αυτής σημειώνοντας, ότι «Στα περιεχόμενα του ηλεκτρονικού φακέλου προσφοράς του προσωρινού μειοδότη περιλαμβάνεται το αρχείο «Participation_documents_Envelo_220518-1.pdf» το οποίο φαίνεται ως «ΥΠΟΦΑΚΕΛΟΣ: ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» της προσφοράς με Α/Α 75379, για το διαγωνισμό του έργου με Α/Α Συστήματος: 72997, το οποίο όμως δεν φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή».

17. Επειδή η παρεμβαίνουσα στην παρέμβαση της προς αντίκρουση της προσφυγής, σημειώνει, ότι «Στο άρθρο 24.2 της διακήρυξης - το οποίο επικαλείται ο προσφεύγων στην ασκηθείσα προσφυγή του - ορίζεται ότι: «24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: - α) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) - β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας». Το άνω άρθρο παραπέμπει στην υπ' αριθμόν 91 παραπομπή η

οποία αναφέρει ότι: «Επισημαίνεται ότι ο οικονομικός φορέας παράγει από το υποσύστημα το ηλεκτρονικό αρχείο «εκτυπώσεις» των Δικαιολογητικών Συμμετοχής σε μορφή αρχείου PDF, το οποίο υπογράφεται με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών και επισυνάπτεται στον (υπο)φάκελο της προσφοράς «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» (Πρβλ. άρθρο 12 παρ. 1.2.4 της με. αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α.).». Επιπλέον στο άρθρο 24.3 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «24.3 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Οικονομική Προσφορά» περιέχει το ψηφιακά υπογεγραμμένο αρχείο pdf, το οποίο παράγεται από το υποσύστημα, αφού συμπληρωθούν καταλλήλως οι σχετικές φόρμες.». Από τη διατύπωση των άνω άρθρων προκύπτει ότι: α. Η υποβληθείσα προσφορά αποκλείεται εφόσον ο ηλεκτρονικός υποφάκελος δεν περιέχει το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και την εγγύηση συμμετοχής. β. Το ηλεκτρονικό αρχείο «εκτυπώσεις» των Δικαιολογητικών Συμμετοχής, που παράγεται από το υποσύστημα, επισυνάπτεται στον (υπο)φάκελο της προσφοράς «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», όπως διευκρινιστικά αναφέρεται στην υπ' αριθμόν 91 παραπομπή χωρίς να γίνεται σ' αυτήν (στην παραπομπή) ρητή αναφορά σε ποινή αποκλεισμού για οιονδήποτε λόγο, όπως - σε αντιδιαστολή - ρητώς ορίζεται στο άρθρο 24.2 της Διακήρυξης συγκεκριμένα για το περιεχόμενο του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής». γ. Στο άρθρο 24.3 γίνεται αναφορά για το αντίστοιχο με το αναφερόμενο στην υπ' αριθμόν 91 παραπομπή αρχείο, που παράγεται από το υποσύστημα κατά την υποβολή της Οικονομικής Προσφοράς και περιέχεται στον ηλεκτρονικό υποφάκελο «Οικονομική Προσφορά». Επίσης ουδεμία αναφορά γίνεται περί ποινής αποκλεισμού στο άνω άρθρο εν σχέσει με το αντίστοιχο παραχθέν αρχείο για οιονδήποτε λόγο, όπως άλλωστε και στην υπ' αριθμόν 91 παραπομπή. Τα άνω δημιουργούν δίχως άλλο την εύλογη εμπιστοσύνη ημών των *συμμετεχόντων* ότι οποιαδήποτε παράλειψη ή πλημμέλεια εκ πρόδηλης παραδρομής στα εν λόγω αρχεία σε καμία περίπτωση δεν άγει στον αποκλεισμό των συμμετεχόντων. Από τα άνω συνάγεται αναμφιβόλως ότι οι λόγοι αποκλεισμού ορίζονται ρητώς, ειδικώς και συγκεκριμένα στη διακήρυξη και δεν δύναται να θεωρηθεί

ερμηνευτικά ότι επαπειλείται η ποινή του αποκλεισμού και για άλλους λόγους για τους οποίους δεν ορίζεται ρητά στη Διακήρυξη. Σε κάθε περίπτωση η παραγωγή των ηλεκτρονικών αρχείων («εκτυπώσεις» των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και της Οικονομικής Προσφοράς) από το υποσύστημα εξυπηρετεί πρωτίστως τους σκοπούς της συστηματικής υποβολής της προσφοράς κατά την οποία το υποσύστημα πραγματοποιεί αυτοματοποιημένους ελέγχους επιβεβαίωσης της ηλεκτρονικής προσφοράς σε σχέση με τα παραχθέντα ηλεκτρονικά αρχεία και εφόσον οι έλεγχοι αυτοί αποβούν επιτυχείς η προσφορά υποβάλλεται στο σύστημα. Διαφορετικά, η προσφορά δεν υποβάλλεται και το υποσύστημα ενημερώνει τους προσφέροντες με σχετικό μήνυμα σφάλματος στη διεπαφή του χρήστη των προσφερόντων, προκειμένου οι τελευταίοι να προβούν στις σχετικές ενέργειες διόρθωσης (άρθρο 3 παρ. 5 στοιχείο ε της Διακήρυξης). Εν προκειμένω η εταιρεία μας υπέβαλε επιτυχώς την προσφορά της και νομίμως έγινε αυτή αποδεκτή. Ειδικότερα ο υποβληθείς από την εταιρεία μας ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιείχε σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη - τόσο το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), το οποίο έφερε ψηφιακή υπογραφή, όσο και την εγγύηση συμμετοχής, η οποία επίσης ήταν ψηφιακά υπογεγραμμένη. Κατόπιν αυτού προκύπτει και αποδεικνύεται ότι ο άνω υποβληθείς από την εταιρεία μας ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» είχε το απαιτούμενο με ποινή αποκλεισμού περιεχόμενο και υποβλήθηκε νομίμως και προσηκόντως. Επιπλέον ημείς επισυνάψαμε στον άνω υποφάκελο και το ηλεκτρονικό αρχείο «εκτυπώσεις» των Δικαιολογητικών Συμμετοχής σε μορφή αρχείου pdf, το οποίο όμως εκ παραδρομής δεν έφερε ψηφιακή υπογραφή. Από το σύνολο των προαναφερθέντων συνάγεται ότι η άνω όλως επουσιώδης παράλειψη σε καμία περίπτωση δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού της προσφοράς μας, όπως αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, αφού κάτι τέτοιο δεν ορίζεται ρητώς στη Διακήρυξη. Στο σημείο αυτό επισημαίνεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να ελέγξει αν συντρέχουν τα στοιχεία που δηλώνονται δια του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και πρέπει να υφίστανται κατά το χρόνο προσφοράς του προσφέροντος επί ποινή αποκλεισμού, τόσο κατά την

αξιολόγηση των προσφορών όσο και κατά την πρόσκληση του προσωρινώς αναδόχου για την προσκόμιση των δικαιολογητικών αλλά και κατά την υπογραφή της σύμβασης. Κατόπιν αυτού συνάγεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να ελέγξει επί της ουσίας εάν πληρούνται οι προϋποθέσεις που θέτει ο νόμος και η Διακήρυξη και αφορούν στον προσφέροντα σε τρία στάδια, με σκοπό να διασφαλίσει πλήρως ότι ο Ανάδοχος που θα ανακηρυχθεί και θα εκτελέσει το έργο πληροί όλες τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Ημείς σε κάθε περίπτωση υποβάλλαμε νομοτύπως το ΤΕΥΔ ψηφιακά υπογεγραμμένο και την εγγύηση συμμετοχής, ήτοι τον ηλεκτρονικό υποφακελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής». Επιπλέον αναφέρουμε ότι η εταιρεία μας υπέβαλε μαζί με τον ηλεκτρονικό υποφακελο «Οικονομική Προσφορά», το ανάλογο αρχείο pdf που παράχθηκε από το υποσύστημα αφού συμπληρώθηκαν κατάλληλα οι σχετικές φόρμες, ψηφιακά υπογεγραμμένο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 24.3. Κατόπιν των άνω συνάγεται ότι η εταιρεία μας υπέγραψε ψηφιακά και επισύναψε το παραχθέν αρχείο pdf στον ηλεκτρονικό υποφακελο «Οικονομική Προσφορά», όπως ορίζεται διαδικαστικά στο άρθρο 24.3. Εκ παραδρομής δεν υπέγραψε ψηφιακά το αντίστοιχο παραχθέν αρχείο pdf στον ηλεκτρονικό υποφακελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» αλλά σε κάθε περίπτωση το επισύναψε στον άνω υποφακελο και για τον επιπλέον λόγο ότι η αντίστοιχη διαδικασία αναφέρεται σε παραπομπή και όχι στο ίδιο το άρθρο 24.2. Κατόπιν αυτού και για λόγους επιείκειας πρέπει να απορριφθεί η υπό κρίση προσφυγή».

18. Επειδή επικουρικά η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι «στη συγκεκριμένη-περίπτωση τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 102 του νόμου 4412/2016 περί συμπλήρωσης-αποσαφήνισης πληροφοριών και δικαιολογητικών. Ειδικότερα όπως ορίζεται στο άνω άρθρο 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 πιο πάνω διευκρίνιση ή συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη

μονογραφών. 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. Εν προκειμένω η επισύναψη στον υποφακελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» του ηλεκτρονικού αρχείου pdf που παράχθηκε από το υποσύστημα, χωρίς ηλεκτρονική υπογραφή, συνιστά πρόδηλο εκ παραδρομής λάθος/παράλειψη, το οποίο νομίμως συμπληρώνεται -κατόπιν προσκλήσεως από την Αναθέτουσα Αρχή είτε δυνητικά είτε υποχρεωτικά στην περίπτωση που τυχόν θεωρηθεί ότι επίκειται ο αποκλεισμός της εταιρείας μας από τη διαδικασία (αρ. 102 παρ. 5 του νόμου 4412/2016). Σε κάθε περίπτωση τυχόν αποκλεισμός της συμμετοχής της εταιρείας μας από τον διαγωνισμό εξαιτίας του άνω προδήλως, εκ παραδρομής σφάλματος/παράλειψης, αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας και κατά συνέπεια ιδρύεται υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να δεχθεί συμπλήρωση της προσφοράς. Επίσης η συμπλήρωση του άνω προδήλως εκ παραδρομής λάθους/παράλειψης είναι νόμιμη και επιτρεπτή καθώς δεν αντίκειται στις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και δεν συνεπάγεται στην πράξη την υποβολή νέας προσφοράς. Η δυνατότητα δε αυτή υπηρετεί και την ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού μεταξύ των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων και διασφαλίζει ότι οι προσφορές των υποψηφίων δεν θα απορρίπτονται για ήσσονος σημασίας πλημμέλειες, όπως εν προκειμένω. Διαφορετική προσέγγιση θα έχει ως αποτέλεσμα να αποκλείονται υποψήφιοι οι οποίοι έχουν την ικανότητα να εκτελέσουν τη σύμβαση, εξαιτίας τυχόν σφαλμάτων που εκ παραδρομής εμφίλοχώρησαν κατά τη σύνταξη της προσφοράς τους. Προς επίρρωση των άνω επανασημειώνεται ότι το εν λόγω παραγόμενο από το υποσύστημα ηλεκτρονικό αρχείο pdf είναι ήσσονος σημασίας εν σχέσει με την ουσία της υποβληθείσας προσφοράς. Εξυπηρετεί δε πρωτίστως τους σκοπούς της συστηματικής, υποβολής της προσφοράς, όπως αναλυτικά ως άνω-αναφέρθηκε (άρθρο 3 παρ. 5 στοιχείο ε της Διακήρυξης). Επιπροσθέτως η εταιρεία μας διαθέτει την απαιτούμενη εμπειρία και ικανότητα για την εκτέλεση του εν λόγω έργου και παράλληλα η οικονομική προσφορά που υποβάλαμε έχει

τη μεγαλύτερη έκπτωση. Τα άνω υπηρετούν και το δημόσιο συμφέρον ως προς την άριστη και εμπρόθεσμη εκτέλεση ενός έργου με την συμφερότερη οικονομική προσφορά».

19. Επειδή, επικουρικότα η Ππαρεμβαίνουσα υποστηρίζει, ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 106 παρ. 3 του νόμου 4412/2016. Ειδικότερα ορίζεται ότι αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψη της από το σημείο που εμφίλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με τα άνω οριζόμενα δύναται να αποφασισθεί η επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο που εμφίλοχώρησε η προδήλως και ήσσονος σημασίας εκ παραδρομής προαναφερθείσα παράλειψη της εταιρείας μας».

20. Επειδή η ΑΕΠΠ παγίως δέχεται ότι « [...] το Κλιμάκιο κατά την εξέταση της βασιμότητας και νομιμότητας της προδικαστικής προσφυγής εκτελεί έλεγχο περί τον νόμο και τα πράγματα, με αντικείμενο την αναζήτηση της ουσιαστικής αληθείας της υπόθεσης, προσδιοριζόμενο από τους λόγους της προσφυγής, των οποίων το βάρος επίκλησης και καταρχήν, με εξαιρέσεις ανά περίπτωση, απόδειξης, φέρει ο προσφεύγων. Πλην όμως, οι λόγοι αυτοί (όπως αντιστοίχως έχει γίνει δεκτό για το ακριβές αιτητικό και το έννομο συμφέρον [...]) αρκεί να προκύπτουν από την εκτίμηση του συνόλου του δικογράφου του. Και ναι μεν θα πρέπει να προκύπτουν με σαφή και ορισμένο τρόπο, όμως χωρίς ανάγκη τυχόν πανηγυρικής διατύπωσης ή επίκλησης συγκεκριμένων νομικών διατάξεων ή όρων της διακήρυξης, ενώ δύναται να στοιχειοθετούνται και καθ' ερμηνεία του δικογράφου, υπό τη μόνη προϋπόθεση ότι το περιεχόμενό τους και συνεπώς το αντικείμενο διάγνωσης από την Α.Ε.Π.Π. καθίσταται κατανοητό ως προς την ουσία του. [...] (Βλ. αποφάσεις 98, 120, 137/2017 της ΑΕΠΠ).

21. Επειδή η αρχή της αναλογικότητας αποτελεί βασική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία τα μέτρα που λαμβάνονται σε ενωσιακό ή εθνικό επίπεδο προς την επίτευξη ενός σκοπού δεν πρέπει να

βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του σκοπού αυτού. Κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Η αρχή της αναλογικότητας διέπει και τη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες (βλ. παρ. 2 του προοιμίου της οδηγίας 2004/18 καθώς και αποφάσεις ΔΕΕ στην υπόθεση C-213/07, σκέψη 48 και απόφαση ΔΕΕ στην υπόθεση C-538/07 Assitur Srl, C-21/03 και 34/03 Fabricom SA.). Επιπλέον, όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαγωνιστική διαδικασία. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες ενδεχομένως δικαιολογούν τον αποκλεισμό του. Βασικό κριτήριο ελέγχου των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού είναι η αρχή της αναλογικότητας, όπως διευκρινίζεται στην 101^η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σύμφωνα με την οποία ελάχιστονες παρατυπίες μπορούν να αποκλείσουν διαγωνιζόμενο είτε σε εξαιρετικές περιπτώσεις, είτε όταν επανειλημμένως έχουν διαπιστωθεί όμοιες παρατυπίες και δημιουργούνται αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα.

22. Επειδή, ενόψει όλων των ανωτέρω εκτεθέντων και από την συνολική επισκόπηση του υπό εξέταση φακέλου, προκύπτει, ότι η παρεμβαίνουσα κοινοπραξία πράγματι διαθέτει ηλεκτρονική υπογραφή με την οποία υπέγραψε το σύνολο των συνοδευτικών ουσιαδών αρχείων της προσφοράς πλην μόνο του επίμαχου το οποίο αφορά και σημειώνει η υπό εξέταση προσφυγή. Συνεπώς προκύπτει προδήλως και πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι η παράλειψη της να υπογράψει ψηφιακά το αρχείο «εκτυπώσεις» οφείλεται σε πρόδηλη παραδρομή μη δυνάμενη καθ' ουδένα τρόπο με βάσει το άρθρο 18 του ν.4412/2016 το οποίο προβλέπει ότι «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας», να οδηγήσει νομίμως στον

αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας, καθώς σ' αυτήν την περίπτωση οι δυσμενείς επιπτώσεις του αποκλεισμού θα υπερέβαιναν κατά πολύ (και σε κάθε περίπτωση πέραν των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής) την ratio της σχετικής νομοθετικής διάταξης. Κατά συνέπεια, κατά την ομόφωνη κρίση του Κλιμακίου ο λόγος αυτός της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτός ο αντίστοιχος λόγος παρέμβασης.

23. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, γενομένης δεκτής ταυτοχρόνως της παρέμβασης.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 03 Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε στις 13 Αυγούστου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ειρήνη Τσιμπούκη