

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 27^η Απριλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος – Εισηγήτρια, Χρήστος Σώκος και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19/03/2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 348/20.03.2020, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη, οδός, αρ,, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 39/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που αφορά α) στην απόρριψή της ως προσωρινής αναδόχου, β) στην κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής συμμετοχής της, ποσού 5.018,69 ευρώ, γ) στην αντικατάστασή της και κατακύρωση του Τμήματος 2 στην δεύτερη σε κατάταξη προσφέρουσα και δ) και κατά το μέρος που αυτή αφορά κάθε συναφή με αυτήν προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο e-παράβολο, ύψους ευρώ 2.509,35 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί,

δεσμευθεί και κατατεθεί e-παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό με αποδεικτικό της της 19/03/2020 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο» και αναφέρεται ως αυτόματης δέσμευσης). Επισημαίνεται ότι η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται για το τμήμα 2 της διακήρυξης (ΥΓΡΑ ΚΑΥΣΙΜΑ ΚΙΝΗΣΗΣ), ο προϋπολογισμός του οποίου ανέρχεται επιμεριζόμενος σε δύο υποκατηγορίες α) σε ποσό 104.344,55 ευρώ πλέον ΦΠΑ για Βενζίνη αμόλυβδη και β) σε ποσό 397.524,75 ευρώ πλέον ΦΠΑ για Πετρέλαιο κίνησης, ήτοι συνολικά στο ποσό των 501.869,30 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την με αρ. πρωτ. Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων (Διεθνής), επιλογής αναδόχου για την «Προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του και των Νομικών του Προσώπων», συνολικού προϋπολογισμού 2.186.874,25 ευρώ πλέον ΦΠΑ, με υποδιαίρεση της σύμβασης σε τρία Τμήματα ως κατωτέρω με τα παραπλεύρως σημειούμενα αντικείμενα : 1) Πετρέλαιο θέρμανσης, 2) Υγρά Καύσιμα Κίνησης (Βενζίνη αμόλυβδη – Πετρέλαιο Κίνησης) και 3) Λιπαντικά, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 25 Σεπτεμβρίου 2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της (.....) και έχει λάβει προσωρινό αριθμό αναφοράς (αρ. 1.6. διακήρυξης), το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 25-9-2019 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα με την με α/α συστήματος προσφορά της και η εταιρεία « » με την με α/α συστήματος προσφορά της.

3. Επειδή, μετά από την αποσφράγιση και τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και των φακέλων οικονομικών προσφορών με την με αριθμό της 21/11/2019 απόφαση (64° πρακτικό της τακτικής συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής) της

αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στις 22.11.2019, σε συνέχεια σχετικών εισηγήσεων από την αρμόδια Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, απερρίφθη η προσφορά ενός οικονομικού φορέα και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για τα τμήματα 1 και 3 η εταιρεία «» και για το τμήμα 2 η προσφεύγουσα. Εν συνεχεία, στις 25.11.2019 απεστάλη μέσω «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ανωτέρω αναφερθέντες προσωρινούς αναδόχους, η με αριθμ. πρωτ.:/25.11.2019 πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, η οποία μεταξύ άλλων ανέφερε «*...[.]...Λαμβάνοντας υπόψη την ενότητα 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου – Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου) της σχετικής διακήρυξης, καλείστε να υποβάλλετε τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου - ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής - εντός δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της παρούσης, ώστε το αρμόδιο όργανο να προχωρήσει στον έλεγχο τους.*

Η παρούσα θα αποσταλεί ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ και δεν αποτελεί πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης». Στις 2.12.2019 η ατομική επιχείρηση «» άσκησε με κατάθεση στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την με ΓΑΚ 1476/02.12.2019 προσφυγή της κατά της με αριθμό 226/2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που αφορά το τμήμα 1 (πετρέλαιο θέρμανσης), η οποία συζητήθηκε από το 8^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ την 9.01.2020 και εκδόθηκε η με αριθμό 109/2020 απόφαση ΑΕΠΠ την 28.01.2020 με την οποία απορρίφθηκε η εν θέματι προσφυγή ως απαράδεκτη.

4. Επειδή, στις 13.12.2019 απεστάλη μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) προς αμφότερους τους προσωρινούς αναδόχους, η με αριθμ. πρωτ./13.12.2019 πρόσκληση δικαιολογητικών κατακύρωσης, η οποία μεταξύ άλλων ανέφερε επί λέξει «*...[.]Στη περίπτωση που έχετε αναρτήσει ήδη*

τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά - λαμβάνοντας υπόψη την υπ' αριθμό/25.11.2019 πρόσκληση της επιτροπής - αγνοήστε το παρόν.

Σε διαφορετική περίπτωση και λαμβάνοντας υπόψη την ενότητα 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου – Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου) της σχετικής διακήρυξης, καλείστε να υποβάλλετε τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου - ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής - εντός δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της παρούσης, ώστε το αρμόδιο όργανο να προχωρήσει στον έλεγχο τους.

Η παρούσα θα αποσταλεί ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ και δεν αποτελεί πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης». Περαιτέρω, με την με αριθμό πρωτ./3.02.2020 επιστολή της, η οποία απεστάλη αυθημερόν μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ προς αμφότερους τους προσωρινούς αναδόχους, η αναθέτουσα αρχή μνημονεύοντας ως «σχετικά» πέραν της με αριθμό 226/2019 απόφασης, αμφότερες τις προσκλήσεις υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι του υπ' αριθμό/25.11.2019 εγγράφου της επιτροπής με θέμα "Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού άνω των ορίων «Προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του και των Νομικών του Προσώπων" και του υπ' αριθμό/13.12.2019 εγγράφου της επιτροπής με θέμα Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού άνω των ορίων «Προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του και των Νομικών του Προσώπων», ανακοίνωσε ότι «θα προβεί στην αποσφράγιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης στο πλαίσιο του υπ' αριθ./24.09.2019.ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού άνω των ορίων «Προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του και των Νομικών του Προσώπων», με αριθ. συστήματος ΕΣΗΔΗΣ “”.

Η αποσφράγιση θα γίνει στις 04 Φεβρουαρίου 2020, ημέρα Τρίτη και ώρα 09:00 π.μ., στο γραφείο του τμήματος και του Δήμου (..... , πρώην στρατόπεδο ,).

Η παρούσα θα αποσταλεί ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ και δεν αποτελεί πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης».

5. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 4.02.2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού δεκαπέντε (15) ηλεκτρονικά αρχεία εγγράφων ανταποκρινόμενη στην υπ' αριθμό/13.12.2019 πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού άνω των ορίων «Προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων».

6. Επειδή, στις 10.02.2020 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) προς αμφοτέρους τους προσωρινούς αναδόχους τα υποβληθέντα από την προσφεύγουσα έγγραφα με το κάτωθι συνοδευτικό μήνυμα «Σας κοινοποιούμε τα συνημμένα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε - μέσω μηνύματος στις 04/02/2020 - η εταιρία ως προσωρινός μειοδότης στην ομάδα 2 - Υγρά καύσιμα κίνησης, της σχετικής διακήρυξης, προς ενημέρωσή σας».

7. Επειδή, στις 9/3/2020 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς όλους τους συμμετέχοντες την με αριθμό 36/2020 προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της μετά του εισηγητικού με αριθμό/4.02.2020 Πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής, η οποία αναφέρει στο δια ταύτα ότι αποφασίζει η Οικονομική Επιτροπή «1.Την έγκριση πρακτικού με Α.Π.:/4-2-20 με θέμα "Αποσφράγιση / έλεγχος των δικαιολογητικών κατακύρωσης – γνωμοδότησης κατακύρωσης του διαγωνισμού για τον ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων "Προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων") όπως φαίνεται παρακάτω και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας απόφασης.

2.Την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού μειοδότη για τους λόγους που αναφέρονται στο προαναφερόμενο πρακτικό.

3.Την κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής (Δήμος) της εγγυητικής συμμετοχής της ποσού 5.018,69€ υπέρ της εταιρείας, που είχε προσκομισθεί, για τους λόγους που αναφέρονται στο προαναφερόμενο πρακτικό.

4. Την αντικατάσταση του προσωρινού μειοδότη στην ΟΜΑΔΑ 2 - Υγρά καύσιμα κίνησης (αμόλυβδη βενζίνη, πετρέλαιο κίνησης) από την εταιρεία επειδή υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης.

5.Την κατακύρωση της προμήθειας "Προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων» ανά τμήμα/ομάδα ειδών στους προσωρινούς μειοδότες - γιατί κατέθεσαν εμπρόθεσμα και σε ισχύ κατά την υποβολή τους όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης - όπως αναφέρονται στον παρακάτω πίνακα:..[.]» αναφέροντας ως μειοδότη και των τριών τμημάτων την εταιρεία «», βάσει της ειδικότερης αιτιολογίας του εισηγητικού Πρακτικού. Ως προς ,δε, την απόρριψη της οικείας προσφοράς η αρμόδια Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού στην από 4.02.2020 Συνεδρίασή της διαπιστώνει ότι «η εταιρία: α) δεν ανάρτησε μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ηλεκτρονικά όπως - με παραδεκτό τρόπο - προβλέπεται τα δικαιολογητικά κατακύρωσης (προσωρινού μειοδότη) στον χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και ειδικότερα στον (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου» (σύμφωνα με την αρ. 56902/215 (Β' 1924/2.6.2017) Απόφασης του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» έως την πρώτη καταληκτική ημερομηνία υποβολής τους ήτοι 05 Δεκεμβρίου 2019 και στη συνέχεια έως την δεύτερη καταληκτική ημερομηνία υποβολής τους ήτοι 23 Δεκεμβρίου 2019, β) απέστειλε εκπρόθεσμα με μη παραδεκτό τρόπο - μέσω μηνύματος μέσω της επικοινωνίας του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ - δικαιολογητικά κατακύρωσης (προσωρινού μειοδότη), στις 04 Φεβρουαρίου 2020. γ) προσκόμισε εκπρόθεσμα τον με αρ. πρωτ. /04.02.2020 φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης (προσωρινού μειοδότη) στις 04 Φεβρουαρίου

2020, Η επιτροπή κρίνει ότι ΔΕΝ είναι θεραπεύσιμη η εξ ολοκλήρου εκπρόθεσμη προσκόμιση και η με μη παραδεκτό τρόπο ηλεκτρονική αποστολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης (προσωρινού μειοδότη) της εταιρίας και ως εκ τούτου δεν είναι απαραίτητη η διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 102 του Ν.4412/2016 (υποβολή διευκρινήσεων κ.ά.) και στην παρ. 2 του άρθρο 103 του ν.4412/2016 (πριν την τροποποίηση του, όπως αναφέρεται στη σχετική διακήρυξη) διότι η κλήση σε παροχή διευκρινίσεων θα ήταν αλυσιτελής και η αποδοχή των εκπρόθεσμα προσκομιζομένων και ηλεκτρονικά απεσταλμένων με μη παραδεκτό τρόπο δικαιολογητικών δεν προβλέπεται και κατ' επέκταση δεν εξυπηρετεί την αρχή της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης. Κατ' επέκταση δεν θα προχωρήσει στην αποσφράγιση και έλεγχο του ΕΚΠΡΟΘΕΣΜΑ προσκομιζομένου φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης και στο έλεγχο των ηλεκτρονικά απεσταλμένων - με μήνυμα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ - με μη παραδεκτό τρόπο δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρίας».

8. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 19.03.2020 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) - ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η με αριθμό 36/2020 προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στις 9.03.2020, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η ίδια η προσφεύγουσα κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

9. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος από τον προσωρινό ανάδοχο, του οποίου βάσει της προσβαλλόμενης απόφασης απορρίφθηκε η προσφορά και κατέπεσε η εγγυητική επιστολή συμμετοχής.

10. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία», στις 20/03/2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην εταιρεία «», η οποία θίγεται από την δυνητική αποδοχή της εν θέματι προσφυγής, προκειμένου να λάβει γνώση.

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στην ΑΕΠΠ στις 30.03.2020 τις με αρθμ. πρωτ. / 30.03.2020 απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Επισημαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε ομοίως μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ τις εν λόγω απόψεις της αυθημερόν προς την προσφεύγουσα.

13. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της τα εξής : «*NOMIKO ΜΕΡΟΣ*

Την παραπάνω απόφαση και κάθε συναφή με αυτήν προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη προσβάλλω ως μη νόμιμη και ουσία αβάσιμη για τους κάτωθι αναλυτικά παρατιθέμενους λόγους.

1ος Λόγος Προσφυγής

(Παραβίαση του άρθρου 3.2 της διακήρυξης)

Η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά μου ως προσωρινού μειοδότη, η οποία είχε υποβληθεί σύμφωνα με την Διακήρυξη για το τμήμα Ομάδα 2 αυτής, ήτοι για την προμήθεια υγρών καυσίμων κίνησης (βενζίνης αμόλυβδης και πετρελαίου κίνησης) με την αιτιολογία ότι

« η εταιρία:

α) δεν ανάρτησε μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ηλεκτρονικά όπως – με παραδεκτό τρόπο -προβλέπεται τα δικαιολογητικά κατακύρωσης (προσωρινού μειοδότη) στον χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και ειδικότερα στον (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου» (σύμφωνα με την αρ. /215 (Β 1924/2.6.2017) Απόφασης του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» έως την πρώτη καταληκτική ημερομηνία υποβολής τους ήτοι 05 Δεκεμβρίου 2019 και στη συνέχεια έως την δεύτερη καταληκτική ημερομηνία υποβολής τους ήτοι 23 Δεκεμβρίου 2019,*

β) απέστειλε εκπρόθεσμα με μη παραδεκτό τρόπο - μέσω μηνύματος μέσω της επικοινωνίας του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ - δικαιολογητικά κατακύρωσης (προσωρινού μειοδότη), στις 04 Φεβρουάριου 2020.

γ) προσκόμισε εκπρόθεσμα τον με αρ. πρωτ./04.02.2020 φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης (προσωρινού μειοδότη) στις 04 Φεβρουάριου 2020,

Η επιτροπή κρίνει ότι ΔΕΝ είναι θεραπεύσιμη η εξ ολοκλήρου εκπρόθεσμη προσκόμιση και η με μη παραδεκτό τρόπο ηλεκτρονική αποστολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης (προσωρινού μειοδότη) της εταιρίας και ως εκ τούτου δεν είναι απαραίτητη η διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 102 του Ν.4412/2016 (υποβολή διευκρινήσεων κ.ά.) και στην παρ. 2 του άρθρου 103 του ν.4412/2016 (πριν την τροποποίηση του, όπως αναφέρεται στη σχετική διακήρυξη) διότι η κλήση σε παροχή διευκρινίσεων θα ήταν αλυσιτελής και η αποδοχή των εκπρόθεσμα προσκομιζομένων και ηλεκτρονικά απεσταλμένων με μη παραδεκτό τρόπο δικαιολογητικών δεν προβλέπεται και κατ' επέκταση δεν εξυπηρετεί την αρχή της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης. Κατ' επέκταση δεν θα προχωρήσει στην αποσφράγιση και έλεγχο του ΕΚΠΡΟΘΕΣΜΑ προσκομιζομένου φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης και στο έλεγχο των ηλεκτρονικά απεσταλμένων - με μήνυμα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ - με μη παραδεκτό τρόπο δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρίας» όπως αυτολεξεί αναφέρεται στο με αριθ. πρωτ./04-02-2020 πρακτικό της επιτροπής Διενέργειας ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων, το οποίο επικυρώθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση.

Ωστόσο η παραπάνω αιτιολογία που υιοθετήθηκε από την Οικονομική Επιτροπή που εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση και απέρριψε την προσφορά μου ως προσωρινού μειοδότη είναι παντελώς μη νόμιμη ουσία αβάσιμη και εσφαλμένη, ενώ παραβιάζει κατάφωρα την Διακήρυξη η οποία ως γνωστόν αποτελεί κανονιστική πράξη και για αυτόν τον λόγο η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί και εξαφανιστεί.

Ειδικότερα στο άρθρο 3.2 της Διακήρυξης με τίτλο ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ (σελ.40,41 της

Διακήρυξης) ορίζεται ότι « ...Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομιστεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος ειδοποίησης του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες.

Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν... » και στο κεφάλαιο της Διακήρυξης με τίτλο ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ (σελ 41 της Διακήρυξης) ορίζεται ότι «...Τα δικαιολογητικά του παρόντος άρθρου υποβάλλονται από τους οικονομικούς φορείς ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου pdf και στη συνέχεια προσκομίζονται και σε έντυπη μορφή στην αναθέτουσα αρχή, μέσα σε προθεσμία τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή τους...». Και στο κεφάλαιο της Διακήρυξης με τίτλο ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ (σελ.47 της Διακήρυξης) ορίζεται ότι «....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, τηρούμενης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν

1. κατά, τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης είναι ψευδή ή αν ακριβή, ή
2. δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή
3. από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμους και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας,

Με βάση τα παραπάνω από ουδέν σημείο της Διακήρυξης προκύπτει ότι η επιτροπή διενέργειας του ηλεκτρονικού διαγωνισμού κατά τη συνεδρίαση

της ηλεκτρονικής αποσφράγισης των δικαιολογητικών σε περίπτωση εκπρόθεσμης υποβολής αυτών, αφενός δεν αποσφραγίζει τον ηλεκτρονικό φάκελο των δικαιολογητικών του προσωρινού μειοδότη, όπως εν προκειμένω έγινε και αφετέρου απορρίπτει εξ αυτού του λόγου την προσφορά του προσωρινού μειοδότη. Επιπλέον από ουδέν σημείο της Διακήρυξης προκύπτει παραδεκτός τρόπος υποβολής δικαιολογητικών σε σχετικό ηλεκτρονικό φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά προσωρινού μειοδότη».

Αντιθέτως σύμφωνα με την υπ. αριθμ. πρωτ. Διακήρυξη του Δήμου ακόμα και σε περίπτωση μη υποβολής -πολλώ δε μάλλον σε περίπτωση εκπρόθεσμης υποβολής - χορηγείται προθεσμία επιπλέον μέσω του Συστήματος για την προσκόμιση των δικαιολογητικών που δεν υποβλήθηκαν, ενώ ορίζεται σε αυτήν ότι τα δικαιολογητικά του προσωρινού μειοδότη υποβάλλονται ηλεκτρονικά μέσω του Συστήματος σε μορφή αρχείου pdf, ΧΩΡΙΣ άλλη αναφορά περί παραδεκτού ή μη, τρόπου υποβολής.

Με το δεδομένο δε ότι η προσφεύγουσα υπέβαλα ηλεκτρονικά την 04-02-2020 και ώρα 00:59:53, ήτοι πριν την ώρα που είχε οριστεί από την Επιτροπή διενέργειας Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την ηλεκτρονική αποσφράγιση των δικαιολογητικών των προσωρινών μειοδοτών του διαγωνισμού, το σύνολο των δικαιολογητικών που απαιτούνταν σύμφωνα με τη Διακήρυξη, όπως προκύπτει και αποδεικνύεται από το προσκομιζόμενο με την παρούσα έγγραφο του ΕΣΗΔΗΣ από το προφίλ μου ως προμηθευτή, αλλά και από τα αναφερόμενα στο Πρακτικό της Επιτροπής Ηλεκτρονικού διαγωνισμού που ενσωμάτωσε και αποδέχτηκε η προσβαλλόμενη, ενώ προσκόμισα στην αναθέτουσα αρχή τα υποβαλλόμενα έγγραφα σε έντυπη μορφή την ίδια μέρα και με αριθ. πρωτ./04-02-2020 καταρχήν τούτα έπρεπε να ελεγχθούν και στη συνέχεια έπρεπε είτε να κληθώ για συμπλήρωση των τυχόν ελλειπόντων δικαιολογητικών είτε κατ'ορθή εφαρμογή και ερμηνεία των οριζόμενων στο κεφάλαιο 3.2 της Διακήρυξης, λόγω της εκπρόθεσμης υποβολής τους να θεωρηθούν ως μη υποβληθέντα στις ημερομηνίες που προβλέπονταν, ήτοι στις 5-12-2019 και 23-12-2019 και να μου χορηγηθεί, ΜΕΤΑ ΤΗΝ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗ ΑΠΟΣΦΡΑΓΙΣΗ, όπως προβλέπεται στην

Διακήρυξη, μέσω του Συστήματος νέα προθεσμία 5 ημερών προκειμένου να τα προσκομίσω.

Συγκεκριμένα εφόσον, όπως προκύπτει από το σχετικό πρακτικό που ενσωματώνεται στην προσβαλλόμενη, η επιτροπή ηλεκτρονικής αποσφράγισης διαγωνισμού απέστειλε σχετική πρόσκληση μέσω του Συστήματος με την οποία όριζε -όπως προβλέπεται στη Διακήρυξη, την 04-02-2020 ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των υποβληθέντων ηλεκτρονικά, την 5-12-2019 ή την 23-12-2019 δικαιολογητικών των προσωρινών μειοδοτών και με το δεδομένο ότι εγώ δεν υπέβαλα ηλεκτρονικά αυτά την 05-12-2019 και την 23-12-2019, όπως η ίδια η επιτροπή ηλεκτρονικής αποσφράγισης αναφέρει στο πρακτικό της, θα έπρεπε σύμφωνα πάντα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη, μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση να θεωρήσει αυτά ως μη υποβληθέντα στις παραπάνω προθεσμίες και να μου χορηγήσει εκ νέου προθεσμία 5 ημερών προκειμένου να τα προσκομίσω, άλλως και εφόσον τούτα είχαν υποβληθεί από πλευράς μου την 04-02-2020, ήτοι μετά τις οριζόμενες ημερομηνίες υποβολής να τα λάβει υπόψη και σε περίπτωση ελλείψεων να μου χορηγήσει πενθήμερη προθεσμία συμπλήρωσης αυτών.

Επιπλέον αξίζει να σημειωθεί ότι όλα τα παραπάνω, ήτοι τα οριζόμενα στη Διακήρυξη σχετικά με την χορήγηση επιπλέον προθεσμίας μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των δικαιολογητικών, σε περίπτωση μη ηλεκτρονικής υποβολής και έντυπης προσκόμισης δικαιολογητικών ή σε περίπτωση ελλείψεων αυτών, τα επισήμανα την ίδια ημέρα, ήτοι την 04-02-2020 και ώρα 00:59:53 στην Επιτροπή Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με μήνυμα μέσω του Συστήματος, το οποίο εμφανίζεται με την ένδειξη στο Σύστημα «σύντομο κείμενο» το οποίο προσκομίζω και επικαλούμαι με την παρούσα.

Επιπλέον δε όπως προκύπτει και αποδεικνύεται και από το ίδιο το πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, το οποίο επικύρωσε και αποδέχτηκε πλήρως η προσβαλλόμενη, το σύνολο των δικαιολογητικών που υπέβαλα ηλεκτρονικά κοινοποιήθηκε μέσω του Συστήματος σε όλους τους ενδιαφερομένους και λοιπούς συμμετέχοντες και ουδείς εξ αυτών, ήτοι των «ανταγωνιστών» ούτε και η 2η των καθών εξέφρασε αντίρρηση ή ένσταση σχετικά με το εκπρόθεσμο αυτών, γεγονός που

αποδεικνύει έτι περαιτέρω και την έωλη αιτιολογία της προσβαλλόμενη ότι τυχόν αποδοχή των εκπροθέσμως υποβληθέντων δικαιολογητικών θα παραβίαζε την αρχή της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της αρχής της αναλογικότητας, αφού ουδείς εκ των λοιπών συμμετεχόντων δεν θεώρησε και ΔΕΝ θίχτηκε από τη διαδικασία.

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), 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, 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).

Επειδή οι αργές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, οι οποίες διέπουν τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, είτε διέπονται από το εθνικό δίκαιο είτε από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, επιβάλλουν σαφή και ακριβή υγεία στη διακήρυξη των απαιτούμενων, προς συμμετοχή στους διαγωνισμούς, προσόντων και των υποβλητέων, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων. Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνον τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς και ειδικώς παραπέμπει. δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιοτήτων ή γεγονότων κρίσιμων για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας, δεν δύναται να προβεί σε αποκλεισμό διαγωνιζομένου από τη διαγωνιστική διαδικασία, λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών ή και επί πλέον από τα προβλεπόμενα

δικαιολογητικών συμμετοχής (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 251/2018, 382/2015, 53,19/2011, 3703/2010).

Επειδή, η αργή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όσοι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 24ης Μαΐου 2016, *MTHOjgaard και Zublin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37).

Επειδή, η αυστηρότητα της εφαρμογής της Διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής, καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου, εάν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επόμε.). Τούτο, διότι, η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα ΓΕΦΑΘ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. 0', σελ. 776)

Επειδή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αργών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών ΓΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, βάσει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας και της διαφάνειας που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο

διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη σαφώς απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΕΑ ΣτΕ 318/2013 18/2011, 19/2011, 3703/2010, 1616/2008, 254/2008, κλπ).

Για όλους τους παραπάνω λόγους και με το δεδομένο ότι η εκπρόθεσμη υποβολή δικαιολογητικών ΔΕΝ προβλέπεται ως λόγος αποκλεισμού στην σχετική υπ. αριθμ. πρωτ./24-09-2019 Διακήρυξη του Δήμου, αντιθέτως δε σε περίπτωση μη προσκόμισης δικαιολογητικών προβλέπεται σε αυτήν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των δικαιολογητικών η χορήγηση εκ νέου 5θήμερης προθεσμίας ο λόγος αυτός αποκλεισμού μου, ως προσωρινού μειοδότη πρέπει να ακυρωθεί και εξαφανιστεί και συνακόλουθα να ακυρωθεί και εξαφανιστεί η κατακύρωση της προμήθειας «Προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων» για την Ομάδα /Τμήμα 2 ΥΓΡΑ ΚΑΥΣΙΜΑ ΚΙΝΗΣΗΣ (Βενζίνη Αμόλυβδη -Πετρέλαιο Κίνησης) στη δεύτερη των καθών, η οποία προκρίθηκε λόγω του αποκλεισμού μου.

2ος λόγος προσφυγής

(Παράβαση του άρθρου 3.2 της Διακήρυξης - κατάπτωση εγγυητικής)

Η αναθέτουσα αρχή για του λόγους που προαναφέρθηκαν απέρριψε εσφαλμένα την προσφορά μου, ως προσωρινού μειοδότη η οποία είχε υποβληθεί σύμφωνα με την Διακήρυξη για το τμήμα- Ομάδα 2 αυτής , ήτοι για την προμήθεια υγρών καυσίμων κίνησης (βενζίνη αμόλυβδη -πετρέλαιο κίνησης), ενώ ταυτόχρονα παντελώς εσφαλμένα , μη νόμιμα και κατά παράβαση των οριζόμενων στη Διακήρυξη αποφάσισε και την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής μου υπέρ του Δήμου με το αιτιολογικό ότι «Επειδή στις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 103 του ν.4412/2016 αναφέρεται: 3. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπο. ή αντίγραφα, των παραπόνου δικαιολογητικών, «απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου» [5] και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72,

εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσους 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 προσφέροντα που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία, ματαιώνεται." Επειδή στην ενότητα 3.2 —

ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ

ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ της σχετικής διακήρυξης αναφέρεται ότι [...]Πλην όμως, όπως παραπάνω αναλυτικά αναφέρθηκε και σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη η εκπρόθεσμη ηλεκτρονική υποβολή από πλευράς μου των δικαιολογητικών του προσωρινού μειοδότη σύμφωνα πάντα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη θα έπρεπε στη χειρότερη περίπτωση να εξομοιωθεί, κατ'ορθή εφαρμογή και ερμηνεία της Διακήρυξης που κατά πάγια νομολογία ερμηνεύεται προς το συμφέρον του διοικούμενου, με μη προσκόμιση δικαιολογητικών και κατόπιν αυτού να μου χορηγηθεί εκ νέου 5θήμερη προθεσμία προκειμένου να υποβάλω αυτά, όπως ακριβώς προβλέπεται στο κεφάλαιο της Διακήρυξης με τίτλο ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ (σελ.40,41 της Διακήρυξης). Σε εκείνη και μόνο την περίπτωση, δηλαδή αν παραβίαζα και την νέα προθεσμία που θα μου χορηγούνταν αναλυτικά προαναφέρθηκε μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση, θα εφαρμόζονταν τα οριζόμενα στο σχετικό κεφάλαιο της Διακήρυξης με τίτλο ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ (σελ.47 της Διακήρυξης). Τούτο δε προκύπτει σαφέστατα και από τον τρόπο που παρατίθενται τα ως άνω κεφάλαια στην Διακήρυξη, όπου το κεφάλαιο της ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ και η χορήγηση της 5θήμερης προθεσμίας που προβλέπεται σε αυτό, μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και τον έλεγχο ΤΟΥΣ, λόγω μη ηλεκτρονικής υποβολής τους, ΠΡΟΗΓΕΙΤΑΙ του κεφαλαίου με τίτλο ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ, γεγονός που καθιστά σαφές ότι η παραβίαση της 5θήμερης προθεσμίας που θα έπρεπε να μου χορηγηθεί, μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των υποβληθέντων δικαιολογητικών από την επιτροπή διενέργειας ηλεκτρονικού

διαγωνισμού, τον έλεγχο αυτών και τη διαπίστωση της μη εμπρόθεσμης ηλεκτρονικής υποβολής τους , θα είχε ως συνέπεια την απόρριψή μου ως προσωρινού αναδόχου και την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής που προσκόμισα υπέρ του Δήμου

Επομένως και σύμφωνα με τα παραπάνω η αναθέτουσα αρχή παντελώς εσφαλμένα κατέπεσε με την προσβαλλόμενη και την εγγυητική συμμετοχής μου υπέρ του Δήμου και κατόπιν αυτού η προσβαλλόμενη θα πρέπει να ακυρωθεί και εξαφανιστεί και συνακόλουθα να ακυρωθεί και εξαφανιστεί η κατακύρωση της προμήθειας «Προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων» για την Ομάδα /Τμήμα 2 ΥΓΡΑ ΚΑΥΣΙΜΑ ΚΙΝΗΣΗΣ (Βενζίνη Αμόλυβδη -Πετρέλαιο Κίνησης) στη δεύτερη των καθών ,η οποία προκρίθηκε λόγω του αποκλεισμού μου.[...].».

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της παραθέτοντας το ιστορικό της υπόθεσης υποστηρίζει συναφώς τα εξής :« II. ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ Α. Σχετικά με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής και την κλήση της προσφεύγουσας για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. 1. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δήθεν παραβιάσαμε τον υπ' αριθμόν 3.2. όρο της διακήρυξης, διότι οφείλαμε να της χορηγήσουμε προθεσμία για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και δεν το πράξαμε. Ο ισχυρισμός, όμως, αυτός της προσφεύγουσας είναι νομικά αβάσιμος και θα πρέπει να απορριφθεί. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 3.2. της διακήρυξης «Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες». Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο του ανωτέρω όρου της διακήρυξης, για να κληθεί ο προσωρινός ανάδοχος για δεύτερη φορά να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, θα πρέπει κατ' αρχήν να έχει υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης παραδεκτά και δη εμπροθέσμως.

Εν προκειμένω, όμως, όπως ήδη αναλυτικά προεκτέθηκε, η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε εμπρόθεσμα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τούτο δε σημαίνει αναμφιβόλως ότι στην υπό κρίση περίπτωση δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης. Και αυτό γιατί προϋπόθεση για την εφαρμογή του είναι η κατ' αρχήν παραδεκτή και δη εμπρόθεσμη υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σε περίπτωση, όπως η υπό κρίση, σύμφωνα με την οποία ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλει εκπρόθεσμα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής ο ως άνω όρος της διακήρυξης και να κληθεί η προσφεύγουσα να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Με δεδομένο, λοιπόν, ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε εκπρόθεσμα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, όπως και η ίδια ομολογεί με την προδικαστική προσφυγή της, δεν μπορεί να εφαρμοσθεί ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης. 2. Επιπρόσθετα, ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής στην υπό κρίση περίπτωση και για τον λόγο ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν υποβλήθηκαν παραδεκτά και δη σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 17 της ΥΑ 569/2017 (ΦΕΚ Β 1924/2017).

Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη της ως άνω ΥΑ «...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...». Στην προκειμένη περίπτωση, η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ως όφειλε, στον φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου», κατά παράβαση της ανωτέρω διάταξης της σχετικής ΥΑ (βλ. και ΔΕφΑθ ΕΑ 209/2018). Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι στη διακήρυξη δεν προβλεπόταν ότι τα δικαιολογητικά θα πρέπει να υποβληθούν στο συγκεκριμένο πεδίο του ΕΣΗΔΗΣ θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, δεδομένου ότι στη διακήρυξη αναφέρεται ρητά η ανωτέρω ΥΑ (βλ. σελ. 12 διακήρυξης), κατ' εφαρμογήν της οποίας θα πρέπει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης να υποβάλλονται σε συγκεκριμένο υποφάκελο. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα σε συνδυασμό και με την αρχή της τυπικότητας που διέπει γενικώς τη διενέργεια των δημόσιων διαγωνισμών (ΕΑ ΣτΕ 83/2013, 586/2011), εφόσον η προσφεύγουσα δεν

υπέβαλε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης σε συγκεκριμένο συστημικό ηλεκτρονικό φάκελο, με την ένδειξη «δικαιολογητικά κατακύρωσης», αλλά τα υπέβαλε μέσω του συστήματος «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, πέρα από εκπροθέσμως, τα υπέβαλε και απαραδέκτως.

Ενόψει τούτου, δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής, εν προκειμένω, ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης περί κλήσης της αναθέτουσας αρχής για συμπλήρωση των ελλείψεων των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεδομένου ότι, όπως αναλυτικά προεκτέθηκε, η εφαρμογή του εν λόγω όρου της διακήρυξης προϋποθέτει την κατ' αρχήν παραδεκτή υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η προσφεύγουσα υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εκπροθέσμως και απαραδέκτως και κατά συνέπεια δεν χωρεί στην υπό κρίση περίπτωση εφαρμογή του όρου της διακήρυξης περί κλήσης της για συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης. 3. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, όπως προκύπτει από το Πρακτικό, που συνιστά την αιτιολογία της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, με το υπ' αριθμόν/25-11-2019 έγγραφο της επιτροπής με θέμα «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού άνω των ορίων 'Προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων'» η προσφεύγουσα κλήθηκε να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός δέκα ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Ακολούθως και για δεύτερη φορά με το υπ' αριθμόν πρωτ./13-12-2019 έγγραφο της Επιτροπής με θέμα «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού άνω των ορίων 'Προμήθεια υγρών καυσίμων & λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων'» κλήθηκε εκ νέου η προσφεύγουσα να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

Με το ανωτέρω έγγραφο η Επιτροπή της έταξε νέα 10ημερη προθεσμία για την υποβολή των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου.

Πλην, όμως, η προσφεύγουσα δεν ανταποκρίθηκε στις ανωτέρω προσκλήσεις της Επιτροπής και δεν υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τουναντίον, τα υπέβαλε στις 4-2-2020, μετά το πέρας αμφοτέρων των ως άνω προθεσμιών που της τάχθηκαν με τις προσκλήσεις της Επιτροπής.

Επομένως, αβασίμως και σε κάθε περίπτωση καταχρηστικά η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε να της χορηγηθεί κι άλλη προθεσμία για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, λαμβανομένου υπόψη ότι της χορηγήθηκε ήδη δεύτερη προθεσμία για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης στην οποία, όμως, δεν ανταποκρίθηκε. Τυχόν δε εκ νέου κλήση της προσφεύγουσας θα συνιστούσε τρίτη κλήση της για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ενώ τούτο δεν επιτρέπεται ούτε από τον νόμο, ούτε και από τους όρους της διακήρυξης.

Σημειωτέον, επίσης, ότι στις διαγωνιστικές διαδικασίες την ευθύνη προσκόμισης των δικαιολογητικών φέρει αποκλειστικώς ο συμμετέχων, ο οποίος οφείλει να δείχνει εύλογο ενδιαφέρον για την υπόθεσή του (ΔΕΦΑΘ 53/2010). Η προσφεύγουσα, ωστόσο, δύο φορές αδιαφόρησε και δεν ανταποκρίθηκε στις προσκλήσεις της Επιτροπής χωρίς καν να επικαλείται με την προσφυγή της κάποιον λόγο ανωτέρω βίας για τον οποία κατέστη αδύνατη για δύο, μάλιστα, φορές η εκ μέρους της υποβολή των δικαιολογητικών.

Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος δεν εξέφρασε αντιρρήσεις για την εκπρόθεσμη υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν ασκεί ουδεμία επιρροή, ούτε μπορεί να ληφθεί υπόψη για την ακύρωση της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας.

Κατά συνέπεια, αβάσιμα και καταχρηστικά προβάλλει ότι θα έπρεπε να κληθεί από την Επιτροπή για την εμπρόθεσμη υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ως εκ τούτου και η προδικαστική προσφυγή της θα πρέπει να απορριφθεί.

4. Αλλωστε, ήδη με τη διάταξη του άρθρου 43 παρ. 12α και 12β του ν. 4605/2019 εξορθολογίστηκε η δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών, μόνο στην περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια και αιτηθεί εγκαίρως την έκδοση πιστοποιητικών που δεν εκδόθηκαν εντός της προθεσμίας για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ο εξορθολογισμός αυτός της διαδικασίας συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης δημιουργεί στην αναθέτουσα αρχή την υποχρέωση να απορρίψει άνευ ετέρου την προσφορά του προσωρινού αναδόχου, ο οποίος δεν τηρεί τις υποχρεώσεις του.

Οι αλλαγές αυτές που επήλθαν στη διάταξη του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 καταλαμβάνουν ήδη την παρούσα διακήρυξη και για τον λόγο αυτό μνημονευόταν ρητά στο θεσμικό πλαίσιο αυτής ότι ο νόμος 4412/2016 ισχύει, όπως έχει τροποποιηθεί κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης. Τούτο αναμφισβήτως σημαίνει ότι δεν υφίσταται πλέον καμία υποχρέωση κλήσης του προσωρινού αναδόχου για συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, απορριπτόμενων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

Σε κάθε, όμως, περίπτωση, υπό το πρίσμα των ανωτέρω τροποποιήσεων θα πρέπει να ερμηνευθεί και η διάταξη του άρθρου 3.2. της διακήρυξης του διαγωνισμού. Με δεδομένο ότι έχει ήδη γίνει πιο αυστηρό το σχετικό νομοθετικό πλαίσιο προς προστασία του δημοσίου συμφέροντος, καθίσταται προφανές ότι δεν οφείλαμε να καλέσουμε την προσφεύγουσα για τρίτη φορά προς υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, διότι την καλέσαμε ήδη δύο φορές και δεν ανταποκρίθηκε στις σχετικές προσκλήσεις της Επιτροπής. Οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας προβάλλονται καταχρηστικά και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθούν.

5. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ακόμη, ότι δήθεν από τους όρους της διακήρυξης δεν προκύπτει ότι σε περίπτωση εκπρόθεσμης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου. Ο ισχυρισμός αυτός είναι προδήλως αβάσιμος, δεδομένου ότι στη σελίδα 47 της διακήρυξης αναφέρεται ρητά ότι «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:... 2. δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή...». Με δεδομένο ότι η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε εντός του προκαθορισμένου χρονικού διαστήματος τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της. Όπως ήδη αναλυτικά προεκτέθηκε, η προσφεύγουσα παρ' ότι κλήθηκε δύο φορές να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης αυτή δεν ανταποκρίθηκε και τα υπέβαλε εκπρόθεσμα μετά το πέρας και των δύο προθεσμιών που της χορηγήθηκαν.

Όσα δε περί δήθεν ασάφειας της διακήρυξης αορίστως επικαλείται η προσφεύγουσα, χωρίς να προσδιορίζει ποια διάταξη και γιατί είναι δήθεν ασαφής, είναι και αβάσιμα, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα αν και είχε τη δυνατότητα δεν ζήτησε διευκρινίσεις για την έννοια των κρίσιμων όρων της διακήρυξης, ούτε πολύ περισσότερο ζήτησε την ακύρωση κάποιου όρου της διακήρυξης, ασκώντας κατ' αυτού προδικαστική προσφυγή (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 117/2019, 204/2019).

Ενόψει των ανωτέρω, νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της και θα πρέπει να απορριφθεί και η ασηκωθείσα εκ μέρους της προδικαστική προσφυγή.

Β. Σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής και την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας.

Η προσφεύγουσα με την προδικαστική προσφυγή της ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα κατέπεσε η εγγυητική συμμετοχής της. Ο ισχυρισμός αυτός είναι αβάσιμος και θα πρέπει να απορριφθεί.

Ειδικότερα, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 «...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 καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση 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....».

Περαιτέρω, στη σελίδα 47 της διακήρυξης αναφέρεται ρητά ότι «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:... 2.

δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή...».

Με δεδομένο ότι η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της και κατέπεσε η εγγυητική συμμετοχής της. Άλλωστε, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας επήλθε κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (ΣτΕ 380/2012, 4918/2012, 3816/2013) και βάσει των αντικειμενικών δεδομένων (ενδ. ΟΛΣτΕ 88/2011, ΣτΕ 3862/2004, 2629/2005, 2598/2005, 1104/2006, 3145/2006, 175/2012, 4254/2009, 1505/2010, 44/2010, 1203/2012, 3190/2012, 715/2012, 1685/2013) πλήρωσης της περίπτωσης του άρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και των όρων της διακήρυξης περί μη υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, χωρίς καμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής προς κατ' εκτίμηση κρίση του επί υποκειμενικών δεδομένων (ΣτΕ 175/2012) και επιμέτρηση ή αξιολόγηση του αν θα καταπέσει ή όχι και κατά ποιο ποσό η εγγυητική συμμετοχής του (ΔΕφΠατρ ΕΑ 58/2019).

Ενόψει των ανωτέρω, νομίμως κατέπεσε η εγγυητική συμμετοχής της προσφεύγουσας, απορριπτομένων των ισχυρισμών της...[.]».

15. Επειδή το άρθρο 18 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» προβλέπει : «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...[.]...». Το, δε, άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο « Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. Περαιτέρω, στην παρ. 1 περ. α του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Εγγυήσεις» προβλέπεται «...[.]Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως

78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης....[...]».

16. Επειδή, το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 παρ. 12 του Ν.4605/2019 (Φ.Ε.Κ. Α' 52/01.04.2019) αναφέρει αυτολεξεί τα εξής «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 που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης.

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση 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 υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται.

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 καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση 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.

5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση 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 αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται.

6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2,

και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης [είτε για την κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκπτώτου] είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105.

7. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος».

17. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκ

πλαίσιου, 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. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970

Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

18. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

19. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑΘ 271/2011). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012,

SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

20. Επειδή, κρίσιμος χρόνος για την αποκρυστάλλωση του οικείου θεσμικού πλαισίου διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η ημερομηνία δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης (βλ. και σκέψη 2) κατά την πάγια νομολογία των Ελληνικών Δικαστηρίων (πρβλ. ενδεικτικά ΔεφΑθ 329/2019, ΣτΕ 111/2003 ΕΑ ΣτΕ 800/2008 και σχετικές σκέψεις και δη ως προς συμπληρωματικές συμβάσεις σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική, Επιμέλεια : Ευαγγελία – Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Σύμβουλος ΕΛΣυν, Ηλίας Μάζος, Σύμβουλος Επικρατείας, Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος Κλιμακίου ΑΕΠΠ, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019 «Ζητήματα Διαχρονικού δικαίου στον Ν. 4412/2016», Νικόλαος Νικολάκης, σελ 57- 62).

21. Επειδή, ωστόσο, σε κάθε περίπτωση, εφόσον μάλιστα δεν πρόκειται για διάταξη αναγκαστικού δικαίου οι οικείοι όροι της διακήρυξης που διαμορφώνουν το ειδικότερο καθεστώς διενέργειας έκαστης διαγωνιστικής διαδικασίας, κατισχύουν έναντι ακόμη και του ισχύοντος θεσμικού πλαισίου προεχόντως για λόγους διαφάνειας, ίσης μεταχείρισης και ασφάλειας δικαίου (πρβλ. ΔεφΠατ 2/2020).

22. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π.

Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

23. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019 ΔΕφΑθ).

24. Επειδή, το προϋσχύσαν καθεστώς της συμπληρωματικής υποβολής των δικαιολογητικών, ήτοι η παρ. 2 του άρθρου 103 του ν.4412/2016, όπως ίσχυε πριν την τροποποίηση της με την παρ. 12 του άρθρου 43 του ν.4605/2019, όπως είχε κριθεί (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 29/2019, 204/2019), φαίνεται να είχε την έννοια, μεταξύ άλλων, ότι η αναθέτουσα αρχή υποχρεούταν, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης που είχαν προσκομισθεί από τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο μετά από την οριζόμενη στην παρ. 1 του άρθρου 104 πρόσκλησή της, να καλέσει αυτόν να καλύψει, εντός της σχετικώς τασσόμενης προθεσμίας (κυμαινόμενης από πέντε μέχρι είκοσι ημέρες), τυχόν ελλείψεις των εν λόγω δικαιολογητικών, δεδομένου ότι οι ελλείψεις αυτές επάγονταν απόρριψη του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τούτο είχε ως συνέπεια ότι, αν η αναθέτουσα Αρχή παρέλειπε να προβεί σε συμπληρωματική κλήση για τα τυχόν ελλείποντα δικαιολογητικά, η μη υποβολή από τον προσωρινό ανάδοχο των εν λόγω μη ζητηθέντων δικαιολογητικών δεν συνεπαγόταν αυτομάτως και άνευ ετέρου τον αποκλεισμό του από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, αλλά υποχρέωνε, κατ' αρχήν, την αναθέτουσα Αρχή να προβεί στην οφειλόμενη,

κατά τα ανωτέρω, κλήση του προς συμπλήρωση των ελλειπόντων αυτών δικαιολογητικών (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 29/2019, 241/2019, πρβλ. 37/2019, βλ. ΔΕφΠατ1/2020).

25. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 3.2. της διακήρυξης του επίδικου διαγωνισμού, οι οποίες περιέχουν ρύθμιση αντίστοιχη με αυτή της προγενέστερης μορφής του άρθρου 103 του ν.4412/2016, ήτοι προ της τροποποίησης με την παρ. 12 του άρθρου 43 του ν.4605/2019, ορίζονται ρητώς «ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ

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 που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παρούσα ενότητα 3.2 της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 2.2.4 - 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, κατά τις διατάξεις του ν. 4250/2014 (Α' 94).

Ειδικά τα αποδεικτικά τα οποία αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, μπορεί να γίνονται αποδεκτά και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους και η οποία πρέπει να έχει συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών. Όταν υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή.

Με την παραλαβή των ως άνω δικαιολογητικών, το σύστημα εκδίδει επιβεβαίωση της παραλαβής τους και αποστέλλει ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα σ' αυτόν στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση.

Τα εν λόγω δικαιολογητικά αποσφραγίζονται και ελέγχονται από το αρμόδιο όργανο (Επιτροπή Διαγωνισμού).

Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες.

Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν».

26. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι όντως η αναθέτουσα αρχή προέβη σε δύο διακριτές και με διαφορά μεταξύ τους δεκαοκτώ (18) ημέρες προσκλήσεις υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, η, δε, δεύτερη ως συνέχεια της πρώτης την μνημονεύει ρητώς αναφέροντας ότι λαμβάνεται υπόψη (η δεύτερη) εφόσον ένας έκαστος εκ των οικονομικών φορέων, που τυγχάνουν και προσωρινοί ανάδοχοι δεν έχουν έτι αναρτήσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσής τους στο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), η, δε, προσφεύγουσα δεν ανταποκρίθηκε εγκαίρως σε καμία εξ αυτών. Επομένως, αν και η γραμματική ερμηνεία της οικείας διάταξης ως έχει ενσωματωθεί στο άρθρο 3.2. της διακήρυξης αφήνει το περιθώριο δεύτερης πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης – και ανεξαρτήτως εάν πρόκειται για το σύνολο αυτών ή επιμέρους ελλείποντα δικαιολογητικά ή μη προσηκόντως υποβληθέντα - αβασίμως και σε κάθε περίπτωση αλυσιτελώς προβάλλει η προσφεύγουσα την μην επανάκλησή της από την αναθέτουσα αρχή, καθώς παραγνωρίζει το γεγονός ότι εκλήθη για πρώτη φορά στις 25.11.2019 και για δεύτερη φορά στις 13.12.2019. Εξάλλου, κατά τις κείμενες διατάξεις, τις οποίες οφείλει να γνωρίζει κάθε ευλόγως ενημερωμένος και κανονικά επιμελής υποψήφιος, η άσκηση προσφυγής – εάν δεν έχει μεσολαβήσει απόφαση της ΑΕΠΠ περί αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – δεν αναστέλλει οιαδήποτε προθεσμία (βλ. άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Ανασταλτικό αποτέλεσμα» και άρθρο 6 αντίστοιχα του ΠΔ 39/2017). Άλλωστε, η προσωρινή ανάδοχος του πρώτου και τρίτου

τμήματος εταιρεία «» υπέβαλε εμπροθέσμως τον με αρ./2.12.2019 φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης. Εν προκειμένω, δε, αν και ασκήθηκε από την ατομική επιχείρηση «» προσφυγή, και δη όσον αφορά το 1^ο τμήμα περιοριστικώς, ουδόλως ανεστάλη η διαγωνιστική διαδικασία- ιδίως όσον αφορά το τμήμα 2^ο που δεν συνέχονταν με τους λόγους της προσφυγής - η, δε, απόφαση επί της εν θέματι προσφυγής εκδόθηκε σε χρόνο (28.01.2020), που είχε ήδη παρέλθει τόσο η προθεσμία ανταπόκρισης στην πρώτη πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης (5.12.2019) όσο και στην δεύτερη (23.12.2019). Όλως επικουρικώς, ακόμη και στην υποθετική περίπτωση κατά την οποία είχε χορηγηθεί από την επιβλέπουσα αρχή, ως φέρουσα το τεκμήριο της αρμοδιότητας, παράταση της προθεσμίας υποβολής των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακυρώσεως, κατά το ανώτατο, από τις διατάξεις του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016, οριζόμενο όριο, η προθεσμία αυτή θα είχε εκπνεύσει στις 2.01.2020 και επομένως, τα επίμαχα δικαιολογητικά τα οποία προσεκόμισε η προσφεύγουσα ηλεκτρονικώς στις 4.02.2020, προσεκομίσθησαν ούτως ή άλλως, εκπροθέσμως (βλ. ad hoc ΔεφΑθ131/2019).

27. Επειδή, επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε τη διακριτική ευχέρεια πολλώ, δε, μάλλον υποχρέωση να καλέσει την προσφεύγουσα να υποβάλει εκ νέου φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης ή/και να εκλάβει ως εμπρόθεσμο τον υποβληθέντα μόλις την 4.02.2020 ηλεκτρονικό και αντίστοιχο έντυπο φάκελο, αλλά υποχρεούτο κατά τις κείμενες διατάξεις να απορρίψει την οικεία προσφορά. Επισημαίνεται, εξάλλου, ότι η διακήρυξη στις σελίδες 47-48 αναφέρει ρητώς ότι η προσφορά προσωρινού αναδόχου, μεταξύ άλλων, απορρίπτεται όταν *«δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών»*. Άλλωστε, αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα ότι δεδομένης της αναφοράς της διακήρυξης σε αποσφράγιση και έλεγχο του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, υποχρεούται η αναθέτουσα αρχή να προβεί σε εκ νέου πρόσκληση [εάν και] όταν υποβληθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, καθώς αναιρεί ο συγκεκριμένος ισχυρισμός την ανωτέρω ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης, ενώ μία τέτοια ερμηνεία θα

οδηγούσε σε πλήρη καταστρατήγηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης στα πλαίσια της διαγωνιστικής διαδικασίας και θα ερχόταν σε αντίθεση με την σκοπιμότητα της οικείας διάταξης, βαίνοντας σε βάρος του δημοσίου συμφέροντος. Περαιτέρω, ως προελέχθη, παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, η διακήρυξη προβλέπει κατά τρόπο σαφή και ξεκάθαρο την απόρριψη της οικείας προσφοράς εάν δεν προσκομισθούν στον προκαθορισμένο χρόνο τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών (βλ. σελ. 47-48 διακήρυξης). Η μόνη, δε, δυνητική ασάφεια αυτής, ήτοι η ένταξη στο θεσμικό πλαίσιο της διακήρυξης του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019, βάσει του οποίου υιοθετήθηκε αυστηρότερη εκδοχή της διαδικασίας υποβολής και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης καθώς και η παραπομπή με αριθμ. 42 στο άρθρο 3.2. (Πρβλ. άρθρο 103 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43, παρ. 12, περ. α του ν.4605/2019) μόνο σε βάρος της προσφεύγουσας θα μπορούσε να λειτουργήσει. Αντιστοίχως, αλυσιτελώς προβάλλεται από την προσφεύγουσα ότι ουδείς εξέφρασε αντίρρηση ή ένσταση σε σχέση με το εμπρόθεσμο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθόσον η τήρηση της νομιμότητας της διαδικασίας συνιστά προεχόντως ευθύνη της αναθέτουσας αρχής και ως εκ τούτου δεν επαφίεται στην εγρήγορση ή/και την βούληση των συμμετεχόντων στον εν θέματι διαγωνισμό (βλ. ΔεφΘεσ166/2019). Συνακόλουθα, εφόσον παραλειφθεί η υποβολή δικαιολογητικού κατακύρωσης κατά την ορισθείσα (δix) προθεσμία, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου αποκλείεται άνευ ετέρου και κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής και μάλιστα, ανεξαρτήτως υπαιτιότητας περί της μη υποβολής στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, αφού η απόρριψη της προσφοράς επέρχεται εκ του κανονιστικού και νομοθετικού πλαισίου βάσει αντικειμενικών προϋποθέσεων και δεσμίως, ανεξαρτήτως υποκειμενικών στοιχείων και κρίσεως (ΔεφΠατ 58/2019).Επομένως, ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής, απορρίπτεται ως αβάσιμος.

28. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής. Ωστόσο, κατά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού η απόρριψη της προσφοράς συμπαρασύρει κατά δέσμια

αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής την κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής. Και μόνο στην ρητώς προβλεφθείσα στην οικεία διακήρυξη περίπτωση οψιγενών μεταβολών, που γνωστοποιούνται από τον προσωρινό ανάδοχο δεν καταπίπτει η εγγυητική του επιστολή. Ειδικότερα, η διακήρυξη προβλέπει αυτολεξεί *«Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, ότι πληροί, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του»* (βλ. σχετικώς ΕΑ ΣτΕ 57/2020). Επομένως, δεν διέθετε την διακριτική ευχέρεια η αναθέτουσα αρχή να μην αποφανθεί κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας, καθόσον ο αποκλεισμός του προσωρινού αναδόχου επισύρει ως αυτόθροη συνέπεια και την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής, καθώς το θεσμικό πλαίσιο της διακήρυξης προβλέπει ρητώς την εφαρμογή του Ν. 4412/2016, ενώ δεν υφίσταται αντίθετη ρητή διάταξη στην οικεία διακήρυξη. Η δε κατάπτωση αυτή δεν συνιστά πράξη κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας ούτε ποινή επιβαλλόμενη κατ' επιμέτρηση ούτε η επιβολή της ή μη ή το ύψος του καταπίπτοντος ποσού επαφίενται καθ' οιονδήποτε τρόπο στον αναθέτουσα αρχή, αλλά αποτελεί, αυτόματη και απορρέουσα ευθέως από το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, αλλά και εκ του νόμου και δη, εν προκειμένω, των διατάξεων του αρ. 103 παρ. 4 και 72 παρ. 1α Ν. 4412/2016, συνέπεια της πλήρωσης των όλως αντικειμενικών προϋποθέσεων των τριών ως άνω περιπτώσεων αποκλεισμού προσωρινού αναδόχου, που ανταποκρίνονται στις οικείες περιπτώσεις του άρ. 103 Ν. 4412/2016, για την επιβολή της οποίας η αναθέτουσα αρχή έχει δεσμία αρμοδιότητα. Εξάλλου, η προσφεύγουσα ανεπιφύλακτα μετείχε στη διαδικασία, αποδεχόμενη πλήρως και δεσμευόμενη από το οικείο κανονιστικό πλαίσιο, αλυσιτελώς ούτως και ανεπικαίρως προβάλλοντας εμμέσως αιτιάσεις κατά της ισχύος των ανωτέρω σαφέστατων όρων, οι οποίοι εξάλλου δεν αποτελούν παρά υιοθέτηση κατά γράμμα του ισχύοντος κατά τον χρόνο

δημοσίευσης της διακήρυξης ως και νυν ισχύοντος, νομοθετικού πλαισίου, αναφορικά με την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής, το οποίο όφειλε η ίδια, ως κατ' επάγγελμα δραστηριοποιούμενη στην ανάληψη και εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων, να γνωρίζει (ΔεφΠατ58/2019). Επομένως, και ο εν θέματι προβαλλόμενος λόγος, άμεσα συνεχόμενος με τον προγενέστερα κριθέντα, παρίσταται αβάσιμος και απορριπτός.

29. Επειδή, αναφορικά με τον λόγο της προσφεύγουσας που βάλλει κατά της απόρριψής της επί τη βάσει της μη κατά προσήκοντα τρόπο υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η εξέτασή του παρίσταται αλυσιτελής καθώς η τυχόν αποδοχή του δεν δύναται να μεταβάλει τις έννομες συνέπειες τω ανωτέρω κριθέντων περί του αβασίμου των έτερων λόγων που αυτόθροα συνεπάγονται την απόρριψη της οικείας προσφοράς (βλ. ΣτΕ 308/2020). Όλως επικουρικώς, δεδομένης της εκπρόθεσμης υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης από την προσφεύγουσα, εν πάση περιπτώσει, παρίσταται αλυσιτελής ο λόγος απόρριψης της οικείας προσφοράς που άπτεται του τρόπου υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

30. Επειδή, το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής να κατακυρώσει στην προσφεύγουσα έχουσα την χαμηλότερη τιμή την επίμαχη σύμβαση, σε κάθε περίπτωση προβάλλεται απαραδέκτως ως εκ συμφέροντος τρίτου.

31. Επειδή, γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

32. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

33. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ύψους 2.509,35 ευρώ με κωδικό, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 27η Απριλίου 2020 και εκδόθηκε την 18η Μαΐου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ευαγγελία Μιχολίτση

Η Γραμματέας

Φωτεινή Μαραντίδου