

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Αυγούστου 2019 με την εξής σύνθεση:
Πουλοπούλου Αγγελική Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5.7.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 833/5-7-2019 Προδικαστικής Προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την «.....» και της από 26-6-2019 κοινοποιηθείσας υπ' αριθ. 2169/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος αποκλείσθηκε στο στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης του διαγωνισμού για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ, συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 287.060,03 ευρώ και επιμέρους εκτιμώμενη αξία του είδους 1514.128,66 ευρώ άνευ ΦΠΑ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ.διακήρυξη, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 17-9-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 18-9-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜκαι στο ΕΣΗΔΗΣ την 17-9-2018 με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αγγελική Πουλοπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 946/2019

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό Παράβολο Ελληνικού Δημοσίου ποσού 600 ευρώ, και πληρώθηκε την 4-7-2019 βάσει του υποβληθέντος αποδεικτικού της

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή κατετέθη την 4/7/2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) δι' εγγράφου φέροντος ηλεκτρονική υπογραφή χωρίς χρήση προδιατυπωμένου 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, την δε 5/7/2019 απεστάλη δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ με χρήση προδιατυπωμένου εντύπου μη φέροντος ηλεκτρονική υπογραφή. Σε κάθε περίπτωση πάντως, έννομη σημασία έχει αποκλειστικά το δια του ΕΣΗΔΗΣ κατατεθειμένο δικόγραφο προσφυγής και όχι το αποσταλέν στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, αφού κατ' άρ. 362 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και άρ. 8 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ως και το άρ. 19 της ΥΑ 56902/215/2017, ως άσκηση προδικαστικής προσφυγής θεωρείται η υποβολή της μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού εφόσον αυτός διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ενώ η κοινοποίηση στην ΑΕΠΠ έχει απλώς σκοπό ενημέρωσης της τελευταίας, χωρίς όμως οιαδήποτε διαφοροποίηση επί του αποσταλέντος δικογράφου σε σχέση με το υποβληθέν δια του ΕΣΗΔΗΣ να δύναται να ληφθεί υπόψη, αφού η αποστολή στην ΑΕΠΠ δεν συνιστά, για τέτοιο διαγωνισμό, μέσο άσκησης της προσφυγής. Άρα, η προσφυγή που λαμβάνεται υπόψη και εξετάζεται από το Κλιμάκιο κατ' άρ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 είναι αυτή που κατετέθη στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ήτοι αυτό που κατετέθη στις 4/7/2019 χωρίς τη χρήση προδιατυπωμένου εντύπου. Επειδή δε από την επισκόπηση του περιεχομένου του ως άνω εγγράφου προκύπτει ότι αυτή δεν απόσχει κατά το ουσιώδες μέρος της από τα προδιατυπωμένα πεδία του τυποποιημένου εντύπου, μεταξύ των οποίων, τουλάχιστον η ημερομηνία, οι πραγματικοί και νομικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, περί των προσβαλλόμενων πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής που κατά παράβαση νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής

νομοθεσίας του προκάλεσε ή ενδέχεται να του προκαλέσει ζημία, αλλά και σχετικό αίτημα, γεγονός που θεραπεύει την έλλειψη χρήσης αυτού, στο μέτρο που η χρήση του τυποποιημένου εντύπου δεν απαιτείται εκ του νόμου επί ποινή απαραδέκτου ενώ επιπλέον, δεν πλήττεται με τη χρήση του συγκεκριμένου δικογράφου ο δικαιολογητικός σκοπός της ανωτέρω διάταξης που είναι η επιτάχυνση της διαδικασίας, (ΕΑ ΣτΕ 251/2018, ΔΕφ Κομ 39/2017, ΑΕΠΠ 481,482/2018, 432/2018, ΑΕΠΠ 156/2018, Α60/2018, 55/2018 178/2017, 156/2017, 149/2017, 97/2017, 21/2017). Περαιτέρω από την υπογραφή του εγγράφου προκύπτει η ταυτότητα του προσφεύγοντος. Επειδή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η ως άνω προσβαλλομένη εκτελεστή πράξη ανάδειξης οριστικών αναδόχων και περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθ' ο μέρος απέρριψε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του και τον απέκλεισε από το οικείο τμήμα με την αιτιολογία *«Για τον δεν έγινε ηλεκτρονική υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης μέσα από την φόρμα υποβολής δικαιολογητικών μειοδότη αλλά μέσω ηλεκτρονικού μηνύματος του ΕΣΗΔΗΣ.»*, αναδεικνύοντας τον επόμενο μειοδότη ως οριστικό ανάδοχο. Επικαλείται δε ότι υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσής του και ότι σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα όφειλε να τον καλέσει για διευκρινίσεις. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 10-7-2019 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της επικαλείται ότι η προσφορά του προσφεύγοντος δεν έγινε αποδεκτή λόγω μη τήρησης του προβλεπόμενου από τη Διακήρυξη τρόπου υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι με την ηλεκτρονική φόρμα υποβολή δικαιολογητικών μειοδότη και ότι τήρησε ως όφειλε τους όρους της εν λόγω Διακήρυξης και τα διαλαμβανόμενα του άρθρου 36 Ν.4412/16, περί Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων, ως και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, δυνάμει του αρ.18 και 102 του ιδίου Νόμου.

4. Επειδή, ναι μεν το αρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 παρ. 12β Ν. 4605/2019 ΦΕΚ Α 52/1.4.2019 (που καταργεί την κατά την προϊσχύσασα εκδοχή της διάταξης, τη δέσμια

αρμοδιότητα της αναθέτουσας σε περίπτωση ελλιπών δικαιολογητικών κατακύρωσης, μόνη της να χορηγήσει σε αυτόν συμπληρωματική προθεσμία για την προσκόμιση ή αντικατάσταση των ελλειπόντων ή των ελλιπών αντιστοίχως), πλέον εξαρτά τη χορήγηση της ως άνω συμπληρωματικής προθεσμίας, από αίτημα του προσωρινού ανάδοχου. Η δε ως άνω τροποποίηση, ελλείψει ειδικότερης μεταβατικής διάταξης, ισχύει από τη δημοσίευσή της, ήτοι από 1.4.2019. Πλην όμως, δεδομένου αφενός ότι ουδόλως υφίσταται στον Ν. 4605/2019 μεταβατική διάταξη περί του ότι η τροποποίηση αυτή καταλαμβάνει και εκκρεμείς διαδικασίες (πρβλ. αντιστοίχως σε τροποποίηση του άρ. 79^Α Ν. 4412/2016), αφετέρου ότι το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης είχε ήδη ρυθμίσει το ζήτημα δια του άρ. 4 αυτής (κατά το οποίο, συμφώνως με την κατά τη δημοσίευση της διακήρυξης ισχύουσα διάταξη προβλέπεται ότι «*4. Διαδικασία Κατακύρωσης: Υποβολή δικαιολογητικών για την κατακύρωση. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείου .pdf και σε φάκελο με σήμανση «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης», εντός προθεσμίας, δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, 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 του Ν.4412/16, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 του Ν.4412/16, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής του άρθρου 75 του Ν.4412/16. Κατά τα λοιπά ισχύει το άρθρ.103 του Ν.4412/16, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 107 παρ. 19- 23 του Ν. 4497/2017 Όταν υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή. Τα δικαιολογητικά προσκομίζονται στην αρμόδια υπηρεσία και σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο ή ακριβές αντίγραφο) από τον «προσωρινό ανάδοχο» εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. [...] Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά 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 ειδοποίησης σε αυτόν. Η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατά ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες.»»), ουδόλως η νυν διατύπωση της οικείας νομοθετικής διάταξης ισχύει επί της προκείμενης, δημοσιευθείσας υπό το προϊσχύσαν καθεστώς, διαδικασίας, συγχρόνως δε, αντίθετη ερμηνεία θα αντίκειτο στην αρχή της τυπικότητας και του δεσμευτικού χαρακτήρα του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, που καταρχήν και ελλείψει αντιθέτου προβλέψεως, διέπεται από το ισχύον κατά τον χρόνο δημοσίευσής της δίκαιο, ως και την αρχή της διαφάνειας που πρέπει να διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες. Συνεπώς, κατ' εφαρμογή των ως άνω διατάξεων και όρων ισχύουν επί της προκείμενης διαδικασίας τα εξής (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 47/2019). Σε κάθε περίπτωση ελλείψεων κάθε είδους των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ακόμη δε και εν όλω μη προσκόμισής τους, ήτοι κατά τη σαφή παρ. 2 του άρ. 103 Ν. 4412/2016 ως ίσχυε κατά τον χρόνο της διακήρυξης και του άρ. 4 της διακήρυξης, σε περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος παραλείψει εν γένει να τα υποβάλει, η αναθέτουσα κατά δεσμία αρμοδιότητά της και όχι διακριτική, απλώς, ευχέρεια αυτής, πρέπει να κληθεί να τα συμπληρώσει ή και εν όλω το πρώτον να τα προσκομίσει εντός πενθημέρου από τη νέα προς τούτο κοινοποίηση ειδοποίησης σε αυτόν. Άρα, ούτε καν αυτή η εν όλω μη προσκόμιση τέτοιων δικαιολογητικών, δύναται να οδηγήσει σε αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου, παρά μόνο αν κατόπιν νέας πενθήμερης προθεσμίας, αυτός και πάλι παραλείψει να τα υποβάλει ή τα υποβάλει ελλιπώς. Προς τούτο εξάλλου, η αναθέτουσα δεν δύναται να αποκλείσει τον προσωρινό ανάδοχο λόγω ελλείψεων των προσκομισθέντων δικαιολογητικών του, αν δεν του τάξει την προβλεπόμενη προθεσμία συμπλήρωσης αυτών, αλλά και προς τούτο, δεν δύναται να τον αποκλείσει λόγω τυχόν εκπροθέσμου υποβολής κατά την πρώτη προθεσμία κατάθεσής τους, ήτοι αν δεν του τάξει προηγουμένως τη δεύτερη πενθήμερη προθεσμία. Μόνο δε η παράβαση της προθεσμίας αυτής επιφέρει αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου λόγω εκπροθέσμου υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσής του και τούτο, πάλι μόνο αν δεν κρίνει η αναθέτουσα την παράτασή της, ρητώς ή σιωπηρώς, σε έως και 10 επιπλέον από τις 5 αρχικώς ορισθείσες για τη δεύτερη προθεσμία, συνολικά

δε 15, από την κοινοποίηση της δεύτερης προθεσμίας, ημέρες. Συνεπώς, αφού η αναθέτουσα υποχρεούται, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος δεν υπέβαλε κατά την πρώτη προθεσμία τα δικαιολογητικά αυτά, να επανέλθει με νέα ειδοποίησή της προς αυτόν και να τον καλέσει ξανά να τα υποβάλει εντός δεύτερης, οριστικής πλέον προθεσμίας πέντε ημερών, η οποία και αυτή όμως δεν είναι καν αποκλειστική αλλά δύναται να παραταθεί έως και τη 15^η ημέρα από την κοινοποίηση της δεύτερης προθεσμίας, είναι σαφές ότι δεν δύναται να τον αποκλείσει αν αυτός υπέβαλε τα δικαιολογητικά αυτά κατόπιν της λήξης της πρώτης προθεσμίας, αλλά προ κοινοποιήσεώς σε αυτόν νέας ειδοποίησης όπου θα τάσσεται η δεύτερη αυτή προθεσμία . Και όλα τα ανωτέρω, επιπλέον του ότι ουδόλως η αναθέτουσα εμποδίζεται να παρατείνει ρητώς ή σιωπηρώς την αρχικώς ορισθείσα δεύτερη προθεσμία έως το απώτατο, βέβαια, όριο των 15 ημερών από την αρχική ειδοποίηση προσκόμισής τους (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 1012/2018). Μόνο αν παρέλθει, λοιπόν, η δεύτερη πενθήμερη προθεσμία άπρακτη και συγχρόνως αυτή δεν παρατάθηκε ή αν παρέλθει και η τυχόν χορηγηθείσα παράτασή της, η αναθέτουσα αποκλείει και δη δεσμίως τον προσωρινό ανάδοχο και προβαίνει στις λοιπές ενέργειες του άρ. 103 Ν. 4412/2016. Επομένως, κατά τα ως άνω, ακόμη και αν υποθεθεί ότι η υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσφεύγοντος ήταν όλως παράνομη ή και μη υφιστάμενη, η αναθέτουσα και πάλι δεν δύνατο να τον αποκλείσει, αλλά βάσει των όρων της διακήρυξης όφειλε να του τάξει προθεσμία για την το πρώτον υποβολή αυτών, πράγμα που δεν προκύπτει ότι εν προκειμένω συνέβη. Συνεπώς και μόνο δι' αυτού του λόγου, ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος ήταν παράνομος.

5. Επειδή, περαιτέρω, εν προκειμένω προκύπτει ότι ο προσφεύγων υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του μέσω της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ηλεκτρονικού τύπου του διαγωνισμού, πλην η αναθέτουσα απέκλεισε αυτόν διότι δεν τα υπέβαλε δια του φακέλου ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ. Όπως όμως ήδη έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ, η υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης δια της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ, μόνη της δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου ούτε ο οικείος όρος της διακήρυξης μπορεί να νοηθεί ως επί ποινή αποκλεισμού, περαιτέρω, η υποβολή με αυτόν τον τρόπο δημιουργεί απλώς υποχρέωση της

αναθέτουσας να κοινοποιήσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης στους λοιπούς αποδεκτούς μετέχοντες στο οικείο τμήμα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 47/2019). Τούτο διότι ναι μεν, η ΥΑ 56902/215/2017 ρυθμίζει τις τεχνικές διαδικασίες λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ και χρήσης τους από τις αναθέτουσες και τους οικονομικούς φορείς, μεταξύ άλλων προβλέπει τη χρήση και τον σκοπό των επιμέρους λειτουργιών του, όπως η ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ και τα ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΜΕΙΟΔΟΤΗ. Όμως, πρώτον, σε κάθε περίπτωση αμφότερα τα παραπάνω πεδία επιτελούν το ίδιο ακριβώς έργο, δηλαδή δι' αυτών ο οικονομικός φορέας αναρτά στο ΕΣΗΔΗΣ, ήτοι τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, έγγραφα προς γνώση της αναθέτουσας και για κάθε νόμιμη ενέργειά της. Επομένως, ναι μεν το άρ. 8 και το άρ. 17 παρ. 3 της ως άνω ΥΑ προβλέπουν την υποβολή δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου σε αυτοτελές πεδίο, τούτο όμως αποτελεί μια πρόβλεψη για λόγους καλύτερης και ευχερέστερης διάρθρωσης της διαδικασίας και κατανομής των εγγράφων της διαδικασίας σε περισσότερους διακριτές ομάδες εγγράφων, προς διευκόλυνση της αναθέτουσας και προς αποφυγή σύγχυσης των δικαιολογητικών αυτών, με τυχόν ερωτήματα και λοιπές απαντήσεις οικονομικών φορέων που κατανέμονται στην ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ. Ουδόλως όμως αυτή η πρόβλεψη δύναται να έχει την έννοια ότι θέτει όρο αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ιδρύει λόγο μη λήψης αυτών υπόψη, πολλώ δε μάλλον αποκλεισμού του. Δεύτερον, ουδόλως προκύπτει εξάλλου μια τέτοια έννομη συνέπεια από την ίδια την ΥΑ 56902/215/2017 που δεν ορίζει καμία συνέπεια από την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης στο πεδίο ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ και αυτό επιπλέον του ότι, σε καμία περίπτωση τίποτε τέτοιο δεν προβλέπεται ούτε προκύπτει από τη διακήρυξη που αναφέρεται απλώς σε ηλεκτρονική υποβολή όσον αφορά το άρ. 3.2 αυτής, με αποτέλεσμα να μην δύναται να συναχθεί τυχόν όρος επί ποινή αποκλεισμού ή μη λήψης υπόψη των οικείων δικαιολογητικών και ενώ μάλιστα ουδόλως παραπέμπει έστω και γενικώς στην παραπάνω ΥΑ (η δε εν γένει συμπερίληψή της στα ληπτέα υπόψη έγγραφα της διακήρυξης, δεν μπορεί να συνεπάγεται λόγο απόρριψης προσφοράς που συμμορφώνεται με τους όρους της διακήρυξης). Είναι κρίσιμο δε, ότι ο μόνος ουσιαστικός και πρακτικός σκοπός, πέραν της μη σύγχυσης με άλλα έγγραφα, που επιτυγχάνεται από την υποβολή των δικαιολογητικών αυτών μέσω των “ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΜΕΙΟΔΟΤΗ”,

ανάγεται στο ότι δι' αυτής οι άλλοι αποδεκτοί μετέχοντες δύνανται να έχουν πρόσβαση, δηλαδή να λάβουν γνώση επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δυνατότητα που επιτρέπει σε αυτούς την άσκηση των δικονομικών δικαιωμάτων τους κατά το Βιβλίο IV Ν. 4412/2016, ήτοι να καταθέσουν προσφυγή κατά τυχόν απόφασης έγκρισης αυτών από την αναθέτουσα, παρότι τυχόν ήταν ελλιπή ή εσφαλμένα. Ο ίδιος σκοπός επιτυγχάνεται και με την απλή κοινοποίηση από την αναθέτουσα των δικαιολογητικών κατακύρωσης στους λοιπούς αποδεκτούς μετέχοντες, μέσω του πεδίου ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ είτε πριν είτε μετά την αξιολόγηση και τυχόν αποδοχή τους (πριν την οποία δεν υφίστανται καν δικονομικά δικαιώματα των λοιπών αποδεκτών μετεχόντων). Ούτε ως προς το ζήτημα του τρόπου υποβολής των δικαιολογητικών αυτών έχει εφαρμογή η αρχή της ίσης μεταχείρισης αφού ουδεμία βλάβη ή άνιση μεταχείριση λαμβάνει χώρα εις βάρος άλλων μετεχόντων στον διαγωνισμό, από το ειδικότερο πεδίο με τα οποία διενεργείται η ηλεκτρονική υποβολή των δικαιολογητικών αυτών στο ΕΣΗΔΗΣ, αφού αφενός, μόνο ο ανά περίπτωση προσωρινός ανάδοχος τα υποβάλλει και δεν υποβάλλουν όλοι οι μετέχοντες συγχρόνως τέτοια δικαιολογητικά, ώστε να τεθεί ζήτημα διαφορετικής τους μεταχείρισης, αφετέρου, η ελεγχσιμότητα των δικαιολογητικών αυτών και άρα της ορθότητας τυχόν αποδοχής τους από την αναθέτουσα, εκ των άλλων που έχουν έννομο προς τούτο συμφέρον, είναι ούτως ή άλλως δυνατή. Επιπλέον, καμία παραλληλία δεν υφίσταται ως προς τα ως άνω μεταξύ δικαιολογητικών κατακύρωσης και αυτής καθ'αυτής της προσφοράς και των εγγράφων της. Τούτο διότι πρώτον, η υποβολή των προσφορών είναι αδύνατον να λάβει χώρα συννόμως με άλλον τρόπο πλην των προκαθορισμένων υποφακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς, αφού μόνο μέσω αυτών είναι τεχνικά δυνατόν να συμπληρωθούν οι οικείες προδιατυπωμένες από την αναθέτουσα, φόρμες συστήματος, όπου όσον αφορά την οικονομική προσφορά, η αναθέτουσα προκαθορίζει η ίδια τις μονάδες μέτρησης για την ανά μονάδα τιμή προσφοράς, όσον αφορά δε την τεχνική προσφορά-δικαιολογητικά συμμετοχής, το ίδιο το σύστημα αυτομάτως εντάσσει στην ειδική φόρμα τα ειδικότερα έγγραφα που αφορούν τον υποφάκελο αυτό, ο οποίος πρέπει να είναι εντελώς διακριτός από τον υποφάκελο οικονομικής προσφοράς, αφού η

οικονομική προσφορά κατά τον Ν. 4412/2016 πρέπει να ανοιχθεί σε άλλο χρόνο και με άλλη διαδικασία από τον υποφάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνική προσφορά. Επιπλέον, το άρ. 15 της ΥΑ 56902/215/2017 περιγράφει τους αυτοματοποιημένους ελέγχους ηλεκτρονικώς υποβαλλόμενων εγγράφων προσφοράς που το ΕΣΗΔΗΣ είναι προγραμματισμένο να διενεργεί και να παράγει τα οικεία ηλεκτρονικά αρχεία που απαρτίζουν την προσφορά. Δεύτερον, όσον αφορά την προσφορά, η υποβολή της μέσω των οικείων υποφακέλων αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας να λάβει γνώση του περιεχομένου τους πριν τον προκαθορισμένο χρόνο αποσφράγισης που διεξάγεται συγχρόνως για όλες τις προσφορές, ζήτημα άμεσα απόμεινο του υγιούς ανταγωνισμού και της διαφάνειας της διαδικασίας. Αντιστοίχως, αυτή η διαδικασία διασφαλίζει την εξίσου αναγκαία για λόγους ανταγωνισμού, αμεροληψίας και διαφάνειας, έλλειψη δυνατότητας της αναθέτουσας να λαμβάνει γνώση της οικονομικής προσφοράς πριν την αξιολόγηση δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών (με εξαίρεση τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων έργων με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, όπου όμως, κατ' άρ. 98 παρ. 1 εδ. γ' Ν. 4412/2016, ναι μεν αντιστρέφεται η διαδικασία, αλλά και πάλι τα δικαιολογητικά συμμετοχής αποσφραγίζονται μετά την αξιολόγηση οικονομικών προσφορών και την κατάρτιση καταλόγου μειοδοτών). Τρίτον, δεδομένου ότι η αποσφράγιση και αξιολόγηση των προσφορών αφορά το σύνολο των μετεχόντων, η ως άνω διαδικασία διασφαλίζει όχι μόνο το ταυτόχρονο της εκ μέρους της αναθέτουσας γνώσης των προσφορών και των στοιχείων τους, αλλά και την ταυτόχρονη εκ μέρους όλων των μετεχόντων γνώση των στοιχείων προσφορών των συνδιαγωνιζομένων προς τον σκοπό της αποφυγής διακριτικής μεταχείρισης κάποιου εξ αυτών και προς ελεγχιμότητα της διαδικασίας αξιολόγησης. Τα ως άνω δεν είναι εφαρμόσιμα ούτε σχετικά με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, που απλώς σκοπούν στην οριστική απόδειξη της πλήρωσης κριτηρίων επιλογής και μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού, με επαλήθευση των ήδη δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και αφορούν αποκλειστικά έναν μόνο διαγωνιζόμενο, ήτοι τον προσωρινό ανάδοχο, που ήδη έχει αξιολογηθεί και εγκριθεί, ως και αντιπαραβληθεί με τους άλλους μετέχοντες. Στην περίπτωση αυτή, η μόνη προϋπόθεση διασφάλισης της αντικειμενικότητας της διαδικασίας ανάγεται στην εκ μέρους

των λοιπών επιλαχόντων προσωρινών αναδόχων, γνώση των στοιχείων των δικαιολογητικών κατακύρωσής του, έστω κατά τον χρόνο κοινοποίησής σε αυτούς της κατακυρωτικής πράξης, ώστε να ελέγξουν την ορθότητα, προς εκ μέρους τους τυχόν άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Ούτε ως προς τα δικαιολογητικά κατακύρωσης προβλέπονται ακόμη και από την ΥΑ 56902/215/2017, οι λειτουργίες του ΕΣΗΔΗΣ, όπως αυτοματοποιημένοι έλεγχοι, παραγωγή ηλεκτρονικών αρχείων, κατάρτιση ειδικής συστημικής φόρμας και χρονισμός αποσφράγισης, που λαμβάνουν χώρα επί των εγγράφων της προσφοράς και δεν διενεργούνται επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ακριβώς διότι δεν υφίσταται προς τούτο λόγος. Επομένως, ουδόλως η χρήση για την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης της λειτουργίας ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΜΕΙΟΔΟΤΗ ή της λειτουργίας ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ, επάγεται οιαδήποτε διαφοροποίηση ή έννομη συνέπεια και προς τούτο, δεν είναι δυνατόν, ελλείψει και οιαδήποτε επί ποινή αποκλεισμού οικείου όρου της διακήρυξης, αλλά και οιαδήποτε πρόβλεψης της ίδιας της ΥΑ περί τέτοιων τυχόν εννόμων συνεπειών, να καθορίσει την αποδοχή ή τη λήψη υπόψη υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Αυτό επιβεβαιώνεται από το γεγονός ότι όπως προαναφέρθηκε, ακόμη και αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει κανένα δικαιολογητικό κατακύρωσης, η αναθέτουσα υποχρεούται να του απευθύνει νέα κλήση για υποβολή τους. Στην περίπτωση όμως αυτήν, ο μόνος διαθέσιμος τεχνικός τρόπος υποβολής είναι μέσω της “ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ”, όπως ακριβώς συμβαίνει και με τις κατ’ άρ. 102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεις στο στάδιο αξιολόγησης προσφορών (δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών), με τη διαφορά όμως ότι στην περίπτωση κατ’ άρ. 103 Ν. 4412/2016 το πρώτον υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης μετά από δεύτερη κλήση, δύναται να υποβληθεί το σύνολο των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ούτως, δεν είναι δυνατόν να θεωρείται ότι η υποβολή των δικαιολογητικών αυτών με την πρώτη κλήση πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να λάβει χώρα μέσω των “ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΜΕΙΟΔΟΤΗ”, ενώ επιτρεπτά όλα τα δικαιολογητικά αυτά μπορούν το πρώτον να υποβληθούν μέσω της “ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ”, μετά από δεύτερη κλήση, κατόπιν απράκτου πρώτης κλήσης. Περαιτέρω δε, ούτε καν η ίδια η πρόσκληση δικαιολογητικών κατακύρωσης της αναθέτουσας ανέφερε οτιδήποτε άλλο πέραν ηλεκτρονικής

υποβολής μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και προσκόμισης κατά περίπτωση και των έγγραφων δικαιολογητικών σε φυσική μορφή εντός τριών εργασιμών από την ηλεκτρονική υποβολή τους, ενώ επιβεβαίωση υποβολής λαμβάνει χώρα ακόμη και όταν ο χρήστης οικονομικός φορέας αποστέλλει μήνυμα μέσω της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ (και εξάλλου, η αναφορά της πρόσκλησης σε επιβεβαίωση της παραλαβής τους από το σύστημα και αποστολή ηλεκτρονικού μηνύματος στον υποβάλλοντα, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνεπάγεται αναφορά σε υποβολή δια του πεδίου ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΜΕΙΟΔΟΤΗ ούτε ότι δια του τρόπου αυτού, θεσπίζει όρο περί της αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και τούτο ασχέτως ότι δεν δύνανται να τεθούν νέοι όροι της διαδικασίας επί ποινή απόρριψης των δικαιολογητικών, δια μιας τέτοιας πρόσκλησης, ακόμη και αν αναφερόταν συγκεκριμένος τρόπος ηλεκτρονικής υποβολής μέσω ΕΣΗΔΗΣ). Αβασίμως δε, η αναθέτουσα επικαλείται την αρχή της ίσης μεταχείρισης ως έρεισμα απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, αφού αυτή προϋποθέτει όρους με σαφές επί ποινή αποκλεισμού περιεχόμενο, ως και τις αντίστοιχες περί ΕΣΗΔΗΣ διατάξεις, οι οποίες όμως, κατά τα ανωτέρω δεν έχουν την έννοια του αποκλεισμού προσφορών των οποίων τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υποβάλλονται μέσω της λειτουργίας ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ. Τα δε ως άνω ισχύουν, ενώ ρητά το εφαρμοστέο άρ. 103 Ν. 4412/2016 ως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, αλλά και το άρ. 4 της διακήρυξης αποκλείουν τη δυνατότητα αποκλεισμού του προσωρινού αναδόχου, όχι απλώς στην περίπτωση ελλείψεων των δικαιολογητικών κατακύρωσής του, αλλά και εν όλω μη υποβολής τους, εντός της πρώτης προθεσμίας για την υποβολή αυτών. Επομένως και για όσους λόγους εκτίθενται στην παρούσα σκέψη, πέραν όσων αυτοτελώς εκτέθηκαν στην αμέσως προηγούμενη, η προσβαλλομένη είναι ακυρωτέα καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα, αφού προκύπτει ότι η υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσής του μέσω της λειτουργίας ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ δεν κατέστησε αυτά απαράδεκτα και την προσφορά του αποκλειστέα, ενώ ούτως ή άλλως, ακόμη και αν τα δικαιολογητικά αυτά θεωρούνταν ακόμη και μη υποβληθέντα, και πάλι η αναθέτουσα όφειλε να τάξει στον προσφεύγοντα προθεσμία ακόμη και για την το πρώτον υποβολή τους.

6. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή για κάθε αυτοτελή λόγο αναφερόμενο στις ανωτέρω σκέψεις 4 και 5. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα κατά το αιτιολογικό.

7. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 600,00 ευρώ (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή κατά το αιτιολογικό.

Ακυρώνει την 2169/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα κατά το αιτιολογικό.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 8 Αυγούστου 2019 και εκδόθηκε στις 27 Αυγούστου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝ/ΝΟΣ