

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 27<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια και  
Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5/11/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό  
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ  
1163/6.11.2018, της προσφεύγουσας ατομικής επιχείρησης « ..... του .....» με  
διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στην ....., οδός ....., αρ. ...., νομίμως  
εκπροσωπούμενης.

Κατά του .... με την επωνυμία «.....» νομίμως εκπροσωπούμενου και  
Κατά της πρώτης παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «..... -  
.....» και έδρα στη ....., οδός ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Κατά της δεύτερης παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης «.....» και  
με το διακριτικό τίτλο « .....», που εδρεύει στην ....., οδός ..... αρ. ....  
και εκπροσωπείται νόμιμα και

Κατά της τρίτης παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....»,  
με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην παραλία ....., οδός ....., αρ.  
....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα  
επιδιώκει : α) την ακύρωση της Απόφασης υπ' αριθμ. 28/25-10-2018 της  
Επιτροπής Διοίκησης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκαν τα  
αποτελέσματα των πρακτικών υπ' αριθμ. 1/23-10-2018 και 2/24-10-2018 της  
επιτροπής διαγωνισμού και με τα οποία απορρίφθηκε η προσφορά της  
προσφεύγουσας, β) τον αποκλεισμό των ως άνω οικονομικών φορέων και την  
εξάλειψή τους από το πίνακα κατάταξης των οικονομικών προσφορών και γ)  
την κατακύρωση του άνω διαγωνισμού στην προσφεύγουσα διότι – κατά τους  
ισχυρισμούς της – «δεν έχει υποπέσει σε καμία παραβίαση της Διακήρυξης και

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

διότι έχει καταθέσει την πληρέστερη και επακριβέστερη και συνεπώς επωφελέστερη οικονομική προσφορά».

Με τις παρεμβάσεις, έκαστη παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής καθ' ο μέρος βάλλει κατά της συμμετοχής της.

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 το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο, ύψους 1.412,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., αντίγραφο της Εθνικής Τράπεζας της 5/11/2018 , καθώς και εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών του ως άνω παραβόλου, με αναφορά «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αριθμό ..... διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό διεθνή διαγωνισμό για την «παροχή υπηρεσιών φύλαξης των Εγκαταστάσεων των ..... (.....), προϋπολογισμού συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ ποσού 350.000 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής.

3. Επειδή περίληψη της προκήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της ΕΕ στις 10/9/2018, ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 18/9/2018 (ΑΔΑΜ : ..... ) και στο ΕΣΗΔΗΣ όπου έλαβε συστημικό αριθμό .....

4. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν εννέα οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και οι παρεμβαίνουσες.

5. Επειδή με την με αριθμ. 28/25-10-2018 προσβαλλόμενη απόφαση της Επιτροπής Διοίκησης (Ε.Δ.) της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε μετά των σχετικών πρακτικών- το υπ' αριθμ. 1/23-10-2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού (συμπροσβαλλόμενο), με το οποίο αποφασίσθηκε η απόρριψη των προσφορών μόνο των διαγωνιζομένων «.....», και «.....» και η συνέχιση της διαδικασίας στο επόμενο στάδιο της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών για τους

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

υπόλοιπους 7 διαγωνιζόμενους και β) το υπ' αριθμ. 2/24-10-2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού (συμπροσβαλλόμενο), με το οποίο αρχικά έγιναν αποδεκτές οι οικονομικές προσφορές όλων των συμμετεχόντων στο στάδιο αυτό οικονομικών φορέων και ακολούθως προτάθηκε στο αποφασίζον όργανο η διεξαγωγή κλήρωσης για την ανάδειξη Προσωρινού Αναδόχου, μεταξύ των τριών οικονομικών φορέων «.....», «.....» και «.....», λόγω υποβολής ισότιμων προσφορών.-και του με αριθμό Φ8/2817/25-10-2018 διαβιβαστικού την 25/10/2018 προς όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), αποφασίστηκε α) η έγκριση των αποτελεσμάτων της διαδικασίας αποσφράγισης των προσφορών της ανοικτής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης κατά τα με αριθμ. 1/23-10-2018 και 2/24-10-2018 πρακτικά της Επιτροπής διαγωνισμού ,β) η απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα «.....» του ..... με διακριτικό τίτλο «.....» (προσφεύγουσας), λόγω παράλειψης στο κείμενο της εγγυητικής επιστολής της παραίτησης από την ένσταση διαιρέσεως, η οποία θεωρήθηκε ουσιώδης και γ) η έγκριση της διεξαγωγής κλήρωσης μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν ισότιμες προσφορές με σκοπό την κήρυξη προσωρινού αναδόχου.

6. Επειδή την 5/11/2018 η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης την 25/10/2018, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ως προσφέρουσα, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της. Ωστόσο, σχετικά με τους ισχυρισμούς της περί απόρριψης της προσφοράς έτερων προσφερόντων των οποίων οι προσφορές κρίθηκαν αποδεκτές, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ.230). Επισημαίνεται, ότι η απόφαση επικύρωσης του αποτελέσματος της κλήρωσης των ίσων προσφορών και ανάδειξης προσωρινής αναδόχου - πράξη 30/20.11.2018 της Ε.Δ. της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» την 23/11/2018- συνιστά συμπροσβαλλόμενη πράξη (Φίλης Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013 σελ. 228) .

8. Επειδή στο άρθρο 367 του Ν.4412/2016 καθώς και στο άρθρο 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 ορίζεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, [...] και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...]»*. Επομένως, κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, το αίτημα της υπό εξέταση προσφυγής είναι απαράδεκτο ως προς το σκέλος

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

που αιτείται την τροποποίηση της απόρριψη των προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων και την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου και τούτο διότι η ΑΕΠΠ δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής πολλώ, δε, μάλλον καθόσον δεν έχει έτι αξιολογηθεί οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας από τα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας αρχής (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018, σκ.8).

9. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 καθώς μεταξύ άλλων σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 345 ως αναθέτουσες αρχές του ΒΙΒΛΙΟΥ IV νοούνται και οι αναθέτοντες φορείς (άρθρο 1, παρ. 2 τελευταίο εδάφιο). Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

10. Επειδή την 7/11/2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη από το άρθρο 9 παρ. 1 κοινοποίηση του ΠΔ 39/2017 της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους συμμετέχοντες με ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ).

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 12/11/2018 στην ΑΕΠΠ μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) και με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο τις με αριθμό Φ6/2938/9-11-2018 Απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 9 παρ. 1 του ΠΔ. 39/2017 ενώ με τον αυτό τρόπο απέστειλε στην ΑΕΠΠ τον ηλεκτρονικό φάκελο της εν θέματι δημόσιας σύμβασης

12. Επειδή, την 14-11-2018 η εταιρεία «.....» ( πρώτη παρεμβαίνουσα) υπέβαλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στην ΑΕΠΠ παρέμβαση υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, την οποία απέστειλε αυθημερόν και με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο.

13. Επειδή την 16/11/2018 η ατομική επιχείρηση «.....» και με το διακριτικό τίτλο « .....» (δεύτερη παρεμβαίνουσα), υπέβαλε μέσω της

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στην ΑΕΠΠ παρέμβαση υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, την οποία απέστειλε αυθημερόν και με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο.

14. Επειδή ομοίως την 16/11/2018 η «.....» (τρίτη παρεμβαίνουσα), υπέβαλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στην ΑΕΠΠ παρέμβαση υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, την οποία απέστειλε αυθημερόν και με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο.

15. Επειδή, οι ως άνω παρεμβάσεις ασκήθηκαν σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στα άρθρα 7 και 8 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017, εμπροθέσμως δυνάμει των άρθρων 362 του Ν. 4412/2016 και 7 του ΠΔ 39/2017, δεδομένης της κοινοποίησης της προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή την 1/11/2018, από οικονομικούς φορείς που έχουν πρόδηλο έννομο συμφέρον καθώς η προσφυγή στρέφεται κατά της συμμετοχής τους και, ως εκ τούτου, εν γένει παραδεκτός.

16. Επειδή η προσφεύγουσα με την προσφυγή της υποστηρίζει όσον αφορά την απόρριψη της προσφοράς της τα εξής « *Το ηλεκτρονικό υπόδειγμα εγγυητικής συμμετοχής της Τράπεζας EUROBANK το οποίο κατέθεσε η εταιρεία μας είναι απόλυτα σύμφωνο με την ανωτέρω διάταξη του άρθρου 72 παρ. 4 (στοιχεία α)- ια) Ν. 4412/2016. Μάλιστα ως προς την έκτασή της, η προσκομισθείσα από την εταιρεία μας Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής σύμφωνα με αναλυτικούς όρους που αναγράφονται σε αυτή κατοχυρώνουν πλήρως τα δικαιώματα της αναθέτουσας αρχής. Άλλωστε το ίδιο το πιστωτικό ίδρυμα έχει διαμορφώσει το ανωτέρω Υπόδειγμα με βάση την τεράστια εμπειρία του στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων από τη συμμετοχή του ως φορέα εφοδιασμού Εγγυητικών Επιστολών στα Μέλη του. Εξάλλου, από το ίδιο το κείμενο της προσκομισθείσας Εγγυητικής Επιστολής συνάγεται αναμφίβολα η υποχρέωση απόδοσης του ποσού κατάπτωσης της Εγγύησης κατόπιν απλής (και μόνο) έγγραφης ειδοποίησης του ΤΑΜΕΙΟΥ: «Το πιο πάνω ποσό τηρούμε στη διάθεσή σας και θα σας το καταβάλουμε ολικά ή μερικά χωρίς καμία από μέρους μας αντίρρηση ή ένσταση και χωρίς να ερευνήσουμε το βάσιμο ή μη της απαίτησης, μέσα σε 5 ημέρες από απλή*

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

έγγραφο ειδοποίησή σας». Επιπρόσθετα, επί της ουσίας, με την προσκομισθείσα Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής υπερκαλύπτονται τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής καθώς αυτή διατηρεί την ισχύ της για χρονικό διάστημα 310 ημερών, ήτοι 10 και πλέον μήνες, από την ημερομηνία διενέργειας του Διαγωνισμού, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 2.4.5. της Διακήρυξης, ο χρόνος ισχύος της Προφοράς πρέπει να εκτείνεται για 8 μήνες από την επομένης της ημέρας διενέργειας του Διαγωνισμού και σε κάθε περίπτωση απαιτείται συναίνεση για την παράταση της υποβληθείσας Προφοράς, εφόσον χρειαστεί, σε χρόνο προγενέστερο από την τυχόν λήξη της Εγγύησης.

Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, αν χρειαστεί η συναίνεση, αυτή αφορά τον χρόνο ισχύος της Προφοράς της σύμφωνα με τους όρους της ίδιας της Διακήρυξης, και όχι τον χρόνο της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής.

Σύμφωνα άλλωστε με τους ειδικούς όρους της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής προκύπτει πως τα συμφέροντα αυτά υπερκαλύπτονται και δεν προκύπτει, όπως επισημαίνει η προσφεύγουσα, κάποιο πραγματικό ή νομικό κώλυμα ως προς τη δυνατότητα που θα είχε η αναθέτουσα αρχή να εισπράξει το ποσό της Εγγυητικής σε περίπτωση κατάπτωσής της, αφού η Τράπεζα είχε δεσμευτεί απέναντί στην εταιρεία μας, παραιτούμενο από το δικαίωμα της διζήσεως και της ενστάσεως και η Εγγυητική είχε συνταχθεί απόλυτα νομότυπα σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 Ν. 4412/2016.

Υπό το φως δε άλλωστε της αρχή της αναλογικότητας ( ΔΕΕ C-341/13, ..... , απόφαση της 13.17.9.2014, ECLI:EU:C:2014:2230, σκέψη 60 και ΣΤΕ (Δ' Τμήμα) 2151/2017) περαιτέρω, τέτοια είδους ήσσονος σημασίας γλωσσική απόκλιση δε δύναται να οδηγήσει στον αυτόματο αποκλεισμό της προσφεύγουσας από τη διαγωνιστική διαδικασία, ιδίως ενόψει του γεγονότος πως το κριτήριο κατακύρωσης του Διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Αυτό έχει άλλωστε κριθεί και με την προηγούμενη απόφαση της ΑΕΠΠ (3ο Κλιμάκιο) 102/2017 σκέψη 17: «\_η απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας \_ λόγω της ως άνω λεκτικής απόκλισης στο σώμα της εγγυητικής συνιστά αφόρητη τυπολατρία και αδικαιολόγητη εμμονή στη γραμματική διατύπωση των οικείων διατάξεων της Διακήρυξης, χωρίς όμως να συνάγεται αβίαστα ποια είναι τα προστατευτέα

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

δικαιώματα που σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας κλήθηκε να προασπίσει η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση».

17. Επειδή με τις Απόψεις της η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει τα εξής ως προς την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας : «Ως προς τον 1ο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα εταιρία ισχυρίζεται ότι "η εγγυητική επιστολή συμμετοχής , την οποία κατέθεσε είναι σύμφωνη με τη διάταξη του ν4412/2016, άρθρο 72, παρ.4".

Παρ' όλ' αυτά, στην εγγυητική επιστολή της προσφεύγουσας, «..... του ....., Ιδιωτική Επιχείρηση Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας, με διακριτικό τίτλο «.....», δεν περιλαμβάνεται ο όρος «ο εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως», ο οποίος σύμφωνα με τη Διακήρυξη ....., παράγραφος 2.1.5 και το ν. 4412/2016, άρθρο 72, παράγραφος 4,ζ)α), είναι από τα περιλαμβανόμενα στο ελάχιστο περιεχόμενο οποιασδήποτε εγγυητικής επιστολής. Η μη αναγραφή του συγκεκριμένου όρου έχει έννομες συνέπειες διαφορετικές στην περίπτωση που ο όρος αναγράφεται και στην περίπτωση που δεν αναγράφεται και εφόσον ρητά αναφέρεται στο απαραίτητο περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής, η μη αναγραφή του αποτελεί λόγο αποκλεισμού.

Η προσφεύγουσα έχει δίκιο που αναφέρει στην προσφυγή της, ότι "...το πιστωτικό ίδρυμα στο οποίο απευθύνθηκε έχει τεράστια εμπειρία στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων από τη συμμετοχή του ως φορέα εφοδιασμού εγγυητικών επιστολών." Το γεγονός ότι στη δική της εγγυητική επιστολή δεν υπάρχει ο συγκεκριμένος όρος, δημιουργεί προβληματισμό για ενδεχόμενο λάθος ή παράληψη της προσφεύγουσας να το ζητήσει.

Επιπλέον, στο συγκεκριμένο διαγωνισμό, έχουν κατατεθεί από οικονομικούς φορείς, άλλες (3) τρεις εγγυητικές επιστολές από το ίδιο πιστωτικό ίδρυμα, στο οποίο απευθύνθηκε και η προσφεύγουσα, οι οποίες επιστολές είναι σύμφωνες με τη Διακήρυξη ..... και τις διατάξεις του νόμου, δηλαδή εμπεριέχουν τον όρο «..ο εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως.».

Σύμφωνα με τα παραπάνω, η προσφεύγουσα ορθώς αποκλείστηκε από τη συνέχιση της διαδικασίας».

18. Επειδή η πρώτη παρεμβαίνουσα όσον αφορά τις αιτιάσεις, που πλήττουν την προσφορά της υποστηρίζει καταρχήν ότι «η προσφεύγουσα



## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

έχει απορριφθεί για λόγους που ανάγονται στο παραδεκτό της συμμετοχής της στη διαγωνιστική διαδικασία και ως εκ τούτου απαραδέκτως στρέφεται κατά της εταιρίας μας (ΑΕΠΠ 790/2018 κ.λπ.) με λόγους που είναι διαφορετικοί από αυτούς για τους οποίους η ίδια απορρίφθηκε» και εν συνεχεία προβάλλει – ως ομοίως και η δεύτερη παρεμβαίνουσα - ισχυρισμούς προς αντίκρουση των προβαλλόμενων κατά της προσφοράς της λόγων.

19. Επειδή, η τρίτη παρεμβαίνουσα καταρχήν υποστηρίζει τα εξής «Η προσφεύγουσα, με την προσβαλλόμενη απόφαση αποκλείστηκε από το διαγωνισμό ήδη κατά το πρώτο στάδιο λόγω υποβολής απαράδεκτης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Ειδικότερα αποκλείστηκε για το λόγο ότι στην εγγυητική επιστολή της δεν αναφερόταν ρητά ο -επί ποινή αποκλεισμού-τιθέμενος από τη διακήρυξη (ορ. Σελ. 9 Κεφάλαιο 2.1.5 -Εγγυήσεις-παράγραφος 3 περίπτωση ζ) α' και σελ. 10 Κεφάλαιο 2.2.2 Εγγύηση Συμμετοχής), αλλά και από το άρθρο 72 παράγραφος 4 του ν. 4412/2016 όρος ότι ο εκδότης της εγγύησης πρέπει να παραιτείται ρητά από το δικαίωμα της διαιρέσεως. Πράγματι στην εγγυητική επιστολή της προσφεύγουσας έχει παραλειφθεί η αναγραφή του ως άνω υποχρεωτικού όρου, πράγμα το οποίο καθιστά την προσφορά της απαράδεκτη και απορριπτέα. Η ως άνω πλημμέλεια δεν δύναται να καλυφθεί από το υπόλοιπο περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Ως γνωστόν, εγγυητική επιστολή "σε πρώτη ζήτηση" ονομάζεται η εγγυητική επιστολή, η κατάπτωση της οποίας επέρχεται με μόνη τη σχετική δήλωση του λήπτη προς τη εκδότρια τράπεζα. Η τελευταία υποχρεούται να καταβάλει το ποσό της εγγυητικής επιστολής με την υποβολή αιτήματος κατάπτωσης από τον λήπτη, χωρίς να δικαιούται ή να υποχρεούται να ερευνήσει αν συντρέχουν και οι ουσιαστικοί λόγοι κατάπτωσης, εάν δηλαδή δεν έχει εκπληρωθεί ή έχει εκπληρωθεί πλημμελώς η ασφαλιζόμενη απαίτηση. Τα κύρια χαρακτηριστικά της εγγυητικής επιστολής είναι ο αυτόνομος και ο αιτιώδης χαρακτήρας της. Οι ίδιες οι πρακτικές ανάγκες που οδήγησαν στη διάπλαση του συμβατικού μορφώματος της εγγυητικής επιστολής ικανοποιούνται με την αυτονόμηση της δημιουργούμενης ενοχικής δέσμευσης της τράπεζας από τη σχέση αξίας και από τη σχέση κάλυψης. Ο αυτόνομος χαρακτήρας της εγγυητικής επιστολής έχει την έννοια ότι η τράπεζα δεν εξετάζει για την εκπλήρωση της υποχρέωσης της την ύπαρξη και το κύρος της

εξασφαλιζόμενης σχέσης, και επιπλέον δεν μπορεί να επικαλεστεί προς απόκρουση του αιτήματος του λήπτη της εγγυητικής επιστολής για κατάπτωση του ποσού της καμία από τις ενστάσεις που θα δικαιούτο να αντιτείνει ο πρωτοφειλέτης κατά του δανειστή του, αφού δυνάμει συμβατικής ρήτρας παραιτείται του δικαιώματος της να προβάλλει ενστάσεις και αντιρρήσεις τόσο από τη σχέση αξίας όσο και από τη σχέση κάλυψης. Ο αυτόνομος χαρακτήρας όμως δεν σημαίνει και το αναιτιώδες της εγγυητικής επιστολής. Ως προς την εγγύηση συμμετοχής σε δημόσιο διαγωνισμό, αυτή παρέχεται από την τράπεζα στην αναθέτουσα αρχή και καλύπτει τη μη εκτέλεση των υποχρεώσεων του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό που πηγάζουν από τη συμμετοχή. Το περιεχόμενο της εν λόγω εγγυητικής επιστολής προσδιορίζεται στους όρους προκήρυξης του διαγωνισμού. Η κατάθεση εγγυητικής επιστολής σύμφωνης με αυτούς τους όρους αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού της συμμετοχής. Η εγγυητική επιστολή αποτελεί σύμβαση και ΟΧΙ μονομερή δικαιοπραξία της εκδότριας τράπεζας, που απευθύνεται προς τον λήπτη της εγγυητικής επιστολής. Για τη σύναψη της απαιτείται συνεπώς η σύμπτωση της βούλησης της εκδότριας τράπεζας και του λήπτη, που επιτυγχάνεται με την αποδοχή από τον λήπτη της πρότασης της τράπεζας, η οποία περιέχεται στην εγγυητική επιστολή, την οποία εκδίδει κατόπιν της αίτησης του εντολέα της - πρωτοφειλέτη. Επομένως, επειδή η εγγυητική επιστολή είναι ιδίομορφη σύμβαση, αποκλείεται η ευθεία εφαρμογή διατάξεων από το δίκαιο της εγγύησης. Είναι δυνατή μόνο αναλογική εφαρμογή ορισμένων διατάξεων των άρθρ. 847 επ. ΑΚ λόγω της συγγένειας μεταξύ εγγυητικής επιστολής και εγγύησης ως προσωπικών εξασφαλιστικών συμβάσεων, και πάντα στο βαθμό που η εφαρμογή των συγκεκριμένων διατάξεων είναι δυνατή λόγω του αυτόνομου χαρακτήρα της εγγυητικής επιστολής. Είναι δυνατή λ.χ. η αναλογική εφαρμογή της διάταξης του Α.Κ. 854, ώστε να εξυπηρετείται καλύτερα το συμφέρον του λήπτη της εγγυητικής επιστολής, διότι αποφεύγεται η προσφυγή στην ΑΚ 480 (δικαίωμα διαιρέσεως) και η καθυστέρηση που θα υφίστατο ο δέκτης της εγγυητικής επιστολής, αν εξαναγκαζόταν να απαιτήσει από κάθε εκδότη εγγυητικής επιστολής ίσο μέρος σύμφωνα με το άρθρο αυτό (ΑΚ 480). Όταν όμως, εν προκειμένω, η εκδότρια τράπεζα της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας έχει παραιτηθεί ρητά από τα δικαιώματα των

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

άρθρων του ΑΚ περί εγγύησης και ειδικότερα -μεταξύ άλλων- και από το άρθρο 854, τότε σε κάθε περίπτωση αναβιώνει και έχει εφαρμογή το άρθρο 480 ΑΚ ότι σε περίπτωση αμφιβολίας η ενοχή δεν είναι καταβλητέα εις ολόκληρον αλλά σε ίσα μέρη. Λογω αυτής της αμφιβολίας, η αναθέτουσα αρχή, επειδή το περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής δεν ήταν σύμφωνο με τις απαιτήσεις της, καθώς εξέλιπε ρητός όρος, ορθά και νόμιμα απέκρουσε αυτή και δεν την έκρινε αποδεκτή, δεν υπήρξε δηλαδή η απαραίτητη σύμπτωση της βούλησης της εκδότριας τράπεζας και του λήπτη (αναθέτουσας αρχής), ώστε να επιτευχθεί η σύναψη της σύμβασης εγγυητικής επιστολής. Σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν η προσφεύουσα διαφωνούσε κατ' αρχάς με την ύπαρξη του όρου αυτού στη διακήρυξη, ουδέποτε προχώρησε σε ευθεία προσβολή αυτού, σύμφωνα με το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο περί προσβολής όρων της διακήρυξης και κατ' επέκταση με τη συμμετοχή της αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα όλους τους όρους της διακήρυξης, μερικοί εκ των οποίων ήταν και οι όροι που αφορούν την εγγύηση συμμετοχής. Η δε υποβολή της προσφοράς της κατά παράβαση ρητού όρου της διακήρυξης και του ν. 4412/2016, που αφορά στο ελάχιστο περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, καθιστά αυτή απορριπτέα ως απαράδεκτη. ». Δευτερευόντως, προβάλλει ισχυρισμούς προς αντίκρουση των προβαλλόμενων κατά της προσφοράς της λόγων.

20. Επειδή στο άρθρο 72 παρ. 4 ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «4. Οι εγγυήσεις του παρόντος άρθρου περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται (ή τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής στις περιπτώσεις δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών), δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση, ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης ή πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και την

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού, θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης, ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται και ια) στην περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης.»

21. Επειδή με βάση το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπεται ρητώς ότι «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...]».

22. Επειδή, το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» προβλέπει τα εξής «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.

2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί.

3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης.

4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές.

5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

23. Επειδή στους οικείους όρους της διακήρυξης προβλέπονται ενδεικτικώς τα εξής : i) Στη σελίδα 5 της Διακήρυξης και ειδικότερα στην παράγραφο 1.4 όπου αναφέρεται το Θεσμικό Πλαίσιο αυτής, μεταξύ άλλων

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

αναφέρεται και ο νόμος 4412/2016, ii) Ακολούθως στη σελίδα 9 της Διακήρυξης και ειδικότερα στην παράγραφο 2.1.5 (Εγγυήσεις), αναφέρεται ότι: «■(...) οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται, δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση (στην περίπτωση ένωσης αναγράφονται όλα τα παραπάνω για κάθε μέλος της ένωσης), ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) στην περίπτωση της εγγύησης συμμετοχής, τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, (...)»iii) Στη σελίδα 17 της διακήρυξης και ειδικότερα στην παράγραφο 2.4.3.1 αυτής, ορίζεται ότι τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν α) το Ε.Ε.Ε.Σ και β) την εγγύηση συμμετοχής.iv) Στη σελίδα 20 της Διακήρυξης και ειδικότερα στην παράγραφο 2.4.6 αυτής, ορίζεται ότι «η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά η οποία -εκτός άλλων- δεν υποβάλλεται με τον τρόπο και το περιεχόμενο που ορίζεται στην παράγραφο 2.4.3 (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς)».

24. 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 ή αναθέτοντα φορέα, 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 (Ολ. ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

25. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, πολλώ, δε, μάλλον όταν τίθενται ρητώς επί ποινή αποκλεισμού ή επί ποινή απαραδέκτου, οπότε τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, ΔΗΜΗΤΡΗΣ Ι. ΡΑΙΚΟΣ, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, 2017, σελ 195-197).

26. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, ....., σκ. 25 και Ψ-599/10, ..... κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, ....., σκ. 27).

27. Επειδή το άρθρο 851 ΑΚ αναφέρει ρητώς ότι «Ο εγγυητής ευθύνεται για την έκταση που έχει κάθε φορά και η κύρια οφειλή, και ιδίως για τις συνέπειες του ππαισματος ή της υπερημερίας του πρωτοφειλέτη» ενώ το άρθρο 854 ΑΚ ορίζει ότι «Περισσότεροι εγγυητές ευθύνονται εις ολόκληρον και αν ακόμη δεν ανέλαβαν από κοινού την εγγύηση».

28. Επειδή, στην εγγυητική επιστολή μπορούν να καθοριστούν οι υποχρεώσεις της τράπεζας με απόκλιση από τη διάταξη του 851 ΑΚ. ΑΠ 812/72 ΝοΒ 21/191.

29. Επειδή με την εγγυητική επιστολή «σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση» σκοπείται η άμεση μετάθεση του χρηματικού ποσού, δια του οποίου παρασχέθηκε η εγγυητική ή αντεγγυητική επιστολή, εις αυτόν προς τον οποίον αυτή απευθύνεται με την επέλευση ορισμένου τυπικά διαπιστούμενου γεγονότος ή με την πάροδο προθεσμίας ή με απλή δήλωση εκείνου προς τον οποίον η επιστολή απευθύνεται ως δικαιούχου, ότι επήλθεν ο λόγος της κατάπτωσης αυτής, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη τυχόν αντίρρηση του υπέρ ου εξεδόθη η εγγυητική ή αντεγγυητική επιστολή. Ο τοιούτος όρος στη σύμβαση εγγυήσεως με εγγυητική επιστολή ότι η Τράπεζα θα καταβάλει

χωρίς έλεγχο της νομιμότητας και βασιμότητας του χρέους και της κατάπτωσης ή μη, είναι νόμιμος και ισχυρός (βλ. ΑΠ 653/1973 ΝοΒ 22. 50, ΕΑ 3181/1987 ΕΕμπΔ ΛΘ 598). Έτσι εξασφαλίζεται εκείνος προς τον οποίον απευθύνεται η επιστολή, στην απόλαυση του ποσού αυτής, χωρίς να αποκλείεται μεταγενέστερη, κατά τις περιστάσεις, ή εκ μέρους του υπέρ ου αυτή η επιστολή, αναζήτηση του καταβληθέντος ποσού δια της δικαστικής οδού όπου και θα κριθεί αν συνέτρεχαν ή όχι οι όροι κατάπτωσης της εγγύησης. Το οικονομικό τούτο αποτέλεσμα είναι ακριβώς εκείνο εις το οποίο αποβλέπουν τα ενδιαφερόμενα μέρη και προς το σκοπό αυτό απευθύνονται στις Τράπεζες, ώστε δια της παρεμβάσεώς τους να κατοχυρωθεί η παραπάνω ρύθμιση των ενοχικών σχέσεων τους (βλ. σχετ. Σαράτογλου, Η Τραπεζική Εγγυητική Επιστολή ΝοΒ 22. 1077). Ειδικότερα η Τράπεζα στην εγγυητική ή αντεγγυητική επιστολή με τη ρήτρα «σε πρώτη ζήτηση ή απλής ειδοποίησης», δηλώνει ανεπιφύλακτα ότι με απλή αίτηση εκείνου προς τον οποίον απευθύνεται η εγγύηση, θα πληρώσει προς αυτόν το συγκεκριμένο χρηματικό ποσό αντί του υπέρ ου η εγγύηση, παραιτούμενη των εκ των διατάξεων των άρθρων 853 και 855 ΑΚ ενστάσεων διαιρέσεως και διζήσεως, οι οποίες διαλαμβάνουν ενδοτικό δίκαιο και κατ' ακολουθίαν είναι δεκτικές αντίθεσης συμφωνίας, διατυπωμένης δια της ανωτέρω χωρίς οιαδήποτε επιφύλαξη, δήλωσης της Τράπεζας, η οποία ρητά παραιτείται από κάθε τέτοια ένσταση της σχέσης (δανειστή – πρωτοφειλέτη (βλ. ΜονΠρ Αθ. 374/1998, ΠρΑθ 1735/2003).

30. Επειδή, επομένως, κατά αυτόν τον τρόπο, αντιστρέφεται το βάρος απόδειξης, αφού σε περίπτωση διεξαγωγής δίκης για αδικαιολόγητη κατάπτωσή της, ο υπέρ ου η εγγυητική επιστολή έχει το βάρος απόδειξης ότι ο λήπτης πλούτισε αδικαιολόγητα εις βάρος του, γιατί δεν συνέτρεχε λόγος κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής (Αλαμπάντας Α, *Η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος στην εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση και στην αμετάκλητη ενέγγυα πίστωση*, Αρχείο Νομολογίας 2000.605επ). Από τον ανωτέρω ορισμό συνάγονται ευχερώς τα κάτωθι ως προς την εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση: ο αυτόνομος και μη επικουρικός της χαρακτήρας, αντίθετα με ότι συμβαίνει με την εγγύηση του ΑΚ.



31. Επειδή, αντίθετα από την απλή σύμβαση εγγύησης, η εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση διαμορφώθηκε στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων (361 ΑΚ), ως μη επικουρική και κυρίως ως αυτόνομη από τη βασική σχέση, μεταξύ πρωτοφειλέτη και δανειστή, υποχρέωση της Τράπεζας, η οποία οφείλει να καταβάλλει το προβλεπόμενο από την εγγυητική επιστολή ποσό ύστερα από την απλή και μόνο ειδοποίηση του λήπτη, παραιτούμενη όχι μόνο από την ένσταση διαιρέσως και δίζησης αλλά και από κάθε ένσταση που θα μπορούσε να προβάλει ο πρωτοφειλέτης κατά του δανειστή (Κεραμεύς Κ, *Ζητήματα καταπτώσεως εγγυητικών επιστολών*, ΕπισκεΔ 1998,σελ.4) υποχρεούται, καταρχήν, να καταβάλει στον τελευταίο το ποσό της εγγυητικής επιστολής, ακόμα και όταν η σχέση αξίας είναι ανύπαρκτη ή άκυρη. Ειδικότερα, όσον αφορά την εγγυητική συμμετοχής εγγυάται έναντι αυτού που προκηρύσσει το διαγωνισμό, την καταβολή ορισμένου ποσού για την περίπτωση που αυτός που συμμετέχει στη διαδικασία δεν εκπληρώσει ή εκπληρώσει πλημμελώς τις υποχρεώσεις που πηγάζουν από αυτή ακριβώς τη συμμετοχή του (Θέμελη Χρ, *Η ανεξάρτητη τραπεζική εγγυητική επιστολή* (μεταξύ θεωρίας και πράξης),1999, σελ.47). Επισημαίνεται, δε, σε αντιδιαστολή με την εγγύηση του ΑΚ, η μέγιστη σημασία του περιεχομένου της εγγυητικής επιστολής, καθώς αυτό μόνο μπορεί να επικαλεστεί η εκδότρια της επιστολής τράπεζα, προκειμένου να στηρίξει τις αντιρρήσεις ή ενστάσεις της αναλαμβάνοντας, αντί προμήθειας, ίδια υποχρέωση που υπόκειται στους αντίστοιχους κανόνες του ενοχικού δικαίου (Γκούσκου Αγ, Παρατηρήσεις στην ΕφΑθ 4758/1995, ΕΕμπΔ 1995.585).

32. Επειδή, ειδικότερα για την έκδοση τραπεζικής εγγυητικής επιστολής απαιτείται καταρχήν έγγραφη αίτηση του ενδιαφερόμενου προς την τράπεζα, μαζί με υπεύθυνη δήλωση ότι ζητά την επιστολή για ορισμένη αιτία. Απαραίτητα στοιχεία της αίτησης είναι η ακριβής και πλήρης περιγραφή της εργασίας ή της συναλλαγής και η περιγραφή της υποχρέωσης, την εκτέλεση της οποίας θα καλύψει η εγγυητική επιστολή. Άλλωστε, στην πράξη το περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής δεν επιβάλλεται από τη τράπεζα αλλά επιλέγεται και διαμορφώνεται από τους ενδιαφερόμενους, οι οποίοι, από κοινού, διαπραγματεύονται και συμφωνούν το περιεχόμενο της αρμόζουσας στην οικεία συναλλαγή εγγυητικής επιστολής, ενώ οι τράπεζες δεν έχουν,

## **Αριθμός απόφασης: 1119/2018**

συνήθως, λόγο να υπεισέλθουν στη μεταξύ των ενδιαφερόμενων σχέση, την οποία συχνά αγνοούν ή τη πληροφορούνται, το πρώτον, από τον πελάτη-εντολέα τους μετά την επέλευση των περιπτώσεων πληρωμής (Σαρατσόγλου Α, Η τραπεζική εγγυητική επιστολή, ΝοΒ 2.1177).

33. Επειδή, ειδικότερα η υπό κρίση υπ' αριθμ. .... εγγυητική επιστολή της τράπεζας Eurobank δεν περιλαμβάνει τον όρο περί παραίτησης του τραπεζικού ιδρύματος από την ένσταση διαιρέσεως .

34. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα ισχυρισμούς ως προς τα πρότυπα έκδοσης εγγυητικών της τράπεζας και δη αβασίμως υποστηρίζει ότι η εκδοθείσα υπ' αριθμ. .... είναι σύμφωνη με το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016.

35. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι εν θέματι ισχυρισμοί περί εμπειρίας της τράπεζας στην σύνταξη κι έκδοση αντίστοιχων εγγυητικών επιστολών προβάλλονται αλυσιτελώς, γιατί εν προκειμένω, κρίσιμη είναι η συμμόρφωση του διαγωνιζόμενου με τους όρους του οικείου κανονιστικού πλαισίου. Στο βαθμό, δε, που εμμέσως η προσφεύγουσα βάλλει κατά του οικείου όρου της διακήρυξης, ο εν θέματι ισχυρισμός ως ανεπικαίρως προβαλλόμενος απορρίπτεται ως απαράδεκτος, καθόσον λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως, δοθέντος ότι έχει παρέλθει η εκ του νόμου προβλεπόμενη αποκλειστική προθεσμία, (βλ. ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, ....., C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, ....., C-327/00 , σκέψεις 32 έως 66).

36. Επειδή, η εγγυητική επιστολή ερείδεται επί τη σχέση αξίας μεταξύ δανειστή και οφειλέτη, εν προκειμένω, υποψηφίου και αναθέτουσας, η οποία διέπεται από το οικείο κανονιστικό πλαίσιο, το οποίο ανεπιφύλακτα έχει αποδεχτεί ο υποψήφιος συμπεριλαμβανομένων των σχετικών όρων περί έκδοσης της εγγυητικής επιστολής.

37. Επειδή, ωστόσο ως έννομη σχέση η εγγυητική επιστολή έχει τη μορφή της αυτόνομης, ιδιόμορφης σύμβασης (Βελέντζας Ι, Τραπεζική εγγυητική επιστολή. Προβλήματα ουσιαστικού και δικονομικού τραπεζικού) , η

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

οποία στηρίζεται στην αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361) και στην οποία μπορούν να εφαρμοστούν εκείνες οι γενικές διατάξεις που διέπουν κάθε δικαιοπραξία καθώς και εκείνες οι διατάξεις περί εγγυήσεως του ΑΚ (βλ. ΑΠ 990/1973, ΕΕμπΔ 1974.215-ΕφΑθ 4533/1987, ΕΕμπΔ 38.44). Ωστόσο, διακρίνεται από την εγγύηση, που προϋποθέτει την παρεπόμενη και επικουρική σχέση, όπως οι διατάξεις των άρθρων 849, 854, 856, 861, 865, και 858, η δε τελευταία για λόγους στοιχειώδους προστασίας των συμφερόντων της τράπεζας, λόγω της αυτονομίας που την χαρακτηρίζει από την κύρια σχέση.

38. Επειδή, αυτή η αυτονομία της εγγυητικής επιστολής επιτυγχάνεται στην πράξη με την παραίτηση της εκδότριας τράπεζας από τις ενδοτικού δικαίου διατάξεις περί εγγυήσεως του Αστικού Κώδικα που αναφέρονται στις προσωποπαγείς ενστάσεις του πρωτοφειλέτη καθώς και με την αναγραφή στο κείμενο της επιστολής ότι το εγγυημένο ποσό θα καταβληθεί «σε πρώτη ζήτηση». Η συμφωνία αυτή, βάσει της οποίας οφείλεται καταβολή ενδεχομένως αχρεώστητη, είναι έγκυρη καθώς η εγγυητική επιστολή ενεργεί υπέρ του πελάτη της (υπέρ ου) ως τρίτου και δίνει την αγωγή αδικαιολογήτου πλουτισμού μόνο σε αυτόν. Μετατίθεται συνεπώς, όπως έχουμε ήδη αναφέρει ανωτέρω, ο δικονομικός κίνδυνος από τον δανειστή στον οφειλέτη, ο οποίος εκ των υστέρων θα αναζητήσει το καταβληθέν ποσό και την επιπλέον ζημία. (Αντωνόπουλος Σ, *Η εγγυητική επιστολή «απλής ειδοποίησης»*, ΝοΒ 1987, σελ.255-256).

39. Επειδή, ως προαναφέρθη, η σχέση αυτή μεταξύ πρωτοφειλέτη και λήπτη της εγγυητικής επιστολής, που καλείται βασική σχέση ή σχέση αξίας, αποτελεί το δικαιολογητικό λόγο της έκδοσης της εγγυητικής επιστολής αφού αυτή χορηγείται προκειμένου να εξασφαλισθούν τα δικαιώματα του δανειστή, που γεννώνται από την βασική σχέση. Λόγω του ανεξάρτητου χαρακτήρα της εγγυητικής επιστολής, η φύση και το περιεχόμενο της σχέσης αξίας δεν ασκούν καμία επίδραση στη φύση της σύμβασης εγγυητικής επιστολής. Είναι όμως δυνατόν να επηρεάζουν ως ένα σημείο το περιεχόμενό της καθώς ορισμένα σημεία της (αναφορικά λ.χ με την έκταση της υπόσχεσης, το χρόνο παράδοσης και το χρόνο επιστροφής της εγγυητικής επιστολής). Η σχέση αυτή μεταξύ πρωτοφειλέτη και λήπτη της εγγυητικής επιστολής, που καλείται

## **Αριθμός απόφασης: 1119/2018**

βασική σχέση ή σχέση αξίας, αποτελεί το δικαιολογητικό λόγο της έκδοσης της εγγυητικής επιστολής αφού αυτή χορηγείται προκειμένου να εξασφαλισθούν τα δικαιώματα του δανειστή, που γεννώνται από την βασική σχέση.

40. Επειδή, αν η εγγυητική επιστολή εκδοθεί με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό που είχε συμφωνηθεί στην βασική σχέση, τότε αν ο δανειστής την αποδεχθεί, έστω και σιωπηρά, η τροποποίηση του περιεχομένου της ισχυροποιείται (Γεωργιάδης, *Η εξασφάλιση των πιστώσεων*, 2001,σελ.155). Αν όμως ο δανειστής δεν συμφωνεί με το τροποποιημένο περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής είτε γνωστοποιεί τις αντιρρήσεις του στον πρωτοφειλέτη και την εκδότρια τράπεζα προκειμένου να εκδώσουν νέα, σύμφωνα με τα αρχικά συμφωνηθέντα, επιστολή, είτε, αν αυτό δεν είναι δυνατόν, επέρχονται οι ως άνω αναφερόμενες συνέπειες.

41. Επειδή, επομένως, αν και σε περίπτωση αμφιβολίας ισχύει η εις ολόκληρον ευθύνη του εγγυητή και ως εκ τούτου, υπό μία σκοπιά, δεν φαίνεται καταρχήν απαραίτητη για τη διασφάλιση των δικαιωμάτων της αναθέτουσας αρχής (δανειστή) η ρήτρα παραίτησης από το ευεργέτημα της διαιρέσεως.

42. Επειδή, ωστόσο, οι όροι της εγγυητικής επιστολής και η έκταση της αναληφθείσας εγγυητικής ευθύνης του χρηματοπιστωτικού ιδρύματος είναι ενδοτικού δικαίου. Επομένως, η αποδοχή εγγυητικής επιστολής από την αναθέτουσα αρχή, καταρχήν ως νομότυπη, η οποία δεν περιέχει το ελάχιστο συμφωνηθέν περιεχόμενο ως τις αναληφθείσες υποχρεώσεις της τράπεζας, συνιστά με βάση τα ανωτέρω τροποποίηση της εν θέματι σύμβασης, με διαγραφή άλλως αποδοχή της διαγραφής της απαιτούμενης από τη διακήρυξη και το οικείο νομοθετικό πλαίσιο (άρθρο 72 του Ν. 4412/2016) παραίτησης της τράπεζας από την ένσταση διαιρέσεως.

43. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή εν γένει οφείλει να καλέσει την διαγωνιζόμενη να άρει την πλημμέλεια αυτήν, η οποία συνιστά πρόδηλο τυπικό σφάλμα που δεν επιδρά στο περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς (βλ. Ε τμήμα Ελ. Συν. Πράξη 366/2018, πρβλ. Ελ.Συν. Τμ. Μείζ. Επταμ. Σύνθ. 3148/2012, βλ. Ε΄ Κλιμ. 406/2017).

## Αριθμός απόφασης: 1119/2018

44. Επειδή κρίσιμο είναι για τον έλεγχο του αν χωρεί εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, κατά πόσο προκαλείται αμφιβολία για τη δέσμευση τράπεζας ως προς τις αναλαμβανόμενες από αυτή αυτό εγγυητικές δεσμεύσεις σε σχέση με την κατά περίπτωση συμμετέχουσα (πρβλ. Ε΄Κλιμάκιο Ελ. Συν. 336/2018).

45. Επειδή 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, ..... κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, ....., C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, ..... κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, ....., 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 οικονομικής προσφοράς ή πολλώ δε μάλλον να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά (βλ. αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, ....., C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, ..... κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, ....., C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

46. Επειδή, εν προκειμένω, η καταρχήν αποδοχή της εν θέματι εγγυητικής επιστολής, θα δημιουργούσε έρεισμα περιορισμού – έστω τύποις των δεσμεύσεων της τράπεζας και η μεταγενέστερη τροποποίησή της λόγω του ουσιώδους χαρακτήρα της τροποποίησης θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της υποβληθείσας προσφοράς. Επομένως, ο εν θέματι προβαλλόμενος λόγος κρίνεται ως αβάσιμος.

47. Επειδή, επομένως με βάση τα ανωτέρω υπό σκέψη 7 διαλαμβανόμενα άνευ εννόμου συμφέροντος κι επομένως, απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί κατά της συμμετοχής ετέρων συμμετεχόντων.

48. Επειδή, σε κάθε περίπτωση δεν χωρεί εφαρμογή της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, καθόσον η προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας

**Αριθμός απόφασης: 1119/2018**

δεν απερρίφθη, καθώς η εγγυητική της επιστολή παρουσίαζε πλημμέλεια που εντάσσεται στο πλέγμα του επομισιώδους τυπικού σφάλματος.

49. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω αναφερθέντα οι κρινόμενες παρεμβάσεις πρέπει να γίνουν δεκτές.

50.Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

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

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται τις παρεμβάσεις.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 27<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2018 και εκδόθηκε την 17<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Άννα Χριστοδουλάκου**

**Ειρήνη Τσιμπούκη**