

Η

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

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Μαρτίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος Πρόεδρος και Εισηγητής, Ιωάννης Κίτσος, Ιωάννα Θεμελή,
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.02.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης
(Γ.Α.Κ.) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
229/19.02.2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας «... ΕΠΕ», η οποία
εδρεύει στον Βόλο, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...» [εφεξής αναθέτουσα αρχή],
όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την
ακύρωση της με αριθμό 47/2019 απόφασης της οικονομικής επιτροπής με την
οποία αποκλείσθηκε η προσφορά της στον διαγωνισμό και εν συνεχεία να
γίνει δεκτή η προσφορά της και να ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής
έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ...,
ποσού εννιακοσίων εξήντα επτά ευρώ και εβδομήντα τεσσάρων λεπτών
(967,74) , σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147)
και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

2. Επειδή, με την υπ'αριθμ. πρωτ. ...12-2018 (...) Διακήρυξη, του
Δήμου ..., επιδιώχθηκε η διενέργεια, σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 με τη
χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, ανοιχτού Διαγωνισμού

συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης ποσού 193.548,39€ πλέον ΦΠΑ 24% (240.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, για την επιλογή ιδιώτη αναδόχου ο οποίος θα αναλάμβανε την κατασκευή του έργου «ΠΑΡΕΜΒΑΣΕΙΣ ΓΙΑ ΤΗ ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΠΡΟΣΒΑΣΗΣ ΣΕ ΓΕΩΡΓΙΚΕΣ ΚΑΙ ΚΤΗΝΟΤΡΟΦΙΚΕΣ ΕΚΜΕΤΑΛΛΕΥΣΕΙΣ ΣΤΟ ...Δ.Ε. ...– ΔΗΜΟΥ ...» και αφορά την εκτέλεση εργασιών ασφαλτόστρωσης υφισταμένης αγροτικής οδού, 1.949,00 μέτρων που βρίσκεται σε εκτός σχεδίου θέση και εκατέρωθεν της υφίστανται γεωργικές και κτηνοτροφικές ή μικτές εκμεταλλεύσεις, διατηρώντας τα υφιστάμενα γεωμετρικά χαρακτηριστικά της οδού. Ο Διαγωνισμός έλαβε Συστημικό Αριθμό στο ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή, επί του Α' Σταδίου της αποσφράγισης των (υπο-)Φακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών, δυνάμει του ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ που συνέταξε η ορισθείσα Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού του άρθρου 221 παρ. 1 Ν. 4412/2016 προκύπτει πως στον συγκεκριμένο Διαγωνισμό συμμετείχαν εννέα οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα και πριν την αξιολόγηση των προσφορών, στον πίνακα Συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας η προσφεύγουσα ήταν πρώτη με ποσοστό έκπτωσης 54,18%. Στη συνέχεια η Επιτροπή, γνωμοδότησε πως η προσφεύγουσα έπρεπε να αποκλεισθεί από την συνέχεια του διαγωνισμού με την αιτιολογία ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της προσφεύγουσας (αριθ. 408/11-01-2019) αναγράφει *«Το παραπάνω ποσό τηρούμε στη διάθεσή σας και θα σας καταβληθεί ολικά ή μερικά χωρίς καμία από μέρους μας αντίρρηση ή ένσταση και χωρίς να ερευνηθεί το βάσιμο ή μη της απαίτησης μέσα σε 5 (πέντε) το πολύ εργάσιμων ημερών από απλή έγγραφη ειδοποίησή σας»*, σε αντίθεση με την απαίτηση της περίπτωσης (ι) του άρθρου 15.2 της διακήρυξης *«Οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής περιλαμβάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: ... 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»*. Ακολούθως πρότεινε να ανακηρυχθεί προσωρινή μειοδότης η δεύτερη στον πίνακα μειοδοσίας εταιρεία «...Ε.Ε.» με έκπτωση 51,23%. Με την υπ' αριθμ.

47/2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...εγκρίθηκε το ως άνω ΠΡΑΚΤΙΚΟ.

4. Επειδή, κατά της τελευταίας Απόφασης, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της και ανακηρύχθηκε προσωρινή μειοδότης η εταιρεία «...Ε.Ε.», προσέφυγε η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 19.02.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωσή της.

5. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής Απόφασης, ενώ συντρέχει επιπρόσθετα η κατά χρόνο αρμοδιότητα της Αρχής όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 α) Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

6. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, όπως ομολογεί η προσφεύγουσα (σελ. 3 της Προσφυγής), την 05.02.2019, όμως λόγω τεχνικής αδυναμίας (διακοπή λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ) μεταξύ 15.02.2019 έως και 18.02.2019, δυνάμει της υπ' αριθμ. 59/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...μετατέθηκε η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφυγών στις 19.02.2019, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 19.02.2019, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης Απόφασης ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον (ΣΤΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελής) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον τομέα της κατασκευής έργων οδοποιίας, συμμετείχε στον επίμαχο Διαγωνισμό και πλέον μετά την έκδοση

της προσβαλλόμενης Απόφασης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της, παρανόμως όπως υποστηρίζει η ίδια, υφίσταται βλάβη όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, στο άρθρο 15.2 της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής περιλαμβάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία : α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) τον κύριο του έργου ή το φορέα κατασκευής του έργου ΔΗΜΟ ...προς τον οποίο 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) τα στοιχεία της διακήρυξης (αριθμός, έτος, τίτλος έργου) και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, 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.».

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στο κρίνον Κλιμάκιο τις υπ' αριθμ. πρωτ. 16677/25-02-2019 έγγραφες απόψεις σχετικά με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ζητώντας την απόρριψή της.

11. Επειδή η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή της προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να κάνει δεκτή την προσφορά της επειδή «...Κατά το προηγούμενο ισχύον νομικό πλαίσιο, (άρθρο 24 του Ν.3669/2008, 25 παρ.3 Π.Δ 118/2007, άρθρο 24 του Ν.3316/2005) γίνονταν αναφορά για πέντε εργάσιμες ημέρες. Στην υπό κρίση περίπτωση, εμείς εκδώσαμε από τη Συνεταιριστική Τράπεζα Θεσσαλίας την εν λόγω εγγυητική, όπως και άλλες, για τη συμμετοχή μας σε άλλους διαγωνισμούς, όπου αναφέρονται όλα τα προβλεπόμενα από το νόμο ελάχιστα στοιχεία. Ωστόσο αναφέρει στο χρόνο κατάπτωσης, το πέντε το πολύ εργάσιμων ημερών, αντί απλά να αναφέρει το πέντε ημερών. Ωστόσο στη διακήρυξη δεν προκύπτει από πουθενά εάν οι μέρες αυτές είναι ημερολογιακές ή εργάσιμες. Επίσης δεν υπήρξε στα έγγραφα της σύμβασης υπόδειγμα, ως παράρτημα. Έτσι, λόγω και του όλου προηγούμενου νομικού πλαισίου, η τράπεζα εξέδωσε την εν λόγω εγγυητική με αυτή την αναφορά, χωρίς φυσικά και να ζητηθεί από εμάς, αλλά σύμφωνα με το έντυπο και την πρακτική που είχε ακολουθηθεί μέχρι σήμερα. Πλημμέλειες της εγγυητικής επιστολής είναι ουσιώδες, όταν από το περιεχόμενο αυτής καταλείπονται αμφιβολίες σχετικά με την έκταση της δέσμευσης του εγγυητή. Έτσι, εφόσον απαιτήθηκε στα έγγραφα της σύμβασης η εγγυητική επιστολή να έχει προθεσμία ισχύος, η αναγραφή στο σώμα αυτής του κατά την διακήρυξη απαιτούμενου ελάχιστου χρόνου, αποτελεί στοιχείο του κύρους της και, κατά συνέπεια, προϋπόθεση του κύρους της υποβαλλομένης προσφοράς, ή, άλλως, ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για την συμμετοχή του οικονομικού φορέα σε δημοπρασία, ενώ η έλλειψη της δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστά έλλειψη «επουσιώδους τυπικής προϋποθέσεως της προσφοράς».... Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή έχει την δυνατότητα να ζητά την συμπλήρωση ή διευκρίνιση επί στοιχείων που προσκόμισε ο υποψήφιος οικονομικός φόρεσε που παρουσιάζουν επουσιώδες πλημμέλειες, ή πρόδηλα σφάλματα και ασάφειες, στο πλαίσιο εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με την διάταξη της παρ. 5 του ερμηνευόμενου άρθρου, βάση της οποίας μπορεί να

επικοινωνεί με τους φορείς που έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. Στο πλαίσιο αυτό μπορεί να ζητά την συμπλήρωση τέτοιων στοιχείων επί των προσκομιζόμενων στην διαγωνιστική διαδικασία εγγυητικών επιστολών, στο μέτρο που αυτή δεν εισάγει καθ' οιονδήποτε τρόπο διάκριση υπέρ του υποψηφίου αυτού σε σχέση με τους λοιπούς οικονομικούς φορείς ή άνιση μεταχείριση μεταξύ τους, ούτε θα είχε ως συνέπεια αθέμιτη ευνοϊκή μεταχείριση του, ούτε θα συνιστούσε ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς του ή θα προσέδιδε σε αυτόν αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε σχέση με τις προσφορές των υπόλοιπων υποψηφίων. Η άσκηση ή μη της διακριτικής ευχέρειας που παρέχεται από την εφαρμογή του άρθρου 102, και υπό τις προϋποθέσεις που αυτό ορίζει, για εποσιώδεις πλημμέλειες στις εγγυητικές επιστολές των υποψηφίων ελέγχεται, κάθε περίπτωση, από τον ακυρωτικό δικαστή. Οι ανωτέρω διατάξεις υπάγονται στις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης. Το γεγονός αυτός ενισχύεται και από το όλο πνεύμα του 4412/2016 και κυρίως της οδηγίας 2014/24, που περιορίζεται σε συγκεκριμένους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμούς παρ.1-2 άρθρου 73) ενώ στην περίπτωση των δυνητικών, δύναται ο οικονομικός φορέας, ακόμη και να προτείνει επανορθωτικά μέτρα, τα οποία θα αξιολογηθούν από την αναθέτουσα αρχή και τα οποία δεν αποτελούν λόγους αποκλεισμούς (αλλά και με το Ν.3669/2008 υπήρχε το ανάλογο άρθρο 150 ΚΔΕ). Έτσι σε κάθε περίπτωση ο αποκλεισμός μας, μόνο για το λόγο αυτό, από τη στιγμή, που αναφέρονται στην εγγυητική επιστολή οι πέντε ημέρες και όχι λιγότερες (όπως σε άλλες περιπτώσεις, που αντί για 5 ημέρες ο διαγωνιζόμενος αναφέρει 3), ενώ θα μπορούσε να γίνει διευκρίνιση ή και διόρθωση από την τράπεζα, με διαγραφή και μόνο της λέξης εργασίες, αποτελεί παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, καθώς επιλέγεται το επαχθέστερο μέσο, ήτοι ο αποκλεισμός μου, ενώ 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. (άρθρο 102 παρ.5 Ν.4412/2016)...»

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αναφέρει σχετικώς ότι «...Σύμφωνα με την διακήρυξη δεν προβλέπεται υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής και θα πρέπει να περιλαμβάνει, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, κατ' ελάχιστον τα στοιχεία της παρ. 15.2 του άρθρου 15 της διακήρυξης. Η ανωτέρω πλημμέλεια στην εγγυητική επιστολή συμμετοχής είναι ουσιώδης καθόσον αποτελεί απόκλιση στη διατύπωση της κατατεθείσας εγγυητικής επιστολής από το περιγραφόμενο στο νόμο αναγκαίο περιεχόμενό της καθώς και στην διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την Αρχή που διενεργεί το διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζομένους και υστερεί, ως προς την έκταση των δικαιωμάτων της Αναθέτουσας Αρχής, εκείνης που προκύπτει από τη σχετικώς εκφρασθείσα νομοθετική βούληση, παρέχοντας στον εγγυητή τη δυνατότητα για βραδύτερη εκπλήρωση των υποχρεώσεών του, προς βλάβη των συμφερόντων της Αρχής. Η πενθήμερη προθεσμία από της ειδοποίησής της αναθετούσας αρχής, εντός της οποίας πρέπει να κατατεθεί το ποσό της εγγυήσεως, περιλαμβάνει και τις τυχόν μεσολαβούσες αργίες. Εν όψει τούτου και λαμβανομένης υπ' όψη της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, διαγωνιζόμενος, ο οποίος υποβάλλει εγγυητική επιστολή στην οποία η προθεσμία υποβολής του ποσού της εγγυήσεως προσδιορίζεται σε εργάσιμες ημέρες, ορθώς αποκλείεται από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία. Το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 εφαρμόζεται σε συγκεκριμένες περιπτώσεις και ουδόλως θα μπορούσε η επιτροπή διαγωνισμού να ζητήσει συμπλήρωση - αποσαφήνιση επί ουσιώδους πλημμέλειας, καθόσον οποιαδήποτε τυχόν διευκρίνιση θα είχε την μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφου σε συμμόρφωση όρου της διακήρυξης (παρ. 2 άρθρο 102 ν. 4412/2016). Όλα τα ανωτέρω, ανεξαρτήτως του ότι, στην υπό κρίση υπόθεση, δεν πρόκειται, υπό κάθε προσέγγιση, για παροχή διευκρινίσεων ή συμπλήρωση οποιαδήποτε μεταγενέστερη της εγγυητικής επιστολής της εγγυήτριας τράπεζας έγγραφη διευκρίνιση «...με διαγραφή και μόνο της λέξης εργάσιμες...», όπως προβάλλει ο προσφεύγων, αποτελεί ευθεία μεταβολή του νοηματικού περιεχομένου της δήλωσης που υφίσταται στο σώμα της εγγυητικής επιστολής, προκειμένου, δοθέντος ότι η προσθήκη του επιθετικού προσδιορισμού «εργάσιμες» στο ουσιαστικό «ημέρες» ήταν εκείνη που πραγματικά το διευκρίνισε αρχικά ως μη όφειλε, περιορίζοντάς το κατά τρόπο

μη νόμιμο, να υπάρξει νοηματική διόρθωση προς το κατά το νόμο και τη διακήρυξη ορθό. Τέτοια όμως διόρθωση η αναθέτουσα αρχή όχι μόνο δεν όφειλε να ζητήσει και να λάβει υπόψη υπό τη μορφή συμπλήρωσης ή διευκρινίσεων, αλλά αντιθέτως αν τη ζητούσε θα έπραττε μη νόμιμα. Στην ελληνική έννομη τάξη οποτεδήποτε μια προβλεπόμενη προθεσμία προσμετράται σε ημέρες, αυτές νοούνται ως ημερολογιακές ημέρες εκτός αν ορίζεται και διακρίνεται ρητά (ενδεικτικά αναφέρουμε το 2ο εδάφιο της περ. γ της παρ. 4.2 του άρθρου 4 της διακήρυξης, όπου υπάρχει ρητή αναφορά σε εργάσιμες ημέρες) [διατάξεις αφενός του Αστικού Κώδικα (άρθρα 241 επ.) και του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (άρθρα 144 επ.), αφετέρου δε του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Ν. 2717/1999, ΦΕΚ Α' 14, άρθρα 60 επ.)].».

13. Επειδή το άρθρο 72 παρ. 4 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι «Οι εγγυήσεις του παρόντος άρθρου περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α)...β)...γ)...δ)...ε)...στ)...ζ)...η)...θ)...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».

14. Επειδή από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η προσφεύγουσα κατέθεσε την απαιτούμενη από την Διακήρυξη εγγυητική επιστολή, στην οποία αναφερόταν ως χρόνος κατάπτωσης το πολύ πέντε εργάσιμες ημέρες και όχι απλώς πέντε ημέρες. Όμως, όπως έχει ήδη κριθεί ad hoc με τις Πράξεις 65/2007 και 69/2008 του 6^{ου} Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, από τις διατάξεις αφενός του Αστικού Κώδικα (άρθρα 241 επ.) και του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (άρθρα 144 επ.), αφετέρου δε του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Ν. 2717/1999, ΦΕΚ Α' 14, άρθρα 60 επ.), αλλά και από την υπ' αριθμ. 385/2019 απόφαση του 8^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, προκύπτει ότι, αναφορικά με τις προθεσμίες, όπου ο νόμος αναφέρεται σε ημέρες, εννοεί ημερολογιακές ημέρες, αφού οτιδήποτε διαφορετικό (εργάσιμες, εξαιρετές κλπ.) ορίζεται και διακρίνεται ρητά (Πράξη 6^{ου} Τμ. 138/2006 Ελ.Συν.). Περαιτέρω, η διέπουσα το διαγωνισμό αρχή της τυπικότητας της διαδικασίας καθιστά τις σχετικές με την παροχή εγγυήσεων διατάξεις της ως άνω διακήρυξης ουσιώδεις τύπους, η παράβαση των οποίων οδηγεί σε ακυρότητα της προσφοράς, προκειμένου σε

κάθε περίπτωση να διασφαλισθεί επαρκής δέσμευση του εγγυητή ότι θα καταβάλει άμεσα και απρόσκοπτα στην Αναθέτουσα Αρχή το ποσό της εγγύησης, εάν η υποψήφια εργοληπτική επιχείρηση αθετήσει τις απορρέουσες από τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό υποχρεώσεις (Πράξη 6^{ου} Τμ. 43/2007 Ελ.Συν.). Επομένως, σε περίπτωση που η εγγυητική επιστολή διαγωνιζόμενης εταιρείας περιλαμβάνει υπόσχεση καταβολής του ποσού της εγγύησης μέσα σε πέντε εργάσιμες και όχι ημερολογιακές ημέρες, η τελευταία πρέπει να αποκλεισθεί της περαιτέρω διαδικασίας του διαγωνισμού, καθόσον, η ουσιώδης αυτή απόκλιση στη διατύπωση της κατατεθείσας εγγυητικής επιστολής από το περιγραφόμενο στο νόμο αναγκαίο περιεχόμενό της υστερεί, ως προς την έκταση των δικαιωμάτων της Αναθέτουσας Αρχής, εκείνης που προκύπτει από τη σχετικώς εκφρασθείσα νομοθετική βούληση, παρέχοντας στον εγγυητή τη δυνατότητα για βραδύτερη εκπλήρωση των υποχρεώσεών του, προς βλάβη των συμφερόντων της Αρχής. Επομένως η διαφοροποίηση στη διατύπωση της ως άνω επιστολής σε σχέση με τα οριζόμενα στις προμνησθείσες διατάξεις, καθώς και στη διακήρυξη, οδηγεί στη βραδύτερη εκπλήρωση των υποχρεώσεων της εγγυήτριας Τράπεζας και συνεπώς επάγεται την ακυρότητα της υποβληθείσας εγγυητικής επιστολής. Επίσης το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 αφορά διευκρίνιση ή η συμπλήρωση μόνο για τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενο 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. Εν προκειμένω οποιαδήποτε διευκρίνιση σχετικά με την εγγυητική επιστολή θα είχε ως συνέπεια την μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφου, πράγμα το οποίο δεν επιτρέπεται. Επομένως η προσφυγή είναι αβάσιμη και πρέπει να απορριφθεί.

15. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε στις 17 Απριλίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Νικόλαος Λιακατσίδας