

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.06.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 562/19.06.2018 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον Δήμο Αγίας Παρασκευής Αττικής, λεωφόρος Μεσογείων, αρ., Τ.Κ. 15341, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθμ. 1053/06.06.2018 απόφασης (Απόσπασμα από το 26^ο πρακτικό συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της 6^{ης} Ιουνίου 2018), δυνάμει της οποίας έγιναν δεκτά στο σύνολό τους το υπ' αριθμ. 1248/03.04.2018 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών και το υπ' αριθμ. 1570/07.05.2018 πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά της προσφεύγουσας.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 1053/06.06.2018 απόφαση (Απόσπασμα από το 26^ο πρακτικό συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της 6^{ης} Ιουνίου 2018), δυνάμει της οποίας έγιναν δεκτά στο σύνολό τους το υπ' αριθμ. 1248/03.04.2018 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών και το υπ' αριθμ. 1570/07.05.2018 πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ο Δήμος Θεσσαλονίκης ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης 57/2017 και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. 50855, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει της τιμής για την «Προμήθεια ηλεκτρονικών υπολογιστών και βοηθητικού εξοπλισμού τεχνολογιών πληροφορικής και επικοινωνιών, για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου Θεσσαλονίκης», προϋπολογισμού εκατόν εξήντα χιλιάδων επτακοσίων ενενήντα ευρώ και ογδόντα λεπτών (160.790,80 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 5^η Μαρτίου 2018 και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 9^η Μαρτίου 2018, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 – 11:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε απόλυτα νομότυπα και εμπρόθεσμα στις 05.03.2018 και ώρα 13:43:22 μ.μ. την υπ' αριθμ. 89987 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, η οποία κατατέθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 15.06.2018, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 1053/06.06.2018 απόφασης (Απόσπασμα από το 26^ο πρακτικό συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της 6^{ης} Ιουνίου 2018), δυνάμει της οποίας έγιναν δεκτά στο σύνολό τους το υπ' αριθμ. 1248/03.04.2018 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών και το υπ' αριθμ. 1570/07.05.2018 πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά της προσφεύγουσας, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 07.06.2018 και ώρα 12:11:25 μ.μ., οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 15.06.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. στις 28.06.2018.

2. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται ότι η αναθέτουσα έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, δυνάμει της οποίας έγιναν δεκτά στο σύνολό τους το υπ' αριθμ. 1248/03.04.2018 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών και το υπ' αριθμ. 1570/07.05.2018 πρακτικό αξιολόγησης

τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά της προσφεύγουσας, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της και να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 1053/06.06.2018 απόφαση (Απόσπασμα από το 26^ο πρακτικό συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της 6^{ης} Ιουνίου 2018), δυνάμει της οποίας έγιναν δεκτά στο σύνολό τους το υπ' αριθμ. 1248/03.04.2018 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών και το υπ' αριθμ. 1570/07.05.2018 πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά της προσφεύγουσας και να της επιστραφεί το ηλεκτρονικό παράβολο ποσού εξακοσίων σαράντα οκτώ ευρώ και τριάντα πέντε λεπτών (648,35 €) που κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής της.

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

5. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 219075157958 0813 0040, όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 14.06.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος), ποσού εξακοσίων σαράντα οκτώ ευρώ και τριάντα πέντε λεπτών (648,35 €).

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

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

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

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

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

10. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 1053/06.06.2018 απόφασης (Απόσπασμα από το 26ο πρακτικό συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της 6ης Ιουνίου 2018), δυνάμει της οποίας έγιναν δεκτά στο σύνολό τους το υπ' αριθμ. 1248/03.04.2018 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών και το υπ' αριθμ. 1570/07.05.2018 πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά της προσφεύγουσας.

11. Επειδή το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 που είναι εφαρμοστέος στον υπό κρίση διαγωνισμό, ορίζει ότι: *«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 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 σσωνος 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.».

12. Επειδή η παρ. 5 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 προβλέπει δυνητική ευχέρεια της αναθέτουσας, να «...επικοινωνεί με τους

φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους.».

13. Επειδή στο κεφάλαιο 2 «ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ», άρθρο 2.1 «Γενικές Πληροφορίες», παρ. 2.1.5 της διακήρυξης με τίτλο «Εγγυήσεις» ορίζεται ότι: «Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα.

Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου.

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) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης 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 και ια) στην

περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης.

Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους εκδότες των εγγυητικών επιστολών προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους.».

14. Επειδή εξάλλου, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο διαγωνισμό. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΣ 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της

διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη 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).

15. Επειδή ομοίως, το ΔΕΕ έχει κρίνει ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει τη διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή της ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, υπό τον όρο ωστόσο ότι θα τηρηθούν ορισμένες προϋποθέσεις (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψεις 35 έως 45, όσον αφορά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψεις 30 έως 39).

16. Επειδή σχετικά με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα εταιρεία προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση, εσφαλμένα έκρινε απορριπτέα την προσφορά της, λόγω πλημμέλειας που διαπιστώθηκε στην προσκομισθείσα από την προσφεύγουσα, υπ' αριθμ. 585691 εγγυητική επιστολή συμμετοχής της Τράπεζας Πειραιώς, με ημερομηνία εκδόσεως 28.02.2018, λόγω του ότι από αυτήν απουσίαζε κατά παράβαση του άρθρου 2.1.5 της διακήρυξης, αλλά και

της παρ. 4 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού, με συνέπεια η προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή συμμετοχής να παραβιάζει το κατά τον νόμο και τη διακήρυξη απαιτούμενο ελάχιστο περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής και τον σχετικό επί ποινή αποκλεισμού τεθέντα όρο της διακήρυξης. Όπως διαπιστώθηκε από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης και της σχετικής εγγυητικής επιστολής που προσκόμισε η προσφεύγουσα (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «ΕΓΓΥΗΤΙΚΗ ΕΠΙΣΤΟΛΗ»), πράγματι από το σώμα της υποβληθείσας ηλεκτρονικά εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας, απουσίαζε λόγω παραδρομής η οποιαδήποτε αναφορά στην καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών και ως εκ τούτου, δυνάμει της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, επικυρώθηκε στο σύνολό του το αναφερόμενο με αύξοντα αριθμό 1) στο προοίμιο της προσβαλλόμενης απόφασης, υπ' αριθμ. 1248/03.04.2018 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, με το οποίο κρίθηκε ότι: *«Η εγγυητική επιστολή της εταιρείας «.....» δεν είναι σύμφωνη με το αρ. 2.1.5 της διακήρυξης 57/2017, καθώς δεν περιλαμβάνει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών για το διαγωνισμό. Βάσει των ανωτέρω, η επιτροπή διενέργειας και αξιολόγησης:*

[...].

Απορρίπτει την προσφορά της εταιρείας «.....» , βάσει της παρ. 2.4.6. της διακήρυξης 57/2017.» και προτάθηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας.

17. Επειδή σύμφωνα με το πλέγμα διατάξεων που ρυθμίζουν στη συγκεκριμένη περίπτωση τη νομότυπη υποβολή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ενός εκάστου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, ήτοι την παρ. 2.1.5 της Διακήρυξης του διαγωνισμού, την παρ. 4 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 που ορίζει ότι: *«...η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης ή πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού...»*, από τις οποίες συνάγεται ότι η

καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, πράγματι εμπίπτει στο ελάχιστο περιεχόμενο που οφείλει να περιλαμβάνει μια νομότυπα συνταγμένη και υποβληθείσα σε δημόσιο διαγωνισμό, εγγυητική επιστολή, αλλά και τα όσα ορίζονται στην παρ. 5 του άρθρου 72, το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 και ειδικά την παρ. 5 αυτού, λεκτέα είναι τα ακόλουθα. Η σύμβαση της εγγυητικής επιστολής μεταξύ της εκδότριας τράπεζας και του λήπτη της επιστολής αυτής δεν ρυθμίζεται ειδικά σε κάποιο νόμο, αλλά καθορίζεται στα πλαίσια της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων όπως αυτή περιγράφεται στο άρθρο 361 ΑΚ και ως εκ τούτου τα μέρη έχουν μεγάλη διακριτική ευχέρεια ρύθμισης των μεταξύ τους σχέσεων, με ακροτελεύτιο όριο διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, από τις οποίες δεν μπορούν να παρεκκλίνουν. Η τριγωνική σχέση που δημιουργείται μεταξύ δανειστή, οφειλέτη και τράπεζας με αφορμή την εγγυητική επιστολή που εκδίδει η τελευταία, αποτελεί ιδιόμορφη σύμβαση, που καταρτίζεται στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΠ 1403/2008). Η εγγυητική επιστολή διέπεται αφενός από τις γενικές διατάξεις που ρυθμίζουν τις συμβάσεις και αφετέρου από τις αναλογικά εφαρμοζόμενες, λόγω έλλειψης άλλων ειδικότερων διατάξεων, διατάξεις του ΑΚ, που ρυθμίζουν την εγγύηση (αρ. 847 επ. ΑΚ), εφόσον οι διατάξεις για την εγγύηση συμβιβάζονται με την εν λόγω σχέση. Ειδικότερα, οι παρά των τραπεζών συνήθως εκδιδόμενες εγγυητικές επιστολές, αποτελούν ιδιαίτερο είδος και τύπο εγγυήσεως, δημιούργημα της συναλλακτικής πρακτικής (ΑΚ 361), που διέπεται από τις διατάξεις περί παραγγελίας του ΕμπΝ και τις διατάξεις περί εντολής (714 επ.) του ΑΚ (ΑΠ 862/1996), κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του (ΑΠ 1793/2008, 983/1999, 1433/1998, 48/1996) και μάλιστα ανεξάρτητα από το κύρος ή την ελαττωματικότητα της σχέσης μεταξύ αφενός του υπέρ ου η επιστολή και του λήπτη και αφετέρου μεταξύ του εγγυητή και του υπέρ ου η επιστολή (ΕΛΣυν 134/2013 Ζ΄ Κλιμάκιο-Πράξη, Σπ. Ψυχομάνη «Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων» τ. Ι Γενικό Μέρος σελ. 353). Χαρακτηριστικό της εγγυητικής επιστολής είναι ότι

με αυτήν οι συναλλασσόμενοι δεν αποβλέπουν στην απόκτηση προσθέτου φερεγγυότητας, αλλά στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στο δανειστή του καλυπτομένου με αυτήν ποσού με απλή ειδοποίηση του δανειστού, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει στα δικαστήρια και στη χρονοβόρο συνήθως διαδικασία, τους (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1273/2014, 1884/2013). Επιπλέον, η εγγυητική επιστολή αποτελεί έγγραφη υπόσχεση τράπεζας προς οφειλέτη πελάτη της ότι θα εκπληρώσει ορισμένη χρηματική οφειλή του πελάτη της προς τον δανειστή του, είτε στην περίπτωση που ο πελάτης δεν εκπληρώσει την παροχή του (εγγυητική επιστολή υπό όρο), είτε στην περίπτωση που ο δανειστής δηλώσει ότι ο πελάτης της τράπεζας δεν εκπλήρωσε την παροχή του (εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση ή χωρίς όρους). Με τη σύμβαση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι του δανειστή να του καταβάλει οφειλή τρίτου, λόγω δε του ενδοτικού χαρακτήρα των περί εγγυήσεως διατάξεων δεν αποκλείεται να περιληφθεί στη σύμβαση ρήτρα, κατά την οποία ο εγγυητής θα καταβάλει το ποσό της εγγυήσεως σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το υπαρκτό και το νόμιμο του χρέους και να προβάλλει την ένσταση διζήσεως (βλ. σχετ. ΕφΑθ 7798/2006, ΑΠ 1433/1998 ΕΛΛΔ 1999, 633, ΑΠ 48/1996 ΕΛΛΔ 1996, 1332, ΑΠ 210/1993 ΝοΒ 1994, 399, ΑΠ 467/ 1992 ΕΛΛΔ 1993, 1075, ΑΠ 10/1992 ΝοΒ 1993, 70, ΑΠ 593/1989 ΕΛΛΔ 1990, 1252, ΑΠ 585/1989 ΝοΒ 1990, 820, ΕφΑθ 8188/2003 ΕΛΛΔ 2004, 852, ΕφΑθ 6281/ 2002 ΕΛΛΔ 2004, 1071, ΕφΑθ 11349/1995 ΕΕμπΔ 1996, 51, Λ. Γεωργακόπουλου, Χρηματιστηριακό και Τραπεζικό Δίκαιο, 1999, σελ. 402-407, Σπ. Ψυχομάνη, Τραπεζικό Δίκαιο - Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, 1999, σελ. 297-366, Απ. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σελ. 135-198).

18. Επειδή περαιτέρω, όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη εγγυητική επιστολή συμμετοχής της προσφεύγουσας, όπως αυτή υποβλήθηκε ηλεκτρονικά με την προσφορά της, όντως η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να διαπιστώσει ευχερώς την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό, έτι περισσότερο, λόγω του ότι ήταν στοιχείο της διακήρυξης, το οποίο η ίδια μονομερώς, με δική της πρωτοβουλία

και κατά την απόλυτη διακριτική της ευχέρεια είχε ορίσει και ως εκ τούτου, δεν ήταν στοιχείο το οποίο μπορούσε με κανέναν τρόπο να διαφύγει της γνώσης ή της προσοχής της ούτε ανέμενε από την προσφεύγουσα ή τον εκάστοτε διαγωνιζόμενο να την πληροφορήσει περί τούτου και οπωσδήποτε ενόψει των διατάξεων της παρ. 5 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 είχε την υποχρέωση να καλέσει την προσφεύγουσα, εφόσον επέκειτο η απόρριψη της προσφοράς της, προκειμένου η τελευταία να παράσχει διευκρινίσεις επί της έλλειψης στην εγγυητική συμμετοχής που προσκόμισε. Σε κάθε δε περίπτωση, η αναθέτουσα, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 72 είχε την ευχέρεια, αλλά και τη δυνατότητα να επικοινωνήσει με την εκδούσα τράπεζα και να διαπιστώσει την εγκυρότητα έκδοσης της εγγυητικής επιστολής, τα ακριβή στοιχεία της εταιρείας υπέρ της οποίας εκδόθηκε αυτή, αλλά και τον διαγωνισμό, τον οποίο αφορούσε, λαμβάνοντας υπόψη ότι σύμφωνα με το λοιπό περιεχόμενο της προσκομισθείσας εγγυητικής (τίτλος αναθέτουσας, τίτλος διαγωνισμού, προϋπολογισμός, ακριβές ποσό της εγγυητικής, κλπ.) προέκυπτε πέραν πάσης αμφιβολίας η ταυτότητα του διαγωνισμού για τον οποίο είχε εκδοθεί. Εντούτοις, η αναθέτουσα απέφυγε να κάνει χρήση αυτής της ευχέρειάς της, χωρίς προφανή λόγο, ειδικά αν ληφθεί υπόψη ότι κάτι τέτοιο θα μπορούσε να οδηγήσει στη συνέχιση της παρουσίας της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό, με συνέπεια να επιτευχθεί μεγαλύτερος ανταγωνισμός προς όφελος της αναθέτουσας, ενόψει μεταξύ άλλων και του γεγονότος ότι επρόκειτο για μειοδοτικό διαγωνισμό με αποκλειστικό κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής.

19. Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, δεν προκύπτει κάποιο πραγματικό ή νομικό κώλυμα ως προς τη δυνατότητα που θα είχε η αναθέτουσα να εισπράξει το ποσό της εγγυητικής σε περίπτωση κατάπτωσής της σε βάρος της προσφεύγουσας, αφού η εκδούσα τράπεζα είχε δεσμευτεί απέναντί της, παραιτούμενη από το δικαίωμα της διζήσεως και της ενστάσεως και η εγγυητική είχε συνταχθεί απόλυτα νομότυπα κατά τα λοιπά στοιχεία της, ώστε να εξασφαλίζεται με απόλυτη ασφάλεια η ταυτότητα του λήπτη της εγγυητικής και η ταυτότητα του διαγωνισμού, τον οποίο αφορούσε,

αλλά και η ταυτότητα της αναθέτουσας προς την οποία απευθυνόταν η εγγυητική συμμετοχής. Εξάλλου, η παράλειψη αναγραφής της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό, δεν μπορεί να αποδοθεί σε δική της πλημμέλεια, αλλά της εκδούσας τράπεζας και ως εκ τούτου, θα ήταν δυσανάλογο μέτρο η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, εξαιτίας της αμέλειας εκ μέρους της να ελέγξει την απουσία της ανωτέρω ημερομηνίας από το σώμα της εγγυητικής. Ειδικότερα δε, εφόσον είναι σαφές ότι η παράλειψη αυτή συντελέστηκε με ευθύνη της τράπεζας, η οποία κατά την έκδοση της εγγυητικής βρίσκεται σε υπέρτερη διαπραγματευτικά θέση, αφού ο εκάστοτε εκδότης της εγγυητικής, επιβάλλει στον λήπτη αυτής, τον τύπο και το περιεχόμενο, σύμφωνα με το ακολουθούμενο κάθε φορά υπόδειγμα ή πρότυπο. Τέλος, είναι παραπάνω από προφανές ότι η συμπλήρωση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών στην υποβληθείσα εγγυητική, δεν θα εισήγαγε καθ' οιονδήποτε τρόπο διάκριση υπέρ της προσφεύγουσας σε σχέση με τους λοιπούς οικονομικούς φορείς ή άνιση μεταχείριση μεταξύ τους ούτε θα είχε ως συνέπεια αθέμιτη ευνοϊκή μεταχείριση της προσφεύγουσας. Σε κάθε δε περίπτωση δεν θα συνιστούσε ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς της και δεν θα προσέδιδε σε αυτήν αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε σχέση με τις υπόλοιπες προσφορές, δεδομένου ότι δεν συνεπάγεται μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή νέου εγγράφου κατά την έννοια του άρθρου 102 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, αλλά μία τυπική παράλειψη που επιδέχεται συμπλήρωση. Αντίθετα, η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας λόγω έλλειψης της ως άνω ημερομηνίας στο σώμα της εγγυητικής συνιστά κατά την κρίση του Κλιμακίου, αφόρητη τυπολατρία και αδικαιολόγητη εμμονή στη γραμματική διατύπωση των οικείων διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, χωρίς όμως να συνάγεται αβίαστα ποια είναι τα προστατευτέα δικαιώματα που σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας κλήθηκε να προασπίσει η αναθέτουσα με την προσβαλλόμενη απόφαση.

20. Επειδή όπως έχει κριθεί σε ανάλογες περιπτώσεις (Α.Ε.Π.Π. 102/2017, 198/2018 και 341/2018), προκρίνεται μία κάμψη της αρχής της τυπικότητας της διακήρυξης υπέρ της αρχής της αναλογικότητας, υπό

συγκεκριμένες αυστηρές και στενά ερμηνευόμενες προϋποθέσεις που αφορούν αθροιστικά 1) τον επουσιώδη χαρακτήρα της παράλειψης στο σώμα της εγγυητικής, 2) τη δυνατότητα που έχει η αναθέτουσα από τα λοιπά στοιχεία αυτής να διαπιστώσει χωρίς αμφιβολία τον φορέα υπέρ του οποίου έχει εκδοθεί, την ταυτότητα του διαγωνισμού και την αναθέτουσα υπέρ της οποίας έχει εκδοθεί, 3) την πραγματική και ακώλυτη δυνατότητα είσπραξης της εγγυητικής εκ μέρους της αναθέτουσας σε περίπτωση που αυτή καταπέσει και 4) τη μη παραβίαση των οριζόμενων στις παρ. 1-4 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα μπορεί, κάνοντας χρήση της παρ. 5 του άρθρου 102, με σκοπό την επίτευξη μεγαλύτερου δυνατού ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων, ειδικά σε διαγωνισμούς με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής και προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, να καλεί τον διαγωνιζόμενο να συμπληρώνει το περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που προσκόμισε.

21. Επειδή υπό την έννοια αυτή, οι με γενικό αριθμό πρωτοκόλλου 68392/22.06.2018 απόψεις της αναθέτουσας, με θέμα: «Παροχή απόψεων επί της προσφυγής της εταιρείας «.....» με ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π. 562/19-6-2018», οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην Α.Ε.Π.Π. αρχικά αυθημερόν, αλλά λόγω αδυναμίας ανάγνωσης του συνημμένου ηλεκτρονικού αρχείου και κατόπιν αιτήματος του οικείου Κλιμακίου εκ νέου στις 26.06.2018, καίτοι διαπιστώνουν ορθά το νομοθετικό πλαίσιο που διέπει την κρινόμενη περίπτωση και τεκμηριώνουν επαρκώς την έλλειψη στο κείμενο της εγγυητικής που προσκόμισε η προσφεύγουσα, εντούτοις, εσφαλμένα κατά την κρίση του Κλιμακίου, αντιλαμβάνονται τη χρήση της δυνατότητας που παρέχει στην αναθέτουσα η παρ. 5 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 ως αθέμιτη αντικατάσταση εγγράφου και ως εισαγωγή άνισης μεταχείρισης των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, με συνέπεια να καταλήγουν σε λανθασμένο συμπέρασμα, σχετικά με την αξιολόγηση της προσκομισθείσας εκ μέρους της προσφεύγουσας, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, σύμφωνα και με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω στις σκέψεις 17-20. Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, τα διαλαμβανόμενα στις προαναφερθείσες απόψεις της

αναθέτουσας προβάλλονται αλυσιτελώς και ως εκ τούτου κρίνονται απορριπτέα, ενώ αντίστοιχα γίνεται δεκτός στο σύνολό του ο μοναδικός λόγος προσφυγής.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 1053/06.06.2018 απόφαση (Απόσπασμα από το 26ο πρακτικό συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της 6ης Ιουνίου 2018), δυνάμει της οποίας έγιναν δεκτά στο σύνολό τους το υπ' αριθμ. 1248/03.04.2018 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών και το υπ' αριθμ. 1570/07.05.2018 πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά της προσφεύγουσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού εξακοσίων σαράντα οκτώ ευρώ και τριάντα πέντε λεπτών (648,35 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 19 Ιουλίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ειρήνη Τσιμπούκη