

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 16 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 08.12.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1761/09.12.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αριθμό 28/11/2022 απόφασης εκ του Πρακτικού της 569ης Συνεδρίασης (Θέμα 5ο) της Διοικούσας Επιτροπής του ..., καθ' ο μέρος απορρίφθηκε η προσφορά της.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε, άκουσε την Εισηγήτρια
Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφθηκε κατά τον Νόμο και
Έκρινε τα ακόλουθα:

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.500,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται με βάση την αξία άνευ Φ.Π.Α του Τμήματος (είδους) 1 επί του οποίου ασκείται η προσφυγή, 500.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής

Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 28.11.2022, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 08.12.2022, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017, (γ) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος καθώς η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς της, επιδιώκοντας ευλόγως να γίνει δεκτή η προσφορά της και να της ανατεθεί η σύμβαση για το επίδικο Τμήμα 1.

3. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή την 12.12.2022 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως στις 20.12.2022 τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής. Προς αντίκρουση των ως άνω απόψεων η προσφεύγουσα υπέβαλε το από 27.12.2022 υπόμνημά της (κατά παρέκταση δεδομένου ότι η 25^η.12.2002 ήταν Κυριακή και άρα εξαιρετέα, και η 26^η.12.2022 ήταν αργία και άρα εξαιρετέα), το οποίο λαμβάνεται υπ' όψη από το παρόν Κλιμάκιο.

5. Επειδή, με τη Διακήρυξη με αριθμό 12/2022, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την «Προμήθεια εργαστηριακού εξοπλισμού για την ανάλυση καπνικών προϊόντων», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 742.983,86€, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 09.09.2022 με Α.Δ.Α.Μ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

6.Επειδή, ο εν θέματι διαγωνισμός υποδιαιρείτο σε πέντε (5) Τμήματα (είδη). Σύμφωνα με τον όρο 1.3 της Διακήρυξης, προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα είδη ή για το σύνολο των ειδών. Ως κριτήριο δε επιλογής ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής ανά είδος. Η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά μόνο για το Τμήμα (είδος) 1. Με την προσβαλλόμενη, απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με την εξής αιτιολογία: *«Η εταιρεία «... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΕΠΕ», έχει καταθέσει το με αρ. 845238 γραμμάτιο σύστασης χρηματικής παρακαταθήκης από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, ως εγγύηση για τη συμμετοχή της στον ως άνω διαγωνισμό, ενώ η 12/2022 Διακήρυξη ορίζει: «...Οι εγγυήσεις εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ... που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου, ή στα κράτη-μέλη της Συμφωνίας Δημοσίων Συμβάσεων και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό, ως και από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Μ.Ε.Δ.Ε.». Ως εκ τούτου, η Επιτροπή απορρίπτει την προσφορά της ως άνω εταιρείας.»*. Κατά της ανωτέρω προσβαλλόμενης στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή της.

7.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της Διακήρυξης, αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της Διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς. Τέλος, η μη συμμόρφωση της εγγυητικής επιστολής προς τις απαιτήσεις της Διακήρυξης καθιστά αυτήν απαράδεκτη και επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς του υποψηφίου οικονομικού φορέα στο σύνολό της, εφόσον οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής δεν πληρούν τους ουσιώδεις όρους που τέθηκαν στην Διακήρυξη (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 259/2011, 386/2009, 803/2008, 487/1998, ΓνΝΣΚ 356/2003, πρβλ. ΣτΕ 600/2011).

8. Επειδή, στον όρο 2.1.5 «Εγγυήσεις» της οικείας Διακήρυξης ορίζεται, ότι: ***«Οι εγγυήσεις εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα ή χρηματοδοτικά ιδρύματα κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της***

παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α' 13), που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου, ή στα κράτη-μέρη της Συμφωνίας Δημοσίων Συμβάσεων και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό, **ως και από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Μ.Ε.Δ.Ε..** Τα αντίστοιχα έγγραφα των εγγυήσεων, αν δεν είναι διατυπωμένα στην Ελληνική, θα συνοδεύονται υποχρεωτικά επί ποινή αποκλεισμού, από επίσημη μετάφραση. Με την εγγυητική επιστολή, που αποτελεί αυτοτελή σύμβαση, το πιστωτικό ίδρυμα αναλαμβάνει την υποχρέωση να καταβάλλει ορισμένο ποσό, μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται, χωρίς να δύναται να ερευνά, εάν πράγματι υπάρχει, ή εάν είναι νόμιμη, η απαίτηση (κύρια οφειλή). Στις εγγυητικές επιστολές, επί ποινή απαραδέκτου, θα πρέπει να αναγράφονται όλοι οι αναφερόμενοι αναλυτικά επιμέρους όροι του άρθρου 2.2.2.2 της παρούσας διακήρυξης, χωρίς να είναι επαρκής η ολική ή μερική παραπομπή στο νόμο και στις οικείες διατάξεις. Σε περίπτωση Ένωσης προμηθευτών ή Κοινοπραξίας οι εγγυήσεις περιλαμβάνουν και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των μελών της Ένωσης ή της Κοινοπραξίας. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους εκδότες των εγγυητικών επιστολών προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους.»

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της επικαλείται, ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της, πρώτον, στην παρ. 11 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 ορίζεται, ότι οι εγγυήσεις «...Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού...» και επομένως, σύμφωνα με το νόμο, οι εγγυήσεις παρέχονται και από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων (ΤΠΔ), δεύτερον, η Διακήρυξη δεν απαγόρευε τη δυνατότητα υποβολής εγγύησης από το Τ.Π.Δ., τρίτον, ο όρος 2.1. 5 της Διακήρυξης είναι ασαφής σε σχέση με τον όρο 1. 4 της Διακήρυξης, που προβλέπει στην εφαρμοστέα νομοθεσία του τον Ν. 4412/2016, τέταρτον, ακόμα κι αν ήθελε κριθεί, ότι η Διακήρυξη επιτρέπει αποκλειστικά την υποβολή εγγύησης συμμετοχής από τους φορείς που αναφέρονται στον όρο 2.1.5, τότε το Τ.Π.Δ. και πάλι προβλέπεται ως φορέας έκδοσης της εγγύησης

συμμετοχής, καθώς συνιστά χρηματοπιστωτικό οργανισμό, κατά το άρθρο 1 του ΠΔ 95/1996, και εκτελεί τραπεζικές εργασίες, κατά το άρθρο 5 αυτού, και ρητώς ο όρος 2.1.5 επιτρέπει την υποβολή εγγύησης συμμετοχής από πιστωτικά ιδρύματα, όπως είναι και το Τ.Π.Δ., και πέμπτον, η εγγύηση που παρέχεται από το Τ.Π.Δ. είναι ισχυρότερη σε σχέση με τις εγγυήσεις που εκδίδονται από άλλους φορείς, κάτι που αποβαίνει προς όφελος της αναθέτουσας Αρχής.

10. Επειδή, ως προς τους λόγους της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Ο όρος 2.1.5 της Διακήρυξης δεν περιέχει μεν πανηγυρική διατύπωση περί «απαράβατου» ή περί «επί ποινή αποκλεισμού» αλλά δεν έχει χαρακτηριστεί ως προαιρετικός, θεωρούμενου έτσι αυτού ως απαράβατου. (πρβλ. 120/2022 Δ.Εφ.Χανίων σκ. 21). Εξ άλλου, σε περίπτωση που η ίδια η Διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαράδεκτου....», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψή της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Εν προκειμένω, ο όρος 2.1.5 της Διακήρυξης ήταν απαράβατος, αφού δεν είχε χαρακτηριστεί ως προαιρετικός και δεν προέβλεπε τη δυνατότητα υποβολής εγγύησης από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου και δεν αμφισβητείται, η προσφεύγουσα ουδόλως αμφισβήτησε επικαίρως τον οικείο όρο, προσφεύγοντας κατά της Διακήρυξης, μετείχε δε άνευ επιφύλαξης, αποδεχόμενη ούτως τον όρο αυτόν. (πρβλ 1632/2021 ΑΕΠΠ, σελ. 7). Άλλωστε, κατά πάγια νομολογία, ο προσφεύγων στερείται εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επομένων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας που δεν αμφισβήτησε επικαίρως, καθ'όσον στις δημόσιες συμβάσεις παγίως ισχύει ο κανόνας της κατά στάδιο προβολής των λόγων. (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά). Περαιτέρω, η αρχή της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών, επ' ευκαιρία προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής

διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012). Επομένως, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κατά του περιεχομένου του επίμαχου όρου και περί ασάφειας αυτού είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι. Περαιτέρω, ειδικώς οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί εφαρμογής του άρ. 72 παρ.11 του Ν. 4412/2016, στο οποίο προβλέπεται η υποβολή εγγυήσεων και από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, επιχειρώντας να «παρακάμψει» ρητό όρο της Διακήρυξης, είναι ομοίως απορριπτέοι. Και τούτο, διότι, πρώτον, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της Διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές (5/2022 Δ.Εφ.Πατρών, 827/2019 και 2385/2018 ΣτΕ κ.ά), και, δεύτερον, το άρθρο 2.1.5 αποτελεί διάταξη της Διακήρυξης, ειδική και λεπτομερή, η οποία διέπει κατά τρόπο αποκλειστικό το ζήτημα ποιές εγγυήσεις γίνονται δεκτές στον εν θέματι διαγωνισμό. Επομένως, δεν μπορεί ούτε να συμπληρωθεί ούτε να τροποποιηθεί από διατάξεις, περιλαμβανόμενες σε νομοθετήματα, μνημονευόμενα, μάλιστα κατά τρόπο γενικό, ως εφαρμοστέα στο άρθρο 1.4 της Διακήρυξης, όπως είναι ο Ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι η μνεία αυτή νοείται ότι γίνεται μόνο προς ρύθμιση ζητημάτων, μη ρυθμιζόμενων κατά τρόπο ειδικό και ολοκληρωμένο από την ίδια Διακήρυξη (ΕΑ ΣτΕ 95/2002, σκ. 7, ΕΑ ΣτΕ 1272/2007). Σημειωτέον, ότι η υπ' αριθμ. 60/2020 απόφαση του Δ.Εφ.Πατρών, που επικαλείται η προσφεύγουσα, αφορά σε Διακήρυξη, όρος της οποίας προέβλεπε ρητώς τη δυνατότητα παροχής γραμματίου παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ. (βλ. σκέψη 16 της απόφασης αυτής). Έτι περαιτέρω, ειδικώς οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί ισχυρότερης εγγύησης, όταν παρέχεται από το ΤΠΔ, σε σχέση με άλλους φορείς είναι απορριπτέοι, καθώς προβάλλονται απαράδεκτως εκ συμφέροντος τρίτου και δη εκ συμφέροντος της αναθέτουσας Αρχής (ΑΕΠΠ 1442/2020). Τέλος, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι και το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων εντάσσεται στην κατηγορία «πιστωτικά ιδρύματα», είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, διότι εκ της γραμματικής διατύπωσης του άρ. 72 παρ. 11 του Ν. 4412/2026 προκύπτει, ότι αναφέρονται διακριτά και άρα ως ξεχωριστές κατηγορίες (βλ. παρ. 11 του ως άνω άρ. 72: «11. Οι εγγυήσεις των παρ. 1 έως 10 εκδίδονται

από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περ. β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/2016 (Α' 13.... Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού...»). Άλλωστε, τα γραμμάτια συστάσεως παρακαταθήκης στο Τ.Π.Δ. («εγγυοδοτική παρακαταθήκη») συνιστώνται υπό τους όρους της ειδικής νομοθεσίας που διέπει το Ταμείο. Περαιτέρω, στην εγγύηση που παρέχεται με τραπεζική εγγυητική επιστολή, ο εγγυητής (Τράπεζα) εγγυάται υπέρ του οφειλέτη, δυνάμενος να αντιτάξει κατά του δανειστή όλες τις μη προσωποπαγείς ενστάσεις του πρωτοφειλέτη, σύμφωνα με τα άρθρα 847 και 853 του ΑΚ, ενώ στην εγγυοδοτική παρακαταθήκη, ο ίδιος ο οφειλέτης εγγυάται για την εκπλήρωση των υποχρεώσεών του και για την εξασφάλιση του δανειστή, καταβάλλοντας ο ίδιος το χρηματικό ποσό για δικό του λογαριασμό (752/2020 ΑΕΠΠ). Επομένως, υπάρχουν ουσιώδεις διαφορές ως προς την εγγύηση που παρέχεται από ένα πιστωτικό ίδρυμα και ως προς αυτήν που παρέχεται από το Τ.Π.Δ. Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, οι λόγοι της προσφυγής είναι απορριπτέοι.

11.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 6 Φεβρουαρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ