

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.12.2022 με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 66/13.01.2023 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων αποτελούμενη από α) τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...», β) τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...» και γ) τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και της απόφασης που ελήφθη κατά την υπ' αριθμ. 30/5.12.2022 συνεδρίαση της Διοικητικής Επιτροπής, περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 1 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 2.200,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» την από 29.12.2022 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 440.100,00€.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. «...» Διακήρυξη, προκήρυξε δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 1.07.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 29.12.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 19.12.2022 και εν γένει παραδεκτά. Οι δε αιτιάσεις του παρεμβαίνοντος περί απαραδέκτου της προσφυγής λόγω μη άσκησής της από την ένωση αλλά από τον επικεφαλής της που ενεργεί ως εκπροσώπος των έτερων δυο μελών τυγχάνουν απορριπτέες ως αβάσιμες διότι η υπό κρίση προσφυγή υπογράφεται από την κα «...», η οποία έχει εξουσιοδοτηθεί, δυνάμει του από 18.07.2022 συμφωνητικού μεταξύ των τριών μελών του προσφεύγοντος, να ασκεί για λογαριασμό και στο όνομα της ένωσης προδικαστικές προσφυγές.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 19.01.2023, ήτοι εμπροθέσμως δοθέντος της από 10.01.2023 κοινοποίησης από την αναθέτουσα αρχή της προσφυγής, τη με ΓΑΚ ΠΑΡ 320/2023 παρέμβασή του επί αυτής, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του στο διαγωνισμό.

5. Επειδή, ο προσφεύγων στις 19.01.2023 και 23.01.2023, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 18.01.2023, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπομνήματα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης αντιστοίχως, τα οποία λαμβάνονται υπόψη από το Κλιμάκιο.

6. Επειδή, ο παρεμβαίνων στις 23.01.2023 υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των υπομνημάτων του προσφεύγοντος, το οποίο δεν λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο διότι δεν προβλέπεται στο ισχύον κανονιστικό πλαίσιο η κατάθεση υπομνήματος αντίκρουσης του υπομνήματος του προσφεύγοντος.

7. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό ελάβαν μέρος τρεις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και η ένωση οικονομικών φορέων «...». Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 1 Πρακτικό, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, ποσού 2.435,50€ του μέλους «...» του προσφεύγοντος, δεν έχει εκδοθεί υπέρ της ένωσης, αλλά υπέρ του μέλους, γεγονός που συνιστά απόκλιση από τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος και την αποδοχή της προσφορά του παρεμβαίνοντος που αξιολογήθηκε με 100 βαθμούς. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίνεται το εν λόγω Πρακτικό.

8. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, ως προς το σκέλος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του.

9. Επειδή, το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) (ΦΕΚ Α' 200/24.10.16) ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».

10. Επειδή, το άρθρο 19 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «...2. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής.[...] 4. Στις περιπτώσεις υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, όλα τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον.[...]».

11. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : [...] ι) τις απαιτούμενες εγγυήσεις, τον τύπο, τα ποσοστά, τον χρόνο υποβολής των εγγυήσεων, όλους τους σχετικούς όρους αυτών, καθώς και άλλες εξασφαλίσεις, εάν ζητούνται, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

12. Επειδή, το άρθρο 72 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν «εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το δύο τοις εκατό (2%) της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και

παράτασης της σύμβασης, με στρογγυλοποίηση στο δεύτερο δεκαδικό ψηφίο.[...]. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση[...]. Ως δε έχει κριθεί, 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 (ΕΑ ΣτΕ 259/2011, 386/2009, 803/2008)

13. Επειδή, το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α'36) και ισχύει εν προκειμένω ορίζει ότι : *«Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης»*. Κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο, ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή της αναθέτουσας αρχής να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείψεις δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα (ΣτΕ ΕπΑν 237/2021). Η ανωτέρω, όμως,

δυνατότητα συμπλήρωσης-διευκρίνησης προϋποθέτει αναγκαίως να έχει προηγηθεί σχετική απάντηση/εγγραφή στην προσφορά, που δεν ισχύει όμως σε περίπτωση παντελούς ελλείψεως ουσιωδών στοιχείων της προσφοράς (ΔεφΧανίων 18/2022), οπότε η συμπλήρωση αυτών θα συνιστούσε μεταγενέστερη (μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) τροποποίηση της προσφοράς που έχει υποβληθεί κατά καταστρατήγηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της νομιμότητας.

14. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της παρούσας προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «[...] 2.1.6 Εγγυήσεις [...]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 παρούσας 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 [...]Σχετικά υποδείγματα παρατίθενται στο Παράρτημα IV της παρούσας [...] 2.2.2 Εγγύηση συμμετοχής 2.2.2.1 Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των οκτώ χιλιάδων οκτακοσίων δύο ευρώ (8.802,00 €), η οποία αντιστοιχεί στο 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών

φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση [...] 2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: [...]β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης.[...] 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά : α) η οποία αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους[...] 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικώνσυμμετοχής, τεχνικής προσφοράς),[...] 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 την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης.[...] 3.1.1. Η αναθέτουσα αρχή κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητεί, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.[...] ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VI – Υποδείγματα Εγγυητικών Επιστολών Α. Υπόδειγμα Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής ΕΚΔΟΤΗΣ..... Ημερομηνία έκδοσης..... Προς: (Στοιχεία Αναθέτουσας Αρχής) ΕΓΓΥΗΤΙΚΗ ΕΠΙΣΤΟΛΗ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΑΡ. για ευρώ Έχουμε την τιμή να σας γνωρίσουμε ότι εγγυώμεθα δια της παρούσας

εγγυητικής επιστολής ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, παραιτούμενοι του δικαιώματος της διαιρέσεως και διζήσεως, υπέρ του: (i) [σε περίπτωση φυσικού προσώπου]: (ονοματεπώνυμο, πατρώνυμο) ΑΦΜ:(διεύθυνση)..... ή (ii) [σε περίπτωση νομικού προσώπου]: (πλήρη επωνυμία).....,ΑΦΜ..... (διεύθυνση..... ή (iii) [σε περίπτωση ένωσης ή κοινοπραξίας:] των φυσικών /νομικών προσώπων α) (πλήρη επωνυμία), ΑΦΜ:(διεύθυνση)..... β) (πλήρη επωνυμία), ΑΦΜ:(διεύθυνση).....γ) (πλήρη επωνυμία) ΑΦΜ: (διεύθυνση).....μελών της Ένωσης ή Κοινοπραξίας, ατομικά για κάθε ένα από αυτές και ως αλληλέγγυα και εις ολόκληρο υποχρεών μεταξύ τους εκ της ιδιότητάς τους ως μελών της Ένωσης ή Κοινοπραξίας}, και μέχρι του ποσού των ευρώ (..... €), για τη συμμετοχή του/τους εις το διενεργούμενο διαγωνισμό με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την, για την ανάδειξη αναδόχου για την ανάθεση της σύμβασης: «.....» προϋπολογισμού ευρώ, σύμφωνα με την υπ' αρ. /..... Διακήρυξή σας. Η παρούσα εγγύηση καλύπτει μόνο τις από την συμμετοχή εις τον ανωτέρω διαγωνισμό απορρέουσες υποχρεώσεις της εν λόγω εταιρείας (των μελών της Ένωσης / Κοινοπραξίας ατομικά για κάθε μια από αυτές και ως αλληλέγγυα και εις ολόκληρο υποχρεών μεταξύ τους εκ της ιδιότητάς τους ως μελών της Ένωσης/ Κοινοπραξίας καθ' όλο το χρόνο ισχύος της) [...]». Κατά δε τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, 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.ΣΤΕ2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, 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.

15. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του διότι δεν διαπιστώθηκε κάποια έλλειψη στην εγγυητική συμμετοχής του ως σύνολο, αλλά μόνο σε μία ενός μέλους, που προήλθε εκ αποκλειστικής παραδρομής στο πρόσωπο της εκδότριας τράπεζας, η δε επίμαχη εγγυητική περιλαμβάνει όλα εκείνα τα στοιχεία της έγκυρης εγγυητικής, μη δημιουργώντας την παραμικρή σύγχυση και ως προς την δέσμευση και ως προς την υποχρέωση της πληρωμής, γι' αυτό και η εκδότρια τράπεζα θεωρεί την εγγυητική ως ένα ενιαίο σύνολο. Περαιτέρω, κατά τον προσφεύγοντα η παράλειψη της εγγυητικής του ενός μέλους να αναφέρει ότι καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση δύναται να συμπληρωθεί δίχως να δημιουργεί πρόβλημα με τους συνυποψηφίους, κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή αποδεχόμενη την ύπαρξη τυπικής και επουσιώδους παράλειψης, τον κάλεσε προς παροχή διευκρινίσεων και ο ίδιος ανταποκρίθηκε εμπροθέσμως με την υποβολή της απάντησης της τράπεζας και εγγυητικής επιστολής υπέρ της συμμετέχουσας ένωσης, όμως, η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να λάβει υπόψιν της τα σχετικά έγγραφα.

16. Επειδή, στον όρο 2.2.2.1 της διακήρυξης ρητώς προβλέπεται ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής πρέπει να συνταχθεί κατά το υπόδειγμα του Παραρτήματος VI της διακήρυξης, σύμφωνα δε με τον όρο 2.2.2.1 της διακήρυξης, σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος αποτελεί ένωση προσώπων, η εγγυητική επιστολή συμμετοχής πρέπει να περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Παρόμοιος όρος περιλαμβάνεται επίσης στο υπόδειγμα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που παρατίθεται στο Παράρτημα VI της διακήρυξης και ειδικότερα, ως προς συμμετέχοντα που αποτελεί ένωση προσώπων, αναφέρεται ότι η εγγύηση καλύπτει τις από την

συμμετοχή εις τον ανωτέρω διαγωνισμό απορρέουσες υποχρεώσεις των μελών της Ένωσης ατομικά για κάθε μια από αυτές και ως αλληλέγγυα και εις ολόκληρο υπόχρεων μεταξύ τους εκ της ιδιότητάς τους ως μελών της Ένωσης καθ' όλο το χρόνο ισχύος της. Επομένως, δοθέντος ότι στον όρο 2.4.3 της διακήρυξης τίθεται η υποχρέωση η εγγυητική επιστολή συμμετοχής να έχει συνταχθεί κατά τα προβλεπόμενα στους όρους 2.1.5 και 2.2.2.1 της διακήρυξης, εφόσον η υποβληθείσα εγγυητική επιστολή συμμετέχοντος που αποτελεί ένωση προσώπων δεν πληροί τις απαιτήσεις των ως άνω όρων, συμπεριλαμβανομένης και της σχετικής περί κάλυψης των υποχρεώσεων όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς, ως σαφώς προβλέπεται στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης. Επισημαίνεται δε ότι, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 13, τυχόν κλήση διαγωνιζόμενου να συμπληρώσει, βάσει του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εγγυητική επιστολή που δεν καλύπτει τις απαιτήσεις διακήρυξης, δεν είναι νόμιμη, διότι τούτο θα συνεπαγόταν θεραπεία πλημμέλειας που επιφέρει αποκλεισμό δια της μεταγενέστερης το πρώτον πλήρωσης των όρων 2.1.5 και 2.2.2.1 της διακήρυξης αλλά και ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς του διαγωνιζόμενου.

17. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων που απαρτίζεται από τρία μέλη υπέβαλε με την προσφορά του τρεις εγγυητικές επιστολές συμμετοχής, μία από έκαστο μέλων, μεταξύ των οποίων και την υπ' αριθμ. «...» εγγυητική επιστολή συμμετοχής ποσού 2.435,50€ του μέλους του προσφεύγοντος «...» που εκδόθηκε από την Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος Α.Ε., στην οποία δεν περιλαμβάνεται ο όρος ότι καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στον προσφεύγοντα, ούτε έχει εκδοθεί υπερ της ένωσης και δη των τριών μελών που απαρτίζουν τον προσφεύγοντα, τουναντίον ρητώς αναφέρεται ότι έχει εκδοθεί μόνον υπέρ του οικονομικού φορέα «...» για τη συμμετοχή του στον υπό κρίση διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, βάσει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, αφενός μεν η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του προσφεύγοντος λόγω υποβολής εγγυητικής επιστολής που δεν καλύπτει τον

όρο 2.2.2.1 και το Παράρτημα VI της διακήρυξης, η δε από 26.09.2022 κλήση της αναθέτουσας αρχής προς τον προσφεύγοντα προς διευκρινίσεις, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, δεν είναι νόμιμη, τούτο όμως δεν επιδρά στο κύρος της προσβαλλόμενης, διότι εν τέλει με νόμιμη αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος. Αβασίμως ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο μη συμπεριληφθείς στην εγγυητική επιστολή του μέλους «...» όρος περί κάλυψης των υποχρεώσεων όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση δεν έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, δεδομένης της ρητής πρόβλεψης της σχετικής απαίτησης στον όρο 2.2.2.1 και το υπόδειγμα του Παραρτήματος VI της διακήρυξης. Εξάλλου, αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ότι οι λοιποί όροι της επίμαχης εγγυητικής επιστολής είναι ορθοί, ως και οι έτερες δύο υποβληθείσες εγγυητικές από τα μέλη του προσφεύγοντος, καθώς ουδόλως τούτο αναιρεί ή «θεραπεύει» την έλλειψη ουσιώδους όρου της εγγυητικής του οικονομικού φορέα «...», με αποτέλεσμα αυτή να μην δύναται να ληφθεί νομίμως υπόψιν και άρα ο προσφεύγων εν συνόλω να μην έχει καταθέσει τη ζητούμενη από τη διακήρυξη εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Ομοίως, αλυσιτελώς ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η έλλειψη της εγγυητικής του οικονομικού φορέα «...» οφείλεται σε παραδρομή της εκδότριας τράπεζας καθώς ο ίδιος φέρει την αποκλειστική ευθύνη για την ορθή υποβολή των εγγράφων της προσφοράς του και ως συνετός και επιμελής υποψήφιος όφειλε να είχε ελέγξει αν το περιεχόμενο έκαστης εγγυητικής επιστολής που προσκόμισε με την προσφορά του ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης. Όσον αφορά δε τις αιτιάσεις του προσφεύγοντος ότι η κλήση του προς διευκρινίσεις δεν οδήγησε σε αλλοίωση της προσφοράς του τυγχάνουν απορριπτέες ως προδήλως αβάσιμες, ενόψει των εκτεθέντων υπό σκέψη 13, αλλά ιδίως διότι, εν προκειμένω, ως ρητώς αναφέρεται στο υποβληθέν με τις διευκρινίσεις από 27.09.2022 έγγραφο της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος Α.Ε. τροποποιείται η κατατεθείσα με την προσφορά υπ' αριθμ. «...» εγγυητική επιστολή συμμετοχής ποσού 2.435,50€ του μέλους του προσφεύγοντος «....» ώστε πλέον να έχει εκδοθεί υπέρ της ένωσης και να καλύπτει τις υποχρεώσεις των μελών της ένωσης, ενόψει δε τούτου αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται

μεμονωμένες αποφάσεις της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ περί δήθεν δυνατότητας συμπλήρωσης της εγγυητικής του. Σημειωτέον ότι ουδόλως προκύπτει από το υπ' αριθμ. 1 Πρακτικό ότι η κλήση του προσφεύγοντος προς διευκρινίσεις έπεται της ολοκλήρωσης της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής του, ενώ άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται από τη γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού αλλά δύναται να αποκλίνει αιτιολογημένως από τη σχετική εισήγηση, σε κάθε δε περίπτωση, εν προκειμένω, αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ότι δεν λήφθηκαν υπόψιν από την αναθέτουσα αρχή τα συμπληρωματικά έγγραφα που υπέβαλε, δεδομένου ότι αφενός μεν η κλήση του προς διευκρινίσεις δεν ήταν νόμιμη, αφετέρου αν ήθελε αξιολογηθεί το από 27.09.2022 έγγραφο, τούτο, ως έχει ήδη εκτεθεί, επιφέρει ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς του. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και να καταπέσει το παράβολο κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου ποσού υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 17 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
α/α Βασιλική Παναγιωτίδου