

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 06 Οκτωβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 29.08.2022, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - ΕΑΔΗΣΥ 1198/29.08.2022 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «... ..» και τον διακριτικό τίτλο «... ..», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της - (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «... ..» και τον διακριτικό τίτλο «... ..», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../18.08.2022 Απόφαση (ΑΔΑ :....-....) της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής — κατ' αποδοχή του, από 19.08.2022, Πρακτικού ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού — η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «ΟΔΙΚΕΣ ΠΡΟΣΒΑΣΕΙΣ ΣΕ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ ΠΡΩΤΟΓΕΝΟΥΣ ΤΟΜΕΑ ΔΗΜΟΥ», προϋπολογισμού 4.572.580,65€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (... 2022-06-24 Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η Προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ 15.000,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 29.08.2022, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1198/29.08.2022, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής. όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 4.572.580,65€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Αρχής, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. .../2022 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: «ΕΓΚΡΙΣΗ 1ΟΥ ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ ΔΙΕΞΑΓΩΓΗΣ ΑΝΟΙΚΤΗΣ – ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΟΓΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΚΑΤΑΣΚΕΥΗΣ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ: «ΟΔΙΚΕΣ ΠΡΟΣΒΑΣΕΙΣ ΣΕ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ ΠΡΩΤΟΓΕΝΟΥΣ ΤΟΜΕΑ ΔΗΜΟΥ» ΣΥΝΟΛΙΚΟΥ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ: 5.670.000,00 € (ΜΕ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗ ΚΑΙ Φ.Π.Α.)», αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 19.08.2022.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμό ... Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή (2^η σε σειρά κατάταξης) με την προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Το δε έννομο συμφέρον της για την άσκηση της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής, θεμελιώνεται εν προκειμένω στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη Διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. .../2022 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, μη νομίμως έγινε δεκτή η Προσφορά της εταιρίας «... ..» (και ήδη παρεμβαίνουσας), με συνέπεια να αναδειχθεί (μη νομίμως) προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης, με ποσοστό έκπτωσης είκοσι οκτώ τοις εκατό και είκοσι οκτώ εκατοστά (28,28%).

Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «... Σύμφωνα με το από 09.08.2022 Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, που εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση με αρ. .../2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της, φέρεται να ανατίθεται μη νόμιμα το δημοπρατούμενο αντικείμενο στην εταιρεία, μολοντί, διαπιστώθηκε ότι η συγκεκριμένη

εταιρεία, δεν είχε προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή έως την 18.07.2022 και ώρα 10.00 π.μ., ήτοι έως την ημερομηνία αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή, και θα έπρεπε σύμφωνα με τη διακήρυξη και το νόμο, να κηρυχθεί η προσφορά της απαράδεκτη άνευ άλλου τινός. Ειδικότερα, όπως αναφέρεται στο ίδιο το Πρακτικό, διαπιστώθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού, την 18-7-2022, και μετά την 10.00 π.μ. όταν έλαβε χώρα η ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών, ότι έως εκείνη τη στιγμή, η εταιρεία, δεν είχε προσκομίσει το πρωτότυπο σώμα της εγγυητικής επιστολής, όπως απαιτούν οι προβλέψεις των άρθρων 3.5 περιπτ. (β) εδάφιο α και περιπτ. (η) της διακήρυξης, λαμβανομένου υπόψη ότι η εγγυητική επιστολή δεν είχε εκδοθεί ηλεκτρονικά, ήταν έγχαρτη, και η ανάρτησή της στο ΕΣΗΔΗΣ δεν κάλυπτε την απαίτηση παραδεκτής συμμετοχής. Περαιτέρω, από το ίδιο το Πρακτικό Ι, προέκυπτε ευθαρσώς, ότι η, πριν την ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών, δεν είχε αναρτήσει, όπως απαιτεί το άρθρο 3.5 περιπτ. (β) εδάφιο γ της διακήρυξης, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ούτε το σχετικό αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης /κατάθεσης υπηρεσιών ταχυδρομείου – ταχυμεταφοράς) προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της υποχρέωσής του περί εμπρόθεσμης προσκόμισης της εγγύησης. Αντίθετα, όπως δηλώνει ευθαρσώς, η Επιτροπή Διαγωνισμού, ΜΕΤΑ την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, και ενώ η προσφορά της ήταν απαράδεκτη, και είχε βληθεί η μυστικότητα των προσφορών και του αριθμού των συμμετεχόντων, η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατά παράβαση της διακήρυξης (άρθρο 3.5 περιπτ. (η) τελευταίο εδάφιο), αντί να χαρακτηρίσει ως απαράδεκτη τη προσφορά την την κάλεσε, μέσω του συστήματος «Επικοινωνία» να προσκομίσει το αποδεικτικό κατάθεσης της εγγυητικής στην εταιρεία ταχυμεταφορών. Χωρίς μάλιστα να αναφέρεται στο Πρακτικό ο χρόνος ανταπόκρισης από την ..., αναφέρεται γενικά και αόριστα, ότι ο οικονομικός φορέας «ενημέρωσε μέσω του συστήματος ότι η εγγυητική επιστολή απεστάλη προς την Υπηρεσία την Πέμπτη 14-7-22 και κατέθεσε τα αντίστοιχα αποδεικτικά» καθιστώντας ωστόσο, σε κάθε περίπτωση, σαφές πως η «ενημέρωση» αυτή έλαβε χώρα μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών. Αντί η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατ' εφαρμογή των άρθρων 3.5 περιπτ. [α] & [η] και 4.1 περιπτ. [γ]-ii της διακήρυξης να εισηγηθεί

την απόρριψη της προσφορά της ως απαράδεκτης, κατέταξε αυτή στον πίνακα μειοδοσίας και εισηγήθηκε στην Προϊσταμένη Αρχή την ανάδειξη αυτής προσωρινής αναδόχου, κατατάσσοντας την εταιρεία μας 2η στον πίνακα μειοδοσίας. Εν συνεχεία, με την προσβαλλόμενη υπ' αρ. 1199/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της (43ης συνεδρίασης – 2ο Θέμα), εγκρίθηκε το ως άνω 1ο Πρακτικό (Πρακτικό Ι) της Επιτροπής Διαγωνισμού, με το οποίο μη νόμιμα ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος – μειοδότρια η εταιρεία, σε βάρος της εταιρείας μας, η οποία εσφαλμένα κατετάγη 2η στο σχετικό πίνακα μειοδοσίας. [...] 10.2. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ/ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ - ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΑΠΟΔΟΧΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ

1ος λόγος Παράβαση όρων της διακήρυξης και του νόμου

Τόσο η Επιτροπή Διαγωνισμού όσο και η αναθέτουσα αρχή, έκαναν αποδεκτή την προσφορά της, παραβιάζοντας τους όρους της διακήρυξης, οι οποίοι προβλέπουν την απόρριψη προσφοράς του διαγωνιζομένου, ο οποίος έως την ημέρα και ώρα της αποσφράγισης των προσφορών δεν έχει προσκομίσει τις πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής. Ρητά μάλιστα για τις εγγυητικές επιστολές συμμετοχής, προβλέπει η διακήρυξη, ότι σε περίπτωση μη προσκόμισης στοιχείων που αφορούν την απόδειξη εμπρόθεσμης προσκόμισης εγγυητικής επιστολής πριν την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, η έλλειψη αυτή εμπρόθεσμης προσκόμισης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής δεν δύναται να συμπληρωθεί. Ειδικότερα: Το άρθρο 3.5 της διακήρυξης ορίζει ότι «3.5. Ο χρήστης – οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του υποσυστήματος, όπως περιγράφεται κατωτέρω: [...] β) Το αργότερο πριν από την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας, προσκομίζονται στην Αναθέτουσα Αρχή, με ευθύνη του οικονομικού φορέα οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλήν των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Οι ανωτέρω πρωτότυπες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής προσκομίζονται σε κλειστό φάκελο, στον οποίο αναγράφεται τουλάχιστον ο αποστολέας, τα στοιχεία του παρόντος διαγωνισμού και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού Η προσκόμιση των πρωτότυπων εγγυήσεων συμμετοχής πραγματοποιείται είτε με κατάθεση του ως άνω φακέλου στην υπηρεσία πρωτοκόλλου της

αναθέτουσας αρχής είτε με την αποστολή του ταχυδρομικώς επί αποδείξει. Το βάρος της απόδειξης της έγκαιρης παράδοσης φέρει ο οικονομικός φορέας. Το εμπρόθεσμο αποδεικνύεται με τον αριθμό πρωτοκόλλου είτε με την επίκληση του σχετικού αποδεικτού αποστολής ανά περίπτωση. Στην περίπτωση που επιλεγεί η αποστολή του φακέλου της εγγύησης συμμετοχής ταχυδρομικώς, ο οικονομικός φορέας αναρτά, εφόσον δεν διαθέτει αριθμό έγκαιρης εισαγωγής του φακέλου στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, το αργότερο έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία», το σχετικό αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης (αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου – ταχυμεταφορών), προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της υποχρέωσής του σχετικά με την (εμπρόθεσμη) προσκόμιση της εγγύησης συμμετοχής του στον παρόντα διαγωνισμό.» [...] η) Έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών προσκομίζονται, με ευθύνη του οικονομικού φορέα, στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε κλειστό φάκελο, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού του παρόντος διαγωνισμού, τυχόν στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς του, ήτοι των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά», τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπα ή ακριβή αντίγραφα. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά ενδεικτικά είναι: i) Η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής ,πλήν των περιπτώσεων που αυτή εκδίδεται ηλεκτρονικά, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4.1. γ) της παρούσας, [...] Σε περίπτωση μη υποβολής ενός ή περισσότερων από τα ως άνω στοιχεία και δικαιολογητικά που υποβάλλονται σε έντυπη μορφή, πλην της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, δύνανται να συμπληρώνονται και να υποβάλλονται σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016”

Το άρθρο 4.1. γ της διακήρυξης στην υποπαράγραφο ii) όπου αναφέρεται στις οφειλόμενες ενέργειες της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφέρει για τις υποχρεώσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού αυτολεξεί «γ) Μετά την ως άνω αποσφράγιση, και πριν από την έκδοση οποιασδήποτε απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της παρούσας, η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει στις ακόλουθες ενέργειες: [...] ii) Ελέγχει αν προσκομίστηκαν οι

απαιτούμενες πρωτότυπες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής σύμφωνα με την παρ. 3.5 περ. β του άρθρου 3 της παρούσας. Η προσφορά οικονομικού φορέα που παρέλειψε είτε να προσκομίσει την απαιτούμενη πρωτότυπη εγγύηση συμμετοχής, σε περίπτωση υποβολής έγχαρτης εγγύησης συμμετοχής, είτε να υποβάλλει την απαιτούμενη εγγύηση ηλεκτρονικής έκδοσης στον οικείο ηλεκτρονικό (υπό)-φάκελο μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία συντάσσει πρακτικό, στο οποίο περιλαμβάνονται τα αποτελέσματα του ανωτέρω ελέγχου και υποβάλλεις την αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, μέσω της λειτουργίας “επικοινωνία” του υποσυστήματος, προς έγκριση για τη λήψη απόφασης απόρριψης της προσφοράς, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72 του ν.4412.2016. Μετά την έκδοση της απόφαση έγκρισης του ανωτέρω πρακτικού για την απόρριψη της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση σε όλους τους προσφέροντες. Η απόφαση απόρριψης της προσφοράς εκδίδεται πριν από την έκδοση οποιασδήποτε άλλης απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της παρούσας διαδικασίας.».

Το άρθρο 18 της διακήρυξης ορίζει ως ημερομηνία και ώρα αποσφράγισής των προσφορών την 18η Ιουλίου και ώρα 10.00 π.μ. Το άρθρο 72 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ορίζει ότι Εγγυήσεις - Εξουσιοδοτική διάταξη «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. [...]. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, οι οποίες διενεργούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται, με ευθύνη του οικονομικού φορέα, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Η προσφορά οικονομικού φορέα που παρέλειψε να προσκομίσει την απαιτούμενη από τα έγγραφα της σύμβασης εγγύηση συμμετοχής απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από

γνώμη του αρμόδιου συλλογικού οργάνου. Η απόφαση απόρριψης της προσφοράς του προηγούμενου εδαφίου εκδίδεται πριν από την έκδοση οποιασδήποτε άλλης απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της οικείας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης».

Από τα ανωτέρω, προκύπτει ευθαρσώς, πως η, όφειλε επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς της, να έχει μεριμνήσει με δική της ευθύνη, να έχει κατατεθεί – προσκομιστεί στην Επιτροπή Διαγωνισμού πριν την 18.07.2022 και ώρας 10.00 π.μ. η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, καθώς δεν είχε εκδώσει ηλεκτρονική εγγυητική επιστολή στον υπόψη διαγωνισμό και δεν την κάλυπτε η ανάρτηση σκαναρισμένου αντιγράφου της έγχαρτης εγγυητικής επιστολής. Περαιτέρω, έχοντας η ίδια η συμμετέχουσα (και όχι η Επιτροπή Διαγωνισμού) το – επί ποινή απαραδέκτου βάρος απόδειξης της έγκαιρης προσκόμισης της εγγύησης συμμετοχής, όφειλε να έχει αναρτήσει πριν από την ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών, το σχετικό αποδεικτό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου-ταχυμεταφορών, όπως απαιτεί το άρθρο 3.5 περιπτ. [β] εδάφιο τελευταίο της διακήρυξης. Τούτο προεχόντως διότι η ίδια επέλεξε (α) να μην εκδώσει ηλεκτρονική ψηφιακή εγγυητική επιστολή ή/και (b) να μην πρωτοκολλήσει στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής το πρωτότυπο της έγχαρτης εγγυητικής επιστολής .

Όπως ρητά δε ορίζει το άρθρο 3.5 περιπτ. [η] της διακήρυξης (σελ. 8) η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή υποβάλλεται έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών και δεν δύναται να συμπληρωθεί εκ των υστέρων, η μη έγκαιρη υποβολή της, κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016, σε αντίθεση με τα άλλα λοιπά δικαιολογητικά. Κατά παράβαση όλων των ανωτέρω, τόσο η Επιτροπή Διαγωνισμού όσο και η αναθέτουσα αρχή, παραβίασαν τις κανονιστικές διατάξεις της διακήρυξης, με το να κάνουν αποδεκτή και να μην κηρύξουν απαράδεκτη την προσφορά της, όταν την 18.07.2022, και ώρα 10.00 π.μ. μετά την αποσφράγιση των προσφορών διαπίστωσαν ότι δεν είχε προσκομιστεί η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής ούτε είχε αναρτηθεί πριν την ώρα αποσφράγισης, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της λειτουργίας «επικοινωνίας», το αποδεικτικό έγκαιρης κατάθεσης σε ταχυμεταφορές. Η Επιτροπή Διαγωνισμού κατά παράβαση των υποχρεώσεων της για - άνευ άλλου τινός - απόρριψη της

προσφοράς της ως απαράδεκτης, όχι μόνο παρέλειψε να εκδώσει απόφαση απόρριψης ΠΡΙΝ από οτιδήποτε άλλο, αλλά προχώρησε σε αξιολόγηση της προσφοράς, υποκατέστησε τον εν λόγω οικονομικό φορέα στις υποχρεώσεις του, προσκαλώντας αυτόν ανεπίτρεπτα να προσκομίσει αποδεικτικά έγκαιρης προσκόμισης εγγυητικής επιστολής μετά την αποσφράγιση των προσφορών, και εξέδωσε γνωμοδότηση αξιολογώντας της προσφορά της, μαζί με όλες τις υπόλοιπες προσφορές και δη τη δική μας που ήταν παραδεκτή.

[...[Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τουλάχιστον τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπουν, με τον τρόπο, στον τόπο και χρόνο που ορίζεται από τη διακήρυξη, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Εν προκειμένω, κατά τα ανωτέρω αναλυτικά αναφερόμενα η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά παράβαση της διακήρυξης και του νόμου ενέκρινε το Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού και την ανακήρυξη της ως προσωρινού αναδόχου, μολοντί η προσφορά του δεν πληρούσε τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Κατά τούτο, οι πράξεις, αποφάσεις και παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής και της Επιτροπής Διαγωνισμού, στερούνται νομιμότητας και πρέπει να ακυρωθούν.

2ος λόγος Παράβαση των αρχών της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας

... Ήτοι, η αναθέτουσα αρχή έχει υποχρέωση απαρέγκλιτης τήρησης των όρων της διακήρυξης, και δεν δύναται να τους «ελαστικοποιεί» εκ των υστέρων υπέρ του ενός διαγωνιζόμενου και σε βάρος έτερου αφού αποσφραγίζονται οι προσφορές. Εν προκειμένω η Επιτροπή Διαγωνισμού, παραβίασε την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, εισάγοντας ευνοϊκή μεταχείριση υπέρ της και σε βάρος όλων των υπολοίπων διαγωνιζομένων και πρωτίστως της δικής μας εταιρείας, η οποία ήταν η 1η σε σειρά μειοδοσίας μεταξύ των παραδεκτών προσφορών. Εν προκειμένω, η, έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών δεν είχε ΟΥΤΕ καταθέσει στην αναθέτουσα αρχή την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή, ΟΥΤΕ είχε αναρτήσει στον

ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το σχετικό αποδεικτικό που να αποδεικνύει την εμπρόθεσμη κατάθεση της εγγυητικής επιστολής σε ταχυμεταφορές. Συνεπώς σύμφωνα με τα άρθρα 3.5 περιπτ. [β] (σελ.7), περιπτ. [η] και 4.1.[γ] όφειλε – προς πάσης άλλης ενέργειας - να απορριφθεί η προσφορά της ως απαράδεκτη, πριν από οτιδήποτε άλλο, και δη πριν την αξιολόγηση των υπόλοιπων προσφορών και πριν την κατάρτισή του πίνακα μειοδοσίας. Ήτοι, η εταιρεία ..., δεν έπρεπε καν να ενταχθεί στον πίνακα μειοδοσίας. Τούτο προεχόντως διότι η, εξ' αρχής απαράδεκτη προσφορά ένεκα μη έγκαιρης προσκόμισης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, ΔΕΝ ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ στη διαγωνιστική διαδικασία, και δεν αξιολογείται μαζί με τις υπόλοιπες προσφορές. Ρητά δε η διακήρυξη, και ο νόμος (άρθρο 72 παρ. 1 του ν. 4412/2016) επιφυλάσσουν πλήρως απαράδεκτο της προσφοράς από τη μη έγκαιρη προσκόμιση της εγγυητικής επιστολής πριν την ώρα αποσφράγισης, το οποίο μάλιστα, κατ' εξαίρεση και σε αντιδιαστολή με τα υπόλοιπα δικαιολογητικά δεν δύναται να συμπληρωθεί. Τούτο είναι απολύτως εύλογο, διότι η άρση της μυστικότητας των συμμετεχόντων (αριθμού και ονομάτων αυτών) που λαμβάνει χώρα με την αποσφράγιση των μυστικών και ηλεκτρονικά υποβληθέντων προσφορών, δύναται να οδηγήσει σε συμπαιγνίες και σε εν τοις πράγμασι εκ των υστέρων «απόσυρση» προσφορών δια της μη υποβολής της πρωτότυπης έγχαρτης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η κατάπτωση της οποίας αποτελεί την «ποινή» της εκ των υστέρων απόσυρσης της προσφοράς. Προς αποφυγή δημιουργίας υπόνοιας αδιαφανών ενεργειών και συμπαιγνιών ο νόμος και η διακήρυξη προέβλεψαν το απολύτως απαράδεκτο και μη ιάσιμο της προσφοράς, αναφορικά με την μη έγκαιρη προσκόμιση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Η Επιτροπή Διαγωνισμού και η προσβαλλόμενη απόφαση κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας, αλλά και της αυστηρά τυπικής διαδικασίας που έθεσε η διακήρυξη και ο νόμος, όχι μόνο χαρακτήρισαν παραδεκτή την προσφορά κατά παράβαση της διακήρυξης, αλλά προχώρησαν και σε κατάταξη της στον πίνακα μειοδοσίας, αίροντας την μυστικότητα του διαγωνισμού και καλώντας την μετά την αποσφράγιση των προσφορών σε υποβολή αποδεικτικού εμπρόθεσμης προσκόμισης εγγυητικής επιστολής. Κατ' αυτό τον τρόπο, ευνοώντας μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή την, μας μεταχειρίστηκε άνισα, υπό την έννοια της εξίσωσης της δικής μας παραδεκτής προσφοράς με την

απαράδεκτη προσφορά της ανακηρυχθείσας προσωρινής μειοδότης, η οποία ανακηρύχθηκε προσωρινή μειοδότη σε βάρος μας. Κατά τούτο πρέπει να ακυρωθούν οι μη νόμιμες πράξεις, αποφάσεις και παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής. [...]».

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (08.09.2022), ήτοι, εννέα (09) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στις 29.08.2022 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεύει δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η οικονομική της προσφορά και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης του εν λόγω Διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει τα εξής: «... Με την υπ' αριθ. ... 2022-06-24 Διακήρυξη η Περιφέρεια προκήρυξε δημόσιο μειοδοτικό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης του έργου με τίτλο «ΟΔΙΚΕΣ ΠΡΟΣΒΑΣΕΙΣ ΣΕ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ ΠΡΩΤΟΓΕΝΟΥΣ ΤΟΜΕΑ ΔΗΜΟΥ». Με το άρθρο 18 της Διακηρύξεως ορίστηκε ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών η 14η Ιουλίου 2022, ημέρα Πέμπτη, και ώρα 10:00 π.μ. και ως ημερομηνία και ώρα **ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η 18η Ιουλίου 2022, ημέρα Δευτέρα, και ώρα 10:00 π.μ.** Στον ως άνω διαγωνισμό λάβαμε μέρος, μεταξύ τεσσάρων (4) οικονομικών φορέων, υποβάλλοντας την προσφορά μας στις 13 Ιουλίου 2022, ημέρα Τετάρτη, και ώρα 14:51:38. Μαζί με την οικονομική προσφορά μας και το ΕΕΕΣ υποβάλαμε, ηλεκτρονικά, «σκαναρισμένο» αντίγραφο της υπ' αριθ. .../13.7.2022 εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της Τράπεζας ALPHA BANK, ποσού 91.452,00 ευρώ, σύμφωνα με το άρθρο 15.1 της Διακηρύξεως (βλ. αμέσως κατωτέρω:) 5 Την επομένη (14 Ιουλίου 2022, ημέρα Πέμπτη) παραδώσαμε στην εταιρία ταχυμεταφορών την πρωτότυπη υπ' αριθ.

... εγγυητική επιστολή προκειμένου να κατατεθεί στο πρωτόκολλο της
την επομένη, 15 Ιουλίου 2022, ημέρα Παρασκευή (βλ. αμέσως κατωτέρω:)
Από σφάλμα της ανωτέρω εταιρίας ταχυμεταφορών ο φάκελος με την
εγγυητική επιστολή στάλθηκε πρώτα στην ..., με αποτέλεσμα να παραδοθεί
στο τοπικό γραφείο της ... το Σάββατο 16 Ιουλίου 2022, ημέρα κατά την οποία
τα γραφεία της ήταν κλειστά. Τελικώς, η πρωτότυπη υπ' αριθ. ...
εγγυητική επιστολή παραδόθηκε στην τη Δευτέρα 18 Ιουλίου 2022 και
ώρα 11:24 π.μ. (βλ. αμέσως κατωτέρω:)

6 2. Την ίδια ημέρα (Δευτέρα 18 Ιουλίου 2022) και ώρα 10:00 π.μ. συνεδρίασε
η ορισθείσα Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία ενήργησε τα ακόλουθα, όπως
προκύπτει από το σχετικό από 9.8.2022 Πρακτικό της: «Στην ... σήμερα την
18η Ιουλίου 2022 ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:00 π.μ. συνήλθαν σε δημόσια
συνεδρίαση στα γραφεία της Δ/νσης Τεχνικών Έργων Π.Ε. ... οι: που
αποτελούν την Επιτροπή Διαγωνισμού για την ανοιχτή ηλεκτρονική διαδικασία
του ανωτέρου έργου σύμφωνα με την αρ. .../22 Απόφαση της Οικονομικής
Επιτροπής της Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των ηλεκτρονικών
προσφορών ήταν η ημέρα Πέμπτη 14- 07-2022 και ώρα 10:00 π.μ. και
υποβλήθηκαν τέσσερις (4) προσφορές.

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗΣ ΑΠΟΣΦΡΑΓΙΣΗΣ ΚΑΙ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΤΩΝ
ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ:** Ο Πρόεδρος και τα μέλη της Επιτροπής, με τη χρήση των
προσωπικών κωδικών τους, προέβησαν σε ηλεκτρονική αποσφράγιση του
υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και του υποφακέλου «Οικονομική
Προσφορά» όλων των συμμετεχόντων. Κατά τον έλεγχο των πρωτότυπων
εγγυητικών επιστολών συμμετοχής σύμφωνα με την παράγραφο 4.1 περ. γii)
της διακήρυξης, διαπιστώθηκε ότι ο φορέας δεν προσκόμισε την
πρωτότυπη εγγυητική συμμετοχής παρότι στο σύστημα ΕΣΗΔΗΣ ήταν
ανηρτημένη. Στην συνέχεια η επιτροπή διαγωνισμού, μέσω της
«Επικοινωνίας» απέστειλε μήνυμα στον φορέα, με το οποίο ζητήθηκε το
αποδεικτικό κατάθεσης της εγγυητικής στην εταιρεία ταχυμεταφορών. Η
ενημέρωσε μέσω του συστήματος ότι η εγγυητική απεστάλη προς την
Υπηρεσία μας την Πέμπτη 14-7-2022 και κατέθεσε τα αντίστοιχα αποδεικτικά.
**Η εγγυητική παραδόθηκε στην υπηρεσία στις 11:30πμ με το αριθμ πρωτ.
114899/18-7-22.** Η επιτροπή αποφάσισε να κάνει δεκτή την εγγυητική
συμμετοχής του φορέα

Στη συνέχεια παρήχθη από το σύστημα ο παρακάτω πίνακας συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας, ο οποίος και απεστάλη σε όλους τους συμμετέχοντες. Η Επιτροπή Διαγωνισμού κατά σειρά μειοδοσίας προέβη σε έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης (έλεγχος ομαλότητας), βάσει της παραγωγής σχετικού ψηφιακού αρχείου μέσα από το υποσύστημα. Για την εφαρμογή του ελέγχου ομαλότητας χρησιμοποιήθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού η μέση έκπτωση προσφοράς (Εμ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 95 και 98 του Ν.4412/2016. Από τον έλεγχο διαπιστώθηκε η ομαλότητα όλων των οικονομικών προσφορών. Στη συνέχεια η Επιτροπή Διαγωνισμού έλεγξε τα δικαιολογητικά συμμετοχής του άρθρου 24.2 της παρούσας κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη, συγκεκριμένα ελέγχθηκε το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) και οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής, εκ των οποίων μία ήταν ηλεκτρονική και η οποία ελέγχθηκε ηλεκτρονικά μέσω του «e-εγκυρότητα» του ΤΜΕΔΕ, ενώ για τις άλλες τρεις έντυπες βεβαιώθηκε η εγκυρότητα τους έπειτα από αλληλογραφία με τις τράπεζες. Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου η επιτροπή διαπίστωσε ότι: Οι προσφορές των τεσσάρων (4) οικονομικών φορέων γίνονται αποδεκτές».

8 Τέλος, και δεδομένου ότι η οικονομική προσφορά μας κατετάγη πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε, με το από 9.8.2022 Πρακτικό της, την ανάθεση της σύμβασης στην Εταιρία μας. Το ως άνω Πρακτικό εγκρίθηκε ομόφωνα με την υπ' αριθ. 1199/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της 3. Στις 29.8.2022 λάβαμε γνώση τής, ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., από 29.8.2022 προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας κατά της υπ' αριθ. 1199/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, η εταιρία ζητά την ακύρωση της ανωτέρω υπ' αριθ. .../2022 απόφασης προβάλλοντας ότι: «τόσο η Επιτροπή Διαγωνισμού όσο και η αναθέτουσα αρχή, παραβίασαν τις κανονιστικές διατάξεις της διακήρυξης, με το να κάνουν αποδεκτή και να μην κηρύξουν απαράδεκτη την προσφορά της, όταν την 18.07.2022, και ώρα 10.00 π.μ. μετά την αποσφράγιση των προσφορών διαπίστωσαν ότι δεν είχε προσκομιστεί η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής ούτε είχε αναρτηθεί πριν την ώρα αποσφράγισης, στον

ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της λειτουργίας «επικοινωνίας», το αποδεικτικό έγκαιρης κατάθεσης σε ταχυμεταφορές».

II. Προς απόρριψη της ως άνω από 29. 8. 2022 προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας σημειώνουμε τα ακόλουθα:

1. Με τη Διακήρυξη του υπόψη διαγωνισμού ορίστηκαν, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Άρθρο 3: Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς 3.1..... 3.2 β) Το αργότερο πριν από την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας, προσκομίζονται στην Αναθέτουσα Αρχή, με ευθύνη του οικονομικού φορέα, οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Οι ανωτέρω πρωτότυπες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής προσκομίζονται σε κλειστό φάκελο, στον οποίο αναγράφεται τουλάχιστον ο αποστολέας, τα στοιχεία του παρόντος διαγωνισμού και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού. Η προσκόμιση των πρωτότυπων εγγυήσεων συμμετοχής πραγματοποιείται είτε με κατάθεση του ως άνω φακέλου στην υπηρεσία πρωτοκόλλου της αναθέτουσας αρχής είτε με την αποστολή του ταχυδρομικώς, επί αποδείξει. Το βάρος απόδειξης της έγκαιρης προσκόμισης φέρει ο οικονομικός φορέας. η) Έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών προσκομίζονται με ευθύνη του οικονομικού φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε κλειστό φάκελο, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού του παρόντος διαγωνισμού, τυχόν στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς του, ήτοι των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά», τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπα ή ακριβή αντίγραφα. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά ενδεικτικά είναι :

i) η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, πλην των περιπτώσεων που αυτή εκδίδεται ηλεκτρονικά, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.1.γ) της παρούσας, ii) αυτά που δεν υπάγονται στις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999, (ενδεικτικά συμβολαιογραφικές ένορκες βεβαιώσεις ή λοιπά συμβολαιογραφικά έγγραφα), iii) ιδιωτικά έγγραφα τα οποία δεν έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο ή δεν φέρουν θεώρηση από υπηρεσίες

2. Από τις ανωτέρω διατάξεις της Διακήρυξης προκύπτουν τα εξής: α) Ότι ο συμμετέχων στον διαγωνισμό οικονομικός φορέας οφείλει, επί ποινή αποκλεισμού, ι) να έχει εκδώσει την εγγυητική επιστολή συμμετοχής είτε αυτή είναι ηλεκτρονική είτε έγχαρτη το αργότερο «μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών» και ιι) να συμπεριλάβει σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)* την εγγυητική επιστολή συμμετοχής στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» (βλ. άρθρα 3.2.α και 3.5.α σε συνδυασμό με άρθρο 24.2 και άρθρο 4.1.γ.ii της Διακήρυξης). β) Ότι ο συμμετέχων στον διαγωνισμό οικονομικός φορέας οφείλει, επί ποινή αποκλεισμού, να προσκομίσει τον φάκελο με την πρωτότυπη έγχαρτη εγγυητική επιστολή συμμετοχής το αργότερο πριν από την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στο άρθρο 18 της διακήρυξης. Ως «προσκόμιση της εγγυητικής επιστολής» νοείται είτε η κατάθεση του σχετικού φακέλου στην υπηρεσία πρωτοκόλλου της αναθέτουσας αρχής είτε η αποστολή του ταχυδρομικώς, επί αποδείξει (άρθρο 3.5.β της Διακηρύξεως).

γ) Ότι στην περίπτωση που επιλεγεί η αποστολή του φακέλου της εγγύησης συμμετοχής ταχυδρομικώς ο οικονομικός φορέας οφείλει να αναρτήσει, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία», το σχετικό αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσία ταχυδρομείου – ταχυμεταφορών εφόσον δεν διαθέτει, έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, αριθμό έγκαιρης εισαγωγής του φακέλου του στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής (άρθρο 3.5.β της Διακηρύξεως). Πρέπει να σημειωθεί, εν προκειμένω, ότι εφόσον ο υπάλληλος της υπηρεσίας ταχυδρομείου – ταχυμεταφορών έχει τη δυνατότητα να καταθέσει τον φάκελο με την πρωτότυπη έγχαρτη εγγυητική επιστολή συμμετοχής στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, η γνώση του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα ότι δεν κατέστη εφικτή η έγκαιρη εισαγωγή του φακέλου του στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής (σ.σ. του οποίου φακέλου η διακίνηση και παράδοση στον αρμόδιο υπάλληλο δεν εξαρτάται από τον διαγωνιζόμενο) θα έπεται, κατά λογική ακολουθία, της ώρας αποσφράγισης των προσφορών.

δ) Ότι στην περίπτωση που, ενώ ο διαγωνιζόμενος έχει συμπεριλάβει σε μορφή αρχείου *PDF* την εγγυητική επιστολή συμμετοχής στον (υπο)φάκελο με

την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», διαπιστώνεται ότι δεν περιήλθε στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής ο φάκελος με την πρωτότυπη έγχαρτη εγγυητική επιστολή, η επιτροπή διαγωνισμού οφείλει να καλέσει τον διαγωνιζόμενο να αναρτήσει, «μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία», το σχετικό αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης (αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου - ταχυμεταφορών)».

Τούτο προκύπτει και από τη διάταξη του άρθρου 3.5.η της Διακηρύξεως, σύμφωνα με την οποία κάθε έντυπο στοιχείο της ηλεκτρονικής προσφοράς του διαγωνιζομένου, ήτοι των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά», το οποίο, ενώ έπρεπε να προσκομισθεί (σε πρωτότυπο ή ακριβές αντίγραφο) έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, δεν προσκομίστηκε, δύναται να υποβληθεί εκ των υστέρων σε εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, εκτός της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής. Δεδομένου ότι η Διακήρυξη προβλέπει, όπως σημειώνεται ανωτέρω, την περίπτωση που παραδεκτώς η πρωτότυπη εγγύηση συμμετοχής περιέρχεται στην αναθέτουσα αρχή σε χρόνο μεταγενέστερο της ημέρας και ώρας αποσφράγισης των προσφορών (δηλ. όταν αποδεδειγμένα έχει παραδοθεί εγκαίρως σε υπηρεσία ταχυδρομείου – ταχυμεταφορών), η έννοια της διατάξεως του άρθρου 3.5.η της Διακηρύξεως είναι ότι η πρωτότυπη εγγύηση συμμετοχής θα πρέπει να έχει εκδοθεί το αργότερο την ημέρα υποβολής των προσφορών και θα πρέπει να έχει παραδοθεί στην υπηρεσία ταχυδρομείου – ταχυμεταφορών πριν την ημέρα αποσφράγισης των προσφορών και ότι τυχόν παράλειψη ως προς τον χρόνο έκδοσης ή παράδοσης της εγγυητικής δεν θεραπεύεται βάσει των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016.

ε) Τέλος, ότι η διάταξη του άρθρου 3.5.β της Διακηρύξεως, ότι «Στην περίπτωση που επιλεγεί η αποστολή του φακέλου της εγγύησης συμμετοχής ταχυδρομικώς, ο οικονομικός φορέας αναρτά, εφόσον δεν διαθέτει αριθμό έγκαιρης εισαγωγής του φακέλου του στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, το αργότερο έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία», το σχετικό αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης (αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου - ταχυμεταφορών), προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της υποχρέωσής του σχετικά με την (εμπρόθεσμη) προσκόμιση της

εγγύησης συμμετοχής του στον παρόντα διαγωνισμό», δεν έχει την έννοια που της αποδίδει η υπό κρίση προσφυγή, ότι δηλ. «το σχετικό αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης (αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου – ταχυμεταφορών» πρέπει να αναρτηθεί «το αργότερο έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών» αλλά ότι αυτό πρέπει να αναρτηθεί εφόσον «το αργότερο έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών» ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας «δεν διαθέτει αριθμό έγκαιρης εισαγωγής του φακέλου του στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής» και, επομένως, μετά την παρέλευση του χρόνου που ορίστηκε για την αποσφράγιση των προσφορών, αφού έως «την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών», ο υπάλληλος της εταιρίας ταχυδρομείου – ταχυμεταφορών παραδεκτώς καταθέτει τον φάκελο με την εγγυητική στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής. Εξάλλου, εάν ήθελε ο συντάκτης της ως άνω διάταξης την ερμηνεία που της αποδίδει η προσφεύγουσα θα τη διατύπωνε ως εξής: «Στην περίπτωση που επιλεγεί η αποστολή του φακέλου της εγγύησης συμμετοχής ταχυδρομικώς, ο οικονομικός φορέας αναρτά, εφόσον δεν διαθέτει αριθμό έγκαιρης εισαγωγής του φακέλου του στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, το σχετικό αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης (αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου - ταχυμεταφορών), το αργότερο έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία», προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της υποχρέωσής του σχετικά με την (εμπρόθεσμη) προσκόμιση της εγγύησης συμμετοχής του στον παρόντα διαγωνισμό» ή «Στην περίπτωση που επιλεγεί η αποστολή του φακέλου της εγγύησης συμμετοχής ταχυδρομικώς, ο οικονομικός φορέας, εφόσον δεν διαθέτει αριθμό έγκαιρης εισαγωγής του φακέλου του στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, αναρτά, το αργότερο έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία», το σχετικό αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης (αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου - ταχυμεταφορών), προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της υποχρέωσής του σχετικά με την (εμπρόθεσμη) προσκόμιση της εγγύησης συμμετοχής του στον παρόντα διαγωνισμό».

Στην προκειμένη περίπτωση, όπως βεβαιώνεται στο από 9.8.2022 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού: α) εκδώσαμε εγκαίρως την κατάλληλη εγγυητική επιστολή συμμετοχής και την συμπεριλάβαμε σε μορφή αρχείου PDF στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», β) παραδώσαμε εγκαίρως την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή στην εταιρία ταχυμεταφορών, η οποία από δική της αποκλειστικά υπαιτιότητα απέτυχε να την παραδώσει πριν το χρονικό σημείο αποσφράγισης των προσφορών, γ) ανταποκριθήκαμε άμεσα στη σχετική ειδοποίηση της Επιτροπής Διαγωνισμού και αναρτήσαμε τα αποδεικτικά έγκαιρης παράδοσης της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής στην εταιρία ταχυμεταφορών και δ) από την Επιτροπή Διαγωνισμού τηρήθηκε απόλυτα η προβλεπόμενη στον νόμο και τη διακήρυξη διαδικασία αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών αφού, όπως βεβαιώνεται στο σχετικό Πρακτικό της, «παρήχθη από το σύστημα ο πίνακας συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας» (και ακολούθησαν οι λοιποί έλεγχοι των προσφορών και δικαιολογητικών συμμετοχής) ΜΕΤΑ τη διαδικασία επαλήθευσης της εμπρόθεσμης προσκόμισης της εγγύησης συμμετοχής, και, επομένως, αλυσιτελώς και αβασίμως προβάλλονται ισχυρισμοί περί παραβίασης της μυστικότητας και άνισης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. [...]».

8. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. .../09.09.2022 έγγραφο Απόψεων της αναθέτουσας αρχής αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή τα εξής: «[...] Κατά τη συνεδρίαση της Επιτροπής Διαγωνισμού και τον έλεγχο των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής παραδόθηκε στην Επιτροπή Διαγωνισμού από τη γραμματεία της Υπηρεσίας αίτηση της ... Α.Τ.Ε., με την πρωτότυπη εγγυητική συμμετοχή, με αριθμό πρωτοκόλλου .../18- 07-2022 και ώρα 11.39 π.μ. Από την Επιτροπή Δημοπρασίας αποφασίστηκε να ζητηθούν διευκρινίσεις από την μέσω του συστήματος της «Επικοινωνίας» και ζητήθηκε το αποδεικτικό κατάθεσης της πρωτότυπης εγγυητικής στην εταιρεία ταχυμεταφορών, ώστε να φαίνεται ο χρόνος αποστολής της στην Υπηρεσία. Ο οικονομικός φορέας απάντησε με μήνυμα του και απέστειλε τα αποδεικτικά κατάθεσης της εγγυητικής στην εταιρεία μεταφορών «... ..» στα οποία φαίνεται ότι ο φάκελος με την πρωτότυπη εγγυητική παραλήφθηκε από την εταιρεία μεταφορών την Πέμπτη 14-07-2022, ώρα 6.54μ.μ. και

παραδόθηκε στη Γραμματεία της Υπηρεσίας τη Δευτέρα 18/07/2022 και ώρα 11.24π.μ. Η Επιτροπή Διαγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη όλα τα παραπάνω και την αρχή της αναλογικότητας αποφάσισε να κάνει δεκτή την προσφορά της, καταγράφοντας αναλυτικά στο Πρακτικό I τις ενέργειές της για να λάβουν γνώση όλοι οι συμμετέχοντες. Στη συνέχεια παρήχθη ο παρακάτω πίνακας συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας, ο οποίος κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες και στην Αναθέτουσα Αρχή: [...]».

9. Επειδή, στις 14.09.2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, όπου αναφέρει τα κάτωθι: «... Συμπληρωματικά προς την προδικαστική προσφυγή μας, σε σχέση με τις απόψεις της υπηρεσίας και τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, επαγόμαστε τα εξής:

1. Προ πάσης άλλης αναφοράς, επισημαίνουμε ότι η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της δεν αναφέρει το παραμικρό για την παράβαση των όρων της διακήρυξης και του νόμου, για τα οποία ζητάμε την ακύρωση της απόφασής της περί αποδοχής της προσφοράς της Αντίθετα, από τα στοιχεία που προσκομίζει αποδεικνύεται πανηγυρικά και συνομολογείται ότι την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, η, δεν είχε καταθέσει στο πρωτόκολλο της υπηρεσίας ούτε την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή, ούτε είχε αναρτήσει στον ιστότοπο του διαγωνισμού αποδεικτικό εμπρόθεσμης παράδοσης του πρωτοτύπου της εγγυητικής επιστολής σε εταιρεία ταχυμεταφορών. Αντίθετα, συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή, ότι η εγγυητική επιστολή παραδόθηκε στις 11.39 π.μ. δηλαδή 1 ½ και πλέον ώρα μετά την προκαθορισμένη ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών και αφού αυτές είχαν αποσφραγισθεί. Επίσης, συνομολογείται ότι όχι μόνο η διαγωνιζόμενη παρέλειψε, κατά παράβαση του όρου της διακήρυξης [που απαιτεί (διαζευκτικά) από μέρους της εκάστης διαγωνιζόμενης, με δική της ευθύνη και μέριμνα, είτε πρωτοκόλληση του φακέλου προσφοράς με την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, είτε ανάρτηση μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του σχετικού αποδεικτικού κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυμεταφορών πριν την ημέρα και ώρα αποσφράγισης], να ενημερώσει- πριν την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών - την αναθέτουσα αρχή περί της εμπρόθεσμης κατάθεσης -

παράδοσης του πρωτοτύπου της εγγυητικής επιστολής, αλλά αφού διαγνώσθηκε αυτή η παράληψη από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η τελευταία, αντί να αποκλείσει, άνευ άλλου τινός, ως απαράδεκτη την προσφορά της, ως όφειλε κατ' άρθρο 3.5 (α) εδαφ. πρώτο της διακήρυξης και κατ' άρθρο 72 παρ.1 του ν. 4412/2016, πριν την έκδοση οιασδήποτε άλλης απόφασης, την κάλεσε σε συμπλήρωση. Επ' αυτού η αναθέτουσα αρχή, στις απόψεις της δεν επικαλείται το παραμικρό κάνοντας μία γενική μνεία στην «αρχή της αναλογικότητας», και παραγνωρίζοντας την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της υποχρέωσης τήρησης των όρων που έχουν τεθεί εξ' αρχής με τη διακήρυξη και διέπουν το διαγωνισμό. Όπως η ίδια η αναθέτουσα αρχή, συνομολογεί με τις απόψεις της, όλοι ο υπόλοιποι οικονομικοί φορείς που δεν κατέθεσαν ηλεκτρονική εγγυητική επιστολή, ήτοι η εταιρεία μας και η εταιρεία, μερίμνησαν και πρωτοκόλλησαν ήδη από την 15.07.2022 τα πρωτότυπα σώματα των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής στο πρωτόκολλο της υπηρεσίας. Ομοίως η εταιρεία, προσκόμισε ηλεκτρονική εγγυητική επιστολή συμμετοχής, χωρίς να υφίσταται υποχρέωση πρωτοκόλλησης εξ' αυτού του λόγου. Ήτοι, όλοι οι υπόλοιποι διαγωνιζόμενοι τήρησαν επ' ακριβώς τους όρους της διακήρυξης. Κατά άνιση μεταχείριση σε βάρος των υπόλοιπων διαγωνιζομένων, και αφού είχε βληθεί η μυστικότητα του αριθμού συμμετεχόντων η Επιτροπή Διαγωνισμού, μην έχοντας εις χείρας της πρωτότυπη εγγυητική επιστολή της, ούτε αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης, παρείχε μη νόμιμα δικαίωμα στην, να διορθώσει εκ των υστέρων, το απαράδεκτο της προσφοράς της, και να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, προσκομίζοντας εκ των υστέρων στοιχεία που αφορούσαν την εγγυητική επιστολή συμμετοχής, για την οποία ρητά προβλέπεται ότι δεν χωρεί συμπλήρωση, μετά την αποσφράγιση των προσφορών. Κατ' αυτό τον τρόπο, προσβλήθηκε βάναυσα η συμμετοχή μας στο διαγωνισμό, καθόσον δεν ανακηρυχθήκαμε προσωρινός ανάδοχος, επειδή κατά παράβαση της διακήρυξης, έγινε αποδεκτή απαράδεκτη προσφορά.

2. Συναφώς, οι ισχυρισμοί και οι αιτιάσεις της παρεμβαίνουσας, είναι αβάσιμοι και ερείδονται σε προσπάθεια παρερμηνείας των όρων της διακήρυξης. Καταρχήν, η παρεμβαίνουσα στην σελίδα 13 στο σημείο (γ) της παρέμβασής της παρερμηνεύει και διαστρεβλώνει το νόημα και τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Η διακήρυξη, ορίζει μεν ότι στην περίπτωση που ο

οικονομικός φορέας επιλέξει να αποστείλει το φάκελο συμμετοχής ταχυδρομικά οφείλει να αναρτήσει μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία», το σχετικό αποδεικτικό κατάθεσης, απαιτεί όμως επιπλέον (γεγονός που αποσιωπάτε στην παρέμβαση) το αποδεικτικό αυτό να έχει αναρτηθεί, το αργότερο έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της υποχρέωσης του σχετικά με την εμπρόθεσμη προσκόμιση εγγύησης επιστολής συμμετοχής . Η πρόσθετη αυτή απαίτηση της διακήρυξης, σχετικά με το χρόνο ανάρτησης του αποδεικτικού παράδοσης του πρωτοτύπου της εγγυητικής συμμετοχής σε εταιρεία ταχυμεταφοράς, έχει μείζονα σημασία, διότι άλλως κατά τη διακήρυξη και το νόμο η προσφορά (βλ. άρθρο 3.5. περιπτ. η' διακήρυξης – 72 παρ.1 ν. 4412/2016) απορρίπτεται ως απαράδεκτη, καθώς στην περίπτωση της έλλειψης της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής δεν εφαρμόζεται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως ευθαρσώς αναφέρει το άρθρο 3.4 (η) στην τελευταία πρόταση της σελίδας 8 της διακήρυξης. Επιπλέον είναι αβάσιμο και παρελκυστικό το επιχείρημα της παρεμβαίνουσας (βλ. σελ. 13 παρέμβασης) ότι δήθεν «η γνώση του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα ότι δεν κατέστη εφικτή η έγκαιρη εισαγωγή του φακέλου στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής (σ.σ. του οποίου φακέλου η διακίνηση και παράδοση στον αρμόδιο υπάλληλο δεν εξαρτάται από τον διαγωνιζόμενο) θα έπεται, κατά λογική ακολουθία, της ώρας αποσφράγισης των προσφορών». Τούτο για δύο λόγους: Α. ο διαγωνιζόμενος έχει την ευθύνη της επιλογής του τρόπου προσκόμισης της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής στην αναθέτουσα αρχή, και ομοίως φέρει τον κίνδυνο της έγκαιρης παράδοσης και της απόδειξης της έγκαιρης παράδοσης. Δεν τον έχει η υπηρεσία ταχυμεταφοράς. Συνεπώς, ο ίδιος επέλεξε να μην πρωτοκολλήσει δια φυσικής παρουσίας την έγχαρτη εγγυητική επιστολή, όπως έκαναν οι δύο έτεροι διαγωνιζόμενοι, ο ίδιος επέλεξε να μην εκδώσει ηλεκτρονική εγγυητική επιστολή (οπότε δεν θα χρειαζόταν κανενός είδους πρωτοκόλληση ή ανάρτηση), και ο ίδιος επέλεξε την αποστολή με υπηρεσία ταχυμεταφορών, και δεν μερίμνησε να αναρτήσει το αποδεικτικό έγκαιρης παράδοσης πριν την αποσφράγιση των προσφορών. Συνεπώς, δική του αποκλειστικά είναι η ευθύνη που κατέστησε απαράδεκτη την προσφορά του, και ουχί της

φερόμενης αδυναμίας γνώσης του πότε παραδίδει ο υπάλληλος της εταιρείας ταχυμεταφοράς.

Β. Όπως πανηγυρικά, αποδεικνύεται από την παρέμβαση, στην οποία ο παρεμβαίνων παρουσιάζει ως εκτύπωση οθόνης (print screen) την ηλεκτρονική παρακολούθηση της αποστολής της προσφοράς του μέσω της «... ..», είχε ανά πάση στιγμή εικόνα και πρόσβαση της πορείας παράδοσης της εγγυητικής επιστολής. Συνεπώς, γνώριζε (και σε κάθε περίπτωση όφειλε να γνωρίζει), ακόμη και την 18.07.2022 πρωινή, από το ηλεκτρονικό σύστημα ιχνηλάτησης, ότι δεν είχε παραδοθεί το πρωτότυπο εγγυητικής επιστολής πριν την αποσφράγιση των προσφορών [το ίδιο μπορούσε να πράξει και με απλή τηλεφωνική κλήση προς την εταιρεία ταχυμεταφορών ή/και το πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής]. Από δική του δε παράλειψη και ευθύνη δεν ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού, το αποδεικτικό εμπρόθεσμης παράδοσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής πριν την προκαθορισμένη και σταθερή ώρα και ημέρα αποσφράγισης των προσφορών. Το δε επιχείρημα του παρεμβαίνοντος ότι δεν μπορούσε να γνωρίζει «αν την τελευταία στιγμή» θα παρέδιδε την προσφορά εμπρόθεσμα ο υπάλληλος της υπηρεσίας ταχυμεταφορών, είναι αβάσιμο. Τούτο προεχόντως διότι, η διακήρυξη είναι απολύτως σαφής. Απαιτεί, ανάρτηση στον «επικοινωνία» του διαγωνισμού, του αποδεικτικού ταχυμεταφοράς, πριν την ώρα αποσφράγισης των προσφορών.

Γ. Η παρερμηνεία των όρων της διακήρυξης, που επιχειρεί η παρεμβαίνουσα, προσβάλλει την αρχή του πραγματικού και υγιούς ανταγωνισμού. Τούτο διότι καταλήγει στο να αποσφραγίζονται οι προσφορές των συμμετεχόντων, να προσβάλλεται η μυστικότητα αυτών καθ' αυτών των προσφορών και του αριθμού των συμμετεχόντων, και να καθίσταται επιτρεπτή η εκ των υστέρων προσκόμιση της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής από διαγωνιζόμενο που δεν έχει προσκομίσει αυτήν, και ο οποίος μπορεί να επιλέξει και να μην την προσκομίσει, παρέχοντας σχετική εντολή στον ταχυμεταφορέα που έχει επιλέξει και με τον οποίο συνεργάζεται.

Δ. Το επιχείρημα της παρεμβαίνουσας ότι εφαρμόζεται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, για την περίπτωση της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής και της – πριν την αποσφράγιση των προσφορών απόδειξης της - είναι απολύτως αβάσιμο. Τόσο ο νόμος, όσο και η διακήρυξη, απαιτούν κατάθεση της

πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής πριν την αποσφράγιση των προσφορών. Προς διευκόλυνση των διαγωνιζομένων, για τις περιπτώσεις ταχυδρομικής αποστολής της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής απαιτούν επιπλέον, πριν την αποσφράγιση των προσφορών απόδειξη της έγκαιρης ταχυδρόμησης της εγγυητικής επιστολής. Αυτά ορίζονται ρητά στο άρθρο 3.5 περίπτ. Β, όπου ευθαρσώς αναφέρεται ότι «το βάρος απόδειξης της έγκαιρης προσκόμισης φέρει ο οικονομικός φορέας». Συνεπώς, είναι αβάσιμης ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι δύναται να εφαρμοσθεί στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016 στην περίπτωση της, όταν κατά την αποσφράγιση των προσφορών, δεν τήρησε καμία από τις απαιτήσεις της διακήρυξης σχετικά με την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Ε. Η αναφορά δε στο κατά την παρεμβαίνουσα «λεκτικό» της διακήρυξης, είναι αβάσιμη και συνιστά έμμεση, εκ των υστέρων απαράδεκτη, αμφισβήτηση των όρων της διακήρυξης τους οποίους έχει αποδεχθεί ανεπιφύλακτα. Οι όροι της διακήρυξης απαιτούσαν, επί ποινή απαραδέκτου προσκόμιση πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής πριν την αποσφράγιση των προσφορών, άλλως ανάρτηση στον τόπο «επικοινωνία», πριν την αποσφράγιση των προσφορών, του αποδεικτικού έγκαιρης παράδοσης της εγγυητικής επιστολής σε εταιρεία ταχυμεταφορών. Οι όροι αυτοί ήταν ξεκάθαροι, κατανοητοί από όλους, έγιναν αποδεκτοί δια της ανεπιφύλακτης συμμετοχής όλων, της παρεμβαίνουσας περιλαμβανομένης, και η εκ των υστέρων παράθεση «προτάσεων λεκτικού» από την παρεμβαίνουσα, για το τι κατανοεί και τι φραστικό θα έπρεπε να ακολουθεί η διακήρυξη κατά την άποψή της για να αποκλειστεί, στερούνται βασιμότητας, συνιστούν δε απαράδεκτη εκ των υστέρων αμφισβήτηση όρων της διακήρυξης. Κατόπιν των ανωτέρω, επειδή οι αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας, στερούνται βασιμότητας. [...]».

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), 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). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C19/00 Siac Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

11. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως, πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale-Bau, σκέψη 91· ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

12. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SPA και Mantovani, σκέψη 76 • ΔΕΕ Απόφαση της 14.02.2008, Υπόθεση C-450/06, Varec SA κατά État belge, σκέψη 35 • ΔΕΕ Απόφαση της 21.02.2008, Υπόθεση C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 2 • ΔΕΕ Απόφαση της 19.05.2009,

Υπόθεση C-538/07 Assitur Srl, σκέψεις 25 και 26 • ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, Υπόθεση C-549/10, Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκέψεις 17 και επόμενες).

13. Επειδή, ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του Διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων. Άλλωστε οι απαραίτητες ικανότητες των υποψηφίων αποδεικνύονται με την προσκόμιση δικαιολογητικών που ορίζονται από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή.

14. Επειδή, σύμφωνα με τις αρχές της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, κατά το πνεύμα, τόσο της ενωσιακής, 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 στον 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 (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες Προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει, μεταξύ άλλων, ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 25 και ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovenko a.s. κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους, στους οποίους η

ίδια υποβλήθηκε (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 27).

15. Επειδή, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, οπότε τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν στον 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, Δημήτριος Ι. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Σάκκουλας, 2017, σελ. 195-197).

16. Επειδή, 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, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. Αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, 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 προσφοράς (βλ. σχετικές Αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

17. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017,

1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ, 319).

18. Επειδή, οι αρχές της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, «Γενικό Διοικητικό Δίκαιο», Αθήνα Κομοτηνή 2004, σ. 191).

19. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

Α) Από τη σαφή γραμματική διατύπωση του επίμαχου άρθρου 3.5. περ. β της Διακήρυξης, που δεν καταλείπει αμφιβολίες επί του περιεχομένου στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΕ, προκύπτουν τα εξής:

α) Για την παραδεκτή συμμετοχή τους στον ένδικο Διαγωνισμό, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς ήταν υποχρεωμένοι - το αργότερο πριν από την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών - να προσκομίσουν στην αναθέτουσα αρχή τις **πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής**, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, άλλως, η προσφορά τους απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

β) Η προσκόμιση των πρωτότυπων εγγυήσεων συμμετοχής πραγματοποιείται, είτε με κατάθεση φακέλου στην Υπηρεσία πρωτοκόλλου της αναθέτουσας αρχής, είτε με την αποστολή του φακέλου ταχυδρομικώς επί αποδείξει, ενώ το βάρος απόδειξης της έγκαιρης παράδοσης φέρει ο οικονομικός φορέας.

γ) Το εμπρόθεσμο της σχετικής παράδοσης αποδεικνύεται, είτε με τον αριθμό πρωτοκόλλου που δόθηκε από την αρμόδια Υπηρεσία της αναθέτουσας αρχής, είτε με την επίκληση του σχετικού αποδεικτού αποστολής, ανά περίπτωση.

δ) Σε περίπτωση που ο υποψήφιος επιλέξει την ταχυδρομική αποστολή, υποχρεούται, **το αργότερο έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών**, μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ να αναρτήσει το σχετικό αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης (**αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου – ταχυμεταφορών**), προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της υποχρέωσής του σχετικά με την εμπρόθεσμη προσκόμιση της εγγύησης συμμετοχής του στον υπόψη Διαγωνισμό.

Β) Από την εξέταση του οικείου φακέλου προκύπτει ότι, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η καθής η Προσφυγή δεν προσκόμισε το πρωτότυπο σώμα της εγγυητικής επιστολής, έως την 18.07.2022 και ώρα 10.00 π.μ., ήτοι, έως την ημερομηνία αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών και ως εκ τούτου, η Προσφορά της θα έπρεπε, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, να είχε απορριφθεί, απορριπτομένων ως αβάσιμων των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος, σύμφωνα με τους οποίους, η Προσφορά του είναι ορθή, διότι δήθεν προσκόμισε το σκαναρισμένο αντίγραφο της υπ' αριθ. .../13.07.2022 έγχαρτης επιστολής συμμετοχής της Τράπεζας «ALPHA BANK», ποσού 91.452,00 ευρώ στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής». Και τούτο, διότι, κατά το σαφές γράμμα της επίμαχης διάταξης, για την παραδεκτή συμμετοχή στον υπόψη Διαγωνισμό απαιτείται (επί ποινή αποκλεισμού) η προσκόμιση της πρωτότυπης (έγχαρτης) εγγυητικής επιστολής και ουχί του σκαναρισμένου αντιγράφου της. Η ανωτέρω πλημμέλεια της εξεταζόμενης Προσφοράς επιβεβαιώνεται και από το περιεχόμενο του συμπροσβαλλόμενου Πρακτικού Ι, από το οποίο προκύπτει ότι την 18.07.2022, και μετά την 10.00 π.μ., όταν δηλαδή έλαβε χώρα η ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, η εταιρία «... ..» δεν είχε προσκομίσει το πρωτότυπο σώμα της εγγυητικής επιστολής, όπως απαιτούν οι διατάξεις των άρθρων 3.5 περ. β εδάφιο α και περ. η της Διακήρυξης. Υπενθυμίζεται, επίσης, ότι στο άρθρο 3.5 περ. η της ένδικης Διακήρυξης ορίζεται ρητώς και σαφώς, ότι η μη έγκαιρη υποβολή της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής, δεν δύναται να «θεραπευθεί» σε μεταγενέστερο χρόνο, δυνάμει του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016. Ως ειδικότερα ορίζεται στο άρθρο 3.5 της Διακήρυξης: «Σε περίπτωση μη υποβολής ενός η περισσότερων από τα ως άνω στοιχεία και δικαιολογητικά

*που υποβάλλονται σε έντυπη μορφή, **πλην της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής**, δύνανται να συμπληρώνονται και να υποβάλλονται σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016».*

Περαιτέρω, από το ίδιο το σώμα του Πρακτικού Ι, προκύπτει σαφώς ότι πριν από την ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, η εν λόγω εταιρία δεν είχε αναρτήσει, το ζητούμενο -επί ποινή απόρριψης της προσφοράς- στο άρθρο 3.5 περ. β εδάφιο γ της Διακήρυξης, αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης/κατάθεσης υπηρεσιών ταχυδρομείου – ταχυμεταφοράς, προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της υποχρέωσής της περί εμπρόθεσμης προσκόμισης της επίμαχης εγγύησης.

Θα πρέπει μάλιστα να σημειωθεί ότι, λόγω της σαφήνειας των επίμαχων όρων της Διακήρυξης, αλυσιτελώς προβάλλεται από τον παρεμβαίνοντα, ότι η παράλειψη ανάρτησης (στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) του αποδεικτικού αποστολής της εγγυητικής επιστολής σε εταιρία ταχυμεταφορών, δεν οφείλεται σε δική της υπαιτιότητα, διότι δήθεν παρέδωσε εγκαίρως (14.07.2022) στην εταιρία «.... ...», την πρωτότυπη, υπ' αριθμ. .../13.07.2022 εγγυητική επιστολή, για να την καταθέσει στο Πρωτόκολλο της την επόμενη ημέρα, ήτοι, την 15 Ιουλίου 2022, ωστόσο, από σφάλμα της εταιρίας αυτής, ο σχετικός φάκελος εστάλη πρώτα στην ..., με συνέπεια, να παραδοθεί στο αρμόδιο, τοπικό γραφείο της ..., το Σάββατο 16 Ιουλίου 2022, ήτοι, σε ημέρα κατά την οποία τα γραφεία της, ήταν κλειστά. Και τούτο, διότι, κατά παράβαση της ένδικης Διακήρυξης, η πρωτότυπη, υπ' αριθ. .../13.07.2022 εγγυητική επιστολή παραδόθηκε εν τέλει στην Περιφέρεια (τοπικό γραφείο ...), τη Δευτέρα 18 Ιουλίου 2022 **και ώρα 11:24 π.μ.**, ήτοι, μετά την καθορισμένη - επί ποινή αποκλεισμού - ώρα αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών και συνεπώς, εκπροθέσμως, η δε πλημμέλεια αυτή, συνεπάγεται, άνευ άλλου τινός, την απόρριψη της συγκεκριμένης Προσφοράς (βλ. άρ. 3.5. και 4.1. της Διακήρυξης).

Επιπροσθέτως, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τους οποίους, το πραγματικό νόημα της διατάξεως του άρθρου 3.5. περ. β της Διακήρυξης «...είναι ότι η πρωτότυπη εγγύηση συμμετοχής θα πρέπει να έχει εκδοθεί το αργότερο την ημέρα υποβολής των προσφορών και θα πρέπει να έχει παραδοθεί στην υπηρεσία ταχυδρομείου – ταχυμεταφορών πριν την ημέρα αποσφράγισης των προσφορών...», θα πρέπει να απορριφθούν ως

καθόλα αόριστοι και συνεπώς, ως απαράδεκτοι. Εξάλλου, από τη Διακήρυξη προκύπτει σαφώς ότι για το παραδεκτό της Προσφοράς, κρίσιμη, εν προκειμένω, είναι **μόνο η έγκαιρη (έως την 18.07.2022 και ώρα 10.00 π.μ.) ανάρτηση των αποδεικτικών παράδοσης της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής σε εταιρία ταχυμεταφορών** και όχι η τυχόν έκδοση της εγγυητικής επιστολής ή η τυχόν παράδοση της εγγυητικής επιστολής σε εταιρία ταχυμεταφορών προ της καθοριζόμενης ημερομηνίας και ώρας αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών (18.07.2022 και ώρα 10.00 π.μ), ως αβασίμως και περαιτέρω, απαραδέκτως υποστηρίζει ο παρεμβαίνων. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα, συνάγεται ότι η καθής η Προσφυγή - η οποία σημειωτέον επέλεξε να μην εκδώσει ηλεκτρονική/ψηφιακή εγγυητική επιστολή ή να μην πρωτοκολλήσει στην Υπηρεσία πρωτοκόλλου της αναθέτουσας αρχής το πρωτότυπο της έγχαρτης εγγυητικής επιστολής, αλλά επέλεξε την ταχυδρομική αποστολή, όφειλε να είχε μεριμνήσει για την έγκαιρη ανάρτηση του αποδεικτικού στοιχείου παράδοσης της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής σε εταιρία ταχυμεταφορών στο ηλεκτρονικό σύστημα Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ (λειτουργικότητα «Επικοινωνία»), διότι, κατά τους όρους της επίμαχης Διακήρυξης, ο διαγωνιζόμενος φέρει το βάρος απόδειξης της έγκαιρης παράδοσης του ως άνω αποδεικτικού στοιχείου (βλ. άρ. 3.5. περ. β).

Επίσης, απορρίπτονται οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, κατά τους οποίους, η Επιτροπή Διαγωνισμού ενήργησε λαμβάνοντας υπόψη της την αρχή της αναλογικότητας, αφού, κατά πάγια νομολογία, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, της αναλογικότητας, αλλά και της επιείκειας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ήτοι, της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, το πότε και το πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, «Γενικό Διοικητικό Δίκαιο», Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σελ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης, όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και τη Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

Γ) Για τους ανωτέρω λόγους και δοθέντος ότι **ο χρόνος ανάρτησης του αποδεικτικού παράδοσης** του πρωτοτύπου της εγγυητικής συμμετοχής σε

εταιρία ταχυμεταφορών ορίζεται ρητώς και σαφώς στην ένδικη Διακήρυξη (βλ. άρ. 3.5., όπου ορίζεται ότι: «...Στην περίπτωση που επιλεγεί η αποστολή του φακέλου της εγγύησης συμμετοχής ταχυδρομικώς, ο οικονομικός φορέας αναρτά, εφόσον δεν διαθέτει αριθμό έγκαιρης εισαγωγής του φακέλου στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, **το αργότερο** έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία», το σχετικό αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης (αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου – ταχυμεταφορών), προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της υποχρέωσής του...», μη νομίμως κλήθηκε η καθής η Προσφυγή, όπως προσκομίσει το αποδεικτικό κατάθεσης της εγγυητικής επιστολής στην εταιρία ταχυμεταφορών, ΜΕΤΑ την ρητώς καθοριζόμενη στη Διακήρυξη ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών.

Επίσης, θα πρέπει να σημειωθεί ότι ουδόλως ασκεί επιρροή στις ως άνω διαπιστώσεις, το γεγονός ότι, ως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της: «...Η Επιτροπή Διαγωνισμού επικοινωνήσε με τους εκδότες που αναγράφονται στις εγγυητικές επιστολές, διαπίστωσε την εγκυρότητά τους και συνέταξε το Πρακτικό Ι με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον προσωρινό μειοδότη «...»...». Τουναντίον, από την επισκόπηση του εγγράφου Απόψεων της αναθέτουσας αρχής προς την ΕΑΔΗΣΥ, προκύπτει ότι η οικεία Περιφέρεια συνομολογεί ότι την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, η εταιρία «... ...», όχι μόνο δεν είχε καταθέσει στο πρωτόκολλο της Υπηρεσίας την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή, αλλά δεν είχε αναρτήσει, ως έδει, στον ιστότοπο του Διαγωνισμού, το αποδεικτικό εμπρόθεσμης παράδοσης του πρωτοτύπου της εγγυητικής επιστολής σε εταιρία ταχυμεταφορών.

Τέλος, υπενθυμίζεται (βλ. σκέψεις 13, 14 και 16 της παρούσας Απόφασης), ότι, σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία, προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στον Διαγωνισμό, ενώ δεν είναι νόμιμη η διόρθωση της Προσφοράς, όταν έχει ως συνέπεια τη μεταγενέστερη αντικατάσταση/προσκόμιση το

πρώτον ουσιώδους εγγράφου, κατά τρόπο ώστε να αίρεται το απαράδεκτο της Προσφοράς της αιτούσης (βλ., μεταξύ πολλών, ΕΑ ΣτΕ 117/2019).

Με βάση το σύνολο των προλεχθέντων και λαμβανομένου υπόψη ότι, εν προκειμένω, παρά τους σαφείς όρους της ένδικης Διακήρυξης ως προς το υπό εξέταση ζήτημα, η καθής η Προσφυγή δεν υπέβαλε (στην αρμόδια Υπηρεσία της αναθέτουσας αρχής) την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή στον χρόνο που ορίζεται στη Διακήρυξη, αλλά και περαιτέρω, αφής στιγμής επέλεξε την ταχυδρομική αποστολή, δεν υπέβαλε εγκαίρως και δη, στον χρόνο που ορίζεται στο άρ. 3.5. της Διακήρυξης, το αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης/κατάθεσης υπηρεσιών ταχυδρομείου – ταχυμεταφοράς, στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, προκειμένου να ενημερωθεί η αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της επίμαχης υποχρέωσης, μη νομίμως και δη, κατά παράβαση του άρθρου 4.1. της Διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι: «...γ) Μετά την ως άνω αποσφράγιση, και πριν από την έκδοση οποιασδήποτε απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της παρούσας, η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει στις ακόλουθες ενέργειες: [...] ii) Ελέγχει αν προσκομίστηκαν οι απαιτούμενες πρωτότυπες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής σύμφωνα με την παρ. 3.5 περ. β του άρθρου 3 της παρούσας...», έγινε δεκτή η Προσφορά της (παραβίαση απαράβατων όρων της Διακήρυξης). Εξάλλου, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των Αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής και επομένως, ο μοναδικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και αντίστοιχα, θα πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα Παρέμβαση.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .../2022 Απόφαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής – κατ' αποδοχή του, από 19.08.2022, Πρακτικού ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού – η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «ΟΔΙΚΕΣ ΠΡΟΣΒΑΣΕΙΣ ΣΕ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ ΠΡΩΤΟΓΕΝΟΥΣ ΤΟΜΕΑ ΔΗΜΟΥ ... Π.Ε. ...» (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...), κατά το μέρος που έκανε δεκτή την Προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «... ...» και τον δ.τ. «... ...» και ανέδειξε αυτήν προσωρινό μειοδότη της προς ανάθεση σύμβασης, σύμφωνα με το αναλυτικό σκεπτικό της παρούσας Απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ 15.000,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 06 Οκτωβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 21 Οκτωβρίου 2022, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ