

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 15-11-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση στη θέση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 11-10-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1925/12-10-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 1-10-2021 και από 27/09/2021 απόφασης της διοικούσας επιτροπής του κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά του για τα είδη 27, 28, 29, 30, 31 και 32, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 24.193,56 ευρώ, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 538.965,86 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στις 31-5-2021 στην ΕΕΕΕ και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 4-6-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 19-10-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 25-10-2021 υπόμνημά του, κατά παρέκταση στην επόμενη εργάσιμη, από την 24-10-2021.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ., ποσού Ευρώ 600.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως

και μετ' εννόμου συμφέροντος η από 11-10-2021 προσφυγές κατά της από 1-10-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών και οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος απεκλείσθη. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη με την εξής, κατά το επικυρωθέν δια της προσβαλλομένης, πρακτικό οργάνου αξιολόγησης, αιτιολογία «Από τον ως άνω έλεγχο διαπιστώθηκε ότι στην εγγυητική επιστολή του Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. με αριθμό: και αναφορικά με τον όρο παράτασης ισχύος της εγγύησης, υπάρχει ο περιορισμός περί συναίνεσης του υπέρ ου και συγκεκριμένα στην ως άνω εγγυητική επιστολή αναφέρεται: «Αποδεχόμαστε να παρατείνουμε την ισχύ της εγγύησης ύστερα από έγγραφό σας, συνοδευόμενο από συναίνεση του υπέρ ...», ενώ ο όρος IV της παραγράφου 7.2.3 της υπ' αριθμ. διακήρυξης, ο οποίος ισχύει επί ποινή απαραδέκτου, ορίζει: «Ο εκδότης της εγγύησης υποχρεούται να προβεί στην παράταση της ισχύος της εγγύησης μετά από έγγραφο της αρμόδιας υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής, που θα υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγύησης». Η προϋπόθεση περί συναίνεσης του υπέρ ου για την παράταση ισχύος της εγγύησης δεν είναι σύμφωνη με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη και ως εκ τούτου, η Επιτροπή απορρίπτει την προσφορά της ως άνω εταιρείας και αποφασίζει να μην προχωρήσει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς αυτής.». Κατά το άρ. 7.1 της διακήρυξης, που ορίζει ότι «7.1. Οι εγγυήσεις εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α'13), που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου, ή στα κράτη-μέλη της Συμφωνίας Δημοσίων Συμβάσεων και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Δύνανται, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε., ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού.» (ομοίως και το άρ. 5.1 της διακήρυξης «(1) Εγγυητική

Επιστολή Συμμετοχής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Άρθρο 7 παρ.7.2. της παρούσας. Η εγγυητική επιστολή συμμετοχής υποβάλλεται από τον προσφέροντα ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου pdf. και προσκομίζεται από αυτόν υποχρεωτικά στην Αρμόδια Υπηρεσία Διεξαγωγής του Διαγωνισμού σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή της προσφοράς του. Επισημαίνεται ότι η εν λόγω υποχρέωση δεν ισχύει για τις εγγυήσεις ηλεκτρονικής έκδοσης (π.χ. εγγυήσεις του Τ.Μ.Ε.Δ.Ε.), οι οποίες φέρουν προηγμένη ψηφιακή υπογραφή.»), ρητά προκύπτει πως επιτρεπτά υποβάλλονται ως εγγυητικές συμμετοχής, ηλεκτρονικές εγγυητικές του ΤΜΕΔΕ, εκδιδόμενες μέσω του οικείου συστήματος και ηλεκτρονικής υπηρεσίας του ΤΜΕΔΕ, βάσει του προδιατυπωμένου και προκαθορισμένου περιεχομένου της εγγυητικής που εκδίδει το τελευταίο. Το περιεχόμενο αυτό, όπως και η ως άνω εγγυητική του προσφεύγοντος εκ του ΤΜΕΔΕ περιλαμβάνει, αναφέρει μεταξύ άλλων ότι «Αποδεχόμαστε να παρατείνουμε την ισχύ της εγγύησης, ύστερα από έγγραφό σας, συνοδευόμενο από συναίνεση του υπερού, με την προϋπόθεση ότι το αίτημα σας θα μας υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγυητικής». Συνεπώς, η επίμαχη εγγύηση συμμετοχής, της οποίας σημειώνεται ότι η διάρκεια ισχύος ανέρχεται σε 330 ημέρες το οποίο υπερβαίνει κατά πολύ τον απαιτούμενο από τη διακήρυξη, όρο 7.2.2, χρόνο ισχύος αυτής ανερχόμενο σε επτά μήνες, περιλαμβάνει την προβλεπόμενη στον όρο 7.2.3.IV («IV. Ο εκδότης της εγγύησης υποχρεούται να προβεί στην παράταση της ισχύος της εγγύησης μετά από έγγραφο της αρμόδιας υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής, που θα υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγύησης.») της διακήρυξης ανάληψη υποχρέωσης παράτασης της ισχύος της, υπό την αίρεση όμως της συναίνεσης του παρεμβαίνοντος. Σημειωτέον ότι, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων και έχει ήδη επιβεβαιωθεί κατόπιν διευκρινιστικού ερωτήματος έτερου Κλιμακίου στο πλαίσιο προηγούμενης εξέτασης ακριβώς του ιδίου ζητήματος κατά την εξέταση προηγούμενης προσφυγής (ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ 1560/2020, σκ. 38) στο Τμήμα Εκδόσεων Ηλεκτρονικών Εγγυητικών Επιστολών του ΤΜΕΔΕ, ο συγκεκριμένος όρος

περιλαμβάνεται στο προκαθορισμένο περιεχόμενο των ηλεκτρονικών εγγυητικών επιστολών που εκδίδει το ΤΜΕΔΕ και δεν δύναται να απαλειφθεί ή τροποποιηθεί κατόπιν αιτήματος διαγωνιζόμενου. Περαιτέρω, ο όρος 13 της διακήρυξης, ορίζει σχετικά με τον χρόνο ισχύος προσφορών και την παράταση του τα εξής «ΑΡΘΡΟ 13. ΧΡΟΝΟΣ ΙΣΧΥΟΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ Οι προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους συμμετέχοντες για έξι (6) μήνες τουλάχιστον, από την επομένη της διενέργειας του διαγωνισμού. Προσφορά που ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο του προβλεπόμενου από τη διακήρυξη, απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Η ισχύς της προσφοράς δύναται να παρατείνεται εγγράφως, εφόσον τούτο ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, πριν από τη λήξη της, κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με το προβλεπόμενο από τη διακήρυξη. Εάν οι διαγωνιζόμενοι κληθούν να παρατείνουν την ισχύ των προσφορών τους κατάτα ανωτέρω και αποδεχθούν την παράταση, οι προσφορές τους ισχύουν και τους δεσμεύουν και για το επιπλέον αυτό χρονικό διάστημα. Μετά τη λήξη και του ανωτάτου ορίου χρόνου παράτασης ισχύος της προσφοράς, τα αποτελέσματα του διαγωνισμού υποχρεωτικά ματαιώνονται, εκτός και εάν ήθελε κριθεί με αιτιολογημένη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ότι η συνέχιση του διαγωνισμού εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, οπότε και καλεί τους συμμετέχοντες στη διαδικασία του διαγωνισμού, πριν από την πάροδο του ανώτατου ορίου παράτασης της προσφοράς τους, να επιλέξουν, είτε να παρατείνουν την προσφορά τους, είτε όχι. Στην τελευταία περίπτωση, η διαδικασία του διαγωνισμού συνεχίζεται με όσους παρέτειναν τις προσφορές τους, ενώ αποκλείονται οι λοιποί συμμετέχοντες. Στην περίπτωση εκείνη που ήθελε λήξει ο χρόνος ισχύος των προσφορών και δεν ζητηθεί παράταση της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή δύναται με αιτιολογημένη απόφασή της, εφόσον η εκτέλεση της σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, να ζητήσει εκ των υστέρων από τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία, είτε να παρατείνουν την προσφορά τους, είτε όχι.». Επομένως, η διακήρυξη ρητά ορίζει ως αποκλειστικό τρόπο παράτασης ισχύος προσφοράς, μετά το εξάμηνο καταρχήν ισχύος της, την εκ του προσφέροντος παράταση, ουδόλως δε προβλέπει περίπτωση αυτόβουλης εκ της αναθέτουσας

παράτασης χρόνου ισχύος προσφοράς, χωρίς τη συναίνεση και σχετική δήλωση βούλησης του προσφέροντα. Επομένως, το σύνολο των ισχυρισμών της αναθέτουσας, περί της εγγυητικής υπόσχεσης του εγγυητή προς την αναθέτουσα, χωρίς τη μεσολάβηση του προσφέροντος, ερείδονται επί εσφαλμένου ερείσματος, αφού αφενός, η παράταση της εγγυητικής συμμετοχής συνιστά παρακολουθηματική υποχρέωση στο πλαίσιο παράτασης της προσφοράς (αφού η αρχικώς απαιτούμενη διάρκεια εγγυητικής είναι κατά τον όρο 7.2.2, επτά μήνες, δηλαδή κατά 1 μήνα μεγαλύτερη από τον χρόνο ισχύος προσφοράς), αφετέρου, η ίδια η διακήρυξη ορίζει τη συναίνεση του προσφέροντος ως αναγκαία προϋπόθεση για την παράταση ισχύος προσφοράς, άρα και κατ' επακόλουθο και για την παράταση της εγγυητικής συμμετοχής. Ούτε νοείται και προβλέπεται παράταση ισχύος εγγυητικής συμμετοχής επί προσφοράς, όπου ο προσφέρων δεν συναινεί, επιθυμεί και δηλώνει την παράταση της ίδιας της προσφοράς του. Άρα, ουδόλως ο όρος 7.2.3.IV, περί των όρων εγγυητικής συμμετοχής, που αναφέρει ότι «IV. Ο εκδότης της εγγύησης υποχρεούται να προβεί στην παράταση της ισχύος της εγγύησης μετά από έγγραφο της αρμόδιας υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής, που θα υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγύησης.», έχει την έννοια απαίτησης η εγγυητική να παρατείνεται παρά τη βούληση του προσφέροντος, αποκλειστικά κατά μονομερή βούληση της αναθέτουσας, χωρίς ο προσφέρων να συναινεί στην παράταση της ίδιας της προσφοράς του και περαιτέρω και της εγγυητικής. Επομένως, η όλη αιτιολογία αποκλεισμού του προσφεύγοντος, ερειδομένη ακριβώς και μόνο στη συμπερίληψη στην επί της παράτασης δέσμευσης του εγγυητή, της φράσης «συνοδευόμενο τη συναίνεση του υπέρ ου», βασίζεται σε όλως εσφαλμένη προϋπόθεση, ήτοι πρόβλεψης της διακήρυξης για παράταση ισχύος προσφοράς και άρα και εγγυητικής, χωρίς τη συναίνεση του προσφέροντα. Προδήλως, κατά τους ανωτέρω όρους και δη, τον συνδυασμό του όρου 13 και του όρου 7.2.3.IV, προκύπτει ότι η εγγύηση πρέπει να παρατείνεται από τον εγγυητή ύστερα από συναίνεση του υπέρ ου (προσφέροντος) περί παράτασης ισχύος της προσφοράς και άρα και της εγγυητικής. Συνεπώς, πρώτον, η διακήρυξη ρητώς επιτρέπει την πρόσκομιση

εγγύησης από το ΤΜΕΔΕ, και μάλιστα κατά την ελεύθερη άνευ όρων επιλογή του προσφέροντος, με συνέπεια ότι όρος διακήρυξης που ματαιώνει τη δυνατότητα αυτή, δια υποχρέωσης συμπερίληψης όρων διαφορετικών από το προδιατυπωμένο περιεχόμενο της, πολλώ δε μάλλον, όρος που θα καθιστούσε απαράδεκτη την εγγυητική του ΤΜΕΔΕ, εξαιτίας ακριβώς του παγίου και προδιατυπωμένου περιεχομένου της, θα κατέληγε σε αντίφαση ως προς τη δυνατότητα ακριβώς χρήσης τέτοιας εγγυητικής, η οποία από τη μια πλευρά, ρητά επιτρέπεται και από την άλλη, θα καθίστατο συγχρόνως και ανεπίδεκτη παραδεκτής υποβολής. Τέτοια αντίφαση, άγουσα στο απαράδεκτο της εγγυητικής του ΤΜΕΔΕ δεν δύναται να αντιταχθεί κατά των διαγωνιζομένων. Δεύτερον, η υποβληθείσα με την προσφορά του προσφεύγοντος ηλεκτρονική εγγυητική επιστολή του ΤΜΕΔΕ συνάδει με τις απαιτήσεις του όρου 7.2.3.IV της διακήρυξης περι του περιεχομένου, της διάρκειας και της παράτασης της εγγύησης συμμετοχής. Τρίτον, ακόμη και αν υποτεθεί πως ο όρος 7.2.3.IV είχε την έννοια όρου της εγγυητικής περί αυτόβουλης εκ της αναθέτουσας παράτασης της εγγυητικής, άνευ συμφωνίας-συναίνεσης του προσφέροντα, τότε υφίσταται αναντιστοιχία ως προς το ζήτημα του τρόπου παράτασης της ισχύος της εγγύησης συμμετοχής μεταξύ του όρου 7.2.3.IV και του άρ. 13 της διακήρυξης, αναντιστοιχία, η οποία δεν δύναται να ερμηνευθεί εις βάρος διαγωνιζομένου. Και τούτο, διότι το άρ. 13, βλ. ανωτέρω, όχι μόνο δεν προβλέπει δυνατότητα απευθείας εκ της αναθέτουσας, άνευ συναίνεσης του προσφέροντος, παράταση προσφοράς και απευθείας ανάληψης υποχρέωσης τέτοιας ανάλογης παράτασης εγγυητικής από τον εκδότη της τελευταίας, παρά αντίθετα, ρητά ορίζει ότι η παράταση προσφοράς λαμβάνει χώρα δια κλήσεως στον προσφέροντα να προβεί στην παράταση προσφοράς του και επομένως, η εκ του προσφέροντος τέτοια παράταση συνιστά αναγκαία και συναίνεση του να προβεί ο εκδότης της εγγυητικής, σε παράταση της τελευταίας. Κατ' αποτέλεσμα όλων των ανωτέρω (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 1560/2020, σκ. 37-38), θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του προσφεύγοντος, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα από την αναθέτουσα, η δε αιτιολογία αποκλεισμού του είναι μη νόμιμα και η απόρριψή του ακυρωτέα.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την από 27/09/2021 απόφαση της διοικούσας επιτροπής του, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15-11-2021 και εκδόθηκε στις 26-11-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ