

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 6 Απριλίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.2.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 245/27.2.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, επί των οδών αρ. και, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου και δη κατά της με αρ. απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ως άνω αναθέτουσας αρχής δια της οποίας εγκρίθηκε το από 7.2.2020 πρακτικό ανάδειξης αναδόχου στο πλαίσιο του ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ Διακήρυξη του Δήμου, με αντικείμενο την «Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών προσώπων» συνολικού εκτιμώμενου προϋπολογισμού ύψους 154.898,82€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ σύμφωνα με την υπ' αριθμ./2019 μελέτη και ειδικότερα για το Τμήμα 5 του διαγωνισμού («Ομάδα 2 της υπ' αριθμ. .../2019 Μελέτης).

Διά της προσφυγής της επιδιώκει η προσφεύγουσα να ακυρωθεί η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση καθ' ο μέρος απορρίπτει τη προσφορά της. Ετέρωθεν, διά της προκείμενης προσφυγής ζητείτο η αναστολή προόδου του διαγωνισμού και ιδίως η αναστολή της οριστικής κατακύρωσης του διαγωνισμού και της υπογραφής της σύμβασης, μέχρις εκδόσεως της παρούσας οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής, αίτημα το οποίο απερρίφθη διά της με αρ. Α 89/2020 Απόφασης της ΑΕΠΠ.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος με τη με ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ διακήρυξη του, προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για την ανάθεση της προμήθειας τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών του προσώπων, συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 154.898,82€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, διαγωνισμός ο οποίος διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) υπό τον συστημικό αριθμό Η προκείμενη σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: ΤΜΗΜΑ 1: «ΥΠΟΟΜΑΔΑ 1.1 ΤΗΣ ΥΠ ΑΡΙΘΜ .../2019 ΜΕΛΕΤΗΣ», εκτιμώμενης αξίας 22.390,43€ πλέον ΦΠΑ 13% 2.910,76€ και σύνολο 25.301,19€ ΤΜΗΜΑ 2: «ΥΠΟΟΜΑΔΑ 1.2 ΤΗΣ ΥΠ ΑΡΙΘΜ .../2019 ΜΕΛΕΤΗΣ», εκτιμώμενης αξίας 3.325,00€ πλέον ΦΠΑ 13% 432,25€ και σύνολο 3.757,25€ ΤΜΗΜΑ 3: «ΥΠΟΟΜΑΔΑ 1.3 ΤΗΣ ΥΠ ΑΡΙΘΜ .../2019 ΜΕΛΕΤΗΣ», εκτιμώμενης αξίας 9.600,70€ πλέον ΦΠΑ 13% 1.248,09€ και σύνολο 10.848,79€ ΤΜΗΜΑ 4: «ΥΠΟΟΜΑΔΑ 1.4 ΤΗΣ ΥΠ ΑΡΙΘΜ .../2019 ΜΕΛΕΤΗΣ», εκτιμώμενης αξίας 7.026,50€ πλέον ΦΠΑ 13% 913,45€ και σύνολο 17.939,95€ ΤΜΗΜΑ 5: «ΟΜΑΔΑ 2 ΤΗΣ ΥΠ ΑΡΙΘΜ .../2019 ΜΕΛΕΤΗΣ», εκτιμώμενης αξίας 11.540,00€ πλέον ΦΠΑ 13% 1.500,20€ και σύνολο 13.040,20€ ΤΜΗΜΑ 6: «ΟΜΑΔΑ 3 ΤΗΣ ΥΠ ΑΡΙΘΜ .../2019 ΜΕΛΕΤΗΣ», εκτιμώμενης αξίας 9.185,00€ πλέον ΦΠΑ 13% 1.194,05€ και σύνολο 10.379,05€ ΤΜΗΜΑ 7: «ΟΜΑΔΑ 4 ΤΗΣ ΥΠ ΑΡΙΘΜ .../2019 ΜΕΛΕΤΗΣ», εκτιμώμενης αξίας 12.385,97€ πλέον ΦΠΑ 13% 1.610,18€ και σύνολο 13.996,15€ ΤΜΗΜΑ 8: «ΟΜΑΔΑ 2 ΤΗΣ ΥΠ ΑΡΙΘΜ .../2019 ΜΕΛΕΤΗΣ», εκτιμώμενης αξίας 61.625,00€ πλέον ΦΠΑ 13% 8.011,25€ και σύνολο 69.636,25€. Σύμφωνα με τους όρους της υπόψη διακήρυξης προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των ζητούμενων ειδών ή για οποιαδήποτε ομάδα επιθυμεί κάθε διαγωνιζόμενος με την μόνη προϋπόθεση την υποβολή προσφοράς για το σύνολο των ειδών της ομάδας ή υποομάδας. Περαιτέρω στο από 7.2.2020 πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

διαγωνισμού που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της προσβαλλόμενης απόφασης και σχετικώς με τους λόγους απόρριψης της προσφοράς της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρείας διατυπώνονται τα εξής: «Η εταιρεία υποβάλλει προσφορά για την ομάδα 1 (υποομάδες 1.1, 1.2, 1.3, 1.4), για την ομάδα 2 και την ομάδα 5. Η επιτροπή έλεγξε την εγγυητική επιστολή συμμετοχής και διαπιστώνει ότι έχει δοθεί ως χρόνος λήξης ισχύος της εγγυητικής επιστολής η 5-3-2021 ενώ ρητά ζητείται στο άρθρο 2.2.2.1 των όρων της διακήρυξης χρόνος ισχύος η 31-3-2021 σχετικά με τα υπόλοιπα δικαιολογητικά συμμετοχής διαπιστώνει ότι είναι σύμφωνα με τα ζητούμενα της διακήρυξης και προχωρά στον έλεγχο της τεχνικής προσφοράς. Έπειτα από προσεκτική και λεπτομερή ανάγνωση της τεχνικής προσφοράς της διαγωνιζόμενης εταιρείας η επιτροπή διαπιστώνει ότι δεν έχουν υποβληθεί τεχνικές προδιαγραφές για το σύνολο των ζητούμενων ειδών του ενδεικτικού προϋπολογισμού της υπ' αριθμ .../2019 μελέτης και συγκεκριμένα δεν έχουν δοθεί τεχνικές προδιαγραφές για τα ζητούμενα είδη με α/α 1.1.24, 1.1.29, 1.1.37, 1.1.45, 1.1.48, 1.1.50, 1.4.2 και 1.4.3. Στο σημείο αυτό η επιτροπή οφείλει να αναφέρει και με βάση από αυτά που διαβάζει στην τεχνική προσφορά της διαγωνιζόμενης εταιρείας, ότι η τεχνική της προσφορά είναι αντιγραφή των ενδεικτικών τεχνικών στοιχείων (η εν λόγω εταιρεία μετέφερε τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης τροποποιώντας μερικώς και προσθέτοντας και τεχνικά στοιχεία για την ομάδα 5) από την υπ' αριθμ .../2019 μελέτη προμήθειας και αυτό αποδεικνύεται και από το γεγονός ότι η διαγωνιζόμενη εταιρεία στην τεχνική της προσφορά αναφέρει τεχνικά στοιχεία (ΚΡΟΥΑΣΑΝ ΣΟΚΟΛΑΤΑΣ ΑΤΟΜΙΚΑ α/α 23) για είδος το οποίο είναι σε άλλη ομάδα (για την οποία δεν υποβάλλει προσφορά) και για είδος το οποίο δε ζητείται βάση των ζητούμενων ειδών του ενδεικτικού προϋπολογισμού (ΦΡΥΓΑΝΙΑ ΤΡΙΜΜΕΝΗ). Πέραν των ανωτέρω η επιτροπή δεν μπορεί να κάνει δεκτή την προσφορά της διαγωνιζόμενης εταιρείας καθώς προσφορά χωρίς την απαιτούμενη εγγύηση συμμετοχής δε μπορεί να γίνει δεκτή. (άρθρο 72 του Ν.4412/2016, ΑΕΠΠ 145/2017)» Κατά δε της με αριθμ. 17/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, αναπόσπαστο τμήμα της οποίας αποτελεί το ως άνω εγκριθέν πρακτικό,

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

στρέφεται η προσφεύγουσα με την από 26.2.2020 προδικαστική της προσφυγή για τους σε αυτήν περιεχόμενους λόγους.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρα 345 παρ. 1 και 6 παρ. 1 του Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) καθώς και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του Ν.4412/2016. Συνακόλουθα, ενόψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία δημοσίευσης της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ η 31^η.12.2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του ως άνω νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

3. Επειδή, από τα αναρτηθέντα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προκύπτει ότι η κρινόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α΄ του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α΄ του Π.Δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό 326821281950 0427 0072), ποσού 601,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, το ποσό δε των 600,00€ αποτελεί και το κατώτατο κατά νόμον ποσό παραβόλου. Δοθέντος ωστόσο ότι η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται για το τμήμα 5 της προκείμενης σύμβασης, προϋπολογισθείσας αξίας 11.540,00€ άνευ ΦΠΑ, η προσφεύγουσα έχει εν προκειμένω καταβάλλει αχρεωστήτως ένα (1) ευρώ, το οποίο θα πρέπει να επιστραφεί σε περίπτωση απόρριψης της προσφυγής της, δεδομένου ότι σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής επιστρέφεται το σύνολο του καταβληθέντος ποσού παραβόλου.

4. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό, η προσφορά της οποίας απερρίφθη κατά την αξιολόγηση των

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ.39/2017, στρέφεται κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής που απέρριψε τη προσφορά της. Και τούτο, διότι κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή, αποφασίσθηκε μη νόμιμα και κατά παράβαση της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, η απόρριψη της προσφοράς της, δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η προσφορά της συμμορφώνεται πλήρως με τους όρους της οικείας διακήρυξης και επιπλέον έχει υποβάλει την χαμηλότερη οικονομική προσφορά για την Ομάδα 5 της επίμαχης σύμβασης.

5. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: Η διάταξη του άρθρου 72 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 ορίζει ρητώς, μεταξύ άλλων, ότι «...Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της συμβάσεως...». Η καταληκτική ημερομηνία προσφοράς του εν λόγω διαγωνισμού ρητά και ξεκάθαρα αναφέρεται στην ως άνω διακήρυξη (στη σελ. 9 αυτής), η οποία είναι η 28η Ιανουαρίου 2020, ημέρα Τρίτη και ώρα 15.00. Η προσφεύγουσα προκειμένου για την κατάθεση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της στον διαγωνισμό έλαβε υπόψιν της, την ως άνω καταληκτική ημερομηνία της 28^{ης} Ιανουαρίου 2020 και βάσει των παραπάνω διατάξεων του άρθρου 72 παρ.1 του Ν. 4412/2016, υπολόγισε τον ακριβή χρόνο ισχύος της εγγυήσεως συμμετοχής, η οποία θα έπρεπε να υπερβαίνει τις τριάντα ημέρες μετά την ως άνω καταληκτική ημερομηνία, δηλαδή να είναι μετά την 28^η Ιανουαρίου 2021, άρα την 28^η Φεβρουαρίου 2021 και κατόπιν. Εν προκειμένω η εγγύηση συμμετοχής της προβλέπει χρόνο λήξεως της ισχύος της, την 5.3.2021, ως υποστηρίζει δε η προσφεύγουσα, αρκετά αργότερα από το όριο που παραπάνω καθορίζει ο νόμος, ενώ ο επακριβής χρόνος σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 72 παρ.1 του Ν. 4412/16 θα ήταν η εγγύηση συμμετοχής να έχει ισχύ μέχρι 28.2.2021. Ενόψει τούτων, ισχυρίζεται συναφώς η προσφεύγουσα ότι η κατατεθείσα από αυτήν εγγύηση συμμετοχής της είναι κατά πάντα νόμιμη, έγκυρη και ισχυρή και σύμφωνη με τις παραπάνω διατάξεις του άρθρου 72 παρ. 1 του Ν. 4412/16, διότι έχει

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

καλύψει πλήρως τις τριάντα ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς και μάλιστα και παραπάνω γιατί ισχύει μέχρι 5.3.2021. Συνεπώς, ουχί ορθώς και μη νομίμως αλλά όλως εσφαλμένως και πεπλανημένως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της και την κατατεθείσα εγγύηση συμμετοχής της, η οποία είναι απολύτως έγκυρη και σύμφωνη με τις διατάξεις της ισχύουσας νομοθεσίας. Περαιτέρω ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι υπάρχει λάθος προφανώς εκ παραδρομής στην παραπάνω διακήρυξη, η οποία όλως εσφαλμένα αναφέρει σαν χρόνο ισχύος της εγγύησης συμμετοχής την 31.3.2021, ενώ τούτο είναι προδήλως εσφαλμένο, ενόψει του ότι η παραπάνω καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών, όπως επίσης ορίζεται στην ως άνω διακήρυξη είναι η 28^η Ιανουαρίου 2020 ημέρα Τρίτη και ώρα 15.00, και συνεπώς εάν υπολογισθεί ένα έτος και ένας μήνας μετά την καταληκτική αυτή ημερομηνία προκύπτει η 28η Φεβρουαρίου 2021, ως καταληκτικός χρόνος ισχύος της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, οπότε ενόψει του ότι η εγγύηση συμμετοχής της προσφεύγουσας έχει χρόνο ισχύος μέχρι την 5.3.2021, έχει υπερκαλύψει απολύτως νόμιμα και έγκυρα όλο το παραπάνω χρονικό διάστημα που ορίζει ο νόμος και η οικεία διακήρυξη, και συνεπώς, για τους παραπάνω λόγους αιτείται η προσφεύγουσα όπως ακυρωθεί και εξαφανιστεί άλλως μεταρρυθμιστεί η προσβαλλομένη ως άνω απόφαση της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου να γίνει πλήρως δεκτή η προσφορά της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρείας, καθόσον μάλιστα έχει υποβάλει την πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά για την Ομάδα 5 της υπό ανάθεση σύμβασης.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή διά του με αρ. πρωτ./28.2.2020 εγγράφου της αποστέλλει τις απόψεις της επί της υπό κρίση προσφυγής, αναρτώντας το ως άνω έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και στο σύνδεσμο «Επικοινωνία», αιτούμενη συναφώς την απόρριψη της, για τους ειδικότερους λόγους που διατυπώνει σε αυτό, κατ' επιτρεπτή σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλομένης απόφασης.

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

7. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη ορίζεται: «2.1.5 Εγγυήσεις Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. 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 Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη - μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα. Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου. Οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται, δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση (στην περίπτωση ένωσης αναγράφονται όλα τα παραπάνω για κάθε μέλος της ένωσης), ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης, ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται και ια) στην περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους εκδότες των εγγυητικών επιστολών προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. [...] 2.2.2 Εγγύηση συμμετοχής 2.2.2.1. Για την έγκυρη

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, ποσοστού 2% ήτοι 2471,57 ευρώ για το σύνολο των ζητούμενων ειδών ή ποσοστού 2% για το τμήμα ή τα τμήματα που υποβάλλεται η προσφορά. 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. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 2.4.5 της παρούσας, ήτοι μέχρι 31-3-2021, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής. 2.2.2.2. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 72 του ν. 4412/2016. 2.2.2.3. Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 2.2.3 έως 2.2.8, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης».

8. Επειδή, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας αλλά και την απολύτως κρατούσα άποψη στην επιστήμη του διοικητικού δικαίου, η διακήρυξη διαγωνισμού συνιστά στο σύνολο της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, συνακόλουθα και οι όροι της διακήρυξης έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, περιλαμβάνουν δηλαδή γενικούς και αφηρημένους κανόνες, η πιστή τήρηση των οποίων ελέγχεται από τα δικαστήρια (βλ. για τη φύση των όρων της διακήρυξης ως κανονιστικών και την εξ αυτού του λόγου δέσμευση της Διοίκησης από το περιεχόμενο των διακηρύξεων Πρ. Παυλόπουλου (1997), Η σύμβαση εκτέλεσης δημοσίου έργου, Άρθρα και Γνωμοδοτήσεις σελ. 81 επ., Σπηλιωτόπουλου Επ., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Τόμος Ι (2017) σελ. 179 επ. Κανόνες που

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

ρυθμίζουν το προσυμβατικό στάδιο, ενδεικτικώς ΣΤΕ 2992/1983, 4607/1986, 1127 και 4052/1990, 3306/1991, 1616 και 1619/2008). Εξ αυτής της παραδοχής συνάγεται ότι η διακήρυξη δεσμεύει απολύτως την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν τον διαγωνισμό, παράλληλα όμως, η δεσμευτική ισχύς των όρων της διακήρυξης εκτείνεται και στους διαγωνιζόμενους. Προσέτι, η αρχή της προσήλωσης των διαγωνιζομένων στους όρους της διακήρυξης κατοχυρώνεται με ιδιαίτερη αυστηρότητα στο ενωσιακό δίκαιο, όπου γίνεται δεκτό ότι κάθε απόκλιση από τις υποχρεωτικές προβλέψεις της διακήρυξης συνιστά παράβαση του ενωσιακού δικαίου και κυρίως της αρχής της ισότητας μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η οποία αποτελεί και τη βάση των ενωσιακών κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις και συνδέεται άμεσα με την αρχή της διαφάνειας, οι οποίες αρχές αμφότερες αποσκοπούν στη διασφάλιση ότι όλοι οι υποψήφιοι έχουν σε όλα τα στάδια της διαδικασίας του διαγωνισμού ίσες ευκαιρίες όταν υποβάλουν τις προσφορές τους (ΔΕΚ C-243/89 “Storebaelt”, Επιτροπή κατά Δανίας, Συλλογή 1993, I σελ. 3353, ΔΕΚ C-87/94, “Wallon Buses”, Επιτροπή κατά Βελγίου, ΔΕΚ C-19/2000, Construction versus County Council of the County of Mayo (2001), Συλλογή I-7725, υπόθεση T-203/96, Embassy Limousine and Services versus Parliament (1998), Συλλογή II-4239, ΔΕΚ C-470/99, Universale Bau versus EBS (2002), Συλλογή I-11617, ΔΕΚ C-16/98 Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή I-8315, σκ. 103-109 όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων εφαρμόζεται σε όλες τις φάσεις της διαγωνιστικής διαδικασίας και όχι μόνο κατά το χρονικό σημείο υποβολής των προσφορών). Εξάλλου, σύμφωνα με τη νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές/ αρχές. Επέκεινα σύμφωνα και με την προαναφερόμενη αρχή της τυπικότητας, που διέπει τη

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών στο πλαίσιο της διαδικασίας διενέργειας δημοσίου διαγωνισμού και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή αυτού, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους (ΣΤΕ 279/2008), η προσκόμιση στο φάκελο της προσφοράς εκάστου διαγωνιζόμενου των οριζόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών απαιτείται να πραγματοποιείται με τον τρόπο που αυτή επακριβώς καθορίζει, μη επιδεχόμενης άλλης ερμηνείας. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας (ως ανωτέρω ορίζεται), 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 τα αξιούμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (ΣΤΕ 1329/2008).

9. Επειδή, εν προκειμένω και από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και δη της προσφοράς της προσφεύγουσας συνάγεται ότι έχει υποβάλλει, μεταξύ των λοιπών απαιτούμενων δικαιολογητικών, την με αριθμ. με ημερομηνία έκδοσης την 17.1.2020 εγγυητική επιστολή της, ποσού 2.311,00€, ήτοι ποσού που ανέρχεται σε ποσοστό 2% της προϋπολογισθείσας αξίας των τμημάτων για τα οποία υποβάλλει τη προσφορά της και με ισχύ μέχρι την 5.3.2021. Από τους προπαρατεθέντες στη σκέψη 7 της παρούσας όρους της διακήρυξης εντούτοις, ρητώς και εναργώς προκύπτει η απαίτηση η εγγυητική επιστολή συμμετοχής να έχει ισχύ μέχρι την 31.3.2021. Ειδικότερα, ορίζεται στους ως άνω κανονιστικού περιεχομένου όρους της οικείας διακήρυξης ότι η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 2.4.5 της διακήρυξης [«Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για δώδεκα (12) μήνες από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού»] ρητώς ωστόσο αποτυπώνεται η απαιτούμενη ημερομηνία λήξης ισχύος της εγγυητικής

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

επιστολής συμμετοχής, που είναι η 31.3.2021, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Συνεπώς, ενόψει τήρησης των αρχών της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ως αποτυπώνονται στη σκέψη 8 της παρούσας, η αναθέτουσα αρχή είχε δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει τη προσφορά της προσφεύγουσας εξαιτίας της πλημμελούς εν προκειμένω ορισθείσας διάρκειας ισχύος της προσκομισθείσας εγγυητικής επιστολής της, δεδομένου, εξάλλου, ότι η ως άνω απαίτηση είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς. Επιπροσθέτως, ο εσφαλμένος ορισμός του χρόνου ισχύος της εγγυητικής επιστολής της συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας εταιρείας, σε αντίθεση με τα επιτασσόμενα στη διακήρυξη, δεν επιδέχεται θεραπείας δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, καθώς, αφενός, τούτο θα εσήμανε την αντικατάσταση μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου, αφετέρου η εκ των υστέρων συμπλήρωση ή παροχή διευκρινήσεων, δικαιολογείται και επιτρέπεται μόνο σε περίπτωση ασάφειας ή συγχύσεως του περιεχομένου του εγγράφου και εν τέλει η προκείμενη πλημμέλεια συνεπάγεται την ακυρότητα του ζητούμενου δικαιολογητικού/ εγγυητικής επιστολής.

10. Επειδή, τούτων δοθέντων, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με τη νόμιμη και προσήκουσα, ως επικαλείται, υποβολή της εγγυητικής της επιστολής, πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι, αφού, αντιθέτως, η προσφεύγουσα υπέβαλε πλημμελώς και μη προσηκόντως το αξιούμενο από τους ανωτέρω όρους της υπόψη διακήρυξης δικαιολογητικό και σε μη συμμόρφωση με τους επί ποινή αποκλεισμού σχετικούς όρους της. Περαιτέρω ως αβάσιμοι πρέπει να απορριφθούν και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί λανθασμένης αναγραφής στη διακήρυξη του χρόνου διάρκειας ισχύος της προσκομισθείσας από τους διαγωνιζόμενους εγγυητικής επιστολής. Και τούτο διότι, παρόλο που διαπιστώνεται ότι η προσφεύγουσα συνομολογεί την γνώση της ρητής εν προκειμένω απαίτησης ότι δηλαδή η διάρκεια ισχύος της εγγυητικής επιστολής πρέπει να εκτείνεται μέχρι την 31.3.2021, ακόμη και στη περίπτωση που ήθελε υποτεθεί ότι η ως άνω απαίτηση είναι εσφαλμένη, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας προσκρούουν στην τήρηση της τυπικότητας που διαπνέει τους δημόσιους

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

διαγωνισμούς αφού αφορούν στη νομιμότητα, αναγκαιότητα ή και σκοπιμότητα των όρων της διακήρυξης και δια τούτο, εδύνατο να τους προβάλλει εμπροθέσμως και επικαίρως. Ως δε γίνεται νομολογιακώς δεκτό, δεν δύνανται σε κάθε περίπτωση να τύχουν παραδεκτής επίκλησης κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, διότι δια της μη έγκαιρης προβολής τους δια προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά της διακήρυξης και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς παύουν να έχουν οποιοδήποτε έννομο συμφέρον και συνεπώς οι εκ των υστέρων αμφισβητήσεις του κύρους των όρων της διακήρυξης δεν είναι σύννομες (ΣΤΕ 2770/2013). Ενόψει τούτων, τα περί αντιθέτου ισχυριζόμενα από τη προσφεύγουσα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα.

11. Επειδή, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στις παραπάνω σκέψεις αναφορικά με την ως άνω πλημμέλεια της προσκομισθείσας εγγυητικής επιστολής, η προσφορά της προσφεύγουσας έπρεπε να απορριφθεί και συνεπώς η αναθέτουσα αρχή νομίμως την απέρριψε, δοθέντος μάλιστα ότι η ως άνω πλημμέλεια της προσφοράς της προσφεύγουσας παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της, τον αποκλεισμό της από την διαδικασία και εν προκειμένω την απόρριψη του αιτήματος της προδικαστικής προσφυγής (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, 227, 83/2013, 344/2017, 102/2015, 82/2014, ΔΕφΑΘ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 239/2019, 841/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

12. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και συνεπώς το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα θα πρέπει να καταπέσει και να επιστραφεί σε αυτή ποσό ενός ευρώ (βλ. σκ.1), ως αχρεωστήτως καταβληθέν, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 462 / 2020

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 6 Απριλίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 21 Απριλίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα

α.α. Βασίλειος Γκίζης