

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 25-5-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Βύρρα και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει, την από 1-5-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 646/5-5-2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 21-4-2022 κοινοποιηθείσας, από 20-04-2022 απόφασης του Δ.Σ. της ..., καθ' ο μέρος και κατ' έγκριση του Πρακτικού 2204/15-03-2022 της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την Παροχή Υπηρεσιών Τηλεφωνικής Εξυπηρέτησης των πολιτών μέσω της γραμμής Εξυπηρέτησης του Δημότη ... και ηλεκτρονικής εξυπηρέτησης μέσω των ψηφιακών Εφαρμογών επικοινωνίας με τον Δήμο ..., συνολικής προϋπολογισμένης δαπάνης 590.000,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 4-10-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 6-10-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 18-5-2022 Απόψεις της.

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... και ποσού 2.950,00 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, ασκείται εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, η από 1-5-2022 προσφυγή του προσφεύγοντος κατά της από 21-4-2022 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, καθ' ο μέρος απορρίφθηκε ο προσφεύγων με την εγκριθείσα δια της προσβαλλομένης αιτιολογίας του πρακτικού οργάνου αξιολόγησης κατά τα εξής «Η Επιτροπή μετά την εξέταση των υποβληθέντων δικαιολογητικών και μετά την εξέταση των απαντήσεων επί των διευκρινίσεων διαπίστωσε ότι η Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής που υπέβαλε ο οικονομικός φορέας «...» δεν είναι σύμφωνη με το αρ.72 παρ.12 Ν.4412/2016 καθώς δεν αναφέρει ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται σε τέλος χαρτοσήμου. Με βάση τα ανωτέρω, η Επιτροπή κρίνει ως απαράδεκτη την Προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» ως προς τον φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής και αποκλείεται από τη συνέχεια της διαδικασίας, καθότι δεν πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης και συγκεκριμένα το άρθρο 2.2.2», επί τω τέλει άνευ ετέρου αποδοχής του, επικουρικά δε, καθ' ο μέρος απορρίφθηκε κατά παράλειψη προηγούμενης κλήσης του κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 προς συμπληρώσεις, ως προς τις εντοπισθείσες ελλείψεις. Άρα, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο μεν όρος 2.1.5 της διακήρυξης όρισε ότι «Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις... Οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: ... ζ) τους όρους ότι: ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου...», η δε εκ του προσφεύγοντος υποβληθείσα εγγυητική επιστολή με αρ. ... της ..., δεν αναφέρει τον ως άνω όρο. Ασχέτως όμως, ότι δεν προκύπτει καθ' ερμηνεία του σώματος της ο συγκεκριμένος όρος, όπως προβάλλει ο προσφεύγων, πάντως βάσιμα ο τελευταίος ισχυρίζεται ότι πρόκειται για ήσσονα τυπική έλλειψη, που δεν επάγεται οιαδήποτε επίδραση ή περιορισμό στην εκ του εκδότη της εγγυητικής

δέσμευση υπέρ της αναθέτουσας και τα δικαιώματα της τελευταίας, κατ' αντικείμενο, χρόνο, ποσό και προϋποθέσεις έναντι του εκδότη ούτε επάγεται επιφυλάξεις του εκδότη, διακινδυνεύουσες την οικεία ικανοποίηση αυτών των δικαιωμάτων. Τούτο, διότι άλλωστε, η κράτηση του τέλους χαρτοσήμου προκύπτει ως ούτως ή άλλως υποχρέωση του εκδότη εκ της φορολογικής νομοθεσίας (άρ. 15 παρ. 1 Κώδικα Τελών Χαρτοσήμου»), χωρίς ο εκδότης να έχει ευχέρεια ή διαθετική ικανότητα περί του αν θα το κρατήσει ή όχι και χωρίς να δύναται να επιφυλαχθεί έναντι της αναθέτουσας επί τούτου, με αποτέλεσμα η οικεία εντός της εγγυητικής, δήλωση του να μην έχει συστατικό χαρακτήρα, περί τέτοιας το πρώτον δια της δηλώσεως, παραγόμενης σχετικής υποχρέωσής του και ενώ άλλωστε, η σχετική κράτηση αφορά τις φορολογικές υποχρεώσεις του εκδότη έναντι της φορολογικής αρχής και όχι τις υποχρεώσεις του έναντι της υπέρ ης η εγγύηση, λαμβάνει δε χώρα αποκλειστικά προς γνώση της τελευταίας της ανάλογης, κατά το τέλος χαρτοσήμου, αφαίρεσης του σχετικού ποσού από την πληρωμή της, σε περίπτωση κατάπτωσης. Επομένως, δεν τίθεται ζήτημα, δια παράλειψης αναγραφής των ανωτέρω, επιφύλαξης ή απομείωσης εκ των δεσμεύσεων του εκδότη προς την αναθέτουσα ή των εκ της εγγυητικής δικαιωμάτων της τελευταίας ούτε, ακόμη και αν δεν αναφέρει τίποτε σχετικό η εγγυητική, δύναται ούτως ή άλλως ο εκδότης, σε περίπτωση κατάπτωσης, να μην προβεί στην ως άνω νόμιμη κράτηση, η δε συναφής υποχρέωσή του προκύπτει ως ενδεχόμενη και υπό την αίρεση κατάπτωσης, ήδη εκ της εκδόσεως της εγγυητικής και δεν προϋποθέτει κάποια δική του ρητή ή μη δήλωση. Άλλωστε,(Απόφαση ΑΕΠΠ 7μελούς 10/2020, σκ. 28-29, Αποφάσεις ΑΕΠΠ 1200, 1201/2020 και 1258/2020), ανεξαρτήτως αν αναφέρονται στη διακήρυξη ως υποχρεωτικά στοιχεία του περιεχομένου της, (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 102/2017, 829/2018, 843/2018, ΕΣ Τμ. VI 1328, 1330/2018, 1876/2017) συνιστούν επουσιώδη σφάλματα της εγγυητικής επιστολής που δεν επιδρούν στο κύρος της, όποιες ελλείψεις ή σφάλματα στο περιεχόμενό της, εκ των οποίων δεν γεννάται σύγχυση ως προς την ταυτότητα του υπέρ ου η εγγύηση και γενικά από το περιεχόμενο της δεν καταλείπεται αμφιβολία ως προς τη δέσμευση του εγγυητή (βλ. ΣτΕ 1073/1993) και άλλα

ήσσονος σημασίας σφάλματα, ενώ αρκεί η σχετική εκπλήρωση των υποχρεώσεων του εκδότη, το περιεχόμενο και έκταση αυτών και το αντικείμενο δέσμευσης να συνάγονται εκ του συνόλου των στοιχείων της εγγυητικής, πολλώ δε μάλλον όταν εν προκειμένω, το ζήτημα της κράτησης χαρτοσήμου προκύπτει εκ του νόμου ως υποχρέωση του εκδότη. Ad hoc δε έχει κριθεί, ότι μη αναγραφή στην εγγυητική επιστολή συμμετοχής του αναδειχθέντος μειοδότη ότι σε περίπτωση κατάπτωσης της εγγύησης το ποσό της εγγύησης υπόκειται σε πάγιο τέλος χαρτοσήμου και ότι ο εκδότης υποχρεούται να προβεί σε παράταση της ισχύος της εγγύησης ύστερα από απλό έγγραφο του δήμου, δεν συνιστούν ουσιώδεις ελλείψεις, ώστε να επάγονται την ακυρότητα αυτής, διότι από τα αναγραφόμενα στο σώμα της εν λόγω εγγυητικής επιστολής στοιχεία δεν καταλείπεται αμφιβολία ως προς την δέσμευση του εγγυητή (ΕΛΣυν Κλιμ. Τμ. 7 Πρ. 222/2012) και ότι μη ουσιώδης είναι η παράλειψη αναφοράς επιβολής τέλους χαρτοσήμου επί ποσοού κατάπτωσης, καθώς τούτο δεν ενέχει καμία επίδραση στη δέσμευση και την ευθύνη που αναλαμβάνει ο εκδότης της εγγυητικής, αφού ούτως ή άλλως η επιβολή τέλους χαρτοσήμου δεν συνιστά ευχέρεια ή αντικείμενο επιβολής κατά την κρίση του τελευταίου, αλλά εκ του νόμου απορρέουσα υποχρέωση και εξαρτάται από τις εκάστοτε ισχύουσες περί χαρτοσήμου, οικείες φορολογικές διατάξεις (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 1200, 1201/2020). Εξάλλου, σε συμφωνία με το άρ. 102 Ν. 4412/2016, ο όρος 3.1.2.1 της διακήρυξης ορίζει ότι «Η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή

δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογίαν και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα». Η δε συμπλήρωση τυπικών ελλείψεων και ήσσονος σημασίας πλημμελειών επί της εγγυητικής, οι οποίες δεν επιδρούν στη δέσμευση του εκδότη και τα δικαιώματα της υπέρ ης αναθέτουσας ούτε μεταβάλλουν τις εκ της εξαρχής εκδόσας, αναληφθείσες εκ του εκδότη δεσμεύσεις ούτε επαυξάνουν ή τροποποιούν τα εκ της εξαρχής εγγυητικής, δικαιώματα της αναθέτουσας, λαμβάνει χώρα παραδεκτώς και νομίμως, αφού δεν συνεπάγεται μεταβολή της προσφοράς και ανατρέχει ούτως ή άλλως, σε αυτή καθαυτή την εξαρχής δέσμευση του εκδότη, ως είχε ήδη εκ της εκδόσεως της εγγυητικής, ήτοι σε στοιχεία υφιστάμενα ήδη κατά την προσφορά. Συνεπώς, η ως άνω έλλειψη δεν άγει σε αποκλεισμό του προσφεύγοντος και δη, άνευ ετέρου, αφού συνιστά ήσσονα τυπική έλλειψη, δυνάμενη να συμπληρωθεί κατά τα ανωτέρω, χωρίς τέτοια συμπλήρωση να συνεπάγεται, ελλείψει και εξαρχής ουσιώδους έλλειψης της εγγυητικής, μεταβολή των εξαρχής εξ αυτής δεσμεύσεων, αντικειμένου και υποχρεώσεων του εκδότη έναντι της αναθέτουσας ή το πρώτον δημιουργία νέων τέτοιων δεσμεύσεων ή τροποποίηση του εξαρχής αντικειμένου και περιεχομένου των δεσμεύσεων αυτών. Άρα, η προσβαλλομένη μη νομίμως απέκλεισε τον προσφεύγοντα, κατά παράλειψη κλήσης του προς τέτοια συμπλήρωση επί της ως άνω ήσσονος σημασίας ελλείψεως της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, που υπέβαλε με την προσφορά του.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, κατά το επικουρικό αίτημα αυτής, ήτοι καθ' ο μέρος βάλλει κατά της άνευ ετέρου απόρριψης του προσφεύγοντος, άνευ προηγούμενης κλήσης του προς συμπλήρωση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος άνευ ετέρου απέκλεισε τον προσφεύγοντα υπό την ανωτέρω αιτιολογία, κατά προηγούμενη παράλειψη κλήσης του κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 και κατά τον όρο 3.1.2.1 της διακήρυξης, προς συμπλήρωση της δια της προσβαλλομένης και του δι' αυτής επικυρωθέντος πρακτικού οργάνου αξιολόγησης, εντοπισθείσας ελλείψεως, να

αναπεμφθεί δε η υπόθεση στην αναθέτουσα, προς άρση της παράλειψης αυτής και κλήσης του προσφεύγοντα προς σχετική συμπλήρωση, σύμφωνα με την ανωτέρω σκ. 3.

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την από 20-04-2022 απόφασης του Δ.Σ. της, καθ' ο μέρος αποκλείσθηκε ο προσφεύγων, κατά προηγούμενη παράλειψη κλήσης του κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 και κατ' άρ. 3.1.2.1 της διακήρυξης, προς συμπλήρωση της εντοπισθείσας δια της προσβαλλομένης, ελλείψεως, αναπέμπει δε στην αναθέτουσα προς άρση της παράλειψης, κατά τις ανωτέρω σκ. 3-4.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25-5-2022 και και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΩΣΤΗ