

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Αυγούστου 2019 με την εξής σύνθεση:
Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής,
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 9-7-2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 871/10-7-2019 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «... .. Α.Ε.», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 4-7-2019 υπ' αρ. 99/2019 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος και κατ' έγκριση του με αρ. πρωτ. 23246/20-6-2019 Πρακτικού υπ' αρ. 1 και του με αρ. πρωτ. 23711/21-6-2019 Πρακτικού υπ' αρ. 2, κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και αναδείχθηκε αυτός προσωρινός ανάδοχος στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΠΛΗΡΟΥΣ ΓΕΥΜΑΤΟΣ ΓΙΑ ΤΗ ΣΙΤΙΣΗ ΤΩΝ ΜΑΘΗΤΩΝ ΤΟΥ ΚΑΛΛΙΤΕΧΝΙΚΟΥ ΣΧΟΛΕΙΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ... ΓΙΑ ΤΟ ΣΧΟΛΙΚΟ ΕΤΟΣ 2019-2020, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 145.275,00 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη

με αρ. πρωτ. ... διακήρυξη, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 14-5-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ την 20-5-2019 με συστημικό α/α

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 το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ..., ποσού 726,37 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η από 9-7-2019 προσφυγή στρέφεται εμπροθέσμως κατά της από 4-7-2019 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, ως και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, εμπίπτουσας κατά την εκτιμώμενη αξία της και τον χρόνο δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, μετ' εννόμου δε συμφέροντος, αφού ο προσφεύγων που κατέστη αποδεκτός δια της προσβαλλομένης, πλην όμως κατετάγη δεύτερος μετά από τον παρεμβαίνοντα, μειοδότης, στρέφεται κατά της προσβαλλομένης, καθ' ο μέρος δι' αυτής κρίθηκε αποδεκτός ο νυν προσωρινός ανάδοχος και παρεμβαίνων και περαιτέρω, κατ' αναγκαία συνέπεια της αποδοχής του (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017) ορίσθηκε, ως πρώτος μειοδότης, προσωρινός ανάδοχος. Ο προσφεύγων, με τον πρώτο λόγο του επικαλείται ότι η εγγύηση συμμετοχής του παρεμβαίνοντος δεν αναφέρει τον προβλεπόμενο από τη διακήρυξη χρόνο λήξης ισχύος της, ήτοι 210 ημέρες από την επομένη της διενέργειας του διαγωνισμού, αλλά μόνο ότι «ισχύει μέχρι της επιστροφή της», με τον δεύτερο δε λόγο του ότι η ίδια εγγυητική αναφέρει ως χρόνο αποσφράγισης προσφορών την Παρασκευή 4 Ιουνίου 2019 αντί του ορθού 14/06/2019, μη καλύπτοντας ούτως τους όρους της διακήρυξης. Εμπροθέσμως, νομοτύπως και παραδεκτως ασκείται περαιτέρω και η από 17-

7-2019 παρέμβαση, μετά την από 12-7-2019 κοινοποίηση στον παρεμβαίνοντα της προσφυγής, μετ' εννόμου δε συμφέροντος, αφού η προσφυγή αιτείται την ακύρωση αποδοχής του. Ο δε παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι η εγγυητική του ήταν αορίστου διάρκειας και λήγει μόνο με την επιστροφή της, επομένως η ισχύς της δεν είναι μικρότερη της ελάχιστης απαιτούμενης, ενώ η εκ παραδρομής λανθασμένη αναγραφή της ημερομηνίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών, που λάμβανε χώρα την 14/6/2019 αντί της 4/6/2019, δύνατο να αρθεί δια διευκρινίσεων και ήταν επουσιώσης, αφού δεν αποτελούσε αναγκαίο στοιχείο της εγγυητικής συμμετοχής. Με τις με αρ. πρωτ. 27165/12.7.2019 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα επικαλείται ότι η εγγυητική του παρεμβαίνοντος ισχύει έως και την επιστροφή της και επομένως, αφού ρητά ορίζονται οι λόγοι επιστροφής της από το κανονιστικό πλαίσιο της διαδικασίας, η κατοχή της από την αναθέτουσα συνεπάγεται και την εξασφάλιση ισχύος της, όπως και ότι στην εγγυητική αυτή περιλαμβάνεται πλήθος ζητούμενων και η εσφαλμένη αναγραφή ημερομηνίας αποσφράγισης συνιστά επουσιώδη πλημμέλεια, δεδομένου ότι δεν απαιτείτο μάλιστα κατά τη διακήρυξη και ούτως, δεν υπάρχει καν ασάφεια ή αοριστία ως προς τη διαδικασία ανάθεσης που η εγγύηση αφορά και ούτως, καθορίζεται με ακρίβεια η έκταση ευθύνης του εκδότη και η εξυπηρέτηση του σκοπού για τον οποίο προσκομίστηκε. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατά τον όρο 2.1.5 της διακήρυξης ορίζεται ότι «Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1 εκδίδονται από πιστωτικά «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.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. ... 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.». Κατά τον δε όρο 2.2.2 της διακήρυξης (και συμφώνως και με το άρ. 5 της Συγγραφής Υποχρεώσεων που επισυνήφθη στη διακήρυξη) ορίζεται ότι «2.2.2.1. Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής σε ποσοστό 2% (δύο) τοις εκατό (%) επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α., ήτοι στο ποσό των δύο χιλιάδες εννιακόσια πέντε ευρώ και πενήντα λεπτά (2.905,50) ευρώ. ...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 ήτοι διακόσιες δέκα (210) ημέρες από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη της, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής.», κατά τον δε όρο 2.4.5 προβλέπεται ότι «Η ισχύς της προσφοράς μπορεί να παρατείνεται εγγράφως, εφόσον τούτο ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, πριν από τη λήξη της, με αντίστοιχη παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σύμφωνα με

τα οριζόμενα στο άρθρο 72 παρ. 1 α του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.2.2. της παρούσας, κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη ως άνω αρχική διάρκεια. Μετά τη λήξη και του παραπάνω ανώτατου ορίου χρόνου παράτασης ισχύος της προσφοράς, τα αποτελέσματα της διαδικασίας ανάθεσης ματαιώνονται, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει, κατά περίπτωση, αιτιολογημένα, ότι η συνέχιση της διαδικασίας εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, οπότε οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία μπορούν να επιλέξουν είτε να παρατείνουν την προσφορά και την εγγύηση συμμετοχής τους, εφόσον τους ζητηθεί πριν την πάροδο του ανωτέρω ανώτατου ορίου παράτασης της προσφοράς τους είτε όχι. Στην τελευταία περίπτωση, η διαδικασία συνεχίζεται με όσους παρέτειναν τις προσφορές τους και αποκλείονται οι λοιποί οικονομικοί φορείς.». Σημειωτέον, ότι δεν επισυνήφθη στα έγγραφα της σύμβασης υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Ο δε παρεμβαίνων υπέβαλε με την προσφορά του τη με αρ. ... και από 6-6-2019 εκδοθείσα εγγυητική επιστολή συμμετοχής ποσού 2.905,50 ευρώ, της ALPHA BANK, η οποία μεταξύ άλλων ανέφερε ότι «... εγγυώμεθα με την παρούσα επιστολή, η οποία παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, παραιτούμενοι του δικαιώματος της διαιρέσεως και διζήσεως για ποσό των EUR 2.905,50 υπέρ [του παρεμβαίνοντος] ... για τη συμμετοχή της στον διενεργούμενο ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό κκάτω των ορίων με αριθμό διακήρυξης ... (ΑΔΑΜ: ...) και με την υπ' αριθ. 6/2019 μελέτη για την «Προμήθεια...» συνολικού προϋπολογισμού ... με κριτήριο ανάθεσης ... με καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών τη Δευτέρα 10 Ιουνίου 2019 και ώρα 11.00 πμ και ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την Παρασκευή 4 Ιουνίου 2019 και ώρα 11:00 π.μ., ήτοι (4) εργάσιμες ημέρες μετά την καταληκτική ημερομηνία προσφορών. ... Το παραπάνω ποσό τηρούμε στη διάθεσή σας και θα καταβληθεί ολικά ή μερικά χωρίς καμία από μέρους μας αντίρρηση ή ένσταση και χωρίς να ερευνηθεί το βάσιμο ή μη της απαίτησης εντός πέντε (5) ημερών με την απλή έγγραφη ειδοποίησή σας. ... Η παρούσα ισχύει μέχρι και την επιστροφή της...». Η ως άνω εγγυητική, κατά την προσβαλλομένη απόφαση, προσκομίστηκε και σε φυσική μορφή εμπροθέσμως κατά τους όρους της διακήρυξης. Ως καταληκτικός χρόνος υποβολής προσφορών είχε οριστεί η 10-6-2019 ώρα 11.00 π.μ., ενώ κατά τον όρο 3.1.1

της διακήρυξης, η αποσφράγιση των προσφορών θα λάμβανε χώρα την *«Τετάρτη 14/06/2019 και ώρα 11:00 π.μ., ήτσιο (4) εργάσιμες ημέρες μετά την καταληκτική ημερομηνία προσφορών»*.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων υπέβαλε εγγυητική επιστολή συμμετοχής, αορίστου διάρκειας, η λήξη της οποίας (με την επιστροφή της) επαφίεται στην πλήρη ευχέρεια της αναθέτουσας, χωρίς καν ανάγκη να του ζητήσει ή μόνος του να προβεί σε τυχόν παράταση ισχύος της, εφόσον απαιτηθεί αυτό κατά την πορεία και σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Η δε εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενη διάρκεια των 210 ημερών από την επομένη της διενέργειας του διαγωνισμού είναι η κατά τον νόμο και τη διακήρυξη ελάχιστη (ο όρος 2.2.2.1 χρησιμοποιεί τη λέξη «τουλάχιστον»), ενώ ουδόλως τέθηκε αυτή η ισχύς ως αποκλειστική, παραδεκτώς δε επιτρεπόταν στους μετέχοντες να υποβάλουν εγγυητικές με μεγαλύτερη του ελαχίστου αυτού διαστήματος διάρκεια. Εκ των ως άνω και κατά μείζονα λόγο προκύπτει ότι όλως παραδεκτώς και υπερκαλύπτοντας τις ελάχιστες απαιτήσεις της διακήρυξης, δύνατο να υποβληθεί εγγυητική, η διάρκεια ισχύος της οποίας θα εξαρτάτο από την αναθέτουσα και θα ήταν αορίστου διάρκειας. Περαιτέρω, εσφαλμένα ο προσφεύγων επικαλείται ότι η εγγυητική του παρεμβαίνοντος δεν ανέγραφε χρόνο ισχύος, αντίθετα η αναγραφή ότι *«ισχύει μέχρι και την επιστροφή της»* συνιστούσε αναφορά διάρκειας ισχύος και δη αορίστου και εξαρτώμενης από την πορεία της διαδικασίας και τις πράξεις της ίδιας της αναθέτουσας. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί, αφού ουδόλως είναι δυνατόν να αποκλεισθεί προσφορά, επειδή ο μετέχων, επί συγκεκριμένης απαίτησης και ζητούμενου στοιχείου, προσέφερε περισσότερα ή υπέρτερες δεσμεύσεις, από όσα απαιτούνταν από το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας. Περαιτέρω, ουδόλως απαιτείτο κατά τη διακήρυξη (ούτε από τον νόμο, βλ. άρ. 72 παρ. 4 Ν. 4412/2016, όπως μάλιστα τροποποιήθηκε και ισχύει μετά το άρ. 107 παρ. 5 Ν. 4497/2017), η αναφορά στην εγγυητική του χρόνου αποσφράγισης των προσφορών, παρά μόνο (όρος 2.1.5) της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών και της ημερομηνίας λήξης ή του χρόνου ισχύος της εγγύησης, μαζί με τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης. Η εγγυητική του παρεμβαίνοντος ορθά και με πληρότητα ανέγραφε όλα τα στοιχεία της διακήρυξης, με

αποτέλεσμα να είναι ταυτοποιήσιμη και συγκεκριμένη η διαδικασία υπέρ της οποίας εκδίδεται η εγγύηση (πράγμα που συνιστά και τον σκοπό για τον οποίο ζητούνται τα στοιχεία της διακήρυξης), όπως και τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών. Επομένως, κάθε σφάλμα όσον αφορά τον χρόνο αποσφράγισης προσφορών δεν είναι δυνατόν να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού, αφού σφάλμα σε εκ περισσού υποβαλλόμενο στοιχείο (άρα, στοιχείο που ακόμη και αν έλειπε, δεν θα παραβιάζονταν οι όροι της διακήρυξης) δεν συνιστά παράβαση όρου της διακήρυξης (αφού δεν υφίσταται όρος που το απαιτεί ούτε καν υπόδειγμα προς συμπλήρωση-διαμόρφωση από τους μετέχοντες με τυχόν περισσότερα εκεί ζητούμενα στοιχεία) και επομένως, δεδομένης της μη παράβασης της διακήρυξης, η αναθέτουσα δεν δύναται να απορρίψει την προσφορά. Εξάλλου, εν προκειμένω, από το σύνολο των στοιχείων της εγγυητικής και δη αφενός, το γεγονός πως η 4-6-2019 που αναφέρει αυτή προηγείτο της από 6-6-2019 έκδοσης της, αφετέρου, τη ρητή αναφορά σε 4 ημέρες μετά τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών, που εντός της ίδιας φράσης αναφέρθηκε ορθά, ως η 10-6-2019, αβίαστα προκύπτει ότι η μνεία της 4-6-2019, αντί της 14-6-2019, συνιστούσε πρόδηλο γραφικό σφάλμα, επανορθώσιμο (αν απαιτείτο βέβαια η αναγραφή του ή αν προέκυπτε ασάφεια περί του περιεχομένου και του αντικειμένου δέσμευσης εκ της διακήρυξης) κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016. Πλην όμως, ούτως ή άλλως εν προκειμένω, δεδομένου πως ούτε το στοιχείο αυτό απαιτείτο να αναγραφεί και επομένως δεν υφίστατο κάποιος περί αυτού όρος της διαδικασίας (ο οποίος δεν είναι, εξάλλου, δυνατόν το πρώτον να υποτεθεί και να δημιουργηθεί κατά την αξιολόγηση, άνευ οιοδήποτε ερείσματος επί του κανονιστικού της περιεχομένου και του γράμματος των όρων της) ούτε οιαδήποτε ασάφεια στην εγγύηση δημιουργεί, δεδομένης της πληρότητας και της αναφοράς όλων των ζητούμενων και προσδιοριστικών της διαδικασίας στοιχείων, αλλά και λόγω του ότι κατά τη συγκεκριμένη εγγύηση, ο τυχόν χρόνος ισχύος της δεν εξαρτάται από τον χρόνο αποσφράγισης (βλ. αμέσως ανωτέρω, αφού η εγγύηση διαρκεί έως την επιστροφή της), ουδέν ζήτημα περί διευκρινίσεων εξαρχής υφίστατο και ορθώς η αναθέτουσα, η οποία εξάλλου κατά τους όρους της διακήρυξης, δύνατο να επικοινωνήσει με την τράπεζα προς διακρίβωση της εγκυρότητας, της ισχύος και του περιεχομένου της, έκρινε την εγγυητική αυτή ως παραδεκτή.

Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής, ως και η προσφυγή στο σύνολό της.

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο ποσού 726,37 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού 726,37 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7-8-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΚΩΝ/ΝΟΣ ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ