

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 28^η Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 21.07.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1123/24.07.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά της «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή]. Και

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 28.07.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλομένη υπ' αριθμ. ...-37/11-07-2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού € 2.379,03.

2. Επειδή, δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου οικ. .../18.05.2023 διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 16.05.2023 και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την

Αριθμός απόφασης: 1456/2023

18.05.2023, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) 2..., προκηρύχθηκε ανοιχτός διαγωνισμός άνω των ορίων, με Αριθμό Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού τετρακοσίων εβδομήντα πέντε χιλιάδων οκτακοσίων έξι ευρώ και σαράντα πέντε λεπτών (475.806,45 €), πλέον Φ.Π.Α. 24%, ήτοι πεντακοσίων ενενήντα χιλιάδων ευρώ (590.000,00 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας δύο (2) μηνών από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 16η Ιουνίου 2023 και ώρα 14:30 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 22α Ιουνίου 2023 και ώρα 11:00 π.μ.

3. Επειδή, στον ως ανω διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά μόνο η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθμ. ...11.07.2023 (απόσπασμα από το υπ' αριθμ. .../11.07.2023 πρακτικό) απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε ομόφωνα: α) Η έγκριση του υπ' αριθμ. 3/10.07.2023 πρακτικού της επιτροπής διαγωνισμού, β) η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας λόγω προσκόμισης εγγυητικής μη σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης, γ) η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας μόνο με την παρεμβαίνουσα.

Συγκεκριμένα, η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο επίμαχο πρακτικό με την ακόλουθη αιτιολογία: «[...]. Στη συνέχεια, η Επιτροπή απέστειλε ερώτημα προς την Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος η οποία εξέδωσε την προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή συμμετοχής του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα «...» για την εξακρίβωση της εγκυρότητας αυτής, η οποία και επιβεβαιώθηκε. Όσον αφορά την εγγυητική Επιστολή την οποία υπέβαλε ο διαγωνιζόμενος «...», διαπιστώθηκαν τα εξής : Η εγγυητική επιστολή έχει εκδοθεί από το Ταμείο Παρακαταθηκών & Δανείων, υπέρ του συνεργαζόμενου φορέα «....» (δ.τ. ...), έδρα ..., ΑΦΜ: ... ο οποίος όμως δεν είναι ο Προσφέρων κατά την διαγωνιστική διαδικασία καθώς η προσφορά στο διαγωνισμό έχει υποβληθεί από την εταιρεία «...» (δ.τ. ...). Η εταιρεία «...» (δ.τ. ...), συμμετέχει στο διαγωνισμό ως τρίτος φορέας ο οποίος παρέχει στη διαγωνιζόμενη δάνεια ικανότητα για την κάλυψη των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.6. Σύμφωνα με το άρθρο

2.2.2 Εγγύηση συμμετοχής παρ. 2.2.2.1. «Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, ποσού 9.516,13 ευρώ.» Σύμφωνα με το σύνολο των στοιχείων της υποβληθείσας προσφοράς με α.α. ... ο προσφέρων είναι η εταιρεία «...» (δ.τ. ...) και όχι ο παρέχων δάνεια ικανότητα «...» (δ.τ. ...). Κατόπιν αυτού η εγγυητική επιστολή που προσκόμισε ο προσφέρων «...» (δ.τ. ...) δεν είναι αποδεκτή, ενώ η προσφορά του ανωτέρω διαγωνιζόμενου θα πρέπει να απορριφθεί καθώς η εγγυητική επιστολή συμμετοχής δεν είναι σύμφωνη με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.2 Εγγύηση συμμετοχής παρ. 2.2.2.1 της Διακήρυξης και το άρθρο 72 παρ. 1 του Ν.4412/2016. Παρά τα ανωτέρω η επιτροπή διαγωνισμού έλεγξε την εγκυρότητα της εγγυητικής επιστολής που προσκόμισε ο διαγωνιζόμενος «...» (δ.τ. ...) μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος επαλήθευσης εγκυρότητας του ΤΠ & Δ, και διαπιστώθηκε η εγκυρότητα αυτής. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή ομόφωνα γνωμοδοτεί πως: [...]. 2. Η εγγυητική επιστολή συμμετοχής που προσκόμισε ο οικονομικός φορέας «...» (δ.τ. ...), δεν πληροί τις προϋποθέσεις της ισχύουσας νομοθεσίας και της διακήρυξης, οπότε δεν γίνεται αποδεκτή η συμμετοχή του οικονομικού φορέα «...» (δ.τ. ...), στη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας.»

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 11.07.2023, ασκήθηκε νόμιμα και εμπρόθεσμα η υπό κρίση προσφυγή στις 21.07.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017. Η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προσφυγής, αφού επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει απορριφθεί η προσφορά της.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 24.07.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. .../03-08-2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 04.08.2023.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 24.07.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 28.07.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και με σαφές έννομο συμφέρον καθότι η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της και έχει απορριφθεί η προσφορά της προσφεύγουσας.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. 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 (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται ότι η εταιρεία "...» θα της παρέχει ανεπιφύλακτα για τον συγκεκριμένο δημόσιο διαγωνισμό την αναγκαία και απαραίτητη χρηματοοικονομική επάρκεια και κατά συνέπεια έχει αναλάβει την ευθύνη, ώστε να εκδώσει σχετική εγγυητική επιστολή και να την διαθέσει στην ίδια, πράγμα το οποίο και έπραξε. Η υποβληθείσα εγγυητική επιστολή συμμετοχής εκδόθηκε στο όνομα της «...» (δ.τ. ...) προκειμένου να χρησιμοποιηθεί στον επίμαχο διαγωνισμό, τα στοιχεία του οποίου καθώς και της αναθέτουσας αρχής αναγράφονται σαφώς και με πληρότητα στο σώμα της εγγυητικής επιστολής. Ειδικότερα, η εν λόγω εγγυητική επιστολή αφορά τον συγκεκριμένο διαγωνισμό και την συγκεκριμένη αναθέτουσα αρχή και δεν δημιουργείται καμία αμφιβολία ως προς την

υποχρέωση καταβολής του ποσού της εν λόγω εγγύησης συμμετοχής, ώστε να διασφαλίζονται έτσι τα συμφέροντα του κυρίου του έργου σε περίπτωση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής. Σε κάθε περίπτωση, αν πράγματι η αναθέτουσα αρχή είχε αμφιβολίες για το ανωτέρω ζήτημα, όφειλε να ακολουθήσει τη διαδικασία της παροχής διευκρινίσεων, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και να μην προβεί στον αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ανωτέρω ισχυρισμούς: Η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε με την προσφορά της εγγυητική επιστολή συμμετοχής εκδοθείσα στο όνομα της , αλλά την υπ' αριθμ. ... εγγυητική επιστολή συμμετοχής του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, η οποία έχει εκδοθεί στο όνομα και για λογαριασμό της εταιρείας με την επωνυμία «....» και τον διακριτικό τίτλο «...». Σύμφωνα με το από 09.06.2023 ιδιωτικό συμφωνητικό, το οποίο έχει συναφθεί μεταξύ της προσφεύγουσας και της προαναφερθείσας εταιρείας, αλλά και των υποβληθέντων ΕΕΕΣ, προκύπτει ότι η τελευταία θα της δανείσει εμπειρία για την κάλυψη των κριτηρίων επιλογής όσον αφορά την χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική – επαγγελματική ικανότητα. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από τη στιγμή που ο τρίτος φορέας «...» της δανείζει χρηματοοικονομική επάρκεια, μπορεί να εκδώσει και να διαθέσει αντί αυτής και την εγγυητική επιστολή. Ο ισχυρισμός της αυτός όμως είναι αβάσιμος και τούτο διότι η εγγυητική επιστολή αποτελεί στοιχείο παραδεκτού της συμμετοχής των οικονομικών φορέων και όχι στοιχείο κριτηρίων ποιοτικής επιλογής εν γένει, ώστε να μπορεί να δανειστεί από τρίτο οικονομικό φορέα. Έτσι, ο δανείζων εμπειρία φορέας, παραμένει πάντοτε «τρίτος» έναντι της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΣΤΕ 717/2012 σκέψη 4), αφού, μεταξύ άλλων, δεν συμβάλλεται μαζί της, δεν είναι υπόλογος σε αυτήν, δεν συμμετέχει στο προσυμβατικό στάδιο ούτε καθίσταται ανάδοχος της σύμβασης αυτοτελώς, δεν αναλαμβάνει την εκτέλεση της σύμβασης και δεν μπορεί να υποκαταστήσει τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα είτε στο στάδιο ανάθεσης είτε στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης. Ως εκ τούτου ο τρίτος φορέας, όπως εν προκειμένω η εταιρεία «...», δεν μπορεί να υποβάλει παραδεκτά εκ μέρους του συμμετέχοντος εγγυητική επιστολή και οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι. Επίσης, σε καμία περίπτωση δεν είναι

Αριθμός απόφασης: 1456/2023

δυνατή η εκ των υστέρων αντικατάσταση ή συμπλήρωση, κατά την έννοια του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, ήδη υποβληθείσας, αντικανονικής ως προς τον χρόνο ισχύος της, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η μη υποβολή εγγυητικής επιστολής στο όνομα της προσφεύγουσας, κατά παράβαση των οριζόμενων στην παρ. 2.2.2 της διακήρυξης, οδηγεί σε πλημμέλεια της προσφοράς της και κατά συνέπεια στην απόρριψη αυτής. Επομένως ο υπό κρίση λόγος απορρίπτεται στο σύνολό του ως αβάσιμος.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 28η Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 18η Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ