

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 20 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 15.12.2022, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1806/16.12.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Υπουργείου ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η με αριθμό 50810 ΕΞ 2022 02.12.2022 απόφαση του Γενικού Γραμματέα ... της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. .../01.11.2022 πρακτικό σχετικά με την ορθή υποβολή των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού για το υποέργο με α/α 4, με τίτλο: «ΒΕΛΤΙΩΣΗ ...», εκτιμώμενης αξίας 282.258,06 €, πλέον Φ.Π.Α 24%, Κωδικός CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής (με αρ. πρωτ. ... 2022 19.09.2022 διακήρυξη, συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Η συζήτηση άρχισε Με αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ....

ποσού χιλίων τετρακοσίων δώδεκα ευρώ (1.412,00€) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 15.12.2022, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1806/16.12.2022, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: *«Έγκριση του υπ' αριθμόν ... Πρακτικού σχετικά με την ορθή υποβολή των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής του διεθνούς, ηλεκτρονικού, ανοικτού διαγωνισμού με αριθμό διακήρυξης ... 2022 19.09.2022 (ΑΔΑΜ: ...), για το υποέργο α/α 4 «ΒΕΛΤΙΩΣΗ ...» της πράξης «Οργανωτική Αναβάθμιση και Ψηφιακός Μετασχηματισμός του ... και των παρεχόμενων υπηρεσιών» (MIS ...), με CPV ..., συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης τριακοσίων πενήντα χιλιάδων ευρώ (350.000,00€), συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής», αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 05.12.2022.*

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμό 306194 προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά του αποκλεισμού της από το επόμενο στάδιο της διαδικασίας (αξιολόγηση τεχνικών προσφορών). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως και με ελλιπή αιτιολογία απορρίφθηκε η

προσφορά της, με το σκεπτικό ότι η πρωτότυπη τροποποιητική εγγυητική επιστολή συμμετοχής της προσκομίστηκε εντύπως (σε κλειστό φάκελο) στην αναθέτουσα αρχή, εκπρόθεσμα (02.11.2022), ήτοι, μετά την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των ηλεκτρονικών προσφορών, (01.11.2022). Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η εκπρόθεσμη υποβολή της τροποποιητικής εγγυητικής επιστολής δεν δύναται να οδηγήσει στον αποκλεισμό της από την ένδικη διαδικασία, επειδή η τροποποιητική εγγύηση συμμετοχής - η οποία σε κάθε περίπτωση υποβλήθηκε εμπροθέσμως στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ - δεν συνιστά αυτοτελές δικαιολογητικό συμμετοχής, αλλά συμπληρωματικό δικαιολογητικό της αρχικώς υποβληθείσας εγγυητικής επιστολής, την οποία, επίσης υπέβαλε εμπροθέσμως σε έντυπη μορφή, αλλά περιείχε εσφαλμένο στοιχείο, που κατά τη διακήρυξη αναγράφεται υποχρεωτικώς στο σώμα της (καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών). Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η οικεία αναθέτουσα αρχή όφειλε να της είχε ζητήσει συμπλήρωση της προσφοράς της, σύμφωνα με το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../02.01.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

6. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε εμπρόθεσμα, σε έντυπη μορφή, την πρωτότυπη τροποποιητική εγγυητική επιστολή συμμετοχής, παρότι είχε ήδη προσκομίσει εγκαίρως, σε έντυπη μορφή, την αρχική εγγύηση συμμετοχής, διότι η τροποποιητική εγγύηση, δεν συνιστά αυτοτελές δικαιολογητικό συμμετοχής. Ως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα η τροποποιητική εγγύηση συμμετοχής διαφέρει από την αρχικώς υποβληθείσα εγγύηση συμμετοχής αποκλειστικά και μόνο ως προς το στοιχείο της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, που παρατάθηκε με σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής και επομένως, δεν συνιστά αυτοτελές έγγραφο εγγυητικής επιστολής, αλλά ούτε και μια δεύτερη εγγυητική επιστολή, η οποία χρήζει αυτοτελούς αξιολόγησης, στο πλαίσιο του άρθρου 2.2.2. της διακήρυξης και του άρθρου 72 του ν. 4412/2016. Πέραν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι:

α) σε κανένα σημείο της απόφασης παράτασης της προθεσμίας υποβολής προσφορών και μετάθεσης της ημερομηνίας αποσφράγισής τους, δεν αναφέρεται η υποχρέωση των υποψηφίων οικονομικών φορέων να προσκομίσουν εγγυητικές επιστολές με αναγραφή της νέας ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού ή τροποποιητικές ήδη εκδοθεισών εγγυητικές επιστολές, β) όταν εκδόθηκε η αρχικώς προσκομισθείσα, υπ' αριθμ. ... εγγύηση συμμετοχής της, δεν γνώριζε ότι η ημερομηνία υποβολής προσφορών και η ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού θα μετατεθούν και επομένως, η παράταση που έλαβε χώρα δεν οφείλεται σε δικό της σφάλμα ή παράλειψη, γ) η προσβαλλόμενη πράξη δεν φέρει επαρκή αιτιολογία, διότι κατά λέξη: *«[...] αρκείται στην απλή παράθεση της αλληλουχίας γεγονότων [...] και, κατόπιν της παράθεσης του ιστορικού, καταλήγει στην απόρριψη της προσφοράς [...], χωρίς να μνημονεύει καθόλου ποιον όρο της Διακήρυξης, του νόμου ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής παρέβη η προσφορά μας καθώς και ποια πράξη της εταιρείας μας ή ποιο ακριβώς στοιχείο της προσφοράς μας συντέινε στην παραβίαση όρου της Διακήρυξης και την εντεύθεν απόρριψη της προσφοράς ...»* και δ) η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να της είχε ζητήσει συμπλήρωση της επίμαχης τροποποιητικής εγγύησης *«... ως προς την αναγραφή των ημερομηνιών του διαγωνισμού (καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και ημερομηνία ηλεκτρονικής διενέργειας του διαγωνισμού...»*, δυνάμει του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει.

Κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής, από το περιεχόμενο των όρων 2.2.2.1., 2.4.2.5., 3.1.2.1. και 2.1.5. της οικείας διακήρυξης, προκύπτει σαφώς η υποχρέωση εκάστου υποψήφιου να υποβάλλει με δική του ευθύνη, εντύπως και σε κλειστό φάκελο, το αργότερο έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών (εν προκειμένω, 01.11.2022), την πρωτότυπη εγγύηση συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά και ως εκ τούτου, νομίμως και αιτιολογημένα απορρίφθηκε η επίμαχη προσφορά, διότι η τροποποιητική εγγύηση συμμετοχής υποβλήθηκε σε έντυπη μορφή εκπροθέσμως (02.01.2022), κατά παράβαση του νόμου και της διακήρυξης, η δε πλημμέλεια αυτή δεν δύναται να «θεραπευθεί» μεταγενεστέρως με διευκρινίσεις/συμπληρώσεις, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα.

Στο άρθρο 2.2.2. («Εγγύηση συμμετοχής») παρ. 1 της ένδικης διακήρυξης ορίζεται ρητά ότι για την έγκαιρη συμμετοχή τους στη διαδικασία, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς οφείλουν να καταθέσουν εγγυητική επιστολή συμμετοχής, ποσού πέντε χιλιάδων εξακοσίων σαράντα πέντε ευρώ και δεκαέξι λεπτών (5.645,16€), όπως επίσης και ότι: «Οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται, σε κλειστό φάκελο με ευθύνη του οικονομικού φορέα, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στην παρ. 3.1 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού». Ομοίως, στο άρθρο 2.4.2. («Χρόνος και Τρόπος υποβολής προσφορών») παρ. 5 της ένδικης διακήρυξης ορίζεται ρητά ότι: «Έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών προσκομίζονται με ευθύνη του οικονομικού φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε κλειστούς φακέλους, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού του παρόντος διαγωνισμού, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς του, τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά ενδεικτικά είναι: α) η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, πλην των περιπτώσεων που αυτή εκδίδεται ηλεκτρονικά, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη β) [...] Σε περίπτωση μη υποβολής ενός ή περισσότερων από τα ως άνω στοιχεία και δικαιολογητικά που υποβάλλονται σε έντυπη μορφή, πλην της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει τη συμπλήρωση και υποβολή τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. [...] Οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται με ευθύνη του οικονομικού φορέα, σε κλειστό φάκελο, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας, τα στοιχεία του παρόντος διαγωνισμού και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στην παρ. 3.1 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού».

Περαιτέρω, στο άρθρο 3.1.2. («Αξιολόγηση προσφορών») παρ. 1 της ένδικης διακήρυξης ορίζεται ρητά ότι: «Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην

αξιολόγηση αυτών, μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο ΕΣΗΔΗΣ οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. [...]

Ειδικότερα α) Η Επιτροπή Διαγωνισμού εξετάζει αρχικά την προσκόμιση της εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72. Σε περίπτωση παράλειψης προσκόμισης, είτε της εγγύησης συμμετοχής ηλεκτρονικής έκδοσης, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, είτε του πρωτοτύπου της έντυπης εγγύησης συμμετοχής, μέχρι την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης, η Επιτροπή Διαγωνισμού συντάσσει πρακτικό στο οποίο εισηγείται την απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης. Στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή απόφαση, με την οποία επικυρώνεται το ανωτέρω πρακτικό. Η απόφαση απόρριψης της προσφοράς του παρόντος εδαφίου εκδίδεται πριν από την έκδοση οποιασδήποτε άλλης απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της οικείας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης και κοινοποιείται σε όλους τους προσφέροντες με επιμέλεια αυτής μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ». Επιπρόσθετα, στο άρθρο 2.1.5 («Εγγυήσεις») της ένδικης διακήρυξης, στο οποίο καθορίζεται το ελάχιστο περιεχόμενο των εγγυήσεων, ορίζεται ρητώς ότι: «... 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 της εγγύησης καλής εκτέλεσης, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης».

Τέλος, στο άρθρο 72 («Εγγυήσεις») παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως ισχύει,

ορίζεται ότι: «Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, οι οποίες διενεργούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται, με ευθύνη του οικονομικού φορέα, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Η προσφορά οικονομικού φορέα που παρέλειψε να προσκομίσει την απαιτούμενη από τα έγγραφα της σύμβασης εγγύηση συμμετοχής απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη του αρμόδιου συλλογικού οργάνου. Η απόφαση απόρριψης της προσφοράς του προηγούμενου εδαφίου εκδίδεται πριν από την έκδοση οποιασδήποτε άλλης απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της οικείας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης».

Γ) Καταρχάς, επισημαίνεται ότι με την υπ' αριθμ. πρωτ. 41281 ΕΞ 2022 13.10.2022 απόφασή της, η οικεία αναθέτουσα αρχή αποφάσισε, για λόγους που οφείλονταν στη μη διαθεσιμότητα του συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ προμήθειες – υπηρεσίες, για το χρονικό διάστημα από τις 14.10.2022 έως τις 20.10.2022, την παράταση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, από τις 24.10.2022 στις 31.10.2022 και την μετάθεση της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού, από τις 25.10.2022 την 01η.11.2022. Η ως άνω παράταση κρίθηκε από την αναθέτουσα αρχή αναγκαία, στο πλαίσιο των αρχών της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας και της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, προκειμένου όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να έχουν στη διάθεσή τους τον ελάχιστο απαιτούμενο χρόνο, βάσει της παρ. 1 του άρθρου 27 του ν. 4412/2016, προκειμένου να ετοιμάσουν τις προσφορές τους. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε τροποποίηση ουσιαστών όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι, τροποποίησε την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, η οποία, σε κάθε περίπτωση, συνιστά στοιχείο που θα πρέπει να αναγράφεται υποχρεωτικώς στο σώμα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής (βλ. σχετικώς άρθρ. 2.1.5. της διακήρυξης) και σε τροποποίηση της ημερομηνίας διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, η οποία αποτελεί το απώτατο χρονικό όριο προσκόμισης των πρωτότυπων εγγυητικών επιστολών συμμετοχής, σε κλειστό φάκελο και σε έντυπη μορφή

(βλ. σχετικώς άρθρ. 2.2.2. παρ. 1 της διακήρυξης και άρθρ. 72 του ν. 4412/2016).

Περαιτέρω, από την επισκόπηση του φακέλου της εν λόγω υπόθεσης, προκύπτει ότι την 1<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2022 και ώρα 10:00 π.μ., η επιτροπή διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των τριών προσφορών που υποβλήθηκαν στον διαγωνισμό. Εν συνεχεία, η επιτροπή διαπίστωσε ότι ο προσφεύγων είχε μεν υποβάλει την υπ' αριθμόν ... εγγυητική επιστολή της «...», εκδοθείσα στις 04.10.2022, υπέρ της συμμετοχής του στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ωστόσο, στο σώμα της ως άνω εγγυητικής επιστολής αναγράφονταν εσφαλμένα ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, η 24η Οκτωβρίου 2022, δηλαδή η ημερομηνία που είχε οριστεί αρχικώς ως καταληκτική. Η ως άνω πρωτότυπη εγγύηση, η οποία δεν εκδίδεται ηλεκτρονικά, προσκομίστηκε μεν με ευθύνη της προσφεύγουσας εντύπως και σε κλειστό φάκελο, το αργότερο έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών (01.11.2022) και έλαβε αριθμό πρωτ. ... 2022 01.11.2022, εντούτοις, περιείχε το ως άνω εσφαλμένο (υποχρεωτικό) στοιχείο. Προς αντικατάσταση της αρχικώς υποβληθείσας, υπ' αριθμ. ... εγγυητικής επιστολής του, ο προσφεύγων υπέβαλε την 01η.11.2022 και ώρα 09:24:56, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, την υπ' αριθμ. ... τροποποιητική εγγύηση συμμετοχής της «...», εκδοθείσα στις 31.10.2022, στην οποία αναγραφόταν πλέον η ορθή καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (31.10.2022), ως αποφασίσθηκε με την προαναφερθείσα απόφαση παράτασης της αναθέτουσας αρχής. Πλην όμως, η ως άνω πρωτότυπη τροποποιητική εγγυητική επιστολή προσκομίστηκε εντύπως και σε κλειστό φάκελο, με ευθύνη του οικονομικού φορέα, μετά την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, ήτοι, προσκομίστηκε εντύπως στις 02.11.2022 και έλαβε αριθμό πρωτ. ... 2022 02.11.2022. Κατόπιν των ανωτέρω και με δεδομένο ότι η πρωτότυπη τροποποιητική εγγυητική επιστολή συμμετοχής δεν είχε εκδοθεί ηλεκτρονικά και επομένως, θα έπρεπε, κατά τον νόμο και τη διακήρυξη, να είχε προσκομιστεί εμπροθέσμως σε έντυπη μορφή από τον προσφεύγοντα, η οικεία αναθέτουσα αρχή, κατόπιν λήψης της σχετικής εισήγησης από την επιτροπή διαγωνισμού, νομίμως και δη κατά δέσμια αρμοδιότητα, προέβη σε απόρριψη της επίμαχης προσφοράς ως απαράδεκτης. Στο σημείο αυτό θα



πρέπει να σημειωθεί ότι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, κατά τον οποίον η τροποποιητική εγγυητική επιστολή δεν αντικαθιστά την αρχικώς και εμπροθέσμως υποβληθείσα υπ' αριθμ. ... εγγυητική επιστολή, τουναντίον, τη συμπληρώνει, καθότι το μόνο τροποποιημένο στοιχείο που αυτή περιλαμβάνει είναι η ημερομηνία υποβολής των προσφορών και η ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, θα πρέπει να απορριφθεί. Και τούτο, διότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, καθώς και η ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, συνιστούν ουσιώδεις όρους της διακήρυξης και για τον λόγο αυτόν, εντάσσονται στα υποχρεωτικά ελάχιστα στοιχεία που θα πρέπει να αναγράφονται στο σώμα της εγγυητικής επιστολής, προκειμένου αυτή να γίνει αποδεκτή, σύμφωνα με την παρ. 2.1.5 της οικείας διακήρυξης (βλ. και άρθρο 72 παρ. 12 του ν. 4412/2016, ως ισχύει). Ως εκ τούτου, κρίνονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, σύμφωνα με τους οποίους, από την αρχικώς προσκομισθείσα εγγύηση *«...προκύπτει σαφώς και πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η εγγύηση συμμετοχής ... παρέχεται στο πλαίσιο της εν θέματι διαγωνιστικής διαδικασίας, φέρει, δε, όλα τα λοιπά κατά νόμο απαιτούμενα στοιχεία...»*, πλην των επίμαχων στοιχείων (νέα καταληκτική προθεσμία υποβολής προσφορών και διενέργειας διαγωνισμού).

Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η μη συμμόρφωση της εγγυητικής επιστολής προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης, καθιστά αυτήν απαράδεκτη και επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς του υποψηφίου οικονομικού φορέα στο σύνολό της, εφόσον οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής δεν πληρούν τους ουσιώδεις όρους που τέθηκαν στην διακήρυξη (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 259/2011, 386/2009, 803/2008, 487/1998, ΓνΝΣΚ 356/2003, ΣΤΕ 600/2011), η επίμαχη τροποποιητική εγγύηση δεν συμπληρώνει, αλλά κατ' ουσίαν αντικαθιστά την εσφαλμένη και επομένως, θεωρηθείσα ως μη υποβληθείσα, υπ' αριθμ. ... εγγυητική επιστολή συμμετοχής που υποβλήθηκε αρχικώς από τον προσφεύγοντα. Επομένως, η τροποποιητική εγγύηση, η οποία σε κάθε περίπτωση διαφοροποιείται από την αρχικώς υποβληθείσα εγγύηση, ως προς τα ελάχιστα -κατά τον νόμο και την ένδικη διακήρυξη- υποχρεωτικά στοιχεία που θα πρέπει να αναγράφονται στο σώμα αυτής, στην πράξη αποσυνδέεται από την τελευταία και λαμβάνεται αυτοτελώς υπόψη ως προς το νόμιμο (ή μη) του τρόπου υποβολής της. Εξάλλου, η τροποποιητική

εγγύηση συνιστά καθ' όλους τους τύπους του εμπορικού δικαίου και τα κρατούντα τραπεζικά δεδομένα, πλήρες χρεόγραφο, ήτοι, αμιγή εγγυητική επιστολή, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Επίσης, απορριπτέος κρίνεται ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, κατά τον οποίον, επειδή η τροποποιητική εγγύηση υποβλήθηκε εμπροθέσμως στο σύστημα Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, η μη εμπρόθεσμη έντυπη υποβολή της σε κλειστό φάκελο, δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο απόρριψης της προσφοράς του, διότι ο ισχυρισμός αυτός δεν ερείδεται σε κανέναν όρο της διακήρυξης, τουναντίον, από πολλούς όρους αυτής προκύπτει η -επί ποινή αποκλεισμού- απαίτηση έντυπης υποβολής της εγγύησης. Μάλιστα, στην κρινόμενη υπόθεση, παρόλο που ο προσφεύγων γνώριζε ήδη από τις 13.10.2022 πως οι επίμαχες ημερομηνίες έχουν παραταθεί, δεν προέβη εγκαίρως στην έκδοση και συνεπακόλουθα, στην υποβολή της τροποποιητικής εγγύησης σε έντυπη μορφή. Πρέπει να σημειωθεί ότι η υποχρέωση προσκόμισης τροποποιητικής εγγύησης ουδόλως ήταν απαραίτητο να αναφέρεται στην απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί παράτασης των σχετικών προθεσμιών, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει ο προσφεύγων, καθώς η σχετική υποχρέωση προκύπτει, ως προαναφέρθηκε, από πλείστες διατάξεις της ένδικης διακήρυξης, μη καταλείποντας ουδεμία αμφιβολία στον προσφεύγοντα ή σε οποιονδήποτε άλλο ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα ως προς τις επίμαχες νέες ημερομηνίες, αλλά και από την θεμελιώδη αρχή της τυπικότητας που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Συνεπώς, ο προσφεύγων έλαβε εγκαίρως γνώση επί των ως άνω τροποποιήσεων, τις οποίες και αποδέχτηκε πλήρως με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στον υπόψη διαγωνισμό, ενώ, ως προκύπτει από τα στοιχεία του οικείου φακέλου, οι λοιποί υποψήφιοι υπέβαλαν νομοτύπως και εγκαίρως (*«...το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης...»*), τις εγγυητικές επιστολές συμμετοχής τους, στις οποίες αναγράφεται η ορθή (31.10.2022) καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό.

Εξάλλου, από τη σαφή γραμματική διατύπωση του άρθρου 2.4.2.5. της διακήρυξης, στο οποίο ορίζεται ότι: *«....Οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται με ευθύνη*

του οικονομικού φορέα, σε κλειστό φάκελο, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας, τα στοιχεία του παρόντος διαγωνισμού και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στην παρ. 3.1 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού», το οποίο δεν καταλείπει οιασδήποτε αμφιβολία ως προς το περιεχόμενό του στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το Δ.Ε.Ε., προκύπτει ότι η μη προσκόμιση ή η εκπρόθεσμη προσκόμιση της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής σε έντυπη μορφή, μέχρι την, κατά τα ανωτέρω, ρητώς οριζόμενη ημερομηνία, δεν δύναται να θεραπευθεί νομίμως με τη εκ των υστέρων υποβολή ή συμπλήρωσή της, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως ισχύει. Τυχόν δε παροχή δυνατότητας στην προσφεύγουσα όπως υποβάλλει εκ νέου εντύπως την επίμαχη τροποποιητική εγγυητική επιστολή, θα συνιστούσε, σε κάθε περίπτωση, ανεπίτρεπτη τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς και θα εισήγαγε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, σε βάρος των λοιπών οικονομικών φορέων που υπέβαλαν προσφορά στον ένδικο διαγωνισμό, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ανόθευτου ανταγωνισμού. Μάλιστα, πέραν του ότι στο άρθρο 2.4.2.5. της διακήρυξης τέθηκε η φράση: «...άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού» και ως εκ τούτου, κατέστη σαφές, ότι σε περίπτωση μη έγκαιρης προσκόμισης της εγγύησης συμμετοχής σε έντυπη μορφή, η προσφορά απορρίπτεται υποχρεωτικώς και δη κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, στο ίδιο άρθρο γίνεται και ρητή μνεία περί του ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν δύνανται νομίμως να προσφύγουν στη διαδικασία του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, όταν πρόκειται για πλημμέλειες που αφορούν στην υποβολή της εγγύησης συμμετοχής. Πιο συγκεκριμένα, στο άρθρο 2.4.2.5. της διακήρυξης ορίζεται σαφώς ότι: «... Σε περίπτωση μη υποβολής ενός ή περισσότερων από τα ως άνω στοιχεία και δικαιολογητικά που υποβάλλονται σε έντυπη μορφή, πλην της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει τη συμπλήρωση και υποβολή τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. [...]».

Τέλος, απορριπτέος, ως αβάσιμος, κρίνεται ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, κατά τον οποίον η προσβαλλόμενη με αριθμ. πρωτ. 50810 ΕΞ 2022 02.12.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής φέρει ελλιπή και ασαφή αιτιολογία, αφού, κατά την άποψή του, δεν ερείδεται σε κανέναν κανόνα δικαίου ή σε κάποιον ειδικότερο όρο της διακήρυξης. Εντούτοις, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε νομίμως κατόπιν σχετικής γνωμοδότησης της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού, είναι σαφής και πλήρως αιτιολογημένη, διότι: α) στο προοίμιο της μνημονεύεται το σύνολο των κανόνων δικαίου, οι οποίοι τυγχάνουν εφαρμογής στην επίμαχη διαδικασία, β) στην παράγραφο με αριθμ. 43 αναπτύσσεται αναλυτικά ο λόγος, για τον οποίο απορρίπτεται η προσφορά του προσφεύγοντος ως απαράδεκτη, καθώς και οι διατάξεις της διακήρυξης που παραβιάστηκαν στην προκείμενη περίπτωση και γ) τόσο, οι λόγοι απόρριψης της επίμαχης προσφοράς, όσο και οι παραβιασθείσες διατάξεις επαναλαμβάνονται στο διατακτικό της, με σαφήνεια και πληρότητα. Ως, εξάλλου, ορθώς υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, η οποία σε κάθε περίπτωση αιτιολόγησε τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος και στο σχετικό έγγραφο απόψεών της (συμπληρωματική αιτιολογία), εκτός από τη σαφή και πλήρη αιτιολογία που τέθηκε στο σώμα της προσβαλλόμενης πράξης, η νομιμότητα της εν λόγω αιτιολογίας προκύπτει από το σύνολο των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, ήτοι, από το πρακτικό Νο 1 της επιτροπής διαγωνισμού, από την προσφορά του προσφεύγοντος και από τα λοιπά συμβατικά τεύχη.

Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, νομίμως και αιτιολογημένα απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος, διότι η επίμαχη τροποποιητική εγγύηση συμμετοχής δεν εκδόθηκε σε ηλεκτρονική μορφή και επομένως, ήταν υποχρεωτική και δη επί ποινή αποκλεισμού, η εμπρόθεσμη προσκόμισή της σε πρωτότυπη και σε έντυπη μορφή εντός της προθεσμίας που ρητώς ορίζεται στις διατάξεις των άρθρων 2.2.2.1 και 2.4.2.5 της διακήρυξης (βλ. αντίστοιχα, άρθρο 72 παρ. 1 του ν. 4412/2016), τις οποίες και αποδέχθηκε ο προσφεύγων με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στην οικεία διαδικασία. Εξάλλου, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της επιτροπής διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ

743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και κατά την αξιολόγηση των προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54). Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων και δοθέντος ότι η πρωτότυπη τροποποιητική εγγυητική επιστολή συμμετοχής προσκομίστηκε εντύπως και σε κλειστό φάκελο, μετά την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των ηλεκτρονικών προσφορών (02.11.2022), κατά παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης και της κείμενης νομοθεσίας, ο μοναδικός λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και συνεπώς η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

7. 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.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού χιλίων τετρακοσίων δώδεκα ευρώ (1.412,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 09 Φεβρουαρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ**

**ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ**