

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 9 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 31.10.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1526/01.11.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...», (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της απόφασης της Διοικούσας Επιτροπής του ..., που ελήφθη κατά την 566^η/14.10.2022 Συνεδρίαση της με ΑΔΑ ... (εφ' εξής η «προσβαλλόμενη»), και με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού, για τους ειδικότερα αναφερόμενους στην προσφυγή λόγους. Παράλληλα, αιτείται να ακυρωθεί το με αρ. πρωτ. .../10.10.2022 Πρακτικό 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το σκέλος απόρριψης της προσφοράς της για το Τμήμα ... του εν θέματι διαγωνισμού, το οποίο συγκοινοποιήθηκε με την προσβαλλόμενη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού €605,00€, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), το οποίο υπολογίζεται με βάση την αξία

άνευ Φ.Π.Α. του Τμήματος ... της σύμβασης επί του οποίου ασκείται η προσφυγή, ήτοι €120.967,74.

2.Επειδή, με την με αριθμό .../2022 Διακήρυξη της αναθέτουσας, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων για την «...» συνολικού προϋπολογισμού άνευ ΦΠΑ€ 320.887,90, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής ανά είδος. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, η σύμβαση υποδιαιρείτο σε 24 Τμήματα και προσφορές υπεβάλλοντο για ένα ή περισσότερα είδη ή για το σύνολο των ειδών. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρίστηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ.) στις 20.07.2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν έξι (6) οικονομικοί φορείς. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά στο επίδικο Τμήμα. Εν συνεχεία, με το με αρ. πρωτ. ΕΑΠ:28267/10.10.2022 Πρακτικό 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού, απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας για το Τμήμα 16 του εν θέματι διαγωνισμού, το οποίο πρακτικό συγκοινοποιήθηκε με την προσβαλλόμενη, αποτελώντας «*αναπόσπαστο μέρος*» της, ως αναγράφεται στην προσβαλλόμενη. Κατά της άνω εκτελεστής απόφασης της αναθέτουσας Αρχής στρέφεται η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή της, αιτούμενη την ακύρωσή της για τους ειδικώς αναφερόμενους σε αυτήν λόγους.

4. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

στις 20.10.2022, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 31.10.2022 (κατά παρέκταση δεδομένου ότι η τελευταία ημέρα της δεκαήμερης προθεσμίας του άρ. 361 αρ. 1 περ. α΄ ήταν η 30.10.2022, ημέρα Κυριακή και άρα εξαιρετέα), ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της απόρριψης της προσφοράς της, επιδιώκοντας ευλόγως να γίνει δεκτή η προσφορά της και να της ανατεθεί η σύμβαση για το επίδικο Τμήμα.

7. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 02.11.2022 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

8. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή νομίμως και εμπροθέσμως κοινοποίησε τις απόψεις της σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή στις 14.11.2022. Προς αντίκρουση των ως άνω απόψεων, η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 18.11.2022 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

9. Επειδή, με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η προσφορά της μη νομίμως κρίθηκε απορριπτέα λόγω προσκόμισης εγγύησης συμμετοχής της από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων. Και αυτό διότι, κατά τους ισχυρισμούς της, αφ' ενός ο όρος 2.1.5 της Διακήρυξης παράνομα και καταχρηστικά εξαιρούσε τις εγγυήσεις συμμετοχής, που εκδίδει το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, και αφ' ετέρου το άρθρο 72 παρ. 11 του Ν. 4412/2016 ορίζει για τις εγγυήσεις ότι: «...Μπορούν,

επίσης, να εκδίδονται από το Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού...».

11.Επειδή, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα Αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν, όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.). Η δε 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 δε παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Τέλος, 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).

12.Επειδή, στην οικεία Διακήρυξη, σε σχέση με τα τιθέμενα ζητήματα ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 2.1.5 «Εγγυήσεις»: «Οι εγγυήσεις εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα ή χρηματοδοτικά ιδρύματα 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 Ευρωπαϊκής Ένωσης, ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου, ή στα κράτη-μέρη της Συμφωνίας Δημοσίων Συμβάσεων και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό, **ως και από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. Τα αντίστοιχα έγγραφα των εγγυήσεων, αν δεν είναι διατυπωμένα στην Ελληνική, θα συνοδεύονται υποχρεωτικά επί ποινή αποκλεισμού, από επίσημη μετάφραση. Με την εγγυητική επιστολή, που αποτελεί αυτοτελή σύμβαση, το πιστωτικό ίδρυμα αναλαμβάνει την υποχρέωση να καταβάλλει ορισμένο ποσό, μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται, χωρίς να δύναται να ερευνά, εάν πράγματι υπάρχει, ή εάν είναι νόμιμη, η απαίτηση (κύρια οφειλή)...».**

Άρθρο 2.4.3 «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά»: «2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία: α) ...β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης...».

Άρθρο 2.4.6 «Λόγοι απόρριψης προσφορών»: «Α.- Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά, η οποία: α) αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας...».

13. Επειδή, αναφορικά με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Κατ' αρχάς, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσφοράς της προσφεύγουσας, αλλά και όπως συνομολογεί και η ίδια με την προσφυγή της, αυτή για τη συμμετοχή της στον εν θέματι διαγωνισμό κατέθεσε το με αριθμό 843695/09.09.2022 Γραμμάτιο Συστάσεως Παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων (βλ. στην προσφορά της προσφεύγουσας, το ψηφιακό αρχείο «1. ΕΓΓΥΗΤΙΚΗ ΕΠΙΣΤΟΛΗ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΑΡ. 843695»). Κατά δεύτερον, στον προαναφερθέντα όρο 2.1.5 της Διακήρυξης ρητώς ορίζοντο τα χρηματοπιστωτικά Ιδρύματα, από τα οποία οι οικονομικοί φορείς είχαν το δικαίωμα να εκδώσουν εγγυητικές επιστολές συμμετοχής, και στον οποίο όρο δεν συμπεριλαμβάνετο το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων. Περαιτέρω, στο άρθρο 72 παρ. 11 του Ν. 4412/2016 ορίζονται τα εξής: «11. **Οι εγγυήσεις των παρ. 1 έως 10**

εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περ. β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/2016 (Α' 13) που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη μέλη της ΣΔΣ και έχουν το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού...». Από τη γραμματική διατύπωση του ως άνω άρθρου του Ν. 4412/2016 προκύπτει η δυνητική έκδοση («μπορούν») εγγυητικής επιστολής και από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων και από το Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. Εν προκειμένω, όμως, στον επίμαχο όρο 2.1.5 της Διακήρυξης δεν προεβλέπετο η δυνατότητα έκδοσης εγγυητικής συμμετοχής/επιστολής από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων και νομίμως η προσφορά της προσφεύγουσας απερρίφθη με την αιτιολογία αυτή, και μάλιστα κατά δεσμία αρμοδιότητα, όπως ρητώς ορίζεται στο άρθρο 2.4.6 της Διακήρυξης. Όπως προκύπτει δε από τα στοιχεία του φακέλλου και δεν αμφισβητεί και η προσφεύγουσα, η ίδια συμμετείχε ανεπιφύλακτα στο διαγωνισμό, χωρίς να αμφισβητήσει επικαίρως με προδικαστική προσφυγή την νομιμότητα του όρου 2.1.5, με συνέπεια ο όρος αυτός να καταστεί δεσμευτικός και να μη δύναται πλέον να ελεγχθεί η νομιμότητά του, παρεμπιπτόντως, σε μεταγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού (Δ.Εφ.Πατρ. 5/2022 σκ. 16, ΣτΕ 1617/2011 Ολ, 2270/2013, 1581/2021 ΑΕΠΠ). Ειδικώς δε οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί βλάβης της αναθέτουσας, καθώς στο επίμαχο Τμήμα 16 μόνο εκείνη είχε υποβάλει προσφορά, με συνέπεια η αναθέτουσα και να απωλέσει τη χρηματοδότηση για το Τμήμα αυτό και να μην καλυφθούν οι ανάγκες της, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι, διότι προβάλλονται εκ συμφέροντος τρίτου (1442/2020 ΑΕΠΠ, σκ. 17). Εν όψει των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί, ενώ οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν. Συνεπώς, ο μοναδικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

14.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει απορριφθεί.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 28 Δεκεμβρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ

Α.Α ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ