

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 5^η Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη – Εισηγήτρια
και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.05.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 624/27.05.2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στην...., επί της οδού..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΛΙΓΝΙΤΙΚΗ ΜΕΓΑΛΟΠΟΛΗΣ Α.Ε.», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει: α) να ακυρωθεί άλλως ανακληθεί άλλως μεταρρυθμιστεί το αποτέλεσμα της επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την «*Εκτέλεση εργασιών με χρήση προωθητή τύπου Cat-D6 για υποστήριξη της λειτουργίας των εκσκαφών των Ορυχείων της ΛΙΓ. ΜΕΓ. Α.Ε.*», καθώς και κάθε άλλη σχετική απόφαση και πράξη ως μη νόμιμες και ακυρωτές, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο, ύψους 742,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 278263501959 0723 0094, αποδεικτικό πληρωμής στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ της 24.05.2019, εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών του e-παραβόλου με αναφορά «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αριθμό ΛΜ - 2019 Ε6 (1200001481) Διακήρυξη με ΑΔ. Α108517/24.04.2019, η «ΛΙΓΝΙΤΙΚΗ ΜΕΓΑΛΟΠΟΛΗΣ ΑΕ» προκήρυξε δημόσιο διαγωνισμό για την «Εκτέλεση εργασιών με χρήση προωθητή τύπου Cat-D6 για υποστήριξη της λειτουργίας των εκσκαφών των Ορυχείων της ΛΙΓ. ΜΕΓ. Α.Ε.», προϋπολογισμού 148.500 €, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή).

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 δοθέντος ότι η ΛΙΓΝΙΤΙΚΗ ΜΕΓΑΛΟΠΟΛΗΣ Α.Ε., συνιστά αναθέτοντα φορέα βάσει των διατάξεων του Βιβλίου II του ως άνω νόμου και παράλληλα το αντικείμενο της προς σύναψης σύμβασης τελεί σε

άμεση σχέση με την άσκηση της κύριας δραστηριότητας της, από πλευράς δε προϋπολογισθείσας δαπάνης υπερβαίνει τα κατώτατα όρια που έχουν τεθεί με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, με την με αρ. ΛΙΓ. ΜΕΓ. Α.Ε./12039/16.5.2019 επιστολή του Διευθυντή Κλάδου Ορυχείων της «ΛΙΓΝΙΤΙΚΗ ΜΕΓΑΛΟΠΟΛΗΣ Α.Ε.» που απεστάλη μέσω τηλεομοιοτυπικού σήματος (φαξ) σε αμφοτέρους τους συμμετέχοντες, ο αναθέτων φορέας τους γνωστοποίησε τον πίνακα των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, ως κάτωθι: 1)22,0% (έκπτωση), 2)113.602,50 23,5 % (έκπτωση). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων στρέφεται κατά του ως άνω εγγράφου το οποίο παράγει έννομες συνέπειες αναφορικά με την αποδοχή ή την απόρριψη της προσφοράς του, αποτελεί εκτελεστή πράξη και σκοπεί να ενημερώσει τους ενδιαφερομένους για τα αποτελέσματα της αξιολόγησης.

5. Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι ο προσφεύγων, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης Απόφασης στις 16.05.2019, ως αναγράφει στην υπό εξέταση προσφυγή και ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ήτοι την ημερομηνία κατά την οποία ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε την προσβαλλόμενη στους συμμετέχοντες με τηλεομοιοτυπία, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στο διαγωνισμό του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του

έτερου προσφέροντος και εν προκειμένω στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή του έτερου προσφέροντος και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), καθόσον σε περίπτωση απόρριψης της ο προσφεύγων καθίσταται προσωρινός μειοδότης.

7. Επειδή, στις 06.06.2019, ο αναθέτων φορέας προέβη στην κοινοποίηση της προσφυγής στον έτερο αποδεκτό συμμετέχοντα και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αρ. πρωτ. 14268/13.06.2019 απόψεις της, κατόπιν σχετικής κλήσης της ΑΕΠΠ.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω νομίμως και παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και υποβάλλεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σε συνέχεια της με αρ. 760/27.05.2019 Πράξης της Προέδρου του.

9. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί ως προς το σκέλος που αφορά στην αποδοχή του έτερου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», διότι τα δικαιολογητικά συμμετοχής που υπέβαλλε δεν ήταν σύμφωνα με τη διακήρυξη, γεγονός το οποίο όφειλε να διαπιστώσει η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού. Επικαλείται προς τούτο, τις διατάξεις του άρθρου 4 με τίτλο «Εγγύηση Συμμετοχής» των Όρων και Οδηγιών της Διακήρυξης, όπου ρητά ορίζεται στην παράγραφο 4.2 ότι *«Η αξία της ως άνω ΕΕΣ θα ανέρχεται σε ποσό ίσο με το 2% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης. Για διευκόλυνση των Υπηρεσιών αλλά και των προσφερόντων τα ποσά των Εγγυητικών Επιστολών στρογγυλοποιούνται με ακρίβεια εκατοντάδας ευρώ στην επόμενη μεγαλύτερη εκατοντάδα»*.

Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι: «Η διατύπωση του εν λόγω άρθρου είναι επιτακτική και δεν αφήνει περιθώρια ερμηνείας. Κατά συνέπεια Προσφορές που δεν περιλαμβάνουν Εγγυητικές Επιστολές Συμμετοχής που έχουν εκδοθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4.2, πρέπει να απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Συνεπώς σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης το ύψος της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής (ΕΕΣ) που έπρεπε να κατατεθεί από όλους τους Συμμετέχοντες στον εν θέματι Διαγωνισμό ανέρχεται στο 2% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης (δηλαδή $148.500,00 * 2\% = 2.970,00$) και στρογγυλοποιείται με ακρίβεια εκατοντάδας ευρώ στην επόμενη μεγαλύτερη εκατοντάδα, άρα στο ποσό των 3.000,00 €. Εμείς νομίμως καταθέσαμε Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής (ΕΕΣ) ύψους 3.000,00 Ευρώ, ωστόσο η «...» κατέθεσε Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής (ΕΕΣ) ύψους 2.970,00 Ευρώ και όχι 3.000,00 Ευρώ ως όφειλε βάσει των Όρων και Οδηγιών του εν θέματι Διαγωνισμού. Το δε ποσό της εγγυητικής επιστολής της εν λόγω Συμμετέχουσας είναι κατώτερο αυτού που θα έπρεπε να υποβάλει σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού. Σημειωτέον ότι το λάθος αυτό είναι εις βάρος της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία υποεξασφαλίζεται με εγγυητική επιστολή κατώτερη του ύψους αυτής που έπρεπε να έχει σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού». Επίσης, ισχυρίζεται ότι «το λάθος αυτό της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής της «.....» δεν θα μπορούσε να διορθωθεί ούτε εκ των υστέρων, δεδομένου ότι στο άρθρο 7.4.2 των Όρων και Οδηγιών του εν θέματι Διαγωνισμού, προβλέπεται ρητά ότι «Ειδικότερα για την Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής γίνεται αποδεκτή συμπλήρωση της μόνον προς πλήρη συμμόρφωση με το συμπεριλαμβανόμενο στη Διακήρυξη υπόδειγμα αυτής. Οι εκ των υστέρων σχετικές συμπληρώσεις / διευκρινήσεις δεν αναπληρώνουν τα βασικά στοιχεία αυτής, τα οποία είναι ο εκδότης της, ο υπέρ του οποίου

παρέχεται η εγγύηση, το ποσό, ο αριθμός της Εγγυητικής Επιστολής, τα στοιχεία του Διαγωνισμού και η υπογραφή του Εκδότη, που ο μετέχων οφείλει να υποβάλει με την προσφορά του.».

Τέλος, επικαλείται τα άρθρα 18 και 91 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» και τους «Λόγοι απόρριψης προσφοράς», αντίστοιχα, και ομοίως, νομολογία αναφορικά με την ισότιμη μεταχείριση των συμμετεχόντων, της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης και της αρχής της αναλογικότητας, προκειμένου να στηρίξει τους ισχυρισμούς του.

10. Επειδή, στις απόψεις του ο αναθέτων φορέας κατόπιν παράθεσης σύντομου ιστορικού ισχυρίζεται μεταξύ άλλων ότι: *«ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται υπό το φως των αρχών που καθιερώνει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, και πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Ο αναθέτων φορέας έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προδιαγραφές της σύμβασης με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Εξάλλου, η εκάστοτε διακήρυξη θέτει σαφείς προδιαγραφές και απαιτήσεις, κατά τρόπο ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης, προδιαγραφές με τις οποίες πρέπει να συνάδει το περιεχόμενο της προσφοράς του κάθε διαγωνιζομένου. Επιπρόσθετα, σημειώνεται ότι το*

επίμαχο άρθρο της Διακήρυξης: «Η αξία της ως άνω ΕΕΣ θα ανέρχεται σε ποσό ίδιο με το 2% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης. Για διευκόλυνση των Υπηρεσιών αλλά και των προσφερόντων τα ποσά των Εγγυητικών Επιστολών στρογγυλοποιούνται με ακρίβεια εκατοντάδας ευρώ στην επόμενη μεγαλύτερη εκατοντάδα» είναι σαφές και δεν καταλείπεται ουδεμία αμφιβολία ως προς την ερμηνεία του. Ειδικότερα, η υποβολή ΕΕΣ ποσού κατά στρογγυλοποίηση με ακρίβεια εκατοντάδας ευρώ στην επόμενη μεγαλύτερη εκατοντάδα τίθεται ως δυνατότητα και σε καμία περίπτωση ως υποχρέωση του διαγωνιζομένου, πολλώ δε μάλλον επί ποινή αποκλεισμού. Τυχόν αποκλεισμός εξ αυτού του λόγου θα ήταν άκρως δυσανάλογος προς το σκοπό του διαγωνισμού και της σύναψης της συμβάσεως. Ενώ βάσει ο σκοπός της κατάθεσης με τη προσφορά εγγυητικής επιστολής εκπληρώνεται πλήρως. Επιπρόσθετα, είναι προδήλως σαφές ότι αφής στιγμής ο σχετικός όρος αναφέρει ρητά ότι «Η αξία της ως άνω ΕΕΣ θα ανέρχεται σε ποσό ίδιο με το 2% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης» και δοθέντος ότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑΘ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). 24. Επειδή, περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν όρου που τυχόν επιδέχεται περαιτέρω ερμηνείας δέον όπως απορριφθεί ο προβαλλόμενος ισχυρισμός της αιτούσας ως αόριστος, αβάσιμος και αναληθής...».[...].

11. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 253 «Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων (άρθρο 36 της Οδηγίας

2014/25/ΕΕ) του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. [...]».

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 281 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» του ν. 4412/2016, ορίζεται : «1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.

2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 293 και της περιοδικής ενδεικτικής προκήρυξης του άρθρου 291 περιέχουν ιδίως:... ι) τις απαιτούμενες εγγυήσεις τον τύπο, τα ποσοστά, το νόμισμα, το χρόνο υποβολής των εγγυήσεων, όλους τους σχετικούς όρους αυτών, καθώς και άλλες εξασφαλίσεις, εάν ζητούνται,.... ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...]».

13. Επειδή, στο άρθρο 302 «Εγγυήσεις» του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτοντες φορείς ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε Ευρώ και δεν μπορεί να υπερβαίνει το δυο τοις εκατό (2%) της προεκτιμώμενης αξίας της σύμβασης,

συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση.4. Οι εγγυήσεις του παρόντος άρθρου περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) τον αναθέτοντα φορέα προς τον οποίο απευθύνονται (ή τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής στις περιπτώσεις δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών), 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, ζ) τους όρους ότι: (i) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και (ii) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης/πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού, 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) (μόνο στην περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής) τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης».

14. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται : άρθρο 4 «Εγγύηση συμμετοχής»,...παρ. 4.2 Η αξία της ως άνω ΕΕΣ θα ανέρχεται σε ποσό ίσο με το 2% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης.

Για διευκόλυνση των Υπηρεσιών αλλά και των προσφερόντων τα ποσά των εγγυητικών επιστολών στρογγυλοποιούνται με ακρίβεια εκατοντάδας ευρώ στην επόμενη μεγαλύτερη εκατοντάδα. [...]

6.2 Δικαιολογητικά και στοιχεία φακέλου Α

Α. Περιεχόμενα Φακέλου Α

Ο φάκελος Α θα περιέχει

6.2.1 Εγγυητικές επιστολές

Την εγγυητική επιστολή Συμμετοχής στο Διαγωνισμό σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στη Διακήρυξη υπόδειγμα και τα καθοριζόμενα στο άρθρο 4 του παρόντος τεύχους. [...]

Σημειώνεται επίσης ότι στο υπόδειγμα Εγγυητικής Επιστολής της Διακήρυξης, καίτοι αναλυτικό και περιλαμβάνον σχετικές Οδηγίες, δεν αναγράφεται σε ουδένα σημείο το ποσό των 3.000€, ούτε υφίσταται μεία σχετική με στρογγυλοποίηση.

15. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών όρων της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του

διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣτΕ 743/2000).

16. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης που παγίως διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια και στους όρους που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37). Περαιτέρω, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου

διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ', Σάκκουλας, σελ. 776).

17. Επειδή, περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως, η οποία δεν προκύπτει ρητώς ως τέτοια από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία (C 27/15, Pippo Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404 σκ.51) στην οποία ρητά παραπέμπει.

18. Επειδή, η σύμβαση της εγγυητικής επιστολής μεταξύ της εκδότριας τράπεζας και του λήπτη της επιστολής αυτής δεν ρυθμίζεται ειδικά σε κάποιον νόμο, αλλά καθορίζεται στα πλαίσια της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων, όπως αυτή περιγράφεται στο άρθρο 361 ΑΚ και ως εκ τούτου, τα μέρη έχουν μεγάλη διακριτική ευχέρεια ρύθμισης των μεταξύ τους σχέσεων, με ακροτελεύτιο όριο διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, από τις οποίες δεν μπορούν να παρεκκλίνουν. Η τριγωνική σχέση που δημιουργείται μεταξύ δανειστή, οφειλέτη και τράπεζας με αφορμή την εγγυητική επιστολή που εκδίδει η τελευταία, αποτελεί ιδιόμορφη σύμβαση, που καταρτίζεται στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΠ 1403/2008). Η εγγυητική επιστολή διέπεται αφενός από τις γενικές διατάξεις που ρυθμίζουν τις συμβάσεις και αφετέρου από τις αναλογικά εφαρμοζόμενες, λόγω έλλειψης άλλων ειδικότερων διατάξεων, διατάξεις του ΑΚ, που ρυθμίζουν την εγγύηση (αρ. 847 επ. ΑΚ), εφόσον οι διατάξεις για την εγγύηση συμβιβάζονται με την

εν λόγω σχέση. Ειδικότερα, οι παρά των τραπεζών συνήθως εκδιδόμενες εγγυητικές επιστολές, αποτελούν ιδιαίτερο είδος και τύπο εγγυήσεως, δημιούργημα της συναλλακτικής πρακτικής (ΑΚ 361), που διέπεται από τις διατάξεις περί παραγγελίας του ΕμπΝ και τις διατάξεις περί εντολής (714 επ.) του ΑΚ (ΑΠ 862/1996), κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του (ΑΠ 1793/2008, 983/1999, 1433/1998, 48/1996) και μάλιστα ανεξάρτητα από το κύρος ή την ελαττωματικότητα της σχέσης μεταξύ αφενός του υπέρ ου η επιστολή και του λήπτη και αφετέρου μεταξύ του εγγυητή και του υπέρ ου η επιστολή (ΕλΣυν 134/2013 Ζ΄ Κλιμάκιο-Πράξη, Σπ. Ψυχομάνη «Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων» τ. Ι Γενικό Μέρος σελ. 353). Χαρακτηριστικό της εγγυητικής επιστολής είναι ότι με αυτήν οι συναλλασσόμενοι δεν αποβλέπουν στην απόκτηση προσθέτου φερεγγυότητας, αλλά στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στο δανειστή του καλυπτομένου με αυτήν ποσού με απλή ειδοποίηση του δανειστού, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει στα δικαστήρια και στη χρονοβόρο συνήθως διαδικασία, τους (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1273/2014, 1884/2013). Επιπλέον, η εγγυητική επιστολή αποτελεί έγγραφη υπόσχεση τράπεζας προς οφειλέτη πελάτη της ότι θα εκπληρώσει ορισμένη χρηματική οφειλή του πελάτη της προς τον δανειστή του, είτε στην περίπτωση που ο πελάτης δεν εκπληρώσει την παροχή του (εγγυητική επιστολή υπό όρο), είτε στην περίπτωση που ο δανειστής δηλώσει ότι ο πελάτης της τράπεζας δεν εκπλήρωσε την παροχή του (εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση ή χωρίς όρους). Με τη σύμβαση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι

του δανειστή να του καταβάλει οφειλή τρίτου, λόγω δε του ενδοτικού χαρακτήρα των περί εγγυήσεως διατάξεων, δεν αποκλείεται να περιληφθεί στη σύμβαση ρήτρα, κατά την οποία ο εγγυητής θα καταβάλει το ποσό της εγγυήσεως σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το υπαρκτό και το νόμιμο του χρέους και να προβάλλει την ένσταση διζήσεως (βλ. σχετ. ΕφΑθ 7798/2006, ΑΠ 1433/1998 ΕΛΛΔ 1999, 633, ΑΠ 48/1996 ΕΛΛΔ 1996, 1332, ΑΠ 210/1993 ΝοΒ 1994, 399, ΑΠ 467/ 1992 ΕΛΛΔ 1993, 1075, ΑΠ 10/1992 ΝοΒ 1993, 70, ΑΠ 593/1989 ΕΛΛΔ 1990, 1252, ΑΠ 585/1989 ΝοΒ 1990, 820, ΕφΑθ 8188/2003 ΕΛΛΔ 2004, 852, ΕφΑθ 6281/ 2002 ΕΛΛΔ 2004, 1071, ΕφΑθ 11349/1995 ΕΕμπΔ 1996, 51, Λ. Γεωργακόπουλου, Χρηματοπιστηριακό και Τραπεζικό Δίκαιο, 1999, σελ. 402-407, Σπ. Ψυχομάνη, Τραπεζικό Δίκαιο - Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, 1999, σελ. 297-366, Απ. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σελ. 135-198).

19. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία..., κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης όπου τίθεται επιτακτικά η απαίτηση στρογγυλοποίησης του ζητούμενου ποσού της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στο ύψος επόμενης εκατοντάδας, ήτοι η εγγυητική επιστολή του όφειλε να ανέρχεται στο ποσό των 3.000€ και όχι στο ποσό των 2.970€, όπως εν προκειμένω. Ισχυρίζεται, επίσης, ότι το λάθος αυτό είναι εις βάρος της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία υποεξασφαλίζεται με εγγυητική επιστολή κατώτερη του ύψους αυτής που έπρεπε να έχει σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού.

Ο αναθέτων φορέας, ισχυρίζεται ότι η υποβολή ΕΕΣ ποσού κατά στρογγυλοποίηση με ακρίβεια εκατοντάδας ευρώ στην επόμενη μεγαλύτερη

εκατοντάδα τίθεται ως δυνατότητα και σε καμία περίπτωση ως υποχρέωση του διαγωνιζομένου, πολλώ δε μάλλον επί ποινή αποκλεισμού. Τυχόν αποκλεισμός εξ αυτού του λόγου θα ήταν άκρως δυσανάλογος προς το σκοπό του διαγωνισμού και της σύναψης της συμβάσεως ενώ παράλληλα ο σκοπός της κατάθεσης με τη προσφορά εγγυητικής επιστολής ποσού 2% εκπληρώνεται πλήρως. Επιπρόσθετα, είναι προδήλως σαφές ότι αφής στιγμής ο σχετικός όρος αναφέρει ρητά ότι «Η αξία της ως άνω ΕΕΣ θα ανέρχεται σε ποσό ίδιο με το 2% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης» και δοθέντος ότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης, δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα.

20. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, οι όροι της διακήρυξης σχετικά με το ποσοστό στο οποίο θα πρέπει να ανέρχεται η εγγυητική επιστολή συμμετοχής (ΕΕΣ) των προσφερόντων, είναι σαφείς και πλήρεις. Εν προκειμένω, το εν λόγω ποσοστό ορίζεται σε 2% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης. Περαιτέρω, ομοίως ρητά, η διακήρυξη αναφέρει στο αμέσως επόμενο, του ανωτέρω, εδάφιο (βλ. σκέψη 14 της παρούσας) ότι: *«Για διευκόλυνση των Υπηρεσιών αλλά και των προσφερόντων τα ποσά των εγγυητικών επιστολών στρογγυλοποιούνται με ακρίβεια εκατοντάδας ευρώ στην επόμενη μεγαλύτερη εκατοντάδα»*. Επομένως, εναργώς προκύπτει από την απλή γραμματική ερμηνεία της εν λόγω διάταξης, ότι δεν υφίσταται ουδεμία αναφορά σε αποκλεισμό οικονομικού φορέα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 281 παρ. 2 περ. ιζ του ν. 4412/2016, στην περίπτωση μη στρογγυλοποίησης. Περαιτέρω, αναφορικά με τον ισχυρισμό του προσφεύγοντα περί επιτακτικής διατύπωσης του επίμαχου όρου, ρητά και σαφώς αναφέρεται στη διακήρυξη ότι αφορά σε

διευκόλυνση και των οικονομικών φορέων, ήτοι είτε γραμματικά είτε τελεολογικά ερμηνευόμενη η ως άνω διάταξη, δεν μπορεί να οδηγήσει νομίμως σε απόρριψη προσφοράς, όπως εν προκειμένω, λόγω μη τηρήσεως από οικονομικό φορέα όρου που τέθηκε και προς διευκόλυνση του (βλ. σκέψη 17 της παρούσας), χωρίς να θίγεται η αρχή της αναλογικότητας όπως βασίμως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας, δοθέντος ότι με την εκ μέρους του καταθεθείσα εγγυητική επιστολή συμμετοχής καλύπτεται σε κάθε περίπτωση το ποσό που απαιτεί η διακήρυξη και το οποίο εκφράζεται με ποσοστό, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας που εξάλλου ανέρχεται και στο ανώτερο ορισθέν δια του ν. 4412/2016, απορριπτόμενου δηλαδή και του ισχυρισμού του προσφεύγοντος περί υποεξασφάλισης του αναθέτοντος φορέα. Επικουρικά σημειώνεται ότι, στο άρθρο 302 παρ. 1 του ν. 4412/2016 αναφέρεται η «στρογγυλοποίηση», ακόμη δε και εάν ήθελε υποτεθεί ότι τίθεται επιτακτικά στο νόμο η απαίτηση στρογγυλοποίησης, ουδόλως δύναται να υποστηριχθεί βασίμως ότι συνίσταται σε στρογγυλοποίηση στο ύψος επόμενης εκατοντάδας ευρώ, καθόσον δεν υφίσταται σχετικός τοιούτος παραδεκτός μαθηματικός κανόνας, αλλά αφορά σε στρογγυλοποίηση του προκύπτοντος ποσού έως 2 δεκαδικά ψηφία, του επόμενου δεκαδικού ψηφίου, δηλαδή του τρίτου, αποκοπτόμενου ή στρογγυλοποιούμενου, περίπτωση που αποτελεί και σαφές μαθηματικό κριτήριο (βλ. ΣΤΕ 3439/2014).

21. Επειδή, περαιτέρω, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι υφίσταται ασάφεια αναφορικά με την ύπαρξη υποχρέωσης ή μη περί στρογγυλοποίησης, ως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας και πάλι δεν θα εδύνατο νομίμως να οδηγήσει στον αυτόματο αποκλεισμό του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ...σύμφωνα με τα εκτεθέντα στις σκέψεις 16-17 της παρούσας. Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω, αναφορικά με τους

ισχυρισμούς του προσφεύγοντος περί υποχρέωσης του αναθέτοντος φορέα όπως απορρίψει την προσφορά του έτερου αποδεκτού συμμετέχοντος λόγω μη στρογγυλοποίησης, απορρίπτονται ως αβάσιμοι, πολλώ δε μάλλον δεν προκύπτει ότι υφίσταται δέσμια αρμοδιότητα του προς τούτο. Επακολούθως, απορρίπτονται και οι αναφορές του προσφεύγοντος βάσει παγίας νομολογίας, περί εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας, και τούτο διότι η εφαρμογή της εν λόγω αρχής χωρεί, κατά τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία, μόνο σε περιπτώσεις όπου δεν συντρέχει η υποχρέωση δέσμιας αρμοδιότητας της διοίκησης (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003 αλλά και Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191) αλλά διακριτική ευχέρεια, όπως εν προκειμένω και προφανώς σε συνέχεια των ανωτέρω η απόρριψη της προσφοράς του έτερου οικονομικού φορέα εξ αυτού του λόγου παρίσταται δυσανάλογη, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας.

22. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει βάσει του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 728/2019

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 5^η Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε στις 9 Ιουλίου 2019, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου

Ηλέκτρα Νικολακοπούλου