

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Σεπτεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Οικονόμου Μιχαήλ-Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη (υπ' αριθμ. 56/2019 Πράξη του Προέδρου της Α.Ε.Π.Π.).

Για να εξετάσει την από 23-08-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1064/26.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη,, αριθμ., ΤΚ, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Της πρώτης Παρεμβαίνουσας ετερόρρυθμης εταιρίας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην οδό στο όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της δεύτερης Παρεμβαίνουσας (ατομική επιχείρηση) με την επωνυμία που εδρεύει στην οδό, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. 1891/19 απόφασης της 34^{ης} Συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της, η οποία εκδόθηκε επί της υπ' αριθμ. διακήρυξης σύμβασης υπηρεσιών μεταφοράς μαθητών και η οποία απέρριψε την υπ' αριθμ. προσφορά της για τα Τμήματα 1-14, προϋπολογισμού 584.385,50 ευρώ.

Με αμφότερες τις παρεμβάσεις επιδιώκεται η απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.922,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 23-08-2019 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ της Ελλάδος και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης Τμήματα 1-14 για τα οποία υποβλήθηκε προφορά, προϋπολογισμού, 584.385,50 ευρώ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμό διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο «Υπηρεσίες μεταφοράς μαθητών Πρωτοβάθμιας και Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης» (CPV: 60130000 Υπηρεσίες Ειδικών Μεταφορών Επιβατών), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισμού 2.098.129,30€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιωμάτων προαίρεσης (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ και χωρίς δικαίωμα προαίρεσης: 1.128.026,50 €, δικαίωμα προαίρεσης: 564.013,26 €, σύνολο προϋπολογισμού συμπεριλαμβανομένου δικαιωμάτων προαίρεσης: 1.692.039,76 € ΦΠΑ : 406.089,54 €).

3. Επειδή, η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 24-04-2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (.....) ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 24-04-2019 (Α.Δ.Α.Μ.) καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π..

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 23-08-2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στις 13.08.2019, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν 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. Έτι περαιτέρω ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η εξεταζόμενη προσφυγή δεν φέρει ηλεκτρονική υπογραφή, είναι απορριπτέος ως ουσία αβάσιμος καθώς από την επισκόπηση των αναρτηθέντων εγγράφων στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προκύπτει πασίδηλα ότι η αναρτηθείσα από την προσφεύγουσα προσφυγή στις 23/8/2019 φέρει την απαιτούμενη εν ισχύ ηλεκτρονική υπογραφή. Το γεγονός ότι η αναρτηθείσα στο portal του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού από την αναθέτουσα αρχή, προσφυγή δεν φέρει ηλεκτρονική υπογραφή, ουδεμία έννομη επιρροή ασκεί στο κύρος της εξεταζόμενης προσφυγής.

6. Επειδή, τόσο η από 3/9/2019 παρέμβαση της πρώτης παρεμβαίνουσας όσο και η από 5/9/2019 κατάθεση της δεύτερης παρέμβασης έχουν λάβει χώρα εμπροθέσμως εφόσον η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω του συστήματος επικοινωνία την υπό εξέταση προσφυγή στις 26/08/2019 σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016.

7. Επειδή, τόσο η προσφεύγουσα όσο και αμφότερες οι παρεμβαίνουσες θεμελιώνουν πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση τόσο της προσφυγής όσο και των οικείων παρεμβάσεων τους, δεδομένου ότι με την προσβαλλόμενη αποκλείστηκε, για τα επίμαχα τμήματα, η προσφορά της προσφεύγουσας, ενώ έγιναν δεκτές οι προσφορές των παρεμβαίνουσών.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 05/09/2019 τις απόψεις της επί της προσφυγής τις οποίες και κοινοποίησε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα και στις παρεμβαίνουσες.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 5^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360 και 366 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

10. Επειδή, σε συνέχεια της ως άνω προκήρυξης στις 30-7-2019 αποσφραγίστηκαν τα δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνικές προσφορές και οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων στον εν λόγω διαγωνισμό και συντάχθηκε το Νο 7 σχετικό Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού η οποία ορίστηκε με την αριθμ. (ΑΔΑ) απόφαση της, το οποίο η Οικονομική Επιτροπή με την αριθμ. 1891/31-7-2019 ενέκρινε και κατακύρωσε τα σχετικά δρομολόγια στους προσωρινούς μειοδότες. Κατά το στάδιο της αποσφράγισης των δικαιολογητικών συμμετοχής από τα μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού διαπιστώθηκε ότι η προσφεύγουσα είχε καταθέσει εγγυητική επιστολή συμμετοχής χαμηλότερη κατά 88.91 € δηλαδή 5.755.00 € αντί της ορθής εγγυητικής επιστολής ποσού 5.843,91.

11. Επειδή, το άρθρο 2.1.5. «Εγγυήσεις» της αριθμ. σχετικής διακήρυξης αναφέρει με σαφήνεια ότι : *«Το συνολικό ποσό της εγγύησης πρέπει να υπερκαλύπτει το άθροισμα των απαιτούμενων εγγυήσεων για τα τμήματα ή για τα δρομολόγια για τα οποία ο ενδιαφερόμενος υποβάλλει προσφορά»*. Περαιτέρω στον υπ' αριθμ. 2.4.3. όρο της Διακήρυξης και ειδικότερα στον όρο 2.4.3.1 παράγραφος β) «εγγύηση συμμετοχής» προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια (στην σελ. 21) ότι: *«Σημείωση: Τα απαιτούμενα ποσά των εγγυήσεων συμμετοχής ανά Τμήμα ή δρομολόγιο έχουν υπολογιστεί και αναγράφονται στους Πίνακες του Παραρτήματος Β»*.

12. Επειδή, συγκεκριμένα προβλέπεται στον υπ' αριθμ. 2.2.2.1. όρο ότι: *« Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό του 1% επί της καθαρής αξίας του συνόλου των τμημάτων ενδιαφέροντος από τα 1 έως 15, ή του συνόλου των όποιων μεμονωμένων δρομολογίων επιλεγούν από το Τμήμα 16. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για δώδεκα (12) μήνες, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής. 2.22.2. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της*

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

εγγύησης καλής εκτέλεσης. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά: α) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης προσφυγής ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης και β) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ασφαλιστικών μέτρων ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, και γ) την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο. 2.22.3. Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 2.2.3 έως 2.22.4, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης.» Περαιτέρω στον υπ' αριθμ. 2.1.5. όρο της Διακήρυξης προβλέπεται ότι: «Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 22.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα 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. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα. 1. Εγγυητική επιστολή συμμετοχής στο διαγωνισμό, α) Η προσφορά του υποψηφίου αναδόχου πρέπει υποχρεωτικά και σε ποινή αποκλεισμού να συνοδεύεται από Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής για ποσό που αντιστοιχεί, για την παρούσα διακήρυξη, σε ποσοστό 1% επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης νωρίς το Φ.Π.Α. («δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της προεκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, μη συνυπολογιζομένων των δικαιωμάτων προαίρεσης 11 και παράτασης της σύμβασης», άρθρο 302, παρ. 1α του Ν. 4412/2016) των τιμημάτων ή των δρομολογίων του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Β, για τα οποία ο ενδιαφερόμενος υποβάλλει προσφορά.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης προβάλλοντας αυτολεξεί τα κάτωθι: «[.....].....Η εταιρία μας, προχώρησε στην

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

έκδοση της εγγυητικής επιστολής, την οποία τελικά κατέθεσε, σύμφωνα με τους όρους της υπ' αριθμ. Διακήρυξης και τα αριθμητικά σύνολα του Παραρτήματος Β αυτής. Ακολουθήσαμε την εξής εύλογη μέθοδο: Από την σελ. 47 του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης και από τον πίνακα των «Τμημάτων των δρομολογίων μεταφοράς μαθητών με λεωφορεία για το σχολικό έτος 2019-2020», από τη στήλη «Απαιτούμενη εγγυητική συμμετοχής 1%», λάβαμε το γενικό σύνολο για τα Τμήματα 1-15, ποσού 6.153,90 ευρώ. Στη συνέχεια, αφαιρέσαμε το σύνολο για το Τμήμα 15 της ίδιας στήλης, ποσού 400,28 ευρώ, οπότε προέκυψε το ποσό $6.153,90 - 400,28 = 5,753,62$ ευρώ, το οποίο στρογγυλοποιούμενο διαμορφώθηκε στο ποσό των 5.755,00 ευρώ της εγγυητικής επιστολής, την οποία και τελικά καταθέσαμε. Η ανωτέρω τυπική πλημμέλεια της αναθέτουσας αρχής προκάλεσε αναμφίβολα βλάβη στην εταιρία, αφού οδήγησε την Επιτροπή στην απόρριψη της προσφοράς της και στον αποκλεισμό της. Η αναθέτουσα αρχή με τον εσφαλμένο αυτόν υπολογισμό παραβίασε τις αρχές της τυπικότητας, της σαφήνειας και της διαφάνειας, καθώς επίσης και της ίσης μεταχείρισης. Το λάθος αυτό δεν ήταν εξ' άλλου πρόδηλο, και η καλή πίστη και η εμπιστοσύνη της εταιρίας μας προς την αναθέτουσα αρχή αναφορικά με τα ποσά και τους υπολογισμούς, μας οδήγησαν στο να μην το εντοπίσουμε. Δεν μπορεί, επιπλέον, να θεωρηθεί ότι αποφύγαμε την καταβολή του ορθού ποσού σκοπίμως και προκειμένου να εξοικονομήσουμε χρήματα, αφού η διαφορά μεταξύ του ποσού της εγγυητικής επιστολής που καταθέσαμε και αυτού, που κατά την Επιτροπή οφείλαμε, είναι μικρότερη των 100 ευρώ. Αλλά ακόμη κι αν ο εσφαλμένος υπολογισμός της αναθέτουσας αρχής εντοπιζόταν, θα υπήρχε εύλογη αμφιβολία για το αν θα έπρεπε να υπολογίσουμε το ποσό της εγγυητικής επιστολής με βάση το άθροισμα, το οποίο η εταιρία μας θα εξήγαγε ή αν θα έπρεπε να ακολουθήσουμε το συνολικό άθροισμα της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι οι όροι και τα παραρτήματα της Διακήρυξης είναι δεσμευτικά για όλα τα μέρη, με βάση και την αρχή της τυπικότητας. Θεωρούμε, επομένως, ότι η εταιρία μας έδειξε την αρμόζουσα επιμέλεια και εμπιστοσύνη του μέσου οικονομικού φορέα, εμπιστευόμενη τα ποσά της αναθέτουσας αρχής. Και τούτο, διότι αν οι οικονομικοί φορείς έχουν υποχρέωση να επαναυπολογίζουν όλα τα ποσά μιας τόσο μεγάλης και περιπλοκής Διακήρυξης, κατατετημημένης σε τόσο πολλά Τμήματα και σε ακόμη περισσότερα δρομολόγια, τότε δεν θα υπήρχε λόγος η

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

αναθέτουσα αρχή να διαμορφώνει, όπως εν προκειμένω, παραρτήματα με συνολικά ποσά, αλλά θα άφηνε στον κάθε οικονομικό φορέα το βάρος να υπολογίσει το συνολικό κόστος της σύμβασης. Κατά συνέπεια, η Οικονομική Επιτροπή της εσφαλμένα στην υπ' αριθμ. 1891/19 απόφαση της κατά την 34^η Συνεδρίαση της, απέρριψε την προσφορά μας για σφάλμα, το οποίο οφείλεται στην αναθέτουσα αρχή παραβιάζοντας τις αρχές της τυπικότητας, της σαφήνειας και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης μας. Παράλληλα, από την ίδια απόφαση αποδεικνύεται ότι κατακυρώθηκε το επίμαχο Τμήμα 13 του Διαγωνισμού, στο οποίο δεν προσμετρήθηκε ένα δρομολόγιο, στον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «», ο οποίος προφανώς κατέθεσε την ορθή εγγυητική επιστολή ως προς το ποσό της. Πλην, όμως, δημιουργούνται αμφιβολίες για το πώς εντοπίστηκε η ορθότητα του ποσού από τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η πλημμέλεια αυτή της Διακήρυξης δημιουργεί υπόνοιες σχετικά με τη διασφάλιση συνθηκών ίσης μεταχείρισης μεταξύ των υποψηφίων οικονομικών φορέων και παραβιάζει την πολύ σημαντική αρχή, ότι όλοι οι υποψήφιοι πρέπει να ξεκινούν με τις ίδιες ευκαιρίες, έχοντας τις ίδιες πληροφορίες. Μάλιστα, ο εν λόγω οικονομικός φορέας παρά το γεγονός ότι διαπίστωσε τον εσφαλμένο υπολογισμό, δεν το γνωστοποίησε, ούτε και προσέβαλε τη Διακήρυξη. Το γεγονός αυτό δημιουργεί συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού μεταξύ των υποψηφίων οικονομικών φορέων, με αφορμή ένα σφάλμα της αναθέτουσας αρχής, ακόμη κι αν αυτό οφείλεται σε παραδρομή. Επιπλέον, θα πρέπει να σημειωθεί ότι η Οικονομική Επιτροπή δεν τήρησε την πρόβλεψη του άρθρου 102 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ περί δυνατότητας πρόσκλησης για συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών. Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.» Εν προκειμένω, η αρμόδια Επιτροπή θα μπορούσε, εφόσον διαπίστωσε ότι

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

πρόκειται περί έλλειψης, η οποία δεν οφείλεται στην εταιρία μας, να κάνει χρήση της δυνατότητας και να προσκαλέσει την εταιρία της και κάθε άλλο τυχόν οικονομικό φορέα, που κατέθεσε προσφορά για το Τμήμα 13, ώστε να καταθέσει την ορθή εγγυητική επιστολή. Το μέτρο της απόρριψης της προσφοράς της εταιρίας μας, θα πρέπει να θεωρηθεί δυσανάλογο σε σχέση με αυτό το πρόδηλο σφάλμα, το οποίο οφείλεται στην αναθέτουσα αρχή και όχι στην εταιρία μας. Τέλος, αξίζει να σημειωθεί ότι η διά του αρμοδίου υπαλλήλου της, καθ' όλο το διάστημα της διαγωνιστικής διαδικασίας και της αξιολόγησης των προσφορών, όπως προβλέπονται και στους υπ' αριθμ. 3.1.1. και 3.1.2. όρους της Διακήρυξης, μας ενημέρωνε ότι έχουν ολοκληρωθεί επιτυχώς. Συγκεκριμένα στις 30.07.2019 και ώρα 13:20:07 μ.μ. ενημερωθήκαμε ότι «Η προσφορά " " ως απάντηση στον Διαγωνισμό περιλαμβάνεται στην τελική λίστα για την επόμενη φάση της αξιολόγησης (Οικονομική)». Το γεγονός αυτό σημαίνει ότι είχαν ελεγχθεί όλα τα κατατεθειμένα δικαιολογητικά, μεταξύ αυτών και η εγγυητική επιστολή, και κρίθηκαν ορθά. Έπειτα την ίδια ημέρα στις 13:26:55 μ.μ. ενημερωθήκαμε ότι «Η αποσφράγιση του σταδίου "Οικονομική" για τον Διαγωνισμό: - 2/2019 - Ανοικτός Διεθνής Ηλεκτρονικός Δημόσιος Διαγωνισμός για την ανάθεση υπηρεσιών μεταφοράς μαθητών πρωτοβάθμιας και δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης χωρικής αρμοδιότητας για το σχολικό έτος, 2019-2020, με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή ολοκληρώθηκε επιτυχώς». Εύλογα ανακύπτει το ερώτημα, για ποιο λόγο η προσφορά της εταιρίας μας πέρασε επιτυχώς στο στάδιο «Οικονομική», εφόσον δεν ήταν ορθό το ποσό της εγγυητικής επιστολής; Κρίνοντας επιτυχή την κατάθεση της προσφοράς της εταιρίας μας στο στάδιο της «Τεχνικής», ενώ δεν ήταν «ορθή» η εγγυητική προσφορά σύμφωνα με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, παραβίασε και εξ' αυτού του λόγου τους όρους της διακήρυξης και τις αρχές του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016. Κι αυτό, διότι η προσφορά μας αποσφραγίστηκε και έγινε γνωστή σε όλους τους λοιπούς οικονομικούς φορείς, παρά το γεγονός ότι η «πλημμέλεια» της προσφοράς μας - σύμφωνα με την Επιτροπή - αφορά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών, που προηγείται και σύμφωνα με αυτό όσες προσφορές δεν περιέχουν τα ορθά δικαιολογητικά αποκλείονται και δεν αποσφραγίζονται».

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

14. Επειδή, στο άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]».

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [.....]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης. Επίσης οποιαδήποτε δικαιώματα προαίρεσης για συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις και, εφόσον είναι γνωστό, το προσωρινό χρονοδιάγραμμα για την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών, καθώς και τον αριθμό των παρατάσεων για την άσκησή τους, [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, ιγ) τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 59, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87[...]

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 59 του Ν.4412/2016: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να αναθέτουν μια σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και μπορούν να προσδιορίζουν το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών. Εξαιρουμένων των συμβάσεων οι οποίες έχουν διαιρεθεί υποχρεωτικά, σύμφωνα με την παρ. 4, οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τους βασικούς λόγους της απόφασής τους να μην διαιρέσουν μία σύμβαση σε τμήματα, στοιχείο που περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης ή στην ειδική έκθεση του άρθρου 341. 2. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος, αν οι προσφορές υποβάλλονται για ένα, περισσότερα ή για όλα τα τμήματα. Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται, ακόμη και εάν οι προσφορές είναι δυνατόν να υποβάλλονται για πολλά ή για όλα τα τμήματα, να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσφέροντα, υπό την προϋπόθεση ότι ο μέγιστος αριθμός των τμημάτων ανά προσφέροντα ορίζεται στην προκήρυξη της σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν στα έγγραφα της σύμβασης τα αντικειμενικά και χωρίς διακρίσεις κριτήρια ή τους κανόνες που προτίθενται να εφαρμόσουν για τον προσδιορισμό των τμημάτων που ανατίθενται, στην περίπτωση που η εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης θα είχε ως αποτέλεσμα την ανάθεση σε έναν προσφέροντα τμημάτων που υπερβαίνουν τον μέγιστο αριθμό. 3. Αν είναι δυνατή η ανάθεση περισσότερων του ενός τμημάτων στον ίδιο προσφέροντα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν συμβάσεις συνδυάζοντας πολλά ή όλα τα τμήματα, στην περίπτωση που έχουν ορίσει στην προκήρυξη της σύμβασης ή στην πρόσκληση για επιβεβαίωση ενδιαφέροντος ότι διατηρούν το δικαίωμα αυτό και αναφέρουν τον τρόπο συνδυασμού των τμημάτων ή ομάδων τμημάτων. 4. Οι ΚΑΑ διαιρούν υποχρεωτικά τις συμβάσεις που αναθέτουν σε χωριστά τμήματα, καθορίζουσες το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών. Στην περίπτωση αυτή, εφαρμόζονται επίσης το πρώτο εδάφιο της παρ. 2 και, κατά περίπτωση, η παράγραφος 3. Παρά τα προβλεπόμενα στο πρώτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου, με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού,

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

επιτρέπεται η ανάθεση συγκεκριμένης σύμβασης από ΚΑΑ μη διαιρούμενης σε χωριστά τμήματα».

17. Επειδή, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 63 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, 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 (...) ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών; σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων (...)». Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/21/ΕΕ: «Οι αναθέτουσες αρχές 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 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τμημάτων. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής. Δεν απαιτείται εγγύηση συμμετοχής για τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης συμφωνιών- πλαίσιο,

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

δυναμικού συστήματος αγοράς, σε συνοπτικό διαγωνισμό, σε διαδικασίες απευθείας ανάθεσης ή σε διαδικασία επιλογής από κατάλογο, εκτός αν άλλως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης. Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά: αα) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης και ββ) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ενδίκων βοηθημάτων προσωρινής δικαστικής Προστασίας ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, και γγ) την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με το άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013 (Α' 52), εφόσον απαιτείται. Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες στις κάτωθι περιπτώσεις: α) λήξης του χρόνου ισχύος της προσφοράς και μη ανανέωσης αυτής και β) απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ενδίκων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως.»

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» του Ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. ...».

19. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, 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 έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999,, σκέψη 111 κλπ). Συναφώς, κατά τα παγίως κριθέντα, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012,, κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013,, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012,, κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013,, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

20. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον 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 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). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94,, σκέψη 54).

21. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού-είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

22. Επειδή, άλλωστε, έχει κριθεί ότι αιτιολογία μιας πράξης, ως έκφραση της αρχής της νομιμότητας της πράξης (ΣΤΕ 171/2002), αποτελεί η έκθεση των πραγματικών και νομικών λόγων που οδήγησαν το αρμόδιο όργανο στην απόφασή του, καθώς και η παράθεση των κριτηρίων βάσει των οποίων άσκησε τη διακριτική του ευχέρεια. Η αιτιολογία αυτή σύμφωνα με την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να είναι νόμιμη, δηλαδή επαρκώς εξειδικευμένη και πλήρης κατά τρόπο ώστε, αφενός να μην καταλείπονται κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του αρμοδίου διοικητικού οργάνου και αφετέρου να δημιουργεί δυνατότητα ελέγχου τόσο από το διοικούμενο όσο και τον ακυρωτικό δικαστή (την Α.Ε.Π.Π. εν προκειμένω) κατά πόσο η σχετική αιτιολογία είναι σύμφωνη ή βρίσκεται σε αρμονία με τους κανόνες δικαίου που καθορίζουν το πλαίσιο της νομιμότητας. Η απαιτούμενη ειδική αιτιολογία δε μπορεί να αναπληρωθεί από την παρεχόμενη βαθμολογία γιατί η ελλείπουσα λεκτική διατύπωση της κρίσης της Επιτροπής είναι αναγκαία, τόσο για την υποβολή αντιρρήσεων από τον διαγωνιζόμενο, όσο και για τον έλεγχο του αιτιολογημένου της κρίσης από τον ακυρωτικό δικαστή, εν προκειμένω την Α.Ε.Π.Π. (ΕΑ ΣΤΕ 1080/2006, 305/2006, ΣΤΕ 1292/2005 κ.α.).

23. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα 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 δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 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).

24. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

25. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, Συλλογή 2001, σ. Ι-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94,, Συλλογή 1996, σ. Ι-2043, σκέψη 54).

26. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, 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 τους αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια 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,, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015,, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993,, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996,, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001,, C-19/00,

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008,, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016,, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996,, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002,, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015,, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013,, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

27. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, η οποία κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 25 παρ. 1 Συντ., αναλύεται στις αρχές της αναγκαιότητας, καταλληλότητας και αναλογικότητας με τη στενή έννοια, και κατατάσσεται εντός των αρχών ενωσιακού δικαίου κατά την πάγια νομολογία ΔΕΕ. Έχει, δε, την έννοια ότι ένα κράτος μέλος οφείλει κατά τη διαδικασία επιλογής των κατάλληλων προς λήψη μέτρων, να επιλέγει αυτά που προξενούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση της διακριτικής του ευχέρειας, προκρίνοντας μεταξύ μέτρων που θεωρεί αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (βλ. μεταξύ άλλων ΔΕΕ απόφαση της 1-12-2011, υπόθεση C145/10, ΔΕΚ απόφαση της 20ης Ιουνίου 2002 C313/99, κα).

28. Επειδή, η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

29. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, *Ελληνικό*

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ, 319).

30. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

31. Επειδή, επομένως, κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων, με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστηματική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τελολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140).⁶⁴ Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019 ΔΕΦΑΘ).

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

32. Επειδή, λόγοι που αφορούν εμμέσως τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπιδικά στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002,, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003,, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66). Εξάλλου, η διακήρυξη αναφέρει «Ο προσφέρων, εφόσον δεν έχει ασκήσει εμπροθέσμως προσφυγή σύμφωνα με το άρθρο 362 του Ν. 4412/216 κατά της διακήρυξης του διαγωνισμού, ή εφόσον έχει απορριφθεί η ανωτέρω προσφυγή, θεωρείται ότι αποδέχεται πλήρως και ανεπιφυλάκτως όλους τους όρους της διακήρυξης και δύναται, με την προσφορά του ή με οιονδήποτε άλλο τρόπο, να αποκρούσει, ευθέως ή εμμέσως, τους ανωτέρω όρους».

33. Επειδή, με τις ερμηνευόμενες διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητά έγγραφη διευκρίνιση του περιεχομένου της τεχνικής προσφοράς υποψηφίου εάν αυτή περιέχει ασάφειες, ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που κρίνονται θεραπεύσιμα (Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σχετικές διατάξεις – Νομολογία, Τόμος 1, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ 957 επ.). Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη τροποποίηση ή αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές. Περαιτέρω, η εν λόγω υποβολή αιτήματος προς διευκρίνιση δέον είναι να απευθύνεται αφού λάβει γνώση του συνόλου των προσφορών η αναθέτουσα αρχή (ΔΕΚ, Απόφαση της 27.11.2001, υποθέσεις C-285/99, C286/99,, σκ. 51 και 53.), περιλαμβάνοντας όλα τα σημεία της προσφοράς που κρίνονται ανακριβή, πράγμα που σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει τη δυνατότητα να απορρίψει την προσφορά λόγω ασάφειας που δεν αποτέλεσε αντικείμενο της εν λόγω αίτησης (ΔΕΕ, απόφαση της 29.3.2012, C-599/10,, κλπ κατά, σκ. 44.).

34. Επειδή, από την συνολική επισκόπηση του φακέλου προκύπτει με σαφήνεια ότι η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

ουσία αβάσιμη. Και τούτο διότι, όπως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια ισχυρίζεται, κατά προφανή δυσαρμονία με τους όρους της διακήρυξης συνδυαστικά ερμηνευόμενους, υπολόγισε την εγγυητική αφαιρώντας από το γενικό Σύνολο των εγγυητικών των Τμημάτων 1-15 ποσού 6,153,90 €, το ποσό των 400,28 € που αποτελούσε το σύνολο της εγγυητικής επιστολής του Τμήματος 15 για το οποίο δεν ήθελε να καταθέσει προσφορά. Ωστόσο, ναι μεν, το γενικό σύνολο των εγγυητικών επιστολών των Τμημάτων 1-15 ποσού 6.153.90 € ήταν μικρότερο κατά 90,23 € λόγω της εκ παραδρομής μη άθροισης του εν λόγω ποσού που αφορούσε στο τρίτο δρομολόγιο στο σχετικό σύνολο του Τμήματος 13. Πλην όμως, το ποσό αυτό της εγγυητικής του δρομολογίου με αριθμ. 3 του Τμήματος 13 του αριθ. Διαγωνισμού αναγραφόταν στον σχετικό πίνακα του Παραρτήματος Β, στον οποίο παραπέμπει του άρθρου 2.4.3.1 της διακήρυξης και αποτελούσε όρο της διακήρυξης που δέσμευε τους συμμετέχοντες. Συνεπώς, παρίσταται πρόδηλο, ότι η προσφεύγουσα όφειλε, επιδεικνύοντας τη δέουσα επιμέλεια να αναγνώσει στο σύνολό τους και συνδυαστικά τους όρους της διακήρυξης, στους οποίους αποτυπώνονται τα ορθά ποσά των επιμέρους δρομολογίων και των επιμέρους –για κάθε δρομολόγιο- απαιτούμενων εγγυήσεων και συνακόλουθα προέκυπτε ευχερώς το ορθό ποσό της συνολικά απαιτούμενης εγγυητικής επιστολής. Αβασίμως, συνεπώς, η προσφεύγουσα εκφράζει την αμφιβολία της για το εάν θα έπρεπε ή όχι, εφόσον ανακάλυπτε το λάθος, να ακολουθήσει το συνολικό άθροισμα το οποίο θα εξήγαγε η ίδια ή το συνολικό άθροισμα της αναθέτουσας αρχής. Σημειωτέον, δε, ότι εκ της γραμματικής ερμηνείας του άρθρου 2.1.5 της Διακήρυξης, προκύπτει ως ενδεδειγμένη, βάσει της διακήρυξης, μέθοδος υπολογισμού του συνολικού ποσού της εγγύησης, η άθροιση των επιμέρους απαιτούμενων εγγυήσεων και όχι η μέθοδος που ακολούθησε η προσφεύγουσα. Επίσης, επί ίσοις όροις συμμετείχαν οι προσφέροντες στο διαγωνισμό, καθώς υπέβαλαν τις προσφορές τους όλοι επί τη βάση των ιδίων όρων της Διακήρυξης, ως έχουν. Συνεπώς, κρίνεται ότι δεν γίνεται δεκτός ο λόγος περί ασάφειας της διακήρυξης η οποία δεν δύναται να θεραπευθεί από τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους σύμφωνα με τα ανωτέρω διαληφθέντα. Σημειωτέον, δε, ότι, έτεροι διαγωνιζόμενοι, επιδεικνύοντας τη δέουσα επιμέλεια υπολόγισαν σωστά τα ποσά των

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

εγγυήσεων, όπως προκύπτει και από τα προβαλλόμενα από την πρώτη παρεμβαίνουσα «Ειδικότερα, για το Τμήμα 13 του Παραρτήματος Β' της Διακήρυξης, το οποίο περιλάμβανε τρία (3) δρομολόγια, αναγραφόταν ως σύνολο του χρηματικού ποσού της εγγύησης συμμετοχής στο διαγωνισμό το ποσό των 523,34 Ευρώ, το οποίο κατέθεσε ο νόμιμος εκπρόσωπος μας στις 15-7-2019 στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων (.....) και εξεδόθη το υπ' αριθμ. Γραμμάτιο Συστάσεως Παρακαταθήκης (σχ. 1). Κατά τη διάρκεια των υπολογισμών, από το νόμιμο εκπρόσωπο μας, για την έκπτωση του 7% που προσέφερε η εταιρεία μας για το Τμήμα 13 του Παραρτήματος Β' της Διακήρυξης, έχοντας υπόψιν του ότι η εγγύηση συμμετοχής ανέρχεται σε 1% επί της προϋπολογισθείσης δαπάνης, διαπίστωσε ότι το συνολικό κόστος του Τμήματος 13 μετά την έκπτωση του 7% ανερχόταν σε 57.062,25 ευρώ, το οποίο του προκάλεσε απορία αφού η εγγύηση συμμετοχής για το σύνολο των δρομολογίων του Τμήματος 13, σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στο Παράρτημα Β' της Διακήρυξης ανέρχονταν σε 523,34 ευρώ, το οποίο σήμαινε ολικό κόστος δαπάνης 52.334,00 ευρώ, αφού υποχρεούμαστε σε εγγύηση συμμετοχής 1%. Έτσι αντιλήφθηκε δυσαρμονία στα ποσά και υπολογίζοντας προσεκτικά το ποσό του κάθε δρομολογίου, διαπίστωσε ότι εκ παραδρομής δεν υπολογίστηκε στο σύνολο του ποσού το με α.α. 3 δρομολόγιο του οποίου η εγγύηση συμμετοχής ανέρχονταν σε 90,23 ευρώ. Κατόπιν τούτου, στις 22-7-2019, κατατέθηκε στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων (.....) το ποσό των 90,23 ευρώ και εξεδόθη το υπ' αριθμ. Γραμμάτιο Συστάσεως Παρακαταθήκης συμπληρωματικό του υπ' αριθμ. Γραμμάτιου Συστάσεως Παρακαταθήκης, προκειμένου να καλυφθεί το ορθό ποσό της απαιτούμενης εγγυητικής». Αναφορικά, δε, με τις τυποποιημένες ειδοποιήσεις του Συστήματος περί «επιτυχούς ολοκλήρωσης» κατά τη διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 3.1.1 και 3.1.2. της αριθ. Διακήρυξης στα στάδια της αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών του εν λόγω Διαγωνισμού, αυτές αποστέλλονται αυτόματα σε όλους τους συμμετέχοντες που δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά από το σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ και του αριθ. Ηλεκτρονικού διαγωνισμού. Ειδικότερα η ειδοποίηση της 30-7-2019 (ώρα 13:20:07 μ.μ.) περί «επιτυχούς ολοκλήρωσης της αποσφράγισης του σταδίου "Οικονομική" για τον διαγωνισμό» αφορούσε προδήλως στη διαδικασία της ηλεκτρονικής αποσφράγισης και όχι στους τελικούς μειοδότες,

Αριθμός απόφασης: 1124/2019

και παρότι ο αρμόδιος υπάλληλος της επέλεξε μέσα από το Σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ, πριν από το στάδιο της αποσφράγισης, μόνο τους συμμετέχοντες που δεν είχαν αποκλειστεί στο προηγούμενο στάδιο, η ειδοποίηση εστάλη προφανώς σε όλους τους συμμετέχοντες, γιατί στο στάδιο εκείνο οι αποκλεισθέντες του δεύτερου σταδίου του διαγωνισμού δεν θα μπορούσαν να είχαν αποκλειστεί οριστικά. Συνεπώς ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, γενομένων δεκτών ταυτοχρόνως κατ' αντίστροφο μέρος των ασκηθεισών παρεμβάσεων.

35. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, γενομένων δεκτών ταυτοχρόνως αμφοτέρων των ασκηθεισών παρεμβάσεων.

36. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται αμφοτέρες τις ασκηθείσες Παρεμβάσεις.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19 Σεπτεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 3 Οκτωβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Άννα Χριστοδουλάκου

Η Γραμματέας

Ασπασία Χατζηπασχάλη