

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 03.12.2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1344/04.11.2019 της προσφεύγουσας ένωσης με την επωνυμία «*****», η οποία αποτελείται από τις εταιρείες: α) «*****» (με δ.τ. «*****»), β) «*****8» (με δ.τ. «*****») και γ) «*****» (με δ.τ. «*****») και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ***** [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα ένωση επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 403/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (της 21ης/09.10.2019 συνεδρίασης), η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. **** Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινόχρηστων Χώρων (οδοφωτισμός) του Δήμου, σε συνδυασμό με τη μείωση της κατανάλωσης ενέργειας και του συνολικού κόστους λειτουργίας καθώς και λειτουργία - συντήρηση διάρκειας 12 ετών μετά την ολοκλήρωση της αναβάθμισης».

Αριθμός απόφασης: 1431/2019

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ***** Διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την «Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινόχρηστων Χώρων (οδοφωτισμός) του Δήμου, σε συνδυασμό με τη μείωση της κατανάλωσης ενέργειας και του συνολικού κόστους λειτουργίας καθώς και λειτουργία - συντήρηση διάρκειας 12 ετών μετά την ολοκλήρωση της αναβάθμισης», συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 6.496.007,48€ πλέον ΦΠΑ 24% και κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 11.02.2019 με ΑΔΑΜ: ***** και στο ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α*****. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε αρχικά η 14.03.2019 και στη συνέχεια η 29.03.2019 και ώρα 13.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε αρχικά η 20.03.2019 και στη συνέχεια η 04.04.2019 και ώρα 10.00 π.μ. Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν 4 οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα: 1) η ένωση εταιρειών «*****», 2) η ένωση εταιρειών «*****», 3) η ένωση εταιρειών «*****» και 4) η εταιρεία «*****». Με την υπ' αριθμ. 403/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής απορρίφθηκαν οι προσφορές της «*****» (προσφεύγουσα ένωση) και της «*****», ενώ έγιναν δεκτές οι προσφορές των ενώσεων εταιρειών «*****» και «*****». Η προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης απορρίφθηκε επειδή παρέλειψε να αναφέρει στην εγγυητική επιστολή του μέλους της ένωσης με την επωνυμία «*****» τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Ειδικότερα, η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε και η Οικονομική Επιτροπή αποδέχτηκε ομόφωνα την εξής αιτιολογία: «[...] η 3η έλλειψη της εγγυητικής επιστολής και συγκεκριμένα η μη αναγραφή στην εγγυητική επιστολή που υπέβαλε η ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «*****», η οποία συμμετέχει στο Διαγωνισμό ως μέλος της Ένωσης Εταιρειών με την επωνυμία «*****» και η οποία χορηγήθηκε με Γραμμάτιο Σύστασης Παρακαταθήκης που εκδόθηκε από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, του όρου ότι «η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων

που συμμετέχουν στην Ένωση» αποτελεί ουσιώδη έλλειψη της εγγυητικής επιστολής, σε σχέση με το αναγκαίο περιεχόμενο αυτής, όπως αυτό ορίζεται τόσο στη διάταξη του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 όσο και των όρων 2.2.2.1 και 2.4.3.1 παρ. 1 της Διακήρυξης του Διαγωνισμού. Η έλλειψη του συγκεκριμένου όρου δεν σχετίζεται με τη νομική φύση του γραμματίου σύστασης παρακαταθήκης και δεν δικαιολογείται σε καμία περίπτωση. Είναι δε απολύτως ουσιώδης και θίγει τα συμφέροντα του Δήμου *****, καθώς περιορίζει δραστικά το δικαίωμα του Δήμου, ως Αναθέτουσας Αρχής, να ζητήσει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής, διότι, χωρίς την αναφορά του συγκεκριμένου όρου, θα έχει την δυνατότητα να ζητήσει την κατάπτωσή της, μόνο για την κάλυψη των τυχόν οικονομικών υποχρεώσεων της συγκεκριμένης εταιρίας, με την επωνυμία «*****», όχι όμως και για την κάλυψη των οικονομικών υποχρεώσεων των υπολοίπων δύο οικονομικών φορέων, που συμμετέχουν στην Ένωση, με την επωνυμία «*****», που υπέβαλαν κοινή και ενιαία προσφορά για την ανάδειξη τους ως αναδόχων του έργου. Κατά ταύτα η μη αναγραφή στην ελεγχόμενη εγγυητική επιστολή του συγκεκριμένου όρου, αποτελεί δραστικό περιορισμό των δικαιωμάτων του Δήμου *****, ως Αναθέτουσας Αρχής, ο οποίος μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ικανοποίησή του σε περίπτωση ύπαρξης οικονομικών υποχρεώσεων των μελών της συγκεκριμένης ένωσης, ενδεχόμενο που δεν είναι ανεκτό και δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Η ανωτέρω έλλειψη της αναφοράς του συγκεκριμένου όρου δεν μπορεί να καλυφθεί από τη διατύπωση που υπάρχει στο εν λόγω Γραμμάτιο Σύστασης Παρακαταθήκης περί του ότι «η εγγύηση διέπεται από ό,τι ορίζεται στις διατάξεις του Ν. 4412/16» καθόσον, προκειμένου η εγγύηση να καλύπτει τις οικονομικές υποχρεώσεις όλων των φορέων που συμμετέχουν στην Ένωση θα πρέπει ο συγκεκριμένος όρος να έχει αναγραφεί ρητά στο κείμενο της εγγυητικής επιστολής».

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό *****, ποσού ευρώ δεκαπέντε χιλιάδων (€15.000,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

Αριθμός απόφασης: 1431/2019

Επισημαίνεται ότι από την 01.02.2018 το προβλεπόμενο στις οικείες διατάξεις ηλεκτρονικό παράβολο για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής στην Α.Ε.Π.Π., που εκδίδεται από την εφαρμογή του e – παραβόλου της διαδικτυακής πύλης της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) αποκλειστικά και μόνο υπό τον Φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)» (κωδικός τύπου παραβόλου [100]), δεσμεύεται αυτόματα με την πληρωμή στην Τράπεζα (άρθρο 4 της ΠΟΛ. 1163/03-07-2013 (ΦΕΚ 1675 Β') όπως τροποποιήθηκε με την ΠΟΛ. 1126/10-08-2017 (ΦΕΚ 2957 Β')). Κατόπιν των ανωτέρω, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί απαράδεκτης άσκησης της Προσφυγής είναι απορριπτέος.

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου αλλά και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 6.496.007,48€ πλέον ΦΠΑ 24%), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα ένωση, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 15.10.2019.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας και έχει υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την απόρριψη της προσφοράς της.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της, επειδή η αναθέτουσα αρχή έκανε λανθασμένη εφαρμογή των διατάξεων του

άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, των όρων 2.2.2.1 και 2.4.3.1 παρ. 1 της Διακήρυξης και των διατάξεων του Π.Δ. 31.12.1926/03.01.1927 περί συστάσεως εγγυοδοτικής παρακαταθήκης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ένωση: Α) Παραθέτει το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη νομική φύση της εγγυοδοτικής παρακαταθήκης σύμφωνα με το Π.Δ. 31.12.1926/03.01.1927 και τον Αστικό Κώδικα και επισημαίνει τη διαφορά από την εγγυητική επιστολή ως εξής: «[...] όταν συστήνεται εγγυοδοτική χρηματική παρακαταθήκη κανείς τρίτος φορέας (π.χ. πιστωτικό ή άλλο χρηματοδοτικό ίδρυμα, ασφαλιστική επιχείρηση κλπ) δεν εγγυάται έναντι της αναθέτουσας αρχής, ότι ο υποψήφιος ανάδοχος θα εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του λόγω της συμμετοχής του στο διαγωνισμό. Αντιθέτως ο «εγγυητής» είναι ο ίδιος ο υποψήφιος ανάδοχος, ο οποίος «εγγυάται» στην Αναθέτουσα αρχή, ότι θα εκπληρώσει στο ακέραιο τις υποχρεώσεις, που απορρέουν από τη συμμετοχή του στο δημόσιο διαγωνισμό, όπως αυτές καθορίζονται από τους όρους της διακήρυξης και τεκμηριώνονται με το υποβληθέν ΕΕΕΣ, τους όρους της υποβληθείσας τεχνικής και οικονομικής προσφοράς, και τα συνοδευτικά των ανωτέρω δικαιολογητικά. Προς εξασφάλιση δε της υπόσχεσης αυτής ο υποψήφιος φορέας καταθέτει τα χρήματα στο θεματοφύλακα Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων. Άρα το Γραμματίο Σύστασης (Εγγυοδοτικής) Χρηματικής Παρακαταθήκης δεν είναι ούτε εγγύηση ούτε εγγυητική επιστολή. Οι δε εγγυοδοτικές παρακαταθήκες μετρητών για δημόσιους διαγωνισμούς συστήνονται από το αποκλειστικά αρμόδιο προς τούτο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων σύμφωνα με την ειδικότερη νομοθεσία, που διέπει το Ταμείο και συμπληρωματικά με τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα για την ανώμαλη παρακαταθήκη, και όχι τις εκάστοτε εφαρμοστέες διατάξεις τόσο ειδικών νόμων όσο και του Αστικού Κώδικα, που αφορούν τις εγγυήσεις και τις εγγυητικές επιστολές (για όλα τα ανωτέρω βλ. ενδεικτικά και ΑΕΠΠ 110/2018, 373/2018, 843/2018)». Β) Αναφέρεται στη διαδικασία σύστασης της εγγυοδοτικής παρακαταθήκης σύμφωνα με το Π.Δ. 30.12.1926/3.1.1927, καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι «[...] το περιεχόμενο του γραμματίου εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, που εκδίδεται βάσει του προδιατυπωμένου από το ΤΠΔ δελτίου συστάσεως της (σύμβαση προσχώρησης) είναι συγκεκριμένο,

όμοιο και προκαθορισμένο και δεν δύναται να μεταβληθεί ανά περίπτωση, οπότε ούτως ή άλλως είναι αδύνατη νομικά και τεχνικά η προσαρμογή του στις ανά περίπτωση απαιτήσεις και υποδείγματα κάθε αναθέτουσας επί κάθε διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης [...]». Γ) Αναφέρεται στη διαδικασία απόδοσης της εγγυοδοτικής παρακαταθήκης σύμφωνα με το Π.Δ. 30.12.1926/3.1.1927, επισημαίνοντας ότι στην περίπτωση κατάπτωσης του ποσού της εγγύησης, το ποσό αυτό αποδίδεται στον υπέρ ου η κατάπτωση άμεσα μετά από σχετικό έγγραφο και με την προσκόμιση ή αποστολή του γραμματίου παρακαταθήκης. Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα ένωση συνοψίζει τις επικαλούμενες από εκείνη πλημμέλειες της προσβαλλόμενης πράξης ως εξής: (1) Μη νόμιμη εφαρμογή του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016: «[...] η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, στο μέτρο που έκρινε, ότι το προσκομισθέν από την εταιρία «*****» Γραμμάτιο Σύστασης (Εγγυοδοτικής) Χρηματικής Παρακαταθήκης, αντίκειται στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 επειδή δεν περιέχει τον όρο η «εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των Οικονομικών Φορέων που συμμετέχουν στην Ένωση», έσφαλε και πρέπει να ακυρωθεί, καθότι τα Γραμμάτια του ΤΠΔ εκδίδονται σύμφωνα με την ειδικότερη νομοθεσία, που δίδει το ΤΠΔ και συμπληρωματικά τις διατάξεις του ΑΚ για την παρακαταθήκη και όχι σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 και τις διατάξεις του ΑΚ περί εγγυήσεων, οι οποίες δεν τυγχάνουν εφαρμογής στην παρούσα περίπτωση». (2) Αοριστία των υπ' αριθ. 2.1.5, 2.2.2.1 και 2.4.3.1 παρ. 1 όρων της Διακήρυξης και μη εφαρμογή του Παραρτήματος 9 στα Γραμμάτια του ΤΠΔ: «[...] η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, στο μέτρο που έκρινε, ότι το προσκομισθέν από την εταιρία «*****» Γραμμάτιο Σύστασης (Εγγυοδοτικής) Χρηματικής Παρακαταθήκης, αντίκειται στους υπ' αριθ. 2.1.5, 2.2.2.1. και 2.4.3.1. παράγραφος 1 όρους της Διακήρυξης και το Παράρτημα 9 αυτής, επειδή δεν περιέχει τον όρο η «εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των Οικονομικών Φορέων που συμμετέχουν στην Ένωση», έσφαλε και πρέπει να ακυρωθεί, καθότι οι ως άνω όροι και το Παράρτημα αφορούν κατά το γράμμα τους μόνο εγγυητικές επιστολές εκδοθείσες από πιστωτικά ή άλλα χρηματοοικονομικά ιδρύματα και όχι τα Γραμμάτια του ΤΠΔ. Τυχόν δε

διασταλτική ερμηνεία της διακήρυξης το πρώτον από την Οικονομική Επιτροπή, οδηγούσα μάλιστα σε αποκλεισμό συμμετέχοντος από την επόμενη φάση του διαγωνισμού, δεν μπορεί να γίνει δεκτή, καθότι θα ήταν αντίθετη στην αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Ουδείς οικονομικός φορέας επιτρέπεται να αποκλείεται από το διαγωνισμό επειδή δεν προσεκόμισε στοιχεία ή δικαιολογητικά, τα οποία δεν ορίζονται με σαφήνεια από τη Διακήρυξη». (3) Αβάσιμη και ελλιπής αιτιολόγηση του ουσιώδους χαρακτήρα της υποτιθέμενης έλλειψης και επικαλούμενου από την αναθέτουσα αρχή κινδύνου βλάβης της: «[...] Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, αποδεχόμενη την εισήγηση της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης, δεν περιέχει ολοκληρωμένη και σαφή σκέψη σχετικά με τον δήθεν ουσιώδη χαρακτήρα της υποτιθέμενης έλλειψης και τη σοβαρότητα του κινδύνου βλάβης της και θα πρέπει προς τούτο να ακυρωθεί». (4) Έλλειψη αιτιολογίας / μη νόμιμη αιτιολογία: «[...] Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής δεν περιέχει ολοκληρωμένη και σαφή σκέψη σχετικά με την αξιολόγηση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης και της αποδεικτικής αξίας των στοιχείων που είχε στα χέρια της. Επίσης δεν προκύπτουν τα κριτήρια σύμφωνα με τα οποία η Οικονομική Επιτροπή υπήγαγε τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά στους εφαρμοστέους κανόνες δικαίου, με αποτέλεσμα το διατακτικό της απόφασής της να συνάγεται εντελώς αυθαίρετα. Κατά συνέπεια η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα ως αναιτιολόγητη».

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. 23253/04.11.2019 Απόψεις της εμμένει στην ορθότητα της προσβαλλόμενης πράξης, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: 1) Ότι η υπό κρίση Προσφυγή έχει ασκηθεί απαραδέκτως, επειδή, για την απόδειξη της καταβολής και της είσπραξης του παραβόλου, δεν επισυνάφθηκαν α) επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της ΓΓΠΣ ότι το παράβολο είναι πληρωμένο και β) βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την ΑΕΠΠ. Κατά την αναθέτουσα αρχή, η υποβολή των ως άνω εγγράφων είναι απαραίτητη για την απόδειξη της καταβολής του παραβόλου, καθόσον μόνο το αποδεικτικό της Τράπεζας για την

πληρωμή του παραβόλου δεν αποδεικνύει ούτε την πραγματική δέσμευση του ποσού του παραβόλου από το Ελληνικό Δημόσιο, ούτε και τη συσχέτισή του με την αιτία για την οποία πληρώνεται ούτε και την αποδοχή του από την Αρχή στην οποία απευθύνεται. Δεδομένου μάλιστα ότι, κατά τη ρητή διάταξη του άρθρου 5 παρ. 4 του Π.Δ. 39/2017, τα ως άνω στοιχεία πρέπει να υποβάλλονται κατά τον χρόνο κατάθεσης της Προδικαστικής Προσφυγής ως συνημμένα σε αυτή, η μη υποβολή τους κατά το χρόνο αυτό, κατά την αναθέτουσα αρχή ματαιώνει την απόδειξη: α) της είσπραξης του χρηματικού παραβόλου, β) της δέσμευσης αυτού από το Ελληνικό Δημόσιο και γ) της συσχέτισης αυτού με την υποβληθείσα Προσφυγή, η οποία απόδειξη ορίζεται ως απαραίτητη προϋπόθεση για το παραδεκτό της. 2) Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι όλοι οι προβαλλόμενοι λόγοι είναι αβάσιμοι για τους εξής λόγους: (I) Όσον αφορά τον πρώτο λόγο, η αναθέτουσα αρχή απαντά τα εξής: « 1. Η διάταξη του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Εγγυήσεις» ρυθμίζει τα ζητήματα που σχετίζονται, με τις κάθε είδους εγγυήσεις που οφείλουν να παράσχουν, προς τις αναθέτουσες αρχές, οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν σε διαγωνισμούς για την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων. Στην διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 ρυθμίζονται γενικής φύσεως ζητήματα, τα οποία ισχύουν σε όλα τα είδη των εγγυήσεων, ανεξαρτήτως του φορέα που τις παρέχει (Τράπεζες, ΤΣΜΕΔΕ, Τ.Π.Δ.) και ανεξαρτήτως της ειδικότερης μορφής της παρεχόμενης εγγύησης (εγγυητική επιστολή ή Γραμμάτιο Σύστασης Παρακαταθήκης). 2. Στην γενική αυτή διάταξη, πριν ο νομοθέτης προχωρήσει στην παράθεση των ειδών των εγγυήσεων και στην εξειδίκευση της μορφής τους, ανάλογα με τον φορέα που τις παρέχει, περιλαμβάνεται η ρητή πρόβλεψη, στο εδάφιο γ' περί του ότι: «Σε 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». 3. Από την γραμματική διατύπωση της διάταξης του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι ο νομοθέτης, στον όρο «εγγυήσεις», περιλαμβάνει όλα τα μέσα με τα οποία παρέχονται οι εγγυήσεις. Κατά συνέπεια οι ρυθμίσεις του άρθρου 72 ισχύουν τόσο για τις «εγγυητικές επιστολές» όσο και

για τα «Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης», τα οποία είναι σαφές, ότι ανεξαρτήτως του διαφορετικής νομικής φύσης τους, περιλαμβάνονται στον γενικό όρο «εγγυήσεις». 4. Αν ο νομοθέτης ήθελε να εξαιρέσει τα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης από τα το πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, θα το έπραττε ρητά και θα θέσπιζε ειδική πρόβλεψη για το συγκεκριμένο μέσο παροχής εγγύησης. Άλλωστε ο Ν. 4412/2016 είναι ιδιαίτερα λεπτομερής και θα ήταν εύλογο να συμπεριληφθεί σ' αυτόν μία επιπλέον διάταξη, ειδικώς για τα Γραμμάτια Παρακαταθήκης, σε περίπτωση που ο νομοθέτης ήθελε να διαφοροποιήσει το περιεχόμενο τους σε σχέση με τα άλλα είδη εγγυήσεων. Αλλά ακόμα και θεωρήσουμε ότι το συγκεκριμένο ζήτημα διέλαθε της προσοχής του νομοθέτη, κατά την αρχική συγγραφή του Ν. 4412/2016, το ζήτημα αυτό θα μπορούσε να διευθετηθεί σε μία από τις δεκάδες τροποποιήσεις διατάξεων του Νόμου που ακολούθησαν την ψήφισή του, μέχρι και σήμερα. 5. Όμως ο νομοθέτης ουδέν έπραξε επ' αυτού, επιβεβαιώνοντας με τον τρόπο αυτό ότι οι προβλέψεις του Ν. 4412/2016 ισχύουν για όλα τα μέσα παροχής εγγυήσεων και κατά συνέπεια ισχύουν και για τα γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης που εκδίδονται για το Ταμείο Παρακαταθηκών και δανείων. 6. Αυτό προκύπτει και από τη διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, στην οποία ρητά αναφέρεται ότι οι «εγγυήσεις» της παραγράφου 1 του ίδιου άρθρου είτε εκδίδονται από τις τράπεζες και λοιπούς χρηματοπιστωτικούς οργανισμούς και το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. είτε «παρέχονται» με γραμμάτιο σύστασης χρηματικής παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ. Από τη γραμματική διατύπωση της διάταξης αυτής, προκύπτει ότι η πρόβλεψη του εδαφίου γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, περί του ότι «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» αφορά ρητά τόσο τις «εγγυήσεις που εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα» όσο και τις εγγυήσεις που «εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. αλλά και τις εγγυήσεις «που παρέχονται με γραμμάτιο του Τ.Π.Δ.»». 7. Άλλωστε, όπου ο νομοθέτης ήθελε να θεσπίσει ειδική πρόβλεψη για τα

Γραμμάτια Παρακαταθήκης το έπραξε, με χαρακτηριστικό παράδειγμα την πρόβλεψη της παραγράφου 3 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, στην οποία ρυθμίζεται η τύχη των τοκομεριδίων και των μερισμάτων που ακολουθούν τα γραμμάτια παρακαταθήκης. 8. Οι ως άνω παραδοχές μας οδηγούν αβίαστα στο συμπέρασμα ότι βούληση του νομοθέτη είναι η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 σε όλα τα μέσα παροχής εγγυήσεων και κατά συνέπεια και στις «εγγυήσεις» που παρέχονται με Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης. Κατά συνέπεια η γενική διάταξη του άρθρου 72 παρ. 1, εδάφιο γ' του Ν. 4412/2016, περί του ότι «σε 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» εφαρμόζεται και στα Γραμμάτια Παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ. και πρέπει να αναγράφεται, ρητά, σε αυτά. 9. Άλλωστε ούτε στο υπ' αριθμό πρωτ. 2756/23-05-2017 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. γίνεται δεκτό, όπως εσφαλμένα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ότι οι διατάξεις του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 εφαρμόζονται μόνο στις «εγγυητικές επιστολές» και όχι στα «Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης». Το έγγραφο αυτό αφορά μόνο το ειδικό ζήτημα της δυνατότητας αναγραφής στα Γραμμάτια Παρακαταθήκης του όρου ότι «η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται της ένστασης διζήσεως» στο οποίο απαντά αρνητικά και διευκρινίζει ότι το υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής που περιλαμβάνεται στην Κατευθυντήρια Οδηγία 12, το οποίο, πάντως, είναι ενδεικτικό και δεν έχει κανονιστικό χαρακτήρα, αφορά μόνο τις εγγυητικές επιστολές και όχι τα Γραμμάτια Παρακαταθήκης. 10. Το ίδιο ακριβώς ζήτημα της δυνατότητας ή μη αναγραφής στα Γραμμάτια Παρακαταθήκης του όρου περί παραίτησης από το δικαίωμα διαιρέσεως και διζήσεως διερεύνησε το Ν.Σ.Κ. με την υπ' αριθμό 34/1992 Γνωμοδότησή του, απαντώντας επίσης αρνητικά. 11. Ομοίως το υπ' αριθμό πρωτ. 39447_17/24-04-2017 έγγραφο της Προϊσταμένης της Γενικής Διεύθυνσης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο επικαλείται τόσο η προσφεύγουσα όσο και η Επιτροπή του διαγωνισμού αναφέρεται σε συγκεκριμένους όρους, που κατά το άρθρο 72

του Ν. 4412/2016, πρέπει να περιλαμβάνονται στις «εγγυήσεις» που υποβάλλουν οι οικονομικοί φορείς για την συμμετοχή σε διαγωνισμούς για την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων, όπως ο όρος περί παραίτησης από το δικαίωμα διαιρέσεως και διζήσεως και ο όρος περί της άμεσης καταβολής του ποσού της εγγύησης, και κρίνει, ερμηνευτικά, ότι οι συγκεκριμένοι όροι δεν είναι συμβατοί με τη νομική φύση των Γραμματίων Παρακαταθήκης. 12. Από κανένα σημείο των εγγράφων αυτών δεν επιβεβαιώνεται ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί του ότι το σύνολο των διατάξεων του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 εφαρμόζονται μόνο στις «εγγυητικές επιστολές» και όχι στα «Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης. 13. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης δεν μπορεί να εφαρμοστεί, ούτε αναλογικά, η διάταξη του άρθρου 72 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, η οποία προβλέπει το ελάχιστο περιεχόμενο των εγγυήσεων των άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, διότι το περιεχόμενο του Γραμματίου Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης ρυθμίζεται, περιοριστικά, από το Ν.Δ. της 30-12-1926 / 03-01-2017, κατά τρόπο ώστε το περιεχόμενό του να είναι καθορισμένο από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, χωρίς να μπορεί να γίνει καμία προσθήκη σε αυτό. 14. Ο ισχυρισμός περί αδυναμίας αναλογικής, έστω, εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 72 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 στα Γραμμάτια Παρακαταθήκης προβάλλεται αλυσιτελώς, διότι όπως προκύπτει από τις σκέψεις που παρατέθηκαν ανωτέρω αλλά και το γράμμα της συγκεκριμένης διάταξης, που αναφέρεται στις «εγγυήσεις του παρόντος άρθρου», ήτοι τόσο στις «εγγυητικές επιστολές» των πιστωτικών ιδρυμάτων και του Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. όσο και στις εγγυήσεις που παρέχονται με Γραμμάτια Παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ., η διάταξη του άρθρου 72 παρ. 4 εφαρμόζεται ευθέως στα Γραμμάτια Παρακαταθήκης, οπότε δεν υπάρχει ανάγκη αναλογικής εφαρμογής της. 15. Επίσης η επίκληση του συγκεκριμένου ισχυρισμού περί αδυναμίας εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 72 παρ. 4 στα Γραμμάτια Παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ. προβάλλεται αλυσιτελώς και για τον πρόσθετο λόγο ότι η υποχρέωση αναγραφής, στις κάθε είδους «εγγυήσεις» που υποβάλουν οι διαγωνιζόμενοι στις αναθέτουσες αρχές, του κρίσιμου όρου ότι «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» δεν βασίζεται στην διάταξη του άρθρου 72 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 αλλά στην γενική διάταξη του άρθρου 72 παρ. 1, εδάφιο γ' του Ν. 4412/2016. Κατά συνέπεια ο συγκεκριμένος ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι απολύτως αβάσιμος. 16. Ομοίως, αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί του ότι στα Γραμμάτια Παρακαταθήκης δεν είναι δυνατό να αναγραφεί ο κρίσιμος όρος περί του ότι «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», διότι, δήθεν, το περιεχόμενο των γραμματίων παρακαταθήκης είναι απολύτως συγκεκριμένο και καθορισμένο από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, σε εφαρμογή των διατάξεων του Ν.Δ. της 30-12-1926 / 03-01-1927 και για το λόγο δεν μπορεί να περιλάβει όρους που καθορίζονται από το Ν. 4412/2016. 17. Η διάταξη του άρθρου 7 του Ν.Δ. της 30-12-1926 / 03-01-1927 ορίζει ότι : «Ο προτιθέμενος να συστήσει παρακαταθήκην οιαδήποτε κατηγορίας συμπληρώνει έντυπον δελτίον χορηγούμενον ούτω υπό της υπηρεσίας του κεντρικού Καταστήματος ή Υποκαταστήματος ή επαρχιακού Ταμείου παρ' οίς συσταθήσεται η παρακαταθήκη δια πληροφοριών καθοριζομένων εκάστοτε δι' αποφάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου», ενώ η διάταξη του άρθρου 9 του άνω Ν.Δ. ορίζει ότι: «... Έκαστον γραμμάτιον περιέχει τας λεπτομερείας του δια την σύστασιν της παρακαταθήκης δελτίου, ως και πάσαν πληροφορίαν περί του καταθέτου, του κατατεθέντος ποσού, της αξίας της καταθέσεως και του δικαιούχου υπέρ ου η κατάθεσις». Από τις διατάξεις αυτές δεν προκύπτει ούτε η δήθεν αυστηρώς περιοριστική αναφορά του περιεχομένου του Γραμματίου Παρακαταθήκης, που επικαλείται η προσφεύγουσα ούτε η αδυναμία του καταθέτη να ζητήσει την συμπερίληψη στο Γραμμάτιο συγκεκριμένου όρου. 18. Αντιθέτως, το περιεχόμενο του Γραμματίου Παρακαταθήκης διαμορφώνεται ελεύθερα, ανάλογα με τις ανάγκες που κάθε φορά εξυπηρετεί η έκδοσή του. Στην προκειμένη περίπτωση το περιεχόμενο του Γραμματίου Παρακαταθήκης

καθορίζεται από τη διάταξη του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 που προβλέπει την συγκεκριμένη χρήση του, για την παροχή «εγγύησης» από οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν σε διαγωνισμούς για την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων. Πως αλλιώς μπορεί να εξηγηθεί το γεγονός ότι στο Γραμμάτιο Παρακαταθήκης που υπέβαλε η προσφεύγουσα περιλαμβάνονται οι πληροφορίες που ορίζει το άρθρο 72 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, όταν, προφανώς, οι πληροφορίες αυτές ουδόλως προβλέπονται στο Ν.Δ. της 30-12-1926 / 03-01-1927. Πως μπορεί να εξηγηθεί ότι στο Γραμμάτιο Παρακαταθήκης της προσφεύγουσας αναφέρεται, ρητά, ο χρόνος ισχύος του Γραμματίου, όταν στο Ν.Δ. της 30-12-1926/03-01-1927 δεν υπάρχει πρόβλεψη για χρόνο ισχύος του Γραμματίου. Επιπλέον, πως μπορεί να εξηγηθεί το γεγονός ότι στο Γραμμάτιο Παρακαταθήκης που υπέβαλε η προσφεύγουσα αναφέρονται αφενός οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στην ένωση εταιριών και αφετέρου ο όρος ότι «Η εγγύηση διέπεται από ότι ορίζεται στις διατάξεις του Ν. 4412/16». 19. Από τα ανωτέρω αποδεικνύεται ότι το περιεχόμενο του Γραμματίου Παρακαταθήκης είναι ευχερώς διαμορφώσιμο από τον καταθέτη, ώστε να περιλαμβάνονται σ' αυτό οι όροι και προβλέψεις που απαιτούνται για να καλύπτονται οι ανάγκες που επιβάλλουν, κάθε φορά, την έκδοση του Γραμματίου. Ο μόνος περιορισμός που τίθεται είναι η μη αναφορά όρων που είναι ασύμβατοι με τη νομική φύση και την λειτουργία του Γραμματίου. Τέτοιοι όροι είναι, για παράδειγμα, η παραίτηση από το δικαίωμα διζήσεως και διαιρέσεως, η οποία δεν έχει αντικείμενο εφαρμογής στα Γραμμάτια Παρακαταθήκης. Για αυτό και διευκρινίσθηκε, ερμηνευτικά, τόσο από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., στο υπ' αριθμό πρωτ. 2756/23-05-2017 έγγραφο του Γενικού Διευθυντή της όσο και από το ίδιο το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, με το υπ' αριθμό πρωτ. 39447_17/24-04-2017 έγγραφο της Προϊσταμένης της Γενικής Διεύθυνσης του Τ.Π.Δ. προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. ότι δεν μπορεί να αποτελεί περιεχόμενου του Γραμματίου Παρακαταθήκης. 20. Αντιθέτως ο κρίσιμος, στην προκειμένη περίπτωση όρος περί του ότι «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», ουδόλως έρχεται σε αντίθεση με την νομική φύση των Γραμματίων

Αριθμός απόφασης: 1431/2019

Παρακαταθήκης και την λειτουργία αυτών, οπότε δεν υπήρχε κανένας περιορισμός στην αναγραφή του στο Γραμμάτιο Παρακαταθήκης που υπέβαλε η προσφεύγουσα στο Δήμο *****, ως «εγγύηση» για την συμμετοχή της στον Διαγωνισμό. Για τους λόγους αυτούς ο πρώτος (1ος) Λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμό 403/09-10-2019 απόφασης της οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ***** είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί». (II) Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή απαντά ως εξής: «1. Αμέσως ανωτέρω, στην αντίκρουση του πρώτου (1ου) Λόγου ακύρωσης της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμό 403/09-10-2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου *****, παρατέθηκαν αναλυτικά οι λόγοι που αποδεικνύουν ότι η διάταξη του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 εφαρμόζεται σε όλες τις «εγγυήσεις» που υποβάλουν στις αναθέτουσες αρχές οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν σε διαγωνισμούς για την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων, δηλαδή τόσο στις εγγυήσεις που δίδονται με την έκδοση εγγυητικών επιστολών από πιστωτικά ιδρύματα και από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. όσο και στις εγγυήσεις που παρέχονται από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων με τα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης. Για λόγους αποφυγής επαναλήψεων παρέλκει η εκ νέου παράθεση των συγκεκριμένων λόγων. 2. Αντίστοιχα, οι όροι υπό στοιχεία 2.1.5. και 2.2.2.Ι. της Διακήρυξης του Διαγωνισμού εφαρμόζονται σε όλες τις εγγυήσεις, ανεξάρτητα από την νομική τους φύση και τον φορέα που τις παρέχει. Ο όρος 2.1.5. της διακήρυξης του Διαγωνισμού φέρει τον γενικό τίτλο «Εγγυήσεις». Βεβαίως αμέσως κατωτέρω, γίνεται λόγος για «εγγυητικές επιστολές», είναι όμως προφανές από τη γραμματική διατύπωση του όρου, ότι στις «εγγυητικές επιστολές» περιλαμβάνονται όλες οι «εγγυήσεις» ανεξάρτητα από τη νομική τους φύση και τον φορέα που τις παρέχει. Η ταύτιση των «εγγυήσεων» με τις «εγγυητικές επιστολές» προκύπτει από το γράμμα του όρου 2.1.5. της Διακήρυξης στην οποία αναφέρεται, επί λέξει, ότι : «Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται (εννοεί οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2.) από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με

γραμμάτια του ταμείου παρακαταθηκών και δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού». Στην συνέχεια του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης γίνεται και πάλι αναφορά σε «εγγυήσεις» και όχι σε «εγγυητικές επιστολές». Ειδικότερα ορίζεται ότι: «Οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία». 3. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο όρος 2.1.5. της διακήρυξης του διαγωνισμού χρησιμοποιεί, άλλοτε τον όρο «εγγυήσεις» και άλλοτε τον όρο «εγγυητικές επιστολές», προκειμένου να αναφερθεί σε όλα τα είδη των εγγυήσεων που προβλέπονται στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 και στους όρους της Διακήρυξης, δηλαδή τόσο στις εγγυητικές επιστολές των πιστωτικών ιδρυμάτων όσο και στα Γραμμάτια Παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ. 4. Κατά τον ίδιο ακριβώς τρόπο χρησιμοποιούνται οι όροι «εγγύηση» και «εγγυητική επιστολή» και στον όρο 2.2.2.1. της Διακήρυξης του διαγωνισμού. Αμφότεροι οι όροι αυτοί χρησιμοποιούνται για να αναφερθούν σε όλα τα είδη των εγγυήσεων που προβλέπονται στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 και στους όρους της Διακήρυξης, δηλαδή τόσο στις εγγυητικές επιστολές των πιστωτικών ιδρυμάτων όσο και στα Γραμμάτια Παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ. 5. Για το λόγο αυτού ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο όρος 2.2.2. της Διακήρυξης αναφέρεται μόνο στις «εγγυητικές επιστολές» που εκδίδονται από τα πιστωτικά ιδρύματα και όχι στα Γραμμάτια Παρακαταθήκης που εκδίδονται από το Τ.Π.Δ. είναι παντελώς άτοπος και αβάσιμος. Το άτοπο και παντελώς αβάσιμο του ισχυρισμού της προσφεύγουσας αποδεικνύεται από τη διατύπωση του πρώτους εδαφίου του όρου 2.2.2.1. της Διακήρυξης στο οποίο αναφέρεται, επί λέξει, 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 των 129.920,15 €». Αν ευσταθούσε ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι με τον όρο «εγγυητική επιστολή» εννοούνται μόνο οι κατά κυριολεξία «εγγυητικές επιστολές» που εκδίδουν τα πιστωτικά ιδρύματα και όχι το σύνολο των εγγυήσεων που προβλέπονται στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016, τότε θα έπρεπε να δεχθούμε ότι οι οικονομικοί φορείς που έλαβαν μέρος στο Διαγωνισμό, έπρεπε να υποβάλουν, ως εγγύηση συμμετοχής στο Διαγωνισμό, μόνο

«εγγυητικές επιστολές» εκδοθείσες από πιστωτικά ιδρύματα και όχι Γραμμάτια Παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ. Η παραδοχή αυτή όμως θα οδηγούσε, σε κάθε περίπτωση, στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, καθόσον αυτή υπέβαλε ως εγγύηση συμμετοχής στο Διαγωνισμό είδος εγγύησης που δεν είναι αποδεκτό από τους όρους της Διακήρυξης. 6. Η ανωτέρω αντίφαση δεν καταδεικνύει μόνο το άτοπο και αβάσιμο του ισχυρισμού της προσφεύγουσας, περί του ότι ο όρος 2.2.2.1. της Διακήρυξης αφορά μόνο τις εγγυητικές επιστολές που εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα και δεν αφορά τα Γραμμάτια Παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ. Καταδεικνύει, πρωτίστως, την κακοπιστία της προσφεύγουσας, η οποία επικαλείται δήθεν αοριστία των όρων της Διακήρυξης, προκειμένου να καλύψει το σφάλμα της μη αναφοράς στο Γραμμάτιο Παρακαταθήκης που υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή, του κρίσιμου όρου περί του ότι «σε 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». Και μόνο το γεγονός ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε ως εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό Γραμμάτιο Παρακαταθήκης και όχι εγγυητική επιστολή πιστωτικού ιδρύματος αποδεικνύει ότι αντιλήφθηκε ευχερώς τον όρο υπ' αριθμό 2.2.2.1. της Διακήρυξης και ότι καμία αοριστία δεν υπάρχει σ' αυτόν. Προφανώς η προσφεύγουσα αντιλήφθηκε ότι στον όρο «εγγυητική επιστολή», που αναφέρεται στο εδάφιο α' του όρου 2.2.2.1. της Διακήρυξης, περιλαμβάνονται, κατά συνεκδοχή, όλα τα είδη των εγγυήσεων, δηλαδή και τα Γραμμάτια Παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ.. Για αυτό και επέλεξε να υποβάλει, ως εγγύηση συμμετοχής στο Διαγωνισμό, Γραμμάτιο Παρακαταθήκης. Παρά ταύτα, ισχυρίζεται, ανερυθρίαστα, ότι το περιεχόμενο του εδαφίου β' του όρου 2.2.2.1. της Διακήρυξης δεν αφορά όλες τα είδη των εγγυήσεων συμμετοχής, όπως, ούτως ή άλλως, προκύπτει από τη γραμματική του διατύπωση, αλλά μόνο τις εγγυητικές επιστολές. 7. Ο ανωτέρω ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι παντελώς αβάσιμος και αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα στοχευμένης «ερμηνείας» όρου της Διακήρυξης με στόχο την υποστήριξη προφανώς αβάσιμου ισχυρισμού. 8. Από όλα τα ανωτέρω αποδεικνύεται ότι τόσο η διάταξη του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 και όσο και οι

Αριθμός απόφασης: 1431/2019

όροι υπ' αριθμούς 2.1.5. και 2.2.2.1. της διακήρυξης του διαγωνισμού που μετέφεραν σ' αυτή τις απαιτήσεις και προβλέψεις του Ν. 4412/2016 ως προς τις εγγυήσεις για την συμμετοχή των οικονομικών φορέων στους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων, είναι απολύτως σαφείς καθώς και ότι η προσφεύγουσα, αντιλήφθηκε, εγκαίρως το περιεχόμενό τους. Παρέλειψε όμως να συμμορφωθεί με την ρητή και απολύτως σαφή απαίτησή τους να περιληφθεί στο Γραμμάτιο Παρακαταθήκης ο όρος ότι «η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην Ένωση». Η απαίτηση αυτή προβλέπεται ρητά και σαφέστατα στο γράμμα του άρθρου 72 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του όρου 2.2.2.1. της Διακήρυξης. 9. Κατά συνέπεια, η απαίτηση της Επιτροπής του διαγωνισμού και της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ***** που αποδέχθηκε την εισήγηση της, ώστε οι εγγυήσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό να περιέχουν τον ως άνω όρο, σε περίπτωση ένωσης εταιριών, δεν είναι προϊόν, εκ των υστέρων, διασταλτικής ερμηνείας των όρων της Διακήρυξης, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αλλά στηρίζεται στην απλή ανάγνωση και όχι ερμηνεία των όρων της Διακήρυξης και της διάταξης του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016. Αντιθέτως προϊόν ερμηνείας και μάλιστα συσταλτικής και πολύ περισσότερο αντιφατικής είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί του ότι ο όρος υπ' αριθμό 2.2.2.1. της Διακήρυξης δεν αφορά τα γραμμάτια παρακαταθήκης, ο οποίος δεν έχει καμία νομική βάση αλλά διατυπώνεται, απλώς και μόνο για να δικαιολογήσει την αμέλεια της προσφεύγουσας να συμμορφωθεί με ρητή διάταξη της Διακήρυξης και του Ν. 4412/2016. 10. Τέλος, στον όρο 2.2.2.1. της Διακήρυξης προβλέπεται ως προϋπόθεση για την παραδεκτή συμμετοχή οικονομικού φορέα στο διαγωνισμό η υποβολή της εγγύησης συμμετοχής, με το περιεχόμενο και τους όρους που προβλέπονται στον συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης. Κατά συνέπεια η παράλειψη συμμόρφωσης του οικονομικού φορέα με τις απαιτήσεις του συγκεκριμένου όρου της Διακήρυξης του διαγωνισμού, καθιστά την υποβληθείσα προσφορά απαράδεκτη και επιφέρει τον απόρριψή της, κατά ρητή πρόβλεψη του συγκεκριμένου όρου της Διακήρυξης. 11. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, που υπαινικτικά διατυπώνεται στην ασκηθείσα Προδικαστική

Προσφυγή της, περί του ότι εσφαλμένως απορρίφθηκε η προσφορά της, διότι η διαπιστωθείσα ελλείψεις της εγγύησης συμμετοχής στο διαγωνισμό δεν προβλέπονται ως ρητός λόγος απόρριψης της προσφοράς είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί. 12. Για τους λόγους αυτούς ο δεύτερος (2ος) Λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμό 403/09-10-2019 απόφασης της οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ***** είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί. 13. Άλλως και όλως επικουρικώς, σε περίπτωση που, παρ' ελπίδα, κριθεί ότι ο συγκεκριμένος λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ***** είναι βάσιμος, κριθεί δηλαδή ότι ο όρος υπ' αριθμό 2.2.2.1. της διακήρυξης του Διαγωνισμού αφορά μόνο τις «εγγυητικές επιστολές» που εκδίδουν τα πιστωτικά ιδρύματα και ο Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. και δεν αφορά τα Γραμμάτια Παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ., πρέπει να αχθείτε στην κρίση, ότι η προσφεύγουσα απαραδέκτως υπέβαλε, ως εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό, Γραμμάτιο Παρακαταθήκης του Τ.Π.Δ., ενώ η υποχρέωση αυτή έπρεπε να εκπληρωθεί μόνο με την υποβολή εγγυητικής επιστολής πιστωτικού ιδρύματος ή του Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε., οπότε και πάλι η προσφορά της προσφεύγουσας είναι απορριπτέα, ως απαράδεκτη». (III) Όσον αφορά τον τρίτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή απαντά ως εξής: «1. Όπως αναλύθηκε ανωτέρω κατά την αντίκρουση του πρώτου (1ου) και του δεύτερου (2ου) Λόγων Ακύρωσης της προσβαλλόμενης Απόφασης της Οικονομικής επιτροπής του Δήμου *****; η υποχρέωση συμπερίληψης στην εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό, της πρόβλεψης ότι «η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση» προβλέπεται ρητά από το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού, ήτοι αφενός από το Ν. 4412/2016 που διέπει την διενέργεια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων και αφετέρου από τη Διακήρυξη του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια η εκπλήρωση της συγκεκριμένης πρόβλεψης είναι υποχρεωτική για τους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος στο διαγωνισμό. 2. Κατά συνέπεια τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και πολύ περισσότερο οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό οφείλουν να συμμορφώνονται με τη σχετική υποχρέωση και δεν δικαιούνται να

Αριθμός απόφασης: 1431/2019

προβαίνουν σε έλεγχο σκοπιμότητας της συγκεκριμένης πρόβλεψης, προκειμένου να αποφύγουν την συμμόρφωση στην ως άνω υποχρέωση. Άλλωστε, όπως παγίως γίνεται δεκτό, οι όροι της Διακήρυξης πρέπει να εφαρμόζονται αυστηρά, χωρίς να επιτρέπεται η συσταλτική ερμηνεία αυτών, χωρίς να υπάρχει κανένας άλλος λόγος παρά μόνο η προσπάθεια να δικαιολογηθεί και να ξεπεραστεί η παράλειψη οικονομικού φορέα να τηρήσει προβλεπόμενη στο Ν. 4412/2016 και στους όρους της Διακήρυξης υποχρέωσή του.

3. Απαραίτητη προϋπόθεση για την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής που υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή οικονομικός φορέας προκειμένου να συμμετάσχει στο διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, είναι η λήψη απόφασης από το αρμόδιο όργανο της αναθέτουσας αρχής που να διαπιστώνει την τέλεση από τον οικονομικό φορέα συγκεκριμένων πράξεων ή παραλείψεων, κατά παράβαση των διατάξεων του Νόμου και των όρων της Διακήρυξης που δικαιολογούν την κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγύησης συμμετοχής στο διαγωνισμό.

4. Ειδικώς για την περίπτωση ένωσης εταιριών, κατά την οποία το κάθε μέλος αυτής υποβάλλει εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό, κατά την αναλογία συμμετοχής του στην ένωση, για την διασφάλιση των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, στον ίδιο βαθμό προστασίας που επιτυγχάνεται έναντι των οικονομικών φορέων που λαμβάνουν μέρος στο Διαγωνισμό ατομικά, επιβάλλεται η αναθέτουσα αρχή να μπορεί να ζητήσει, στην περίπτωση που ένα μέλος της ένωσης παραβεί τις υποχρεώσεις του, την κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση, ακόμα και αν οι υπόλοιποι οικονομικοί φορείς δεν βαρύνονται με καμία παράβαση των υποχρεώσεών τους, ούτως ώστε να καταπίπτει το σύνολο της εγγύησης συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως θα συνέβαινε στην περίπτωση ενός οικονομικού φορέα που συμμετείχε ατομικά στο διαγωνισμό και όχι μόνο το μέρος που αναλογεί στο βαρυνόμενο με την παράβαση μέλος της ένωσης.

5. Ακριβώς για το λόγο αυτό, τόσο η διάταξη του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 όσο και ο όρος 2.2.2.1. της Διακήρυξης απαιτούν να αναγράφεται στην εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό που υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το κάθε μέλος της ένωσης ότι η εγγύηση καλύπτει τις

υποχρεώσεις όλων των οικονομιών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Η συγκεκριμένη αναφορά είναι απαραίτητη προκειμένου να ληφθεί νομίμως, από την αναθέτουσα αρχή, η απόφαση για την κατάπτωση των εγγυήσεων συμμετοχής στο διαγωνισμό όλων των μελών της ένωσης. 6. Η αναφορά στο άρθρο 14 του με ημερομηνία 27-03-2019 ιδιωτικού συμφωνητικού ένωσης εταιρειών περί του ότι οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη ένωση «ευθύνονται όμως απερίοριστα και σε ολόκληρον και οι τρεις χωριστά έναντι του Δήμου *****» καθώς και η αντίστοιχη πρόβλεψη στην με ημερομηνία 28-03-2019 υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλαν στην αναθέτουσα αρχή οι νόμιμοι εκπρόσωποι των τριών (3) οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην προσφεύγουσα ένωση, δεν αναπληρώνουν την συμπερίληψη στις εγγυήσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό του όρου ότι «η εγγύηση καλύπτει και τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην Ένωση». 7. Η αναγνώριση των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση ότι ευθύνονται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον μεταξύ τους για την εκπλήρωση των υποχρεώσεών τους έναντι της αναθέτουσας αρχής, μπορεί να εξοπλίζει την αναθέτουσα αρχή με αγωγήμη αξίωση κατά όλων των μελών της ένωσης, σε περίπτωση παράβασης των υποχρεώσεων έστω και ενός μέλος της, δεν δίνει όμως το δικαίωμα στην αναθέτουσα αρχή να αποφασίσει την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής στο διαγωνισμό όλων των μελών της ένωσης, για την οποία δεν μεσολαβεί δικαστική κρίση. 8. Για το λόγο αυτό, απαραίτητη προϋπόθεση για να ληφθεί νομίμως, από την αναθέτουσα αρχή, απόφαση για την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής στο διαγωνισμό που υπέβαλαν όλα τα μέλη της ένωσης, είναι να προβλέπεται στην εγγύηση η δυνατότητα αυτή. Σε διαφορετική περίπτωση το κάθε μέλος της ένωσης θα δικαιούται να προσβάλει ως μη νόμιμη την σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής στο διαγωνισμό που υπέβαλε το κάθε μέλος της. 9. Κατά συνέπεια, όπως σαφέστατα αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ***** , η παράλειψη της αναγραφής στις εγγυήσεις συμμετοχής των μελών της ένωσης του συγκεκριμένου όρου περιορίζει δραστικά τα δικαιώματα του Δήμου ***** , ως αναθέτουσας αρχής να

ζητήσει την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, λόγω υποχρεώσεων άλλων μελών της και θέτει εν αμφιβόλω την αποτελεσματική προστασία των συμφερόντων του Δήμου ***** 10. Το ανωτέρω συμπέρασμα δεν μπορεί να αναιρεθεί ούτε από το περιεχόμενο του υπ' αριθμό πρωτ. 39447_17/24-04-2017 εγγράφου της Προϊσταμένης της Γενικής διεύθυνσης του Τ.Π.Δ. προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. που αναφέρει ότι το ποσό της εγγύησης που παρέχεται με γραμμάτιο παρακαταθήκης αποδίδεται άμεσα στον υπέρ ου η κατάπτωση, διότι, όπως αναλυτικά αναφέρθηκε ανωτέρω, η μη αναφορά του κρίσιμου όρου στην εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό, δημιουργεί ζήτημα νομιμότητας της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, για την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής των μελών της ένωσης που δεν βαρύνονται με συγκεκριμένη παράβαση. 11. Για τον ίδιο λόγο δεν μπορεί να αναιρεθεί το ως άνω συμπέρασμα ούτε από το περιεχόμενο του υπ' αριθμό 104475/21-10-2019 εγγράφου της Προϊσταμένης της Διεύθυνσης Δ3 Χρηματικών Παρακαταθηκών του Τ.Π.Δ. που τέθηκε υπόψη της αναθέτουσας αρχής μετά την λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης, συνημμένο στην ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή. Μάλιστα το έγγραφο αυτό επικαλείται την διάταξη του άρθρου 19 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, που προβλέπει την εις ολόκληρον ευθύνη των μελών της ένωσης έναντι της αναθέτουσας αρχής, η οποία, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, δεν αρκεί για την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής. Παραδόξως όμως το έγγραφο αυτό παραλείπει να αναφερθεί στην ειδικότερη διάταξη του άρθρου 72 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, που προβλέπει την περίληψη στην εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό του όρου ότι «η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση» και η οποία ως ειδικότερη πρέπει να εφαρμοστεί στην προκειμένη περίπτωση. 12. Για τους λόγους αυτούς ο τρίτος (3ος) Λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμό 403/09-10-2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ***** είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί». (IV) Όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή απαντά ως εξής: «Ο συγκεκριμένος λόγος ακύρωσης είναι αβάσιμος διότι στην προσβαλλόμενη απόφαση παρατίθενται οι διατάξεις του Ν.

4412/2016 και οι όροι της Διακήρυξης που έχουν εφαρμογή στην προκειμένη περίπτωση, παρατίθεται αναλυτικά η παράβαση του Νόμου και των όρων της Διακήρυξης στην οποία υπέπεσε το μέλος της προσφεύγουσας ένωσης που υπέβαλε την εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό που δεν περιλαμβάνει τα προβλεπόμενα στο νόμο και στη διακήρυξη στοιχεία. Επιπλέον, αν και δεν είχε υποχρέωση προς τούτο, παραθέτει και τους κινδύνους που προκαλεί στην αναθέτουσα αρχή η παράβαση της διάταξης του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 και των όρων της Διακήρυξης στην οποία υπέπεσε το μέλος της προσφεύγουσας ένωσης και καταλήγει στην απόφαση απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας. Με το περιεχόμενο αυτό η εισήγηση της επιτροπής του Διαγωνισμού, την οποία αποδέχθηκε η Οικονομική Επιτροπή του Διαγωνισμού με την προσβαλλόμενη απόφασή της περιέχει πλήρη αιτιολογία και οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι».

9. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση την 27.11.2019 ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ Υπόμνημα, στο πλαίσιο των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, με το οποίο απαντά στις Απόψεις της αναθέτουσας αρχής ως εξής: 1) Όσον αφορά το παραδεκτό της ασκηθείσας Προσφυγής, η προσφεύγουσα ένωση επισημαίνει ότι η Α.Ε.Π.Π. έχει ήδη από το έτος 2018 αναρτήσει στην ιστοσελίδα ανακοίνωση - οδηγία προς τους ενδιαφερομένους φορείς, με την οποία τους ενημερώνει, ότι πλέον τα ηλεκτρονικά παράβολα δεσμεύονται αυτόματα με την πληρωμή τους στην Τράπεζα, άρα δεν θα χορηγεί βεβαιώσεις δέσμευσης. Επιπροσθέτως, επικαλείται σχετικά την απόφαση ΑΕΠΠ 3/2018, σύμφωνα με την οποία «...ουδόλως η πανηγυρική επί του παραβόλου ένδειξη δέσμευσης συνιστά προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφυγής, ενώ η δέσμευση επέρχεται ούτως ή άλλως αυτομάτως δια της πληρωμής του παραβόλου και καθίσταται γνωστή ούτως ή άλλως στην Υπηρεσία της ΑΕΠΠ. Συνεπώς, η μνεία ή μη της δέσμευσης επί του παραβόλου δεν επάγεται κάποια αυτοτελή έννομη συνέπεια και συντελεί μόνο στη διευκόλυνση του εξετάζοντος Κλιμακίου [...] ουδέν έρεισμα θα είχε στις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 363 Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 ΠΔ 39/2017, οι προϋποθέσεις των οποίων

ικανοποιούνται με μόνη την ολοσχερή εξόφληση του παραβόλου ήδη προ της υποβολής της προσφυγής (εξάλλου, ακόμη και η επισύναψη του αποδεικτικού πληρωμής δε συνιστά όρο του παραδεκτού, αλλά διαδικαστική διάταξη που πάντως δεν είναι δυνατόν εξ αυτής και μόνο και εφόσον, πάντως το παράβολο πληρώθηκε, να εξαρτάται η αποδοχή της προσφυγής, πράγμα που θα προσέκρουε στον αιτιολογικό σκοπό του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016), ενώ μάλιστα η Α.Ε.Π.Π. ουδεμία εκ του θεσμικού της πλαισίου, ίδια κανονιστική αρμοδιότητα έχει προς τροποποίηση των προϋποθέσεων που θέτουν οι παραπάνω διατάξεις, η δε περί του αντιθέτου ερμηνεία θα σήμαινε δυνατότητά της να θεσπίζει κανόνες δικαίου, άνευ νομοθετικής εξουσιοδότησης [...] Επομένως, αφενός παράβολο (που πάντως συνυπεβλήθη καταρχήν με την προσφυγή) ατελές ως προς τα στοιχεία του και τον τρόπο έκδοσής του ή ελλιπές κατά το ποσό του, δύναται να διορθωθεί ή συμπληρωθεί εντός ευλόγου χρόνου μετά την άσκηση της προσφυγής, αφετέρου και κατά μείζονα λόγο αρκεί η πληρωμή και δέσμευσή του (παραβόλου που πάντως συνυπεβλήθη με την προσφυγή) να αποδεικνύεται με έγγραφα και αποδεικτικά ομοίως προσκομιζόμενα εντός ευλόγου χρόνου ή και να προκύπτει αυτεπαγγέλτως και υπηρεσιακά (πρβλ. ΔΕφΚομ Ν39/2017, σκ. 6, με παραπομπές σε ΟΛΣΤΕ 601/2012, 3087/2011, 1583/2010, 1852/2009, 647/2004)». 2) Ως προς τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής επί των λόγων της Προσφυγής, η προσφεύγουσα απαντά ως εξής: (1) «Επί της μη εφαρμογής του άρθρου 72 §4 του Ν. 4412/2016. Η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε μια λεπτομερή εξέταση της γράμματος του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 προκειμένου να θεμελιώσει τον ισχυρισμό της, ότι το Γραμμάτιο Σύστασης (Εγγυοδοτικής) Παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων αποτελεί εγγύηση κατά την έννοια του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, συνεπώς εφαρμοστέα επ' αυτού τυγχάνει η παράγραφος 4 του προαναφερόμενου άρθρου. Η ερμηνεία που δίδεται από την αναθέτουσα αρχή περί της υπαγωγής του Γραμματίου Σύστασης Παρακαταθήκης στις διατάξεις περί εγγύησης του άρθρου 72 βασίζεται και στην υποθετική βούληση του νομοθέτη, καθώς σημειώνεται ότι εάν ο νομοθέτης ήθελε το Γραμμάτιο Σύστασης Παρακαταθήκης να εξαιρείται των ρυθμίσεων για τις εγγυήσεις, θα

φρόντιζε να συμπεριλάβει το Γραμματίο σε ξεχωριστή διάταξη του νόμου αφορώσα μόνο αυτό. Επί των ισχυρισμών της αναθέτουσας για το αληθές νόημα του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 σημειώνουμε τα εξής: «...κατά νόμον αναγνωρίζονται δύο διακριτής νομικής φύσης, πλην ισοδύναμοι προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρόποι παροχής εγγύησης υπέρ των οικονομικών φορέων ως προς τις διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων. Ο πρώτος είναι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, η οποία συνιστά υπόσχεση τρίτου (πιστωτικά/χρηματοδοτικά ιδρύματα και ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ) προς καταβολή ορισμένου ποσού στον προς ου απευθύνεται σε πρώτη ζήτηση του τελευταίου που εκδίδεται από πιστωτικά/χρηματοδοτικά ιδρύματα και το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ και ο δεύτερος η σύσταση εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, δηλαδή η εκ μέρους του οικονομικού φορέα κατάθεση ποσού στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων υπέρ της αναθέτουσας, κατ' άρ. 4 ΠΔ 30/12/3.1.1927. Η δε εγγύηση, δηλαδή η ανάληψη εκ του εγγυητού της υποχρεώσεως απέναντι στον δανειστή να εκπληρώσει την παροχή του πρωτοφειλέτη, εφόσον δεν το πράξει ο τελευταίος, διαφέρει από την εγγυοδοσία, ήτοι την εξασφάλιση δια της παροχής μετρητών και χρεογράφων ή την παρακατάθεση στη φύλαξη τρίτου, ενός προσώπου περί την καλή εκπλήρωση των καθηκόντων του ή από οφειλέτη προς τρίτο για την εκπλήρωση των υποχρεώσεών του...Οι δε διατάξεις περί συμβάσεως εγγύησης δεν εφαρμόζονται επί της εγγυοδοσίας, η οποία διέπεται από τις ειδικές ανά περίπτωση διατάξεις που αφορούν (αν πρόκειται για συμβατική εγγυοδοσία, δηλαδή εγγυοδοσία που παρέχεται με χρήση συγκεκριμένου τύπου σύμβασης) τη σύμβαση βάσει της οποίας παρέχεται...» (Α.Ε.Π.Π. 373/2018). Έτσι: «...με την κατάθεση στο ΤΠΔ καταρτίζεται σύμβαση εγγυοδοτικής παρακαταθήκης με τον παρακαταθέτη οικονομικό φορέα ως δανειστή, το ΤΠΔ ως οφειλέτη και τον τρίτο χάριν του οποίου έγινε η κατάθεση (και ασχέτως αν η causa της είναι η εξασφάλιση εκ μέρους του δανειστή των συμφερόντων της αναθέτουσας) και όχι σύμβαση εγγυήσεως, το δε ΤΠΔ οφείλει ούτως ή άλλως να αποδώσει στον υπέρ ου η κατάθεση, χωρίς κατά τις διατάξεις ΑΚ 427-435 και 822 επ. ως και την ειδική νομοθεσία που το διέπει, να έχει δυνατότητα και δικαίωμα να αρνηθεί την απόδοση.» (Α.Ε.Π.Π. 373/2018). Ως προς δε το περιεχόμενο του Γραμματίου

Αριθμός απόφασης: 1431/2019

Παρακαταθήκης, αυτό είναι συγκεκριμένο και προβλέπεται από την ισχύουσα για το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων νομοθεσία, η οποία εκτίθεται αναλυτικά στην προσφυγή μας. Ακόμη δε κι αν έχει εκ παραδρομής περιληφθεί στο Γραμμάτιο όρος περί της δήθεν διάρκειας ισχύος του, η παραδρομή αυτή δεν καθιστά αυτομάτως το Γραμμάτιο Παρακαταθήκης δεκτικό τροποποιήσεων στο περιεχόμενό του κατά την εκάστοτε βούληση του παρακαταθέτη. Αντιθέτως τυχόν εκ παραδρομής τεθέντες επιπλέον όροι, μη συνάδοντες με τη νομική φύση του Γραμματίου, όπως για παράδειγμα όροι περί της διάρκειας ισχύος αυτού είναι άκυροι ως αντιτιθέμενοι στη νομοθεσία, που διέπει το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων (βλ εν προκειμένω το άρ. 17 Ν. 3646/28, κατά το οποίο οι χρηματικές παρακαταθήκες παραγράφονται μετά από 15ετία από το χρόνο που κατέστησαν απαιτητές). Επομένως: «...στην περίπτωση κατάπτωσης του ποσού της εγγύησης, το ποσό αυτό αποδίδεται στον υπέρ ου η κατάπτωση άμεσα, μετά από σχετικό έγγραφο και με την προσκόμιση ή την αποστολή του γραμματίου παρακαταθήκης, ενώ ούτως ή άλλως δεν ισχύει όπως στις εγγυητικές επιστολές, χρόνος λήξης ισχύος της εγγύησης καθοριζόμενος μεταξύ του εγγυητή και του πρωτοφειλέτη, αλλά η λήξη της εγγυοδοτικής λειτουργίας της παρακαταθήκης προκύπτει εκ του νόμου και είναι προκαθορισμένη και σε κάθε περίπτωση πολύ μεγαλύτερη από τη διάρκεια της προκείμενης συμβάσεως», Έτι περαιτέρω: «...το περιεχόμενο του γραμματίου εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, που εκδίδεται βάσει προδιατυπωμένου από το ΤΠΔ δελτίου συστάσεως της, είναι συγκεκριμένο, όμοιο και προκαθορισμένο και δεν δύναται να μεταβληθεί ανά περίπτωση, οπότε ούτως ή άλλως είναι αδύνατη νομικά και τεχνικά η προσαρμογή του στις ανά περίπτωση απαιτήσεις και υποδείγματα κάθε αναθέτουσας επί κάθε διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης» (Α.Ε.Π.Π. 373/2018). Ανακεφαλαιώνοντας: «Κατ' αποτέλεσμα, όλων των παραπάνω και όπως ήδη είχε γνωμοδοτήσει το ΝΣΚ (ΝΣΚ Γνμδ 34/1992) επί του άρ. 25 του Κανονισμού Προμηθειών Δημοσίου (ΠΔ 173/90) είναι σαφές πως επί του γραμματίου σύστασης εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, δεν είναι εφαρμοστέο το άρ. 72 παρ. 4 Ν. 4412/2016 περί του ελαχίστου περιεχομένου των εγγυήσεων, αφού η εγγυοδοτική παρακαταθήκη δεν συνιστά κατά την

έννοια του νόμου “εγγύηση”, αλλά διαφορετική και αυτοτελή, από τη σύμβαση εγγυήσεως, σύμβαση. Εξάλλου, ούτε αναλογική εφαρμογή του άρ. 72 παρ. 4 επί των εγγυοδοτικών παρακαταθηκών στο ΤΠΔ είναι δυνατή, καθώς η διάταξη αυτή από το περιεχόμενό της είναι σαφές πως αναφέρεται στις συμβάσεις εγγυήσεως, αφού αφενός αποκρίνεται σε διατάξεις που τις διέπουν (και για τις οποίες υφίσταται ανάγκη ανεκκλήτου και ανεπιφυλάκτου και παραιτήσεως από το δικαίωμα διζήσεως και διαιρέσεως, αλλά και ο χρόνος διαρκείας της εγγύησης εξαρτάται από τη συμβατική βούληση), αφετέρου η εφαρμογή του άρ. 72 παρ. 4 αφορά ένα τροποποιήσιμο περιεχόμενο (που δύναται να συμπεριλάβει κάποια συγκεκριμένα στοιχεία ή αντίστροφα ενδέχεται να μην τα συμπεριλαμβάνει), το οποίο δεν διαθέτει το προκαθορισμένο και κοινό για κάθε περίπτωση οικείο γραμμάτιο του ΤΠΔ. Σημειωτέον δε, ότι και η παρ. 3 του άρ. 72 Ν. 4412/2016 στην περίπτωση του γραμματίου παρακατάθεσης δεν αναφέρεται σε “έκδοση εγγύησης” όπως για τα πιστωτικά και χρηματοδοτικά ιδρύματα και το ΕΤΑΑ ΤΣΜΕΔΕ, αλλά σε “παροχή εγγύησης”, διατύπωση που έχει την έννοια της παροχής εγγυοδοσίας μέσω παρακαταθήκης, περίπτωση που κατά τα παραπάνω διαφέρει νομικά από την έκδοση εγγυητικής επιστολής βάσει συμβάσεως εγγύησης. Περαιτέρω, αντίθετη ως προς τα παραπάνω άποψη θα οδηγούσε στην αδυναμία χρήσης του θεσμού της εγγυοδοτικής παρακαταθήκης στο ΤΠΔ προς τον σκοπό εξασφάλισης και εγγυοδοτικής κάλυψης της συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και ανάληψης δημοσίων συμβάσεων, αφού κάθε γραμμάτιο του ΤΠΔ θα θεωρείτο अपαράδεκτη εγγύηση κατά τα απαιτούμενα του άρ. 72 παρ. 4 και τις οικείες διατάξεις των διακηρύξεων που ενσωματώνουν την παραπάνω διάταξη, εκδοχή όμως αντίθετη στο ρητό γράμμα του άρ. 72 παρ. 3 Ν. 4412/2016, το οποίο με σαφήνεια προβλέπει τα γραμμάτια παρακατάθεσης του ΤΠΔ ως άνευ ετέρου νόμιμο και παραδεκτό μέσο εγγυοδοσίας (δεδομένου εξάλλου ότι η παροχή υπηρεσιών εγγυοδοτικής παρακαταθήκης για συμμετοχή σε διαγωνισμούς και ανάληψη δημοσίων συμβάσεων, συνιστά βασικό σκοπό ίδρυσης και λειτουργίας του ΤΠΔ εκ της συστάσεώς του). Πολλώ δε μάλλον, αφού τα γραμμάτια αυτά ως έχοντα πάγιο περιεχόμενο και ως αφορώντα μια παρακαταθήκη και μια διαδικασία

κατάπτωσης του ποσού, διεπόμενη από πάγιους και γνωστούς σε όλους κανόνες αναγκαστικού δικαίου, μη εξαρτώμενους από τη βούληση των μερών, παρέχουν και μια ακόμη μεγαλύτερη εξασφάλιση στις αναθέτουσες.» (Α.Ε.Π.Π. 373/2018). Τέλος: «Σε κάθε δε περίπτωση, δεδομένου ότι εκ της ίδιας της φύσης και της λειτουργίας της παρακατάθεσης στο ΤΠΔ, δεν έχει ούτως ή άλλως έννομη σημασία η μνεία σε υπόσταση της παρακατάθεσης ατομικά για κάθε μέλος της ένωσης ως αλληλεγγύως και εις ολόκληρων υποχρέων, άνευ ενστάσεων και υπέρ καλύψεως των υποχρέωσεων όλων των μελών της ένωσης, αφού ούτως ή άλλως το ποσό καταπίπτει αυτόματα υπέρ του αναθέτοντος με απλή προσκόμιση του γραμματίου, χωρίς δυνατότητα ενστάσεων, αμφισβητήσεων, αντιρρήσεων ή ελέγχου εκ μέρους του ΤΠΔ της αιτίας και περί του τυχόν οικονομικού φορέα του οποίου η ευθύνη καλύπτεται εκ της καταπτώσεως» (Α.Ε.Π.Π. 373/2018). Από τα προαναφερόμενα προκύπτει αβίαστα, ότι η αναθέτουσα αρχή επιμένει στην τυπολατρική, γραμματική ερμηνεία της νομοθεσίας, η οποία καταλήγει ευθέως αντιτιθέμενη στο γενικότερο νομοθετικό και δικαιοϊκό σύστημα, στο οποίο εντάσσεται η επίμαχη διάταξη, προκειμένου να «αποδείξει», ότι η σύσταση παρακαταθήκης υπόκειται στην ίδια ρύθμιση με την εγγύηση. Όσο για την απορία της αναθέτουσας αρχής σε σχέση με την επιλογή του νομοθέτη να τοποθετήσει τις διατάξεις περί Γραμματίων Σύστασης Παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων στο άρθρο 72 και όχι σε κάποια ξεχωριστή διάταξη, θα πρέπει να σημειωθεί ότι ο νομοθέτης δεν θα μπορούσε εκ των προτέρων να γνωρίζει, ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν θα είναι σε θέση να αντιληφθούν, τις ουσιώδεις διαφορές στη φύση των εγγυητικών επιστολών σε σχέση με τα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης. Εφόσον δε η επίμαχη διάταξη ερμηνευτεί συστηματικά, ήτοι εντασσόμενη στο κείμενο δικαιοϊκό πλαίσιο εντός του οποίου πραγματικά λειτουργεί, και όχι αποκομμένη από αυτό με τυπολατρική έμφαση μόνο στο γράμμα του νόμου, ουδείς λόγος σύγχυσης συντρέχει, ο οποίος θα καθιστούσε επιβεβλημένη τη θέσπιση ξεχωριστής διάταξης από το νομοθέτη. Κατόπιν των ανωτέρω οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί της δήθεν εφαρμογής του άρθρου 72 παρ. 4 Ν. 4412/2016 στα Γραμμάτια Σύστασης Παρακαταθήκης του

Αριθμός απόφασης: 1431/2019

Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, τυγχάνει απορριπτέος ως νόμω αβάσιμος». (II) Επί της ερμηνείας των όρων της διακήρυξης: «Η αναθέτουσα αρχή καταλογίζει στην Ένωσή μας κακόπιστη στοχευμένη ερμηνεία της διακήρυξης επειδή ισχυριζόμαστε, ότι οι όροι της διακήρυξης θα πρέπει να είναι σαφείς σε σχέση με τις υποχρεώσεις, που επιβάλουν στον διαγωνιζόμενο και ότι η ερμηνεία των όρων δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος αυτού όταν η Διοίκηση όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα. Από τους όρους 2.2.2.1 και 2.1.5 καθώς και το Παράρτημα 9 της Διακήρυξης προκύπτει ευθέως, για τους λόγους που αναφέρουμε αναλυτικά στην προσφυγή μας, ότι καλύπτονται οι περιπτώσεις των εγγυητικών επιστολών και όχι τα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης (βλ. *ad hoc* και Α.Ε.Π.Π. 373/2018 σκέψεις 6 επ., η οποία κρίνει επί όρων διακήρυξης ταυτόσημων με αυτούς της αναθέτουσας). Εάν λοιπόν οι όροι αυτοί ερμηνευθούν ως καλύπτοντες και τα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης, τότε λαμβάνει χώρα απαγορευμένη διασταλτική ερμηνεία των όρων της Διακήρυξης, η οποία διευρύνει τις υποχρεώσεις των προσφερόντων το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης. Το σφάλμα της αναθέτουσας, από το οποίο απορρέει η ασάφεια των όρων της αναφορικά με τις εγγυήσεις, οφείλεται προφανώς στο ότι η αναθέτουσα αντέγραψε το γενικό υπόδειγμα του ΕΑΑΔΗΣΥ, χωρίς να επιμεληθεί την διατύπωση των όρων που προτείνει αυτό. Παραθέτουμε προς διευκόλυνση της Αρχής παράδειγμα από άλλη Διακήρυξη στην οποία η Αναθέτουσα Αρχή προσάρμοσε τους όρους προς διευκόλυνση των συμμετεχόντων. Ένα τέτοιο παράδειγμα αποτελεί η υπ'α.α. ΕΣΗΔΗΣ 78178/2019 διακήρυξη της Α.Α.Δ.Ε. με θέμα «Ανοικτός Διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάθεση παροχής μεταφορικών υπηρεσιών γραφειακού εξοπλισμού και υλικών σε διάφορες Υπηρεσίες της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων.» (διαθέσιμη εδώ:

<https://www.aade.gr/sites/default/files/2019-08/ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ%202019%20ΜΕΤΑΦΟΡΕΣ%20%28ΨΥΑΔΑΜ%29.pdf>)

Παραθέτουμε ενδεικτικά τον όρο 2.1.5. της ως άνω Διακήρυξης: «2.1.5 Εγγυήσεις Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την

Αριθμός απόφασης: 1431/2019

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 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.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. Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου. 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 των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης. Σχετικά υποδείγματα παρατίθενται στο Παράρτημα VI: ΥΠΟΔΕΙΓΜΑΤΑ ΕΓΓΥΗΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΟΛΩΝ της παρούσας. Τα γραμμάτια σύστασης χρηματικής παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, για την παροχή εγγυήσεων συμμετοχής και καλής εκτέλεσης

(εγγυοδοτική παρακαταθήκη) συστήνονται σύμφωνα με την ειδική νομοθεσία που διέπει αυτό και ειδικότερα βάσει του άρθρου 4 του π.δ της 30 Δεκεμβρίου 1926/3 Ιανουαρίου 1927 (“Περί συστάσεως και αποδόσεως παρακαταθηκών και καταθέσεων παρά τω Ταμείων Παρακαταθηκών και Δανείων”). Σχετικά πρότυπα/υποδείγματα δελτίων σύστασης χρηματικών εγγυοδοτικών παρακαταθηκών υπάρχουν στον ιστότοπο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους εκδότες των εγγυητικών επιστολών προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους.» Με τον ως άνω όρο 2.1.5 η αναθέτουσα Α.Α.Δ.Ε. φροντίζει από την αρχή να διευκρινίσει, ότι τα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων εκδίδονται σύμφωνα με την ειδική νομοθεσία που διέπει αυτό και κατά τα πρότυπα, που έχει αναρτημένα το Ταμείο στην ιστοσελίδα του. Συνεπώς καθίσταται εξ’ αρχής σαφές, πως οποιαδήποτε περαιτέρω αναφορά της διακήρυξης στο περιεχόμενο ή σε υποδείγματα εγγυήσεων αφορά τις εγγυητικές επιστολές και όχι τα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων. Δεδομένων των ανωτέρω είναι προφανές, ότι η πλημμέλεια της καθής να καταστήσει σαφείς τους όρους της διακήρυξης της δεν μπορεί να βαρύνει τον υποψήφιο φορέα και οδηγεί υποχρεωτικά σε διορθωτική ερμηνεία των εν λόγω όρων, σύμφωνη με το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο. Άρα το επιχείρημα ης καθής, ότι τυχόν παραδοχή του παρόντος ισχυρισμού μας θα έπρεπε να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς μας ως απαράδεκτης, επειδή καταθέσαμε Γραμμάτιο Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης, παρότι η δυνατότητα αυτή αποκλείεται από τους όρους της διακήρυξης δεν ευσταθεί. Κι αυτό διότι ο όρος της διακήρυξης, που αποκλείει ρητά την προσκόμιση Γραμματίων Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων: «...δεν δύναται να θεωρηθεί ως ισχυρός και αποκλείων τη δυνατότητα των οικονομικών φορέων να παρέχουν την απαιτούμενη εγγυοδοσία μέσω παρακαταθήκης στο ΤΠΔ, καθώς θα προσκρούει στο ως άνω αναγκαστικού δικαίου και πάγιο πλαίσιο, ως και τους καταστατικούς και πάγιους, δημοσίου ενδιαφέροντος, σκοπούς του ΤΠΔ. Η δε διατύπωση “μπορούν” στο εδ. β’ του άρ. 72 παρ. 3 Ν. 4412/2016 δεν

καθιερώνει τυχόν διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών (δηλαδή η διατύπωση “μπορούν” δεν αναφέρεται στις αναθέτουσες) να αποδέχονται ή όχι τις εγγυητικές από το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ ή τα γραμμάτια παρακαταθήκης στο ΤΠΔ, αλλά ευχέρεια των οικονομικών φορέων να προσκομίζουν είτε εγγυητικές από τα πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα κατά το α' εδ. της διάταξης είτε εγγυητικές από το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ είτε γραμμάτια παρακαταθήκης στο ΤΠΔ, στις δε αναθέτουσες επιβάλλεται εκ της ως άνω διατάξεως, να αποδέχονται και τα τρία αυτά μέσα ως απολύτως ισοδύναμα.» (Α.Ε.Π.Π. 373/2018). Συνεπώς η μοναδική σύμφωνη με την κείμενη νομοθεσία ερμηνεία των ασαφών υπ' αριθ. 2.1.5 και 2.2.2.1 όρων και του Παραρτήματος 9 της διακήρυξης, οδηγεί στο συμπέρασμα, ότι το προσκομισθέν από την Ένωσή μας Γραμμάτιο Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, δεν δύναται να προσκρούει στους προαναφερόμενους όρους της διακήρυξης, καθότι εκείνοι δεν εφαρμόζονται επ' αυτού. Οι δε αντίθετοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας τυγχάνουν απορριπτέοι ως νόμω αβάσιμοι». (III) Επί της εις ολόκληρον ευθύνης του παρακαταθέτη - μέλους της Ένωσης με τα λοιπά μέλη, χωρίς την ανάγκη θέσης σχετικού όρου στο Γραμμάτιο Σύστασης Παρακαταθήκης: «Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η παράλειψη αναγραφής στο Γραμμάτιο Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης της ρήτρας περί της εις ολόκληρον ευθύνης δεν αναπληρώνεται από το γεγονός, ότι τόσο σύμφωνα με το νόμο (άρθρο 254 §5), όσο και σύμφωνα με την από 28.3.2019 υπεύθυνη δήλωση των μελών της Ένωσης αυτά ευθύνονται εις ολόκληρον έναντί της. Και τούτο διότι, κατά τη γνώμη της αναθέτουσας, η αναγνώριση της εις ολόκληρον ευθύνης εξοπλίζει την αναθέτουσα με αγωγήμη αξίωση έναντι όλων των φορέων, δεν της δίνει όμως το δικαίωμα να αποφασίζει την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής στο διαγωνισμό για όλους, χωρίς την μεσολάβηση δικαστικής κρίσης. Ο ως άνω ισχυρισμός της αναθέτουσας τυγχάνει απορριπτέος προεχόντως ως αόριστος, καθότι η καθής δεν εξηγεί το λόγο για τον οποίο κρίνει, ότι θα πρέπει να προηγηθεί δικαστική κρίση για την είσπραξη του παρακατατεθέντος ποσού, όταν εκ της φύσεώς του Γραμματίου, το σχετικό ποσό αποδίδεται κατευθείαν και άνευ ετέρου με μόνη την επίδειξη του Γραμματίου και της σχετικής απόφασης της

αρχής περί κατάπτωσης (βλ. αναλυτικά για το ζήτημα αυτό την ενότητα (Γ) της προσφυγής μας). Ο ως άνω ισχυρισμός είναι σε κάθε περίπτωση και νόμω αβάσιμος καθώς: «...δεδομένου ότι εκ της ίδιας της φύσης και της λειτουργίας της παρακατάθεσης στο ΤΠΔ, δεν έχει ούτως ή άλλως έννομη σημασία η μνεία σε υπόσταση της παρακατάθεσης ατομικά για κάθε μέλος της ένωσης ως αλληλεγγύως και εις ολόκληρων υποχρέων, άνευ ενστάσεων και υπέρ καλύψεως των υποχρέωσεων όλων των μελών της ένωσης, αφού ούτως ή άλλως το ποσό καταπίπτει αυτόματα υπέρ του καναθέτοντος με απλή προσκόμιση του γραμματίου, χωρίς δυνατότητα ενστάσεων, αμφισβητήσεων, αντιρρήσεων ή ελέγχου εκ μέρους του ΤΠΔ της αιτίας και περί του τυχόν οικονομικού φορέα του οποίου η ευθύνη καλύπτεται εκ της καταπτώσεως» (Α.Ε.Π.Π. 373/2018)».

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

11. Επειδή, στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 (Εγγυήσεις) προβλέπονται τα εξής: «1. 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, 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 [...] 3. Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις 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 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. 4. Οι εγγυήσεις του παρόντος άρθρου περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται (ή τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής στις περιπτώσεις δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών

Αριθμός απόφασης: 1431/2019

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: 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 ή 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) στην περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης. 5. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους [...].».

12. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

13. 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 στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο 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, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

14. 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 (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), 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 κλπ). 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 από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

15. 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).

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016, οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 του εν λόγω άρθρου εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις 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 Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Ωστόσο, 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. Όπως προκύπτει από το κανονιστικό πλαίσιο

Αριθμός απόφασης: 1431/2019

της εγγυοδοτικής παρακαταθήκης και αναφέρεται και στο υπ' αριθμ. 2756/23-05-2017 έγγραφό της ΕΑΑΔΗΣΥ, με τίτλο «Διευκρινίσεις επί της Κατευθυντήριας Οδηγίας 12, ως προς τα γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης», τα γραμμάτια σύστασης χρηματικής παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, για την παροχή εγγυήσεων συμμετοχής και καλής εκτέλεσης (εγγυοδοτική παρακαταθήκη) συστήνονται σύμφωνα με την ειδική νομοθεσία που διέπει αυτό και ειδικότερα βάσει του άρθρου 4 του π.δ. της 30 Δεκεμβρίου 1926/3 Ιανουαρίου 1927 (“Περί συστάσεως και αποδόσεως παρακαταθηκών και καταθέσεων παρά τω Ταμείω Παρακαταθηκών και Δανείων”). Στο εν λόγω έγγραφο διευκρινίζεται περαιτέρω ότι, ως προς το ειδικότερο ζήτημα της μη αναφοράς στο Γραμμάτιο των όρων ότι “η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται της ένστασης διζήσεως”, επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με τη Γνωμοδότηση 34/1992 του ΝΣΚ, στις εγγυοδοτικές παρακαταθήκες εκ της φύσεως δεν μπορεί να τεθεί τέτοιος όρος. Τέλος, αναφέρεται ότι σχετικά πρότυπα/υποδείγματα δελτίων σύστασης χρηματικών εγγυοδοτικών παρακαταθηκών υπάρχουν στον ιστότοπο του Ταμείου καθώς και ότι στα Γραμμάτια αυτά δεν είναι δυνατόν να αναφέρεται ο όρος περί παραίτησης από το δικαίωμα διαιρέσεως και διζήσεως, λόγω της διαφορετικής νομικής φύσης των εγγυητικών επιστολών των τραπεζών από τα Γραμμάτια του ΤΠΔ, τα οποία αποτελούν παρακατάθεση και όχι εγγύηση. Τα ανωτέρω είναι γνωστά και στην αναθέτουσα αρχή, η οποία προσθέτει στις Απόψεις της ότι για τον ίδιο ακριβώς λόγο, δεν είναι απαραίτητο να αναφέρεται στις εγγυήσεις που δίνονται με τα Γραμμάτια Σύστασης Παρακαταθήκης η *«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»* αφού, όπως αναφέρεται σχετικά και στο υπ' αριθμό πρωτ. 39447_17/24-04-2017 έγγραφο της Προϊστάμενης της Γενικής Διεύθυνσης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων («Θέμα: «Εγγυοδοτικές Παρακαταθήκες Τ.Π. & Δανείων»), προς την ΕΑΑΔΗΣΥ *«... στην περίπτωση κατάπτωσης του ποσού της εγγύησης, το ποσό αυτό αποδίδεται στον υπέρ ου η κατάπτωση άμεσα, μετά από σχετικό έγγραφο*

και με την προσκόμιση ή την αποστολή του γραμματίου παρακαταθήκης». Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η έκδοση εγγυητικής επιστολής αντιδιαστέλλεται ρητά από την παροχή εγγύησης, δηλαδή την ισοδύναμη λύση δια γραμματίου του ΤΠΔ. Λαμβάνοντας υπόψη ωστόσο ότι τόσο το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 όσο και οι σχετικές διατάξεις της Διακήρυξης (άρθρα 2.1.5, 2.2.1 παρ. 3, 2.2.2, 2.4.3.1 παρ. 1 και Παράρτημα 9) δεν εξειδικεύουν τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής για κάθε ένα από τα ισοδύναμα είδη εγγύησης (εγγυητική επιστολή συμμετοχής και εγγυοδοτική παρακαταθήκη), θα πρέπει να εξεταστεί κατά πόσο η απαιτούμενη από τις προαναφερόμενες διατάξεις αναφορά ότι *«η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση»* ήταν σε κάθε περίπτωση υποχρεωτική εν προκειμένω, ώστε η παράλειψή της από την προσφεύγουσα να οδήγησε νομίμως στον αποκλεισμό της από τη διαγωνιστική διαδικασία.

17. Επειδή, όσον αφορά τη γραμματική διατύπωση της Διακήρυξης επισημαίνονται τα εξής: α) Στο άρθρο 2.1.5 με τίτλο «Εγγυήσεις» αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι στην εγγύηση θα πρέπει να αναγράφεται η πλήρης επωνυμία, ο ΑΦΜ και η διεύθυνση του προσφέροντος, ενώ σε περίπτωση ένωσης, ότι αναγράφονται όλα τα παραπάνω για κάθε μέλος της ένωσης, προϋπόθεση η οποία πληρούται εν προκειμένω. Τέλος, γίνεται παραπομπή στα Υποδείγματα του Παραρτήματος 9. β) Στο άρθρο 2.2.1, που αφορά συγκεκριμένα στην εγγύηση συμμετοχής αναφέρεται ότι *«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»*, όρος ο οποίος δεν τηρήθηκε από την «*****». γ) Στο άρθρο 2.4.3.1 περί Δικαιολογητικών Συμμετοχής αναφέρεται ομοίως η ίδια υπό στοιχείο β) απαίτηση. δ) Τέλος, στο Υπόδειγμα του Παραρτήματος 9 αναφέρεται ότι η εγγύηση παρέχεται υπέρ του κάθε μέλους *«ατομικά και για κάθε μία από αυτές και ως αλληλέγγυα και εις ολόκληρο υπόχρεων μεταξύ τους, εκ της ιδιότητάς τους ως μελών της ένωσης ή κοινοπραξίας»*. Θα πρέπει να σημειωθεί καταρχάς ότι οι προαναφερόμενες απαιτήσεις δεν έχουν τεθεί στη συγκεκριμένη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού.

18. Επειδή, όπως προβάλλεται από την προσφεύγουσα και συνομολογείται από την αναθέτουσα αρχή ήδη από την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης, οι απαιτήσεις του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, οι οποίες έχουν μεταφερθεί και στις διατάξεις της Διακήρυξης, δεν αφορούν στο σύνολό τους την εγγυοδοτική παρακαταθήκη. Επίσης, από τη γραμματική διατύπωση τόσο του άρθρου 72 όσο και των άρθρων της Διακήρυξης δεν προκύπτει με σαφήνεια αν ο όρος ότι *«η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση»* συγκαταλέγεται στις απαιτήσεις που αφορούν αποκλειστικά τις εγγυητικές επιστολές συμμετοχής ή αν καταλαμβάνει υποχρεωτικά και τις εγγυοδοτικές παρακαταθήκες. Επιπροσθέτως, τα επικαλούμενα από την προσφεύγουσα και την αναθέτουσα αρχή έγγραφα της ΕΑΑΔΗΣΥ (2756/23.05.2017) και του ΤΠΔ (39447_17/24.04.2017) καθώς και η γνωμοδότηση του ΝΣΚ (34/1992) στην οποία βασίζονται τα εν λόγω έγγραφα πράγματι δεν αναφέρουν ρητά τον συγκεκριμένο όρο, πλην όμως, αφενός καθιστούν σαφές ότι η εγγυοδοτική παρακαταθήκη έχει άλλη νομική φύση και άλλες απαιτήσεις από την εγγυητική επιστολή συμμετοχής και αφετέρου, όπως βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα, αναφέρουν μία περιπτώσιολογία εξαιρέσεων, η οποία έχει ανακύψει από συγκεκριμένα ερωτήματα και η οποία δεν φαίνεται να είναι εξαντλητική. Συνεπεία όλων των ανωτέρω παραδοχών (δηλαδή ότι ο συγκεκριμένος όρος δεν έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, ότι από τη γραμματική διατύπωση των κρίσιμων διατάξεων δεν προκύπτει με σαφήνεια ποιοι όροι αφορούν και στις εγγυοδοτικές παρακαταθήκες και ότι οι εξαιρέσεις που προβάλλονται από τα προαναφερόμενα ερμηνευτικά έγγραφα δεν είναι εξαντλητικές) θα πρέπει να διερευνηθεί εάν ο κρίσιμος όρος είναι αναγκαίος προκειμένου να διασφαλισθούν τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής.

19. Επειδή, στην περίπτωση κατάπτωσης του ποσού της εγγύησης, το ποσό αυτό αποδίδεται στον υπέρ ου η κατάπτωση άμεσα μετά από σχετικό έγγραφο και με την προσκόμιση ή την αποστολή του γραμματίου παρακαταθήκης, καθίσταται σαφές ότι δεν παρέχεται στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων ή στα μέλη της ένωσης η δυνατότητα να

προβάλουν αντιρρήσεις και να παρακωλύσουν την κατάπτωση της εγγύησης. Υπό το πρίσμα αυτό, τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής δεν διακινδυνεύονται από τη μη αναγραφή του εν λόγω όρου. Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής ότι η συμπερίληψη του συγκεκριμένου όρου αποτελεί προϋπόθεση για τη νομιμότητα της απόφασης που θα εκδώσει η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να καταπέσει η εγγύηση, λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 1, η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, αν παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, αν δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή αν δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης. Εάν συντρέξει οποιαδήποτε από τις ανωτέρω προϋποθέσεις, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει υποχρεωτικά να αποφασίσει την κατάπτωση της εγγύησης. Ειδικώς σε περίπτωση ένωσης, η υποχρέωση αυτή υφίσταται και αν ένα μέλος της ένωσης δεν έχει τηρήσει τις εκ του νόμου υποχρεώσεις του. Η αναγραφή του όρου ότι *«η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση»* δεν προβλέπεται προκειμένου να θωρακίσει τη νομιμότητα της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, αλλά προκειμένου να μη διακινδυνευθεί η κατάπτωση της εγγύησης. Εφόσον στην περίπτωση της εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, η κατάπτωση επιτυγχάνεται άμεσα με την προσκόμιση ή αποστολή του γραμματίου παρακαταθήκης, είναι σαφές ότι η κατάπτωση δεν εξαρτάται τελικώς από την αναγραφή του εν λόγω όρου. Άλλωστε, όπως έχει κριθεί και με την απόφαση ΑΕΠΠ 373/2018: *«[...] δεδομένου ότι εκ της ίδιας της φύσης και της λειτουργίας της παρακατάθεσης στο ΤΠΔ, δεν έχει ούτως ή άλλως έννομη σημασία η μνεία σε υπόσταση της παρακατάθεσης ατομικά για κάθε μέλος της ένωσης ως αλληλεγγύως και εις ολόκληρον υποχρέων, άνευ ενστάσεων και υπέρ καλύψεως των υποχρεώσεων όλων των μελών της ένωσης, αφού ούτως ή άλλως το ποσό καταπίπτει αυτόματα υπέρ του αναθέτοντος με απλή προσκόμιση του γραμματίου, χωρίς δυνατότητα ενστάσεων, αμφισβητήσεων, αντιρρήσεων ή ελέγχου εκ μέρους του ΤΠΔ της αιτίας και περί του τυχόν οικονομικού φορέα του οποίου η ευθύνη*

καλύπτεται εκ της καταπτώσεως». Επιπροσθέτως, θα πρέπει να σημειωθεί ότι είναι αβάσιμος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι αν ο νομοθέτης ήθελε να διαφοροποιήσει το περιεχόμενο του άρθρου 72 σε σχέση με άλλα είδη εγγυήσεων, θα το είχε πράξει, για τον λόγο ότι δεν το έπραξε για άλλους όρους του ίδιου άρθρου, οι οποίοι κατά κοινή παραδοχή δεν αφορούν στις εγγυοδοτικές παρακαταθήκες (π.χ. παραίτηση από ένσταση διζήσεως). Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έπρεπε να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης εξαιτίας της παράλειψής της να αναφέρει τον όρο ότι *«η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση»* σε γραμμάτιο εγγυοδοτικής παρακαταθήκης.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα ένωση, ποσού 15.000,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 403/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (της 21ης/09.10.2019 συνεδρίασης) κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, ποσού 15.000,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 03.12.2019 και εκδόθηκε στις 23.12.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: 1431/2019

Σιδέρη Μαρία-Ελένη

Τσουλούφα Αργυρώ