

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 29 Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.05.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 743/22.05.2023 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «Τ...ΙΚΕ» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στις Σέρρες, επί της οδού Χρ. Σμύρνης, αρ. 11, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. .../2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το οφειλόμενο παράβολο ποσού 762,79 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε με την υπ' αρ. πρωτ. .../01-03-2023 Διακήρυξη Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με αντικείμενο τη «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΤΟΥ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΤΩΝ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ ΚΑΙ ΤΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΤΩΝ ΓΗΠΕΔΩΝ ΠΟΔΟΣΦΑΙΡΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» με

## Αριθμός απόφασης : 1084/2023

εκτιμώμενη αξία 152.558,47€ χωρίς ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 01.03.2023 με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ....

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 15.05.2023 στην προσφεύγουσα, η οποία άσκησε εμπροθέσμως την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στις 22.05.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017. Η προσφεύγουσα, η οποία υπέβαλε προσφορά στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης, δυνάμει της οποίας έγινε αποδεκτή η προσφορά του Σ. Ν. του Γ. και κλήθηκε αυτός όπως προσκομίσει την ορθή πρωτότυπη έντυπη εγγύηση συμμετοχής εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης, ώστε να συνεχιστεί η διαδικασία του διαγωνισμού, επιδιώκοντας την απόρριψη της προσφοράς του και την ανάδειξη της ίδιας ως αναδόχου.

5. Επειδή, στις 23.05.2023 η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, την προδικαστική προσφυγή προς τον Σ. Ν. του Γ., σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 926/2023 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η Αναθέτουσα Αρχή όπως καταθέσει απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, την 01.06.2023 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α541/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ η οποία έκανε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας

## Αριθμός απόφασης : 1084/2023

της προσφεύγουσας και διέταξε την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, στις 02.06.2023 η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε τις υπ' αρ. πρωτ. 6377/02.06.2023 απόψεις της προς την ΕΑΔΗΣΥ, τόσο μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, όσο και με αποστολή αυτών με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο νομίμως και εμπροθέσμως. Ωστόσο, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή ουδέποτε κοινοποίησε, ως όφειλε κατ' άρθρο 365 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, τις απόψεις της στην προσφεύγουσα. Ως εκ τούτου, και προκειμένου να μην παραβιαστεί η εφαρμοστέα στην, ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ διαδικασία, αρχή της αντιμωλίας, οι ανωτέρω απόψεις δεν λαμβάνονται υπόψη για τον σχηματισμό της κρίσης του Κλιμακίου (πρβλ. ΔΕφΘεσσαλονίκης 160/2020, σκ. 12, ΔΕφΠειρ 161/2019, σκ. 7, ΑΕΠΠ 334/2022). Άλλωστε, με τις απόψεις ούτε συμπληρωματική αιτιολογία επί της προσβαλλόμενης παρατίθεται, ούτε προβάλλεται ουσιώδης ισχυρισμός που θα επηρέαζε την κρίση του Κλιμακίου.

9. Επειδή, με την προσβαλλόμενη, η Οικονομική Επιτροπή αποφάσισε ομόφωνα να κάνει δεκτή την προσφορά του Σ. Ν. του Γ. και κάλεσε την Επιτροπή να ζητήσει από αυτόν να προσκομίσει την ορθή πρωτότυπη εγγύηση συμμετοχής εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίησή της, ώστε να συνεχιστεί η διαδικασία του διαγωνισμού.

10. Επειδή, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η

## Αριθμός απόφασης : 1084/2023

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 (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρ. 72 «Εγγυήσεις - Εξουσιοδοτική διάταξη» του Ν. 4412/2016, «1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν «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 δύο τοις εκατό (2%) της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης, με στρογγυλοποίηση στο δεύτερο δεκαδικό ψηφίο. ... Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, οι οποίες διενεργούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται, με ευθύνη του οικονομικού φορέα, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη...», στο δε άρ. 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν

## Αριθμός απόφασης : 1084/2023

συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.». Σύμφωνα με το άρ. 2.1.5 «Εγγυήσεις» της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα 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 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....» και στο άρ. 2.2.2 «Εγγύηση συμμετοχής» ορίζεται ότι «2.2.2.1 ... Οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται, σε κλειστό φάκελο με ευθύνη του οικονομικού φορέα, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στην παρ. 3.1 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού....». Σύμφωνα με το άρ. 2.4.2.5 της Διακήρυξης «...Έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών προσκομίζονται με ευθύνη του οικονομικού φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε κλειστό-ούς φάκελο-ους, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού του παρόντος διαγωνισμού, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς του, τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά ενδεικτικά είναι : α) η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, πλην των περιπτώσεων που αυτή εκδίδεται ηλεκτρονικά, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη,

## Αριθμός απόφασης : 1084/2023

... Σε περίπτωση μη υποβολής ενός ή περισσότερων από τα ως άνω στοιχεία και δικαιολογητικά που υποβάλλονται σε έντυπη μορφή, πλην της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει τη συμπλήρωση και υποβολή τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016...». Στο άρ. 2.4.6 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαραίτους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω ... » και στο άρ. 3.1.2 «Αξιολόγηση προσφορών» προβλέπεται ότι «Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο ΕΣΗΔΗΣ οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. ... Ειδικότερα : α) Η Επιτροπή Διαγωνισμού εξετάζει αρχικά την προσκόμιση της εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 72. Σε περίπτωση παράλειψης προσκόμισης, είτε της εγγύησης συμμετοχής ηλεκτρονικής έκδοσης, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, είτε του πρωτοτύπου της έντυπης εγγύησης συμμετοχής, μέχρι την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης, η Επιτροπή Διαγωνισμού συντάσσει πρακτικό στο οποίο εισηγείται την απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης. Στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή απόφαση, με την οποία επικυρώνεται το ανωτέρω πρακτικό. Η απόφαση απόρριψης της προσφοράς του παρόντος εδαφίου εκδίδεται πριν από την έκδοση οποιασδήποτε άλλης απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της οικείας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης και κοινοποιείται σε όλους τους προσφέροντες, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. Κατά της εν λόγω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.4 της παρούσας. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί παράλληλα με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. ...».

12. Επειδή, με τον μόνο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως η μη συμμόρφωση της εγγυητικής επιστολής προς τις απαιτήσεις της Διακήρυξης καθιστά αυτήν απαράδεκτη και επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς στο σύνολό της, εφόσον δεν πληροί τους ουσιώδεις όρους που τέθηκαν στη Διακήρυξη, η δε Αναθέτουσα Αρχή είναι υποχρεωμένη στην απόρριψη της προσφοράς, ενεργώντας κατά δέσμια αρμοδιότητα, δεδομένου ότι, ενόψει της κατηγορηματικής διατύπωσης των διατάξεων του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, δεν καταλείπεται στη Διοίκηση διακριτική ευχέρεια να κάνει δεκτές τις εγγυητικές επιστολές συμμετοχής που δεν πληρούν υποχρεωτικό όρο. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως μη νομίμως η Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε κλήση του Σ. Ν. του Γ., κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016, όπως αντικαταστήσει την υποβληθείσα, σε πρωτότυπη μορφή, εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Τούτο διότι, αυτή δεν πληροί τους όρους της Διακήρυξης για την συμμετοχή του στον συγκεκριμένο διαγωνισμό της συγκεκριμένης Αναθέτουσας Αρχής, όπως προκύπτει από το σώμα της προσβαλλόμενης που εμπεριέχει την εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού. Περαιτέρω, υποστηρίζει πως η διαπιστωθείσα πλημμέλεια του κειμένου της εγγυητικής επιστολής κρίνεται ουσιώδης, δεδομένου ότι δεν καταλείπονται απλώς αμφιβολίες ως προς την έκταση δέσμευσης του εγγυητή, κατά παράβαση των όρων της Διακήρυξης, την αιτία της δέσμευσης, το πρόσωπο του δανειστή και οφειλέτη, αλλά αποτελεί ουσιωδέστατη πλημμέλεια, καθόσον πρόκειται για έγγραφο που απευθύνεται σε άλλη αναθέτουσα αρχή, αφορά σε άλλον διαγωνισμό και προφανώς δεν καλύπτει το ελάχιστο απαιτούμενο εκ της Διακήρυξης περιεχόμενο και, κατά συνέπεια, δεν μπορεί να ασκηθεί η δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει τη συμπλήρωση ή διευκρίνιση επί στοιχείων που ο ανωτέρω προσκόμισε, κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016, επισημαίνοντας πως η προκείμενη περίπτωση προσομοιάζει απόλυτα με ολική έλλειψη κατάθεσης σε πρωτότυπη μορφή της ηλεκτρονικά κατατεθείσας εγγυητικής επιστολής. Κατά συνέπεια, ισχυρίζεται πως η επιλογή του αποφασίζοντος οργάνου της Αναθέτουσας Αρχής, πέραν του ότι δεν είναι

## Αριθμός απόφασης : 1084/2023

επαρκώς αιτιολογημένη, παραβιάζει σαφή όρο της Διακήρυξης που επιβάλλει την απόρριψη της σχετικής προσφοράς ως απαράδεκτης.

13. Επειδή, επί του μόνου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με το άρ. 3.1.2.1 της Διακήρυξης, μετά την, κατά περίπτωση, ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών, αρχικά η Επιτροπή Διαγωνισμού εξετάζει την προσκόμιση της εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρ. 72 του Ν. 4412/2016, σε περίπτωση δε παράλειψης προσκόμισης, είτε της εγγύησης συμμετοχής ηλεκτρονικής έκδοσης, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, είτε του πρωτοτύπου της έντυπης εγγύησης συμμετοχής, μέχρι την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης, η Επιτροπή Διαγωνισμού συντάσσει πρακτικό στο οποίο εισηγείται την απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης, το πρακτικό δε αυτό επικυρώνεται με απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής. Κατ' άρ. 2.2.2.1 της Διακήρυξης, οι πρωτότυπες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται, σε κλειστό φάκελο, με ευθύνη του οικονομικού φορέα, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης, άλλως, η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού. Σύμφωνα δε με το άρ. 2.4.2.5 της Διακήρυξης, σε περίπτωση μη υποβολής των δικαιολογητικών που εκεί ειδικότερα παρατίθενται, πλην της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να ζητήσει τη συμπλήρωση και υποβολή τους, κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από το σώμα της προσβαλλόμενης, ο διαγωνιζόμενος Σ. Ν. του Γ. «κατέθεσε εγγύηση συμμετοχής ηλεκτρονικής έκδοσης μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών , προσκόμισε ωστόσο μη ορθή πρωτότυπη έντυπη εγγύηση συμμετοχής (εγγυητική επιστολή που απευθύνεται σε άλλο Δήμο ,αφορά άλλο διαγωνισμό κ.λ.π) (Αριθμ. πρωτ. .../22-03-2023)», η δε Επιτροπή διενέργειας του Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του, «λόγω προσκόμισης μη ορθής πρωτότυπης έντυπης εγγύησης συμμετοχής του άρθρου 3.1.2 της διακήρυξης». Εντούτοις, κατόπιν «πρότασης» του Προέδρου της Οικονομικής Επιτροπής, ο οποίος ανέφερε, μεταξύ άλλων, ότι «ο Δήμος ζήτησε τη γνώμη του συνεργάτη του Δήμου για



## Αριθμός απόφασης : 1084/2023

τον εσωτερικό έλεγχο και η γνωμοδότησή του βασίζεται στον νόμο 4412/2016 άρθρο 2 «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Σύμφωνα με τα ανωτέρω το πρακτικό της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης διαγωνισμού υπηρεσιών, αριθμ.διακ.:.../1-03-2023 είναι μη νόμιμο, καθώς δεν τηρήθηκαν οι διατάξεις του Ν.4412/2016. Πιο συγκεκριμένα δεν απεστάλη στην εν λόγω εταιρεία, ως οφείλανε σχετική επιστολή που θα ζητούσε διευκρινήσεις. Αυτό είχε ως αποτέλεσμα τη μη νόμιμη λήψη απόφασης εκ μέρους της επιτροπής και αποκλεισμός του αναδόχου», η Επιτροπή αποφάσισε τα παρατιθέμενα στη σκ. 9 της παρούσας. Δηλαδή, εν προκειμένω, η προσκομισθείσα πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής από τον οικονομικό φορέα Σ. Ν. του Γ. έφερε στοιχεία διαφορετικά του επίμαχου διαγωνισμού, ήτοι, προφανώς, δεν ταυτιζόταν με την ηλεκτρονικά υποβληθείσα, στην προσφορά του, εγγυητική επιστολή υπ' αρ. .../08.03.2023 εκδοθείσα από την ...BANK (βλ. αρχείο με τίτλο «εγγυητική ....pdf»). Ενόψει τούτου, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 3.1.2 της οικείας Διακήρυξης, που παρατίθεται στη σκ. 11, σύμφωνα με τα οποία, σε περίπτωση παράλειψης, μεταξύ άλλων, προσκόμισης του πρωτοτύπου της έντυπης εγγύησης συμμετοχής, μέχρι την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης, η Επιτροπή Διαγωνισμού συντάσσει πρακτικό στο οποίο εισηγείται την απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης και στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή απόφαση, με την οποία επικυρώνεται το ανωτέρω πρακτικό, ορθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε πρακτικό, με το οποίο εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του ανωτέρω οικονομικού φορέα, ως

## Αριθμός απόφασης : 1084/2023

απαράδεκτης, όμως η Οικονομική Επιτροπή της Αναθέτουσας Αρχής, κατά παράβαση των ανωτέρω οριζομένων, δεν επικύρωσε το πρακτικό αυτό, αλλά, με την προσβαλλόμενη απόφασή της, αποφάσισε ομόφωνα να κάνει δεκτή την προσφορά του οικονομικού αυτού φορέα και κάλεσε την Επιτροπή να ζητήσει από αυτόν να προσκομίσει την ορθή πρωτότυπη εγγύηση συμμετοχής. Ανεξαρτήτως τούτων, κατά ρητή πρόβλεψη της Διακήρυξης, ειδικότερα του άρ. 2.4.2.5 αυτής, η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή εξαιρείται των περιπτώσεων στις οποίες η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να ζητήσει τη συμπλήρωση και υποβολή στοιχείων και δικαιολογητικών που υποβάλλονται σε έντυπη μορφή, κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016. Τούτο διότι, εφόσον η εγγυητική επιστολή συνιστά στοιχείο του παραδεκτού της προσφοράς του οικονομικού φορέα, τυχόν κλήση του οικονομικού φορέα προς προσκόμιση του εντύπου αυτής θα συνιστούσε μη νόμιμη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς του. Κατόπιν των ανωτέρω, όπως βάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει, η Αναθέτουσα Αρχή μη νομίμως κάλεσε, με την προσβαλλόμενη, τον οικονομικό φορέα Σ. Ν. του Γ. να προσκομίσει την ορθή πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Εξ ετέρου, και σε κάθε περίπτωση, το άρ. 102 του Ν. 4412/2016 (προφανώς εκ παραδρομής στην προσβαλλόμενη αναφέρεται το άρ. 103 του Ν. 4412/2016) οφείλει να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα του δικαίου της ΕΕ, καθώς συνιστά μεταφορά του άρ. 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατά δε πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μια υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων (ΔΕΕ, απόφαση της 2ας Μαΐου 2019, Lavorgna Srl, (σκ. 20-22) C-309/18, βλ. και αποφάσεις της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκ. 46 και 48, της 2ας Ιουνίου 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, σκ. 49, καθώς και της 10ης Νοεμβρίου 2016, Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, σκ. 30, ΣΤΕ 147/2022, σκ. 34). Εξ άλλου, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από υποψήφιο να διευκρινίσει την προσφορά του δεν μπορεί να έχει ως

## **Αριθμός απόφασης : 1084/2023**

αποτέλεσμα την υποβολή, στην πραγματικότητα, νέας προσφοράς από τον συγκεκριμένο υποψήφιο (βλ. απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klairėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93, πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 51 της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/EK, της 28.2.2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD / DUEMMESGR, σκ. 52, της 4.5.2017, C-387/14, Esaprojekt, σκ. 39, της 7.4.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκ. 64, της 10.10.2013, Manova, C-336/12 σκ. 36, της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκ. 40) ούτε να θεραπεύεται με τον τρόπο αυτό η παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή επιβάλλεται από τη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού. Συνεπώς, ενόψει όλων των ανωτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε όπως απορρίψει ως απαράδεκτη την προσφορά του παραπάνω οικονομικού φορέα και να μην τον καλέσει, με την προσβαλλόμενη, προκειμένου να προσκομίσει την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, το δε παράβολο να επιστραφεί.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ. .../2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, κατά τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29.06.2023 και εκδόθηκε στις 19.07.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Αριθμός απόφασης : 1084/2023**

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ**