

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**1<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στις 24 Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 17.10.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1621/18.10.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (στο εξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., οδός ... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

**ΚΑΤΑ**

-Του ... (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση του Υπουργού ... με αριθμό 301871/10.10.2023 κατά το μέρος αυτής με το οποίο αναδείχθηκε η εταιρεία «...» οριστική ανάδοχος της σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

**1.** Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

**2.** Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2023 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 52.387,10 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου

## **Αριθμός Απόφασης : 1858/2023**

ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 20η.07.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 04.07.2023 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α ....

**3.** Η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 17.10.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 10.10.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

**4.** Με την Πράξη του Προέδρου του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου με αριθμό 1938/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, ενώ στις 31.10.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 324549/30.10.2023 για την αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

**5.** Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ {ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022} κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

**6.** Η Διακήρυξη, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού 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 μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΣΤΕ 3629/20, 1217/2018, 2434/2017, 1086/15, 4901/14, 2551/2013, 5022/12,

## **Αριθμός Απόφασης : 1858/2023**

2635/2009, Ε.Α. ΣΤΕ 15/2021, 241/2020, 352/2016 και Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

7. Με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της «...», η οποία ανακηρύχθηκε και οριστική ανάδοχος της σύμβασης, και ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της παρά το γεγονός ότι στην οικονομική προσφορά που κατέθεσε αναγράφεται διαφορετική τιμή από αυτήν που αναγράφεται στο αντίστοιχο πεδίο της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, από το οποίο παράγεται το αρχείο της οικονομικής προσφοράς συστήματος. Συγκεκριμένα, ενώ στην οικονομική της προσφορά αναγράφεται προσφερόμενη τιμή 48.000 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, στην οικονομική προσφορά συστήματος αναγράφεται προσφερόμενη τιμή 48.000 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 24%. Επιπλέον, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παράνομα η «...» κλήθηκε και διευκρίνισε την προσφορά της σχετικά με την παραπάνω αναντιστοιχία. Από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης για τον παραπάνω λόγο προσφυγής προκύπτουν τα εξής:

8. Ο όρος 2.4.4 της Διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζει τα ακόλουθα *«Η Οικονομική Προσφορά, Άρθρο 95 του ν. 4412/2016, συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης [βάσει τιμής, ανά τμήμα, για το σύνολο των ειδών έκαστου τμήματος], όπως ορίζεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης και στο Παράρτημα V (υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς), το οποίο θα προσφέρεται σε μορφή επεξεργάσιμου αρχείου (word) προς συμπλήρωση στην πλατφόρμα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. Η τιμή, ως κριτήριο κατακύρωσης ανά τμήμα, δίνεται σε ευρώ για το σύνολο των απαιτούμενων υπηρεσιών που θα απαιτηθούν στο πλαίσιο της παρούσας σύμβασης, όπως αυτή αναφέρεται στον παρακάτω πίνακα: Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, ανά τμήμα, αποτελεί αποκλειστικά και μόνο το κριτήριο κατακύρωσης και δεν επηρεάζει την αξία της σύμβασης. Ο ανάδοχος δεσμεύεται ως προς την προσφερόμενη τιμή, σύμφωνα με το περιεχόμενο της οικονομικής του προσφοράς. Ο ανάδοχος δεσμεύεται στη διάθεση όλων των απαιτούμενων υλικών, ανταλλακτικών, εργαλείων, αναλωσίμων, μεταφορικών μέσων και κόστους, καθώς και του εξειδικευμένου*

## Αριθμός Απόφασης : 1858/2023

εργατικού δυναμικού που απαιτείται για την πραγματοποίηση των περιγραφόμενων υπηρεσιών, χωρίς επιπλέον αμοιβή εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής. (...) Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) **δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016** και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα IV της παρούσας διακήρυξης».

9. Στο ηλεκτρονικό αρχείο της προσφοράς της «...» (βλ. «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ.pdf») αναγράφεται η προσφερόμενη τιμή των 38.709.68 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι συνολική αξία με ΦΠΑ 24% 48.000,00 ευρώ. Ωστόσο, στο αρχείο της οικονομικής προσφοράς που παράγει το σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ (βλ. «Supplier\_Offer\_Value\_....pdf») αναγράφεται η προσφερόμενη τιμή των 48.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνοντας την παραπάνω ανακολουθία απέστειλε αίτημα παροχής διευκρινίσεων με αριθμό πρωτοκ. 234003/28.07.2023 προς την πιο πάνω εταιρεία, η οποία ανταποκρίθηκε σε αυτό αποστέλλοντας προς άρση της αναντιστοιχίας Υπεύθυνη Δήλωση με το εξής περιεχόμενο «Για τον διαγωνισμό με Α/Α ... (... με εκτιμωμένη αξία 52.387,10 € πλέον Φ.Π.Α. 24%) έχει γίνει λάθος εκ παραδρομής στην οικονομική συστήματος. Δηλώσαμε 48.000€ + ΦΠΑ 24% ενώ η προσφορά μας η σωστή είναι 48.000€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Συγκεκριμένα η προσφορά μας είναι 38.709,68 πλέον Φ.Π.Α. 24%, ήτοι 48.000€». Η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε τις παραπάνω εξηγήσεις και προχώρησε στην αποδοχή της προσφοράς της πιο πάνω εταιρείας και στην ανάδειξή της ως οριστικής αναδόχου της σύμβασης. Δεδομένου ότι η Διακήρυξη στον όρο 2.4.4 ρητά επιφυλάσσει την δυνατότητα διευκρίνισης της οικονομικής προσφοράς σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, προ της απόρριψής της, σε περίπτωση που δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, ορθά η αναθέτουσα αρχή κάλεσε την «...» σε παροχή διευκρινίσεων και αποδέχθηκε αυτές, ιδίως μάλιστα λόγω του γεγονότος ότι η παραπάνω εταιρεία με τις διευκρινίσεις της δεν τροποποίησε την τιμή που προσέφερε, αλλά επιβεβαίωσε ότι η ορθή προσφερόμενη τιμή, είναι αυτή που αναγράφει στο αρχείο της οικονομικής προσφοράς της (βλ. «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ

## Αριθμός Απόφασης : 1858/2023

ΠΡΟΣΦΟΡΑ.pdf»), ήτοι 38.709.68 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και 48.000,00 ευρώ με ΦΠΑ 24% και όχι αυτή που αναγράφεται στο αρχείο της οικονομικής προσφοράς που παράγει το σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ (βλ. «Supplier\_Offer\_Value\_....pdf»). Συνεπώς, ο πρώτος λόγος προσφυγής, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

**10.** Με το δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η «...» δεν έχει καταθέσει νόμιμη εγγυητική επιστολή συμμετοχής εκδοθείσα σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη Διακήρυξη, αλλά αντίθετα έχει καταθέσει το υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής που παρατίθεται στο Παράτημα V της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο θα έπρεπε να συνταχθούν οι εγγυητικές επιστολές από τα πιστωτικά ιδρύματα, συμπληρωμένο χειρόγραφο από το νόμιμο εκπρόσωπο της συμμετέχουσας εταιρείας. Επίσης, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, ενώ σύμφωνα με τη Διακήρυξη απαιτείτο εγγυητική επιστολή συμμετοχής ύψους 2% επί της προϋπολογισθείσας καθαρής αξίας του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία θα υποβληθεί προσφορά, ήτοι στην προκειμένη περίπτωση του Τμήματος Ι αξίας 48.387,10 ευρώ επί 2% = 967,74 ευρώ, η εγγυητική επιστολή της παραπάνω εταιρείας αναγράφει το χαμηλότερο ποσό των 948,71 ευρώ. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από κανένα στοιχείο δεν αποδεικνύεται αν η κατατεθείσα εγγυητική επιστολή έχει εκδοθεί για τη συμμετέχουσα εταιρεία, τον επίμαχο διαγωνισμό καθώς επίσης δεν αναφέρεται ο χρόνος ισχύος της, στοιχεία υποχρεωτικά για την εγκυρότητα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

**11.** Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της στον παραπάνω ισχυρισμό αντιτάσσει τα εξής *«Επειδή, η απόκλιση της κατατεθείσας εγγυητικής επιστολής της Αναδόχου, κατά 19,03 ευρώ, συνιστά επουσιώδη τυπική απόκλιση από τους όρους της διακήρυξης, τηρουμένης της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και της χρηστής διοίκησης, είναι δε αμελητέα και δεν καταλείπει αμφιβολίες τόσο για τη νομιμότητα του όλου περιεχομένου της επιστολής όσο και για τη βούληση της επιχείρησης να παράσχει εγγύηση στο διαγωνισμό και όντας εκδοθείσα με ηλεκτρονικά μέσα, αντλήθηκε το σώμα αυτής και διασταυρώθηκε η εγκυρότητά της ηλεκτρονικά, από την αρμόδια Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού»*. Από την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών και από το κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης, σχετικά με τον παραπάνω λόγο προσφυγής, προκύπτουν τα εξής:

## **Αριθμός Απόφασης : 1858/2023**

**12.** Στον όρο 2.2.2 της επίμαχης Διακήρυξης με τίτλο «Εγγύηση συμμετοχής» προβλέπονται τα ακόλουθα «2.2.2.1. - Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής (άρθρο 72 του ν.4412/2016), που ανέρχεται σε ποσοστό 2% της προϋπολογισθείσας καθαρής αξίας του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία θα υποβληθεί προσφορά. (...). Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 2.4.5 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν από τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τους προσφέροντες να παρατείνουν, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής. 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».

**13.** Όπως έχει κριθεί, η μη συμμόρφωση της εγγυητικής επιστολής προς τις απαιτήσεις της Διακήρυξης καθιστά αυτήν απαράδεκτη και επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς του υποψηφίου οικονομικού φορέα στο σύνολό της, εφόσον η εγγυητική επιστολή συμμετοχής δεν πληροί τους ουσιώδεις όρους που τέθηκαν στην διακήρυξη (Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 259/2011, 386/2009, 803/2008, 487/1998, ΓνΝΣΚ 356/2003, πρβλ. ΣτΕ 600/2011). Οι δε πλημμέλειες της εγγυητικής επιστολής είναι ουσιώδεις, όταν από το περιεχόμενό της καταλείπονται αμφιβολίες σχετικά με την έκταση της δέσμευσης του εγγυητή.

**14.** Η «...» κατέθεσε στον ηλεκτρονικό φάκελο της συμμετοχής της στο διαγωνισμό ως εγγυητική επιστολή συμμετοχής της το αρχείο με την ονομασία «... 2023-07-14 09.24.pdf», το οποίο όμως, όπως ορθά επισημαίνει η προσφεύγουσα δεν αποτελεί εγγυητική επιστολή εκδοθείσα από πιστωτικό ίδρυμα, αλλά χειρόγραφο μεταφορά των στοιχείων της, ενδεχομένως εκδοθείσας εγγυητικής επιστολής του πιστωτικού ιδρύματος, επί του υποδείγματος εγγυητικής επιστολής που περιλαμβάνεται στο Παράρτημα V της Διακήρυξης. Μάλιστα, το παραπάνω χειρόγραφο συμπληρωμένο έγγραφο είναι ψηφιακά

## **Αριθμός Απόφασης : 1858/2023**

υπογεγραμμένο από τον νόμιμο εκπρόσωπο της συμμετέχουσας εταιρείας και όχι από νόμιμο εκπρόσωπο του εκδότη αυτής, γεγονός που βεβαίως καταλείπει αμφιβολίες ως προς την έκταση δέσμευσης του εγγυητή κατά τα παραπάνω αναφερόμενα. Σε κάθε περίπτωση και πέραν όλων των παραπάνω στο έγγραφο που κατέθεσε η «...» σε θέση εγγύησης συμμετοχής αναγράφεται ότι παρέχεται εγγύηση για το ποσό των 948,71 ευρώ, το οποίο υπολείπεται του απαιτούμενου ποσού των 967,74 ευρώ, που προκύπτει ως το 2% της αξίας του Τμήματος Ι της σύμβασης (48.387,10 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ). Κατόπιν όλων των παραπάνω η κατατεθείσα εγγυητική επιστολή της «...» παρουσιάζει αποκλίσεις από τον οικείο όρο της Διακήρυξης, οι οποίες είναι ουσιώδεις και εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή παρέβλεψε αυτές και έκανε δεκτή την προσφορά της πιο πάνω εταιρείας, κατά παράβαση του όρου 2.2.2 της Διακήρυξης, ενώ όφειλε να απορρίψει την προσφορά ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

**15.** Μετά τα παραπάνω, η προσφορά της «...» είναι απορριπτή, καθώς ο δεύτερος λόγος που εξετάστηκε παραπάνω κρίθηκε βάσιμος και έγινε δεκτός, ενώ παρέλκει η εξέταση των υπόλοιπων ισχυρισμών που προβάλλονται κατά της αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεδομένου ότι η παραπάνω πλημμέλεια, παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψή της (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

**16.** Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με το σκεπτικό και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

### **Για τους λόγους αυτούς**

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το μέρος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...».
3. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

**Αριθμός Απόφασης : 1858/2023**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 14 Δεκεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**