

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 9.02.2023 με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 177/13.02.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αρ. πρωτ. 476/31.01.2023 απόφασης της Διοικητικής Επιτροπής, περί έγκρισης του υπ' αριθμ. Ι/16.01.2023 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του.

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 νόμιμο παράβολο ,κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 743 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» την από 8.02.2023 πληρωμή στην EUROBANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 148.440,32€.

Αριθμός απόφασης: 501 /2023

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. «...» Διακήρυξη, προκήρυξε δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας, από οικονομική άποψη, προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 148.440,32€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 28.11.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 9.02.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 1.02.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο προσφεύγων στις 24.02.2023, ήτοι εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 20.02.2023, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

5. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο «...» Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 1/16.01.2023 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι η εγγυητική επιστολή του προσφεύγοντος δεν συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις του όρου 2.1.5 της διακήρυξης και το άρθρο 79 παρ. 11 του ν. 4412/2016 διότι έχει εκδοθεί από την εταιρεία «...». Ειδικότερα, στην από 13.01.2023 γνωμοδότηση του νομικού συμβούλου της αναθέτουσας αρχής που παρατίθεται στο ως άνω Πρακτικό και αποτελεί την αιτιολογία απόρριψης της

Αριθμός απόφασης: 501 /2023

προσφοράς του προσφεύγοντος αναφέρεται ότι: «*Εν προκειμένω η εγγυητική επιστολή της Ανώνυμης Εταιρείας «...» δεν φαίνεται να καλύπτει τα προβλεπόμενα από τον σχετικό όρο της διακήρυξης αλλά και το άρθρο 72 παρ. 11 του νόμου 4412/2016 αφοί δεν έχει εκδοθεί από ασφαλιστική επιχείρηση του άρθρου 14 του νόμου 4364/2016 αλλά από εταιρεία που είναι μεσίτρια ασφαλίσεων του νόμου 4583/2018. Ως γνωστό δε, σύμφωνα με τον 4583/2018, Ο μεσίτης ασφαλίσεων είναι το πρόσωπο το οποίο έχει ως έργο κατ' εντολή του ασφαλιζόμενου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς την επιλογή της ασφαλιστικής ή αντασφαλιστικής επιχείρησης, έναντι προμήθειας που καταβάλλετε από τις ασφαλιστικές ή αντασφαλιστικές επιχειρήσεις, να φέρει σε επαφή ασφαλιζόμενους ή αντασφαλιζόμενους και ασφαλιστικές ή αντασφαλιστικές επιχειρήσεις να προβαίνει σε όλες τις αναγκαίες προπαρασκευαστικές εργασίες για την σύναψη ασφαλιστικών ή αντασφαλιστικών συμβάσεων, να λαμβάνει την αποδοχή από την ασφαλιστική ή αντασφαλιστική επιχείρηση και την έγκριση του ασφαλιζόμενου ή αντασφαλιζόμενου και να βοηθά κατά την διαχείριση και την εκτέλεση τους, ιδίως σε περίπτωση επέλευσης του κινδύνου. Ο μεσίτης ασφαλίσεων πρέπει να απολαμβάνει νομικής και οικονομικής ανεξαρτησίας έναντι των ασφαλιστικών επιχειρήσεων. Κατά συνέπεια δεν πρέπει να γίνει δεκτή η ως άνω προσκομιζόμενη εγγυητική επιστολή».* Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίνεται το εν λόγω Πρακτικό.

6. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, ως προς το σκέλος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του.

7. Επειδή ,το άρθρο 18 του Ν.4412/2016" Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας

Αριθμός απόφασης: 501 /2023

του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».

8. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : [...] ι) τις απαιτούμενες εγγυήσεις, τον τύπο, τα ποσοστά, τον χρόνο υποβολής των εγγυήσεων, όλους τους σχετικούς όρους αυτών, καθώς και άλλες εξασφαλίσεις, εάν ζητούνται, [...]ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

9. Επειδή, το άρθρο 72 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «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. [...]11. Οι εγγυήσεις των παρ. 1 έως 10 εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περ. β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/2016 (Α' 13) που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη μέλη της ΣΔΣ και έχουν το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού...». Κατά την έννοια των εν λόγω διατάξεων 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 οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής δεν πληρούν τους ουσιώδεις όρους που τέθηκαν στην διακήρυξη (ΕΑ ΣτΕ 259/2011, 386/2009, 803/2008)

Αριθμός απόφασης: 501 /2023

10. Επειδή, το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α'36) και ισχύει εν προκειμένω ορίζει 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 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»*. Κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο, ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή της αναθέτουσας αρχής να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν ,κατ' αναλογία, και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα (ΣΤΕ ΕπΑν 237/2021). Η ανωτέρω, όμως, δυνατότητα συμπλήρωσης-διευκρίνησης προϋποθέτει αναγκαίως να έχει προηγηθεί σχετική απάντηση/εγγραφή στην προσφορά, που δεν ισχύει όμως σε περίπτωση παντελούς ελλείψεως ουσιωδών στοιχείων της προσφοράς (ΔεφΧανίων 18/2022), οπότε η συμπλήρωση αυτών θα συνιστούσε μεταγενέστερη (μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) τροποποίηση της προσφοράς που έχει υποβληθεί κατά καταστρατήγηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της νομιμότητας.

11. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της παρούσας προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «[...] 2.1.5 Εγγυήσεις

Αριθμός απόφασης: 501 /2023

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.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού [...] 2.2.2 Εγγύηση συμμετοχής

2.2.2.1. Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, ποσού δύο χιλιάδων εννιακοσίων εξήντα οκτώ ευρώ και ογδόντα δύο λεπτών (2.968,81 €), που αντιστοιχεί σε ποσοστό 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ. [...] 2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: [...]β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης.[...] 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών 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 στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους[...] 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς),[...] β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.2.1. της παρούσας διακήρυξης.[...] 3.1.2.1. Η αναθέτουσα αρχή κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητεί, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, από τους

Αριθμός απόφασης: 501 /2023

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. 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 αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί παράλληλα με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους.[...]». Κατά δε τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ.ΣΤΕ2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

Αριθμός απόφασης: 501 /2023

12. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του διότι η εταιρεία «...», αν και είναι εταιρεία μεσιτείας ασφαλίσεων και αντασφαλίσεων, ενεργεί, εν προκειμένω, ως αντιπρόσωπος και εκπρόσωπος της «...» Ασφαλιστικής Εταιρείας με την επωνυμία «...», ως τούτο αναφέρεται και στο σώμα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, το δε γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή επικοινωνήσε μόνον με την εκδότρια τράπεζα της εγγυητικής επιστολής της έτερης συνυποψήφιας εταιρείας, για τον έλεγχο της εγκυρότητας της επιστολής, συνιστά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του υγιούς ανταγωνισμού. Περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να του απευθύνει σχετικό διευκρινιστικό ερώτημα ,κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016, για να προσκομίσει όλα τα αναγκαία έγγραφα ώστε η αναθέτουσα αρχή να εξετάσει ενδελεχώς τα κύρια χαρακτηριστικά σχετικά με την έκδοση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, προκειμένου να διαπιστώσει εάν πράγματι συντρέχει συνάφεια προς τα ζητούμενα με τον όρο 2.1.5 της διακήρυξης.

13. Επειδή ,εκ της συνδυαστικής εφαρμογής των όρων 2.1.5 και 2.2.2.1 της διακήρυξης προκύπτει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτείται η υποβολή εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η οποία πρέπει να έχει εκδοθεί από πιστωτικά/χρηματοδοτικά ιδρύματα ή από ασφαλιστικές επιχειρήσεις ,κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 ή από το ΤΜΕΔΕ ή από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων. Ως εκ τούτου, με τον όρο 2.1.5 της διακήρυξης τίθεται ειδική και αποκλειστική ρύθμιση ως προς τους φορείς έκδοσης της εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα άλλωστε και με την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 72 παρ. 11 του ν. 4412/2016. Ουδόλως δε στο νόμο ή στον άνω όρο της διακήρυξης προβλέπεται ότι οι περιοριστικώς αναφερόμενοι φορείς έκδοσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής δύνανται, ως προς τον ειδικό αυτό σκοπό, να υποκαθίστανται ή αντιπροσωπεύονται/εκπροσωπούνται από έτερα νομικά πρόσωπα, ενώ ενόψει του κύριου ρόλου που διαδραματίζει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία, οι ως άνω διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης δεν επιδέχονται ερμηνεία και δη διασταλτική σχετικά με τον εκδότη της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

Αριθμός απόφασης: 501 /2023

Επομένως, δοθέντος ότι στον όρο 2.4.3 της διακήρυξης τίθεται η υποχρέωση η εγγυητική επιστολή συμμετοχής να έχει συνταχθεί κατά τα προβλεπόμενα στους όρους 2.1.5 και 2.2.2.1 της διακήρυξης, εφόσον η υποβληθείσα εγγυητική επιστολή συμμετέχοντος δεν πληροί τις απαιτήσεις των ως άνω όρων, συμπεριλαμβανομένης και της σχετικής περί του εκδότη της εγγύησης, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς, ως σαφώς προβλέπεται στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης. Επισημαίνεται δε ότι, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 10, τυχόν κλήση διαγωνιζόμενου να συμπληρώσει, βάσει του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εγγυητική επιστολή που δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης ως προς τον εκδότη, δεν είναι νόμιμη διότι τούτο θα συνεπαγόταν θεραπεία πλημμέλειας που επιφέρει αποκλεισμό δια της μεταγενέστερης το πρώτον πλήρωσης του όρου 2.1.5 της διακήρυξης αλλά και ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς του διαγωνιζόμενου.

14. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο προσφεύγων προσκόμισε με την προσφορά του την από 30.12.2022 εγγυητική επιστολή συμμετοχής που έχει εκδοθεί από την εταιρεία «...», σε επιστολόχαρτο της εν λόγω εταιρείας, φέρουσα υπογραφή από τον Διευθύνοντα Σύμβουλο της εταιρείας «...» και με τη μνεία ότι για το ζήτημα της εγκυρότητας της εγγύησης η σχετική επικοινωνία θα γίνει προς την διεύθυνση «...». Συνεπώς, εκ των ανωτέρω στοιχείων, αδιαμφισβητήτως συνάγεται ότι φορέας έκδοσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος αποτελεί η εταιρεία μεσιτείας ασφαλίσεων «...», που προδήλως δεν αποτελεί ασφαλιστική εταιρεία ,κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016, ως συνομολογεί και ο προσφεύγων και άρα, η εγγυητική επιστολή του προσφεύγοντος δεν πληροί την απαίτηση του όρου 2.1.5 της διακήρυξης ως προς τον εκδότη της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Η ως άνω διαπίστωση της μη συμμόρφωσης της εγγυητικής επιστολής του προσφεύγοντος με τον όρο 2.1.5 της διακήρυξης δεν αναιρείται από το γεγονός ότι στο σώμα της επίμαχης εγγυητικής αναφέρεται ότι για την έκδοσή της η εταιρεία «...» έχει νομίμως εξουσιοδοτηθεί από την ασφαλιστική εταιρεία

Αριθμός απόφασης: 501 /2023

«...» δύναμει της από 7.02.2022 εξουσιοδότησης, δεδομένου ότι, ως έχει ήδη εκτεθεί στην προηγούμενη σκέψη, δεν προβλέπεται στον ν. 4412/2016 και τη διακήρυξη, που αποτελούν το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ότι για την έκδοση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής είναι δυνατή η υποκατάσταση, αντιπροσώπωση/ εκπροσώπηση των περιοριστικώς αναφερόμενων φορέων έκδοσης της εγγύησης από έτερα πρόσωπα και ως εκ τούτου η επικαλούμενη από τον προσφεύγοντα εκπροσώπηση της ασφαλιστικής εταιρείας «...» ως προς την έκδοση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής από την εταιρεία «...» δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή ως νόμιμη. Σημειωτέον ότι ο προσφεύγων δεν προσκόμισε με την προσφορά του ούτε το αναφερόμενο στην εγγυητική επιστολή συμμετοχής από 7.02.2022 έγγραφο εξουσιοδότησης της ασφαλιστικής εταιρείας «...», με αποτέλεσμα το αναπόδεικτον της όποιας επικαλούμενης εξουσιοδότησης, παρά το γεγονός ότι ο προσφεύγων έφερε το βάρος απόδειξης αυτής προς τον σκοπό ελέγχου από την αναθέτουσα αρχή της νομιμότητας της εγγυητικής του επιστολής συμμετοχής. Εξάλλου, ενόψει του ότι η εγγυητική επιστολή του προσφεύγοντος δεν πληροί την απαίτηση του όρου 2.1.5 της διακήρυξης, ουδεμία υποχρέωση υπείχε η αναθέτουσα αρχή να επικοινωνήσει με τον εκδότη της εγγυητικής επιστολής του προσφευγοντος, ήτοι την εταιρεία «...», ως αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει, τουναντίον εφόσον μόνον ο έτερος συμμετέχων διαγωνιζόμενος προσκόμισε εγγυητική επιστολή συμμετοχής που πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης, γεγονός που δεν αμφισβητεί ο προσφεύγων, ορθώς και νομίμως η αναθέτουσα αρχή επικοινωνήσε με τον εκδότη αυτής για να ελέγξει την εγκυρότητά της, χωρίς τούτο να συνιστά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού. Αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται τη συμμετοχή του με αντίστοιχες εγγυητικές επιστολές σε έτερες διαγωνιστικές διαδικασίες, βάσει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών αλλά και των ρητών διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης εν προκειμένω. Οι δε αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί υποχρέωσης της αναθέτουσας να τον καλέσει προς παροχή διευκρινίσεων τυγχάνουν απορριπτέες ως αβάσιμες διότι η σχετική κλήση θα είχε ως πρόδηλη συνέπεια την προσκόμιση έτερης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής,

Αριθμός απόφασης: 501 /2023

εκδοθείσας από κάποιον από τους φορείς του όρου 2.1.5 της διακήρυξης, ώστε να καλυφθεί μεταγενεστέρως η επίμαχη απαίτηση. Απαραδέκτως ο προσφεύγων επικαλείται το πρώτον με την προσφυγή και το υπόμνημα, έγγραφα που δεν έχει υποβάλλει με την προσφορά του, αλλά και αλυσιτελώς καθώς εκ των εν λόγω εγγράφων η αναθέτουσα αρχή και πάλι θα υποχρεούτο να απορρίψει την προσφορά του. Και τούτο διότι, ως αναφέρεται στην από 7.10.2022 υπεύθυνη δήλωση-εξουσιοδότηση, η ασφαλιστική εταιρεία "...» *«έχει εκχωρήσει στην εταιρεία «...». το δικαίωμα να την εκπροσωπεί στην έκδοση εγγυητική επιστολών και να λειτουργεί για λογαριασμό της»* και άρα, δοθέντος ότι η εκχώρηση αφορά απαιτήσεις, εν προκειμένω, η ως άνω δήλωση μπορεί μόνον να έχει την έννοια ότι έχει εκχωρηθεί στην εταιρεία "...". η εκπροσώπηση της "...» στις προπαρασκευαστικές εργασίες για την έκδοση εγγυητικής, ως άλλωστε προκύπτει και από το άρθρο 3 της συμφωνίας διαμεσολάβησης μεταξύ της ασφαλιστικής εταιρείας "...» και της "...». Εξάλλου, αν ήθελε θεωρηθεί ότι με την από 7.10.2022 υπεύθυνη δήλωση χορηγείται από την "...» απλή εξουσιοδότηση προς την εταιρεία "...». για την υπογραφή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος, τότε στην περίπτωση αυτή η από 30.12.2022 εγγυητική επιστολή συμμετοχής θα επρέπε να αναφέρει ρητώς τούτο αλλά κυρίως ότι εκδότης της αποτελεί η εταιρεία "...», η δε εγγύηση έπρεπε να είχε εκδοθεί σε επιστολόχαρτο της εν λόγω εταιρείας και η ίδια ασφαλιστική εταιρεία να έχει οριστεί υπεύθυνη για την επικοινωνία ως προς την εγκυρότητα της επιστολής, το οποίο όμως, εν προκειμένω, δεν συντρέχει, ενώ αν η από 7.10.2022 εξουσιοδότηση αφορά την ανάληψη από την εταιρεία "...» υποχρέωσης της "...» για την έκδοση της εγγύησης, τότε πέραν του ότι τούτο δεν αναφέρεται ρητώς στο σώμα της επίμαχης εγγυητικής, προσκρούει και στον όρο 2.1.5 της διακήρυξης, ως έχει ήδη εκτεθεί. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος λόγω μη πλήρωσης από την υποβληθείσα εγγυητική επιστολή συμμετοχής της απαίτησης του όρου 2.1.5 της διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: 501 /2023

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της ως αβάσιμη και να καταπέσει το παράβολο ,κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου ποσού υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 3 Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**