

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12.09.2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.08.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1056/21.08.2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «», που εδρεύει στο, οδός, αρ ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του και της υπ' αριθ. 307/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (εφεξής «η προσβαλλόμενη πράξη»), κατ' έγκριση των υπ' αριθ. I/02.07.2019 και II/05.07-2019 πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, αναφορικά την αξιολόγηση των προσφορών για τα Τμήματα 2, 3 και 4 του υποέργου 2 με τίτλο «Προμήθεια υλικών για δράσεις ενημέρωσης και ευαισθητοποίησης πολιτών» του Διεθνούς Δημόσιου ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού «Οικιακή κομποστοποίηση στο» του επιχειρησιακού προγράμματος «Βόρειο Αιγαίο 2014- 2020».

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται όπως (I) ακυρωθεί καθ' ολοκληρίαν η με αριθμό 307/2019 απόφαση του και το υπ' αριθ. 1/16-07-2019 πρακτικού της Οικονομικής Επιτροπής του, που αφορά την έγκριση του με ημερομηνία 02-07-2019 πρακτικού της επιτροπής αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς των Τμημάτων 2, 3 και 4 του υποέργου 2, ως και κάθε άλλη συναφής πράξη της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας, (II) κριθούν ως σύννομα και πληρούντα τους

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

όρους της Διακήρυξης τα δικαιολογητικά συμμετοχής της – τεχνική προσφορά και (III) να συνεχιστεί η διαγωνιστική διαδικασία στο επόμενο στάδιο, ήτοι σε αυτό της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών και με την δική της συμμετοχή, ενώ αιτούνταν όπως εκδοθεί πράξει αναστολής εκτέλεσης, αίτημα το οποίο δεν έγινε δεκτό.

Η εξέταση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 600,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), για το Τμήμα 3 του υποέργου 2 της διακήρυξης στο οποίο συμμετείχε η προσφεύγουσα, προϋπολογισμού 8.119,20€ (τμήματα 2, 3, και 4 του υποέργου 2).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. διακήρυξη του προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, διεθνούς διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου της προμήθειας «Οικιακή κομποστοποίηση στο» του επιχειρησιακού προγράμματος «Βόρειο Αιγαίο 2014- 2020», προϋπολογισμού 488.029,46€, με Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 15.06.2019 με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α Αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης είναι η ανάδειξη αναδόχου για: α) την προμήθεια κάδων οικιακής κομποστοποίησης που θα παραχωρηθούν σε κατοικίες, σχολεία και δημοτικούς κήπους που διαθέτουν τις κατάλληλες εκτάσεις, β) την προμήθεια ηλεκτρονικών υπολογιστών για τις ανάγκες παρακολούθησης – ελέγχου του προγράμματος,

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

συλλογής και επεξεργασίας των αποτελεσμάτων της οικιακής κομποστοποίησης, γ) το σχεδιασμό και εκτύπωση έντυπου ενημερωτικού/διαφημιστικού υλικού και δ) την προμήθεια ομοιόμορφων στολών και ο διαγωνισμός αυτός υποδιαιρείται στο Υποέργο #1 «Προμήθεια κάδων οικιακής κομποστοποίησης», Τμήμα 1: «Προμήθεια κάδων οικιακής κομποστοποίησης», εκτιμώμενης αξίας 409.000,00 πλέον Φ.Π.Α. και στο Υποέργο #2 «Προμήθεια υλικών για δράσεις ενημέρωσης και ευαισθητοποίησης πολιτών», Τμήμα 2 (ΟΜΑΔΑ Α Υποέργου 2): «Προμήθεια Ηλεκτρονικών Υπολογιστών», εκτιμώμενης αξίας 1.700,00€ πλέον Φ.Π.Α., Τμήμα 3 (ΟΜΑΔΑ Β Υποέργου 2) : «Σχεδιασμός & Εκτύπωση έντυπου ενημερωτικού/διαφημιστικού υλικού (αφίσες, ενημερωτικά φυλλάδια κλπ)», εκτιμώμενης αξίας 5.910,40€ πλέον Φ.Π.Α., Τμήμα 4 (ΟΜΑΔΑ Γ Υποέργου 2): «Προμήθεια Ομοιόμορφων στολών», εκτιμώμενης αξίας 508,80€ πλέον ΦΠΑ 86,50€ και προσφορές δύνανται να υποβάλλονται για ένα, περισσότερα ή για όλα τα τμήματα.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή και ανήκει στον υποτομέα ΟΤΑ, του χρόνου αποστολής (07.06.2019) της προκήρυξης προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ καίτοι δεν έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017), παραδεκτώς ασκείται η παρούσα Προσφυγή, αφού από την επισκόπηση του περιεχομένου της προκύπτει ότι αυτή δεν απόσχει κατά το ουσιώδες μέρος της από τα προδιατυπωμένα πεδία του τυποποιημένου εντύπου, γεγονός που θεραπεύει την έλλειψη χρήσης αυτού, στο μέτρο που η χρήση του τυποποιημένου εντύπου δεν απαιτείται από το Νόμο επί ποινή απαραδέκτου (ΔΕΦΚομοτηνής Ν39/2017, ΑΕΠΠ 264/2018, 47/2018, 97/2017 κ.α.). Περαιτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή,

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει ασκηθεί εμπροθέσμως εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες την 01^η.08.2019 και η Προσφυγή κατατέθηκε στις 09.08.2019.

4. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα με πρόδηλο έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά, ισχυριζόμενη ότι μη συννόμως απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη, κατ' έγκριση των υπ' αριθ. Ι/02.07.2019 και ΙΙ/05.07-2019 πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, η προσφορά της για το Τμήμα 3 του υποέργου 2 της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής. Επέκεινα, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, οι πράξεις της Επιτροπής Διαγωνισμού τόσο κατά τον έλεγχο των τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής στο διαγωνισμό, όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών, έχουν χαρακτήρα γνωμοδότησης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, και για το λόγο αυτό ως μη εκτελεστές πράξεις δεν υπόκεινται σε προδικαστική προσφυγή (421/2014 ΣΤΕ (Ασφ)). Κατ' ακολουθίαν, με την υπό κρίση Προσφυγή και στο μέρος του αιτητικού αυτής, ζητείται απαραδέκτως η ακύρωση αυτοτελώς του υπ' αρ. υπ' αριθ. 1/16-07-2019 πρακτικού της Οικονομικής Επιτροπής του, που αφορά την έγκριση του με ημερομηνία 02-07-2019 πρακτικού της επιτροπής αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς των Τμημάτων 2, 3 και 4 του υποέργου 2, αφού αυτό έχει γνωμοδοτικό χαρακτήρα και επομένως στερείται εκτελεστότητας (ΔΕφ.Πειραιά Ν 128/2018), ενώ και σε κάθε περίπτωση αυτό εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση – και ως εκ τούτου αυτό συμπροσβάλλεται - η οποία είναι και η μόνη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής που παραδεκτώς προσβάλλεται.

5. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προσφυγή είναι τυπικά παραδεκτή και θα πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το υπ' αριθ. 38556/23.08.2019 έγγραφο απόψεων της, με το οποίο κατ' ορθή επισκόπηση τούτου, αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, ισχυριζόμενη ότι η επικαλούμενη αιτιολογία του αποκλεισμού της είναι μη νόμιμη, καταχρηστική και παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου του αποκλεισμού της προσφοράς της εκ της εκ παραδρομής αναγραφής της λέξης «εκτέλεσης», αντί του ορθού «συμμετοχής». Ειδικότερα, αναφέρει ότι η παραβίαση του όρου 2.2.2.1 της διακήρυξης εσφαλμένα και μη νόμιμα προβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή, αφού η εφαρμογή της συναρτάται άμεσα και ευθέως με την διάταξη του όρου 2.1.5 εδάφιο τρίτο, με την οποία καθορίζονται τα ελάχιστα απαιτούμενα που πρέπει να περιλαμβάνονται, μεταξύ των οποίων δεν συμπεριλαμβάνεται και ο χαρακτηρισμός της εγγυητικής επιστολής. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο σκοπός για τον οποίο εξεδόθη η εγγυητική αυτή (συμμετοχή) προκύπτει ευθέως από το ύψος του ποσού, το οποίο στην συγκεκριμένη περίπτωση έχει υπερκαλυφθεί εκ μέρους της, ενώ υφίσταται διαφοροποίηση ως προς το ποσοστό (%), το οποίο στην περίπτωση της εγγυητικής συμμετοχής ανέρχεται σε 2%, ως εν προκειμένω και στην περίπτωση της εγγυητικής καλής εκτέλεσης σε 5%. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή είχε στα πλαίσια αρχής της χρηστής διοίκησης την υποχρέωση, κατ' εφαρμογή του όρου 2.4.6 εδάφιο β της διακήρυξης, να την καλέσει προς διόρθωση του προφανέστατου – πρόδηλου αυτού γραμματικού, λεκτικού, τυπικού λάθους, εκδίδοντας νέα εγγυητική με τον ορθό χαρακτηρισμό και ότι από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 281 ΑΚ, 20 παρ. 1 και 25 παρ. 3 του Συντάγματος συνάγεται ότι άσκηση ουσιαστικού δικαιώματος, που ανήκει στο δημόσιο δίκαιο, δεν πρέπει να έρχεται σε αντίθεση με τα αντικειμενικά όρια που θέτουν οι διατάξεις αυτές, ενώ καταχρηστική θεωρείται η προφανής υπέρβαση των ορίων που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο οικονομικός ή κοινωνικός

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

σκοπός του δικαιώματος και η οποία προκύπτει από την πραγματική κατάσταση και η οποία καθιστά μη ανεκτή την άσκηση του κατά τις περί δικαίου και ηθικής αντιλήψεις του μέσου κοινωνικού ανθρώπου.

8. Επειδή, στον όρο 2.1.5 «Εγγυήσεις» ορίζεται ότι «[...] 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 σύμβαση [...]», στον όρο 2.2.2 «Εγγύηση συμμετοχής» ορίζεται ότι «2.2.2.1. Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, για ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 2% της προϋπολογισθείσης δαπάνης, εκτός Φ.Π.Α., ήτοι: [...] Για το Τμήμα 3 η εγγυητική επιστολή συμμετοχής ανέρχεται στο ποσό των 118,21 € (εκατόν δέκα οχτώ ευρώ)», περαιτέρω στον όρο 2.4.3 «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά» ορίζεται ότι «2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) [...] β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης» και στον όρο 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 δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω 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 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016». Τέλος, ο όρος 3.1 «Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών» ορίζει «(η) αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016».

9. Επειδή, το άρθρο 102 παρ. 1, 2 και 5 του Ν. 4412/2016, στο οποίο παραπέμπουν προς εφαρμογή οι ανωτέρω διατάξεις της διακήρυξης, ορίζει ότι: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες,

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή ήσσοнос σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς». Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση για το άρθρο 102 του Ν.4412/2016, με τις εν λόγω διατάξεις για τη Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) εισάγεται ρύθμιση η οποία εξυπηρετεί στη διάσωση προσφορών οι οποίες πάσχουν από πρόδηλα σφάλματα ή επουσιώδεις παραλείψεις. Με τις παραγράφους 1, 2 και 3 δίνεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να καλεί τους προσφέροντες/υποψηφίους κατά τη διαδικασία ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει. Ωστόσο, προκειμένου να διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, η δυνατότητα συμπλήρωσης/ διευκρίνισης που παρέχεται αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωσης ή συμπλήρωσης και δεν επιτρέπεται να άγει σε μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή νέων εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης, αλλά μόνο στην διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. Ενδεικτικά αναφέρονται περιπτώσεις που μπορεί να τύχει εφαρμογής αυτή η δυνατότητα όπως παράλειψη τινών μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενο τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση επικυρωμένων αντιγράφων και μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα δια του νόμου, κανονιστικών πράξεων ή των εγγράφων της σύμβασης καθιερωμένα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη. Τέλος και σύμφωνα με πάγια νομολογία, υπό το προηγούμενο του Ν. 4412/2016 νομοθετικό πλαίσιο, ενόψει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τη διαδικασία σύναψης

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑθ 271/2011).

10. Επειδή, με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς βάσει του άρθρου §2.2.2.1 της διακήρυξης με την αιτιολογία ότι *«β. Ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία υπέβαλλε Εγγύηση Καλής Εκτέλεσης της Σύμβασης αντί της απαιτούμενης, επί ποινή αποκλεισμού, Εγγύησης Συμμετοχής».*

11. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις της διακήρυξης (βλ. σκέψη 9), συνάγεται σαφώς ότι, προς παραδεκτή συμμετοχή οικονομικού φορέα στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, απαιτείτο η κατάθεση με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής εγγυητικής επιστολής συμμετοχής και ότι στην περίπτωση που αυτή δεν κατατεθεί ή δεν καλύπτει τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη, η προσφορά απορρίπτεται, κατ' εφαρμογή των όρων 2.4.6 σε συνδυασμό με τον όρο 2.4.3.1 της διακήρυξης. Στην υπό κρίση περίπτωση και από τα στοιχεία του φακέλου στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσφεύγουσα προς πλήρωση του όρου 2.2.2 της διακήρυξης υπέβαλε το υπ' αριθ. 781677 Γραμμάτιο Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, αρχείο το οποίο τιτλοφόρειται η προσφεύγουσα ως «2.4.3.1. Εγγυητική Συμμετοχής». Σε αυτό αναγράφεται στην αιτιολογία έκδοσής του «ΕΓΓΥΗΣΗ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ [...] ΕΓΓΥΗΣΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΗ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΤΩΝ ΟΡΩΝ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΠΟΥ ΘΑ ΥΠΟΓΡΑΦΕΙ ΜΕ ΤΟ [...]». Συνεπώς, από τη θεώρηση του εν λόγω εγγράφου, συνάγεται ότι νομίμως η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε την προσφορά της προσφεύγουσας, υπέχοντας σχετική δεσμία αρμοδιότητα κατά τις ανωτέρω διατάξεις της διακήρυξης, αφού το

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

προσκομισθέν έγγραφο δεν πληρούσε αυτές και ουδεμία παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 και υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής όπως καλέσει την προσφεύγουσα προς διόρθωση του υπόψη γραμματίου παρακαταθήκη υφίσταται. Και τούτο διότι οι διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, ερμηνευόμενες σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, όταν το περιεχόμενο της υποβληθείσης προσφοράς παρουσιάζει έλλειψη στοιχείου κατά παράβαση όρου της διακήρυξης, για την οποία (παράβαση) η διακήρυξη προβλέπει ποινή αποκλεισμού, δεν υφίσταται δυνατότητα άρσης της παραβάσεως από τον διαγωνιζόμενο κατά το στάδιο του ελέγχου των προσφορών ούτε, βεβαίως, δυνατότητα, πολλώ δε μάλλον - και εν προκειμένω - υποχρέωση, του αναθέτοντος φορέως να καλέσει τον διαγωνιζόμενο προς άρση της παραβάσεως (πρβλ. ΕΑ Σ.Τ.Ε 184/2017, 867/2009, 422/2009). Είναι, δε, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, σύμφωνη με τα στοιχεία του φακέλου, διότι εν προκειμένω από το συνδυασμό των όρων 2.4.6 σε και 2.4.3.1 της διακήρυξης προβλέπεται η ποινή του αποκλεισμού της προσφοράς, η οποία δεν υποβάλλεται με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται μεταξύ άλλων και στην παράγραφο 2.4.3. *(Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς)*, στην οποία προβλέπεται η κατάθεση εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Εξ ετέρου, στην υπό εξέταση περίπτωση, δε δύναται παραδεκτά να γίνει λόγος για πρόδηλο λεκτικό, γραμματικό, τυπικό λάθος, εκ της εκ παραδρομής αναγραφής της λέξης «εκτέλεσης», αντί του ορθού «συμμετοχής», ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, δοθέντος ότι η πλημμέλεια του υποβληθέντος γραμματίου παρακαταθήκης και η μη κάλυψη των απαιτούμενων από τη διακήρυξη προϋποθέσεων, δεν εντοπίζεται μόνον στο λανθασμένο τίτλο αυτού ως «ΕΓΓΥΗΣΗ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ», ώστε να πρόκειται μόνον για ζήτημα χαρακτηρισμού του εγγράφου αυτού, ως αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα, αλλά και κυρίως (εντοπίζεται) στο περιεχόμενο αυτού, στο οποίο αναγράφεται στην αιτιολογία έκδοσής του «ΕΓΓΥΗΣΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΗ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΤΩΝ ΟΡΩΝ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΠΟΥ ΘΑ ΥΠΟΓΡΑΦΕΙ ΜΕ ΤΟ [...]», μη συμμορφούμενο με τους όρους της διακήρυξης που απαιτούσαν εγγύηση

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

συμμετοχής. Ως εκ τούτου ουδεμία ασάφεια της προσφοράς υφίστατο προς διευκρίνιση, αφού δε συνάγεται αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο της εν λόγω προσφοράς, αλλά αυτή είναι σαφής, το, δε, περιεχόμενο του προσκομιζόμενου γραμματίου προείσπραξης δεν καλύπτει το απαιτούμενο από τη διακήρυξη και η αιτούμενη από τη προσφεύγουσα κλήση της προς διόρθωσή του άγει σε αθέμιτη και κατά τούτο μη επιτρεπτή, τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς της (ΔΕΚ C-599/2010, SAG ELV Slovenko a.s., απόφαση της 29.03.2012, ΕΑ Σ.Τ.Ε. 346/2017, 90/2010). Άλλωστε, η διακριτική ευχέρεια ή υποχρέωση, αντίστοιχα, κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 της αναθέτουσας αρχής προς κλήση οικονομικού φορέα προϋποθέτει, κατ' αρχήν, νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά και όχι υποβληθέντα, μη νόμιμα κατά περιεχόμενο, ως εν προκειμένω κατά τα ανωτέρω, δικαιολογητικά, καθόσον τυχόν μεταγενέστερη συμπλήρωσή των κρίσιμων μη νομίμων δικαιολογητικών από τον οικονομικό φορέα, θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη αντικατάστασή τους (Δ.Εφ.Αθ. 319/2017), πολλώ δε μάλλον δεν επιτρέπεται έκδοση νέου εγγράφου και προσκόμισή του, ως η προσφεύγουσα συνομολογεί (σελ. 4 της Προσφυγής). Ετέρωθεν, το ποσοστό (%) το οποίο διαφοροποιείται στην περίπτωση της εγγυητικής συμμετοχής, αφού ανέρχεται σε 2% και ως εν προκειμένω καλύπτεται, σε σχέση με την περίπτωση της εγγυητικής καλής εκτέλεσης που ανέρχεται σε 5%, ουδόλως επηρεάζει την υπό κρίση περίπτωση, αφού, ως προελέχθη, η πλημμέλεια του προσκομιζόμενου γραμματίου παρακαταθήκης δεν εντοπίζεται μόνον στο τυπικό στοιχείο χαρακτηρισμού του, ώστε συναγομένου από το εν λόγω ποσοστό του 2% ότι πρόκειται για εγγυητική συμμετοχής να θεραπεύεται η εν λόγω πλημμέλεια, αλλά και κυρίως (εντοπίζεται) στο ουσιαστικό στοιχείο του περιεχομένου του εγγράφου αυτού, το οποίο δεν καλύπτει τους επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς όρους της διακήρυξης, κατά τα προελεχθέντα. Η, δε επικαλούμενη και προσκομιζόμενη σχετική αλληλογραφία με το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων (έγγραφο με αριθ. Πρωτ. (0)81969_19) κατ' ουδένα τρόπο δεν αποδεικνύει ότι η εσφαλμένη διατύπωση στην προσκομιζόμενη εγγυητική επιστολή οφείλεται σε

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

υπαιτιότητα του Ταμείου, ως η προσφεύγουσα υποστηρίζει, τουναντίον υπεύθυνος για τα προσκομιζόμενα έγγραφα και τη διαμόρφωση της προσφορά του είναι ο συμμετέχον οικονομικός φορέας, ο οποίος βαρύνεται με το καθήκον επιμέλειας αναφορικά με τα υποβαλλόμενα από αυτόν έγγραφα. Τέλος και αναφορικά με την αιτίαση της προσφεύγουσας περί καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος στην υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας από την αναθέτουσα, αυτή προβάλλεται νόμω αβάσιμα, αφού δε νοείται ότι αφορά σχέσεις δημοσίου δικαίου, ούτε το άρ. 25 παρ. 3 Συντ. περί απαγόρευσης καταχρηστικής άσκησης δικαιωμάτων αφορά σχέσεις δημοσίου δικαίου, όπως η προκείμενη περίπτωση. Και τούτο διότι, η άσκηση από διοικητικά όργανα των, απονεμόμενων σε αυτά, αρμοδιοτήτων τους, αποτελεί ενάσκηση της εκ του νόμου εξουσίας που τους έχει δοθεί και όχι άσκηση δικαιώματος, κατά την οποία μόνον νοείται η περίπτωση κατάχρησης εκ μέρους του φορέα του ατομικού δικαιώματος. (βλ. Σ.Τ.Ε. 2970/2011, 713/2010, 1591/2009, 596/2007, 1926/2000). Επιπροσθέτως, στο πλαίσιο των εννόμων σχέσεων που αναπτύσσονται από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, αλλά και την προκήρυξη τέτοιων διαδικασιών, περιπτώσεις που διέπονται μόνον από το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και τις οικείες ειδικές ρυθμίσεις του σχετικού νομοθετικού πλαισίου περί δημοσίων συμβάσεων, δεν τυγχάνουν εφαρμογής οι αρχές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, αφού, καίτοι εν τοις πράγμασι το πραγματικό και η προστασία που παρέχεται στους συναλλασσόμενους δια των ως άνω αρχών, εκφράζονται στο πλαίσιο των παραπάνω διαδικασιών, εντούτοις ρυθμίζονται και κατοχυρώνονται από τις ειδικότερες αρχές που διέπουν τις διαγωνιστικές αυτές διαδικασίες, όπως *inter alia* αποτελούν, σύμφωνα και με το άρ. 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, η αρχή της νομιμότητας, της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της προστασίας του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, αρχές οι οποίες παράγουν το προστατευτικό τους αποτέλεσμα υπέρ των ενδιαφερομένων προς ανάθεση δημόσιας σύμβασης.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: 1083 / 2019

και να καταπέσει το παράβολο, που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Σεπτεμβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 27 Σεπτεμβρίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσίκα