

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14 Ιουνίου 2021, δυνάμει της με αριθμό 1159/2021 Πράξης Προέδρου του Κλιμακίου, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 945/07-05-2021 του ..., που κατοικοεδρεύει στη ...(...)

Κατά της Περιφερειακής Ενότητας ...της Περιφέρειας ..., που εδρεύει στον οικείο Δήμο, επί της οδού ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται ν'ακυρωθεί η με αριθμό 12/647/19-04-2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ..., με την οποία εγκρίθηκε το 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου με τίτλο «Βελτίωση βατότητας κατασκευή - κατασκευή τεχνικών - σήμανση και ασφάλεια οδικών τμημάτων στο Δήμο ...», προϋπολογισμού 282.200,00€ με ΦΠΑ, κατά τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα στην προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και αποφάσισε τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 1.138,00€, το οποίο αναλογεί στο προβλεπόμενο σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας, χωρίς ΦΠΑ, αξίας του υπό ανάθεση έργου, η οποία ανέρχεται στις 227.580,65€.

Αριθμός απόφασης: 1171/ 2021

2. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή ανατέθηκε στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 07-05-2021 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, η καθ' ης η προσφυγή Περιφερειακή Ενότητα ...της Περιφέρειας ... (στο εξής καλούμενη στην παρούσα «Περιφέρεια» ή «αναθέτουσα αρχή»), με τη με αριθμό πρωτ. 33981/905/11-03-2021 διακήρυξη της κίνησε ανοιχτό, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «Βελτίωση βατότητας κατασκευή- κατασκευή τεχνικών-σήμανση και ασφάλεια οδικών τμημάτων στο Δήμο ...», εκτιμώμενης αξίας 227.580,65 Ευρώ πλέον ΦΠΑ 24% και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήταν η 5-4-2021 και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ήταν η 12-4-2021. Η διακήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 11-03-2021, με ΑΔΑΜ ..., ο δε διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό το συστημικό αριθμό Στον διαγωνισμό που διενεργήθηκε υπέβαλαν προσφορά τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων, ο οποίος και κατετάγη πρώτος στον πίνακα συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας, με ποσοστό προσφερόμενης έκπτωσης 50,24%, ενώ δεύτερη κατετάγη η εταιρεία ...με ποσοστό προσφερόμενης έκπτωσης 47,75%. Μετά τον έλεγχο όμως κατά σειρά μειοδοσίας των εγγυητικών επιστολών των συμμετεχόντων η Επιτροπή του Διαγωνισμού με το 1^ο από 12-04-2021 πρακτικό της εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, διότι «ο χρόνος ισχύος της εγγυητικής επιστολής του ... είναι μικρότερος από τον απαιτούμενο χρόνο ισχύος όπως αυτός ορίζεται στο άρθρο 15.3 της διακήρυξης και ως εκ τούτου η προσφορά του δεν είναι παραδεκτή» Με την απόφαση με αριθμό 12/647/19-04-2021, τέλος, της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... επικυρώθηκε το ως άνω 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού και προσωρινός μειοδότης της σύμβασης ανακηρύχθηκε ο οικονομικός φορέας «...», ο οποίος προσέφερε μέση έκπτωση σαράντα επτά και εβδομήντα πέντε εκατοστά επί τοις εκατό (47,75 %) και προσφερόμενο ποσό 118.915,64€ (χωρίς ΦΠΑ). Κατά της απόφασης αυτής της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... (στο εξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») στρέφεται ο

Αριθμός απόφασης: 1171/ 2021

προσφεύγων, για τους λόγους και με τους ειδικούς ισχυρισμούς που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης για την εκτέλεσή του και της νομικής φύσης της Περιφερειακής Ενότητας ...της Περιφέρειας ... που τον διενεργεί, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α΄ του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 26-04-2021 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 06-05-2021, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή της.

6. Επειδή, εξάλλου, στις 13-05-2021, η καθ' ης η προσφυγή Περιφερειακή Ενότητα της Περιφέρειας ... παραδεκτώς και εμπροθέσμως διαβίβασε στην ΑΕΠΠ μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις από 12-05-2021 έγγραφες απόψεις της (έγγραφο της 12-05-2021 της Δ.Τ.Ε./Π.Ε. ...).

7. Επειδή, τέλος, ο προσφεύγων, δεν υπέβαλε υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, κατά τις διατάξεις του τελευταίου εδ. της πρώτης παραγράφου του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει.

8. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο προσφεύγων συμμετείχε στον διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, η οποία κατετάγη καταρχήν πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας, κατά

Αριθμός απόφασης: 1171/ 2021

συνέπεια με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της απόφασης με την οποία απορρίπτεται η προσφορά του και ανακηρύσσεται ανάδοχος ο δεύτερος μειοδότης, διότι αν οι ισχυρισμοί του ήθελε κριθούν βάσιμοι, τότε αυτός θα έπρεπε ν'ανακηρυχθεί προσωρινός μειοδότης της σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι με βάση το άρθρο 15.3 της διακήρυξης, η εγγύηση συμμετοχής έπρεπε να ήταν σε ισχύ για τουλάχιστον 30 ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19. Δοθέντος ότι η λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς ήταν η 5^η Οκτωβρίου 2021, κατά συνέπεια, η εγγυητική θα έπρεπε να ισχύει έως και την 4^η Νοεμβρίου 2021. Η ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού εξάλλου όπως προκύπτει από το Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού αλλά και από το κείμενο της διακήρυξης είναι η 12^η Απριλίου 2021. Λαμβανομένου υπόψη ότι η με αριθμό ...εγγυητική επιστολή την οποία εξέδωσε έχει ισχύ 210 ημέρες από την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού, υπολογίζοντας 210 ημέρες από την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού, αυτή έχει ισχύ έως την 8^η Νοεμβρίου 2021. Δηλαδή η εγγυητική του επιστολή κατά την ορθώς υπολογισμένη προθεσμία ημερομηνία όχι μόνον ήταν σε ισχύ κατά την 4^η Νοεμβρίου 2021 αλλά είχε και επιπλέον χρόνο ισχύος.

9. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι παρά τα υπό του προσφεύγοντος διισχυριζόμενα στο κείμενο της εγγυητικής του επιστολής ως ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού ορίζεται ρητώς και με σαφήνεια η 5-4-2021 και ότι όσα διαλαμβάνει αυτός στην προσφυγή του περί της 12^{ης}-4^{ου}-2021 ως ημερομηνίας διεξαγωγής του διαγωνισμού έρχονται σε αντίθεση με αυτό καθαυτό το περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής του. Συνεπώς, η ημερομηνία λήξης της εγγυητικής επιστολής του προσφεύγοντος είναι η 1-11-2021 (δηλαδή μετά την παρέλευση 210 ημερών από την 5-4-2021) και επομένως ήταν μικρότερη του προβλεπόμενου.

10. Επειδή, η διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού και δεσμεύει, συνεπώς, τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και όλους όσοι συμμετέχουν ανεπιφύλακτα σ'αυτόν (ΣΤΕ ΕΑ 632/2010, ΣΤΕ 4231/2000 7μ), στο άρθρο 15 με τίτλο «Εγγύηση Συμμετοχής», ορίζει τα εξής:

Αριθμός απόφασης: 1171/ 2021

«... 15.2 Οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής περιλαμβάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία : α) ... θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης, ... 15.3 Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της παρούσας, ήτοι μέχρι 12/11/2021, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. ...», στο άρθρο 19 «Χρόνος ισχύος προσφορών», ότι «Κάθε υποβαλλόμενη προσφορά δεσμεύει τον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό κατά τη διάταξη του άρθρου 97 του ν. 4412/2016, για διάστημα έξι (6) μηνών, από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών. ...» και στο άρθρο 18 «Ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών-αποσφράγισης», ότι «Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίζεται η 5/4/2021, ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:00π.μ. Ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίζεται η 12/4/2021, ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:00π.μ. ...»

11. Επειδή, σύμφωνα με τους προδιαληφθέντες όρους της διακήρυξης, η εγγυητική επιστολή των συμμετεχόντων θα έπρεπε να ισχύει μέχρι τις 12-11-2021. Και τούτο, διότι αυτήν την ημερομηνία ρητώς και με σαφήνεια αναφέρει το άρθρο 15.3 της διακήρυξης ως την ημερομηνία έως την οποία κατ' ελάχιστον η εγγυητική επιστολή πρέπει να ισχύει. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλονται είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Και ναι μεν η 12/11/2021 δεν ταυτίζεται με τον χρόνο των τριάντα (30) ημερών μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της παρούσας, που είναι πράγματι η 4^η/11^{ου}/2021, όμως ο χρόνος αυτός ορίζεται ως ελάχιστος προβλεπόμενος, με τον ορισμό δε ρητής και συγκεκριμένης ημερομηνίας (αυτή της 12/11/2021), αυτή πλέον καθίσταται ως προβλεπόμενη επί ποινή απόρριψης ελάχιστη ημερομηνία ισχύος της εγγυητικής επιστολής. Και υπό την εκδοχή, μάλιστα, ότι λόγω της διατύπωσης του πρώτου εδαφίου της επίμαχης διατύπωσης της παρ. 15.3 του άρθρου 15 της διακήρυξης, προκαλείται σύγχυση ως προς το αν η εγγυητική επιστολή πρέπει να ισχύει για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της διακήρυξης, δηλαδή μέχρι τις 4/11/2021 ή μέχρι τη ρητώς οριζόμενη ημερομηνία της 12/11/2021, σε κάθε περίπτωση, και σύμφωνα με τις διατυπώσεις του άρθρου 15.2 της διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: 1171/ 2021

θα πρέπει από το κείμενο της εγγυητικής επιστολής να προκύπτει ότι αυτή ισχύει τουλάχιστον μέχρι τις 4/11/2021, σε διαφορετική περίπτωση η προσφορά πρέπει ν' απορριφθεί. Και τούτο, διότι δια της μνείας στο σώμα της εγγυητικής επιστολής του προβλεπόμενου στη διακήρυξη χρόνου ισχύος της διασφαλίζεται η εξυπηρέτηση του σκοπού, στον οποίο αποβλέπει ο νομοθέτης που συνίσταται στην άμεση και απρόσκοπτη καταβολή στην αναθέτουσα αρχή του ποσού της εγγυητικής επιστολής σε περίπτωση αθέτησης από το συμμετέχοντα στο διαγωνισμό των συναφών υποχρεώσεων του (πρβλ. ΣτΕ 963/2000, 2513/1993 κ.ά.). Έχει κριθεί, τέλος, ότι η μη υποβολή εντός της προθεσμίας κατάθεσης των προσφορών εγγυητικής επιστολής με το στη διακήρυξη προβλεπόμενο χρόνο ισχύος της, ενόψει της τυπικότητας της διαδικασίας των δημοσίων διαγωνισμών, συνεπάγεται τον αποκλεισμό του συμμετέχοντος, μη επιτρεπόμενης της εκ των υστέρων αντικατάστασης ή συμπλήρωσης της ήδη υποβληθείσας αντικανονικής ως προς τον χρόνο ισχύος της - εγγυητικής επιστολής – ανεξαρτήτως του λόγου στον οποίο οφείλεται το εμφιλοχωρήσαν ενδεχομένως σ' αυτήν σφάλμα (πρβλ. Σ.Τ.Ε. 3026/2004, 963/2000,4355/1997, Ε.Α. 512/2005, 470/2000, 34, 282/2003).

12. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, ο προσφεύγων για τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό υπέβαλε τη με αριθμό ...εγγυητική επιστολή από το ΤΜΕΔΕ, την οποία εξέδωσε στις 30-03-2021. Στο σώμα αυτής της εγγυητικής επιστολής αναφέρεται ότι «ισχύει 210 ημέρες από την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού και καλύπτει μόνο τις από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό απορρέουσες υποχρεώσεις του υπέρ ου η εγγύηση καθ' όλο το χρόνο ισχύος της», αμέσως παραπάνω δε αναφέρεται ότι «Έχουμε την τιμή να σας γνωρίσουμε ότι σας παρέχουμε την εγγύησή μας ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, παραιτούμενοι από την ένσταση δίζησης και το δικαίωμα διαίρεσης, υπέρ του/της: (επωνυμία) ...(ΑΦΜ) ...Διεύθυνση: ...μέχρι του ποσού ευρώ ΤΕΣΣΣΕΡΙΣ ΧΙΛΙΑΔΕΣ ΠΕΝΤΑΚΟΣΙΑ ΠΕΝΗΝΤΑ ΔΥΟ ΕΥΡΩ (4.552,00 €) στο οποίο και μόνο περιορίζεται η εγγύησή μας για τη συμμετοχή του/της στο διαγωνισμό σας, που θα διεξαχθεί την 05/04/2021 με τη διακήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου για την ανάθεση της σύμβασης "«Βελτίωση βατότητας-κατασκευή τεχνικών-σήμανση και ασφάλεια οδικών τμημάτων στο Δήμο ...»". Από το σώμα της ως άνω εγγυητικής επιστολής, συνεπώς, και από το γεγονός

Αριθμός απόφασης: 1171/ 2021

ότι σε αυτήν αναφέρεται η 5^η/4^{ου}/2021 ως ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού, ανεξαρτήτως του πότε πραγματικά νοείται ότι διεξάγεται ο διαγωνισμός ή αν η ημερομηνία αυτή είναι εσφαλμένη και η ορθή ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού είναι η 12/4/2021, κατά την οποία στη διακήρυξη προβλέπεται ότι θα αποσφραγιστούν οι προσφορές, σε κάθε περίπτωση προκύπτει ότι η εν λόγω εγγυητική επιστολή έχει ισχύ 210 ημερών από τις 5-4-2021, δηλαδή έχει ισχύ μέχρι την 1-11-2021, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, είχε επομένως μικρότερη χρονική ισχύ από την κατ' ελάχιστο οριζόμενη στη διακήρυξη ημερομηνία ισχύος της, η οποία ρητώς οριζόταν η 12/11/2021, είχε όμως μικρότερη ημερομηνία ισχύος της και από τις 4/11/2021, ημερομηνία που ταυτίζεται με τον χρόνο των τριάντα (30) ημερών μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της διακήρυξης. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω και ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας, νομίμως η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα πρέπει ν' απορριφθούν ως αβάσιμα.

13. Επειδή, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί.

14. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέθεσε ο προσφεύγων για την εξέταση της προσφυγής του.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 14 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 5 Ιουλίου 2021 από τον αναπληρωτή της νέας Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθ. 71/28.06.2021 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Μιχαήλ Γ. Σοφιανός