

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση:
Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση και Μιχαήλ Οικονόμου,
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.04.2019 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 468/16.04.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., ... αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... με την επωνυμία «...» (εφεξής αναθέτων φορέας), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η απόφαση της υπ' αριθμ. 416/05.04.2019 συνεδρίασης της Διοικούσας Επιτροπής του ..., με την οποία εγκρίθηκε το από 08.01.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το μέρος που με αυτήν κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 20/2018 Διακήρυξη του ..., το οποίο, εν προκειμένω, λόγω του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, αποτελεί αναθέτοντα φορέα, δυνάμει του άρθρου 233 του Ν. 4412/2016, προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός κάτω των ορίων για την ανάθεση της σύμβασης «ΠΑΡΟΧΗ ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΓΓΡΑΦΩΝ ΚΑΙ ΔΕΜΑΤΩΝ ΕΣΩΤΕΡΙΚΟΥ ΚΑΙ ΕΞΩΤΕΡΙΚΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΞΥΠΗΡΕΤΗΣΗ ΤΩΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΕΚΠΑΙΔΕΥΤΙΚΩΝ ΑΝΑΓΚΩΝ ΤΟΥ ...», συνολικού

Αριθμός Απόφασης: 602/2019

προϋπολογισμού 207.067,00€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 04.12.2018 με Α.Δ.Α.Μ. ... 2018-12-04, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει εκδοθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το (ελάχιστο) νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ύψους 600,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., εξοφληθέν δυνάμει του από 15.04.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας), δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη χωρίς ΦΠΑ των τμημάτων («ΟΜΑΔΩΝ») σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή ανέρχεται στο ποσό των 58.846,00 €.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 09.04.2019, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως, άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 16.04.2019. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα στις 16.04.2019.

5. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή ασκείται μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι με την προσβαλλόμενη απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας.

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 17.04.2019.

7. Επειδή, με το από 24.04.2019 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε στην Α.Ε.Π.Π. μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού – καθώς και μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν – ο αναθέτων φορέας υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό κρίση προσφυγής. Ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε τις ως άνω απόψεις της στους διαγωνιζομένους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, καθώς και μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 24.04.2019.

8. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την υπ' αριθ. 20/2018 Διακήρυξη του ..., προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός κάτω των ορίων για την ανάθεση της σύμβασης «ΠΑΡΟΧΗ ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΓΓΡΑΦΩΝ ΚΑΙ ΔΕΜΑΤΩΝ ΕΣΩΤΕΡΙΚΟΥ ΚΑΙ ΕΞΩΤΕΡΙΚΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΞΥΠΗΡΕΤΗΣΗ ΤΩΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΕΚΠΑΙΔΕΥΤΙΚΩΝ ΑΝΑΓΚΩΝ ΤΟΥ ...». Σύμφωνα με το άρθρο 3 της Διακήρυξης«... δύναται να δοθούν προσφορές για μία ή περισσότερες ή το σύνολο των παρακάτω ομάδων, με την προϋπόθεση επί ποινή αποκλείου, τη συμπλήρωση όλων των άρθρων της κάθε ομάδας στην οποία συμμετέχει ο υποψήφιος ανάδοχος και στο πλαίσιο του επιμέρους προϋπολογισμού για κάθε μία από αυτές. ΟΜΑΔΑ I - ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΗ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΕΓΓΡΑΦΩΝ ΕΣΩΤΕΡΙΚΟΥ- ΑΠΛΗ ΑΠΟΣΤΟΛΗ ΕΓΓΡΑΦΩΝ: ενδεικτικού προϋπολογισμού 35.790.00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. και 44.379,60 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ΟΜΑΔΑ II - ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΗ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΤΑΧΥΜΕΤΑΦΟΡΑΣ ΕΓΓΡΑΦΩΝ- ΔΕΜΑΤΩΝ ΕΣΩΤΕΡΙΚΟΥ ΜΕ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΟ ΠΑΡΑΔΟΣΗΣ ΣΤΟΝ ΠΑΡΑΛΗΠΤΗ: ενδεικτικού

Αριθμός Απόφασης: 602/2019

προϋπολογισμού 14.066,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. και 17.441,84 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ΟΜΑΔΑ III - ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΗ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΕΓΓΡΑΦΩΝ-ΔΕΜΑΤΩΝ ΕΣΩΤΕΡΙΚΟΥ ΜΕ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΟ ΠΑΡΑΔΟΣΗΣ ΣΕ ΣΗΜΕΙΟ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ: ενδεικτικού προϋπολογισμού 110.610,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. και 137.156,40 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ΟΜΑΔΑ IV - ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΗ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΕΓΓΡΑΦΩΝ ΕΞΩΤΕΡΙΚΟΥ-ΑΠΛΗ ΑΠΟΣΤΟΛΗ ΕΓΓΡΑΦΩΝ: ενδεικτικού προϋπολογισμού 1.821,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. και 2.258,04 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ΟΜΑΔΑ V - ΤΑΧΥΔΡΟΜΙΚΗ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΤΑΧΥΜΕΤΑΦΟΡΑΣ ΕΓΓΡΑΦΩΝ- ΔΕΜΑΤΩΝ ΕΣΩΤΕΡΙΚΟΥ ΜΕ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΟ ΠΑΡΑΔΟΣΗΣ ΣΤΟΝ ΠΑΡΑΛΗΠΤΗ: ενδεικτικού προϋπολογισμού 44.780,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. και 55.527,20 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ...». Στο διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορές η προσφεύγουσα (προσφορά με α/α συστήματος ...), η διαγωνιζόμενη «...» (προσφορά με α/α συστήματος ...) και η διαγωνιζόμενη «...» (προσφορά με α/α συστήματος ...). Ειδικότερα για τις ΟΜΑΔΕΣ II και V, στις οποίες αφορά η υπό εξέταση προσφυγή, υπέβαλαν προσφορές η προσφεύγουσα και η διαγωνιζόμενη «...». Μετά την αποσφράγιση και τον έλεγχο των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» των διαγωνιζομένων εκδόθηκε η προσβαλλόμενη Απόφαση της Διοικούσας Επιτροπής του αναθέτοντος φορέα, με την οποία, κατόπιν έγκρισης του οικείου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και η αποδοχή των προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων. Ειδικότερα, η προσφορά της προσφεύγουσας απερρίφθη με την αιτιολογία «Μη αναγραφή στην εγγυητική επιστολή συμμετοχής της συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» του απαιτούμενου όρου από το άρθρο 7.2.3 της υπ. αρ. ... διακήρυξης, ήτοι απουσία του υποχρεωτικού όρου “Ο εκδότης της εγγύησης υποχρεούται να προβεί στην παράταση της ισχύος της εγγύησης μετά από έγγραφο της αρμόδιας υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής, που θα υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγύησης” , το οποίο αποτελεί έλλειμμα πληρότητας της εγγυητικής επιστολής, καθ’ όσον πρόκειται για υποχρεωτικό όρο της ως άνω διακήρυξης, που αποτελεί κανονιστική

πράξη». Κατά της ως άνω Απόφασης της Διοικούσας Επιτροπής του αναθέτοντος φορέα ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 253 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, ...». Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. 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 τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. ...».

10. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 5 «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» και ειδικότερα το άρθρο 5.1 «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» της Διακήρυξης «Κάθε ένας από τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό υποχρεούται να υποβάλλει ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά του στον υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνική προσφορά» επί ποινή αποκλεισμού, εγκαίρως και προσηκόντως τα παρακάτω δικαιολογητικά, σε μορφή αρχείου pdf. (1) Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Άρθρο 7 παρ. 7.2. της παρούσας. ...». Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 7 «ΕΓΓΥΗΣΕΙΣ» της Διακήρυξης «7.1. ... Με την εγγυητική επιστολή, που αποτελεί αυτοτελή σύμβαση, το πιστωτικό ίδρυμα αναλαμβάνει την υποχρέωση να καταβάλλει ορισμένο ποσό, μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται, χωρίς να δύναται να ερευνά, εάν πράγματι υπάρχει, ή εάν είναι νόμιμη, η απαίτηση (κύρια οφειλή). 7.2 ΕΓΓΥΗΣΗ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ. 7.2.1. Οι Προσφέροντες οφείλουν, με ποινή αποκλεισμού, μαζί με την προσφορά, να καταθέσουν σε πρωτότυπο Εγγύηση Συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, της οποίας το ποσό θα πρέπει να καλύπτει το 2% της συνολικής

προϋπολογισθείσας δαπάνης, εκτός του Φ.Π.Α. για το σύνολο του έργου που πρόκειται να εκτελεστεί, είτε για κάθε ομάδα που συμμετέχουν σε περίπτωση μερικής εκτέλεσης. ... Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να ισχύει για τουλάχιστον επτά (7) μήνες από την επόμενη της αποσφράγισης των προσφορών. Στην περίπτωση, που η διάρκεια ισχύος της προσφοράς λήγει, η αναθέτουσα αρχή δύναται, πριν τη λήξη της, να ζητήσει από τον προσφέροντα την παράταση, εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής. 7.2.3. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να περιλαμβάνει υποχρεωτικά επί ποινή απαραδέκτου το σύνολο των όρων και στοιχείων της παρούσης παραγράφου, αποκλειόμενης ρητά της παραπομπής σε διατάξεις νόμων: (α) Την ημερομηνία έκδοσης, (β) Τον εκδότη, (γ) Την Αναθέτουσα Αρχή προς την οποία απευθύνεται, (δ) Τον αριθμό της εγγύησης, (ε) Το ποσόν που καλύπτει η εγγύηση, (στ) Την πλήρη επωνυμία, τον ΑΦ.Μ. και τη διεύθυνση του προσφέροντα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση, (ζ) Τα στοιχεία της διακήρυξης (αύξων αριθμός, αριθμός πρωτοκόλλου, τίτλος, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών) η) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της, (ι) Τους όρους ότι: I. Η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως. II. 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 την Αναθέτουσα Αρχή. III. Σε περίπτωση κατάπτωσης της εγγύησης, το ποσόν της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου. IV. Ο εκδότης της εγγύησης υποχρεούται να προβεί στην παράταση της ισχύος της εγγύησης μετά από έγγραφο της αρμόδιας υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής, που θα υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγύησης. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους».

11. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει, ότι «.II. Λόγοι της προσφυγής. Όπως προαναφέρθηκε, η προσφορά της εταιρείας μας απορρίφθηκε για έλλειμα πληρότητας της εγγυητικής επιστολής της, αλλά η

αιτιολογία αυτή αντίκειται στις σχετικές περί εγγυητικών επιστολών διατάξεις του ν. 4412/2016 και είναι εσφαλμένη, διότι ειδικότερα: 1ος λόγος προσφυγής. Α. 1. Ο νόμος 4412/2016 ορίζει σχετικά με τις εγγυήσεις στο άρθρο 72 παρ. 1 περ. α' ότι: « Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής». 2. Τα ελάχιστα κατά νόμο στοιχεία των εγγυήσεων ορίζονται στην παράγραφο 4 του ίδιου άρθρου 72 ως εξής : «4. Οι εγγυήσεις του παρόντος άρθρου περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται (ή τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής στις περιπτώσεις δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών), 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, 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 ή πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού, 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 σύμβασης. 3. Τέλος, σχετικά με την παράταση της ισχύος των προσφορών και των εγγυήσεων, σε συνέχεια και συναφώς προς τα οριζόμενα από το προαναφερθέν άρθρο 72, στο άρθρο 97 παρ. 2 του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «2. Σε περίπτωση αιτήματος για παράταση της ισχύος της προσφοράς,

σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 1 του άρθρου 72, για τους οικονομικούς φορείς που αποδέχθηκαν την παράταση, πριν τη λήξη ισχύος των προσφορών τους, οι προσφορές ισχύουν και τους δεσμεύουν για το επιπλέον αυτό χρονικό διάστημα». Β. Η Διακήρυξη του διαγωνισμού εν προκειμένω προβλέπει σε σχέση με τις εγγυητικές επιστολές συμμετοχής : 1. Στον όρο 7.2.3. ότι : « Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να περιλαμβάνει υποχρεωτικά επί ποινή απαραδέκτου το σύνολο των όρων και στοιχείων της παρούσης παραγράφου, αποκλειόμενης ρητά της παραπομπής σε διατάξεις νόμων: (α) Την ημερομηνία έκδοσης, (β) Τον εκδότη, (γ) Την Αναθέτουσα Αρχή προς την οποία απευθύνεται, (δ) Τον αριθμό της εγγύησης, (ε) Το ποσόν που καλύπτει η εγγύηση, (στ) Την πλήρη επωνυμία, τον ΑΦ.Μ. και τη διεύθυνση του προσφέροντα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση, (ζ) Τα στοιχεία της διακήρυξης (αύξων αριθμός, αριθμός πρωτοκόλλου, τίτλος, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών) η) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της, (ι) Τους όρους ότι: I. Η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως. II. 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 την Αναθέτουσα Αρχή. III. Σε περίπτωση κατάπτωσης της εγγύησης, το ποσόν της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου. IV. Ο εκδότης της εγγύησης υποχρεούται να προβεί στην παράταση της ισχύος της εγγύησης μετά από έγγραφο της αρμόδιας υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής, που θα υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγύησης. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους». 2. Στον όρο 7.2.1 στα τελευταία δύο εδάφια ότι : « Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να ισχύει για τουλάχιστον επτά (7) μήνες από την επόμενη της αποσφράγισης των προσφορών. Στην περίπτωση, που η διάρκεια ισχύος της προσφοράς λήγει, η αναθέτουσα αρχή δύναται, πριν τη λήξη της, να ζητήσει από τον προσφέροντα την παράταση, εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος, τη διάρκεια ισχύος της

προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής». Γ. Εξάλλου, ως προς τη *ratio* των σχετικών με τις εγγυητικές επιστολές διατάξεων που περιλαμβάνονται διαχρονικώς σε όλους τους Κανονισμούς Προμηθειών του Δημοσίου, γίνεται δεκτό ότι οι διατάξεις που προβλέπουν την υποβολή εγγυητικής επιστολής για τη συμμετοχή σε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης αποβλέπουν στην προστασία του δημοσίου συμφέροντος και συγκεκριμένα στην εξασφάλιση της αναθέτουσας αρχής έναντι της έλλειψης σοβαρής πρόθεσης των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό για την ανάληψη της εκτέλεσης της προκηρυχθείσας σύμβασης, καθώς και έναντι της τυχόν μεταβολής των σχετικών προθέσεων αυτών και όλα τα ανωτέρω προς το σκοπό εξασφάλισης της αποτελεσματικότητας της διαδικασίας κάθε διαγωνισμού σε σχέση προς την ανάγκη που η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει δι' αυτού να καλύψει. Η διάρκεια της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής καθορίζεται από τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και σε συνάρτηση πάντοτε με αυτήν. Υπό την έννοια αυτή τυχόν λήξη ισχύος της εγγύησης συμμετοχής σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας καθιστά μη νόμιμη την περαιτέρω συμμετοχή του συγκεκριμένου υποψηφίου στον διαγωνισμό και επιβάλλει τον αποκλεισμό του αλλά και αντιστρόφως : εν ισχύ (εξ απόψεως χρονικής) εγγύηση συμμετοχής για προσφορά η οποία έχει λήξει, είναι άνευ αντικειμένου. Δ. Από τη συνδυαστική ερμηνεία των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης και των διατάξεων του νόμου και σύμφωνα με όσα έχουν γίνει ερμηνευτικώς δεκτά κατά τα ανωτέρω, συνάγονται τα ακόλουθα: 1. Όσον αφορά στο περιεχόμενο των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής που απαιτείτο να κατατεθούν στον επίμαχο Διαγωνισμό, η Διακήρυξη αυτού διαφοροποιείται σε σχέση με τα οριζόμενα στο άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, κατά το μέρος που συμπεριλαμβάνει στο περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής και τον όρο 7.2.3-(ι)-ϊν, ότι δηλαδή « Ο εκδότης της εγγύησης υποχρεούται να προβεί στην παράταση της ισχύος της εγγύησης μετά από έγγραφο της αρμόδιας υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής, που θα υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγύησης ». 2. Η Διακήρυξη (όρος 7.2.1 εδάφιο τελευταίο), ωστόσο, δεν διαφοροποιείται σε σχέση με το νόμο 4412/2016, όσον αφορά τις προϋποθέσεις και τη διαδικασία παράτασης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής : η

παράταση διενεργείται, όπως και ο νόμος προβλέπει, από τον ίδιο τον διαγωνιζόμενο, εφόσον έχει αποδεχθεί να παρατείνει αναλόγως την προσφορά του, κατόπιν σχετικού αιτήματος της αναθέτουσας αρχής. Εκ του νόμου και της Διακήρυξης, ο χρόνος ισχύος της εγγυητικής επιστολής εξαρτάται από το χρόνο ισχύος της προσφοράς του διαγωνιζομένου και προσδιορίζεται εν σχέση με αυτόν. Συνακόλουθα, η παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνδέεται άρρηκτα με την παράταση του χρόνου ισχύος της προσφοράς του διαγωνιζομένου, η οποία αποτελεί προαπαιτούμενό της : παράταση της ισχύος της εγγυητικής επιστολής χωρίς προηγούμενη (ή ταυτόχρονη) παράταση του χρόνου ισχύος της προσφοράς είναι άνευ αντικειμένου. Περαιτέρω, ο μόνος που εκ του νόμου μπορεί να παρατείνει την προσφορά του είναι ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος : υποχρεωτική παράταση της ισχύος της προσφοράς δεν προβλέπεται στο νόμο και θα ήταν και αντισυνταγματική (αντικείμενη ευθέως στο άρθρο 5 του Συντάγματος). Η αναθέτουσα αρχή έχει εκ του νόμου και της Διακήρυξης τη διακριτική ευχέρεια να ζητήσει την παράταση των προφορών των διαγωνιζομένων, αλλά ουδεμία δυνατότητα είτε ο νόμος είτε η Διακήρυξη της παρέχουν να παρατείνει η ίδια μονομερώς το χρόνο ισχύος των προσφορών. 3. Με βάση τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι ο επίμαχος όρος 7.2.3 περ. (i) υποπερ. I V της Διακήρυξης, στο μέτρο που προβλέπει παράταση της εγγύησης με μονομερή πράξη της αναθέτουσας αρχής, ενώ η παράταση της προσφοράς που αποτελεί την αιτία παράτασης της εγγύησης διενεργείται μόνο από τον ίδιο διαγωνιζόμενο, είναι αντιφατικός σε σχέση με τον όρο 7.2.1 τελευταίο εδάφιο που προβλέπει ότι αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει την παράταση ισχύος προσφοράς και εγγύησης από τον διαγωνιζόμενο. 4. Σε κάθε περίπτωση, εκτός από αντιφατικός και ασαφής, ο επίμαχος όρος 7.2.3- (i)- I V στερείται νοήματος, νομικής χρησιμότητας και πρακτικής εφαρμογής. Διότι ποιος ο λόγος να έχει αναθέτουσα αρχή την ευχέρεια να παρατείνει την εγγύηση συμμετοχής διαγωνιζομένου, ο οποίος δεν έχει ήδη παρατείνει το χρόνο ισχύος της προσφοράς του και αντιστρόφως ποιος ο λόγος ο διαγωνιζόμενος που σύμφωνα με τα άρθρα 72 παρ. 1 και 97 παρ. 2 του ν. 4412/2016 αποδέχθηκε να παρατείνει την προσφορά του, να μην παρατείνει και την εγγυητική επιστολή του

(επιφέροντας έτσι ο ίδιος την απόρριψη της παραταθείσας προσφοράς του), αλλά να χρειάζεται να επέμβει η αναθέτουσα αρχή ζητώντας η ίδια από το πιστωτικό ίδρυμα την παράταση της εγγύησης. Ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης επομένως ούτε στην πράξη μπορεί να τύχει εφαρμογής αλλά ούτε και νομικώς δύναται να διασφαλίσει οποιοδήποτε δικαίωμα αναθέτουσας αρχής, ώστε να είναι νομικά αναγκαίος για την ορθή διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας. 5. Επισημαίνεται εξάλλου ότι ο όρος αυτός δεν απαντάται σε κανένα σημείο του ν. 4412/2016. Προβλεπόταν στον προϊσχύοντα Κανονισμό Προμηθειών του Δημοσίου, στο άρθρο 25 παρ. 3 του π.δ. 118/2007. Ο νομοθέτης, ωστόσο, αναγνωρίζοντας ότι ο όρος στερείται νοήματος και πρακτικής χρησιμότητας (όπως αναλυτικώς εκτίθεται ανωτέρω), δεν τον συμπεριέλαβε στις νεότερες διατάξεις περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και ειδικότερα ούτε σε αυτές του άρθρου 157 του ν. 4281/2014, που άρχισε να ισχύει από τον Αύγουστο του 2014 ούτε σε αυτές του νυν ισχύοντος άρθρου 72 του ν. 4412/2016. Στην επίμαχη, δε, Διακήρυξη προφανώς ετέθη εκ προφανούς παραδρομής, από κάποιο παλαιότερο πρότυπο διακηρύξεως συνταχθέν σύμφωνα με το π.δ. 118/2007. 6. Συναφώς, δε, προς τα ανωτέρω και δεδομένης της επικαιροποίησης των προτύπων-τυποποιημένων εγγυητικών επιστολών που εκδίδονται από τις ελληνικές τράπεζες, το περιεχόμενο και οι ακριβείς όροι των οποίων έχουν πλέον διαμορφωθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 72 του ν. 4412 2016, η από 10.12.2018 εγγυητική επιστολή της Τράπεζας ALPHA BANK που η εταιρεία μας κατέθεσε για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, έχει διαμορφωθεί ακριβώς όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του ν. 4412/2016, περιλαμβάνοντας όλα τα προβλεπόμενα στην παράγραφο 4 του άρθρου στοιχεία του κατά το νόμο κύρους των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής σε δημόσιους διαγωνισμούς. Είναι όντως αληθές, ότι στην ως άνω εγγυητική επιστολή δεν έχει συμπεριληφθεί ο όρος 7.3.2-(i)-iv της Διακήρυξης, αλλά η παράλειψη αυτή οφείλεται αποκλειστικά στο γεγονός ότι χρησιμοποιήθηκε το τυποποιημένο έντυπο εγγυητικής επιστολής που εκδίδουν οι ελληνικές τράπεζες. Σε κάθε περίπτωση η υποβληθείσα εγγυητική επιστολή φέρει όλα τα απαραίτητα σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 ν. 4412/2016 στοιχεία για την

εγκυρότητά της. 7. Συναφώς, δε, προς τα ανωτέρω και ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, δεν προκύπτει κάποιο πραγματικό ή νομικό κώλυμα ως προς τη δυνατότητα που θα είχε η αναθέτουσα αρχή να εισπράξει το ποσό της εγγυητικής σε περίπτωση κατάπτωσης της σε βάρος της εταιρείας μας, για όσο χρόνο ίσχυε η προσφορά της, αφού η εγγύηση συμμετοχής καλύπτει το χρόνο ισχύος της προσφοράς, δεδομένου η εκδούσα τράπεζα είχε δεσμευτεί απέναντί της, παραιτούμενη από το δικαίωμα της διζήσεως και της ενστάσεως και η εγγυητική είχε συνταχθεί απόλυτα νομότυπα κατά τα λοιπά στοιχεία της, ώστε να εξασφαλίζεται με απόλυτη ασφάλεια η ταυτότητα του λήπτη της εγγυητικής. Εξάλλου, η παράλειψη αναγραφής του συγκεκριμένου όρου (που δεν προβλέπεται στο νόμο) δεν μπορεί να αποδοθεί σε πλημμέλεια της εταιρείας μας, αλλά της εκδούσας τράπεζας που έχει προσαρμόσει τις εγγυητικές επιστολές βάσει των απαιτήσεων του νόμου, και ως εκ τούτου, είναι δυσανάλογο μέτρο η απόρριψη της προσφοράς μας. Ειδικότερα δε, εφόσον είναι σαφές ότι η παράλειψη αυτή συντελέστηκε με ευθύνη της τράπεζας, η οποία κατά την έκδοση της εγγυητικής βρίσκεται σε υπέρτερη διαπραγματευτικά θέση, αφού ο εκάστοτε εκδότης της εγγυητικής, επιβάλλει στον λήπτη αυτής, τον τύπο και το περιεχόμενο, σύμφωνα με το ακολουθούμενο κάθε φορά υπόδειγμα ή πρότυπο (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 88/2016, σκέψη 16). Συνοψίζοντας τα ανωτέρω: Η μη αναγραφή του όρου περί παρατάσεως της ισχύος της εγγυητικής επιστολής από το οικείο πιστωτικό ίδρυμα, μετά από έγγραφη ειδοποίηση της αναθέτουσας αρχής, δεν επάγεται οιαδήποτε συνέπεια για την εγκυρότητα της εγγυητικής επιστολής που κατέθεσε η εταιρεία μας, διότι ο όρος αυτός στερείται νοήματος, νομικής χρησιμότητας και πρακτικής εφαρμογής, αφού δεν νοείται παράταση της εγγυητικής επιστολής χωρίς προηγούμενη παράταση της προσφοράς, οι οποίες αμφότερες (παράταση προσφοράς και εγγυητικής), διενεργούνται, σύμφωνα με τον όρο 7.2.1 της Διακήρυξης και το άρθρο 72 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016, από τον ίδιο τον διαγωνιζόμενο και όχι από την αναθέτουσα αρχή. Επομένως δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δικαιούται να παρατείνει μονομερώς την προσφορά διαγωνιζομένου, καθίσταται άνευ νοήματος η δυνατότητά της να παρατείνει την ισχύ της εγγυητικής επιστολής διαγωνιζομένου και η πρόβλεψη

του όρου 7.2.3-(ι)- I V είναι άνευ αντικειμένου και ουδέν δικαίωμα υπέρ της αναθέτουσας αρχής θεμελιώνει. Λαμβάνοντας, επομένως υπόψη : (α) την αντιφατικότητα και ασάφεια του όρου 7.2.3.-(ι)-(I V) σε σχέση με τον όρο 7.2.1. εδάφ. τελευταίο της Διακήρυξης, (β) την πρόδηλη αντίθεσή του με το άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016 και το εκεί προβλεπόμενο περιεχόμενο των εγγυήσεων συμμετοχής, (γ) την κατά τα ανωτέρω έλλειψη ουσιαστικού περιεχομένου του όρου ή/και συστατικής δικαιωμάτων υπέρ της αναθέτουσας αρχής λειτουργίας αυτού και (δ) το γεγονός ότι η κατατεθείσα από την εταιρεία μας εγγυητική επιστολή πληροί όλους τους όρους του νόμου για το κύρος της, όπως καθορίζονται στο άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, καθίσταται σαφές ότι παρανόμως απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας μας με την προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία θα πρέπει για τον λόγο αυτό να ακυρωθεί. 2ος λόγος της προσφυγής. Αλλά ακόμα και εάν ήθελε κριθεί ότι ο όρος 7.2.3.-(ι)- I V περί παρατάσεως της ισχύος της εγγυητικής επιστολής από το οικείο πιστωτικό ίδρυμα μετά από έγγραφη ειδοποίηση της αναθέτουσας αρχής, απαιτείτο - παρά το ότι είναι άνευ αντικειμένου - να αναγράφεται στο σώμα της υποβληθείσας εγγυητικής επιστολής, η καθ' ης αναθέτουσα αρχή υποχρεούτο να μας καλέσει να διευκρινίσουμε- συμπληρώσουμε την κατατεθείσα εγγυητική επιστολή. Και τούτο διότι : Α. Όπως προεκτέθηκε ο όρος 7.2.3.-(ι)- I V είναι προδήλως αντιφατικός σε σχέση με τον τελευταίο εδάφιο του όρου 7.2.1, στο μέτρο που ο μεν πρώτος όρος προβλέπει ότι η παράταση της ισχύος της εγγυητικής επιστολής γίνεται μονομερώς από την αναθέτουσα αρχή ενώ ο δεύτερος προβλέπει ότι η παράταση ισχύος της εγγυητικής επιστολής γίνεται από τον διαγωνιζόμενο (κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής). Όπως όμως έχει κριθεί, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, προσφορά τους (Ε.Α. ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Β. Εξάλλου, ακριβώς λόγω του ότι, όπως αναλυτικώς ανωτέρω εξηγήθηκε, ο επίμαχος όρος

αυτός ουδεμία νομική ή πρακτική χρησιμότητα έχει, ούτε συστήνεται ή διασφαλίζεται δι' αυτού κάποιο δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής, οπότε εκ της παραλείψεως του ουδεμία βλάβη σε βάρος της αναθέτουσας αρχής επέρχεται, ούτε προκύπτει κάποιο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της εταιρείας μας έναντι των λοιπών διαγωνιζομένων, καθίσταται σαφές ότι πρόκειται για επουσιώδη έλλειψη της προσφοράς μας. Ως τέτοια, εμπίπτει στις επιτρεπόμενες κατά το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 περιπτώσεις που αφενός επιτρέπεται η παροχή διευκρινίσεων-συμπληρώσεων, αφετέρου η παροχή των αυτών καθίσταται υποχρεωτική, κατά την παράγραφο 6 του ίδιου άρθρου 102, για την καθ' ης αναθέτουσα αρχή, εφόσον εκ της επουσιώδους αυτής παραλείψεως επίκειτο η απόρριψη της προσφοράς μας. Γ. Μάλιστα, η συγκεκριμένη έλλειψη στην εγγύηση συμμετοχής έχει σαφέστατα την έννοια της λεκτικής και φραστικής απόκλισης των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρει έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό της, και διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, που ρητώς ορίζονται στο άρθρο 102 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 ως περιπτώσεις επιτρεπτής συμπλήρωσης. Και επαναλαμβάνουμε ότι η συμπλήρωση αυτή δεν επιφέρει έννομες συνέπειες, αφού ούτως ή άλλως για την παράταση του χρόνου ισχύος της προσφοράς (και συνακόλουθα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής) απαιτείται η συναίνεση της εταιρείας μας (όπως και των λοιπών διαγωνιζομένων) και συνεπώς η αναγραφή του συγκεκριμένου όρου στην εγγυητική επιστολή συμμετοχής είναι άνευ αντικειμένου και δεν επιφέρει έννομες συνέπειες, αφού δεν δεσμεύει τους προσφέροντες. Πρόκειται, λοιπόν, σαφέστατα για μία συμπλήρωση της προσφοράς μας που δεν την τροποποιεί, αφού ούτως ή άλλως έχουμε δεσμευθεί έναντι της αναθέτουσας αρχής (όπως και οι λοιποί διαγωνιζόμενοι) για συγκεκριμένο χρόνο που καλύπτεται από την χορηγηθείσα εγγύηση συμμετοχής, ενώ αν η εταιρεία μας δεν ανανεώσει την προσφορά της ο συγκεκριμένος όρος της εγγυητικής επιστολής είναι άνευ αντικειμένου, γεγονός που αποδεικνύει ότι η προσφορά μας παραμένει η ίδια. Κατά συνέπεια, κατά παράβαση νόμου η καθ' ης αναθέτουσα αρχή δεν μας κάλεσε προς παροχή διευκρινίσεων-συμπληρώσεων αλλά απέρριψε την

προσφορά μας. 3ος λόγος της προσφυγής. Άλλωστε, κατά τη διάταξη του άρθρου 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να εφαρμόζουν την αρχή της αναλογικότητας. Η αρχή της αναλογικότητας εφαρμόζεται ιδίως όταν πρόκειται να αποκλειστεί ένας υποψήφιος (Απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2016, στην υπόθεση C-171/15, *Connexxion Taxi Services BV*). Εν προκειμένω, ο αποκλεισμός μας από τη διαδικασία βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου, αφού η υποτιθέμενη παράλειψη της εγγυητικής επιστολής δεν επηρεάζει ουδόλως το χρόνο ισχύος της προσφοράς μας και εν γένει το σύνολο των δεσμεύσεων που έχουμε αναλάβει έναντι της αναθέτουσας αρχής. Πρόκειται για έναν τυπολατρικό αποκλεισμό, άνευ λόγου, που έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Άρα, πρόκειται για ένα επαχθές μέτρο που δεν δικαιολογείται σε καμία περίπτωση αφού ουδεμία ουσιώδης παρατυπία υφίσταται στην προσφορά μας και συνεπώς και εξ αυτού του λόγου η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να απορριφθεί».

12. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του προβάλλει σχετικώς, ότι «Α. - Με τον α' λόγο της η προσφεύγουσα εταιρεία ισχυρίζεται ότι ο επίμαχος όρος της διακήρυξης είναι άκυρος λόγω αντιθέσεώς του εις την κείμενη νομοθεσία, πλην όμως αυτός παρίσταται ως αβάσιμος, καθ' όσον εάν ήθελε θεωρηθεί ότι αντίκειται στις ισχύουσες διατάξεις και μη νομίμως συμπεριελήφθη στην Διακήρυξη, τότε, και με δεδομένο ότι η τελευταία αποτελεί Κανονιστική Πράξη, ο συγκεκριμένος όρος θα έδει να έχει προσβληθεί σε προηγούμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Και ειδικότερα: 1) Στο άρθρο 34 και υπό τον τίτλο «ΠΡΟΣΦΥΓΕΣ» στην επίμαχη Διακήρυξη ορίζεται ότι «Η παρούσα διακήρυξη και η υπό σύναψη σύμβαση διέπονται από την Ελληνική και κοινοτική νομοθεσία. Οι διατάξεις του Βιβλίου IV (άρθρα 345 - 374) του Ν. 4412/2016 διέπουν τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από τον Αναθέτοντα. Όπου απαιτείται η κατάθεση σχετικών παραβόλων, αυτά κατατίθενται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 7 της υπ' αριθμ. 56902/215/19-05-2017 υπουργικής απόφασης (ΑΔΑ:6Θ4Κ465ΧΙ8-6Ρ7) (Β'1924)». 2) Περαιτέρω, στο άρθρο 361 του Ν. 4412/2016 και υπό τον τίτλο «Προθεσμία άσκησης της προσφυγής» ορίζεται ότι

«1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης». 3) Στο άρθρο 7.2.3. της επίμαχης διακήρυξης ορίζεται ότι «7.2.3. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να περιλαμβάνει υποχρεωτικά επί ποινή απαραδέκτου το σύνολο των όρων και στοιχείων της παρούσης παραγράφου, αποκλειόμενης ρητά της παραπομπής σε διατάξεις νόμων: (α) Την ημερομηνία έκδοσης, (β) Τον εκδότη, (γ) Την Αναθέτουσα Αρχή προς την οποία απευθύνεται, (δ) Τον αριθμό της εγγύησης, (ε) Το ποσόν που καλύπτει η εγγύηση, (στ) Την πλήρη επωνυμία, τον ΑΦ.Μ. και τη διεύθυνση του προσφέροντα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση, (ζ) Τα στοιχεία της διακήρυξης (αύξων αριθμός, αριθμός πρωτοκόλλου, τίτλος, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών) η) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της, (ι) Τους όρους ότι: I. Η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως. II. 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 την Αναθέτουσα Αρχή. III. Σε περίπτωση κατάπτωσης της εγγύησης, το ποσόν της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου. IV. Ο εκδότης της εγγύησης υποχρεούται να προβεί στην παράταση της ισχύος της εγγύησης μετά από έγγραφο της

αρμόδιας υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής, που θα υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγύησης. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους». Ως εκ τούτου ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης, ως παρατίθεται αμέσως προηγουμένως, εάν ήθελε θεωρηθεί ότι αντίκειται στις κείμενες διατάξεις, ως διάταξη-όρος Κανονιστικής πράξης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 361, παρ. 2, β' εδαφ. του Ν. 4412/2016, έδει να έχει προσβληθεί εντός 15 ημερών από την κατά νόμο δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ, καθ' όσον τεκμαίρεται ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας μετά την πάροδο των 15 ημερών από την δημοσίευσή της, και ουχί κατά το παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Όθεν απορριπτέος τυγχάνει ως νόμω αβάσιμος ο συγκεκριμένος λόγος, καθ' όσον ασκήθηκε εκπρόθεσμα η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, κατά τα προρρηθέντα, μη εξεταζόμενων των λοιπών συνεπίκουρων λόγων αυτής. Β.- Άλλως και σε κάθε περίπτωση, και εφ' όσον ήθελε κριθεί ότι νομίμως και εμπροθέσμως ασκείται λεκτέα τα ακόλουθα: Β. Ι.- Η ύπαρξη συγκεκριμένου νομοθετικού πλαισίου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως περιγράφεται στον προαφερθέντα νόμο, δεν αφαιρεί από την εκάστοτε Αναθέτουσα Αρχή την δυνατότητα προσθήκης στη διακήρυξη και περαιτέρω όρων, που κατά την κρίση της, εκτιμά ότι διασφαλίζουν τόσο την ίδια, όσο και τα συμφέροντα του φορέα που εκπροσωπεί, και ιδία τα οικονομικά τοιαύτα. Στην προκειμένη περίπτωση, χωρίς να βλάπτεται ο εκάστοτε συμμετέχων, η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι ο ως άνω επίμαχος όρος διασφαλίζει το Ίδρυμα, καθ' όσον δεν επαφίεται μόνον εις την κρίση και εις την βούληση του συμμετέχοντα, η παράταση του χρόνου ισχύος της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, ισχυούσης συγχρόνως και της προσφοράς του, αλλά, για την ομαλή εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας και την εξασφάλιση της παρατεινομένης ή ήδη εν ισχύει προσφοράς του, θα παρατείνεται υποχρεωτικά και η εγγυητική επιστολή συμμετοχής και με αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής απ' ευθείας προς το εκδόν χρηματοπιστωτικό Ίδρυμα, προς αποφυγή, οιασδήποτε μορφής, μη ομαλής εξέλιξης. Προς τούτο συνηγορεί και το γεγονός, ότι ο όρος αυτός δεν αφορά τον εκάστοτε συμμετέχοντα και την

Αναθέτουσα Αρχή, αλλά είναι ειδικός όρος που αφορά την Αναθέτουσα Αρχή και το εκδόν την εγγυητική επιστολή Χρηματοπιστωτικό Ίδρυμα. Και τούτο διότι: 1) Κατά τη διάταξη του άρθρου 410 ΑΚ «αν κάποιος δεχθεί υπόσχεση παροχής υπέρ τρίτου, μπορεί ν' απαιτήσει να καταβάλει στον τρίτο αυτός που υποσχέθηκε». Σύμβαση υπέρ τρίτου γεννάται εφόσον οι συμβαλλόμενοι συμφωνήσουν να επέλθει κάποιο νομικό αποτέλεσμα υπέρ τρίτου προσώπου, που δεν συμμετείχε στην κατάρτιση της σύμβασης, τούτο δε πρέπει να προκύπτει από τη σύμβαση. Πρόκειται επομένως για τριμερή (τριγωνική) συμβατική σχέση. Στη σύμβαση υπέρ τρίτου ονομάζεται υποσχεθείς αυτός που δεσμεύεται να προβεί σε κάποια παροχή (που μπορεί να συνίσταται και σε παράλειψη) προς τον τρίτο, δέκτης της υπόσχεσης το άλλο μέρος της σύμβασης (αντισυμβαλλόμενος) που δέχεται την υπόσχεση του πρώτου για παροχή και τον τρίτος αυτός στον οποίο οι δύο πρώτοι συμφωνούν να γίνει καταβολή της παροχής. Η σχέση που συνδέει τον υποσχεθέντα με τον δέκτη της υπόσχεσης, ονομάζεται σχέση κάλυψης, ενώ η σχέση μεταξύ τρίτου και το δέκτη της υπόσχεσης, σχέση αξίας. Η οποιαδήποτε υποσχετική σύμβαση (αμφοτεροβαρής ή ετεροβαρής) δύναται να καταρτισθεί με τη μορφή της σύμβασης υπέρ τρίτου, δηλαδή με κάποια από τις παροχές να κατευθύνεται προς τρίτο μη συμβαλλόμενο μέρος. Ανάλογα αν κατά το περιεχόμενο της σύμβασης υπέρ τρίτου θα αποκτήσει ο τρίτος άμεσο και αυτοτελές δικαίωμα, έχοντα το δικαίωμα να απαιτήσει από τον υποσχεθέντα απευθείας εκπλήρωση της παροχής, ή μόνο ο δέκτης της υπόσχεσης θα δύναται να αξιώσει από τον υποσχεθέντα την παροχή προς τον τρίτο, διακρίνεται η σύμβαση υπέρ τρίτου σε γνήσια και μη γνήσια: α) Μη γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου (ή νόθος ή ατελής, καταχρηστική ή εξουσιοδοτική) υπάρχει όταν μόνο ο δέκτης της υπόσχεσης έχει το δικαίωμα να απαιτήσει από τον υποσχεθέντα την εκπλήρωση της συμφωνημένης παροχής στον τρίτο. Ο τρίτος δεν αποκτά κανένα άμεσο και αυτοτελές δικαίωμα και συνεπώς δεν μπορεί να εγείρει ευθέως αξιώσεις κατά του υποσχεθέντος. Ο υποσχεθείς αυτή τη δέσμευση αναλαμβάνει και καταβάλλοντας στον τρίτο εκπληρώνει την υποχρέωσή του απέναντι στον αντισυμβαλλόμενό του και ελευθερώνεται. Το δικαίωμα του δέκτη της υπόσχεσης δεν προϋποθέτει

απόδειξη δικού του συμφέροντος για την εκπλήρωση στον τρίτο. Οι σχέσεις του δέκτη της υπόσχεσης με τον τρίτο όχι μόνο δεν επηρεάζουν τον υποσχεθέντα, αλλά δεν απαιτείται καν να τις γνωρίζει ο τελευταίος. Σε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης, ο δέκτης της υπόσχεσης δικαιούται να απαιτήσει την απόδοση της παροχής στον τρίτο με όποιο περιεχόμενο αυτή έχει (δηλαδή και με τις δευτερογενείς απαιτήσεις) και συνεπώς μπορεί να ζητήσει αποζημίωση λόγω υπερημερίας ή αδυναμίας παροχής ή να απαιτήσει το περιελθόν και γενικά να ασκήσει όλα τα από το νόμο αναγνωρισμένα σχετικά δικαιώματα και β) Γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου (άλλως τέλεια ή δικαιωματική), η οποία είναι και το αντικείμενο της ρύθμισης των άρθρων Α.Κ. 410 επ., υπάρχει όταν ο τρίτος άμεσα και αυτοτελώς δικαιούται να απαιτήσει από τον υποσχεθέντα την παροχή. Συνεπώς, εκτός από το δικαίωμα του δέκτη της υπόσχεσης να απαιτήσει την καταβολή προς τον τρίτο, υφίσταται και ένα ανεξάρτητο δικαίωμα του ίδιου του τρίτου να απαιτήσει την καταβολή από αυτόν που υποσχέθηκε (βλ. Λιτζερόπουλο, ΕρμΑΚ, Εισαγ.410-415 αρ.2, Α. Γεωργιάδη εις Γεωργιάδη-Σταθόπουλο, ΑΚ, ΙΙ, αρθ.410, 1979, αρ.6 επ., σ.426, επ., Ι. Καρακωστα, ΕρμηνΑΚ, αρθρ.410,2006 αρ. 1219 επ., σ. 668 επ., ΑΠ 104/2007 ΧρΙΔ 2007.314, ΕφΘεσ 1038/2009 ΕπισκΕΔ 2009,730, ΕφΑθ 5161/2006 ΕπισκΕΔ 2006.848). 2) Σύμφωνα δε με τη διάταξη του άρθρου 847 ΑΚ με τη σύμβαση της εγγύησης ο εγγυητής αναλαμβάνει απέναντι στο δανειστή την ευθύνη ότι θα καταβληθεί η οφειλή. Αντικείμενο της σύμβασης εγγύησης είναι η ενοχή του εγγυητή ότι θα εκπληρωθεί η παροχή του πρωτοφειλέτη προς τον δανειστή του, αν ο πρωτοφειλέτης την παραλείψει. Ο οικονομικός και δικαιοπρακτικός σκοπός της εγγύησης συνίσταται στην ενίσχυση και εξασφάλιση μιας άλλης (κύριας) ενοχής και δη της ενοχής τρίτου προσώπου. Η σύμβαση εγγύησης είναι ετεροβαρής, αφού κύρια υποχρέωση προς παροχή αναλαμβάνει μόνον ο εγγυητής. Η εγγύηση είναι σύμβαση αιτιώδης, καθώς έμμεσος νομικός σκοπός της είναι η εξασφάλιση του δανειστή για αλλότριο χρέος, κατά τρόπο επικουρικό και παρεπόμενο, δηλαδή για την περίπτωση που ο κυρίως οφειλέτης δεν θα πληρώσει χωρίς να απαιτείται η σύμπραξη του οφειλέτη (Δ.Εφ.Αθ. 430/2009, Εφ.Αθην. 3825/2011, σκεψ. V 1,2, ΝΟΜΟΣ). Όθεν απορριπτός τυγχάνει και ο

β' λόγος της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής. Β. ΙΙ.- 1.- Στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 και υπό τον τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»> ορίζεται 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, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφιών, 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 σσωνος 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 αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς». 2.- Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην ανωτέρω διάταξη και ίδια στην παρ. 2 προκύπτει ότι δεν επιτρέπεται η συμπλήρωση ελλείψεων εγγράφου δικαιολογητικού, και εν προκειμένω της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, όταν η συμπλήρωση «...έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης». Όταν απορριπτέος τυγχάνει ο σχετικός λόγος της προδικαστικής προσφυγής, καθ' όσον το τυχόν προσκομιζόμενο συμπληρωματικό έγγραφο θα αφορούσε «συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης». Β.III.- Ωσαύτως απορριπτέος τυγχάνει ο αμέσως προηγούμενος ισχυρισμός, για το γεγονός ότι το επίμαχο δικαιολογητικό-εγγυητική επιστολή συμμετοχής έδει επί ποινή ακυρότητας, ως αναφέρεται στο προαναφερθέν άρθρο, να εμπεριέχει τους προαναφερόμενους όρους. Με δεδομένο ότι σε αυτή, δηλαδή στο σώμα της εγγυητικής επιστολής, δεν είχε συμπεριληφθεί ο συγκεκριμένος όρος, καθιστά αυτήν εξ αρχής «μη νομίμως κατατεθέν έγγραφο» και ως εκ τούτου ήτο αδύνατος η καθ' οιονδήποτε τρόπο συμπλήρωσή της, εάν και εφ' όσον ήθελε κριθεί ότι ήτο εφικτή. Άλλως και σε κάθε περίπτωση, λεκτέον ότι η συμπλήρωση δεν ανάγεται στις περιοριστικές περιπτώσεις της παρ. 2 του ως άνω άρθρου. Β.IV.- Ουδόλως παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, καθ'

όσον η μη συμμόρφωσή της ανάγεται σε έγγραφο, που από Κανονιστική πράξη, πρέπει εξ αρχής και επί ποινή ακυρότητας, να φέρει τους απαραίτητους όρους, και μάλιστα όρο που ανάγεται στη σύμβαση μεταξύ Αναθέτουσας Αρχής και του παρέχοντος την εγγύηση, κατά τα προδιαληφθέντα, και κατατείνει σε μείζονα εξασφάλιση αυτής (Αρχής), ενώ εκ του νόμου δεν δύναται να συμπληρωθεί με μεταγενέστερο έγγραφο, ως πάντα ταύτα ανελύθησαν ανωτέρω και ως εκ τούτου απορριπτέος τυγχάνει ο σχετικός (γ' λόγος) της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής. Επειδή αρνούμεθα την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, υπόμνημα, ενστάσεις και εν γένει πάντα ισχυρισμό αυτής ως νόμω και ουσία αβασίμους, αναληθείς και αορίστους, επικαλούμεθα δε όσους εξ αυτών μας ωφελούν».

13. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. 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 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 δικαιικού 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. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντας τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC ConstrucionLtd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.).

14. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού 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. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου

της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

15. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά 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). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, ArchusandGama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

16. Επειδή, η παροχή έννομης προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο σύμφωνα με την αρχή του επικαίρου της τηρήσεως των σχετικών διαδικασιών ρητώς εδράζεται και στις διατάξεις του Ν.4412/2016, καθώς προβλέπεται αποκλειστική προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της βλαπτικής για τον προσφεύγοντα πράξης ή παράλειψης

της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΑΕΠΠ 440/2018). Κατά τα παγίως, δε, κριθέντα, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της κατά στάδια προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού, εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόδιτο έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012). Ειδικότερα και επί διακηρύξεων γίνεται δεκτό ότι εφόσον έχουν υποβληθεί οι προσφορές, προκειμένου να είναι παραδεκτή η προσβολή όρων της διακήρυξης θα πρέπει να έχει προηγηθεί η κατάθεση της προσφοράς του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα με επιφύλαξη (ΕΑ ΣτΕ 957/2003, 386/2005, 1122/2008), προϋπόθεση που εν προκειμένω δεν πληρούται, αφού και η ίδια η προσφεύγουσα δεν προβάλλει με την υπό κρίση προσφυγή της, ούτε και προκύπτει ότι δεν έχει αποδεχτεί ανεπιφυλάκτως τους όρους της διακήρυξης (ΣτΕ 1400/2007, ΕΑ ΣτΕ 754/2008, 753/2008, ΣτΕ Ολομ. 1415/2000). Ως εκ τούτου άνευ εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα αμφισβητεί τη νομιμότητα όρων της διακήρυξης με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερης βλαπτικής για τα συμφέροντά της πράξης της αναθέτουσας αρχής (Α.Ε.Π.Π. 822,823/2018, 198/2017, 72/2018). Ομοίως, εξάλλου, έχει κρίνει και η Α.Ε.Π.Π. (822,823/2018, 191/2017) ότι λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως κι επομένως απαραδέκτως σε μεταγενέστερο στάδιο (βλ. ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, SantexSpA, C-327/00 , σκέψεις 32 έως 66), η

σοβαρότητα δε των προβαλλόμενων πλημμελειών δεν ασκεί επιρροή στη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος (πρβλ Α.Ε.Π.Π. 114/2018).

17. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου και όπως συνομολογεί και η ίδια η προσφεύγουσα, στην υποβληθείσα εκ μέρους της εγγυητική επιστολή συμμετοχής δεν περιλαμβάνεται ο προβλεπόμενος στο άρθρο 7.2.3 της Διακήρυξης όρος *«Ο εκδότης της εγγύησης υποχρεούται να προβεί στην παράταση της ισχύος της εγγύησης μετά από έγγραφο της αρμόδιας υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής, που θα υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγύησης»*.

18. Επειδή, στο προπαρατεθέν άρθρο 7.2.3 της Διακήρυξης, η οποία, ως ειδικότερη, κατισχύει του νόμου (ΕΑ ΣΤΕ 506/2013 επί εγγυητικής επιστολής), προβλέπεται ρητώς και σαφώς ότι η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να περιλαμβάνει υποχρεωτικά επί ποινή απαραδέκτου, μεταξύ άλλων, τον επίμαχο όρο *«Ο εκδότης της εγγύησης υποχρεούται να προβεί στην παράταση της ισχύος της εγγύησης μετά από έγγραφο της αρμόδιας υπηρεσίας της Αναθέτουσας Αρχής, που θα υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγύησης»*. Συνεπώς, ο προβαλλόμενος με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο σχετικός όρος είναι ασαφής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο επίμαχος όρος του άρθρου 7.2.3 της Διακήρυξης είναι αντιφατικός σε σχέση με το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 7.2.1 της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο, όπως προαναφέρθηκε *«Στην περίπτωση, που η διάρκεια ισχύος της προσφοράς λήγει, η αναθέτουσα αρχή δύναται, πριν τη λήξη της, να ζητήσει από τον προσφέροντα την παράταση, εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής»* είναι επίσης απορριπτέος ως αβάσιμος. Τούτο, δε, διότι, τα ως άνω άρθρα της Διακήρυξης ουδόλως είναι μεταξύ τους αντιφατικά, αλλά από το συνδυασμό τους συνάγεται σαφώς ότι ορίζεται δυνατότητα του αναθέτοντος φορέα να ζητήσει την παράταση της εγγύησης συμμετοχής διαζευκτικά είτε από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα είτε από τον εκδότη της εγγύησης.

19. Επειδή, περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σύμφωνα με τους οποίους το άρθρο 7.2.3 της Διακήρυξης είναι αντίθετο με το άρθρο 72 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, είναι απορριπτέοι ως απαραδέκτως και δη ανεπιτακτικώς προβαλλόμενοι. Σε κάθε, δε, περίπτωση, όπως η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει, το άρθρο 72 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 ορίζει το ελάχιστο περιεχόμενο των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής, ήτοι δεν αποκλείει, κατ' αρχήν, στον αναθέτοντα φορέα να θέτει με τη Διακήρυξη επιπλέον απαιτήσεις ως προς το περιεχόμενό τους. Επίσης, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι παρανόμως απερρίφθη η προσφορά της διότι η υποβληθείσα εκ μέρους της εγγυητική επιστολή συμμετοχής πληροί όλους τους όρους του νόμου για το κύρος της είναι απορριπτέοι ως ερειδόμενοι επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι η προσφορά της απερρίφθη λόγω μη εγκυρότητας της υποβληθείσας από αυτήν εγγυητικής επιστολής. Πλην όμως, όπως προαναφέρθηκε, η προσφορά της απερρίφθη λόγω μη αναγραφής στην εγγυητική της επιστολή ρητώς επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενου όρου. Δεδομένης, δε, της δεσμίας αρμοδιότητας του αναθέτοντος φορέα να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας λόγω της μη αναγραφής του επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενου επίμαχου όρου, οι σχετικοί ισχυρισμοί προβάλλονται αλυσιτελώς.

20. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης «στερείται νοήματος, νομικής χρησιμότητας και πρακτικής εφαρμογής», *«Διότι ποιος ο λόγος να έχει αναθέτουσα αρχή την ευχέρεια να παρατείνει την εγγύηση συμμετοχής διαγωνιζομένου, ο οποίος δεν έχει ήδη παρατείνει το χρόνο ισχύος της προσφοράς του και αντιστρόφως ποιος ο λόγος ο διαγωνιζόμενος που σύμφωνα με τα άρθρα 72 παρ. 1 και 97 παρ. 2 του ν. 4412/2016 αποδέχθηκε να παρατείνει την προσφορά του, να μην παρατείνει και την εγγυητική επιστολή του (επιφέροντας έτσι ο ίδιος την απόρριψη της παραταθείσας προσφοράς του), αλλά να χρειάζεται να επέμβει η αναθέτουσα αρχή ζητώντας η ίδια από το πιστωτικό ίδρυμα την παράταση της εγγύησης. Ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης επομένως ούτε στην πράξη μπορεί να τύχει εφαρμογής αλλά ούτε και νομικώς δύναται να διασφαλίσει οποιοδήποτε*

δικαίωμα αναθέτουσας αρχής, ώστε να είναι νομικά αναγκαίος για την ορθή διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας». Οι ως άνω ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι, αφενός, καθώς, κατά τα προαναφερθέντα, βάλλουν ανεπιταίρως κατά της Διακήρυξης . Επίσης, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «δεν προκύπτει κάποιο πραγματικό ή νομικό κώλυμα ως προς τη δυνατότητα που θα είχε η αναθέτουσα αρχή να εισπράξει το ποσό της εγγυητικής σε περίπτωση κατάπτωσης της σε βάρος της εταιρείας μας, για όσο χρόνο ίσχυε η προσφορά της, αφού η εγγύηση συμμετοχής καλύπτει το χρόνο ισχύος της προσφοράς, δεδομένου η εκδούσα τράπεζα είχε δεσμευτεί απέναντί της, παραιτούμενη από το δικαίωμα της διζήσεως και της ενστάσεως και η εγγυητική είχε συνταχθεί απόλυτα νομότυπα κατά τα λοιπά στοιχεία της, ώστε να εξασφαλίζεται με απόλυτη ασφάλεια η ταυτότητα του λήπτη της εγγυητικής», καθώς και οι ισχυρισμοί της ως προς τη *ratio* των σχετικών με τις εγγυητικές επιστολές διατάξεων είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι. Τούτο, δε, διότι η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε λόγω της μη αναγραφής στην εγγυητική επιστολή του επίμαχου όρου, η αναγραφή του οποίου απαιτείτο ρητώς επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη, λαμβανομένης υπόψη της αυστηρώς εφαρμοζόμενης στις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων αρχής της τυπικότητας, κατά τα προαναφερόμενα. Σε κάθε, δε, περίπτωση, από το περιεχόμενο της υποβληθείσας από την προσφεύγουσα εγγυητικής επιστολής δεν καλύπτεται η απαίτηση που τίθεται με το επίμαχο άρθρο της Διακήρυξης. Ήτοι, εκ της μη αναγραφής στην εγγυητική επιστολή του επίμαχου όρου, ελλείπει η επιπρόσθετη δυνατότητα που αυτός ορίζει και που ο αναθέτων φορέας έθεσε δια της επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης περί αναγραφής του όρου αυτού.

21. Επειδή, ακολούθως, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας με βάση τους οποίους η μη αναγραφή του επίμαχου όρου στην εκ μέρους της υποβληθείσα εγγυητική επιστολή οφείλεται στην επικαιροποίηση «των προτύπων-τυποποιημένων εγγυητικών επιστολών που εκδίδονται από τις ελληνικές τράπεζες, το περιεχόμενο και οι ακριβείς όροι των οποίων έχουν πλέον διαμορφωθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 72 του ν. 4412 2016»

και ότι συνεπώς η μη αναγραφή του όρου αποτελεί πλημμέλεια της εκδούσας τράπεζας, είναι απορριπτέοι προεχόντως ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι, διότι, και αληθείς υποτιθέμενοι, δεν αίρουν την επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενη υποχρέωση της προσφεύγουσας να συμπεριληφθεί στην εγγυητική της επιστολή ο επίμαχος όρος. Εξάλλου, οι συμμετέχοντες φέρουν την ευθύνη για τη νόμιμη σύνταξη της προσφοράς τους (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 102/2018). Σημειώνεται, δε, περαιτέρω, ότι οι σχετικοί ισχυρισμοί προβάλλονται αναποδείκτως και συνεπώς αορίστως, ενώ, επαλλήλως, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ότι ζήτησε από την εκδούσα την εγγυητική επιστολή Τράπεζα την αναγραφή του επίμαχου όρου και αυτή την αρνήθηκε, ενώ, δεν προβάλλει, αλλά ούτε και προκύπτει, αντικειμενική ή νομική αδυναμία συμπερίληψης του επίμαχου όρου στην υποβληθείσα εκ μέρους της εγγυητική επιστολή. Επίσης, σημειώνεται, ότι στις εγγυητικές επιστολές της Τράπεζας Eurobank που προσκόμισε η διαγωνιζόμενη «...», η οποία, όπως προαναφέρθηκε, συμμετείχε στο διαγωνισμό, όπως και η προσφεύγουσα, για τις ΟΜΑΔΕΣ II και V, αναγράφεται ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης.

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 310 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016 «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα 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 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 στις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, όπως ιδίως 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 διαδικασίας σύναψης σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74) και μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα που θεσπίζονται με το νόμο, τις 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 των όρων 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 της παραγράφου 1 δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης. 4. Ο αναθέτων φορέας 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 πρόκλησής, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που ο αναθέτων φορέας 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 της συγκεκριμένης προσφοράς 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 τον αναθέτοντα φορέα, εάν επίκειται αποκλεισμός του προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

23. Επειδή, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος των άρθρων 102 και 310 παρ. 3

Αριθμός Απόφασης: 602/2019

και των άρθρων 18 και 253 Ν. 4412/2016 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι, η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή των υποβληθεισών προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικώνδεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και δη των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ' άρ. 102 και 310 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Περαιτέρω, κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης αποτελεί υπό προϋποθέσεις η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης (βλ και απόφαση με αρ. 253/2017 ΑΕΠΠ). Ωστόσο, καθίσταται σαφές ότι η πλημμέλεια που αναφέρεται ανωτέρω, θα πρέπει να δημιουργεί

αντικειμενικώς αμφισημία σε συγκεκριμένο όρο ή προδιαγραφή άλλως θα πρέπει να είναι ικανή να δημιουργήσει στον επαρκώς ενημερωμένο υποψήφιο δικαιολογημένη αμφιβολία ως προς την ορθή διαμόρφωση της προσφοράς του, κατά τρόπο που να καθίσταται επιβεβλημένη η επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και συνεπεία αυτής υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τον υποψήφιο ανάδοχο δυνάμει των άρθρων 102 και 310 παρ. 5 για διευκρίνιση ή συμπλήρωση της προσφοράς του (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 393/2019).

24. Επειδή, η διαγραφόμενη με τις διατάξεις του άρθρου 102 διαδικασία δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή ήταν απαραίτητη βάσει ρητών και με σαφήνεια διατυπωθέντων όρων της διακήρυξης, ούτε να οδηγήσει στην τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς (πρβλ. αποφ. ΔΕΕ της 29ης.3.2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκ. 40, της 11ης.5.2017, Archus και Gama, C-131/16, σκ. 31, της 4ης.5.2017, C 387/14, Esaprojektsp. z o.o. κατά WojewództwoŁódzkie, σκ. 37-40).

25. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, ο προβαλλόμενος με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο αναθέτων φορέας όφειλε να την καλέσει να συμπληρώσει – διευκρινίσει την υποβληθείσα εκ μέρους της εγγυητική επιστολή είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, καθώς με το επίμαχο άρθρο της Διακήρυξης τίθεται σαφώς επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση της Διακήρυξης. Η παντελής, δε, παράλειψη της αναγραφής στην εγγυητική επιστολή του επίμαχου επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενου όρου δεν μπορεί να θεωρηθεί ως *de minimis* πλημμέλεια, δυνάμενη να θεραπευθεί δια της υποβολής διευκρινίσεων δυνάμει του άρθρου 102 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, αφού προϋποθέτει την αντικατάσταση της υποβληθείσας από την προσφεύγουσα εγγυητικής επιστολής, όσον αφορά τον επίμαχο όρο, με τη συμπερίληψη, το πρώτον, της επιπρόσθετης δυνατότητας που εισάγεται με τον επίμαχο όρο, ενώ, άλλωστε, η σχετική αναγραφή απαιτείται ρητώς και σαφώς επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη (πρβλ ΔΕφαθ 30/2019, ΣτΕ 1400/2007, ΕΑ ΣτΕ 155/2016, και πρβλ ΕΑ ΣτΕ 706/2010 a contrario).

Συναφώς, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «η συγκεκριμένη έλλειψη στην εγγύηση συμμετοχής έχει σαφέστατα την έννοια της λεκτικής και φραστικής απόκλισης των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, ..., και διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα» είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, καθώς η πλημμέλεια της υποβληθείσας από την προσφεύγουσα εγγυητικής επιστολής δεν συνίσταται στο ότι αναγράφεται μεν ο απαιτούμενος από τη Διακήρυξη όρος αλλά με διαφορετική, σε σχέση με τη Διακήρυξη, διατύπωση ή δομή, αλλά συνίσταται στην παντελή έλλειψη αναγραφής του επίμαχου όρου. Οι προβαλλόμενοι, δε, ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σύμφωνα με τους οποίους η αναγραφή του επίμαχου όρου δεν τροποποιεί την προσφορά της είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, διότι, όπως προαναφέρθηκε, με τον επίμαχο όρο, τίθεται μία επιπρόσθετη δυνατότητα του αναθέτοντος φορέα, η οποία ελλείπει, λόγω της μη αναγραφής του όρου αυτού στην εγγυητική επιστολή.

26. Επειδή, ο τρίτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, καθώς, όπως προαναφέρθηκε, η μη συμμόρφωση προσφοράς με ρητό και σαφή επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενο όρο της Διακήρυξης άγει υποχρεωτικά κατά δεσμία αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα στον αποκλεισμό της. Εξάλλου, λαμβανομένης υπόψη της αρχής της τυπικότητας, η μη επέλευση των συνεπειών της μη συμμόρφωσης με σαφή επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενο όρο της Διακήρυξης, θα ήγαγε σε άνιση μεταχείριση των διαγωνιζομένων.

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

28. Επειδή, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στις 5 Ιουνίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Άννα Χριστοδουλάκου

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Κωνσταντίνος Πουρναράς