

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16-7-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/668/17-7-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΕΛΛΗΝΙΚΟΣ ΓΕΩΡΓΙΚΟΣ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ (ΕΛΓΟ)– «ΔΗΜΗΤΡΑ»», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά να ακυρωθεί η κοινοποιηθείσα στον προσφεύγοντα από 6.7.2018 Απόφαση από 28-6-2018 της 116^{ης} Συνεδρίασης (Θέμα 3ο) του ΔΣ της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος δι' αυτής αφενός αποφασίστηκε η κατάπτωση της κατατεθείσας εγγύησης συμμετοχής του προσφεύγοντος υπέρ της αναθέτουσας, κατ' άρ. 72 και 103 Ν. 4412/2016, αφετέρου η υποβολή ερωτήματος προς το Υπουργείο Αγροτικής Αναπτύξεως και Τροφίμων περί ενάρξεως της διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 και 74 Ν. 4412/2016 για τον προσφεύγοντα και ως προς τον αποκλεισμό του από εν εξελίξει ή μελλοντικές διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, ως και κατά κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης, στο πλαίσιο ηλεκτρονικού διεθνή ανοικτού διαγωνισμού για την «Παροχή υπηρεσιών εκτελεστικού οργανισμού για το Πρόγραμμα: Προώθηση της Φέτας ΠΟΠ «Feta PDO. Let's get real!» στις αγορές της Γερμανίας, του Ηνωμένου Βασιλείου και της Γαλλίας» (Αριθμ. πρωτ. Διακ. 52033/28-11-2017, CPV:79416000-3 Υπηρεσίες δημοσίων σχέσεων, 72413000-8 Υπηρεσίες σχεδιασμού τοποθεσιών Παγκόσμιου Ιστού (WWW), 64216000-3 Υπηρεσίες ηλεκτρονικών μηνυμάτων και πληροφοριών, 79340000-9 Υπηρεσίες

Αριθμός απόφασης: 588/2018

διαφήμισης και μάρκετινγκ, 22120000-7 Δημοσιεύσεις, 39294100-0 Προϊόντα πληροφόρησης και προβολής, 92111220-0 Παραγωγή διαφημιστικών βιντεοταινιών, 79950000-8 Υπηρεσίες διοργάνωσης εκθέσεων και συνεδρίων), συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 3.420.194,04 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% και 2.758.221,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με κριτήριο τη βέλτιστη σχέση ποιότητας –τιμής, που απεστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ στις 28-11-2017 και έλαβε αριθμό 2017/S 230-479574, το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 30-11-2017 με ΑΔΑΜ 17PROC002334992 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: 50213.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προκείμενης Προδικαστικής Προσφυγής κατεβλήθη παράβολο ποσού 13.800,00 ευρώ, ως φαίνεται από το συνημμένο σε αυτήν παράβολο με κωδικό 22426332395809100002, το οποίο πληρώθηκε με το από 12-7-2018 έμβασμα Τραπέζης Alpha Bank.

2. Επειδή, η από 16-7-2018 προσφυγή βάλλει κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, που κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα την 6-7-2018, με περιεχόμενο αφενός την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής που αυτός κατέθεσε στο πλαίσιο της συμμετοχής του σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, από την οποία κρίθηκε ως αποκλειστέος δια προηγούμενης πράξης της αναθέτουσας, η οποία προσεβλήθη δια προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, η δε προσφυγή αυτή απερρίφθη, ενώ ούτε η Απόφαση της ΑΕΠΠ δια της οποίας απερρίφθη η προσφυγή του ούτε η επικυρωθείσα εξ αυτής πράξης της αναθέτουσας περί ανακλήσεως κατακυρώσεως σε αυτόν και απόρριψης της προσφοράς του, έχουν ανασταλεί ούτε έχει ασκηθεί κατ' αυτών

κατ' άρ. 372 Ν. 4412/2016 Αίτηση Αναστολής, καίτοι η προθεσμία προς τούτο έχει προ πολλού παρέλθει, διανύεται δε κατά τον παρόντα χρόνο απλώς η προθεσμία κατ' αυτών ασκήσεως Αιτήσεως Ακυρώσεως, σύμφωνα και με τα εκ του προσφεύγοντος συνομολογούμενα στην προσφυγή του. Ο δε προσφεύγων βάλλει κατά του παραπάνω κεφαλαίου της προσβαλλομένης με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του επικαλούμενος παράβαση του άρ. 72 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016 και των άρ. 2.2.2.2 και 2.2.2.3 της διακήρυξης, επικαλούμενος περαιτέρω παράβαση αρχών ασφαλείας δικαίου, αναλογικότητας και αποτελεσματικότητας, αλλά και το γεγονός ότι διανύεται ακόμη η προθεσμία άσκησης Αίτησης Ακύρωσης κατά της Απόφασης ΑΕΠΠ 365/2018 που επικύρωσε τον αποκλεισμό του από τη διαδικασία. Αφετέρου, η παραπάνω προσβαλλόμενη περιλαμβάνει απόφαση αποστολής ερωτήματος προς το εποπτεύον Υπουργείο περί της τυχόν ενάρξεως διαδικασίας για αποκλεισμό του προσφεύγοντος από εν εξελίξει και μελλοντικές δημόσιες συμβάσεις, ο δε προσφεύγων με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του βάλλει κατά του ως άνω κεφαλαίου της προσβαλλομένης, αιτιώμενος παράβαση των άρ. 73 και 74 Ν. 4412/2016, ανυπαρξία ζητήματος φερεγγυότητας εκ μέρους του, κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης, παραβίαση της αρχής της χρηστής διοίκησης, έλλειψη νόμιμης αιτιολογίας και πρόωρη έναρξη της οικείας διαδικασίας, ως και παράλειψη ελέγχου περί λήψης επανορθωτικών μέτρων.

3. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, άρα το σκέλος της προσφυγής καθ' ο ο προσφεύγων βάλλει κατά του ως άνω δεύτερου προσβαλλόμενου κεφαλαίου της οικείας πράξης της αναθέτουσας, και δη το καταρχήν παραδεκτό αυτού του λόγου σε σχέση με την εκτελεστότητα του ως άνω κεφαλαίου, προκύπτουν τα εξής, η εξέταση των οποίων πρέπει να προηγηθεί κάθε περαιτέρω περί παραδεκτού εξέτασης. Ενώπιον της ΑΕΠΠ και δια προδικαστικής προσφυγής, προσβάλλονται, κατ' άρ. 346 και 360 Ν. 4412/2016, αποκλειστικά εκτελεστές πράξεις και όχι πράξεις μη χαρακτηριζόμενες από εκτελεστότητα (βλ. ενδεικτικά Αποφάσεις ΑΕΠΠ 173, 547/2018 και ΣΤΕ ΕΑ 421/2014). Τα δε εσωτερικά έγγραφα της διοίκησης δεν έχουν εκτελεστότητα (βλ. ΣΤΕ 2914/1989), μεταξύ δε αυτών περιλαμβάνονται διαβιβαστικά έγγραφα (ΣΤΕ 989/1984), γνωστοποιήσεις και επικοινωνίες

Αριθμός απόφασης: 588/2018

απόψεων μεταξύ διοικητικών αρχών και οργάνων (ΟλΣΤΕ 1819/1995, ΣΤΕ 3446/1981, 782, 4366/1988), αλλά και τα εσωτερικά διακινούμενα έγγραφα που δεν επάγονται έννομες συνέπειες (ΣΤΕ 2298/1981), όπως και οι εντολές που δεν απευθύνονται από ιεραρχικά ανώτερο προς ιεραρχικά κατώτερο όργανο και δεν έχουν έννομες συνέπειες για τον διοικούμενο (ΣΤΕ 348/2010), αλλά και οι οδηγίες, εγκύκλιοι και συστάσεις προς άλλες διοικητικές αρχές (ΣΤΕ 735, 952, 1986, 2011/1981), εφόσον δεν προκύπτουν έννομες συνέπειες για τους διοικούμενους (ΣΤΕ 350/2011). Προφανώς, στην ως άνω κατηγορία μη εκτελεστών πράξεων και για την ταυτότητα του νομικού λόγου υπάγονται και τα ερωτήματα αναθετουσών αρχών προς την εποπτεύουσα αρχή περί της εκ μέρους τους άσκηση των αρμοδιοτήτων τους και ως προς το ποιες τυχόν ενέργειες οφείλουν στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Πολλώ δε μάλλον αυτά ισχύουν για αυτή καθαυτή την απόφαση της αναθέτουσας να αποστείλει τέτοιο ερώτημα. Και τούτο διότι το ερώτημα αυτό, το οποίο καλεί την εποπτεύουσα να παρέχει υπόδειξη προς περαιτέρω ενέργειες, πρώτον, συνιστά εσωτερικό έγγραφο της διοίκησης που δεν επάγεται εξωτερικό αποτέλεσμα για τον διοικούμενο, δεύτερον, δεν έχει το ίδιο έννομες συνέπειες για τους οικονομικούς φορείς, τρίτον συνιστά κατά μέγιστο προπαρασκευαστικό έγγραφο της όποιας τυχόν διαδικασίας κινηθεί και τούτο και υπό την προϋπόθεση ότι αυτή κινηθεί τελικά, πράγμα άγνωστο κατά τον χρόνο απόφασης αποστολής του ερωτήματος και τέταρτον, ακόμη και αν θεωρηθεί ως το πρώτο λογικό βήμα μιας περαιτέρω διαδικασίας που θα προκαλέσει ένα άλλο εσωτερικό έγγραφο, ως σύσταση, οδηγία ή υπόδειξη, που και πάλι δεν θα είναι εκτελεστό και το οποίο τελευταίο αυτό έγγραφο θα οδηγήσει σε μια νομική διαδικασία, η οποία μετά από πολλά ενδιάμεσα στάδια, ενδέχεται να καταλήξει σε ένα δυσμενές για τον διοικούμενο αποτέλεσμα, τούτο δεν το καθιστά ως αυτό καθαυτό εκτελεστό. Αντίθετα, εκτελεστή θα είναι η όποια τυχόν πράξη στην οποία θα καταλήξει ενδεχομένως η όποια τυχόν διαδικασία, εφόσον κινηθεί, πράγμα αβέβαιο κατά τον χρόνο απόφασης απεύθυνσης του ερωτήματος αφού η τελική αυτή πράξη είναι και αυτή που θα επάγεται τις έννομες συνέπειες για τον οικονομικό φορέα. Συγκεκριμένα δε όσον αφορά την έκδοση πράξης αποκλεισμού του άρ. 74 παρ. 3 Ν. 4412/2016 αυτή λαμβάνει χώρα με την εξής

διαδικασία “3. Ο αποκλεισμός επιβάλλεται με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, αρμόδιου για θέματα καταπολέμησης διαφθοράς, καθώς και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, που εκδίδεται μετά από αιτιολογημένη εισήγηση της αναθέτουσας αρχής που διαπιστώνει την συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και (α) για τις διαδικασίες που αφορούν σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών κατόπιν γνώμης του συλλογικού οργάνου της παρ. 5 του άρθρου 41, και (β) για διαδικασίες που αφορούν σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, κατόπιν γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου της Γενικής Γραμματείας Υποδομών. Πριν από την έκδοση της απόφασης περί αποκλεισμού ορισμένου οικονομικού φορέα, παρέχεται σε αυτόν η δυνατότητα ακρόασης.”, η οποία περιλαμβάνει αιτιολογημένη γνώμη της αναθέτουσας, ως εισήγηση, περαιτέρω γνώμη έτερου ειδικού συλλογικού οργάνου και εν τέλει έκδοση ΚΥΑ, μετά από προηγούμενη ακρόαση μάλιστα του οικονομικού φορέα. Συνεπώς, πρόκειται για μια σύνθετη διοικητική διαδικασία, η έναρξη της οποίας σημειώνεται με την υποβολή της οικείας εισήγησης από την αναθέτουσα και επομένως το ερώτημα προς την εποπτεύουσα αρχή περί του αν χρήζει ενάρξεως η διαδικασία αυτή, προηγείται όχι μόνο της τελικής εκτελεστής πράξης, αλλά και της ίδιας της έναρξης της διαδικασίας προς έκδοσή της και κατ’ αποτέλεσμα ουδόλως το ερώτημα αυτό, ως και η ίδια η καταρχήν απόφαση περί απευθύνσεως του συνιστά εκτελεστή πράξη, παραδεκτώς προσβαλλόμενη δια προδικαστικής προσφυγής. Και τούτο ασχέτως του ότι οι εκτελεστές πράξεις που εκδίδονται δι’ αυτής της διαδικασίας, ήτοι οι ΚΥΑ αποκλεισμού του άρ. 74 Ν. 4412/2016 δεν αποτελούν ούτως ή άλλως αντικείμενο προδικαστικής προσφυγής κατ’ άρ. 346 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016, αφού δεν συνιστούν πράξεις της αναθέτουσας αρχής, αλλά υπουργικές αποφάσεις εκδιδόμενες βάσει ειδικά επιφυλασσόμενης αρμοδιότητας (και όχι τυχόν ως αποφάσεις στα πλαίσια της ιδιότητας του Υπουργείου/Ελληνικού Δημοσίου ως αναθέτουσας τυχόν αρχής). Η δε εισήγηση της αναθέτουσας προς έκδοση πράξης αποκλεισμού του άρ. 74 ως πρόταση/θετική σύμφωνη γνώμη είναι και η ίδια αυτοτελώς μη εκτελεστή. Τα

ανωτέρω, ασχέτως αν το εν γένει οικείο ζήτημα περί επιβολής των μέτρων του άρ. 74 Ν. 4412/2016 ανήκει στο καταρχήν πεδίο ελέγχου της ΑΕΠΠ, που αναφέρεται στο προσυμβατικό στάδιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Άρα, ακόμη δε και αν θεωρηθεί τελικά προπαρασκευαστική πράξη (ΟλΣΤΕ 545/1999, ΣΤΕ 1192/1988, 2454/1984, 1196-1197/2006, 265/2009), το παραπάνω ερώτημα, ως και η απόφαση περί αποστολής του, αλλά σε κάθε περίπτωση και ως εσωτερικό έγγραφο της διοίκησης, στερείται ούτως ή άλλως εκτελεστότητας και επομένως απαραδέκτως προσβάλλεται δια προδικαστικής προσφυγής.

4. Επειδή, σε συνέχεια της αμέσως προηγούμενης σκέψης, η δια της προσβαλλόμενης πράξης, απόφαση περί υποβολής ερωτήματος προς το Υπουργείο Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων ως προς την τυχόν έναρξη της διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 και 74 Ν. 4412/2016 περί αποκλεισμού της από εν εξελίξει ή μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, δεν έχει εκτελεστό χαρακτήρα και συνεπώς απαραδέκτως προσβάλλεται δια της προκείμενης προσφυγής. Σημειωτέον δε, ότι η αναφορά της παραπάνω απόφασης στο άρ. 73 παρ. 7 είναι και ανεπίκαιρη, αφού η διάταξη αυτή αναφέρεται σε επανορθωτικά μέτρα τα οποία αξιολογούνται στο πλαίσιο της εν γένει αξιολόγησης των προσφορών και των συμμετοχών και προκειμένου να επιτρέψουν τη συνέχιση της συμμετοχής του οικονομικού φορέα, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό του, στη διανυόμενη διαδικασία, ενώ το άρ. 74 ορίζει τη διαδικασία που έπεται ενός αποκλεισμού λόγω συνδρομής λόγου του άρ. 73 παρ. 1, 2γ και 4 Ν. 4412/2016, ο οποίος αποκλεισμός δεν απεφεύχθη με λήψη επανορθωτικών μέτρων του άρ. 73 παρ. 7 και η διαδικασία αυτή αφορά σε εν γένει αποκλεισμό από το σύνολο των διαδικασιών στις οποίες ο οικονομικός φορέας μετέχει ή θα μετάσχει και όχι από την προκείμενη διαδικασία, η διάγνωση λόγου αποκλεισμού του εκ της οποίας συνιστά προϋπόθεση για την περαιτέρω κίνηση της διαδικασίας γενικού αποκλεισμού του άρ. 74. Κατ'αποτέλεσμα όλων των παραπάνω, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής, ο οποίος στρέφεται κατά του παραπάνω σημείου 2 της προσβαλλομένης πράξεως, είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος ως και η προσφυγή καθ' ο μέρος στρέφεται κατ' αυτού του κεφαλαίου της προσβαλλομένης.

5. Επειδή, όσον αφορά το παραδεκτό του πρώτου λόγου της προσφυγής και δη όσον αφορά την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ να εξετάσει αυτόν, ως στρεφόμενο κατά του πρώτου κεφαλαίου της προσβαλλομένης πράξεως, ήτοι της απόφασης περί καταπτώσεως εγγυητικής συμμετοχής, προκύπτουν τα εξής, η εξέταση των οποίων πρέπει να προηγηθεί κάθε άλλης περί παραδεκτού της προσφυγής σκέψης. Η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επαγόμενη οικονομική βλάβη και επομένως έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημοσίας συμβάσεως λόγω της επέλευσης συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακήρυξης προϋποθέσεων (ΣτΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018 και Ν29/2016). Επομένως, η απόφαση περί καταπτώσεως εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι αναμφίβολα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Εκ του συνδυασμού δε των άρ. 72, 73, 75, 79 και 103 Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι η κατάπτωση αυτή συνέχεται αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαδικασία λόγω παράβασης των όρων της εκ μέρους της προσφοράς του είτε με εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της σύμβασης), άρα και πάλι τον αποκλεισμό του από αυτήν. Στην πρώτη δε περίπτωση όταν δηλαδή η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής επέρχεται ως συναφής συνέπεια και κύρωση λόγω κατ' άρ. 72 παρ. 1 παροχής ψευδών πληροφοριών περί των όρων των άρ. 73-78 Ν. 4412/2016, λόγω κατ' άρ. 103 παρ. 3 ανάδειξης κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης ψευδούς ή ανακριβούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, λόγω κατ' άρ. 103 παρ. 4 μη προσκόμισης δικαιολογητικών κατακύρωσης ή λόγω κατ' άρ. 103 παρ. 5 μη απόδειξης δια των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού ή πλήρωσης κριτηρίων επιλογής, αυτή η κατάπτωση μπορεί να διαταχθεί ομού μετά του αποκλεισμού ή με διακριτή πράξη της αναθέτουσας, χωρίς τούτο να αναιρεί ότι η κατάπτωση συνιστά συνέπεια του γεγονότος που επέφερε τον αποκλεισμό, αναλόγως βέβαια και των επιμέρους στοιχειοθετούντων αυτόν παραμέτρων, ζήτημα (ο αποκλεισμός που επέφερε περαιτέρω και κατάπτωση

της εγγυητικής συμμετοχής) που πάντως αυτονόητα συνιστά διαφορά αναφερόμενη στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας. Εξάλλου, διαφορά που προκύπτει από απόφαση κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής λόγω προηγούμενης ανάκλησης κατακυρωτικής απόφασης του αναδειχθέντος ως αναδόχου, εντάσσεται στη διαδικασία δημοσίου διαγωνισμού που προηγείται της σύναψης δημοσίας συμβάσεως (ΣΤΕ 3385/2011) και συνιστά ακυρωτική διαφορά που υπαγόταν κατά το προϊσχύσαν καθεστώς στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 3886/2010 και κατ' αποτέλεσμα πλέον σε αυτό του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, με αποτέλεσμα τόσο κατά το προϊσχύσαν και επομένως και το νυν ισχύον δίκαιο, η τυχόν περαιτέρω άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως να προϋποθέτει προηγούμενη άσκηση της κατ' άρ. 346 και 360 Ν. 4412/2016 Προδικαστικής Προσφυγής που η εξέτασή της πλέον υπάγεται στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, αδιαφόρως δε αν η προσβαλλομένη δια της προσφυγής και κάθε περαιτέρω ένδικο βοήθημα, πράξη αφορά απόφαση με αποκλειστικό της κεφάλαιο την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η συνδρομή των προϋποθέσεων κατάπτωσης της οποίας ως και η νομιμότητα της εν όλω ή εν μέρει κατάπτωσής της και του μέρους κατά το οποίο εν τέλει κατέπεσε συνιστούν αντικείμενο διαφοράς του άρ. 372 και επομένως και προδικαστικής προσφυγής των άρ. 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 (ad hoc ΣΤΕ 43/2018 και εκεί ιστορικό επί του προϊσχύσαντος πλαισίου του Ν. 3886/2010 και βλ. επιπλέον και ΔΕφΠατρ Ν29/2016 και ΔΕφΑθ 117/2015). Επομένως, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζομένου συνιστά πράξη του προσυμβατικού σταδίου, ήτοι της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγείται της σύναψης σύμβασης και ως εκ τούτου εφαρμοστέα είναι πλέον και υπό το ισχύον δίκαιο κάθε πρόβλεψη του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρ. 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Επιπλέον δε, κατ' άρ. 346 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται όχι μόνο υπέρ όποιου έχει, ήτοι διατηρεί ενεργό δικαίωμα συμμετοχής και επιδίωξης ανάθεσης του συμβατικού αντικειμένου, αλλά και όποιου είχε (βλ. και όμοια διατύπωση σε προϊσχύσαν άρ. 2 Ν. 3886/2010 περί προσωρινής δικαστικής προστασίας,

προϋπόθεση για την οποία και υπό τις αυτές προϋποθέσεις ήταν η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' άρ. 4 του ως άνω νόμου), ήτοι καθ' οιονδήποτε τρόπο ενδιαφέρθηκε να μετάσχει αλλά δεν κατέστη αυτό εφικτό ή μετείχε και αποκλείσθη από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, υπό τη μόνη προϋπόθεση ότι ενδέχεται να υποστεί ή έχει ήδη υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη παράλειψη ή εκτελεστή πράξη, μεταξύ των οποίων κατά τα ανωτέρω συγκαταλέγεται και η απόφαση κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής. Επομένως, ουδόλως προκύπτει εκ του περιεχομένου των οικείων διατάξεων ότι η άσκηση προδικαστικής προσφυγής δεν αναφέρεται και σε οικονομικό φορέα που μετείχε σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (έφθασε δε να καταστεί και ανάδοχος κατόπιν κατακύρωσης σε αυτόν που μετέπειτα ανακλήθηκε και απερρίφθη εκ των υστέρων η προσφορά του) και ο οποίος αυτονόητα υφίσταται οικονομική ζημία από την κατάπτωση, ως αποτέλεσμα ανάκλησης της κατακύρωσης σε αυτόν και αποκλεισμού του κατά τη διάρκεια ακόμη του προσυμβατικού σταδίου και προ της συνάψεως σύμβασης, της εγγυητικής συμμετοχής που υπέβαλε με την προσφορά του στον διαγωνισμό. Είναι δε όλως αδιάφορο αν η απόφαση περί κατάπτωσης εκδίδεται ομού και συνοδεύει την απόφαση ανάκλησης κατακύρωσης ή εν γένει αποκλεισμού καθ' οιονδήποτε τρόπο, του οικονομικού φορέα ή είναι αυτοτελής και εκδίδεται χωριστά και με διακριτή πράξη, στοιχείο που ουδόλως μεταβάλλει το ζήτημα ή αν η τυχόν διακριτή πράξη κατάπτωσης εκδίδεται πριν ή μετά τη σύναψη σύμβασης με έτερο οικονομικό φορέα ως ανάδοχο, αφού τούτο το συμπωματικό και μη έχον κάποια έννομη σημασία γεγονός, ουδόλως αίρει ως αιτία της την ανάκληση κατακύρωσης ή τον εν γένει αποκλεισμό του προσφεύγοντος και τη διάγνωση των οικείων περί κατάπτωσης προϋποθέσεων επί τη βάση της συμμετοχής του στη διαδικασία ανάθεσης και στο πλαίσιο της ιδιότητας που είχε ως μετέχων σε αυτήν, ως και της αξιολόγησης του παραδεκτού της οικείας σε αυτή συμμετοχής του. Επομένως, παραδεκτώς καταρχήν, και με την επιφύλαξη της πλήρωσης των λοιπών προϋποθέσεων παραδεκτού της προσφυγής, προσβάλλεται το πρώτο κεφάλαιο της προσβαλλομένης περί καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, αφού έχει εκτελεστικότητα και συνιστά διαφορά υπαγόμενη σε προδικαστική

προσφυγή και τη συνακόλουθη αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ.

6. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαφορά που αναφύεται στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης γενικών υπηρεσιών με ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, υπάγεται δε βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, ως και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α), αφού ασκήθηκε την 16-7-2018 και η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ την 6-7-2018. Περαιτέρω, η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της Προσφυγής, αφού δια του πρώτου ως άνω κεφαλαίου της προσβαλλομένης και δη την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής βλάπτεται οικονομικά και υπόκειται σε ισόποση με την εγγυητική οικονομική ζημία. Άρα, η προσφυγή του πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη κατά το σκέλος της με το οποίο στρέφεται κατά του δεύτερου κεφαλαίου της προσβαλλομένης περί απεύθυνσης ερωτήματος στο Υπουργείο, πρέπει κατά τα λοιπά, ήτοι κατά τον πρώτο λόγο της που στρέφεται κατά του πρώτου προσβαλλόμενου κεφαλαίου περί κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

7. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα ακόλουθα. Καταρχάς, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται και δη με επίκληση παράβασης των αρχών της ασφάλειας δικαίου, αναλογικότητας και αποτελεσματικότητας, την άσκηση αιτήσεως ακύρωσης κατά των οικείων δύο Αποφάσεων της ΑΕΠΠ δια των οποίων αφενός και συγκεκριμένα, δια της πρώτης απερρίφθη η προδικαστική προσφυγή του κατά του ως άνω αποκλεισμού του από την αναθέτουσα λόγω συνδρομής λόγου αποκλεισμού, αφετέρου και δια της δεύτερης απερρίφθη δεύτερη προδικαστική προσφυγή του κατά επόμενης του αποκλεισμού του και προς συμμόρφωσης με την

προηγούμενη Απόφαση της ΑΕΠΠ πράξη της αναθέτουσας περί ανάδειξης ως (οριστικού) αναδόχου του έτερου συμμετέχοντος, στη δεύτερη δε αυτή περίπτωση μάλιστα ως προδήλως απαράδεκτη. Και τούτο διότι καμία εκ των ως άνω Αποφάσεων ΑΕΠΠ δεν έχει ανασταλεί ούτε εκκρεμεί αίτηση αναστολής κατά τους, αλλά διατηρούν μαζί με τις οικείες αποφάσεις της αναθέτουσας και δη αυτήν βάσει της οποίας απεκλείσθη ο προσφεύγων, η οποία και συνιστά το έρεισμα για τη νυν προσβαλλόμενη πράξη και την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής, την πλήρη ισχύ τους και το τεκμήριο νομιμότητάς τους ως εκτελεστές διοικητικές πράξεις. Η δε αναμονή της ασκήσεως αίτησης ακύρωσης ή ακόμη και η άσκησή της ή η εξ αυτής εκκρεμοδικία ουδόλως δικαιολογεί κάποια τυχόν “αδράνεια” ή “ανενέργεια” των δια της αιτήσεως ακύρωσης προσβαλλομένων (ή “εν αναμονή” προσβαλλομένων) και τη μη επέλευση εξ αυτών των πράξεων των οικείων εννόμων συνεπειών τους.

8. Επειδή, κατ’ άρ. 103 παρ. 5 Ν. 4412/2016 περί δικαιολογητικών κατακύρωσης ορίζεται ότι *“Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε.”*. Επομένως, κατά την προηγούμενη διάταξη η εγγυητική συμμετοχής καταπίπτει σε κάθε περίπτωση που, εκ των δικαιολογητικών κατακύρωσης προκύψει ότι όχι απλώς έχει υποβληθεί ψευδής, αναληθής ή ανακριβής δήλωση στο στάδιο υποβολής της προσφοράς και δια του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ή άλλου τρόπου, αλλά έστω δεν αποδεικνύεται δια των παραπάνω τυχόν νομίμως προσκομισθέντων δικαιολογητικών και δη με θετικό και

αναμφίβολο τρόπο η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού, μεταξύ των οποίων, εφόσον συμπεριλαμβάνεται στη διακήρυξη, όπως εν προκειμένω, αυτός του άρ. 73 παρ. 4 περ. ε' Ν. 4412/2016. Σημειωτέον δε, ότι η παραπάνω διάταξη της παρ. 5 του άρ. 103 είναι αυτοτελής και καθιερώνει όλως διακριτή περίπτωση κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής από αυτήν της παρ. 3 κατά την οποία, η εγγυητική αυτή καταπίπτει αν "διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή", δηλαδή αν από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης έχουν υποβληθεί ψευδείς ή ανακριβείς πληροφορίες στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ. Περαιτέρω, τόσο στην περίπτωση κατάπτωσης της παρ. 3, όσο, πολύ περισσότερο μάλιστα, στην περίπτωση της παρ. 5, η κατάπτωση δεν προϋποθέτει οιαδήποτε σκοπιμότητα, πρόθεση, συνειδητή απόκρυψη και οιοδήποτε εν γένει υποκειμενικό στοιχείο από την πλευρά του προσωρινού αναδόχου, αλλά η κατάπτωση επέρχεται αποκλειστικά και αρκούντων όλως αντικειμενικών στοιχείων. Αυτή είναι και η έννοια της διάζευξης στην παρ. 3 περί ψευδών ή ανακριβών στοιχείων (υπό την έννοια ότι ψευδή είναι τα στοιχεία όταν ο παρέχων αυτά ψεύδεται, δηλαδή συνειδητά δηλώνει στοιχεία μη ανταποκρινόμενα στην πραγματικότητα, ενώ ανακριβή είναι σε κάθε περίπτωση στην οποία εν τέλει και εκ του αποτελέσματος δεν ανταποκρίνονται τα στοιχεία αυτά στην πραγματικότητα). Στη δε περίπτωση της παρ. 5, η οποία είναι συγχρόνως γενικότερη αλλά και ειδικότερη αυτή της παρ. 3. Και είναι ειδικότερη διότι αφορά ειδικώς και συγκεκριμένα από όλα τα υποβαλλόμενα δια του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ στοιχεία, την έλλειψη λόγων αποκλεισμού και τη συνδρομή των κριτηρίων επιλογής (και όχι επί παραδείγματι, τη δήλωση περί νομίμων αντιπροσώπων του προσφέροντος), γενικότερη δε διότι για την πλήρωσή της αρκεί η καθ' οιοδήποτε τρόπο μη απόδειξη συνδρομής των κριτηρίων επιλογής και αντίστροφα, μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού. Άρα, σε κάθε περίπτωση όπου είτε λόγω σκόπιμα αναληθούς δήλωσης είτε λόγω ακούσια και εκ του αποτελέσματος εσφαλμένης και μη ανταποκρινόμενης στην πραγματικότητα δήλωσης είτε ακόμη λόγω εν τέλει και σε κάθε περίπτωση έστω και μη επαρκούς απόδειξης περί του ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού (άρα ακόμη και αν θεωρητικά δεν συντρέχουν, όμως τούτο δεν απεδείχθη εν τέλει κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης), η

εγγυητική συμμετοχής καταπίπτει και πάλι. Πλην όμως, το κοινό στοιχείο όλων των περιπτώσεων κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής του άρ. 103 Ν. 4412/2016, ήτοι των παρ. 3-5 αυτού, εντοπίζεται στο ότι η κοινή και αναγκαία αιτία κατάπτωσης ανάγεται σε αυτά καθαυτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, η έλλειψη, ανεπάρκεια ή το περιεχόμενο των οποίων είναι και ο λόγος για τον οποίο εν τέλει προκύπτει η δήλωση στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ως ψευδής ή ανακριβής ή η μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή η πλήρωση κριτηρίου επιλογής ως μη αποδειχθείσες. Δεδομένου δε, ότι πρόκειται για διάταξη κυρωτικού χαρακτήρα, το άρ. 103 δεν δύναται να εφαρμοσθεί διασταλτικά και αναλογικά, ώστε να καλύψει άλλες περιπτώσεις πέραν του γράμματός του. Ούτως, το άρ. 103 Ν. 4412/2016 δεν καλύπτει την περίπτωση όπου ανακύπτει λόγος αποκλεισμού ή μη πλήρωση κριτηρίου επιλογής σε στάδιο πριν ή μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης (επί παραδείγματι κατά τον έλεγχο των αρχικών δικαιολογητικών συμμετοχής ήτοι του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, όταν και ενδέχεται να περιέλθει εις γνώση της αναθέτουσας, λόγος αποκλεισμού αποδεδειγμένος εκ των προτέρων, γεγονός που επιτρέπει τον αποκλεισμό ήδη από το πρώτο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας) ή περίπτωση όπου η τυχόν συνδρομή λόγου αποκλεισμού δεν προκύπτει από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή το ανακριβές ή ψευδές της τυχόν δηλώσεως σε ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ δεν προκύπτει κατά τη διασταύρωση της οικείας δηλώσεως με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Συνεπώς, η εγγυητική συμμετοχής δεν καταπίπτει στις ανωτέρω περιπτώσεις, τουλάχιστον βάσει του άρ. 103 Ν. 4412/2016 και των εκεί προϋποθέσεων του.

9. Επειδή, κατ' άρ. 72 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016 (που αντιγράφεται στον όρο 2.2.3 της διακήρυξης) ιδρύεται έτερη και αυτοτελής βάση κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής σε σχέση με αυτήν του άρ. 103 και ειδικότερα προβλέπεται ότι *“Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης.”*. Σημειωτέον όμως, ότι κατά το γράμμα της παραπάνω διάταξης η εγγυητική συμμετοχής δεν καταπίπτει σε

κάθε περίπτωση μη απόδειξης συνδρομής λόγου αποκλεισμού ή απόδειξης συνδρομής λόγου αποκλεισμού ή απόδειξης τυχόν εν γένει ανακρίβειας ή ψεύδους επί του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ή ακόμη και απλής ανακρίβειας ως προς τις ειδικότερες δηλώσεις εντός του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ περί μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού, αλλά αποκλειστικά στην περίπτωση όπου προκύπτει ότι ο προσφέρων παρείχε ψευδή, δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει του μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια, στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού. Δηλαδή, θα πρέπει ο προσφέρων να γνωρίζει ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού και παρά ταύτα να απέκρυψε τούτο από την αναθέτουσα, επιχειρώντας με τα προσφερθέντα εκ μέρους του στοιχεία και δηλώσεις να δημιουργήσει σε αυτήν την πεποίθηση ότι δεν συντρέχουν τέτοιοι λόγοι ή να δηλώσει ότι δεν συντρέχουν, εμποδίζοντάς την ούτως να γνωρίζει την αλήθεια. Υπό τις ως άνω προϋποθέσεις είναι δυνατόν να καταπέσει η εγγυητική συμμετοχής και ανεξαρτήτως αν το γεγονός ότι δηλώθηκε πληροφορία μη ανταποκρινόμενη στην πραγματικότητα, επί του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ προέκυψε από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

10. Επειδή, κατά την Απόφαση ΑΕΠΠ 365/2018 και ανεξαρτήτως της ορθότητας της όποιας οικείας κρίσης, πράγμα που δεν δύναται να ελεγχθεί ούτε ευθέως ούτε παρεμπιπτόντως, αφού η ΑΕΠΠ δεσμεύεται επί κάθε προτέρας κρίσεως της επί της ίδιας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 54/2018), κρίθηκε ότι (σκ. 77) *“...όλως επικουρικώς ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας βασίζεται και στη συνδρομή των περ. ζ και η της παρ. 4 του άρθρου 73 περί ψευδών δηλώσεων ή εξ αμελείας παραπλανητικών πληροφοριών. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της διότι ορθώς και αληθώς απάντησε στα επίμαχα ερωτήματα του ΕΕΕΣ δοθέντος και του ότι όταν κλήθηκε να συμπληρώσει το ΕΕΕΣ γνώριζε και το «εάν» και «με ποιο περιεχόμενο» εκδόθηκε η Εκτελεστική απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής αλλά και το βαθμό συνάφειας των προγραμμάτων με τους όρους της Διακήρυξης. Οι ισχυρισμοί της πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι για τους λόγους που αναλύονται διεξοδικά ως άνω.”*, κατά τη σκ. 72 ότι *“Επειδή από τη διατύπωση των επίμαχων ερωτήσεων του ΕΕΕΣ (αν ο οικονομικός φορέας είναι ενήμερος για «τυχόν» σύγκρουση*

συμφερόντων, λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, έχει «παράσχει συμβουλές» στην αναθέτουσα αρχή, έχει «κατ' άλλον τρόπο εμπλακεί» στην «κατάρτιση» της διαδικασίας σύναψης σύμβασης) είναι αρκετά ευρεία και γενική. Εξάλλου, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσφεύγουσα είχε συμμετάσχει σε διαβουλεύσεις με την αναθέτουσα αρχή και τους εμπλεκόμενους φορείς, διατύπωσε η ίδια τις προτάσεις που κατατέθηκαν τελικώς στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή με την συνδρομή τους, ήταν σε θέση να διαπιστώσει την ενσωμάτωση των προτάσεων αυτών στην εν θέματι Διακήρυξη και, ως επιμελής υποψήφιος, θα έπρεπε, αν όχι να απαντήσει αυτομάτως θετικά στις ως άνω ερωτήσεις, τουλάχιστον να υποβάλει ερώτημα διευκρινίσεων στην αναθέτουσα αρχή για την αληθή έννοια των επίμαχων ερωτήσεων σε σχέση με την αποδεδειγμένη και γνωστή στην αναθέτουσα αρχή εμπλοκή της σε προγενέστερο στάδιο ώστε να συμπληρώσει ορθώς το ΕΕΕΣ. Ωστόσο δεν το έπραξε.”. Περαιτέρω, από το ιστορικό της υπόθεσης προκύπτει ότι ο νυν προσφεύγων είχε διέλθει επιτυχώς όλα τα στάδια του διαγωνισμού, κλήθηκε να προσκομίσει δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα προσκόμισε, αυτά εν συνεχεία εγκρίθηκαν με την Απόφαση της 106ης/15-16/3/2018 Συνεδρίασεως του ΔΣ της αναθέτουσας και ούτως ολοκληρώθηκε επιτυχώς και το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με αποδοχή των δικαιολογητικών του και κατακύρωσής του διαγωνισμού σε αυτόν με την Απόφαση της 108ης/23-3-2018 Συνεδρίασεως του ΔΣ της αναθέτουσας. Μόνο μετά την κατακύρωση αυτή και την επακολουθήσασα κοινοποίηση στο αρμόδιο Υπουργείο προς έλεγχο νομιμότητας, το Υπουργείο απέστειλε έγγραφο με το οποίο υποδείκνυε στην αναθέτουσα αποκλεισμό του προσφεύγοντος από τον διαγωνισμό και τούτο διότι η αναθέτουσα δεν τήρησε τη διαδικασία του άρ. 48 Ν. 4412/2016 και περαιτέρω συνέτρεχε στο πρόσωπό του λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 περ. ζ', άλλως η' του Ν. 4412/2016 διότι ο παραπάνω προσφεύγων, όπως προκύπτει από τα πρακτικά του ΔΣ της ίδιας της αναθέτουσας, είχε εμπλακεί στη διαδικασία προετοιμασίας της υπό ανάθεση δημόσιας σύμβασης, συντάσσοντας την πρόταση που κατατέθηκε από την αναθέτουσα ενώπιον της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και εγκρίθηκε από αυτήν και αποτέλεσε το φυσικό αντικείμενο εν τέλει της υπό ανάθεση διαδικασίας, και δεν

Αριθμός απόφασης: 588/2018

δήλωσε τούτο στο ΕΕΕΣ του. Κατόπιν της παραπάνω απάντησης από το Υπουργείο, η αναθέτουσα ανακάλεσε με την απόφαση της 109ης/2-4-2018 συνεδριάσεως του ΔΣ της την προηγούμενη απόφαση της 108ης/23-3-2018 κατακύρωσης του διαγωνισμού στην αναθέτουσα ζητώντας διευκρινίσεις κατ'άρ. 48 από τον προσφεύγοντα, ο οποίος απάντησε την 4-4-2018. Πλην ο Γενικός Γραμματέας του Υπουργείου την 4-4-2018 απάντησε στην αναθέτουσα, ότι άκαιρα πλέον τηρείται η διαδικασία του άρ. 48 Ν. 4412/2016 και επομένως δεν χωρεί στο στάδιο αυτό πλέον ζήτηση διευκρινίσεων αλλά αποκλεισμός κατά τις περ. ζ' και η' της παρ. 4 του άρ. 73 Ν. 4412/2016. Κατόπιν τούτου, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε απόφαση κατά την 110η Συνεδρίαση της 5.04.2018 (αρ. θέματος 01), με θέμα: «Εξέταση διευκρινίσεων του αναδόχου για τον υπ' αριθ. πρωτ. 52033/28-11-2017 διαγωνισμό με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών εκτελεστικού οργανισμού για το Πρόγραμμα: Προώθηση της φέτας ΠΟΠ «Feta PDO. Let's get real!» στις αγορές της Γερμανίας, του Ηνωμένου Βασιλείου και της Γαλλίας» και αποφάσισε τα εξής: α. Την ανάκληση της με αρ. θέματος 01 Απόφασης της 108ης/23.03.2018 Συνεδρίασης του Δ.Σ. «Κατακύρωση του υπ' αριθ. πρωτ. 52033/28-11-2017 διαγωνισμού με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών εκτελεστικού οργανισμού για το Πρόγραμμα: Προώθηση της φέτας ΠΟΠ «Feta PDO. Let's get real!» στις αγορές της Γερμανίας, του Ηνωμένου Βασιλείου και της Γαλλίας». β. Την απόρριψη της προσφοράς για υποβολή ψευδούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ, άλλως για εξ αμελείας παροχή παραπλανητικών πληροφοριών (του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ και η του ν. 4412/2016 και περ. ζ της παρ. 2.2.3.3. της υπ' αριθ. πρωτ. 52033/28- 11-2017 διακήρυξης). γ. Την ανάδειξη του επόμενου καταταγέντος προσφέροντος ως προσωρινού αναδόχου του υπ' αριθ. πρωτ. 52033/28-11-2017 διαγωνισμού. δ. Την κοινοποίηση της παρούσας απόφασης στους προσφέροντες. ε. Την αποστολή της απόφασης στις αρμόδιες υπηρεσίες του ΥΠΑΑΤ. Αυτή ήταν η προσβαλλόμενη εφ' ης εκδόθηκε η Απόφαση ΑΕΠΠ 365/2018 απορρίπτοντας την προδικαστική προσφυγή του νυν προσφεύγοντος και επικυρώνοντας τα κριθέντα δια της παραπάνω πράξης.

11. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω προκύπτει ότι η απόφαση απόρριψης της προσφοράς δεν ανάγεται στο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης

Αριθμός απόφασης: 588/2018

ούτε οφείλεται σε σφάλματα, μη προσκόμιση και ελλείψεις τους ή σε ανάδειξη εξ αυτών ψεύδους ή ανακρίβειας στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος. Αντίθετα, η απόφαση αποκλεισμού του, η οποία επικυρώθηκε από την ΑΕΠΠ, που εξάλλου δεν έχει αρμοδιότητα προσθήκης νέων λόγων αποκλεισμού, αλλά μόνο εξέτασης των λόγων που προβάλλει ο προσφεύγων κατά των ήδη τεθέντων λόγων της αιτιολογίας της προσβαλλομένης, κατ' άρ. 346, 360 και 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, προήλθε κατόπιν έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και χωρίς να λάβει χώρα κρίση επ' αυτών, τα οποία παραμένουν κατά τη μη ανακληθείσα και ισχύουσα Απόφαση της 106ης/15-16/3/2018 Συνεδρίασεως του ΔΣ της αναθέτουσας, εγκριθέντα. Αλλά η απόρριψη της προσφοράς επήλθε δια της μετά από έλεγχο νομιμότητας από την εποπτεύουσα αρχή ανάκληση της αυτοτελούς, από την έγκριση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πράξης κατακύρωσης και κυρίως για λόγο που αφορούσε εν τέλει ζητήματα, γεγονότα και πληροφορίες που εξαρχής τελούσαν σε γνώση της αναθέτουσας και η ίδια δεν τα είχε λάβει υπόψη ως λόγους αποκλεισμού, αλλά τα επανεκτίμησε και τα έκρινε ως τέτοιους λόγους, μόνο κατόπιν του ελέγχου νομιμότητας από το Υπουργείο μεταβάλλοντας τη δική της προτέρα κρίση. Συνεπώς, δεν προκύπτει ότι ο αποκλεισμός επήλθε βάσει των προϋποθέσεων του άρ. 103 Ν. 4412/2016 και δη λόγω ελλείψεως, παρανομίας, ανακρίβειας ή αντίφασης των δικαιολογητικών κατακύρωσης με τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ και συνεπώς ουδόλως χωρεί η εφαρμογή του παραπάνω άρθρου. Άρα, εσφαλμένα η προσβαλλομένη επικαλείται το άρ. 103 Ν. 4412/2016 στην αιτιολογία της κατάπτωσης, ως μόνη δε ελεγχόμενη αιτιολογία απομένει η επίκληση του ερείσματος της επί του άρ. 72 Ν. 4412/2016. Ούτε όμως, η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής επήλθε επί τη βάσει ότι ο προσφεύγων παρείχε ψευδή στοιχεία ως προς τη μη συνδρομή στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού του άρ. 73 Ν. 4412/2016, αλλά λόγω νέας εκτιμήσεως πληροφοριών που ήταν εξαρχής γνωστές στις αναθέτουσες, πλην όμως κατά τον προσφεύγοντα δεν αποτελούσαν λόγους αποκλεισμούς, ενώ εν τέλει κρίθηκαν ότι αποτελούν και τούτο μάλιστα κατόπιν της έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και επιπλέον και καταρχάς κατακύρωσης σε αυτόν. Εξάλλου, η Απόφαση ΑΕΠΠ 365/2018 δεν έκρινε ότι ο προσφεύγων παρείχε ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες,

αλλά ότι είτε οι δηλώσεις στο ΕΕΕΣ του ήταν ψευδείς είτε εξ αμελείας παραπλανητικές. Ομοίως, και με το σημ. β της Απόφασης της 108^{ης} Συνεδρίασης της αναθέτουσας δια του οποίου αποφασίσθηκε η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, η οικεία αιτιολογία βασίστηκε «για υποβολή ψευδούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ, άλλως για εξ αμελείας παροχή παραπλανητικών πληροφοριών». Επομένως, από τις κρίσεις της παραπάνω Απόφασης ΑΕΠΠ, αλλά και της απόφασης της αναθέτουσας περί αποκλεισμού της προσφοράς, δεν προκύπτει με σαφήνεια και αναμφίβολα το ψεύδος εκ μέρους του προσφεύγοντος ούτε ως άνευ ετέρου κριθέν η εκ μέρους του παροχή ψευδών στοιχείων ως προς τους λόγους αποκλεισμού του, άρα και η πλήρωση του οικείου όρου κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής κατ' άρ. 72 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Ο δε προσφεύγων απλώς δήλωσε ανυπαρξία του οικείου λόγου αποκλεισμού, δήλωση που υποστήριξε και ανέλυσε, ασχέτως βασιμότητας των ισχυρισμών του, ενώπιον της αναθέτουσας, αλλά και της ΑΕΠΠ με την προδικαστική προσφυγή του και κατ' αποτέλεσμα δεν δύναται να υπαχθεί στην περίπτωση του άρ. 72 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016 (ΣτΕ ΕΑ 428/2011). Εξάλλου, και η ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ δέχθηκε στη σκ. 70 αυτής ότι *«Εν προκειμένω, η αρνητική απάντηση στις επίμαχες ερωτήσεις του ΕΕΕΣ δεν οφείλεται σε πρόδηλο σφάλμα της προσφεύγουσας αλλά σε συνειδητή επιλογή δεδομένου ότι με την υπό εξέταση προσφυγή της η προσφεύγουσα επιμένει να ισχυρίζεται ότι δεν ετοίμασε και δεν κατέθεσε κάποια πρόταση, ότι οι άτυπες συζητήσεις και έγγραφα δεν αποδεικνύουν την εμπλοκή της με την νομότυπη υποβολή πρότασης ενώπιον του ΕΛΓΟ και ότι το νομικώς κρίσιμο διάστημα που θα μπορούσε να οδηγήσει σε αποκλεισμό της εκκινείται μετά την αποστολή προς δημοσίευση της Διακήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ.»*, ενώ δέχθηκε και ότι *«από τη διατύπωση των επίμαχων ερωτήσεων του ΕΕΕΣ (αν ο οικονομικός φορέας είναι ενήμερος για «τυχόν» σύγκρουση συμφερόντων, λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, έχει «παράσχει συμβουλές» στην αναθέτουσα αρχή, έχει «κατ' άλλον τρόπο εμπλακεί» στην «κατάρτιση» της διαδικασίας σύναψης σύμβασης) είναι αρκετά ευρεία και γενική.»* (σκ. 72). Εξάλλου, με τα ως άνω ερωτήματα ο προσφεύγων δεν κλήθηκε να δηλώσει συγκεκριμένα αντικειμενικά γεγονότα και μάλιστα να

αναλύσει κάθε προηγούμενη δραστηριότητά του σχετική με άτυπες τυχόν διαβουλεύσεις πριν τη διακήρυξη της διαδικασίας, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι με την επίμαχη αρνητική δήλωσή του, απέκρυψε αυτά ή τα δήλωσε κατά τρόπο που δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα και επομένως, η δήλωση που υπέβαλε στο ΕΕΕΣ, κατά την άποψή του, την οποία και υποστήριξε με την προδικαστική προσφυγή του και η οποία ερείδεται σε αναλυτικά στοιχειοθετούμενη εκ μέρους του πεποίθηση ότι δεν πληρούσε τον οικείο λόγο αποκλεισμού και ερμήνευσε νομικά τον σχετικό αυτόν λόγο και τα απαραίτητα για τη στοιχειοθέτησή του γεγονότα με διαφορετικό τρόπο από ο,τι εν τέλει κρίθηκε από την αναθέτουσα και την ΑΕΠΠ, δεν συνιστά παροχή «ψευδών» στοιχείων ή πληροφοριών, κατά την έννοια της σχετικής με την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής διάταξης της παρ. 1 περ. α΄ του άρθρου 72 του ν.4412/2016 (βλ. ΔΕφΑΘ 319/2017, 1073/2018). Άρα, ο οικείος ισχυρισμός του πρώτου λόγου της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός, αφού δεν πληρούνται οι όροι κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής από την αναθέτουσα.

12. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η προδικαστική προσφυγή και δη καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της απόφασης της αναθέτουσας περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

13. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα της αμέσως προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 13.800 ευρώ που κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής του.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την από 28-6-2018 Απόφαση της 116^{ης} Συνεδρίασης (Θέμα 3ο) του ΔΣ της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος δι' αυτής αποφασίστηκε η κατάπτωση της κατατεθείσας εγγύησης συμμετοχής του προσφεύγοντος υπέρ της αναθέτουσας.

Αριθμός απόφασης: 588/2018

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 13.800 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής του.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 23^η Ιουλίου 2018 και εκδόθηκε την 30^η Ιουλίου 2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ