

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 15<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1222/8.10.2019 της εταιρείας με την επωνυμία ..., με τον διακριτικό τίτλο ..., που εδρεύει στη ..., οδός ... αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά της ... (...), που εδρεύει στην ..., οδός ... αριθ. ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής αναθέτων φορέας).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται *«Να ακυρωθούν, ανακληθούν, άλλως τροποποιηθούν... οι προσβαλλόμενες πράξεις, αποφάσεις, παραλείψεις κλπ. Να ακυρωθεί, ανακληθεί, τροποποιηθεί κλπ. α) η υπ' αριθμ. .../26.09.2019 απόφαση του Δ.Σ. της ..., στο σύνολό της, ιδία δε το σκέλος κατά το οποίο αποφασίσθηκε η κατάπτωση υπέρ της ... της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας, β) κάθε άλλη συναφής πράξη, απόφαση παράλειψη. Να απαγορευτεί η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας στο διαγωνισμό, ήτοι της με αρ. .../20-07-2018 εγγυητικής επιστολής, ποσού εκατό χιλιάδων Ευρώ (100.000,00€).»*

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη «δεσμευμένο», και το από 4-10-2019 αποδεικτικό πληρωμής του στην ΕΤΕ).

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

2. Επειδή με την υπ' αριθ. .../2018 διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα, διακηρύχθηκε ανοικτή διαδικασία μέσω του ΕΣΗΔΗΣ κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «*ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΝΕΩΝ ΠΑΡΟΧΩΝ ΚΑΙ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΔΙΚΤΥΟΥ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΣΕ ΠΕΡΙΟΧΕΣ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ΤΟΜΕΑ ... ΤΗΣ ...*», με προϋπολογισμό δημοπράτησης του έργου 5.000.000 € χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) (σελ. 1, 2 του τεύχους δημοπράτησης ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ και άρθ. 11 και 14).

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 21-6-2018 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ όπου ο διαγωνισμός έλαβε το συστημικό αριθμό ... .

4. Επειδή, στο αρθ. 1 με τον τίτλο «*Αντικείμενο - Πεδίο Εφαρμογής*» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «*1. Οι διατάξεις του παρόντος αποτελούν προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις: ...β) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων, που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση Οδηγίας 2004/17/ΕΚ...2. Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: ...β) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ (άρθρα 2 και 222 έως 338), ...από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς ...Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού.... 6. Οι διατάξεις των άρθρων 200 έως 220 εφαρμόζονται στην εκτέλεση συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2, συμπληρωματικά προς τις διατάξεις του Κεφαλαίου Ι του Μέρους Β' του Βιβλίου Ι (άρθρα 129 έως 133) ...»*

5. Επειδή, στο αρθ. 222 με τον τίτλο «*Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)*» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «*1. Το*

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών, ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στα επιμέρους άρθρα του παρόντος Βιβλίου. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. [...].

6. Επειδή στο άρθ. 223 «Αναθέτουσες αρχές (άρθρο 3 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) » του ν. 4412/201 προβλέπεται ότι «1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ως αναθέτουσες αρχές νοούνται το κράτος, οι αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου [...] 4. Ως οργανισμοί δημοσίου δικαίου νοούνται οργανισμοί που έχουν όλα τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α) έχουν συσταθεί για το συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα· β) έχουν νομική προσωπικότητα· και γ) χρηματοδοτούνται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου· ή υπόκεινται σε διαχειριστική εποπτεία από τις αρχές ή τους οργανισμούς αυτούς· ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερα από τα μισά μέλη διορίζονται από το κράτος, τις αρχές περιφερειακής ή τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου». Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθ. 2 παρ. 1 α) και παρ. 4 του ν. 4412/2016 και περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθ. 224 του ν. 4412/2016 « 1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) αναθέτοντες φορείς είναι εκείνοι οι οποίοι: α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 [...]. 2. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπύζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπύζουσα επιρροή εκ μέρους των

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα: α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης....» Και περαιτέρω, στο άρθ. 230 ορίζεται ότι: «Ύδωρ (άρθρο 10 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του ν. 4412/2016: «1. Όσον αφορά στο νερό, οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις ακόλουθες δραστηριότητες: α) την παροχή ή λειτουργία σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής πόσιμου ύδατος· β) την τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με πόσιμο ύδωρ....»

7. Επειδή η εταιρεία με την επωνυμία ... συστάθηκε και διέπεται από τον ν. 1068/1980 «Περί συστάσεως ενιαίου φορέως Υδρεύσεως – Αποχετεύσεως ...», ως τροποποιημένος ισχύει, ενώ σύμφωνα με τον ν. 4389/2016, όπως τροποποιήθηκε με τον ν. 4512/2018, μεταβιβάσθηκε με ισχύ από 1.1.2018 το σύνολο των μετοχών κυριότητας του Ελληνικού Δημοσίου στην ... (το λεγόμενο ...). Η ... συστάθηκε και διέπεται από τον ν. 4389/2016 «Εφαρμοστ. Μνημονίου: ΚΦΕ, ΦΠΑ, Τέλη, φόρος διαμονής, Δηλώσεις περιουσ. κατάστασης κλπ», ως τροποποιημένος με τον ν. 4512/2018 ισχύει, στο άρθ. 184 του οποίου προβλέπεται «1. Συνιστάται ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...». Στις διεθνείς σχέσεις, η Εταιρεία θα χρησιμοποιεί την επωνυμία «...», («...»)... 4. Η Εταιρεία δεν ανήκει στο δημόσιο ή ευρύτερο δημόσιο τομέα, όπως αυτός εκάστοτε ορίζεται. Οι διατάξεις που αναφέρονται σε δημόσιες επιχειρήσεις, υπό την έννοια του ν. 3429/2005 (Α`314), δεν εφαρμόζονται ως προς την Εταιρεία, εκτός αν αυτό ρητά προβλέπεται στον παρόντα νόμο.». Ακολούθως, στο άρθ. 185 προβλέπεται ότι «1. Η Εταιρεία λειτουργεί χάριν του δημοσίου συμφέροντος, σύμφωνα με τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας. Συστήνεται για να εξυπηρετεί ειδικό δημόσιο σκοπό. Ειδικότερα, η Εταιρεία διαχειρίζεται και αξιοποιεί τα περιουσιακά της στοιχεία προκειμένου να:... 2. Στο πλαίσιο του σκοπού της, η Εταιρεία, κατέχει συμμετοχές του Δημοσίου σε επιχειρήσεις του ν. 3429/2005, τις οποίες διαχειρίζεται επαγγελματικά ... » Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθ. 187 του ν. 4389/2016 «1. Το μετοχικό κεφάλαιο της Εταιρείας ανέρχεται σε σαράντα εκατομμύρια (40.000.000) ευρώ, διαιρείται σε

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

σαράντα χιλιάδες (40.000) κοινές ονομαστικές μετοχές ονομαστικής αξίας χιλίων (1.000) ευρώ εκάστης. Το μετοχικό κεφάλαιο της Εταιρείας καλύπτεται στο σύνολό του από το Ελληνικό Δημόσιο. 2. Οι μετοχές της Εταιρείας είναι μη μεταβιβάσιμες. Ενόψει του ότι η λειτουργία της και των άμεσων θυγατρικών της, όπως αυτές ορίζονται στο άρθρο 188 του παρόντος νόμου, εξυπηρετεί ειδικό δημόσιο σκοπό, οι μετοχές της Εταιρείας, οι μετοχές των άμεσων θυγατρικών της, καθώς και οι τίτλοι που ενσωματώνουν το κεφάλαιο του Ταμείου Χρηματοπιστωτικής Σταθερότητας του ν. 3864/2010 (Α` 119) («ΤΧΣ») αποτελούν πράγματα εκτός συναλλαγής κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 966 του Αστικού Κώδικα. 3. Το μετοχικό κεφάλαιο της Εταιρείας δύναται να αυξάνεται με απόφαση της Γενικής Συνέλευσης του μοναδικού μετόχου, κατόπιν πρότασης του Διοικητικού Συμβουλίου, η οποία προσυπογράφεται από το Εποπτικό Συμβούλιο. ....» Εν συνεχεία, σύμφωνα με το άρθ. 188 «1. Από την απόκτηση της νομικής προσωπικότητας της Εταιρείας τα κατωτέρω νομικά πρόσωπα, των οποίων το μετοχικό κεφάλαιο ή οι τίτλοι που το ενσωματώνουν μεταβιβάζονται στην Εταιρεία ή συστήνονται σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος, θεωρούνται για τους σκοπούς του παρόντος νόμου άμεσες θυγατρικές (οι «άμεσες θυγατρικές»): ...δ. Η ... [....] Δημόσιες επιχειρήσεις και νομικά πρόσωπα του ν. 3429/2005 που το μετοχικό τους κεφάλαιο ή ο έλεγχος μεταβιβάζεται στην Εταιρεία σύμφωνα με το άρθρο 197 θεωρούνται για τους σκοπούς του παρόντος νόμου λοιπές θυγατρικές (οι «λοιπές θυγατρικές»)...» Σύμφωνα δε με το άρθ. 197 «1. Το σύνολο των μετοχών κυριότητας του Ελληνικού Δημοσίου στις δημόσιες επιχειρήσεις που απαριθμούνται στα Παραρτήματα Δ`, Ε` και ΣΤ`, τα οποία αποτελούν αναπόσπαστα μέρη του παρόντος νόμου, μεταβιβάζονται αυτοδικαίως και χωρίς αντάλλαγμα στην Εταιρεία...» Σύμφωνα δε με το Παράρτημα Ε «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε` (Επιχειρήσεις που μεταβιβάζονται στην ΕΔΗΣ Ομάδα Β):... 2. ... [....]» Συνεπώς, σύμφωνα με τον συνδυασμό των άρθ. 1, 2, 6, 222, 223, 224, 230 του ν. 4412/2016 και των άρθ. 184, 185, 187, 188, 197, Παράρτημα Ε του ν. 4389/2016, ως τροποποιημένος ισχύει, η ... συνιστά αναθέτοντα φορέα κατά την έννοια του ν. 4412/2016, ως δημόσια επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στην παροχή και λειτουργία δικτύων ύδατος, στην οποία το Ελληνικό Δημόσιο ασκεί δεσπόζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, ως

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

μέτοχος του –μη μεταβιβάσιμου- 100% του εταιρικού κεφαλαίου της ... (του ...), της οποίας θυγατρική κατά 100% είναι η ..., καθόσον το σύνολο των μετοχών της μεταβιβάστηκαν στην ... (στο ...) μέσω της άμεσης θυγατρικής της ... . Ειδικότερα η ... συνιστά αναθέτοντα φορέα του ν. 4412/2016 και διέπεται από τις διατάξεις του, επί τη βάσει μόνου του κριτηρίου της συμμετοχής και του ελέγχου επί του μετοχικού κεφαλαίου της ..., το οποίο ανήκει κατά 100% στο Ελληνικό Δημόσιο μέσω των ως άνω εταιρειών, ήτοι της ... και της ..., των οποίων επίσης το μετοχικό κεφάλαιο ανήκει κατά 100% στο Ελληνικό Δημόσιο, και τούτο ανεξαρτήτως της νομικής φύσης της ... (του ...υ) στην οποία μεταβιβάστηκαν οι μετοχές της ..., και επομένως ο υπό εξέταση διαγωνισμός διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου II του ν.4412/2016.

8. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

9. Επειδή όπως προκύπτει από τα έγγραφα της διαδικασίας, ως βρίσκονται αναρτημένα στον οικείο τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, την 2-8-2018 και μετέπειτα σε διαδοχικές συναντήσεις συνήλθε η Επιτροπή του Διαγωνισμού και εξέδωσε Πρακτικό με ημερομηνία 24-9-2018, σύμφωνα με το οποίο «...η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι όλοι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης της υπόψη εργολαβίας. Ολοκληρώθηκε ο έλεγχος των δικαιολογητικών συμμετοχής και η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε αποδεκτή την προσφορά του μειοδότη και κατάρτισε τον παρακάτω πίνακα, κατά οριστική σειρά μειοδοσίας:

Α/Α ΜΕΙΟΔ.	ΕΠΩΝΥΜΙΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΦΟΡΕΑ	ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΔΑΠΑΝΗ ΕΡΓΟΥ ΜΕ Γ.Ε. & Ο.Ε. (€)	ΜΕΣΗ ΕΚΠΤΩΣΗ
1	«... με δ.τ ...»	2.227.368,00	48,00 %
2	«... με δ.τ ...»	2.446.022,00	42,90 %
3	«...»	2.680.606,00	37,42 %
4	«...»	2.770.758,00	35,31 %

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

Από την ανωτέρω διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, προκύπτει ως αποτέλεσμα ότι μειοδότης και «προσωρινός ανάδοχος» αναδεικνύεται ο οικονομικός φορέας «... με δ.τ ...»....» Ακολούθως, σύμφωνα με την απόφαση υπ' αριθ. .../3-10-2018 του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα (συνεδρίαση 1289 της 3-10-2018) εγκρίθηκε το από 24-9-2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος η ...», με το δ.τ «...» Εν συνεχεία, και κατόπιν της υποβολής από την προσωρινή ανάδοχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, την 4-12-2019 και 13-2-2019 συνήλθε εκ νέου η Επιτροπή του Διαγωνισμού και εξέδωσε αυθημερόν Πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο «..Μετά από τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών, διαπιστώθηκε ότι: 1. οι τρίτοι φορείς, στους οποίους στηρίζεται ο προσωρινός ανάδοχος, δε δεσμεύονται για τη διάθεση των αναγκαίων πόρων για την εκτέλεση των εργασιών ή υπηρεσιών, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, 2. οι φορείς στους οποίους στηρίζεται ο προσωρινός ανάδοχος ως προς το σκέλος της τεχνικής επάρκειας, δε δεσμεύονται σχετικά με τα μέσα και τον τρόπο εκτέλεσης του έργου, 3. για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, δεν αναφέρεται στο σχετικό ιδιωτικό συμφωνητικό η από κοινού ευθύνη του τρίτου φορέα με τον προσωρινό ανάδοχο για την εκτέλεση της σύμβασης.... 1. Δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις για να γίνει η κατακύρωση της σύμβασης του έργου ... στον προσωρινό ανάδοχο – οικονομικό φορέα «... με δ.τ ...» και απορρίπτεται η προσφορά του ... 2. Σύμφωνα με την παρ. 4.2 δ iii της Διακήρυξης, η κατακύρωση θα γίνει στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, ο οποίος είναι ο οικονομικός φορέας «...» (μέση έκπτωση 42,90 %) τηρουμένης της διαδικασίας του άρθρου 4.2 της Διακήρυξης....» Ακολούθως, σύμφωνα με την απόφαση υπ' αριθ. .../22-2-2019 του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα (συνεδρίαση 1313 της 22-2-2019) εγκρίθηκε το από 13-2-2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος η ήδη προσφεύγουσα, και την 1-3-2019 κλήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα όπως υποβάλει τα δικαιολογητικά της κατακύρωσης. Ακολούθως, κατόπιν σχετικού αιτήματος από τον αναθέτοντα φορέα για τη παράταση της προσφοράς της, η προσφεύγουσα δήλωσε με το από 16-4-

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

2019 έγγραφό της ότι συμφωνεί στην παράταση της ισχύος της οικονομικής της προσφοράς έως και την 27-8-2019. Η προσφεύγουσα απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το υπ' αριθ. πρωτ. .../16-4-2019 έγγραφο του ΤΜΕΔΕ όπου εμφανίζεται να παρατάθηκε μέχρι 27-9-2019 η χρονική ισχύς της με αριθ. .../20-7-2018 εγγυητικής επιστολής συμμετοχής υπέρ της προσφεύγουσας. Εν συνεχεία, και κατόπιν της υποβολής από την προσφεύγουσα των δικαιολογητικών της κατακύρωσης, συνήλθε εκ νέου η Επιτροπή του Διαγωνισμού και εξέδωσε Πρακτικό με ημερομηνία 18-6-2019, σύμφωνα με το οποίο γνωμοδότησε ότι «.....Α) Η Ασφαλιστική Ενημερότητα για το Έργο «Αρδευτικά έργα Λιβαδιάς Α Φάση Ζώνες Β-Γ-Δ» που προσκομίστηκε με ημερομηνία έκδοσης **28.06.2018** είχε ισχύ για ένα (1) μήνα, και σημειώνεται ότι οι οικονομικός φορέας έχει ρυθμίσει τις οφειλές του προς το ΙΚΑ-ΕΤΑΜ το οποίο ΔΕΝ αποτυπώθηκε στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε με ημερομηνία 27.07.2018 όπου δεν συμπλήρωσε το αντίστοιχο πεδίο που αναφέρεται στη σελ. 10 του ΤΕΥΔ «**Β. Λόγοι που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, περίπτωση (δ).** Β) Α) Η Ασφαλιστική Ενημερότητα για το Έργο «Επισκευή διαρροών, φρεατίων και επαναφορές οδοστρωμάτων και πεζοδρομίων σε περιοχές αρμοδιότητας τομέα Πειραιά της ... (Ε-860)» που προσκομίστηκε με ημερομηνία έκδοσης **28.06.2018** είχε ισχύ για ένα (1) μήνα, και σημειώνεται ότι οι οικονομικός φορέας έχει ρυθμίσει τις οφειλές του προς το ΙΚΑ-ΕΤΑΜ το οποίο επίσης ΔΕΝ αποτυπώθηκε στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε με ημερομηνία 27.07.2018 όπου δεν συμπλήρωσε το αντίστοιχο πεδίο που αναφέρεται στη σελ. 10 του ΤΕΥΔ «**Β. Λόγοι που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, περίπτωση (δ)**.... τα δικαιολογητικά που προσκομίστηκαν δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής του οικονομικού φορέα «...» ... και ... απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντος φορέα η εγγύηση συμμετοχής του..» Ακολούθως, σύμφωνα με την απόφαση υπ' αριθ. .../24-6-2019 του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα (συνεδρίαση ... της 24-6-2019) εγκρίθηκε το από 18-6-2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και η κατάπτωση υπέρ του αναθέτοντος φορέα της εγγύησης



## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

συμμετοχής στον διαγωνισμό, ο αποκλεισμός του ετέρου οικονομικού φορέα ... και η ανακήρυξη της ... ως προσωρινής αναδόχου.

10. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης με αριθ. .../24-6-2019 του αναθέτοντος φορέα η ήδη προσφεύγουσα άσκησε την από 8-7-2019 προδικαστική προσφυγή με την οποία αιτήθηκε την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης και την απαγόρευση της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ισχυριζόμενη ότι πλημμελώς απορρίφθηκαν τα δικαιολογητικά της οριστικής κατακύρωσης. Επί της προσφυγής εκδόθηκε η με αριθ. 981/2-9-2019 απόφαση της ΑΕΠΠ (3<sup>ο</sup> Κλιμάκιο), με την οποία επικυρώθηκε μεν η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που απέρριψε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας, αλλά ακυρώθηκε δε η προσβαλλόμενη απόφαση ως προς το μέρος που αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής η οποία - ασυνδέτως προβολής σχετικού ισχυρισμού- κρίθηκε ως «...μη νόμιμη διότι κατά το άρθρο 72 παρ. 1 α ν. 4412/2018 ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, όπως εν προκειμένω, η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, όμως, από τα στοιχεία που τέθηκαν υπόψη του Κλιμακίου και κυρίως από την προσβαλλόμενη απόφαση και το από 18-6-2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, δεν συνάγεται ότι ο αναθέτων φορέας ζήτησε και έλαβε την απαιτούμενη εκ του νόμου γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου...» Κατά της απόφασης ΑΕΠΠ, η προσφεύγουσα άσκησε την 13-9-2019 αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθήνας.

11. Επειδή όπως προκύπτει από τα έγγραφα της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα αιτήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα την 20-9-2019 μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του οικείου τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής *επικοινωνία*), την επιστροφή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής «...σε συνέχεια της λήξης ισχύος της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας ήδη από την 27-8-2019..»

12. Επειδή 23-9-2019, και μετ' αναβολή την 25-9-2019, συνήλθε το Τεχνικό Συμβούλιο του αναθέτοντος φορέα, με θέμα «Ακύρωση της υπ' αρ.

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

.../24.06.2019 απόφασης του Δ.Σ. ... κατά το σκέλος με το οποίο αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του οικονομικού φορέα «...» σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 981/2019 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - 3ο Κλιμάκιο, β) επανάληψη της διαδικασίας λήψης απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής του ανωτέρω οικονομικού φορέα με προηγούμενη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου και γ) κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του ανωτέρω οικονομικού φορέα» και εξέδωσε το με αριθ. 303 Πρακτικό με αριθ. πρωτ. ΤΣ .../19 της 25-9-2019 σύμφωνα με το οποίο «Το Τεχνικό Συμβούλιο (Τ.Σ.), κατόπιν εξέτασης του θέματος, ανταλλαγής απόψεων και υποβολής δηλώσεων περί αποχής από την ψηφοφορία των μελών ..., ... και ... (συν/νες Δηλώσεις Αποχής) και λαμβανομένου υπ' όψιν ότι μετά τις ως άνω δηλώσεις αποχώρησης το Τ.Σ. παραμένει σε απαρτία δυνάμει του άρθρου 3 παρ. 5 του ΠΔ 167/1987 τοποθετείται ως ακολούθως : Αναφορικά με το δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου : «τοποθέτηση νέων παροχών και εργασίες δικτύου ύδρευσης σε περιοχές αρμοδιότητας τομέα ...της ...», λαμβάνοντας υπόψη ότι: - στις 13.06.2018 συστάθηκε Επιτροπή Διαγωνισμού (...) για την ανάθεση του ως άνω έργου, - με την υπ. αριθ. .../24-6-2019 Απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντα φορέα ... αποφασίστηκε η απόρριψή της προσφοράς του προσωρινού Αναδόχου ... και η κατάπτωση της κατατεθείσας από αυτόν στο πλαίσιο του Διαγωνισμού, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. - με την υπ. αριθ. 981/2019 Απόφαση του 3ου κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) - αρ. πρωτ. ... 20750 /03.09.2019 - έχει ήδη κριθεί η προσφορά του οικονομικού φορέα με το διακριτικό τίτλο : ... και η παρέμβαση του οικονομικού φορέα «...», σύμφωνα με την οποία έχουν γίνει δεκτές εν μέρει η προδικαστική προσφυγή της «...» και η παρέμβαση της εταιρείας «...» και έχει αποφασιστεί η ακύρωση της υπ. αριθ. .../24-6-2019 Απόφασης του ΔΣ του αναθέτοντα φορέα ... κατά το σκέλος με το οποίο αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας ..., - η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της εταιρείας ..., για το ως άνω έργο ισχύει μέχρι τις 27.09.2019 και η προσφορά του έχει λήξει από τις 27.08.2019, - με το αριθ. πρωτ. ... / 03.09.2019 έγγραφο της ΑΕΠΠ, ζητείται από την ... να συμμορφωθεί με την ως άνω - υπ. αριθ. 981 /2019 - Απόφαση

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

της και να ενημερώσει την Αρχή, με ποια πράξη συμμορφώθηκε, επισυνάπτοντας την, σε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, - σύμφωνα με το άρθρο 317 παρ. 3 του ν4412/2016 : «αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ..... ή να αποφασίσει την επανάληψη της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη» - με το υπ. αρ. ... /16.09.2019 έγγραφο της ..., ενημερώθηκε η ... ότι η ως άνω εταιρεία κατάθεσε αίτηση αναστολής εκτέλεσης : - της το. Αρ. 981 /2019 Απόφασης ΑΕΠΠ κατά το βλαπτικό μέρος αυτής σκέλος, - της υπ. αρ. .../24.06.2019 απόφασης ... - κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, κατά της ΑΕΠΠ και της .... - με το υπ. αριθ. .../ 18.09.2019 ο Πρόεδρος της Επιτροπής Διαγωνισμού (...) διαβίβασε στο Τεχνικό Συμβούλιο φάκελο για το ως άνω έργο Το Τεχνικό Συμβούλιο Υπό την προϋπόθεση έγκρισης από το ΔΣ ... : α) της ακύρωσης της υπ. αριθ. .../24.06.2019 απόφασης ΔΣ ... κατά το σκέλος με το οποίο αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του οικονομικού φορέα με το διακριτικό τίτλο : ... σε συμμόρφωση με την υπ. αριθ. 981/2019 απόφαση ΑΕΠΠ και β) της επανάληψης της διαδικασίας λήψης απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής του ως άνω οικονομικού φορέα με προηγούμενη γνώμη Τ.Σ. σύμφωνα με την εισήγηση του αρμοδίου οργάνου (Επιτροπή Διαγωνισμού ...) και δεδομένης: • της εξακολούθησης ισχύος κατά το πρώτο σκέλος της, της υπ. αριθ. .../24.06.2019 απόφασης ΔΣ ... και ειδικότερα της απόρριψης της προσφοράς του τότε προσωρινού αναδόχου, ήτοι του οικονομικού φορέα ..., επειδή κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών, η επιτροπή Διαγωνισμού (...) διαπίστωσε ότι τα στοιχεία που δήλωσε ο προσωρινός ανάδοχος ήταν ανακριβή, αλλά και • των παραγράφων 24 και 25 της Απόφασης 981/2019 της ΑΕΠΠ σύμφωνα με την οποία ορθά και νόμιμα ο αναθέτων φορέας (δηλαδή η ...) απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας (δηλαδή της ...) κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής για τους λόγους που εκθέτονται στη απόφαση και υπάρχει δέσμια αρμοδιότητα εφαρμογής του άρθρου 103 παρ. 3 Γνωμοδοτεί ομόφωνα με βάση τα αναφερόμενα στην Απόφαση 981/2019 της ΑΕΠΠ: Υπέρ των αναφερομένων

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

στη διακήρυξη στα άρθρα 15.4 και 4.2.δ και στα άρθρα περί εγγυήσεων του ν4412/2016....» Οι εκπρόσωποι του ΤΕΕ-μέλη του Τεχνικού Συμβουλίου σύμφωνα με συνημμένο στο Πρακτικό έγγραφό τους απείχαν της διαδικασίας «...καθόσον υποχρεούνται να εκφράσουν άποψη σε σοβαρά νομικά ζητήματα που προκύπτουν από την εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού προς το Δ.Σ., μέσα στα ασφυκτικά χρονικά πλαίσια που ετέθησαν για λήψη αποφάσεως.» Επίσης η εκπρόσωπος του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών-μέλος του Τεχνικού Συμβουλίου σύμφωνα με συνημμένο στο Πρακτικό έγγραφό της απείχε της ψηφοφορίας « ... δεδομένου ότι: 1) Αρμοδιότητα τον Τ.Σ. είναι το σκέλος γ) της Εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού προς το Δ.Σ. «κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του ανωτέρω οικονομικού φορέα» 2) Δεν έχει προηγηθεί Απόφαση του Δ.Σ. για επανάληψη της διαδικασίας κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής δηλαδή για το σκέλος γ) της ως άνω Εισήγησης, την οποία θεωρεί κρίσιμη κατόπιν συνεκτίμησης όλων των δεδομένων 3) Με την 981/2019 Απόφασή της επί του Θέματος η αρμόδια Αρχή (ΑΕΠΠ) έχει ήδη κρίνει το σκέλος γ) περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του ανωτέρω οικονομικού φορέα συνεπώς το Τ.Σ. δεν έχει αρμοδιότητα να προβεί σε άλλη κρίση, συνεκτιμώντας το γεγονός ότι ο οικονομικός φορέας έχει προσφύγει στο ΔΕΑ. 4) Σε κάθε περίπτωση, τα όσα συζητήθηκαν στο Τ.Σ. είναι σημαντικά νομικά ζητήματα με σοβαρές επιπτώσεις για να κριθούν μέσα στα ασφυκτικά χρονικά πλαίσια που ετέθησαν για την λήψη αποφάσεως....»

13. Επειδή σε συμμόρφωση με την απόφαση ΑΕΠΠ 981/2-9-2019, εκδόθηκε η ήδη προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα με αριθ. .../26-9-2019 (συνεδρίαση ΔΣ 1346/26-9-2019) σύμφωνα με την οποία «...Το Διοικητικό Συμβούλιο, ...αφού έλαβε υπόψη του: α. Την από 18.09.2019 εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού Ε.878, β. Την υπ' αριθ. .../24.06.2019 απόφαση του Δ.Σ. της ..., γ. Την υπ' αριθ. 981/2019 απόφαση του 3ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), δ. Τα υπ' αριθ. 302/23.09.2019 και 303/25.09.2019 Πρακτικά του Τεχνικού Συμβουλίου της ..., ε. Την εισήγηση του Διευθύνοντος Συμβούλου της ... κ. ..., ΑΠΟΦΑΣΙΣΕ ΚΑΤΑ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑ 1.Την ακύρωση της υπ' αριθ. .../24.06.2019 απόφασης του Δ.Σ. της ... κατά το σκέλος με το

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

οποίο αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του οικονομικού φορέα «...», που κατατέθηκε στο πλαίσιο του διαγωνισμού της εργολαβίας ... σε συμμόρφωση προς την υπ' αριθ. 981/2019 απόφαση του 3ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.). 2.Την επανάληψη της διαδικασίας, κατ' άρθρο 317, παρ.3 του Ν.4412/2016, από το σημείο στο οποίο εμφίλοχώρησε το σφάλμα, ώστε, σε συμμόρφωση προς την υπ' αριθ. 981/2019 απόφαση του 3ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), να έχει ληφθεί η γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου της ... για τη λήψη απόφασης κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής του οικονομικού φορέα «...». 3.Την κατάπτωση υπέρ της ... της εγγύησης συμμετοχής (εγγυητική επιστολή ΤΜΕΔΕ με αριθ. .../20.07.2018, ποσού 100.000,00 € με ισχύ μέχρι 27.09.2019) του οικονομικού φορέα «...» κατόπιν των υπ' αριθ. .../23.09.2019 και .../25.09.2019 Πρακτικών του Τεχνικού Συμβουλίου της ..., με τα οποία αυτό γνωμοδότησε υπέρ αυτής της κατάπτωσης. Κατά τα λοιπά ισχύει η υπ' αριθ. .../24.06.2019 απόφαση του Δ.Σ. της ...». Η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε την 27-9-2019 στην προσφεύγουσα μέσω της επικοινωνίας και αναρτήθηκε την 10-6-2019 στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

14. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης του αναθέτοντος φορέα ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα την 7-10-2019, με κατάθεση μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα, και την 14-10-2019 από τον αναθέτοντα φορέα, με μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

15. Επειδή την 8-10-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στη προσωρινή ανάδοχο μέσω της «επικοινωνίας», και με ανάρτηση την 7-10-2019 στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

16. Επειδή ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ την 15-10-2019 μέσω της *επικοινωνίας* και με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου έγγραφο με τις απόψεις του επί της προσφυγής, καθώς και την με αριθ. .../15-10-2019 απόφαση έγκρισης των απόψεων και της υποβολής αυτών στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017, και γνωστοποίησε τα παραπάνω έγγραφα στην προσφεύγουσα και στην προσωρινή ανάδοχο αυθημερόν μέσω της *επικοινωνίας*.

17. Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε την 29-10-2019, εμπρόθεσμα και παραδεκτά, μέσω της «*επικοινωνίας*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, *Υπόμνημα επί των απόψεων ...*, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ως τροποποιημένο ισχύει. Το *Υπόμνημα* κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με αυθημερόν μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της προσφεύγουσας, καθώς και με γνωστοποίηση την 30-10-2019 του αναθέτοντος φορέα μέσω της «*επικοινωνίας*» τόσο προς την ΑΕΠΠ όσο και προς την προσωρινή ανάδοχο.

18. Επειδή την 12-11-2019 εξεδόθη η με αριθ. .../12-11-2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... επί της αίτησης αναστολής που είχε ασκήσει η προσφεύγουσα κατά της απόφασης ΑΕΠΠ 981/2019 (σκέψη 10), σύμφωνα με την οποία «.. *Επειδή, ύστερα από την κατάθεση της κρινόμενης αίτησης αναστολής εκδόθηκε η .../26-9-2019 απόφαση του Δ.Σ. της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία αποφασίστηκε εκ νέου η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της αιτούσας εταιρείας και η αιτούσα εταιρεία προβάλλει με το υπόμνημα και το συμπληρωματικό υπόμνημα αυτής αιτιάσεις περί της νομιμότητάς της, θεωρώντας αυτή την πράξη ως συμπροσβαλλόμενη με την ανωτέρω απόφαση της Α.Ε.Π.Π. Όμως, η απόφαση αυτή του Δ.Σ. της Αναθέτουσας Αρχής, αν και φέρεται ότι εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π., δημιουργεί μια νέα νομική και πραγματική κατάσταση για την αιτούσα εταιρεία και υπόκειται αυτοτελώς σε νέα προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., εφόσον η τελευταία δεν έχει εκφέρει ουσιαστική κρίση επί του θέματος της κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής και επομένως δεν συμπροσβάλλεται παραδεκτώς ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου και δεν μπορούν να εξεταστούν οι προβαλλόμενοι λόγοι*

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

κατ' αυτής, με τα υπομνήματα της αιτούσας εταιρείας (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 213/2018) ... ». Κατά τα λοιπά, η απόφαση 361/12-11-2019 του ΔΕΦΑΘ απέρριψε ουσία την αίτηση αναστολής επικυρώνοντας την προσβαλλόμενη απόφαση ΑΕΠΠ και όθεν επικυρώνοντας την προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά το μέρος που απορρίφθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας και αποκλείσθηκε η προσφορά της από τον διαγωνισμό. Η απόφαση Ν361/12-11-2019 του ΔΕΦΑΘ γνωστοποιήθηκε την 13-11-2019 στο κρίνον 8<sup>ο</sup> Κλιμάκιο ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με ηλεκτρονικό μήνυμα. Περαιτέρω σύμφωνα με υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα του χειριζόμενου την δικαστική υπόθεση Δικηγόρου ΑΕΠΠ προς την Εισηγήτρια, κατόπιν σχετικού αιτήματός της ενημέρωσης : «μέχρι σήμερα 3-12-2019 δεν έχει επιδοθεί στην Αρχή μας, Αίτηση Ακύρωσης κατά της με αρ. 981/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ.»

19. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 8ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, και κατόπιν των με αριθ. 1538/2019 και 1685/2019 Πράξεω του Προέδρου του 8<sup>ου</sup> Κλιμακίου, «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί αιτήματος προσωρινών μέτρων» και «περί μετάθεσης ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής».

20. Επειδή με τον πρώτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθ. 15.3, 15.4 της διακήρυξης και το άρθ. 302 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση συμμόρφωσης διότι « **Μη νόμιμη η λήψη απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής μετά τη λήξη της προσφοράς μας - Έλλειψη ασφαλιστέου δικαιώματος - καταχρηστική άσκηση δικαιώματος** .... Από τις ως άνω διατάξεις της διακήρυξης και του νόμου, προκύπτει ευθέως ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, δεν παρασχέθηκε αυτοτελώς στο διαγωνισμό, αλλά ταυτίζεται απολύτως και έχει παρακολουθηματικό χαρακτήρα της ισχύος της προσφοράς του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα. Έχει δε δοθεί σε συνέχεια της ισχύος της οικονομικής προσφοράς. Προς τούτο, ο νόμος και η διακήρυξη προβλέπουν δυνατότητα παράτασης της εγγύησης συμμετοχής,

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

συνέχοντάς την **αποκλειστικά και μόνο με τη λήξη της προσφοράς**, και ουχί με το χρόνο λήξης της εγγυητικής επιστολής. Εν προκειμένω, η προσφορά μας, σύμφωνα με τη διακήρυξη, έληγε καταρχήν την 27.05.2019. Η ..., με έγγραφό της, την 04.04.2019, αναφερόμενη, μόνο στη λήξη ισχύος της προσφοράς μας, μας ζήτησε παράταση αυτής έως την 27.08.2019, χωρίς μάλιστα να αναφέρεται διακριτά σε χρόνο λήξης της εγγυητικής επιστολής. Τούτο διότι, συνομολογούσε αναφέρεται διακριτά σε χρόνο λήξης της εγγυητικής επιστολής. Τούτο διότι, συνομολογούσε και η ίδια, ότι το μόνο κρίσιμο στοιχείο, είναι η ισχύς της προσφοράς μας και ουχί η ισχύς της, παρακολουθηματικού χαρακτήρα διάρκειας ισχύος, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Για το λόγο αυτό στην πρόσκληση, δεν όριζε καν διάρκεια ισχύος της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Η εταιρεία μας, όπως προαναφέρθηκε, παρέτεινε την ισχύ της προσφοράς της έως την 27.08.2019. Εντός της διάρκειας ισχύος της προσφοράς μας, δεν λήφθηκε καμία νόμιμη απόφαση περί κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής, όπως απαιτούσε το άρθρο 15.4 της διακήρυξης. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή, εκκρεμούσης της έκδοσης απόφασης από την ΑΕΠΠ επί του θέματος, καθ' ο διάστημα ίσχυε η προσφορά μας, δεν μας απηύθυνε αίτημα παράτασης της ισχύος της προσφοράς μας, ούτε και η εταιρεία μας προέβη σε καμία παράταση ισχύος αυτής. Συναφώς, η ισχύς της προσφοράς μας έληξε την 27.08.2019. Εν συνεχεία, ακυρώθηκε ως μη νόμιμη, με την 981/2019 απόφασή της Α.Ε.Π.Π., η υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφαση του ΔΣ της ..., ως προς το σκέλος της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας. Η ακύρωση αυτή, ως προς την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής έγινε αποδεκτή από την ..., η οποία ούτε προσέβαλε την απόφαση της ΑΕΠΠ ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου, ούτε - έστω και εκπρόθεσμα - αιτήθηκε την παράταση ισχύος της προσφοράς μας. Σε συνέχεια των ανωτέρω, με το από 20.09.2019 έγγραφό μας, ζητήσαμε την επιστροφή της εγγυητικής επιστολής μας, καθόσον είχε λήξει η ισχύς της προσφοράς μας και δεν υπήρχε κανένας λόγος διατήρησης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής εις χείρας της .... Τούτο διότι η ..., ουδέποτε έλαβε νομίμως και παραδεκτώς απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, όσο ήταν σε ισχύ η προσφορά μας, ούτε είχε ζητήσει παράταση της ισχύος της προσφοράς μας. Η δε λήψη απόφασης



## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

την 26.09.2019, και το αίτημα προς το ΤΜΕΔΕ για κατάπτωση και είσπραξη της εγγυητικής επιστολής, μία ημέρα πριν τη λήξη αυτής και ένα μήνα μετά τη λήψη της ισχύος της προσφοράς μας έγινε σε χρόνο που είχε εκλείψει η ασφαλιζόμενη με την εγγυητική επιστολή απαίτηση, ήτοι η ισχύς της προσφοράς μας, και ως εκ τούτου στερείται νομιμότητας (πρβλ. ΜονΠρωτΘεσσ22115/2011)»

21. Επειδή αναθέτων φορέας στις απόψεις του ειδικά επί του πρώτου λόγου της προσφυγής, επικαλούμενος τα άρθ. 15.3, 15.4, 15.5, 4.2 α) β) δ) ι) της διακήρυξης, τα άρθ. 302, 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016 αναφέρει ότι « ... Στην προκείμενη περίπτωση, όπως ήδη έχει κριθεί και με την υπ' αριθμ. 981/2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η ..., κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης της «...», διαπίστωσε πως κατά την υποβολή της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας δεν είχε συμπληρωθεί απ' αυτήν καθόλου το οικείο πεδίο του ΤΕΥΔ περί της ύπαρξης ρυθμίσεων ασφαλιστικών οφειλών, παρότι ακολούθως προσκομίστηκαν βεβαιώσεις από την προσφεύγουσα σύμφωνα με τις οποίες η τελευταία, κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς της (27-07-2018), είχε προβεί σε ρύθμιση ασφαλιστικών εργοδοτικών εισφορών της. Για το λόγο αυτό η ..., ΚΑΤΑ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ, βάσει των προβλέψεων του άρθρου 4.2. της Διακήρυξης και της παρ. 3. του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 (έτσι και η Α.Ε.Π.Π.), αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της με την υπ' αριθμ. .../24-06-2019 απόφαση του Δ.Σ. αυτής λόγω ψευδών ή άλλως ανακριβών δηλώσεων στο ΤΕΥΔ της προσφεύγουσας. Η Α.Ε.Π.Π., ωστόσο, έκρινε ότι για την έγκυρη κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής έπρεπε να ληφθεί προηγουμένως η γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου της ... Η ..., κατόπιν τούτων και στο πλαίσιο συμμόρφωσης αυτής με την ανωτέρω απόφαση της Α.Ε.Π.Π. (παρ. 3 άρθρου 367 του ν. 4412/2016) προέβη στις απαιτούμενες προς τούτο ενέργειες εμπρόθεσμα και νομότυπα, καθώς η λήξη ισχύος της προσφοράς (εν προκειμένω από 28-08-2019) δεν επηρεάζει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, εφόσον η τελευταία ισχύει (27-09-2019) και συντρέχουν νόμιμοι λόγοι κατάπτωσης της. Ειδικότερα: α) Έχει γίνει δεκτό (ΣτΕ Ολομέλεια 966/1998 και ΝΣΚ Ολομέλεια 242/1996 υπό όμοιο νομοθετικά καθεστώς) ότι η κατάπτωση της εγγυητικής

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

επιστολής συμμετοχής, ως ειδικής ποινικής ρήτρας, ουδόλως επιβάλλεται να ενεργείται εντός του χρόνου ισχύος της υποβληθείσας προσφοράς. Αυτό συνάγεται ιδιαίτερα από το γεγονός ότι οι εγγυητικές επιστολής συμμετοχής σε δημοπρασίες απαιτείται σύμφωνα με το άρθρο 23 Π.Δ. 609/1985, και ήδη άρθρα 72 και 302 ν. 4412/2016, να έχουν διάρκεια ισχύος υπερκαλύπτουσα τουλάχιστον κατά τριάντα ημέρες το χρόνο ισχύος της προσφοράς και προφανώς αυτό το χρονικό περιθώριο καλύπτει και το χρονικό περιθώριο να προβούν η Αναθέτουσα Αρχή ή ο Κύριος του Έργου στις νόμιμες ενέργειες για την κατάπτωση. Η πρόβλεψη, δε, αυτή του νομοθέτη έχει σκοπό να προστατέψει αναθέτουσες αρχές και φορείς από την ελαττωματικότητα προσφορών οικονομικών φορέων παρέχοντάς στους πρώτους εύλογο χρονικό περιθώριο να ικανοποιήσουν τις απαιτήσεις τους εξαιτίας της παράτυπης συμπεριφοράς προσφερόντων μέσω της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής των. Σε διαφορετική περίπτωση (αν δεν μπορούσαν, δηλαδή, να καταπέσουν οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής μετά την λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς) αφενός οι νόμιμες απαιτήσεις αναθετουσών αρχών και φορέων θα κινδύνευαν να μην ικανοποιηθούν αφετέρου δεν θα είχε νόημα και αντικείμενο η νομοθετική πρόβλεψη για διάρκεια ισχύος των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής τριάντα ημέρες μετά την λήξη ισχύος των προσφορών. Σημειώνεται, δε, ότι **δεν** τίθεται ζήτημα υποχρέωσης της ... για λήψη απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής εντός του χρόνου ισχύος της προσφοράς σύμφωνα δήθεν με το άρθρο **15.4** της Διακήρυξης αντίθετα προς τα όσα παρελκυστικά ισχυρίζεται η προσφεύγουσα (σελ. 11 της προσφυγής της), όπως τούτο προκύπτει ξεκάθαρα από την ανάγνωση της διάταξης αυτής («Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις της παρ. 4.2 του άρθρου 4 της παρούσας. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως»). Ειδικότερα στις περιπτώσεις παραβίασης της παρ. 4.2 της Διακήρυξης δεν τίθεται τέτοιο χρονικό περιθώριο για την λήψη απόφασης κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. β) Περαιτέρω η απόφαση για κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

ελήφθη όσο ίσχυε η εγγυητική επιστολή συμμετοχής (πριν τις 27-09-2019). Σημειώνεται, δε, ότι όπως προκύπτει τόσο από το άρθρο 302 που εφαρμόζεται στους φορείς του Βιβλίου ΙΙ όσο και στο άρθρο 72 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, όπως συνέβη στην προκείμενη περίπτωση. γ) Τέλος όπως προκύπτει από το άρθρο 15.5. της Διακήρυξης και την εντός παρένθεσης διάταξη του άρθρου 302 του ν. 4412/2016 («Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες στις κάτωθι περιπτώσεις: ... β) απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ένδικων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως») παρότι υπήρξε αίτημα από την προσφεύγουσα για επιστροφή της εγγυητικής επιστολής της αυτό κατατέθηκε νόμω αβάσιμα, ήτοι χωρίς δικαίωμα εκ μέρους της «...», μιας και στην προκείμενη περίπτωση η προσφορά της έχει απορριφθεί από τις 24-06-2019, οπότε και εκδόθηκε η υπ' αριθμ. .../24-062019 απόφαση του Δ.Σ. της ..., που κατ' αυτό το σκέλος εξακολουθεί να ισχύει. Την απόρριψη της προσφοράς της (ενόσω αυτή ίσχυε) ακολούθησαν σειρά ενδικοφανών προσφυγών και ενδίκων βοηθημάτων από τα οποία δεν παραιτηθεί ούτε έχουν απορριφθεί αμετακλήτως, ώστε να ήταν υποχρεωμένη η ... να επιστρέψει την κατατεθείσα ενώπιον της εγγυητική επιστολή συμμετοχής.»

22. Επειδή η προσφεύγουσα στο Υπόμνημα επί των απόψεων του αναθέτοντος φορέα ισχυρίζεται ότι «...ο 1<sup>ος</sup> λόγος που προβάλλουμε με την προδικαστική προσφυγή μας, αφορά την ακύρωση της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής ένεκα λήψης ισχύος της οικονομικής μας προσφοράς και απουσίας ασφαλιστέου δικαιώματος. Συνεπώς, προφανώς και η ακύρωση για το λόγο αυτό της απόφασης του ΔΣ. δεν δύναται να οδηγήσει σε επανάληψη της διαδικασίας, καθώς η προσφορά μας έχει εκπνεύσει από την 27.08.2019. **Μάλιστα, η άποψή μας αυτή στηρίζεται ευθέως στην περίπτωση (α) του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 302 του Ν. 4412/2016, όπως θα εκτεθεί αμέσως κατωτέρω. 3.**

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

Ισχυρίζεται η ... στις, από 15.10.2019, υποβληθείσες ενώπιον Σας, απόψεις της, ότι δήθεν ενήργησε κατά δέσμια αρμοδιότητα, την 26.09.2019, αποφασίζοντας την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι οι εγγυητικές επιστολές μπορούν να καταπέσουν και μετά τη λήξη της οικονομικής προσφοράς ενός οικονομικού φορέα και δήθεν η νομοθετική πρόβλεψη της διάρκειας ισχύος εγγυητικών επιστολικών κατά τριάντα ημέρες μετά τη λήξη των προφορών έχει τεθεί από το νομοθέτη, για να τους παρασχεθεί δήθεν ένα εύλογο όριο να ικανοποιήσουν τις απαιτήσεις τους. Οι ισχυρισμοί αυτοί είναι αβάσιμοι. Ειδικότερα: **Η- οιαδήποτε δέσμια- αρμοδιότητα ΤΗΣ ... περί αποστολής αιτήματος κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής μας απωλέσθη με τη λήξη ισχύος της οικονομικής προσφοράς μας.** Μετά τη λήξη της ισχύος της προσφοράς μας, η καθής ... δεν είχε δέσμια αρμοδιότητα, αλλά ούτε καν διακριτική ευχέρεια να ζητήσει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής. Εφόσον επιθυμούσε τη διατήρηση δέσμιας αρμοδιότητας στο πρόσωπό της, αναφορικά με την οικονομική προσφορά μας και αναφορικά με την δυνατότητά της να προβεί σε περαιτέρω σε βάρος μας ενέργειες συνεχόμενες με την οικονομική προσφορά μας και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής στο διαγωνισμό, **όφειλε να μεριμνήσει να απευθύνει εμπρόθεσμα προς την εταιρεία μας αίτημα παράτασης της ισχύος της οικονομικής προσφοράς μας.** Ιδία όταν έβλεπε ότι ο χρόνος ισχύος των οικονομικών προσφορών δεν επαρκούσε για την ολοκλήρωση του διαγωνισμού. Αυτή είναι η έννοια των διατάξεων των άρθρων 15.3 της διακήρυξης και του άρθρου 302 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, που της παρέχουν μονομερώς το δικαίωμα να απευθύνει αιτήματα παράτασης των οικονομικών προσφορών. Αφ' ης στιγμής δεν έπραξε τούτο (ήτοι δεν άσκησε το δικαίωμα να ζητήσει παράταση προσφορών και επέτρεψε την λήξη αυτών), δεν δύναται να αιτείται την κατάπτωση εγγυητικής επιστολής μη ισχύουσας οικονομικής προσφοράς. **Η έννοια της διάρκειας της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής κατά 30 ημέρες επιπλέον της διάρκειας της οικονομικής προσφοράς, έχει την έννοια της κάλυψης της περίπτωσης παράτασης της ισχύος της οικονομικής προσφοράς για βραχύ χρονικό διάστημα, ώστε να αποφεύγεται η επανάληψη της διαδικασίας επανέκδοσης, παράτασης και ελέγχου γνησιότητας των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής και**

**τραπεζικών εγγράφων παράτασης, από τις αναθέτουσες αρχές.** Ήτοι, η πρόβλεψη αυτή του νόμου καλύπτει την περίπτωση που ο διαγωνισμός έχει ολοκληρωθεί και υπολείπονται οι τελευταίες διαδικαστικές ενέργειες, οπότε για να αποφεύγεται δημιουργία επιπλέον διοικητικού φόρτου των μερών όταν δίδεται απλώς βραχεία παράταση μόνο της ισχύος των οικονομικών προσφορών. Τούτο διότι στην περίπτωση που απαιτείται μεγάλο χρονικό διάστημα παράτασης της ισχύος των οικονομικών προσφορών, ήτοι για αρκετούς μήνες, απαιτείται εκ νέου διαδικασία υποβολής νέων αιτημάτων προς τα πιστωτικά ιδρύματα προς επανέκδοση ή παράταση της ισχύος εγγυητικών επιστολών συμμετοχής, έκδοση οικείων εγγράφων από τα πιστωτικά ιδρύματα και επανέλεγχος της γνησιότητας αυτών από τις αναθέτουσες αρχές. Δεν σχετίζεται, συνεπώς η διάρκεια της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, ούτε θα ήταν δυνατόν να σχετίζεται, με δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να αιτηθεί κατάπτωσης μιας εγγυητικής επιστολής συμμετοχής για οικονομική προσφορά που έχει λήξει. ΛΑΘΟΣ ΕΞ ΟΡΙΣΜΟΥ Η δε παράθεση αποφάσεως που έχει εκδοθεί προς 21 ετών με διαφορετικό πλήρως διαφορετικό νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 1418/84, ΠΔ 609/1985), είναι τουλάχιστον ατυχής. Περαιτέρω, στα ως άνω, το ίδιο το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 302 του Ν. 4412/2016 επιβεβαιώνει πλήρως τα ανωτέρω, προβλέποντας ρητά το εξής: **«Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται** στους συμμετέχοντες στις κάτωθι περιπτώσεις: **α) λήξης του χρόνου ισχύος της προσφοράς και μη ανανέωσης αυτής** και β) απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ένδικων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως.». Ήτοι, ο ίδιος ο νόμος, ορίζει ότι, πριν την κατακύρωση, επιστρέφεται η εγγυητική επιστολή μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς ενός οικονομικού φορέα, και εφόσον αυτή δεν έχει ανανεωθεί. Όπως εκτέθηκε και στην προδικαστική προσφυγή μας, η οικονομική προσφορά μας έληξε την 27.08.2019, δεν ανανεώθηκε, ούτε ζήτησε η ... την ανανέωσή της. Την **20.09.2019**, χρόνος κατά τον οποίο είχε λήξει η προσφορά μας, **ζητήσαμε**, εγγράφως, όπως είχαμε δικαίωμα, **την επιστροφή της**

εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας, με έγγραφό προς την αναθέτουσα αρχή (σχετ. αρ. Α), το οποίο αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ, και πρωτοκολλήθηκε και εγγράφως στο Πρωτόκολλο της .... Καμία απάντηση δεν μας δόθηκε επ' αυτού, πλην όμως είχε καταστεί σαφές στην αναθέτουσα αρχή, ότι όφειλε να την επιστρέψει σύμφωνα με την περίπτωση (α) του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 302 Ν. 4412/2016. Σε κάθε περίπτωση, κατά την ανωτέρω έννοια του νόμου, το μόνο **που δεν είχε δικαίωμα** να πράξει η ..., ήταν να αποφασίσει την 26.09.2019 την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής μας και την αποστολή σχετικού αιτήματος στο ΤΜΕΔΕ. Η ως άνω ενέργειά της όχι μόνο εξέφευγε των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειάς της, αλλά ήταν και εξόχως μη νόμιμη. Σημειούται δε, ότι οι ως άνω προβλέψεις του Ν. 4412/2016, ουδόλως υπήρχαν, ούτε ως παρεμφερείς διατάξεις, στο Ν. 1418/1984 και στο ΠΔ 609/1985, το 1998, και στη νομολογία που παραπέμπει η ....»

23. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση συμμόρφωσης διότι « **2. Μη νόμιμη διαδικασίας λήψης της υπ' αρ. .../26.09.2019 απόφασης κατά το σκέλος της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής, πρώιμη συγκρότηση του Τεχνικού Συμβουλίου προς εξέταση του ζητήματος**. Όπως προκύπτει από το σώμα της υπ' αρ. .../26.09.2019 απόφασης του Δ.Σ. της ... και από τα υπ' αρ. 302/23.09.2019 (με αρ. πρωτ. ΤΑ:886/19) και 303/25.09.2019 (αρ. πρωτ. Τ.Σ.: 896/19) Πρακτικά του Τεχνικού Συμβουλίου της ..., το Τεχνικό Συμβούλιο συγκροτήθηκε και εξέφρασε γνώμη μη νόμιμα και χρονικά αναρμοδίως, **χωρίς να έχει αποφασισθεί προηγουμένως από τον αναθέτοντα φορέα η, κατ' άρθρο 317 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, μερική ακύρωση ή/και επανάληψη της διαδικασίας, από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα**. Ήτοι, το Τεχνικό Συμβούλιο, συστήθηκε **μη νόμιμα και πρόωρα για να αποφανθεί προκαταβολικά**, για την περίπτωση που στο μέλλον διαταχθεί η επανάληψη της διαδικασίας ή συντρέξουν αβέβαιες συνθήκες, τοποθετούμενο επί μη συντρεχόντων πραγματικών περιστατικών. Ένεκα τούτου, τα τρία (3) μέλη του Τεχνικού Συμβουλίου, εν τέλει, γνωμοδότησαν **χρονικά αναρμοδίως, επί ανύπαρκτων περιστάσεων και εξέφρασαν γνώμη υπό αίρεση, δυνάμει**

**μελλοντικών συνθηκών που δεν υφίσταντο την 25.09.2016.** Όπως δε προκύπτει από το σώμα του υπ' αρ. 303/25.09.2019 Πρακτικού, τα τρία μέλη του Τεχνικού Συμβουλίου εξέφρασαν άποψη **«Υπό την προϋπόθεση έγκρισης από το ΔΣ ...:** α) της ακύρωσης της υπ' αριθμ. .../24.06.2019 απόφασης κατά το σκέλος.... Β) της επανάληψης της διαδικασίας λήψης απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής του ως άνω οικονομικού φορέα με προηγούμενη γνώμη του Τ.Σ.... Γνωμοδοτεί ομόφωνα με βάση τα αναφερόμενα στην Απόφαση 981/2019 της ΑΕΠΠ Υπέρ των αναφερομένων στη διακήρυξη στα άρθρα 15.4 και 4.2.δ και στα άρθρα περί εγγυήσεων του ν. 4412/2016. Σε περίπτωση που το Δ.Σ. αποφασίσει αντί της επανάληψης **την μερική ακύρωση της διαδικασίας κατ' άρθρο 317 παρ. 3. δεν υπάρχει αρμοδιότητα του Τ.Σ. για τη διατύπωση γνώμης, με δεδομένο ότι στην περίπτωση αυτή δεν καταπίπτει η εγγυητική».** Ήτοι, από το ίδιο το σώμα του Πρακτικού του Τεχνικού Συμβουλίου, προκύπτει η έλλειψη νομιμότητας και η χρονική αναρμοδιότητα του Τεχνικού Συμβουλίου να εκφράσει γνώμη την 25.09.2019. Όπως προκύπτει από το άρθρο 317 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, αποκλειστικά αρμόδιος για να λάβει απόφαση επανάληψης της διαδικασίας είναι ο αναθέτων φορέας, εν προκειμένω το Δ.Σ. της .... και ουχί το Τεχνικό Συμβούλιο. Προ της απόφασης του αρμοδίου οργάνου (Δ.Σ. ...) για επανάληψη της διαδικασίας, δεν δύναται να συγκροτηθεί και να εκφέρει γνώμη το Τεχνικό Συμβούλιο, διότι το τελευταίο εκφράζει γνώμη επί συγκεκριμένων διαγωνιστικών θεμάτων και ουχί επί μελλοντικών και αβέβαιων περιστατικών. Εν προκειμένω, το Τεχνικό Συμβούλιο, συγκροτηθέν μη νόμιμα και πρόωρα, προτού αποφασισθεί η επανάληψη της διαδικασίας, εξέφρασε γνώμη επί υποθετικών περιπτώσεων, δηλώνοντας μάλιστα τα μέρη που ψήφισαν, ότι αν «το Δ.Σ. αποφασίσει αντί της επανάληψης την μερική ακύρωση της διαδικασίας κατ' άρθρο 317 παρ. 3, δεν υπάρχει αρμοδιότητα του Τ.Σ. για την διατύπωση γνώμης». Ως εκ τούτου, η ως άνω γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου λήφθηκε χρονικά αναρμοδίως, διατυπώθηκε υπό αίρεση, επί την βάση μελλοντικών και αβέβαιων παραδοχών και μη υφιστάμενων τη στιγμή της συγκρότησης του πραγματικών περιστατικών και στερείται νομιμότητας. Συναφώς, και η υπ' αρ. .../26.09.2019 απόφαση του Δ.Σ. της ..., που ερείδεται στην ως άνω μη νόμιμη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου, στερείται

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

νομιμότητας και πρέπει να ακυρωθεί. Μάλιστα, η πλήρης αντίθεση των υπολοίπων τριών (3) μελών που απείχαν ρητώς από τη διατύπωση θέσης και τη λήψη απόφασης στο Τεχνικό Συμβούλιο, αποτυπώθηκε στις συνημμένες στο υπ' αρ. 303/25.09.2019 Δηλώσεις αποχής τους, με χαρακτηριστικότερη της δήλωση αποχής της εκπροσώπου του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, η οποία δήλωσε ευθαρσώς ότι **δεν υπάρχει αντικείμενο γνωμοδοτήσεως** διότι δεν έχει προηγηθεί απόφαση του ΔΣ της ... για επανάληψη της διαδικασίας, υφίσταται δε ζήτημα αρμοδιότητας του Τ.Σ. Σημειωτέον δε ότι τα τρία μέλη που απείχαν της ψηφοφορίας δήλωσαν ότι τα όσα συζητήθηκαν είναι ζητήματα με σοβαρές επιπτώσεις, τα οποία δεν μπορούσαν να ληφθούν στα ασφυκτικά χρονικά πλαίσια που τέθηκαν. Κατόπιν των ανωτέρω, η διατύπωση γνώμης στο από 303/25.09.2019 Πρακτικό είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα, και ως εκ τούτου ακυρωτέα είναι και η απόφαση του Δ.Σ. που ερείδεται επ' αυτού. Το Τεχνικό Συμβούλιο, θα αποκτούσε κατά χρόνο αρμοδιότητα να εκφράσει γνώμη, μόνο εφόσον είχε προηγηθεί, κατ' άρθρο 317 παρ. 3 του Ν4412/2016 απόφαση του Δ.Σ της ..., περί επανάληψης της διαδικασίας από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα. Αφ' ης στιγμής την 23.09.2019 και την 25.09.2019 τέτοια απόφαση δεν είχε ληφθεί, συγκροτήθηκε και εξέφρασε χρονικά αναρμοδίως γνώμη, επί υποθετικών και αβέβαιων ερωτημάτων. Κατά το σκέλος αυτό, και η απόφαση του Δ.Σ. της ..., στην οποία την 26.09.2019 ελήφθησαν σωρευτικά όλες οι αποφάσεις, περί μερικής ακύρωσης της απόφασης του Ιουνίου 2019, επανάληψης της διαδικασίας από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα και κατάπτωσης της εγγυητικής, έλαβαν χώρα κατά παράβαση της περιγραφόμενης στο άρθρο 317 διαδικασίας. Η θέση δε «ασφυκτικών χρονικών πλαισίων» και η, κατ' αυτό τον τρόπο, διατύπωση γνώμης υπό αίρεση από το Τεχνικό Συμβούλιο, σε πρωθύστερους χρόνους, ευλόγως μας δημιουργεί υπόνοιες περί προειλημμένων αποφάσεων κατάπτωσης της εγγυητικής μας επιστολής, άλλως δεν εξηγείται η συμπεριφορά να μην έχει ζητηθεί η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής του αμέσως προηγούμενως αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα στον ίδιο διαγωνισμό, και να επιδεικνύεται τέτοια συμπεριφορά σε βάρος μας, μία μέρα πριν τη λήξη ισχύος της εγγυητικής μας επιστολής και ένα μήνα μετά τη λήξη της ισχύος της προσφοράς μας. Ακόμη δε και τα μέλη του



## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

Τεχνικού Συμβουλίου που διατύπωσαν γνώμη, συνομολόγησαν ότι αν το Διοικητικό Συμβούλιο, αποφάσιζε την ακύρωση της διαδικασίας, στερούνταν αρμοδιότητας να εκφράσουν γνώμη περί της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής. Ως εκ τούτου, είναι απορίας άξιο γιατί προχώρησαν σε διατύπωση γνώμης, προτού λάβει τη σχετική απόφαση το ΔΣ της ....»

24. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ειδικά επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής, επικαλούμενη τα άρθ. 72 και 317 του ν. 4412/2016 αναφέρει ότι «... Υποχρεωτική για το αποφασίζον όργανο είναι η γνωμοδοτική διαδικασία, όταν η διάταξη που την προβλέπει θεωρεί απαραίτητη την προσφυγή σε αυτήν, **πριν** την έκδοση της εκτελεστής πράξης. Στην περίπτωση αυτή, η διατύπωση μπορεί να ποικίλλει: **είναι σαφής, όμως, η επιτακτική φύση της ως προς την υποχρεωτική λήψη της γνώμης πριν τη λήψη της απόφασης.** Στην περίπτωση αυτή, εάν δεν ζητηθεί από το αποφασίζον όργανο η διατύπωση της γνώμης, η εκτελεστή πράξη πάσχει ακυρότητας, διότι η γνωμοδοτική διαδικασία θεωρείται εν προκειμένω ουσιώδης τύπος της διαδικασίας (βλ. και Γέροντας, Λύτρας, Παυλόπουλος, Σιούτη, Φλογαϊτης, «Διοικητικό Δίκαιο», 2010, σελ. 204). Απλή είναι η γνώμη, η οποία δεν είναι δεσμευτική για το αποφασίζον όργανο, με την έννοια ότι το περιεχόμενό της δεν είναι δεσμευτικό για το αποφασίζον όργανο. Το τελευταίο μπορεί να αποφασίσει και διαφορετικά, δηλαδή να εκδώσει πράξη διαφορετικού περιεχομένου. Η απλή γνώμη δεν αποτελεί εκτελεστή πράξη (ΣτΕ 2514/82, 1393/85), δεν είναι αυτοτελής, αλλά ενσωματώνεται στην εκτελεστή πράξη του αποφασίζοντος οργάνου (ΣτΕ 1845/83). Η γνώμη πρέπει να λαμβάνεται πριν από την έκδοση της εκτελεστής πράξης. Η εκ των υστέρων πλήρωση του διαδικαστικού αυτού κανόνα δεν επανορθώνει την παράλειψη και την παρανομία, την οποία αυτή δημιουργεί. Στην προκείμενη περίπτωση το άρθρο **72** του ν. 4412/2016 προβλέπει πως: «Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, **μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου**». Η παράγραφος **3** του άρθρου **317** του ν. 4412/2016, δε, ορίζει ότι: «Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, **μετά από γνώμη του**

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

*αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη». Από τα παραπάνω ρητά προκύπτει α) πως για την έγκυρη λήψη απόφασης κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής από το Δ.Σ. της ... προβλέπεται υποχρεωτικά η προγενέστερη χορήγηση απλής γνώμης από το Τεχνικό Συμβούλιο της ... και β) βάσει της παρ. 3 του άρθρου 317 του ν. 4412/2016 η λήψη της γνώμης αυτής σε συμμόρφωση (κατά την παρ. 3 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016) της υπ' αριθμ. 981/2019 απόφασης του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. έπρεπε να πραγματοποιηθεί πριν την μερική ανάκληση της υπ' αριθμ. .../24-06-2019 απόφασης από το Δ.Σ. της εταιρείας μας και επανάληψης της διαδικασίας από το σημείο αυτό. Εν προκειμένω ορθή είναι η συστηματική ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 72 και 317 του ν. 4412/2016 από την οποία συνάγεται πως η υποχρεωτική λήψη απλής γνώμης ζητείται και λαμβάνεται πριν την απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου για την μερική ανάκληση πράξης του και επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο αυτό, όπως πράγματι στην προκείμενη περίπτωση συνέβη. Ειδικότερα μετά την κατάρτιση της από 18-09-2019 εισήγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού ... προς το Δ.Σ. της ... με την οποία η πρώτη εισηγήθηκε την μερική ανάκληση της υπ' αριθμ. .../24-06-2019 απόφασης του Δ.Σ. της ... ως προς το σκέλος της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της αιτούσας στον Διαγωνισμό ..., την επανάληψη της διαδικασίας κατά την παρ. 3 του άρθρου 317 του ν. 4412/2016, και την λήψη προηγούμενης γνώμης από το Τ.Σ. ως προς την προτεινόμενη κατάπτωση της υπ' αριθμ. .../20-07-2018 εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, ακολούθησε η υπ' αριθμ. πρωτ. .../18-09-2019 έγγραφη πρόσκληση του Προέδρου του Τεχνικού Συμβουλίου της ... προς τα μέλη του (όπως ορίστηκαν με την υπ' αριθμ. πρωτ. .../.../.../30-01-2018 Απόφαση του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών) με επισύναψη του θέματος που επρόκειτο να εξεταστεί με αναφορά στην ανωτέρω εισήγηση της Επιτροπής του Διαγωνισμού .... Εν συνεχεία συγκλήθηκε το Τεχνικό Συμβούλιο το οποίο με το υπ' αριθμ. .../23-09-2019 πρακτικό του αποφάσισε την συνέχιση της συζήτησης στις 25-09-2019. Κατά την ημερομηνία αυτή το Τεχνικό Συμβούλιο διατύπωσε εγκύρως γνώμη περί της κατάπτωσης της*

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της αιτούσας, με νόμιμη απαρτία και πλειοψηφία βάσει των παρ. 5 και 6 του άρθρου 3 του Π.Δ. 167/1987. Το Τ.Σ., δηλαδή, με το υπ' αριθμ. .../25-09-2019 πρακτικό του γνωμοδότησε ομόφωνα με βάση τα αναφερόμενα στην Απόφαση 981/2019 της Α.Ε.Π.Π., υπέρ των αναφερόμενων στη διακήρυξη στα άρθρα 15.4. και 4.2.δ και στα άρθρα περί εγγυήσεων του ν. 4412/2016. **Υπήρχε συνεπώς χρονικά αρμοδιότητα του Τ.Σ. να υποβάλλει την υποχρεωτικώς προβλεπόμενη προηγούμενη γνώμη του**. Περαιτέρω, δε, η νομιμότητα της διαδικασίας δεν θίγεται από τον ισχυρισμό της αιτούσας περί γνώμης επί μελλοντικών και αβέβαιων περιστατικών δεδομένου ότι η έννοια της απλής γνώμης συνδέεται με τέτοια γεγονότα μιας και το αποφαινόμενο όργανο δύναται να διαφοροποιηθεί από αυτήν εφόσον βέβαια αιτιολογήσει την διαφοροποίησή του. Σε αντίθετη περίπτωση, άλλωστε, θα γινόταν λόγος για σύμφωνη και όχι απλή γνώμη, όπως εδώ προβλέπεται. ... Περαιτέρω, όπως ομολογεί, άλλωστε, και η προσφεύγουσα στην σελίδα 11 της προσφυγής της, η ... δεν κατέθεσε αίτηση αναστολής κατά της υπ' αριθμ. 981/2019 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., με συνέπεια την υποχρέωση συμμόρφωσης της ... στις παραδοχές της Α.Ε.Π.Π., επομένως η σχετική απόφαση του Δ.Σ. δεν θα μπορούσε να αποτελεί αβέβαιο περιστατικό ως προς την μη λήψη της. Σημειώνεται, δε, ότι η γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου είναι σαφής και ξεκάθαρη ως προς το περιεχόμενό της. Δεν μπορεί, άλλωστε, να λογιστεί ως ασάφεια ο σχολιασμός επί του πρακτικού .../25-09-2019 περί της κατά την παρ. 3 του άρθρου 317 του ν. 4412/2016 αποφασιστικής αρμοδιότητας του Δ.Σ. της εταιρείας μας ως προς την μερική ανάκληση της υπ' αριθμ. .../24-06-2019 προγενέστερης απόφασης του και συμμόρφωσης με την Α.Ε.Π.Π. Θα πρέπει να τονισθεί, δε, ότι η πρόσκληση των μελών του Τ.Σ. προ 5 ημερών και η συνέχιση της διαδικασίας από το Τεχνικό Συμβούλιο μετά από 2 ημέρες, άρα η πάροδος επτά (7) ημερών από την πρόσκληση των μελών του μέχρι τις 25-09-2019, οπότε και ελήφθη το 303/25-09-2019 πρακτικό, έλαβε χώρα εντός των νομίμων προθεσμιών οι δε ισχυρισμοί περί ασφυκτικών χρονικών πλαισίων για την αξιολόγηση της πραγματικής και νομικής κατάστασης και την διατύπωση γνώμης, προβάλλονται αλυσιτελώς. Τέλος με σκοπό την απόδειξη της νομότυπης τήρησης της διαδικασίας λήψης απόφασης από το Δ.Σ. της ...

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

(.../26-09-2019) επισημαίνεται ότι βάσει τόσο του άρθρου **14** του Καταστατικού της ..., όσο και βάσει του άρθρου **91** του ν. 4548/2018 (νέου νόμου για τις ανώνυμες εταιρείες) το διοικητικό συμβούλιο συγκαλείται από τον πρόεδρο ή τον αναπληρωτή του, με πρόσκληση που γνωστοποιείται στα μέλη, του δύο (2) τουλάχιστον εργάσιμες ημέρες πριν από τη συνεδρίαση. Στην πρόσκληση πρέπει να αναγράφονται με σαφήνεια και τα θέματα της ημερήσιας διάταξης, **διαφορετικά η λήψη αποφάσεων επιτρέπεται μόνο εφόσον παρίστανται ή αντιπροσωπεύονται όλα τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου και κανείς δεν αντιλέγει στη λήψη αποφάσεων**. Στην προκείμενη περίπτωση ελήφθη νόμιμα απόφαση κατά τα ανωτέρω.»

25. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλούμενη το άρθ. 15.4 της διακήρυξης και το άρθ 317 παρ. 3 του ν. 4412/2016 στο Υπόμνημα επί των απόψεων του αναθέτοντος φορέα ισχυρίζεται ότι «... Την 23.09.2019 και την 25.09.2019, δεν είχε λάβει χώρα η κατ' άρθρο 317 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 απόφαση για επανάληψη της διαδικασίας. Ο διαγωνισμός ευρισκόταν ακόμη στο στάδιο της υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφασης Δηλαδή ούτε είχε ανακληθεί μερικώς η ανωτέρω απόφαση, ούτε είχε αποφασισθεί η επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο που εμφίλοχώρησε το σφάλμα, ούτε είχε αποφασισθεί η συμμόρφωση προς την υπ' αρ. 981/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ. Άρα δεν υπήρχε έδαφος, για να υπάρξει γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου. Τα ως άνω, σαφώς και θα μπορούσαν να μην λάβουν χώρα, καθόσον το Δ.Σ. της ... είχε τη δυνατότητα να αναμένει την έκδοση δικαστικής απόφασης επί της αίτησης αναστολής που είχαμε ήδη ασκήσει, όπως κατ' επανάληψη πράττουν αναθέτουσες αρχές (παρά τα περί αντιθέτου αβασίμως υποστηριζόμενα από την ...) Αφού συντελούνταν τα ανωτέρω (μερική ανάκληση προγενέστερης απόφασης, επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο που εμφίλοχώρησε το σφάλμα), **τότε** θα είχε αρμοδιότητα το Τεχνικό Συμβούλιο, να εκφράσει γνώμη επί της κατάπτωσης των εγγυητικών επιστολών. Ήτοι αφού προηγουμένως εκδίδετο απόφαση ανάκλησης της προηγούμενης από 24.06.2019 απόφασης του Δ.Σ. της ..., απόφαση επανάληψης της διαδικασίας και απόφαση συμμόρφωσης προς την 981/2019. Αφού και εάν ελάμβαναν χώρα τα ανωτέρω - τότε εξέφερε τη γνώμη του το Τεχνικό Συμβούλιο, και εν συνεχεία θα συνέρχετο το ΔΣ της ... για να αποφανθεί επί της κατάπτωσης. Σημειούται

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

δε, ότι αν το Δ.Σ. δεν αποφάσιζε την επανάληψη της διαδικασίας, αλλά τη ματαίωσή αυτής (γεγονός διόλου απίθανο, αφού είχαν αποκλειστεί όλοι οι διαγωνιζόμενοι, και είχε μείνει μόνο ένας, ήτοι ο τελευταίος στη σειρά μειοδοσίας, με αποτέλεσμα να είναι σφοδρά πιθανό, υπό κανονικές συνθήκες, να μην επιθυμεί η αναθέτουσα αρχή να κατακυρώσει το έργο στον ακριβότερο), τότε δεν θα υπήρχε αντικείμενο εκφοράς γνώμης από το Τεχνικό Συμβούλιο. Η ... αντ' αυτού, με την υπ' αρ. .../26-9-2019 απόφαση της, αποφάσισε μετά την εκφορά γνώμης από το ΤΣ, την μερική ακύρωση της υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφασης, την επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, τη συμμόρφωση στην υπ' αρ. 981/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ και τη λήψη γνώμης από το ΤΑ (η οποία είχε παρατύπως ήδη ληφθεί). Οι λεκτικές αναλύσεις στις σελίδες 6-10 των απόψεων της ΑΕΓΙΠ περί του «**πριν**» και «**μετά**», γίνονται προκειμένου να δημιουργήσουν σύγχυση. Η πλημμέλεια είναι σαφής και επιφέρει ακυρότητα. Όταν συγκροτήθηκε το Τεχνικό Συμβούλιο και εξέφρασε γνώμη την 25.09.2019, δεν υπήρχε ούτε μερική ακύρωση της υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφασης, ούτε επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, ούτε συμμόρφωση προς την απόφαση 981/2019 της ΑΕΠΠ, ούτε απόφαση για λήψης γνώμης από το Τ.Σ. Συνεπώς, την 25.09.2019 που εξέφρασε γνώμη το Τ.Σ. την εξέφρασε επί ανύπαρκτων παραδοχών. Το Δ.Σ. της ... μπορούσε να ματαιώσει πλήρως το διαγωνισμό, και να μην υφίσταται καν αντικείμενο εκφοράς γνώμης από το Τ.Σ. Προκύπτει δε σαφώς, ότι το Τεχνικό Συμβούλιο, εξέφρασε **άποψη υπό αναβλητική αίρεση**, χωρίς να στηρίζεται σε πραγματικές καταστάσεις κατά το χρόνο έκδοσης της γνώμης του. Περαιτέρω δε από το ίδιο το σώμα του υπ' αρ. .../25.09.2019 Πρακτικού, προκύπτει ότι εν τέλει το Τεχνικό Συμβούλιο δεν εξέφρασε ευθαρσώς γνώμη για κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής. Αφού προηγουμένως έθεσε σειρά αναβλητικών αιρέσεων, εν συνεχεία γνωμοδότησε «υπέρ των αναφερομένων στα άρθρα 15.4 και 4.2. δ. της διακήρυξης». Όπως γίνεται δεκτό τόσο από τη θεωρία, όσο και τη νομολογία, η διοίκηση πρέπει να ασκεί την αρμοδιότητά της εν όψει της πραγματικής κατάστασης που υπάρχει κατά τον χρόνο έκδοσης των πράξεων της. Δεν επιτρέπεται να εξαρτηθεί η ισχύς μίας διοικητικής πράξης από **αναβλητική αίρεση** ούτε και στην περίπτωση που η διοίκηση δρα κατά

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

διακριτική ευχέρεια, πολλώ δε μάλλον όταν δρα συνεπεία δέσμιας αρμοδιότητας. Εν προκειμένω, το Τεχνικό Συμβούλιο, συγκροτήθηκε προκειμένου να εκφράσει γνώμη κατά την άσκηση δέσμιας αρμοδιότητας που απέρρευε από τη διακήρυξη και το απρόσβλητο σκέλος της υπ' αρ. 981/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ. Οφείλε συνεπώς, κατά τη συγκρότησή του και την απόπειρα εκφοράς γνώμης - έστω και απλής-, να ασκήσει την αρμοδιότητα του δυνάμει της πραγματικής κατάστασης που υφίστατο, **και να απέχει**, έως ότου το ΔΣ της ... να αποφασίσει περί της επανάληψης ή ακύρωσης της διαδικασίας, περί της ακύρωσης του σκέλους της προηγούμενης απόφασής του και εν τέλει περί του εάν θα συντρέξουν οι συνθήκες εκφοράς γνώμης από το Τεχνικό Συμβούλιο. Το Τεχνικό Συμβούλιο, θα αποκτούσε κατά χρόνο αρμοδιότητα να εκφράσει γνώμη, **μόνο** εφόσον είχε προηγηθεί, κατ' άρθρο 317 παρ. 3 του Ν4412/2016 απόφαση του Δ.Σ της ..., περί επανάληψης της διαδικασίας από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, ακύρωση/ανάκληση της προηγούμενης μη νόμιμης απόφασης και είχε προχωρήσει η διαδικασία δυνάμει νέας σχετικής απόφασης, στο σημείο που είχε πλέον το Τεχνικό Συμβούλιο σχετική αρμοδιότητα να εκφράσει γνώμη επί υφιστάμενων πραγματικών περιστατικών. Αφ' ης στιγμής την 23.09.2019 και την 25.09.2019 τέτοια απόφαση δεν είχε ληφθεί από το ΔΣ της ..., συγκροτήθηκε και εξέφρασε χρονικά αναρμοδίως γνώμη, επί υποθετικών και αβέβαιων ερωτημάτων. Κατά το σκέλος αυτό, και η απόφαση του Δ.Σ. της ..., με την οποία την 26.09.2019 ελήφθησαν σωρευτικά όλες οι αποφάσεις, περί μερικής ακύρωσης της απόφασης του Ιουνίου 2019, επανάληψης της διαδικασίας από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα και κατάπτωσης της εγγυητικής, έλαβαν χώρα κατά παράβαση **ερειδόμενες σε μη νόμιμη και διατυπωθείσα υπό αίρεση και χρονικά αναρμοδίως γνώμη.**»

26. Επειδή με τον τρίτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση συμμόρφωσης διότι « **3. Καταχρηστική άσκηση δικαιώματος από μέρους της αναθέτουσας αρχής - Διακριτική και άνιση μεταχείριση της προσφοράς μας αναφορικά με το θέμα με κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής - Πλήρης δυσαναλογία μεταξύ ληφθείσας απόφασης και επιδιωκόμενου σκοπού** Προ πάσης άλλης αναφοράς, επισημαίνουμε, ότι

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

μολονότι ανακηρυχθήκαμε προσωρινοί μειοδότες στον υπόψη διαγωνισμό, εν συνεχεία αποκλειστήκαμε από το διαγωνισμό, για λόγο μη αναγόμενο σε έλλειψη ουσιαστικού προσόντος μας να αναλάβουμε και να εκτελέσουμε το έργο. Η εταιρεία μας διαθέτει όλα τα ουσιαστικά προσόντα, σύμφωνα με τη διακήρυξη και το νόμο, για την εκτέλεση του έργου, όπως περιγράφονταν στη διακήρυξη και το απέδειξε πλήρως με τα δικαιολογητικά που προσκόμισε όταν προσκλήθηκε. Εντούτοις, η καθής μας απέκλεισε, διότι ερμήνευσε ως «ανακριβή» την παράλειψη συμπλήρωσης ενός πεδίου (κουτάκι) στο ΤΕΥΔ (έντυπο διαγωνισμού) ως προς την εκπλήρωση/ρύθμιση ασφαλιστικών οφειλών για δύο έργα. Αν αυτό είχε συμπληρωθεί, δεν θα υπήρχε κανένα πρόβλημα. Συγκεκριμένα, η απόρριψη της οικονομικής μας προσφοράς από την Επιτροπή Διαγωνισμού βασίστηκε στο εξής σκεπτικό: Η Επιτροπή του Διαγωνισμού θεώρησε ότι τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν για το κεφάλαιο «ασφαλιστικές ενημερότητες - εισφορές» είναι έγκυρα, αλλά η δήλωσή μας στο ΤΕΥΔ (που είχε υποβληθεί το 2018) είναι ανακριβής για το λόγο ότι στο πλαίσιο επιλέξαμε το «ΝΑΙ» στο σχετικό πεδίο (κουτάκι), [ενώ κατά την δική της άποψη θα έπρεπε να επιλέξουμε το «ΟΧΙ»], στο ερώτημα αν έχουμε εκπληρώσει όλες τις υποχρεώσεις μας όσον αφορά της εισφορές κοινωνικής ασφάλισης, ενώ αφήσαμε ασυμπλήρωτο (και ουχί εσφαλμένα συμπληρώμενο) το κουτάκι για το δεσμευτικό διακανονισμό. Τούτο διότι, κρίναμε (απολύτως εύλογα και ελλείπει οιοδήποτε προηγούμενου διοικητικού, νομολογιακού ή ερμηνευτικού προηγούμενου) ότι είμαστε ασφαλιστικά ενήμεροι, αφού η εταιρεία μας διέθετε ασφαλιστική ενημερότητα και είχε ρυθμίσει εργοδοτικές εισφορές που απέρρεαν από λογαριασμούς δύο έργων (συνολικού ποσού περί της 6.500 ευρώ) μεταξύ αυτών που εκτελούσε. Δηλαδή για τα αποδεκτά δικαιολογητικά (ενημερότητες) που υποβλήθηκαν αν είχε συμπληρωθεί σύμφωνα με την λογική τους το πεδίο «ΟΧΙ», τότε, με τα ίδια ακριβώς δικαιολογητικά που υποβάλαμε, η δήλωσή μας θα ήταν αληθής και επομένως η οικονομική μας προσφορά αποδεκτή. Αυτά επειδή είχαμε ρυθμισμένες τις ασφαλιστικές μας εισφορές (συνολικής αξίας περίπου 6.000 ευρώ) για δύο έργα την ημέρα του διαγωνισμού, και δεν συμπληρώσαμε το σχετικό κουτάκι, κατά την άποψη της Ε.Δ. Τονίζουμε ότι, την 27.07.2018, όταν έγινε από μέρους μας η συμπλήρωση του ΤΕΥΔ, δεν υπήρχε κανένα

**ερμηνευτικό, διοικητικό η νομολογιακό προηγούμενο για τον τρόπο συμπλήρωσής του πεδίου.** Ούτε είχε δημοσιεύσει η ΑΕΠΠ οιαδήποτε σχετική απόφαση. Θεωρούμε υπέρμετρα επαχθές και δυσβάσταχτο, απολύτως καταχρηστικό αλλά και εκτός των συναλλακτικών ηθών, αφενός να έχουμε για τέτοιο επουσιώδη λόγο αποκλειστεί από το διαγωνισμό, αν και προσφέραμε συμφέρουσα για την ... προσφορά, **αφετέρου να αποφασίζει η αναθέτουσα αρχή την κατάπτωση της εγγυητικής μας επιστολής, και να προκληθούν ανυπολόγιστες βλάβες σε εμάς, όπως αναλυτικά εκθέτουμε κατωτέρω.** Η καταχρηστικότητα της συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής επιτείνεται από τη στάση που επέδειξε στον ίδιο διαγωνισμό για τον έτερο οικονομικό φορέα «...», τον οποίο απέκλεισε, πριν από την εταιρεία μας και για τον οποίο δεν αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής του. Συγκεκριμένα, με την υπ' αριθμ. .../22-02-2019 απόφαση του Δ.Σ. της ... για τον ίδιο διαγωνισμό, είχε αποφασιστεί η απόρριψη της προσφοράς της ως άνω εταιρείας και η ανακήρυξη της εταιρείας μας ως προσωρινού μειοδότη, χωρίς ωστόσο η ... να αιτηθεί την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της στον διαγωνισμό. Καθίσταται σαφές ότι, στο πλαίσιο ίσης μεταχείρισης όλων των οικονομικών φορέων στον ίδιο διαγωνισμό, το Δ.Σ. της ... θα έπρεπε να αντιμετωπίσει την εταιρεία μας, όπως αντιμετώπισε την εταιρεία «...», ήτοι, ακόμη κι αν έκρινε ότι θα πρέπει να αποκλειστούμε από τον διαγωνισμό, να μην αιτηθεί την κατάπτωση της εγγυητικής μας επιστολής. Επιπρόσθετα, η καταχρηστικότητα της συμπεριφοράς της ... επιτείνεται ακόμη περισσότερο από την γνώση της, για τη υπέρμετρη βλάβη που θα μας προξενούσε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολή συμμετοχής στον υπόψη διαγωνισμό. Γνώριζε η αναθέτουσα αρχή, ότι η εταιρεία μας όχι μόνο συμμετέχει κατ' επάγγελμα σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων, και δη της ..., ως δραστηριοποιούμενη σε υδραυλικά έργα αλλά ότι είχαμε αναδειχθεί μειοδότες και σε έτερο διαγωνισμό της (Εργασίες συντήρησης και αποκατάστασης τοπικών βλαβών και μέτρων ασφαλείας σε όλες τις εγκαταστάσεις του εξωτερικού υδροδοτικού συστήματος (ΕΥΣ), Τμήμα 2, Εργολαβία ...)» (βλ. υπ' αρ. πρωτ. .../26.08.2019 έγγραφο ... - σχετ. αρ. 9), και εκκρεμούσε η πρόσκληση για προσκόμιση εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης για υπογραφή σύμβασης. Ήτοι, η κατάπτωση της εγγυητικής



## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

επιστολής συμμετοχής στον υπόψη διαγωνισμό, όχι μόνο θα μας ζημίωνε κατά το ποσό των 100.000 ευρώ, αλλά θα μας προξενούσε αδυναμία έκδοσης εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης από το ΤΜΕΔΕ για το έτερο έργο, αφού με την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής στον υπόψη διαγωνισμό, το ΤΜΕΔΕ θα διέκοπτε την πιστοδότησή μας. Τούτο θα είχε ως συνέπεια, την αδυναμία μας να εκδώσουμε και να προσκομίσουμε στην ίδια την ... εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης στο έτερο έργο, και τη δημιουργία ενός καταστροφικού «ντόμινο» καταπτώσεων εγγυητικών επιστολών. Τα ως άνω ήταν σε πλήρη γνώση της αναθέτουσας αρχής, κατά τη λήψη απόφασης για την κατάπτωση της εγγυητικής μας επιστολής. Τέλος, η καταχρηστικότητα της συμπεριφοράς της ... επιτείνεται όχι μόνο από το γεγονός ότι αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας μετά τη λήξη της ισχύος της προσφοράς μας, αλλά και ένεκα του ότι, παρά το γεγονός ότι είχαμε αιτηθεί την επιστροφή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας, από 20.09.2019, επέλεξε, χωρίς την παραμικρή ενημέρωσή μας, την προτελευταία ημέρα της λήξης ισχύος της εγγυητικής επιστολής μας, ταυτόχρονα να αποφασίσει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής, και να ζητήσει από το ΤΜΕΔΕ την είσπραξη του ποσού, χωρίς καν να μας κοινοποιήσει τις αποφάσεις, έτσι ώστε να εξαλείφει κάθε πιθανότητα εμπρόθεσμης χρονικά αντίδρασής μας. Τα ως άνω, κατά την άποψή μας, δεν συνιστούν καλόπιστη συμπεριφορά. Επισημαίνουμε ότι η εταιρεία μας συνεργάζεται με την ... για χρονικό διάστημα περίπου τριάντα πέντε (35) ετών. Θεωρούμε υπερβολικά άδικο, μολονότι δώσαμε την καλύτερη και φτηνότερη προσφορά, αντί να μας κατακυρωθεί το έργο, να φτάσει ένας επί 35ετία εργοδότης μας να αιτηθεί (επιπλέον του αποκλεισμού μας) την κατάπτωση της εγγυητικής μας επιστολής ύψους 100.000 €, προξενώντας μας τεράστια οικονομική ζημία και αποκλείοντάς μας από τη μελλοντική λήψη εγγυητικών επιστολών από το ΤΜΕΔΕ, όπως αναλυτικά εκθέτουμε κατωτέρω. Και τούτο, λαμβανομένου υπόψη ότι, όπως προαναφέραμε, η εταιρεία μας δεν αποκλείστηκε λόγω έλλειψης κάποιου ουσιαστικού προσόντος για την ανάληψη και εκτέλεση του έργου, αλλά ένεκα δήθεν μιας τυπικής παράλειψης συμπλήρωσης σε ένα πεδίο (κουτάκι) του ΤΕΥΔ, η οποία ερμηνεύθηκε ως «ανακριβής δήλωση» από την πρώτη αντίδικο και, εν συνεχεία, από την ΑΕΠΠ. Η απόφαση της

αναθέτουσας αρχής περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ευρίσκεται σε τέτοια δυσαναλογία μεταξύ επιδιωκόμενου σκοπού και επιλεγέντος μέτρου, η οποία υπερβαίνει τα ακραία όρια της διακριτικής της ευχέρειας δια της επιλογής της χειριστής για όλα εμπλεκόμενα μέρη ερμηνευτικής εκδοχής. Η δε κατάπτωση της εγγυητικής μας επιστολής, προξενεί βλάβη τέτοιας έντασης που δεν δύναται να δικαιολογηθεί από οιονδήποτε. Η εταιρεία μας, υπέβαλε μια όλως συμφέρουσα οικονομική προσφορά στην αναθέτουσα αρχή, απέδειξε - κατόπιν προσκλήσεως - ότι έχει όλα τα προσόντα για να αναλάβει το δημοπρατούμενο αντικείμενο - και όχι μόνο απορρίφθηκε η προσφορά της, αλλά αποφασίσθηκε και η κατάπτωση της εγγυητικής μας επιστολής συμμετοχής, με ολέθριες συνέπειες για τις αντιμετώπιση της εταιρείας μας από τα τραπεζικά ιδρύματα, επειδή η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι συμπλήρωση ενός πεδίου στο **ΤΕΥΔ, ήταν εσφαλμένη από μέρους μας. Το γεγονός δε ότι στο χρόνο συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ και διενέργειας του διαγωνισμού, δεν υπήρχε το παραμικρό διοικητικό, δικαστικό, ερμηνευτικό ή γνωμοδοτικό προηγούμενο, ουδόλως απασχόλησε την αναθέτουσα αρχή κατά τη διατύπωση της κρίσης της περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής μας, μολονότι τούτο θα έπρεπε να έχει βαρύνουσα σημασία για την απόφασή της.** Θεωρούμε ότι το πλέγμα των ανωτέρω συνιστά υπέρβαση των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής και στρεβλή ερμηνεία της δέσμιας αρμοδιότητας της, η οποία δεν δύναται να φτάνει έως την δυσανάλογη τιμωρία του έχοντα τα προσόντα ανάληψης και εκτέλεσης του έργου. Ειδικότερα προφανής σκοπός της διενέργειας δημόσιου διαγωνισμού είναι να ανατεθεί το δημοπρατούμενο αντικείμενο σε οικονομικό φορέα που διαθέτει όλα τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη προσόντα και προσφέρει και την χαμηλότερη τιμή. Δεν είναι σκοπός της διαγωνιστικής διαδικασίας, να αποκλείεται οικονομικός φορέας δυνάμει ερμηνευτικών εκδοχών περί ανακρίβειας συμπληρώσεων του εντύπου προκαταρκτικής απόδειξης, και δη τη στιγμή που έχει αποδειχθεί πλήρως ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, με δημόσια έγγραφα που συνιστούν πλήρη απόδειξη, σε επόμενο στάδιο, ότι ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας πληροί όλες τις απαιτήσεις προκειμένου να αναλάβει το έργο. Ούτε συνάδει με τις αρχές της αναλογικότητας, να

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής οικονομικού φορέα με καταστροφικές για αυτόν συνέπειες ένεκα της υιοθέτησης απόψεων περί της συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ για τους οποίους δεν υπήρχε κανένα διοικητικό ή νομολογιακό προηγούμενο στο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, ακόμη κι αν αυτές υποτεθεί ότι είναι ερμηνευτικά υποστηρίξιμες. Και όλα αυτά να συμβαίνουν ενώ ακόμη εκκρεμεί η δικαστική κρίση επί της αιτήσεως αναστολής μας κατά της υπ' αρ. 981/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ και της υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφασης της .... Όπως δε παγίως γίνεται δεκτό από τα δικαστήρια, το αίτημα για κατάπτωση μιας εγγυητικής επιστολής δεν πρέπει να έρχεται σε αντίθεση με τις αρχές της καλής πίστης και των χρηστών και κρατούντων συναλλακτικών ηθών. Όταν δε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής οδηγεί σε υπέρμετρα ανεπιεική αποτελέσματα που είναι αντίθετα με τις ΑΚ 281, 288 διατάξεις, τότε το αίτημα κατάπτωσης είναι μη νόμιμο και ο οικονομικός φορέας νομίμως αξιώνει από τον δανειστή να παραλείψει την είσπραξη της εγγυητικής επιστολής και από το εκδώσαν ίδρυμα να μην πληρώσει την εγγυητική επιστολή (ΜΠρωτΘεσς1774/2018, ΜΠρωτΤρι138/2018, ΜΠρωτΑΘ 291/2016, ΜΠρωτΘηβ319/2012, ΜΠρωτΘεσς 22115/2011)..»

27. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί τρίτου λόγου της προσφυγής αναφέρει ότι «... Καταρχάς επί του λόγου αυτού σημειώνουμε ότι **δεν** μπορεί να εξεταστεί παραδεκτά από την Αρχή μιας και ήδη επί της ουσίας του ζητήματος περί της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας λόγω ψευδών άλλως ανακριβών δηλώσεων στο ΤΕΥΔ έχει ήδη κρίνει η Α.Ε.Π.Π. με την υπ' αριθμ. 981/2019 Απόφασή Της. Η αξιολόγηση της νομιμότητας του αποκλεισμού της «...» και των συνακόλουθων βλαβών που θα υποστεί συνεπεία αυτού του αποκλεισμού έχουν ήδη κριθεί από την Αρχή, οπότε δεν μπορεί να υπάρξει παραδεκτά δύο φορές κρίση επί του ιδίου ζητήματος. Σε κάθε περίπτωση **ΕΠΙΚΟΥΡΙΚΑ** σημειώνεται ότι δεν τίθεται ζήτημα καταχρηστικής άσκησης της διακριτικής ευχέρειας της ... μιας και στην περίπτωση αυτή η παραβίαση του άρθρου **4.2.** της Διακήρυξης και **103 παρ. 3** του ν. 4412/2016 δημιουργούν **ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ** στην ... να απορρίψει την προσφορά και ζητήσει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, όπως **ήδη έχει κρίνει και η Αρχή με την 981/2019**

**Απόφαση Της υπό σκέψη 21 αυτής.** Επίσης παραβλέπει να εξετάσει η προσφεύγουσα ότι σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί να γίνει λόγος για μικρά ποσά εισφορών κοινωνικής ασφάλισης που δικαιολογούν την εξαίρεση εφαρμογής του λόγου αποκλεισμού της παραγράφου 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (ούτως ή άλλως δεν προβλέφθηκε στην διακήρυξη) και άρα μη δήλωσης τους στο ΤΕΥΔ (από τη δήλωση των οποίων προέκυψε η ανακρίβεια στη δήλωση) καθώς οι οφειλές των 1.877,58 και 5.341,96 Ευρώ που αφορούν τα δύο ως άνω έργα που εκτελεί η αιτούσα ξεπερνούν τις προβλέψεις της παρ. 6 του άρθρου 39 του ν. 4413/2016 (1.000,00 Ευρώ). Σημειώνουμε, δηλαδή, ότι αν και η έννοια των μικρών ποσών δεν προσδιορίζεται ρητά στις διατάξεις του ν. 4412/2016, στις αντίστοιχες προβλέψεις για τις συμβάσεις παραχώρησης η έννοια των μικρών ποσών προσδιορίστηκε σε αξία που δεν υπερβαίνει τα 1.000,00 Ευρώ (βλ. Δ. Ράικος, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, «Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο», Τόμος Ι, 2018, σελ. 672). Προς επίρρωση των ανωτέρω ισχυρισμών μας που έγιναν καθ' ολοκληρία δεκτοί και από την Αρχή (βλ. ιδίως 15-22 σκέψεις της υπ' αριθμ. 981/2019 απόφασης) αναφερόμαστε στην υπ' αριθμ. 117/2019 Επ. Αν. ΣτΕ ad hoc απόφαση με την οποία το Δικαστήριο έκρινε **σύμφωνα** με τα όσα κατά δέσμια αρμοδιότητα υιοθετήθηκαν από την εταιρεία μας για την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας συνεπεία ψευδών/ανακριβών δηλώσεων της στο ΤΕΥΔ. Ειδικότερα επ' αφορμής παράλειψης δήλωσης στο ΕΕΕΣ του διακανονισμού (στην περίπτωση μας οφειλής) ασφαλιστικών εισφορών της εκεί προσφέρουσας, είχε ως συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς της, παρά το γεγονός ότι το ΙΚΑ βεβαίωσε ότι η εταιρεία είναι ασφαλιστικά ενήμερη αφού τηρεί τον διακανονισμό, και τούτο εξαιτίας της ανακριβούς δήλωσης. **Κάθε οικονομικός φορέας έχει υποχρέωση, συνεπώς, να δηλώσει στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ τις ρυθμίσεις στις οποίες έχει προβεί, διότι σε διαφορετική περίπτωση, ακόμη και αν δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού, η προσφορά του αποκλείεται λόγω ανακριβούς δήλωσης. Με την ίδια ως άνω απόφαση δε, κρίθηκε ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει καν περιθώριο εξαγωγής αξιολογικών κρίσεων περί της σοβαρότητας των ψευδών ή ανακριβών στοιχείων.** Χαρακτηριστικά παραθέτουμε τις εξής παραδοχές της υπ' αριθμ. 117/2019 Επ. Αν. ΣτΕ (Σκέψη 14): «Επειδή, από

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

τις προεκτεθείσες διατάξεις του ενωσιακού και εθνικού δικαίου και της διακήρυξης συνάγεται ότι με το Μέρος III.B. του Ε.Ε.Ε.Σ. ζητείται από τον οικονομικό φορέα να παραθέσει τις πληροφορίες που κρίνονται απαραίτητες για την αξιολόγηση της συμμετοχής του στο διαγωνισμό σχετικά με την τήρηση των υποχρεώσεων του για την καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Ειδικότερα δε όταν ο οικονομικός φορέας έχει παραβιάσει τις υποχρεώσεις του για την καταβολή των οφειλόμενων εισφορών, στο Ε.Ε.Ε.Σ. ζητείται η συμπλήρωση σειράς ερωτημάτων, διά των οποίων η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει να αποκτήσει μια πλήρη εικόνα ως προς τα ειδικότερα στοιχεία των παραβιασθεισών υποχρεώσεων (τόπος, ποσό, τρόπος διαπίστωσης παραβίασης), καθώς επίσης και ως προς τις ενέργειες στις οποίες έχει προβεί ο οικονομικός φορέας, προκειμένου να συμμορφωθεί με τις αποφάσεις που διαπιστώνουν την παράβαση και να μεριμνήσει για την άρση των παραβάσεων (καταβολή καταλογισθέντων ποσών μετά τόκων και προστίμων ή υπαγωγή σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους), ώστε να απενεργοποιηθεί ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. **Όλες δε οι πληροφορίες που άπτονται των υπό διακανονισμό υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα πρέπει να τίθενται σε γνώση της αναθέτουσας αρχής, ώστε η τελευταία να έχει τη δυνατότητα ελέγχου και παρακολούθησης της, εκ μέρους του φορέα, συνεπούς τήρησης των όρων του διακανονισμού και εκπλήρωσης των υποχρεώσεων του καθ' όλη τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας στο πλαίσιο άσκησης των κατ' άρθρο 73 παρ. 6 του ν. 4412/2016 (βλ. άρθρο 22.A.6. της διακήρυξης) αρμοδιοτήτων της.** Συνεπώς, σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας βρίσκεται, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του, σε καθεστώς ρύθμισης - διακανονισμού των οφειλών του, οφείλει να δηλώσει στο Ε.Ε.Ε.Σ. την παραβίαση των σχετικών υποχρεώσεων του – οι οποίες άλλωστε αποτελούν το αντικείμενο του διακανονισμού-, καθώς επίσης και τον, αίροντα το σχετικό λόγο αποκλεισμού, διακανονισμό, βάσει του οποίου εκπληρώνει τις υποχρεώσεις αυτές. Το γεγονός δε ότι, λόγω του διακανονισμού και για όσο χρόνο αυτός τηρείται με συνέπεια από τον οικονομικό φορέα (βλ. σχετικών τις ρυθμίσεις του άρθρου πρώτου παρ. ΙΑ.1. του ν. 4152/2013, Α' 107), ο τελευταίος είναι ασφαλιστικά ενήμερος, δεν έχει ως συνέπεια να θεωρείται ότι δεν υφίσταται παραβίαση των σχετικών με την

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

καταβολή των ασφαλιστικών εισφορών υποχρεώσεων ή ότι αυτός απαλλάσσεται από την υποχρέωση να παράσχει και να δηλώσει όλες τις πληροφορίες που ζητούνται από το Ε.Ε.Ε.Σ., οι οποίες, όπως προκύπτει από τη διατύπωση των οικείων ερωτημάτων, ούτε περιορίζονται ούτε εξαντλούνται στο εάν ο οικονομικός φορέας είναι ασφαλιστικά ενήμερος ή όχι. Συνεπώς, δεν πιθανολογείται σοβαρώς ως βάσιμη η ερμηνεία των εφαρμοστέων διατάξεων, την οποία υποστηρίζει η αιτούσα, σύμφωνα με την οποία εφ' όσον είναι ασφαλιστικά ενήμερη, συνεπεία του διακανονισμού, ορθώς δήλωσε ότι δεν παραβίασε τις υποχρεώσεις της ως προς την καταβολή των ασφαλιστικών εισφορών. Εξ άλλου, το επιχείρημα της αιτούσας ότι το ερώτημα αναφέρεται στο εάν υπάρχει παραβίαση σε ενεστώτα χρόνο, δηλαδή κατά το χρόνο υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ., και όχι εάν οποτεδήποτε στο παρελθόν παραβίασε τις υποχρεώσεις της αλλά οι συνέπειες της παράβασης έχουν πλέον αρθεί, είναι πάντως απορριπτό, καθ' όσον εν προκειμένω κατά τα προκύπτοντα από τα στοιχεία του φακέλου, τα οποία δεν αμφισβητούνται, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της η αιτούσα δεν είχε αποπληρώσει τις εισφορές που της είχαν επιβληθεί με την 162/2018 Π.Ε.Ε., ώστε να θεωρούνται ως αρθείσες, όπως υποστηρίζει, οι συνέπειες της παράβασής της, αλλά βρίσκονται σε ρύθμιση τους σε δόσεις, η μη τήρηση της οποίας (ρυθμίσεως) θα είχε ως αποτέλεσμα την αναβίωση των εννόμων συνεπειών της διαπραχθείσης παραβίασης και την ενεργοποίηση του σχετικού λόγου αποκλεισμού. Υπό τα δεδομένα αυτά, τα στοιχεία που δηλώθηκαν από την αιτούσα στο Μέρος III.B. του Ε.Ε.Ε.Σ. ήταν **ανακριβή**, διότι, παρά το γεγονός ότι είχε παραβιάσει τις υποχρεώσεις της σχετικά με την καταβολή των οφειλόμενων ασφαλιστικών εισφορών, απάντησε αρνητικά στο ερώτημα ως προς το εάν υπήρξε παραβίαση αυτών, δεν παρέσχε τις ζητούμενες πληροφορίες σχετικά με το ενεχόμενο ποσό, αλλά ούτε και στοιχεία ως προς το διακανονισμό στον οποίο είχε υπαχθεί. Τούτο παρά το γεγονός ότι το Ε.Ε.Ε.Σ. διέθετε ειδικό πεδίο, με το οποίο ζητείτο η συμπλήρωση των σχετικών με ενδεχόμενο διακανονισμό πληροφοριών και το οποίο όφειλε να συμπληρώσει η αιτούσα -απαντώντας στα προηγούμενα ερωτήματα κατά τρόπο ώστε να ενεργοποιηθεί το πεδίο αυτό, προκειμένου να θέσει υπ' όψιν της αναθέτουσας αρχής ότι είχε προβεί σε διακανονισμό της οφειλής της και ότι συνεπώς συνέτρεχε λόγος άρσης του

σχετικού λόγου αποκλεισμού. ... Εν πάση περιπτώσει, σε περίπτωση αμφιβολίας ως προς την ορθή συμπλήρωση των πεδίων ή της αμφισβήτησης ως προς την ορθή διάρθρωση των ερωτημάτων του Ε.Ε.Ε.Σ. – το οποίο είχε αναρτηθεί με τη διακήρυξη και τέθηκε υπ' όψιν των ενδιαφερομένων κατά τρόπο ώστε να είναι δυνατή η εξέταση και διερεύνηση του περιεχομένου του -, η αιτούσα μπορούσε να ζητήσει την παροχή διευκρινίσεων ή, αντίστοιχα, να προσβάλει τη διακήρυξη, το οποίο, όμως, δεν έπραξε. Δεδομένου δε ότι, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο Ε.Ε.Ε.Σ. της αιτούσης ήταν ανακριβή, ορθώς εκρίθη με την προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ότι έπρεπε η προσφορά της να απορριφθεί ως απαράδεκτη κατ' εφαρμογή του άρθρου 4 παρ. 2 περ. δ' της διακήρυξης, ανεξαρτήτως εάν δεν συνέτρεχε, εν προκειμένω, λόγος αποκλεισμού λόγω της υπαγωγής της σε διακανονισμό για την εξόφληση των παραβιασθεισών υποχρεώσεών της. **Τούτο διότι, όπως συνάγεται από τη συστηματική ερμηνεία των διατάξεων της παρ. 2 του άρθρου 4 αλλά και το γράμμα αυτών σε συνδυασμό με τις αρχές της τυπικότητας και διαφάνειας που διέπει τους διαγωνισμούς αναθέσεων δημοσίων συμβάσεων, ή, κατά δεσμία αρμοδιότητα επερχόμενη, έννομη συνέπεια της απόρριψης της προσφοράς σε περίπτωσης υποβολής με το Ε.Ε.Ε.Σ. ανακριβών ή ψευδών στοιχείων, δεν συνδέεται κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων – μη αμφισβητηθεισών από την αιτούσα με τα προβλεπόμενα κατά νόμο ένδικα μέσα – με τη θεμελίωση ή μη του λόγου αποκλεισμού, στο πλαίσιο του οποίου τα εν λόγω ψευδή ή ανακριβή στοιχεία παρασχέθηκαν. Ούτε άλλωστε από τη διατύπωση της εν λόγω διάταξης της περ. δ' της παραγράφου 2 του άρθρου 4 της διακήρυξης μπορεί να συναχθεί ότι καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή δυνατότητα εξαγωγής αξιολογικών κρίσεων περί της “σοβαρότητας” των ψευδών ή ανακριβών στοιχείων – υπό την έννοια ότι αυτά ήταν ικανά να επηρεάσουν την κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς την κατάφαση συνδρομής λόγου αποκλεισμού εκ των προβλεπομένων στο άρθρο 22.Α της διακήρυξης – ώστε η έννομη συνέπεια της απόρριψης της προσφοράς να επέρχεται μόνον σε περίπτωση κατάφασης της “σοβαρότητας” της ανακρίβειας αυτών. Ως εκ τούτου, τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα, ότι, δηλαδή, κατά την έννοια του άρθρου 4 παρ. 2**

περ. δ' της διακήρυξης η απόρριψη της προσφοράς προϋποθέτει ότι η ψευδής δήλωση είναι σοβαρή και αποσκοπεί στην απόκρυψη πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού, ότι το Ε.Ε.Ε.Σ. δεν θεσπίζει λόγους αποκλεισμού πέραν των προβλεπόμενων στη διακήρυξη και ότι στο σχετικό εκτελεστικό κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής ορίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς είναι δυνατόν να αποκλείονται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης μόνον σε περιπτώσεις σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά τη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ., δεν πιθανολογούνται σοβαρώς ως βάσιμα και πρέπει να απορριφθούν». Περαιτέρω και για την αντίκρουση του ισχυρισμού της προσφεύγουσας σύμφωνα με τον οποίο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της στον παρόντα διαγωνισμό ... (τέλη Ιουλίου του 2018) δεν υπήρχαν νομολογιακά δεδομένα ικανά για να κατευθύνουν τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς στην εκτίμηση της σοβαρότητας των συνεπειών από τις ανακριβείς δηλώσεις στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ αναφερόμαστε στην υπ' αριθμ. **844/2018 Απόφαση του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου**, εκδοθείσα ήδη από τις 18-5-2018, σύμφωνα με την οποία «Το ΕΕΕΣ περιλαμβάνει πληροφορίες που αφορούν μόνο στις προϋποθέσεις συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης (λόγους αποκλεισμού και κριτήρια επιλογής) και όχι πληροφορίες σχετικά με την κατατεθείσα τεχνική προσφορά, η οποία κρίνεται με βάση τα οριζόμενα στη διακήρυξη κριτήρια ανάθεσης. Εξάλλου η υποβολή του ως άνω εγγράφου, όπως και η ορθή συμπλήρωσή του καθ' ό μέρος αφορά σε όρους που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης, συνιστούν ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό. **Ως εκ τούτου, εάν το δικαιολογητικό αυτό δεν υποβληθεί ή είναι ανακριβές, η προσφορά του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα απορρίπτεται ως απαράδεκτη**». Σύμφωνα και με την υπ' αριθμ. **440/2017** Πράξη του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου (αφορώσα διαγωνιστική διαδικασία της ...) γίνεται δεκτό πως η ορθή συμπλήρωση και υποβολή του ΤΕΥΔ, καθ' ο μέρος αφορά σε όρους που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης, συνιστά ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στην διαγωνιστική διαδικασία. Η μη ορθή τήρηση αυτής, δε, συνεπάγεται τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα (βλ. και συλλογικό έργο «Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση



και Πρακτική Εφαρμογή», Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ. 349). **Περαιτέρω γίνεται δεκτό με την απόφαση αυτή ότι δεν μπορεί να τεθεί ζήτημα επιτρεπτής συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ κατά το άρθρο 310 του ν. 4412/2016, κάτι που δέχθηκε ΡΗΤΑ και η υπ' αριθμ. 117/2019 Επ. Αν. ΣτΕ.** Ήδη, δε, πριν την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό Ε878 (27-07-2018) είχε εκδοθεί και η υπ' αριθμ. 589/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π που δέχεται πως η ψευδής ή ανακριβής δήλωση στο ΤΕΥΔ οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς κατά την **παρ. 3 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016.** Αβάσιμα, δηλαδή, παραπονείται η προσφεύγουσα για απουσία σχετικής δικαιοδοτικής ή δικαστικής κρίσης κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της. Σε κάθε περίπτωση, ωστόσο, πρέπει να σχολιάσουμε ότι ακόμη και δεν υπήρχαν νομολογιακά δεδομένα, δεν θα μπορούσε η προσφεύγουσα να προβάλλει λυσιτελώς τον ισχυρισμό περί ασαφειών ως προς την ερμηνεία και τις συνέπειες της διάταξης της παρ. 3 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, καθώς στην προκείμενη περίπτωση η αντιληπτική ικανότητα του μέσου συναλλασσόμενου στον χώρο των συμβάσεων του ν. 4412/2016 είναι αυξημένη έναντι του γενικού μέσου όρου των συναλλασσομένων μ' αποτέλεσμα να μην δικαιολογείται η προβολή τέτοιων ισχυρισμών την στιγμή που ο όρος **4.2.** της διακήρυξης ... είναι σαφής: «δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι : i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ... απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντος φορέα η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας». Από τα παραπάνω συνάγεται ότι οι αρνητικές συνέπειες εκ του αποκλεισμού και της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας μπορούσαν να αξιολογηθούν και εκτιμηθούν από αυτήν. Η τελευταία, παρόλα αυτά, συμπλήρωσε ψευδώς άλλως ανακριβώς το ΤΕΥΔ (όπως έγινε δεκτό και με την υπ' αριθμ. 981/2019 Απόφαση της Αρχής). Παράνομα και σε κάθε περίπτωση καταχρηστικά, συνεπώς, παραπονείται η προσφεύγουσα για την επέλευση αρνητικών συνεπειών εις βάρος της εγκαλώντας ουσιαστικά την ... για την τήρηση της

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

νομιμότητας (!). Τονίζεται, δε, ότι δεν υπήρξε άνιση και διακριτική μεταχείριση εις βάρος της σε σχέση με την εταιρεία «...» μιας και η προσφορά της τελευταίας απορρίφθηκε βάσει της παρ. **5 του άρθρου 103** του ν. 4412/2016 και όχι της παρ. **3** του ίδιου άρθρου όπως η προσφεύγουσα. Στην περίπτωση αυτή κρίθηκε ότι δεν πρέπει να καταπέσει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, καθώς δεν πληρώνονταν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρακάτω διάταξης του άρθρου 302 του ν. 4412/2016 «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από τα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης ή αν παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες, οι οποίες απαιτούνται από τους αναθέτοντες φορείς, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 304 ή την παράγραφο 1 του άρθρου 305». Εξαιτίας του ανόμοιου της υπόθεσης, συνεπώς, δεν μπορεί να τεθεί ζήτημα άνισης και διακριτικής μεταχείρισης. **Από όλα τα παραπάνω προκύπτει ότι νομότυπα ελήφθη η υπ' αριθμ. .../26-09-2019 απόφαση του Δ.Σ. της ... με την οποία αποφασίσθηκε η μερική ακύρωση της υπ' αριθμ. .../24-06-2019 προγενέστερης απόφασης του και η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας σε συμμόρφωση με τις προβλέψεις της υπ' αριθμ. 981/2019 απόφασης του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. βάσει του άρθρου 317 του ν. 4412/2016.»**

28. Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει στο Υπόμνημά της ότι «... Όπως, ωστόσο, αναφέρθηκε και ανωτέρω, δέσμια αρμοδιότητα για κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας, υφίσταται μόνο εφόσον η οικονομική προσφορά ευρίσκεται σε ισχύ και όχι όταν αυτή έχει λήξει... Επιπλέον, ο ισχυρισμός της, ότι ..., στη σελ. 16 ότι «η αντιληπτική ικανότητα του μέσου συναλλασσόμενου στο χώρο των συμβάσεων του ν. 4412/2016 είναι αυξημένη έναντι του γενικού μέσου όρου των συναλλασσομένων μ' αποτέλεσμα να μην δικαιολογείται η προβολή τέτοιων ισχυρισμών» για να αντικρούσει την αιτίασή μας, ότι δεν υπήρχε κανένα δικαιοδοτικό ή νομολογιακό προηγούμενο τη στιγμή που συμπληρώναμε την 23.07.2018 το ΤΕΥΔ, καταδεικνύει την απόλυτη καταχρηστικότητα της συμπεριφοράς της .... Παραγνωρίζοντας την αξία του ως άνω επιχειρήματος της αντιδίκου, επισημαίνουμε το αυτονόητο, ότι

ουδείς δύναται να συμπληρώνει το ΤΕΥΔ, λαμβάνοντας υπόψη κάθε πιθανή ή απίθανη μελλοντική ερμηνευτική εκδοχή ή μελλοντική δικαιοδοτική ή δικαστική κρίση. Ούτε δύναται να γνωρίζει ο διαγωνιζόμενος, όταν συμπληρώνει το ΤΕΥΔ ότι θα διατυπωθεί στο μέλλον θέση επί παρεμφερούς ζητήματος για έτερο οικονομικό φορέα. Τα ως άνω προφανώς είναι αντιληπτά από την ..., η οποία προκειμένου να δικαιολογήσει τις ενέργειές της, παρουσιάζει τις τεχνικές εταιρείες που συμπληρώνουν το ΤΕΥΔ, ως «γλωσσολόγους» που έχουν εμβαθύνει στη νομική και εννοιολογική συμπλήρωση των πεδίων του ΤΕΥΔ, υπολαμβάνοντας ότι την 27.07.2018, ήταν πλήρως παγιωμένοι όλοι οι τρόποι συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ . Θέτουμε υπόψη Σας, ότι την 27-07-2018, δεν είχε συμπληρωθεί ούτε καν ένα έτος από την εκκίνηση χρήσης του εντύπου ΤΕΥΔ στους διαγωνισμούς και υπήρχε πλήρης έλλειψη ενδελεχούς γνώσης και εμπειρίας συμπλήρωσης του για το σύνολο του κατασκευαστικού κόσμου (πολλώ δε μάλλον του νομικού, ο οποίος λαμβάνει θέση επί των ζητημάτων αφού ανακύψουν στην πράξη). Μάλιστα, έως εκείνη τη στιγμή, η παγιωμένη άποψη ήταν ότι η υιοθέτηση της χρήσης του ΤΕΥΔ «ως μέσου απλοποίησης της διαδικασίας προς όφελος και των ίδιων των οικονομικών φορέων, όσο και με τη ρητή πρόβλεψη της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να ζητεί από τους υποψηφίους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο, την υποβολή δικαιολογητικών, εφόσον τούτο απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας» (ΕΣ VI 955/2018). Επιπλέον, η νομολογία είχε διατυπώσει την άποψη, ότι οι Υπεύθυνες Δηλώσεις που υποβάλλονται στους διαγωνισμούς τυγχάνουν συμπλήρωσης (Ε.Α. ΣτΕ 268/2016, σκ. 7). Ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της ..., με τους οποίους παραθέτει μεταγενεστέρως της συμπλήρωσης στο ΤΕΥΔ αποφάσεις της ΑΕΠΠ και των δικαστηρίων, ως αντεπιχείρημα στους ισχυρισμούς μας περί της καταχρηστικότητας της πράξης κατάπτωσης, στερούνται νομιμότητας και βασιμότητας. Την 27.07.2018, όταν και συμπληρώναμε το ΤΕΥΔ, όχι μόνο δεν υπήρχε κανένα δικαιοδοτικό και δικαστικό προηγούμενο επί της υπό κρίση συμπλήρωσης (και η επίκληση της ΑΕΠΠ 589/2018 απόφασης ελέγχεται ως όλως κακόπιστη), αλλά η παγιωμένη άποψη ήταν ότι το ΤΕΥΔ, εδύνατο να τύχει συμπλήρωσης. Υπήρχε δε πλήρης έλλειψη εμπειρίας συμπλήρωσης στο σύνολο του κατασκευαστικού κόσμου, ένεκα της πρόσφατης τότε εισαγωγής του στην

πρακτική των δημόσιων διαγωνισμών. Ως εκ τούτου, το επιχείρημα, ότι όσοι συμμετέχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς υπερέχουν του γενικού μέσου όρου των συναλλασσόμενων προβάλλεται παρελκυστικά. Επισημαίνουμε άλλωστε, ότι κανένα δικαστήριο δεν έχει αποφανθεί (ούτε και η Ε.Α. ΣτΕ 117/2019) επί ισχυρισμού περί καλόπιστης και ερμηνευτικά υποστήριξης συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ από διαγωνιζόμενο, στο ζήτημα των ρυθμισμένων οφειλών, ελλείπει προηγούμενης δικαστικής ή δικαιοδοτικής προσέγγισης επί του θέματος, και εν απουσία (το 2018) εμπειρίας (στο σύνολο των διαγωνιζομένων) και παγιωμένης μεθοδολογίας αντιμετώπισης έκαστου πεδίου του ΤΕΥΔ. **Πολλώ δε μάλλον ουδέποτε έχει προκύψει ζήτημα κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής για το λόγο αυτό και κρίσης περί της νομιμότητας της σχετικής πράξης της αναθέτουσας αρχής. Επισημαίνεται δε ότι το ΤΕΥΔ συμπληρώνεται από μηχανικούς και δεν δύναται κατά την άποψή μας να χαρακτηρίζεται ως ψευδής ή ανακριβής** η συμπλήρωσή των πεδίων του, η οποία στηρίζεται σε μία σοβαρά υποστηρίξιμη ερμηνευτική προσέγγιση επί ζητήματος το οποίο ουδέποτε είχε αντιμετωπιστεί έως τη στιγμή εκείνη, ενώ δεν είχε αποκτηθεί και διαμορφωθεί εμπειρία συμπλήρωσης των πεδίων του ΤΕΥΔ από κανέναν ένεκα της πρόσφατης (κατά το χρόνο συμπλήρωσης) εισαγωγής του ΤΕΥΔ στους δημόσιους διαγωνισμούς. Πολλώ δε μάλλον, θεωρούμε απολύτως καταχρηστικό- και εκεί ακριβώς έγκειται η αντίκρουσή μας περί καταχρηστικότητας- , να επικαλείται η καθής την έκδοση αποφάσεων και κρίσεων δικαιοδοτικών οργάνων, τα οποία δεν είχαν καν αποφανθεί στο χρόνο της από μέρους μας συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ, ως σαν οι τεχνικοί και το προσωπικό της εταιρείας μας, το οποίο προβαίνει στη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ, να παρακολουθεί «ανά ημέρα» κάθε ενέργεια δικαιοδοτικών οργάνων σε αλλότριες προς την εταιρεία μας υποθέσεις και διαγωνισμούς **Κατόπιν των ανωτέρω, ζητούμε την απόρριψη των ισχυρισμών της ...»**

29. Επειδή στο επικαλούμενο στα έγγραφα της διαδικασίας άρθ. 72 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Εγγυήσεις», το οποίο πάντως δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω, καθώς λόγω της νομικής φύσης του αναθέτοντος φορέα εφαρμογής τυγχάνουν οι διατάξεις των άρθ. 222 επ. του ν. 4412/2016 (σκέψεις 4, 5, 6, 7, 8) ορίζεται ότι «...1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής»... 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.... 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. Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Η ένσταση του αναδόχου κατά της απόφασεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά: αα) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης και ββ) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ενδίκων βοηθημάτων προσωρινής δικαστικής Προστασίας ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, και γγ) την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με το άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013 (Α' 52), εφόσον απαιτείται. Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες στις κάτωθι περιπτώσεις: α) λήξης του χρόνου ισχύος της προσφοράς και μη ανανέωσης αυτής και β) απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ενδίκων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτησης από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως....»

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

30. Επειδή στο εφαρμοστέο άρθ. 302 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Εγγυήσεις» ορίζεται ότι «...1. Οι αναθέτοντες φορείς ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», .... 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. Ο αναθέτων φορέας 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. ... Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από τα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης ή αν παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες, οι οποίες απαιτούνται από τους αναθέτοντες φορείς, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 304 ή την παράγραφο 1 του άρθρου 305.... Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες: αα) μετά την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις και ββ) μετά την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ενδίκων μέσων προσωρινής δικαστικής προστασίας ή την έκδοση απόφασης επί αυτών, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις και γγ) μετά την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013 (Α΄ 52), εφόσον απαιτείται. ....Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες στις κάτωθι περιπτώσεις: α) λήξης του χρόνου ισχύος της προσφοράς και μη ανανέωσης αυτής και β) απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ενδίκων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως. »

31. Επειδή άρθ. 79 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», το οποίο εφαρμόζεται εν προκειμένω σύμφωνα με το άρθ 308 παρ. 1 του ν. 442/2016,

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

ορίζεται ότι «1. Κατά ...την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 84....»

32. Επειδή στο άρθ. 317 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Ματαίωση διαδικασίας» ορίζεται ότι «1. Ο αναθέτων φορέας με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή του, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος Βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 316. 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση του αναθέτοντος φορέα, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιαστικά και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον τον αναθέτοντα φορέα ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παρ. 4 του άρθρου 97, στ) για τους αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές, για άλλους λόγους δημοσίου συμφέροντος. 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί,

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, ο αναθέτων φορέας ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, εφόσον οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Ο αναθέτων φορέας διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με την ακύρωση ή τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, εφόσον στην τελευταία αυτή περίπτωση πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων 266 και 269. 6. Ειδικά για την περίπτωση δ' της παραγράφου 2 για την ματαίωση απαιτείται ειδική αιτιολογημένη απόφαση του αρμοδίου οργάνου. ...»

33. Επειδή στο άρθ. 103 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών», το οποίο εφαρμόζεται εν προκειμένω σύμφωνα με το άρθ 315 του ν. 442/2016, ορίζεται ότι «...Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. ... 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την



## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και 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. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. ...5. 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. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται. 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. ....»

34. Επειδή στο άρθρ. 362 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης» ορίζεται ότι «1. ...Η προδικαστική

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της. ...4. Δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου.»

35. Επειδή ως έχει κριθεί στα πλαίσια του προισχύσαντος δικαίου (ν. 3886/2010, ν. 2522/1997) το οποίο δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από την διάταξη του άρθ. 362 παρ. 4 του ν. 4412/2016 ο ενδιαφερόμενος μπορεί να ασκήσει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής μία μόνον προσφυγή και, αντιστοίχως, μία αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της ρητής ή σιωπηρής απορρίψεως της προσφυγής του. Συνεπώς, είναι απαράδεκτη τόσο δεύτερη προσφυγή κατά της αυτής πράξεως, όσο και προσφυγή κατά πράξεως, η οποία έχει εκδοθεί επί προσφυγής του ιδίου προσώπου (ΕΑ 128/2015, 65/2012, 383/2011 κ.α.) για ζητήματα, δηλαδή, τα οποία έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο διοικητικής προδικασίας, δεν χωρεί δεύτερη προσφυγή, παρά μόνο αίτηση ασφαλιστικών μέτρων (πρβλ. ΕΑ 128/2015, 5/2014, 423/2011, ΔΕφΠειρ 33/2015 (ΑΣΦ)).

36. Επειδή στο άρθ. 367 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» ορίζεται ότι «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής ... και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, ...2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου. 5. Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που θίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας.»

37. Επειδή στο άρθ. 372 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Δικαστική προστασία στο πεδίο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης» ορίζεται ότι

« 1. Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989 (Α' 8). ...4. Η άσκηση της αίτησης αναστολής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη άσκηση της αίτησης ακύρωσης.... 5. Εάν η αίτηση αναστολής γίνει δεκτή, το όργανο το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε τη διαφορά. Στην περίπτωση αυτή, για το κύριο ένδικο βοήθημα που ασκήθηκε, εφαρμόζεται αναλόγως η παρ. 2 του άρθρου 32 του π.δ. 18/1989. ... »

38. Επειδή ως έχει παγίως ad hoc κριθεί στα πλαίσια του προισχύσαντος δικαίου (ν. 3886/2010 άρθ. 5 παρ. 8) το οποίο δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από την διάταξη του άρθ. 372 παρ. 5 του ν. 4412/2016 «..Επειδή, από τις παραπάνω διατάξεις, σε συνδυασμό με τα άρθρα 52 και 50 παρ. 4 και 5 του Κωδ. ΠΔ 18/1989 (Α' 8), 20 παρ. 1 και 95 παρ. 5 του Συντάγματος απορρέει η υποχρέωση συμμόρφωσης της διοίκησης με τις αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι οποίες εκδίδονται επί αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων. Ειδικότερα, όταν γίνεται δεκτή η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων και διατάσσεται η αναστολή εκτελέσεως πράξης εκδοθείσας κατά τη διενέργεια διαγωνισμού δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, ή ορισμένο άλλο μέτρο, η διοίκηση οφείλει, εφόσον εξακολουθεί να ισχύει η διαταχθείσα αναστολή εκτελέσεως ή το διαταχθέν μέτρο, να απέχει από κάθε ενέργεια που είναι αντίθετη προς τα

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

διαταχθέντα με την απόφαση της Επιτροπής Αναστολών, περαιτέρω δε, αναφορικά με τα ανακύψαντα διοικητικής φύσεως ζητήματα που αντιμετωπίστηκαν στο στάδιο της παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, δεσμεύεται, μέχρι την οριστική τους επίλυση στο στάδιο της εκδίκασης της ακυρωτικής διαφοράς, από τα γενόμενα δεκτά, έστω και ως σοβαρώς πιθανολογούμενα, με την απόφαση της Επιτροπής Αναστολών (πρβλ. ΣτΕ 3312/2009, 2059/2007, 2593/1999, ΕΑ 726, 217/2003). Ωστόσο, η υποχρέωση συμμόρφωσής της με απόφαση της Επιτροπής Αναστολών επί αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων δεν κωλύει την αναθέτουσα αρχή να προβεί στην ανάκληση ή στη κατάλληλη τροποποίηση της πράξης, της οποίας η παρανομία έχει πιθανολογηθεί σοβαρώς (πρβλ. ΕΑ 1309/2009, 750, 722/2007, 1133-2/2006, 39/2005, 880, 84/2003). Εξάλλου, η προβλεπόμενη από τη διάταξη της παρ. 8 του άρθρου 5 του ν. 3886/2010 ευχέρεια οικειοθελούς συμμορφώσεως με απόφαση που δέχεται αίτηση ασφαλιστικών μέτρων αποσκοπεί στην ταχύτερη δυνατή διεξαγωγή και ολοκλήρωση των διαδικασιών αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων και στην αποτροπή σχετικών δικαστικών διενέξεων, χωρίς να παραβλέπεται η τήρηση της νομιμότητας, η οποία εξασφαλίζεται με την πρόβλεψη της προσωρινής δικαστικής προστασίας. Η άσκηση της ευχέρειας αυτής από τη Διοίκηση δεν εξαρτάται από την εκπλήρωση ή μη από το διάδικο που επέτυχε τη λήψη ασφαλιστικού μέτρου της κατά το άρθρο 5 παρ. 7 του ν. 3886/2010 υποχρεώσεώς του να ασκήσει, εντός της οριζόμενης προθεσμίας, το κύριο ένδικο βοήθημα, προκειμένου να μην αρθεί αυτοδικαίως η ισχύς του διαταχθέντος ασφαλιστικού μέτρου. Και τούτο, διότι η άσκηση της ως άνω ευχέρειας οικειοθελούς συμμορφώσεως, η οποία απορρέει πρωτογενώς από τις γενικές αρχές του δικαίου για την ανάκληση των παρανόμων διοικητικών πράξεων και για την ακυρότητα των παρανόμων δικαιοπραξιών, οδηγεί στην έκδοση πράξεως οριστικού χαρακτήρα, με την οποία επέρχεται πλήρης ικανοποίηση του ενδιαφερομένου, και επομένως δεν εμπίπτει, από τη φύση της, στο περιεχόμενο της παρασχεθείσης προσωρινής δικαστικής προστασίας (πρβλ. ΣτΕ 233/2014 ΣτΕ 1217/2018, ΔΕφΑΘ 1617/2014 (ΑΚΥΡ) ΔΕφΑΘ 2273/2014 σκέψη 5, ΣτΕ 688, 689/2011 σκέψη 6). Έχει επίσης κριθεί ad hoc ότι «..Ειδικότερα, με την απόφαση αυτή του Δικαστηρίου ... πιθανολογήθηκε

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

σοβαρώς ότι με μη νόμιμη αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή έκρινε αποδεκτή την ...προσφορά της ήδη αιτούσας εταιρείας, η οποία φέρεται ότι δεν είχε υποβάλει με το φάκελο της ...προσφοράς της όλα τα στοιχεία..., παρά το ότι, κατά τη σαφή διατύπωση της οικείας διακήρυξης, τυχόν παράλειψη υποβολής των στοιχείων αυτών ή υποβολή τους κατά τρόπο ελλιπή καθιστά την ...προσφορά απαράδεκτη.... Με την πιο πάνω ...απόφασή του το Δικαστήριο έκρινε, περαιτέρω, ότι η Διοίκηση δεν κωλυόταν, εφόσον έκρινε ότι συνέτρεχε λόγος, να συμμορφωθεί στο στάδιο εκείνο προς όσα πιθανολογήθηκαν ως βάσιμα, να εκδώσει σχετική πράξη και να συνεχίσει και ολοκληρώσει τον επίδικο διαγωνισμό...Ούτε, όμως, το γεγονός ότι κατά της ...απόφασης του Υπαρχηγού ΓΕΝ εκκρεμεί αίτηση ακύρωσης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών κώλυε την αναθέτουσα αρχή να επανεξετάσει την υπόθεση και να προβεί στην επίμαχη ανάκληση, εκδίδοντας τη με αριθ. ... νέα απόφασή της με αντίθετο περιεχόμενο σε σχέση με την αποδοχή της οικονομικής προσφοράς της αιτούσας, ούτε η υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής προς τη ...απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... (ΣΕ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ) την κώλυε να προβεί στην κατά τις γενικές αρχές ανάκληση πράξης, της οποίας η παρανομία είχε πιθανολογηθεί σοβαρώς με την πιο πάνω απόφαση του εν λόγω Δικαστηρίου (ΣΕ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ) (ΣΤΕ ΕΑ 688/2011, 1309/2009, πρβλ. ΕΑ 613, 337/2011, 1132/2006, 880, 84/2003), ενόψει, μάλιστα, και της νέας ειδικής διάταξης του άρθρου 5 παρ.8 του ν. 3886/2010, ...(ΣΤΕ ΕΑ 688/2011). Εξάλλου, ενόψει του ότι, κατ' άρθρο 5 παρ. 2 του ν. 3886/2010, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, η άσκηση αυτής, καθώς και η προθεσμία και η άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κωλύουν μόνο τη σύναψη της σύμβασης (εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά), ουδόλως κωλυόταν στην προκείμενη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή να καλέσει την παρεμβαίνουσα εταιρεία να προσκομίσει τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης» (ΔΕΦΑΘ 158/2015 (ΑΝΑΣΤ), και ιδία ότι η αναθέτουσα αρχή «...δεν κωλύεται να συνεχίσει και ολοκληρώσει τον ένδικο διαγωνισμό..» (ΣΤΕ 303/2014 (ΑΣΦ), ΔΕΦΑΘ 513/2014 (ΑΝΑΣΤ), ΣΤΕ 233, 168/2013). Εχει δε συναφώς κριθεί ότι «...η Αναθέτουσα Αρχή δεν περιορίσθηκε απλώς σε συμμόρφωση προς την 80/2012 απόφαση του Δικαστηρίου τούτου (Σε

Συμβούλιο), για την οποία (συμμόρφωση) θα αρκούσε η αποχή από κάθε περαιτέρω ενέργεια σε σχέση με τον επίμαχο διαγωνισμό, αλλά επέλεξε να συνεχίσει την διαδικασία του διαγωνισμού με την συμμετοχή και της αιτούσης εταιρείας στην αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών που έχουν προκριθεί από τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τυπικών κριτηρίων αποκλεισμού. Η απόφαση αυτή ενέχει ανάκληση της προηγούμενης αποφάσεως περί αποκλεισμού της αιτούσης καθώς και της απορρίψεως της προσφυγής της τελευταίας κατ' αυτής...» (ΔΕΦΑΘ 2273/2014 σκέψη 6) Περαιτέρω έχει επίσης κριθεί ότι η απόφαση συμμόρφωσης δεν χρήζει ιδιαίτερης αιτιολογίας ή ειδικής διαδικασίας, καθώς «..στην προκείμενη περίπτωση, νόμιμα και αιτιολογημένα, με την 1829/2012 απόφαση της Προϊσταμένης της ως άνω Διεύθυνσης, σε συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση του Δικαστηρίου αυτού, και κατ' επίκληση των προδιαληφθεισών διατάξεων της § 8 του άρθρου 5 του ν.3886/2010, ανακλήθηκε η προηγούμενη 781/2012 απόφαση της ίδιας Προϊσταμένης, κατά το μέρος που αφορά την αποδοχή δικαιολογητικών συμμετοχής της αιτούσας και ειδικότερα τις υποβληθείσες από αυτή προαναφερόμενες υπεύθυνες δηλώσεις, χωρίς να απαιτείται νέα γνωμάτευση της Επιτροπής Διαγωνισμού ως προς το ζήτημα αυτό και επικύρωση της με την έκδοση νέας εκτελεστής πράξης της Αναθέτουσας Αρχής, όπως πιθανολογείται σοβαρώς ότι αβασίμως προβάλλει η αιτούσα.» (ΔΕΦΑΘ 412/203 (ΑΝΑΣΤ) σκέψη 11).

39. Επειδή στο άρθ. 4.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «...4.2 **Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης** α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, ο αναθέτων φορέας προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας είκοσι (20) ημερών τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης ... δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: ι) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ιι) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντος φορέα η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας. ... Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του άρθρου 22 της παρούσας, η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται. Η διαδικασία ελέγχου των ως άνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία, στη συνέχεια, το κοινοποιεί, στον αναθέτοντα φορέα για τη λήψη απόφασης. Ο αναθέτων φορέας προβαίνει, μετά την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού, στην κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών, σε κάθε προσφέροντα εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», και επιπλέον αναρτά τα Δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στον χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού»...» Περαιτέρω, στο άρθ. 15 ορίζεται ότι «**Άρθρο 15: Εγγύηση συμμετοχής 15.1** Για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείται η κατάθεση από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, κατά τους όρους της παρ. Ι.α του άρθρου 302 του Ν. 4412/16, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των εκατό χιλιάδων ευρώ (100.000,00€). ...**15.3** Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της παρούσας, ήτοι μέχρι 27-5-2019, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Ο αναθέτων φορέας 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. **15.4** Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις της παρ. 4.2 του άρθρου 4 της παρούσας. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως. 15.5... Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 302 του Ν. 4412/2016 .»

40. Επειδή δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15<sup>η</sup> έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣτΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣτΕ 4720/2012).

41. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣτΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

42. Επειδή διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης. Ειδικότερα, η αρμοδιότητας έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο: α) μπορεί, αλλά δεν έχει υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί



όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσότερων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15<sup>η</sup> έκδ., αριθμ. 149, σελ. 139). Εξάλλου, διακριτική ευχέρεια υπάρχει και όταν το διοικητικό όργανο έχει τη δυνατότητα, όταν πρόκειται να εκδώσει ατομικές διοικητικές πράξεις, να καθορίσει το ακριβές περιεχόμενο μίας πραγματικής αξιολογικής έννοιας, είτε να θέσει τους όρους εφαρμογής της διάταξης με τους οποίους κατά την κρίση του εξυπηρετείται καλύτερα το δημόσιο συμφέρον, είτε να επιμετρήσει το ύψος της διοικητικής κύρωσης που πρέπει να επιβληθεί.

43. Επειδή η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ελέγχεται μόνο στα ακραία όριά της, που καθορίζονται : α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 2, 13<sup>η</sup> έκδ. 2010, αριθμ. 514)

44. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, της αναλογικότητας και της επιείκιας έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191), και δεν χωρεί κατά την ενάσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας (βλ. ΣΤΕ 3160/2015, 2067/2004) της Διοίκησης. Επομένως,

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

δεν χωρεί εφαρμογή των ανωτέρω αρχών όταν η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑΘ 2098/2013, ΣτΕ, 13/2003, 1072/2003).

45. Επειδή το άρθρ. 20 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας προβλέπει τρεις μορφές γνωμοδότησης: (1) την απλή γνωμοδότηση, τη σύμφωνη γνωμοδότηση και (2) την πρόταση. Συγκεκριμένα, ορίζεται ότι «1. Όπου νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της 2. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης. Η μη αποδοχή της θετικής σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης, καθώς και η απόκλιση από την απλή γνώμη, πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς... ». Γίνεται δεκτό ότι γνωμοδοτική διαδικασία είναι η διοικητική διαδικασία που έγκειται στην έκφραση μιας γνώμης (μονομελούς ή, κατά κανόνα, συλλογικού) οργάνου που απευθύνεται σε όργανο με αποφασιστική αρμοδιότητα και γνωμοδότηση είναι η πράξη με την οποία διατυπώνεται αυτή η γνώμη (Ε. Πρεβεδούρου Οι γνωμοδοτήσεις Γενικό Διοικητικό Δίκαιο. ( <https://www.prevedourou.gr/o%CE%B9-%CE%B3%CE%BD%CF%89%CE%BC%CE%BF%CE%B4%CE%BF%CF%84%CE%AE%CF%83%CE%B5%CE%B9%CF%82-%CE%B3%CE%BD%CF%8E%CE%BC%CE%B7-%CF%80%CF%81%CF%8C%CF%84%CE%B1%CF%83%CE%B7-%CE%B3%CE%B5%CE%BD%CE%B9%CE%BA%CF%8C/> ) Υποχρεωτική για το αποφασίζον όργανο, είναι η γνωμοδοτική διαδικασία, όταν η διάταξη που την προβλέπει, θεωρεί απαραίτητη την προσφυγή σε αυτήν, πριν από την έκδοση της εκτελεστής πράξης. Στην περίπτωση της υποχρεωτικής γνωμοδοτικής διαδικασίας, η διατύπωση της γνώμης μπορεί να ποικίλει, γίνεται όμως σαφής και φανερή η επιτακτική ανάγκη υποχρεωτικής λήψης της γνώμης, πριν από τη λήψη της απόφασης. Σε περίπτωση που δεν ζητηθεί από το αποφασίζον όργανο η διατύπωση της γνώμης, η εκτελεστή πράξη

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

πάσχει ακυρότητας, διότι η γνωμοδοτική διαδικασία θεωρείται εδώ ουσιώδης τύπος της διαδικασίας (Γλ. Σιούτη, Διοικητικό Δίκαιο, 2015, σελ. 212, Μαυρίδη Ιωάννα Συμβ. Καθηγητής Χ. Χρυσανθάκης Πτυχιακή Εργασία Η Γνωμοδοτική Διαδικασία ΕΚΠΑ 2017). Ειδικότερα, Απλή είναι η γνωμοδότηση από το περιεχόμενο της οποίας δεν δεσμεύεται το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα. Σ' αυτήν την περίπτωση το όργανο μπορεί να αποκλίνει από τη γνωμοδότηση, αιτιολογώντας ειδικά τη διαφοροποίησή του (ΣτΕ 2450, 1303/2012, 3975, 625/2011, 2397, 1422/2010, 4154, 2792, 817/2009, 3897/2004). Χαρακτηριστικά της απλής γνώμης— Η απλή γνωμοδότηση αναφέρεται και ως γνήσια ή αμιγής γνωμοδότηση, δεν έχει εκτελεστό χαρακτήρα (ΣτΕ 347/2013, 5391/2012, 4400/2011) αφού είναι προπαρασκευαστική πράξη (ΣτΕ 619/1989) και δεν επάγεται έννομες συνέπειες για τους διοικουμένους. Όταν ο νόμος δεν ορίζει διαφορετικά, και αναφέρει μόνο τον όρο γνώμη ή γνωμοδότηση, πρόκειται για απλή γνώμη. – Ενσωματώνεται στην εκτελεστή πράξη του αποφασίζοντος οργάνου, της οποίας αποτελεί την αιτιολογία (ΣτΕ 934/2013, 1569/2012) – Τυχόν πλημμέλεια της απλής γνώμης προβάλλεται και επιφέρει την ακύρωση της εκτελεστής πράξης που ερείδεται σ' αυτή (ΣτΕ 3863/2012, 44/2007, 3732/2005). Προθεσμία υποβολής της γνώμης Το γνωμοδοτικό όργανο πρέπει να υποβάλει την απλή γνώμη: – Είτε εντός της προθεσμίας που τίθεται είτε από τον νόμο, είτε από το αποφασίζον όργανο – Είτε, σε κάθε περίπτωση, εντός ευλόγου χρόνου, άλλως θα ήταν ανεπίκαιρη (βλ. ΠΕ 119/2014, 43, 215, 265/2013). Είναι σαφές ότι η γνωμοδότηση πρέπει να προηγείται της έκδοσης της διοικητικής πράξης (ΣτΕ 1976/1966) αλλά όχι κατά χρονικό διάστημα που υπερβαίνει τον εύλογο χρόνο ο οποίος δίνει στη γνωμοδότηση επίκαιρο χαρακτήρα. Το επίκαιρο της γνωμοδότησης αποτελεί προϋπόθεση του κύρους της διοικητικής πράξης αφού έτσι διασφαλίζεται η πεποίθηση ότι το πραγματικό καθεστώς στο οποίο αναφέρεται η γνωμοδότηση, δεν αλλοιώθηκε έως την έκδοσή της (ΣτΕ 4495/2011, 3641/2009, 3843/2006, ΠΕ 330/2003) – ουσιώδης τύπος της διαδικασίας έκδοσης της εκτελεστής πράξης: η μη τήρηση ή η πλημμελής τήρηση της γνωμοδοτικής διαδικασίας συνιστά παράλειψη ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (ΣτΕ Ολ 3632/2015, 4966/2014, 1466/2010, 2162/2003,

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

1940/2000), η οποία δεν ελέγχεται αυτεπαγγέλτως (ΣΤΕ Ολ 676/2005). Ενδιαφέρουσα συναφώς η σκέψη της απόφασης ΣΤΕ 4966/2014, με την οποία έγιναν δεκτά τα εξής: «όταν για την έκδοση διοικητικής πράξεως προβλέπεται, ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας, η λήψη υπόψη απλής γνώμης συλλογικού οργάνου, η γνώμη αυτή πρέπει να εκδίδεται κατά τον τρόπο που ορίζεται στο νόμο. (Ε. Πρεβεδούρου ορ cit, βλ. και Απόφαση ΕΑΑΔΗΣΥ 3/2018). Ειδικότερα, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, στο άρθ. 221 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα («γνωμοδοτικά όργανα») έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες: .... στ) γνωμοδοτούν για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ....»

46. Επειδή είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, επί εσφαλμένης προϋπόθεσης στηριζόμενος, χωρίς έρεισμα στις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης ο πρώτος λόγος της προσφυγής και του Υπομνήματος, δεδομένου ότι στηρίζεται στην εσφαλμένη παραδοχή ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής απαιτείται να είχε ληφθεί -και δη επί ποινή ακυρότητας- καθ' ον χρόνο βρισκόταν ακόμη σε ισχύ η προσφορά της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό. Όμως ούτε στον νόμο, ούτε στην διακήρυξη προβλέπεται τέτοια απαίτηση. Τουναντίον μάλιστα ρητώς απαιτείται (άρθ. 302 ν. 4412/20167 σκέψη 30 και άρθ. 15.3 της διακήρυξης σκέψη 39) η διάρκεια της εγγύησης να υπερκαλύπτει κατά ένα μήνα την διάρκεια της προσφοράς. Εξυπακούεται δε ότι η άμεση προφανής και μη δυνάμενη να αμφισβητηθεί συνέπεια της ρητής αυτής απαίτησης χρονικής υπερκάλυψης είναι αυταπόδεικτα ότι τα δικαιώματα από την εγγύηση μπορούν νόμιμα βάσιμα και παραδεκτά να αποφασισθεί να ασκηθούν και να ασκηθούν εντός μηνός από την λήξη της χρονικής διάρκειας της εγγύησης. Συγκεκριμένα πουθενά στον νόμο ή την διακήρυξη δεν προβλέπεται ούτε μπορεί να συναχθεί ότι η απόφαση κατάπτωσης της εγγύησης πρέπει να ληφθεί εντός του χρόνου ισχύος της προσφοράς, όπως αντίθετα υποστηρίζεται στην προσφυγή. Ειδικότερα, ο χρόνος ισχύος της προσφοράς συνέχεται κατά τον νόμο και την διακήρυξη με την εγγύηση συμμετοχής, μόνον ως προς τον προσδιορισμό του απαιτούμενου χρόνου

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

ισχύος της εγγύησης (ήτοι ένας μήνας επί πλέον του χρόνου λήξης ισχύος της προσφοράς). Συνεπώς, αντίθετα από τα υποστηριζόμενα στην προσφυγή η εγγύηση συμμετοχής ουδόλως συνέχεται παρακολουθηματικά με την ισχύ της προσφοράς, ενώ η νομική φύση, ισχύς και δεσμευτικότητα της εγγύησης συμμετοχής δεν προϋποθέτει απαραίτητα ισχυρή και ενεργή προσφορά, αλλά αντίστροφα ισχυρή και ενεργή προσφορά προϋποθέτει συνεχή κάλυψη με εγγύηση. Εξ άλλου παρά τα αντίθετα που υποστηρίζονται στην προσφυγή ουδεμία ομολογία του αναθέτοντος φορέα περί της ορθότητας των ισχυρισμών της προσφυγής μπορεί να συναχθεί από το γεγονός ότι ο αναθέτων φορέας ζήτησε ρητά την παράταση της προσφοράς χωρίς να ζητά εν ταυτώ και παράταση της εγγύησης. Και τούτο διότι ανεξαρτήτως αν ο αναθέτων φορέας ζήτησε ή όχι ρητά την παράταση της εγγύησης, κάθε παράταση της χρονικής ισχύος της προσφοράς όφειλε επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, άνευ ετέρου να συνοδεύεται με αντίστοιχη παράταση της εγγύησης και μάλιστα με υποχρεωτική υπερκάλυψη ενός μηνός σύμφωνα με το άρθ. 302 ν. 4412/20167 (σκέψη 30) και άρθ. 15.3 της διακήρυξης (σκέψη 39). Επομένως κατά τον κρίσιμο χρόνο και κατά πάντα χρόνο αδιαφόρως της διαμόρφωσης του εγγράφου του αναθέτοντος φορέα περί παράτασης της προσφοράς ήταν γνωστό αποδεκτό και αδιαμφισβήτητο ότι οποιαδήποτε παράταση της προσφοράς δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή αν δεν συνοδεύεται με εγγύηση υπερκαλύπτουσα κατά ένα μήνα τον χρόνο παράτασης της προσφοράς. Εξ άλλου, η ίδια η προσφεύγουσα σαφώς καθυποβλήθηκε άνευ αμφισβήτησης στην ως άνω απαίτηση και χορήγησε παράταση ισχύος της προσφοράς της, υπερκαλυπτόμενη κατά ένα μήνα με σχετική παράταση της εγγύησης του ΤΜΕΔΕ, την οποία παράταση του ΤΜΕΔΕ η ίδια η προσφεύγουσα κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (σκέψη 9). Από την άλλη πλευρά, ο αναθέτων φορέας παρέλαβε την χορηγηθείσα παράταση της εγγύησης του ΤΜΕΔΕ άνευ εναντίωσης της προσφεύγουσας και άνευ αμφισβήτησής της προς το ΤΜΕΔΕ σχετικά με την χορηγηθείσα παράταση της εγγύησης. Περαιτέρω δε, ο αναθέτων φορέας σαφώς άσκησε τα δικαιώματά του λήψης απόφασης κατάπτωσης της εγγύησης εντός της διάρκειας ισχύος της εγγύησης και καθ' ον χρόνο είχε λήξει η ισχύς της προσφοράς με την έκδοση της

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

προσβαλλόμενης απόφασης (σκέψη 13). Από όλα τα παραπάνω αποδεδειγμένα και μη αμφισβητούμενα ούτε από την προσφεύγουσα πραγματικά και νομικά περιστατικά δεν προκύπτει συνολολόγηση του αναθέτοντος φορέα περί άνευ δικαιώματος λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης κατάπτωσης της εγγύησης κατά χρόνο όπου είχε λήξει η ισχύς της προσφοράς. Αλλά αντίθετα προκύπτει σαφής συνολολόγηση της προσφεύγουσας περί νόμιμης, παραδεκτής δεσμευτικής ισχύος της εγγύησης και επί ένα μήνα μετά την λήξη ισχύος της προσφοράς. Άλλως προφανώς είτε i) Η προσφεύγουσα ασφαλώς θα είχε αμφισβητήσει επικαίρως τον ρητό και σαφή όρο της διακήρυξης περί χρονικής υπερκάλυψης της προσφοράς από την εγγύηση κατά ένα μήνα, πράγμα που δεν έπραξε έχοντας πλέον απωλέσει το δικαίωμα αμφισβήτησης, κατά το παρόν στάδιο της διαδικασίας, είτε ii) Κατά τον χρόνο παράτασης της χρονικής ισχύος της προσφοράς (ήτοι την 16-4-2019 σκέψη 9) θα είχε προσκομίσει παράταση εγγύησης ίσης χρονικής ισχύος με την χρονική ισχύ της προσφοράς, ενώ προσκόμισε παράταση εγγύησης υπερκαλύπτουσα κατά ένα μήνα την ισχύ της προσφοράς, είτε iii) Θα είχε αμφισβητήσει την παράταση ισχύος της εγγύησης που χορήγησε το ΤΜΕΔΕ και δεν θα είχε καταθέσει ανεπιφυλάκτως και άνευ εναντίωσης το σχετικό υπ' αριθ. πρωτ. .../16-4-2019 έγγραφο του ΤΜΕΔΕ με παράταση ισχύος της εγγύησης μέχρι την 27-9-2019, ενώ η παράταση ισχύος της προσφοράς έληγε την 27-8-2019 (σκέψη 9). Ειδικότερα οι ως άνω αβάσιμοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί υποχρεωτικής λήψης απόφασης κατάπτωσης της εγγύησης κατά τον χρόνο ισχύος της προσφοράς βασίζονται στην επίσης εσφαλμένη εκδοχή της προσφεύγουσας ότι εν προκειμένω η διασφαλιζόμενη με την εγγύηση απαίτηση είναι αυτή η ίδια η προσφορά. Όμως αντίθετα, ρητά σύμφωνα με τον νόμο (άρθ. 302 σκέψη 30) και την διακήρυξη (άρθ. 15.4 και 4.2 σκέψη 39) η διασφαλιζόμενη εν προκειμένω περίπτωση είναι *ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή*, γεγονός το οποίο διαπιστούμενο από τον αναθέτοντα φορέα επιφέρει διπλή έννομη συνέπεια ήτοι αφενός μεν την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου με λήψη σχετικής απόφασης και την κατάπτωση της εγγύησης. Συνεπώς εν προκειμένω η διασφαλιζόμενη με την

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

εγγύηση υποχρέωση, είναι η υποχρέωση συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ με ακρίβεια και πληρότητα, υπό την έννοια ότι σε περίπτωση παράβασης της υποχρέωσης από τον προσφέροντα τότε καταπίπτει η εγγύηση. Συνεπώς η ασφαλιζόμενη με την εγγυητική επιστολή απαίτηση του αναθέτοντα φορέα δεν συσχετίζεται με την χρονική ισχύ της προσφοράς, όπως εσφαλμένα εκλαμβάνει η προσφεύγουσα αλλά με την απαίτηση του αναθέτοντα φορέα περί τήρησης της παραπάνω ρητής και σαφούς υποχρέωσης του προσφέροντος όπως απαντήσει με αλήθεια και ακρίβεια στα οικεία πεδία του ΤΕΥΔ. Περαιτέρω, αβάσιμα η προσφεύγουσα αναφέρεται στο Υπόμνημά της, όχι μόνον στην προσβαλλόμενη απόφαση αλλά στην δήλωση κατάπτωσης αυτή καθ' εαυτή ισχυριζόμενη σε ευθεία αντίθεση με το γράμμα του νόμου της διακήρυξης και της εγγύησης, ότι εφόσον κατά την χρονική στιγμή της δήλωσης κατάπτωσης της εγγύησης είχε λήξει η ισχύς της προσφοράς της τότε και η κατάπτωση της εγγύησης εγένετο άνευ δικαιώματος. Περαιτέρω η προσφεύγουσα ερμηνεύει τον νόμο contra legem ισχυριζόμενη ότι η εκ των διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης ρητή και σαφής υπερκάλυψη της προσφοράς με εγγύηση ισχύος ενός επί πλέον μήνα ισχύει υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις και για ορισμένες περιοριστικά περιπτώσεις και για συγκεκριμένους σκοπούς και για ειδικές περιστάσεις, που ο ίδιος νόμος και η διακήρυξη ούτε προβλέπουν ούτε παραπέμπουν ούτε εξυπνοούν σε κάθε περίπτωση. Αντίθετα, ο νόμος και η διακήρυξη αλλά και η προσκομισθείσα εγγύηση συμμετοχής με την συγκεκριμένη διάρκεια ισχύος ιδρύουν άνευ ετέρου το δικαίωμα του αναθέτοντος φορέα και λήπτη της απόφασης όχι μόνο να αποφασίσει αλλά και να προβεί στην κατάπτωση της εγγύησης αδιαφόρως του χρόνου ισχύος της προσφοράς αλλά πάντως το αργότερο εντός μηνός από την λήξη της δηλαδή εντός του χρόνου ισχύος της εγγύησης και όχι της προσφοράς. Περαιτέρω αβασίμως η προσφεύγουσα επικαλείται εν προκειμένω το άρθρ. 302 παρ. 1 του ν. 4412/2016 το οποίο όμως ορίζει ότι η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται σε περίπτωση β) *απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ένδικων βοηθημάτων.* Όμως εν προκειμένω και σύμφωνα ακόμη με το επικαλούμενο από την

## **Αριθμός Απόφασης: 1350/2019**

προσφεύγουσα άρθ. 302 δεν θα μπορούσε να είχε επιστραφεί η εγγύηση καθώς και κατά την διάρκεια ακόμη ισχύος της προσφοράς ήτοι μέχρι την 27-8-2019 (σκέψη 9)- και της εγγύησης -ήτοι μέχρι την 27-9-2019 (σκέψη 9)- είχε σαφώς ασκηθεί τόσο ενδικοφανής προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ την 8-7-2019 (σκέψη 10) όσο και το ένδικο μέσο της αίτησης αναστολής την 13-3-2019 (σκέψη 10, 18), ενώ εντός του χρόνου ισχύος της εγγύησης έχει εκδοθεί και η προσβαλλόμενη απόφαση και έχει χωρήσει η κατάπτωση της εγγύησης με σχετική δήλωση του αναθέτοντος φορέα προς το ΤΜΕΔΕ (σκέψη 13). Ήτοι νομίμως κατά το επικαλούμενο άρθ. 302 του ν. 4412/2016 διακρατείται κατά πάντα χρόνο η εγγύηση από τον αναθέτοντα φορέα ο οποίος ασκεί τα εξ αυτής δικαιώματά του, καθόσον η μεν προσφορά της προσφεύγουσας έχει απορριφθεί και έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή αλλά και αίτηση αναστολής. Το γεγονός δε ότι κατά τον χρόνο έκδοσης της με αριθ. 981/2-9-2019 απόφασης ΑΕΠΠ είχε ήδη λήξει η ισχύς της προσφοράς της προσφεύγουσας (την 27-8-2019), αλλά όχι η ισχύς της εγγύησης (27-9-2019), σε καμία περίπτωση δεν αποστέρησε τον αναθέτοντα φορέα των δικαιωμάτων του κατάπτωσης της εγγύησης καθόσον μάλιστα με την παραπάνω απόφαση της ΑΕΠΠ (σκέψη 10) καθώς και με την ΔΕΦΑΘ 361/12-11-2019 (σκέψη 18), επικυρώθηκαν κατά πάντα χρόνο οι αμφισβητηθέντες και πάλι αμφισβητούμενοι ουσιαστικοί λόγοι, εφ' ων βασίζεται το δικαίωμα κατάπτωσης της εγγύησης. Και τούτο διότι από καμία διάταξη του νόμου ή της διακήρυξης δεν προβλέπεται ότι υποχρεωτικά επί ποινή ακύρωσης του δικαιώματος επί της εγγύησης, πρέπει να ληφθεί απόφαση κατάπτωσης της εγγύησης οπωσδήποτε εντός του χρόνου ισχύος της προσφοράς, και να υλοποιηθεί εντός του ίδιου χρόνου και η κατάπτωση αυτής (ήτοι υποβολή δήλωσης κατάπτωσης). Μάλιστα δε οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ενέχουν τον οξύμωρο και ευθέως παράνομο ισχυρισμό, ότι εφόσον δεν ίσταται ισχυρή προσφορά τότε δεν δύνανται ούτε να ασκηθούν τα ισχυρά δικαιώματα του αναθέτοντος φορέα επί της εγγύησης. Εν προκειμένω δηλ. και δεδομένου ότι η προσφορά της απορρίφθηκε τόσο με την προσβαλλόμενη όσο και με την προγενέστερη απόφαση του αναθέτοντος φορέα (σκέψεις 10 και 13), -και προφανώς δια της απόρριψης η προσφορά έπαυσε πλέον να συνιστά ισχυρή προσφορά έναντι του



## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

αναθέτοντος φορέα- εν ταυτώ κατά την ακολουθία των νομικών ισχυρισμών της δεν θα μπορούσαν ποτέ να ασκηθούν τα δικαιώματα από την εγγύηση, είτε η προσφεύγουσα αμφισβητούσε είτε όχι την απόρριψη της προσφοράς της, καθόσον πάντως δεν θα υπήρχε ισχυρή προσφορά έναντι του αναθέτοντος φορέα. Με τον τρόπο αυτό εξ άλλου κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας καταργείται και η νομική φύση της εγγύησης ως παρεπόμενης ενοχής κατά τον ΑΚ, διασφαλίζουσα εν προκειμένω όχι την προσφορά -όπως εσφαλμένα κατά τα ως άνω υπολαμβάνει η προσφεύγουσα- αλλά την υποχρέωσή της αληθών και επακριβών δηλώσεων στο ΤΕΥΔ (άρθ. 79 ν. 4412/2016 σκέψη 31), ελλείψει των οποίων νόμιμα έχει απορριφθεί η προσφορά ήδη από 24-6-2019 (σκέψεις 9, 10). Δια της νόμιμης και ισχυρής απόρριψης της προσφοράς, η προσφορά δεν δεσμεύει ούτε την ίδια της προσφεύγουσα ούτε την αναθέτουσα αρχή ήδη από 24-6-2019 ήτοι κατά χρόνο προγενέστερο της λήξης της, η οποία λήξη εν προκειμένω συνιστά πραγματικό γεγονός άνευ εννόμων συνεπειών επί του κύρους της εγγύησης και των εξ αυτής δικαιωμάτων του αναθέτοντος φορέα. Συνεπώς για τους λόγους αυτούς, όπως βάσιμα αναφέρει ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της προσφυγής ως αβάσιμος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης στηριζόμενος καθόσον ούτε προβλέπεται ούτε μπορεί να συναχθεί από την κείμενη νομοθεσία και τους όρους της διακήρυξης ότι ο αναθέτων φορέας υποχρεούται επί ποινή απώλειας των δικαιωμάτων του κατάπτωσης της εγγύησης να λάβει απόφαση κατάπτωσης και να προβεί σε κατάπτωση αυτής απαρεγκλίτως εντός του χρόνου ισχύος της προσφοράς.

47. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής (σκέψη 23) η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έχουν εμφιλοχωρήσει τυπικές πλημμέλειες περί τη διεξαγωγή της διαδικασίας από τον αναθέτοντα φορέα. Και συγκεκριμένα, ότι η προηγηθείσα της προσβαλλόμενης απόφασης διαδικασία σύγκλησης και χορήγησης απλής γνώμης από το Τεχνικό Συμβούλιο του αναθέτοντος φορέα εχώρησε παρανόμως, κατά χρονική αναρμοδιότητα του οργάνου τούτου. Όμως, και βάσιμοι τυχόν υποτιθέμενοι οι εξεταζόμενοι ισχυρισμοί περί παράτυπης σύγκλησης του Τεχνικού Συμβουλίου και χορήγησης απλής γνώμης κατά χρονική αναρμοδιότητα

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι διότι ως έχει κριθεί παγίως στην περίπτωση που προσβαλλόμενη διοικητική πράξη εκδίδεται κατά δεσμία αρμοδιότητα, εάν, εν όψει και του μη αμφισβητούμενου πραγματικού της συγκεκριμένης υποθέσεως, πιθανολογείται σοβαρώς στα πλαίσια της παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, ότι, από πλευράς εσωτερικής νομιμότητας, η πράξη αυτή βάλλεται αβασίμως, τότε, και εφόσον δεν πρόκειται για περίπτωση ανυποστάτου πράξεως, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση τυπικών λόγων όπως είναι οι λόγοι περί αναρμοδιότητας, μη νομίμου συγκροτήσεως ή κακής συνθέσεως του συλλογικού οργάνου που εξέδωσε την πράξη, ή οργάνου που γνωμοδότησε κατά την διαδικασία εκδόσεώς της, καθώς και οι λόγοι περί μη τηρήσεως των τύπων που έχουν ταχθεί από το νόμο για την έκδοσή της. (ΣΤΕ (ΑΣΦ) 63/2012, 82/2014, 671/2011, 44/2014). Και τούτο διότι το διοικητικό όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, θα όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (Ε.Α. ΣΤΕ 44/2014, 259/2012, Σ.τ.Ε. 530/2003 Ολομ., 2916/2007, Ε.Α. 63/2012, 949, 671/2011, ΔΕφΑΘ 511/2014 κ.ά.). Εν προκειμένω ασφαλώς η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά ρητή και σαφή δέσμία αρμοδιότητα σύμφωνα με τα άρθ. 302 και 103 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 30, 33) και τα άρθ. 4.2 δ) ι) ιι), 15.4 της διακήρυξης (σκέψη 39), τα οποία προβλέπουν την άνευ ετέρου και άνευ περιθωρίων εκτίμησης κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής επί τη απλή βάση της απόρριψης της προσφοράς μη καταλειπομένου ουδενός περιθωρίου διάκρισης του αναθέτοντος φορέα περί την κατάπτωση ή μη της εγγύησης, αφ' ής στιγμής ληφθεί απόφαση απόρριψης της προσφοράς. Συνεπώς σύμφωνα ρητά με τον νόμο και την διακήρυξη -και παρά τα αντίθετα που ισχυρίζεται η προσφεύγουσα- η προσβαλλόμενη απόφαση αποτελεί αδιαμφισβήτητη πράξη δέσμιας αρμοδιότητας συγκεντρώνοντας όλα τα προς τούτο νομικά κριτήρια (σκέψεις 40, 41). Επομένως, αλυσιτελώς προβάλλονται αιτιάσεις περί παραβάσεως ουσιωδών τύπων του διαγωνισμού, καθόσον η κατάπτωση της εγγύησης αποφασίστηκε κατά δεσμία αρμοδιότητα, λόγω απόρριψης της προσφοράς της για τον συγκεκριμένο λόγω ανακριβών δηλώσεων στο ΤΕΥΔ, ως ο νόμος και η διακήρυξη ορίζουν. Συγχρόνως δε, ούτε η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ούτε

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

αποδεικνύει ότι σε περίπτωση που δεν είχαν επιλοχωρήσει οι φερόμενες πλημμέλειες της διαδικασίας δεν θα είχε ληφθεί απόφαση του αναθέτοντος φορέα με το περιεχόμενο που έχει ακριβώς η προσβαλλόμενη απόφαση κατάπτωσης της εγγύησης. Συνεπώς για τους λόγους αυτούς -και ανεξαρτήτως της αβασιμότητας των προβαλλομένων αιτιάσεων περί τυπικών πλημμελειών- πρέπει να απορριφθεί προεχόντως ως απαράδεκτος και αλυσιτελώς προβαλλόμενος και περαιτέρω αόριστος ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.

48. Επειδή και ανεξαρτήτως της σκέψης 47, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί και ως αβάσιμος δεδομένου ότι στηρίζεται σε πλείονες εσφαλμένες προϋποθέσεις. Συγκεκριμένα ο δεύτερος λόγος της προσφυγής στηρίζεται στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι προ της σύγκλησης του Τεχνικού Συμβουλίου έπρεπε να είχε ληφθεί απόφαση του αναθέτοντος φορέα περί επανάληψης της διαδικασίας κατ' άρθ. 317 παρ. 3 του ν. 4412/2016. Όμως εν προκειμένω η προσβαλλόμενη απόφαση δεν ελήφθη κατά αυτόβουλη κίνηση της διαδικασίας σύμφωνα με το επικαλούμενο άρθ. 317 παρ. 3 του ν. 4412/2016, με πρωτοβουλία του αναθέτοντος φορέα. Αλλά αντίθετα, η προσβαλλόμενη απόφαση ελήφθη σύμφωνα και κατ' εφαρμογή του άρθ. 367 παρ. 3 (σκέψη 36), σύμφωνα με το οποίο ο αναθέτων φορέας όφειλε να συμμορφωθεί και συμμορφώθηκε με την υπ' αριθ. 981/2019 απόφαση ΑΕΠΠ (σκέψεις 9, 10), όπως εξ άλλου αναφέρεται ρητά και στο σώμα της προσβαλλόμενης (σκέψεις 12, 13) και δεν αμφισβητείται με την προσφυγή. Ήτοι εν προκειμένω η λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης δεν εχώρησε οικειοθελώς και κατά την βούληση του αναθέτοντος φορέα αλλά υποχρεωτικά σύμφωνα με το άρθ. 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016. Σε κάθε δε περίπτωση, σε περίπτωση απόφασης συμμόρφωσης του αναθέτοντος φορέα με απόφαση της ΑΕΠΠ, δεν προκύπτει από τον νόμο ότι οφείλεται να συντρέξουν σωρευτικά αμφότερα τα ως άνω άρθρα του ν. 4412/2016. Ήτοι δεν ορίζεται, ούτε θα είχε νόημα, πρώτα να ληφθεί μία απόφαση μερικής ακύρωσης ή επανάληψης της διαδικασίας κατ' άρθ. 317 παρ. 3 του ν. 4412/2016, και μετά να ληφθεί δεύτερη απόφαση με το ίδιο περιεχόμενο κατ' άρθ. 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016. Όμως, ακόμη και αν ήθελε γίνει δεκτό ότι εν προκειμένω ότι η προσβαλλόμενη απόφαση ελήφθη και

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

οφείλετο να ληφθεί επί τη βάσει και μόνον του άρθ. 317 παρ. 3, αγνοουμένου του άρθ. 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016, όμως και πάλι η διαδικασία δεν πάσχει ελαττώματος. Και τούτο διότι σύμφωνα με το άρθ. 317 παρ. 3 « *Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη*» Εν προκειμένω, ακριβώς ετέθη σε εφαρμογή ή δεύτερη εναλλακτική δυνατότητα που προβλέπει ο νόμος, δηλ. αφού ελήφθη η γνώμη του αρμόδιου οργάνου ήτοι του Τεχνικού Συμβουλίου (σκέψη 12), κατόπιν εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση (σκέψη 13), με την οποία αναμορφώθηκε το μέχρι τότε αποτέλεσμα του διαγωνισμού ήτοι αποφασίστηκε εκ νέου η κατάπτωση της εγγύησης (βλ. ιστορικό σκέψεις 9, 10, 12, 13), μνημονευομένης ακόμη και στο σώμα της προσβαλλόμενης η προηγηθείσα *de facto* και *de jure* επανάληψη της διαδικασίας με την λήψη της γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου. Συνεπώς, και υπό την εκδοχή της εφαρμογής μόνου του άρθ. 317 παρ 3 του ν. 4412/2016 και αγνοουμένου του άρθ. 367 παρ. 3 του ν. 4412-2016, αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι εν προκειμένω οφείλετο να ληφθούν δύο αποφάσεις. Ήτοι αβασίμως χωρίς έρεισμα στον νόμο και την διακήρυξη ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι κατόπιν της έκδοσης της με αριθ. 981/2019 απόφασης ΑΕΠΠ έπρεπε να ληφθεί μία απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα περί ακύρωσης της προηγούμενης απόφασής του κατάπτωσης της εγγύησης με αριθ. .../... -η οποία απόφαση με αριθ. .../... βεβαίως είχε ούτως ή άλλως ήδη ακυρωθεί με την απόφαση 981/2019 της ΑΕΠΠ- και περί σύγκλησης του Τεχνικού Συμβουλίου. Και αβασίμως περαιτέρω ισχυρίζεται ότι μόνον κατόπιν της πανηγυρικής διπλής ακύρωσης της με αριθ. .../... απόφασης, τόσο από την ακυρωτική απόφαση ΑΕΠΠ 981/2019, όσο και με ανάκληση από τον αναθέτοντα φορέα, και κατόπιν λήψης της γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου τότε μόνον έπρεπε να εκδοθεί νέα απόφαση περί κατάπτωσης της εγγύησης. Σε κάθε περίπτωση ούτε ο νόμος (άρθ. 221 του ν. 4412/2016 σκέψη 44) ούτε η διακήρυξη προβλέπουν συγκεκριμένο τρόπο σύγκλησης του γνωμοδοτικού οργάνου και

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

δη του Τεχνικού Συμβουλίου και συγκεκριμένα δεν προβλέπεται ότι απαιτείται η σύγκληση αυτού μόνον κατόπιν σχετικής τυπικής απόφασης του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα όπως εσφαλμένα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Κατά τα λοιπά είναι απαράδεκτοι και δεν εξετάζονται στα πλαίσια της παρούσης διαδικασίας οι ισχυρισμοί και οι αιτιάσεις του δεύτερου λόγου της προσφυγής και του Υπομνήματος περί το περιεχόμενο αυτό καθ' εαυτό της χορηγηθείσας γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα διότι i) Η χορηγηθείσα απλή γνώμη αποτελεί μη εκτελεστή πράξη η οποία δεν προσβάλλεται αυτοτελώς, ως γνωμοδοτικού χαρακτήρα πράξη (ΔΕΦΑΘ 118/2013 (ΑΣΦ), 98/2015, 99/2015, 169/2013 (ΑΣΦ) και ii) Η χορηγηθείσα απλή γνώμη, ακριβώς επειδή πρόκειται περί απλής και όχι σύμφωνης γνώμης (άρθ. 15.4 της διακήρυξης σκέψη 39, και σκέψη 45) δεν δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή όπως εκδώσει απόφαση με σύμφωνο περιεχόμενο και iii) Ανεξαρτήτως της αξιολόγησης από το Τεχνικό Συμβούλιο των πραγματικών περιστατικών επί των οποίων χορήγησε γνώμη, το Τεχνικό Συμβούλιο δεν επελήφθη επί υποθετικών μελλοντικών και αβεβαίων περιστατικών αλλά επί βεβαίων παρόντων και υπαρκτών περιστατικών. Και ίδια, προκύπτει από τον τίτλο του θέματος που ετέθη προς γνώμη στο Τεχνικό Συμβούλιο (σκέψη 12), ότι το θέμα εφ' ού γνωμοδότησε είναι *Ακύρωση της υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφασης του Δ.Σ. ... κατά το σκέλος με το οποίο αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του οικονομικού φορέα «...» σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 981/2019 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - 3ο Κλιμάκιο, β) επανάληψη της διαδικασίας λήψης απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής του ανωτέρω οικονομικού φορέα με προηγούμενη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου και γ) κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του ανωτέρω οικονομικού φορέα» (σκέψη 12). Και περαιτέρω προκύπτει από το περιεχόμενο αυτό καθ' εαυτό της απλής γνώμης ότι διατυπώθηκε γνώμη επί «*Το Τεχνικό Συμβούλιο (Τ.Σ.), κατόπιν εξέτασης του θέματος, ανταλλαγής απόψεων ... τοποθετείται ως ακολούθως : Αναφορικά με το δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου : «τοποθέτηση νέων παροχών και εργασίες δικτύου ύδρευσης σε περιοχές αρμοδιότητας τομέα ... της ...», λαμβάνοντας υπόψη ότι: - στις 13.06.2018 συστάθηκε Επιτροπή**

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

Διαγωνισμού (...) για την ανάθεση του ως άνω έργου, - με την υπ. αριθ. .../24-6-2019 Απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντα φορέα ... αποφασίστηκε η απόρριψή της προσφοράς του προσωρινού Αναδόχου ... και η κατάπτωση της κατατεθείσας από αυτόν στο πλαίσιο του Διαγωνισμού, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. - με την υπ. αριθ. 981/2019 Απόφαση του 3ου κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) - αρ. πρωτ. ... /03.09.2019 - έχει ήδη κριθεί η προσφορά του οικονομικού φορέα με το διακριτικό τίτλο :: ... και η παρέμβαση του οικονομικού φορέα «...», σύμφωνα με την οποία έχουν γίνει δεκτές εν μέρει η προδικαστική προσφυγή της «...» και η παρέμβαση της εταιρείας «...» και έχει αποφασιστεί η ακύρωση της υπ. αριθ. .../24-6-2019 Απόφασης του ΔΣ του αναθέτοντα φορέα ... κατά το σκέλος με το οποίο αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας ..., - η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της εταιρείας ..., για το ως άνω έργο ισχύει μέχρι τις 27.09.2019 και η προσφορά του έχει λήξει από τις 27.08.2019, - με το αριθ. πρωτ. ... / 03.09.2019 έγγραφο της ΑΕΠΠ, ζητείται από την ... να συμμορφωθεί με την ως άνω - υπ. αριθ. 981 /2019 - Απόφαση της και να ενημερώσει την Αρχή, με ποια πράξη συμμορφώθηκε, επισυνάπτοντας την, σε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, ... με το υπ. αρ. ... /16.09.2019 έγγραφο της ..., ενημερώθηκε η ... ότι η ως άνω εταιρεία κατάθεσε αίτηση αναστολής εκτέλεσης : - της το. Αρ. 981 /2019 Απόφασης ΑΕΠΠ κατά το βλαπτικό μέρος αυτής σκέλος, - της υπ. αρ. .../24.06.2019 απόφασης ... - κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, κατά της ΑΕΠΠ και της .... - με το υπ. αριθ. 68 / 18.09.2019 ο Πρόεδρος της Επιτροπής διαγωνισμού (...) διαβίβασε στο Τεχνικό Συμβούλιο φάκελο για το ως άνω έργο...» (σκέψη 12) Συνεπώς το Τεχνικό Συμβούλιο επελήφθη γεγονότων, περιστάσεων και περιστατικών συγκεκριμένων, πραγματικών, ουσιαστικών, παρόντων και βεβαίων με σκοπό την έκφραση γνώμης επ' αυτών. Η εκτίμηση από το Τεχνικό Συμβούλιο των πραγματικών βεβαίων και συγκεκριμένων ως άνω γεγονότων και το περιεχόμενο, οι διατυπωθείσες γνώμες και απόψεις των Μελών του, οι αιρέσεις, προϋποθέσεις και εκτιμήσεις που περιέχονται στο γνωμοδοτικό ήτοι αξιολογικό τμήμα της γνώμης του, απαραδέκτως φέρονται και δεν

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

εξετάζονται στην παρούσα διαδικασία ως άνω, και πάντως δεν αναιρούν το γεγονός ότι το Τεχνικό Συμβούλιο επελήφθη επί συγκεκριμένων βεβαίων και παρόντων γεγονότων. Περαιτέρω αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της ότι κατά τον χρόνο που επελήφθη το Τεχνικό Συμβούλιο της χορήγησης απλής γνώμης ήτοι την 23 και την 25-9-2019 *Ο διαγωνισμός ευρισκόταν ακόμη στο στάδιο της υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφασης και δεν είχε ακυρωθεί με απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα ώστε να μπορεί εν συνεχεία να χωρήσει επανάληψη της διαδικασίας και συγκρότηση του Τεχνικού Συμβουλίου προς χορήγηση γνώμης. Και τούτο διότι ανεξαρτήτως των πράξεων του αναθέτοντος φορέα, ο διαγωνισμός δεν βρισκόταν κατά τον κρίσιμο χρόνο (23 και 25-9-2019) στο στάδιο της υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφασης, διότι είχε προηγηθεί την 2-9-2019 η έκδοση της με αριθ. 981/2019 απόφασης ΑΕΠΠ (σκέψη 10) με την οποία είχε ακριβώς η ακυρωθεί υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά το μέρος της κατάπτωσης της εγγύησης. Συνεπώς ο διαγωνισμός βρισκόταν στο στάδιο όπου είχε μεν επικυρωθεί ο αποκλεισμός της προσφοράς της προσφεύγουσας είχε όμως ακυρωθεί η απόφαση κατάπτωσης της εγγύησης. Και τούτο μάλιστα χωρίς κατά τον νόμο (άρθ. 367 του ν. 4412/2016 σκέψη 36) να απαιτείται να προσκυρωθεί έτι περαιτέρω με ειδική απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα η υπάρχουσα και ισχυρή ακύρωση της υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφασής του δυνάμει της προηγηθείσας με αριθ. 981/2019 απόφασης ΑΕΠΠ. Περαιτέρω, είναι απορριπτέοι ως αόριστοι αβάσιμοι και ανεπίδεκτοι εκτίμησης και αλυσιτελείς όλοι οι ισχυρισμοί του υπομνήματος που αναπτύσσουν την υποθετική εκδοχή της ματαίωσης του διαγωνισμού από τον αναθέτοντα φορέα, καθώς τούτο δεν συνέβη ούτε συσχετίζεται με το υπό εξέταση κρίσιμο θέμα της νομιμότητας ή μη της προσβαλλόμενης απόφασης κατάπτωσης της εγγύησης. Επίσης είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και ο ισχυρισμός του Υπομνήματος ότι κατά τον χρόνο σύγκλησης και συνεδρίασης του Τεχνικού Συμβουλίου (23 και 25-9-2019) *δεν υπήρχε ούτε μερική ακύρωση της υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφασης, ούτε επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, ούτε συμμόρφωση προς την απόφαση 981/2019 της ΑΕΠΠ, ούτε απόφαση για λήψης γνώμης από το Τ.Σ.* Και τούτο διότι ι) Κατά τον κρίσιμο αυτό χρόνο*

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

(23 και 25-9-2019) όχι μόνον είχε ακυρωθεί με την απόφαση ΑΕΠΠ 981/2-9-2019 (σκέψη 10) η με αριθ. .../24.06.2019 απόφαση και δη κατά το εξεταζόμενο μέρος της κατάπτωσης της εγγύησης, αλλά επί πλέον η προσφεύγουσα είχε ασκήσει κατ' αυτής αίτηση αναστολής την 13-9-2019 ενώπιον του ΔΕφΑθ (σκέψη 10, βλ. και ΔΕφΑθ 361/12-11-2019, πρώτη σελίδα πρώτη παράγραφος) και ii) Κατά τον κρίσιμο αυτό χρόνο (23 και 25-9-2019) ουδεμία κατά νόμον υποχρέωση υπείχε ο αναθέτων φορέας όπως με δική του νεότερη ειδική απόφαση προσκυρώσει την με αριθ. την απόφαση ΑΕΠΠ 981/2-9-2019 (σκέψη 10) αποφασίζοντας ο ίδιος την επανάληψη της διαδικασίας. Αντίθετα, σύμφωνα με το ρητό άρθ. 367 παρ. 2 του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το περιεχόμενο της με αριθ. 981/2019 απόφασης ΑΕΠΠ η οποία διέγνωσε συγκεκριμένη πλημμέλεια της υπ' αρ. .../24.06.2019 απόφασης ήτοι την μη πρότερη λήψη απλής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, η αναθέτουσα αρχή ορθά και σύννομα συμμορφώθηκε προς το περιεχόμενο της 981/2019 απόφασης ΑΕΠΠ προβαίνοντας στην σύγκληση του Τεχνικού Συμβουλίου, λαμβάνοντας την γνώμη του και εν συνεχεία εκδίδοντας την προσβαλλόμενη απόφαση (σκέψεις 12 και 13). Ήτοι η οφειλόμενη συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής με την 981/2019 απόφαση ΑΕΠΠ συνίστατο στις νομικές και υλικές ενέργειες σύγκλησης και λήψης γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου και εν συνεχεία στην λήψη απόφασης περί κατάπτωσης της εγγύησης, δηλαδή στην έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης. Σε κάθε περίπτωση, η οφειλόμενη κατ' άρθ. 367 του ν. 4412/2016 συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής με την υπ' αριθ. 981/2019 απόφαση ΑΕΠΠ δεν προϋποθέτει την λήψη δύο τυπικών αποφάσεων ως διατείνεται η προσφεύγουσα. Δεν όφειλε δηλ. ο αναθέτων φορέας να λάβει μία απόφαση ότι θα συμμορφωθεί με την υπ' αριθ. 981/2019 απόφαση ΑΕΠΠ, και εν συνεχεία να λάβει δεύτερη απόφαση ότι συμμορφώθηκε με την υπ' αριθ. 981/2019 απόφαση ΑΕΠΠ ότι δηλ. αφού έλαβε και την γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου, πλέον έγκυρα αποφασίζει την κατάπτωση της εγγύησης. Ειδικότερα λήψη απόφασης ανάκλησης προβλέπεται ρητά από τον νόμο μόνο σε περίπτωση οικειοθελούς ενέργειας του αναθέτοντος φορέα κατ' άρθ 317 του ν. 4412/2016 (σκέψη 32), είτε κατόπιν έκδοσης δικαστικής απόφασης επί αιτήσεως αναστολής κατ' άρθ.



## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

372 του ν. 4412/2016 (σκέψη 37). Από τις δύο αυτές περιπτώσεις λήψης απόφασης ανάκλησης, καμία δεν συντρέχει εν προκειμένω, ούτε μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί ότι ο αναθέτων φορέας επί πλέον της ακυρωτικής απόφασης 981/2019 της ΑΕΠΠ όφειλε και ο ίδιος να ανακαλέσει -ήτοι να ακυρώσει με δική του ενέργεια- αυτή ταύτη την ακυρωθείσα από την ΑΕΠΠ απόφασή του, ήτοι την .../24-6-2019 (σκέψη 10), ώστε εν συνεχεία να προβεί στην προσβαλλόμενη. Όμως ακόμη και αν ήθελε γίνει δεκτό ότι παρά ταύτα και αδιαφόρως του άρθ. 367 του ν. 4412/2016, χωρεί εν προκειμένω αναλογική εφαρμογή του άρθ. 372 του ν. 4412/2016, όμως και πάλι ορθά και σύννομα προέβη ο αναθέτων φορέας στην συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με σύγκληση και λήψη γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, και εν συνεχεία με την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, χωρίς να προβεί σε πρότερη πανηγυρική ακύρωση της με αριθ. .../24-6-2019 απόφασής του κατάπτωσης της εγγύησης. Και τούτο, καθόσον ακόμη και στα πλαίσια της προαιρετικής συμμόρφωσης του αναθέτοντος φορέα με δικαστική απόφαση αναστολής, έχει κριθεί ότι *η απόφαση συμμόρφωσης δεν χρήζει ιδιαίτερης αιτιολογίας ή ειδικής διαδικασίας* (σκέψη 38). Ως έχει ad hoc κριθεί, η επιλογή της αναθέτουσας αρχής να *συνεχίσει την διαδικασία του διαγωνισμού* με την σύγκληση εν προκειμένω του Τεχνικού Συμβουλίου της και την λήψη απλής γνώμη για την κατάπτωση της εγγύησης *ενέχει ανάκληση της προηγουμένης αποφάσεως*, ήτοι εν προκειμένω της .../24-6-2019 απόφασης κατάπτωσης της εγγύησης χωρίς να έχει ληφθεί προηγουμένως η γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου. Και τούτο, χωρίς ασφαλώς να προσαπαιτείται πανηγυρική πρότερη απόφαση περί ανάκλησης της με αριθ. .../24-6-2019 απόφασης, περί συμμόρφωσης με την υπ' αριθ. 981/20169 απόφαση ΑΕΠΠ, και περί σύγκλησης του Τεχνικού Συμβουλίου με θέμα την λήψη γνώμης (ΔΕΦΑΘ 2273/2014 σκέψη 38), όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Επομένως, για τους λόγους αυτούς, και ανεξαρτήτως της σκέψης 47 πρέπει να απορριφθεί και ως αβάσιμος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης στηριζόμενος και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής επειδή παρά τους αντίθετους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ορθά και νόμιμα ελήφθη η προσβαλλόμενη απόφαση κατάπτωσης της εγγύησης καθόσον σύμφωνα με το άρθ. 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 ο αναθέτων φορέας συγκάλεσε και

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

έλαβε προηγουμένως την απλή γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου του, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθ. 981/2019 απόφαση ΑΕΠΠ η οποία είχε διαγνώσει ότι η πρότερη διαδικασία έπασχε τυπικής πλημμέλειας ακριβώς κατά το σημείο όπου δεν είχε ληφθεί η επίμαχη απλή γνώμη.

49. Επειδή είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος ο τρίτος λόγος της προσφυγής και του Υπομνήματος κατά το μέτρο που αμφισβητείται η απόφαση ΑΕΠΠ 981/2019, ήτοι κατά το μέτρο που αμφισβητείται ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας από την διαγωνιστική διαδικασία λόγω ανακριβών δηλώσεων της στο ΤΕΥΔ. Και τούτο διότι κατά το μέτρο τούτο η υπό εξέταση προσφυγή συνιστά δεύτερη προδικαστική προσφυγή κατά την έννοια του άρθ. 362 παρ. 4 του ν. 4412/2016 (σκέψη 34) και είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη κατά παγία νομολογία (σκέψη 35). Ειδικότερα, το εκ νέου αμφισβητούμενο ζήτημα της ορθής ή μη απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας έχει ήδη κριθεί με την απόφαση ΑΕΠΠ 981/2019 (σκέψη 10) επί προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας, η οποία απόφαση ΑΕΠΠ έχει πιθανολογηθεί νόμιμη -κατά το μέρος τούτο- με την απόφαση ΔΕφΑθ 361/2019 (σκέψη 18). Συνεπώς είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος ο τρίτος λόγος της προσφυγής στο μέτρο που περιέχει αιτιάσεις κατά του αποκλεισμού της προσφεύγουσας και στην ουσία κατά της απόφασης ΑΕΠΠ 981/2019 και κατά της απόφασης ΔΕφΑθ 361/2019, διότι είναι απαράδεκτη *προσφυγή κατά πράξεως, η οποία έχει εκδοθεί επί προσφυγής του ιδίου προσώπου*. Περαιτέρω είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι και οι ισχυρισμοί της προσφυγής ότι είναι ακυρωτέα ως *υπέρμετρα επαχθής δυσβάστακτη και καταχρηστική* η προσβαλλόμενη απόφαση κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής. Και τούτο διότι η προσβαλλόμενη απόφαση ελήφθη κατά δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα ως ακριβώς ορίζουν οι διατάξεις των άρθ. 302 παρ. 1, 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 30 και 33) και των άρθ. 4.2 α) δ) ι) ιιι). 15.4 της διακήρυξης (σκέψη 39), με τις οποίες προβλέπεται η άνευ ετέρου κατάπτωση της εγγύησης, σε περίπτωση απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου λόγω ανακρίβειας των δηλώσεων στο ΤΕΥΔ. Συνεπώς οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η κατάπτωση της εγγύησης συνιστά μέτρο *επαχθές, ανεπιεικές και καταχρηστικό* ενέχει ουσιαστικά

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης -και του νόμου- που δεν έχουν αμφισβητηθεί επικαίρως και έχουν καταστεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Συνεπώς είναι απαράδεκτος ο τρίτος λόγος της προσφυγής στο μέτρο που ενέχει και στηρίζεται επί αμφισβήτησης ανεπικαίρως και απαραδέκτως των σαφών και ρητών όρων της διακήρυξης, περί άνευ ετέρου κατάπτωσης της εγγύησης σε περίπτωση αποκλεισμού της προσφοράς λόγω ανακρίβειας του ΤΕΥΔ, ως εν προκειμένω. Σε κάθε περίπτωση, ι) έχει ad hoc παγίως κριθεί ότι ανεπικαίρως και απαραδέκτως, επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερης πράξεως, η οποία εντάσσεται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας –και εν προκειμένω της προσβαλλόμενης απόφασης κατάπτωσης της εγγύησης- προβάλλεται λόγος, με τον οποίο αμφισβητείται πράξη προηγούμενου σταδίου του διαγωνισμού –και εν προκειμένω η διακήρυξη- δοθέντος ότι έχει παρέλθει η εκ του νόμου προβλεπόμενη αποκλειστική προθεσμία (ΔΕφ 100/2015, ΔΕφΑθ 426/2015, ΣΤΕ 17/2018, 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, 1667/2011, 245/2011, 97/2011, 17/2018, 2137/2012, ΔΕΚ απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 56, και απόφαση της 14.2.2019, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop. Impresa Sociale Onlus σκέψεις 39 έως 50, και σκέψη 52), και ιι) Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με το άρθ. 367 του ν.4412/2016, ως τροποποιημένο ισχύει δεν χωρεί εν προκειμένω παρεμπόπτων έλεγχος περί καταχρηστικότητας των επίμαχων όρων της διακήρυξης περί κατάπτωσης της εγγύησης, διότι σύμφωνα με τον νόμο *Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης*. Συνεπώς, και για το λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος ο τρίτος λόγος της προσφυγής καθόσον ουσιαστικά αμφισβητούνται ως ανεπιεικείς καταχρηστικοί και επαχθείς οι όροι της διακήρυξης περί κατάπτωσης της εγγύησης. Περαιτέρω ι) Ούτε η επικαλούμενη γνώση της αναθέτουσας αρχής για τη *υπέρμετρη βλάβη* που θα προξενηθεί στην προσφεύγουσα από την κατάπτωση της εγγύησης ήτοι από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης

## Αριθμός Απόφασης: 1350/2019

απόφασης, η οποία εξ άλλου ήταν γνωστή και στην προσφεύγουσα ήδη κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς της η δε βλάβη της αποτελεί συνέπεια της εφαρμογής διατάξεων τυπικού νόμου και δη του άρθ. 103 του ν. 4412/2016 ii) Ούτε η λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης εντός πάντως της χρονικής διάρκειας ισχύος της εγγύησης, iii) Ούτε η μη προηγούμενη γνωστοποίηση στην προσφεύγουσα της δήλωσης κατάπτωσης της εγγύησης από τον αναθέτοντα φορέα προς το ΤΜΕΔΕ, η οποία εξ άλλου πρότερη γνωστοποίηση δεν προβλέπεται ούτε στον νόμο ούτε στην διακήρυξη ούτε στο σώμα της εγγυητικής επιστολής, iv) Ούτε η μακρά, από 35ετίας, επικαλούμενη συνεργασία της προσφεύγουσας με τον αναθέτοντα φορέα, v) Ούτε η αόριστη και αναπόδεικτη και περαιτέρω αβάσιμη αναφορά σε διακριτική εις βάρος της μεταχείριση διότι δεν κατέπεσε η εγγύηση άλλου αποκλεισθέντος προσωρινού αναδόχου, ενώ αντίθετα προκύπτει (σκέψη 9, 10, ότι οι λόγοι για τους οποίους αποκλείσθηκε ο έτερος οικονομικός φορέας δεν ταυτίζονται με τους λόγους για τους οποίους αποκλείσθηκε η προσφεύγουσα, ήτοι υποβολή ανακριβούς ΤΕΥΔ , δεν συγκροτούν κατά τον νόμο ειδικές και εξαιρετικές περιστάσεις από τις οποίες θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η προσβαλλόμενη απόφαση ελήφθη κατά κατάχρηση δικαιώματος. Και τούτο πολλώ δε μάλλον που η προσβαλλόμενη απόφαση ελήφθη κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με το ρητό σαφές και αδιαμφισβήτητο γράμμα του νόμου και της διακήρυξης και συνεπώς από την ίδια την νομική της φύση δεν θα μπορούσε να έχει ληφθεί κατά κατάχρηση δικαιώματος. Και τούτο καθόσον δεν συνέτρεχε εν προκειμένω *δικαίωμα* αλλά *υποχρέωση* του αναθέτοντος φορέα να προβεί στην λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης τόσο σύμφωνα με τον νόμο (άρθ. 302, 103 του ν. 4412/2016 σκέψεις 30 και 33), την διακήρυξη (άρθ. 4.2 δ) i) ii), 15.4 σκέψη 39) και την υποχρέωση συμμόρφωσης με την υπ' αριθ. 981/2-9-2019 απόφαση ΑΕΠΠ (σκέψη 10 και άρθ. 367 του ν. 4412/2016 σκέψη 36). Για τον ίδιο λόγο είναι απορριπτέοι και όλοι οι ισχυρισμοί της προσφυγής περί λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης καθ' *υπέρβαση των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής*. Και τούτο διότι εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της επιείκειας χωρεί μόνο σε περίπτωση λήψης απόφασης κατά την ενάσκηση της διακριτικής

ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής και όχι για όσες ελήφθησαν κατά δέσμια αρμοδιότητα όπως η προσβαλλόμενη απόφαση (σκέψεις 40, 41, 42, 43, 44). Εξ άλλου όλες οι αιτιάσεις της προσφυγής και του Υπομνήματος περί *καταχρηστικότητας* της προσβαλλόμενης απόφασης είναι απαράδεκτες διότι το άρθ. 281 ΑΚ εφαρμόζεται σε περίπτωση άσκησης νομίμου κατ' αρχήν δικαιώματος και εν προκειμένω δεν εξετάζεται η άσκηση των δικαιωμάτων του αναθέτοντος φορέα περί την είσπραξη της εγγύησης, εφ' ών δεν υφίσταται αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Αλλά μόνον η νομιμότητα της προσβαλλόμενης απόφασης η οποία όμως εκ φύσεως δεν μπορεί να συνιστά καταχρηστική άσκηση δικαιώματος καθώς έχει ληφθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης, ως παραπάνω αναλυτικά αναφέρεται. Σε κάθε περίπτωση, η εφαρμογή του άρθ. 281 ΑΚ χωρεί μόνο επί ενάσκησης δικαιώματος της αναθέτουσας αρχής και ίδια υπό προϋποθέσεις κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, καθώς έχει παγίως κριθεί ότι *« στο άρθρο 288 του Αστικού Κώδικα ορίζεται ότι: «Ο οφειλέτης έχει υποχρέωση να εκπληρώσει την παροχή όπως απαιτεί η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη» ...Οι διατάξεις των άρθρων 173, 200, 288 και 388 του Αστικού Κώδικα, στις οποίες αποτυπώνεται η γενική αρχή της καλής πίστης, εφαρμόζονται μόνο συμπληρωματικώς στις διοικητικές συμβάσεις, και δη στις περιπτώσεις που το ανακύπτον ζήτημα δεν αντιμετωπίζεται από τις ειδικές για την εκτέλεση των συμβάσεων αυτών διατάξεις (βλ. ΣτΕ 1066/2014, 4430/2013, 3006/2013, 708/2010, 2508/2008).» (ΣτΕ 1039/2018).* Συνεπώς για τους λόγους αυτούς είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος και ο τρίτος λόγος της προσφυγής i) καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση που ελήφθη κατά δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα σύμφωνα με τους ρητούς και σαφείς όρους της διακήρυξης και του νόμου δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ως καταχρηστική ούτε ως ληφθείσα καθ' υπέρβαση των αρχών της αναλογικότητας και της επιείκειας, οι οποίες έχουν εφαρμογή μόνον επί αποφάσεων που ελήφθησαν κατά την διακριτική ευχέρεια της διοίκησης, και ii) καθόσον μάλιστα επί πλέον απαραδέκτως αμφισβητούνται στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού οι όροι της διακήρυξης σε εφαρμογή των οποίων ελήφθη η προσβαλλόμενη απόφαση, και iii) επί πλέον απαραδέκτως αμφισβητείται με την προσφυγή η

**Αριθμός Απόφασης: 1350/2019**

νομιμότητα της απόφασης ΑΕΠΠ 981/2019 εφ' ής βασίζεται η προσβαλλόμενη απόφαση.

50. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

51. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

52. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη 51, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 15.11.2019 και εκδόθηκε την 05.12.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Βασιλική Κωστή**