

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 26 Φεβρουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής – δυνάμει της με αρ. 150/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 91/24-01-2019 Προδικαστική Προσφυγή της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «προσφεύγων»).

Κατά της ... του ... του Υπουργείου..., (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ») και κατά της κατά της με αρ. πρωτ. Φ. 916.8.336/3/71495/Σ.293/14.01.2019 πράξης της Διεύθυνσης Μηχανικού της ... και κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης, στο πλαίσιο του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΚΤΗΡΙΟΥ ΕΣΤΙΑΤΟΡΙΟΥ - ΜΑΓΕΙΡΕΙΩΝ 600 ΑΤΟΜΩΝ ΣΤΗ ... ΣΤΟ ...» με α/α συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ... (αρ. ... Διακήρυξη), με συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανερχόμενη στο ποσό των 2.418.735,25 €, χωρίς ΦΠΑ (εφεξής «διαγωνισμός»), για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την με αριθ. πρωτ. 04/2018 διακήρυξή της, η ... του ... του Υπουργείου ... προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΚΤΗΡΙΟΥ ΕΣΤΙΑΤΟΡΙΟΥ - ΜΑΓΕΙΡΕΙΩΝ 600 ΑΤΟΜΩΝ ΣΤΗ .. ΣΤΟ ...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, με βάση την τιμή, με συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανερχόμενη στο ποσό των 2.418.735,25 €, χωρίς ΦΠΑ. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 13.06.2018 με ΑΔΑΜ:..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), έλαβε δε συστημικό αριθμό α/α.... Στα πλαίσια του διαγωνισμού αυτού, μετά την υποβολή και αποσφράγιση προσφορών, προσωρινός ανάδοχος, με ποσοστό έκπτωσης τριάντα ένα κόμμα ενενήντα τέσσερα τοις εκατό (31,94%), ανακηρύχθηκε ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...», ήδη προσφεύγων. Μετά την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και την ολοκλήρωση του ελέγχου τους, με την με αριθμό Φ.917.1/5/820079/Σ.4254/13-11-2018/... (...) πράξη της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε η οριστική κατακύρωση της σύμβασης στον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα. Στη συνέχεια, ο φάκελος της διαδικασίας και τα απαιτούμενα δικαιολογητικά διαβιβάστηκαν στο Ελεγκτικό Συνέδριο για τη διενέργεια του προσυμβατικού ελέγχου, το οποίο με τη με αρ. πρωτ. 77325/28-12-2018/Ελεγκτικό Συνέδριο/Ε' Κλιμάκιο Πράξη του διαπίστωσε ότι δε συντρέχει κώλυμα για τη σύναψη της σύμβασης. Στο μεταξύ, με το με αριθμό Φ.916.8.336/58/59361/Σ.9120/27-11-2018 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από το σύνολο των οικονομικών φορέων, που είχαν υποβάλει παραδεκτή οικονομική προσφορά στη διαδικασία ανάδειξης αναδόχου, παράταση ισχύος της οικονομικής προσφοράς τους, καθώς, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 19 της διακήρυξης, καθοριζόταν ως

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

χρονικό διάστημα ισχύος των προσφορών, το διάστημα των 6 μηνών, ήτοι έως και την 6^η Ιανουαρίου 2019. Η αναθέτουσα αρχή, επίσης, με το με αριθμό Φ.916.8.336/1/70113/Σ.17/02-01-2019 έγγραφό της, κάλεσε τον ανάδοχο οικονομικό φορέα, ήδη προσφεύγοντα να υποβάλλει, έως 12 Ιανουαρίου 2019, τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά, που προβλέπονται από τις διατάξεις των άρθρων 80 και 103 του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 4.2 της διακήρυξης. Επειδή, με την από 11 Ιανουαρίου 2019 (αρ. πρωτ. κατάθεσης 71388) επιστολή του, η οποία υποβλήθηκε ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ την 11 Ιανουαρίου 19 και σε έντυπη μορφή την 14 Ιανουαρίου 2019, ο προσφεύγων δήλωσε ότι δεν προτίθεται να υποβάλει τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά, καθώς η οικονομική του προσφορά έληξε την 6η Ιανουαρίου 2019, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε σε αυτόν το με αριθμό Φ.916.8.336/3/71495/Σ.293/14-01-2018 έγγραφο, με το οποίο τον ενημέρωσε ότι σε περίπτωση, που δεν υποβάλει τα αναγκαία δικαιολογητικά, εντός 5 ημερών, θα κηρυχθεί έκπτωτος και θα πραγματοποιηθεί κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής. Με την από 22 Ιανουαρίου 2019 (αρ. πρωτ. κατάθεσης 72786) επιστολή του, η οποία υποβλήθηκε ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ την 19 Ιανουαρίου 2019, ο προσφεύγων, αφού επιφυλάχθηκε για τη νομιμότητα του με αριθμό Φ.916.8.336/3/71495/Σ.293/14-01-2018 εγγράφου της αναθέτουσας αρχής, υπέβαλε ορισμένα από τα αναγκαία επικαιροποιημένα δικαιολογητικά και δήλωσε ότι τα υπόλοιπα θα υποβληθούν μετά την έκδοση τους (ένα εξ αυτών θα εκδοθεί την 8 Μαρτίου 2019). Για τούτο και αιτήθηκε τη χορήγηση παράτασης για την υποβολή των δικαιολογητικών έως την 8^η Μαρτίου 2019, αίτημα που με το με αριθμό Φ.916.8.336/4/72501/Σ.493/21-01-2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε. Κατά της με αριθμ. πρωτ. Φ.916.8.336/3/71495/Σ.293/14.01.2019 πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, εν τέλει, καθώς και κατά κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, αιτούμενος της ακύρωσή τους.

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό...), ποσού 12.094,00€.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της υπό δημοπράτηση σύμβασης, που ανέρχεται στο ποσό των 2.418.735,25€, άνευ ΦΠΑ, του αντικειμένου του (έργο) και της ιδιότητας της αναθέτουσας αρχής (κεντρική αναθέτουσα αρχή), δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 (Φ.Ε.Κ. Α΄147/8-8-2016). Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ την 13-06-2018), η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περ. γ΄ της παρ. 7 του άρθρου 379 του ν. 4412/2016, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν. 4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α΄116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, κατά τα λοιπά, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρ. 362 παρ. 2 Ν. 442/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017) και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρα 361 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η πράξη που προσβάλλεται κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, την 14^η-01^{ου}-2018, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 24^η-01^{ου}-2019, ήτοι εντός της κατά νόμο δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή της.

5. Επειδή, στην προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η πράξη της αναθέτουσας αρχής με την οποία, για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή, κρίνεται ότι δεν έχει λήξει η ισχύς της προσφοράς του και, καλείται, εκ νέου, να υποβάλει επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

κατακύρωσης, μέχρι τις 19.01.2019, και, μάλιστα, επί ποινή κήρυξης του έκπτωτου και κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί. Πιο συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι: 1) Η ισχύς της προσφοράς του έληξε στις 06.01.2019, χωρίς αυτή να παραταθεί. Συγκεκριμένα, με την με αρ. πρωτ. 71388/14.01.2019 επιστολή (την οποία είχε ανεβάσει στο σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ από 11.01.2019 και την οποία επισυνάπτει στην προσφυγή του ως ΣΧΕΤΙΚΟ Α) ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι δεν δεσμεύεται πλέον από την υποβληθείσα προσφορά του και ότι δεν είναι εφικτή πλέον η ανάληψη του έργου από αυτόν, εφόσον η ισχύς της προσφοράς του έχει λήξει, για όλους τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά στην προαναφερθείσα επιστολή. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 19 της διακήρυξης, «Κάθε υποβαλλόμενη προσφορά δεσμεύει τον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό κατά τη διάταξη του άρθρου 97 του ν. 4412/2016, για διάστημα 6 μηνών, από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών», ενώ μέχρι να επέλθουν τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις του άρθρου 97 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και του σχετικού όρου του άρθρου 19 της διακήρυξης, του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 και της συναφούς ρύθμισης του άρθρου 23.2 της διακήρυξης, τέλος δε του άρθρου 105 παρ. 3 του ίδιου ως άνω νόμου και της συναφούς ρύθμισης του άρθρου 4.2 περ. ε΄ της διακήρυξης, ο διαγωνισμός βρίσκεται ακόμα εν εξελίξει, δηλαδή εξακολουθεί το προσυμβατικό στάδιο, και, συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι, συμπεριλαμβανομένου του προσωρινού αναδόχου, δεσμεύονται από τις προσφορές τους μόνον εάν αυτές είναι σε ισχύ ή εάν παραταθούν σύμφωνα με την προβλεπόμενη διαδικασία. Συνακόλουθα, εφόσον η ισχύς της προσφοράς του είχε ήδη λήξει και δεν παρατάθηκε, ο προσφεύγων έχει πλήρως «απελευθερωθεί». 2) Ακόμα και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι ο διαγωνισμός βρίσκεται στην τελική φάση σύναψης της σύμβασης (quod non, όπως ισχυρίζεται), πρέπει να γίνει δεκτό ότι, εφόσον έχει λήξει η ισχύς της προσφοράς του, η σύναψη της σύμβασης προϋποθέτει τη σχετική συναίνεσή του, την οποία ρητώς αρνήθηκε. 3) Η αιτιολογία ότι, εάν δεν υποβάλει τα

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

επικαιροποιημένα δικαιολογητικά κατακύρωσης, θα κηρυχθεί έκπτωτος είναι προδήλως παράνομη, διότι, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 103 παρ. 4 του ν. 4412/2016 και της συναφούς ρύθμισης του άρθρου 4.2 περ. γ' της διακήρυξης, η ποινή αυτή επιβάλλεται στον προσωρινό ανάδοχο, αν δεν προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης στον προκαθορισμένο χρόνο, περίπτωση που δεν συντρέχει στο πρόσωπό του.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, στις απόψεις της, όπως περιέχονται στο με αριθμό πρωτ. Φ.916.8.336/10/74138/01-02-2018 έγγραφο του Διοικητή ... της ... , ισχυρίζεται 1) ότι σύμφωνα με το άρθρο 97 του ν. 4412/2016, ο ελάχιστος χρόνος ισχύος των προσφορών, για τις διαδικασίες, που υπόκεινται σε προσυμβατικό έλεγχο είναι 9 μήνες, παρόλο που στη διακήρυξη αναγράφηκε χρονικό διάστημα 6 μηνών και 2) ότι η πρόσκληση για την υποβολή των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών υλοποιήθηκε πριν τη λήξη ισχύος της οικονομικής προσφοράς του, περαιτέρω, δε ότι η διαγωνιστική διαδικασία έχει εισέλθει στη φάση της σύναψης σύμβασης και ο ανάδοχος δεν μπορεί να επικαλεστεί τη λήξη ισχύος της προσφοράς του.

7. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού, που συνιστά το κανονιστικό του πλαίσιο, στο άρθρο στο άρθρο 4.2 με τίτλο «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου / Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης», όπως, άλλωστε, ορίζεται και στα άρθρα 103 και 105 του ν. 4412/2016, προβλέπει ότι «α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας 10 ημερών τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή. γ) Αν δεν υποβληθούν τα ως άνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα υποβάλει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5)

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

ημερών από την κοινοποίηση σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του υποσυστήματος. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών, σύμφωνα με τα ανωτέρω υπό β) και γ) αναφερόμενα, προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας», όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4250/2014. 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 ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή 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, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής 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. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσηκούσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσωρινός ανάδοχος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της ειδοποίησης/πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας. Αν κανένας από τους

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

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, 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, μέσω της «λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην αναθέτουσα αρχή για τη λήψη απόφασης. Η αναθέτουσα αρχή 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». ε) Μετά την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, εφόσον απαιτείται, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/201319, ο προσωρινός ανάδοχος, υποβάλλει επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά του άρθρου 23.3 - 23.10 ..., μετά από σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του υποσυστήματος, προκειμένου να διαπιστωθεί ότι δεν έχουν εκλείψει οι προϋποθέσεις συμμετοχής του άρθρου 21, ότι εξακολουθούν να πληρούνται τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22 και ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του ίδιου άρθρου. Μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του υποσυστήματος κοινοποιείται η απόφαση κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο. Με την ίδια απόφαση καλείται ο ανάδοχος όπως προσέλθει σε ορισμένο τόπο και χρόνο για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του η αναθέτουσα αρχή προθεσμία που δεν μπορεί να υπερβαίνει τις είκοσι (20) ημέρες από την κοινοποίηση ειδικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του υποσυστήματος, προσκομίζοντας, και την απαιτούμενη εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης. Η εν λόγω κοινοποίηση επιφέρει τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης,

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

σύμφωνα με οριζόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/2016. Εάν ο ανάδοχος δεν προσέλθει να υπογράψει το συμφωνητικό, μέσα στην προθεσμία που ορίζεται στην ειδική πρόκληση, κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται, σύμφωνα με την περίπτωση β της παραγράφου 1 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016».

8. Επειδή, από τους ανωτέρω παρατεθέντες όρους της διακήρυξης και τις διατάξεις των άρθρων 103 και 105 του ν. 4412/2016 συνάγεται ότι μετά την επιλογή του αναδόχου (πρώτο μειοδότη) ακολουθεί το στάδιο της υποβολής και ελέγχου ορισμένων επικαιροποιημένων δικαιολογητικών και τέλος, η σύναψη της συμβάσεως καταρτίζεται με την κοινοποίηση της εγκριτικής του αποτελέσματος του διαγωνισμού απόφαση σε αυτόν μαζί με πρόσκληση προς υπογραφή της σύμβασης. Συνακόλουθα, δεδομένου ότι, εν προκειμένω, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, δεν έχει κοινοποιηθεί στον προσωρινό ανάδοχο η εγκριτική του αποτελέσματος του διαγωνισμού απόφαση δεν έχει καταρτισθεί η επίμαχη σύμβαση και ως εκ τούτου κάθε διαφορά που εγείρεται από πράξεις ή παραλείψεις των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων στο διαγωνισμό ή και της αναθέτουσας αρχής αποτελεί διαφορά του προσυμβατικού σταδίου (πρβλ. ΣτΕ 692/2012), τα αντίθετα δε υποστηριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή είναι αβάσιμα.

9. Επειδή, από τους πιο πάνω όρους και διατάξεις περαιτέρω συνάγεται ότι, αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει εντός του χρόνου που του τέθηκε, αρχικού και μετά από τυχόν παράταση, τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή αν διαπιστωθεί ότι έχουν εκλείψει οι προϋποθέσεις συμμετοχής του στο διαγωνισμό ή ότι δεν πληρούνται πλέον τα κριτήρια επιλογής ή τέλος ότι συντρέχουν στο πρόσωπό του οι προβλεφθέντες λόγοι αποκλεισμού και, εφόσον επιτρέπεται, δεν έχει αποκαταστήσει την αξιοπιστία του, η απόφαση κατακύρωσης στον

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

ανακηρυχθέντα προσωρινό ανάδοχο πρέπει να ανακληθεί και η σύμβαση θα πρέπει να ανατεθεί στον αμέσως επόμενο, κατά σειρά μειοδοσίας, προσφέροντα οικονομικό φορέα, υπό τις ίδιες προϋποθέσεις και ούτω καθεξής έως ότου καταστεί δυνατή η ανάθεση, υπό την επιφύλαξη των διατάξεων του άρθρου 106 του ν. 4412/2016.

10. Επειδή, εξάλλου, η κατά τα άνω κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο και ειδικής πρόκλησης προς αυτόν για την υπογραφή της σύμβασης αναγκαία προϋποθέτει κρίση ότι ο έλεγχος των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών κατακύρωσης απέβη «θετικός», ότι δηλαδή δεν έχουν εκλείψει οι προϋποθέσεις συμμετοχής, εξακολουθούν να πληρούνται τα κριτήρια επιλογής και δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, σύμφωνα με τα ειδικώς προβλεπόμενα στη διακήρυξη, μεταξύ των οποίων και ότι η προσφορά του και η εγγυητική επιστολή που προσκόμισε εξακολουθεί να είναι σε ισχύ και τον δεσμεύει, σύμφωνα με τα ειδικώς προβλεπόμενα στη διακήρυξη και τις διατάξεις του άρθρου 97 του ν. 4412/2016. Τούτο δε, διότι, σύμφωνα το άρθρο 23.2 της διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)», που περιέχει ταυτόσημη ρύθμιση με τη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 και προβλέπει ότι «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας», επομένως και κατά την κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο. Συνακόλουθα, εφόσον κατά το τελικό αυτό στάδιο έχει παρέλθει η ισχύς της προσφοράς του ή της εγγυητικής επιστολής του και δεν την έχει ανανεώσει, παρόλο που η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από όλους τους συμμετέχοντες και από αυτόν να το πράξουν, ο αναδειχθείς ανάδοχος εξέφρασε τη βούλησή του να αποχωρήσει οικειοθελώς από το διαγωνισμό (πρβλ. ΣτΕ 3932/2011) και συνακόλουθα παραιτήθηκε από τη διεκδίκηση της κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

(πρβλ. ΣΤΕ 2429/2012), η δε διοίκηση μη νομίμως θα προβεί στην υπέρ αυτού κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού.

11. Επειδή, τέλος, στο άρθρο 19 της διακήρυξης με τίτλο «Χρόνος ισχύος προσφορών», προβλέπεται ότι «Κάθε υποβαλλόμενη προσφορά δεσμεύει το συμμετέχοντα στον διαγωνισμό, κατά τη διάταξη του άρθρου 97 του ν. 4412/2016, για διάστημα 6 μηνών, από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών». Μπορεί η παρ. 3 γ. του άρθρου 97 του ν. 4412/2016 να προβλέπει ότι «...Ειδικότερα, στους διαγωνισμούς που υπόκεινται στον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ο ως άνω χρόνος ισχύος των προσφορών προσαυξάνεται κατά τρεις (3) επιπλέον μήνες αντίστοιχα ...», το διάστημα ισχύος των προσφορών, ωστόσο, της προκειμένης σύμβασης ορίζεται στο πιο πάνω άρθρο της διακήρυξης ειδικώς και λεπτομερώς, έχει δε κριθεί ότι όταν οι διατάξεις της διακήρυξης είναι ειδικές και λεπτομερείς, αυτές και μόνον διέπουν κατά τρόπο αποκλειστικό το διαγωνισμό, δεν μπορούν δε, να τροποποιηθούν από διατάξεις νομοθετημάτων, έστω κι αν αυτά μνημονεύονται κατά τρόπο γενικό στη διακήρυξη, διότι η αναφορά τους αυτή νοείται ότι γίνεται μόνον προς ρύθμιση ζητημάτων που η διακήρυξη δεν ρυθμίζει κατά τρόπο ολοκληρωμένο (ΕΑ ΣΤΕ 95/2009 κ.α.). Σύμφωνα με τις προβλέψεις στην υποσημείωση με αριθμό 49 επί του οικείου άρθρου της διακήρυξης, άλλωστε, ο χρόνος ισχύος των προσφορών ορίζεται από την αναθέτουσα αρχή κατ' εκτίμηση των ιδιαιτεροτήτων της διαδικασίας, επομένως και της υποχρέωσης προσυμβατικού ελέγχου του σχεδίου σύμβασης από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Συνακόλουθα, εφόσον προσφέρων, του οποίου η προσφορά είχε αρχική ισχύ το λιγότερο έξι (6) μήνες από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, δεν την ανανέωσε προ της λήξης της, σύμφωνα και με όσα έγιναν δεκτά στην αμέσως παραπάνω σκέψη της παρούσας, απεχώρησε οικειοθελώς από το διαγωνισμό και συνακόλουθα παραιτήθηκε από τη διεκδίκηση της κατακύρωσης του αποτελέσματός του. Τα αντίθετα δε υποστηριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή είναι αβάσιμα. Και υπό την εκδοχή, ακόμη, ότι κατά τις διατάξεις του άρθρου 97 παρ. 3γ η ισχύς των

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

προσφορών λήγει εννέα (9) μήνες από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών και όχι έξι (6) μήνες όπως όριζε ρητώς η διακήρυξη, την ερμηνεία αυτή δεν θα μπορούσε να την προβάλλει σε βάρος του προσωρινού αναδόχου, εφόσον η αναθέτουσα αρχή ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (πρβλ. ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ' , Σάκκουλας, σελ. 776, βλ. και ΑΕΠΠ 672/2018). Την για έξι (6) μήνες, τέλος, ισχύ των προσφορών, παρά τα αντίθετα υποστηριζόμενα στις απόψεις της, έχει συνομολογήσει και η ίδια η αναθέτουσα αρχή στο με αριθμό Φ.916.8.336 / 58 / 59361 / Σ.9120/ 27-11-2018 έγγραφό της, με το οποίο ζήτησε από το σύνολο των οικονομικών φορέων, που είχαν υποβάλει παραδεκτή οικονομική προσφορά στη διαδικασία ανάδειξης αναδόχου, παράταση ισχύος της οικονομικής προσφοράς τους, καθώς, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 19 της διακήρυξης, καθοριζόταν ως χρονικό διάστημα ισχύος των προσφορών, το διάστημα των 6 μηνών, ήτοι έως και την 6^η Ιανουαρίου 2019.

12. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση των εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης, προκύπτει ότι ο προσφεύγων υπέβαλε προσφορά, η οποία, δοθέντος ότι καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών είχε οριστεί η 6^η Ιουλίου 2018, ημέρα Παρασκευή, και ώρα 09:00, είχε ισχύ μέχρι την 6^η Ιανουαρίου 2019, την οποία δεν ανανέωσε παρά τη σχετική από 27-11-2018 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής. Συνακόλουθα, και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω, απεχώρησε οικειοθελώς από το διαγωνισμό και συνακόλουθα παραιτήθηκε από τη διεκδίκηση της κατακύρωσης του αποτελέσματός του. Για τους λόγους αυτούς μη νόμιμα με το με αριθμό Φ.916.8.336/1/70113/Σ.17/02-01-2019 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τον προσφεύγοντα να υποβάλλει, έως 12 Ιανουαρίου 2019, τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά, που προβλέπονται από τις διατάξεις των άρθρων 80 και 103 του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 4.2 της διακήρυξης, όπως μη νόμιμα επανέλαβε την πιο πάνω πρόκλησή της με το με αριθμό Φ.916.8.336/3/71495/Σ.293/14-01-2018

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

έγγραφό της, με την υπόμνηση, μάλιστα, ότι σε περίπτωση, που δεν υποβάλει τα αναγκαία δικαιολογητικά, εντός 5 ημερών, θα κηρυχθεί έκπτωτος και θα πραγματοποιηθεί κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του. Ωστόσο, τόσο η πρώτη ως άνω επιστολή της αναθέτουσας αρχής, όσο και ιδίως η δεύτερη, η οποία προσβάλλεται με την υπό εξέταση προσφυγή δεν είναι πράξεις εκτελεστές. Και τούτο, διότι, ανεξαρτήτως εάν είναι βάσιμοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ότι έχει νομίμως αποχωρήσει οικειοθελώς από το διαγωνισμό, οι πράξεις αυτές και ειδικώς η προσβαλλόμενη δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα, καθώς δεν επάγονται έννομες συνέπειες υπέρ ή σε βάρος του προσφεύγοντα. Συνιστούν διαδικαστικού χαρακτήρα πράξεις του σταδίου κατακύρωσης της σύμβασης, με τις οποίες η αναθέτουσα αρχή τον προσκαλεί να υποβάλλει επικαιροποιημένα δικαιολογητικά κατακύρωσης, προκειμένου η απόφαση κατακύρωσης να παράγει τα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 παρ. 3 γ' του ν. 4412/2016. Τέτοιες πράξεις, όμως, δεν είναι δεκτικές αυτοτελούς προσβολής με προδικαστική προσφυγή, δεδομένου ότι δεν επηρεάζουν άμεσα την οριστική έκβαση του διαγωνισμού και, επομένως, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 107/2018). Ενδεχόμενες πλημμέλειες των εν λόγω διαδικαστικών πράξεων, και εν προκειμένω της πράξης που προσβάλλεται με την υπό εξέταση προσφυγή, μπορούν να επικαλεστούν οι συμμετέχοντες, και ο προσφεύγων, αν ο τελευταίος επικαλεστεί και αποδείξει βλάβη του, επ' ευκαιρία προσβολής με προδικαστική προσφυγή, της ανάκλησης της απόφασης κατακύρωσης στον προσφεύγοντα, αν ήθελε μη προσκομίσει εντός της αρχικής (ή της παραταθείσας) προθεσμίας τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά ή αν τα προσκομισθέντα είναι ελλιπή ή αν δεν υφίστανται πλέον οι απαιτούμενες προϋποθέσεις καταλληλότητας του, ή της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να ανακαλέσει την απόφαση κατακύρωσης στον προσφεύγοντα και να αναθέσει τη σύμβαση στον αμέσως επόμενο, κατά σειρά μειοδοσίας, προσφέροντα οικονομικό φορέα, αν αυτή συντελεστεί δια της κοινοποίησης στον προσφεύγοντα της απόφασης κατακύρωσης και της ειδικής πρόσκλησης προς αυτόν να υπογράψει το έγγραφο συμφωνητικό σε ορισμένο τόπο και

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

χρόνο. Τούτο δε, διότι, όπως έγινε δεκτό στη σκέψη 10 της παρούσας η κοινοποίηση στον προσωρινό ανάδοχο της απόφασης κατακύρωσης και ειδικής πρόκλησης προς αυτόν για την υπογραφή της σύμβασης αναγκαία προϋποθέτει κρίση ότι ο έλεγχος των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών κατακύρωσης απέβη «θετικός», ότι δηλαδή δεν έχουν εκλείψει οι προϋποθέσεις συμμετοχής, εξακολουθούν να πληρούνται τα κριτήρια επιλογής και δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, σύμφωνα με τα ειδικώς προβλεπόμενα στη διακήρυξη, μεταξύ των οποίων και ότι η προσφορά του και η εγγυητική επιστολή που προσκόμισε εξακολουθεί να είναι σε ισχύ και τον δεσμεύει, σύμφωνα με τα ειδικώς προβλεπόμενα στη διακήρυξη και τις διατάξεις του άρθρου 97 του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, το προσβαλλόμενο με αριθμό Φ.916.8.336/3/71495/Σ.293/14-01-2018 έγγραφο, με το οποίο η αναθέτουσα αρχή ενημέρωσε τον προσφεύγοντα ότι σε περίπτωση, που δεν υποβάλει τα αναγκαία δικαιολογητικά, εντός 5 ημερών, θα κηρυχθεί έκπτωτος και θα πραγματοποιηθεί κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής, δεν αποτελούσε εκτελεστή πράξη επιδεκτική αυτοτελούς προσβολής με προδικαστική προσφυγή.

13. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 προδικαστική προσφυγή ενώπιον τη Α.Ε.Π.Π. ασκείται μόνον κατά εκτελεστής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, η οποία συντελείται κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας και προκαλεί ή ενδέχεται να προκαλέσει ζημία σε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, κατ' ακολουθία η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

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

Αριθμός απόφασης: 281 / 2019

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε ο προσφεύγων (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό...), ποσού 12.094,00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 26 Φεβρουαρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 18^η Μαρτίου 2019.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης