

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 04.04.2019, με την εξής σύνθεση:
Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης,
Εισηγητής και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.03.2019 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 319/12.03.2019 η οποία κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. και χρεώθηκε στο 4ο Κλιμάκιο αυθημερόν, της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο ...οδός ..., αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ..., που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αριθ. 29/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), με την οποία και κατ' αποδοχήν του Πρακτικού ΙΙ, απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και προσωρινής αναδόχου, κατέπεσε η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της και εκλήθη ο επόμενος στη σειρά μειοδοσίας οικονομικός φορέας όπως υποβάλλει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά έγγραφα προσωρινού αναδόχου, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείτο όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της υπό κρίση Προσφυγής. Επί του αιτήματος αυτού, εκδόθηκε η υπ' αριθ. Α125/2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία ανεστάλη η περαιτέρω πρόοδος της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 15221/19.10.2018 διακήρυξη του Δήμου ...προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, κάτω των ορίων, διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την κατασκευή του Έργου «Ανάπλαση Άνω Πόλης ...», προϋπολογισμού 348.991,93€ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και με σύστημα υποβολής προσφορών αυτό των επί μέρους ποσοστών έκπτωσης, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 19.10.2018 με ΑΔΑΜ ...καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 22.10.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 1.750,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) και την προσκομιζόμενη απόδειξη πληρωμής και την εκτύπωση της Γεν. Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του (348.991,93€) χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (19.10.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 01.03.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 10.03.2019, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπόψη προσβαλλόμενης πράξης, αφού δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού, έχει υποβάλλει προσφορά σε αυτόν και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος και με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η προσφορά της, δεν κατακυρώνεται οριστικά η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία σε αυτήν και καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της, παρανόμως, ως ισχυρίζεται, για τους αναφερόμενους στην Προσφυγής της λόγους, υφιστάμενη εκ του λόγου αυτού ζημία.

7. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»*. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ*

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος 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 [...]» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή είναι τυπικά παραδεκτή και θα πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 29.03.2019 μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, τόσο στην Α.Ε.Π.Π., όσο και στην προσφεύγουσα, το υπ' αριθ. 3981/19.03.2019 έγγραφό της, με το οποίο εκφράζει τις απόψεις της επί των λόγων της υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή στο σύνολό της, διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης και κατακυρωθεί το έργο στην επόμενη σε σειρά μειοδοσίας εταιρεία. Συνεπώς, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί μη αποστολής απόψεων της αναθέτουσας αρχής και κατ' ακολουθίαν τεκμηρίου ομολογίας της βάσης των πραγματικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατ' άρθρο 365 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος, λαμβανομένου υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της Προσφυγής, καθώς και τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης και χορήγησε δικαίωμα πρόσβασης στα μέλη της Α.Ε.Π.Π. Επέκεινα, το μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της Γραμματέως του 4^{ου} Κλιμακίου που επικαλείται με το Υπόμνημά της η προσφεύγουσα, ουδεμία επιρροή ασκεί, αφού δεν προβλέπεται από το θεσμικό πλαίσιο απαντητική επιστολή από την Α.Ε.Π.Π. περί αποστολής ή μη απόψεων της αναθέτουσας αρχής, δοθέντος ότι αυτές

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

αποστέλλονται μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σε κάθε, δε, περίπτωση κατά το χρονικό διάστημα αποστολής του μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από την Α.Ε.Π.Π. δεν είχαν, εισέτι, αποσταλεί οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής, αποστολή που έλαβε χώρα, κατά τα προβλεπόμενα στο Ν. 4412/2016, αργότερα την ίδια ημέρα μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και της οποίας αποστολής, έλαβε γνώση και η προσφεύγουσα, ως και η ίδια συνομολογεί (σελ. 1 του από 02.04.2019 Υπομνήματός της).

10. Επειδή, με το από 02.04.2019 Υπόμνημά της, η προσφεύγουσα αιτείται ό,τι και με την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή.

11. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, με την υπ' αριθ. 15221/19.10.2018 διακήρυξη του Δήμου ...προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, κάτω των ορίων, διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την κατασκευή του Έργου «Ανάπλαση Άνω Πόλης ...», προϋπολογισμού 348.991,93€ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και με σύστημα υποβολής προσφορών αυτό των επί μέρους ποσοστών έκπτωσης. Μετά την αποσφράγιση των προσφορών, η Επιτροπή του Διαγωνισμού προέβη, κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και των δικαιολογητικών συμμετοχής του άρθρου 24.2 της διακήρυξης, διαπιστώνοντας ότι οι τέσσερις (4) πρώτοι στη σειρά μειοδοσίας συμμετέχοντες, δεν έφεραν συμπληρωμένα όλα τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πεδία του Τ.Ε.Υ.Δ. και δοθέντος ότι δεν ανταποκρίθηκαν στην πρόσκληση της Επιτροπής του Διαγωνισμού προς συμπλήρωση αυτών, απέρριψε τις προσφορές τους. Εν συνεχεία με την υπ' αριθ. 258/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., κατ' αποδοχήν του Πρακτικού Ι, έγινε αποδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινός ανάδοχος, με ποσοστό μέσης έκπτωσης 20,81% επί του προϋπολογισμού της μελέτης. Στις 21.01.2019,

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα, η υπ' αριθ. πρωτ. 165/04.01.2019 πρόσκληση του Δημάρχου ..., δια της οποίας κλήθηκε αυτή όπως προσκομίσει εντός δέκα (10) ημερών τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία και υπέβαλε στις 24.1.2019 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και απέστειλε στις 25.01.2019 στην αναθέτουσα αρχή και σε έντυπη μορφή. Μεταξύ των κατά τα ανωτέρω υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης περιλαμβάνονταν, κατ' άρθρο 23.6 της διακήρυξης και προς απόδειξη της απαιτούμενης κατ' άρθρο 22.Δ τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της εταιρείας (α) Κατάλογος παρόμοιων έργων της τελευταίας πενταετίας, στον οποίο αναφερόταν ότι εντός των τελευταίων πέντε ετών (2013 - 2017), η προσφεύγουσα είχε εκτελέσει το παρόμοιο με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης έργο του Δήμου ...- ...με τίτλο «ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗ - ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΕΥΡΥΤΕΡΗΣ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ...», αξίας 331.473,07 ευρώ (προ Φ.Π.Α.), και (β) Αποδεικτικά έγγραφα ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης του ως άνω παρόμοιου έργου και, συγκεκριμένα, την υπ' αριθ. 73/2014 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου ...- ...περί εγκρίσεως του πρωτοκόλλου προσωρινής παραλαβής του ανωτέρω έργου, καθώς και το υπ' αριθ. πρωτ. 46203/13/29.01.2014) πιστοποιητικό εμπειρίας του εν λόγω Δήμου. Στις 29.01.2019 κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα η υπ' αριθ. 1104/29.01.2019 νέα πρόσκληση του Δημάρχου ...με την οποία κλήθηκε αυτή, όπως προσκομίσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίησή της, συμπληρωματικά δικαιολογητικά κατακύρωσης σχετικά με την προβλεπόμενη στο άρθρο 22.Δ της διακήρυξης τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Αυθημερόν, η προσφεύγουσα απέστειλε μήνυμα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., αναφέροντας ότι «Σε ενέργεια του υπ' αρ. πρωτ. 1104/29-01-2019 εγγράφου σας, σας ενημερώνουμε ότι τα εν λόγω Δικαιολογητικά Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ, σας έχουν αποσταλεί μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ την 24.01.2019 και περιλαμβάνονται στο σχετικό φάκελο .zip και συγκεκριμένα είναι το συνημμένο αρχείο .pdf με την ονομασία 23. ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΑΡΟΜΟΙΩΝ ΕΡΓΩΝ &

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΕΓΓΡΑΦΑ 5ετία. Επιπλέον των ανωτέρω, σας αποστέλλουμε συνημμένως αντίγραφο του Πρωτοκόλλου Οριστικής Παραλαβής Παρόμοιου Έργου». Στη συνέχεια, με την προσβαλλόμενη απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής έκανε δεκτό το Πρακτικό ΙΙ με το οποίο η Επιτροπή του Διαγωνισμού εισηγούνταν τα εξής «Κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και των συμπληρωματικών δικαιολογητικών που υπέβαλε ο προσωρινός ανάδοχος ηλεκτρονικά και ταχυδρομικά, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής του άρθρου 22ί1 της διακήρυξης: 22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Απαιτήση για εμπειρία σε εκτέλεση συναφών, με το αντικείμενο της σύμβασης, έργου ή έργων διαμόρφωσης περιβάλλοντος χώρου εντός περιοχών χαρακτηρισμένων ως αρχαιολογικών χώρων που προστατεύονται από τον Ν. 3028/2002, με αξία εκτελεσμένων εργασιών ίσης ή μεγαλύτερης του ημίσεος του προϋπολογισμού μελέτης του δημοπρατούμενου έργου (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), ήτοι διακοσίων δέκα έξι χιλιάδων τριακοσίων εβδομήντα πέντε ευρώ 216,375,00€ συνολικά κατά την τελευταία πενταετία (2013-2017). Συγκεκριμένα, στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε ο προσωρινός ανάδοχος ως δικαιολογητικά συμμετοχής της προφοράς με αριθμό 99852/12-11-2018, δηλώθηκε στο πεδίο «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα»: Έργο: "ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗ-ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΕΥΡΥΤΕΡΗΣ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ΑΡΧΑΙΑΣ ΑΓΟΡΑΣ" Εργοδότης: ΔΗΜΟΣ ...- ...ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ: Αρ. Πρωτ.: 46203/14 Αξία εκτελεσμένων εργασιών: 331.473,07 €, προ ΦΠΑ Από τη βεβαίωση εμπειρίας του Δήμου ...- ... (υπ' αριθ. Πρωτ. 40203/13/29-01- 2014) που υπέβαλε ο προσωρινός ανάδοχος (δικαιολογητικά κατακύρωσης υπ' αριθ. 23), ως αποδεικτικό μέσο των όσων είχε δηλώσει στο σχετικό πεδίο του ΤΕΥΔ προκύπτει οι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης εκτελεσμένες εργασίες (έργο διαμόρφωσης περιβάλλοντος χώρου εντός περιοχών χαρακτηρισμένων ως αρχαιολογικών χώρων που προστατεύονται από τον Ν. 3028/2002: Διαμόρφωση - Ανάδειξη Ευρύτερης Περιοχής ...) ανέρχονται στο συνολικό ποσό των 122.635,81 € πλέον ΦΠΑ

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

εντός του έτους 2013. Οι υπόλοιπες εργασίες του έργου πραγματοποιήθηκαν τα έτη πριν από την περίοδο που ζητείται από την διακήρυξη. Το συμπληρωματικό δικαιολογητικά που υπέβαλε ο ανάδοχος (Πρωτόκολλο Οριστικής Παραλαβής του ως άνω έργου) δεν προσέθεσε επιπλέον πληροφορίες ή διευκρινήσεις επί των στοιχείων που ήδη είχε υποβάλει προς απόδειξη των όσων είχε δηλώσει στο ΤΕΥΔ» και αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της και την ανάδειξη του επόμενου στη σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα ως προσωρινού αναδόχου και την πρόσκληση αυτού για την υποβολή των σχετικών δικαιολογητικών κατακύρωσης.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της ότι παρανόμως η προσφορά της απορρίφθηκε, αφού από τα προσκομιζόμενα από αυτήν έγγραφα αποδεικνύεται η πλήρωση του όρου 22.Δ της διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, δοθέντος ότι εκτελέσθηκε κατά την τελευταία πενταετία συναφές έργο, ποσού 331.473,07 €.

13. Επειδή, το άρθρο 22.Δ «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της διακήρυξης ορίζει ότι «(1) Απαιτήση για εμπειρία σε εκτέλεση συναφών, με το αντικείμενο της σύμβασης, έργου ή έργων διαμόρφωσης περιβάλλοντος χώρου εντός περιοχών χαρακτηρισμένων ως αρχαιολογικών χώρων που προστατεύονται από τον Ν. 3028/2002, με αξία εκτελεσμένων εργασιών ίσης ή μεγαλύτερης του ημίσεος του προϋπολογισμού μελέτης του δημοπρατούμενου έργου (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), ήτοι διακοσίων δέκα έξι χιλιάδων τριακοσίων εβδομήντα πέντε ευρώ 216.375,00 € συνολικά κατά την τελευταία πενταετία (2013-2017)». Περαιτέρω, το άρθρο 23.6 «Δικαιολογητικά Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ» ορίζει ότι «Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (1) Με κατάλογο παρόμοιων με το αντικείμενο της σύμβασης έργων διαμόρφωσης περιβάλλοντος χώρου εντός περιοχών που προστατεύονται από τον Ν. 3028/2002 (αρχαιολογικοί χώροι, ζώνες προστασίας μνημείων κλπ), αξίας

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

εκτελεσμένων εργασιών ίσης ή μεγαλύτερης του ανωτέρω ποσού κατά την τελευταία πενταετία (2013-2017), συνοδευόμενο από βεβαιώσεις του φορέα κατασκευής (Δημόσιο, ΝΠΔΔ, ΝΠΙΔ), πρωτόκολλα παραλαβής ή άλλα αντίστοιχα αποδεικτικά έγγραφα του φορέα κατασκευής, για την ορθή εκτέλεση και ολοκλήρωση των έργων. Από τα αποδεικτικά έγγραφα που θα προσκομιστούν πρέπει να αποδεικνύεται η αξία και ο χρόνος εκτέλεσης του έργου καθώς και η εκτέλεση των συγκεκριμένων συναφών εργασιών».

14. Επειδή, εν προκειμένω, από τη γραμματική και συστηματική ερμηνεία των προαναφερομένων διατάξεων της διακήρυξης (βλ. σκέψη 13 της παρούσας), προκύπτει ότι προς κάλυψη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας απαιτείται από τον όρο 22.Δ «*Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα*» της διακήρυξης 1. «*εμπειρία σε εκτέλεση συναφών, με το αντικείμενο της σύμβασης, έργου ή έργων διαμόρφωσης περιβάλλοντος χώρου εντός περιοχών χαρακτηρισμένων ως αρχαιολογικών χώρων που προστατεύονται από τον Ν. 3028/2002*» και 2. «*αξία εκτελεσμένων εργασιών ίσης ή μεγαλύτερης του ημίσεος του προϋπολογισμού μελέτης του δημοπρατούμενου έργου (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), ήτοι διακοσίων δέκα έξι χιλιάδων τριακοσίων εβδομήντα πέντε ευρώ 216.375,00 € συνολικά κατά την τελευταία πενταετία (2013-2017)*», ενώ, περαιτέρω, και σύμφωνα με τον όρο 23.6 «*Δικαιολογητικά Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ*» της διακήρυξης η προαναφερόμενη απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται 1) «*Με κατάλογο παρόμοιων με το αντικείμενο της σύμβασης έργων διαμόρφωσης περιβάλλοντος χώρου εντός περιοχών που προστατεύονται από τον Ν. 3028/2002 (αρχαιολογικοί χώροι, ζώνες προστασίας μνημείων κλπ)*», 2. Με κατάλογο ή εν γένει αναφορά της «*αξίας εκτελεσμένων εργασιών ίσης ή μεγαλύτερης ίσης του ημίσεος του προϋπολογισμού μελέτης του δημοπρατούμενου έργου (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), ήτοι διακοσίων δέκα έξι χιλιάδων τριακοσίων εβδομήντα πέντε ευρώ 216.375,00 € κατά την τελευταία πενταετία (2013-2017)*», οι οποίες δύο ανωτέρω προϋποθέσεις, προς απόδειξή τους, θα συνοδεύονται «*από βεβαιώσεις του φορέα*

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

κατασκευής (Δημόσιο, ΝΠΔΔ, ΝΠΙΔ), πρωτόκολλα παραλαβής ή άλλα αντίστοιχα αποδεικτικά έγγραφα του φορέα κατασκευής, για την ορθή εκτέλεση και ολοκλήρωση των έργων». Περαιτέρω, τα ανωτέρω συνάγονται και από τη γραμματική ερμηνεία του όρου που αναφέρει ότι «[...] Από τα αποδεικτικά έγγραφα που θα προσκομιστούν πρέπει να αποδεικνύεται η αξία και ο χρόνος εκτέλεσης του έργου καθώς και η εκτέλεση των συγκεκριμένων συναφών εργασιών», οπότε προκύπτει ότι από τα προς απόδειξη του όρου 22.Δ προσκομιζόμενα έγγραφα (βεβαιώσεις του φορέα κατασκευής (Δημόσιο, ΝΠΔΔ, ΝΠΙΔ), πρωτόκολλα παραλαβής ή άλλα αντίστοιχα αποδεικτικά έγγραφα του φορέα κατασκευής), θα πρέπει να αποδεικνύονται: 1. η αξία και ο χρόνος εκτέλεσης του παρόμοιου με το αντικείμενο της σύμβασης έργο, αλλά και 2. η αξία και ο χρόνος εκτέλεσης των συγκεκριμένων συναφών εργασιών. Συνεπώς, από τα προρρηθείσες διατάξεις, εναργώς συνάγεται ότι στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού: 1. η απόδειξη της εμπειρίας στην εκτέλεση παρόμοιου, με την υπό ανάθεση σύμβαση, έργου και 2. η απόδειξη «αξίας εκτελεσμένων εργασιών ίσης ή μεγαλύτερης του ημίσεος του προϋπολογισμού μελέτης του δημοπρατούμενου έργου (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), ήτοι διακοσίων δέκα έξι χιλιάδων τριακοσίων εβδομήντα πέντε ευρώ 216.375,00 € συνολικά κατά την τελευταία πενταετία (2013-2017)». Οι ανωτέρω διατάξεις της διακήρυξης, καθώς και η προαναφερόμενη ερμηνεία αυτών, θεωρείται ότι είναι αρκούντως σαφείς και κατ' ακολουθίαν είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας (υπό 1.2, σελ. 10 της Προσφυγής) περί ασάφειας ή αμφισημίας του γράμματος των διατάξεων 22.Δ και 23.6 της διακήρυξης, που είχε σαν αποτέλεσμα να μην συνάγεται με ασφάλεια η ερμηνεία των διατάξεων αυτών.

15. Επειδή, σύμφωνα με την πάγια εθνική νομολογία (ενδεικτικώς ΣτΕ 2992/1983, 4607/1986, 1127, 4052/1990, 3306/1991, 1616, 1619/2008) και την απολύτως στη θεωρία κρατούσα άποψη, η διακήρυξη του διαγωνισμού συνιστά στο σύνολο της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, συνακόλουθα και οι όροι της διακήρυξης έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, περιλαμβάνουν δηλαδή γενικούς και αφηρημένους κανόνες, η

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

πιστή τήρηση των οποίων ελέγχεται από τα δικαστήρια (βλ. για τη φύση των όρων της διακήρυξης ως κανονιστικών και την εξ αυτού του λόγου δέσμευση της Διοίκησης από το περιεχόμενο των διακηρύξεων Πρ. Παυλόπουλου (1997), Η σύμβαση εκτέλεσης δημοσίου έργου, Άρθρα και Γνωμοδοτήσεις σελ. 81 επ., Σπηλιωτόπουλου Επ., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Τόμος Ι (2017) σελ. 179 επ. Κανόνες που ρυθμίζουν το προσυμβατικό στάδιο). Εξ αυτής της παραδοχής, συνάγεται ότι η διακήρυξη δεσμεύει απολύτως την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν τον διαγωνισμό, παράλληλα, όμως, η δεσμευτική ισχύ των όρων της διακήρυξης εκτείνεται και στους διαγωνιζόμενους. Επιπροσθέτως, τα ανωτέρω γίνονται δεκτά και κατά το ενωσιακό δίκαιο, όπου η αρχή της προσήλωσης των διαγωνιζομένων στους όρους της διακήρυξης κατοχυρώνεται με ιδιαίτερη αυστηρότητα και κάθε απόκλιση από τις υποχρεωτικές προβλέψεις της διακήρυξης συνιστά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η οποία αποτελεί και τη βάση των ενωσιακών κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις και συνδέεται άμεσα με την αρχή της διαφάνειας. (ΔΕΚ C-243/89 “Storebaelt”, Επιτροπή κατά Δανίας, Συλλογή 1993, I σελ. 3353, ΔΕΚ C-87/94, “Wallon Buses”, Επιτροπή κατά Βελγίου, ΔΕΚ C-19/2000, Construction versus County Council of the County of Mayo (2001), Συλλογή I-7725, υπόθεση T-203/96, Embassy Limousine and Services versus Parliament (1998), Συλλογή II-4239, ΔΕΚ C-470/99, Universale Bau versus EBS (2002), Συλλογή I-11617, ΔΕΚ C-16/98 Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή I-8315, σκ. 103-109).

16. Επέκεινα και σύμφωνα με τη νομολογία των Δικαστηρίων, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

επιταγές/ αρχές. Κατ' ακολουθίαν και σύμφωνα με την προαναφερόμενη αρχή της τυπικότητας, που διέπει τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενεργείας των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή αυτών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους (ΣτΕ 279/2008), η προσκόμιση στο φάκελο της προσφοράς εκάστου διαγωνιζόμενου των οριζόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών απαιτείται να πραγματοποιείται με τον τρόπο που αυτή επακριβώς καθορίζει, μη επιδεχόμενης άλλης ερμηνείας (όπως προσκόμιση επιπλέον δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικής προσφοράς τα οποία δεν απαιτούνταν σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης). Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, ως ανωτέρω ορίζεται, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της ενωσιακής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (ΣτΕ 1329/2008).

17. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρεία προσκόμισε (βλ. το υπ' αριθ. 23 συνημμένο αρχείο με τίτλο «ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΑΡΟΜΟΙΩΝ ΕΡΓΩΝ & ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΕΓΓΡΑΦΑ) στις 24.01.2019 προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας του όρου 22.Δ της διακήρυξης Κατάλογο έργων, στον οποίο αναφέρεται το συναφές έργο που αναγράφεται και στο υποβληθέν από αυτήν Τ.Ε.Υ.Δ, ήτοι το έργο με τίτλο «ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗ - ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΕΥΡΥΤΕΡΗΣ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ...» του Δήμου ...– ..., την υπ' αριθ. 73/2014 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του προαναφερόμενου δήμου «Περί Εγκρίσεων του Πρωτοκόλλου Προσωρινής Παραλαβής», καθώς και το υπ' αριθ. πρωτ. 46203/13/29.1.2014 «Πιστοποιητικό Εμπειρίας της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων και Μελετών» του αυτού Δήμου για την εκτέλεση του συναφούς με το δημοπρατούμενο έργου με τίτλο «ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗ -

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΕΥΡΥΤΕΡΗΣ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ...», ενώ στη συνέχεια υπέβαλε ως συμπληρωματικό δικαιολογητικό και το πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής του έργου αυτού. Από τα έγγραφα αυτά, στα οποία παραπέμπει με το από 29.01.2019 μήνυμά της προς την αναθέτουσα αρχή η προσφεύγουσα και πιο συγκεκριμένα από το υπ' αριθ. 23 συνημμένο αρχείο με τίτλο «ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΑΡΟΜΟΙΩΝ ΕΡΓΩΝ & ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΕΓΓΡΑΦΑ», η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι αποδεικνύεται η εκτέλεση και ολοκλήρωση συναφούς έργου, με προσωρινή και οριστική παραλαβή του, εντός της πενταετίας 2013 – 2017, η, δε, συνολική αξία αυτού ανέρχεται σε 331.473,07 ευρώ, χωρίς τον Φ.Π.Α. και υπερβαίνει την απαιτούμενη από τη διακήρυξη αξία παρόμοιου έργου, καλύπτουσα ως εκ τούτου η αξία του, τον σχετικό όρο της διακήρυξης. Εντούτοις και σύμφωνα με τα όσα έγιναν δεκτά (βλ. σκέψη 14 της παρούσας) από τα προσκομιζόμενα και ανωτέρω αναφερόμενα έγγραφα της προσφεύγουσας, αποδεικνύεται ότι πληρούται η πρώτη προϋπόθεση του όρου 22.Δ περί εκτέλεσης συναφούς έργου, αφού το έργο με τίτλο «ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗ - ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΕΥΡΥΤΕΡΗΣ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ΑΡΧΑΙΑΣ ΑΓΟΡΑΣ» του Δήμου ...– ...συνιστά έργο με το οποίο αποδεικνύεται «εμπειρία σε εκτέλεση συναφών, με το αντικείμενο της σύμβασης, έργου ή έργων διαμόρφωσης περιβάλλοντος χώρου εντός περιοχών χαρακτηρισμένων ως αρχαιολογικών χώρων που προστατεύονται από τον Ν. 3028/2002», ως και η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται και συνομολογεί, δεν αποδεικνύεται, όμως, ότι πληρούται η δεύτερη προϋπόθεση, ήτοι «αξία εκτελεσμένων εργασιών ίσης ή μεγαλύτερης του ημίσεος του προϋπολογισμού μελέτης του δημοπρατούμενου έργου (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), ήτοι διακοσίων δέκα έξι χιλιάδων τριακοσίων εβδομήντα πέντε ευρώ 216.375,00 € συνολικά κατά την τελευταία πενταετία (2013-2017)», αφού από τα ανωτέρω έγγραφα και ειδικότερα από το «Πιστοποιητικό εμπειρίας έργων δημοσίου και Ν.Π.Δ.Δ.», αποδεικνύεται η εκτέλεση εργασιών ύψους 122.635,81 € πλέον Φ.Π.Α. εντός του έτους 2013, ήτοι χαμηλότερης της απαιτούμενης από τη διακήρυξη αξίας εκτελεσμένων εργασιών των 216.375,00 €, δοθέντος ότι οι λοιπες αναγραφόμενες εργασίες έχουν πραγματοποιηθεί το έτος 2012, πριν, δηλαδή, από την περίοδο που

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

ζητείται από τη διακήρυξη (πενταετία 2013 - 2017) και συνεπώς θα πρέπει να γίνουν δεκτοί κατά τούτο οι σχετικοί προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ τούτου και δοθέντος ότι από τα προσκομιζόμενα έγγραφα της προσφεύγουσας δεν αποδεικνύεται η πλήρωση της δεύτερης προϋπόθεσης των όρων 22.Δ και 23.6 της διακήρυξης περί «*αξίας εκτελεσμένων εργασιών ίσης ή μεγαλύτερης του ημίσεος του προϋπολογισμού μελέτης του δημοπρατούμενου έργου (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), ήτοι διακοσίων δέκα έξι χιλιάδων τριακοσίων εβδομήντα πέντε ευρώ 216.375,00 € συνολικά κατά την τελευταία πενταετία (2013-2017)*», νομίμως απερρίφθη για το λόγο αυτόν η προσφορά της προσφεύγουσας.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των γενομένων δεκτών ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

19. Επειδή, η προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο της Προσφυγής της υποστηρίζει επικουρικά ότι η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα, καθώς ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί ότι τα εν λόγω υποβληθέντα από αυτήν έγγραφα προς απόδειξη πλήρωσης του όρου 22.Δ και 23.6 της διακήρυξης δεν καλύπτουν αυτούς, σε κάθε περίπτωση και σύμφωνα με το άρθρο 4.2.γ. της διακήρυξης και το άρθρο 103 παρ. 2 του Ν.4412/2016, όφειλε η αναθέτουσα αρχή να την καλέσει με τρόπο σαφή, ειδικό και ορισμένο προς συμπλήρωση της πλημμέλειας αυτής, γεγονός που εν προκειμένω δεν έλαβε χώρα, αφού η πρόσκληση που η προσφεύγουσα έλαβε προς συμπλήρωση των δικαιολογητικών ήταν γενική και αόριστη, με απλή αναφορά του άρθρου 23.6 της διακήρυξης και χωρίς καμία ειδική αναφορά στις πλημμέλειες που η αναθέτουσα αρχή είχε διαπιστώσει στα ήδη υποβληθέντα από την προσφεύγουσα δικαιολογητικά. Η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ως προς τον λόγο αυτό ότι εφάρμοσε τα οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016, αποστέλλοντας την από 29.01.2019 πρόσκληση υποβολής συμπληρωματικών δικαιολογητικών, αναφέροντας σε αυτήν το συγκεκριμένο κριτήριο ποιοτικής επιλογής που απαιτείται να συμπληρωθεί, καθώς και τα

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

λεπτομερή μέσα απόδειξης αυτού και εν συνεχεία και δοθέντος ότι είχαν υποβληθεί εμπρόθεσμα και χωρίς ελλείψεις από την προσφεύγουσα τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά έγγραφα, πλήν όμως, από αυτά δεν αποδεικνύονταν η πλήρωση του όρου 22.Δ και 23.6 της διακήρυξης, απέρριψε την προσφορά της κατ' άρθρο 103 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

20. Επειδή, το άρθρο 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών», ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, του Ν. 4412/2016 ορίζει 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, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) 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. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. 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 επιφύλαξη του άρθρου 104,

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

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. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και 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 προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία 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

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

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 και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης [είτε για την κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκπώτου] 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 ...».

21. Επειδή, ο όρος 4.2 «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» της διακήρυξης ορίζει 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 δέκα (10) 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) 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

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

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, 15 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 προσήκουσας 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 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

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

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 [...]».

22. Επειδή, στην υπό κρίση περίπτωση και σύμφωνα με τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσκόμισε (βλ. το υπ' αριθ. 23 συνημμένο αρχείο με τίτλο «ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΑΡΟΜΟΙΩΝ ΕΡΓΩΝ & ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΕΓΓΡΑΦΑ) στις 24.01.2019 προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας του όρου 22.Δ της διακήρυξης, Κατάλογο έργων, στον οποίο αναφέρεται το συναφές έργο που αναγράφεται και στο υποβληθέν από αυτήν Τ.Ε.Υ.Δ, με τίτλο «ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗ - ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΕΥΡΥΤΕΡΗΣ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ...» του Δήμου ...– ..., την υπ' αριθ. 73/2014 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του προαναφερόμενου δήμου «Περί Εγκρίσεων του Πρωτοκόλλου Προσωρινής Παραλαβής», καθώς και το υπ' αριθ. πρωτ. 46203/13/29.1.2014 «Πιστοποιητικό Εμπειρίας της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων και Μελετών» του αυτού Δήμου, από τα οποία, εντούτοις, δεν αποδεικνύεται η πλήρωση της δεύτερης προϋπόθεσης των όρων 22.Δ και 23.6 της διακήρυξης περί «αξίας εκτελεσμένων εργασιών ίσης ή μεγαλύτερης του ημίσεος του προϋπολογισμού μελέτης του δημοπρατούμενου έργου (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), ήτοι διακοσίων δέκα έξι χιλιάδων τριακοσίων εβδομήντα πέντε ευρώ 216.375,00 € συνολικά κατά την τελευταία πενταετία (2013-2017)». Για το λόγο αυτόν, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 29.01.2019 μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την υπ' αριθ. 1104/29.01.2019 «Πρόσκληση Υποβολής Συμπληρωματικών Δικαιολογητικών Κατακύρωσης», με την οποία «ΠΡΟΣΚΑΛΕΙ Την εταιρεία ΑΝΤΑΙΟΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΚΑΤΑΣΚΕΥΩΝ Α.Ε., προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού για την εκτέλεση του έργου “Ανάπλαση ...” να προσκομίσει, εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας, στο Δήμο ...τα προβλεπόμενα από την αριθ. 15221/19.10.2018

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

διακήρυξη συμπληρωματικά δικαιολογητικά κατακύρωσης: 1. Δικαιολογητικά Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται με κατάλογο παρόμοιων με το αντικείμενο της σύμβασης έργων διαμόρφωσης περιβάλλοντος χώρου εντός περιοχών που προστατεύονται από τον Ν. 3028/2002 (αρχαιολογικοί χώροι, ζώνες προστασίας μνημείων κλπ), αξίας εκτελεσμένων εργασιών ίσης ή μεγαλύτερης του ποσού των διακοσίων δέκα έξι χιλιάδων τριακοσίων εβδομήντα πέντε ευρώ 216.375,00 € συνολικά κατά την τελευταία πενταετία (2013-2017), συνοδευόμενο από βεβαιώσεις του φορέα κατασκευής (Δημόσιο, ΝΠΔΔ, ΝΠΙΔ), πρωτόκολλα παραλαβής ή άλλα αντίστοιχα αποδεικτικά έγγραφα του φορέα κατασκευής, για την ορθή εκτέλεση και ολοκλήρωση των έργων. Από τα αποδεικτικά έγγραφα που θα προσκομιστούν πρέπει να αποδεικνύεται η αξία και ο χρόνος εκτέλεσης του έργου καθώς και η εκτέλεση των συγκεκριμένων συναφών εργασιών», σημειώνοντας με έντονη γραφή στην επιστολή της αυτή τις λέξεις «διακοσίων δέκα έξι χιλιάδων τριακοσίων εβδομήντα πέντε ευρώ 216.375,00 € συνολικά κατά την τελευταία πενταετία (2013-2017)» και «Από τα αποδεικτικά έγγραφα που θα προσκομιστούν πρέπει να αποδεικνύεται η αξία και ο χρόνος εκτέλεσης του έργου καθώς και η εκτέλεση των συγκεκριμένων συναφών εργασιών». Σε απάντηση του εγγράφου αυτού με το από 29.01.2019 μήνυμά της προς την αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα υπέβαλε ως συμπληρωματικό δικαιολογητικό το πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής του ανωτέρω αναφερόμενου έργου, ενώ παρέπεμπε για την πλήρωση των όρων αυτών της διακήρυξης στο υπ' αριθ. 23 συνημμένο αρχείο με τίτλο «ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΑΡΟΜΟΙΩΝ ΕΡΓΩΝ & ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΕΓΓΡΑΦΑ».

23. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή νομίμως και σύμφωνα με το άρθρο 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 4.2.γ. της διακήρυξης απέστειλε στις 29.01.2019 μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την υπ' αριθ. 1104/29.01.2019 «Πρόσκληση Υποβολής Συμπληρωματικών Δικαιολογητικών Κατακύρωσης».

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

24. Επειδή, αναφορικά με την περίπτωση μη υποβολής δικαιολογητικών που απαιτούνται από το άρθρο 103 του Ν.4412/2016 ή υποβληθέντων με ελλείψεις δικαιολογητικών, έχει κριθεί ότι «κοινοποιείται στον προσωρινό ανάδοχο σχετική έγγραφη ειδοποίηση με την οποία του παρέχεται η προβλεπόμενη από τις διατάξεις του άρθρου αυτού σε συνδυασμό με την οικεία διακήρυξη προθεσμία, ώστε να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει. Προκειμένου όμως η σχετική ειδοποίηση του προσωρινού αναδόχου να πληροί το σκοπό του νόμου, που συνίσταται στη μη απόρριψη προσφοράς κατά το στάδιο αυτό για ελλείψεις που μπορούν να συμπληρωθούν, πρέπει αυτή (ειδοποίηση) να απευθύνεται σε κάθε ανάδοχο ειδικά και να αναφέρει τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά που δεν υποβλήθηκαν και πρέπει να προσκομισθούν ή/και τις συγκεκριμένες ελλείψεις που πρέπει να συμπληρωθούν στα δικαιολογητικά από κάθε ανάδοχο εντός της ταχθείσας προθεσμίας, ώστε να έχει πλήρη γνώση των ζητούμενων από αυτόν στοιχείων, η μη προσκόμιση των οποίων θα έχει ως συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς του. Επομένως, έγγραφη ειδοποίηση απευθυνόμενη γενικά σε όλους τους προσφέροντες στους οποίους πρόκειται να γίνει η κατακύρωση, με την οποία επαναλαμβάνεται το περιεχόμενο των προαναφερόμενων διατάξεων για προσκόμιση ή συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών χωρίς ειδική αναφορά ανά προσφέροντα των δικαιολογητικών που πρέπει να προσκομίσει ή να συμπληρώσει, είναι ασαφής και αόριστη και, ως εκ τούτου, δεν πληροί τις προϋποθέσεις του νόμου, με συνέπεια η απόρριψη προσφοράς προσωρινού αναδόχου λόγω μη υποβολής ή συμπλήρωσης δικαιολογητικών σε συνέχεια της ειδοποίησης αυτής να μην είναι νόμιμη» (ΕλΣυν 153/2018).

25. Επειδή, από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι η πρόσκληση που εστάλη προς την προσφεύγουσα και προσωρινή ανάδοχο δεν ήταν σαφής, ειδική και ορισμένη, αφού σε αυτή επαναλαμβάνονται οι όροι 22.Δ και 23.6 της διακήρυξης, με έντονη γραφή ορισμένων σημείων των διατάξεων αυτών. Ως εκ τούτου, από το περιεχόμενο και τα αναγραφόμενα στην πρόσκληση αυτή, δεν συνάγονται πλήρως και σαφώς, οι ελλείψεις που υφίστανται ως προς τα υποβληθέντα δικαιολογητικά της προσφεύγουσας και

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

οι οποίες χρήζουν συμπληρώσεως, ώστε να εξασφαλίζεται η πλήρης γνώση των ζητούμενων, από την προσφεύγουσα, στοιχείων, ήτοι ποιο από τα υποβληθέντα έγγραφα και κατά ποιο μέρος του χρήζει συμπληρώσεως, η οποία αν δεν επέλθει θα έχει ως συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς της. Με άλλα λόγια και προκειμένου να ήθελε θεωρηθεί η εν λόγω πρόσκληση αρκούτως σαφής και ορισμένη, όφειλε η αναθέτουσα να κάνει μνεία σε συγκεκριμένο υποβληθέν έγγραφο και κατά ποιο μέρος του αυτό πρέπει να συμπληρωθεί, εν προκειμένω θα έπρεπε να αναφέρεται ότι από το προσκομισθέντα προς κάλυψη των όρων 22.Δ και 23.6 της διακήρυξης έγγραφα και ειδικότερα το υπ' αριθ. 23 των υποβληθέντων δικαιολογητικών εγγράφων και ειδικότερα από το «Πιστοποιητικό εμπειρίας έργων δημοσίου και Ν.Π.Δ.Δ.», αποδεικνύεται η εκτέλεση εργασιών ύψους 122.635,81 € πλέον Φ.Π.Α. εντός του έτους 2013, ήτοι χαμηλότερης της απαιτούμενης από τη διακήρυξη αξίας εκτελεσμένων εργασιών των 216.375,00 €, δοθέντος ότι οι λοιπές αναγραφόμενες εργασίες έχουν πραγματοποιηθεί το έτος 2012, πριν, δηλαδή, από την περίοδο που ζητείται από τη διακήρυξη (πενταετία 2013 - 2017) και κατά τούτο θα πρέπει τα υποβληθέντα έγγραφα να συμπληρωθούν. Συνεπώς, θα πρέπει να γίνει δεκτός ο λόγος αυτός της προσφεύγουσας περί αοριστίας της πρόσκλησης συμπληρώσεως των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και παραβίασης των αρχών της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου, αφού δεν παρασχέθηκε, κατ' ουσίαν, σε αυτήν πλήρως το προβλεπόμενο εκ του νόμου δικαίωμα της περί συμπληρώσεως ελλειπόντων στοιχείων των υποβληθέντων εγγράφων της, στην οποία ενέργεια οφείλει να προβεί η αναθέτουσα αρχή κατά δεσμία αρμοδιότητα. Οι, δε, προβαλλόμενοι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί, επιπλέον, προφορικής γνωστοποίησης προς την προσφεύγουσα των πλημμελειών των υποβληθέντων εγγράφων ως προς το σημείο αυτό, ήτοι της πλήρωσης των όρων 22.Δ και 23.6 της διακήρυξης, θα πρέπει να απορριφθούν ως νόμω και ουσία αβάσιμοι, αφού αφενός από τη γραμματική ερμηνεία του άρθρου 103 παρ. 2γ του Ν.4412/2016 και 4.2γ της διακήρυξης, προκύπτει ότι η γνωστοποίηση αυτή πρέπει να είναι έγγραφη,

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

δοθέντος ότι στην υπόψη διάταξη ορίζεται ότι «*παρέχεται προθεσμία [...] από την κοινοποίηση σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν μέσω της λειτουργικότητας της "Επικοινωνίας" του υποσυστήματος*», αφετέρου και σε κάθε περίπτωση οι εν λόγω ισχυρισμοί τυγχάνουν αόριστοι και αναπόδεικτοι. Συνεπώς, ο λόγος αυτός της Προσφυγής, θα πρέπει να γίνει δεκτός, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να καλέσει, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 4.2γ της διακήρυξης (βλ. Α.Ε.Π.Π. 260/2019, 1039/2018, σκέψη 18) και σύμφωνα με τα όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω, την προσωρινή ανάδοχο, όπως συμπληρώσει το ελλείπον δικαιολογητικό κατακύρωσης κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη.

26. Επειδή, οι περαιτέρω αιτιάσεις, τόσο της αναθέτουσας αρχής περί επιθυμίας της προσφεύγουσας εταιρείας να αντικαταστήσει ή συμπληρώσει το έργο που έχει δηλώσει στο σχετικό πεδίο του Τ.Ε.Υ.Δ. με άλλο έργο από αυτό που έχει δηλωθεί στο Τ.Ε.Υ.Δ. και στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, γεγονός το οποίο αποτελεί παραβίαση της διακήρυξης και της νομοθεσίας, καθώς οιαδήποτε προσθήκη ή τροποποίηση των πεδίων του Τ.Ε.Υ.Δ απαγορεύεται, δεδομένου ότι το Τ.Ε.Υ.Δ. αποτελεί δεσμευτικό έγγραφο, όσο και της προσφεύγουσας εταιρείας, περί δυνατότητάς της συμπλήρωσης του Τ.Ε.Υ.Δ., νομίμως και προς θεραπεία της εν λόγω αναφερόμενης πλημμέλειας, με την προσκόμιση στοιχείων για έτερο παρόμοιο έργο που είχε εκτελέσει εντός της τελευταίας πενταετίας, του οποίου η αξία των εκτελεσμένων συναφών εργασιών υπερκαλύπτει κατά έξι φορές το απαιτούμενο από τη διακήρυξη ποσό των 216.375,00 €, ανερχόμενο σε 1.269.366,97 €, δεν δύναται να κριθούν στα πλαίσια της άσκησης της παρούσας Προσφυγής. Και τούτο διότι, ως *ne eat ultra petita partium* προβαλλόμενες οι αιτιάσεις αυτές από την αναθέτουσα αρχή και κατά τούτο αντικρουόμενες από την προσφεύγουσα με το υποβληθέν Υπομνημά της, προβάλλονται απαραδέκτως, σε κάθε περίπτωση προβάλλονται και αορίστως, αφού αυτές δεν ανάγονται σε πραγματικά περιστατικά που έχουν λάβει χώρα και δύνανται να κριθούν, αλλά ανάγονται σε μελλοντικά και

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

αβέβαια γεγονότα, δοθέντος ότι εν προκειμένω ουδεμία συμπλήρωση του Τ.Ε.Υ.Δ. έχει λάβει χώρα κατά τα ανωτέρω υποστηριζόμενα και ουδέν τέτοιο έγγραφο έχει προσκομισθεί αναφερόμενο σε έτερο παρόμοιο έργο, ώστε να δύνανται να κριθούν οι αιτιάσεις αυτές, αναφορικά με το εάν τηρούνται τα οριζόμενα στο Νόμο και στη διακήρυξη.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, ο λόγος αυτός της Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος.

28. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της Προσφυγής της υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης και της ειδικότερης αρχής της προστασίας της εύλογης εμπιστοσύνης του διοικούμενου εκ του γεγονότος ότι οι ενέργειες της αναθέτουσας αρχής την παραπλάνησαν ως προς τα στοιχεία που έπρεπε να προσκομίσει προκειμένου να μην απορριφθεί η προσφορά της, λόγος, της Προσφυγής που συνέχεται απολύτως με τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής. Κατ' ακολουθίαν, ισχύουν τα εκεί κριθέντα *mutatis mutandis* και θα πρέπει αυτός να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος.

29. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της Προσφυγής της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα, καθώς το παράνομο της απόρριψης της προσφοράς της, καθιστά αυτομάτως παράνομη και την απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της, ενώ και σε κάθε περίπτωση η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί, κατά το μέρος που διατάσσει την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της, δοθέντος ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις κατ' άρθρο 15.1 της διακήρυξης και 72 του Ν. 4412/2016 προς τούτο.

30. Επειδή, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επαγόμενη οικονομική βλάβη και επομένως έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημοσίας σύμβασης λόγω της επέλευσης συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακήρυξης προϋποθέσεων (ΣΤΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018 και Ν29/2016). Επομένως, η απόφαση περί

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι αναμφίβολα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Τούτο προκύπτει και από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 72, 73, 75, 79 και 103 Ν. 4412/2016 σύμφωνα με τις οποίες η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής συνεχεται αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω πλημμελειών της προσφοράς του σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, είτε με την εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της σύμβασης), άρα και πάλι τον αποκλεισμό του από αυτήν. Επομένως, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζομένου συνιστά πράξη του προσυμβατικού σταδίου, ήτοι της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγείται της σύναψης σύμβασης και ως εκ τούτου εφαρμοστέες είναι πλέον και υπό το ισχύον δίκαιο οι διατάξεις του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρθρων 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Άλλωστε, όπως προκύπτει από τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 παρ.1 του Ν. 4412/2016, το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται όχι μόνο υπέρ όποιου έχει, ήτοι διατηρεί ενεργό δικαίωμα συμμετοχής και επιδίωξης ανάθεσης του συμβατικού αντικειμένου, αλλά και υπέρ όποιου είχε τέτοιο συμφέρον (βλ. και όμοια διατύπωση στο προϊσχύσαν άρθρο 2 Ν. 3886/2010 περί προσωρινής δικαστικής προστασίας, προϋπόθεση για την οποία και υπό τις αυτές προϋποθέσεις ήταν η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' άρθρο 4 του ως άνω νόμου), ήτοι καθ' οιονδήποτε τρόπο ενδιαφέρθηκε να μετάσχει αλλά δεν κατέστη αυτό εφικτό ή μετείχε και απεκλείσθη από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, υπό τη μόνη προϋπόθεση ότι ενδέχεται να υποστεί ή έχει ήδη υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη παράλειψη ή εκτελεστή πράξη, μεταξύ των οποίων κατά τα ανωτέρω συγκαταλέγεται και η απόφαση περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής. Υπό τα δεδομένα τούτα, παραδεκτώς προσβάλλεται η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας με την υπό κρίση προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

31. Επειδή, περαιτέρω, οι προϋποθέσεις κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ορίζονται στο άρθρο 72 και 103 του Ν. 4412/2016, αλλά και στους όρους 4.2 και 15.1 της υπό κρίση διακήρυξης, ενώ όπως έγινε δεκτό στην αμέσως ανωτέρω σκέψη, η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής συνέχεται αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω πλημμελειών της προσφοράς του σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, είτε με την εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της σύμβασης), δηλαδή τον σε κάθε περίπτωση του αποκλεισμό από αυτήν. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή βασίζει την κατάπτωση της κατατεθείσας από την προσφεύγουσα εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, στον νόμιμο αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας και κατά την παρ. 5 του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία *«[...] εαν από τα 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 [...]»*, κατέπεσε την εγγυητική επιστολή συμμετοχής.

32. Επειδή, η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα, συνέχεται άμεσα με τη νομιμότητα αποκλεισμού της προσφοράς του, αφού η κύρωση αυτή, της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, επέρχεται παρακολουθηματικώς και αυτοδικαίως εκ του νόμου κατά τα προαναφερόμενα, συνεπεία της απόρριψης της προσφοράς του υπό την προϋπόθεση συνδρομής συγκεκριμένων προϋποθέσεων, ως ο Νόμος ορίζει. Εν προκειμένω και λαμβανομένης υπόψη, σύμφωνα με τα όσα κρίθηκαν ανωτέρω αναφορικά με τον δεύτερο και

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

τρίτο λόγο της Προσφυγής, τη μη σύννομη απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και προσωρινής αναδόχου, συνεπεία της μη νόμιμης κλήσης αυτής προς συμπλήρωση των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης κατ' άρθρο 103 παρ. 2, παρέπεται συνεκδοχικώς και το μη νόμιμο της κατάπτωσης της προσκομισθείσας εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας.

33. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, ο λόγος αυτός της Προσφυγής, θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, νόμω και ουσία.

34. Επειδή, τούτων δοθέντων η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή ως προς τον δεύτερο, τρίτο και τέταρτο λόγο αυτής και να απορριφθεί ως προς τον πρώτο λόγο, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω.

35. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού 1.750,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 29/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., κατά το μέρος που, κατ' αποδοχήν του Πρακτικού ΙΙ, απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και η ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου, κατέπεσε η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της και εκλήθη ο επόμενος στη σειρά μειοδοσίας οικονομικός φορέας όπως υποβάλλει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά έγγραφα προσωρινού αναδόχου, κατά το αιτιολογικό.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να ενεργηθούν τα νόμιμα, κατά τα κριθέντα στη σκέψη 25 της παρούσας.

Αριθμός απόφασης: 402 / 2019

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού χιλίων επτακοσίων πενήντα ευρώ (1.750,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 4 Απριλίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 15 Απριλίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νεκταρία–Πηνελόπη Ταμανίδη

Ευαγγελία Ζαφειράτου