

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 3 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 23.02.2023 υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 243/24.02.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των προσβαλλόμενων, υπ' αριθμούς 218/2022 και 339/2022, αποφάσεων της αναθέτουσας Αρχής (όπως η υπ' αριθμό 339/2022 συμπληρώνει την υπ' αριθμό 218/2022), κατά το σκέλος που αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας, για τους ειδικότερους λόγους που εκτίθενται στην προσφυγή.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια**

**Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 3.055,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό .... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 23.02.2023, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 15.02.2023 (β) ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017, και (γ) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα βάλλει κατά της μη νόμιμης – κατά τους ισχυρισμούς της – απόφασης κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της στον διαγωνισμό.

3.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 03.03.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως στις 03.03.2023 τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής.

5.Επειδή, με την υπ' αριθμό 6145/2022 διακήρυξη, προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «Προμήθεια και τοποθέτηση συνθετικού χλοοτάπητα στα γήπεδα .... και .... και συνθετικού τάπητα (ταρτάν) στο γήπεδο Αγίου .... προς αντικατάσταση των υφιστάμενων επιστρώσεων», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 611.000,00€, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 16.05.2022 με Α.Δ.Α.Μ ....., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό .....

6.Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Περαιτέρω, η κατάπτωση εγγύησης συμμετοχής, σε διαδικασία για την ανάθεση δημοσίας σύμβασης, αποτελεί πράξη επιβολής ειδικής ποινικής ρήτηρας με χαρακτήρα κύρωσης, η οποία εντάσσεται στις πράξεις της διαδικασίας ανάθεσης, που προηγείται της σύναψης της σύμβασης (ΕΑ ΣΤΕ 253/2020, σκ. 2, 211/2020), και, επομένως, η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. είναι αρμόδια για την εξέταση διαφοράς που

ανακύπτει από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' απόφασης κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

7.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και οι οικονομικοί φορείς «...». Εν συνεχεία, οι προσφορές των εταιρειών ...απορρίφθηκαν ως απαράδεκτες, ενώ παρέμειναν στη διαγωνιστική διαδικασία η προσφεύγουσα και ο οικονομικός φορέας «...». Περαιτέρω, κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε πλήρη και αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής της εταιρείας «... ΚΑΙ ΣΙΑ ΕΕ», ενώ απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, με την αιτιολογία ότι το ΕΕΕΣ, που κατέθεσε, δεν έφερε ψηφιακή υπογραφή, γεγονός που ισοδυναμούσε με μη έγκυρη/μη νόμιμη υποβολή του. Επιπλέον, η Επιτροπή του Διαγωνισμού εισηγήθηκε την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.2.3.γ της διακήρυξης. Όλα τα ανωτέρω περιλαμβάνονται στην προσβαλλόμενη, υπ' αριθμό 218/2022, απόφαση. Ακολούθως, εκδόθηκε η επίσης προσβαλλόμενη, υπ' αριθμό 339/2022, απόφαση, σε συμπλήρωση της ως άνω υπ' αριθμό 218/2022 απόφασης, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε εν τέλει η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας. Κατά των ανωτέρω δύο αποφάσεων στρέφεται η προσφεύγουσα, και δη καθ' ο μέρος αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της, για τους ειδικότερους λόγους που εκτίθενται στην προσφυγή.

8.Επειδή, με την προσφυγή της, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι: «...*Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή μη νομίμως αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυήσεως συμμετοχής μας και δεν προέβη στις νόμιμες ενέργειες, ήτοι να διατάξει την επιστροφή της στην εταιρεία μας. Ειδικότερα, η αιτιολογία σύμφωνα με την οποία κατέπεσε η εγγυητική επιστολή μας και που ενσωματώνεται στην συμπροσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 339/2012 συμπληρωματική απόφαση της υπ' αριθμ. 218/2022 απόφασης είναι η εξής: «[Η εγγύηση συμμετοχής του οικονομικού φορέα Γ. Ι. .... καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής, καθώς σύμφωνα με το άρθρο 2.2.2.3 «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει εάν ο προσφέρων.... (γ) δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά (παράγραφοι 2.2.9 και 3.2)»]. Είναι όμως σαφές από τα ανωτέρω παγίως κριθέντα από τη νομολογία ότι το άρθρο 2.2.2.3.γ ελέγχεται*

μόνο στην περίπτωση του προσωρινού αναδόχου κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, για αυτό εξάλλου και στη διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού συνδέεται με το άρθρο 3.2 που αφορά αποκλειστικά στον προσωρινό ανάδοχο. Εμείς υποβάλλαμε τα αναγκαία δικαιολογητικά συμμετοχής, ήτοι το ΕΕΕΣ και την εγγύηση συμμετοχής, ωστόσο η προσφορά μας απορρίφθηκε γιατί το ΕΕΕΣ μας δεν έφερε ψηφιακή υπογραφή. Η εταιρεία μας επομένως δεν αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού και δεν κλήθηκε να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης, προκειμένου να τύχει εφαρμογής το άρθρο 2.2.2.3.γ της διακήρυξης. Με δεδομένο εξάλλου ότι δεν μπορεί να γίνει δεκτή, ενόψει της κυρωτικής φύσεως της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων που αφορούν τον προσωρινό ανάδοχο και σε άλλον συμμετέχοντα (ΣΤΕ ΕΑ 211/2020, 251/2020, 253/2020), θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παρανόμως και άνευ οιοδήποτε ερείσματος στον νόμο και τη διακήρυξη αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής μας για λόγο που προβλέπεται μόνο στην περίπτωση του προσωρινού αναδόχου. Εξάλλου, θα ήταν εντελώς παράλογο, αποθαρρυντικό της συμμετοχής και εν τέλει αποτρεπτικό της ανάπτυξης του ανταγωνισμού, για οιοδήποτε σφάλμα στην προσφορά, κατά την προσκόμιση των δικαιολογητικών συμμετοχής (και όχι κατακύρωσης), να καταπίπτει και η εγγύηση συμμετοχή...».

9.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της επάγεται τα εξής: «1. Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.2.3 της 6145/2022 Διακήρυξης «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει εάν ο προσφέρων...(γ) δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά (παράγραφοι 2.2.9 και 3.2). 2. Σύμφωνα με την κατευθυντήρια οδηγία 23 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. στο 2.3.1. αναφέρεται επακριβώς : « ...η έλλειψη υπογραφής στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ή μη νόμιμη/έγκυρη υπογραφή του ισοδυναμεί με μη νόμιμη/έγκυρη υποβολή του...». Κατά συνέπεια, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω 1 και 2, η έλλειψη υπογραφής στο ΕΕΕΣ αντιστοιχεί σε μη έγκαιρη υποβολή δικαιολογητικού ως εκ τούτου γίνεται κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής. Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, θεωρούμε ότι οι υπ' αριθ. 218/2022 και 339/2022 αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής είναι νόμιμες καθώς στηρίζονται στις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και είναι σύμφωνες με την υπ' αριθμ. 6145/2022 Διακήρυξη...».

10.Επειδή, στη διακήρυξη, σε σχέση με τα τιθέμενα ζητήματα, ορίζονται τα εξής: **Άρθρο 2.2.2.3:** «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει εάν ο προσφέρων: **α) αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, β) παρέχει, εν γνώσει του, ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3 έως 2.2.8 γ) δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά (παράγραφοι 2.2.9 και 3.2), δ) δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή του συμφωνητικού, ε) υποβάλει μη κατάλληλη προσφορά, με την έννοια της περ. 46 της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, στ) δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής να εξηγήσει την τιμή ή το κόστος της προσφοράς του εντός της τεθείσας προθεσμίας και η προσφορά του απορριφθεί, η) στις περιπτώσεις των παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών από τον προσωρινό ανάδοχο, αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, σύμφωνα με τις παραγράφους 3.2 και 3.4 της παρούσας, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ είναι εκ προθέσεως απατηλά ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, ή αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής», **Άρθρο 3.2:** «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. (...) **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 προφορά, τηρούμενης της ανωτέρω διαδικασίας, **εάν:** **i)** κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, **ή ii)** **δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii)** από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) ή η πλήρωση μιας ή περισσοτέρων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας...», **Άρθρο 2.4.3.1 «Δικαιολογητικά Συμμετοχής»:** «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)..., β) την εγγύηση συμμετοχής...», **Άρθρο 2.2.9 υπό τίτλο «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής:** «Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ΄ της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016...», **Άρθρο 2.2.9.1 υπό τίτλο «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών»** προβλέπεται ειδικώς ότι: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)...». Τέλος, ως προς τα αποδεικτικά μέσα μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, **στο άρθρο 2.2.9.2 «Αποδεικτικά μέσα»** ορίζεται ότι «Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4,

2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας...».

11.Επειδή, στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 ορίζεται, στην παράγραφο 3, ότι: «3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, 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...», στην παράγραφο 4 ότι: «4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει 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...», και στην παράγραφο 5 ότι: «Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης

δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οπιγενών μεταβολών, **καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, 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...».**

12.Επειδή, το κοινό στοιχείο όλων των περιπτώσεων κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής του άρθρου 103 Ν. 4412/2016, ήτοι των παρ. 3-5 αυτού, εντοπίζεται στο ότι η κοινή και αναγκαία αιτία κατάπτωσης ανάγεται σε αυτά καθαυτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, η έλλειψη, ανεπάρκεια ή το περιεχόμενο των οποίων είναι και ο λόγος για τον οποίο εν τέλει προκύπτει η δήλωση στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ως ψευδής ή ανακριβής ή η μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή η πλήρωση κριτηρίου επιλογής ως μη αποδειχθείσες. Δεδομένου δε, ότι πρόκειται για διάταξη κυρωτικού χαρακτήρα, το άρθρο 103 δεν δύναται να εφαρμοσθεί διασταλτικά και αναλογικά, ώστε να καλύψει άλλες περιπτώσεις πέραν των, κατά το γράμμα του, υφισταμένων. Ούτως, το άρθρο 103 Ν. 4412/2016 δεν καλύπτει την περίπτωση, όπου ανακύπτει λόγος αποκλεισμού ή μη πλήρωση κριτηρίου επιλογής σε στάδιο πριν ή μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης ή περίπτωση, όπου η τυχόν συνδρομή λόγου αποκλεισμού δεν προκύπτει από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή όταν το ανακριβές ή ψευδές της τυχόν δήλωσης σε ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ δεν προκύπτει κατά την διασταύρωση της οικείας δήλωσης με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Συνεπώς, η εγγυητική συμμετοχής δεν καταπίπτει στις ανωτέρω περιπτώσεις, ειδικότερα βάσει του άρθρ. 103 Ν. 4412/2016 και των εκεί προϋποθέσεων του (ΑΕΠΠ 588/2018 σκ. 8, 99/2020 σκ 22).

13. Επειδή, στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 (που αναπαράγεται στον όρο 2.2.2.3 της διακήρυξης) ιδρύεται έτερη και αυτοτελής βάση κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής, σε σχέση μ' αυτήν του άρθρου 103 του Ν.



4412/2016 (ΑΕΠΠ 588/2018 και 99/2020). Ειδικότερα, στην μεν παράγραφο 2 του ανωτέρω άρθρου 72 ορίζεται, ότι: «2. Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων: α) αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, ή β) παρέχει εν γνώσει του ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, ή γ) δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά, ή δ) δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή του συμφωνητικού, ή ε) υπέβαλε μη κατάλληλη προσφορά με την έννοια της περ. 46 της παρ. 1 του άρθρου 2, ή στ) στις περιπτώσεις των παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 103, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών...», **στη δε παράγραφο 3 αυτού ορίζεται ότι: «3. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται, με την επιφύλαξη της παρ. 2, στους λοιπούς προσφέροντες μετά από: αα) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης, ββ) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ενδίκων βοηθημάτων προσωρινής δικαστικής προστασίας ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, γγ) την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 324 έως 327 του ν. 4700/2020 (Α' 127), εφόσον απαιτείται. Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες σε περίπτωση: 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».**

14. Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, κρίνονται τα κάτωθι. Εν προκειμένω, η προσφορά της προσφεύγουσας κρίθηκε απορριπτέα, λόγω έλλειψης ψηφιακής υπογραφής στο ΕΕΕΣ, το οποίο, κατ' άρθρα 2.4.3.1 και 2.2.9.1 β) της διακήρυξης, αποτελεί δικαιολογητικό συμμετοχής. Άρα, η προσφεύγουσα κρίθηκε αποκλειστέα ήδη κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής. Περαιτέρω, στην παρ. 2 του άρ.

72 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «2. Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων: α) αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, ή β) παρέχει εν γνώσει του ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, ή γ) δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά, ή δ) δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή του συμφωνητικού, ή ε) υπέβαλε μη κατάλληλη προσφορά με την έννοια της περ. 46 της παρ. 1 του άρθρου 2, ή στ) στις περιπτώσεις των παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 103, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών...». Έτι περαιτέρω, στην παρ. 3 του άρθρου 72 Ν. 4412/2016 ορίζεται, ότι: «Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες σε περίπτωση: 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». Άρα, σε κάθε περίπτωση απόρριψης προσφοράς σε προγενέστερα του σταδίου κατακύρωσης στάδια, άρα ακριβώς ως εν προκειμένω, η εγγυητική συμμετοχής επιστρέφεται, εκτός εάν στοιχειοθετείται αποκλεισμός για παροχή ψευδών στοιχείων, πράγμα όμως που δεν προκύπτει, εν προκειμένω, εκ των στοιχείων του φακέλλου. Εν ολίγοις, σε περίπτωση αποκλεισμού προ του σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης και δεδομένου ότι, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε μη κατάλληλη προσφορά, κατά την ως άνω έννοια της περ. 46 παρ. 1 άρ. 2 Ν. 4412/2016 («ως «μη κατάλληλη» νοείται μία προσφορά, όταν δεν σχετίζεται με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας Αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης»), η κατάπτωση εγγυητικής λαμβάνει χώρα μόνο λόγω «εν γνώσει» παροχής ψευδών στοιχείων εκ μέρους του συμμετέχοντος. (ΑΕΠΠ 448/2022 σκ. 3). Συνεπώς, δεν πληρούνται οι όροι του άρ. 72 Ν. 4412/2016 περί κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής της προσφεύγουσας, όπως βάσιμα προβάλλει αυτή με τους λόγους της προσφυγής της. Η δε κατάπτωση της εγγυητικής της προσφεύγουσας έλαβε χώρα επί εσφαλμένων βάσεων και εν γένει, μη νομίμως, κατά παράβαση του όρου 2.2.9 και του όρου 3.2 της διακήρυξης, ως και των άρ. 72 και 103 Ν. 4412/2016 και επιπλέον, με μη

νόμιμα και εσφαλμένα αιτιολογικά ερείσματα, καθώς η προσφεύγουσα ουδόλως ηδύνατο να θεωρηθεί προσωρινή ανάδοχος, ώστε να τύχουν εφαρμογής ο όρος 3.2 της διακήρυξης και το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 (ΑΕΠΠ 99/2020, σκ 28). Αντιθέτως, η προσφορά της είχε κριθεί απορριπτέα ήδη κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής. Μάλιστα, η ήδη προσφεύγουσα δεν άσκησε προδικαστική προσφυγή κατά της απόρριψης της προσφοράς της. Επομένως, η εγγυητική επιστολής της προσφεύγουσας έπρεπε να της επιστραφεί, κατ' αρ. 72 παρ. 3 β) του Ν. 4412/2016, που ορίζει, ότι: *«Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες 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 ενδίκων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως»*

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και ν' ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, καθ' ο μέρος όρισαν την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της προσφεύγουσας.

16. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 21 Απριλίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**