

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.03.2023 με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 420/27.03.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στον «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. 2252.1.8/19554/23/15.03.2023 απόφασης του «...» περί κήρυξης του προσφεύγοντος έκπτωτου για τις «...» και κατάπτωσης των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 10.764 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» την από 2.03.2023 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη των «...» με α/α 16 (1.791.741,32€) και 17 (360.896,08€) της σύμβασης σχετικά με τις οποίες ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 2.152.637,4€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη, προκήρυξε δημόσιο διεθνή ανοικτό Διαγωνισμό για την «...» με σύναψη σύμβασης ή συμβάσεων ανάθεσης δημόσιας υπηρεσίας διάρκειας από 1.11.2022 μέχρι 31.10.2023, με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας από 68.074.917,16 ευρώ μέχρι 75.738.524,95 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ. Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 24.03.2023 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα στις 16.03.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό για τις «...» με α/α 16 και 17 έλαβε μέρος μόνον ο προσφεύγων. Με τη με αριθμ. πρωτ. 2252.1.1/84088/22/24.11.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του προσφεύγοντος και με τη με αριθμ. πρωτ. 2252.1.1/92203/22/28.12.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ο προσφεύγων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος των ως άνω «...». Κατόπιν δε της με αριθμ. πρωτ. 2252.3.6/92254/22/28.12.2022 κλήσης της αναθέτουσας αρχής προς επικαιροποίηση στοιχείων, ο προσφεύγων απέστειλε την 5.01.2023 σχετικά έγγραφα. Με την προσβαλλόμενη ο προσφεύγων κηρύχθηκε έκπτωτος για τις «...» με α/α 16 και 17 διότι δεν προσκόμισε εμπρόθεσμα, ως όφειλε, εν ισχύ Πιστοποιητικό Ασφαλείας «...» και αποφασίστηκε η κατάπτωση των εγγυητικών του επιστολών συμμετοχής.

5. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης που

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

αφορά στην κήρυξή του έκπτωτου και την κατάπτωση των εγγυητικών του επιστολών συμμετοχής.

6. Επειδή, το άρθρο 10 του ν. 4948/2022 ορίζει ότι : «...προκηρύσσεται, ύστερα από γνώμη του «...», μειοδοτικός διαγωνισμός για τη σύναψη σύμβασης ή συμβάσεων ανάθεσης δημόσιας υπηρεσίας διάρκειας έως δώδεκα (12) έτη, έναντι μισθώματος. 2. Με την προκήρυξη του διαγωνισμού καλούνται να υποβάλουν προσφορά οι «...» εκείνοι, που οι ίδιοι και τα «...» τους έχουν τις προϋποθέσεις, οι οποίες ορίζονται στο άρθρο 3. Η προκήρυξη περιλαμβάνει, εκτός από τα στοιχεία της παρ. 3 του άρθρου 9, όλα τα ουσιώδη στοιχεία που ορίζουν οι κείμενες διατάξεις για τις προσφορές στους δημόσιους διαγωνισμούς και δημοσιεύεται, όπως ορίζεται στην παρ. 2 του άρθρου 9. [...] 3. Οι όροι της προκήρυξης του διαγωνισμού για τη σύναψη σύμβασης ανάθεσης δημόσιας υπηρεσίας, η οποία υπογράφεται μεταξύ του «...» και του «...», αποτελούν όρους της σύμβασης, καθορίζουν τον τρόπο σύναψης αυτής, καθώς και το ειδικό νομικό πλαίσιο υλοποίησής της και ρυθμίζουν κάθε άλλη λεπτομέρεια που αφορά στην παροχή των υπηρεσιών αυτών. 4. Στον «...» στον οποίο έγινε η κατακύρωση του διαγωνισμού, αποστέλλεται σχετική ανακοίνωση. [...] Αν τα δικαιολογητικά ή ορισμένα από αυτά, τα οποία είχαν υποβληθεί για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό έχουν λήξει κατά τον χρόνο της κατακύρωσης, ο «...», ύστερα από σχετική πρόσκληση της αρμόδιας υπηρεσίας, υποχρεούται να προσκομίσει πριν από την κατακύρωση νέα δικαιολογητικά, τα οποία να είναι σε ισχύ κατά τον χρόνο της κατακύρωσης. 5. Στις συμβάσεις ανάθεσης δημόσιας υπηρεσίας, οι διατάξεις του ν. 4412/2016 (Α` 147) και του ν. 4413/2016 (Α` 148) εφαρμόζονται συμπληρωματικά και μόνο για τα θέματα που δεν ρυθμίζονται από τις διατάξεις των άρθρων 9 έως 13, τους όρους της πρόσκλησης ή της προκήρυξης, κατά περίπτωση, και τους όρους της σύμβασης».

7. Επειδή, το άρθρο 1 του ν. 4413/2016 ορίζει ότι : «2. Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται κατά την ανάθεση και εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών από: α) αναθέτουσες αρχές ή β) αναθέτοντες φορείς υπό τον όρο ότι τα έργα ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την άσκηση μίας από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα ΙΙ

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

ως εξής: α) Στις συμβάσεις παραχώρησης που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου και των οποίων η εκτιμώμενη αξία ισούται με ή υπερβαίνει τα πέντε εκατομμύρια διακόσιες είκοσι πέντε χιλιάδες (5.225.000) ευρώ εφαρμόζεται το σύνολο των διατάξεων του παρόντος νόμου, εκτός εάν ορίζεται άλλως στις επιμέρους διατάξεις αυτού. Το χρηματικό όριο του προηγούμενου εδαφίου ισχύει, εφόσον δεν έχει αναθεωρηθεί σύμφωνα με το άρθρο 9 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ. β) Στις συμβάσεις παραχώρησης που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου των οποίων η εκτιμώμενη αξία υπολείπεται του χρηματικού ορίου της περίπτωσης α` εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 1, 6 έως 29, των παραγράφων 1 έως 3 του άρθρου 33, καθώς και οι διατάξεις των άρθρων 34 έως 60». Κατά πάγια δε νομολογία, διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάθεση της δημόσιας υπηρεσίας της αποκλειστικής εξυπηρέτησης συγκεκριμένων «...», κατατείνει στη σύναψη συμβάσεων παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας (βλ. ΣΤΕ 195/2022, 574/2022).

8. Επειδή, το άρθρο 40 του ν. 4413/2016 ορίζει ότι : « ... 6.Η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα δικαιολογητικά, που έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 5. Προς το σκοπό αυτόν κοινοποιεί στους οικονομικούς φορείς έγγραφη πρόσκληση και τους τάσσει εύλογη προθεσμία. Οι ως άνω διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις μπορεί να αφορούν μόνο ασάφειες. Η παροχή της δυνατότητας διευκρίνισης ή συμπλήρωσης στον οικονομικό φορέα, σύμφωνα με τα προηγούμενα εδάφια είναι υποχρεωτική, εάν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών ή τυπικών ελλείψεων των δικαιολογητικών και εγγράφων, που έχουν υποβληθεί. 7. Οι ως άνω διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις δεν επιτρέπεται να έχουν ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή για πρώτη φορά εγγράφων σε συμμόρφωση με όρους της διακήρυξης αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. Επιπλέον, η παροχή της δυνατότητας διευκρίνισης ή συμπλήρωσης δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις ή

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση ενός ή περισσότερων από αυτούς [...].».

9. Επειδή, το άρθρο 103 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «.... 1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), 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 που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (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, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. [...] 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1. [...] 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

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

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 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. 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 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 οψιγενών 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

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. [...]».

10. Επειδή, το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ` της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής κατά την παρ. 2, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72, περί εγγυήσεων [...]».

11. Επειδή, το άρθρο 221Α του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Τα γνωμοδοτικά όργανα που συμμετέχουν στις διαγωνιστικές διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων ολοκληρώνουν το έργο τους εντός των ακόλουθων προθεσμιών: α) Για διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών αγαθών και υπηρεσιών: αα) Όταν κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει μόνο της τιμής, όλες οι ενέργειες της παρ. 2 του άρθρου 100, που αφορούν στο γνωμοδοτικό όργανο, ολοκληρώνονται εντός είκοσι (20) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία της αποσφράγισης των προσφορών. Η προθεσμία του προηγούμενου εδαφίου αναστέλλεται σε περίπτωση εφαρμογής των άρθρων 102 και 103, για χρονικό διάστημα ίσο με το διάστημα ενεργείας της αναθέτουσας αρχής ή των οικονομικών φορέων ή, σε περίπτωση που δεν λάβει χώρα ενέργεια από μέρους των οικονομικών φορέων, για όσο χρονικό

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

διάστημα χορηγήθηκε από την αναθέτουσα αρχή για τις ενέργειες αυτές.[...]2. Οι προθεσμίες της παρ. 1 μπορούν να αναστέλλονται μέχρι και το διπλάσιό τους με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, αν συντρέχουν εξαιρετικές περιστάσεις ή αν υποβληθείσες προσφορές ελέγχονται ως ασυνήθιστα χαμηλές σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 88. 4. Η υπέρβαση των προθεσμιών των παρ. 1 και 2 συνεπάγεται για τα μέλη του οικείου γνωμοδοτικού οργάνου τη μη καταβολή της αποζημίωσης της παρ. 12 του άρθρου 221. 5. Η παρ. 4 δεν εφαρμόζεται αν η υπέρβαση των προθεσμιών της παρ. 1 οφείλεται σε λόγους ανωτέρας βίας».

12. Επειδή ,στους κρίσιμους για την εξέταση της παρούσας προσφυγής όρους της προκήρυξης προβλέπεται ότι : «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι Γενικοί όροι διεξαγωγής δημόσιων μειοδοτικών διαγωνισμών για την «...» με σύναψη σύμβασης ή συμβάσεων ανάθεσης δημόσιας υπηρεσίας διάρκειας από 01/11/2022 μέχρι 31/10/2023 [...] ΙΙ. ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΣΤΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ [...]Β. ΕΓΓΡΑΦΑ ΠΟΥ ΑΦΟΡΟΥΝ ΤΟ «...»[...]β)Πιστοποιητικό Ασφαλείας ή Πρωτόκολλο Γενικής Επιθεώρησης (σε απλό ευανάγνωστο φωτοαντίγραφο) σε ισχύ κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού από το οποίο να προκύπτει η μεταφορική ικανότητα σε «...». [...] VI . ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ 27. Στο τέλος του διαγωνισμού συντάσσεται από την Επιτροπή το τελικό πρακτικό στο οποίο προτείνει την κατακύρωση ή μη του διαγωνισμού και το οποίο διαβιβάζεται, μετά των φακέλων συμμετοχής του συνόλου των συμμετεχόντων, από τον Πρόεδρο της Επιτροπής στην αρμόδια Διεύθυνση εντός σαράντα οκτώ (48) ωρών. Ο «...» με βάση το τελικό πρακτικό ύστερα από εισήγηση της αρμόδιας Διευθύνσεως, εγκρίνει τη σύναψη συμβάσεων ανάθεσης δημόσιας υπηρεσίας με έκδοση σχετικής απόφασης κατακύρωσης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, ή αποφασίζει την εκ νέου επανάληψη του διαγωνισμού σε περίπτωση μη υποβολής προσφορών, ή όταν οι οικονομικές προσφορές υπερβαίνουν το ανώτατο καθορισθέν ποσό ανά «...», ή όταν οι προσφορές έχουν απορριφθεί από την Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού ή όταν εκ των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού η κατακύρωση αφορά «...» ή σύμβασης δημόσιας υπηρεσίας το οποίο για να εκτελέσει τα επιδοτούμενα «...» προκαλεί ουσιώδη έλλειψη στην

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

εξυπηρέτηση άλλων «...».[...].Ο προσωρινός μειοδότης έκαστης «...», πριν την έκδοση της κατακυρωτικής απόφασης, υποχρεούται στην επικαιροποίηση των δικαιολογητικών - πιστοποιητικών που έχουν λήξει, κατόπιν έγγραφης ειδοποίησης από την αρμόδια προς τούτο Υπηρεσία. Χ . ΕΚΠΤΩΣΕΙΣ - ΚΥΡΩΣΕΙΣ - ΛΥΣΗ ΣΥΜΒΑΣΗΣ - ΕΥΧΕΡΕΙΕΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ 49. Κατόπιν αιτιολογημένης απόφασης του «...» και μετά από γνώμη της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, ο συμμετέχων στο διαγωνισμό κηρύσσεται έκπτωτος και η εγγύηση συμμετοχής του καταπίπτει υπέρ του δημοσίου, εφ' όσον: [...] γ)δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στη παράγραφο 27 δικαιολογητικά επικαιροποίησης, ή [...] στ)στις περιπτώσεις των παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 103 του ν.4412/2016 όπως ισχύει, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών.[...]57. Κάθε άλλο θέμα που δεν ορίζεται στα παραρτήματα της προκήρυξης, ρυθμίζεται από τις διατάξεις του Ν.4948/2022 (Α' 125), το ν.4413/2016 (Α'148), όπως εκάστοτε ισχύει και μόνον συμπληρωματικά το ν.4412/2016 (Α'147), όπως εκάστοτε ισχύει και τον Αστικό Κώδικα».

13. Επειδή, ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κηρύχθηκε έκπτωτος διότι, η προσβαλλόμενη έχει εκδοθεί κατά παράβαση των άρθρων 103, 104 και 221Α του ν. 4412/2016, καθώς η έλλειψη του πιστοποιητικού ασφαλείας οφειλόταν σε λόγο ανωτέρας βίας, η δε αναθέτουσα αρχή όφειλε να αναμένει όσο χρόνο απαιτηθεί, για τη χορήγηση του πιστοποιητικού ασφαλείας από τις αρμόδιες αρχές, αφού ο προσφεύγων είχε υποβάλει συναφή αιτήματα, συνοδευόμενα και από αποδεικτικά στοιχεία, ότι εκκρεμούσε στις υπηρεσίες του ίδιου του «...» η χορήγηση του πιστοποιητικού, ενώ σε κάθε περίπτωση, μετά την έκδοση της πρόσκλησης για επικαιροποίηση των στοιχείων, εφόσον η αναθέτουσα αρχή έκρινε ελλιπή τα υποβληθέντα δικαιολογητικά όφειλε να τον καλέσει για να συμπληρώσει το ελλείπον δικαιολογητικό ή να διορθώσει το ήδη προσκομισθέν προϊσχύον πιστοποιητικό του «...».

14. Επειδή, στον όρο 5β) του Παραρτήματος Ι της προκήρυξης τίθεται ως απαίτηση η υποβολή με την προσφορά πιστοποιητικού ασφαλείας του προσφερόμενου «...». Περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 27 του

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

Παραρτήματος Ι της προκήρυξης, ο προσωρινός ανάδοχος έκαστης «...» οφείλει, κατόπιν κλήσης από την αναθέτουσα αρχή, να προσκομίσει επικαιροποιημένα όσα υποβληθέντα με την προσφορά δικαιολογητικά/πιστοποιητικά έχουν λήξει, χωρίς ωστόσο να παρέχεται δυνατότητα στον προσωρινό ανάδοχο να αιτηθεί τη χορήγηση παράτασης της προθεσμίας υποβολής των επικαιροποιημένων εγγράφων. Σε περίπτωση δε μη έγκαιρης προσκόμισης των αιτηθέντων, κατά τον όρο 27 της προκήρυξης, δικαιολογητικών, ρητώς προβλέπεται στον όρο 49γ) της προκήρυξης η κήρυξη του συμμετέχοντος έκπτωτου και η κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής συμμετοχής. Σημειωτέον ότι, κατά τον όρο 57 της προκήρυξης, που ενσωματώνει τη διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 10 του ν. 4948/2022, στον υπό κρίση διαγωνισμό, που αφορά τη σύναψη σύμβασης παραχώρησης κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη⁷, εφαρμόζονται συμπληρωματικώς μόνον οι διατάξεις του ν. 4412/2016 για όσα θέματα δεν ρυθμίζονται από τους όρους της προκήρυξης. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, σαφώς προκύπτει ότι, ενόψει της ρητής πρόβλεψης στην προκήρυξη της διττής υποχρέωσης αφενός του προσωρινού αναδόχου να προσκομίσει τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά εντός της ταχθείσας από την αναθέτουσα αρχή προθεσμίας, αφετέρου της αναθέτουσας αρχής να κηρύξει τον προσωρινό ανάδοχο έκπτωτο και να αποφασίσει την κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής συμμετοχής, σε περίπτωση μη υποβολής αιτηθέντος επικαιροποιημένου δικαιολογητικού, εν προκειμένω, δεν τυγχάνει εφαρμογής η παρ. 2 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 που προβλέπει τη δυνατότητα του προσωρινού αναδόχου να αιτηθεί παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, αφού διαπιστώσει την έλλειψη δικαιολογητικού κατακύρωσης, να κάλεσει εκ νέου τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλλει το ελλείπον έγγραφο. Και τούτο διότι στην προκήρυξη ρυθμίζεται δια των όρων 27 και 49γ) ειδικώς και μονοσημάντως το κανονιστικό πλαίσιο της διαδικασίας υποβολής των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών από τον προσωρινό ανάδοχο και των συνεπειών της μη προσκόμισης αυτών και, άρα, δεν τίθεται ζήτημα συμπληρωματικής εφαρμογής της παρ. 2 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, η

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

οποία, ως ρητώς ορίζεται στο νόμο 4948/2022 και την προκήρυξη δύναται να λάβει χώρα μόνον ως προς ζητήματα που δεν ρυθμίζονται από τους όρους της προκήρυξης. Προς επίρρωση των ανωτέρω, σημειώνεται ότι στον όρο 49στ) της προκήρυξης, που αφορά τους λόγους έκπτωσης, η αναθέτουσα αρχή παραπέμπει μόνον στις παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, με αποτέλεσμα στην προκήρυξη να αποτυπώνεται με σαφήνεια η βούληση της αναθέτουσας αρχής να εφαρμόσει μόνον συγκεκριμένες διατάξεις του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 και όχι την παρ. 2 αυτού, δεδομένης άλλωστε της ειδικής πρόβλεψης των όρων 27 και 49γ) της προκήρυξης.

15. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων προσκόμισε με την προσφορά του πιστοποιητικό ασφαλείας εκδοθέν από «...». Κατόπιν ανακήρυξης του προσφεύγοντος ως προσωρινού αναδόχου, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε με το με αριθμ. πρωτ. 2252.3.6/92254/22/28.12.2022 έγγραφο τον προσφεύγοντα να προσκομίσει μέχρι την 5.01.2023 επικαιροποιημένα συγκεκριμένα δικαιολογητικά, μεταξύ των οποίων και το πιστοποιητικό ασφαλείας του προσφερόμενου «...», ο δε προσφεύγων την 5.01.2023 κατέθεσε τα αιτηθέντα έγγραφα, αλλά δεν προσκόμισε πιστοποιητικό ασφαλείας εν ισχύ, παρά κατέθεσε εκ νέου το ήδη υποβληθέν με την προσφορά πιστοποιητικό ασφαλείας, το οποίο όμως δεν ήταν πλέον σε ισχύ, γεγονός που συνομολογεί και ο προσφεύγων. Ως εκ τούτου, βάσει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αναμείνει την έκδοση του νέου πιστοποιητικού ασφαλείας ή να χορηγήσει παράταση προσκόμισης, καθώς και ότι έπρεπε να τον καλέσει εκ νέου να υποβάλλει το ελλείπον πιστοποιητικό καθώς και η επίκληση σχετικής νομολογίας ερείδονται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, δεδομένου ότι δεν παρέχεται στον υπό κρίση διαγωνισμό η δυνατότητα στον προσωρινό ανάδοχο να αιτηθεί παράταση προσκόμισης των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ούτε εφαρμόζεται η διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016. Εξάλλου, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται, ως προς την έλλειψη του πιστοποιητικού ασφαλείας, τη διάταξη

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

της παρ. 5 του άρθρου 221Α του ν. 4412/2016 περί καταβολής αποζημίωσης στα μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού όταν αποφαίνονται, λόγω ανωτέρας βίας, πέραν των νομίμων προθεσμιών, καθώς τέτοιο ζήτημα δεν τίθεται στην υπό κρίση περίπτωση. Συνεπώς, βάσει των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή ορθώς και ,κατά δεσμία αρμοδιότητα ,κήρυξε τον προσφεύγοντα έκπτωτο λόγω μη προσκόμισης πιστοποιητικού ασφαλείας εν ισχύ και, ενόψει τούτου, ορθώς αποφάσισε την κατάπτωση των εγγυητικών του επιστολών συμμετοχής και ο πρώτος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

16. Επειδή, ο προσφεύγων με το δεύτερο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας διότι έχει εκδοθεί κατά παράβαση των αρχών της χρηστής διοίκησης, και της αναλογικότητας, καθώς επιβλήθηκε σε βάρος του η πιο αυστηρή και δυσμενής κύρωση για έλλειψη δικαιολογητικού, το οποίο χορηγήθηκε την αμέσως επομένη ημέρα της έκδοσης της προσβαλλόμενης, επιπλέον επρόκειτο για δικαιολογητικά της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία γνώριζε την πρόοδο ή τουλάχιστον τεκμαίρεται ότι γνώριζε το στάδιο ωριμότητας της διαδικασίας έκδοσης του εν επίμαχου πιστοποιητικού. Περαιτέρω, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή ενήργησε κατά παράβαση των αρχών και της ίσης μεταχείρισης αλλά και διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας καθότι στις 9.03.2023 απηύθυνε πρόσκληση για τις υπό κρίση «...», στην οποία ο προσφεύγων κατέθεσε όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, εκτός από το πιστοποιητικό ασφαλείας, παρά ταύτα ο Γενικός Γραμματέας του «...», στις 12.03.2023 καθόρισε συνεδρίαση του «...» για την 16.03.2023 οπότε και το «...» αποφάσισε την επανάληψη του μειοδοτικού διαγωνισμού με νέα χαρακτηριστικά.

17. Επειδή, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος, καταρχάς, διότι οι αρχές της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας τυγχάνουν εφαρμογής όταν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει διακριτική ευχέρεια και όχι δέσμια αρμοδιότητα να προβεί σε συγκεκριμένη ενέργεια, εν προκειμένω δε, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 14, στον όρο 49γ) της προκήρυξης ρητώς προβλέπεται η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

κηρύξει το συμμετέχοντα έκπτωτο και να αποφασίσει την κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής συμμετοχής σε περίπτωση μη έγκαιρης προσκόμισης των απαιτούμενων κατά τον όρο 27 επικαιροποιημένων δικαιολογητικών, ο δε προσφεύγων δεν αμφισβητεί ότι δεν προσκόμισε εν ισχύ πιστοποιητικό ασφαλείας του προσφερόμενου «...» και άρα, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να προβεί στην έκδοση της προσβαλλόμενης. Επισημαίνεται ότι κρίσιμος χρόνος για τον έλεγχο της προσκόμισης ή μη των αιτηθέντων εγγράφων από τον προσφεύγοντα αποτελεί η 5.01.2023, ήτοι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών, ως τέθηκε από την αναθέτουσα αρχή δυναμει της από 28.12.2022 κλήσης της προς τον προσφεύγοντα και άρα, εφόσον και διαπιστώθηκε ότι την 5.01.2023 ο προσφεύγων δεν υπέβαλε εν ισχύ πιστοποιητικό ασφαλείας του προσφερόμενου «...», ορθώς και νομίμως με την προσβαλλόμενη κήρυχθηκε έκπτωτος και αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής συμμετοχής, ουδεμία δε επίδραση ασκεί ως προς το άνω επιβαλλόμενο εκ του νόμου και της προκήρυξης περιεχόμενο της προσβαλλόμενης ο όποιος χρόνος έκδοσης είτε του Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού είτε της ίδιας της προσβαλλόμενης. Ομοίως, για τον ως άνω λόγο, αλυσιτελώς αφενός μεν ο προσφεύγων επικαλείται αλληλογραφία με διάφορες υπηρεσίες μεταγενέστερης της 5.01.2023, αφετέρου ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή τελούσε σε γνώση της προόδου της διαδικασίας έκδοσης του ελλείποντος πιστοποιητικού ή ότι τεκμαίρεται τέτοια γνώση της αναθέτουσας αρχής, ο δε συγκεκριμένος ισχυρισμός προβάλλεται επίσης και αναποδείκτως, δοθέντος ότι εκ των προσκομισθέντων με την προσφυγή εγγράφων δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή την 5.01.2023 γνώριζε, πέραν της ακινησίας του «...» του προσφεύγοντος, το ακριβές στάδιο της διαδικασίας έκδοσης του ελλείποντος πιστοποιητικού ασφαλείας, ούτε δύναται να συναχθεί τέτοιο τεκμήριο γνώσης από τα προσκομισθέντα με την προσφυγή έγγραφα, σε κάθε δε περίπτωση το βάρος ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής αλλά και απόδειξης των λόγων για τους οποίους δεν καθίσταται δυνατή η έγκαιρη προσκόμιση ενός απαιτούμενου εγγράφου φέρει αποκλειστικώς ο συμμετέχων και δη το

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

αργότερο μέχρι το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής των εγγράφων. Εξάλλου, όσον αφορά την από 9.03.2023 πρόσκληση έκδηλωσης ενδιαφέροντος της αναθέτουσας αρχής και την έκδοση απόφασης περί επανάληψης του μειοδοτικού διαγωνισμού για τις επίμαχες «...», πρόκειται για ενέργειες της αναθέτουσας αρχής ερειδόμενες στις ρητές διατάξεις των άρθρων 10, 11 και 13 του ν. 4948/2022 και οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί μεροληπτικής στάσης και παράβασης της αρχής της διαφάνειας τυγχάνουν απορριπτικές ως προδήλως αβάσιμες. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

18. Επειδή, ο προσφεύγων με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι μη νομίμως με την προσβαλλόμενη καταπίπτουν οι εγγυητικές του επιστολές, διότι, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, οι εγγυητικές δεν καταπίπτουν, εάν ο προσωρινός ανάδοχος είχε αμελητί ενημερώσει την αναθέτουσα για τους λόγους εκείνους που τον εμπόδισαν να προσκομίσει το ελλείπον δικαιολογητικό, εν προκειμένω δε κατά τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό προσκόμισε το πιστοποιητικό ασφαλείας του προσφερόμενου «...», όμως αναγκάστηκε να προβεί σε έκδοση νέου πιστοποιητικού λόγω του ατυχήματος που συνέβη τον Νοέμβριο 2022 με το εν λόγω «...», για το οποίο ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή, αλλά και της υποχρέωσης να αλλάξει «...» εξαιτίας του πολέμου Ρωσίας-Ουκρανίας.

19 Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 14, λόγω της ειδικής ρύθμισης του όρου 49γ) της προκήρυξης που ρητώς προβλέπει κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου σε περίπτωση μη έγκαιρης προσκόμισης των αιτηθέντων κατά τον όρο 27 της προκήρυξης επικαιροποιημένων δικαιολογητικών, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί εφαρμογής του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 - και ανεξαρτήτως του ζητήματος αν πράγματι, εν προκειμένω, έλαβε χώρα έγκαιρη και προσήκουσα ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής από τον προσφεύγοντα - τυγχάνουν απορριπτικές, διότι ερείδονται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι εφαρμόζεται στον υπό κρίση διαγωνισμό το ως άνω άρθρο. Πέραν τούτου,

Αριθμός απόφασης: 702 /2023

οι σχετικές αιτιάσεις προβάλλονται και αλυσιτελώς καθώς η, κατ' άρθρον 104 του ν. 4412/2016 ,μη κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής αφορά την περίπτωση όπου, υπό την επιφύλαξη της αμελλητί ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής, εκ των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ή η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού ως αναφέρεται στην παρ. 5 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, ενώ τουναντίον προβλέπεται κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στην περίπτωση της μη προσκόμισης στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα των απαιτούμενων δικαιολογητικών, ως συντρέχει, εν προκειμένω, για τον προσφεύγοντα. Επομένως, βάσει των ανωτέρω και ο τρίτος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου ποσού υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 15 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ