

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχάλης Οικονόμου Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 77/2021 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ), Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.05.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1033/21.05.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., οδός ... αρ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ...(εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 116/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος αυτής με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος και διατάχθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του στο διαγωνισμό (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στην ..., οδός ...αρ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

1. Επειδή, κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 866,94,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 20.05.2021 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης, ήτοι 173.387,00 ευρώ.

2. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ την 25.09.2020 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 20.05.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 11.05.2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

5. Επειδή, ο προσφεύγων έχει καταρχήν έννομο συμφέρον ως προς το σκέλος της προσβαλλομένης που αφορά την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής του ερειδόμενο στη ζημία του από την παρανομία της αναθέτουσας αρχής και στο όφελός του από την επιστροφή του εν λόγω χρηματικού ποσού.

6. Επειδή την 21.05.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1292/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε την 31.05.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 3355/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού. Συνεπώς, τα έννομα συμφέροντά του θίγονται από την τυχόν ευδοκίμηση της προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 11.06.2021 τις απόψεις της μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού, οι οποίες κοινοποιήθηκαν αυθημερόν στον προσφεύγοντα.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή, με την υπ'αριθμ. ΑΔΑΜ ... διακήρυξή του ο Δήμος ... προκήρυξε ανοικτή ηλεκτρονική διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου «Εργασίες επισκευής και συντήρησης εγκαταστάσεων δημοτικού κολυμβητηρίου ...», προεκτιμώμενης αξίας 173.387,00 €, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίσθηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή/ άρθρο 14 της διακήρυξης) και ως καταληκτικός χρόνος υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 19.10.2020 (άρθρο 18 της διακήρυξης). Στον διαγωνισμό που διενεργήθηκε υπέβαλαν προσφορά τρεις (3) διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική προσφορά» των διαγωνιζομένων συντάχθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού ο πίνακας συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας. Πρώτη σε σειρά μειοδοσίας κατετάγη η προσφορά του προσφεύγοντα με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 25% και δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας η προσφορά του παρεμβαίνοντα με

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 21,52%. Ακολούθως η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατόπιν αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, με το 1ο πρακτικό της εισηγήθηκε την ανάδειξη του προσφεύγοντα ως προσωρινού αναδόχου. Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ..., στην οποία διαβιβάσθηκε το 1ο πρακτικό , με την υπ' αριθμ. 212/2020 απόφασή της το ενέκρινε και ανέδειξε τον προσφεύγοντα προσωρινό ανάδοχο του έργου. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 23375/7.12.2020 έγγραφο του Δήμου ..., που κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, κλήθηκε να υποβάλλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης, τα οποία υπέβαλε ηλεκτρονικά στις 14.12.2020 και σε έντυπη μορφή στις 16.12.2020. Η Επιτροπή Διαγωνισμού με το 2ο πρακτικό της και κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου έκρινε αυτά πλήρη και εισηγήθηκε την κατακύρωση του έργου στον προσφεύγοντα. Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... με την υπ' αριθμ. 10/2021 απόφασή της ενέκρινε το 2ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και κατακύρωσε την εκτέλεση του έργου στον προσφεύγοντα. Κατά της άνω 10/2021 αποφάσεως ο νυν παρεμβαίνων άσκησε την από 10.2.2021 και με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 325/11.2.2021 προδικαστική προσφυγή του με αίτημα την ακύρωσή της για τους στην προσφυγή αναφερόμενους λόγους. Επί της προσφυγής αυτής εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 665/2021 απόφαση του 6ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, με την οποία έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή, απορρίφθηκε η παρέμβαση του νυν προσφεύγοντος και ακυρώθηκε η 10/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Εν συνεχεία, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ..., λαμβάνοντας υπόψη την υπ' αριθμ. 665/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την προσβαλλομένη, αποφάσισε ομόφωνα την ακύρωση της με αριθμό 10/2021 απόφασής της, την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος και την κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγύησης συμμετοχής του, ανακήρυξε δε ως προσωρινό ανάδοχο την εταιρία «...», νυν παρεμβαίνουσα.

12. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «[...] Ακυρωτέα η υπ' αριθμ. 116/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...ως εκδοθείσα κατά παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

πριν την απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής[...] Στην παρούσα περίπτωση όπως προκύπτει από το σώμα της υπ' αριθμ. 116/2021 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με την οποία αποφασίσθηκε εκτός των άλλων η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας, αυτή εκδόθηκε χωρίς προηγουμένως να έχει διατυπωθεί επί του συγκεκριμένου ζητήματος γνωμοδότηση του αρμόδιου προς τούτο Τεχνικού Συμβουλίου της Περιφέρειας Συνεπώς η υπ' αριθμ. 116/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...κατά το σκέλος που αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας χωρίς την απαιτούμενη εκ του νόμου και της διακήρυξης προηγούμενη γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου είναι ακυρωτέα ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας εκδόσεώς της [...] Η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα ως εκδοθείσα καθ' υπέρβαση των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής που παρέλειψε να μας καλέσει να προσκομίσουμε τα ελλείποντα δικαιολογητικά και δεν έλαβε υπόψη της τα υποβληθέντα στις 16.12.2020 δικαιολογητικά κατακύρωσης. Όπως έχει γίνει δεκτό από το Διοικητικό Εφετείο Πατρών με την υπ' αριθμ. Ν56/2019 απόφασή του: «Κατά την έννοια της άνω διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 του ν.4412/2016, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 43 παρ. 12 β' η αναθέτουσα αρχή δεν έχει πλέον υποχρέωση, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, χορηγώντας του παράταση προθεσμίας, παρά μόνον όταν πληρούνται οι προϋποθέσεις που θέτει η νέα διάταξη. Επαφίεται, όμως, στη διακριτική της ευχέρεια, να ασκήσει, οίκοθεν, τη σχετική της αρμοδιότητα, διότι τούτο δεν έχει απαγορευθεί από την νέα διάταξη., δεδομένου ότι η δυνατότητά της να καλεί τον προσωρινό ανάδοχο για διευκρινήσεις ή συμπληρώσεις των υποβληθέντων δικαιολογητικών δεν θα μπορούσε να περιορισθεί ή να εξαρτηθεί από την προηγούμενη υποβολή αιτήματος του τελευταίου. Εξάλλου, ο προσωρινός ανάδοχος, σε πολλές περιπτώσεις, είναι δυνατόν να μην τελεί σε γνώση των τυχόν ελλείψεων των δικαιολογητικών που υπέβαλε, είτε λόγω ασαφειών[...]

13.Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής: «[...]Η άποψη της αναθέτουσας αρχής είναι ότι η απόφαση 116/2021 της

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

Οικονομικής Επιτροπής εκδόθηκε σε συμμόρφωση της 665/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ. Ως εκ τούτου θεωρούμε ότι η προδικαστική προσφυγή που υποβλήθηκε στρέφεται ουσιαστικά κατά της 655/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ και πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη».

14.Επειδή, σύμφωνα με τον παρεμβαίνοντα: «[...]από το αναλυτικά περιγραφόμενο ιστορικό της υπό κρίση υπόθεσης προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε αποκλειστικά σε συμμόρφωση με την 665/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ. Περαιτέρω εκ του περιεχομένου της προκύπτει ότι σε αυτήν δε διαλαμβάνονται ούτε νέες κρίσεις ούτε νέες αιτιολογίες που δεν έλαβε υπόψη της η ΑΕΠΠ κατά την προηγούμενη διοικητική διαδικασία. Άλλωστε κάτι τέτοιο δεν ισχυρίζεται ούτε η προσφεύγουσα. Συνεπώς ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος[...]».

15.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...].».

16. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2.

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

17.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 72 του ν.4412/2016: « Εγγυήσεις - Εξουσιοδοτική διάταξη»: 1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν «εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το δύο τοις εκατό (2%) της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης, με στρογγυλοποίηση στο δεύτερο δεκαδικό ψηφίο[...] 2. Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων [...] δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά [...] Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως».

18.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν.4412/2016: « 1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

19. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 103 του ν.4412/2016: «[...]Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, "εντός δέκα (10) ημερών" από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. 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 και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να 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 αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας [...] 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο «στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2 και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης [είτε για την κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκπτώτου] 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. 7. Όσοι «δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά» λαμβάνουν γνώση των

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος.

20.Επειδή το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368». 17. Επειδή του άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

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

23.Επειδή στο άρθρ. 372 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Δικαστική προστασία στο πεδίο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης» ορίζεται ότι « 1. Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989 (Α' 8). 2. Αιτήσεις αναστολής του νόμου αυτού εκδικάζονται από τον Πρόεδρο Εφετών του οικείου Διοικητικού Εφετείου ή από τον Εφέτη που αυτός ορίζει. ...4. Η άσκηση της αίτησης αναστολής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη άσκηση της αίτησης ακύρωσης....Ο διάδικος που πέτυχε υπέρ αυτού την αναστολή της εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, οφείλει μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών από την επίδοση της απόφασης αυτής, να ασκήσει την αίτηση ακύρωσης, διαφορετικά αίρεται αυτοδικαίως η ισχύς της αναστολής.Η άσκηση αίτησης αναστολής κωλύει τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά. 5. Εάν η αίτηση αναστολής γίνει δεκτή, το όργανο το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε τη διαφορά. Στην περίπτωση αυτή, για το κύριο ένδικο βοήθημα που ασκήθηκε, εφαρμόζεται αναλόγως η παρ. 2 του άρθρου 32 του π.δ. 18/1989. 6. Αν ο ενδιαφερόμενος δεν άσκησε ή άσκησε ανεπιτυχώς την αίτηση αναστολής και η σύμβαση υπογράφηκε και ολοκληρώθηκε η εκτέλεσή της πριν από τη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης, εφαρμόζεται αναλόγως η παρ. 2 του άρθρου 32 του π.δ. 18/1989. 7. Αν το

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

δικαστήριο ακυρώσει πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής μετά τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, η τελευταία δεν θίγεται, εκτός αν πριν από τη σύναψη αυτής είχε ανασταλεί η διαδικασία σύναψης της σύμβασης με απόφαση της ΑΕΠΠ ή με απόφαση επί αίτησης αναστολής ή με προσωρινή διαταγή. Στην περίπτωση αυτή, ο ενδιαφερόμενος δικαιούται να αξιώσει αποζημίωση, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 373. »

24. Επειδή στους όρους της διακήρυξης, προβλέπεται ότι :

[...] άρθρο 4.2:

«γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να 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 αρχές.

[...]

άρθρο 15.4:

«15.4 Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως.»

Επειδή, ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής αναφορικά με την, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής να τον καλέσει να συμπληρώσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά, λεκτέα τα ακόλουθα:

25.Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, η νυν προσβαλλομένη εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 665/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, τα δε διαλαμβανόμενα στον υπό κρίση λόγο της προσφυγής έχουν ήδη κριθεί με αυτήν. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από σκεπτικό της με αριθμ. 665/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ: «Περαιτέρω αλυσιτελώς η προσφεύγουσα επικαλείται τα άρθρ. 106 παρ. 3 και 104 παρ. 1

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

του ν. 4412/2016 ισχυριζόμενη ότι επί τη βάσει των άρθ. τούτων η αναθέτουσα αρχή οφείλει να μας καλέσει να καλύψουμε την δήθεν διαπιστωθείσα έλλειψη. Και τούτο διότι δεν προβλέπεται στις επικαλούμενες διατάξεις η φερόμενη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, αλυσιτελώς η παρεμβαίνουσα επικαλείται την απόφαση ΑΕΠΠ με αριθ. 49/2020 προκειμένου να υποστηρίξει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να απορρίψει την προσφορά μας χωρίς προηγουμένως να μας καλέσει να «καλύψουμε» την διαπιστωθείσα έλλειψη. Και τούτο διότι εν προκειμένω δεν κρίνεται η εφαρμογή του άρθ. 102 του ν. 4412/2016, το οποίο ούτως ή άλλως δεν εφαρμόστηκε, ούτε θα μπορούσε να εφαρμοστεί διότι η προσφορά έγινε δεκτή, και επομένως η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να καλέσει την παρεμβαίνουσα να προσκομίσει εν είδει διευκρίνησης τα ελλείποντα αποδεικτικά έγγραφα (ΔΕφΘεσ/νικης Ν58/2019). Επειδή περαιτέρω αβασίμως η παρεμβαίνουσα επικαλείται την εφαρμογή του άρθ. 102 του ν. 4412/2016, ισχυριζόμενη ότι χωρεί συμπλήρωση του φακέλου των δικαιολογητικών της κατακύρωσης με εκ των υστέρων προσκόμιση των ελλειπόντων αποδεικτικών εγγράφων. Όμως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει, και πλημμελώς εξ αρχής δεν απέρριψε τα δικαιολογητικά της κατακύρωσης (σκέψη 40 εκτενώς), χωρίς δυνατότητα νέας πρόσκλησης προς προσκόμιση των ελλειπόντων αποδείξεων, βάσει του άρθ. 102 του ν. 4412/2016. Και τούτο διότι τα ελλείποντα αποδεικτικά έγγραφα ρητά και υποχρεωτικά σύμφωνα με την διακήρυξη όφειλαν να είχαν περιληφθεί στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας, έκαστο ως απαραίτητο στοιχείο απαιτούμενο επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς επιτάσσοντας κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής την απόρριψη της προσφοράς σε περίπτωση μη προσκόμισης. Για τον λόγο αυτό δεν θα μπορούσε νόμιμα να ζητηθεί η προσκόμισή τους ως διευκρίνηση της προσφοράς κατ' άρθ. 102 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα ως προκύπτει από το σαφές και ρητό γράμμα του νόμου (άρθ. 102 ν. 4412/2016 σκέψη 27) και έχει παγίως κριθεί ad hoc τόσο από το ΔΕΕ όσο και από την εθνική νομολογία (σκέψεις 37-39), η αναθέτουσα αρχή ήταν υποχρεωμένη να αποκλείσει την παρεμβαίνουσα από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού λόγω μη υποβολής της επίμαχων αποδεικτικών, και δεν υπήρχε νόμιμη ευχέρεια εκ μέρους της να την καλέσει

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

να την προσκομίσει εκ των υστέρων, διότι, εν προκειμένω, θα επρόκειτο για ανεπίτρεπτη αναπλήρωση, μη νομίμως υποβληθέντος δικαιολογητικού, με σκοπό να καταστεί παραδεκτή και να μην αποκλειστεί η αποκλειστέα προσφορά. Όμως, η έλλειψη των στοιχείων τούτων, κατά παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, συνιστά μη υποβολή αναγκαίων στοιχείων και δεν ήταν δεκτική αναπλήρωσης ούτε κατ' εφαρμογήν του άρθ. 102 του ν. 4412/2016, το οποίο αναφέρεται στην εκ των υστέρων διευκρίνιση και συμπλήρωση, νομίμως, όμως, κατ' αρχήν, υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων (ΔΕφΑΘ 537/2015, Ε.Α. Σ.Τ.Ε. 127/2010, 364/2009, 1173/2009, ΔΕφΑΘ 859/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΑΘ 239/2019, Ε.Α. ΣτΕ 1319, 1065, 935, 819/2007 κα). Συνεπώς, για τον λόγο αυτό είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο εξεταζόμενος ισχυρισμός της παρέμβασης, καθώς τυχόν αποδοχή θα συνεπαγόταν ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς (ΣτΕ 90/2010), και συγκεκριμένα εκ των υστέρων προσκόμιση ουσιωδών εγγράφων απαιτούμενων επί ποινή απόρριψης, κατά παράβαση του νόμου, της διακήρυξης και των αρχών της νομιμότητας, της ισότητας και της διαφάνειας της διαδικασίας. Συνεπώς για τους λόγους που εκτενώς αναφέρονται στις σκέψεις 40 και 41 πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατακύρωσης της σύμβασης του έργου στην παρεμβαίνουσα».

26.Επειδή αφενός μεν οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ, αφετέρου δε η ίδια η ΑΕΠΠ δεσμεύεται από τις αποφάσεις της, με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου νομοθετικού καθεστώτος στο οποίο βασίστηκε η εκάστοτε απόφαση (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018). Συνεπώς, δεν ασκείται παραδεκτώς προδικαστική προσφυγή προς αμφισβήτηση του σκεπτικού ή του διατακτικού αποφάσεως της ΑΕΠΠ (ad hoc ΑΕΠΠ 916/2020, 6ο Κλιμάκιο Εισηγήτρια Μ. Κανάβα). Εξάλλου, η έννομη προστασία παρέχεται από την ΑΕΠΠ άπαξ και παρέχεται η δυνατότητα δικαστικής προσβολής της ορθότητας των αποφάσεών της, των συναφών προγενέστερων ή μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής νοουμένων ως συμπροσβαλλομένων, ήτοι συμπεριλαμβανομένων και των πράξεων που εκδόθηκαν προς συμμόρφωση στις αποφάσεις αυτές οι οποίες

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

αποτελούν και το νόμιμο έρεισμά τους (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 239/2011). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής αποφάσεως της ΑΕΠΠ, υποχρεούται να θεωρήσει ανίσχυρη και μη υφιστάμενη νομικώς την ακυρωθείσα εκτελεστή πράξη της, αλλά και να προβεί με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής καταστάσεως που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από την ακυρωθείσα πράξη. Προς το σκοπό αυτόν οφείλει να ανακαλέσει ή τροποποιήσει τις πράξεις που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις που, κατά το νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη διακήρυξη και το νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής αποφάσεως. Το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων συμμορφώσεως της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από το αντικείμενο της απαγγελλόμενης ακυρώσεως, ήτοι από την φύση και το είδος της ακυρούμενης πράξεως, ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε στο αιτιολογικό της αποφάσεώς της (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 791/2011, 677/2010 Ολ., 1512/2009, 1986/2000, 2854/1985 Ολ. ΔΕφΑθ 3228/2015).

27.Επειδή σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, σε περίπτωση που ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή πράξη, η ΑΕΠΠ δεν έχει την εξουσία να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την αποκατάσταση της νομιμότητας. Την υποχρέωση αυτή έχει η αναθέτουσα αρχή, η οποία σε περίπτωση που δεν ανασταλεί η ισχύς της απόφασης ΑΕΠΠ κατόπιν άσκησης των ενδίκων βοηθημάτων του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 οφείλει κατ' αρχήν να συμμορφωθεί με την απόφαση της ΑΕΠΠ (ΣτΕ 204/2019). Η αναθέτουσα αρχή έχει την υποχρέωση όχι μόνο να θεωρήσει ως ανίσχυρη την πράξη που ακυρώθηκε, αλλά να προβεί στις αναγκαίες ενέργειες για αναμόρφωση της υφιστάμενης νομικής κατάστασης. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία συμμορφώνεται με την απόφαση της ΑΕΠΠ δεν μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ως προς τα ήδη κριθέντα με την απόφαση της ΑΕΠΠ. Άλλως, θα παραβίαζε τις διατάξεις του άρθρου 372 και

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

367 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οποία οι κρίσεις της ΑΕΠΠ δύνανται να προσβληθούν μόνο με τα συγκεκριμένα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και ακύρωσης (ΣΤΕ 54/2018), καθώς και τις διατάξεις που προβλέπουν την ταχεία άσκηση αίτησης αναστολής και την αποκλειστική προθεσμία εντός της οποίας υποχρεούται να εκδώσει απόφαση η ΑΕΠΠ (ΔΕφΠειρ ΕΑ 219/2018). Έχει, επίσης, κριθεί ότι η απόφαση της ΑΕΠΠ δεσμεύει και την ίδια εκτός αν μεταβληθεί το νομικό καθεστώς επί του οποίου βασίσθηκε η εν λόγω απόφαση (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018, ΔΕφΠειρ op.cit). Η ΑΕΠΠ αυτοδεσμεύεται, δηλαδή, από τις αποφάσεις που η ίδια εκδίδει και δεν δύναται ούτε να επανεξετάσει, ούτε να μεταβάλει την κρίση της σε σχέση με την ίδια υπόθεση πέρα από την ως άνω αναφερθείσα περίπτωση μεταβολής του νομοθετικού πλαισίου.

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

29.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει ν'απορριφθεί ως απαράδεκτος ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων.

30.Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του χωρίς γνώμη του τεχνικού συμβουλίου.

31.Επειδή, κατά τον όρο 15.4 της διακήρυξης, που επαναλαμβάνει τη ρύθμιση του άρθρου 72 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, σε κάθε περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθ. 4.2 της διακήρυξης (άρθ. 103 παρ. 3-5 Ν. 4412/2016) περί απόρριψης προσφοράς αναδόχου, η εγγυητική συμμετοχής καταπίπτει. Πλην όμως, ειδικώς στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων έργων, όπως εν προκειμένω, ιδρύεται ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής, η λήψη απλής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, η οποία ούτως προηγείται της απόφασης περί αυτής της κατάπτωσης. Στην προκειμένη περίπτωση, ο προσφεύγων απεκλείσθη λόγω μη υποβολής παραδεκτών δικαιολογητικών κατακύρωσης, άρα πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθ. 4.2 περ. δ της διακήρυξης, βασίμως δε ο προσφεύγων ισχυρίζεται κατά τα ανωτέρω, ότι προ κατάπτωσης της εγγυητικής του, έπρεπε να ληφθεί γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου. Συνεπώς, ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

32.Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

33. Επειδή, η προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

34. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

35. Επειδή, ύστερα από την σκέψη 32 θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη κατά το σκέλος αυτής με το οποίο διατάχθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε στις 5 Ιουλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1172 /2021

Ο Πρόεδρος

Αναπληρούσα ως προς την έκδοση
τον Αν. πρόεδρο του 6^{ου} Κλιμακίου
σύμφωνα με Πράξεις Πρ. ΑΕΠΠ

Α/Α Χ. ΖΑΡΑΡΗ

Ο Γραμματέας

Γ. Β. ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ