

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Οκτωβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.09.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ), με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1289/15-09-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της ..., που εδρεύει στη ..., ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας, με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στη ..., ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αριθ. 1031/2020 απόφασης (ΑΔΑ: ...) (πρακτικό 36ο/25-08-2020) της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), με θέμα: «Έγκριση παράτασης προθεσμίας υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, για την ανάδειξη αναδόχου του έργου: «ΒΕΛΤΙΩΣΗ, ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ, ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΤΗΣ ΕΘΝΙΚΗΣ ΟΔΟΥ ...» Προϋπολογισμός μελέτης: 2.800.000,00 € με ΦΠΑ», με την οποία εγκρίθηκε το αίτημα παράτασης προθεσμίας προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας «...» και η αναπομπή του πρακτικού 2ου σταδίου (κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου) στην επιτροπή διαγωνισμού, έτσι ώστε να επανεξετάσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης συμπεριλαμβανομένων και των συμπληρωματικών δικαιολογητικών που υπέβαλε η υπόψη εταιρεία στις 09.06.2020, την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «...» και την ανάθεση σε αυτήν της επίμαχης σύμβασης. Ετέρωθεν, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

εταιρεία αιτούνται όπως απορριφθεί η Προσφυγή και διατηρηθεί η προσβαλλόμενη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. 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 11.291,00 ευρώ και με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου ... και κατά τούτο η υπό κρίση Προσφυγή τυγχάνει παραδεκτή, απορριπτομένων των σχετικών ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας εταιρείας.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη της ... προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, άνω των ορίων διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου του έργου: «ΒΕΛΤΙΩΣΗ, ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ, ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΤΗΣ ΕΘΝΙΚΗΣ ΟΔΟΥ ...», προϋπολογισμού 2.258.064,52 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 20.12.2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, αντικείμενο της σύμβασης είναι οι εργασίες συντήρησης οδών και περιλαμβάνονται χωματοουργικές και ασφαλικές εργασίες, τεχνικά έργα, εργασίες σήμανσης και ασφάλειας και εργασίες πρασίνου κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στο άρθρο 11 της Διακήρυξης. Στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχε η εταιρεία «...» και ήδη προσφεύγουσα, η εταιρεία «...» και ήδη παρεμβαίνουσα και η εταιρεία «...». Μετά την αποσφράγιση των φακέλων προσφορών των διαγωνιζόμενων από την Επιτροπή Διαγωνισμού, οι προσφορές κατά σειρά μειοδοσίας, κατατάχθηκαν ως εξής, πρώτη με ποσοστό έκπτωσης 60,89% η εταιρεία «...», δεύτερη η εταιρεία «...» με ποσοστό έκπτωσης 59,32 % και τρίτη η εταιρεία

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

«...», με ποσοστό έκπτωσης 51,18%. Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των υποφακέλων «Δικαιολογητικά συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά» και κατ' έγκριση του Πρακτικού Ι της Επιτροπής του Διαγωνισμού εκδόθηκε η υπ' αριθ. 226/2020 απόφαση (πρακτικό 6ο/19.02.2020) της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και αποφασίστηκε η ανάδειξη της εταιρείας «...» ως προσωρινής αναδόχου. Κατά της απόφασης αυτής, η εταιρεία «...» άσκησε Προδικαστική Προσφυγή, η οποία και απορρίφθηκε με την υπ' αριθ. 490/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. Εν συνεχεία, με το υπ' αριθμόν πρωτ. οικ. 217033(3329)/05.05.2020 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, κλήθηκε η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία όπως προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών, η οποία και υπέβαλε τα υπόψη δικαιολογητικά στις 12.05.2020, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., και την επομένη, 13.05.2020, παραλήφθηκαν από την Επιτροπή του Διαγωνισμού σε έντυπη μορφή εντός σφραγισμένου φακέλου, κατά τα οριζόμενα στην Διακήρυξη. Στη συνέχεια, με το υπ' αριθ. πρωτ. 4/Γ.Π.2175/28.05.2020 αίτημά της η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτήθηκε την παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης έως και την 09.06.2020, ερειδόμενο στο άρθρο 38 παρ. 5 της από 20.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΚ Α'68) σύμφωνα με το οποίο οι «πάσης φύσεως προθεσμίες για υποβολή αιτήματος ή διοικητικής προσφυγής ενώπιον της διοίκησης αναστέλλονται από τις 11.3.2020 για δύο (2) μήνες» και στην υπ' αριθ. ΔΙΔΑΔ/Φ.64/340/οικ.9911 απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών (ΦΕΚ Β' 1799), με την οποία η ως άνω γενική αναστολή προθεσμιών προς υποβολή αιτημάτων στις εν γένει διοικητικές αρχές παρατάθηκε μέχρι την 12.06.2020, ενημερώνοντας την αναθέτουσα αρχή στις 04.06.2020, με την κοινοποίηση του υπ' αριθ. πρωτ. 4/Γ.Π.2175/28.05.2020 εγγράφου και υποβάλλοντας εντέλει τα υπόψη δικαιολογητικά στις 09.06.2020. Η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν εξέτασε ως προς το περιεχόμενό τους τα ανωτέρω δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν στις 09.06.2020, όπως προκύπτει από το Πρακτικό ΙΙ, με την αιτιολογία ότι το αίτημα της εταιρείας «...» για παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν πληροί τις προϋποθέσεις της περ. Γ' της παρ. 4.2 του άρθρου 4 της Διακήρυξης, εισηγούμενη στην Οικονομική Επιτροπή την

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

απόρριψη της εν λόγω προσφοράς με την αιτιολογία ότι «[...] δεν υποβλήθηκε στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα το σύνολο των πρωτότυπων ή αντιγράφων των απαιτούμενων δικαιολογητικών και από τα δικαιολογητικά που προσκομίστηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της διακήρυξης [...] και την ανάθεση της σύμβασης [...] στον δεύτερο μειοδότη (ανάδειξη του ως νέου προσωρινού αναδόχου) ήτοι στον οικονομικό φορέα “...” [...]». Στη συνέχεια και στο πλαίσιο της διαδικασίας έγκρισης (ή απόρριψης) από την αναθέτουσα αρχή του Πρακτικού ΙΙ της Επιτροπής του Διαγωνισμού, υπεβλήθη από την Υποδιεύθυνση Συγκοινωνιακών Έργων της αναθέτουσας αρχής ερώτημα προς την Νομική Υπηρεσία αυτής, σχετικά με το παραδεκτό ή μη της αίτησης παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών από την προσφεύγουσα. Η Νομική Υπηρεσία της αναθέτουσας αρχής, με το υπ’ αριθμόν πρωτ. 1167/24.07.2020 έγγραφό της, διατύπωσε την γνώμη ότι το αίτημα παράτασης υποβλήθηκε εμπρόθεσμα διαρκούσης της αναστολής των προθεσμιών δυνάμει της υπ’ αριθ. ΔΙΔΑΔ/Φ. 64/340/οικ.9911 υπουργικής απόφασης. Λαμβάνοντας υπόψη την προειρημένη γνωμοδότηση της Νομικής Υπηρεσίας, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, εξέδωσε την προσβαλλόμενη, υπ’ αριθ. 1031/2020 απόφασή της, ΘΕΜΑ 59ο, πρακτικό 36ο/25.08.2020 με την οποία αποφασίστηκε ότι «Εγκρίνει: Α) Το αίτημα της ... για την παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του διαγωνισμού του έργου «ΒΕΛΤΙΩΣΗ, ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ, ΕΠΙΣΚΕΥΗ ...», σύμφωνα με την γνωμοδότηση της Νομικής Υπηρεσίας και Β) Η αναπομπή του πρακτικού 2ου σταδίου (κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου) στην επιτροπή διαγωνισμού, έτσι ώστε να επανεξετάσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης.». Κατά της ως άνω απόφασης η προσφεύγουσα εταιρεία άσκησε την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα σε αυτήν.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της ιδιότητας της αναθέτουσας αρχής, η οποία αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή, ανήκουσα στη Γενική Κυβέρνηση, υποτομέας ΟΤΑ, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν.

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

4412/2016) και του χρόνου αποστολής (16.12.2019) της Προκήρυξης (...) προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 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., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, 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, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 04.09.2020 δυνάμει του υπ' αριθμ. πρωτ. οικ. 472788(6827)/4-9-2020 εγγράφου του Αν. Προϊσταμένου Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων ... και η παρούσα Προσφυγή ασκήθηκε στις 14.09.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης νόμιμης προθεσμίας.

4. Επειδή, η εταιρεία «...» και ήδη προσφεύγουσα συμμετείχε στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία υποβάλλοντας νομίμως την προσφορά της, η οποία και έγινε αποδεκτή, ισχυριζόμενη ότι υφίσταται ζημία από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που εγκρίθηκε το αίτημα παράτασης προθεσμίας προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας αυτής και η αναπομπή του πρακτικού 2ου σταδίου (κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου) στην επιτροπή διαγωνισμού, έτσι ώστε να επανεξετάσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης συμπεριλαμβανομένων και των συμπληρωματικών δικαιολογητικών που υπέβαλε η «...», αιτούμενη όπως απορριφθεί η εν λόγω προσφορά. Ως εκ τούτου με προφανές έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώσ, ασκείται η παρούσα κατά το μέρος αυτό, σύμφωνα με τα άρθρα 360 και 367 του Ν. 4412/2016 και τα άρθρα 3 και 18 του Π.Δ. 39/2017, αφού η προσφεύγουσα, ως δεύτερη στο σχετικό πίνακα μειοδοσίας, αυταπόδεικτα υφίσταται ζημία από την έγκριση, με την προσβαλλόμενη απόφαση, του αιτήματος παράτασης της προθεσμίας προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας «...» αυτής και της αναπομπής του πρακτικού 2ου σταδίου (κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου) στην επιτροπή διαγωνισμού, έτσι ώστε να επανεξετάσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης συμπεριλαμβανομένων και των

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

συμπληρωματικών δικαιολογητικών που υπέβαλε η εν λόγω εταιρεία. Περαιτέρω, παραδεκτώς ασκείται η παρούσα Προσφυγή, κατά το μέρος που εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη το αίτημα παράτασης προθεσμίας προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας αυτής και η αναπομπή του πρακτικού 2ου σταδίου (κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου) στην Επιτροπή Διαγωνισμού, έτσι ώστε να επανεξετάσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης συμπεριλαμβανομένων και των συμπληρωματικών δικαιολογητικών που υπέβαλλε η «..., αφού με την Προσφυγή αυτήν προσβάλλεται εκτελεστή πράξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, απορριπτομένου του σχετικού ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας ως νόμω και ουσία αβάσιμου. Συγκεκριμένα, το άρθρο 360 του Ν. 441/2016 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. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1». Σύμφωνα με τις προδιαληφθείσες διατάξεις, ενώπιον της ΑΕΠΠ και δια προδικαστικής προσφυγής, προσβάλλονται, αποκλειστικά εκτελεστές πράξεις και όχι πράξεις μη χαρακτηριζόμενες από εκτελεστικότητα (βλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 421/2014, ΑΕΠΠ 173, 547/2018). Εκτελεστή δε, πράξη, υπό την ανωτέρω έννοια, της παροχής δηλαδή έννομης προστασίας, έχει κριθεί ότι είναι η πράξη, με την οποία το αρμόδιο όργανο αποφαινεται οριστικώς επί των θεμάτων που έχουν εγερθεί κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού (πρβλ Σ.τ.Ε. ΕΑ 611/2007), δεν έπεται, όμως, ότι με την προσφυγή του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 προσβάλλεται

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

μόνον η πράξη με την οποία το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο αποφαινεται οριστικά επί των αποτελεσμάτων ενός σταδίου του διαγωνισμού, ως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Στην υπό κρίση περίπτωση με την προσβαλλόμενη απόφαση, το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο αποφαινεται οριστικώς επί του ζητήματος χορήγησης παράτασης προθεσμίας προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας αυτής και αναπέμπει το πρακτικό 2ου σταδίου (κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου) στην Επιτροπή Διαγωνισμού, έτσι ώστε να επανεξετάσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης συμπεριλαμβανομένων και των συμπληρωματικών δικαιολογητικών που υπέβαλλε η «...», ήτοι επιλύει οριστικώς το υπόψη ζήτημα, παραπέμποντας προς ενέργεια στην Επιτροπή του Διαγωνισμού. Εξάλλου και *argumentum e contrartio* η προσβαλλόμενη απόφαση δε δύναται παραδεκτά να θεωρηθεί ως εσωτερικό έγγραφο της διοίκησης που δεν έχει εκτελεστικότητα (βλ. Σ.τ.Ε. 2914/1989) ή ως διαβιβαστικό έγγραφο (Σ.τ.Ε. 989/1984) ή γνωστοποίηση, επικοινωνία απόψεων μεταξύ διοικητικών αρχών και οργάνων (Ολ. Σ.τ.Ε. 1819/1995, ΣτΕ 3446/1981, 782, 4366/1988), σύσταση ή πράξη υποκειμένη σε έγκριση (πρβλ. Σ.τ.Ε. 3104/1990 αφού αυτό σε κάθε περίπτωση επάγεται έννομες συνέπειες για τους διαγωνιζόμενους (Σ.τ.Ε. 2298/1981), αποτελεί δε, εντολή που απευθύνεται από ιεραρχικά ανώτερο, την Οικονομική Επιτροπή ως αποφασίζον όργανο, προς ιεραρχικά κατώτερο όργανο, την Επιτροπή του Διαγωνισμού, με έννομες συνέπειες για αμφότερες, την προσφεύγουσα και την παρεμβαίνουσα (πρβλ. Σ.τ.Ε. 348/2010). Το γεγονός ότι η προσβαλλόμενη ουδεμία κρίση διέλαβε περί της πληρότητας – συμφωνίας με τους όρους της Διακήρυξης οιοδήποτε εκ των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ούτε ελήφθη απόφαση δεσμευτική και με άμεσες εξωτερικές έννομες συνέπειες ως προς την κατακύρωση ή μη του αποτελέσματος του διαγωνισμού, ουδεμία επιρροή ασκεί, καθόσον δεν προκύπτει ότι εκτελεστές είναι μόνον οι με τις οποίες το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο αποφαινεται οριστικά επί των αποτελεσμάτων ενός σταδίου του διαγωνισμού, ως προελέχθη. Επέκεινα, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της εταιρείας «...» και ήδη παρεμβαίνουσας περί απαράδεκτης άσκησης της Προσφυγής συνεπεία μη προσκόμισης των νομιμοποιητικών εγγράφων της προσφεύγουσας, καθόσον αορίστως

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

προβάλλεται ο εν λόγω ισχυρισμός, δοθέντος ότι η παρεμβαίνουσα, δεν επικαλείται, πολλώ δε μάλλον αποδεικνύει, ότι δεν υφίσταται νομιμοποίηση του υπογράφοντος - την παρούσα Προσφυγή ως νομίμου εκπροσώπου - προς τούτο. Ωστόσο, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα να της ανατεθεί η υπόψη σύμβαση, καθώς η Α.Ε.Π.Π. κατ' άρθρο 367 παρ. 1 δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, και σε περίπτωση 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 ουδεμία δυνατότητα της Α.Ε.Π.Π. προς έκδοση απόφασης περί ανάθεσης σύμβασης υφίσταται.

5. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με πρόδηλο έννομο συμφέρον παρεμβαίνει, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017, η εταιρεία «...», δοθέντος ότι συμμετείχε στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία και η προσφορά της κρίθηκε αποδεκτή και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος και συνεπώς, παραδεκτώς αιτείται όπως διατηρηθεί η προσβαλλόμενη απόφαση αυτή, ενώ η Παρέμβασή της ασκείται εμπροθέσμως, αφού η υπό κρίση Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 16.09.2020 και η Παρέμβασή της ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 25.09.2020, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας, κατά τις προρρηθείσες διατάξεις.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, στις 24.09.2020, κοινοποίησε μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού το υπ' αριθ. πρωτ. ...(...) οικ. και ίδιας ημερομηνίας έγγραφο απόψεών της, με το οποίο αναφέρει το ιστορικό της εν λόγω υπόθεσης, αιτούμενη – κατ' ορθή επισκόπηση αυτού –τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με την Προσφυγή της υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα, αφού εκδόθηκε κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε δυνάμει του 43 παρ. 12 Ν. 4605/2019, ΦΕΚ Α 52/1.4.2019 και του

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

τεσσαρακοστού πρώτου άρθρου της από 13-4-2020 Π.Ν.Π.(Α'84), καθόσον στους προσωρινούς αναδόχους δίδεται η δυνατότητα να υποβάλλουν αίτημα παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, μόνο για αυτά (τα δικαιολογητικά κατακύρωσης) τα οποία αδυνατούν να εκδώσουν λόγω της αναστολής λειτουργίας των δημόσιων υπηρεσιών, όπως δικαστηρίων, εισαγγελιών, ασφαλιστικών φορέων, Δ.Ο.Υ. εξαιτίας των μέτρων που λήφθηκαν κατά της διασποράς του COVID 19, και όχι συλλήβδην των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπως τα ιδιωτικά έγγραφα που δεν εκδίδονται από δημόσιους φορείς, ή τα νομιμοποιητικά έγγραφα των προσωρινών αναδόχων που βρίσκονται στη διάθεσή τους, ενώ το αυτό ισχύει και για την δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει την υποβολή Υπεύθυνης Δήλωσης αν κρίνει ότι υπάρχει κώλυμα υποβολής της αίτησης έκδοσης των απαιτούμενων δικαιολογητικών ή αδυναμίας έκδοσης αυτών λόγω αναστολής λειτουργίας των αντίστοιχων υπηρεσιών.

8. Επειδή, το άρθρο 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε δυνάμει του 43 παρ. 12 Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) και ισχύει, ορίζει ότι «[...] 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, "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

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

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.³. [...] 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: 1432/ 2020

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, 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 παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος.». Τα αυτά ορίζονται και στην εννοιολογικά ταυτόσημη διάταξη του όρου 4.2 της Διακήρυξης.

9. Επειδή, το άρθρο 38 παρ. 5 της από 20.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΚ Α' 68) ορίζει ότι «πάσης φύσεως προθεσμίες για υποβολή αιτήματος ή διοικητικής προσφυγής ενώπιον της διοίκησης αναστέλλονται από τις 11.3.2020 για δύο (2) μήνες. Με απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών η προθεσμία του προηγούμενου εδαφίου μπορεί να συντέμνεται ή να παρατείνεται, εφόσον παραμένει άμεσος ο κίνδυνος διασποράς του κορωνοϊού COVID-19 και πάντως όχι πέραν της 31.12.2020.», ενώ δυνάμει της παρασχεθείσας εξοσιοδότησης εκδόθηκε η υπ' αριθ. ΔΙΔΑΔ/Φ.64/340/οικ.9911 απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών (ΦΕΚ Β' 1799) με την οποία αποφασίσθηκε «[...] παράταση της αναστολής των πάσης φύσεως προθεσμιών για υποβολή αιτήματος ή διοικητικής προσφυγής ενώπιον της διοίκησης, έως 12.6.2020.». Περαιτέρω, το άρθρο 41 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΚ Α' 84), ορίζει ότι: «1. Εφόσον εξακολουθεί να υφίσταται άμεσος κίνδυνος διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, η έλλειψη του οποίου βεβαιώνεται με απόφαση του Υπουργού Υγείας, και πάντως για χρονικό διάστημα που δεν μπορεί να υπερβαίνει τους έξι (6) μήνες από την έναρξη ισχύος της παρούσας, κάθε αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

και κάθε αναθέτων φορέας σύμφωνα με τον ν. 4412/2016 (Α` 147), κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες μπορεί να εκκίνησαν είτε προ είτε μετά της 25ης Φεβρουαρίου 2020, μπορούν, σε περίπτωση κωλύματος υποβολής της αίτησης έκδοσης των απαιτούμενων δικαιολογητικών ή αδυναμίας έκδοσης αυτών, λόγω αναστολής λειτουργίας των αντίστοιχων αρμόδιων υπηρεσιών ή μερικής αναστολής λειτουργίας αυτών, στο πλαίσιο των μέτρων αντιμετώπισης της διασποράς του κορωνοϊού COVID-19 ή για άλλο σοβαρό λόγο, να προσκαλούν άμεσα τον επιλεγέντα ανάδοχο να υποβάλει σε αντικατάσταση των απαιτούμενων, ανά περίπτωση, δικαιολογητικών του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 μόνο υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 (Α` 75) ή ηλεκτρονική υπεύθυνη δήλωση μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης του άρθρου 52 του ν. 4635/2019 (Α` 167), που προβλέπεται στο εικοστό έβδομο άρθρο της από 20.3.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (Α` 68), όπως αυτή κυρώθηκε με το άρθρο 1 του ν. 4683/2020 (Α` 83), προκειμένου να εκδοθεί η απόφαση κατακύρωσης ή ανάθεσης και να συναφθεί η σύμβαση. Στην υποβαλλόμενη υπεύθυνη δήλωση δηλώνονται από τον επιλεγέντα ανάδοχο ότι: α) δεν συντρέχει κανένα νόμιμο κώλυμα συμμετοχής του στη διαδικασία, β) εξακολουθεί να πληροί όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που προβλέπονται στην οικεία διακήρυξη και γ) υποχρεούται να προσκομίσει τα νομίμως προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή ανάθεσης εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την υπογραφή της σύμβασης. Ο ανάδοχος μπορεί να αιτηθεί την παράταση της προθεσμίας προσκόμισης των σχετικών δικαιολογητικών σε περίπτωση κωλύματος υποβολής της αίτησης έκδοσης των απαιτούμενων δικαιολογητικών ή αδυναμίας έκδοσης αυτών, λόγω της αναστολής λειτουργίας των αντίστοιχων αρμόδιων υπηρεσιών ή μερικής αναστολής λειτουργίας αυτών, στο πλαίσιο των μέτρων αντιμετώπισης της διασποράς του κορωνοϊού COVID-19 ή για άλλο σοβαρό λόγο. Η ως άνω προθεσμία παρατείνεται με απόφαση του αρμόδιου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, χωρίς να απαιτείται προηγούμενη γνωμοδότηση του συλλογικού οργάνου αξιολόγησης των προσφορών».

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

10. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις προκύπτει ότι όλες οι προθεσμίες για υποβολή αιτήματος ενώπιον της διοίκησης ανεστάλησαν μέχρι τις 11.05.2020 αρχικώς και μέχρι τις 12.06.2020 τελικώς, όπου δόθηκε γενική αναστολή προθεσμιών προς υποβολή αιτημάτων στις εν γένει διοικητικές αρχές. Περαιτέρω, υφίστατο και υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να χορηγήσει παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 στον προσωρινό ανάδοχο, όχι μόνον εφόσον έχει υποβληθεί εμπροθέσμως σχετικό αίτημα αυτού συνοδευόμενο από έγγραφα που αποδεικνύουν ότι έχει αιτηθεί εγκαίρως την χορήγηση των δικαιολογητικών αυτών, ως το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 ορίζει, αλλά και σε περίπτωση κωλύματος υποβολής της αίτησης έκδοσης των απαιτούμενων δικαιολογητικών ή αδυναμίας έκδοσης αυτών, λόγω της αναστολής λειτουργίας των αντίστοιχων αρμόδιων υπηρεσιών ή μερικής ανατολής λειτουργίας αυτών, στο πλαίσιο των μέτρων αντιμετώπισης της διασποράς του κορονοϊού COVID-19 ή για άλλο σοβαρό λόγο, ως το άρθρο 41 παρ. 2 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, ορίζει. Συνεπώς, στην προκείμενη περίπτωση, το υπ' αριθ. πρωτ. ... αίτημα της εταιρείας «...», με το οποίο αιτήθηκε στις 04.06.2020 (πρβλ. σκέψη 2), ήτοι πριν τις 12.06.2020 και διαρκούσης της αναστολής προθεσμιών της απόφασης ..., την παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης έως και την 09.06.2020, επικαλούμενη αδυναμία έκδοσης και προσκόμισης όλων των δικαιολογητικών κατακύρωσης, παραδεκτώς και εμπροθέσμως υποβλήθηκε. Ως εκ τούτου, νομίμως αποφασίστηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση ότι «Εγκρίνει: Α) Το αίτημα της ... για την παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του διαγωνισμού του έργου «ΒΕΛΤΙΩΣΗ, ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ, ΕΠΙΣΚΕΥΗ ...», σύμφωνα με την γνωμοδότηση της Νομικής Υπηρεσίας και Β) Η αναπομπή του πρακτικού 2ου σταδίου (κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου) στην επιτροπή διαγωνισμού, έτσι ώστε να επανεξετάσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης.», ήτοι έγινε αποδεκτό το υπόψη αίτημα παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην Επιτροπή του Διαγωνισμού προς επαναξέταση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθόσον το αίτημα αυτό ήτο

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

νόμιμο και εμπρόθεσμο, ενώ όπως προκύπτει από τη θεώρηση του Πρακτικού ΙΙ, η Επιτροπή του Διαγωνισμού στην σχετική εισήγησή της περί απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...», λόγω έλλειψης δικαιολογητικών κατακύρωσης (ήτοι και πιο συγκεκριμένα «[...] Α1) του απαιτούμενου από τη διακήρυξη (παρ. 23.10 άρθρο 23) συμφωνητικού μεταξύ του προσφέροντος (διαγωνιζόμενου) οικονομικού φορέα και του "δανείζοντος" τη χρηματοοικονομική επάρκεια, ως δικαιολογητικού για την απόδειξη της στήριξης στις ικανότητες άλλου φορέα (δάνειας εμπειρίας) του άρθρου 22.ΣΤ Α2) των απαιτούμενων δικαιολογητικών (παρ. 22.ΣΤ άρθρου 22 και παρ. 23.2 και 23.5 άρθρου 23 της διακήρυξης), για την απόδειξη ότι πληρούνται τα κριτήρια επιλογής και ότι δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του οικονομικού φορέα (...)" που δανείζει την οικονομική και χρηματοοικονομική του ικανότητα και Β) της απαιτούμενης ασφαλιστικής ενημερότητας για το έργο "Αποκατάσταση Διατηρητέου Σχολείου ..." (παρ. 23.3 άρθρου 23 της διακήρυξης) που συμπεριλαμβάνεται στον από 11-05-2020 ψηφιακά υπογεγραμμένο από τον ... πίνακα των υπό εκτέλεση έργων με ανεκτέλεστο υπόλοιπο του υποψήφιου προσωρινού αναδόχου και συνοδεύεται από υπεύθυνη δήλωση σύμφωνα με την οποία βεβαιώνεται ότι ο πίνακας έργων που υποβλήθηκε είναι αληθής [...])», ουδόλως έλαβε υπόψη της το εν λόγω αίτημα παράτασης της προθεσμίας και δεν εξέτασε τα προσκομισθέντα στις 09.06.2020 δικαιολογητικά κατακύρωσης. Κατά τούτο, νομίμως με την προσβαλλόμενη απόφαση δεν εγκρίθηκε το Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού και η υπόθεση αναπέμφθηκε προς σχετική κρίση στην υπόψη Επιτροπή, οι σχετικώς προβαλλόμενοι ισχυρισμοί περί του αντιθέτου τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Περαιτέρω και αναφορικά με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας περί του ότι οι αναφερόμενες στο Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής του Διαγωνισμού – το οποίο και δεν εγκρίθηκε από την Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής – ελλείψεις, δε συνιστούν ελλείψεις για τις οποίες δύνατο να χορηγηθεί παράταση της προθεσμίας υποβολής των, απαραδέκτως προβάλλονται καθότι η προσβαλλόμενη απόφαση ουδεμία κρίση διέλαβε περί της πληρότητας αυτών και τη συμφωνία τους με τους όρους της Διακήρυξης, αφού τα υπόψη υποβληθέντα συμπληρωματικά δικαιολογητικά κατακύρωσης, ουδόλως κρίθηκαν ή έγιναν

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

αποδεκτά με την προσβαλλόμενη απόφαση, ει μη μόνον αυτή παρέπεμψε στην αρμόδια Επιτροπή του Διαγωνισμού, όπως αξιολογήσει αυτά. Συνεπώς και σε κάθε περίπτωση με την προσβαλλόμενη απόφαση δεν υφίσταται κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της αποδοχής ή μη των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και εν τέλει της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «...» και της ανάδειξης αυτής ή μη ως οριστικής αναδόχου, ώστε παραδεκτώς και επικαίρως να προβάλλονται ισχυρισμοί επί της μη νόμιμης αποδοχής των υπόψη δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τούτων ούτως εχόντων, ο πρώτος λόγος της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

11. Επειδή, με το δεύτερο λόγο της Προσφυγής της, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, δοθέντος ότι εκδόθηκε κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 221 του ν. 4412/2016, 103 παρ. 6 -7 του Ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με το άρθρο 176 παρ. 1 περ. θ' του ν.3852/2010, άρθρου 221 του ν. 4412/2016, 103 παρ. 6 -7 του Ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με το άρθρο 176 παρ. 1 περ. θ' του ν.3852/2010, αφού η Υποδιεύθυνση Συγκοινωνιακών Έργων, ακόμα και υπό την ιδιότητα της ως Προϊσταμένης Αρχής, δεν νομιμοποιείται κατά το προσυμβατικό στάδιο, ούτε να ζητήσει την γνωμοδότηση της Νομικής Υπηρεσίας, προκειμένου να "αναιρέσει" την εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, ούτε να εισηγηθεί η ίδια προς την Οικονομική Επιτροπή, για την αποδοχή ή όχι αιτήματος του προσωρινού αναδόχου και την επανεξέταση των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υποβλήθηκαν, παρά μόνον η Επιτροπή Διαγωνισμού, εάν το έκρινε σκόπιμο, θα μπορούσε να ζητήσει τέτοια γνωμοδότηση της Νομικής Υπηρεσίας σε συγκεκριμένο νομικό ερώτημα προκειμένου να συντάξει το Πρακτικό του Διαγωνισμού. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε και κατά παράβαση του άρθρου 103 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, καθώς δεν της κοινοποιήθηκαν μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υποβλήθηκαν στις 12-05-2020 και στις 09-06-2020 από τον προσωρινό ανάδοχο.

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

12. Επειδή, το άρθρο 2 «Ορισμοί» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «[...] 3) ως «Προϊσταμένη Αρχή» νοείται η αρχή ή η υπηρεσία ή το όργανο του φορέα κατασκευής του έργου που εποπτεύει την κατασκευή του ασκώντας για λογαριασμό του αποφασιστικές αρμοδιότητες, ιδίως σε θέματα τροποποίησης των όρων της σύμβασης, 4) ως «Διευθύνουσα υπηρεσία» ή «Επιβλέπουσα Υπηρεσία» νοείται η τεχνική υπηρεσία του φορέα κατασκευής του έργου που είναι αρμόδια για την παρακολούθηση, έλεγχο και διοίκηση της κατασκευής του έργου [...]», το άρθρο 221 «Όργανα διενέργειας διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων» ότι «1. Στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα («γνωμοδοτικά όργανα») έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες: α) αξιολογούν τις προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής των προσφερόντων ή υποψηφίων, β) ελέγχουν την καταλληλότητα των προσφερόντων ή υποψηφίων για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, γ) ελέγχουν και αξιολογούν τις προσφορές, δ) στο πλαίσιο ανταγωνιστική διαδικασίας με διαπραγμάτευση, ανταγωνιστικού διαλόγου ή σύμπραξης καινοτομίας, διαπραγματεύονται με τους προσφέροντες ή υποψηφίους, ε) εισηγούνται τον αποκλεισμό των προσφερόντων ή υποψηφίων από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών, την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση των εγγυήσεων, τη ματαίωση της διαδικασίας, στ) γνωμοδοτούν για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης [...]» και το άρθρο 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016 ότι « [...] 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 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. 7. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

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

13. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς αλλά και συστηματικώς, προκύπτει ότι αποφαινόμενο όργανο, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 221 του Ν. 4412/2016, αποτελεί η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, προς την οποία εισηγείται το γνωμοδοτικό όργανο, ήτοι και εν προκειμένω η Επιτροπή διενέργειας/αξιολόγησης του διαγωνισμού, αφού κατ' άρθρο 221 παρ. 1 περ. ε', στ' και η' και 11, αυτή διατυπώνει γνώμη προς το αποφαινόμενο όργανο αναφορικά με τον αποκλεισμό των προσφερόντων από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών και τη ματαίωση της διαδικασίας και γνωμοδοτεί για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης. Συνεπώς, από τις προρρηθείσες διατάξεις συνάγεται ότι αρμόδια για τη διατύπωση γνώμης/πρότασης περί αποκλεισμού της προσφοράς διαγωνιζόμενου, μεταξύ των οποίων και του προσωρινού αναδόχου συνεπεία μη πληρότητας των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης είναι η Επιτροπή αξιολόγησης/διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας. Την πρότασή τους αυτή αποτυπώνουν σε πρακτικό το οποίο υποβάλουν προς έγκριση στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής, το όργανο δηλαδή που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα. Με άλλα λόγια, το αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής εγκρίνει με πράξη του τα αποτελέσματα του οικείου σταδίου του διαγωνισμού, μόνο ύστερα από την προηγούμενη γνώμη της Επιτροπής του Διαγωνισμού, όπως αυτή αποτυπώνεται σε σχετικό έγγραφο πρακτικό, τυχόν δε παράλειψη παράλειψη τήρησης της ως άνω περιγραφείσας γνωμοδοτικής διαδικασίας συνιστά παράλειψη ουσιώδους τύπου και θεμελιώνει λόγο ακυρώσεως της εκδοθησόμενης απόφασης. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, όμως, δεν απαγορεύεται να αποκλίνει από τη γνώμη της Επιτροπής του Διαγωνισμού, αρκεί η απόκλιση αυτή να είναι πλήρως αιτιολογημένη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις προαναφερόμενες διατάξεις του άρθρου 20 του Ν. 2690/1999, μηδέ απαγορεύεται το αποφασίζον όργανο πριν τη λήψη σχετικής απόφασης να ζητεί και να λαμβάνει τη γνώμη και άλλων οργάνων ή υπηρεσιών (πρβλ. ΕΣ Τμήμα VI

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

524/2012), αρκεί να τηρηθεί ο ουσιώδης τύπος της γνωμοδότησης εκ μέρους της Επιτροπής Διαγωνισμού. Συνεπώς, συνάγεται ότι η γνώμη της Επιτροπής διενέργειας/αξιολόγησης του διαγωνισμού κατά την έννοια των διατάξεων του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας είναι απλή (γνώμη) και κατά συνέπεια, το αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής μπορεί να αποφασίσει, κατ' απόκλιση από τη γνώμη της επιτροπής του διαγωνισμού, υπό την απαραίτητη όμως προϋπόθεση ειδικής προς τούτο αιτιολογίας (Σ.τ.Ε. 1303/2012, 625/2011, 1422/2010, 817/2009, 3897/2004), ήτοι να υφίσταται πλήρης, επαρκής και εμπειριστατωμένη αιτιολογία. Στην υπό κρίση περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, συντάχθηκε το υπ' αριθ. Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο και τέθηκε υπόψη του αποφασίζοντος οργάνου, Οικονομικής Επιτροπής, προς λήψη απόφασης, ομού μετά σχετικής γνωμοδότησης της Νομικής Υπηρεσίας της αναθέτουσας αρχής, ενώ ουδεμία επιρροή ασκεί το εάν η σχετική γνωμοδότηση ζητήθηκε από έτερο όργανο, εν προκειμένω την προϊσταμένη υπηρεσία, Υποδιεύθυνση Συγκοινωνιακών Έργων. Ως εκ τούτου, ουδεμία παραβίαση του άρθρου 221 του Ν. 4412/2016, του άρθρου 103 παρ. 6 -7 του Ν. 4412/2016, και του άρθρου 176 παρ. 1 περ. θ' του Ν.3852/2010 υφίσταται, αφού η ανωτέρω οριζόμενη διαδικασία τηρήθηκε πριν την λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης, αλλά και τη λήψη απόφασης που μέλλει να εκδοθεί από το αποφασίζον όργανο αναφορικά με την αποδοχή ή μη των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και οι υπόψη ισχυρισμοί τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Ομοίως, απορριπτέος ως αβάσιμος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί παράβασης του άρθρου 103 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, διότι δεν της κοινοποιήθηκαν τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Και τούτο διότι, σύμφωνα με την υπόψη διάταξη τα αποτελέσματα του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105, όσοι δε, δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, δηλαδή απαιτείται η έκδοση απόφασης του αποφασίζοντος οργάνου αναφορικά με την κρίση επί των δικαιολογητικών αυτών, της απόφασης κατακύρωσης, προκειμένου κατόπιν να κοινοποιηθούν αυτά σε κάθε διαγωνιζόμενο που δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά, προϋπόθεση που εν

Αριθμός απόφασης: 1432/ 2020

προκειμένω δεν έχει συντρέξει, καθώς δεν έχει εισέτι εκδοθεί η σχετική απόφαση του άρθρου 105 της Οικονομικής Επιτροπής, αφού με την προσβαλλόμενη απόφαση ζητείται από την Επιτροπή Διαγωνισμού η αξιολόγηση των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω και η Παρέμβαση να γίνει δεκτή, το παράβολο, δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να καταπέσει (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 20 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 9 Νοεμβρίου 2020.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κ. Μανδράκη

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου