

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 13 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 4-11-2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2080/4-11-2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «.....» με διακριτικό τίτλο, που εδρεύει στο ..., οδός, εφεξής «ο προσφεύγων», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου και κατά της με αριθ. 743/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο αποφασίστηκε η κατάπτωση της με αρ.(No) εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος, εκδόσεως της Τράπεζας Πειραιώς, εφεξής «η προσβαλλομένη».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το ως άνω σκέλος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 3.830,65 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την πληρωμή στην Τράπεζα), που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 766.129,03 ευρώ.

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την με αρ. πρωτ.Διακήρυξη (στο εξής: «διακήρυξη») προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο την «Ανάπτυξη Έξυπνων Λύσεων Διαχείρισης και Ενημέρωσης των Πολιτών για Έξυπνες Θέσεις Στάθμευσης, Κυκλοφοριακή Κίνηση και Έξυπνες Στάσεις», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται, συνολικά, στο ποσό των 950.000 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (766.129,03 €, χωρίς ΦΠΑ).

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 15-01-2020 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), όπου έλαβε συστημικό αριθμ.

4. Επειδή, 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.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 4-11-2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 25-10-2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 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 ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχε ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας «.....». Κατόπιν αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων εκδόθηκε η με αρ. 321/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά του προσφεύγοντος και απορρίφθηκε η προσφορά της ένωσης εταιριών «.....», καθώς κρίθηκε ότι δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές και, περαιτέρω, βαθμολογήθηκε η τεχνική προσφορά

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

του προσφεύγοντος με βάση τα κριτήρια αξιολόγησης του άρθρου 2.3.1. και 2.3.2. της διακήρυξης, με απόλυτη βαθμολογία ΑΣΤΠ = 108,45 και Τελικό Βαθμό Τεχνικής Προσφοράς (ΤΒΤΠ) $(108.45/108.45) \times 100 = 100$. Κατά της εν λόγω με αρ. 321/2020 απόφασης, η παραπάνω ένωση εταιριών άσκησε, ενώπιον της ΑΕΠΠ, την από 15.06.2020 (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 739/15.06.2020) προδικαστική προσφυγή, η οποία απορρίφθηκε με τη με αρ. 871/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης της ΑΕΠΠ καθώς και της ως άνω με αρ. 321/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, η παραπάνω ένωση εταιριών άσκησε αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, η οποία έγινε δεκτή με τη με αρ. 47/2020 απόφαση του εν λόγω Δικαστηρίου και, κατά τούτο, ανεστάλη η εκτέλεση των προαναφερθεισών προσβαλλόμενων αποφάσεων. Ακολούθως, η παραπάνω ένωση εταιριών άσκησε, κατά των ίδιων ως άνω αποφάσεων, αίτηση ακύρωσης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, η οποία έγινε δεκτή με τη με αρ. 97/2021 απόφαση του ίδιου ως άνω Δικαστηρίου, η οποία έκρινε ότι η προσφορά του προσφεύγοντος δεν πληρούσε τους όρους της διακήρυξης, κατά το μέρος που η εταιρία με την επωνυμία «.....» (δ.τ.), η οποία παρείχε στήριξη στον προσφεύγοντα, υπέβαλε ανακριβή δήλωση κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ. Κατόπιν όλων των παραπάνω, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής εξέδωσε, σε συμμόρφωση με την ως άνω ακυρωτική απόφαση, τη με αρ. 743/2021 απόφασή της, με την οποία αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η κατάπτωση της με αρ.(No) εγγυητικής επιστολής της Τράπεζας Πειραιώς, ποσού 15.322,58 €, για τη συμμετοχή του προσφεύγοντος στον Διαγωνισμό, σύμφωνα με την παρ. 2, περ. β', του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 και όσα εκτίθενται στην ως άνω ακυρωτική απόφαση. Συνεπώς, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή, επικαλούμενος ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του στο διαγωνισμό και τη συνεπακόλουθη οικονομική ζημία του.

7. Επειδή στις 4-11-2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τύπου του διαγωνισμού προς τον έτερο ενδιαφερόμενο στη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2758/2021 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου και την με αριθμ. 3060/2021 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της Προσφυγής.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής, τις οποίες στις 19-11-2021 κοινοποίησε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

10. Επειδή, στις 24-11-2021 ο προσφεύγων υπέβαλε ενώπιον της ΑΕΠΠ υπόμνημά του προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

12. Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος: [...] σύμφωνα τόσο με τη διάταξη του προπαρατεθέντος άρθρου 866 ΑΚ, το οποίο εφαρμόζεται αναλογικά επί της επίμαχης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας, όσο και με τις προαναφερθείσες διατάξεις του Ν. 4412/2016 και της Διακήρυξης, σε περίπτωση που συντρέχει νόμιμος λόγος κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής ορισμένου χρόνου, η κατάπτωση αυτή (και, συναφώς, η δικαστική επιδίωξη είσπραξης της εγγυητικής επιστολής) μπορεί να γίνει μόνον εντός χρονικού διαστήματος μέχρι και ενός μήνα από τη λήξη της ισχύος της εν λόγω εγγυητικής επιστολής. Συναφώς, κατάπτωση εγγυητικής επιστολής, ορισμένου χρόνου, που λαμβάνει χώρα μετά την πάροδο ενός μήνα από τη λήξη της ισχύος της τυγχάνει, σε κάθε περίπτωση, παράνομη και ακυρωτέα. Εν προκειμένω, όπως προαναφέρθηκε, η με αρ.(No) εγγυητική επιστολή συμμετοχής της εταιρίας μας ίσχυε, κατόπιν σχετικής παράτασης της αρχικής ισχύος της, έως τις 30.06.2021. Επομένως, η Αναθέτουσα Αρχή είχε προθεσμία να αποφασίσει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας και να επιδιώξει (ακόμα και δικαστικώς, εάν απαιτείτο) την είσπραξη της παραπάνω εγγυητικής επιστολής, μέχρι τις 02.08.2021 (η 1η.08.2021 ήταν Κυριακή), μέχρι, δηλαδή, και έναν ακόμα μήνα από τον συμβατικώς καθορισμένο χρόνο λήξης ισχύος της παραπάνω εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας. Η προσβαλλόμενη δε πράξη, με την οποία, όπως προαναφέρθηκε, διατάχθηκε, μεταξύ άλλων, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας, εκδόθηκε

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

την 19η.10.2021, μας κοινοποιήθηκε δε μόλις στις 25.10.2021, μετά την πάροδο, δηλαδή, χρονικού διαστήματος μεγαλύτερου των τριών μηνών και, πάντως, μεγαλύτερου του ενός μήνα από τη λήξη της ισχύος της ως άνω εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη πράξη έχει εκδοθεί χρονικώς αναρμοδίως και παρανόμως επί εγγυητικής επιστολής συμμετοχής η νομική ισχύς της οποίας έχει λήξει ήδη από τις 03.08.2021[...].Γίνεται, δηλαδή, δεκτό ότι το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 προβλέπει, ως αυτοτελή βάση κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής, την περίπτωση κατά την οποία ο προσφέρων παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78 του Ν. 4412/2016. Η περίπτωση, όμως, αυτή δεν αρκείται σε παροχή ανακριβών στοιχείων, αλλά προϋποθέτει ο προσφέρων να «...παρείχε ψευδή, δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει του μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια, στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού...» (βλ. προαναφερθείσα ΑΕΠΠ 588/2018, σκ. 9, και ΑΕΠΠ 589/2018, 225/2020). Με άλλα λόγια, η εγγυητική επιστολή συμμετοχής διαγωνιζόμενου καταπίπτει μόνον εάν αυτός παράσχει ψευδή στοιχεία ή ψευδείς πληροφορίες, αναφορικά με τις προϋποθέσεις συμμετοχής του στον διαγωνισμό. Συναφώς, δεν καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος απλώς παρείχε εσφαλμένως τα εν λόγω στοιχεία ή πληροφορίες, είτε διότι δεν τα γνώριζε ορθά, είτε διότι είχε διαφορετική νομική ή/ και πραγματική αντίληψη επ' αυτών. Εάν, λοιπόν, η παροχή των εσφαλμένων πληροφοριών οφείλεται λ.χ. ακόμα και σε αμέλεια του διαγωνιζόμενου, παρότι αυτός προφανώς αποκλείεται από τον διαγωνισμό, δεν συντρέχει περίπτωση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του. Το παραπάνω συμπέρασμα ισχύει, πολλώ δε μάλλον, σε περιπτώσεις κατά τις οποίες η ίδια η αναθέτουσα αρχή είχε αρχικώς ερμηνεύσει τα έγγραφα της σύμβασης και την εθνική νομοθεσία όπως την ερμήνευσε και την εφάρμοσε ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος, η δε ερμηνεία και εφαρμογή αυτή επιβεβαιώθηκε στη συνέχεια και από την ΑΕΠΠ, καίτοι, εν τέλει, η εν λόγω ερμηνεία και εφαρμογή δεν έγινε δεκτή από το αρμόδιο δικαστήριο [...] Εν προκειμένω, στο ΕΕΕΣ, που συμπλήρωσε η, παρέχουσα στην εταιρία μας στήριξη, εταιρία, στο Μέρος III (Λόγοι Αποκλεισμού), Ενότητα Γ (Λόγοι που

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) στο πεδίο «Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις», έχει απαντηθεί αρνητικά (Όχι) το ερώτημα «έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρώρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση;». Επίσης αρνητικά (Όχι) έχει απαντηθεί το ερώτημα της ίδιας Ενότητας στο πεδίο «Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα υποβολής δικαιολογητικών, απόκτηση εμπιστευτικών πληροφοριών» και, ειδικότερα, στο ότι: «Ο οικονομικός φορέας επιβεβαιώνει ότι: α) έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές...». Σημειωτέον δε ότι σε βάρος της ως άνω εταιρίαςεπιβλήθηκαν, σε δύο περιπτώσεις προηγούμενων συμβάσεων που είχε συνάψει, οι κυρώσεις της έκπτωσης από την εκτέλεση της σύμβασης και του προσωρινού αποκλεισμού συμμετοχής σε διαγωνισμούς (με τη με αρ. 128/2016 απόφαση του ΔΣ του Δήμου και τη με αρ. 374/2016 απόφαση του ΔΣ του Δήμου). Εντούτοις, η εταιρία θεωρούσε ότι η τελευταία δεν όφειλε να απαντήσει θετικά στα προαναφερθέντα ερωτήματα και, κατά τούτο, ότι ορθώς συμπληρώθηκε κατά τα ως άνω το ΕΕΕΣ από αυτήν. Και τούτο, διότι οι περίοδοι αποκλεισμού της εταιρίας ΑΒΕΕ, λόγω των ως άνω επιβληθεισών σε αυτήν κυρώσεων, δεν καταλάμβαναν τον χρόνο υποβολής των προσφορών στον Διαγωνισμό, και δη τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ, και, κατά τούτο, δεν συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού της εταιρίας (ούτε, συνεπώς, της εταιρίας μας) από τον Διαγωνισμό, σύμφωνα με το άρθρο 73, παρ. 4, περ. στ', του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 2.2.3.4., περ. στ', της Διακήρυξης (βλ. σελ. 1 έως 4 του από 27.04.2020 εγγράφου διευκρινίσεων της εταιρίας μας με θέμα «Παρέμβαση της εταιρείας επί του υποβληθέντος υπομνήματος της Ένωσης εταιρειών "....."»). Άλλωστε, η κατά τα ως άνω συμπλήρωση του ΕΕΕΣ από την κρίθηκε συμβατή με τον νόμο και τους όρους της Διακήρυξης, με την έκδοση της με αρ. 321/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρίας μας, καίτοι, μάλιστα, είχε προβληθεί σχετικός περί του αντιθέτου ισχυρισμός από τη συνδιαγωνιζόμενη ένωση εταιριών «.....» (βλ. σελ. 1 έως 8 του από 09.04.2020 υπομνήματος της εν λόγω ένωσης εταιριών). Το νομότυπο της συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ επιβεβαιώθηκε, εν συνεχεία, και με τη με αρ. 871/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία, ειδικότερα, έκρινε, μεταξύ άλλων, τα εξής: «...[Σ]ε καμία περίπτωση οι ως άνω περίοδοι αποκλεισμού δεν καταλαμβάνουν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας και δη τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ της «.....» (11.03.2020). Ενόψει των ανωτέρω, απορρίπτεται ως αβάσιμος ο οικείος λόγος προσφυγής» (ΑΕΠΠ 871/2020, σκ. 21). Τα ως άνω γενόμενα δεκτά ανατράπηκαν με την έκδοση της με αρ. 97/2021 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, η οποία, δέχθηκε (βλ. σκ. 21 αυτής) μονάχα τα εξής: «[Τ]ο γεγονός ότι οι ως άνω περίοδοι αποκλεισμού της εταιρείας «..... ΑΒΕΕ» δεν καταλαμβάνουν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας και δη τον χρόνο υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ. της «.....», συνιστά στοιχείο που συνεκτιμάται από τον αναθέτοντα φορέα, ως προς το ζήτημα αν θεμελιώνεται λόγος αποκλεισμού με βάση την παρ. 2.2.3.4. περ. στ' της διακήρυξης, όμως δεν αναιρεί την υποχρέωση της ως άνω εταιρείας, που απορρέει από τις διατάξεις της διακήρυξης, να δηλώσει με ακρίβεια στον αναθέτοντα φορέα την κατάσταση της, σε σχέση με τους λόγους αποκλεισμού, παραθέτοντας στο Ε.Ε.Ε.Σ. όλες τις κρίσιμες πληροφορίες, επομένως και τις προαναφερόμενες επιβληθείσες σε βάρος της κυρώσεις, που καθιστούν εφικτή την εξακρίβωση ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό της λόγοι αποκλεισμού. Επομένως, η, κατά παράβαση της επιβαλλόμενης από τις διατάξεις της διακήρυξης υποχρέωσής της, υπέβαλε ανακριβή δήλωση και απέκρυψε πληροφορίες, πράξη που έχει αναχθεί, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην σκέψη 19 της παρούσας, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από τη διακήρυξη και συνεπάγεται την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου ή του τρίτου παρέχοντος σε αυτόν στήριξη, δια του Ε.Ε.Ε.Σ. διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής. Κατά συνέπεια, η Α.Ε.Π.Π. εσφαλμένα και με πλημμελή αιτιολογία απέρριψε, με την προσβαλλόμενη απόφαση της, τον

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

ανωτέρω λόγο της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας, όπως βασίμως προβάλλεται με την κρινόμενη αίτηση». Ανεξαρτήτως του ζητήματος του αποκλεισμού της εταιρίας μας από τον Διαγωνισμό, η παραπάνω δικαστική απόφαση έκρινε, λοιπόν, με ισχύ οριστικού δεδिकाσμένου, ότι η εταιρία ABEE υπέβαλε «ανακριβή» και όχι «ψευδή» δήλωση κατά τη συμπλήρωση του συμπληρωθέντος από εκείνη ΕΕΕΣ. Είναι, μάλιστα, χαρακτηριστικό ότι σε όλη τη σκέψη 21 της προαναφερθείσας δικαστικής απόφασης, το Δικαστήριο κάνει ρητώς λόγο μόνο για «ανακριβή» δήλωση. Η φράση «ψευδής δήλωση» δεν υπάρχει καν στην ελάσσονα σκέψη (σκ. 21) της εν λόγω δικαστικής απόφασης. Υπό αυτά δεδομένα, δεν πληρούνται, εν προκειμένω, οι προϋποθέσεις εφαρμογής της προαναφερθείσας διάταξης του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 και, συναφώς, ούτε της διάταξης του άρθρου 2.2.2.3. της Διακήρυξης. Και τούτο, διότι, όπως προαναφέρθηκε, οι προμνησθείσες διατάξεις του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 και, συναφώς, της διάταξης του άρθρου 2.2.2.3. της Διακήρυξης απαιτούν, για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζόμενου, παροχή ψευδών στοιχείων ή πληροφοριών βλ. ΑΕΠΠ 588/2018, σκ. 9, ΑΕΠΠ 589/2018, 225/2020). Πρέπει, δηλαδή, να συντρέχει στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου δόλος. Εν προκειμένω, ενόψει των κριθέντων της παραπάνω με αρ. 97/2021 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, ουδείς βαθμός υπαιτιότητας βαρύνει την εταιρία μας, ούτε την εταιρία κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, πολλώ δε μάλλον δόλος, και, κατά τούτο, παρανόμως, με βάσεις τις προαναφερθείσες διατάξεις, με την προσβαλλόμενη πράξη, διατάχθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της εταιρίας μας. Προς επίρρωση δε των παραπάνω σημειώνεται και ότι από το σύνολο του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η αρνητική, κατά τα ως άνω, απάντηση στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της εταιρίας ABEE οφείλεται στο γεγονός ότι η εν λόγω εταιρία θεωρούσε πως η απάντηση αυτή ήταν ορθή, διότι, κατά τον κρίσιμο χρόνο, δεν συνέτρεχε υποχρέωση της εταιρίας ABEE να δηλώσει τις επίμαχες περιόδους αποκλεισμού. Με άλλα λόγια, η εταιρία απάντησε αρνητικά στην προαναφερθείσα ερώτηση του ΕΕΕΣ όχι διότι είχε σκοπό να παράσχει ψευδείς πληροφορίες στην Αναθέτουσα Αρχή, αλλά διότι είχε την πεποίθηση ότι, σύμφωνα με τη μόνη ορθή ερμηνεία της κείμενης νομοθεσίας και της Διακήρυξης, ορθή απάντηση

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

ήταν πράγματι η αρνητική. Άλλωστε, την εν λόγω πεποίθησή της υποστηρίξαμε, κατά τα προαναφερθέντα, ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής. Συναφώς, κατά το χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ, δεν υπήρχε συγκεκριμένη σχετική περί του αντιθέτου κρίση αρμόδιας αρχής ή δικαστηρίου που να επέβαλε τη θετική απάντηση στο προαναφερθέν ερώτημα του ΕΕΕΣ. Αντιθέτως, μάλιστα, όπως προαναφέρθηκε, η συμπεριφορά της εταιρίας ΑΒΕΕ κρίθηκε ορθή και από την Αναθέτουσα Αρχή (βλ. τη με αρ. 321/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής) και από την ΑΕΠΠ (βλ. τη με αρ. 871/2020 απόφασή της ΑΕΠΠ). Άλλωστε, μέχρι την έκδοση της επίμαχης με αρ. 97/2021 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, ούτε η νομολογία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, του Συμβουλίου της Επικρατείας ή άλλου δικαστηρίου ή της ΑΕΠΠ επέβαλε μία τέτοια δήλωση. Είναι δε χαρακτηριστικό ότι η με αρ. 754/2020 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, την οποία επικαλείται η με αρ. 97/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών και η οποία, πάντως, αφορά άλλο πραγματικό, είχε δημοσιευθεί μόλις στις 27.04.2020, κατέστη δε διαθέσιμη προς το κοινό («καθαρογράφηκε») μόλις στις 12.05.2020, δηλαδή μετά την υποβολή της προσφοράς μας (11.03.2020). Ενόψει των παραπάνω προκύπτει σαφώς ότι, εν προκειμένω, σε κάθε περίπτωση, δεν συντρέχει περίπτωση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας στον Διαγωνισμό, διότι, ανεξαρτήτως της απόρριψης της προσφοράς της, η αρνητική απάντηση στο επίμαχο ερώτημα του ΕΕΕΣ της εταιρίας ΑΒΕΕ δεν συνιστά, υπό τις παραπάνω συνθήκες, παροχή εν γνώσει της εταιρίας αυτής ψευδών στοιχείων ή πληροφοριών, κατά την έννοια του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 και της αντίστοιχης διάταξης της Διακήρυξης. Εξάλλου, ουδεμία αιτιολογία περί του αντιθέτου συνοδεύει την προσβαλλόμενη πράξη. Τα παραπάνω ισχύουν πολλώ δε μάλλον, εάν ήθελε θεωρηθεί ότι, εν προκειμένω, εφαρμόζεται το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά από την αντικατάστασή του με το άρθρο 21 του Ν. 4782/2021, γεγονός το οποίο αποδέχεται η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, εφόσον παραθέτει τη διάταξη του εν λόγω άρθρου με την ισχύουσα σήμερα μορφή της. Ειδικότερα, σύμφωνα με την περ. β, παρ. 2, του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, όπως σήμερα ισχύει, η εγγυητική επιστολή συμμετοχής καταπίπτει μόνο εάν ο

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

προσφέρων «παρέχει εν γνώσει του ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78» του Ν. 4412/2016. Συνεπώς, κατά το σαφές γράμμα της διάταξης αυτής, δεν αρκεί απλώς η παροχή ψευδών στοιχείων, αλλά απαιτείται και η παροχή αυτή να ήταν «εν γνώσει» του προσφέροντα. Εν προκειμένω, όμως, ανεξαρτήτως της απόρριψης της προσφοράς της, η αρνητική απάντηση στο επίμαχο ερώτημα του ΕΕΕΣ της εταιρίας ΑΒΕΕ δεν συνιστά, κατά τα προαναφερθέντα, υπό τις παραπάνω συνθήκες, παροχή εν γνώσει της εταιρίας αυτής ψευδών στοιχείων ή πληροφοριών. Εξάλλου, ουδεμία αιτιολογία περί του αντιθέτου συνοδεύει την προσβαλλόμενη πράξη. Η τελευταία απλώς αντιγράφει την παραπάνω διάταξη του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 και παραπέμπει στις «υπ' αριθ. 16-22 παραγράφους» της προαναφερθείσας απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών. Πλην όμως, όπως προαναφέρθηκε, η εν λόγω απόφαση ουδέπ.....έκρινε ότι η εταιρία ΑΒΕΕ παρείχε «ψευδή» στοιχεία -πολλώ δε μάλλον, «εν γνώσει της»-, αλλά έκρινε ότι παρείχε απλώς «ανακριβή» στοιχεία. Σημειωτέον δε ότι ούτε το άρθρο 103, παρ. 3, του Ν. 4412/2016 θα μπορούσε να τύχει νομίμως, εν προκειμένω, εφαρμογής[....] Από τα παραπάνω συνάγεται ότι οι περιπτώσεις κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής που προβλέπονται στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 δεν ταυτίζονται, ούτε έχουν ίδιο περιεχόμενο, με τις περιπτώσεις κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής που προβλέπονται στο προαναφερθέν άρθρο 72 του Ν. 4412/2016. Συναφώς, το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 δεν εφαρμόζεται, μεταξύ άλλων, ανεξαρτήτως του σταδίου του διαγωνισμού, σε «...περίπτωση όπου η τυχόν συνδρομή λόγου αποκλεισμού δεν προκύπτει από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή το ανακριβές ή ψευδές της τυχόν δηλώσεως σε ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ δεν προκύπτει κατά τη διασταύρωση της οικείας δηλώσεως με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης...» (βλ. προαναφερθείσα ΑΕΠΠ 588/2018, σκ. 8, και ΑΕΠΠ 589/2018, 225/2020). Εν προκειμένω, η συνδρομή του λόγου αποκλεισμού της εταιρίας ΑΒΕΕ, ενόψει του οποίου εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής και, τελικώς, απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρίας μας, δεν προέκυψε από προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ούτε το (όποιο) σφάλμα της σχετικής απάντησης στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της εταιρίας ΑΒΕΕ

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

προέκυψε κατά τη διασταύρωση της εν λόγω απάντησης με υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τούτο, άλλωστε, είναι λογικό, διότι, ως προς το κρίσιμο ζήτημα, ως «δικαιολογητικό κατακύρωσης» προβλέπεται απλώς η υποβολή νέας υπεύθυνης δήλωσης [βλ. το άρθρο 2.2.9.2.B.1.δ) της Διακήρυξης], δηλαδή, απλά η επανάληψη του ΕΕΕΣ. Αντιθέτως, το δήθεν σφάλμα της σχετικής απάντησης στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της εταιρίας ΑΒΕΕ προέκυψε, όπως προαναφέρθηκε, μόνον από τα αρχικά δικαιολογητικά συμμετοχής της εταιρίας μας στον Διαγωνισμό[...]

13. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής: [...] το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης προβλέπει ότι η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες σε περίπτωση α) λήξης του χρόνου ισχύος της προσφοράς και μη ανανέωσης αυτής και β) απόρριψης της προσφοράς κι εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή [...] και στην παράγραφο 2 «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων: α) αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής ή β) παρέχει εν γνώσει του ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, ή γ) δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά, ή δ) δεν προσέλθει για υπογραφή του συμφωνητικού ή ε) υπέβαλε μια μη κατάλληλη προσφορά με την έννοια της περ. 46 της παρ. 1 του άρθρου 2, ή στις περιπτώσεις των παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 103, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών[...] αποφασίστηκε: Η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής του οικονομικού φορέα σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 και σύμφωνα με τις υπ' αριθμ. 16-22 παραγράφους της απόφασης του Διοικητικού Εφετείου[...]

14. Επειδή, σύμφωνα με το υπόμνημα του προσφεύγοντος: «[...]Με τον παρόντα λόγο της υπό κρίση προσφυγής μας προβάλαμε ότι παρανόμως αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας επί τη βάση του άρθρου 72, παρ. 2, περ. β', του Ν. 4412/2016, καθώς και ότι, σε κάθε περίπτωση, η κατάπτωση αυτή δεν βρίσκει νόμιμο έρεισμα ούτε στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016. 9. Επί του ως άνω λόγου της υπό κρίση προσφυγής μας ουδέν αντιλέγει η Αναθέτουσα Αρχή στις Απόψεις της. Πιο συγκεκριμένα, η Αναθέτουσα Αρχή, αφού παραθέτει απλώς τις

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

διατάξεις του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά τη θέση σε ισχύ του Ν. 4782/2021, και τα στοιχεία που έλαβε υπόψη η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, προκειμένου να εισηγηθεί προς την Αναθέτουσα Αρχή την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας, καταλήγει, όλως αορίστως και ανατιολογήτως, ότι νομίμως έχει ληφθεί η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας, δήθεν σε συμμόρφωση με το ακυρωτικό δεδिकाσμένο της με αρ. 97/2021 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, όπως, όμως, προβάλλουμε με την υπό κρίση προσφυγή μας, η παραπάνω δικαστική απόφαση έκρινε, με ισχύ οριστικού δεδिकाσμένου, ότι η εταιρία ΑΒΕΕ υπέβαλε «ανακριβή» και όχι «ψευδή» δήλωση κατά τη συμπλήρωση του συμπληρωθέντος από εκείνη ΕΕΕΣ. Είναι, μάλιστα, χαρακτηριστικό ότι, σε όλη τη σκέψη 21 της προαναφερθείσας δικαστικής απόφασης, το Δικαστήριο κάνει ρητώς λόγο μόνο για «ανακριβή» δήλωση. Η φράση «ψευδής δήλωση» δεν υπάρχει καν στην ελάχιστονα σκέψη (σκ. 21) της εν λόγω δικαστικής απόφασης. Κατά τούτο, η συμμόρφωση με το ακυρωτικό αποτέλεσμα της με αρ. 97/2021 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών όχι μόνο δεν περιλάμβανε αλλά, βάσει των παραπάνω, απέκλειε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας, απορριπτόμενου του περί του αντιθέτου προβαλλόμενου ισχυρισμού της Αναθέτουσας Αρχής. Ενόψει τούτων, τα προβαλλόμενα με την υπό κρίση προσφυγή μας ουδόλως αντικρούονται, στην ουσία αποδεικνύεται δε η βασιμότητά τους, εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή απλώς προβάλλει ότι -όπως εσφαλμένα νομίζει- ήταν τάχα υποχρεωμένη να προβεί σε κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας, λόγω του ακυρωτικού αποτελέσματος της με αρ. 97/2021 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών[...]

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, δηλαδή πριν από την αντικατάστασή του με το άρθρο 21 του Ν. 4782/2021, «1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «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 2% της εκτιμώμενης αξίας της

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

σύμβασης μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση. [...] Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής. [...] Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης. [...] 4. Οι εγγυήσεις του παρόντος άρθρου περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) [...], β) [...], γ) [...], δ) [...], ε) [...], στ) [...], ζ) [...], η) [...], θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης...».

16. Περαιτέρω, το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, δηλαδή πριν από την αντικατάστασή του με το άρθρο 21 του Ν. 4782/2021, προβλέπει τα εξής: «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) [...], β) [...], γ) [...], δ), [...], ε) [...], στ) [...], ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79» (βλ. κατωτέρω και την ομοίου περιεχομένου διάταξη του άρθρου 2.2.3.4., περ. ζ', της διακήρυξης).

17. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: [...] 2.2.2.1 «για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των δεκαπέντε χιλιάδων τριακοσίων είκοσι δύο ευρώ και πενήντα οκτώ λεπτών του ευρώ (15.322,58 €), η οποία αντιστοιχεί στο 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης μη

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. [...] Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 2.4.5 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής» [...] 2.2.2.3 «[η] εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 2.2.3 έως 2.2.8, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης».[...] 2.2.3.4 [...] Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις[...] (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.2.9.2 της παρούσας[...]. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (θ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος[...].».

18. Επειδή, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επαγόμενη οικονομική βλάβη και επομένως έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημοσίας συμβάσεως λόγω της επέλευσης συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακήρυξης προϋποθέσεων (ΣΤΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018 και Ν29/2016). Επομένως, η απόφαση περί καταπτώσεως εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι αναμφίβολα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (βλ. ΑΕΠΠ 588/2018). Επομένως, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζομένου συνιστά πράξη του προσυμβατικού σταδίου, ήτοι της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγείται της σύναψης σύμβασης και ως εκ

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

τούτου εφαρμοστέα είναι πλέον και υπό το ισχύον δίκαιο κάθε πρόβλεψη του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρ. 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Επιπλέον δε, κατ' άρ. 346 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται όχι μόνο υπέρ όποιου έχει, ήτοι διατηρεί ενεργό δικαίωμα συμμετοχής και επιδίωξης ανάθεσης του συμβατικού αντικειμένου, αλλά και όποιου είχε (βλ. και όμοια διατύπωση σε προϊσχύσαν άρ. 2 Ν. 3886/2010 περί προσωρινής δικαστικής προστασίας, προϋπόθεση για την οποία και υπό τις αυτές προϋποθέσεις ήταν η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' άρ. 4 του ως άνω νόμου), ήτοι καθ' οιονδήποτε τρόπο ενδιαφέρθηκε να μετάσχει αλλά δεν κατέστη αυτό εφικτό ή μετείχε και απεκλείσθη από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, υπό τη μόνη προϋπόθεση ότι ενδέχεται να υποστεί ή έχει ήδη υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη παράλειψη ή εκτελεστή πράξη, μεταξύ των οποίων κατά τα ανωτέρω συγκαταλέγεται και η απόφαση κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής. Επομένως, ουδόλως προκύπτει εκ του περιεχομένου των οικείων διατάξεων ότι η άσκηση προδικαστικής προσφυγής δεν αναφέρεται και σε οικονομικό φορέα που μετείχε σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και ο οποίος αυτονόητα υφίσταται οικονομική ζημία από την κατάπτωση, ως αποτέλεσμα ανάκλησης της κατακύρωσης σε αυτόν και αποκλεισμού του κατά τη διάρκεια ακόμη του προσυμβατικού σταδίου και προ της συνάψεως σύμβασης, της εγγυητικής συμμετοχής που υπέβαλε με την προσφορά του στον διαγωνισμό.

19. Επειδή, κατ' άρ. 72 παρ. 2 Ν. 4412/2016 ιδρύεται έτερη και αυτοτελής βάση κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής σε σχέση με αυτήν του άρ. 103 και ειδικότερα προβλέπεται ότι *“Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης.”* Σημειωτέον όμως, ότι κατά το γράμμα της παραπάνω διάταξης η εγγυητική συμμετοχής δεν καταπίπτει σε κάθε περίπτωση μη απόδειξης συνδρομής λόγου αποκλεισμού ή απόδειξης συνδρομής λόγου αποκλεισμού

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

ή απόδειξης τυχόν εν γένει ανακρίβειας ή ψεύδους επί του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ή ακόμη και απλής ανακρίβειας ως προς τις ειδικότερες δηλώσεις εντός του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ περί μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού, αλλά αποκλειστικά στην περίπτωση όπου προκύπτει ότι ο προσφέρων παρείχε ψευδή, δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει του μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια, στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού. Δηλαδή, θα πρέπει ο προσφέρων να γνώριζε ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού και παρά ταύτα να απέκρυψε τούτο από την αναθέτουσα, επιχειρώντας με τα προσφερθέντα εκ μέρους του στοιχεία και δηλώσεις να δημιουργήσει σε αυτήν την πεποίθηση ότι δεν συντρέχουν τέτοιοι λόγοι ή να δηλώσει ότι δεν συντρέχουν, εμποδίζοντάς την ούτως να γνωρίζει την αλήθεια.

20. Επειδή, η σύμβαση της εγγυητικής επιστολής μεταξύ της εκδότριας τράπεζας και του λήπτη της επιστολής αυτής δεν ρυθμίζεται ειδικά σε κάποιον νόμο, αλλά καθορίζεται στα πλαίσια της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων, όπως αυτή περιγράφεται στο άρθρο 361 ΑΚ και ως εκ τούτου, τα μέρη έχουν μεγάλη διακριτική ευχέρεια ρύθμισης των μεταξύ τους σχέσεων, με ακροτελεύτιο όριο διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, από τις οποίες δεν μπορούν να παρεκκλίνουν. Η τριγωνική σχέση που δημιουργείται μεταξύ δανειστή, οφειλέτη και τράπεζας με αφορμή την εγγυητική επιστολή που εκδίδει η τελευταία, αποτελεί ιδιόμορφη σύμβαση, που καταρτίζεται στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΠ 1403/2008). Η εγγυητική επιστολή διέπεται αφενός από τις γενικές διατάξεις που ρυθμίζουν τις συμβάσεις και αφετέρου από τις αναλογικά εφαρμοζόμενες, λόγω έλλειψης άλλων ειδικότερων διατάξεων, διατάξεις του ΑΚ, που ρυθμίζουν την εγγύηση (αρ. 847 επ. ΑΚ), εφόσον οι διατάξεις για την εγγύηση συμβιβάζονται με την εν λόγω σχέση. Ειδικότερα, οι παρά των τραπεζών συνήθως εκδιδόμενες εγγυητικές επιστολές, αποτελούν ιδιαίτερο είδος και τύπο εγγυήσεως, δημιούργημα της συναλλακτικής πρακτικής (ΑΚ 361), που διέπεται από τις διατάξεις περί παραγγελίας του ΕμπΝ και τις διατάξεις περί εντολής (714 επ.) του ΑΚ (ΑΠ 862/1996), κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του (ΑΠ 1793/2008, 983/1999, 1433/1998, 48/1996) και μάλιστα ανεξάρτητα από το κύρος ή την ελαττωματικότητα της σχέσης μεταξύ αφενός του υπέρ ου η επιστολή και του λήπτη και αφετέρου μεταξύ του εγγυητή και του υπέρ ου η επιστολή (ΕλΣυν 134/2013 Ζ΄ Κλιμάκιο-Πράξη, Σπ. Ψυχομάνη «Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων» τ. Ι Γενικό Μέρος σελ. 353). Χαρακτηριστικό της εγγυητικής επιστολής είναι ότι με αυτήν οι συναλλασσόμενοι δεν αποβλέπουν στην απόκτηση προσθέτου φερεγγυότητας, αλλά στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στο δανειστή του καλυπτομένου με αυτήν ποσού με απλή ειδοποίηση του δανειστού, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει στα δικαστήρια (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1273/2014, 1884/2013). Επιπλέον, η εγγυητική επιστολή αποτελεί έγγραφη υπόσχεση τράπεζας προς οφειλέτη πελάτη της ότι θα εκπληρώσει ορισμένη χρηματική οφειλή του πελάτη της προς τον δανειστή του, είτε στην περίπτωση που ο πελάτης δεν εκπληρώσει την παροχή του (εγγυητική επιστολή υπό όρο), είτε στην περίπτωση που ο δανειστής δηλώσει ότι ο πελάτης της τράπεζας δεν εκπλήρωσε την παροχή του (εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση ή χωρίς όρους). Με τη σύμβαση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι του δανειστή να του καταβάλει οφειλή τρίτου, λόγω δε του ενδοτικού χαρακτήρα των περι εγγυήσεως διατάξεων, δεν αποκλείεται να περιληφθεί στη σύμβαση ρήτρα, κατά την οποία ο εγγυητής θα καταβάλει το ποσό της εγγυήσεως σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το υπαρκτό και το νόμιμο του χρέους και να προβάλλει την ένσταση διζήσεως (βλ. σχετ. ΕφΑθ 7798/2006, ΑΠ 1433/1998 ΕΛΛΔ 1999, 633, ΑΠ 48/1996 ΕΛΛΔ 1996, 1332, ΑΠ 210/1993 ΝοΒ 1994, 399, ΑΠ 467/ 1992 ΕΛΛΔ 1993, 1075, ΑΠ 10/1992 ΝοΒ 1993, 70, ΑΠ 593/1989 ΕΛΛΔ 1990, 1252, ΑΠ 585/1989 ΝοΒ 1990, 820, ΕφΑθ 8188/2003 ΕΛΛΔ 2004, 852, ΕφΑθ 6281/ 2002 ΕΛΛΔ 2004, 1071, ΕφΑθ 11349/1995 ΕΕμπΔ 1996, 51, Λ. Γεωργακόπουλου, Χρηματιστηριακό και Τραπεζικό Δίκαιο, 1999, σελ. 402- 407, Σπ. Ψυχομάνη, Τραπεζικό Δίκαιο - Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, 1999, σελ. 297-366, Απ. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σελ. 135-198, αλλά και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 728/2019 σκ.18). Τέλος, να λεχθεί, ότι η διαφορά που δημιουργείται σε σχέση με την κατάπτωση, ή μη της εγγυητικής

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

επιστολής απορρέει απ' αυτήν την ίδια και μόνον, αφού αφορά την αξίωση του δανειστή κατά του εγγυητή για πληρωμή του ποσού αυτής και όχι την αξίωση του δανειστή κατά του πρωτοφειλέτη, που καλύπτεται από την εγγυητική. Συνεπώς η εν λόγω διαφορά, πηγάζουσα από σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, είναι ιδιωτική, ανεξάρτητα από τη φύση των αξιώσεων του δανειστή κατά του πρωτοφειλέτη (Δ.Εφ.Α. 4226/90 Δίκη 1991. 1197, ΕΔΚΑ 1991.371) Ελ.Συν. 3889/02, ΔΠρΑ 3508/2000, ΜΠΠ 3894/02, ΜΠ Θήβας 319/2012).

21. Επειδή, ειδικότερα, το εθνικό δίκαιο αναγνωρίζει δύο είδη υπαιτιότητας: το δόλο και την αμέλεια (ά. 27-28 Π.Κ.). Η αμέλεια διακρίνεται σε ενσυνείδητη και σε άνευ συνειδήσεως αμέλεια (ασυνείδητη). Ο δόλος/πρόθεση διακρίνεται σε τρία είδη - διαβαθμίσεις: στον άμεσο δόλο 1ου βαθμού – επιδίωξη, στον άμεσο δόλο 2ου βαθμού – αποδοχή και στον ενδεχόμενο δόλο (*dolus eventualis*). Δισεπίλυτο και διαρκές παραμένει ακόμα στο χώρο του ποινικού δικαίου το ζήτημα της διακρίσεως ανάμεσα σε ενδεχόμενο δόλο και ενσυνείδητη αμέλεια, και των ουσιαστικών – κρίσιμων συνεπειών που μπορεί να λάβει σε μία *ad hoc* περίπτωση εάν καταφαθεί η μία ή η έτερη μορφή υπαιτιότητας. Κατά την άποψη του Μυλωνόπουλου, ο δόλος και η αμέλεια σαν μορφές εσωτερικής συμμετοχής, συγκροτούν μία συνεχώς μεταλλασσόμενη αλληλουχία συμπεριφορών. Η μεταβολή αυτή δε συντελείται απότομα, αλλά βαθμιαία, σταδιακά και ανεπαίσθητα (Μυλωνόπουλος, Χρίστος Χ., Ποινικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος Ι και ΙΙ, Δίκαιο & Οικονομία, Π.Ν. Σάκκουλας Αθήνα 2007, σελ.253).

22. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν ανατιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α.Τάχος. Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ 461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, ΕΥ:Τ:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

κατά Επιτροπής, T 32/08, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά EUIPO, T 652/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:370, σκέψη 43). 19. Επειδή, περαιτέρω, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

23. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

24. Επειδή, εν προκειμένω, στο ΕΕΕΣ, που συμπλήρωσε η, παρέχουσα στον προσφεύγοντα στήριξη, εταιρία, στο Μέρος III (Λόγοι Αποκλεισμού), Ενότητα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) στο πεδίο «Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις», έχει απαντηθεί αρνητικά (Όχι) το ερώτημα *«έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρώρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση;»*. Επίσης αρνητικά (Όχι) έχει απαντηθεί το ερώτημα της ίδιας Ενότητας στο πεδίο «Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα υποβολής δικαιολογητικών, απόκτηση εμπιστευτικών πληροφοριών» και, ειδικότερα, στο ότι: *«Ο οικονομικός φορέας επιβεβαιώνει ότι: α) έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων*

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές...». Πλην, όμως, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, σε βάρος της δανείζουσας στον προσφεύγοντα εμπειρία, εταιρείαςεπιβλήθηκαν, σε δύο περιπτώσεις προηγούμενων συμβάσεων που είχε συνάψει, οι κυρώσεις (α) της έκπτωσης από την εκτέλεση της σύμβασης και (β) του προσωρινού αποκλεισμού συμμετοχής σε διαγωνισμούς (με τη με αρ. 128/2016 απόφαση του ΔΣ του Δήμου και τη με αρ. 374/2016 απόφαση του ΔΣ του Δήμου). Εντούτοις, η εταιρία απάντησε αρνητικά στα προαναφερθέντα ερωτήματα και, κατά τούτο, δυνάμει της απόφασης 97/2021 του ΔΕΦΠατρών κρίθηκε ότι δεν συμπληρώθηκε ορθώς το ΕΕΕΣ της αλλά αυτή παρείχε ανακριβείς πληροφορίες, ώστε αν και οι περίοδοι αποκλεισμού της εταιρίας ΑΒΕΕ, λόγω των ως άνω επιβληθεισών σε αυτήν κυρώσεων, δεν καταλάμβαναν τον χρόνο υποβολής των προσφορών στον διαγωνισμό, και δη τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ, έπρεπε να δηλωθούν ώστε να συνεκτιμηθούν από την αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, έγιναν δεκτά τα ακόλουθα: «[...]16.Επειδή, τέλος, η απούσα, επαναφέροντας λόγο της προδικαστικής προσφυγής της, προβάλλει ότι η προσφορά της εταιρείας ήταν απορριπτέα, λόγω του ότι στο πρόσωπο της εταιρείας «.....», από την οποία η «.....» δανείζεται τεχνική ικανότητα, συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4. της διακήρυξης[...] 17.

Επειδή, στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016, με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», όπως ισχύει, ορίζεται ότι: «[...]» Στο άρθρο 79, με τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ορίζεται ότι: «[...]» 18.

Επειδή, εξάλλου, στο άρθρο 2.2.3 της διακήρυξης, που διέπει τον επίδικο διαγωνισμό, με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού», ορίζεται ότι: [...] και στο άρθρο 2.2.9, υπό τον τίτλο «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής» ότι: [...] 19.

Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις της διακήρυξης συνάγεται ότι [...] 19.

20. Επειδή, από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτει ότι [...] 21.

Επειδή, όπως συνάγεται από το όλο σύστημα ρυθμίσεών τους, τόσο η Οδηγία 2014/24/ΕΕ, όσο και ο ν. 4412/2016 και η επίδικη διακήρυξη αποσκοπούν στο να αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητας (Ε.Α. ΣΤΕ

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

40/2019). Οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να υποβάλουν συμπληρωμένο το Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής στο διαγωνισμό, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από τη διακήρυξη και δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι κατά περίπτωση προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ειδικότερα, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (Ε.Α. ΣΤΕ 204/2019). Κατά την έννοια δε του ανωτέρω Ε.Ε.Ε.Σ., η απάντηση του διαγωνιζόμενου στο σχετικό ερώτημα του πεδίου «Πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις» αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνο, συγκεκριμένα αν υπάρχει πρόωρη καταγγελία ή αν έχουν επιβληθεί σε βάρος του αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, σε σχέση με προηγούμενη σύμβαση. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζόμενου δήλωση αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας αυτού του πραγματικού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τ' ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 40, 279/2019). Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, τα στοιχεία που δηλώθηκαν από την «.....» στο Ε.Ε.Ε.Σ. κατά την υποβολή προσφοράς της στο διαγωνισμό ήταν ανακριβή. Τούτο διότι, παρά το γεγονός ότι σε δύο (2) περιπτώσεις προηγούμενων συμβάσεων που είχε συνάψει, επιβλήθηκαν σε βάρος της οι κυρώσεις της έκπτωσης από την εκτέλεση της σύμβασης και του προσωρινού αποκλεισμού συμμετοχής σε διαγωνισμούς (με την 128/2016 απόφαση του Δ.Σ. του Δήμου και την 374/2016 απόφαση του Δ.Σ. του Δήμου), στην αντίστοιχη ερώτηση του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ. έχει δώσει αρνητική

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

απάντηση. Εξάλλου, το γεγονός ότι οι ως άνω περίοδοι αποκλεισμού της εταιρείας «.....» δεν καταλαμβάνουν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας και δη τον χρόνο υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ. της «.....», συνιστά στοιχείο που συνεκτιμάται από τον αναθέτοντα φορέα, ως προς το ζήτημα αν θεμελιώνεται λόγος αποκλεισμού με βάση την παρ. 2.2.3.4. περ. στ' της διακήρυξης, όμως δεν αναιρεί την υποχρέωση της ως άνω εταιρείας, που απορρέει από τις διατάξεις της διακήρυξης, να δηλώσει με ακρίβεια στον αναθέτοντα φορέα την κατάσταση της, σε σχέση με τους λόγους αποκλεισμού, παραθέτοντας στο Ε.Ε.Ε.Σ. όλες τις κρίσιμες πληροφορίες, επομένως και τις προαναφερόμενες επιβληθείσες σε βάρος της κυρώσεις, που καθιστούν εφικτή την εξακρίβωση ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό της λόγοι αποκλεισμού. Επομένως, η, κατά παράβαση της επιβαλλόμενης από τις διατάξεις της διακήρυξης υποχρέωσής της, υπέβαλε ανακριβή δήλωση και απέκρυψε πληροφορίες, πράξη που έχει αναχθεί, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην σκέψη 19 της παρούσας, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από τη διακήρυξη και συνεπάγεται την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου ή του τρίτου παρέχοντος σε αυτόν στήριξη, δια του Ε.Ε.Ε.Σ. διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής. Κατά συνέπεια, η Α.Ε.Π.Π. εσφαλμένα και με πλημμελή αιτιολογία απέρριψε, με την προσβαλλόμενη απόφαση της, τον ανωτέρω λόγο της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας, όπως βασίμως προβάλλεται με την κρινόμενη αίτηση. 22. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω και δεδομένου ότι η προσφορά της δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης σχετικά με την ορθή συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ. από την παρέχουσα σε αυτήν στήριξη, αποβαίνει αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της κρινόμενης αίτησης, κατά το μέρος που αφορούν στην αποδοχή της προσφοράς της ως άνω εταιρείας (.....)[...].».

25. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προκύπτει τόσο από την προσβαλλόμενη, όσο και τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, η τελευταία αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής του προσφεύγοντος σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 22 Ν.4412/2016 και σύμφωνα με τις παρ. 16-22 της απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, που παρατίθενται στην προηγούμενη σκέψη.

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

26.Επειδή, ωστόσο, από τα ανωτέρω εκτιθέμενα και ιδίως όσα αναφέρονται στην με αριθμ. 97/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών (σκέψεις 16-22) που αποτελούν τη βάση της αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος, δεν προέκυψε ότι ο προσφεύγων παρείχε ψευδή, δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει του μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια, στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού, αλλά, ότι συμπλήρωσε ανακριβώς το ΕΕΕΣ καθώς δεν παρείχε στοιχεία που, κατά Νόμον, έπρεπε να δηλωθούν ώστε να αξιολογηθούν περαιτέρω από την αναθέτουσα αρχή, η οποία και μόνο, κυριαρχικά, μπορεί να αποφασίσει για το αν στη συγκεκριμένη περίπτωση συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού. Με άλλα λόγια ουδόλως προέκυψε ότι ο προσφέρων γνώριζε ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού και παρά ταύτα δολίως απέκρυψε τούτο από την αναθέτουσα αρχή, επιχειρώντας με τα προσφερθέντα εκ μέρους του στοιχεία και δηλώσεις να δημιουργήσει σε αυτήν την πεποίθηση ότι δεν συντρέχουν τέτοιοι λόγοι κι, επομένως μη ορθώς αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του. Και τούτο διότι η διοικητική χρηματική κύρωση της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής προσομοιάζει κατά τη φύση της με ποινή του ποινικού δικαίου και ρητώς για την κατάγνωση και επιβολή της απαιτείται δόλος, χωρίς ν' αρκεί από μόνη της η απόκρυψη στοιχείων, εφόσον δεν αποδεικνύεται ότι έγινε με δόλο. Με άλλα λόγια η απόκρυψη στοιχείων αρκεί για τον αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου από τη διαδικασία λόγω της διάρρηξης της σχέσης εμπιστοσύνης του με την αναθέτουσα αρχή, δεν αρκεί όμως για την επιβολή της ποινής της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής αν δεν αποδειχθεί ότι έγινε εν γνώσει του προσφεύγοντος ψευδώς. Συνεπώς, η προσβαλλομένη δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένη αφού προς αιτιολόγηση της απόφασης της για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος, η αναθέτουσα αρχή παραπέμπει στην απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, σκέψεις 16-22, η οποία, όμως, αναφέρεται σε ανακριβή δήλωση στο ΕΕΕΣ και απόκρυψη στοιχείων, χωρίς, όμως από αυτήν ή την προσβαλλομένη να προκύπτουν στοιχεία που στοιχειοθετούν δόλο του προσφεύγοντος, ως

Αριθμός Απόφασης: 1897/2021

απαιτείται για την επιβολή της εν λόγω κύρωσης. Συνεπώς, ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

27. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του έτερου λόγου της προσφυγής, αφού η ως άνω πλημμέλεια της προσβαλλομένης αρκεί για την ακύρωση αυτής και κατ'επέκταση την αποδοχή της προσφυγής.

28. Επειδή, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη, κατά το προσβαλλόμενο σκέλος.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13-12-201 και εκδόθηκε στις 31-12-2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ