

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 07.02.2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη, δυνάμει της υπ' αριθ. 141/2020 Τροποποιητικής Πράξης Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου, που τροποποίησε την υπ' αριθ. 2007/2019 όμοια Πράξη, ως προς την ημερομηνία εξέτασης της κάτωθι αναφερόμενης Προσφυγής.

Για να εξετάσει την από 30.12.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1612/30-12-2019 Προδικαστική Προσφυγή της Ένωσης Οικονομικών Φορέων με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, επί της οδού ..., αρ. .. όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «ένωση»), και εκάστου μέλους αυτής, ήτοι 1) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εκπροσωπείται νόμιμα από τον Πρόεδρο του ΔΣ, Διευθύνοντα Σύμβουλο και Τεχν. Δ/ντή αυτής, και 2) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εκπροσωπείται νόμιμα από τον Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτής,

Κατά της Περιφέρειας, που εδρεύει στην, επί της, αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ. 15, όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η οποία κατέθεσε την από 09.01.2020 Παρέμβασή της.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθμό 3078/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»), κατά το μέρος, μόνο, με το οποίο αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της, υπ' αριθ. εκδόσεως, ποσού 340.000,00 ευρώ, αναφορικά με την με Διακήρυξη της Περιφέρειας για την ανάθεση της σύμβασης του έργου «ΑΝΕΓΕΡΣΗ ΝΕΟΥ ΔΗΜΑΡΧΙΑΚΟΥ ΜΕΓΑΡΟΥ ΔΗΜΟΥ, καθώς και τη διενέργεια προφορικής, κατ' αντιμωλίαν, διαδικασίας εξέτασης ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και διαταχθεί το κατάλληλο προσωρινό μέτρο μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής, αίτημα το οποίο έγινε δεκτό με την υπ' αριθ. Α11/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και ορίστηκε η ως κατάλληλο μέτρο η μη είσπραξη της εγγυητικής αυτής επιστολής και η παύση κάθε περαιτέρω σχετικής ενέργειας της αναθέτουσας αρχής. Ετέρωθεν, η παρεμβαίνουσα αιτείται όπως απορριφθεί η Προσφυγή και διατηρηθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που η Προσφυγή ήθελε κριθεί ότι βάλλει και κατά της απόφασης απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας και ανακήρυξης της ίδιας ως μειοδότη.

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 15.000,00 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης ανέρχεται σε ποσό προ ΦΠΑ 17.000.000,00 ευρώ και το καταβληθέν ποσό παραβόλου συνιστά το ανώτερο προς καταβολή οριζόμενο, σύμφωνα με τις ανωτέρω, διατάξεις, σε περίπτωση που το αναλογικό ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, υπερβαίνει το πιο πάνω καταβληθέν ποσό.

2. Επειδή, με την ανωτέρω Διακήρυξη της Περιφέρειας προκηρύχθηκε η διενέργεια δημόσιου, ανοικτού, διεθνούς, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την ανέγερση νέου δημορειακού μεγάρου Δήμου, προϋπολογισμού 17.000.000,00 € πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, αποκλειστικά βάσει τιμής, η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 27.6.2018 με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) όπου και έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή και ανήκει στη Γενική Κυβέρνηση, κύρια δραστηριότητα της οποίας είναι οι γενικές δημόσιες υπηρεσίες, της ανωτέρω αναφερόμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του υπό κρίση διαγωνισμού (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

χρόνου αποστολής (22.06.2018) της προκήρυξης της σύμβασης 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 18.12.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής και η προθεσμία έληγε στις 28.12.2019, ημέρα Σάββατο, κατά Νόμον εξαιρετέα και συνεπώς παρατάθηκε για την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. Α.Ε.Π.Π. 567/2018, 524/2018, 330/2018, 175/2017), ήτοι τη Δευτέρα 30.12.2019, οπότε και ασκήθηκε η υπό κρίση Προσφυγή.

4. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχε η προσφεύγουσα ένωση και άλλοι εννέα (9) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η παρεμβαίνουσα ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» και με την υπ' αρ. 3181/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατ' έγκριση του από 22.10.2018 1^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού και στη συνέχεια και μετά την υποβολή των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, εκδόθηκε η υπ' αρ. 448/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία, αφού εγκρίθηκε το από 30.01.2019 2^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, αποφασίστηκε η κατακύρωση της σύμβασης του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα. Εντεύθεν, σχέδιο της σύμβασης απεστάλη στο Ελεγκτικό Συνέδριο προς έλεγχο, το οποίο με την με αρ. 291/2019 Πράξη του Ε' Κλιμακίου του, έκρινε ότι κωλύεται η υπογραφή του παραπάνω σχεδίου σύμβασης, διότι «...η αναθέτουσα αρχή όφειλε, τηρώντας τη διαδικασία που προβλέπεται στις παραγράφους 7 έως 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, να καλέσει την ως άνω ένωση εταιρειών να προσκομίσει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι έλαβε επανορθωτικά μέτρα επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας της, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού...». Σε συμμόρφωση προς την προαναφερθείσα πράξη του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με το με αρ. πρωτ. 161555/07.05.2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, ζητήθηκε από την προσφεύγουσα όπως προσκομίσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι έχει λάβει επανορθωτικά μέτρα για την απόδειξη της αξιοπιστίας των μελών της, τα οποία και υπέβαλε. Συναφώς, με την με αρ. 2140/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

της αναθέτουσας αρχής, κρίθηκε η επάρκεια των μέτρων αυτών, μετά και την υπ' αριθ. 11Α/ 25.07.2019 θετική γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73, παρ. 9, του Ν. 4412/2016. Κατά της εν λόγω με αρ. 2140/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, η εταιρεία «.....» και ήδη παρεμβαίνουσα άσκησε την από 16.09.2019 Προδικαστική Προσφυγή, ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., η οποία και έγινε δεκτή με την υπ' αριθ. ΑΕΠΠ 1278/2019, ενώ συναφώς απορρίφθηκε η ασκηθείσα επ' αυτής παρέμβαση της προσφεύγουσας ένωσης και ακυρώθηκε η με αρ. 2140/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής. Κατά της υπόψη ΑΕΠΠ 1278/2019, καθώς και κατά κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης, η προσφεύγουσα ένωση άσκησε τη με αρ. κατ. 311/2019 αίτηση αναστολής εκτέλεσης του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016 και τη με αρ. κατ. 3151/2019 αίτηση ακύρωσης, ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, τις οποίες προσάγει και επικαλείται. Εν συνεχεία και σε συμμόρφωση με την ΑΕΠΠ 1278/2019 εκδόθηκε η προσβαλλομένη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, υπ' αριθ. 3078/18.12.2019, με την οποία αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας ένωσης και η «[...] κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της υπ' αριθμ. εκδόσεως, ποσού 340.000,00 €, για τον διαγωνισμό του έργου «ΑΝΕΓΕΡΣΗ ΝΕΟΥ ΔΗΜΑΡΧΙΑΚΟΥ ΜΕΓΑΡΟΥ ΔΗΜΟΥ, βάσει του άρθρου 103 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 [...]». Τέλος, στις 17.02.2020 εκδόθηκε από το Συμβούλιο της Επικρατείας το διατακτικό επί της με αρ. κατ. 311/2019 αίτηση αναστολής εκτέλεσης του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016 που κατέθεσε η προσφεύγουσα κατά της ΑΕΠΠ 1278/2019, με το οποίο απορρίφθηκε η εν λόγω αίτηση της προσφεύγουσας και έγινε δεκτή η παρέμβαση της εταιρείας «.....».

5. Επειδή, η προσφεύγουσα με πρόδηλο έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προσφυγή της, αφού συμμετείχε στη διαγωνιστική διαδικασία υποβάλλοντας την προσφορά της, η οποία αρχικώς με την με αρ. 2140/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατ' έγκριση του 2^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής του διαγωνισμού, έγινε δεκτή και η προσφεύγουσα ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του έργου, εν συνεχεία, όμως, με την προσβαλλόμενη πράξη, η οποία εξεδόθη σε συμμόρφωση με την υπ' αριθ. 1278/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δέχθηκε την προσφυγή της έτερης διαγωνιζόμενης και ήδη παρεμβαίνουσας με τη επωνυμία «.....» και ακύρωσε την άνω με αρ. 2140/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας, ανακηρύχθηκε, δε, νέος

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

προσωρινός ανάδοχος η άνω έτερη διαγωνιζόμενη εταιρεία και ήδη παρεμβαίνουσα «.....», προσέτι, δε, αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό βάσει του άρθρου 103 παρ. 3 του Ν. 4412/2016. Κατά της απόφασης αυτής στρέφεται η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη ότι μη συννόμως και χωρίς τούτο να προβλέπεται από το διατακτικό της άνω με αρ. 1278/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγής της.

6. 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 σύμβασης 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 κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι αναμφίβολα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Τούτο προκύπτει και από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 72, 73, 75, 79 και 103 Ν. 4412/2016 σύμφωνα με τις οποίες η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής συνέχεται αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω πλημμελειών της προσφοράς του σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, είτε με την εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της σύμβασης), άρα και πάλι τον αποκλεισμό του από αυτήν. 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 τούτου εφαρμοστέες είναι πλέον και υπό το ισχύον δίκαιο οι διατάξεις του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρθρων 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Άλλωστε, όπως προκύπτει από τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 παρ.1 του Ν. 4412/2016, το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται όχι μόνο υπέρ όποιου έχει, ήτοι διατηρεί ενεργό δικαίωμα συμμετοχής και επιδίωξης ανάθεσης του συμβατικού αντικειμένου, αλλά και υπέρ όποιου είχε τέτοιο συμφέρον (βλ. και όμοια διατύπωση στο προϊσχύσαν άρθρο 2 Ν. 3886/2010 περί προσωρινής δικαστικής προστασίας, προϋπόθεση για την οποία και υπό τις αυτές προϋποθέσεις ήταν η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' άρθρο 4 του ως άνω νόμου, ήτοι καθ' οιονδήποτε

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

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 περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής. Υπό τα δεδομένα τούτα, παραδεκτώς προσβάλλεται η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την υπό κρίση προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά το μέρος που αποφασίστηκε η κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας, αφού κατά τα προρρηθέντα αυτή φέρει εκτελεστότητα ως προς το κεφάλαιο αυτό, η, δε, υπόψη διαφορά, συνιστά διαφορά υπαγόμενη σε προδικαστική προσφυγή. Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή είναι τύποις παραδεκτή και θα πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

7. Επειδή, 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 παρεμβαίνουσα εταιρεία, «.....», δοθέντος ότι συμμετείχε στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία και με την προσβαλλόμενη κρίθηκε ως αποδεκτή η προσφορά της και αναδείχθηκε αυτή ως προσωρινή ανάδοχος. Ως εκ τούτου παραδεκτώς αιτείται όπως διατηρηθεί η απόφαση αυτή κατά το μέρος που η Προσφυγή ήθελε κριθεί ότι βάλλει και κατά της απόφασης απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας και ανακήρυξης της ίδιας ως μειοδότη, ενώ και κατά το μέρος που η υπό κρίση Προσφυγή βάλλει κατά της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα ουδέν έννομο συμφέρον έχει, ως και η ίδια συνομολογεί (σελ. 5 της Παρέμβασης). Εντούτοις, και λαμβανομένου υπόψη ότι ούτε από το αιτητικό, ούτε από το ιστορικό της κρίση Προσφυγής προκύπτει ότι βάλλεται η προσβαλλόμενη πράξη, καθ' ο μέρος απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και ανεδείχθη ανάδοχος η παρεμβαίνουσα εταιρεία, απαραδέκτως και άνευ εννόμου συμφέροντος παρεμβαίνει η εν λόγω εταιρεία, δοθέντος ότι δεν υφίσταται προσωπικό έννομο συμφέρον αυτής, αφού δεν πλήττεται με την παρούσα Προσφυγή η ανάδειξή της ως μειοδότη. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, στις 09.01.2020, κοινοποίησε μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού το υπ' αριθ. πρωτ. 17227 και ίδιας ημερομηνίας έγγραφο απόψεών της, με το οποίο αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασής της, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα σε αυτό. Τέλος, η προσφεύγουσα υπέβαλε παραδεκτώς το από 29.01.2020 Υπόμνημά της, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016,

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α΄ 52) περ. 42, δοθέντος ότι αυτό ασκήθηκε δια της υποβολής του στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. προ πέντε (5) ημερών από την εξέταση της παρούσας Προσφυγής, αιτούμενη ό,τι και με την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται τη διενέργεια προφορικής, κατ' αντιμωλίαν, διαδικασίας εξέτασης ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην Προσφυγή της. Σύμφωνα με το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016, αλλά και τις ταυτόσημες διατάξεις του Π.Δ. 39/2018, η διαδικασία εξέτασης της Προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. δε διεξάγεται σε δημόσια συνεδρίαση (συζήτηση), αλλά εν συμβουλίω, χωρίς να παρίστανται τα μέρη (βλ. Πρακτικό Συνεδρίασης και Γνωμοδότησης υπ' αριθ. 51/2017 του Σ.τ.Ε.) και η διαδικασία που καθιερώνει το ανωτέρω θεσμικό πλαίσιο που διέπει τη λειτουργία και την οργάνωση της Α.Ε.Π.Π. είναι αυτή του έγγραφου τύπου αναφορικά με την εξέταση των προδικαστικών προσφυγών. Ωστόσο, θα πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα στον προσφεύγοντα λήψης γνώσης τόσο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, όσο και της τυχόν ασκηθείσας παρέμβασης, προκειμένου να διασφαλίζονται κατά το στάδιο αυτό οι προϋποθέσεις ουσιαστικής αντιμωλίας (βλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 395/2018). Σε κάθε περίπτωση και με την ανωτέρω μνημονευθείσα (βλ. σκέψη 7 και 8 της παρούσας) τροποποίηση του άρθρο 365 με το άρθρο 43 παρ. 42 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α΄ 52), όπου ορίζεται η δυνατότητα υποβολής συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης από την αναθέτουσα αρχή έως και δέκα (10) ημέρες πριν την εξέτασή της και η κατάθεση υπομνήματος επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής από τον προσφεύγοντα έως πέντε (5) ημέρες πριν από την εξέταση της προσφυγής, πληρούται και η προϋπόθεση της ουσιαστικής αντιμωλίας (Σ.τ.Ε ΕΑ 780/2019), δυνατότητες της υπόψη διάταξης, που εν προκειμένω, έλαβαν χώρα με την από 07.02.2020 κοινοποίηση του υπ' αριθ. 1721/28.01.2020 εγγράφου απόψεων της αναθέτουσας αρχής και του υπ' αριθ. 2641/ 07.02.2020 εγγράφου αυτή συμπληρωματική αιτιολογίας – τα οποία ως στην αμέσως ανωτέρω σκέψη έγινε δεκτό τυγχάνουν απορριπτέα ως απαράδεκτα – και βεβαίως, με την κατάθεση του από 12.02.2020 Υπομνήματος της προσφεύγουσας εταιρείας προς αντίκρουσή των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, ουδεμία περίπτωση προφορικής, κατ' αντιμωλίαν, διαδικασίας εξέτασης της προσφυγής συντρέχει, δοθέντος ότι πληρούται η προϋπόθεση της ουσιαστικής αντιμωλίας (Σ.τ.Ε ΕΑ 780/2019), κατά τα προαναφερόμενα. Περαιτέρω, σύμφωνα με το θεσμικό

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

πλαίσιο εξέτασης της προσφυγής, παρέχεται η δυνατότητα σε όλους τους εμπλεκομένους να θέσουν υπ' όψιν της Α.Ε.Π.Π. όλους τους νομικούς και πραγματικούς ισχυρισμούς τους πριν από την έκδοση της απόφασής της, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 *«(η) ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος [...]»*. Στον προσφυγόντα ειδικώς, μετά την νομοθετική μεταβολή που επέφερε το άρθρο. 43 παρ. 42 του Ν. 4605/2019 (και η οποία κατέλαβε την εξέταση της προσφυγής της αιτούσας από την Α.Ε.Π.Π.), δόθηκε η δυνατότητα ν' αντικρούσει εγγράφως και την συμπληρωματική αιτιολογία απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής, που θα παρέθετε τυχόν η αναθέτουσα αρχή, προς διασφάλιση ουσιαστικής αντιμωλίας ήδη κατά το στάδιο της διοικητικής αυτής διαδικασίας (βλ. ρητώς επ' αυτού, σελ. 23 της από 07.02.2019 εισηγητικής εκθέσεως επί του μετέπειτα Ν. 4605/2019, προδήλως κατόπιν των κριθέντων με την Σ.τ.Ε. ΕΑ 780/2019). Η νομοθετική αυτή ρύθμιση της διαδικασίας δεν φαίνεται να προσκρούει στο άρθρο 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την Προστασία των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, στην έκταση που αυτή η διάταξη ήθελε ερμηνευθεί ότι επιτάσσει ως στοιχείο της «δίκαιης δίκης» την διεξαγωγή προφορικής ειδικώς διαδικασίας ενώπιον δικαστηρίου τουλάχιστον ενός βαθμού δικαιοδοσίας (εφ' όσον προβλέπονται περισσότεροι), έχοντας την εξουσία να δικάζει την υπόθεση κατά τον νόμο και την ουσία. Και τούτο, διότι, όπως έχει ήδη κριθεί, η απονεμομένη στο Συμβούλιο της Επικρατείας και στα διοικητικά δικαστήρια από το Σύνταγμα (άρθρο 95 παρ. 1 εδ. α') και το Νόμο [άρθρο 45 παρ. 1 του κωδ. π. δ/τος 18/1989 (Α' 8)] ευρυτάτη εξουσία ελέγχου της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων με το -ρητώς χορηγούμενο από τις διατάξεις των παρ. 1 και 4 του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016 - ένδικο βοήθημα της αιτήσεως ακυρώσεως [η οποία περιλαμβάνει και τον έλεγχο της τηρήσεως της αρχής της αναλογικότητας μεταξύ προϋποθέσεων και λαμβανομένου μέτρου (λ.χ. παραπτώματος και επιβληθείσης κυρώσεως), τον έλεγχο του τρόπου ασκήσεως της διακριτικής εξουσίας της Διοικήσεως, αλλά και τον έλεγχο της συνδρομής του σκοπού για τον οποίον εκδόθηκε η διοικητική πράξη], συγκεντρώνει όλα τα χαρακτηριστικά, ώστε το Συμβούλιο της Επικρατείας να χαρακτηριστεί ως δικαστήριο το οποίο πληροί τις τασσόμενες από τη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α. προϋποθέσεις, όταν αυτό ελέγχει, μεταξύ άλλων, την νομιμότητα των πράξεων της Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣτΕ 1299/2013, 1862/2014, 2925/2017· πρβλ. και ΣτΕ 1361/2013 7μ., 1522/2014, 4880/2014), ενώ και στο πλαίσιο της ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας ή των

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

διοικητικών δικαστηρίων διαδικασίας για την εκδίκαση της αιτήσεως ακυρώσεως, προβλέπεται δημόσια συζήτηση με δυνατότητα προφορικής αναπτύξεως των ισχυρισμών των διαδίκων κατ' άρθρο 26 και 33 του Π.Δ. 18/1989 (Σ.Τ.Ε ΕΑ 179/2019). Κατ' ακολουθίαν, το αίτημα της προσφεύγουσας περί διενέργειας προφορικής, κατ' αντιμωλίαν, διαδικασίας εξέτασης ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτο, νόμω και ουσία αβάσιμο.

9. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με την Προσφυγής της ότι, ανεξαρτήτως της νομιμότητας της απόρριψης της προσφοράς της, την οποία αμφισβητεί και έχει ήδη προς τούτο ασκήσει την με αρ. κατ. 311/2019 αίτηση αναστολής εκτέλεσης του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016 και τη με αρ. κατ. 3151/2019 αίτηση ακύρωσης, ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, για τους εκεί προβαλλόμενους λόγους και τις οποίες προσάγει και επικαλείται, μη συννόμως αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της διότι α) δεν εφαρμόζεται, εν προκειμένω, το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, β) δεν εφαρμόζονται, εν προκειμένω, οι λοιπές περιπτώσεις κατάπτωσης του άρθρου 15.4 της Διακήρυξης και γ) σε κάθε περίπτωση, δεν συντρέχει ούτε η περίπτωση του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, περί παροχής ψευδών στοιχείων ή πληροφοριών που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78 του Ν. 4412/2016, ενώ επικουρικώς, προβάλλει τον λόγο ότι της έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης δεν προηγήθηκε η διατύπωση γνώμης του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων Περιφέρειας, καίτοι τούτο, απαιτείτο.

10. Επειδή, το άρθρο 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «[...] 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί [...]».

11. Επειδή το άρθρο 4.2 «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» της Διακήρυξης ορίζει ότι «[...] δ) Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται η

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας [...]». Περαιτέρω, το άρθρο 15 «Εγγύηση συμμετοχής» ορίζει ότι «15.4 Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας [...]».

12. Επειδή, περαιτέρω, με την ΑΕΠΠ 1278/2019, επί της οποίας η κατατεθείσα σχετικώς και με αρ. κατ. 311/2019 αίτηση αναστολής εκτέλεσης της, που κατέθεσε η προσφεύγουσα απορρίφθηκε, έγινε δεκτό ότι «[...] στο άρθρο 22 παρ. Α και παρ. Α.4 προβλέφθηκαν ως λόγοι αποκλεισμού των προσφερόντων οι λόγοι που προβλέπονται από το άρθρο 73 παρ. 4 του νόμου 4412/2016, εφόσον οποιοσδήποτε από τους λόγους αυτούς συντρέχει στο πρόσωπο του προσφέροντος, αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο, ή σε ένα από τα μέλη του, αν πρόκειται περί ενώσεως οικονομικών φορέων. Στους λόγους αυτούς συμπεριλαμβάνονται (άρθρο 22 παρ. Α.4 περ. γ' και ζ' της διακήρυξης) οι λόγοι αποκλεισμού που προβλέπονται στις περιπτώσεις γ' και ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ήτοι (I) η περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και (II) η περίπτωση κατά την οποία ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, ή έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει δικαιολογητικά που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των προαναφερθέντων λόγων αποκλεισμού η διακήρυξη προέβλεψε περαιτέρω (άρθρο 23 παρ. 1) ότι οι προσφέροντες και, σε περίπτωση ενώσεως οικονομικών φορέων, κάθε μέλος της ενώσεως χωριστά, υποβάλλουν, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, το ΕΕΕΣ, δηλώνοντας με αυτό ότι δεν βρίσκονται σε κάποια από τις καταστάσεις του άρθρου 22 παρ. Α της διακήρυξης, όπως οι προαναφερθείσες. Ειδικώς για την απόδειξη της μη συνδρομής των ως άνω λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 παρ. Α.4 περ. γ' και ζ' της διακήρυξης, οι προσφέροντες κλήθηκαν να απαντήσουν με το οικείο ΕΕΕΣ [...] Από τα περιεχόμενα στην

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

προσφορά της καθ' ης ένωσης υποβληθέντα ΕΕΕΣ των μελών της, προκύπτει ότι στα ανωτέρω ερωτήματα οι εταιρείες [...] και [...] απάντησαν αρνητικά. Επίσης, με τα άρθρα 4 παρ. 2 και 23 παρ. 2 και 3 περ. ε' της διακήρυξης προβλέφθηκε ότι για την απόδειξη του δικαιώματος συμμετοχής και των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό (τα οποία κρίνονται τόσο κατά την υποβολή της προσφοράς, όσο και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά τη σύναψη της συμβάσεως) και, ειδικότερα, για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού οι οποίοι περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, στις μνημονευθείσες περιπτώσεις γ' και ζ' της παρ. Α.4 του άρθρου 22 της διακήρυξης, υποβάλλεται, στο στάδιο της κατακύρωσης, υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι ως άνω λόγοι αποκλεισμού. Από τις περιεχόμενες στα υποβληθέντα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου από 21-11-2018 και 26-11-2018 υπεύθυνες δηλώσεις των εκπροσώπων των μελών της καθ' ης ένωσης, προκύπτει ότι οι εταιρείες [...] και [...], δεν δήλωσαν ότι στο πρόσωπό τους συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού οι οποίοι περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, στις μνημονευθείσες περιπτώσεις γ' και ζ' της παρ. Α.4 του άρθρου 22 της διακήρυξης [...]. Ειδικότερα, οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που εμπíπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 40/2019). Η υποχρέωση αυτή υφίσταται τόσο κατά τον χρόνο συμπλήρωσης και υποβολής του ΕΕΕΣ, όσο και μεταγενεστέρως, στην περίπτωση μεταβολών επί των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ στοιχείων - οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες ο οικονομικός φορέας έλαβε γνώση ότι επήλθαν - κατά τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού μέχρι και την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, και για τις οποίες, κατά τη ρητή διάταξη του δεύτερου εδαφίου της παραγράφου 4.2.δ' (του άρθρου 4) της διακήρυξης σε συνδυασμό και με τη διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (κατά την οποία η συνδρομή ή μη λόγων αποκλεισμού κρίνεται και κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης), οφείλει να ενημερώσει τον αναθέτοντα φορέα εγκαίρως και προσηκόντως. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής εκ μέρους του οικονομικού φορέα επάγεται αυτοδικαίως την απόρριψη της προσφοράς του. Εξάλλου, η υποχρέωση προσκόμισης των δικαιολογητικών και αποδεικτικών εγγράφων παραμένει μεν, πλην μετατίθεται χρονικά στο στάδιο μετά την ανακήρυξη του προσωρινού αναδόχου, ο οποίος υποχρεούται να προσκομίσει όλα τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την ακρίβεια των στοιχείων που έχουν δηλωθεί (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 114-115/2019). [...] Ενόψει των ανωτέρω και σύμφωνα με όσα έγιναν

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη προκύπτει ότι και οι δύο εταιρείες μέλη της καθ' ης ένωσης κατά τον χρόνο υποβολής των ΕΕΕΣ τους στον επίμαχο διαγωνισμό και σε κάθε περίπτωση κατά την υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης εκάστης του άρθρου 23.3(ε) της διακήρυξης τελούσαν σε πλήρη γνώση ότι είχαν συνάψει συμφωνίες με στόχο της στρέβλωση του ανταγωνισμού, τις οποίες απέκρυψαν από την αναθέτουσα αρχή, δηλώνοντας ανακριβώς με το ΕΕΕΣ και σε κάθε περίπτωση με τις εν συνεχεία υποβληθείσες υπεύθυνες δηλώσεις τους ότι δεν είχαν συνάψει συμφωνίες αυτού του είδους, παραλείποντας ως εκ τούτου να επικαλεσθούν με τα εν λόγω έγγραφα και τα τυχόν ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα, ώστε η αναθέτουσα αρχή να μπορεί, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, να εκφέρει νομίμως κρίση για την επάρκεια των μέτρων αυτών».

13. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις του Νόμου και της υπόψη Διακήρυξης, η οποία και αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας, εναργώς προκύπτει ότι, προϋπόθεση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συμμετέχοντος στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, όπως ορίζονται στο άρθρο 103 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 αλλά και στους όρους 4.2 και 15.4 της παρούσας Διακήρυξης, αποτελεί η διαπίστωση ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, ήτοι κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης να διαπιστωθεί ότι τα δηλούμενα στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) είναι ψευδή ή ανακριβή (πρώτη προϋπόθεση), καθώς και η θετική γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου (δεύτερη προϋπόθεση). Μάλιστα, από τη γραμματική και συστηματική ερμηνεία των διατάξεων αυτών, σαφώς συνάγεται ότι οι ανωτέρω δύο προϋποθέσεις πρέπει να πληρούνται σωρευτικά και δη, προγενεστέρως της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η οποία συνέχεται αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω πλημμελειών της προσφοράς του σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, όπως αυτή θα κριθεί και θα αξιολογηθεί κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης είτε με την εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της σύμβασης), δηλαδή τον σε κάθε περίπτωση του αποκλεισμό από αυτήν. Συνεπώς, η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα, συνέχεται άμεσα με τη νομιμότητα αποκλεισμού της προσφοράς του, αφού η κύρωση αυτή, της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, επέρχεται παρακολουθηματικώς και αυτοδικαίως και εκ του Νόμου κατά τα προαναφερόμενα, συνεπεία της απόρριψης της

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

προσφοράς του υπό την προϋπόθεση συνδρομής συγκεκριμένων προϋποθέσεων, ως ο Νόμος και η Διακήρυξη ορίζουν. Τα ανωτέρω, όπου είτε λόγω σκόπιμα αναληθούς δήλωσης είτε λόγω ανακρίβειας των δηλούμενων και εκ του αποτελέσματος εσφαλμένης και μη ανταποκρινόμενης στην πραγματικότητα δήλωσης είτε ακόμη λόγω εν τέλει και σε κάθε περίπτωση έστω και μη επαρκούς απόδειξης περί του ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού (άρα ακόμη και αν θεωρητικά δεν συντρέχουν, όμως τούτο δεν απεδείχθη εν τέλει κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης), σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 103, η εγγυητική συμμετοχής καταπίπτει και πάλι, πλην όμως, το κοινό στοιχείο όλων των περιπτώσεων κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής του άρθρου 103 Ν. 4412/2016, ήτοι των παρ. 3-5 αυτού, εντοπίζεται στο ότι η κοινή και αναγκαία αιτία κατάπτωσης ανάγεται σε αυτά καθαυτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, η έλλειψη, ανεπάρκεια ή το περιεχόμενο των οποίων είναι και ο λόγος για τον οποίο εν τέλει προκύπτει η δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ. ως ψευδής ή ανακριβής ή η μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή η πλήρωση κριτηρίου επιλογής ως μη αποδειχθείσες (τρίτη προϋπόθεση). Δοθέντος δε, ότι η διάταξη του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 επισύρει κύρωση για τον συμμετέχοντα, του οποίου η δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ. κρίθηκε ως ψευδής ή αναληθής πρέπει να ερμηνευθεί συσταλτικά, ώστε να περιλαμβάνει μόνον περιπτώσεις που *rationae materiae* σαφώς εμπίπτουν στο γράμμα αυτής. Ούτως, το άρ. 103 Ν. 4412/2016 δεν καλύπτει την περίπτωση όπου ανακύπτει λόγος αποκλεισμού ή μη πλήρωση κριτηρίου επιλογής σε στάδιο πριν ή μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης (επί παραδείγματι κατά τον έλεγχο των αρχικών δικαιολογητικών συμμετοχής ήτοι του Ε.Ε.Ε.Σ., όταν και ενδέχεται να περιέλθει εις γνώση της αναθέτουσας, λόγος αποκλεισμού αποδεδειγμένος εκ των προτέρων, γεγονός που επιτρέπει τον αποκλεισμό ήδη από το πρώτο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας) ή περίπτωση όπου η τυχόν συνδρομή λόγου αποκλεισμού δεν προκύπτει από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή το ανακριβές ή ψευδές της τυχόν δηλώσεως στο Ε.Ε.Ε.Σ. δεν προκύπτει κατά τη διασταύρωση της οικείας δηλώσεως με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και ως εκ τούτου η εγγυητική συμμετοχής δεν καταπίπτει στις περιπτώσεις αυτές, αφού δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 (βλ. ΑΕΠΠ 588/2019). Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής περί της κατάπτωσης της κατατεθείσας εγγυητικής επιστολής συμμετοχής από την προσφεύγουσα ερείδεται στον αποκλεισμό της προσφοράς της με την υπ' αριθ. ΑΕΠΠ 1278/2019 και στα όσα έγιναν δεκτά με αυτήν, δηλαδή στην κρίση ότι «[...] οι δύο εταιρείες μέλη της καθ' ης ένωσης κατά τον χρόνο υποβολής των ΕΕΕΣ τους στον επίμαχο διαγωνισμό και σε

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

κάθε περίπτωση κατά την υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης εκάστης του άρθρου 23.3(ε) της διακήρυξης τελούσαν σε πλήρη γνώση ότι είχαν συνάψει συμφωνίες με στόχο της στρέβλωση του ανταγωνισμού, τις οποίες απέκρυψαν από την αναθέτουσα αρχή, δηλώνοντας ανακριβώς με το ΕΕΕΣ και σε κάθε περίπτωση με τις εν συνεχεία υποβληθείσες υπεύθυνες δηλώσεις τους ότι δεν είχαν συνάψει συμφωνίες αυτού του είδους [...]», κρίση που ανεξαρτήτως της ορθότητας της, δε δύναται να ελεγχθεί ούτε ευθέως ούτε παρεμπιπτόντως από την Α.Ε.Π.Π., αφού αυτήγ δεσμεύεται επί κάθε προτέρας κρίσεώς της επί της ίδιας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (βλ. ΣτΕ ΕΑ 54/2018), πολλώ δε μάλλον, που η κρίση αυτή της υπ' αριθ. ΑΕΠΠ 1278/2019 δεν έχει ανασταλεί αφού η κατατεθείσα σχετικώς υπ' αριθ. κατ. 311/2019 αίτηση αναστολής εκτέλεσης της προσφεύγουσας, απορρίφθηκε με το από 17.02.2020 εκδοθέν από το Συμβούλιο της Επικρατείας διατακτικό του. Εντούτοις, καίτοι πληρούται η πρώτη προϋπόθεση, ότι δηλαδή υφίσταται σε κάθε περίπτωση ανακριβής δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ. και στην Υπεύθυνη Δήλωση του όρου 23 της Διακήρυξης και ερειδόμενη σε αυτήν, η αναθέτουσα και σύμφωνα με το άρθρο 103 παρ. 3 του Ν.4412/2016 και 4.2 της Διακήρυξης αποφάσισε την κατάπτωση της υπόψη εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, δεν πληρούνται η δεύτερη και τρίτη των ανωτέρω προϋποθέσεων. Και τούτο διότι, προκειμένου η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής να έχει συννόμως εκδοθεί, θα πρέπει να πληρούται και η έτερη προϋπόθεση, ήτοι να έχει προηγηθεί διατύπωση γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, γεγονός που στην προκείμενη περίπτωση δεν συντρέχει, ως η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί (βλ. τελευταία σελίδα του υπ' αριθ. πρωτ. 17227/09.01.2020 εγγράφου απόψεών της), αφού υφίσταται παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας της αναθέτουσας πριν την απόφαση κατάπτωσης της εγγύησης. Ο προβαλλόμενος ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι, η προσβαλλόμενη απόφαση έχει την έννοια της καταρχήν έγκρισης για την αποστολή του θέματος στο αρμόδιο Τεχνικό Συμβούλιο και ότι, τελικά, η Οικονομική Επιτροπή δεν έχει λάβει οριστική απόφαση επί του ζητήματος της κατάπτωσης ή μη της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας ένωσης, τυχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος, καθόσον, αφενός, σύμφωνα με τα κριθέντα ανωτέρω, η γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αναφορικά με την κατάπτωση αποτελεί πρωθύστερη προϋπόθεση της έκδοσης της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής αφετέρου, η προσβαλλόμενη απόφαση συνιστά ατομική εκτελεστή πράξη κατά το κεφάλαιο της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας, και ουδόλως προκύπτει ότι προκειμένου να επέλθουν οι έννομες αυτής συνέπειες απαιτείται, μετά την κρίση του Τεχνικού Συμβουλίου, να αποσταλεί εκ νέου εισήγηση

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

της αρμόδιας υπηρεσίας προς την Οικονομική Επιτροπή, ως αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, αφού διαθέτει, ήδη, η απόφαση αυτή εκτελεστότητα. Προσέτι, η διαπίστωση της εν λόγω μη πλήρωσης των όρων 22^A παρ. 4 και 23 παρ. 2 και 3, δεν έλαβε χώρα κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με τα ανωτέρω περί πλήρωσης και της τρίτης προϋπόθεσης περί του συννόμου της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία. Και τούτο διότι, μετά την υπ' αριθ. 291/2019 Πράξη του Ε' Κλιμακίου που έκρινε ότι κωλύεται η υπογραφή του παραπάνω σχεδίου σύμβασης, καθώς θα έπρεπε να τηρηθεί η διαδικασία που προβλέπεται στις παραγράφους 7 έως 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 με την κλήση της προσφεύγουσας όπως προσκομίσει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι έλαβε επανορθωτικά μέτρα επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας της, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού της, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. πρωτ. 161555/07.05.2019 έγγραφό της ζήτησε, έλαβε και έκρινε αυτά ως επαρκή με την υπ' αριθ. 2140/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, κατά της οποίας απόφασης προσέφυγε η εταιρεία «.....» και εκδόθηκε η ΑΕΠΠ 1278/2019. Άλλοις λόγους, η υπόθεση κατά τη διάρκεια έκδοσης των ανωτέρω αποφάσεων και πράξεων, δεν επανήλθε στο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας, αφού αυτά είχαν ελεγχθεί και αξιολογηθεί, εκκρεμούσης της απόφασης περί της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων της προσφεύγουσας, δηλαδή του κατά πόσον τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά της περί των επανορθωτικών μέτρων που είχε λάβει, αποδεικνύουν και πληρούν τους όρους της Διακήρυξης όσον αφορά τους λόγους αποκλεισμού και επί των οποίων εκδόθηκαν οι υπ' αριθ. 2140/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και η απόφαση 1278/2019 της Α.Ε.Π.Π. Τούτων δοθέντων, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι στην υπό κρίση υπόθεση το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4.2 της Διακήρυξης δεν εφαρμόζονται, καθώς η περίπτωση συνδρομής του λόγου αποκλεισμού δεν προέκυψε κατά την εξέταση των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και της έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης δεν προηγήθηκε η διατύπωση γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, τυγχάνουν βάσιμοι και κατ' ακολουθίαν ο λόγος αυτός της Προσφυγής, θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, νόμος και ουσία.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή ως νόμος και ουσία βάσιμη, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, το παράβολο, δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να επιστραφεί (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.

Αριθμός απόφασης: 225 / 2020

4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017), ενώ η ασκηθείσα Παρέμβαση θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, σύμφωνα με τα ως άνω κριθέντα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 3078/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας, κατά το μέρος, με το οποίο αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της Ένωσης Οικονομικών Φορέων με την επωνυμία «.....», με αριθ. εκδόσεως, ποσού 340.000,00 ευρώ.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 7 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 26 Φεβρουαρίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα