

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 15 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.03.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 370/09.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «....» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ.. .., οδός ..., αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της Περιφέρειας ..., (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. 74/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλομένη») και να αναγνωρισθεί το γεγονός ότι δεν πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις οριστικοποίησης κατακύρωσης της σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 968,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 193.548,39€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. πρωτ. οικ. ... Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Επισκευές – Συντηρήσεις σε σχολικά κτίρια Δήμου ... (Γ' Φάση)» εκτιμώμενης αξίας 240.000,00 Ευρώ (με Φ.Π.Α. 24%) με κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 26.04.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε α/α ...

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η Περιφέρεια ... ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της. Ο δε ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί αναρμοδιότητας της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ήτοι ότι «Όσον αφορά την διαδικασία ένστασης κατά της αρ. 74/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ..., άποψή μας ότι αυτή διέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 87 του ν. 4782/2021 «Διοικητική επίλυση συμβατικών διαφορών» και όχι του άρθρου 4.3 της διακήρυξης.» της αναθέτουσας αρχής απορρίπτεται ως νόμω αβάσιμος, όπως τούτο εξάλλου υποστηρίζει και η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της. Η προσφεύγουσα με πρόδηλο έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλομένης, καθότι συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό υποβάλλοντας την προσφορά της η οποία, παρόλο που έγινε αποδεκτή και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος, εντούτοις, λόγω μη προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η προσφορά της απερρίφθη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη, σε συνέχεια δε της απόφασης περί απόρριψης της προσφοράς της, δυνάμει της προσβαλλομένης, αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της. Η δε 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 αρχής, εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Αυτό δε 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 οι διατάξεις του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρθρων 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Άλλωστε, όπως προκύπτει από τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων των άρ. 346 παρ. 1 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, όπως εν προκειμένω. Επομένως παραδεκτώς ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 09.03.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη αναρτήθηκε στις 04.03.2022 στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ (ΑΔΑ: ...), β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή στις 10.03.2022 η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του διαγωνισμού την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, προς δε ενημέρωση των ενδιαφερομένων απέστειλε και σχετικό μήνυμα δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 14.03.2022, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 524/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και του αιτήματος αναστολής- χορήγησης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή στις 11.03.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α201/2022 απόφαση της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ η οποία έκανε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας και ανέστειλε την εκτέλεση της προσβαλλομένης έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 24.03.2022 δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς την ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αρ. πρωτ. 26845/708/22.03.2022 απόψεις της, τις οποίες εν συνεχεία στις 28.03.2022 κοινοποίησε δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στην προσφεύγουσα.

9. Επειδή στις 02.04.2022 η προσφεύγουσα κοινοποίησε υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, αυθημερόν δε απέστειλε αυτό προς την ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ με ηλεκτρονικό μήνυμα, ήτοι εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρ. 365, παρ. 1, τελ. εδάφιο του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή με την προσβαλλομένη με «*ΘΕΜΑ 29ο : Έγκριση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας «...» για το έργο «Επισκευές - Συντηρήσεις σε σχολικά κτίρια (Γ' φάση) Δήμου ...».*» η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε ομόφωνα την έγκριση της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής με αρ. ... του ΤΜΕΔΕ της προσφεύγουσας για το έργο «Επισκευές - Συντηρήσεις σε σχολικά κτίρια (Γ' φάση) Δήμου ...», λόγω μη προσκόμισης των δικαιολογητικών συμμετοχής, η

οποία θα αποστέλετο δια της Δ.Τ.Ε.... στο Ταμείο Μηχανικών & Εργοληπτών Δημοσίων Έργων (Τ.Μ.Ε.Δ.Ε.), για να προβεί σε όλες τις απαραίτητες ενέργειες για την κατάπτωση του ποσού της εν λόγω Εγγυητικής Επιστολής. Σε αυτή ελήφθη υπόψη, μεταξύ άλλων, η υπ' αρ. 778/2021 (ΑΔΑ: ...) απόφαση Οικονομικής Επιτροπής με θέμα: Έγκριση 2ου πρακτικού δημοπρασίας ανοιχτού διαγωνισμού για το έργο: «Επισκευές- Συντηρήσεις σε σχολικά κτίρια (Γ' Φάση) Δήμου ...», με την οποία αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 7-12-2021 2ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού του έργου «Επισκευές – συντηρήσεις σε σχολικά κτίρια (Γ' φάση) Δήμου ...», εκτιμώμενης αξίας 240.000 € με ΦΠΑ 24% και «Α)Απορρίπτει την προσφορά του προσωρινού αναδόχου " " με δ.τ. "...", διότι δεν κατέθεσε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και επομένως δεν αποδεικνύονται οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής του στον διαγωνισμό, σύμφωνα με τα άρθρα 21,22 και 23 της διακήρυξης. Β)Αναδεικνύει ως προσωρινό ανάδοχο τον αμέσως επόμενο κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικό φορέα, δηλαδή την εταιρεία «...», η οποία προσέφερε συνολικό προϋπολογισμό προσφοράς (με Γ.Ε. Ο.Ε., χωρίς απρόβλεπτα, απολογιστικά, αναθεώρηση και Φ.Π.Α.) € 128.367,55 ήτοι μέση έκπτωση 23,67 % .».

11. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλομένη πάσχει ακυρότητας διότι ελήφθη κατά παράβαση των αρ. 49, 105 και 106 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι σε κανένα σημείο των εγγράφων της σύμβασης δεν αναφέρεται ότι οι εργασίες θα εκτελούνται μόνο σε χρόνο που δεν πραγματοποιούνται μαθήματα και το σχολείο είναι κλειστό, δεδομένο που είναι κρίσιμο για την γνώση των γενικών και ειδικών συνθηκών εκτέλεσης του έργου, κατά συνέπεια και, ως υποστηρίζει, κατά παράβαση του άρθρου 49 του Ν. 4412/2016, δεν χορηγήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή όλα τα στοιχεία που θα της έδιναν τη δυνατότητα να διαμορφώσουμε, κατά την διαδικασία σύναψης σύμβασης, βάσιμη και ρεαλιστική προσφορά, ισχυρίζεται δε ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να έχει εξασφαλίσει όλες τις απαιτούμενες αδειοδοτήσεις προκειμένου να εξασφαλίζεται η ωριμότητα της σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι, όπως ορίζεται στην υπ' αριθ. πρωτ. ΔΝΣβ/854/ΦΝ466/27-11-2018 Εγκύκλιο 11 του Υπουργείου Υποδομών αλλά

και στην υπ' αριθμ. ΔΝΣβ/1732/ΦΝ 466/30-01-2019 (ΦΕΚ1047/Α/29-03-2019), στα παραδοτέα της Φάσης 3: Γεωμετρικός Σχεδιασμός / Οριστική Μελέτη των Κτιριακών Έργων, περιλαμβάνεται η Σύνταξη Φακέλου Πολεοδομικής Άδειας και η Έκδοση Οικοδομικής Άδειας και ότι, για την εκτέλεση των εργασιών του έργου, όπως αυτές ορίζονται στα τεύχη της σύμβασης, απαιτείται η έκδοση, από τον κύριο του έργου, έγκρισης εκτέλεσης εργασιών μικρής κλίμακας, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4495/2017 (χρήση ικριωμάτων), καθώς και διερεύνηση από πλευράς της αναθέτουσας αρχής για την πιθανή απαίτηση για έκδοση οικοδομικής άδειας, σύμφωνα με τον ίδιο νόμο (νέες κατασκευές), αλλά, αναφέρει ότι, μέχρι και την ημερομηνία κατάθεσης της προσφυγής δεν γνωρίζει να έχει εκδοθεί ουδεμία άδεια. Συνεπώς, υποστηρίζει ότι δεν είχαν εξασφαλιστεί, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, επαρκή μέτωπα εργασίας κατά την έννοια του άρθρου 49 του Ν.4412/2016 και κατά συνέπεια δεν θα έπρεπε να κοινοποιηθεί στον προσωρινό ανάδοχο η απόφαση κατακύρωσης της περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του Ν.4412/2016. Συναφώς, υποστηρίζει ότι τόσο η υπ' αριθ. 778/2021 όσο και η υπ' αριθ. 74/2022 προσβαλλόμενη Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής δεν αναφέρουν τίποτα στο σκεπτικό και στο αποφασιστικό τους για τα ανωτέρω νομικά κωλύματα που παρουσιάζει η προσφεύγουσα με την από 10-11-2021 επιστολή της. Επίσης, αναφέρει ότι η υπ' αριθ. 778/2021 Απόφαση δεν προβλέπει τίποτα απολύτως επί του ζητήματος κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της και ότι η αναθέτουσα αρχή, όχι μόνο δεν θεράπευσε τις παρατυπίες διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, αλλά δεν έκρινε επίσης και κατά τρόπο με σαφήνεια επαγόμενο άμεσες έννομες συνέπειες το ζήτημα της κατάπτωσης της εγγυητικής, αφού δεν προκύπτει σε καμία περίπτωση ότι όντως η αναθέτουσα θα ζητούσε άνευ ετέρου από τον εκδότη της εγγυητικής την κατάπτωση ή ότι θα διαβίβαζε την υπόθεση στο Τεχνικό Συμβούλιο. Συναφώς, υποστηρίζει ότι κατά παράβαση των διατάξεων του Ν.4412/2016, η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας μας, δεδομένου ότι λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης (μη πλήρωση των προϋποθέσεων κατακύρωσης της σύμβασης), θα όφειλε να εφαρμόσει τις διατάξεις του άρθρου 106 και για το λόγο αυτό θα πρέπει να ακυρωθεί.

12. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας διότι ελήφθη κατά παράβαση ουσιώδους τύπου του Ν. 2690/1999. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι πριν την λήψη της προσβαλλόμενης απόφαση δεν κλήθηκε να καταθέσει τις απόψεις της, κατά ρητή απαίτηση των σχετικών διατάξεων του ως άνω νόμου και σχετικής διάταξης του Συντάγματος (Άρθρο 20 παρ. 2), που προβλέπουν ότι το να κλητεύεται ο διοικούμενος για να εκθέσει τις απόψεις του πριν από την έκδοση επαχθούς για αυτόν διοικητικής πράξης συνιστά ουσιώδη τύπο της οικείας διαδικασίας (ΣΕ 171/2002), και ότι η κλήση αυτή δεν έγινε ούτε από την αναθέτουσα αρχή, ούτε από το γνωμοδοτούν Τεχνικό Συμβούλιο Δημοσίων Έργων της αναθέτουσας αρχής. Υποστηρίζει δε ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας μας δεν αποτελούσε δέσμια ενέργειά του, δεδομένου ότι ουδέποτε εξετάστηκε ή/και διαπιστώθηκε η συνδρομή των νόμιμων προϋποθέσεων της κατάπτωσης.

13. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας διότι ελήφθη κατά παράβαση των διατάξεων του άρ. 38 του Ν. 4412/2016, ειδικότερα ότι η αναθέτουσα αρχή δεν ανάρτησε στο ΚΗΜΔΗΣ την απόφαση κατακύρωσης. Συναφώς, υποστηρίζει ότι, περὶ των ισχυρισμών που περιλαμβάνονται στον πρώτο λόγο της προσφυγής της, ως προς το γεγονός ότι δεν πληρούνται οι όροι οριστικοποίησης της κατακύρωσης της σύμβασης, όπως προκύπτει κατόπιν σχετικής αναζήτησης στον ελεύθερα προσβάσιμο χώρο του ΚΗΜΔΗΣ, η απόφαση κατακύρωσης της σύμβασης (απόφαση 778/2021) δεν καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ κατά παράβαση των οικείων διατάξεων, οι οποίες μάλιστα ορίζουν την υποχρέωση αυτή της αναθέτουσας αρχής ως «αμελλητί», κατά συνέπεια υποστηρίζει ότι δεν έχει τεθεί σε ισχύ και για το λόγο αυτό παρανόμως λήφθηκε και η υπ' αριθ. 74/2022 προσβαλλόμενη απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της.

14. Επειδή, επί των λόγων της υπό κρίση προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι «Όσον αφορά τον 1ο λόγο προσφυγής του οικονομικού

φορέα «Λεωνίδας Σιώρης και ΣΙΑ ΕΕ»: Όπως έχει προαναφερθεί, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 δ) της διακήρυξης: «...Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή ii) 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 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...» Το άρθρο 2.3 της διακήρυξης αναφέρει: « Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, ήτοι έως την 12-05-2021 η αναθέτουσα αρχή παρέχει σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης, το αργότερο στις 14-05-2021.» Ο οικονομικός φορέας " " υπέβαλε την προσφορά του στις 17-05-2021, μέσω Συστήματος η οποία έλαβε αριθμό ... Στην οικονομική προσφορά την οποία έχει καταθέσει αναφέρεται ότι: «...Αφού έλαβα γνώση της Διακήρυξης του διαγωνισμού του έργου που αναγράφεται στην επικεφαλίδα και των λοιπών τευχών Δημοπράτησης, καθώς και των συνθηκών εκτέλεσης του έργου αυτού, υποβάλλω την παρούσα προσφορά και δηλώνω ότι αποδέχομαι πλήρως και χωρίς επιφύλαξη όλα αυτά και αναλαμβάνω την εκτέλεση του έργου με τα ακόλουθα ποσοστά έκπτωσης επί των τιμών του Προϋπολογισμού Μελέτης και για κάθε ομάδα αυτού...» Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω και το γεγονός ότι σε αυτό το στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας η Επιτροπή Διαγωνισμού εφαρμόζει την παρ. 4.2δ της διακήρυξης, δηλαδή ελέγχει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού μειοδότη και αν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 Διακήρυξης. Δεν εξετάζει, αλλά ούτε έχει την αρμοδιότητα, να αποφανθεί επί των ισχυρισμών του προσωρινού αναδόχου περί των όρων του διαγωνισμού αλλά και επί των στοιχείων της μελέτης και του τρόπου εκτέλεσης του έργου, αφού αυτό έπρεπε να γίνει σε

προγενέστερο στάδιο. Όπως φαίνεται από τα παραπάνω και σύμφωνα με το άρθρο 2.3 της διακήρυξης είχε δοθεί προθεσμία στους οικονομικούς φορείς να ζητήσουν διευκρινήσεις από την αναθέτουσα αρχή., πριν την διεξαγωγή του διαγωνισμού. Οι απαντήσεις την αναθέτουσας αρχής συμπληρώνουν και ενσωματώνονται στα τεύχη του Διαγωνισμού και θεωρούνται αναπόσπαστο μέρος της παρούσας Διακήρυξης. Από την παραλαβή των τευχών διαγωνισμού και από την παροχή των συμπληρωματικών πληροφοριών / διευκρινήσεων συνάγεται, κατά αμάχητο τεκμήριο, ότι ο ενδιαφερόμενος έχει λάβει γνώση των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών και της φύσης του έργου. Με την κατάθεση και αποσφράγιση των προσφορών, διευκρινήσεις, τροποποιήσεις ή αποκρούσεις όρων της Διακήρυξης ή των προσφορών δεν γίνονται δεκτές και απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Για τους λόγους αυτούς εξ άλλου απορρίφθηκε η προσφορά του οικονομικού φορέα «...», με την την αρ. 778/2021 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ..., η οποία όπως προαναφέρθηκε δεν έχει προσβληθεί και έχει ήδη τελεσιδικήσει . Ο αβάσιμος και προσχηματικός χαρακτήρας των ισχυρισμών του οικονομικού φορέα "", όσον αφορά τους όρους του διαγωνισμού/ των τευχών δημοπράτησης / αδειοδοτήσεων, αποδεικνύεται και απότο γεγονός ότι μετά την απόρριψη της προσφοράς του κλήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ο επόμενος κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικός φορέας «...»για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ο οικονομικός φορέας «...» ανταποκρίθηκε εμπρόθεσμα στην υποβολή των δικαιολογητικών, χωρίς να θέσει κανένα από τα «προσχηματικά και αβάσιμα» αιτήματα του οικονομικού φορέα " ... ". Όσον αφορά τον 2ολόγο Προσφυγής, οι απόψεις μας έχουν ήδη προαναφερθεί και δεν προβλέπεται η υποχρέωση του Τεχνικού Συμβουλίου της ... σε κλήση σε ακρόαση του ενδιαφερόμενου στις περιπτώσεις αυτές. Η πρόσκληση και η έγκαιρη ειδοποίηση αναδόχου είναι υποχρεωτική μόνο σε περίπτωση εκδίκασης ένστασής του. Για τον 3ολόγο Προσφυγής, όπως έχει προαναφερθεί, με το αρ. πρωτ.: 167596/4761/29-12-2021 έγγραφο της ..., κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω ΕΣΗΔΗΣ η αρ. 778/2021 της Οικονομικής Επιτροπής της ... και γνωστοποιήθηκε το δικαίωμα σε αυτούς να υποβάλλουν ένσταση εντός δέκα (10) ημερών. Άλλωστε με τον ίδιο ακριβώς τρόπο κοινοποιήθηκε σε όλους το 1οΠρακτικό Διαγωνισμού ανακήρυξης ως προσωρινό μειοδότη τον

οικονομικό φορέα " ...», χωρίς αυτός να θέσει ζητήματα νομιμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας.».

15. Επειδή, επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή με την αναφορά στις απόψεις της ως προς την από 10.11.2021 αίτηση της προσφεύγουσας ουσιαστικά επιβεβαιώνει τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, αφού επιβεβαιώνει ότι, ενώ έλαβε την επιστολή της, με την οποία την ενημέρωνε ότι, λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης (μη πλήρωση των προϋποθέσεων κατακύρωσης της σύμβασης σύμφωνα με το άρθρο 105 του Ν.4412/2016), θα όφειλε να εφαρμόσει τις διατάξεις του άρθρου 106 του Ν.4412/2016 και για το λόγο αυτό θα ματαιώσει τη διαδικασία, αυτή απλά ακύρωσε την προσφορά της και κατακύρωσε την σύμβαση στον επόμενο μειοδότη και ότι πουθενά στις αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής δεν αναφέρεται η γνώμη ή η άποψη της αναθέτουσας αρχής επί του νομικού κωλύματος της διαδικασίας της σύμβασης. Επίσης, ισχυρίζεται ότι στην ως άνω επιστολή της δεν συμπεριελάμβανε απόψεις ή αντιρρήσεις επί της διακήρυξης ή της διαδικασίας του διαγωνισμού αλλά επί της κατακύρωσης της σύμβασης, η οποία διέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 105 του Ν.4412/2016, οι οποίες παραβιάστηκαν από την απόφαση της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιήσει την απόφαση κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο πριν την πλήρωση των όρων του σχετικού άρθρου. Συναφώς, υποστηρίζει ότι δεν υπέβαλε προδικαστική προσφυγή κατά της υπ' αριθ. 778/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, αφού η εν λόγω απόφαση δεν προβλέπει τίποτα απολύτως επί του ζητήματος κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της, όπως αναφέρει και στον πρώτο λόγο της προσφυγής της και επιβεβαιώνει και η αναθέτουσα αρχή και ότι, από τη στιγμή που η αναθέτουσα αρχή δεν ανέφερε πουθενά την πρόθεση ή την απόφασή της για κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής, προφανώς και δεν είχε κάποιο λόγο να υποβάλει προδικαστική προσφυγή. Ως προς τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής επί του πρώτου λόγου της υπό κρίση προσφυγής, η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της υποστηρίζει ότι η προσφυγή της δεν απευθύνεται κατά της διακήρυξης ή των προσφορών που έγιναν δεκτές αλλά κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής να

οριστικοποιήσει την απόφαση κατακύρωσης κατά παράβαση του άρθρου 105 του Ν. 4412/2016, διαδικασία η οποία προβλέπεται ρητώς στην διακήρυξη και την οποία δεν εφάρμοσε η αναθέτουσα αρχή και ότι το γεγονός ότι επόμενος μειοδότης δεν τήρησε την ίδια στάση και αποδέχθηκε την οριστικοποίηση της κατακύρωσης, σε καμία περίπτωση δεν αποδεικνύει το εσφαλμένο των επιχειρημάτων της. Επί των ισχυρισμών της αναθέτουσας για τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δεν απαντάει τίποτα στα όσα παρουσιάζουμε στον λόγο αυτό της προσφυγής της και κυρίως στις ρυθμίσεις των διατάξεων του Ν.2690/1999. Επί δε των ισχυρισμών που αφορούν στον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν απαντάει τίποτα στα όσα παρουσιάζει στον τρίτο λόγο της προσφυγής της και κυρίως στην παράλειψη να κοινοποιήσει αμελλητί στο διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ, όπως έχει υποχρέωση από το άρθρο 38 του Ν.4412/2016, της απόφασης κατακύρωσης της σύμβασης.

16. Επειδή, ως προς τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, σε συνέχεια της υπ' αρ. 616/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία η προσφεύγουσα ανεδείχθη προσωρινή ανάδοχος και η οποία κοινοποιήθηκε σε αυτήν στις 14.10.2021 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το υπ' αρ. πρωτ. οικ. 136196/4019/01.11.2021 έγγραφο με θέμα *«Κλήση για δικαιολογητικά για το έργο "Επισκευές Συντηρήσεις σε σχολικά κτίρια (Γ' φάση) Δήμου ...»*. Σε απάντηση του ως άνω εγγράφου, η προσφεύγουσα απέστειλε την από 10.11.2021 αίτησή της με θέμα *«Ενημέρωση μας σχετικά με την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης για τον διαγωνισμό του έργου: «Επισκευές Συντηρήσεις σε σχολικά κτίρια (Γ' φάση) Δήμου ...»*, στην οποία αναφέρει το σύνολο των ισχυρισμών που περιλαμβάνονται στον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, συναφώς, δεν απέστειλε τα δικαιολογητικά έγγραφα κατακύρωσης. Εν συνεχεία, ακολούθησε στις 30.12.2021 η κοινοποίηση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ενδιαφερόμενους, της προσφεύγουσας συμπεριλαμβανομένης, της υπ' αρ. 778/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η απόρριψη της προσφοράς της

προσφεύγουσας, λόγω μη κατάθεσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του αμέσως επόμενου σε σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα. Κατά των ως άνω αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ουδείς, συμπεριλαμβανομένης της προσφεύγουσας, δεν άσκησε προδικαστική προσφυγή, κατά τα οριζόμενα στα άρ. 346 και 360 του Ν. 4412/2016 και το άρ. 4.3 της Διακήρυξης, συνεπώς, εφόσον δεν ανετράπησαν, εξακολουθούν να παράγουν τα έννομα αποτελέσματά τους και να υφίστανται στον νομικό κόσμο. Η δε προσφεύγουσα, όπως προεκτέθηκε, περιλαμβάνει στον πρώτο λόγο της προσφυγής ισχυρισμούς που είχε προβάλει και με την από 10.11.2021 αίτησή της που αφορούσε στην κλήση της προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, στο πλαίσιο της υπ' αρ. 616/2021 απόφασης, δυνάμει της οποίας ανεδείχθη προσωρινή ανάδοχος. Ωστόσο, ουδόλως προσέβαλε την ως άνω απόφαση, όπως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, προσβάλλοντας ανεπικαίρως, και άρα απαραδέκτως, με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή αυτήν αλλά και τη μεταγενέστερη αυτής υπ' αρ. 778/2021 απόφαση, δυνάμει της οποίας η προσφορά της απερρίφθη, λόγω μη προσκόμισης δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ουδόλως δε με τον πρώτο λόγο βάλλεται η προσβαλλομένη, η οποία ρητώς αναφέρεται μόνο στην κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας, ωστόσο ουδέν η προσφεύγουσα αναφέρει επί του περιεχομένου της προσβαλλομένης, αλλά, τουναντίον, επί της ουσίας βάλλει κατά προηγούμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος απορρίπτεται ως απαράδεκτος, ως βάλλων ανεπικαίρως κατά προγενέστερων πράξεων της αναθέτουσας αρχής, για τις οποίες έχει παρέλθει η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής και οι οποίες, εφόσον δεν προσεβλήθησαν, κατέστησαν οριστικές και εξακολουθούν να παράγουν τα έννομα αποτελέσματά τους.

17. Επειδή, ως προς τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, σύμφωνα με το άρ. 4.2 «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» της Διακήρυξης, *«α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό*

ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης ... δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: ... ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών,... απορρίπτεται η 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.». Σύμφωνα δε με το άρθρ. 103, παρ. 4 του Ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρ. 43 του Ν. 4782/2021, το οποίο εφαρμόζεται και στις εκκρεμείς κατά το χρόνο έναρξης ισχύος του διαγωνιστικές διαδικασίες, σύμφωνα με το άρθρ. 22 του Ν. 4903/2022 «Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται.». Συνεπώς, βάσει των ανωτέρω, αβασίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν είχε δέσμια αρμοδιότητα να προβεί με την προσβαλλομένη σε κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής καθότι τούτο προβλέπεται ρητά, κατά τα ως άνω. Όπως δε προεκτέθηκε, ακολουθήθηκε η διαδικασία κλήσης της προσφεύγουσας, ως αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου, η οποία ουδέποτε απέστειλε τα σχετικά δικαιολογητικά κατακύρωσης, με αποτέλεσμα την, κατά τα ανωτέρω, κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής συμμετοχής. Σημειώνεται δε ότι, αφενός οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 είναι ειδικότερες εκείνων του Κώδικα Διοικητικής

Διαδικασίας (Ν. 2690/1999), αφετέρου, σε κάθε περίπτωση, όταν συντρέχει δέσμια αρμοδιότητα του διοικητικού οργάνου, όπως εν προκειμένω, δεν συντρέχει το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης του διοικουμένου (βλ. *Ε. Σπηλιωτόπουλο*, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, 13η Έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 166-167). Επομένως ο δεύτερος λόγος της προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

18. Επειδή, ως προς τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, η προσβαλλομένη αφορά αποκλειστικά και μόνο στην κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας. Όπως προεκτέθηκε αναλυτικά στις ανωτέρω σκέψεις, ιδία δε στη σκ. 14, ανεπικαίρως και άρα απαραδέκτως η προσφεύγουσα με την προδικαστική προσφυγή της βάλλει κατά της απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού, ήτοι απόφασης προγενέστερης της προσβαλλομένης και σε κάθε περίπτωση έχουσας διαφορετικό αντικείμενο και περιεχόμενο. Ειδικότερα, ο τρίτος λόγος απορρίπτεται ως απαράδεκτος διότι, όπως εξάλλου ρητά αναφέρει η προσφεύγουσα στην προσφυγή της, παραθέτοντας σχετικές περί του ΚΗΜΔΗΣ διατάξεις, «*η Αναθέτουσα Αρχή, κατά παράβαση του άρθρου 38, δεν έχει αναρτήσει την απόφαση κατακύρωσης του*» και «*η απόφαση κατακύρωσης της σύμβασης (απόφαση 778/2021) δεν καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ κατά παράβαση των οικείων διατάξεων*» (σελ. 12/18), δηλαδή η προσφεύγουσα ανεπικαίρως στρέφεται κατά προηγούμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, ήτοι της απόφασης κατακύρωσης της σύμβασης, η οποία δεν προσβάλλεται με την υπό κρίση προσφυγή και για την οποία έχει παρέλθει η σχετική προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής, όπως εξάλλου βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, κατά τα ειδικότερα ως άνω αναλυτικά κριθέντα. Ειδικότερα, η υπ' αρ. 778/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας λόγω μη κατάθεσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του αμέσως επόμενου σε σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 30.12.2021 προς τους ενδιαφερόμενους, της προσφεύγουσας συμπεριλαμβανομένης, ωστόσο, εφόσον δεν προσεβλήθη με προδικαστική προσφυγή, εξακολουθεί να

Αριθμός απόφασης : 585/2022

παράγει τα έννομα αποτελέσματά της. Επομένως, απορρίπτεται ως απαράδεκτος ο τρίτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής.

19. Επειδή η εισήγηση γίνεται δεκτή.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15.04.2022 και εκδόθηκε στις 20.04.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ