

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Μαΐου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη -Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.04.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 468/21.04.2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «» δ.τ.: «», που εδρεύει στην, επί της οδού, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί στο σύνολό της η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 405/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της με την οποία αποφασίσθηκε: α) ο αποκλεισμός του και η μη ανάδειξή του ως οριστικού αναδόχου του έργου, β) η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του και γ) η ματαίωση του διαγωνισμού βάσει της υπ' αριθ. διακήρυξης τύπου Β', για την επιλογή αναδόχου του δημοσίου έργου «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ – ΟΔΙΚΗ ΑΣΦΑΛΕΙΑ – ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΤΟΛΙΣΘΗΣΕΩΝ ΣΤΗΝ ΕΠΑΡΧΙΑΚΗ ΟΔΟ ΤΗΣ (ΤΜΗΜΑ ΣΥΜΒΟΛΗ ΚΑΙ ΠΥΛΗ)», εκτιμώμενης αξίας 199.193,55 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 614/2020

1. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ – ΟΔΙΚΗ ΑΣΦΑΛΕΙΑ – ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΤΟΛΙΣΘΗΣΕΩΝ ΣΤΗΝη ΕΠΑΡΧΙΑΚΗ ΟΔΟ ΤΗΣ (ΤΜΗΜΑ ΣΥΜΒΟΛΗΗΣ ΚΑΙΗΣ ΕΠ.Ο.– ΠΥΛΗ)», εκτιμώμενης αξίας 199.193,55 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%).

2. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 996,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών όπου στο πεδίο «κατάσταση» αναφέρεται η ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και το από 16.04.2020 αποδεικτικό πληρωμής του ως άνω παραβόλου δια μέσω της).

3. Επειδή, η διακήρυξη, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) ΑΔΑΜ:, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4. Επειδή, η υπό στοιχείο 1 της παρούσας διαγωνιστική διαδικασία ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) κατατέθηκε στις 16.04.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού δοθείσας της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης στους ενδιαφερομένους στις 06.04.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, αυθημερόν, 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 του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

Αριθμός Απόφασης: 614/2020

6.Επειδή, με την με αρ. 593/21.04.2020 Πράξη του Προέδρου του 7ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας και επί της προσφυγής. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ τις με αρ. πρωτ...../29.04.2020 απόψεις της καθώς και τα στοιχεία του φακέλου.

7. Επειδή, σύμφωνα με τη ρητή διατύπωση του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016, και την εννοιολογικά ταυτόσημη παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, προκύπτει ότι προκειμένου να ασκηθεί παραδεκτώς από τον θιγόμενο προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, θα πρέπει η βλαπτική πράξη της αναθέτουσας αρχής να έχει εκτελεστό χαρακτήρα ομοίως και η παράλειψη, δηλαδή, να παράγουν έννομες συνέπειες (βλ. μεταξύ πολλών Απόφαση ΑΕΠΠ 8/2019 του 7ου Κλιμακίου).

8. Επειδή, όπως δέχεται η θεωρία και έχει κριθεί και από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 240/2017), οι βεβαιωτικές πράξεις επαναλαμβάνουν προηγούμενες πράξεις της διοίκησης, χωρίς να έχει μεσολαβήσει νέα ουσιαστική έρευνα από την πλευρά των διοικητικών οργάνων και αρχών. Οι πράξεις αυτές στερούνται εκτελεστότητας, με αποτέλεσμα ο διοικούμενος να μην μπορεί να τις προσβάλει δικαστικά ή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αφού εκτελεστή είναι μόνον η αρχική πράξη επί της οποίας βασίστηκαν. Οι βεβαιωτικές πράξεις, απλώς επιβεβαιώνουν ήδη υπάρχουσα ρύθμιση και δεν προσβάλλονται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι βασική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής κατά πράξεων της διοίκησης αποτελεί ο εκτελεστός χαρακτήρας της προσβαλλόμενης πράξης (Αν. Τάχου Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637). Περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα οι βεβαιωτικές πράξεις των διοικητικών οργάνων, ήτοι οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα και αποτελούν επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως (βλ. ΣΤΕ 1390/2012, 3201/2009, 575/2008, 4596/2006, 1117/2005, 3762/2003, 296/2001, 3217/2000, 1968/2000 κλπ.) και δηλώνουν εμμονή της Διοικήσεως σε

προγενέστερη ρύθμιση (βλ. ΣΤΕ 1718/1977, 340/83, 2619/1986, 2771/2011). Όπου η διοίκηση επιβεβαιώνει απλώς προηγούμενη ρύθμιση, δεν πρόκειται για νέα πράξη, έστω και αν εκδόθηκε από προϊστάμενη αρχή της εκδούσας, κατόπιν άσκησης κοινής ιεραρχικής προσφυγής (βλ. Δαγτόγλου Π., Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, αρ. 522). Επομένως, η προσβολή με προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 επ. του Ν. 4412/2016 των μη εκτελεστών διοικητικών πράξεων είναι απορριπτή ως απαράδεκτη, καθώς οι βεβαιωτικές πράξεις δεν έχουν τον χαρακτήρα διοικητικής πράξης. Ως εκ τούτου, εκτελεστή διοικητική πράξη, η οποία μπορεί να προσβληθεί αυτοτελώς δικαστικά και ενώπιον της Αρχής είναι μόνο η πράξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία τροποποιούνται ή εισάγονται για πρώτη φορά στοιχεία που δεν είχαν καταστεί γνωστά στους οικονομικούς φορείς με προηγούμενη πράξη της διοίκησης, διαφοροποιούν το περιεχόμενό της και κατά αυτή την έννοια, εισάγουν νέα στοιχεία ή/και αιτιολογία, βλαπτικά και άρα προσβλητέα εκ μέρους του οικονομικού φορέα.

9. Επειδή, είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο εθνική ρύθμιση, η οποία προβλέπει ότι η προσφυγή κατ' αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προς στήριξη της προσφυγής τους, πρέπει να προβάλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απωλέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα, αν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι δυνατή ούτε η προσβολή της εν λόγω αποφάσεως ούτε η προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι εύλογη (Απόφαση της 11ης Οκτωβρίου 2007, C-241/06, Lämmerzahl, Συλλογή 2007, σ. I-8415, σκέψη 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

10. Επειδή δυνάμει των διατάξεων των άρθρων 361-362 ν.4412/2026, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι αποκλειστική ή ανατρεπτική και η μη τήρησή της συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφυγής (Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ

ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, 2017, σελ. 853). Ομοίως και υπό το προγενέστερο νομικό καθεστώς (ν. 3886/2010) η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής συνιστά προϋπόθεση παραδεκτής άσκησης κι έχει παγίως κριθεί ότι «δεν αναστέλλεται κατά τη διάρκεια των δικαστικών διακοπών (βλ. ΕΑ 888/2004, 365, 931/2007, 199/2009), δεν αναβιώνει σε περίπτωση μεταγενέστερης ρητής απορρίψεως της προδικαστικής προσφυγής με σχετική πράξη της αναθέτουσας αρχής, ούτε προσβάλλεται η πράξη αυτή αυτοτελώς με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων εντός νέας δεκαήμερης προθεσμίας, διότι σκοπός του νομοθέτη είναι η ταχεία επίλυση της διαφοράς και η περαιτέρω πρόοδος του διαγωνισμού (βλ. ΣτΕ 27/2017, ΔεΦ Πατρ. 39/2017, ΣτΕ 119/2014, 400/2014, Ε.Α. 119/2014, 427, 637/2012, 181, 796/2011)».

11. Επειδή, στο με αρ. 2 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού αναγράφεται ότι «Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπέβαλλε νομίμως και εμπροθέσμως ο οικονομικός φορέας «.....», η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπιστώνει τα ακόλουθα: 1. Δεν αποδεικνύεται η φορολογική ενημερότητα της Εταιρείας κατά την 15-10-2019 (ημερομηνία πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών). 2. Δεν αποδεικνύεται η ασφαλιστική ενημερότητα της Εταιρείας κατά την 15-10-2019 (ημερομηνία πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών). 3. Δεν υποβλήθηκε απόσπασμα εκτύπωσης της καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου / Επιχείρησης» όπως αυτά εμφανίζονται στο *taxisnet*, προς απόδειξη της μη αναστολής επιχειρηματικών δραστηριοτήτων, όπως προβλέπεται στην παράγραφο γ) (βλ. και υποσημείωση 85) του άρθρου 23.3 της Διακήρυξης. Κατόπιν των ανωτέρω η Επιτροπή Διαγωνισμού του έργου εισηγείται την αποστολή από την Αναθέτουσα Αρχή πρόσκλησης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην διακήρυξη, άρθρο 4.2 παρ. γ, για την υποβολή από τον οικονομικό φορέα «.....», εντός των προβλεπόμενων προθεσμιών, των ακόλουθων δικαιολογητικών κατακύρωσης :

1. Φορολογική Ενημερότητα της Εταιρείας για την περίοδο μετά την 15-10-2019.
2. Ασφαλιστική Ενημερότητα της Εταιρείας για την περίοδο μετά την 15-10-2019.
3. Η ενημερότητα πτυχίου που να καλύπτει τα ανωτέρω, σύμφωνα με το άρθρο

23.9 της Διακήρυξης. 4. Απόσπασμα εκτύπωσης της καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου / Επιχείρησης» όπως αυτά εμφανίζονται στο *taxisnet*, προς απόδειξη της μη αναστολής επιχειρηματικών δραστηριοτήτων, όπως προβλέπεται στην παράγραφο γ) (βλ. και υποσημείωση 85) του άρθρου 23.3 της Διακήρυξης».

Στο με αρ. 3 πρακτικό της Επιτροπής αναγράφεται, μεταξύ άλλων ότι «Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των προσθέτων δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπέβαλλε νομίμως και εντός της προθεσμίας που του χορηγήθηκε, ο οικονομικός φορέας «.....» η Επιτροπή Διαγωνισμού, διαπιστώνει ότι δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα οριζόμενα στην διακήρυξη (ΑΔΑΜ:), άρθρα 21, 22 και 23 αυτής και συγκεκριμένα διαπίστωσε ότι από το σύνολο των δικαιολογητικών που υπεβλήθησαν δεν αποδεικνύεται η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα του οικονομικού φορέα, κατά το στάδιο υποβολής και ελέγχου δικαιολογητικών (διάστημα μετά την πρόσκληση της 15-10-2019 και την υποβολή δικαιολογητικών στις 24-10-2019), κατόπιν των ανωτέρω δεν δύναται να κατακυρωθεί η σύμβαση του έργου στον Οικονομικό φορέα «.....», και σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 4.2 δ): εισηγείται - Να απορριφθεί η προσφορά του Προσωρινού Αναδόχου - τη λήψη απόφασης από την Αναθέτουσα Αρχή, σχετικά με την κατάπτωση ή μη, της υπ. αριθμ. Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής του ΤΜΕΔΕ, υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής, κατόπιν γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων (αρθ. 72 παρ. 1α, του Ν. 4412/16 όπως ισχύει) - να ματαιωθεί η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, εφόσον δεν υπάρχει άλλος οικονομικός φορέας που να έχει υποβάλλει προσφορά».

Η Οικονομική Επιτροπή αποφάσισε, με την με αρ. 159/07.02.2020 Απόφαση της -κοινοποιηθείσα στον προσφεύγοντα στις 12.02.2020, να ορίσει δικηγόρο προκειμένου να γνωμοδοτήσει εντός του μηνός ΦΕΒΡΟΥΑΡΙΟΥ 2020, σχετικά με την ορθότητα των ενεργειών, τα πρακτικά και την εισηγήση της ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ, προκειμένου να ληφθεί απόφαση.

Αριθμός Απόφασης: 614/2020

Στη συνέχεια, η με αρ. 377/26.03.2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, κοινοποιηθείσα στον προσφεύγοντα στις 31.03.2020, που περιλαμβάνει τη γνωμοδότηση της Δικηγόρου και έχει ως εξής «1.Επί της εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού περί απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου : Κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, οι οποίοι υποχρεούνται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζουν τα όσα ορίζονται σε αυτή. Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012). Από τα τεθέντα υπόψιν μου πρακτικά Επιτροπής Διαγωνισμού, προκύπτει ότι κατά τον έλεγχο των, κατόπιν νομίμου κατ'άρθρ. 79 παρ.5 Ν. 4412/2016 προσκλήσεως, υποβληθέντων από τον αναδειχθέντα, δια της υπ.αρ.3150/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής ως προσωρινό μειοδότη, δικαιολογητικών κατακύρωσης, διαπιστώθηκε έλλειψη ως προς τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά, με αποτέλεσμα να μην αποδεικνύονται στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου οι απαιτούμενοι όροι και προϋποθέσεις της Διακήρυξης κατά την ημερομηνία πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Κατόπιν σχετικής κατά το νόμο πρόσκλησης προς τον προσωρινό ανάδοχο για υποβολή συμπληρωματικών στοιχείων για τη θεραπεία των ως άνω διαπιστωθεισών ελλείψεων και μετά από

έλεγχου των υποβληθέντων σχετικών συμπληρωματικών δικαιολογητικών, διαπιστώθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού ότι παρέμεναν οι λεπτομερώς περιγραφόμενες στα υπό εξέταση πρακτικά ελλείψεις, με αποτέλεσμα η Επιτροπή να αχθεί σε εισήγηση περί απορρίψεως της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου. Εν προκειμένω και σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως αυτό ερμηνεύεται, η ισχύς των εν λόγω δικαιολογητικών πρέπει να καταλαμβάνει τον χρόνο της υποβολής της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, τον χρόνο της υποβολής των δικαιολογητικών, καθώς και τον χρόνο σύναψης της σύμβασης κατά τις ειδικότερες προβλέψεις και διακρίσεις των σχετικών διατάξεων. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI) και λαμβανομένων υπόψιν των ελλείψεων οι οποίες διαπιστώθηκαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου κατά το στάδιο προσκόμισης δικαιολογητικών κατακύρωσης, αναγόμενες σε φορολογικά και ασφαλιστικά θέματα, **δέον όπως θεωρηθεί ορθή η σχετική εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού.**

2. Επί της εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού περί λήψης απόφασης σχετικά με την κατάπτωση της σχετικής εγγυητικής επιστολής συμμετοχής: Σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72 Ν. 4412/2016: «.....Εγγυήσεις: 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 σύμβασης μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση. (β)..... 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. Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως.....» Ενώ σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 103 παρ.3 Ν.4412/2016: «...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, σύμφωνα με το άρθρο 72...» Επισημαίνεται ότι εν προκειμένω και υπό την αίρεση βεβαίως της αποδοχής του πρώτου σκέλους της εισήγησης και έκδοσης από την Οικονομική Επιτροπή σχετικής απόφασης απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου και ανάκλησης της σχετικής υπ.αρ.3150/2019 απόφασης κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, κατά τα ανωτέρω, **τυχόν απόφαση περί κατάπτωσης θα λαμβάνεται κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής όπως ακριβώς ορίζουν οι διατάξεις του άρθρου 103 παρ.3 Ν.4412/2016 από τις οποίες προβλέπεται η άνευ ετέρου κατάπτωσηση της εγγύησης.** Συνεπώς και από τη σαφή γραμματική διατύπωση των ως άνω διατάξεων προκύπτει ορθότητα της υπό εξέταση εισήγησης περί έκδοσης, μετά από γνώμη και του οικείου Τεχνικού Συμβουλίου, απόφασης κατάπτωσης της σχετικής εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, Επί του ζητήματος του χρόνου κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής σημειώνεται περαιτέρω ότι όπως γίνεται δεκτό η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, ως ειδικής ποινικής ρήτρας, **ουδόλως επιβάλλεται να ενεργείται εντός του χρόνου ισχύος της υποβληθείσας προσφοράς.** Αυτό συνάγεται ιδιαίτερα από το γεγονός ότι οι εγγυητικές επιστολής συμμετοχής σε δημοπρασίες απαιτείται σύμφωνα με το άρθρο 23 Π.Δ. 609/1985, και ήδη άρθρα 72 και 302 ν.4412/2016, να έχουν

διάρκεια ισχύος υπερκαλύπτουσα τουλάχιστον κατά τριάντα ημέρες το χρόνο ισχύος της προσφοράς και προφανώς αυτό το χρονικό περιθώριο καλύπτει και το χρονικό περιθώριο να προβούν η Αναθέτουσα Αρχή ή ο Κύριος του Έργου στις νόμιμες ενέργειες για την κατάπτωση. Η πρόβλεψη, δε, αυτή του νομοθέτη έχει σκοπό να προστατέψει αναθέτουσες αρχές και φορείς από την ελαττωματικότητα προσφορών οικονομικών φορέων παρέχοντάς στους πρώτους εύλογο χρονικό περιθώριο να ικανοποιήσουν μέσω της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής τις όποιες απαιτήσεις τους εξαιτίας της παράτυπης συμπεριφοράς και αδυναμίας εκπλήρωσης των προσυμβατικών υποχρεώσεων εκ μέρους των προσφερόντων και της συνακόλουθης επέλευσης ζημίας στο πρόσωπο της αναθέτουσας αρχής λόγω της ματαίωσης υπογραφής οριστικής σύμβασης. Περαιτέρω και επί του ζητήματος παροχής γνώμης επί της κατάπτωσης από το αρμόδιο Τεχνικό Συμβούλιο, επισημαίνεται ότι υποχρεωτική για το αποφασίζον όργανο είναι η γνωμοδοτική διαδικασία, όταν η διάταξη που την προβλέπει θεωρεί απαραίτητη την προσφυγή σε αυτήν, πριν την έκδοση της εκτελεστής πράξης. Εν προκειμένω η διατύπωση της διάταξης του άρθρου 72 Ν.4412/2016 είναι σαφής, ως προς την υποχρεωτική λήψη της γνώμης πριν τη λήψη της απόφασης, ενώ εάν δεν ζητηθεί από το αποφασίζον όργανο η διατύπωση της γνώμης, η εκτελεστή πράξη πάσχει ακυρότητας, διότι η γνωμοδοτική διαδικασία θεωρείται εν προκειμένω ουσιώδης τύπος της διαδικασίας (βλ. και Γέροντας, Λύτρας, Παυλόπουλος, Σιούτη, Φλογαίτης, «Διοικητικό Δίκαιο», 2010, σελ. 204). Η απλή γνώμη δεν αποτελεί εκτελεστή πράξη (ΣτΕ 2514/82, 1393/85), δεν είναι αυτοτελής, αλλά ενσωματώνεται στην εκτελεστή πράξη του αποφασίζοντος οργάνου (ΣτΕ 1845/83). Η γνώμη πρέπει να λαμβάνεται πριν από την έκδοση της εκτελεστής πράξης. Η εκ των υστέρων πλήρωση του διαδικαστικού αυτού κανόνα δεν επανορθώνει την παράλειψη και την παρανομία, την οποία αυτή δημιουργεί. Η κατά τα ανωτέρω προηγούμενη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου, ενόψει του ότι δεν υφίσταται ρητή πρόβλεψη της ως «σύμφωνης» από το νόμο, λογίζεται ως «απλή» για το αποφασίζον όργανο, και συνεπώς το όποιο περιεχόμενό της, το οποίο προφανώς τελεί υπό την αίρεση λήψης απόφασης περί απόρριψης της προσφοράς από την

αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δεσμευτικό για το τελικώς αποφασίζον όργανο Οικονομική Επιτροπή, η οποία μπορεί να αποφασίσει και διαφορετικά, δηλαδή να εκδώσει πράξη διαφορετικού περιεχομένου, εφόσον βέβαια αιτιολογήσει τη διαφοροποίησή αυτή. 3.Επί της εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού περί λήψης απόφασης για τη ματαίωση του εν λόγω διαγωνισμού: Σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 103 παρ.3 Ν. 4412/2016, μετά την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου και κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγύηση συμμετοχής του, «...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 υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται...», Ενώ σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 106 Ν. 4412/2016: «..... Ματαίωση διαδικασίας: 1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης....» Ως εκ τούτου και δεδομένης της, κατά την εισήγηση της Υπηρεσίας, μη ύπαρξης εν προκειμένω άλλου οικονομικού φορέα που να έχει υποβάλλει προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, σε περίπτωση απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, η εν λόγω διαδικασία τυγχάνει άγονη κατά το νόμο και συνεπώς προκύπτει ορθότητα και του σκέλους της σχετικής εισήγησης περί ματαίωσης».

Η Οικονομική Επιτροπή αποφάσισε κατά πλειοψηφία «1ον/Επί της εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού περί απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου. 2ον/Επί της εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού περί λήψης απόφασης σχετικά με την κατάπτωση της σχετικής εγγυητικής

Αριθμός Απόφασης: 614/2020

επιστολής συμμετοχής. 3ον/Επί της εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού περί λήψης απόφασης για τη ματαίωση του εν λόγω διαγωνισμού . ΕΠΙΣΗΣ , ΝΑ ΣΤΑΛΛΕΙ ΑΜΕΣΑ Η ΑΝΩΤΕΡΩ ΑΠΟΦΑΣΗ ΣΤΟ ΤΕΧΝΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΠΕΛΟΠΟΝΝΗΣΟΥ ΓΙΑ ΝΑ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙ , ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΚΑΤΑΠΤΩΣΗ ΤΗΣ ΕΓΓΥΗΤΙΚΗΣ ΕΠΙΣΤΟΛΗΣ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΤΟΥ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΣΤΟ ΑΝΩΤΕΡΩ ΕΡΓΟ». Η εν λόγω απόφαση με αρ.377/26.03.2020 της Οικονομικής Επιτροπής κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα στις 31.03.2020.

Με την με αρ. 405/31.03.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής που κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα στις 06.04.2020, μέσω της «επικοινωνίας του διαγωνισμού», και σύμφωνα με την εισήγηση με αριθμ. Πρωτ:/31-03-2020 της Δ/νης Τεχνικών Έργων με ΘΕΜΑ: «Απόρριψη προσφοράς προσωρινού μειοδότη στο έργο: "ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ - ΟΔΙΚΗ ΑΣΦΑΛΕΙΑ - ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΤΟΛΙΣΘΗΣΕΩΝ ΣΤΗΝ ...Η ΕΠΑΡΧΙΑΚΗ ΟΔΟ ΤΗΣ (ΤΜΗΜΑ ΣΥΜΒΟΛΗΗΣ ΚΑΙΗΣ - ΠΥΛΗ) Προϋπολογισμού κατά τη μελέτη 247.000,00 ΕΥΡΩ με ΦΠΑ 24% (Α/Α διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) - Κατάπτωση εγγυητικής συμμετοχής και ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης». Έχοντας υπόψη: 1) Το 2ο και 3ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού του έργου του θέματος, 2) Την υπ. αριθμ./πράξη 4/7-2-2020 Απόφαση της Οικ. Επιτροπής (ΑΔΑ:), 3) Την υπ. αριθμ./πράξη 9/26-3-2020 Απόφαση της Οικ. Επιτροπής (ΑΔΑ:) στην οποία περιέχεται και η γνωμοδότηση της δικηγόρου 4) Η ομόφωνη γνωμοδότηση του Τ.Σ.Δ.Ε υπ' αριθμ./πράξη 7/30-3-2020 θέμα 1ο περί κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής του Αναδόχου στο έργο του θέματος, Εισηγούμεθα, 1. Να απορριφθεί η προσφορά του Προσωρινού Αναδόχου στο έργο του θέματος. 2. Να ματαιωθεί η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης εφόσον δεν υπάρχει άλλος οικονομικός φορέας που να έχει υποβάλλει προσφορά, 3. Την κατάπτωση της υπ. αριθμ. Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής του ΤΜΕΔΕ υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής», αποφασίσθηκε κατά πλειοψηφία «η

Αριθμός Απόφασης: 614/2020

απόρριψη της προσφοράς του Προσωρινού Αναδόχου στο έργο “ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ - ΟΔΙΚΗ ΑΣΦΑΛΕΙΑ - ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΤΟΛΙΣΘΗΣΕΩΝ ΣΤΗΝΗ ΕΠΑΡΧΙΑΚΗ ΟΔΟ ΤΗΣ (ΤΜΗΜΑ ΣΥΜΒΟΛΗΗΣ ΚΑΙΗΣ - ΠΥΛΗ)” Προϋπολογισμού κατά τη μελέτη 247.000,00 ΕΥΡΩ με ΦΠΑ 24% (Α/Α διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), 2) η ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης εφόσον δεν υπάρχει άλλος οικονομικός φορέας που να έχει υποβάλλει προσφορά, 3) η κατάπτωση της υπ. αριθμ. Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής του ΤΜΕΔΕ υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής».

Περαιτέρω, για λόγους παράθεσης πλήρους ιστορικού, αναφέρεται ότι έχει εκδοθεί η με αρ. Α138/24.04.2020 Απόφαση ΑΕΠΠ με την οποία χορηγήθηκαν μέτρα προσωρινής προστασίας στον προσφεύγοντα, κατά το σκεπτικό της εν λόγω απόφασης, όπου κατά το χρόνο έκδοσης της ως άνω απόφασης δεν είχε χορηγηθεί πρόσβαση στο οικείο Κλιμάκιο στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού, ως πλειστάκις αναφέρεται στην εν λόγω απόφαση η οποία κοινοποιήθηκε στην αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 24.04.2020 ώρα 12:05μμ και εκδόθηκε κατόπιν αιτήματος του προσφεύγοντος περί λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας και επόμενης εκ μέρους του αποστολής του από 23.04.2020 μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με το οποίο ενημερώθηκε η ΑΕΠΠ για τη σύγκληση έκτακτης Συνεδρίασής της Οικονομικής Επιτροπής με θέμα τη λήψη απόφασης επί της Έγκρισης των όρων διακήρυξης και συγκρότηση της επιτροπής διαγωνισμού δημοπρασίας του επίμαχου έργου. Με την με αρ. 517/24.04.2020 Απόφαση της αναθέτουσας αρχή που ελήφθη στην ως άνω Συνεδρίαση η Οικονομική Επιτροπή αποφάσισε να «ΑΠΟΣΥΡΕΙ ΚΑΙ ΑΝΑΒΑΛΕΙ ΤΟ ΑΝΩΤΕΡΩ ΘΕΜΑ, ΔΙΟΤΙ ΕΧΕΙ ΥΠΟΒΛΗΘΕΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΣΤΗΝ ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ , ΜΕ ΓΑΚ - ΑΕΠΠ 468 / 2020 , Η ΟΠΟΙΑ ΕΧΕΙ ΑΣΚΗΘΕΙ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΤΑΙΡΕΙΑ, ΚΑΤΑ ΤΗΣ ΥΠ.ΑΡ. 405/2020 ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΤΗΣ Ο. Ε. ΤΗΣ ΚΑΙ ΑΦΟΡΑ ΤΟ ΕΡΓΟ ΤΟΥ ΘΕΜΑΤΟΣ».

12. Επειδή, ο προσφεύγων, ισχυρίζεται ότι «Ι. ΙΣΤΟΡΙΚΟ Η προκήρυξε με την υπ' αριθ. διακήρυξη τύπου Β', δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου του δημοσίου έργου «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ – ΟΔΙΚΗ ΑΣΦΑΛΕΙΑ – ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΤΟΛΙΣΘΗΣΕΩΝ ΣΤΗΝΗ ΕΠΑΡΧΙΑΚΗ ΟΔΟ ΤΗΣ (ΤΜΗΜΑ ΣΥΜΒΟΛΗ ...ΗΣ ΚΑΙ ...ΗΣ – ΠΥΛΗ)», εκτιμώμενης αξίας 199.193,55 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%). Η καταληκτική ημερομηνία και ώρα, για την ηλεκτρονική υποβολή των προσφορών ήταν η 6-6-2019 και ώρα 10:00 π.μ., ενώ η αντίστοιχη ημερομηνία και ώρα για την ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών ήταν η 12-6-2019 και ώρα 10:30 π.μ.. Ο διαγωνισμός διεξήχθη κανονικά και υπεβλήθη μόνο μία προσφορά από την προσφεύγουσα εταιρεία «.....». Η Επιτροπή Διαγωνισμού αποσφράγισε ηλεκτρονικώς την προσφορά κατά την ορισθείσα ημερομηνία και εξέδωσε το 1ο πρακτικό της, όπου κατεγράφη το προσφερθέν ποσοστό έκπτωσης 41,61% και εισηγήθηκε προς την προϊσταμένη αρχή, την Οικονομική Επιτροπή της, την ανακήρυξη της προσφεύγουσας εταιρείας ως προσωρινής αναδόχου. Η Ο.Ε. της, με την υπ' αριθ. 3150/4-10-2019 απόφασή της, υιοθέτησε την εισήγηση της και ανακήρυξε την προσφεύγουσα εταιρεία προσωρινή ανάδοχο του έργου. Ακολούθως, κληθήκαμε την 15-10-2019 με ηλεκτρονικό μήνυμα ΕΣΗΔΗΣ να υποβάλουμε εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Η εταιρεία μας ανταποκρίθηκε στην ανωτέρω πρόσκληση και υπέβαλε ηλεκτρονικώς μέσω ΕΣΗΔΗΣ την 24-10-2019 (ήτοι εντός της ταχθείσης προθεσμίας) τα αιτηθέντα δικαιολογητικά. Η Επιτροπή Διαγωνισμού εξέτασε τα υποβληθέντα δικαιολογητικά και εξέδωσε το 2ο πρακτικό της. Με το εν λόγω πρακτικό διαπίστωσε ότι με τα υποβληθέντα δικαιολογητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας δεν αποδεικνυόταν η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα της επιχείρησης κατά την ημερομηνία της πρόσκλησης (15-10-2019), διότι τα αναγραφόμενα στην Ενημερότητα Πτυχίου δικαιολογητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας είχαν λήξει την 19-9-2019 και 4-10-2019 αντιστοίχως· επίσης, δεν είχε υποβληθεί απόσπασμα από το TAXISNET περί μη

Αριθμός Απόφασης: 614/2020

αναστολής των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων. Για τον λόγο εισηγήθηκε να ζητηθεί η υποβολή νέων βεβαιώσεων που να καλύπτουν την ανωτέρω ημερομηνία ή Ενημερότητας Πτυχίου με εν ισχύ αναγραφόμενες επ' αυτής φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητας, καθώς και το προαναφερθέν απόσπασμα από το TAXISNET. Την 23-12-2019 η εταιρεία μας προσκλήθηκε ηλεκτρονικώς μέσω ΕΣΗΔΗΣ να υποβάλει τα ανωτέρω δικαιολογητικά. Αυθημερόν η εταιρεία μας ανταποκρίθηκε στην ανωτέρω πρόσκληση και υπέβαλε τα αιτηθέντα δικαιολογητικά την 23-12-2019. Συγκεκριμένα, υπέβαλε α) την υπ' αριθ./20-12-2019 βεβαίωση φορολογικής ενημερότητας, με ημερομηνία λήξης ισχύος την 20-1-2020· β) την υπ' αριθ. βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας του ΕΦΚΑ για την εταιρεία με λήξη ισχύος την 28-1-2020 & την υπ' αριθ./12-12-2019 βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας του ΕΦΚΑ για τα στελέχη της εταιρείας, λήξη ισχύος την 12-1-2020 και γ) την εκτύπωση της καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου/ Επιχείρησης», όπως αυτά εμφανίζονται στο taxisnet στις 23-12-2019, όπου εμφανίζεται ότι η εταιρεία είναι ενεργός. Την επομένη, 24-12-2019, η μας απέστειλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ ηλεκτρονικό μήνυμα, με το οποίο αφενός αναγνώρισε την υποβολή των αιτηθέντων δικαιολογητικών και, αφετέρου, μας ζήτησε να την ενημερώσουμε αν επιθυμούμε παράταση της ισχύος της προσφοράς μας και της εγγύησης συμμετοχής, επειδή εκτιμούσε ότι η διαδικασία υπογραφής της σύμβασης θα καθυστερήσει πέραν της 6-1-2020. Την 27-12-2019 η εταιρεία μας, με ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω ΕΣΗΔΗΣ, δήλωσε προς την αναθέτουσα αρχή ότι επιθυμεί την ανανέωση της προσφοράς της και της εγγυητικής συμμετοχής μέχρι 31-3-2020. Συνημμένα, υποβλήθηκε υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της κ. για την ανανέωση της ισχύος της προσφοράς, καθώς και αίτηση προς το ΤΜΕΔΕ για την παράταση της εγγυητικής συμμετοχής, με ταυτόχρονη δήλωση ότι θα τους υποβάλουμε και την ανανεωμένη εγγυητική συμμετοχής άμα τη εκδόσει της. Ακολούθως, την 30-12-2019 αποστείλαμε στην αναθέτουσα αρχή και την παράταση της ισχύος της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής από το ΤΜΕΔΕ. Ακολούθως, την 13-1-2020 εκδόθηκε το 3ο πρακτικό της, το οποίο διαπίστωσε ότι δεν

Αριθμός Απόφασης: 614/2020

αποδεικνύεται η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα της εταιρείας μας για το χρονικό διάστημα μετά την πρόσκληση της 15-10-2019 και την υποβολή των δικαιολογητικών στις 24-10-2019. Εν όψει αυτού, εισηγήθηκε προς την προϊσταμένη αρχή α) την απόρριψη της προσφοράς μας, β) την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής και γ) τη ματαίωση του διαγωνισμού, ελλείψει άλλου οικονομικού φορέα που να έχει υποβάλει προσφορά. Στη συνέχεια υποβλήθηκε προς την Ο.Ε. νομική γνωμοδότηση της Δικηγόρου. σχετικά με τη νομιμότητα της εισήγησης της, η οποία (γνωμοδότηση) συνηγόρησε υπέρ του νομίμου του αποκλεισμού της εταιρείας μας για τον συγκεκριμένο λόγο. Η γνωμοδότηση αυτή έγινε αποδεκτή με την υπ' αριθ./πράξη 9/26-3-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής. Ακολούθως, εκδόθηκε η υπ' αριθ./πράξη 7/303-2020 γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων (Τ.Σ.Δ.Ε.) της, η οποία εισηγήθηκε υπέρ της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας μας. Εν τέλει, όλα τα ανωτέρω έγγραφα διαβιβάστηκαν στην προϊσταμένη αρχή, ήτοι την Οικονομική Επιτροπή της, η οποία εξέδωσε την υπ' αριθ. 405/2020 απόφασή της (απόσπασμα πράξης/2020), με την οποία αποφασίσθηκαν τα ακόλουθα: α) Να απορριφθεί η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας και να αποκλεισθεί αυτή από τον διαγωνισμό· β) να ματαιωθεί η διαδικασία ανάθεσης, εφόσον δεν υπάρχει κανένας άλλος διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας· γ) να καταπέσει η υπ' αριθ. εγγυητική επιστολή συμμετοχής εκδόσεως ΤΜΕΔΕ υπέρ της αναθέτουσας αρχής. Η ανωτέρω 405/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικώς στην εταιρεία μας, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, την 6-4-2020. Οπότε η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' αυτής λήγει την Πέμπτη, 16-4-2020. Περαιτέρω και όλως επικουρικώς, η παρ. 5 του άρθρου 38 της ΠΝΠ της 20.3.2020 (ΦΕΚ Α' 68/20-3-2020) ορίζει τα εξής: «5. Πάσης φύσεως προθεσμίες για υποβολή αιτήματος ή διοικητικής προσφυγής ενώπιον της διοίκησης αναστέλλονται από τις 11.3.2020 για δύο (2) μήνες. Με απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών η προθεσμία του προηγούμενου εδαφίου μπορεί να συντέμνεται ή να παρατείνεται, εφόσον παραμένει άμεσος ο κίνδυνος διασποράς του κορωνοϊού COVID-19 και πάντως

όχι πέραν της 31ης.12.2020». Δεδομένου ότι η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ συνιστά διοικητική προσφυγή κατά την έννοια του νόμου, η προθεσμία για την άσκησή της αναστέλλεται και αυτή για δύο μήνες. Ως εκ τούτων, η παρούσα προδικαστική προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως.

II. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ Κατά της ανωτέρω 405/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της, στην οποία, ως τελειούσα τη σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού, ενσωματώνονται όλες οι προηγούμενες πράξεις και γνωμοδοτήσεις των οργάνων της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας, στρεφόμεθα με την παρούσα προδικαστική προσφυγή και ζητούμε την ακύρωσή της για τους εξής λόγους: 1. Παράβαση άρθρου 80 παρ. 2 Ν. 4412/2016 Η περ. β' της παρ. 2 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 43 παρ. 7 του Ν. 4605/2019, ορίζει τα εξής σχετικά με τα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας που οφείλει να προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος: «2.Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73: α) β) για τις παραγράφους 2 και 4 περίπτωση β' του άρθρου 73, πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους-μέλους ή χώρας, γ)» Η παρατεθείσα ανωτέρω περίπτωση β' της ανωτέρω παραγράφου αναφέρεται (μεταξύ άλλων) και στην παρ. 2 του άρθρου του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, η οποία αφορά τη φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα. Την παραθέτουμε: «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του

όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Αν ο οικονομικός φορέας είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση. Η παρούσα παράγραφος παύει να εφαρμόζεται όταν ο οικονομικός φορέας εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους.» Σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη, τα πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας αρκεί να είναι εν ισχύ μόνο κατά τον χρόνο υποβολής τους από τον προσωρινό ανάδοχο και δεν χρειάζεται να είναι εν ισχύ και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ή κατά τον χρόνο πρόσκλησης του προσωρινού αναδόχου να τα υποβάλει. Κατά τούτο η εν λόγω διάταξη τροποποίησε το προϊσχύσαν καθεστώς, που απαιτούσε τα εν λόγω δικαιολογητικά να είναι εν ισχύϊ και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Σημειωτέον, ότι και η ΕΑΑΔΗΣΥ, στο υπ' αριθ. πρωτ./19-4-2019 έγγραφό της (σχετ. 1), τονίζει τα ανωτέρω. Συγκεκριμένα, στη σελ. 5 του ανωτέρω εγγράφου της και με αριθμ. 3 αναφέρονται τα εξής: «τα λοιπά δικαιολογητικά που αφορούν στην παράγραφο 2 του άρθρου 73 (πιστοποιητικά ασφαλιστικής ενημερότητας και φορολογικής ενημερότητας που εκδίδονται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους – μέλους ή χώρας), εφόσον είναι σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής τους από τον προσωρινό ανάδοχο». Επομένως, καθίσταται σαφές ότι οι προσκομισθείσες παρ' ημών βεβαιώσεις φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας ήσαν απολύτως έγκυρες ως προς τον χρόνο έκδοσής τους και έπρεπε να γίνουν άνευ ετέρου δεκτές από την αναθέτουσα αρχή, εφόσον κατά τον χρόνο υποβολής τους ήσαν εν ισχύ. Εν όψει των ανωτέρω, η γνωμοδότηση της Δικηγόρου της αναθέτουσας αρχής, την οποία υιοθέτησε η Ο.Ε. στην απόφασή της, είναι εσφαλμένη, διότι αποφαίνεται επί τη βάση της προϊσχυσάσης μορφής του άρθρου 80, η οποία δεν τυγχάνει εφαρμογής στον προκείμενο διαγωνισμό. Αντιθέτως στον προκείμενο διαγωνισμό είναι εφαρμοστέο το άρθρο 80 του Ν. 4412/2016, όπως

τροποποιήθηκε από τον Ν. 4605/2019, σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν. Τέλος, με την περ. β' της παρ. 7 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 εισήχθη μεταβατική διάταξη ως προς την προπαρατεθείσα εφαρμοστέα εν προκειμένω περ. β' της παρ. 2 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, η οποία έχει ως εξής: «Η υποπερίπτωση αδ' ισχύει και για τις διαδικασίες ανάθεσης σύμβασης που κατά τη δημοσίευση του παρόντος είναι εκκρεμείς, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης δεν προβλέπεται ειδικός όρος ως προς τον χρόνο έκδοσης και ισχύος των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ως εκκρεμείς διαδικασίες για την εφαρμογή του παρόντος, νοούνται οι διαδικασίες στο πλαίσιο των οποίων δεν έχει παρέλθει η προθεσμία προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 103». Επομένως, η νέα τροποποιημένη διάταξη εφαρμόστηκε άμεσα και στις εκκρεμείς κατά την ημερομηνία ενάρξεως εφαρμογής του Ν. 4605/2019, ήτοι την 1-4-2019, διαγωνιστικές διαδικασίες. Κατά μείζονα λόγο, συνεπώς, εφαρμόζεται στον προκείμενο διαγωνισμό, του οποίου η διακήρυξη δημοσιεύθηκε την 8-5-2019, ήτοι μετά την έναρξη ισχύος του Ν. 4605/2019. Οι δύο επίμαχες βεβαιώσεις φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας πληρούσαν απολύτως τους όρους εγκυρότητας και παραδεκτού τους βάσει της περ. β' της παρ. 2 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016: Συγκεκριμένα, αμφότερες ήταν εν ισχύι κατά την ημερομηνία υποβολής τους προς την αναθέτουσα αρχή, ήτοι την 23-12-2019· ως εκ τούτου, έπρεπε αμφότερες να γίνουν άνευ ετέρου δεκτές. Αντ' αυτού, αβασίμως και παρανόμως απερρίφθησαν οι δύο επίμαχες βεβαιώσεις ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας, οι οποίες ήσαν απολύτως έγκυρες, εν ισχύι και σύμφωνες με τις απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης και, ως εκ τούτου, ο αποκλεισμός της εταιρείας μας από τον διαγωνισμό παρίσταται παράνομος. 2. Παραβίαση της αρχής της χρηστής διοίκησης Εν προκειμένω, η απόρριψη των δύο βεβαιώσεων φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας παραβιάζει ευθέως και την αρχή της χρηστής διοίκησης και την ειδικότερη έκφραση αυτής, που είναι η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου. Και τούτο, για τον εξής λόγο: Η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από την εταιρεία μας να υποβάλει εν ισχύι πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας. Σύμφωνα με

την εφαρμοστέα διάταξη της περ. β' της παρ. 2 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, η εταιρεία μας όφειλε να υποβάλει πιστοποιητικά εν ισχύ κατά την ημέρα της υποβολής τους (23-10-2019)· όπερ και έπραξε, δεδομένου ότι υπέβαλε βεβαιώσεις φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας που ήσαν εν ισχύ την ημερομηνία εκείνη, σύμφωνα με όσα αναφέρουμε ανωτέρω. Τις εν λόγω βεβαιώσεις η εταιρεία μας εξέδωσε μετά το υποβληθέν αίτημα της αναθέτουσας αρχής να υποβάλουμε νέες βεβαιώσεις, δεδομένου ότι οι αναγραφόμενες επί της Ενημερότητας Πτυχίου (Ε.Π.) είχαν πλέον λήξει. Η εταιρεία μας είχε υποβάλει εν ισχύ Ε.Π. στον διαγωνισμό, η οποία μάλιστα εξακολουθούσε να είναι εν ισχύϊ και κατά τον χρόνο που προσκλήθηκε να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ως προσωρινή ανάδοχος· ωστόσο, είχε λήξει η ισχύς των αναγραφόμενων επί τη Ε.Π. βεβαιώσεων φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, κάτι ιδιαίτερα σύνηθες στους διαγωνισμούς, δεδομένου ότι οι εν λόγω βεβαιώσεις είναι μικρής χρονικής διάρκειας. Μας ζητήθηκε να υποβάλουμε νέες, πράγμα που πράξαμε. Φυσικά οι νέες βεβαιώσεις εκ των πραγμάτων είναι αδύνατο να καλύπτουν αναδρομικώς τον χρόνο που λάβαμε το συγκεκριμένο αίτημα, διότι οι βεβαιώσεις φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας δεν έχουν αναδρομική ισχύ· βεβαιώνουν τη φορολογική και ασφαλιστική κατάσταση του προσώπου κατά τον χρόνο της έκδοσής τους και έχουν ορισμένη χρονική ισχύ. Αυτά αποτελούν κοινό τόπο. Επομένως, το να μας αποκλείει η Υπηρεσία για τον λόγο ότι οι νέες βεβαιώσεις που μας ζήτησε να προσκομίσουμε δεν κάλυπταν και την ημερομηνία που μας έστειλε το αίτημα υποβολής τους, παραβιάζει ευθέως την αρχή της χρηστής διοίκησης και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, εφόσον απαιτεί κάτι που εκ των πραγμάτων και εκ της λογικής είναι απολύτως αδύνατο: Όταν καλείται ο διαγωνιζόμενος να προσκομίσει νέες βεβαιώσεις σχετικά με τη φορολογική και ασφαλιστική του κατάσταση, είναι αυτονόητο ότι οι νέες αυτές βεβαιώσεις θα έχουν ημερομηνία έκδοσης μεταγενέστερη από αυτή της πρόσκλησης. Αν τον αποκλείσει μετά για τον λόγο ότι δεν είχαν ημερομηνία προγενέστερη της πρόκλησης (όπως συνέβη εν προκειμένω), τότε η πράξη αυτή συνιστά εμπαιγμό του διοικουμένου και ευθεία

Αριθμός Απόφασης: 614/2020

παραβίαση των προαναφερθεισών αρχών. Επομένως, και για τον επιπρόσθετο αυτό λόγο η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα. [...]».

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις από 29.04.2020 απόψεις της ισχυρίζεται ότι «Κατόπιν της ανωτέρω Προδικαστικής προσφυγής με ΓΑΚ-ΑΕΠΠ που μας κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 16-4-2020 σας στέλνουμε μέσω ηλεκτρονικής επικοινωνίας τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης. Οι απόψεις της υπηρεσίας μας αναφέρονται αναλυτικά στην υπ αριθμ. 159/7-2-2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της (ΑΔΑ:) όπου έχουν ενσωματωθεί το υπ αριθμ. / 22 -1-2020 έγγραφο μας και το 2ο και 3ο Πρακτικό της επιτροπής Διαγωνισμού. Επίσης στην υπ αριθμ. 377/ 26-3-2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της (ΑΔΑ:) έχει ενσωματωθεί η αριθμ. πρωτ:/314/16-3-2020 εισήγηση του ΓΡΑΦΕΙΟΥ ΝΟΜΙΚΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ της που είχε ζητηθεί από την Οικονομική Επιτροπή. Σε σχέση με τα αναφερόμενα στην Προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ-ΑΕΠΠ 468/2020 της εταιρείας η άποψη της υπηρεσίας είναι ότι αφού η ανωτέρω εταιρεία γνώριζε ότι τα δικαιολογητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας είχαν λήξει στις 19-9-2019 και 4-10-2019 αντίστοιχα, όφειλε να δείξει ιδιαίτερη επιμέλεια και να έχει φροντίσει να έχουν εκδοθεί ηλεκτρονικά άμεσα. Τονίζεται ότι με την υπ αριθμ. 3150/4-10-2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της (ΑΔΑ:) η ανωτέρω εταιρεία είχε κηρυχτεί προσωρινός ανάδοχος. Συγκεκριμένα στο 3ο Πρακτικό της επιτροπής Διαγωνισμού αναφέρει ότι: «....δεν αποδεικνύεται η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα του οικονομικού φορέα, κατά το στάδιο υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών (15-10-2019 έως 2410-2019)». Διευκρινίζεται ότι η πρόεδρος της επιτροπής Διαγωνισμού απουσιάζει από την Υπηρεσία με άδεια ΕΙΔΙΚΟΥ ΣΚΟΠΟΥ λόγω covid-19 και δεν υπάρχει δυνατότητα να εισηγηθεί σχετικά».

14. Επειδή, οι προϋποθέσεις παραδεκτού ελέγχονται αυτεπαγγέλτως από τον οικείο σχηματισμό της ΑΕΠΠ, ανεξαρτήτως προβολής τους από τους συμμετέχοντες (πρβλ. ΣτΕ 2080/2016) και ανεξαρτήτως τυχόν σχετικής

Αριθμός Απόφασης: 614/2020

ένστασης απαραδέκτου, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή τυχόν παρεμβαίνοντα. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις σκέψεις 7-8 της παρούσας σε συνδυασμό με το σχετικό ιστορικό, ως αναφέρεται αναλυτικά στη σκέψη 11 της παρούσας, προκύπτει ότι η με αρ. 405/31.03.2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, δηλαδή η προσβαλλόμενη, που κοινοποιήθηκε νομίμως στον προσφεύγοντα στις 06.04.2020 δια της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου διενέργειας του διαγωνισμού, **είναι επιβεβαιωτική** της με αρ. 377/26.03.2020 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής που κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα στις 31.03.2020 ομοίως δια της «επικοινωνίας», ως προς τα σκέλη αυτής που αφορούν στον αποκλεισμό του προσφεύγοντος και στη ματαίωση της διαδικασίας, και τούτο διότι ουδόλως εχώρησε νέα ουσιαστική έρευνα περί του γεγονότος του αποκλεισμού του, παρά μόνο δηλώνεται η ήδη βεβαιωμένη «εμμονή» της αναθέτουσας αρχής ως προς τον αποκλεισμό του και τη ματαίωση της διαδικασίας που επήλθε με την με αρ. 377/26.03.2020, ήτοι προφανώς και γνώριζε ο προσφεύγων ότι η προσφορά του απορρίφθηκε. Ειδικότερα, ο οιοσδήποτε μέσος επιμελής υποψήφιος, θα κατανοούσε ότι η Οικονομική Επιτροπή είχε ήδη αποφασίσει οριστικά τον αποκλεισμό του, με την με αρ. 377/26.03.2020 Απόφασή της, η οποία σημειωτέον λήφθηκε κατόπιν αναβολής λήψης απόφασης επί της εισήγησης της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού περί απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, και τούτο προκειμένου να αναθέσει σε δικηγόρο την εκπόνηση σχετικής γνωμοδότησης ως προς την εξέταση των εκ μέρους της ως άνω Επιτροπής προτεινόμενων ενεργειών με τα με αρ. 2 και 3 πρακτικά της (βλ. την με αρ. 159/07.02.2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, ομοίως κοινοποιηθείσα στον προσφεύγοντα δια της επικοινωνίας στις 12.02.2020). Επομένως, η με αρ. 405/2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής στερείται εκτελεστότητας ως προς τα δύο ως άνω σκέλη αυτής, αποτελούσα αδιαμφισβήτητα επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως που ελήφθη με την με αρ. 377/26.03.2020 απόφαση της, ενώ εκτελεστή παραμένει ως προς το ζήτημα της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής που εκδόθηκε κατόπιν τήρησης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας ως προς την λήψη προηγούμενης γνώμης του Τεχνικού

Αριθμός Απόφασης: 614/2020

Συμβουλίου που κατά τις σαφείς διατάξεις του άρθρου 72 του ν.4412/2016, αφορά στην κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

15.Επειδή, ειδικότερα, η υπό εξέταση προσφυγή κατατέθηκε, στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 16.04.2020, δηλαδή 16 μέρες από την κοινοποίηση της πράξης απόρριψης της προσφοράς του και κατόπιν παρέλευσης της εκ του νόμου τασσόμενης αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας προσβολής της για διαδικασίες που διενεργούνται ηλεκτρονικά, όπως εν προκειμένω. Επομένως, απαραδέκτως, προσβάλλεται η απόρριψη της προσφοράς του και η ματαίωση του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στις σκ. 9-10, η δε προσβαλλόμενη με αρ. 405/2020 απόφαση αποτελεί επιβεβαιωτική πράξη της με αρ.377/2020 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στις σκ. 7-8 και 14 της παρούσας. Οι δε ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ότι εν πάσει περιπτώσει η προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως, λόγω αναστολής των οικείων προθεσμιών για 2 μήνες βάσει της παρ. 5 του άρθρου τριακοστού όγδοου της από 20-3-2020 Π.Ν.Π. (Α' 68), όπως κυρώθηκε με το ν. 4683/2020 (Α' 83), προβάλλονται αβασίμως, και τούτο διότι η εν λόγω διάταξη, ρυθμίζει ζητήματα ανθρώπινου δυναμικού όπως αναφέρεται και στον τίτλο του εν λόγω άρθρου και ουδόλως αφορά στην προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά το άρθρο 361 του ν. 4412/2016 ενώπιον της ΑΕΠΠ. Ούτε δύναται να γίνει δεκτό ότι η με αρ. 405/2020 απόφαση, προσβάλλεται παραδεκτώς, ως τελειούσα τη σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού στην οποία ενσωματώνονται όλες οι προηγούμενες πράξεις και γνωμοδοτήσεις των οργάνων της αναθέτουσας αρχήςκ, καθόσον στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδιο, προσβολής των λόγων, και θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των

μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Τουναντίον, καταρχήν εμπροθέσμως ο προσφεύγων στρέφεται κατά το σκέλος της προσβαλλόμενης που αφορά στην κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του, η οποία ελήφθη κατόπιν τήρησης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

16. Επειδή, εξάλλου, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επιφέρουσα 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). 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. Επομένως, παραδεκτώς, και από πλευράς εκτελεστότητας ασκείται προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ με αντικείμενο την ακύρωση της προσβαλλόμενης με την οποία αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σε διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης του ν.4412/2016 (βλ. ad hoc και Απόφαση ΑΕΠΠ με αρ. 588/2018 σκ.5, 99/2020 σκ.4).

17. Επειδή, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον τυχόν παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων, ασκεί, καταρχήν, την παρούσα με έννομο συμφέρον, ως συμμετέχων, του οποίου αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του, οπότε στοιχειοθετείται το προσωπικό του όφελος από την ακύρωση της προσβαλλόμενης.

18. Επειδή, σε συνέχεια και υπό την επιφύλαξη των ανωτέρω, νομίμως και καταρχήν παραδεκτώς, εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

19. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1.Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια...».

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 72 «Εγγυήσεις» του ν. 4412/2016 ορίζεται: «1.*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.*

Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως». {..}

21. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται «4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης 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 δέκα (10) ημερών τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην

αναθέτουσα αρχή. γ) Αν δεν υποβληθούν τα ως άνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα υποβάλει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν μέσω της λειτουργικότητας της "Επικοινωνίας" του υποσυστήματος. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών, σύμφωνα με τα ανωτέρω υπό β) και γ) αναφερόμενα, προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999 "Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας", όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4250/2014. δ) 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. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσωρινός ανάδοχος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της ειδοποίησης/πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών

κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του άρθρου 22, η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται. Η διαδικασία ελέγχου των ως άνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία, στη συνέχεια, το κοινοποιεί, μέσω της «λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην αναθέτουσα αρχή για τη λήψη απόφασης». [...]

Άρθρο 15: Εγγύηση συμμετοχής

15.1 Για την συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείται η κατάθεση από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, κατά τους όρους της παρ. 1 α) του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των 3.984 ευρώ. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. [...]

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

23. 2 . Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)

Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2

(α εως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας.

22. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, στο άρθρο 4.2 παρ. δ προβλέπεται ρητώς και σαφώς ότι αν κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή 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 Διακήρυξης, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του. Στο δε άρθρο 15.4, ρητώς και σαφώς προβλέπεται ότι η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου μεταξύ άλλων και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας.

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. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Ούτε δύναται να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίζονται επί ποινή αποκλεισμού.

24. Επειδή, 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).

25. Επειδή, εν προκειμένω, η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος έχει καταστεί οριστική σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στη σκ. 15 της παρούσας. Ως εκ τούτου, δεν δύναται να αμφισβητηθεί παραδεκτά η νομιμότητα της προσβαλλόμενης ως προς τη μη προσήκουσα υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 4.2 της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο, στην περίπτωση αυτή, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής.

26. Επειδή, ειδικότερα, αφ'ής στιγμής ληφθεί απόφαση απόρριψης της προσφοράς προσωρινού αναδόχου κατά της οποίας δεν ασκήθηκε παραδεκτώς προδικαστική προσφυγή, υφίσταται ρητή και σαφής δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με τα άρθρα 4.2 και 15.4 της διακήρυξης εννοιολογικά ταυτόσημα με τα άρθρα 103 και 72 ν.4412/2016, τα οποία προβλέπουν την άνευ ετέρου και άνευ περιθωρίων εκτίμησης, κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής μη καταλειπομένου ουδενός περιθωρίου διάκρισης της αναθέτουσας αρχής περί την κατάπτωση ή μη της εγγύησης, πλην της περίπτωσης συνδρομής οφигενών μεταβολών, που ωστόσο ουδείς ισχυρίζεται ότι συντρέχει. Επομένως, αλυσιτελώς προβάλλονται αιτιάσεις εκ του προσφεύγοντος περί της μη κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του και τούτο διότι η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνέχεται αναγκαία με την απόρριψη της προσφοράς του ως ήδη προσωρινού αναδόχου, την οποίο δεν προσέβαλε παραδεκτώς ως όφειλε, δοθέντος ότι η κατάπτωση συνιστά συνέπεια του γεγονότος που επέφερε τον αποκλεισμό του (βλ. ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ 99/2020 σκ.4 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη και 560/2020 σκ. 38 Εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου). Συνεπώς, ο οικείος λόγος της προσφυγής απορρίπτεται ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος και, άρα, अपαράδεκτος. Σημειώνεται ότι και ο προσφεύγων αποδέχεται την πραγματική βάση των

Αριθμός Απόφασης: 614/2020

στοιχείων που οδήγησαν στον αποκλεισμό του ήτοι την μη κάλυψη ως προς την ασφαλιστική και φορολογική του ενημερότητα στις ημερομηνίες που η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το αίτημα υποβολής τους, ισχυριζόμενος ότι εκ των πραγμάτων και εκ της λογικής ήταν απολύτως αδύνατο να εκδοθεί ασφαλιστική/φορολογική ενημερότητα για τις οικείες ημερομηνίες (βλ. ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ με αρ. 656/2018 πρώην 1^{ου} κλιμακίου Εισηγήτρια Ι. Θεμελή και την επ' αυτής με αρ. Ν 195/2018 Απόφαση ΔΕφ Πειρ, με την οποία απορρίφθηκε η αίτηση αναστολής επί της ως άνω απόφασης ΑΕΠΠ, επικυρώνοντας την κρίση του Κλιμακίου σύμφωνα με την οποία η ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα δεν δύνανται να εκδοθούν αναδρομικά).

27. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

28.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

29.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 25 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε την 1 Ιουνίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη