

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2° ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 16 Μαρτίου 2021, με την εξής σύνθεση:  
Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.02.2021 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 288/8-2-2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που κατοικοεδρεύει στην ....

Κατά της αναθέτουσας αρχής, Διεύθυνση Τεχνικών Έργων, Π.Ε. ..., Περιφέρεια ..., που εδρεύει στην ..., ..., αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ. 75/25.01.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων Π.Ε. ... (εφεξής «η προσβαλλόμενη απόφαση»), στο πλαίσιο του διαγωνισμού της υπ' αριθ. πρωτ. .../13.07.2020 Διακήρυξης του έργου «ΑΝΤΙΠΛΗΜΜΥΡΙΚΑ ΕΡΓΑ ΣΤΗΝ Π.Ε.... (...)», κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα σε αυτή.

Η εξέταση 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 το άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 1.411,30 ευρώ και με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου ....

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. .../13.07.2020 Διακήρυξη η Διεύθυνση Τεχνικών Έργων, Π.Ε. ..., Περιφέρεια ..., ο Δήμος ... προκήρυξε τη

## Αριθμός απόφασης: 624 / 2021

διενέργεια ηλεκτρονικού, δημόσιου, ανοικτού διαγωνισμού, κάτω των ορίων, με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου για το έργο ΑΝΤΙΠΛΗΜΜΥΡΙΚΑ ΕΡΓΑ ΣΤΗΝ Π.Ε.... (...)» προϋπολογισμού 282.258,07 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 13.07.2020 και με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό .... Στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν επτά οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και ο «...» και ήδη προσφεύγων, ο οποίος με την υπ' αριθ. .../2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ..., κατ' έγκριση του Πρακτικού Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού, αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος και κλήθηκε όπως υποβάλει τα οριζόμενα από τη Διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία και με την υπ' αριθ. 1206/18.09.2020 απόφασή της αναθέτουσας αρχής, κατ' έγκριση του Πρακτικού ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού, έγιναν δεκτά και αποφασίστηκε η κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν, με μέση έκπτωση προσφοράς 58,01%. Στη συνέχεια η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατόπιν επανεξέτασης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τροποποίησε το 2<sup>ο</sup> Πρακτικό και το επανυπέβαλε στην Οικονομική Επιτροπή με το ίδιο υπ' αριθμ. πρωτ. 45811/18.09.2020 έγγραφο (ταυτόριθμο), σε ορθή επανάληψη και εισηγήθηκε α) να απορριφθεί η προσφορά του προσφεύγοντος διότι i) Η ασφαλιστική ενημερότητα για το έργο: «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ ΣΕ ΡΕΜΑΤΑ ΚΑΙ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΤΗΣ ΡΕΜΑΤΩΝ ΣΤΟΥΣ ΔΗΜΟΥΣ ... (...)» ΤΗΣ Δ.Τ.Ε.Π.Ε. ..., δεν ήταν σε ισχύ (είχε λήξει στις 09-06-2020) και ii) Β. Δεν είχε υποβληθεί η εκτύπωση της καρτέλας «ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΜΗΤΡΩΟΥ /ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ», όπως αυτά εμφανίζονται στο TAXISNET, β) να καταπέσει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η υπ' αριθμ. .../31.07.2020 Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής του ΤΜΕΔΕ, ποσού 5.650,00 ευρώ, σύμφωνα με τη διαδικασία που αναφέρεται στο νόμο 4412/2016 και γ) η κατακύρωση να γίνει στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, ήτοι στον οικονομικό φορέα «...», με οικονομική προσφορά με μέση έκπτωση 54,79%, τηρουμένης της

## **Αριθμός απόφασης: 624 / 2021**

διαδικασίας του άρθρου 4.2 της Διακήρυξης. Στη συνέχεια και επειδή ο προσφεύγων είχε καταθέσει στις 25.09.2020, την ορθή και σε ισχύ ασφαλιστική ενημερότητα του υπόψη ανωτέρω έργου, καθώς και την εκτύπωση της καρτέλας του TAXISNET, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 47501/25.09.2020 έγγραφό της, η Διεύθυνση Τεχνικών Έργων Π.Ε. ... εισηγήθηκε με την υπ' αριθ. πρωτ. 47501/25.09.2020 εισήγησή της στην Οικονομική Επιτροπή α) Να επιστραφεί το τροποποιημένο 2<sup>ο</sup> Πρακτικό στην Επιτροπή Διαγωνισμού, προκειμένου να λάβει υπ' όψιν τα συμπληρωματικά αυτά στοιχεία, τα οποία υπέβαλε ο προσφεύγων με την υπ' αριθμ. 47302/25.09.2020 αίτησή του με συνημμένα τις δυο ελλείψεις που αναφέρονται στο 2<sup>ο</sup> Πρακτικό και να ακολουθηθεί η διαδικασία των άρθρων 4 § 4.2 γ και του άρθρου 9 της διακήρυξης και β) Να ζητηθεί η άποψη έμμισθου δικηγόρου του δημοσίου επί του θέματος, εισήγηση που έγινε δεκτή και αποφασίστηκαν τα ανωτέρω από την Οικονομική Επιτροπή με την υπ' αριθμ. 1303/05.10.2020 απόφασή της. Στις 07.10.2020, η αναθέτουσα αρχή απηύθυνε μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ πρόσκληση στον προσφεύγοντα προς προσκόμιση των ως άνω ελλείψεων εντός επτά (7) ημερών, τα οποία και αυτός επανυπέβαλε με την υπ' αριθμ. πρωτ. 58102/08.10.2020 αίτησή του. Εν συνεχεία, η Διεύθυνση Τεχνικών Έργων Π.Ε. ..., με το υπ' αριθμ. πρωτ. 52280/20.10.2020 έγγραφό της, διαβίβασε εκ νέου το 2<sup>ο</sup> Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού στην Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας ..., λαμβάνοντας υπόψη τη με αρ. πρωτ. 248146/1597/19.10.2020 γνωμοδότηση της Δικηγόρου της Νομικής Υπηρεσίας ... .., η οποία, με την υπ' αριθμ. 1421/30.10.2020 απόφασή της ενέκρινε α) την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος β) την παροχή γνωμοδότησης σχετικά με την κατάπτωση ή μη υπέρ της αναθέτουσας αρχής της υπ' αριθμ. .../31.07.2020 Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής του ΤΜΕΔΕ, ποσού €5.650,00 του προσφεύγοντος, σύμφωνα με τη διαδικασία που αναφέρεται στο νόμο 4412/2016 και γ) την κατακύρωση στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, οικονομικό φορέα «...». Βάσει της ως άνω υπ' αριθμ. 1421/30.10.2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, η έμμισθη Δικηγόρος της Νομικής Υπηρεσίας ... .., γνωμοδότησε ότι η αναθέτουσα αρχή είχε δέσμια αρμοδιότητα να προβεί σε κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

## Αριθμός απόφασης: 624 / 2021

Έτσι, κατόπιν της υπ' αριθμ. πρωτ. 274463/1747/12.01.2021 γνωμοδότησης, ελήφθη η υπ' αριθ. 75/25.01.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... (ΑΔΑ: ...), η οποία ενέκρινε «την κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της υπ. αριθ. .../31.07.2020 Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής του ΤΜΕΔΕ (μειοδότη ... ΕΔΕ), ποσού €5.650,00, για τον ηλεκτρονικό διαγωνισμό του έργου «ΑΝΤΙΠΛΗΜΜΥΡΙΚΑ ΕΡΓΑ ΣΤΗΝ Π.Ε.... (...)» π/υ 350.000€ συμπ. φ.π.α. [συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ ...] και σε συνέχεια της υπ' αριθμόν 1421/30.10.2020 (ΑΔΑ: ...) απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ...». Κατά της απόφασης αυτής στρέφεται ο προσφεύγων, αιτούμενος την ακύρωσή της, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή.

3. Επειδή, ο υπό κρίση διαγωνισμός, ως εκ του ύψους της συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης του υπό ανάθεση έργου, χωρίς τον ΦΠΑ, υπολειπόμενος του σχετικού ορίου (5.350.000 ευρώ), δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 2014 (ΕΕ L 94), κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 4 (στοιχ. α) [άρθρο 5 στοιχ. α του Ν. 4412/2016], όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 του Κανονισμού (ΕΕ) 2015/2171 της Επιτροπής και εν συνεχεία με τον Κανονισμό 2019/1829, υπάγεται, όμως, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της ιδιότητας της Περιφέρειας ..., ως αναθέτουσας αρχής, ανήκουσας στη Γενική Κυβέρνηση (Ο.Τ.Α.), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016) και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας με τη δημοσίευση της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016 και 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) στην υπό κρίση Προσφυγή. Περαιτέρω, 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, έχει ασκηθεί η παρούσα Προσφυγή, δοθέντος ότι ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης την 01<sup>η</sup>.02.2021,

## **Αριθμός απόφασης: 624 / 2021**

όταν και αυτή αναρτήθηκε στο πρόγραμμα «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» και επομένως αυτή, η Προσφυγή, ασκήθηκε, δια της καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 05.02.2021, εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας, αφού από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού δεν προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αυτή του κοινοποιήθηκε μέσω του συστήματος «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ σε προγενέστερη ημερομηνία, ει μη μόνον ότι αυτή αναρτήθηκε στη κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 17.02.2021.

4. Επειδή, με πρόδηλο έννομο συμφέρον ο προσφεύγων στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό, υποβάλλοντας την προσφορά του, η οποία καίτοι έγινε αποδεκτή και αναδείχθηκε αυτός ανάδοχος, εν τέλει απορρίφθηκε λόγω μη προσκόμισης όλων των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με τη Διακήρυξη και αποφασίσθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση και η κατάπτωση της προσκομισθείσας από αυτόν εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Και τούτο διότι η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επαγόμενη οικονομική βλάβη και επομένως έννο 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 συνέχεια 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

## **Αριθμός απόφασης: 624 / 2021**

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 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 κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του προσφεύγοντος, αφού κατά τα προρρηθέντα αυτή φέρει εκτελεστότητα ως προς το κεφάλαιο αυτό, η, δε, υπόψη διαφορά, συνιστά διαφορά υπαγόμενη σε προδικαστική προσφυγή (πρβλ. ΑΕΠΠ 255/2020, 48/2019 675/2018). Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή είναι τύποις παραδεκτή και θα πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

5. Επειδή, παραδεκτώς και εμπροθέσμως, κατ' άρθρο 365 του Ν. 4412/2016, - ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει με το άρθρο 43 παρ. 42 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) - και κατ' άρθρο 9 του Π.Δ. 39/2017, με το από 15.02.2021 έγγραφο απόψεων της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης.

## Αριθμός απόφασης: 624 / 2021

6. Επειδή, ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού και του Ν. 4412/2016 εισηγήθηκε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του, χωρίς προηγουμένως να έχει ληφθεί η γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου, κατ' άρθρο 72 παρ. 1α του Ν. 4412/2016, ενώ με το δεύτερο λόγο της αναφέρει ότι δεν πληρούνται οι εκ του νόμου προϋποθέσεις για τον αποκλεισμό της προσφοράς του που συνεχονται με την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι όσον αφορά τον αποκλεισμό της προσφοράς του για το λόγο ότι η ασφαλιστική ενημερότητα για το έργο: «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ ΣΕ ΡΕΜΑΤΑ ΚΑΙ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΤΗΣ ΡΕΜΑΤΩΝ ΣΤΟΥΣ ΔΗΜΟΥΣ ... (...)» ΤΗΣ Δ.Τ.Ε.Π.Ε. ..., δεν ήταν σε ισχύ, αφού αυτή είχε λήξει στις 09-06-2020, ότι εκ παραδρομής υποβλήθηκε η εν λόγω ενημερότητα, αφού κατά το χρονικό διάστημα υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης στις 12.09.2020 ήταν ασφαλιστικά ενήμερος, τούτου αποδεικνυομένου από την από 10.06.2020 ασφαλιστική ενημερότητα του προαναφερόμενου έργου και ισχύουσας μέχρι 10.12.2020, την οποία και προσκόμισε στην αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθ. πρωτ. 47302/25.09.2020 και 58102/08.10.2020 αιτήσεις του. Περαιτέρω και αναφορικά με τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού της προσφοράς του, ήτοι τη μη υποβολή της εκτύπωσης της καρτέλας «ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΜΗΤΡΩΟΥ /ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ», από το σύστημα «TAXISNET», ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι κατ' άρθρο 23.2 της Διακήρυξης ουδεμία υποχρέωση προς υποβολή αυτής υπείχε, αφού η αναθέτουσα αρχή διαθέτει κωδικούς taxisnet, όπως προκύπτει από το συνδυασμό των διατάξεων των αρ. 45.γ, 46.α και 67 ν.4172/2013 και της υπ' αρ. 1041/2019 παρ. 1 απόφασης του Διοικητή της ΑΑΔΕ και είχε τη δυνατότητα να επιβεβαιώσει τη μη αναστολή των επιχειρηματικών του δραστηριοτήτων, μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της ΑΑΔΕ, λαμβάνοντας το απαιτούμενο πιστοποιητικό από την πλατφόρμα αυτή.

7. Επειδή, το άρθρο 72 «Εγγυήσεις» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «[...] Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει

## **Αριθμός απόφασης: 624 / 2021**

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 [...]». Περαιτέρω, το άρθρο 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «[...] 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται [...] 2. [...] 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 [...] 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί. [...] 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του».

8. 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 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή



## Αριθμός απόφασης: 624 / 2021

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 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 [...]».

9. 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 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 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) είναι ψευδή ή ανακριβή ή ότι δεν έχουν υποβληθεί στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά έγγραφα ή ότι από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77 του Ν. 4412/2016 και τα άρθρα 21, 22 και 23 της Διακήρυξης, (πρώτη προϋπόθεση), καθώς και η θετική γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου (δεύτερη προϋπόθεση). Μάλιστα, από τη γραμματική και συστηματική ερμηνεία των διατάξεων αυτών, σαφώς

## **Αριθμός απόφασης: 624 / 2021**

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 (ΑΕΠΠ 225/2020). 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 προσφοράς του, υπό την προϋπόθεση, όμως, 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 ΤΕΥΔ 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 ΤΕΥΔ κρίθηκε ως ψευδής ή αναληθής πρέπει να ερμηνευθεί συσταλτικά, ώστε να περιλαμβάνει μόνον περιπτώσεις

## Αριθμός απόφασης: 624 / 2021

που *rationae materiae* σαφώς εμπίπτουν στο γράμμα αυτής (ΑΕΠΠ 225/2020). 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 ΤΕΥΔ, 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 προκύψει από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή το ανακριβές ή ψευδές της τυχόν δηλώσεως στο Ε.Ε.Ε.Σ. δεν προκύψει 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).

10. Επειδή, στην υπό κρίση περίπτωση, αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων και κατόπιν επανεξέτασης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσφεύγοντος, τα οποία αρχικώς είχαν γίνει δεκτά, η τροποποίηση του 2<sup>ου</sup> Πρακτικού και η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος διότι η ασφαλιστική ενημερότητα για το έργο: «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ ΣΕ ΡΕΜΑΤΑ ΚΑΙ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΤΗΣ ΡΕΜΑΤΩΝ ΣΤΟΥΣ ΔΗΜΟΥΣ ... (...)» ΤΗΣ Δ.Τ.Ε.Π.Ε. ..., δεν ήταν σε ισχύ, αφού είχε λήξει στις 09-06-202) και δεν είχε υποβληθεί η εκτύπωση της καρτέλας «ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΜΗΤΡΩΟΥ /ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ», όπως αυτά εμφανίζονται στο TAXISNET, καθώς και η κατάπτωση της υπ' αριθ. .../31.07.2020 Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής του (βλ. σκέψη 2). Τα δικαιολογητικά αυτά προσκόμισε ο προσφεύγων εν τέλει στις 25.09.2020, με την υποβολή της ορθής και σε ισχύ ασφαλιστικής ενημερότητας του ανωτέρω έργου, ήτοι της από 10.06.2020 ασφαλιστικής ενημερότητας του προαναφερόμενου έργου και ισχύουσας μέχρι 10.12.2020, καθώς και την εκτύπωση της καρτέλας του TAXISNET με την υπ' αριθ. πρωτ. 47302/25.09.2020 αίτησή του και τα επανυπέβαλε με την υπ' αριθ. πρωτ. 58102/08.10.2020 αίτησή του, κατόπιν σχετικής πρόσκλησης που του απηύθυνε μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ η αναθέτουσα αρχή προς

## Αριθμός απόφασης: 624 / 2021

προσκόμιση των ως άνω ελλείψεων εντός επτά (7) ημερών. Η κρίση περί του αποκλεισμού της προσφοράς του προσφεύγοντος, ανεξαρτήτως της ορθότητας της, δε δύναται να ελεγχθεί ούτε ευθέως ούτε παρεμπιπτόντως από την Α.Ε.Π.Π., καθόσον σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ. 5 η ΑΕΠΠ «επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που θίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας.», ενώ, επιπλέον, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής, δεν έχει προσβληθεί με προδικαστική προσφυγή - πολλώ δε μάλλον ακυρωθεί - και συνεπώς έχει τεκμήριο νομιμότητας και παράγει τα έννομα αποτελέσματά της. Εντούτοις, από την παράθεση του ανωτέρω ιστορικού προκύπτει ότι δεν υφίσταται, σε κάθε περίπτωση, ανακριβής δήλωση στο ΤΕΥΔ του προσφεύγοντος, ούτε υφίσταται περίπτωση μη υποβολής στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα των απαιτούμενων από τη Διακήρυξη δικαιολογητικών εγγράφων, ούτε ότι από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής του, σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της Διακήρυξης, περιπτώσεις κατά τις οποίες και μόνον, μετά την απόρριψη της προσφοράς προσφέροντος, αναδειχθέντα προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του. Και τούτο διότι, ο προσφεύγων κατείχε σχετική ασφαλιστική ενημερότητα σε ισχύ για το έργο «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ ΣΕ ΡΕΜΑΤΑ ΚΑΙ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΤΗΣ ΡΕΜΑΤΩΝ ΣΤΟΥΣ ΔΗΜΟΥΣ ... (2018)» ΤΗΣ Δ.Τ.Ε.Π.Ε. ... και η επιχείρησή του ήταν ενεργή και δεν είχε αναστείλει τις επιχειρηματικές δραστηριότητές της, τα υπόψη δε, δικαιολογητικά έγγραφα, ήτοι την από 10.06.2020 ασφαλιστική ενημερότητα του προαναφερόμενου έργου και την εκτύπωση της καρτέλας του TAXISNET, προσκόμισε στην αναθέτουσα αρχή δις, στις 25.09.2020 με την υπ' αριθ. πρωτ. 47302/25.09.2020 αίτησή του και στις 08.10.2020 με την υπ' αριθ. πρωτ. 58102/08.10.2020 αίτησή του, κατόπιν σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, με την προσκόμιση των εγγράφων αυτών, απέδειξε ότι ουδεμία ανακριβής ή ψευδής δήλωσης στο προσκομισθέν ΤΕΥΔ του υφίστατο, υπέβαλε στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα, κατόπιν της πρόσκλησης που του απευθύνθηκε από την αναθέτουσα αρχή, τα δικαιολογητικά που του ζητήθηκαν και απέδειξε με αυτά την πλήρωση των

## **Αριθμός απόφασης: 624 / 2021**

όρων συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της Διακήρυξης. Ως εκ τούτου δεν πληρούται η πρώτη προϋπόθεση (βλ. ακριβώς ανωτέρω σκέψη) του κανονιστικού πλαισίου περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του, αφού δεν υφίστανται οι περιπτώσεις εκείνες, κατά τις οποίες επέρχεται ως δυσμενή επίπτωση η κατάπτωση της καταβληθείσας εγγύησης συμμετοχής. Και τούτο, ανεξαρτήτως της ορθότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί εκ παραδρομής υποβολής της αρχικής του ασφαλιστικής ενημερότητας για το έργο «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ ΣΕ ΡΕΜΑΤΑ ΚΑΙ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΤΗΣ ΡΕΜΑΤΩΝ ΣΤΟΥΣ ΔΗΜΟΥΣ ... (...)» ΤΗΣ Δ.Τ.Ε.Π.Ε. ..., η οποία είχε λήξει κατά το χρόνο υποβολής της και υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής όπως τον καλέσει προς παραδεκτή διευκρίνιση/ συμπλήρωσή της κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412.2016 πριν την απόρριψη της προσφοράς του και της μη υποχρέωσής του υποβολής της εκτύπωσης της καρτέλας «ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΜΗΤΡΩΟΥ /ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ», από το σύστημα «TAXISNET», κατ' άρθρο 23.2 της Διακήρυξης, αφού η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα να επιβεβαιώσει τη μη αναστολή των επιχειρηματικών του δραστηριοτήτων, μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της ΑΑΔΕ. Περαιτέρω, δεν πληρούνται ούτε η δεύτερη προϋπόθεση (βλ. ακριβώς ανωτέρω σκέψη) του κανόνα δικαίου περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, αφού, προκειμένου η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής να έχει συννόμως εκδοθεί σε διαγωνιστικές διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων έργων, θα πρέπει να έχει προηγηθεί διατύπωση γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, γεγονός που στην προκείμενη περίπτωση δε συντρέχει, ενώ ουδεμία επιρροή περί της απαίτησης διατύπωσης γνώμης από το Τεχνικό Συμβούλιο σε προγενέστερο χρόνο της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, ασκεί το γεγονός ότι ο νόμος αναφέρεται σε διατύπωση απλής γνώμης και ουχί σύμφωνης, καθότι η προϋπόθεση διατύπωσης γνώμης, σε κάθε περίπτωση παραμένει. Επομένως, στην υπό εξέταση περίπτωση, υφίσταται παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής πριν την απόφαση κατάπτωσης της εγγύησης (πρβλ. ΑΕΠΠ 225/2020) και οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, τυγχάνουν βάσιμοι. Μετά ταύτα οι λόγοι της Προσφυγής, θα πρέπει να γίνουν δεκτοί.

**Αριθμός απόφασης: 624 / 2021**

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

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προσφυγή.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 16 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 5 Απριλίου 2021.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Νικόλαος Σ. Σαββίδης**

**Μιχαήλ Γ. Σοφιανός**