

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 04 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 28.03.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 473/29.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή της και να ακυρωθεί η υπ' αριθμό πρωτ. 88373/22-03-2022 απόφαση της Γενικής Γραμματέας ... (ΑΔΑ: ...) [εφεξής η «προσβαλλόμενη»] και κάθε άλλη συναφής πράξη και παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, ρητής ή σιωπηρής, μεταγενέστερης ή προγενέστερης, έτσι ώστε να αρθεί η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

**1.** Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ύψους €2.016,13), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης επί της οποίας ασκείται η προσφυγή, 403.225,81€ άνευ ΦΠΑ.

**2.** Επειδή, δυνάμει της με αριθμό ΑΔΑΜ ... Διακήρυξης προκηρύχθηκε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου

«Λειτουργία και συντήρηση του οδικού τμήματος από Χ.Θ. 1+600 (...) έως Χ.Θ. 15+020 (Περιοχή ... Κόμβου ΑΚ4 "...") μετά του παραπλεύρου και κάθετου οδικού δικτύου, του άξονα σύνδεσης περιοχής ... με τον Δυτικό Άξονα ..., Περιφέρειας ..., περιόδου 2020-2022» εκτιμώμενης αξίας 403.225,81 ευρώ (πλέον ΦΠΑ 24% ). Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 27-05-2021 με μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε τον συστημικό αριθμό .... Στον διεξαχθέντα διαγωνισμό υπέβαλε προσφορά μόνο η προσφεύγουσα με α/α προσφοράς .... Με τη με αρ. πρωτ. ... (ΑΔΑ: ...) Απόφαση Γενικού Γραμματέα ..., αφενός εγκρίθηκε το από 22-07-2021 Πρακτικό 1 Αποσφράγισης – Ελέγχου Δικαιολογητικών συμμετοχής και Οικονομικών προσφορών της Επιτροπή Διαγωνισμού του εν θέματι διαγωνισμού και αφετέρου ανακηρύχθηκε η προσφεύγουσα προσωρινή ανάδοχος. Τέλος, με την προσβαλλόμενη αποφασίσθηκε η κατάπτωση, υπέρ της αναθέτουσας αρχής, της εγγύησης συμμετοχής, ήτοι της «Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής ΤΜΕΔΕ με αριθ. ..., διάρκειας 310 ημερών από την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού», της προσφεύγουσας επειδή παρότι επανειλημμένα κλήθηκε να προσκομίσει την προβλεπόμενη σύμφωνα με το αρ. 105 παρ. 3 περ. δ' ν. 4412/2016, «Υπεύθυνη Δήλωση οψιγενών μεταβολών», δεν το έπραξε εντός εύλογης προθεσμίας, αρνούμενη σιωπηρά, με τον τρόπο αυτό, να αναλάβει την εκτέλεση της σύμβασης εντός του χρόνου ισχύος της προσφοράς της.

**3.**Επειδή ο διαγωνισμός ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (άνευ Φ.Π.Α.), της φύσης της αναθέτουσας αρχής και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

**4.**Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα, ως η μόνη συμμετέχουσα, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 23.03.2022 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 28.03.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσβαλλομένης απόφασης, ενώ επίσης έγινε χρήση του τυποποιημένου

εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και η προσφυγή είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

**5.**Επειδή με κατ' αρχάς έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, αφού 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 δημοσίας σύμβασης. Τούτο προκύπτει και από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 72, 73, 75, 79 και 103 Ν. 4412/2016 σύμφωνα με τις οποίες η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής συνέχεται αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω πλημμελειών της προσφοράς του σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, είτε με την εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της σύμβασης), άρα και πάλι τον αποκλεισμό του από αυτήν.

**6.**Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 28.01.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ σε όλες τις συμμετέχουσες εταιρείες και στην ΑΕΠΠ τις από 27.01.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

7.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

8.Επειδή, το άρθρο 72 του ν. 4412/2016 «Εγγυήσεις-Εξουσιοδοτική διάταξη», όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 21 του ν. 4782/2021 (έναρξη ισχύος 01.06.2021), ορίζει:

*«[...] 2. Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων:*

- α) αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, ή*
- β) παρέχει εν γνώσει του ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78,*
- γ) δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά, ή*
- δ) δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή του συμφωνητικού, ή*
- ε) υπέβαλε μη κατάλληλη προσφορά με την έννοια της περ. 46 της παρ. 1 του άρθρου 2, ή*
- στ) στις περιπτώσεις των παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 103, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών.*

*[...] 4...Η εγγύηση καλής εκτέλεσης καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής στην περίπτωση παραβίασης, από τον ανάδοχο των όρων που ορίζονται στη σύμβαση...».*

9.Επειδή το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021 (έναρξη ισχύος 01.05.2021) ορίζει:

*«1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (Α` 74), όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα*

της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή μέσω του ΕΣΗΔΗΣ.

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1...

4. 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.

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 παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οψιγενών μεταβολών, **καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων**, 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 αποδείξει ότι: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, η διαδικασία ματαιώνεται».

10.Επειδή, το άρθρο 105 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 45 του ν. 4782/2016 (έναρξη ισχύος 01.06.2021) ορίζει:

«3. Η απόφαση κατακύρωσης καθίσταται οριστική, εφόσον συντρέξουν οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) ... β) ...γ) ...δ) ο προσωρινός ανάδοχος έχει υποβάλλει έπειτα από σχετική πρόσκληση, υπεύθυνη δήλωση, που υπογράφεται σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 79Α, περί υπογραφής Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, στην οποία δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης.

4. Μετά από την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντας του προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδικής πρόσκλησης.

11. Επειδή, στην οικεία Διακήρυξη ορίζεται (σελ. 2) ορίζεται ότι η ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του εν θέματι έργου **«...θα διεξαχθεί σύμφωνα με: α) τις διατάξεις του ν. 4412/2016 (Α' 147), όπως ισχύει μετά τον ν.4782/2021(Α'36) και β) τους όρους της παρούσας...».**

12. Επειδή, το άρθρο 4.2 παρ. (ε) της οικείας Διακήρυξης ορίζει:

**«...Εάν η πρόσκληση προς τον προσωρινό ανάδοχο, για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης αποσταλεί μετά την 1-6-2021, ισχύουν οι διατάξεις του άρθρου 43 του ν. 4782/2021 .».**

13.Επειδή, το άρθρο 15.4 της οικείας Διακήρυξης ορίζει:

*«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 απόφασεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως».*

14.Επειδή, το άρθρο 7 «Εφαρμοστέα Νομοθεσία» της Διακήρυξης ορίζει: **«Για τη δημοπράτηση του έργου, την εκτέλεση της σύμβασης και την κατασκευή του, εφαρμόζονται οι διατάξεις των παρακάτω νομοθετημάτων, όπως ισχύουν: [...] -του ν.4782/2021 Εκσυγχρονισμός, απλοποίηση και αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερες ρυθμίσεις προμηθειών στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και άλλες διατάξεις για την ανάπτυξη, τις υποδομές και την υγεία κενό<sup>38</sup>».**

15. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού, 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, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η

διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006).

**16.**Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής επικαλείται παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας λόγω παράλειψης παροχής γνώμης από το τεχνικό συμβούλιο, καθώς κατά τους ισχυρισμούς της *«Σύμφωνα με το άρθρο 15.4 της διακήρυξης (σελίδα 17) «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».* Το άρθρο αυτό επαναλαμβάνει τις προβλέψεις του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης (27-05-2021), ήτοι όπως ίσχυε πριν τον χρόνο έναρξης ισχύος του άρθρου 21 του ν. 4782/2021 (01-06-2021). Σε κάθε περίπτωση, το άρθρο 15.4 αναπτύσσει πλήρως τα έννομα αποτελέσματά του ως ειδικότερη και ολοκληρωμένη διάταξη της διακήρυξης (μεταξύ πολλών ΕΑ ΣΤΕ 193/2011, 95/2009, 1272/2007, ΔΕφΘεσ 298/2019, ΔΕΦΤριπ 236/2019, ΔΕφΘεσ 880/2016). Καθιερώνεται επομένως ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας για τη λήψη απόφασης κατάπτωσης μιας εγγύησης συμμετοχής η προηγούμενη παροχή γνωμοδότησης από το αρμόδιο τεχνικό συμβούλιο, δηλαδή εν προκειμένω από το τεχνικό συμβούλιο δημοσίων έργων του Υπουργείου ...  
...Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η προσβαλλόμενη εκδόθηκε χωρίς να έχει προηγηθεί η παροχή γνώμης από το οικείο τεχνικό συμβούλιο... Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα άνευ ετέρου λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου...».



17.Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, προκύπτουν τα εξής: Η οικεία Διακήρυξη όριζε στην αρχή (σελ. 2) πως ο εν θέματι διαγωνισμός «...θα διεξαχθεί σύμφωνα με: α) τις διατάξεις του ν. 4412/2016 (Α' 147), όπως ισχύει μετά τον ν.4782/2021(Α' 36). Περαιτέρω στην εφαρμοστέα νομοθεσία του επίδικου διαγωνισμού ρητώς αναφερόταν ο ν. 4782/2021. Επιπλέον, το άρθρο 4.2 παρ. (ε) της οικείας Διακήρυξης όριζε πως: «...Εάν η πρόσκληση προς τον προσωρινό ανάδοχο, για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης αποσταλεί μετά την 1-6-2021, ισχύουν οι διατάξεις του άρθρου 43 του ν. 4782/2021». Δυνάμει δε του άρθρου 43 του ν. 4782/2021 τροποποιήθηκε το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, του οποίου οι παράγραφοι 3 και 4 παραπέμπουν στο άρθρο 72 του ν. 4412/2016, όπου σε αυτό, ως ισχύει, ορίζεται: «4...*Η εγγύηση καλής εκτέλεσης καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής στην περίπτωση παραβίασης, από τον ανάδοχο των όρων που ορίζονται στη σύμβαση...*», και επομένως με το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο δεν υφίσταται πλέον η προηγούμενη παροχή γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου για την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής, εν αντιθέσει με την προϊσχύσασα διάταξη του άρθρου 72 ν. 4412/2016 και κατά την οποία απαιτείτο η παροχή γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου. Εν προκειμένω, η πρόσκληση προς την προσφεύγουσα από την αναθέτουσα προς υποβολή της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης περί οψιγενών μεταβολών, έγινε το πρώτον την 14.02.2022 και σε δεύτερο χρόνο την 04.03.2022, και συνεπώς εφαρμογή είχε το τροποποιημένο άρθρο 72 του ν. 4412/2016, που δεν έχει ως προϋπόθεση την προηγούμενη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου για την κατάπτωση της εγγυητικής. Και όλα αυτά δυνάμει του όρου 4.2 περ. (ε) της διακήρυξης, το οποίο ορίζει πως εάν η πρόσκληση προς τον προσωρινό ανάδοχο, για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης αποσταλεί μετά την 1-6-2021, ισχύουν οι διατάξεις του άρθρου 43 του ν. 4782/2021. Τα δε προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα περί εφαρμογής του όρου 15.4 είναι απορριπτομένα ως αβάσιμα διότι η οικεία Διακήρυξη σε πλείστα σημεία όριζε την εφαρμογή των τροποποιημένων, δια του ν. 4782/2021, άρθρων του ν. 4412/2016, αλλά και στην αρχή της, όπου οριζόταν πως ο εν θέματι διαγωνισμός θα διεξαχθεί σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά τον ν.4782/2021. Συνεπώς, η προσφεύγουσα υπέβαλε την προσφορά χωρίς να

διατυπώσει επιφύλαξη αναφορικά με τους όρους της διακήρυξης και άρα τους αποδέχθηκε, οπότε και εφαρμοστέο είναι το ισχύον νομοθετικό καθεστώς του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά τον ν. 4782/2021, και άρα οι περί αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι. Ιδίως οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, δια του υπομνήματός της, περί του «άθικτου» του όρου 15.4 της διακήρυξης από τις τροποποιήσεις του ν. 4782/2021 είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, διότι η οικεία Διακήρυξη ήδη στην αρχή της εναργώς ορίζει πως ο εν θέματι διαγωνισμός θα διεξαχθεί σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά τον ν.4782/2021, καταλαμβάνοντας όλα τα άρθρα του ν. 4412/2016, που τροποποιήθηκαν δυνάμει του ν.4782/2021. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

**18.**Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της επικαλείται πως: *«1. Ως γνωστόν, η δήλωση βουλήσεως είναι ουσιώδες στοιχείο, χωρίς την ύπαρξη του οποίου δεν υπάρχει δικαιοπραξία...Αντίθετα η σιωπή δεν αποτελεί δήλωση βουλήσεως, όμως αποτελεί δήλωση βούλησης μόνο όταν έχει συμφωνηθεί από τα μέρη ή προκύπτει από επανειλημμένες συναλλαγές ότι η έλλειψη απάντησης σε ορισμένη πρόταση σημαίνει αποδοχή/απόρριψη της. Ακόμη, η δήλωση βούλησης διακρίνεται σε απευθυντά και μη. Ειδικότερα: (1) Μη απευθυντά δήλωση βουλήσεως: η συγκεκριμένη δήλωση βουλήσεως δεν απαιτείται να απευθυνθεί σε ορισμένο πρόσωπο, η συντέλεση της δήλωσης βούλησης επέρχεται ταυτόχρονα με την εξωτερίκευση της δικαιοπρακτικής βούλησης. (2) Απευθυντά δήλωση βουλήσεως: η δήλωση βουλήσεως συντελείται με την εξωτερίκευση δικαιοπρακτικής βούλησης, αλλά αποκτά νομική ισχύ από τη στιγμή που θα περιέλθει στο πρόσωπο που απευθύνεται (ΑΚ 167). Συνεπώς η περιέλευση αποτελεί όρο του ενεργού της απευθυντέας δηλώσεως βουλήσεως. Οι απευθυντές δηλώσεις απαιτείται να περιέρχονται σε βιοτικό χώρο ελεγχόμενο από τον λήπτη, έτσι ώστε αυτός να είναι σε θέση, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, να πληροφορηθεί το περιεχόμενό της.*

*2. Βάσει των διαλαμβανόμενων στο άρθρο 15.4 της διακήρυξης (σελίδα 17) και κατ' αντιστοιχία στο άρθρο 72 του ν. 4412/2016, η απόσυρση προσφοράς κατά τη διάρκεια ισχύος της θεμελιώνει λόγο κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής του διαγωνιζόμενου, ο οποίος προβαίνει σε μια τέτοια ενέργεια.*

Αν και η νομοθεσία δεν προσδιορίζει επακριβώς την έννοια της απόσυρσης προσφοράς, είναι προφανές ότι αυτή αποτελεί δήλωση βούλησης του διαγωνιζόμενου προς την αναθέτουσα αρχή, με την οποία δηλώνεται η σαφής πρόθεση του διαγωνιζόμενου να μην εξακολουθεί να δεσμεύεται από την κατατεθείσα προσφορά του. Για τη διαπίστωση μιας τέτοιας δήλωσης δεν απαιτείται κατ' ανάγκη αυτή να διατυπώνεται ρητά. Ωστόσο, για να συναχθεί το συμπέρασμα ότι υφίσταται σιωπηρή δήλωση απόσυρσης προσφοράς δεν αρκεί η σιωπή του διαγωνιζόμενου, αλλά θα πρέπει να συνάγεται με βεβαιότητα από τη συμπεριφορά του υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες και περιστάσεις, υπό τις οποίες εκδηλώνεται.

3. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. πρωτ. 88373/22-03 2022 απόφαση της Γενικής Γραμματέας...(ΑΔΑ: ...), με την οποία αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της εταιρείας μας, έκανε δεκτό ότι «παρήλθε ... άπρακτο μεγάλο χρονικό διάστημα μετά την πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής ... συνεπώς δεν υπήρξε έγκαιρη και προσήκουσα ενημέρωση της αναθέτουσας για τις οψιγενείς μεταβολές που πιθανώς επήλθαν στο πρόσωπο του αναδόχου», «ο ανάδοχος ... δεν προσκόμισε εγκαίρως ως όφειλε σύμφωνα με την παρ. 2 του αρ. 72, το ανωτέρω προβλεπόμενο έγγραφο της υπεύθυνης δήλωσης ...» και ότι «η μη έγκαιρη προσκόμιση των απαραίτητων δικαιολογητικών για την πρόοδο της διαδικασίας ανάθεσης, λόγω άρνησης κατ' ουσίαν του αναδόχου να αποδεχθεί την ανάληψη της σύμβασης εκτέλεσης του έργου, αποτελεί, σύμφωνα με την παρ. 2, αρ. 72, τις παρ. 4, 5, του αρ. 103 ν.4412/2016, λόγο κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής, υπέρ της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι υποδηλώνει την απόσυρση της προσφοράς του εντός του χρόνου ισχύος αυτής». Όμως, αυτή η αιτιολογία της προσβαλλόμενης δεν είναι νόμιμη. Ειδικότερα:

4. Όπως προεκτέθηκε, με το υπ' αριθμ. πρωτ. Δ14/32656/Φ-ΕΣ-ΑΚΤ/07-02-2021 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής κληθήκαμε να υποβάλουμε την υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 10553 περ. δ' του ν. 4412/2016 περί μη επέλευσης οψιγενών μεταβολών στο πρόσωπό μας που κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης. Τονίζουμε ότι η εν λόγω πρόσκληση δεν μας έτασσε συγκεκριμένη προθεσμία προς ενέργεια. Μόνη η πάροδος «ευλόγου χρόνου» από την εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής πρόσκληση για υποβολή της

κρίσιμης υπεύθυνης δήλωσης περί οψιγενών μεταβολών δεν αρκεί για να διαπιστωθεί ότι προέβημεν σε σιωπηρή απόσυρση της προσφοράς μας. Από τη στιγμή που δεν μας τάχθηκε συγκεκριμένη προθεσμία για ενέργεια, δεν είχαμε υποχρέωση προσκόμισης της εν λόγω υπεύθυνης δήλωσης εντός συγκεκριμένου χρονικού πλαισίου. Τονίζουμε ότι η πρόσκληση που μας απηύθυνε η αναθέτουσα αρχή δεν ανέφερε καν ότι οφείλαμε να προσκομίσουμε την υπεύθυνη δήλωση «εντός ευλόγου χρόνου», έτσι ώστε να είναι δυνατός ο εκ των υστέρων προσδιορισμός της έννοιας του «ευλόγου χρόνου» από την αναθέτουσα αρχή εις βάρος μας. Έτσι, δεδομένων των γνωστών σε όλους ιδιαίτερα υψηλών και συνεχώς αυξανόμενων τιμών των υλικών που χρησιμοποιούνται σε δημόσια έργα, όπως το επίμαχο, αποφασίσαμε να εκμεταλλευτούμε τη δυνατότητα που μας αναγνωρίστηκε έστω έμμεσα, αλλά πάντως σαφώς, από την αναθέτουσα αρχή και να αποστείλουμε την υπεύθυνη δήλωση περί οψιγενών μεταβολών όχι άμεσα. Ο στόχος ήταν προφανής: να μεταθέσουμε το χρόνο σύναψης της σύμβασης το δυνατόν αργότερο, ήτοι στις 23-03-2022, τελευταία ημέρα ισχύος της προσφοράς μας ή ακόμη και αργότερα, εφόσον μας ζητείτο παράταση της ισχύος της από την αναθέτουσα αρχή, εξαντλώντας κάθε ενδεχόμενο προκειμένου να εξασφαλίσουμε καλύτερες τιμές υλικών, άρα να διασφαλίσουμε την οικονομική βιωσιμότητα της συναφθησόμενης σύμβασης... Στη συνέχεια, ακολούθησαν τα από 14-02-2022 και 04-03-2022 μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Σημειωτέον ότι τα εν λόγω μηνύματα δεν κοινοποιήθηκαν νόμιμα στην εταιρεία μας, ήτοι μέσω ΕΣΗΔΗΣ κατ' άρθρο 2291 του ν. 4412/2016, όπως εξάλλου συνομολογείται δια της προσβαλλόμενης, επομένως δεν παράγουν έννομα αποτελέσματα εις βάρος μας. Για τον λόγο αυτόν δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι η αναθέτουσα αρχή μας όχλησε επανειλημμένα για την υποβολή της κρίσιμης υπεύθυνης δήλωσης. Σε κάθε περίπτωση, με τα εν λόγω μηνύματα ενημερωθήκαμε εκ νέου για την υποχρέωση προσκόμισης της υπεύθυνης δήλωσης περί οψιγενών μεταβολών, χωρίς και πάλι να τάσσεται συγκεκριμένη προθεσμία για δράση. Δεδομένης της έλλειψης τέτοιας ρητής προθεσμίας για αποστολή της υπεύθυνης δήλωσης, εμμείναμε στην προηγούμενη στάση μας, δηλαδή επιδιώξαμε να μεταθέσουμε το δυνατόν αργότερα τη σύναψη της σύμβασης, ήτοι στις 23-03-2022, τελευταία ημέρα ισχύος της προσφοράς μας

ή ακόμη και αργότερα, εφόσον μας ζητείτο παράταση της ισχύος της από την αναθέτουσα αρχή, έτσι ώστε να πετύχουμε καλύτερες οικονομικές συνθήκες για την εκτέλεση της σύμβασης, δεδομένου και του γεγονότος ότι από τα τέλη Φεβρουαρίου 2022 λαμβάνει χώρα ο πόλεμος στην Ουκρανία, εξαιτίας του οποίου (και της επιτεινόμενης ενεργειακής κρίσης που προκύπτει συνεπεία αυτού) οι τιμές πρώτων υλών έχουν αυξηθεί έτι περαιτέρω. Επομένως, ουδέποτε θελήσαμε να αποσύρουμε την προσφορά μας, αλλά αντιθέτως στοχεύαμε πάντοτε στην υπογραφή της σύμβασης, απλώς εκμεταλλευτήκαμε το γεγονός ότι οι προσκλήσεις της αναθέτουσας αρχής δεν έτασσαν συγκεκριμένη προθεσμία...Αν μας είχε ταχθεί συγκεκριμένη προθεσμία προς ενέργεια, δηλαδή προς προσκόμιση της κρίσιμης υπεύθυνης δήλωσης, η παράλειψή μας να συμμορφωθούμε με αυτή την προθεσμία θα αποτελούσε πράγματι απόδειξη ότι αποσύρουμε την προσφορά μας. Αλλά αυτό δεν συνέβη εν προκειμένω...».

19. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα εξής: Με το υπ' αριθμό πρωτ. Δ14/32656/Φ-ΕΣ-ΑΚΤ/07-02-2022 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής κλήθηκε η προσφεύγουσα να υποβάλει την υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 105 παρ. 3 περ. δ' του ν. 4412/2016 περί μη επέλευσης οψιγενών μεταβολών στο πρόσωπό της που κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης. Στο σώμα του ως άνω εγγράφου αναγραφόταν: «Έχοντας υπόψη την παραγρ. 3 του άρθρου 105 του Ν. 4412/2016 (όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει) σύμφωνα με την οποία «Η απόφαση κατακύρωσης καθίσταται οριστική, εφόσον συντρέξουν οι ακόλουθες προϋποθέσεις:.....γ) έχει ολοκληρωθεί επιτυχώς ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 324 έως 327 του ν. 4700/2020 (Α' 127), εφόσον απαιτείται, και δ) ο προσωρινός ανάδοχος έχει υποβάλλει έπειτα από σχετική πρόσκληση, υπεύθυνη δήλωση, που υπογράφεται σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 79Α, περί υπογραφής Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, στην οποία δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης», **παρακαλούμε να προσκομισθεί άμεσα η ανωτέρω υπεύθυνη δήλωση**». Με το δεδομένο λοιπόν ότι το ανωτέρω έγγραφο όριζε να προσκομισθεί

άμεσα η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση από την προσφεύγουσα, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως η εν λόγω πρόσκληση προς υποβολή δεν έτασσε προθεσμία προς ενέργεια. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα αρχή, όπως συνομολογεί και η προσφεύγουσα με την προσφυγή της (σελ. 12), την 14.02.2022 και την 04.03.2022 μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου όχλησε εκ νέου αυτήν προς υποβολή της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης. Ωστόσο, και πάλι η προσφεύγουσα δεν ανταποκρίθηκε. Οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως οχλήθηκε μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και όχι μέσω ΕΣΗΔΗΣ και πως για τον λόγο αυτό η όχληση δεν ήταν νομότυπη είναι απορριπτέοι, καθώς προβάλλονται άνευ έννομου συμφέροντος, καθώς ουδεμία βλάβη υπέστη από αυτό η προσφεύγουσα. Αντιθέτως, η προσφεύγουσα συνομολογεί εναργώς δια της προσφυγής ότι είχε λάβει γνώση των οχλήσεων και την 14.02.2022 και την 04.03.2022. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμό πρωτ. Δ14/79364/16.03.2022 έγγραφό της προς την προσφεύγουσα (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΑΡΑΤΑΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» με ημερομηνία 16.03.2022) κοινοποιούμενο και μέσω ΕΣΗΔΗΣ και μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου σύμφωνα με το άρθρο 19 της οικείας Διακήρυξης, το οποίο όριζε πως «*Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς, να ζητά από τους προσφέροντες να παρατείνουν τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς τους και της εγγύησης συμμετοχής*», αλλά και το ν. 4412/16, αρ. 97 παρ. 3 , όπως επιβεβαιώσει έως την 18η Μαρτίου 2022, την παράταση της διάρκειας ισχύος της υποβληθείσας προσφοράς της κατά τρεις (3) μήνες, ήτοι έως την 23η Ιουνίου 2022, καθώς και να παρατείνει αντίστοιχα το χρόνο ισχύος της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής ΤΜΕΔΕ, κατά τρεις (3) μήνες (ή κατά 92 ημέρες). Όμως στο ανωτέρω έγγραφο περί παράτασης ισχύος της προσφοράς της, η προσφεύγουσα δεν απάντησε ούτε προέβη σε κάποια ενέργεια. Συνεπώς οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη ζήτησης από την αναθέτουσα αρχή παράτασης της ισχύος της προσφοράς της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη προκύπτει η διαδοχική απραγία της προσφεύγουσας προς προσκόμιση της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης κατόπιν των οχλήσεων της αναθέτουσας αρχής την 07.02.2022, την 14.02.2022 και την 04.03.2022. Επίσης, προκύπτει και η απραγία της προσφεύγουσας προς παράταση

διάρκειας της προσφοράς της και αντίστοιχα του χρόνου της εγγυητικής συμμετοχής της, παρόλη την από 16.03.2022 απευθυνόμενη προς τούτο πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας πως η προσφεύγουσα «κώφευε στις επανειλημμένες προσκλήσεις της αναθέτουσας να προσκομίσει την ΥΔ», καθώς και οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας περί σιωπηρής απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι, απορριπτομένων των περί αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Τούτων δοθέντων, η προσβαλλόμενη διέλαβε νόμιμη αιτιολογία. Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων ο δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

**20.**Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

**21.** Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 13 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ**