

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 7 Αυγούστου 2020 με την εξής σύνθεση: Ιωάννα Θεμελή, Πρόεδρος, Ειρήνη Αφοκάρδου-Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29-06-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 818/30-06-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στα ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (εφεξής «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. 550/12.6.2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα με την οποία ζητείται από το ΤΜΕΔΕ η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της καθώς και η υπ' αριθμ. 122/2020 απόφαση κατά το μέρος που ήθελε θεωρηθεί ως απόφαση κατάπτωσης και όχι έγκρισης της κατάπτωσης αυτής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αφοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παραβόλο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 9.650 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., το από 29-06-2020 αποδεικτικό τραπεζικής συναλλαγής της Τράπεζας ... για την πληρωμή του εν λόγω παραβόλου και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί «δεσμευμένο»). Το ποσό του παραβόλου υπολογίζεται με βάση την

Αριθμός απόφασης: 991/2020

προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης, ήτοι 1.930.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ ΣΤΑ ΠΛΑΙΣΙΑ ΥΛΟΠΟΙΗΣΗΣ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΖΗΜΙΩΝ ΤΩΝ ΟΔΙΚΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΚΑΙ ΤΩΝ ΣΥΝΟΔΩΝ ΤΟΥΣ ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ, ... ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗΣ ΕΝΟΤΗΤΑΣ ... ΠΟΥ ΕΠΛΗΓΗ ΑΠΟ ΤΗ ΦΥΣΙΚΗ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗ ΤΗΣ 29 ης ΣΕΠΤΕΜΒΡΙΟΥ 2018 Δ.Ε. ...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.930.000,00 €, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) στις 14-10-2019 (Α.Δ.Α.Μ. ...) καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4. Επειδή η ιδρύθηκε σε εφαρμογή του Ν.1069/1980 σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 3 του οποίου, « οι ..., εντός της περιοχής αρμοδιότητάς τους, είναι υπεύθυνες για: α) την παραγωγή και διανομή στους καταναλωτές του προϊόντος που καλείται «νερό ανθρώπινης κατανάλωσης», όπως αυτό ορίζεται στην ισχύουσα νομοθεσία, β) τη συλλογή των λυμάτων από τους εγκεκριμένους καταναλωτές του οικείου ή των οικείων Δήμων και την παραγωγή του προϊόντος που καλείται «επεξεργασμένα αστικά λύματα, κατάλληλα για ασφαλή διάθεση στο περιβάλλον», όπως αυτό ορίζεται στην ισχύουσα νομοθεσία, γ) τη μελέτη, κατασκευή, συντήρηση, εκμετάλλευση, διοίκηση και λειτουργία των έργων υδροληψίας, έργων επεξεργασίας νερού, δικτύων μεταφοράς νερού, δικτύων διανομής ύδρευσης, δικτύων αποχέτευσης Αριθμός απόφασης: 34 / 2020 3 ακάθαρτων και ομβρίων υδάτων, μονάδων επεξεργασίας αστικών υγρών αποβλήτων, διατάξεων διάθεσης του προϊόντος της περίπτωσης β', καθώς και μονάδων επεξεργασίας και διάθεσης του υπολείμματος των ανωτέρω διαδικασιών επεξεργασίας της περιοχής αρμοδιότητάς τους». Ως εκ τούτου, η διαδικασία ανάθεσης διέπεται από τις

Αριθμός απόφασης: 991/2020

διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ δυνάμει του άρθρου 222 παρ.2 σε συνδυασμό με το άρθρο 230 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

6.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, κατά το μέρος που στρέφεται κατά του υπ' αριθμ. πρωτ. 550/12.06.2020 εγγράφου του αναθέτοντος φορέα: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 29-06-2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι το ως άνω έγγραφο της κοινοποιήθηκε στις 19-06-2020 ως συνημμένο του υπ'αριθμ. πρωτ. 6383/18.06.2020 εγγράφου του ΤΜΕΔΕ, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, 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 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή την 1η-07-2020 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους δια μέσω της κεντρικής σελίδας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8.Επειδή με την με αρ. 995/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή στις 8-07-2020 ο αναθέτων φορέας απέστειλε τις απόψεις του στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, επί της υπό εξέταση προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στην προσφεύγουσα.

10. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 υποπαρ. Β του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 (όπως επαναλαμβάνεται και στην παρ. 2 του άρθρου 9 του ΠΔ 39/2017): *«[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την*

Αριθμός απόφασης: 991/2020

προδικαστική προσφυγή πράξης» ενώ βάσει του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ52/Α/1-4-2019): «Υπόμνηματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στις 30.07.2020 υπέβαλε μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού Υπόμνημά της αντικρούοντας τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα και δοθέντος ότι η συζήτηση της προσφυγής ορίσθηκε στις 7.08.2020, το ανωτέρω Υπόμνημα υποβλήθηκε εμπροθέσμως και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία έλαβαν μέρος πέντε οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων, και η προσφεύγουσα με την υπ' αριθμ. συστήματος ... προσφορά της. Κατόπιν αποσφράγισης των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά» των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε τον κατάλογο μειοδοσίας κατατάσσοντας στην πρώτη θέση του πίνακα μειοδοσίας την προσφορά της προσφεύγουσας με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 48,89% και στη δεύτερη θέση την προσφορά της εταιρίας «...» με προσφερόμενο ποσοστό μείωσης έκπτωσης 43,37%. Ακολούθως, αφού έλεγξε τα δικαιολογητικά των διαγωνιζομένων με το 1^ο πρακτικό της εισηγήθηκε την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 91/2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα.

Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα κλήθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 1526/22.11.2019 έγγραφο να υποβάλλει εντός της ταχθείσης προθεσμίας τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ήτοι τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου, τα οποία υπέβαλε και ηλεκτρονικά και σε έντυπη μορφή με το υπ' αριθμ. πρωτ. 1592/4.12.2019 έγγραφό της.

Αριθμός απόφασης: 991/2020

Κατόπιν ελέγχου αυτών, με το από 11.12.2019 πρακτικό της, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας για ελλείψεις που διαπιστώθηκαν στα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου που υπέβαλε, την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της και την ανάδειξη της εταιρίας «...» ως νέου προσωρινού αναδόχου. Με την υπ' αριθμ. 122/2019 απόφασή του το Διοικητικό Συμβούλιο του αναθέτοντος φορέα ενέκρινε το ως άνω πρακτικό. Η εν θέματι απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους ενδιαφερόμενους στις 30-12-2019. Στις 31-12-2019, η προσφεύγουσα, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 863/31.12.2019 έγγραφό της ζήτησε από την αναθέτουσα αρχή να της γνωστοποιηθεί η ημεροχρονολογία σύγκλησης του Τεχνικού Συμβουλίου προκειμένου να παραστεί ενώπιον του και να αναπτύξει τις απόψεις της περί κατάπτωσης ή μη της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της. Ο αναθέτων φορέας μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 1702/20.1.2020 έγγραφό του την ενημέρωσε ότι θα της κοινοποιήσει το αίτημα για γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου ... προκειμένου να λάβει γνώση. Στις 19.6.2020 κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα το με αρ. πρωτ. 6383/18.6.2019 έγγραφο του ΤΜΕΔΕ, με συνημμένο το με αρ. πρωτ. 550/12.6.2020 έγγραφο του αναθέτοντος φορέα προς το ΤΜΕΔΕ, από το οποίο πληροφορηθήκαμε για πρώτη φορά ότι ο αναθέτων φορέας ζητά την κατάπτωση της υπ' αριθμ. Θ-57912/29.10.2019 εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του ΤΜΕΔΕ ποσού 38.000,00 €, στηριζόμενη στην υπ' αριθμ. 122/2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της που είχε εκδοθεί πριν την γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου και με την οποία είχε εγκριθεί η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της.

13. Επειδή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ειδικότερα, στην προσφυγή της ότι: « [...]1. Το άρθρο 103§§2 και 4 του Ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής:

«2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την

Αριθμός απόφασης: 991/2020

προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. 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, 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.»

Περαιτέρω το άρθρο 4.2 της διακήρυξης ορίζει ότι:

«γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να 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 αρχές.»

Έτι περαιτέρω το άρθρο 72§1 του Ν. 4412/2016 ορίζει εκτός των άλλων τα εξής:

«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

Αριθμός απόφασης: 991/2020

αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως.» (η υπογράμμιση δική μας)

Τέλος το άρθρο 15.4 της διακήρυξης ορίζει κατά λέξη τα εξής:

«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.»

Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι προϋπόθεση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συμμετέχοντος στην διαγωνιστική διαδικασία αποτελεί η διαπίστωση της μη υποβολής στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα των αναφερομένων στην παρ. 1 του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 δικαιολογητικών ή ελλείψεων στα δικαιολογητικά που υπεβλήθησαν (πρώτη προϋπόθεση) και η προηγούμενη θετική γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου (δεύτερη προϋπόθεση). Περαιτέρω από τη γραμματική και συστηματική ερμηνεία των άνω διατάξεων συνάγεται ότι οι ανωτέρω δύο προϋποθέσεις πρέπει να πληρούνται σωρευτικά και μάλιστα πριν την έκδοση της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

Συνεπώς προκειμένου η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής να έχει εκδοθεί νομίμως θα πρέπει να πληρούται τόσο η πρώτη προϋπόθεση, ήτοι η μη υποβολή στο προκαθορισμένο διάστημα ή ελλείψεις των προβλεπόμενων δικαιολογητικών, όσο και η δεύτερη προϋπόθεση, ήτοι να έχει προηγηθεί διατύπωση γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου της

Εν όψει των ανωτέρω ακόμη κι αν συντρέχει η πρώτη προϋπόθεση, απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που εκδίδεται χωρίς να έχει προηγουμένως διατυπωθεί γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου προς τούτο είναι άκυρη ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας εκδόσεώς της.

Στην παρούσα περίπτωση όπως προκύπτει από το σώμα της υπ' αριθμ. 122/2019 απόφασης του Δ.Σ. της με την οποία εγκρίθηκε εκτός των άλλων η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας, αυτή

Αριθμός απόφασης: 991/2020

εκδόθηκε χωρίς προηγουμένως να έχει διατυπωθεί επί του συγκεκριμένου ζητήματος γνωμοδότηση του αρμόδιου προς τούτο Τεχνικού Συμβουλίου της

Τούτο προκύπτει με σαφήνεια όχι μόνο από το ότι το σώμα της υπ' αριθμ. 122/2019 αποφάσεως στην οποία δεν αναφέρεται ότι ελήφθη υπόψη γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου αλλά και από το με αρ. πρωτ. 1702/20.1.2020 έγγραφο της με το οποίο μας ενημέρωσε ότι θα μας κοινοποιήσει το αίτημα για γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου Άρα στις 23.12.2019 που ελήφθη η υπ' αριθμ. 122/2019 απόφαση του Δ.Σ. της που επικαλείται η καθ' ής ως βάση για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας δεν υπήρχε γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου.

Συνεπώς η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας χωρίς την απαιτούμενη εκ του νόμου και της διακήρυξης προηγούμενη γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου είναι ακυρωτέα ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας εκδόσεώς της.

2. Στο άρθρο 20 (παρ. 2) του Συντάγματος ορίζεται ότι: «Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου ισχύει και για κάθε διοικητική ενέργεια ή μέτρο που λαμβάνεται σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων του». Περαιτέρω, στο άρθρο 6 του Ν. 2690/1999 «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ 45 Α). ορίζεται ότι: «Οι διοικητικές αρχές, πριν από κάθε άλλη ενέργεια ή μέτρο σε βάρος των δικαιωμάτων των διοικούμενων ή συμφερόντων συγκεκριμένου προσώπου, οφείλουν να καλούν τον ενδιαφερόμενο να εκφράσει τις απόψεις του, εγγράφως ή προφορικώς. ως προς τα σχετικά ζητήματα Η κλήση προς ακρόαση είναι έγγραφη, αναφέρει τον τόπο, την ημέρα και την ώρα της ακρόασης, προσδιορίζει δε το αντικείμενο του μέτρου ή της ενέργειας. Η κλήση κοινοποιείται στον ενδιαφερόμενο τουλάχιστον πέντε (5) πλήρεις ημέρες πριν από την ημέρα της ακρόασης. Ο ενδιαφερόμενος έχει το δικαίωμα να λάβει γνώση των σχετικών αποδεικτικών στοιχείων και να προβεί σε ανταπόδειξη. Η τήρηση της προαναφερόμενης διαδικασίας, καθώς και η λήψη υπόψη των απόψεων του ενδιαφερομένου, πρέπει να προκύπτουν από την αιτιολογία της

Αριθμός απόφασης: 991/2020

διοικητικής πράξης. Το υιοθετούμενο μέτρο πρέπει να λαμβάνεται μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα από την ακρόαση του ενδιαφερομένου. 3. Αν η άμεση λήψη του δυσμενούς μέτρου είναι αναγκαία για την αποτροπή κινδύνου ή λόγω επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος, είναι, κατ' εξαίρεση: δυνατή η χωρίς προηγούμενη κλήση του ενδιαφερομένου, ρύθμιση... 4. Οι διατάξεις των παρ. 1 και 2 εφαρμόζονται και όταν οι σχετικές με τη δυσμενή διοικητική πράξη διατάξεις, προβλέπουν δυνατότητα άσκησης διοικητικής προσφυγής». Τέλος, στο άρθρο 33 του ίδιου πάντα νόμου ορίζεται ότι: «1. Από την έναρξη της ισχύος του Κώδικα, αν σε αυτόν δεν ορίζεται διαφορετικά, καταργείται κάθε γενική διάταξη η οποία αναφέρεται σε θέμα ρυθμιζόμενο από αυτόν», Εξάλλου, στην εισηγητική έκθεση του ως άνω νόμου, όσον αφορά τη διάταξη του ανωτέρω άρθρου 6. αναφέρονται τα εξής: «Ρυθμίζεται η άσκηση του συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος ακρόασης από τις διοικητικές αρχές (άρθρο 20 παρ. 2) με κλήση του διοικούμενου να διατυπώσει τις απόψεις του. Ο ενδιαφερόμενος έχει το δικαίωμα αφενός να λάβει γνώση του συνόλου των στοιχείων του φακέλου και αφετέρου να προβεί σε ανταπόδειξη. Από την αιτιολογία που συνοδεύει την διοικητική πράξη, η οποία εκ δίδεται σχετικώς. πρέπει να προκύπτει η τήρηση της διαδικασίας, καθώς η λήψη υπόψη των ισχυρισμών του διοικούμενου χωρίς να είναι αναγκαία η διατύπωση κρίσης για αυτούς... Στην παράγραφο 4 ορίζεται ότι η άσκηση του δικαιώματος εξακολουθεί να είναι υποχρεωτική για τη Διοίκηση, όταν προβλέπεται διοικητική προσφυγή (ειδική ή ενδικοφανής). Η διάταξη αυτή είναι αντίθετη προς τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, οδηγεί όμως, σε πληρέστερη εφαρμογή της σχετικής συνταγματικής επιταγής και σε πληρέστερη προστασία του διοικούμενου».

Επειδή, από τις παραπάνω διατάξεις σε συνδυασμό με την εισηγητική έκθεση του νόμου τούτου; συνάγεται ότι αυτές αποτελούν νομοθετική πλέον ρύθμιση της άσκησης του συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος ακρόασης από τις διοικητικές αρχές (άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος), άγουσες σε πληρέστερη εφαρμογή, της σχετικής συνταγματικής επιταγής και σε πληρέστερη προστασία του διοικούμενου. Και τούτο διότι με την ανωτέρω ρητή επιταγή του νόμου (άρθρο 6) ρυθμίζεται κατά τρόπο σαφή και συγκεκριμένο ο ειδικότερος τύπος και τρόπος άσκησης του εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 991/2020

δικαιώματος και καθορίζεται η έννοια αυτού και το ακριβές περιεχόμενό του. Συγκεκριμένα, ενόψει της νεώτερης αυτής νομοθετικής ρύθμισης, σε περίπτωση επικείμενης έκδοσης δυσμενούς, για τον διοικούμενο, ατομικής διοικητικής πράξης, ή ενέργειας ή μέτρου εν γένει, η διοικητική αρχή οφείλει να καλεί αυτόν αλλά και κάθε ενδιαφερόμενο γενικά, εγγράφως, και μάλιστα με τον ειδικότερο τρόπο και περιεχόμενο που αναφέρεται στις διατάξεις αυτές, να εκφράσει τις, σχετικές με το εκάστοτε ζήτημα, απόψεις του προβαίνοντας ακόμη και σε ανταπόδειξη καθώς και να λάβει υπόψη της κατά την έκδοση της πράξης, τις πιθανώς εκτεθείσες απόψεις, αλλά και τα τυχόν αποδεικτικά στοιχεία που θα επικαλεσθεί και θα προσκομίσει ο διοικούμενος. Κατά τη ρητή δε διατύπωση της διατάξεως αυτής, καμία άλλη διαδικασία ενώπιον της Διοικήσεως δεν μπορεί πλέον να θεωρηθεί ότι είναι σύμφωνη με την έννοια και το περιεχόμενο του δικαιώματος σε προηγούμενη ακρόαση ούτε να υποκαταστήσει την άσκηση αυτού, αφού η άσκηση του εν λόγω δικαιώματος χωρεί κατά τρόπο απόλυτο και είναι επιβεβλημένη έστω και αν κατά της υπό έκδοση πράξεως προβλέπεται η άσκηση διοικητικής προσφυγής (ειδικής ή ενδικοφανούς).

Περαιτέρω από τις ίδιες διατάξεις συνάγεται ότι η κλήση προς ακρόαση του διοικούμενου αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας έκδοσης της διοικητικής πράξης, η τήρηση του οποίου πρέπει να προκύπτει από την αιτιολογία της, η δε μη τήρηση του τύπου αυτού καθώς και η πλημμελής τήρησή του συνεπάγεται την ακυρότητα της σχετικής πράξης ως πλημμελούς κατά την νόμιμη βάση της (πρβλ. ΣτΕ 346/2003, 127/2003).

Εν όψει των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτό ότι το εν λόγω δικαίωμα με τον τρόπο που ορίζεται ανωτέρω, πρέπει να ασκείται και στην περίπτωση επικείμενης έκδοσης απόφασης κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

Στην παρούσα περίπτωση όπως και ανωτέρω αναφέραμε και όπως αποδεικνύεται από τον φάκελο αλληλογραφίας του έργου, η προχώρησε στην κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας χωρίς προηγουμένως να μας καλέσει να ασκήσουμε το συνταγματικώς κατοχυρωμένο δικαίωμα της προηγούμενης ακροάσεως, μολονότι το είχαμε ζητήσει και το είχε υποσχεθεί.

Αριθμός απόφασης: 991/2020

Συνεπώς η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής χωρίς να μας παρασχεθεί η δυνατότητα να ασκήσουμε το δικαίωμα της προηγούμενης ακροάσεως είναι ακυρωτέα και για το λόγο αυτό, ήτοι για παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας εκδόσεώς του. [...]».

14. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του αναφέρει αυτολεξεί τα κάτωθι: « [...]Α. Για το έργο με τίτλο: «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ ΣΤΑ ΠΛΑΙΣΙΑ ΥΛΟΠΟΙΗΣΗΣ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΖΗΜΙΩΝ ΤΩΝ ΟΔΙΚΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΚΑΙ ΤΩΝ ΣΥΝΟΔΩΝ ΤΟΥΣ ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ, ... ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗΣ ΕΝΟΤΗΤΑΣ ... ΠΟΥ ΕΠΛΗΓΗ ΑΠΟ ΤΗ ΦΥΣΙΚΗ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗ ΤΗΣ 29ης ΣΕΠΤΕΜΒΡΙΟΥ 2018 Δ.Ε. ...», έχει ήδη υπογραφεί σύμβαση κατασκευής του (α/α 16 ανωτέρω σχετικό) και συνεπώς έχει ολοκληρωθεί η διαγωνιστική διαδικασία με χρήση του ΕΣΗΔΗΣ, ορθώς και νομίμως, όπως αποδεικνύεται και από τα ως άνω 12 & 13 σχετικά έγγραφα.

Β. Δεν ασκήθηκε, εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας, προδικαστική προσφυγή από την εταιρεία ... κατά της 122/2019 Απόφασης του Δ.Σ. της, όπου και αναφέρεται σαφώς ότι καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής της στον διαγωνισμό, η οποία του κοινοποιήθηκε σύμφωνα με τα προβλεπόμενα. Γ. Δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή από την εταιρεία ... για την κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης, ούτε υφίστανται οι σχετικοί λόγοι, ως περιγράφονται στα άρθρα 20 έως 23, του Κανονισμού εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Π.Δ. 39/04-05-2017).

Δ. Η κύρωση της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, συνεπεία της απόρριψης της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου κι εν προκειμένω προσφεύγουσας, επέρχεται παρακολουθηματικώς και αυτοδικαίως εκ του νόμου, λαμβανομένων υπ' όψιν των ελλείψεων που παρατηρήθηκαν από την Επιτροπή Διαγωνισμού στα προσκομισθέντα δικαιολογητικά της προαναφερθείσας.

Ε. Σε συνέχεια του ανωτέρω 15 σχετικού και προκειμένου να τεθεί ως θέμα προς συζήτηση στο Τεχνικό Συμβούλιο Δημοσίων Έργων, κατέστη σαφές ότι για να παραστεί ο οικονομικός φορέας που συμμετείχε σε διαγωνισμό και του οποίου ζητείται η κατάπτωση εγγυητικής επιστολής, στο

Αριθμός απόφασης: 991/2020

συμβούλιο, θα έπρεπε να είχε ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή. Ως εκ τούτου η εν λόγω εταιρεία δεν περιλαμβάνεται στην με αριθ. 253/13-05-2020 πρόσκληση (α/α 17 ανωτέρω σχετικό). Σε κάθε περίπτωση, ουδεμία υποχρέωση εκ του νόμου απέρρευε για το φορέα μας περί της πρόσκλησης της προσφεύγουσας στο Τεχνικό Συμβούλιο.

ΣΤ. Κατά το χρόνο που επιδιώχθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας από το φορέα μας (12.06.2020), υφίστατο η γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων (υπ' αριθμ. πρωτοκ. 239/18.05.2020 έγγραφο).

Ζ. Σε κάθε περίπτωση και σύμφωνα με τα οριζόμενα στην διακήρυξη του έργου (α/α 9 ανωτέρω σχετικό), η ένσταση του προσωρινού αναδόχου δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως, συνεπώς είναι απολύτως σύνηθες η διαδικασία που ακολουθήθηκε από την αναθέτουσα αρχή».

15. Επειδή στο υπόμνημά της η προσφεύγουσα αναφέρει αυτολεξεί τα εξής: «[...] 1. Η καθ' ής ισχυρίζεται ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μας είναι απορριπτέα γιατί δεν προσβάλαμε εμπροθέσμως την υπ' αριθμ. 122/2019 απόφαση του Δ.Σ. της ... στην οποία σαφώς, κατά τους ισχυρισμούς της, αναφέρεται ότι καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής που είχαμε προσκομίσει.

Ο ισχυρισμός αυτός της είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.
Ειδικότερα:

Στην υπ' αριθμ. 122/2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναφέρονται κατά λέξη τα εξής:

«Αμέσως μετά την εισήγηση του κ. ... τον λόγο έλαβε εκ νέου ο Πρόεδρος της ..., ο οποίος πρότεινε να εγκριθεί το ως άνω Πρακτικό στο σύνολό του, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην κείμενη Νομοθεσία και να λάβουν χώρα οι διαδικασίες των διατάξεων του άρθρου 103 του Ν. 4412/2019, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, για την κατακύρωση του έργου στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής και κάλεσε τα μέλη να αποφασίσουν σχετικά και κάλεσε τα μέλη να αποφασίσουν σχετικά.

Το Δ.Σ. ύστερα από διαλογική συζήτηση, αφού έλαβε υπόψη του τα παραπάνω εκτεθέντα.

Αριθμός απόφασης: 991/2020

3. Εγκρίνει την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της εταιρείας με την επωνυμία «...» υπέρ του αναθέτοντος φορέα, ήτοι της»

Από το άνω τμήμα της απόφασης προκύπτει ότι το Διοικητικό Συμβούλιο της αποφάσισε «να λάβουν χώρα οι διαδικασίες των διατάξεων του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, για την κατακύρωση του έργου»

Αυτή ήταν η πρόταση του Προέδρου της προς το Διοικητικό Συμβούλιο. Η τήρηση των διαδικασιών που ορίζει το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016.

Το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, την τήρηση των διαδικασιών του οποίου αποφάσισε το Δ.Σ. της ορίζει στην παρ. 3 τα εξής:

«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, 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 υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται.»

Τέλος το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 στο οποίο και παραπέμπει το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι:

«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.»

Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής εκδίδεται από το αρμόδιο όργανο της αναθέτουσας αρχής αφού προηγουμένως έχει γνωμοδοτήσει το αρμόδιο

Αριθμός απόφασης: 991/2020

Τεχνικό Συμβούλιο και η γνώμη του τεθεί υπόψη των μελών του αποφασίζοντος οργάνου (ΑΕΠΠ 225/2020).

Εν προκειμένω το τμήμα γ) του αποφασιστικού της υπ' αριθμ. 122/2019 απόφασης του Δ.Σ. της έχει το νόημα ότι το Δ.Σ. εγκρίνει την διαδικασία του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016, ήτοι την προσφυγή αρχικά στο Τεχνικό Συμβούλιο και μετέπειτα την έκδοση απόφασης περί κατάπτωσης.

Προς επίρρωση των ανωτέρω ως προς το μη εκτελεστό της υπ' αριθμ. 122/2019 αποφάσεως επικαλούμεθα την από 31.12.2019 και με αρ. πρωτ. 863/2019 επιστολή μας που υποβάλαμε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ προς την και με την οποία ζητούσαμε να ενημερωθούμε για την ημεροχρονολογία σύγκλησης του Τεχνικού Συμβουλίου προκειμένου να παραστούμε και να αναπτύξουμε τις απόψεις μας και την από 20.1.2020 και με αρ. πρωτ. 1702/20.1.2020 απάντηση της στο άνω αίτημά μας με το οποίο μας ενημέρωνε ότι θα μας κοινοποιήσει το αίτημα για γνωμοδότηση στο Τεχνικό Συμβούλιο περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας. (Σχετ. 1,2)

Κοινοποίηση βέβαια που ουδέποτε έλαβε χώρα. Η εταιρία για πρώτη φορά πληροφορήθηκε για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της από το με αρ. πρωτ. 6383/18.6.2020 έγγραφο του ΤΜΕΔΕ στο οποίο και ήταν συνημμένη η με αρ. πρωτ. 550/12.6.2020 απόφαση της περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας. (Σχετ. 3,4)

Εν όψει των ανωτέρω ο ισχυρισμός της με τις κατατεθείσες ενώπιον Σας απόψεις της ότι στην υπ' αριθμ. 122/2019 απόφαση αναφέρεται σαφώς ότι καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής μας είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Με την άνω απόφασή του το Δ.Σ. της ενέκρινε την κίνηση της διαδικασίας κατάπτωσης και όχι την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής μας. Αν όπως ισχυρίζεται η με την άνω απόφαση είχε αποφασισθεί η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής το αποφασιστικό μέρος της αποφάσεως θα ήταν αποφασίζει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής και όχι εγκρίνει την κατάπτωση.

Δεδομένου ότι με την υπ' αριθμ. 122/2019 απόφαση του Δ.Σ. της δεν αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής μας η εταιρίας μας δεν νομιμοποιείτο να στραφεί με προδικαστική προσφυγή κατά της άνω

Αριθμός απόφασης: 991/2020

αποφάσεως . Και τούτο διότι κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 360 του ν. 4412/2016, όποιος έχει έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη του αναθέτοντα φορέα κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας υποχρεούται πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων ενδίκων βοηθημάτων να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντα φορέα.

2. Η καθ' ής με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μας είναι απορριπτέα γιατί η διαγωνιστική διαδικασία έχει περαιωθεί και έχει υπογράψει η εργολαβική σύμβαση εκτέλεσης του έργου με το νέο ανάδοχο.

Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.

Όπως έχει γίνει δεκτό και από την ΑΕΠΠ με την υπ' αριθμ. 225/2020 απόφασή της (σκ. 6)

«Επομένως, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζομένου συνιστά πράξη του προσυμβατικού σταδίου, ήτοι της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγείται της σύναψης σύμβασης και ως εκ τούτου εφαρμοστέες είναι πλέον και υπό το ισχύον δίκαιο οι διατάξεις του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρθρων 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Άλλωστε, όπως προκύπτει από τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 παρ.1 του Ν. 4412/2016, το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται όχι μόνο υπέρ όποιου έχει, ήτοι διατηρεί ενεργό δικαίωμα συμμετοχής και επιδίωξης ανάθεσης του συμβατικού αντικειμένου, αλλά και υπέρ όποιου είχε τέτοιο συμφέρον (βλ. και όμοια διατύπωση στο προϊσχύσαν άρθρο 2 Ν. 3886/2010 περί προσωρινής δικαστικής προστασίας, προϋπόθεση για την οποία και υπό τις αυτές προϋποθέσεις ήταν η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' άρθρο 4 του ως άνω νόμου, ήτοι καθ' οιονδήποτε 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,

Αριθμός απόφασης: 991/2020

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

Συνεπώς η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα και παραδεκτά και όσα περί του αντιθέτου αναφέρει η καθ' ής στις απόψεις της είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

3. Ο ισχυρισμός της καθ' ής ότι προκειμένου να παραστεί οικονομικός φορέας στην ενώπιον του Τεχνικού Συμβουλίου συζήτηση για την γνωμοδότησή του περί κατάπτωσης ή μη της εγγυητικής επιστολής απαιτείται η προηγούμενη άσκηση προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως προδήλως αβάσιμος και ερχόμενος σε ευθεία αντίθεση με τα άρθρα 103 και 72 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 της διακήρυξης που προβλέπουν την έκδοση αποφάσεως κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής μετά τη γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου [...].»

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 302 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Οι αναθέτοντες φορείς 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 δυο τοις εκατό (2%) της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, μη συνυπολογιζομένων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση.

Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/ων.

Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής

Αριθμός απόφασης: 991/2020

περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση.

Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. Ο αναθέτων φορέας μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει πριν τη λήξη τους τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής.

Δεν απαιτείται εγγύηση συμμετοχής για τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης συμφωνιών-πλαίσιο, δυναμικού συστήματος αγοράς ή σε συνοπτικό διαγωνισμό, εκτός αν άλλως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης.

Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από τα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης ή αν παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες, οι οποίες απαιτούνται από τους αναθέτοντες φορείς, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 304 ή την παράγραφο 1 του άρθρου 305 [...].».

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 315 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «Η διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (διαδικασία υποβολής, αποσφράγισης, αξιολόγησης προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, επιλογής συμμετεχόντων, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύμβασης, καθορισμού προθεσμιών ολοκλήρωσης του συνόλου ή των επιμέρους διαδικασιών) πραγματοποιείται κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 92 έως 100, 103 και 104, αναλόγως εφαρμοζόμενα. Σε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 304, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης δεν προβλέπεται υποβολή ΕΕΕΣ ή ΤΕΥΔ κατά περίπτωση, και ζητείται να προσκομιστούν όλα τα δικαιολογητικά κατά την υποβολή της προσφοράς, δύναται να μην εφαρμόζεται η διαδικασία του άρθρου 103, εφόσον δεν παρέλθει χρονικό διάστημα άνω των τριών (3) μηνών από την αποσφράγιση των προσφορών μέχρι την έκδοση της απόφασης κατακύρωσης. Στις περιπτώσεις αυτές, μετά την αξιολόγηση των προσφορών, εκδίδεται η απόφαση κατακύρωσης».

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά

Αριθμός απόφασης: 991/2020

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.

Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τμημάτων.

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.

Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής.

Δεν απαιτείται εγγύηση συμμετοχής για τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης συμφωνιών-πλαίσιο, δυναμικού συστήματος αγοράς, σε συνοπτικό διαγωνισμό, σε διαδικασίες απευθείας ανάθεσης ή σε διαδικασία επιλογής από κατάλογο, εκτός αν άλλως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης.

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.

Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση

Αριθμός απόφασης: 991/2020

της εγγύησης καλής εκτέλεσης [...].».

19. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα:

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, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (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 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης.

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να 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 αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α', τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

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

Αριθμός απόφασης: 991/2020

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 υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται.

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, 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 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, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, 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 πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται.

Αριθμός απόφασης: 991/2020

6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105.

7. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος».

20. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

21. Επειδή στο άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

Αριθμός απόφασης: 991/2020

2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.

3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

22. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 361 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης».

23. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 4 του ΠΔ. 39/2017 προβλέπεται ομοίως ότι: «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή με τηλεομοιοτυπία (άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' ν. 4412/2016) ή β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας (άρθρο 361 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016), άλλως γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την

Αριθμός απόφασης: 991/2020

άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016). 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επόμενη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης (άρθρο 361 παρ. 2 ν. 4412/2016)».

24. Επειδή το άρθρο 8 παρ. 3 του ΠΔ. 39/2017 ορίζει ότι : « ... 3. Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού».

25. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «[...]»

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 10 ημερών 21 από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν 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 παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να 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 αρχές. Το παρόν

Αριθμός απόφασης: 991/2020

εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή τυχόν ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α' ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. 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.

Αριθμός απόφασης: 991/2020

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, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο (γ) του παρόντος άρθρου. Η Επιτροπή, στη συνέχεια, το κοινοποιεί, μέσω της «λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην αναθέτουσα αρχή για τη λήψη απόφασης.

Η αναθέτουσα αρχή προβαίνει, μετά την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού, στην κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών, σε κάθε προσφέροντα που δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά, εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», και επιπλέον αναρτά τα Δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στον χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού».

ε) Η σύναψη της σύμβασης επέρχεται με την κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 105 ως ακολούθως : Μετά την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή, σε περίπτωση άσκησής της, όταν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και, σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π., όταν εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, με την επιφύλαξη της χορήγησης προσωρινής διαταγής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 4 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 και, μετά την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, εφόσον απαιτείται, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013, ο προσωρινός ανάδοχος, υποβάλλει, εφόσον απαιτείται, υπεύθυνη δήλωση, μετά από σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος. Στην υπεύθυνη δήλωση, η οποία υπογράφεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της

Αριθμός απόφασης: 991/2020

παρούσας, δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οψιγενείς μεταβολές, κατά την έννοια του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, προκειμένου να διαπιστωθεί ότι δεν έχουν εκλείψει οι προϋποθέσεις συμμετοχής του άρθρου 21, ότι εξακολουθούν να πληρούνται τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22 και ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του ίδιου άρθρου,. Η υπεύθυνη δήλωση ελέγχεται από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία συντάσσει πρακτικό που συνοδεύει τη σύμβαση.

Μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος κοινοποιείται η απόφαση κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο. Με την ίδια απόφαση καλείται ο ανάδοχος όπως προσέλθει σε ορισμένο τόπο και χρόνο για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του η αναθέτουσα αρχή προθεσμία που δεν μπορεί να υπερβαίνει τις είκοσι (20) ημέρες από την κοινοποίηση ειδικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης, μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος, προσκομίζοντας, και την απαιτούμενη εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης. Η εν λόγω κοινοποίηση επιφέρει τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης, σύμφωνα με οριζόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 316 του ν. 4412/2016.

Εάν ο ανάδοχος δεν προσέλθει να υπογράψει το συμφωνητικό, μέσα στην προθεσμία που ορίζεται στην ειδική πρόκληση, κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και ακολουθείται η διαδικασία του άρθρου 4.2.γ της παρούσας για τον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται, σύμφωνα με την περίπτωση β της παραγράφου 1 του άρθρου 317 του ν. 4412/2016.

4.3 Προδικαστικές Προσφυγές/ Προσωρινή δικαστική προστασία

Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, δικαιούται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της

Αριθμός απόφασης: 991/2020

σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, προσδιορίζοντας ειδικώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά του.

Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι:

(α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή

(β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης σε αυτόν αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως

γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης.

Η προδικαστική προσφυγή, με βάση και τα όσα προβλέπονται στο π.δ. 39/2017, κατατίθεται ηλεκτρονικά βάσει του τυποποιημένου εντύπου και μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του υποσυστήματος προς την Αναθέτουσα Αρχή, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, κατά τα ειδικά οριζόμενα στο άρθρο 363 του ν. 4412/2016, το οποίο επιστρέφεται στον προσφεύγοντα σε περίπτωση ολικής ή μερικής αποδοχής της προσφυγής του ή σε περίπτωση που πριν την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή ανακαλεί την προσβαλλόμενη πράξη ή προβαίνει στην οφειλόμενη ενέργεια.

Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368 του ν. 4412/2016.

Η προηγούμενη παράγραφος δεν εφαρμόζεται στην περίπτωση που, κατά τη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, υποβληθεί μόνο μία (1) προσφορά.

Αριθμός απόφασης: 991/2020

Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, εκτός αν ζητηθούν προσωρινά μέτρα προστασίας κατά το άρθρο 366 του ν.4412/2016.

Η αναθέτουσα αρχή, μέσω της λειτουργίας της «Επικοινωνίας»:

α. Κοινοποιεί την προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην περ. α της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 και την περ. α' της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ. 39/2017.

β. Ειδοποιεί, παρέχει πρόσβαση στο σύνολο των στοιχείων του διαγωνισμού και διαβιβάζει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) τα προβλεπόμενα στην περ. β' της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, σύμφωνα και με την παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ. 39/2017

Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής.

Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο. Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής.

Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής.

Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου³⁵. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ένδικων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή, αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης

Αριθμός απόφασης: 991/2020

ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης.

Η άσκηση της αίτησης αναστολής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη άσκηση της αίτησης ακύρωσης.

Η αίτηση αναστολής κατατίθεται στο αρμόδιο δικαστήριο μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση ή την πλήρη γνώση της απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής και συζητείται το αργότερο εντός τριάντα (30) ημερών από την κατάθεσή της. Για την άσκηση της αιτήσεως αναστολής κατατίθεται το προβλεπόμενο παράβολο, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 372 παρ. 4 του ν. 4412/2016.

Η άσκηση αίτησης αναστολής κωλύει τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά. [...] 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 αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως.[...]

26. Επειδή στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 και δη όσον αφορά το άρθρο 361 αναφέρεται μεταξύ άλλων : «...Με τις προτεινόμενες προθεσμίες επιτυγχάνεται πληρέστερη συμμόρφωση προς τις δικονομικές οδηγίες (Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και 2007/66/ΕΚ), καθώς εγκαθιδρύεται ένα σαφές χρονικό πλαίσιο εντός του οποίου μπορεί να ασκηθεί η προδικαστική προσφυγή».

27. 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

Αριθμός απόφασης: 991/2020

θα απωλέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα ότι, 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).

28. Επειδή δυνάμει των ως άνω νομοθετικών προβλέψεων 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).

29. Επειδή, και με 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)».

30. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή στρέφεται τόσο κατά της υπ' αριθμ. 122/2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα όσο και κατά του υπ' αριθμ. πρωτ. 550/12.6.2020 εγγράφου του αναθέτοντος φορέα με το οποίο ζητείται από το ΤΜΕΔΕ η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας.

31. Επειδή σε ό,τι αφορά στην υπ' αριθμ. 122/2019 απόφαση, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι προκειμένου να εκδοθεί νομίμως ως απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της θα έπρεπε να έχει προηγηθεί διατύπωση γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου της, άλλως είναι άκυρη ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας εκδόσεώς της. Στην υπό εξέταση προσφυγή της αναφέρει δε επί λέξει: «*Η εταιρία μας με το υπ' αριθμ. πρωτ. 863/31.12.2019 έγγραφό της*

Αριθμός απόφασης: 991/2020

ζήτησε από την αναθέτουσα αρχή να της γνωστοποιηθεί η ημεροχρονολογία σύγκλησης του Τεχνικού Συμβουλίου προκειμένου να παραστεί ενώπιον του, ασκώντας το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης, και να αναπτύξει τις απόψεις της περί κατάπτωσης ή μη της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας.

Η μέσω του ΕΣΗΔΗΣ απαντώντας στο άνω έγγραφό μας με το υπ' αριθμ πρωτ. 1702/20.1.2020 έγγραφό της μας ενημέρωσε ότι θα μας κοινοποιήσει το αίτημα για γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου ... προκειμένου να λάβουμε γνώση.

Χωρίς να έχουμε καμία ενημέρωση από τη όσον αφορά τη σύγκληση του Περιφερειακού Τεχνικού Συμβουλίου ... στις 19.6.2020 κοινοποιήθηκε στην εταιρία μας το με αρ. πρωτ. 6383/18.6.2019 έγγραφο του ΤΜΕΔΕ, με συνημμένο το με αρ. πρωτ. 550/12.6.2020 έγγραφο της προς το ΤΜΕΔΕ, από το οποίο πληροφορηθήκαμε για πρώτη φορά ότι η ζητά την κατάπτωση της υπ' αριθμ. Θ-57912/29.10.2019 εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του ΤΜΕΔΕ ποσού 38.000,00 €, στηριζόμενη στην υπ' αριθμ. 122/2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της που είχε εκδοθεί πριν την γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου και με την οποία είχε εγκριθεί και όχι αποφασισθεί η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας.».

Περαιτέρω, ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του αναφέρει ότι δεν ασκήθηκε, εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας, προδικαστική προσφυγή από την προσφεύγουσα κατά της υπ' αριθμ. 122/2019 αποφάσεως όπου και αναφέρεται σαφώς ότι καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής της στον διαγωνισμό, η οποία της κοινοποιήθηκε σύμφωνα με τα προβλεπόμενα, ούτε για την κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης. Εξάλλου, κατά τον αναθέτοντα φορέα, η κύρωση της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, συνεπεία της απόρριψης της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου κι εν προκειμένω προσφεύγουσας, επέρχεται παρακολουθηματικώς και αυτοδικαίως εκ του νόμου, λαμβανομένων υπ' όψιν των ελλείψεων που παρατηρήθηκαν από την Επιτροπή Διαγωνισμού στα προσκομισθέντα δικαιολογητικά της. Επιπλέον, ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει ότι για να παραστεί ο οικονομικός φορέας που συμμετείχε σε διαγωνισμό και του οποίου ζητείται η κατάπτωση εγγυητικής επιστολής, στο

Αριθμός απόφασης: 991/2020

συμβούλιο, θα έπρεπε να είχε ασκήσει προδικαστική προσφυγή και ότι, σε κάθε περίπτωση, κατά το χρόνο που επιδιώχθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας (12.06.2020), υφίστατο η γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων (υπ' αριθμ. πρωτοκ. 239/18.05.2020 έγγραφο).

Αντικρούοντας τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα, η προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της υποστηρίζει ότι στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 122/2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα κατά το μέρος που ήθελε θεωρηθεί ως απόφαση κατάπτωσης και όχι έγκρισης της διαδικασίας κίνησης κατάπτωσης που πράγματι είναι και ότι η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής εκδίδεται από το αρμόδιο όργανο της αναθέτουσας αρχής αφού προηγουμένως έχει γνωμοδοτήσει το αρμόδιο Τεχνικό Συμβούλιο και η γνώμη του τεθεί υπόψη των μελών του αποφασίζοντος οργάνου και ότι το οικείο τμήμα του αποφασιστικού της προσβαλλόμενης έχει το νόημα ότι το Διοικητικό Συμβούλιο εγκρίνει την διαδικασία του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016, ήτοι την προσφυγή αρχικά στο Τεχνικό Συμβούλιο και μετέπειτα την έκδοση απόφασης περί κατάπτωσης. Προς επίρρωση των ισχυρισμών της, η προσφεύγουσα επικαλείται την επιστολή της στον αναθέτοντα φορέα και την απάντηση αυτού ότι θα την ενημερώσει για το αίτημα για γνωμοδότηση στο Τεχνικό Συμβούλιο ... περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της, η οποία δεν έλαβε χώρα καθώς ενημερώθηκε το πρώτον από το έγγραφο του ΤΜΕΔΕ, στο οποίο είχε επισυναφθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. 550/12.6.2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της σε αντίθεση με την υπ' αριθμ. 122/2019 η οποία απλώς ενέκρινε την κίνηση της διαδικασίας κατάπτωσης και όχι την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της και, ως εκ τούτου, δεν νομιμοποιείτο να στραφεί με προδικαστική προσφυγή κατά της τελευταίας και ότι αβασίμως υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας ότι προκειμένου να παραστεί οικονομικός φορέας στην ενώπιον του Τεχνικού Συμβουλίου συζήτηση για την γνωμοδότησή του περί κατάπτωσης ή μη της εγγυητικής επιστολής απαιτείται η προηγούμενη άσκηση προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 991/2020

32. Επειδή σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, 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 και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας. 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 αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας καθώς και ότι η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως.

33. Επειδή, περαιτέρω, από τη γραμματική ερμηνεία της παρ. 1 του άρθ. 346 και 360 του ν.4412/2016 (σκέψη 20 και 21) 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. Ως δε έχει παγίως κριθεί από την νομολογία, οι πράξεις (γνωμοδοτήσεις, πρακτικά, προσκλήσεις) των Επιτροπών του Διαγωνισμού, οποιαδήποτε φάση και αν αφορούν, έχουν γνωμοδοτικό χαρακτήρα και στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα και, επομένως, δεν παράγουν έννομες συνέπειες με την παραπάνω έννοια εφόσον το όργανο που τις εξέδωσε δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα (βλ. ΕΑ 519/2009 και 1315/2008 και Φ. ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδ., 2013, αρ. 71-77 επόμε., σελ.54-55).

34. Επειδή, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επαγόμενη οικονομική βλάβη και επομένως

Αριθμός απόφασης: 991/2020

έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης λόγω της επέλευσης συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακήρυξης προϋποθέσεων (ΣΤΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018 και Ν29/2016). Επομένως, η απόφαση περί κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι αναμφίβολα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. 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 συνεχεται 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.

35. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, το αρμόδιο όργανο του αναθέτοντος φορέα με αποφασιστική αρμοδιότητα, ήτοι το Διοικητικό Συμβούλιο αυτού, ενέκρινε την εισήγηση της Επιτροπής ως προς την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και της κατάπτωσης της εγγύησής της με την υπ' αριθμ. 122/2019 απόφασή του η οποία της κοινοποιήθηκε στις 30-12-2019, η οποία είναι σύμφωνα με την προηγούμενη σκέψη, πράξη αναμφίβολα εκτελεστή και ως προς την κύρωση της κατάπτωσης της εγγύησης η οποία συνεχεται με την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου και επέρχεται παρακολουθηματικώς και αυτοδικαίως κατά τον νόμο και το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ 225/2020 στην οποία παραπέμπει η προσφεύγουσα και η οποία, ωστόσο, προβαίνει στην ίδια ακριβώς κρίση).

36. Επειδή βασίμως υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας και δεν αμφισβητεί η προσφεύγουσα, ότι δεν ασκήθηκε εκ μέρους της προδικαστική προσφυγή κατά της υπ' αριθμ. 122/2019 εντός της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της ως άνω πράξης κατά της οποίας βάλλει απαραδέκτως η προσφεύγουσα ασκώντας την προσφυγή της εκπρόθεσμα, ήτοι στις 29-06-2020, όταν η προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά

Αριθμός απόφασης: 991/2020

αυτής έληξε στις 9-01-2020. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα περί γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου προβάλλονται αλυσιτελώς λόγω του εκπρόθεσμου της προσβολής της υπ' αριθμ. 122/2019 απόφασής του με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

37. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή στρέφεται και κατά του υπ' αριθμ. πρωτ. 550/12.6.2020 εγγράφου του αναθέτοντος φορέα με το οποίο ενημερώνει αρμοδίως το ΤΜΕΔΕ και αιτείται την υλική ενέργεια της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας δυνάμει της απόφασης υπ' αριθμ. 122/2019, το οποίο δεν συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη εκδοθείσα στο πλαίσιο διαγωνισμού ανάθεσης δημόσιας σύμβασης εφόσον η μη αμφισβητηθείσα εμπροθέσμως και καταστάσα οριστική απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας έχει ήδη δεσμευτικά επέλθει με την απόφαση 122/2019, αλλά το επίμαχο έγγραφο συνιστά άσκηση δικαιώματος του υπέρ ου η εγγύηση αναθέτοντος φορέα κατά του εγγυητή ΤΜΕΔΕ και δη τυπικό αίτημα του αναθέτοντος φορέα προς το ΤΜΕΔΕ προκειμένου να προβεί στην νόμιμη υλική ενέργεια της καταβολής του οικείου ποσού υπέρ του. Συνεπώς, απαραδέκτως η προσφεύγουσα βάλλει κατά του ως άνω εγγράφου και η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, και κατά το μέρος αυτό, ως απαράδεκτη καθώς βάλλει κατά μη εκτελεστής διοικητικής πράξης.

38. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

39. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

40. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (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.

Αριθμός απόφασης: 991/2020

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7 Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε στις 27 Αυγούστου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος
ΙΩΑΝΝΑ ΘΕΜΕΛΗ**

**Η Γραμματέας
ΓΕΩΡΓΙΑ ΔΟΥΓΚΑ**