

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 07^η Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 01.03.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 272/02.03.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά της «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../24-2-2023 απόφαση του διοικητικού συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίσθηκε η ολική κατάπτωση της υπ' αριθμ. ... εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της, που εκδόθηκε από την Τράπεζα ..., αξίας 144.750,00 ευρώ και με ημερομηνία λήξης ισχύος την 25-2-2023.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχουν καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού 15.000,00 €, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. .../2021 (αριθ.πρωτ..../22-7-2021) διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (συστημικός αριθμός ...), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας/ τιμής, για την ανάδειξη

Αριθμός απόφασης: 630/2023

αναδόχου που θα παρέχει ..., για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα συμμετείχε στον διαγωνισμό για το τμήμα 1 της διακήρυξης, ενώ συμμετείχε στο ίδιο τμήμα και η ένωση εταιρειών «...». Κατά την υπ' αριθ. .../28-9-2021 συνεδρίαση του διοικητικού συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (αριθ. απόφασης 1078/29-9-2021), κατ' αποδοχή του υπ' αριθ. πρωτ..../24-9-2021 πρακτικού συνεδρίασης της επιτροπής αξιολόγησης αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, αποφασίστηκε, για το τμήμα 1 της σύμβασης, Α) το παραδεκτό της συμμετοχής των συμμεχόντων οικονομικών φορέων και Β) η επικύρωση της βαθμολογίας των τεχνικών προσφορών από τις οποίες η προφορά της Ένωσης Εταιρειών «...» έλαβε συνολική σταθμισμένη βαθμολογία 116,339 βαθμών, έναντι 107,665 βαθμών που έλαβε η προσφορά της προσφεύγουσας.

Ακολούθησε, η υπ' αριθ. .../7-10-2021 συνεδρίαση του διοικητικού συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, (αριθ. απόφασης 1122/7-10-2021) με την οποία δέχτηκε μερικώς το σκεπτικό και το αιτιολογικό που περιλαμβάνονται στα αντίστοιχα σχετικά. Τελικά η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την αποδοχή των προσφορών και των δύο ως άνω εταιρειών για το τμήμα 1 του διαγωνισμού. Κατά της απόφασης αυτής η στην παρούσα προσφεύγουσα άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) την με ΓΑΚ 1966/12-10-2021 προδικαστική προσφυγή της, η οποία απορρίφθηκε σιωπηρά και κατόπιν αναπομπής από το αρμόδιο Διοικητικό Δικαστήριο εξετάστηκε στην ουσία και απορρίφθηκε, με αποτέλεσμα να κριθεί απορριπτέα η προσφορά της προσφεύγουσας. Κατά της απορριπτικής αυτής απόφασης της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ), η προσφεύγουσα άσκησε αίτηση ακυρώσεως - αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου ..., η οποία απορρίφθηκε με την υπ' αριθμ. 382/2022 απόφαση αυτού. Κατόπιν αυτών το διοικητικό συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής με την υπ' αριθ. απόφαση 1277/25-10-2022), προέβη στην οριστική κατακύρωση του διαγωνισμού στην ένωση «...» και υπογράφηκε η από 30.12.2022 σύμβαση.

Ακολούθως, με την υπ' αριθ. 133/24.2.2022 απόφασή του το διοικητικό συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής, αποφάσισε την ολική κατάπτωση της υπ' αριθμ. ... εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, έκδοσης Τράπεζας ..., αξίας 144.750,00€ και ημερομηνία λήξης ισχύος την 25.2.2023, της προσφεύγουσας για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρονται στην απόφαση αυτή.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν

Αριθμός απόφασης: 630/2023

ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 24.02.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή την 01.03.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017, με προφανές έννομο συμφέρον, καθότι η προσφεύγουσα προσδοκά την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία ορίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής συμμετοχής.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../13.03.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτως στις 20.03.2023, ημέρα Δευτέρα, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι η αιτιολογία της είναι πλημμελής κατά παράβαση της διάταξης του άρθρου 72 παρ. 2 περ. β' του Ν.4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίηση του από το Ν. 4782/2021 και του όρου 2.2.2.3 της υπ' αριθμ. .../2021 διακήρυξης. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι ο όρος 2.2.2.3 της διακήρυξης δεν αναφέρεται σε ανακριβή δήλωση στο ΕΕΕΣ ή σε απόκρυψη πληροφοριών ή σε εξ αμελείας παραπλανητικά στοιχεία ή σε βαρεία ή ελαφρά αμέλεια ή σε εν γένει μόνο υπαιτιότητα ή μη ανυπαιτιότητα ως

προς την υποβολή ανακριβών στοιχείων, αλλά αναφέρεται ειδικώς και μόνο σε «ψευδή» στοιχεία, χαρακτηρισμός που αναγκαία προϋποθέτει επίγνωση του ψεύδους και συνειδητή δήλωση γεγονότων που δεν αποκρίνονται στην πραγματικότητα. Άρα, σε αντίθεση με όσα προβάλλει η αναθέτουσα, ο αποκλεισμός ένεκα των όρων 2.2.3.4.ζ'-η' δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής, παρά μόνο υπό ειδικότερες προϋποθέσεις συνδρομής των λόγων αποκλεισμού (εκ των περισσοτέρων εναλλακτικών συνθηκών που δύναται εκάστη να τους συγκροτήσει), ήτοι ψεύδος, που εν προκειμένω ούτε κρίθηκε ότι συντρέχει και δη, κατά σαφή και βέβαιο τρόπο ούτε αιτιολογεί με οιοδήποτε στοιχείο η αναθέτουσα αρχή. Άρα, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, σε κάθε περίπτωση απόρριψης προσφοράς σε προγενέστερα, του σταδίου κατακύρωσης, στάδια και άρα, ακριβώς εν προκειμένω, η εγγυητική συμμετοχής επιστρέφεται (εν προκειμένω, απορρίφθηκαν και αμετάκλητα τα ένδικα βοηθήματα κατά των υπ' αριθμ. 487,488/2022 αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ), με την επιφύλαξη αποκλεισμού για παροχή εν γνώσει ψευδών (και όχι ανακριβών) στοιχείων (ούτε για μη παροχή στοιχείων, χωρίς μάλιστα να αποδεικνύεται δόλος και σκοπιμότητα περί τούτου), που κατά τα ανωτέρω ούτε κρίθηκε ότι έλαβε χώρα, ούτε αιτιολογείται τούτο από την αναθέτουσα.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τις ως άνω αιτιάσεις της υπό κρίση προσφυγής: Η διάταξη του άρθρου 72 παρ. 2 περ. β' του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε από τον Ν. 4782/2021 (έναρξη ισχύος 1-6-2021) αλλά και το άρθρο 2.2.2.3 της διακήρυξης, ορίζουν ως λόγο κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής τα εξής: «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει εν γνώσει του ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 2.2.3 έως 2.2.8, δεν προσκομίζει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης.». Όπως συνάγεται από τις προαναφερόμενες διατάξεις η εγγυητική συμμετοχής καταπίπτει μόνο στην περίπτωση που ο προσφέρων παρείχε ψευδή - δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει του μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια - στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού. Μάλιστα, όπως βάσιμα αναφέρει η προσφεύγουσα, η νέα διάταξη του άρθρου 72 παρ. 2 περ. β' ορίζει σαφέστερα

Αριθμός απόφασης: 630/2023

ότι δεν αρκεί εξ αμελείας ανακριβής δήλωση ή εξ εσφαλμένης πεποίθησης του προσφέροντος ότι δηλώνει ορθώς ή ότι δεν χρειαζόταν να προβεί σε συγκεκριμένη δήλωση ή σε συγκεκριμένο περιεχόμενο δήλωσης, αλλά πρέπει να υφίσταται πλήρης γνώση ότι όσα δηλώνει είναι ψευδή. Εν προκειμένω, η υπ' αριθ. 382/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ..., η οποία περιλαμβάνει οριστική κρίση επί της νομιμότητας της αιτιολογίας της με αριθμό 487,488/2022 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ και συνιστά την δικαιολογητική βάση της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της προσφεύγουσας, δεν αναφέρει ότι συνιστά λόγο αποκλεισμού της τελευταίας, η εν γνώσει της παροχή ψευδών δηλώσεων. Στο σκεπτικό της αναφέρεται ότι η προσφεύγουσα υπέπεσε στην ανακριβή δήλωση στο ΕΕΕΣ ή σε απόκρυψη πληροφοριών, οι οποίες επιφέρουν μεν την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 στοιχ. ζ', πλην όμως δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου την δόλια συμπεριφορά αυτής. Περαιτέρω, στο σκεπτικό των υπ' αριθμ. 487,488 αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ αναφέρεται ότι η προσφεύγουσα αποκλείστηκε λόγω ανακριβούς και εσφαλμένης απάντησης σε σαφή ερωτήματα του ΕΕΕΣ και ούτως ανακριβούς συμπλήρωσής του, αφετέρου λόγω απόκρυψης στοιχείων συναφών με την εκ της αξιολόγησης διερεύνηση λόγων αποκλεισμού (στο πλαίσιο αξιολόγησης περί συνδρομής τους όσον αφορά τη νυν διαδικασία) και ότι επιπλέον τούτου, η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα και για τον πρόσθετο λόγο ότι σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα δεν αξιολόγησε το ως άνω συναφές με ενδεχόμενους λόγους αποκλεισμού της, πραγματικό, σε σχέση με τους λόγους αποκλεισμού της νυν διαδικασίας, 2.2.3.3.η και 2.2.3.3.ζ (όσον αφορά τις προηγούμενες διαδικασίες και τους προηγούμενους αποκλεισμούς της). Οι προαναφερόμενες αποφάσεις του Διοικητικού Δικαστηρίου και της ΕΑΔΗΣΥ δεν αναφέρονται στο υποκειμενικό στοιχείο του δόλου, το οποίο συνιστά αναγκαίο όρο για την επέλευση του λόγου κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη πράξη και τις υποβληθείσες απόψεις της, δεν απέδειξε ότι η προσφεύγουσα παρείχε ψευδή, δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει της μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια, στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό της λόγων αποκλεισμού, αφού η απόκρυψη στοιχείων αρκεί μεν για τον αποκλεισμό της, αλλά δεν αρκεί για την επιβολή της ποινής της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος

είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη από 24.02.2023 με αριθμό πρωτοκόλλου 133/24.02.2023 απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι παραβίασε επίσης τις διατάξεις των άρθρων 72 , 221 και 221Α του Ν.4412/2016, αφού εκδόθηκε σε χρόνο που έχει συναφθεί η σύμβαση και ενώ έχει ολοκληρωθεί το έργο της επιτροπής αξιολόγησης αποτελεσμάτων του διαγωνισμού.

10. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο: Το άρθρο 221 (Όργανα διενέργειας διαδικασιών σύναψης συμβάσεων) του Ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής: *«1. Στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα (γνωμοδοτικά όργανα) έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες:.... ε) εισηγούνται τον αποκλεισμό των προσφερόντων ή υποψηφίων από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών, την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση των εγγυήσεων, τη ματαίωση της διαδικασίας, στ) γνωμοδοτούν για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης,..... ζ) στο στάδιο της εκτέλεσης γνωμοδοτούν, όπου απαιτείται, για τα θέματα που ανακύπτουν, ιδίως για την παράταση του συμβατικού χρόνου, άλλες τροποποιήσεις της σύμβασης και την έκπτωση του αναδόχου και η) γνωμοδοτούν για τις προβλεπόμενες στον παρόντα νόμο ενστάσεις και προσφυγές που υποβάλλονται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ή της προϊσταμένης αρχής κατά το στάδιο της ανάθεσης και εκτέλεσης.»*.

Η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση όρισε την κατάπτωση της υπ' αριθμ. ... εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας μετά την παρέλευση πέντε μηνών από την έκδοση της με αριθμ. πρωτ. 1132/27-9-2022 απόφασης σύμφωνα με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της τελευταίας σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α382/27-7-2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, στις 30.12.2022 υπογράφηκε η σύμβαση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου με αποτέλεσμα εκείνη τη στιγμή να ολοκληρωθεί το έργο της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, αφού αυτή γνωμοδοτεί για κάθε θέμα που ανακύπτει κατά την διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης. Επομένως, από τη στιγμή που η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού μετά την υπογραφή της σύμβασης και κατά την

Αριθμός απόφασης: 630/2023

εκτέλεση αυτής γνωμοδοτεί μόνο για τα θέματα που ανακύπτουν, όπως για την παράταση του συμβατικού χρόνου, άλλες τροποποιήσεις της σύμβασης και την έκπτωση του αναδόχου και όχι για την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής συμμετέχοντος λόγω απόρριψης της προσφοράς του κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς, συνάγεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί και για το λόγο αυτό.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 07^η Απριλίου 2023 και εκδόθηκε την 27^η Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ