

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 10.08.2018, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια- και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 06.07.2018 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 631/09.07.2018 της εταιρίας με την επωνυμία «.....» και με δ.τ. «.....», που εδρεύει στο {...}, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθ. 628/18.06.2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου {...} περί εγκρίσεως της από 03.05.2018 προσαρτώμενης Γνωμοδότησης – Εισήγησης της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο διενέργειας διεθνούς, ηλεκτρονικού, ανοικτού διαγωνισμού με αντικείμενο την «Προμήθεια Διαφόρων Ειδών Τροφίμων και Γάλακτος για τους Δικαιούχους Εργαζόμενους, των ετών 2018 και 2019 για το Δήμο {...} και των Δημοσυντηρητών Φορέων», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 11.165.645,62 € (χωρίς ΦΠΑ) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής.

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία «.....» και με δ.τ. «.....», η οποία εδρεύει στο {...}, οδός {...}, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτή, πέραν της αποδοχής της απόσυρσης της προσφοράς της, αποφασίστηκε

Αριθμός απόφασης: 675/2018

και η κατάπτωση της προσκομισθείσας εκ μέρους της εγγύησης συμμετοχής, απόφαση η οποία ελήφθη, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, άνευ νομίμου αιτιολογίας και δη κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 104 του Ν. 4412/2016 και του δικαιώματος ακροάσεώς της, όπως αναλυτικά εκτίθεται με τους αναφερόμενους στην υπό εξέταση Προσφυγή της λόγους.

Με την ανωτέρω Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης ως άνω απόφασης, η οποία κατά τους ισχυρισμούς της είναι καθόλα νόμιμη, και ως εκ τούτου την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 286998/06-10-2017 Διακήρυξη του Δήμου {...} προκηρύχθηκε διεθνής, ηλεκτρονικός, ανοικτός διαγωνισμός σε Ομάδες, με αντικείμενο την «Προμήθεια Διαφόρων Ειδών Τροφίμων και Γάλακτος για τους Δικαιούχους Εργαζόμενους, των ετών 2018 και 2019 για το Δήμο {...} και των Δημοσυντηρητών Φορέων», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 11.165.645,62 € (χωρίς ΦΠΑ και δικαίωμα προαίρεσης), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής και δικαίωμα υποβολής προσφοράς για μία, για περισσότερες ή και για όλες τις ομάδες-τμήματα και για το σύνολο των ειδών / ποσοτήτων που περιλαμβάνονται σε κάθε ομάδα-τμήμα, για την οποία συμμετέχει ο διαγωνιζόμενος προμηθευτής. Η εν λόγω Διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 05.10.2017 ενώ καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 09.10.2017, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 41472,1.

Αριθμός απόφασης: 675/2018

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 223031968958 0904 0097), ποσού 15.000,00 €, το οποίο συνιστά το ανώτατο κατά το νόμο ποσό παραβόλου, το οποίο καταβάλλεται στην περίπτωση που ο υπολογισμός της αξίας του παραβόλου σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας του τμήματος της σύμβασης για το οποίο υπέβαλε την προσφορά του ο προσφεύγων (Ομάδα 21 : Γάλα Εβαπορέ, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 1.673.640,10 ευρώ για το έτος 2018 και 1.673.640,10 ευρώ για το έτος 2019 άνευ ΦΠΑ) ξεπερνά το ποσό αυτό.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 11.165.645,62 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε., εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ.α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 06.07.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 09.07.2018, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος

Αριθμός απόφασης: 675/2018

έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. 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... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, εν προκειμένω, με την προσβαλλόμενη πράξη γίνεται δεκτή η απόσυρση της προσφοράς της προσφεύγουσας για την Ομάδα 21 του αντικειμένου της σύμβασης και ένεκα αυτής επιβάλλεται η κατάπτωση της με αριθ. 565091/03.11.2017 εγγύησης συμμετοχής που υπέβαλε η προσφεύγουσα ποσού 66.945,80 ευρώ. Με το ως άνω περιεχόμενο, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η προσβαλλόμενη πράξη νομίμως προσβάλλεται με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ καθότι αφορά σε κατάπτωση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, πράξη η οποία ανάγεται στο προσυμβατικό στάδιο του διαγωνισμού, και ως εκ τούτου γεννά διαφορά που κατά τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 υπόκειται σε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

8. Επειδή, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επαγόμενη οικονομική βλάβη και επομένως έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού

Αριθμός απόφασης: 675/2018

στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημοσίας σύμβασης λόγω της επέλευσης συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακήρυξης προϋποθέσεων (ΣΤΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018 και Ν29/2016). Επομένως, η απόφαση περί κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι αναμφίβολα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Τούτο προκύπτει και από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 72, 73, 75, 79 και 103 Ν. 4412/2016 σύμφωνα με τις οποίες η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής 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. 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 ΑΕΠΠ (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: 675/2018

μεταξύ των οποίων κατά τα ανωτέρω συγκαταλέγεται και η απόφαση περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής. Υπό τα δεδομένα τούτα, παραδεκτώς προσβάλλεται η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας με την υπό κρίση προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αριθ. 628/18.06.2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου {...} περί εγκρίσεως της από 03.05.2018 προσαρτώμενης Γνωμοδότησης – Εισηγήσης της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών με την οποία η τελευταία γνωμοδότησε: «α. την αποδοχή της απόσυρσης της οικονομικής προσφοράς της εταιρίας Γαλακτοκομικά Μανδρέκας α.ε. β. την κατάπτωση της υπ'αριθ. 565091/03-11-2017 εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ποσού 66.945,80 της Τράπεζας Πειραιώς της παραιτηθείσας εταιρίας «Γαλακτοκομικά Μανδρέκας α.ε.» σύμφωνα με το άρθρο 2.2.2.3. της διακήρυξης («Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής») και το άρθρο 72 παρ. 1 α σε συνδυασμό με το άρθρο 104 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 καθώς δεν συντρέχει ο λόγος τον οποίο επικαλείται στην αίτησή της η εταιρία «περί οψιγενούς εξέλιξης», δεδομένου ότι δεν εμπίπτει στις διατάξεις του άρθρου 2.2.1.1. «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής – Οψιγενείς Μεταβολές» της διακήρυξης», ισχυριζόμενη ότι η εν λόγω απόφαση είναι μη νόμιμα αιτιολογημένη, για το λόγο ότι με αυτήν δε διαπιστώνεται είτε ότι δεν υπήρξαν εν προκειμένω οψιγενείς μεταβολές, είτε ότι αυτές δεν αναγγέλθηκαν εγκαίρως, ως απαιτεί η διάταξη του άρθρου 104 παρ. 2-3 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, αν και υπέβαλε την προσφορά της για την Ομάδα 21 της υπό ανάθεση σύμβασης, ήτοι για την προμήθεια γάλατος εβαπορέ παραγωγής της εταιρίας {...} το οποίο θα προμηθευόταν από την εταιρία {...}, εν συνεχεία διαπίστωσε ότι η συνδιαγωνιζόμενη, και δη παρεμβαίνουσα εταιρία «.....», με την από 29.11.2017 επιστολή της ενημέρωσε το Δήμο {...} ότι είχε επιτύχει αποκλειστικότητα για τις ποσότητες εβαπορέ από την εταιρεία

Αριθμός απόφασης: 675/2018

«.....» αποκλειστική αντιπρόσωπο της εταιρείας «.....» ενώ η εταιρεία {...} δεν επιθυμούσε να αναμιχθεί στην όλη υπόθεση και να προβεί σε άμεση προμήθειά της. Η εν λόγω πρακτική, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, δημιουργεί μείζον ζήτημα δικαίου του ανταγωνισμού δεδομένου ότι η {...} είναι η μόνη εταιρεία η οποία δέχεται να πωλήσει γάλα εβαπορέ για προμήθειες όπως αυτές και έχει το de facto μονοπώλιο, με συνέπεια με την όλη συμπεριφορά τους οι εταιρείες {...}, {...} και {...} να αποβλέπουν αφενός μεν στη μη συμμετοχή της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό, αφετέρου δε στη χειραγώγηση της τιμής κατακύρωσης, με αποτέλεσμα την ζημία του Δήμου. Ενόψει των γεγονότων τούτων, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν ήταν σε θέση να εκτελέσει τη συγκεκριμένη προμήθεια, γι' αυτό και προέβη με την από 24.01.2018 δήλωση σε απόσυρση της προσφοράς της, κάνοντας χρήση του άρθρου 104 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Άλλωστε, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η νομιμότητα της απόσυρσης της προσφοράς της είχε ήδη γίνει δεκτή σιωπηλά τόσο με την 87/2018 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (3ο Κλιμάκιο) όσο και με τις 144-149/2018 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (αιτήσεις αναστολής Ν. 4412/2016). Περαιτέρω, με το δεύτερο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης λόγω μη τήρησης του δικαιώματος ακροάσεώς της εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ουδέποτε την κάλεσε πριν την επιβολή της κύρωσης περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της να παρέχει διευκρινίσεις προς τούτο, αν και είχε γνώση όλων των στοιχείων που αφορούσαν στην προσπάθεια χειραγώγησης του διαγωνισμού από τις ως άνω εταιρίες. Τέλος, με τον τρίτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η επιβολή της κύρωσης περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της είναι παράνομη και για το λόγο ότι αφορά στο τμήμα 21 του διαγωνισμού «Προμήθεια γάλατος εβαπορέ» για το οποίο συντρέχει κατά τους όρους της διακήρυξης παράβαση νόμου, με περαιτέρω συνέπεια το παράνομο της διακήρυξης και της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αριθμός απόφασης: 675/2018

10. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την προσβολή της ως άνω πράξης κατά το μέρος που αφορά στην επιβολή σε βάρος της κύρωσης περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της διότι εξ'αυτού του λόγου βλάπτεται οικονομικά και υφίσταται ισόποση με την εγγυητική επιστολή που προσκόμισε οικονομική ζημία.

11. Επειδή, παρεμβαίνει η εταιρία με την επωνυμία «.....» και με δ.τ. «.....», η οποία Παρέμβαση, ασκείται εν γένει παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, αφού, η προδικαστική προσφυγή κοινοποιήθηκε στους λοιπούς διαγωνιζόμενους μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 09.07.2018, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η παρεμβαίνουσα, και η Παρέμβαση κατατέθηκε στις 19.07.2018, ήτοι εντός της σχετικής 10ήμερης προθεσμίας προς άσκηση παρέμβασης. Εν προκειμένω, η από 24.01.2018 δήλωση της προσφεύγουσας περί απόσυρσης της προσφοράς της και η προσβαλλόμενη με αριθ. 628/18.06.2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου {...} περί αποδοχής της εν λόγω δήλωσης έχουν ως έννομη συνέπεια την οριστική απομάκρυνση της προσφεύγουσας από την υπόψη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς μάλιστα να υφίσταται κανένα περιθώριο η προσφεύγουσα να ενταχθεί εκ νέου σε αυτήν καθότι το κεφάλαιο τούτο δεν προσβάλλεται δια της παρούσας προσφυγής, ενώ η κύρωση περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της απορρέει από την απόσυρση της προσφοράς της και συνιστά μέτρο αποκλειστικά και μόνον σε βάρος της προσφεύγουσας, το οποίο επιβάλλεται ενώ αυτή έχει ήδη τεθεί οριστικά εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας, με συνέπεια για όλους αυτούς τους λόγους η παρεμβαίνουσα να στερείται του έννομου συμφέροντος να παρέμβει στην υπό κρίση προσφυγή, επιδιώκοντας τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης και την απόρριψη της προσφυγής, οι οποίες επιφέρουν έννομες συνέπειες σε σχέση με τον υπόψη διαγωνισμό αποκλειστικά και μόνον σε βάρος της προσφεύγουσας.

12. Επειδή, ειδικότερα με τον πρώτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά

Αριθμός απόφασης: 675/2018

το μέρος που με αυτήν επιβλήθηκε σε βάρος της η κύρωση της κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της ένεκα της απόσυρσης της προσφοράς της, ισχυριζόμενη ότι παρανόμως και αναιτιολόγητα η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της, χωρίς να εξετάσει εάν συντρέχουν οψιγενείς λόγοι που επέβαλαν την απόσυρση της προσφοράς της ή ενδεχομένως να κρίνει ότι αυτοί δεν αναγγέλθηκαν εγκαίρως, ως απαιτούν οι διατάξεις του άρθρου 104 παρ. 2-3 του Ν. 4412/2016 για την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής, στην εφαρμογή των οποίων η ίδια αξιώνει δια της παρούσας τη μη κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της.

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αντικρούει τους λόγους προσφυγής, ισχυριζόμενη κατ'αρχήν ότι ορθώς κατά την αιτιολογία αυτής (όπως αναλυτικά προκύπτει και από την επισυναπτόμενη σε αυτήν γνωμοδότηση), αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.2.3. της διακήρυξης και το άρθρο 72 παρ. 1 α σε συνδυασμό με το άρθρο 104 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, αφού διαπιστώθηκε ότι δεν συντρέχει οποιαδήποτε οψιγενής μεταβολή στην κατάσταση της προσφεύγουσας που να δικαιολογεί τη μη επιβολή της κύρωσης τούτης μετά την απόσυρση της προσφοράς της. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι οι οψιγενείς μεταβολές που επικαλείται η προσφεύγουσα αφορούν σε κάθε περίπτωση τη μεταβολή της προσωπικής της κατάστασης, αφού η ίδια αν και είχε δηλώσει σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 ότι δε συντρέχουν στο πρόσωπό της οι λόγοι αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 του Ν. 4412/2016 και ότι πληροί όλα τα κριτήρια επιλογής των άρθρων 75, 76 και 77 του ίδιου νόμου, είχε δε συμπληρώσει το Ε.Ε.Ε.Σ. δηλώνοντας ότι έχει τις προϋποθέσεις να προμηθεύσει το Δήμο {...} με τις ποσότητες που ζητούνται στην Ομάδα 21, εν τούτοις απέσυρε την προσφορά της από τη συνέχεια του διαγωνισμού, χωρίς να επικαλείται λόγο που άπτεται της προσωπικής της κατάστασης, αλλά την ύπαρξη ενός εγγράφου τρίτου εν δυνάμει ανταγωνιστή της στο ίδιο ζητούμενο είδος. Σε κάθε περίπτωση, όπως σημειώνει η αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα εμμέσως αποδέχεται ότι δεν είχε την έγγραφη συναίνεση του παραγωγού από τον οποίο θα προμηθευόταν το

Αριθμός απόφασης: 675/2018

συγκεκριμένο είδος και επομένως η συμπλήρωση του ΕΕΕΣ πάσχει όσον αφορά τη δική της συμμετοχή.

14. Επειδή, η παρούσα διαγωνιστική διαδικασία διέπεται από τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 κατά τις οποίες ορίζεται στο άρθρο 72 με τίτλο «Εγγυήσεις» ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 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. {.....}. 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. {.....}. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά: αα) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης προσφυγής ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης και ββ) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ασφαλιστικών μέτρων ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, και γγ) την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από

Αριθμός απόφασης: 675/2018

το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με το άρθρα 35 και 36 του Ν. 4129/2013 (Α` 52), εφόσον απαιτείται. Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες στην περίπτωση απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ένδικων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως». Εν συνεχεία, με τη διάταξη του άρθρου 97 του Ν. 4412/2016 με τίτλο : «Χρόνος ισχύος προσφορών» ορίζεται ότι : «1. Προσφορά που ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από αυτόν που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης απορρίπτεται ως απαράδεκτη. {.....} 4. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, οι προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να υπερβαίνει τους δώδεκα (12) μήνες από την επόμενη της διενέργειας της διαδικασίας ανάθεσης. Η παράταση της ισχύος της προσφοράς μπορεί να λαμβάνει χώρα κατ` ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη από τα έγγραφα της σύμβασης αρχική διάρκεια ισχύος της προσφοράς. {.....}».

15. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 103 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : «1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) 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 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε

Αριθμός απόφασης: 675/2018

σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης», στο άρθρο 103 παρ. 3 ότι : «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», στο άρθρο 103 παρ. 5 ότι : «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». Τέλος, στο άρθρο 104 με τίτλο : «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής – Οψιγενείς μεταβολές» προβλέπεται ότι : «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ.3 του άρθρου 105. Στην απόφαση κατακύρωσης αναφέρονται υποχρεωτικά οι προθεσμίες για την αναστολή της σύναψης της σύμβασης, σύμφωνα με τα άρθρα 360 επόμενα.

Αριθμός απόφασης: 675/2018

{.....}. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72».

16. Επειδή, αναλόγως προς τα οριζόμενα στις σκέψεις 14-15, στην επίμαχη διακήρυξη προβλέπεται στο άρθρο 2.2.1.1. με τίτλο «Χρόνος Συνδρομής Όρων Συμμετοχής – Οψιγενείς Μεταβολές» ότι : «Α. {...}. Β. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το Ε.Ε.Ε.Σ., οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80, (άρθρο 104 παρ.2 Ν.4412/2016). Γ. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του

Αριθμός απόφασης: 675/2018

προσωρινού αναδόχου», στο άρθρο 2.2.2. με τίτλο «Εγγύηση συμμετοχής» ότι :
«2.2.2.1 Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, που θα καλύπτει το δύο (2) τοις εκατό (%) του προϋπολογισμού χωρίς τον Φ.Π.Α. για όλες τις ομάδες ή αναλογικά το δύο (2) τοις εκατό (%) για κάθε ομάδα που θα συμμετέχει σύμφωνα με τον Πίνακα Εγγυητικών Επιστολών του Παραρτήματος VIII. 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 του άρθρου 2.4.5 της παρούσας (δηλαδή για επτά (7) μήνες), άλλως η προσφορά απορρίπτεται. 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. 2.2.2.2. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά: α) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ένστασης ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας ένστασης κατά της απόφασης κατακύρωσης και β) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ασφαλιστικών μέτρων ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, και γ) την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 35, 36 ή 37 του Ν. 4129/2013. 2.2.2.3. 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 2.2.3 έως 2.2.8, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης», με το άρθρο 2.4.2.5. με τίτλο «Απόσυρση προσφοράς» ότι :
«2.4.2.5 Οι οικονομικοί φορείς δύνανται να ζητήσουν την απόσυρση υποβληθείσας προσφοράς, πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής της προσφοράς, με έγγραφο αίτημα τους προς την αναθέτουσα αρχή, σε μορφή

Αριθμός απόφασης: 675/2018

ηλεκτρονικού αρχείου *Portable Document Format (PDF)* που φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της Υ.Α. 56902/215/02-06-2017, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος. Πιστοποιημένος χρήστης της αναθέτουσας αρχής, μετά από σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής η οποία αποδέχεται το σχετικό αίτημα του οικονομικού φορέα, μπορεί να προβεί στην απόρριψη της σχετικής ηλεκτρονικής προσφοράς στο Σύστημα πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής της προσφοράς. Κατόπιν, ο οικονομικός φορέας δύναται να υποβάλει εκ νέου προσφορά μέσω του Συστήματος έως την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφοράς», με το άρθρο 3.2. ότι : «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος τον «προσωρινό ανάδοχο» στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση, και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) έως είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του Ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 -2.2.8 αυτής. Ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το ΕΕΕΣ είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν

Αριθμός απόφασης: 675/2018

υποβάλλει αληθή ή ακριβή δήλωση ή δεν προσκομίσει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ή δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4 -2.2.8 της παρούσας διακήρυξης, η διαδικασία ματαιώνεται. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από την Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για την κατακύρωση της σύμβασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας είτε για την κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκππώτου».

17. Επειδή, από τη συνδυαστική ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 72 παρ. 1 και 97 παρ. 1, 2 και 4 του Ν. 4412/2015, όπως υιοθετούνται και εν προκειμένω, προκύπτει ότι τόσο η ύπαρξη εκ των προτέρων ορισμένου χρόνου ισχύος της προσφοράς των υποψήφιων οικονομικών φορέων όσο και η υποχρέωση προσκόμισης και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς τους εγγύησης συμμετοχής ισχύος τουλάχιστον 30 ημερών, πέραν της λήξης του χρόνου ισχύος της προσφοράς τους, αποσκοπούν να διασφαλίσουν το δεσμευτικό χαρακτήρα της προσφοράς κάθε διαγωνιζομένου, τη βαρύτητα της συμμετοχής του στον υπόψη διαγωνισμό και τη σοβαρότητα της πρόθεσής του να προσέλθει για την υπογραφή της σύμβασης, εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος. Υπό αυτή την έννοια, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να τηρεί τη δέσμευση που λαμβάνει από την κατάθεση της προσφοράς του και έως τη λήξη του χρόνου ισχύος της, χωρίς να του παρέχεται από το νόμο η ευχέρεια, μετά την ορισθείσα καταληπτική ημεροχρονολογία υποβολής προσφορών, να αποσύρει οποιαδήποτε στιγμή εντός του χρόνου ισχύος της την προσφορά του χωρίς συνέπειες, καθότι σε διαφορετική περίπτωση κάθε ενδιαφερόμενος θα μπορούσε με την ίδια ευκολία να υποβάλλει και να αποσύρει την προσφορά του σε δημόσιο διαγωνισμό, θέτοντας ανά πάσα στιγμή εμπόδια στην εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας και εν τέλει στην ανάθεση της σύμβασης. Γι' αυτό και ρητά ρυθμίζεται στο άρθρο 72 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής σε περίπτωση που ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος της. Προς το ίδιο συμπέρασμα συνάδει

Αριθμός απόφασης: 675/2018

και η ρύθμιση του άρθρου 72 παρ. 1 με την οποία διακρίνονται οι περιπτώσεις που η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται προς τους λοιπούς υποψήφιους που έλαβαν μέρος στο διαγωνισμό είτε κατά το στάδιο της κατακύρωσης, είτε κατά τα στάδια πριν από αυτήν. Κατά το περιεχόμενο της οικείας ρύθμισης, η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά αα) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης προσφυγής ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης και ββ) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ασφαλιστικών μέτρων ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, και γγ) την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, εφόσον απαιτείται, ενώ για τα προηγούμενα της κατακύρωσης στάδια, η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται προς τους συμμετέχοντες των οποίων η προσφορά απορρίφθηκε, εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ένδικων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως. Ως εκ τούτου, και εκ της ρύθμισης αυτής προκύπτει ότι δεν προβλέπεται περίπτωση επιστροφής της εγγύησης συμμετοχής στο πρόσωπο που υποψηφίου που απλώς απέσυρε την προσφορά του κατά τη διάρκεια του χρόνου ισχύος της, χωρίς να συντρέχει καμία από τις αναφερόμενες ανωτέρω περιστάσεις.

18. Επειδή, το αυτό συμπέρασμα επαληθεύεται και από τη συνδυαστική ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 103 παρ. 1, 3 και 5 και 104 του Ν. 4412/2016, όπως αυτές υιοθετούνται από το κανονιστικό πλαίσιο της υπόψη διακήρυξης. Ειδικότερα, ως προκύπτει από τη διάταξη του άρθρου 104, το δικαίωμα συμμετοχής των διαγωνιζομένων και οι επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενοι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους πρέπει να συντρέχουν, και ως εκ τούτου κρίνονται σωρευτικά, σε 3 χρονικά σημεία, ήτοι α) κατά την υποβολή της προσφοράς, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης (δικαιολογητικά του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016 και αντίστοιχα του άρθρου 2 παρ. 9 β) της διακήρυξης) και γ) κατά τη σύναψη της σύμβασης. Λαμβάνοντας υπόψη ότι κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών έχει

Αριθμός απόφασης: 675/2018

καθιερωθεί ο κανόνας της προκαταρκτικής απόδειξης περί μη συνδρομής των λόγω αποκλεισμού και περί πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής μέσω της συμπλήρωσης και υποβολής του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (εφεξής Ε.Ε.Ε.Σ.), στο στάδιο τούτο το δικαίωμα συμμετοχής των διαγωνιζομένων θεμελιώνεται με την υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ. στο οποίο οι συμμετέχοντες δηλώνουν υπεύθυνα ότι, αντιστοίχως προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν εμπίπτουν στις καταστάσεις εκείνες που συνιστούν λόγους αποκλεισμού και πληρούν τα οριζόμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Σε δεύτερο στάδιο, το δικαίωμα συμμετοχής των διαγωνιζομένων κρίνεται, ως προκύπτει από τη διάταξη του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 αλλά και σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 3.2. της υπόψη διακήρυξης, κατά το στάδιο που η αναθέτουσα αρχή καλεί το διαγωνιζόμενο που ανέδειξε ως προσωρινό ανάδοχο της σύμβασης να προσκομίσει τα απαιτούμενα κατά τη διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης, προκειμένου εκ των δικαιολογητικών τούτων ο διαγωνιζόμενος να αποδείξει στο αυτό στάδιο της διαδικασίας ότι ικανοποιεί πλήρως όλες τις απαιτήσεις που συνδέονται με τη θεμελίωση του δικαιώματος συμμετοχής του, στοιχεία τα οποία προαποδεικτικά δήλωσε ότι πληροί με τη συμπλήρωση και υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ.. Συνεπώς, γίνεται αντιληπτό ότι, ειδικά κατά το στάδιο ελέγχου των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο έλεγχος που ενεργείται στο πρόσωπο πλέον του προσωρινού αναδόχου έχει διττό περιεχόμενο, αφενός μεν ελέγχεται η αλήθεια και ακρίβεια των δηλούμενων στο Ε.Ε.Ε.Σ., ήτοι επαληθεύεται εάν κατ'αληθή και ορθή δήλωση του διαγωνιζομένου, αυτός πληρούσε την εκάστοτε απορρέουσα από το σχετικό δικαιολογητικό απαίτηση κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αφετέρου δε ελέγχεται εάν εκ του περιεχομένου των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκομίζονται αποδεικνύεται και κατά το στάδιο της κατακύρωσης (στάδιο στο οποίο τα εν λόγω δικαιολογητικά προσκομίζονται) η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και η πλήρωση των απαιτήσεων που τίθενται με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Γι' αυτό και ιδιαίτερα κρίσιμη είναι η ρύθμιση που περιέχεται στις διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 104, οι οποίες εφαρμοζόμενες συνδυαστικά

Αριθμός απόφασης: 675/2018

κατατείνουν στο συμπέρασμα ότι στην περίπτωση που επέρχονται μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσφέρων είχε δηλώσει ότι πληροί, μεταβολές που επήλθαν ή για τις οποίες ο προσφέρων έλαβε γνώση μετά τη δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο προσφέρων οφείλει να ενημερώσει αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά με αυτές το αργότερο έως την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ώστε στην περίπτωση που αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος να μην καταπέσει σε βάρος του η εγγύηση συμμετοχής του, εφόσον πράγματι διαπιστωθεί από την αναθέτουσα αρχή ότι υπήρξε έγκαιρη και προσήκουσα ενημέρωση για την ύπαρξη οψιγενών μεταβολών -κατά την ειδικότερη έννοια του 104 παρ. 2- στο πρόσωπό του. Ως εκ τούτου, η περιγραφείσα στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 διαδικασία ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης τελεί υπό την επιφύλαξη της διάταξης του άρθρου 104 περί έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για την περίπτωση οψιγενών μεταβολών στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου που κατέστη προσωρινός ανάδοχος, με την έννοια ότι εάν κατά την εξέλιξη της διαδικασίας αυτής διαπιστωθεί είτε ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν κατά την υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ. είναι ψευδή ή ανακριβή, είτε ότι δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και η πλήρωση μίας ή περισσότερων εκ των απαιτήσεων που τίθενται με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, παρά το ότι ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος (103 παρ. 3 και 5), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, εφόσον ενημέρωσε ως όφειλε την αναθέτουσα αρχή για τις οψιγενείς μεταβολές που επήλθαν στο πρόσωπό του. Σε διαφορετική περίπτωση, ήτοι εάν ο προσωρινός ανάδοχος δεν τήρησε την ορισθείσα κατά τη διάταξη του άρθρου 104 παρ. 2 υποχρέωση ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής περί οψιγενών στο πρόσωπό του μεταβολών, όπως ρητά διατυπώνεται με τη διάταξη του άρθρου 104 παρ. 3 εδ. β', καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου. Σε κάθε περίπτωση, και πέραν του προσωρινού αναδόχου, λαμβάνοντας υπόψη ότι κατά την παράγραφο 2 του άρθρου 104 την υποχρέωση ενημέρωσης της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: 675/2018

αρχής περί οπιγενών μεταβολών έχουν κατ'αρχήν όλοι προσφέροντες/υποψήφιοι, ερμηνευτικά συνάγεται ότι για τους λοιπούς προσφέροντες (πέραν του προσωρινού αναδόχου) η αξιολόγηση της επέλευσης ή μη της επικαλούμενης εκ μέρους τους οπιγενούς μεταβολής προϋποθέτει την ύπαρξη ενεργούς προσφοράς στο διαγωνισμό, ώστε ακόμα κι αν ένεκα της μεταβολής αυτής η προσφορά του εκάστοτε διαγωνιζομένου απορριφθεί σε πρότερα στάδια της διαδικασίας, να μην επέλθουν εις βάρος του περαιτέρω επιβαρυντικές συνέπειες ένεκα τυχόν κρίσεως περί ψευδούς δηλώσεως. Η ερμηνεία τούτη συμβαδίζει αφενός μεν με τις διατάξεις του άρθρου 72 παρ. 1 όπου ορίζονται οι περιπτώσεις επιστροφής της εγγύησης συμμετοχής στους λοιπούς προσφέροντες και αφετέρου δε με τις ad hoc ρυθμίσεις του άρθρου 72 παρ. 1 περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής του προσφέροντα που απέσυρε την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος της ή παρείχε ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες όπως και με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 όπου ορίζονται οι ειδικότεροι λόγοι αποκλεισμού των υποψήφιων οικονομικών φορέων. Υπό τα δεδομένα τούτα, προκύπτει εναργώς ότι, η ρύθμιση του άρθρου 104 παρ. 3 περί κατάπτωσης ή μη της εγγύησης συμμετοχής αναλόγως της τήρησης ή μη της υποχρέωσης περί έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής οπιγενών μεταβολών αφορά κατ'αρχήν στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου που αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος όπως και ότι τυχόν κρίση περί οπιγενών μεταβολών στο πρόσωπο των λοιπών διαγωνιζομένων σε πρότερα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας λαμβάνει χώρα ενόσω υφίσταται η προσφορά τους, ουδόλως δε συνδέεται με την περίπτωση απόσυρσης της προσφοράς ενός διαγωνιζομένου κατά τη διάρκεια ισχύος της, η οποία επιφέρει εκ του νόμου ως κύρωση την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του.

19. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε την προσφορά της για την Ομάδα 21 του υπό ανάθεση αντικειμένου στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ την 08.11.2018 και ώρα 08:38 και η προσφορά της έλαβε στο σύστημα τον αριθμό 79375. Κατά το στάδιο αποσφράγισης-αξιολόγησης των δικαιολογητικών

Αριθμός απόφασης: 675/2018

συμμετοχής, με την από 22.11.2017 απόφαση που ελήφθη κατά την 39η Συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου {...} εγκρίθηκε η από 17.11.2017 Γνωμοδότηση – Εισήγηση της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών με την οποία έγιναν αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής της και ως εκ τούτου η συμμετοχή της στο στάδιο αποσφράγισης-αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών. Εν συνεχεία, με την από 14.12.2017 απόφαση που ελήφθη κατά την 44η Συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής εγκρίθηκε η από 12.12.2017 Γνωμοδότηση – Εισήγηση της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών με την οποία έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας για την Ομάδα 21 του αντικειμένου της σύμβασης και αποφασίστηκε η συμμετοχή της κατά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών. Κατόπιν τούτων, με την από 24.01.2018 επιστολή της η προσφεύγουσα υπέβαλε δήλωση με θέμα : «Απόσυρση προσφοράς (Δήλωση του άρθρου 104 παρ. 2 του Ν. 4412/20160)», με την οποία αποσύρει την προσφορά της, επικαλούμενη οψιγενείς μεταβολές, οι οποίες συνοψίζονται στο γεγονός ότι η ανταγωνίστριά της εταιρία στην ίδια Ομάδα του διαγωνισμού πέτυχε εν τω μεταξύ αποκλειστικότητα στην προμήθεια γάλατος εβαπορέ από την προμηθεύτρια εταιρία {...}, η οποία ενεργεί ως αποκλειστική αντιπρόσωπος της εταιρίας παραγωγής γάλατος εβαπορέ {...}, και ένεκα των οποίων δε θα δύνατο να εκτελέσει το αντικείμενο για το οποίο υπέβαλε την προσφορά της, σε περίπτωση που κατακυρωθεί σε αυτήν. Ήτοι, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφεύγουσα απέσυρε την προσφορά της αφότου είχαν ολοκληρωθεί τα στάδια αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, κατά τα οποία η προσφορά της έγινε αποδεκτή, και πριν από το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, σε κάθε περίπτωση πριν από την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου για την Ομάδα 21 του υπό ανάθεση αντικειμένου, για την οποία υπέβαλε την προσφορά της συνοδευόμενη από την απαιτούμενη εγγύηση συμμετοχής, δηλώνοντας με τον τρόπο αυτό το ενεργό ενδιαφέρον της να αναλάβει την εκτέλεση του ως άνω αντικειμένου. Συνεπώς, στην κριθείσα περίπτωση κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 72 παρ. 1 α) του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 2.2.2.3. της διακήρυξης, η απόσυρση της

Αριθμός απόφασης: 675/2018

προσφοράς της προσφεύγουσας κατά την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα στο στάδιο πριν από την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών επιφέρει ως κύρωση την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της, ουδόλως δε συγχέεται η περίπτωση της απόσυρσης της προσφοράς του διαγωνιζομένου εν μέσω της διαγωνιστικής διαδικασίας και η ένεκα αυτής επιβολή της επίμαχης κύρωσης με τη ρύθμιση του άρθρου 104 παρ. 2-3 του Ν. 4412/2015, όπου η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής επιβάλλεται κατά την παρ. 3 στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου ενώ η κατά την παρ. 2 δήλωση περί οψιγενών μεταβολών προϋποθέτει ενεργή προσφορά, σε κάθε δε περίπτωση εκ των ρυθμίσεων του άρθρου 72 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και των οικείων όρων της διακήρυξης ουδόλως προβλέπεται περίπτωση επιστροφής της εγγύησης συμμετοχής στο πρόσωπο που υποψηφίου που απέσυρε την προσφορά του κατά τη διάρκεια του χρόνου ισχύος της. Ενόψει των ανωτέρω, αβάσιμα προβάλλεται από την προσφεύγουσα ο ισχυρισμός ότι κατόπιν απόσυρσης της προσφοράς της εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή δεν της επέστρεψε την εγγύηση συμμετοχής της κατ'εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 104 παρ. 2-3 του Ν. 4412/2016.

20. Επειδή, όπως αναφέρεται στην από 03.05.2018 Γνωμοδότηση-Εισήγηση της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών, η οποία προσαρτάται στην προσβαλλόμενη ως άνω απόφαση, αλλά και όπως συνάγεται από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες παρέχεται συμπληρωματική αιτιολογία επί της προσβαλλόμενης απόφασης, η επιβολή της κύρωσης περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας βασίζεται, πέραν των οριζόμενων στο άρθρο 2.2.2.3. της διακήρυξης και 72 παρ. 1 α του Ν. 4412/2016 περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής εάν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος της, και στη διάταξη του άρθρου 104 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 με την έννοια ότι εν προκειμένω οι οψιγενείς μεταβολές που επήλθαν στο πρόσωπο της προσφεύγουσας δεν άπτονται της προσωπικής της κατάστασης σε σχέση με τα δηλούμενα στο Ε.Ε.Ε.Σ, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα εμμέσως αποδέχεται ότι δεν είχε την έγγραφη συναίνεση του παραγωγού από τον οποίο

Αριθμός απόφασης: 675/2018

θα προμηθευόταν τα είδη της προσφοράς της, για τους λόγους δε αυτούς δεν υφίσταται καμία οφειγμένη μεταβολή, όπως αυτή προσδιορίζεται στον όρο 2.2.1.1. της επίμαχης διακήρυξης.

21. Επειδή, δοθέντων όσων αναλυτικά εκτίθενται στις σκέψεις 17-19 της παρούσας, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, εφόσον η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας είναι ορθή κατ'εφαρμογή του όρου 2.2.2.3 της διακήρυξης και του άρθρου 72 παρ.1 α) του Ν. 4412/2016, ακόμα κι αν εσφαλμένως βασίζεται και στο άρθρο 104 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, η προσβαλλόμενη δεν θα πρέπει να ακυρωθεί, αφού όταν η διοικητική πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία (ακόμα και εν μέρει), το κύρος της δεν θίγεται (ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988, ΔΠρΘεσ 71/2000), σε κάθε δε περίπτωση, ακόμα και η ενδεχόμενη πλημμελής αιτιολογία της προσβαλλόμενης δεν έχει επίπτωση στο κύρος αυτής, εάν ορθώς εν τέλει επιβλήθηκε η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας, όταν προκύπτει ότι και με την εν μέρει μη ορθή αιτιολογία η προσβαλλόμενη είναι ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ. Μ. Πικραμένος, Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος, εκδ. Σάκουλα, 2012, σελ. 344 επόμε.).

22. Επειδή, με το δεύτερο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 20 παρ. 2 του Συντάγματος και του άρθρου 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η προσφεύγουσα εταιρία δεν είχε κληθεί να εκθέσει τις απόψεις της ενώπιον της αναθέτουσας αρχής πριν από τη λήψη του δυσμενούς σε βάρος της μέτρου της κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της. Το λόγο τούτο αντικρούει η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, ισχυριζόμενη ότι την 04.05.2018 η προσφεύγουσα απέστειλε επιστολή μέσω ΕΣΗΔΗΣ με αίτημα για αναβολή της συζήτησης του θέματος λόγω επαγγελματικού ταξιδιού του νόμιμου εκπροσώπου της, το οποίο η Οικονομική Επιτροπή αποδέχθηκε ορίζοντας νέα ημερομηνία κατά την επομένη συνεδρίαση στις 21.05.2018, οπότε και προσήλθε ο νόμιμος εκπρόσωπος της προσφεύγουσας ενώπιον της Επιτροπής όπου και εξέθεσε τους λόγους απόσυρσης της προσφοράς του. Μάλιστα, η

Αριθμός απόφασης: 675/2018

Οικονομική Επιτροπή θέλοντας να διευκολύνει την προσφεύγουσα έδωσε περαιτέρω αναβολή του θέματος για διερεύνηση μέχρι τη συνεδρίαση της 18.06.2018, έως την οποία η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε κανένα νεότερο στοιχείο σχετικά με την απόσυρση της προσφοράς της, με αποτέλεσμα για τους λόγους αυτούς να προκύπτει ότι τηρήθηκε το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης της προσφεύγουσας.

23. Επειδή, κατ' άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος: «*Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου ισχύει και για κάθε διοικητική ενέργεια ή μέτρο που λαμβάνεται σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων του*». Επίσης, κατ' άρθρο 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999 Φ.Ε.Κ. Α` 45): «*1. Οι διοικητικές αρχές, πριν από κάθε ενέργεια ή μέτρο σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων συγκεκριμένου προσώπου, οφείλουν να καλούν τον ενδιαφερόμενο να εκφράσει τις απόψεις του, εγγράφως ή προφορικώς, ως προς τα σχετικά ζητήματα. 2. 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 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 δημόσιου συμφέροντος, είναι, κατ' εξαίρεση, δυνατή η, χωρίς προηγούμενη κλήση του ενδιαφερομένου, ρύθμιση. Αν η κατάσταση που ρυθμίστηκε είναι δυνατόν να μεταβληθεί, η διοικητική αρχή, μέσα σε χρονικό διάστημα δεκαπέντε (15) ημερών, καλεί τον ενδιαφερόμενο να εκφράσει τις απόψεις του σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους, οπότε και προβαίνει σε τυχόν νέα ρύθμιση. Αν η πιο πάνω προθεσμία παρέλθει άπρακτη, το μέτρο παύει αυτοδικαίως, και χωρίς άλλη ενέργεια, να ισχύει..4. Οι διατάξεις των παρ.1*

Αριθμός απόφασης: 675/2018

και 2 εφαρμόζονται και όταν οι σχετικές με τη δυσμενή διοικητική πράξη διατάξεις προβλέπουν δυνατότητα άσκησης διοικητικής προσφυγής».

24. Επειδή, όπως επιτάσσει πάγια νομολογία, στο δίκαιο των συμβάσεων η υποχρέωση της Διοίκησης να καλέσει τον αντισυμβαλλόμενο της να εκφράσει τις απόψεις του πριν από τη λήψη σε βάρος του δυσμενούς μέτρου αίρεται, όταν οι κείμενες διατάξεις, όπως στην προκειμένη περίπτωση οι διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, προβλέπουν τη δυνατότητα άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής, - την οποία και πράγματι άσκησε η προσφεύγουσα δια της παρούσας, λόγω της ανάγκης ταχείας περάτωσης των διαφορών από διοικητικές συμβάσεις (ΣΤΕ 1392/2016, 1822/2010). Περαιτέρω όπως, επίσης, έχει κριθεί (βλ. ενδεικτικώς ΣΤΕ 1169/2017, 3675/2015 7μ, 2560/2015, 2972, 1413, 682, 651, 437/2014, 4864/2013, 1299/2013, 4447/2012 Ολ.), για το λυσιτελές της προβολής λόγου περί τηρήσεως ή μη τηρήσεως προσηκόντως του δικαιώματος ακροάσεως πριν από την έκδοση της δυσμενούς πράξεως, απαιτείται και παράλληλη αναφορά των ισχυρισμών που θα προέβαλε ο ενδιαφερόμενος ενώπιον της Διοικήσεως, εάν είχε κληθεί ή είχε κληθεί προσηκόντως. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι πριν από την επιβολή της κύρωσης περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της θα έπρεπε να κριθεί είτε ότι δεν υπήρχαν οψιγενείς μεταβολές στο πρόσωπό της, είτε ότι αυτές δεν αναγγέλθηκαν εγκαίρως, περιπτώσεις για τις οποίες έπρεπε να κληθεί σε προηγούμενη ακρόαση. Όπως δε αποδεικνύεται από τα στοιχεία του φακέλου τους ισχυρισμούς της περί οψιγενών μεταβολών στο πρόσωπό της, η προσφεύγουσα τους έχει ήδη προβάλλει με σχετικές επιστολές της προς την αναθέτουσα αρχή, χωρίς να αναφέρεται με τον προβαλλόμενο λόγο σε περαιτέρω στοιχεία προς απόδειξη τούτων, ενώ, σε κάθε περίπτωση, όπως αναλυτικά εκτίθεται με τις σκέψεις 17-19 της παρούσας, ο ισχυρισμός της περί εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 104 παρ. 2-3 του Ν. 4412/2016, απορρίπτεται ως αβάσιμος, ούτε άλλωστε υφίσταται άλλο νόμιμο έρεισμα για την επιστροφή της εγγύησης συμμετοχής της, με συνέπεια για τους λόγους αυτούς να είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και ο δεύτερος λόγος προσφυγής της.

Αριθμός απόφασης: 675/2018

25. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η επιβολή της κύρωσης της κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της είναι παράνομη διότι αφορά σε τμήμα του διαγωνισμού για το οποίο υφίσταται παρανομία της διακήρυξης καθότι δεν περιλαμβάνεται μελέτη ως προς τις ποσότητες του γάλακτος οι οποίες είναι αναγκαίες και από την οποία να προκύπτουν οι δικαιούχοι σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην ΚΥΑ 53361/2-10-2006 (ΦΕΚ Β΄ 1503), όπως τροποποιήθηκε με τις ΚΥΑ 36586/10-7-2007 (ΦΕΚ Β΄ 1323) και 31119/19-5-2008 (ΦΕΚ Β΄ 990), με αποτέλεσμα να τίθεται ζήτημα νομιμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας και ως εκ τούτου και της επιβληθείσας κύρωσης.

26. Επειδή, οι προβαλλόμενοι δια του τρίτου λόγου προσφυγής ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πλήττουν το κύρος των όρων που αφορούν στην προμήθεια γάλατος εβαπορέ της Ομάδας 21 της διακήρυξης και για το λόγο αυτό θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ανεπικαίρως - και κατ'ακολουθίαν - απαραδέκτως προβάλλονται. Και τούτο διότι σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και κατ' αναλογία με τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία στο πλαίσιο εφαρμογής του ν. 3886/2010 (ΣΤΕ 219/2011, 884, 333, 140/2010, 11016/2009) που γίνεται δεκτό ότι ομοίως ισχύουν και για τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και δη για την άσκηση της προβλεφθείσας σε αυτές προδικαστικής προσφυγής, δια της οποίας επιδιώκεται η εξασφάλιση της παροχής δικαστικής προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο, ώστε αφενός μεν να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία στη συγκεκριμένη περίπτωση μέτρα, προκειμένου να αποτρέπεται η δημιουργία καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, αφετέρου δε να μην παρακωλύεται, κατά τρόπο που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, η εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού και η σύναψη της σύμβασης, με την αδικαιολόγητη παράταση της εκκρεμότητας σχετικά με τη νομιμότητα της διαδικασίας αυτής. Ειδικότερα, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως

Αριθμός απόφασης: 675/2018

(ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόδιτο έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012). Επιπροσθέτως και επί διακηρύξεων γίνεται δεκτό ότι εφόσον έχουν υποβληθεί οι προσφορές, προκειμένου να είναι παραδεκτή η προσβολή όρων της διακήρυξης θα πρέπει να έχει προηγηθεί η κατάθεση επιφύλαξης (ΕΑ ΣτΕ 957/2003, 386/2005, 1122/2008), προϋπόθεση που εν προκειμένω δεν πληρούται, αφού η προσφεύγουσα έχει αποδεχτεί ανεπιφυλάκτως του όρους της Διακήρυξης, έχει κατ' αρχήν υποβάλλει την προσφορά της και έχει συμμετάσχει νομίμως στο διαγωνισμό, έως την απόσυρση της προσφοράς της. Ως εκ τούτου δεν υφίσταται έννομο συμφέρον της να αμφισβητήσει τη νομιμότητα όρων της Διακήρυξης με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερης βλαπτικής για τα συμφέροντά της πράξης, ως εν προκειμένω, όπου ανεπικαίρως προβάλλονται στο παρόν στάδιο όπου προσβάλλεται η πράξη περί επιβολής της κύρωσης της κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της ισχυρισμοί περί του μη νόμιμου χαρακτήρα όρων της Διακήρυξης.

27. Επειδή, κατ'ακολουθίαν η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 223031968958 0904 0097) ποσού 15.000,00 €, θα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 675/2018

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την ασηκθεΐσα Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 223031968958 0904 0097) ποσού 15.000,00 €.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10 Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε στις 30 Αυγούστου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα