

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 02 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Μανδράκη (Πράξη Προέδρου ΑΕΠΠ 75/2020), Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 1190/28-08-2020 προδικαστική προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «*****», που εδρεύει στην ***** , όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ***** (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αριθμό ***** απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του **** και το εφ' ης ερείδεται από *** 2^ο Πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού, να απαγορευτεί η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στον διαγωνισμό και δη της από 12/7/2020 με αριθμό ***** εγγυητικής επιστολής ΤΜΕΔΕ ποσού ευρώ 28.065,00, και να της αποδοθεί το καταβληθέν παράβολο.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ ***** και αριθμ. πρωτ. ***** διακήρυξη με ημερομηνία δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ τις 29/06/2020 (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ *****) προκηρύχτηκε ανοικτός διαγωνισμός επιλογής αναδόχου για την κατασκευή του έργου: «ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΓΕΦΥΡΑΣ ΣΤΗ ΘΕΣΗ (ΠΛΑΚΑ) ΤΗΣ *****», με CPV ***** , προϋπολογισμού 1.403.225,81 ΕΥΡΩ (χωρίς ΦΠΑ 24%), με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 27 & 86 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 37 του Ν. 4482/2017.

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό *****, εξοφληθέν και δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 7.016,13 ΕΥΡΩ.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, στον υπόψη διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) εταιρείες μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Σε συνέχεια του 1^{ου} από 22/7/2020 πρακτικού, με το οποίο η Επιτροπή Διαγωνισμού, εισηγήθηκε στην Ο.Ε. του Δήμου Σικυωνίων την έγκριση της ανακηρυχθείσας, με μέση έκπτωση 37,83%, μειοδότης προσφοράς της, η Οικονομική Επιτροπή, με την με αριθμό 195/2020 απόφασή της, με θέμα «Έγκριση πρακτικού για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου» αφού ενέκρινε το 1^ο Πρακτικό, κήρυξε προσωρινό ανάδοχο του έργου την προσφεύγουσα, και εξουσιοδότησε την ***** και για την αποστολή πρόσκλησης στην προσφεύγουσα περί υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Ακολούθως, με την με αριθμ. πρωτ. 7092/7.8.2020 επιστολή, εκλήθη να υποβάλλει, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης, τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. Σε συνέχεια της άνω πρόσκλησης, η προσφεύγουσα, την 15/8/2020 και ώρα 13:38 υπέβαλε ηλεκτρονικά τα οικεία δικαιολογητικά. Περαιτέρω την 17/8/2020, προσκομίστηκαν από την προσφεύγουσα 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. Κατά την ηλεκτρονική υποβολή των φακέλων

δικαιολογητικών κατακύρωσης, εκρίθη από την αναθέτουσα αρχή, ότι είχε παραληφθεί η επισύναψη στον ηλεκτρονικό φάκελο, δύο δικαιολογητικών, τα οποία είχαν υποβληθεί εντός της από το άρθρο 4.2. της διακήρυξης προθεσμίας των 10 ημερών σε έντυπη μορφή με τον έντυπο σφραγισμένο φάκελο και συγκεκριμένα του υπ' αρ. ***** πιστοποιητικού περί φορολογικής ενημερότητας της κοινοπραξίας «*****.» και του υπ' αρ. ***** πιστοποιητικού περί ασφαλιστικής ενημερότητας της κοινοπραξίας «***** ». Την 20/8/2020 η προσφεύγουσα ανήρτησε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ τα εν θέματι δικαιολογητικά με την επισήμανση ότι «*Σε συνέχεια της υπ αριθμ. **** πρόσκλησης, της από 15/8/2020 ηλεκτρονικής ανάρτησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης αλλά και της από 17/8/2020 υποβολής των δικαιολογητικών σε έντυπη μορφή στην αναθέτουσα αρχή, υποβάλλουμε και ηλεκτρονικά την φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα της Κοινοπραξίας, οι οποίες εκ παραδρομής δεν είχαν υποβληθεί ηλεκτρονικά στις 15/8/2020, όμως υποβλήθηκαν σε έντυπη μορφή κανονικά στις 17/8/2020*». Με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. **** απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, αποφασίστηκε κατ' αποδοχή και έγκριση της Εισήγησης που περιελήφθη στο από 20.8.2020 2° Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, α) η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, β) η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της ποσού ευρώ 28.065 και γ) η ανακήρυξη ως νέου προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη, πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, και δη της εταιρείας με την επωνυμία «*****» με μέση έκπτωση 37,46%.

5. Επειδή, η από 26/08/2020 υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσφεύγουσα έλαβε το πρώτον γνώση της προσβαλλόμενης, την 21/8/2020 μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Εξάλλου, ασκεί την υπό κρίση προσφυγή, παραδεκτά και με προφανές έννομο συμφέρον, καθώς με την προσβαλλόμενη απόφαση, σε συνέχεια του ελέγχου των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, η

Αριθμός Απόφασης: 1291 /2020

ανακηρυχθείσα μειοδότηρια προσφορά της απορρίφθηκε, και αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της. Απαραδέκτως δε βάλλει κατά του από 20/8/2020 2^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού προεχόντως λόγω του γνωμοδοτικού του χαρακτήρα. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα στις 26.08.2020 και σε όποιον έχει έννομο συμφέρον προς άσκηση παρέμβασης στις 31/08/2020 μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Πλην όμως ουδεμία παρέμβαση κατετέθη.

6. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 8589/2020 το οποίο διαβιβάστηκε τόσο στην Α.Ε.Π.Π. μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 04.09.2020, όσο και προς «όλους τους συμμετέχοντες» μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της προσφυγής στην ΑΕΠΠ.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 2 του ν. 4412/2016 : «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης». Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 79 παρ. 2 του ν. 4412/2016 : «2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί

φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν; β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 και δ) εφόσον η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης υπερβαίνει το ένα εκατομμύριο (1.000.000) ευρώ εκτός ΦΠΑ, ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (Α' 30)». Επιπροσθέτως σύμφωνα με το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 : «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. Όσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους. 2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73: α) για την παράγραφο 1 του εν λόγω άρθρου, την προσκόμιση αποσπάσματος του σχετικού μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμου εγγράφου που εκδίδεται από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του κράτους- μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο εν λόγω οικονομικός φορέας, από τον οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις. Η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και τα πρόσωπα του δεύτερου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 73, β) για τις παραγράφους 2 και 4 περίπτωση β' του άρθρου 73, πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, . Τα έγγραφα του παρόντος υποβάλλονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4250/2014 (Α' 94). Ειδικά τα αποδεικτικά τα οποία αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, μπορεί να γίνονται αποδεκτά και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση

στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους». Τέλος σύμφωνα με το το άρθρο 103 ν. 4412/2016: «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 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. 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. 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 προσκομιστεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομιστεί, 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. 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».

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 22.Α. «Λόγοι αποκλεισμού» της οικείας διακήρυξης ορίζεται, ότι «Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων: 22.Α.2 Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης». Σύμφωνα με το άρθρο 23.2. της διακήρυξης «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)»: Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας. Όλα τα αποδεικτικά έγγραφα του άρθρου 23.3 έως 23.10 της παρούσας, υποβάλλονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4250/2014 (Α' 94). Ειδικά τα αποδεικτικά τα οποία αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, μπορεί να γίνονται αποδεκτά και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 23.3 της διακήρυξης «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α»: Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας: Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: (β) για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22: πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια

Αριθμός Απόφασης: 1291 /2020

αρχή του οικείου κράτους-μέλους ή χώρας, περί του ότι έχουν εκπληρωθεί οι υποχρεώσεις του οικονομικού φορέα, όσον αφορά στην καταβολή φόρων (φορολογική ενημερότητα) και στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (ασφαλιστική ενημερότητα), σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία του κράτους εγκατάστασης ή την ελληνική νομοθεσία αντίστοιχα, που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι: φορολογική ενημερότητα που εκδίδεται από το Υπουργείο Οικονομικών (αρμόδια Δ.Ο.Υ) για τον οικονομικό φορέα και για τις κοινοπραξίες στις οποίες συμμετέχει για τα δημόσια έργα που είναι σε εξέλιξη. Οι αλλοδαποί προσφέροντες δα υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση 101 περί του ότι δεν έχουν υποχρέωση καταβολής φόρων στην Ελλάδα. Σε περίπτωση που έχουν τέτοια υποχρέωση δα υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό της οικείας Δ.Ο.Υ. ασφαλιστική ενημερότητα που εκδίδεται από τον αρμόδιο ασφαλιστικό φορέα. Η ασφαλιστική ενημερότητα καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος οικονομικού φορέα α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία καθώς και γ) για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ - ΤΣΜΕΔΕ. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς υποβάλλουν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας (κύριας και επικουρικής ασφάλισης) για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας (ΤΣΜΕΔΕ για τους ασφαλισμένους - μέλη του ΤΕΕ, ΙΚΑ για το λοιπό προσωπικό Δεν αποτελούν απόδειξη ενημερότητας της προσφέρουσας εταιρίας, αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας των φυσικών προσώπων που στελεχώνουν το πτυχίο της εταιρίας ως εταίροι. Οι αλλοδαποί προσφέροντες (φυσικά και νομικά πρόσωπα), που δεν υποβάλουν τα άνω αποδεικτικά, υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν απασχολούν προσωπικό, για το οποίο υπάρχει υποχρέωση ασφάλισης σε ημεδαπούς ασφαλιστικούς οργανισμούς. Αν απασχολούν τέτοιο προσωπικό, πρέπει να υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας. υπεύθυνη

δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης». Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 15 της διακήρυξης « Εγγύηση συμμετοχής» 15.1 Για την συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείται η κατάθεση από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, κατά τους όρους της παρ. 1α) του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των 28.000,00 €. 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. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 της διακήρυξης «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 δέκα (10) ημερών 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. 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) 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».

9. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει, ότι «Η απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας και η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής αυτής με την με αριθμό **** (απόσπασμα πρακτικού 22/21.08.2020) απόφαση, έλαβε χώρα μετά από έγκριση των παραδοχών που περιελήφθησαν στο από 20.8.2020 2° Πρακτικό της Ε.Δ. σύμφωνα με το οποίο, : «...η Επιτροπή διαπίστωσε ότι: 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 του έργου καθώς: Το υπ' αρ. ***** πιστοποιητικό περί φορολογικής ενημερότητας της κοινοπραξίας [παρ. β άρθρο 23.3 Διακήρυξης] έχει κατατεθεί έντυπα και όχι ηλεκτρονικά. Κατά συνέπεια δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό, καθώς δεν έχει τηρηθεί η προβλεπόμενη διαδικασία (αρ. 4.2 παρ β, της διακήρυξης. Το υπ' αρ. ***** πιστοποιητικό περί ασφαλιστικής ενημερότητας της κοινοπραξίας [παρ. β άρθρο 23.3 Διακήρυξης]

έχει κατατεθεί έντυπα και όχι ηλεκτρονικά. Κατά συνέπεια δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό, καθώς δεν έχει τηρηθεί η προβλεπόμενη διαδικασία (αρ. 4.2 παρ β, της διακήρυξης). Σημειωτέον ότι, σύμφωνα με τα ειδικότερα αναφερόμενα στο ίδιο πρακτικό, : «Ο προσωρινός ανάδοχος «*****», υπέβαλε ηλεκτρονικά, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην Αναθέτουσα Αρχή τα ζητούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης στον εν λόγω διαγωνισμό, εντός της προβλεπόμενης στα έγγραφα της σύμβασης ημερομηνίας. Έχοντας παραλάβει από το πρωτόκολλο του Δήμου τον φάκελο του προσωρινού αναδόχου, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, διαπιστώσαμε ότι ο φάκελος υποβλήθηκε στο πρωτόκολλο του Δήμου εγκαίρως (εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική του υποβολή). Σε συνέχεια των ανωτέρω, ο φάκελος με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου που υποβλήθηκε στο Δήμο έγινε δεκτός και προχωρήσαμε στον έλεγχο των δικαιολογητικών αυτών, καθώς και αυτών που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά μέσω του υποσυστήματος «Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.» όπως αποτυπώνεται στον Πίνακα που ακολουθεί: (ακολουθεί ο πίνακας Δικαιολογητικών στο τέλος του οποίου παρατίθεται η σημείωση «μη ηλεκτρονική κατάθεση εγγράφου», σημείωση που επεξηγεί την θέση αστερίσκου δίπλα στα άνω αναφερόμενα κρίσιμα πιστοποιητικά με αριθμό ***** (ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ) για την απόδειξη φορολογικής ενημερότητας και με αριθμό ***** (ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ) για την απόδειξη ασφαλιστικής ενημερότητας τα οποία υποβλήθηκαν σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4250/2014 εμπρόθεσμα, έντυπα, αλλά όχι ηλεκτρονικά). Ακολούθως κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στο Πρακτικό, κριθέντα αποδεκτά και συνιστώντα την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης : «Επιπλέον των ανωτέρω και σύμφωνα με το άρθρο 4.2. της Διακήρυξης, ο προσωρινός ανάδοχος είχε τη δυνατότητα να υποβάλλει, εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α), του άρθρου 4.2 της Διακήρυξης, αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών, προκειμένου να συμπληρώσει/προσκομίσει τα δικαιολογητικά. Μετά και τον έλεγχο των ανωτέρω δικαιολογητικών κατακύρωσης και δεδομένου ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν

υπέβαλλε αίτημα για παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι: 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 του έργου, καθώς: δεν έχει τηρηθεί η προβλεπόμενη διαδικασία (αρ. 4.2. παρ. β της διακήρυξης)». Με την άνω αιτιολογία η προσβαλλόμενη απόφαση είναι προφανώς αβάσιμη, παράνομη, αντιφατική και καταχρηστική θα πρέπει δε να ακυρωθεί για τους κάτωθι λόγους: Νόμω και ουσία αβάσιμο της απόρριψης της προσφοράς μας κατ επίκληση αιτιολογίας αποκλεισμού του άρθρου 103 παρ. 5 (διακήρυξη αρθ. 4.2.δ. iii) περί μη απόδειξης των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό. Το οικείο κανονιστικό πλαίσιο, όπως αναλυτικά εκτέθηκε ανωτέρω, προβλέπει συγκεκριμένους περιοριστικά προσδιορισμένους λόγους απόρριψης προσφορών κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, η συνδρομή των οποίων πρέπει να τεκμηριώνεται και να αιτιολογείται, όλως ειδικά μάλιστα, με δεδομένη την όλως επαχθή για τον προσωρινό ανάδοχο, κύρωση της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής του σε περίπτωση ύπαρξης λόγων απόρριψης, κύρωση η οποία μάλιστα επέρχεται κατά δέσμια αρμοδιότητα αλλά για την επέλευση της οποίας ως κατωτέρω ειδικότερα θα αναλυθεί, πρέπει να έχει υποχρεωτικά προηγηθεί γνωμοδότηση Τεχνικού Συμβουλίου. Ειδικότερα, τόσο ο νόμος όσο και η διακήρυξη ορίζουν ότι ο προσωρινός ανάδοχος αποκλείεται της διαδικασίας και η εγγυητική του καταπίπτει: α. εάν τα στοιχεία που δήλωσε προαποδεικτικά ο οικονομικός φορέας είναι ψευδή ή ανακριβή (περ. 4.2.δ (i) διακήρυξης) β. εάν τα στοιχεία δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο διάστημα τα πρωτότυπα ή τα αντίγραφα των απαιτούμενων δικαιολογητικών (περ. 4.2.δ (ii) διακήρυξης) ή γ. 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 (περ. 4.2.δ (iii) διακήρυξης). Εν προκειμένω σύμφωνα με την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης («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 *****

10. Διακήρυξης του έργου»), η προσφορά της εταιρείας μας απορρίπτεται λόγω υποτιθέμενης συνδρομής της τελευταίας από τις άνω περιπτώσεις και δη της περίπτωσης κατά την οποία από τα νομίμως και εμπροθέσμως προσκομισθέντα δικαιολογητικά, δεν αποδεικνύονται στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής της στον διαγωνισμό ήτοι δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού ή η συνδρομή της απαιτούμενης επαγγελματικής ή τεχνικής ή οικονομικής ικανότητας. Η κατά τα άνω κρίση είναι προφανώς αβάσιμη ουσιαστικά και νομικά. Τα κρίσιμα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 23.3. παρ. β της διακήρυξης που αποδείκνυαν την φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα Κοινοπραξίας στην οποία συμμετείχε η εταιρεία μας, κατά τον χρόνο πρόκλησης υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, με ημερομηνία έκδοσης 30/6/2020 και 13/07/2020 αντίστοιχα, υποβλήθηκαν σε έντυπη μορφή ως πρωτότυπα έγγραφα σύμφωνα με τους όρους του ν. 4250/2014, περιελήφθησαν στον κατάλογο εμπροθέσμων υποβληθέντων δικαιολογητικών που συνέταξε η Επιτροπή και επ' ουδενί αμφισβητήθηκαν ως προς την γνησιότητα, ή την εγκυρότητα τους. Είναι επομένως σαφές, πέραν οποιασδήποτε αμφιβολίας, ότι οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής μας στον διαγωνισμό σύμφωνα με τα άρθρα 21 (δικαιούμενοι συμμετοχής στον διαγωνισμό), 22 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) και 23 (αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής) της διακήρυξης έχουν πλήρως τηρηθεί, ειδικά δε καθ μέρος αφορά το ποιοτικό κριτήριο επιλογής σχετικά με την ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα μας, έχουν εν προκειμένω αποδειχθεί, με την προσκόμιση εντός 10 ημέρου από την πρόσκληση, νομίμως και εμπροθέσμως εκδοθέντων δικαιολογητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, σε συμφωνία με τις σχετικές απαιτήσεις της διακήρυξης και των δηλώσεών μας στο ΤΕΥΔ. Κατά συνέπεια η κατ επίκληση της περ. 4.2. δ. (iii) περίπτωσης απόρριψη της προσφοράς είναι νόμω και ουσία αβάσιμη μη νόμιμη και ακυρωτέα. Νόμω και ουσία αβάσιμο της

απόρριψης της προσφοράς μας, καθ υπαγωγή στην αιτιολογία αποκλεισμού του άρθρου 103 παρ. 3 (διακήρυξη αρθ. 4.2.δ. ii) περί μη υποβολή ή μη εμπρόθεσμη υποβολή δικαιολογητικών. Υπό την εκδοχή ακόμα ότι, το Κλιμάκιο σας, κατά τον έλεγχο της συμμόρφωσης της εταιρείας μας στις προβλέψεις του νόμου και της διακήρυξης, ως προς την υποβολή των προβλεπομένων δικαιολογητικών κατακύρωσης, εκτελούσε την οικεία νομική υπαγωγή, αυτεπάγγελτα, αξιολογώντας, ότι η κρίσιμη περίπτωση εμπίπτει κατ αρχήν στην περίπτωση αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 103 ν. 4412/2016 σύμφωνα με την οποία αποκλείεται από την διαγωνιστική διαδικασία η προσφορά του προσωρινού αν αυτός δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των απαιτούμενων δικαιολογητικών και πάλι δεν συντρέχει εν προκειμένω λόγος αποκλεισμού καθόσον: Σύμφωνα με την εφαρμοζόμενη διάταξη του άρθρου 103 παρ. 1 ν. 4412/2016 «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 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης». Η πρόβλεψη αυτή έχει εν προκειμένω απολύτως τηρηθεί. Αποδεικνύεται πλήρως και δεν αμφισβητείται από την αναθέτουσα αρχή ότι την 17/8/2020, κατόπιν της απευθυνθείσας σε εμάς την 7/8/2020 πρόσκλησης, υποβλήθηκε από την εταιρεία μας εμπρόθεσμα, σε σφραγισμένο φάκελο, το σύνολο των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Περαιτέρω, πράγματι, με βάση την διακήρυξη, άρθρο 4.2.(β) τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται προηγουμένως από τον οικονομικό φορέα και ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της "Επικοινωνίας" στην

αναθέτουσα αρχή, ενώ εάν δεν υποβληθούν ή εάν υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας των δέκα ημερών αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, δικαιολογείται παράταση της προθεσμίας, εφόσον από έγγραφα αποδεικνύεται η υποβολή αιτήματος για την χορήγηση των δικαιολογητικών. Με την προσβαλλόμενη απόφαση διατυπώνεται ο ισχυρισμός ότι η εταιρεία μας είχε τη δυνατότητα να υποβάλλει, (προκειμένου για την ηλεκτρονική υποβολή) εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α), του άρθρου 4.2 της Διακήρυξης, αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών, προκειμένου να συμπληρώσει/ προσκομίσει τα δικαιολογητικά αλλά δεν υπέβαλλε αίτημα για παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών, ώστε κατ' αποτέλεσμα να μην αποδεικνύονται οι όροι 21,22 και 23 της διακήρυξης του έργου. Η κρίση αυτή είναι ακυρωτέα. Κατ αρχάς αίτημα παράτασης δεν υπήρχε ούτε ανάγκη, αλλά ούτε και ευχέρεια να υποβληθεί. Τα κρίσιμα δικαιολογητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας ευρίσκονταν εις χείρας μας κατά τον χρόνο ηλεκτρονικής υποβολής του φακέλου ώστε να μην συντρέχει λόγος για την υποβολή αιτήματος παράτασης για την απόκτησή τους. Εν προκειμένω όμως δεν υπήρχε ούτε και ευχέρεια για την υποβολή αιτήματος αφού ως έκτων περιστάσεων αποδεικνύεται, η μη υποβολή τους εν προκειμένω, οφείλεται σε προφανή παραδρομή, καθώς δεν έγινε αντιληπτό κατά την υποβολή του ηλεκτρονικού φακέλου, ότι τα ήδη υφιστάμενα εις χείρας μας, όπως αποδεικνύεται και από τον χρόνο έκδοσής τους δικαιολογητικά δεν συμπεριελήφθησαν σε αυτόν. Πλην όμως η άνω παράλειψη τυγχάνει και άνευ εννόμων συνεπειών στην κρίσιμη περίπτωση: Εφόσον η υποχρέωση απόδειξης της πλήρωσης των όρων συμμετοχής δεν εξαντλείται με την ηλεκτρονική υποβολή αλλά προσέτι απαιτείται για την «τελείωση» της υποχρέωσης απόδειξης η φυσική υποβολή του εντύπου δικαιολογητικού, και εφόσον έχει πληρωθεί εμπροθέσμως, η υποχρέωση για το μείζον (φυσική υποβολή εντύπου) δεν νοείται αποκλεισμός εξαιτίας της μη πρότερης υποβολής του ιδίου αυτού εντύπου ηλεκτρονικά, στο μέτρο μάλιστα που η φυσική υποβολή έλαβε χώρα

εντός της προθεσμίας των δέκα ημερών που ορίζονται με την πρόσκληση. Περαιτέρω και σε κάθε περίπτωση λεκτεά και τα εξής : Το άρθρο 103 ν. 4412/2016 κατά την αρχική μορφή της κρίσιμης διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016, όριζε πως εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώσει «ότι δεν προσκομισθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης» ή «πως υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν», τότε οφείλει αυτή να παράσχει στον προσωρινό ανάδοχο, δια σχετικής έγγραφης ειδοποίησής του, αρχικά 5ήμερη προθεσμία (δυνάμενη να παραταθεί μάλιστα κατ' ανώτατο όριο για 15 επιπλέον ημέρες εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς) «προκειμένου να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει». Κατά το χρονικό διάστημα εκείνο, η επίμαχη διάταξη συνιστούσε, σύμφωνα με τις νομικές σταθμίσεις που κράτησαν στη σκέψη του νομοθέτη του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων, «κάμψη της αρχής της τυπικότητας κατά το στάδιο αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωση κατά νομοθετική θέληση, και στροφή στην αρχή της επιείκειας υπέρ του προσφέροντος εκείνου η (Τεχνική και η Οικονομική) Προσφορά του οποίου είχε -ήδη, να τονιστεί- κριθεί ως «η πλέον συμφέρουσα» κατά το επιλεγέν κριτήριο ανάθεσης του άρθρου 86 Ν. 4412/2016». Η επίμαχη διάταξη της παρ. 2, τροποποιήθηκε εν συνεχεία με το άρθρο 43 παρ. 12β Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α 52) (το οποίο καταλαμβάνει την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία) ως έχει κριθεί δε, προκύπτει ρητά πλέον, υπό το φως και πάλι σταθμίσεων επιείκειας που υιοθετεί ο διοικητικός νομοθέτης των δημοσίων συμβάσεων επιλέγοντας κατά το διαγωνιστικό στάδιο αυτό την κάμψη της αρχής της τυπικότητας, ότι εφεξής εφόσον, αφενός υποβληθεί προς την Επιτροπή Διαγωνισμού «εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1», ήτοι εντός της 10ήμερης προθεσμίας περί υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αίτημα από τον προσωρινό ανάδοχο περί παράτασης της προθεσμίας αυτής, αφετέρου συνοδεύεται «με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί αυτός τη χορήγηση των δικαιολογητικών» τότε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να χορηγήσει την παράταση συνολικά για την υποβολή ολόκληρου του αντίστοιχου (υπο)φακέλου, μάλιστα δε κατά θέληση του νομοθέτη «για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των

δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές». Και ναι μεν στην επόμενη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 103, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 παρ. 21 Ν. 4497/2017 (ΦΕΚ Α 171), προβλέπεται ότι εφόσον «ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών» τότε «απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου» και «καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72» (άρθρο 15 της Διακήρυξης) και «η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά», πλην όμως είναι σαφές ότι η εφαρμογή των νέων διατάξεων του άρθρου 103, και συγκεκριμένα της επίμαχης παρ. 2, ναι μεν έχει υπόψη της τη διαγωνιστική υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου να προσκομίσει κατά το κατακυρωτικό στάδιο τα αναγκαία δικαιολογητικά με ενδεχόμενη υποβολή αντίστοιχου αιτήματος κατά τα ως άνω, δεν απαγορεύει όμως την προηγούμενη ειδοποίηση του προσωρινού αναδόχου από τη διεξάγουσα την επίμαχη διαδικασία ανάθεσης Επιτροπή πως «έχει διαπιστώσει τη μη προσκόμιση συγκεκριμένου εκ των απαιτούμενων από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης» (ή «κάποια έλλειψη σε ήδη υποβληθέν αντίστοιχο δικαιολογητικά»), έτσι ώστε να ακολουθήσει -όπως κυριαρχικά αποφάσισε ο ως άνω νομοθέτης- η ενεργοποίηση «του δικαιώματος του προσωρινού αναδόχου να υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παρ. 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο (αίτημα) συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών», δικαίωμα που εφόσον αποφασίσει πως θα ασκήσει αυτός τότε η αναθέτουσα αρχή οφείλει «να παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών» μάλιστα «για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγησή τους από τις αρμόδιες αρχές». Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, η ειδοποίηση αυτή δεν αποκλείεται να ακολουθεί την ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής, το πρώτον δια προδικαστικής προσφυγής που ασκεί ενώπιον της ΑΕΠΠ ο 2ος μειοδότης, έτσι ώστε να γνωστοποιείται σε αυτή «η μη προσκόμιση συγκεκριμένου δικαιολογητικού κατακύρωσης», παρά το ότι έχει

ήδη επικυρώσει προγενέστερα πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού το οποίο έχει αντίστοιχα κρίνει «ως πλήρη και επαρκή τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υποβάλλει ο προσωρινός ανάδοχος». Κατόπιν αυτών, όλως επικουρικά, και στην απίθανη περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι εν προκειμένω συνέτρεξε κατ' αρχήν παραβίαση του άρθρου 103 παρ. 4 της διακήρυξης του διαγωνισμού, εξαιτίας της μη προσκόμισης, εμπροθέσμως και δη εντός της δεκαήμερου προθεσμίας αναγκαίου δικαιολογητικού του προσωρινού αναδόχου, όφειλε και μπορούσε ευθύς ως ενημερώθηκε η αναθέτουσα αρχή για την άνω παράλειψη να προβεί σε προηγούμενη πρόσκληση - ειδοποίησή μας για την άσκηση δικαιώματος μας στην υποβολή αιτήματος παράτασης, πρόσκληση που σύμφωνα με την νομολογία, θα μπορούσε να απευθυνθεί στον Προσωρινό Ανάδοχο σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο έγινε αντιληπτή η έλλειψη, πολλώ δε περισσότερο, στην υπό κρίση περίπτωση, κατά την οποία η εταιρεία μας, ευθύς μόλις αντιλήφθηκε την όλως επουσιώδη παράλειψη υποβολής και ηλεκτρονικά, των εμπροθέσμως υποβληθέντων σε σφραγισμένο φάκελο πρωτοτύπων εγγράφων δικαιολογητικών, υπέβαλε αυτά άμεσα και προ πάσης εκδόσεως αποφάσεως από την Αναθέτουσα Αρχή, η οποία όφειλε να τα λάβει υπόψη της. Θα πρέπει επομένως και για τους παραπάνω λόγους να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση. Μη νόμιμη απόφαση περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας, άνευ προηγούμενης κατά νόμο απαιτούμενης γνωμοδότησης Τεχνικού Συμβουλίου. Με την προσβαλλόμενη απόφαση, γενομένης δεκτής εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού αποφασίστηκε η κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας στον διαγωνισμό και δη της από 12/7/2020 με αριθμό ***** εγγυητικής επιστολής ΤΜΕΔΕ ποσού ευρώ 28.065,00. Και κατά το σκέλος της αυτό η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα καθόσον: Σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 72 («εγγυήσεις») του νόμου 4412/2016 : «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». Εξάλλου την πρόβλεψη αυτή ενσωμάτωσε η διακήρυξη στο άρθρο 15.4. αυτής, σύμφωνα με το οποία η λήψη απόφασης περί κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής προϋποθέτει γνώμη Τεχνικού Συμβουλίου. Το άρθρο 20 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας προβλέπει τρεις μορφές γνωμοδότησης: (1) την απλή γνωμοδότηση, τη σύμφωνη γνωμοδότηση και (2) την πρόταση. Συγκεκριμένα, ορίζεται ότι «1. Όπου νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της 2. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης. Η μη αποδοχή της δετικής σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης, καθώς και η απόκλιση από την απλή γνώμη, πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς...». Γίνεται δεκτό ότι γνωμοδοτική διαδικασία είναι η διοικητική διαδικασία που έγκειται στην έκφραση μιας γνώμης (μονομελούς ή, κατά κανόνα, συλλογικού) οργάνου που απευθύνεται σε όργανο με αποφασιστική αρμοδιότητα και γνωμοδότηση είναι η πράξη με την οποία διατυπώνεται αυτή η γνώμη. Υποχρεωτική για το αποφασίζον όργανο, είναι η γνωμοδοτική διαδικασία, όταν η διάταξη που την προβλέπει, θεωρεί απαραίτητη την προσφυγή σε αυτήν, πριν από την έκδοση της εκτελεστής πράξης. Στην περίπτωση της υποχρεωτικής γνωμοδοτικής διαδικασίας, η διατύπωση της γνώμης μπορεί να ποικίλει, γίνεται όμως σαφής και φανερή η επιτακτική ανάγκη υποχρεωτικής λήψης της γνώμης, πριν από τη λήψη της απόφασης. Σε περίπτωση που δεν ζητηθεί από το αποφασίζον όργανο η διατύπωση της

γνώμης, η εκτελεστή πράξη πάσχει ακυρότητας, διότι η γνωμοδοτική διαδικασία θεωρείται εδώ ουσιώδης τύπος της διαδικασίας. Κατά συνέπεια και με δεδομένο ότι κατά το άρθρο 72 παρ.1α ν. 4412/2016 ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, όπως εν προκειμένω, η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει υπέρ του κυρίου του έργου, μόνο μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου (ΑΕΠΠ 981/2019), σε δε την υπό κρίση περίπτωση είναι σαφές ότι, ουδέποτε ζητήθηκε και συναφώς δεν προηγήθηκε η κατά τον νόμο προαπαιτούμενη λήψη γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου αναφορικά με την διάταξη περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας στον διαγωνισμό, η προσβαλλόμενη απόφαση, καθίσταται και για τον λόγο αυτό ακυρωτέα».

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις ως άνω απόψεις της προβάλλει ότι «Με το υπ' αριθμ. ***** ζητήθηκε από τον προσωρινό ανάδοχο όπως εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών υποβάλλει τα απαραίτητα δικαιολογητικά σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος. Ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλλε μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος, στις 15-08-2020 και ώρα 13:38 τα δικαιολογητικά, τα οποία ήταν ελλιπή. Ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλλε με το υπ' αριθμ. πρωτ. ***** , σε έντυπη μορφή τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του έργου του θέματος. Η Επιτροπή Διαγωνισμού συνεδρίασε στις 20-08-2020 και ώρα 09:00 και συνέταξε το πρακτικό «Ελέγχου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης». Με βάση τα ανωτέρω η Ε.Δ. λαμβάνοντας υπόψη τη διακήρυξη του εν λόγω έργου και ειδικά το άρθρο 4.2 της διακήρυξης, κατέληξε στο υποβαλλόμενο προς την Οικονομική Επιτροπή πρακτικό «Ελέγχου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης». Ο προσωρινός ανάδοχος απερρίφθη καθ' ότι δεν υπέβαλε εμπρόθεσμα ηλεκτρονικά τα παρακάτω έγγραφα: 1) πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας της κοινοπραξίας με την επωνυμία «*****» και 2) πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας της ίδιας ως άνω κοινοπραξίας».

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 4.2. της διακήρυξης του επίδικου διαγωνισμού, οι οποίες εναρμονίζονται με τις αντίστοιχες, ισχύουσες πλέον, ρυθμίσεις του άρθρου 103 παρ. 2 του ν.4412/2016, όπως η τελευταία

παράγραφος τροποποιήθηκε με την παρ. 12 του άρθρου 43 του ν.4605/2019, μετά την πρόσκληση προς τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης εντός της οριζόμενης προθεσμίας (βλ. αντίστοιχα παρ. 1 του άρθρου 103), εφόσον κατά τον έλεγχο αυτών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί τα πιστοποιητικά περί μη έκδοσης απόφασης συνδιαλλαγής – εξυγίανσης και περί μη θέσεως σε εκκαθάριση με δικαστική απόφαση τελευταίου τριμήνου από την υποβολή τους (βλ. συνδυαστικά άρθρα 4.2. και 22, 23 της διακήρυξης), δεν οφείλει η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει από τον προσωρινό μειοδότη τη συμπλήρωση αυτών. Μόνο κατ' εξαίρεση, στην περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος έχει επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια και έχει αιτηθεί εγκαίρως την έκδοση των μνημονευόμενων δικαιολογητικών, υποβάλλοντας παράλληλα προς την αναθέτουσα αρχή εντός της οριζόμενης προθεσμίας σχετικώς αίτημα παράτασης προθεσμίας υποβολής τους, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να του χορηγήσει την αιτούμενη παράταση για όσο χρόνο απαιτηθεί για την χορήγησή τους από τις αρμόδιες αρχές. Η εν λόγω δε ρύθμιση της διακήρυξης, καθώς και η αντίστοιχη του ν.4605/2019, εναρμονίζονται με την υποχρέωση διαφάνειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, καθόσον διαμέσου της διακήρυξης οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό έχουν λάβει έγκαιρα γνώση ότι σε περίπτωση μη προσκόμισης των ανωτέρω απαιτούμενων δικαιολογητικών κατά την κατακύρωση ο Δήμος δεν έχει την υποχρέωση να τους καλέσει να τα συμπληρώσουν, η εν λόγω δε έλλειψη συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς τους, κατά τα άρθρα 4.2. και 22 και 23 της διακήρυξης (βλ. σχετικά και Αιτιολογική Έκθεση του ν.4605/2019).

13. Επειδή, ως παγίως έχει κριθεί, όταν η διακήρυξη ρητά προβλέπει την απόρριψη της προσφοράς σε περίπτωση που τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν αποδεικνύουν τους όρους και τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, δεν είναι δε δυνατό, κατά παράκαμψη της αρχής της τυπικότητας, η προσφορά της συμμετέχουσας, η οποία, ήταν απορριπτέα κατά τη διακήρυξη, να γίνει δεκτή κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας και κατόπιν εκτίμησης στοιχείων που δεν

υποβλήθηκαν σύμφωνα με τις διατάξεις της διακήρυξης (πρβλ. ΕΠΑνΣΤΕ 240/2019, ΔΕφΘεσς. 74/2020).

14. Επειδή, κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων- με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστηματική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τελολογική- του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140).

15. Επειδή, επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑΘ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

16. Επειδή, από την συνολική επισκόπηση του φακέλου ως προς την βασιμότητα του πρώτου λόγου προσφυγής προκύπτουν τα κάτωθι. Η εν θέματι προσφυγή ως προς τον συγκεκριμένο λόγο τυγχάνει νόμω και ουσία αβάσιμη και άρα απορριπτέα για τους κάτωθι λόγους. Σύμφωνα με την αρχή

της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα όφειλε να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας, εφόσον τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπεβλήθησαν με τον μη οριζόμενο τρόπο στο άρθρο 4.2. της διακήρυξης ήτοι ηλεκτρονικά. Η δε εκ των υστέρων ηλεκτρονική υποβολή τους κατά τα ειδικώς ως άνω κριθέντα, ουδόλως δύναται να θεραπεύσει την μη ιάσιμη πλημμέλεια της προσφοράς της προσφεύγουσας. Συνεπώς ο πρώτος λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

17. Επειδή, ως προς το δεύτερο λόγο προσφυγής, που αφορά την παράβαση ουσιώδους τύπου της διοικητικής διαδικασίας ως προς την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής, δέον ειπείν τα κάτωθι.

18. Επειδή, όταν οι διατάξεις προβλέπουν ότι για την έκδοση μιας πράξης χρειάζεται γνωμοδότηση, το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα οφείλει πριν την έκδοση της διοικητικής πράξης να ζητήσει και να λάβει υπόψη του την γνωμοδότηση. Η γνωμοδότηση ή γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του αποφασίζοντος οργάνου και διακρίνεται σε απλή και σύμφωνη. Απλή είναι η γνώμη όταν το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν δεσμεύεται αλλά μπορεί να αποφασίσει διαφορετικά και σύμφωνη όταν δεσμεύει το όργανο που αποφασίζει (Επαμεινώνδας Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τόμος 1, σελ.145,146, ΣτΕ 2450, 1303/2012, 3975/2011, 2397/2010). Η πράξη του οργάνου που έχει αποφασιστική αρμοδιότητα, εφόσον έχει περιεχόμενο διαφορετικό από την απλή γνώμη πρέπει να είναι ειδικά και επαρκώς αιτιολογημένη, δηλαδή θα πρέπει να γίνεται επίκληση συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών που να δικαιολογούν την απόκλιση (Βασίλειος Γκέρτσος, Ευγενία Πρεβεδούρου, Δημήτριος Πυργάκης, Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας, Ερμηνεία κατ'άρθρο, σελ.665 ως 667, ΣτΕ 465/2018, 698/2017, 3689/2013, 1303/2012, 2792/2009, 1929/2008). Η απλή γνωμοδότηση, η οποία αναφέρεται και ως γνήσια ή αμιγής γνωμοδότηση, δεν έχει εκτελεστό χαρακτήρα (ΣτΕ 618/2018, 664/2017, 566/2016, 347/2013, 5391/2012), αφού είναι προπαρασκευαστική πράξη (ΣτΕ 619/1989) και δεν επάγεται έννομες συνέπειες για τους διοικουμένους. Όταν ο

νόμος δεν ορίζει διαφορετικά, και αναφέρει μόνο τον όρο γνώμη ή γνωμοδότηση, πρόκειται για απλή γνώμη και ενσωματώνεται στην εκτελεστή πράξη του αποφασίζοντος οργάνου, της οποίας αποτελεί την αιτιολογία (ΣτΕ 934/2013, 1569/2012). Τυχόν πλημμέλεια της απλής γνώμης προβάλλεται και επιφέρει την ακύρωση της εκτελεστής πράξης που ερείδεται σ' αυτή (ΣτΕ 3732/2005). Η μη τήρηση ή η πλημμελής τήρηση της γνωμοδοτικής διαδικασίας συνιστά παράλειψη ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (ΣτΕ Ολ 3632/2015, ΣτΕ 4966/2014, 1466/2010). Ειδικότερα, η παράλειψη του αποφασίζοντος οργάνου να ζητήσει την απαιτούμενη γνώμη όταν αυτή προβλέπεται ως υποχρεωτική από το νόμο θεωρείται ως παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, η οποία επιφέρει ακυρότητα της εκτελεστής διοικητικής πράξης που εκδίδεται κατά παράλειψη επιδίωξης λήψης της εν λόγω γνώμης (Βασίλειος Γκέρτσος, Ευγενία Πρεβεδούρου, Δημήτριος Πυργάκης ο.π. σελ.668, Γν/ση ΝΣΚ 277/2010).

19. Επειδή, όσον αφορά την προβαλλόμενη απαιτούμενη προηγούμενη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου, πριν την κατάπτωση εγγυητικής επιστολής σε περίπτωση σύμβασης δημοσίου έργου η Αιτιολογική Έκθεση του ν. 4412/2016 αναφέρει ρητώς «Οι παράγραφοι 6 και 7 εισάγουν ειδικότερη ρύθμιση για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και για τις δημόσιες συμβάσεις μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών αντίστοιχα και προβλέπουν ότι οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν μετά από γνώμη των αρμόδιων τεχνικών συμβουλίων, ενώ ρυθμίζεται και η διαδικασία μείωσης και επιστροφής της εγγύησης καλής εκτέλεσης». Εισάγεται, επομένως, μια διαδικαστική προϋπόθεση για την κατάπτωση των εγγυήσεων στις διαγωνιστικές διαδικασίες δημοσίων έργων, θέτοντας ένα επιπλέον επίπεδο προστασίας του διοικούμενου.

20. Επειδή, επομένως, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας βρίσκουν έρεισμα στο άρθρο 15.4. της διακήρυξης, το οποίο ταυτίζεται με το αντίστοιχο εδάφιο του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή, καθόσον δεν υφίσταται επόμενο στάδιο έκδοσης εκτελεστής απόφασης κατάπτωσης προς εφαρμογή

του οικείου όρου (ΔΕΦΑΘ 105/2020). Ως εκ τούτου, εν προκειμένω, η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής χώρησε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας ως σαφώς ορίζεται στο ισχύον νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (πρβλ. ΔεφΠειρ. 61/2020, ΣτΕ 780/2019). Επομένως, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής κρίνεται βάσιμος ως προβάλλεται απορριπτόμενου του περί του αντιθέτου ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 1124/2020).

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που αποφασίζει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα με κωδικό***** , ύψους 7.016,13 ΕΥΡΩ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 02 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 14 Οκτωβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ευαγγελία Μιχαλίτση

Μαρία Κατσαρού