

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 16 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.08.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) 1132/11.08.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στην ..., οδός ... αρ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, εφεξής ο «προσφεύγων».

Κατά της «ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ...» και κατά της υπ' αριθ. 980/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία, μεταξύ άλλων, αποφασίσθηκε η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, η κήρυξή του ως έκπτωτου και η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του, εφεξής «η προσβαλλόμενη».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το παράβολο αποτελεί το ανώτερο

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

ποσό νομίμου παραβόλου λαμβανομένης υπόψη της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ποσού 3.491.935,48 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την διακήρυξη με τίτλο: «ΣΥΝΤΗΡΗΣΕΙΣ ΕΠΑΡΧΙΑΚΩΝ ΟΔΩΝ ... ΕΤΩΝ 2020-2022 προκήρυξε δημόσιο ανοιχτό διαγωνισμό μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την εκτέλεση του εν θέματι έργου, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Το δημοπρατούμενο έργο οδοποιίας περιγράφεται αναλυτικά στο άρθρο 11.3 της διακήρυξης.

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 11-12-2020 (ΑΔΑΜ ...). Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας δημόσιας σύμβασης καταχωρήθηκαν στο σχετικό ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ- έργα και αναρτήθηκαν στη Διαδικτυακή Πύλη(www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ με αρ. ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 11-08-2022, λαμβανομένου υπόψη ότι, ως ο προσφεύγων επικαλείται και προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου «ΔΙΑΥΓΕΙΑ», η προσβαλλομένη αναρτήθηκε σε αυτόν στις 1-08-2022, οπότε και ο προσφεύγων έλαβε πλήρη γνώση αυτής, λαμβάνοντας ΑΔΑ ... Επίσης, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή καθώς ο τελευταίος αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του έργου, πλην, όμως, κληθείς να υποβάλλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν υπέβαλε την ενημερότητα πτυχίου. Δυνάμει της προσβαλλομένης και κατόπιν έγκρισης α) του 2^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής του διαγωνισμού περί

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

ελλείψεως των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκόμισε ο προσφεύγων β) του 3^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής του διαγωνισμού περί μη λήψης υπόψη των συμπληρωματικών δικαιολογητικών που προσκόμισε ο προσφεύγων, συνέχισης του διαγωνισμού, κήρυξης του προσφεύγοντος ως έκπτωτου, κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του και ανακήρυξης του 2^{ου} μειοδότη ως προσωρινού αναδόχου, ο προσφεύγων, μεταξύ άλλων, κηρύχθηκε έκπτωτος του διαγωνισμού και διατάχθηκε η εγγυητική επιστολή συμμετοχής του στο διαγωνισμό. Συνεπώς, με πρόδηλο έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή, επικαλούμενος ζημία του από την παράνομη απόρριψη της προσφοράς του και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως αναδόχου του δημοπρατούμενου έργου.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 16-08-2022 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1615/2022 Πράξη της Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 26-08-2022 απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες αυθημερόν κοινοποίησε στον προσφεύγοντα.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ.

11. Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα : *«[...]εφόσον κατά την έναρξη ισχύος του Ν 4903/2022 (5-3-2022), δεν είχε εκδοθεί απόφαση αποκλεισμού μου, το άρθρο 103 παρ 2 του Ν 4412/2016, καταλαμβάνει και τον επίμαχο διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε δικαίωμα να απορρίψει την προσφορά μου (πολλώ δε μάλλον να με κηρύξει έκπτωτη), αλλά αντιθέτως, όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να με καλέσει να υποβάλω τα (δήθεν) ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Σημειωτέον ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση, όχι μόνο αποκλείετο η απόρριψη*

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

της προσφοράς μου, αλλά και δεν είχε καν νόημα η τήρηση της ανωτέρω διαδικασίας συμπλήρωσης, δεδομένου του ότι υπέβαλα, έστω και εκπρόθεσμα (σε σχέση με την αρχική πρόσκληση) τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης και επομένως, θα έπρεπε άμεσα - άνευ ετέρου να ανακηρυχθώ οριστική ανάδοχος (βλ ΣτΕ 1/2020, ΕΑ ΣτΕ 37/2019). Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη και ακυρωτέα ως προς αμφότερα τα σκέλη της, καθόσον παραβιάζει, ευθέως, τις προπαρατεθείσες διατάξεις των άρθρων 103 παρ 2 του Ν 4412/2016 και 22 παρ 2 εδ β' του Ν 4903/2022.[...]

Εν προκειμένω, δια της υπ' αριθ 3/4-1-2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας, ανακηρύχθηκα οριστική ανάδοχος του έργου «Συντήρηση καί Άρση Επικινδυνότητας στο Επαρχιακό Οδικό Δίκτυο ..., Αρμοδιότητας ΠΔΕ, Περιόδου 2019-2020», δεδομένου του ότι, όπως αναφέρεται σε αυτή, είχα προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της, ισχύουσας έως τις 11-2-2021, Ενημερότητας Πτυχίου. Εν συνεχεία σύναψα με την αναθέτουσα αρχή την υπ' αριθ πρωτ ... σύμβαση για την εκτέλεση του ανωτέρω έργου. Επομένως αποδεικνύεται, ότι η αναθέτουσα αρχή είχε ήδη στην διάθεσή της την ισχύουσα κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μου Ενημερότητα Πτυχίου (η οποία, κατ' άρθρο 23.9. της διακήρυξης, απαλλάσσει από την υποχρέωση προσκόμισης των δικαιολογητικών που αναφέρονται στο 2° Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού), αλλά και όλα, γενικώς, τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν ότι πληρούσα τις προϋποθέσεις συμμετοχής. Ως εκ τούτου, δεν όφειλα να προσκομίσω εκ νέου, στην ίδια αναθέτουσα αρχή, τα εν λόγω δικαιολογητικά[...]

Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη απόφαση λήφθηκε χωρίς την ανωτέρω γνωμοδότηση, η οποία απαιτείται και για τις περιπτώσεις κατάπτωσης λόγω υποβολής ελλιπών δικαιολογητικών κατακύρωσης[...]

Εν προκειμένω, κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης (26- 7-2022): α) Είχε λήξει η οικονομική μου προσφορά, β) Είχε λήξει και η εγγυητική επιστολή συμμετοχής μου στον διαγωνισμό, γ) Είχε παρέλθει ένας και πλέον μήνας από τον χρόνο λήξης της εγγυητικής επιστολής (15-6-2022), χωρίς η αναθέτουσα αρχή να έχει προβεί σε απλή ειδοποίηση του εκδότη για την καταβολή του ποσού της. Επομένως, η

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

αναθέτουσα αρχή δεν δικαιούτο να αποφασίσει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής μου. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη και ακυρωτέα τουλάχιστον ως προς το σκέλος της περί καταπτώσεως της εγγύησης συμμετοχής μου, η οποία (όπως και η οικονομική προσφορά μου) είχε λήξει στις 15-6-2022[...] Παρά ταύτα, δια της προσβαλλομένης αποφάσεως δεν απορρίφθηκε, απλώς, η προσφορά μου, αλλά, επιπροσθέτως, κηρύχθηκα έκπτωτη, με αποτέλεσμα να υποχρεούμαι στο εξής, να δηλώνω την έκπτωσή μου στα ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ που θα υποβάλω σε άλλους διαγωνισμούς και να οφείλω, είτε να την δικαιολογώ, είτε να επικαλούμαι τη λήψη επανορθωτικών μέτρων. Συνεπώς, όλως επικουρικώς, επάγομαι, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι, σε κάθε περίπτωση, παράνομη και ακυρωτέα τουλάχιστον ως προς το σκέλος της περί της εκπτώσεώς μου, καθόσον παραβιάζει ευθέως την ανωτέρω διάταξη του άρθρου 170 παρ 20 του Ν 4497/2017[...].».

12. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής: «[...] Η Διεύθυνση Τεχνικών Έργων ΠΕ ... διαβίβασε το 2ο Πρακτικό στη ΟΕ ΠΔΕ με την με αρ.πρωτ. ... εισήγησή της, προς την Οικονομική Επιτροπή, χωρίς να δύναται να εμπλακεί καθ' οιονδήποτε τρόπο στην σύνταξή του . Η Οικονομική Επιτροπή με την 848/2021/06-07-2021 Απόφαση της, προκειμένου να προχωρήσει σε έγκριση ή απόρριψη του 2ου Πρακτικού της ΕΔ, ανέπεμψε στην Ε.Δ. το ζήτημα περί των συμπληρωματικών δικαιολογητικών του οικονομικού φορέα «...», (προσωρινός μειοδότης), ως το αρμόδιο όργανο γνωμοδότησης επί των θεμάτων που ανακύπτουν ενώπιον της Προϊσταμένης Αρχής. Η Ε.Δ. απέστειλε το 3ο Πρακτικό της, σχετικό με ως άνω γνωμοδότηση στις 19-05- 2022. Η Διεύθυνση Τεχνικών Έργων ΠΕ ... επανα-διαβίβασε το 2ο Πρακτικό και διαβίβασε το 3ο Πρακτικό της Ε.Δ. για τη λήψη εγκριτικής απόφασης από την Οικονομική Επιτροπή. Με βάσει τα ανωτέρω δεν δυνάμεθα να εκφέρουμε απόψεις επί της ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1132/11-08-2022 Προδικαστικής Προσφυγής καθώς θεωρούμε ότι απαιτείται νομική θεώρηση επί των αιτιάσεων αυτής, διότι ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του Ν4412/2016, της ισχύουσας νομοθεσίας».

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 103 Ν.4412/22016, ως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 Ν. 4782/2021: «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών»: «1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (Α` 74), όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή του πρώτου εδαφίου της παρ. 5 του

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

άρθρου 79, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται.

4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται.

5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οψιγενών μεταβολών, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, 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 σύμφωνα με όσα ορίζονται στην παρ. 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παρ. 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, σύμφωνα με όσα ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος.».

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 22 Ν. 4903/2022 «Ρύθμιση διαγωνιστικών διαδικασιών και δικαιολογητικών κατακύρωσης – Τροποποίηση άρθρου 142 του ν. 4782/2021»: « Στις παρ. 2 και 3 του άρθρου 142 του ν. 4782/2021 (Α` 36) προστίθεται δεύτερο εδάφιο και οι παρ. 2 και 3 διαμορφώνονται ως εξής: [...]3. Η ισχύς των υπολοίπων άρθρων του παρόντος αρχίζει από την 1η.6.2021, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του. Τα άρθρα 43 και 121 του ν. 4782/2021, με τα οποία τροποποιήθηκαν τα άρθρα 103 και 310, αντίστοιχα, του ν. 4412/2016, εφαρμόζονται και στις εκκρεμείς, κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος τους (1η.6.2021), διαγωνιστικές διαδικασίες, εκτός εάν έχει χωρήσει οριστικός

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, η οποία έχει κρίνει διαφορετικά».

15. Επειδή, εν προκειμένω, ως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, με την υπ' αριθμ. 109/2021 (ΑΔΑ: ...) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... με θέμα Α) Έγκριση 1ου Πρακτικού Ανοικτής Διαδικασίας για την επιλογή Αναδόχου του έργου «ΣΥΝΤΗΡΗΣΕΙΣ ΕΠΑΡΧΙΑΚΩΝ ΟΔΩΝ ΔΗΜΟΥ ... ΕΤΩΝ 2020-2022», Β) Ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας ο προσφεύγων με μέσο ποσοστό έκπτωσης 59,85 %. Η εν λόγω απόφαση ουδέποτε προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή. Η αναθέτουσα αρχή με την με αρ. πρωτ. ... πρόσκλησή της κάλεσε τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Ο προσφεύγων, ως προσωρινός ανάδοχος, προσκόμισε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης: α) ηλεκτρονικά μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 02/03/2021 (16:12:30) και β) σε σφραγισμένο φάκελο στη Δ/ση Τεχνικών Έργων Π.Ε. ... στις 03/03/2021 (με αρ. πρωτ. ...). Κατόπιν ελέγχου κι αξιολόγησης αυτών συντάχθηκε το από 17-05-2021 Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού, με το οποίο η Επιτροπή διαπίστωσε ότι δεν κατατέθηκαν τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α.1 της διακήρυξης -αποσπάσματα ποινικού μητρώου για τον Πρόεδρο και τον Διευθύνοντα Σύμβουλο του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα που να βρίσκονται σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς, ήτοι στις 7-01-2021. Εξάλλου διαπιστώθηκε ότι ο προσφεύγων δεν απαλλάσσεται από την υποχρέωση προσκόμισης των ανωτέρω αφού δεν υπέβαλε ενημερότητα πτυχίου σε ισχύ κατά την υποβολή της προσφοράς. Επίσης, διαπιστώθηκε ότι δεν κατατέθηκαν ορισμένα από τα δικαιολογητικά του άρθρου 22 Α.2, ήτοι ασφαλιστική ενημερότητα, ως αναλύεται στο οικείο Πρακτικό. Σχετικά, επίσης, διαπιστώθηκε ότι ο προσφεύγων δεν απαλλάσσεται από την υποχρέωση προσκόμισης των ανωτέρω αφού δεν υπέβαλε ενημερότητα πτυχίου σε ισχύ κατά την υποβολή της προσφοράς. Κι, επίσης, διαπιστώθηκε ότι δεν κατατέθηκαν τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπόμενων ορίων

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων σύμφωνα με το άρθρο 23.5^α της διακήρυξης καθώς δεν υποβλήθηκε ενημερότητα πτυχίου σε ισχύ κατά την υποβολή της προσφοράς ούτε και υπεύθυνη δήλωση με κατάλογο όλων των υπό εκτέλεση έργων. Κατόπιν των ανωτέρω η Επιτροπή εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος κατά το άρθρο 4.2 της διακήρυξης, την κήρυξή του ως έκπτωτου και την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του. Εν συνεχεία, στις 20/05/2021 ο προσφεύγων υπέβαλε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής εντύπως συμπληρωματικά δικαιολογητικά (αρ.πρωτ. ...). Η αναθέτουσα αρχή με το με αρ. πρωτ. ... έγγραφό της διαβίβασε τα συμπληρωματικά δικαιολογητικά του προσωρινού μειοδότη στην Επιτροπή Διαγωνισμού (Ε.Δ.), συνοδευόμενο από ερώτημα περί ισχύος του από 17-05-2021 Πρακτικού 2. Με την υπ' αριθμ. 848/2021/06-07-2021 (ΑΔΑ: ...) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας αποφασίστηκε η μη έγκριση του Πρακτικού ΙΙ και η αναπομπή της υπόθεσης στην Επιτροπή Διαγωνισμού, να γνωμοδοτήσει ως το αρμόδιο όργανο επί του από 20/05/2021 (αρ.πρωτ....) εγγράφου του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα. Σχετικά, η Επιτροπή του διαγωνισμού απέστειλε το 3ο Πρακτικό με τη γνωμοδότηση της, σύμφωνα με το οποίο η Επιτροπή Διαγωνισμού: Α) γνωμοδοτεί ομόφωνα, ότι δεν λαμβάνει υπόψη το με αρ. πρωτ. ...) έγγραφο του οικονομικού φορέα «...» που αφορά συμπληρωματικά δικαιολογητικά, και συνεπώς παρέλκει η εξέταση των εκπρόθεσμα υποβληθέντων συνημμένων δικαιολογητικών, Β) γνωμοδοτεί/εισηγείται: α) τη ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης της υπόψη δημόσιας σύμβασης σύμφωνα με το άρθρο 106 παρ.2^α του ν.4412/16 και β) την εφαρμογή της παρ.5 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 δηλαδή «παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης, την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29 ή 32, εφόσον, στην τελευταία αυτή περίπτωση, πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων αυτών» και

2. επαναδιαβίβασε στην Οικονομική Επιτροπή το Πρακτικό 2. Δυνάμει της προσβαλλομένης αποφασίστηκε: 1. η απόρριψη του σκέλους Β δηλαδή : «την

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας για τον λόγο της εκπρόθεσμης πρόσκλησης της Αναθέτουσας Αρχής προς τους Οικονομικούς φορείς για παράταση της ισχύος των προσφορών τους και των εγγυητικών συμμετοχής» με το ακόλουθο σκεπτικό: Σύμφωνα με το άρθρο 97 παρ. 2 του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε πριν από την τροποποίησή του με το άρθρο 39 του ν. 4782/2021, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από τους διαγωνιζόμενους την παράταση ισχύος της προσφοράς τους και την αντίστοιχη παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, μπορούσε να ασκηθεί «πριν από τη λήξη ισχύος των προσφορών». Με τη νεότερη διάταξη του άρθρου 39 του ν. 4782/2021 προστέθηκε παράγραφος 5 στο άρθρο 97 του ν. 4412/2016, (ισχύς από 1-06-2021), «Σε περίπτωση που λήξει ο χρόνος ισχύος των προσφορών και δεν ζητηθεί παράταση της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή δύναται με αιτιολογημένη απόφασή της, εφόσον η εκτέλεση της σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, να ζητήσει εκ των υστέρων από τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία είτε να παρατείνουν την προσφορά τους». Είναι ξεκάθαρο δε, το συμπέρασμα από την πλούσια νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου και του Συμβουλίου Επικρατείας, (άρθρο 39 Ν.4782/2021, παρ. 3 του άρθρου 33 του 4608/2019, 1189,1190 και 1193/2009 Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας, καθώς και οι με αριθμό 474/2010, 103/2012, 16/2007 Αποφάσεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου), να μην ματαιώνονται οι Δημόσιοι διαγωνισμοί εκ μόνου του λόγου ότι η αναθέτουσα αρχή παράλειψε εκ παραδρομής, να ζητήσει από τους διαγωνιζόμενους να παρατείνουν την ισχύ της προσφοράς τους και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Καθώς η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε, εκ παραδρομής, να ζητήσει από τους διαγωνιζόμενους να παρατείνουν την ισχύ της προσφοράς τους και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, εξαιτίας του μεγάλου χρονικού διαστήματος κατά το οποίο εκκρεμούσε η απάντηση της Ε.Δ. ως προς την 848/2021 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (15-07-2021 έως 16-05-2022), και αφού οι Οικονομικοί φορείς δεν προέβαλαν αντίρρηση ως προς την παράταση ισχύος των προσφορών και των εγγυητικών συμμετοχής τους, δεν υφίσταται λόγος ματαίωσης του διαγωνισμού, και είναι προς το συμφέρον της Αναθέτουσας Αρχής η συνέχισή

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

του. 2. Την έγκριση του σκέλους Α δηλαδή: «την μη εξέταση των εκπρόθεσμα υποβληθέντων συνημμένων δικαιολογητικών, του Ο.Φ. «...». Αναφορικά με το 2 Πρακτικό: Την έγκρισή του πλήρως δηλαδή: • την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου «...» αφού σύμφωνα με το άρθρο 4.2 παρ.(δ) ii και iii της διακήρυξης δεν υποβλήθηκαν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα όλα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των δικαιολογητικών και από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της εγκεκριμένης διακήρυξης • την κήρυξη ως έκπτωτου του προσωρινού αναδόχου «...» και την κατάπτωση της εγγύησης επιστολής συμμετοχής του υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 103 παρ.4 και 5 του Ν.4412/2016 όπως ισχύει • την τήρηση της απαιτούμενης διαδικασίας για τον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, σύμφωνα με το άρθρο 103 παρ.4 και 5 του Ν.4412/2016 όπως ισχύει, δηλαδή την κατακύρωση στον οικονομικό φορέα «...», βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, κρίνεται βάσιμος ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι, κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας, η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να προσκαλέσει τον προσφεύγοντα-προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης και τούτο, ιδίως λαμβανομένου υπόψη ότι κατά τη ρητή πρόβλεψη του άρθρου 22 Ν.4903/2022, η ρύθμιση του άρθρου 103, ως τροποποιημένο ισχύει με το άρθρο 43 Ν.4782/2021, καταλαμβάνει και τις εκκρεμείς διαδικασίες, όπως, εν προκειμένω που ο προσφεύγων, κατά τον κρίσιμο χρόνο, ουδόλως είχε αποκλεισθεί οριστικά από τη διαδικασία, ούτε είχε εκδοθεί απόφαση δικαστηρίου που ν'αποφασίζει διαφορετικά. Άλλωστε ρητώς προκύπτει από την προσβαλλομένη ότι ο λόγος που απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος είναι η υποβολή ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και η μη λήψη υπόψη ως εκπρόθεσμων των συμπληρωματικών τοιαύτων που υποβλήθηκαν με πρωτοβουλία του προσφεύγοντος. Κατόπιν των ανωτέρω η

Αριθμός Απόφασης: 1436/2022

προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ενώ παρέλκει η εξέταση ως αλυσιτελών των επικουρικών προβαλλόμενων λόγων περί απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, κήρυξης του προσφεύγοντος ως έκπτωτου και κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του, αφού στο σύνολό τους ερείδονται στην ίδια πλημμελή συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, ήτοι στην παράλειψή της να καλέσει τον προσφεύγοντα να συμπληρώσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή, ακυρώνει την προσβαλλομένη κατά το σκέλος αυτής με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος και αναπέμπει στην αναθέτουσα αρχή να πράξει τα δέοντα, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε κι αποφασίστηκε στις 16-09-2022 κι εκδόθηκε στις 4-10-2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ