

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 7<sup>η</sup> Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μιχάλης Σειραδάκης-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.11.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1454/29.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ...» (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ..., ...(εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας και ίδια αναστολής της υπ' αρ. πρωτ. 916/27/18-11-2019 απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, που έγινε δεκτό με την με αρ. Α560/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ, ο προσφεύγων αιτείται: α) την ακύρωση της ως άνω απόφασης της αναθέτουσας αρχής με την οποία αποφασίστηκε: η ολική κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής με Αρ. .../25.09.2018 της τράπεζας Eurobank Ergasias A.E. υπέρ της ... σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στα άρθρα 2.2.2.3 και 2.2.3.4 της Προκήρυξης, η παροχή εξουσιοδότησης στον Πρόεδρο της ... ή στο νόμιμο αναπληρωτή του, όπως προβεί στην υπογραφή και στην κοινοποίηση με κάθε νόμιμο μέσο της σχετικής επιστολής - δήλωσης προς την τράπεζα Eurobank Ergasias για την ολική κατάπτωση της ως άνω εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, καθώς και για οποιαδήποτε περαιτέρω σχετική ενέργεια, και η κοινοποίηση της απόφασης στην εταιρία του, καθώς και β) κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη  
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 15.000,00 ευρώ (βλ. εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «αυτόματη δέσμευση» του ηλεκτρονικού παραβόλου με κωδικό ... 0127 0081 και αποδεικτικό τραπεζικής συναλλαγής της EUROBANK της 26.11.2019 για την πληρωμή του ως άνω παραβόλου).

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή η οποία αποτελεί την ..., σε θέματα παροχής δικτύων και υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, συναφών ευκολιών και συναφών υπηρεσιών και είναι αρμόδια για τον έλεγχο, τη ρύθμιση, και την εποπτεία της ελληνικής αγοράς ηλεκτρονικών επικοινωνιών και την αγορά παροχής ταχυδρομικών υπηρεσιών, προκήρυξε Δημόσιο Ανοιχτό Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την «ΑΝΑΠΤΥΞΗ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ... ΚΑΘΩΣ ΚΑΙ ΤΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΚΑΙ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΑΥΤΟΥ ΓΙΑ ΧΡΟΝΙΚΟ ΔΙΑΣΤΗΜΑ ΠΕΝΤΕ (5) ΕΤΩΝ», συνολικής εκτιμώμενης αξία της σύμβασης για το χρονικό διάστημα 5 ετών ύψους 5.000.000 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής.

3.Επειδή περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 07.07.2018, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ....

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016. Παράλληλα, η διαφορά της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής αφορά σε στάδιο που προηγείται της ανάθεσης της σύμβασης και συγκεκριμένα στην κατάπτωση

## **Αριθμός απόφασης: 99/2020**

εγγυητικής επιστολής την οποία υπέβαλε ο προσφεύγων για την συμμετοχή του στην υπό στοιχείο 2 της παρούσης διαγωνιστική διαδικασία του οποίου η προσφορά απορρίφθηκε από την αναθέτουσα αρχή, κατόπιν της με αρ. 164/2019 Απόφασης ΑΕΠΠ, και τούτο ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι η προσβαλλόμενη εκδόθηκε σε χρόνο που έπεται της κατακύρωσης και ανάθεσης της σύμβασης, η έναρξη της οποίας έλαβε χώρα στις 10.09.2019 (...). Ειδικότερα, όσον αφορά την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ να επιληφθεί επί της απόφασης περί καταπτώσεως εγγυητικής συμμετοχής, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα: Η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επιφέρουσα οικονομική βλάβη και επομένως έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημοσίας συμβάσεως λόγω της επέλευσης συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακήρυξης προϋποθέσεων (ΣΤΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018). Επομένως, η απόφαση περί καταπτώσεως εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι αναμφίβολα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Εκ του συνδυασμού δε των αρ. 72, 73, 75, 79 και 103 Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι η κατάπτωση αυτή συνέχεται αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαδικασία λόγω παράβασης των όρων της εκ μέρους της προσφοράς του είτε με εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της σύμβασης). Στην πρώτη δε περίπτωση όταν δηλαδή η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής επέρχεται ως συναφής συνέπεια και κύρωση λόγω κατ' αρ. 72 παρ. 1 παροχής ψευδών πληροφοριών περί των όρων των αρ. 73-78 Ν. 4412/2016, λόγω κατ' αρ. 103 παρ. 3 ανάδειξης κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης ψευδούς ή ανακριβούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, λόγω κατ' αρ. 103 παρ. 4 μη προσκόμισης δικαιολογητικών κατακύρωσης ή λόγω κατ' αρ. 103 παρ. 5 μη απόδειξης δια των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού ή πλήρωσης κριτηρίων επιλογής, αυτή η κατάπτωση μπορεί να διαταχθεί ομού μετά του αποκλεισμού ή με διακριτή πράξη της αναθέτουσας, χωρίς τούτο να αναιρεί ότι η κατάπτωση συνιστά συνέπεια του γεγονότος που επέφερε τον αποκλεισμό, αναλόγως βέβαια και των επιμέρους στοιχειοθετούντων αυτόν παραμέτρων, ζήτημα που πάντως

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

αυτονόητα συνιστά διαφορά αναφυόμενη στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας. Εξάλλου, διαφορά που προκύπτει από απόφαση κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής λόγω προηγούμενης ανάκλησης κατακυρωτικής απόφασης του αναδειχθέντος ως αναδόχου, εντάσσεται στη διαδικασία δημοσίου διαγωνισμού που προηγείται της σύναψης δημοσίας συμβάσεως (ΣτΕ 3385/2011) και συνιστά ακυρωτική διαφορά που υπαγόταν κατά το προϊσχύσαν καθεστώς στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 3886/2010 και κατ' αποτέλεσμα πλέον σε αυτό του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, με αποτέλεσμα τόσο κατά το προϊσχύσαν όσο και κατά το νυν ισχύον δίκαιο, η τυχόν περαιτέρω άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως να προϋποθέτει προηγούμενη άσκηση της κατ' άρ. 346 και 360 Ν. 4412/2016 Προδικαστικής Προσφυγής που η εξέτασή της πλέον υπάγεται στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, αδιαφόρως δε αν η προσβαλλομένη δια της προσφυγής και κάθε περαιτέρω ένδικο βοήθημα, πράξη αφορά απόφαση με αποκλειστικό της κεφάλαιο την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η συνδρομή των προϋποθέσεων κατάπτωσης της οποίας ως και η νομιμότητα της εν όλω ή εν μέρει κατάπτωσής της και του μέρους κατά το οποίο εν τέλει κατέπεσε συνιστούν αντικείμενο διαφοράς του άρ. 372 και επομένως και προδικαστικής προσφυγής των άρ. 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 (ad hoc ΣτΕ 43/2018 και εκεί ιστορικό επί του προϊσχύσαντος πλαισίου του Ν. 3886/2010 και βλ. επιπλέον και ΔΕφΠατρ Ν29/2016 και ΔΕφΑθ 117/2015). 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 εφαρμοστέα είναι πλέον και υπό το ισχύον δίκαιο κάθε πρόβλεψη του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρ. 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Επιπλέον δε, κατ' άρ. 346 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται όχι μόνο υπέρ όποιου έχει, ήτοι διατηρεί ενεργό δικαίωμα συμμετοχής και επιδίωξης ανάθεσης του συμβατικού αντικειμένου, αλλά και όποιου είχε (βλ. και όμοια διατύπωση σε προϊσχύσαν άρ. 2 Ν. 3886/2010 περί προσωρινής δικαστικής προστασίας, προϋπόθεση για την οποία και υπό τις αυτές προϋποθέσεις ήταν η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' άρ. 4 του ως άνω νόμου), ήτοι καθ'

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

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, μεταξύ των οποίων κατά τα ανωτέρω συγκαταλέγεται και η απόφαση κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής. Περαιτέρω, είναι όλως αδιάφορο αν η απόφαση περί κατάπτωσης εκδίδεται ομού και συνοδεύει την απόφαση ανάκλησης κατακύρωσης ή εν γένει αποκλεισμού καθ' οιονδήποτε τρόπο, του οικονομικού φορέα ή είναι αυτοτελής και εκδίδεται χωριστά και με διακριτή πράξη, στοιχείο που ουδόλως μεταβάλλει το ζήτημα ή αν η τυχόν διακριτή πράξη κατάπτωσης εκδίδεται πριν ή μετά τη σύναψη σύμβασης με έτερο οικονομικό φορέα ως ανάδοχο, αφού τούτο το συμπωματικό και μη έχον κάποια έννομη σημασία γεγονός, ουδόλως αίρει ως αιτία της την ανάκληση κατακύρωσης ή τον εν γένει αποκλεισμό του προσφεύγοντος και τη διάγνωση των οικείων περί κατάπτωσης προϋποθέσεων επί τη βάση της συμμετοχής του στη διαδικασία ανάθεσης και στο πλαίσιο της ιδιότητας που είχε ως μετέχων σε αυτήν, ως και της αξιολόγησης του παραδεκτού της οικείας σε αυτή συμμετοχής του ( βλ. ad hoc και Απόφαση ΑΕΠΠ με αρ. 588/2018 σκ.5). Επομένως, παραδεκτώς, ο προσφεύγων ασκεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ με αντικείμενο την ακύρωση της προσβαλλόμενης με την οποία αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του στην διαγωνιστική διαδικασία της σκ. 2 της παρούσας.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Σημειώνεται δε, ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα με δικαστικό επιμελητή στις 26-11-2019, όπως προκύπτει από το σχετικό Γ που επισυνάπτει ο προσφεύγων στην προσφυγή του.

6.Επειδή, σε συνέχεια των αναφερόμενων στη σκέψη 4 της παρούσας, ο προσφεύγων, θεμελιώνει έννομο συμφέρον, ως αποδέκτης της προσβαλλόμενης δυσμενούς πράξης της Αναθέτουσας Αρχής, και, εν γένει, παραδεκτώς, σύμφωνα με το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016.

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

7. Επειδή, με την με αρ. 1842/29.11.2019 Πράξη του Προέδρου του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας.

8.Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 05.12.2019, ήτοι εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως και παραδεκτώς εισάγονται ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

10. Επειδή με την με αριθ. πρωτ.: 916/27/18.11.2019 προσβαλλόμενη απόφαση με θέμα: *«Κατάπτωση Εγγυητικής Επιστολής συμμετοχής στον ανοικτό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου για την ανάπτυξη και εγκατάσταση του ... καθώς και την λειτουργία και διαχείριση αυτού για χρονικό διάστημα πέντε (5) ετών»*, και ως αυτολεξεί αναγράφεται σε αυτήν : *«Επειδή:*  
*1. Με βάση την Απόφαση 164/2019 του 7ου ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ της Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), και συγκεκριμένα τη σκέψη 55 αυτής: «Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω και σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, στην προσφορά του παρεμβαίνοντος [... Ανώνυμη Εταιρεία] και στα απαιτούμενα έγγραφα τεχνικής προσφοράς τα οποία αποσφραγίσθηκαν και καταγράφηκαν, περιλαμβάνονται στην ομάδα έργου τα δύο ανωτέρω άτομα της ..., προκύπτει ότι στοιχειοθετείται τουλάχιστον, η εκ μέρους του παρεμβαίνοντος παροχή εξ αμελείας, παραπλανητικών πληροφοριών, που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν στην ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης και τούτο διότι η εφαρμογή της εν λόγω περίπτωσης, δεν περιορίζεται σε τετελεσμένα γεγονότα αλλά αφορά και σε μελλοντικά ενδεχόμενα, ούτε περιορίζεται σε πλήρωση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, αλλά συνίσταται σε «απόπειρα» ουσιώδους επιρροής της*

## **Αριθμός απόφασης: 99/2020**

αναθέτουσας αρχής ως προς την ανάθεση της σύμβασης, περιλαμβανομένων δηλαδή και των κριτήριων ανάθεσης (βλ. σχετικά Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 689). Ειδικότερα η στελέχωση και οργάνωση της ομάδας έργου αποτελεί άνευ αμφιβολίας ουσιώδες στοιχείο της προσφοράς, ως κριτήριο ανάθεσης, και εν προκειμένω με συντελεστή βαρύτητας 40%, παράλληλα ουδείς αμφισβητεί το πραγματικό περιστατικό ότι στην εκ μέρους του παρεμβαίνοντος προσφορά δηλώθηκε η λύση ..., όπου κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας εφόσον στην ομάδα έργου περιλαμβάνονται άτομα της Διευθύνουσας Ομάδας η οποία ανέπτυξε τη σχετική λύση, η προσφορά ως προς αυτό το κριτήριο ενδέχεται να λάβει υψηλότερη βαθμολογία και τούτο ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι έτερα στελέχη της ομάδας έργου έχουν τυχόν ενημερωθεί σχετικά για τον τρόπο λειτουργίας της ανωτέρω λύσης. Επομένως, συντρέχει η συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής της περ. η του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης (άρθρο 73 παρ. 4 περ. η του ν. 4412/2016), καθόσον ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων και δεν αμφισβητεί ουσιαστικά παρεμβαίνων, με τα εκ μέρους του (παρεμβαίνοντος) δηλωθέντα στην προσφορά του στοιχεία, αυτή αναβαθμίζεται, ενδεχομένως, και απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος περί του ότι οι έννομες συνέπειες που σχετίζονται με τα κριτήρια ανάθεσης δεν συνεπάγονται την απόρριψη της προσφοράς, αλλά ζήτημα που αφορά στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς και τη βαθμολογία αυτής», 2. Σύμφωνα με άρθρο 2.2.3.4 της Προκήρυξης: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:....η) εάν επιχείρησε να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση». 3. Με βάση το άρθρο 2.2.2.3 της Προκήρυξης του Διαγωνισμού (βλ. στοιχείο ι ανωτέρω): «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.». 4. Σύμφωνα με την ως άνω Απόφαση της Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (σκέψη 55 αυτής)

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

συντρέχει εν προκειμένω η εφαρμογή της περίπτωσης η του άρθρου 2.2.3.4 της προκήρυξης, διότι προέκυψε ότι στοιχειοθετείται η εκ μέρους της εταιρείας ... Ανώνυμη Εταιρεία, παροχή εξ αμελείας, παραπλανητικών πληροφοριών, που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις της Αναθέτουσας αρχής που αφορούν στην ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης . 5.Λόγω της συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής της περ. η του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης η οποία κατά περιεχόμενο αντιστοιχεί στην διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. η του ν. 4412/2016 και κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.2.2.3 αυτής, πρέπει να καταπέσει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της εταιρείας ... Ανώνυμη Εταιρεία», αποφασίσθηκε, μεταξύ άλλων η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής υπέρ της ... σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στα άρθρα 2.2.2.3 και 2.2.3.4 της Προκήρυξης.

11.Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: «Η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη, ως εκδοθείσα επί εσφαλμένης νομικής βάσης, ήτοι ως ερειδόμενη στις κρίσεις της προαναφερθείσας απόφασης υπ' αρ. 164/2019 της ΑΕΠΠ, οι οποίες, ωστόσο, ουδόλως συνιστούν νόμιμη βάση για κατάπτωση της εγγυητικής μας επιστολής συμμετοχής στον ως άνω διαγωνισμό. Α. Παράβαση του άρθρου 72, παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 2.2.2.2 της Διακήρυξης 7. Σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016, «... Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά: αα) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας «άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής», ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης και ββ) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης «ενδίκων βοηθημάτων προσωρινής δικαστικής Προστασίας», ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών. Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες στις κάτωθι περιπτώσεις: α) λήξης του χρόνου ισχύος της προσφοράς και μη ανανέωσης αυτής και β) 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». 8.Στο ίδιο πλαίσιο το άρθρο 2.2.2.2 της Διακήρυξης προβλέπει ότι «Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

στους λοιπούς προσφέροντες μετά: α) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης προσφυγής ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης και β) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ασφαλιστικών μέτρων ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών ...». Σημειωτέον ότι στη Διακήρυξη δεν υφίσταται αναφορά στην περίπτωση της επιστροφής της εγγύησης συμμετοχής σε στάδιο προγενέστερο της κατακύρωσης, ωστόσο και η εν λόγω διάταξη του άρ. 72 παρ. 1 περ. α Ν. 4412/2016 τυγχάνει σε κάθε περίπτωση εφαρμοστέα, δεδομένου ότι η οικεία διαγωνιστική διαδικασία διέπεται από το Ν. 4412/2016, όπως άλλωστε προκύπτει και από τους όρους 1.2.1.4 της Διακήρυξης. 9. Από το σαφές γράμμα των παραπάνω διατάξεων προκύπτει, δίχως καμία αμφιβολία, ότι, εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις που αναφέρονται σε αυτές τις διατάξεις, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να επιστρέφει τις εγγυητικές επιστολές συμμετοχής των λοιπών (πλην του αναδόχου) διαγωνιζόμενων. Ενόψει, λοιπόν, της εν λόγω σαφούς υποχρέωσης της Αναθέτουσας Αρχής, πρέπει να γίνει δεκτό ότι τυχόν κατάπτωση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζομένου πρέπει να αποφασισθεί, πριν γεννηθεί η υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής περί επιστροφής της εν λόγω επιστολής. Διαφορετικά, μετά τη γέννηση της εν λόγω υποχρέωσης, η Αναθέτουσα Αρχή καθίσταται χρονικά αναρμόδια για να αποφανθεί επί της κατάπτωσης ή μη της εν λόγω εγγυητικής επιστολής, ανεξαρτήτως, μάλιστα, του χρόνου που θεμελιώθηκε ο ενδεχόμενος λόγος κατάπτωσης αυτής. Η ερμηνεία αυτή είναι και η μόνη σύμφωνη με τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της ασφάλειας δικαίου. 10. Εν προκειμένω, όπως προαναφέρθηκε, η εταιρία μας ουδέποτε άσκησε την προβλεπόμενη αίτηση ακύρωσης κατά της υπ' αρ. 164/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, δυνάμει της οποίας ακυρώθηκε η υπ' αρ. πρωτ. 873/23/26-11-2018 Απόφαση της ... κατά το μέρος αποδοχής της προσφοράς της εταιρίας μας, γενομένης δεκτής της συνδρομής λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο της εταιρίας μας, ομοίως δε ουδέποτε άσκησε την προβλεπόμενη στο άρθρο 372 του Ν. 4412/2016 κατ' αυτής αίτηση αναστολής. Συνεπώς, μετά τις 21.02.2019, όταν έληξε άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής εκτέλεσης κατά της παραπάνω απόφασης της ΑΕΠΠ, γεννήθηκε η υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να επιστρέφει την υποβληθείσα εγγυητική επιστολή συμμετοχής της εταιρίας μας στον Διαγωνισμό, έληξε δε

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

χρονικά η αρμοδιότητα της Αναθέτουσας Αρχής να αποφανθεί επί της κατάπτωσης ή μη αυτής. Παρόλα αυτά, η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε στις 18-11-2019 και μας κοινοποιήθηκε στις 26-11-2019, ήτοι πλέον των εννέα (9) μηνών από τη γέννηση της σχετικής υποχρέωσης της Αναθέτουσας. Σημειωτέον ότι κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης είχε επιπλέον παρέλθει, ήδη από την 9-10-2019, και ο χρόνος ισχύος της προσφοράς της εταιρίας μας στην κρίσιμη διαγωνιστική διαδικασία, επομένως - και αν ακόμη δεν είχαμε αποκλεισθεί σε συμμόρφωση προς την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ - θα συνέτρεχε ήδη από τον εν λόγω χρόνο και έτερος λόγος επιστροφής της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας κατ' άρθρο 72 παρ. 1 περ. α Ν. 4412/2016. 11. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη και πρέπει να ακυρωθεί, διότι έχει εκδοθεί χρονικά αναρμοδίως.

*B. Παράβαση του άρθρου 72 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 2.2.2.3 της Διακήρυξης - Προφανής έλλειψη αιτιολογίας* 12. Σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016, «...Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων [...] παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78...». 13. Στο ίδιο πλαίσιο το άρθρο 2.2.23 της Διακήρυξης προβλέπει ότι «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων [...] παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 2.2.3 έως 2.2.7...». 14 Από το σαφές γράμμα των παραπάνω διατάξεων προκύπτει, δίχως καμία αμφιβολία, ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής καταπίπτει μόνον εάν ο διαγωνιζόμενος παράσχει ψευδή στοιχεία ή ψευδείς πληροφορίες, αναφορικά με τις προϋποθέσεις συμμετοχής του στον Διαγωνισμό. Συναφώς, δεν καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, σε περίπτωση που ο Διαγωνιζόμενος απλώς παρείχε εσφαλμένως τα εν λόγω στοιχεία ή πληροφορίες, είτε διότι δεν τα γνώριζε ορθά, είτε διότι είχε διαφορετική νομική ή/ και πραγματική αντίληψη επ' αυτών. Με άλλα λόγια, εάν η παροχή των εσφαλμένων πληροφοριών οφείλεται λ.χ. σε αμέλεια του διαγωνιζόμενου, παρότι αυτός προφανώς αποκλείεται από τον διαγωνισμό, δεν συντρέχει περίπτωση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του. 15. Στο πλαίσιο, μάλιστα, αυτό, έχει κριθεί ότι «...Μόνη δε η δήλωση της εταιρείας αυτής στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε, περί ανυπαρξίας εθνικού λόγου αποκλεισμού, κατά την άποψή της, την οποία και υποστήριξε με την

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

προδικαστική προσφυγή της ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, προβάλλοντας, μεταξύ άλλων, ότι δεν συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις για το χαρακτηρισμό της εδρεύουσας στο ... μετόχου αυτής, ως εξωχώριας, μη αρκούσης, κατ' αυτήν, για τον εν λόγω χαρακτηρισμό, της έδρας της επιχείρησης, καθώς και ότι το ... είναι μέλος της Συμφωνίας για τον Ενιαίο Ευρωπαϊκό Χώρο [κυρωθείσας, με το ν. 2155/1993, Α '104], γι' αυτό και δικαιούται να δραστηριοποιείται στο Χώρο τούτο, με τις ίδιες συνθήκες όπως και οι επιχειρήσεις της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεν συνιστά παροχή «ψευδών» στοιχείων ή πληροφοριών, κατά την έννοια της σχετικής με την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής διάταξης της παρ. 1 περ. α' του άρθρου 72 του ν.4412/2016 (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 428/2011, σκ.23). Συνεπώς, η αντίθετη κρίση της αναθέτουσας αρχής περί καταπτώσεως, κατά τα ως άνω, της εγγύησης συμμετοχής στο διαγωνισμό της αιτούσας ένωσης, πιθανολογείται σοβαρώς, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα με την προδικαστική προσφυγή και την κρινόμενη αίτηση, ότι δεν είναι νόμιμη. Τούτο δε, ακόμη και εάν ήθελε κριθεί ότι η συμμετοχή στο μετοχικό κεφάλαιο της «... Α.Ε.», της εδρεύουσας στο ... επιχείρησης, αποτελεί πράγματι λόγο αποκλεισμού της αιτούσας από το διαγωνισμό, η εξέταση της συνδρομής του οποίου, όμως, παρέλκει, κατόπιν των ανωτέρω, ως αλυσιτελής και όσον αφορά τη διαταχθείσα κατάπτωση...» (Βλ. ΔΕφΑθ, σε συμβούλιο, 319/2017. Βλ., επίσης, και την ΔΕφΑθ 1073/2018). 16. Η ως άνω μόνη ορθή και σύμφωνη προς την αρχή της αναλογικότητας ερμηνεία, η οποία επιβάλλεται να διέπει την ερμηνεία ιδίως διατάξεων κυρωτικού χαρακτήρα, όπως αυτή του άρθρου 72 Ν. 4412/2016, ενισχύεται, άλλωστε, από το επιχείρημα εξ αντιδιαστολής προς τη γραμματική ερμηνεία της διάταξης του άρθ. 103 παρ. 3 Ν. 4412/2016: «... 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, «απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου» και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. ...». Από τη ρητή μνεία σε στοιχεία ανακριβή ως νόμιμη περίπτωση κατάπτωσης της εγγυήσης συμμετοχής κατά το στάδιο της κατακύρωσης, εξ αντιδιαστολής άνευ ουδεμίας αμφιβολίας προκύπτει η συνειδητή μη συμπερίληψη στη διάταξη του άρθρου 72 Ν. 4412/2016, που αναφέρεται στην κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής σε χρόνο ή για λόγο που ανάγεται σε στάδιο προ της κατακύρωσης - ήτοι για οιονδήποτε λόγο μη αφορώντα την πληρότητα, την επάρκεια ή την εμπρόθεσμη υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης - των ανακριβών στοιχείων, ήτοι των στοιχείων που εξ αμελείας υπεβλήθησαν, καίτοι δεν ανταποκρίνονται στην πραγματικότητα, ως νόμιμης περίπτωσης κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής. 17. Όπως έχει συναφώς διαπιστωθεί από την ΑΕΠΠ (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 588/2018 από την οποία τα κάτωθι αποσπάσματα - σκ. 8 - 9,11, ως και την όμοια 589/2018) στα πλαίσια ερμηνείας του άρθρου 72 εξ αντιδιαστολής προς το περιεχόμενο των διατάξεων των παρ. 3 και 5 του άρ. 103 Ν. 4412/2016: «... Περαιτέρω, τόσο στην περίπτωση κατάπτωσης της παρ. 3 [ενν. άρ. 103], όσο, πολύ περισσότερο μάλιστα, στην περίπτωση της παρ. 5 [ενν. άρ. 103], η κατάπτωση δεν προϋποθέτει οιαδήποτε σκοπιμότητα, πρόθεση, συνειδητή απόκρυψη και οιοδήποτε εν γένει υποκειμενικό στοιχείο από την πλευρά του προσωρινού αναδόχου, αλλά η κατάπτωση επέρχεται αποκλειστικά και αρκούντων άλως αντικειμενικών στοιχείων. Αυτή είναι και η έννοια της διάζευξης στην παρ. 3 περί ψευδών ή ανακριβών στοιχείων (υπό την έννοια ότι ψευδή είναι τα στοιχεία όταν ο παρέχων αυτά ψεύδεται, δηλαδή συνειδητά δηλώνει στοιχεία μη ανταποκρινόμενα στην πραγματικότητα, ενώ ανακριβή είναι σε κάθε περίπτωση στην οποία εν τέλει και εκ του αποτελέσματος δεν ανταποκρίνονται τα στοιχεία αυτά στην πραγματικότητα). ... Πλην όμως, το κοινό στοιχείο όλων των περιπτώσεων κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής του άρ. 103 Ν. 4412/2016, ήτοι των παρ. 3-5 αυτού, εντοπίζεται στο ότι η κοινή και αναγκαία αιτία κατάπτωσης ανάγεται σε αυτά καθαυτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, η έλλειψη, ανεπάρκεια ή το περιεχόμενο των οποίων είναι και ο λόγος για τον οποίο εν τέλει προκύπτει η δήλωση στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ως ψευδής ή ανακριβής ή η μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή η πλήρωση κριτηρίου επιλογής ως μη αποδειχθείσες. Δεδομένου δε, ότι πρόκειται για διάταξη κυρωτικού χαρακτήρα, το άρ. 103 δεν

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

δύναται να εφαρμοσθεί διασταλτικά και αναλογικά, ώστε να καλύψει άλλες περιπτώσεις πέραν του γράμματός του. Ούτως, το άρ. 103 Ν. 4412/2016 δεν καλύπτει την περίπτωση όπου ανακύπτει λόγος αποκλεισμού ή μη πλήρωση κριτηρίου επιλογής σε στάδιο πριν ή μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης (επί παραδείγματι κατά τον έλεγχο των αρχικών δικαιολογητικών συμμετοχής ήτοι του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, όταν και ενδέχεται να περιέλθει εις γνώση της αναθέτουσας, λόγος αποκλεισμού αποδεδειγμένος εκ των προτέρων, γεγονός που επιτρέπει τον αποκλεισμό ήδη από το πρώτο στάδιο της αγωνιστικής διαδικασίας ή περίπτωση όπου η τυχόν συνδρομή λόγου αποκλεισμού δεν προκύπτει από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή το ανακριβές ή ψευδές της τυχόν δηλώσεως σε ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ δεν προκόψει κατά τη διασταύρωση της οικείας δηλώσεως με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Συνεπώς η εγγυητική συμμετοχής δεν καταπίπτει στις ανωτέρω περιπτώσεις τουλάχιστον βάσει του άρ. 103 Ν. 4412/2016 και των εκεί προϋποθέσεων του. ... 9. Επειδή, κατ' άρ. 72 παρ. 1 περ. α Ν. 4412/2016 (που αντιγράφεται στον όρο 2.2.3 της διακήρυξης) ιδρύεται έτερη και αυτοτελής βάση κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής σε σχέση με αυτήν του άρ. 103... Σημειωτέον όμως, ότι κατά το γράμμα της παραπάνω διάταξης η εγγυητική συμμετοχής δεν καταπίπτει σε κάθε περίπτωση μη απόδειξης συνδρομής λόγου αποκλεισμού ή απόδειξης συνδρομής λόγου αποκλεισμού ή απόδειξης τυχόν εν γένει ανακρίβειας ή ψεύδους επί του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ή ακόμη και απλής ανακρίβειας ως προς τις ειδικότερες δηλώσεις εντός του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ περί μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού, αλλά αποκλειστικά στην περίπτωση όπου προκύπτει ότι ο προσφέρων παρείχε ψευδή, δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει του μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια, στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού. Δηλαδή, θα πρέπει ο προσφέρων να γνώριζε ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού και παρά ταύτα να απέκρυψε τούτο από την αναθέτουσα, επιχειρώντας με τα προσφερθέντα εκ μέρους του στοιχεία και δηλώσεις να δημιουργήσει σε αυτήν την πεποίθηση ότι δεν συντρέχουν τέτοιοι λόγοι ή να δηλώσει ότι δεν συντρέχουν, εμποδίζοντάς την ούτως να γνωρίζει την αλήθεια. ... 11. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω προκύπτει ότι η απόφαση απόρριψης της προσφοράς δεν ανάγεται στο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης ούτε οφείλεται σε σφάλματα, μη

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

προσκόμιση και ελλείψεις τους ή σε ανάδειξη εξ αυτών ψεύδους ή ανακρίβειας στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος. ... Άρα, εσφαλμένα η προσβαλλόμενη επικαλείται το άρ. 103 Ν. 4412/2016 στην αιτιολογία της κατάπτωσης, ως μόνη δε ελεγχόμενη αιτιολογία απομένει η επίκληση του ερείσματος της επί του άρ. 72 Ν. 4412/2016. Ούτε όμως, η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής επήλθε επί τη βάση ότι ο προσφεύγων παρείχε ψευδή στοιχεία ως προς τη μη συνδρομή στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού του άρ. 73 Ν. 4412/2016 ... Εξάλλου, η Απόφαση ΑΕΠΠ 365/2018 δεν έκρινε ότι ο προσφεύγων παρείχε ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες, αλλά ότι είτε οι δηλώσεις στο ΕΕΕΣ του ήταν ψευδείς είτε εξ αμελείας παραπλανητικές. ... Επομένως, από τις κρίσεις της παραπάνω Απόφασης ΑΕΠΠ, αλλά και της απόφασης της αναθέτουσας περί αποκλεισμού της προσφοράς, δεν προκύπτει με σαφήνεια και αναμφίβολα το ψεύδος εκ μέρους του προσφεύγοντος ούτε ως άνευ ετέρου κριθέν η εκ μέρους του παροχή ψευδών στοιχείων ως προς τους λόγους αποκλεισμού του, άρα και η πλήρωση του οικείου όρου κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής κατ' άρ. 72 παρ. 1 Ν. 4412/2016. ...». 18. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη υπ' Αρ. Πρωτ. 916/27/18-11-2019 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, η προσφορά της εταιρίας μας απορρίφθηκε «Επειδή: 1. Με βάση την Απόφαση 164/2019 του 7ου ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) και συγκεκριμένα τη σκέψη 55 αυτής: ..., 2. Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.4 της Προκήρυξης: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:... η) εάν επιχείρησε να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση», 3. Με βάση το άρθρο 2.2.23 της Προκήρυξης του Διαγωνισμού (βλ. στοιχείο ι ανωτέρω): «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.». 4. Σύμφωνα με την ως άνω Απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (σκέψη 55 αυτής) συντρέχει εν προκειμένω η εφαρμογή της περίπτωσης η του άρθρου 2.2.3.4 της

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

προκήρυξης, διότι προέκυψε ότι στοιχειοθετείται η εκ μέρους της εταιρείας ... Ανώνυμη Εταιρεία, παροχή εξ αμελείας παραπλανητικών πληροφοριών, που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις της Αναθέτουσας αρχής που αφορούν στην ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης. 5. Λόγω της συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής της περ. η του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης η οποία κατά περιεχόμενο αντιστοιχεί στην διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. η του ν. 4412/2016 και κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.2.2.3 αυτής, πρέπει να καταπέσει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της εταιρείας ... Ανώνυμη Εταιρεία,...». 19. Προκύπτει, με άλλα λόγια, ότι η Αναθέτουσα έλαβε την προσβαλλόμενη απόφαση περί κατάπτωσης ερειδόμενη απλώς και μόνο στην κρίση, με την υπ' αρ. 164/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ, περί συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4. περ. η και του συναφούς άρθρου 73 παρ. 4 περ. η Ν. 4412/2016, λόγω της, με αυτή γενομένης δεκτής, παροχής εκ μέρους της εταιρίας μας στο ΕΕΕΣ - το οποίο όλως εσφαλμένα περιελάμβανε πεδία αφορώντα στοιχεία αναγόμενα στα κριτήρια ανάθεσης και όχι μόνο στα κριτήρια ποιοτικής επιλογής - παραπλανητικών πληροφοριών, που θα εδύναντο να επηρεάσουν την απόφαση περί την ανάθεση. Ως, ειδικότερα, έκανε δεκτά η ΑΕΠΠ 164/2019: «... 53. Επειδή, περαιτέρω, αφενός, τα σχετικά με την ομάδα έργου δηλούμενα πρόσωπα αφορούν, εν προκειμένω, σε κριτήριο ανάθεσης και όχι σε κριτήριο ποιοτικής επιλογής, δεν τίθεται καταρχήν ζήτημα εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 2.4.6 της διακήρυξης και εννοιολογικά ταυτόσημου με το άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ του ν. 4412/2016 λόγω ψευδών δηλώσεων στο ΕΕΕΣ, αφετέρου δεν προκύπτει δόλος του παρεμβαίνοντος ούτε όμως και αποδεικνύεται άνευ ουδεμίας αμφιβολίας βαρεία αμέλεια του, προϋποθέσεις εφαρμογής της εν λόγω περίπτωσης, ως ερμηνεύθηκαν από το ΔΕΕ υπό το προγενέστερο καθεστώς (βλ. σκέψη 48 της παρούσας)... Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω και σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, προκύπτει ότι στοιχειοθετείται τουλάχιστον, η εκ μέρους του παρεμβαίνοντος παροχή εξ αμελείας, παραπλανητικών πληροφοριών, που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν στην ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης και τούτο διότι η εφαρμογή της εν λόγω περίπτωσης, δεν περιορίζεται σε τετελεσμένα γεγονότα αλλά αφορά και σε μελλοντικά ενδεχόμενα, ούτε περιορίζεται σε πλήρωση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, αλλά συνίσταται σε «απόπειρα» ουσιώδους επιρροής της

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

αναθέτουσας αρχής ως προς την ανάθεση της σύμβασης, περιλαμβανόμενων δηλαδή και των κριτηρίων ανάθεσης ...».20. Από το ανωτέρω σκεπτικό δεν καταλείπεται ουδεμία αμφιβολία περί του περιεχομένου της κρίσης της ΑΕΠΠ, σε συμμόρφωση προς την οποία εξεδόθη η υπ' αρ. πρωτ. 885/1/21-2- 2019 απόφαση της ... περί αποκλεισμού της εταιρίας μας. Προκύπτει άνευ ετέρου, δηλαδή, α) ότι ο αποκλεισμός μας έλαβε χώρα κατ' αποδοχή της συνδρομής των προϋποθέσεων του όρου 2.2.3.4. περ. η και του συναφούς άρθρου 73 παρ. 4 περ. η Ν. 4412/2016, ήτοι του λόγου αποκλεισμού που προϋποθέτει την εξ αμελείας παροχή ανακριβών ή παραπλανητικών πληροφοριών, ως αναφέρεται εκτενέστατα και στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, β) όλως κρισίμως, ότι οι πληροφορίες που υπεβλήθησαν με το ΕΕΕΣ ήταν εκ φύσεως απρόσφορες να συστήσουν νόμιμη βάση εφαρμογής της περίπτωσης κατάπτωσης του άρθρου 72 Ν. 4412/2016, αφού δεν αναφέρονταν στα τεθέντα με τη Διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Πράγματι, η ΑΕΠΠ 164/2019 διαλαμβάνει αναλυτικό σκεπτικό (βλ. σκέψεις 45, 53 ως ανωτέρω) περί μη συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής του περί υποβολής ψευδούς δήλωσης λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.4.6 της Διακήρυξης, εννοιολογικά ταυτόσημου με το άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ Ν. 4412/2016, λόγω του ότι, αφενός και πρωτίστως τα κριθέντα ως ανακριβή στοιχεία δεν αφορούσαν ούτε απαντούσαν στα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του διαγωνισμού, αλλά σε κριτήρια βαθμολογούμενα στο πλαίσιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς, αφετέρου δεν προέκυψε δόλος ούτε βαριά αμέλεια της εταιρίας μας κατά την παροχή τους, υποκειμενικό στοιχείο αναγκαίο ενόψει στοιχειοθέτησης του ψευδούς χαρακτήρα ορισμένης δήλωσης. 21. Όπως κρισίμως έκανε δεκτό η ΑΕΠΠ 164/2019: «41.Επιβάλλεται η διάκριση μεταξύ, αφενός, της αφηρημένης εξετάσεως του ανθρωπίνου δυναμικού επιχειρήσεως, η οποία δύναται να θεωρηθεί ως αφορώσα χαρακτηριστικό του προσφέροντος (εξετάσεως ανεπίτρεπτης στο πλαίσιο της αξιολογήσεως των προσφορών) και, αφετέρου, της συγκεκριμένης εξετάσεως της πείρας και των ικανοτήτων του προσωπικού που προορίζεται για την εκτέλεση της εν λόγω συμβάσεως, η οποία δεν αποτελεί χαρακτηριστικό του προσφέροντος, αλλά της προσφοράς του (C-199/07, EU:C:2009:693 βλ. απόψεις του ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ MELCHIOR WATHELET σκ. 42 - 43 στην υπόθεση C-601/13, Ambisig). ... 45.... Η

## **Αριθμός απόφασης: 99/2020**

αναθέτουσα αρχή προσάρμοσε το ΕΕΕΣ, όπου αναφορικά με την προαπόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας εκ μέρους των προσφερόντων (Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), διατήρησε τα πεδία σχετικά με το Τεχνικό προσωπικό ή τους τεχνικούς φορείς ποιοτικού ελέγχου που μπορεί να χρησιμοποιήσει ο υποψήφιος, και το πεδίο σχετικά με τους τίτλους σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του διευθυντικού προσωπικού τους προσφέροντος, καλώντας τους προσφέροντες να τα περιγράψουν (βλ. σκέψη 35 της παρούσας). Όσον αφορά στην τεχνική προσφορά, η αναθέτουσα αρχή απαίτησε την επισύναψη καταλόγου των μελών της ομάδας έργου, με τις αρμοδιότητες τους στο παρόν έργο, τους τίτλους σπουδών και τα βιογραφικά σημειώματά τους, στα οποία θα αναφέρονται τα ομοειδή με το παρόν έργα στα οποία έχει συμμετάσχει καθένας και θα γίνεται περιγραφή τους ρόλου τους σε κάθε έργο. Περαιτέρω, ομοίως σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ρητά ορίζεται ότι (2.3.1.4) τα προσόντα του Υπεύθυνου Διαχείρισης Έργου και της Ομάδας Έργου του υποψηφίου αναδόχου περιλαμβάνονται στα κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης και συγκεκριμένα της Ομάδας Β αλλά και ότι (άρθρο 2.4.3.4 ) η σύνθεση και οι αρμοδιότητες της ομάδας έργου περιλαμβάνονται στην τεχνική προσφορά. Επομένως, εκ των ανωτέρω όρων της διακήρυξης που αποτελούν και το κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. σκέψη 36 της παρούσας), προκύπτει ότι, η σύνθεση και οι αρμοδιότητες της ομάδας έργου αφορούν σε στοιχείο της τεχνικής προσφοράς των προσφερόντων, καθόσον αποτελούν απτά κριτήριο ανάθεσης, και εξ αυτού του λόγου δεν δύναται να περιλαμβάνονται στο ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί προαπόδειξη, μεταξύ άλλων, των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που δεν πρέπει να συγχέονται ή να ταυτίζονται με τα κριτήρια ανάθεσης. ... 52. Επειδή, ως αναλυτικά εκτέθηκε στην παρούσα (βλ. σκέψη 45), ο παρεμβαίνων δήλωσε στο ΕΕΕΣ στοιχεία τα οποία δεν αφορούν, εν προκειμένω, σε κριτήριο ποιοτικής επιλογής του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, προκειμένου να συμπεριλαμβάνονται στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, αλλά σε κριτήριο ανάθεσης, η επί της ουσίας αξιολόγηση των οποίων δεν έχει έτι εκκινήσει. Παρά ταύτα, δεν δύναται να αγνοηθεί το γεγονός συμπερίληψης ανακριβών στοιχείων στην τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος ...». Με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ, που έχει ήδη καταστεί απρόσβλητη, διαπιστώθηκε άρα ότι η εταιρία μας - συμμορφούμενη

## **Αριθμός απόφασης: 99/2020**

προς την παροχή του συνόλου των αιτούμενων πληροφοριών, ακόμη και στην έκταση κατά την οποία τα αιτούμενα στοιχεία δεν αφορούσαν κριτήρια ποιοτικής επιλογής, αλλά σε κριτήριο ανάθεσης και εσφαλμένως ζητήθηκαν με το ΕΕΕΣ, ως διαπιστώνει η ίδια απόφαση κατά το ανωτέρω εκτιθέμενο σκεπτικό της - ανέφερε στο ΕΕΕΣ της Ομάδα Έργου τα μέλη της οποίας δεν είχαν επαρκώς δεσμευθεί για τη συνδρομή τους στην εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. 22. Η εταιρία μας, εξάλλου, ως επίσης έγινε δεκτό από την ΑΕΠΠ, παρέσχε τις κριθείσες ως ανακριβείς πληροφορίες, στα οικεία πεδία - που όλως εσφαλμένα είχαν περιληφθεί στο ΕΕΕΣ και δεν δύνανται, ασφαλώς, εκ της εσφαλμένης εν λόγω συμπερίληψης τους σε αυτό και μόνο να αλλοιωθούν κατά τη φύση τους ως στοιχείων βαθμολογούμενων κατά την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς - όχι διότι είχε σκοπό να παράσχει ψευδείς πληροφορίες στην Αναθέτουσα Αρχή, αλλά διότι είχε την πεποίθηση ότι, σύμφωνα με την μόνη ορθή ερμηνεία της κείμενης νομοθεσίας και της Διακήρυξης, είχε εξασφαλίσει επαρκή δέσμευση των επικαλούμενων προσώπων - μελών της Ομάδας Έργου της για τους σκοπούς της συμμετοχής της στη διαγωνιστική διαδικασία, ιδίως λαμβανομένου υπόψη του συντομότατου διαστήματος που διέθετε για την προετοιμασία της. Άλλωστε, την εν λόγω πεποίθηση υποστήριξε και με την παρέμβασή της ενώπιον της ΑΕΠΠ. Όπως ευχερώς δύναται να προκύψει από το περιεχόμενο της ΑΕΠΠ 164/2019, με την εταιρία ... είχαμε αποδεδειγμένα επικοινωνία και ρητή αποδοχή ως προς τη δυνατότητα χρήσης στην προσφορά μας της λύσης μητρώου ... και των προφίλ και βιογραφικών συνεργατών της, μάλιστα δε με την παρέμβασή μας είχαμε επικαλεστεί και προσκομίσει τα σχετικά e-mails και τις επιστολές που είχαν ανταλλαγή μεταξύ μας πριν και μετά την κατάθεση της προσφοράς μας τον Οκτώβριο 2018. Οι εν λόγω επικοινωνίες κατέστησαν σαφές ότι υφίστατο κατά το χρόνο της υποβολής της προσφοράς μας συνεννόηση σε αρκετά προχωρημένο στάδιο για συνεργασία στα πλαίσια του υπό ανάθεση έργου μεταξύ της εταιρίας μας και της ως άνω εταιρίας ..., απλούστατα δεν έγινε δεκτή η σύναψη προσυμφώνου κατά την έννοια του ΑΚ, σύμφωνα με τη νομική ανάλυση που υιοθετήθηκε. 23. Η τελική νομική κρίση περί του ότι οι εν λόγω επικοινωνίες δεν στοιχειοθετούσαν επαρκή δέσμευση της εν λόγω εταιρίας για τους σκοπούς της δημόσιας διαγωνιστικής διαδικασίας δεν επηρέασε, άλλωστε, την αξιολόγηση ότι ουδέποτε υπήρξε στο

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

πρόσωπο της εταιρίας μας δόλος, άλλως πρόθεση εξαπάτησης της Αναθέτουσας Αρχής. Από μόνη, άλλωστε, την επισκόπηση της ΑΕΠΠ 164/2019 και της εκτενέστατης νομικής ανάλυσης που διαλαμβάνει, ενόψει διακρίβωσης της συνδρομής ή μη δικαιοπρακτικής βούλησης στο πρόσωπο των προταθέντων μελών της Ομάδας Έργου, υπό το φως πολυάριθμων στοιχείων, περιλαμβανόμενης της ως άνω αλληλογραφίας, που επικαλέστηκε η εταιρία μας σε απόδειξη των ισχυρισμών της, καθίσταται ευχερώς αντιληπτό ότι η εταιρία μας διατηρούσε κατά την υποβολή των στοιχείων, αλλά και μεταγενέστερα, ισχυρή και εύλογη πεποίθηση ότι τα στοιχεία περί την Ομάδα Έργου της ήταν απολύτως ορθά και ακριβή. 24.Ενόψει των ανωτέρω, προκύπτει σαφώς ότι, εν προκειμένω, δεν συντρέχει περίπτωση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας στον Διαγωνισμό, διότι, ανεξαρτήτως του αποκλεισμού της προσφοράς της, η συμπερίληψη, σε απάντηση, μάλιστα, στα ακαίρως περιληφθέντα στο ΕΕΕΣ οικεία πεδία, πληροφοριών αφορωσών τα κριτήρια ανάθεσης που κρίθηκαν, κατ' ορισμένη νομική ερμηνεία, ανακριβείς, δεν συνιστά, υπό τις παραπάνω συνθήκες, παροχή ψευδών στοιχείων ή πληροφοριών, κατά την έννοια του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 2.2.23 της Διακήρυξης. Δεδομένου δε ότι έχει ήδη καταστεί απρόσβλητη η κρίση της ΑΕΠΠ περί της νόμιμης βάσης του αποκλεισμού μας, την οποία εντόπισε στην εξ αμελείας παροχή παραπλανητικών πληροφοριών, με το διττό σκεπτικό α) μη προσφορότητας των παραπλανητικών πληροφοριών όπως συστήσουν περιεχόμενο ψευδούς δήλωσης, αφού δεν αναφέρονταν σε κριτήρια ποιοτικής επιλογής, όπως προϋποθέτει το άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ, β) σε κάθε περίπτωση μη συνδρομής δόλου στο πρόσωπο της εταιρίας μας, ούτε καν βαρείας αμέλειας, υπό καμία εκδοχή δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ, η εταιρία μας υπέβαλε ψευδή δήλωση. 25. Στη μόνη αναφορά στην ως άνω γενομένη δεκτή από την ΑΕΠΠ 164/2019 βάση του αποκλεισμού της εταιρίας μας περιορίζεται η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης. Ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε, σε περίπτωση «εξ αμελείας παροχής παραπλανητικών πληροφοριών» ουδόλως προβλέπεται - ούτε, άλλωστε, αυτό αμφισβητείται - ως παρεπόμενη ποινή η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Συνεπώς, μόνος ο αποκλεισμός της προσφοράς μας, για τους παραπάνω λόγους, ουδόλως συνεπαγόταν την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

συμμετοχής μας στον Διαγωνισμό. Μάλιστα, ενόψει όλων των παραπάνω, η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει και από παντελή έλλειψη νόμιμης αιτιολογίας, δεδομένου ότι ουδόλως καθίσταται αντιληπτό πώς δικαιολογείται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής σε περίπτωση συνδρομής λόγου αποκλεισμού εκ της παροχής εξ αμελείας παραπλανητικών πληροφοριών, οι οποίες επιπλέον δεν δύναται να γίνει δεκτό ότι αναφέρονται σε στοιχεία των άρθρων 2.2.3 - 2.2.8 της Διακήρυξης, βάσει των ως άνω γενομένων δεκτών από την ΑΕΠΠ 164/2019. Πράγματι, στην παρ. 3 της προσβαλλόμενης εκτίθενται αδιακρίτως όλες οι περιπτώσεις κατάπτωσης του άρθρου 2.2.2.3 της Προκήρυξης, με έμφαση - όχι λεκτικώς, μόνο με ιδιαίτερη επισήμανση μέσω έντονης γραμματοσειράς στο κείμενο - στην περίπτωση των ψευδών στοιχείων που αναφέρονται στα άρθρα 2.2.3 έως 2.2.8. Είναι, ωστόσο, προφανές ότι η περίπτωση της παροχής ψευδών στοιχείων που αναφέρονται στα επιλεγέντα από τη Διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ήτοι στους λόγους αποκλεισμού (2.2.3), στην καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα-εμπειρία, στην ενδεχόμενη στήριξη στην ικανότητα τρίτων και στους επιλεγέντες κανόνες απόδειξης περί της συνδρομής των ως άνω ελάχιστων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, δεν συντρέχει εν προκειμένω, πολλώ δε μάλλον δεν δύναται να συστήσει νόμιμο έρεισμα της προσβαλλόμενης απόφασης περί κατάπτωσης της εγγυητικής μας επιστολής. 26. Σημειωτέον, εξάλλου, ότι η συνδρομή των επιλεγέντων στα πλαίσια της ως άνω διαγωνιστικής διαδικασίας κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ουδόλως αμφισβητήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή, όπως επισημάνθηκε και δυνάμει της ΑΕΠΠ 164/2019 (βλ. Σκέψη 46: «Επειδή, περαιτέρω, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, ουδείς αμφισβητεί ρητώς ότι ο ίδιος πληροί το κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας...») είτε κατά την έκδοση της αρχικής απόφασης αυτής επί του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής είτε με τις απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ ενόψει της εκδίκασης της προδικαστικής προσφυγής του ΙΤΕ. 27. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος ως προς το οποίο αποφασίζεται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρίας μας στον Διαγωνισμό, είναι παράνομη και πρέπει να ακυρωθεί, διότι δεν πληρούνται οι νόμιμες προϋποθέσεις κατάπτωσης και,

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

πάντως, διότι είναι προδήλως αναιτιολόγητη».

12.Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις με αρ. πρωτ. 39689/Φ800/5.12.2019, εμπροθέσμως υποβληθείσες απόψεις της επί της αίτησης ακύρωσης κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού, ισχυρίζεται αυτολεξεί και εν προκειμένω ότι : «II. Επί των λόγων της προσφυγής Σύμφωνα με το ν. 4412/2016, οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προς προκαταρκτική απόδειξη ότι: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.25, 2.2.6 της Προκήρυξης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Κατ' εφαρμογή της ως άνω διάταξης, η εταιρεία «... ΑΕ» υπέβαλλε με την προσφορά της το ως άνω ΕΕΕΣ, δηλώνοντας στο ΜΕΡΟΣ IV Παρ. Γ. «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα Τεχνικό Προσωπικό ή τεχνικοί φορείς ποιοτικού ελέγχου» στη σελ.17 ως μέλη της ομάδας έργου τους κκ. ... Εντούτοις, από τα στοιχεία που υπεβλήθησαν και στο πλαίσιο της από 12-12-2018 Προδικαστικής Προσφυγής, η οποία έγινε δεκτή από το 7ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π.: «Οι κύριοι ... είναι μέλη της Ομάδας Διοίκησης της ένωσης νομικών προσώπων με την επωνυμία ... / ... Μητρώο Ονομάτων Διαδικτύου που λειτουργεί το μητρώο ονομάτων της Δημοκρατίας της ... και έχουν συμπεριληφθεί στην ομάδα του έργου της εταιρείας «... Α.Ε.» χωρίς να γνωρίζουν την συμμετοχή τους σε αυτή και στον ανωτέρω διαγωνισμό όπως προκύπτει από την από 26 Νοεμβρίου 2018 επιστολή τους προς τον κ. ... του ..., (αντίγραφο της οποίας επισυνάπτεται - ως συν. 4 -στην Προσφυγή, μαζί με την από 20 Νοεμβρίου 2018 επιστολή του Διευθύνοντος Συμβούλου της ένωσης ... / ... Μητρώο Ονομάτων Διαδικτύου προς το Ινστιτούτο Πληροφορικής του Ιδρύματος Τεχνολογίας και Έρευνας –συν.3- από την οποία προκύπτει ότι ούτε το ... / ... Μητρώο Ονομάτων Διαδικτύου γνωρίζει και έχει αναλάβει υποχρέωση ως προς τον ως άνω διαγωνισμό).». Η ως άνω διαπιστωθείσα ανακρίβεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ συνιστά λόγο αποκλεισμού της εταιρείας «... ΑΕ » από τον διαγωνισμό κατ' άρθρο 73 παρ. 4 παρ. ζ του Ν. 4412/2016 και άρθρο 2.4.6 της προκήρυξης. Επί του ζητήματος

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

αυτού, στη σκέψη 55 της Απόφασης 164/2019 της ΑΕΠΠ, αναφέρονται τα εξής: «Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω και σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, στην προσφορά του παρεμβαίνοντος [... Ανώνυμη Εταιρεία] και στα απαιτούμενα έγγραφα τεχνικής προσφοράς τα οποία αποσφραγίσθηκαν και καταγράφηκαν, περιλαμβάνονται στην ομάδα έργου τα δύο ανωτέρω άτομα της ..., προκύπτει ότι στοιχειοθετείται τουλάχιστον, η εκ μέρους του παρεμβαίνοντος παροχή εξ αμελείας, παραπλανητικών πληροφοριών, που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν στην ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης και τούτο διότι η εφαρμογή της εν λόγω περίπτωσης, δεν περιορίζεται σε τετελεσμένα γεγονότα αλλά αφορά και σε μελλοντικά ενδεχόμενα, ούτε περιορίζεται σε πλήρωση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, αλλά συνίσταται σε «απόπειρα» ουσιώδους επιρροής της αναθέτουσας αρχής ως προς την ανάθεση της σύμβασης, περιλαμβανομένων δηλαδή και των κριτηρίων ανάθεσης (βλ. σχετικά Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 689). Ειδικότερα η στελέχωση και οργάνωση της ομάδας έργου αποτελεί άνευ αμφιβολίας ουσιώδες στοιχείο της προσφοράς, ως κριτήριο ανάθεσης, και εν προκειμένω με συντελεστή βαρύτητας 40%, παράλληλα ουδείς αμφισβητεί το πραγματικό περιστατικό ότι στην εκ μέρους του παρεμβαίνοντος προσφορά δηλώθηκε η λύση ..., όπου κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας εφόσον στην ομάδα έργου περιλαμβάνονται άτομα της Διευθύνουσας Ομάδας η οποία ανέπτυξε τη σχετική λύση, η προσφορά ως προς αυτό το κριτήριο ενδέχεται να λάβει υψηλότερη βαθμολογία και τούτο ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι έτερα στελέχη της ομάδας έργου έχουν τυχόν ενημερωθεί σχετικά για τον τρόπο λειτουργίας της ανωτέρω λύσης. Επομένως, συντρέχει η συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής της περ. η του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης (άρθρο 73 παρ. 4 περ. η του ν. 4412/2016), καθόσον ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων και δεν αμφισβητεί ουσιαστικά παρεμβαίνων, με τα εκ μέρους του (παρεμβαίνοντος) δηλωθέντα στην προσφορά του στοιχεία, αυτή αναβαθμίζεται, ενδεχομένως, και απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος περί του ότι οι έννομες συνέπειες που σχετίζονται με τα κριτήρια ανάθεσης δεν συνεπάγονται την απόρριψη της προσφοράς, αλλά ζήτημα που αφορά στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς και τη βαθμολογία αυτής». Επισημαίνεται ότι το άρθρο

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

2.2.3.4 της Προκήρυξη, ορίζει ότι : «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:....η) εάν επιχείρησε να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση». Επιπροσθέτως, το άρθρο 2.2.2.3 της Προκήρυξης του Διαγωνισμού (βλ. στοιχείο ι ανωτέρω) ορίζει ότι : «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 βάση τα ανωτέρω, εν προκειμένω συντρέχει η συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής της περ. η του άρθρου 2.2.3.4. της διακήρυξης (άρθρο 73 παρ. 4 περ. η του ν. 4412/2016), σύμφωνα με την οποία αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης ο προσφέρων οικονομικός φορέας εάν επιχείρησε να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση. Συνεπώς, νομίμως εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση της ... περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας ... Ανώνυμη Εταιρεία κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.2.2.3 και 2.2.3.4 της Προκήρυξης.» Για τους ως άνω προβαλλόμενους λόγους, η ... ζητά να απορριφθεί η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ως νόμω και ουσία αβάσιμη».

13. Επειδή, σύμφωνα με τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, περιέχουν ιδίως: ..... 1) τις απαιτούμενες εγγυήσεις τον τύπο, τα ποσοστά, το νόμισμα, το χρόνο υποβολής των εγγυήσεων, όλους τους σχετικούς όρους αυτών, καθώς και άλλες εξασφαλίσεις, εάν ζητούνται...

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

14. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 72 «Εγγυήσεις» του ν. 4412/2016 ορίζεται: «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. ...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 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.

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του ν. 4412/2016, ορίζεται: «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, 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 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, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται.5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται.6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105 .7. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος».

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 104 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές», ορίζεται: «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. 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».

17. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται:

**«2.2.2 Εγγύηση συμμετοχής**

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 ανέρχεται στο ποσό των εκατό χιλιάδων (100.000€) ευρώ. ...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, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να

## **Αριθμός απόφασης: 99/2020**

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 προσφυγής ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης και  
β) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ασφαλιστικών μέτρων ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, και

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.

### 2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού

Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: ...

2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ..... (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.3 της παρούσας, (η) εάν επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, [...]

2.2.3.5. Ο προσφέρων αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

*διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεών του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις. [...]*

18. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναπαισιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α.Τάχος. Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ 461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, ΕΥ:Τ:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά ΕUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2016:370, σκέψη 43).

19. Επειδή, περαιτέρω, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, ΕΥ:Τ:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

20. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

21. Επειδή, η σύμβαση της εγγυητικής επιστολής μεταξύ της εκδότριας τράπεζας και του λήπτη της επιστολής αυτής δεν ρυθμίζεται ειδικά σε κάποιον νόμο, αλλά καθορίζεται στα πλαίσια της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων, όπως αυτή περιγράφεται στο άρθρο 361 ΑΚ και ως εκ τούτου, τα μέρη έχουν μεγάλη διακριτική ευχέρεια ρύθμισης των μεταξύ τους σχέσεων, με ακροτελεύτιο όριο διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, από τις οποίες δεν μπορούν να παρεκκλίνουν. Η τριγωνική σχέση που δημιουργείται μεταξύ δανειστή, οφειλέτη και τράπεζας με αφορμή την εγγυητική επιστολή που εκδίδει η τελευταία, αποτελεί ιδιόμορφη σύμβαση, που καταρτίζεται στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΠ 1403/2008). Η εγγυητική επιστολή διέπεται αφενός από τις γενικές διατάξεις που ρυθμίζουν τις συμβάσεις και αφετέρου από τις αναλογικά εφαρμοζόμενες, λόγω έλλειψης άλλων ειδικότερων διατάξεων, διατάξεις του ΑΚ, που ρυθμίζουν την εγγύηση (αρ. 847 επ. ΑΚ), εφόσον οι διατάξεις για την εγγύηση συμβιβάζονται με την εν λόγω σχέση. Ειδικότερα, οι παρά των τραπεζών συνήθως εκδιδόμενες εγγυητικές επιστολές, αποτελούν ιδιαίτερο είδος και τύπο εγγυήσεως, δημιούργημα της συναλλακτικής πρακτικής (ΑΚ 361), που διέπεται από τις διατάξεις περί παραγγελίας του ΕμπΝ και τις διατάξεις περί εντολής (714 επ.) του ΑΚ (ΑΠ 862/1996), κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του (ΑΠ 1793/2008, 983/1999, 1433/1998, 48/1996) και μάλιστα ανεξάρτητα από το κύρος ή την ελαττωματικότητα της σχέσης μεταξύ αφενός του υπέρ ου η επιστολή και του λήπτη και αφετέρου μεταξύ του εγγυητή και του υπέρ ου η επιστολή (ΕΛΣυν 134/2013 Ζ΄ Κλιμάκιο-Πράξη, Σπ. Ψυχομάνη «Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων» τ. Ι Γενικό Μέρος σελ. 353). Χαρακτηριστικό της εγγυητικής επιστολής είναι ότι με αυτήν οι συναλλασσόμενοι δεν αποβλέπουν στην απόκτηση προσθέτου φερεγγυότητας, αλλά στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στο δανειστή του καλυπτομένου με αυτήν ποσού με απλή ειδοποίηση του δανειστού, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει στα δικαστήρια (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1273/2014, 1884/2013). Επιπλέον, η εγγυητική επιστολή αποτελεί έγγραφη υπόσχεση τράπεζας προς οφειλέτη πελάτη της

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

ότι θα εκπληρώσει ορισμένη χρηματική οφειλή του πελάτη της προς τον δανειστή του, είτε στην περίπτωση που ο πελάτης δεν εκπληρώσει την παροχή του (εγγυητική επιστολή υπό όρο), είτε στην περίπτωση που ο δανειστής δηλώσει ότι ο πελάτης της τράπεζας δεν εκπλήρωσε την παροχή του (εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση ή χωρίς όρους). Με τη σύμβαση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι του δανειστή να του καταβάλει οφειλή τρίτου, λόγω δε του ενδοτικού χαρακτήρα των περι εγγυήσεως διατάξεων, δεν αποκλείεται να περιληφθεί στη σύμβαση ρήτρα, κατά την οποία ο εγγυητής θα καταβάλει το ποσό της εγγυήσεως σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το υπαρκτό και το νόμιμο του χρέους και να προβάλλει την ένσταση διζήσεως (βλ. σχετ. ΕφΑθ 7798/2006, ΑΠ 1433/1998 ΕλλΔ 1999, 633, ΑΠ 48/1996 ΕλλΔ 1996, 1332, ΑΠ 210/1993 ΝοΒ 1994, 399, ΑΠ 467/ 1992 ΕλλΔ 1993, 1075, ΑΠ 10/1992 ΝοΒ 1993, 70, ΑΠ 593/1989 ΕλλΔ 1990, 1252, ΑΠ 585/1989 ΝοΒ 1990, 820, ΕφΑθ 8188/2003 ΕλλΔ 2004, 852, ΕφΑθ 6281/ 2002 ΕλλΔ 2004, 1071, ΕφΑθ 11349/1995 ΕΕμπΔ 1996, 51, Λ. Γεωργακόπουλου, Χρηματιστηριακό και Τραπεζικό Δίκαιο, 1999, σελ. 402- 407, Σπ. Ψυχομάνη, Τραπεζικό Δίκαιο - Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, 1999, σελ. 297-366, Απ. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σελ. 135-198, αλλά και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 728/2019 σκ.18). Τέλος, να λεχθεί, ότι η διαφορά που δημιουργείται σε σχέση με την κατάπτωση, ή μη της εγγυητικής επιστολής απορρέει απ' αυτήν την ίδια και μόνον, αφού αφορά την αξίωση του δανειστή κατά του εγγυητή για πληρωμή του ποσού αυτής και όχι την αξίωση του δανειστή κατά του πρωτοφειλέτη, που καλύπτεται από την εγγυητική. Συνεπώς η εν λόγω διαφορά, πηγάζουσα από σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, είναι ιδιωτική, ανεξάρτητα από τη φύση των αξιώσεων του δανειστή κατά του πρωτοφειλέτη (Δ.Εφ.Α. 4226/90 Δίκη 1991. 1197, ΕΔΚΑ 1991.371) Ελ.Συν. 3889/02, ΔΠρΑ 3508/2000, ΜΠΠ 3894/02, ΜΠ Θήβας 319/2012).

22. Επειδή, το κοινό στοιχείο όλων των περιπτώσεων κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής του άρ. 103 Ν. 4412/2016, ήτοι των παρ. 3-5 αυτού, εντοπίζεται στο ότι η κοινή και αναγκαία αιτία κατάπτωσης ανάγεται σε αυτά καθαυτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, η έλλειψη, ανεπάρκεια ή το περιεχόμενο των οποίων είναι και ο λόγος για τον οποίο εν τέλει προκύπτει η

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

δήλωση στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ως ψευδής ή ανακριβής ή η μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή η πλήρωση κριτηρίου επιλογής ως μη αποδειχθείσες ( βλ. διατάξεις της διακήρυξης άρθρου 3.2). Δεδομένου δε, ότι πρόκειται για διάταξη κυρωτικού χαρακτήρα, το άρ. 103 δεν δύναται να εφαρμοσθεί διασταλτικά και αναλογικά, ώστε να καλύψει άλλες περιπτώσεις πέραν του γράμματός του. Ούτως, το άρ. 103 Ν. 4412/2016 δεν καλύπτει την περίπτωση όπου ανακύπτει λόγος αποκλεισμού ή μη πλήρωση κριτηρίου επιλογής σε στάδιο πριν ή μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης (επί παραδείγματι κατά τον έλεγχο των αρχικών δικαιολογητικών συμμετοχής ήτοι του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, όταν και ενδέχεται να περιέλθει εις γνώση της αναθέτουσας, λόγος αποκλεισμού αποδεδειγμένος εκ των προτέρων, γεγονός που επιτρέπει τον αποκλεισμό ήδη από το πρώτο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας) ή περίπτωση όπου η τυχόν συνδρομή λόγου αποκλεισμού δεν προκύψει από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή το ανακριβές ή ψευδές της τυχόν δηλώσεως σε ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ δεν προκύψει κατά τη διασταύρωση της οικείας δηλώσεως με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Συνεπώς, η εγγυητική συμμετοχής δεν καταπίπτει στις ανωτέρω περιπτώσεις, τουλάχιστον βάσει του άρ. 103 Ν. 4412/2016 και των εκεί προϋποθέσεων του (βλ. ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ με αρ. 588/2018 σκ. 8).

23. Επειδή, κατ' άρ. 72 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016 ( βλ και άρθρο 2.2.2.3 της διακήρυξης), ιδρύεται έτερη και αυτοτελής βάση κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής σε σχέση με αυτήν του άρ. 103 και ειδικότερα προβλέπεται ότι *“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.”*. Σημειωτέον όμως, ότι κατά το γράμμα της παραπάνω διάταξης η εγγυητική συμμετοχής δεν καταπίπτει σε κάθε περίπτωση μη απόδειξης συνδρομής λόγου αποκλεισμού ή απόδειξης συνδρομής λόγου αποκλεισμού ή απόδειξης τυχόν εν γένει ανακρίβειας επί του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ή ακόμη και απλής ανακρίβειας ως προς τις ειδικότερες δηλώσεις εντός του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ περί μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού, αλλά αποκλειστικά στην περίπτωση όπου

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

προκύπτει ότι ο προσφέρων παρείχε ψευδή, δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει του μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια, στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού. Υπό τις ως άνω προϋποθέσεις είναι δυνατόν να καταπέσει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής και ανεξαρτήτως αν το γεγονός ότι δηλώθηκε πληροφορία μη ανταποκρινόμενη στην πραγματικότητα, επί του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ προέκυψε από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης (βλ. ο.π ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ με αρ. 588/2018 σκ. 9). Περαιτέρω, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι η δεύτερη διαζευκτική προϋπόθεση της παρ. 4 περ. (η) του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, εννοιολογικά ταυτόσημη με την δεύτερη διαζευκτική περίπτωση της περ. η του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης, ταυτίζεται με την περ. ζ' των ιδίων ως άνω άρθρων που απαιτούν και προϋποθέτουν την ύπαρξη ψευδών δηλώσεων και τούτο διότι πέραν της σαφούς γραμματικής διατύπωσης της περ.η που ρητά αναφέρεται σε παροχή εξ αμελείας παραπλανητικών πληροφοριών και τεολογικά ερμηνευόμενη, αν ήθελε υποτεθεί ότι υφίσταται ταύτιση, θα οδηγούμασταν στο άτοπο αποτέλεσμα άσκοπης επανάληψης.

24. Επειδή, ειδικότερα, το εθνικό δίκαιο αναγνωρίζει δύο είδη υπαιτιότητας: το δόλο και την αμέλεια (ά. 27-28 Π.Κ.). Η αμέλεια διακρίνεται σε ενσυνείδητη και σε άνευ συνειδήσεως αμέλεια (ασυνείδητη). Ο δόλος/πρόθεση διακρίνεται σε τρία είδη - διαβαθμίσεις: στον άμεσο δόλο 1ου βαθμού – επιδίωξη, στον άμεσο δόλο 2ου βαθμού – αποδοχή και στον ενδεχόμενο δόλο (*dolus eventualis*). Δισεπίλυτο και διαρκές παραμένει ακόμα στο χώρο του ποινικού δικαίου το ζήτημα της διακρίσεως ανάμεσα σε ενδεχόμενο δόλο και ενσυνείδητη αμέλεια, και των ουσιαστικών – κρίσιμων συνεπειών που μπορεί να λάβει σε μία ad hoc περίπτωση εάν καταφαθεί η μία ή η έτερη μορφή υπαιτιότητας. Κατά την άποψη του Μυλωνόπουλου, ο δόλος και η αμέλεια σαν μορφές εσωτερικής συμμετοχής, συγκροτούν μία συνεχώς μεταλλασσόμενη αλληλουχία συμπεριφορών. Η μεταβολή αυτή δε συντελείται απότομα, αλλά βαθμιαία, σταδιακά και ανεπαίσθητα (Μυλωνόπουλος, Χρίστος Χ., Ποινικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος Ι και ΙΙ, Δίκαιο & Οικονομία, Π.Ν. Σάκκουλας Αθήνα 2007, σελ.253).

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

25. Επειδή, **ο προσφεύγων** ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη είναι μη νόμιμη, ως εκδοθείσα επί εσφαλμένης νομικής βάσης, ήτοι ως ερειδόμενη στις κρίσεις της προαναφερθείσας απόφασης υπ' αρ. 164/2019 της ΑΕΠΠ, οι οποίες, ωστόσο, ουδόλως συνιστούν νόμιμη βάση για κατάπτωση της εγγυητικής μας επιστολής συμμετοχής στον ως άνω διαγωνισμό. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι, υφίσταται: Α. Παράβαση του άρθρου 72, παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 2.2.2.2 της Διακήρυξης. Β. Παράβαση του άρθρου 72 παρ. 1 περ. α του Ν. 44 12/2016 και του άρθρου 2.2.2.3 της Διακήρυξης - Προφανής έλλειψη αιτιολογίας και τούτο διότι σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016, «...Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων [...] παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78 (ομοίως και το άρθρο 2.2.2.3 της Διακήρυξης). Επομένως, ισχυρίζεται ότι μόνον εάν ο διαγωνιζόμενος παράσχει ψευδή στοιχεία ή ψευδείς πληροφορίες, αναφορικά με τις προϋποθέσεις συμμετοχής του στον Διαγωνισμό, τότε καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, ωστόσο, κατά τους ισχυρισμούς του δοθέντος ότι, με την με αρ. 164/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ αφενός δεν προκύπτει με σαφήνεια και αναμφίβολα το ψεύδος εκ μέρους του προσφεύγοντος ούτε ως άνευ ετέρου κριθέν η εκ μέρους του παροχή ψευδών στοιχείων ως προς τους λόγους αποκλεισμού του, άρα δεν προκύπτει και η πλήρωση του οικείου όρου κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής κατ' αρ. 72 παρ. 1 Ν. 4412/2016, αφετέρου δεν προκύπτει δόλος ούτε όμως και αποδεικνύεται άνευ ουδεμίας αμφιβολίας βαρεία αμέλεια του, προϋποθέσεις εφαρμογής της εν λόγω περίπτωσης, ως ερμηνεύθηκαν από το ΔΕΕ υπό το προγενέστερο καθεστώς, δεν προέκυψε δόλος ούτε βαριά αμέλεια του κατά την παροχή τους, υποκειμενικό στοιχείο αναγκαίο ενόψει στοιχειοθέτησης του ψευδούς χαρακτήρα ορισμένης δήλωσης. Επίσης, ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πάσχει ως εκδοθείσα αναρμοδίως κατά χρόνο.

**Η αναθέτουσα αρχή** ως ρητά αναγράφει στην προσβαλλόμενη εδράζει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος στο γεγονός ότι *«συντρέχει εν προκειμένω η εφαρμογή της περίπτωσης η του άρθρου 2.2.3.4 της προκήρυξης, διότι προέκυψε ότι στοιχειοθετείται η εκ μέρους της εταιρείας ... Ανώνυμη Εταιρεία, παροχή εξ αμελείας, παραπλανητικών πληροφοριών, που ενδέχεται να επηρεάσουν*

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

ουσιωδώς τις αποφάσεις της Αναθέτουσας αρχής που αφορούν στην ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης. Λόγω της συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής της περ. η του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης η οποία κατά περιεχόμενο αντιστοιχεί στην διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. η του ν. 4412/2016 και κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.2.2.3 αυτής, πρέπει να καταπέσει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της εταιρείας ... Ανώνυμη Εταιρεία». Στις απόψεις της ισχυρίζεται ότι και στην αιτιολογία ότι 2.2.2.3 της Προκήρυξης του Διαγωνισμού (βλ. στοιχείο Ι ανωτέρω) ορίζει ότι : «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 βάση τα ανωτέρω, εν προκειμένω συντρέχει η συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής της περ. η του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης (άρθρο 73 παρ. 4 περ. η του ν. 4412/2016), σύμφωνα με την οποία αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης ο προσφέρων οικονομικός φορέας εάν επιχειρήσει να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση. Συνεπώς, νομίμως εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση της ... περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας ... Ανώνυμη Εταιρεία κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.2.2.3 και 2.2.3.4 της Προκήρυξης».

26. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 367 «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» του ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζεται ότι «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου. 5. Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που θίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας η ΑΕΠΠ κρίνει 367 ως ίσχυε επί των προβαλλόμενων ισχυρισμών, ως δε διευκρινίσθηκε 367 παρ. 5, ως ισχύει επί των προβαλλόμενων ισχυρισμών ουδόλως δύναται να ελέγξει παρεμπιπτόντως».

27. Επειδή, πράγματι όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων στην με αρ. ΑΕΠΠ 164/2019 απόφαση σκ. 53 αναγράφεται ότι δεν προκύπτει ότι στοιχειοθετούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ του ν. 4412/2016 λόγω ψευδών δηλώσεων στο ΕΕΕΣ, αφετέρου δεν προκύπτει δόλος του παρεμβαίνοντος (νυν προσφεύγοντος) ούτε όμως και αποδεικνύεται άνευ ουδεμίας αμφιβολίας βαρεία αμέλεια του, προϋποθέσεις εφαρμογής της εν λόγω περίπτωσης (βλ. σκέψη 48 της εν λόγω απόφασης). Περαιτέρω, στη σκέψη 55 της ως άνω απόφασης αναγράφεται ότι «..προκύπτει ότι στοιχειοθετείται τουλάχιστον, η εκ μέρους του παρεμβαίνοντος παροχή εξ αμελείας, παραπλανητικών πληροφοριών, που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν στην ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης.... Επομένως, συντρέχει η συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής της περ. η του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης (άρθρο 73 παρ. 4 περ. η του ν.4412/2016), καθόσον, με τα εκ μέρους του παρεμβαίνοντος, (στην παρούσα προσφεύγοντος), δηλωθέντα στην προσφορά του στοιχεία, αυτή αναβαθμίζεται, ενδεχομένως, και απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος (στην παρούσα προσφεύγοντος) περί του ότι οι έννομες συνέπειες που σχετίζονται με τα κριτήρια ανάθεσης δεν συνεπάγονται την απόρριψη της προσφοράς, αλλά ζήτημα που αφορά στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς και τη βαθμολογία αυτής.

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

28.Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ρητά αναγράφεται ότι (βλ. άρθρο 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*». Ειδικότερα, η ως άνω περίπτωση καταλαμβάνει οιοδήποτε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. σκέψη 23 της παρούσας), απαιτεί όμως την παροχή ψευδών στοιχείων, δηλαδή την συνειδητή και εν γνώσει του εκάστοτε προσφέροντος παροχή στοιχείων μη ανταποκρινόμενων στην αλήθεια, στοιχείο το οποίο δεν αποδείχθηκε άνευ αμφιβολίας από τους εκατέρωθεν ισχυρισμούς των μερών και τα επικαλούμενα εκ μέρους τους στοιχεία του φακέλου βάσει των οποίων εκδόθηκε η με αρ. 164/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ. Περαιτέρω, καίτοι για την κατάπτωση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής βάσει του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 περιλαμβάνονται ρητά και οι ανακριβείς δηλώσεις, ωστόσο η εν λόγω διάταξη αφορά ρητά στα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου (βλ. σκέψη 22 της παρούσας) που κατά το χρόνο έκδοσης της άνω απόφασης της ΑΕΠΠ δεν είχε καν περατωθεί η διαδικασία αξιολόγησης/βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών. Δηλαδή, ο νυν προσφεύγων ουδόλως εδύνατο να θεωρηθεί ως προσωρινός ανάδοχος, προκειμένου να τύχουν εφαρμογής στο πρόσωπο του οι ως άνω διατάξεις. Έτι περαιτέρω, ουδείς αμφισβήτησε, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι δεν πληρούνται εκ μέρους του οι προϋποθέσεις του άρθρου 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα – Εμπειρία, της διακήρυξης, ούτε προσέβαλλε την με αρ. 164/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ. Επομένως, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας λόγω πλημμελούς αιτιολογίας, κατά τα ως άνω αναλυτικά εκτεθέντα, και τούτο διότι ουδόλως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη ή στις οικείες απόψεις της αναθέτουσας αρχής ποια τυχόν είναι τα στοιχεία εκείνα τα οποία έχει στη διάθεση της και στηρίζουν το συμπέρασμά της (βλ. σκέψη 18 της παρούσας), περί παροχής ψευδών εν τέλει στοιχείων, ως ρητά απαιτεί το άρθρο 2.2.2.3 της διακήρυξης. Παρέπεται δε ότι δεν συντρέχει ούτε η έτερη περίπτωση κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του άρθρου 2.2.2.3 της διακήρυξης περί μη προσέλευσης του προσφεύγοντος προς

## Αριθμός απόφασης: 99/2020

υπογραφή της σύμβασης, ούτε όμως η αναθέτουσα αρχή ισχυρίστηκε ότι ο προσφεύγων δεν προσκόμισε εγκαίρως τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά.

29. Επειδή, περαιτέρω, ο **προσφεύγων** ισχυρίζεται και ότι η προσβαλλόμενη έχει εκδοθεί αναρμοδίως κατά χρόνο, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2.2.2.2. της διακήρυξης και του άρθρου 72 παρ. 1 α του ν. 4412/2016, καθόσον ουδέποτε άσκησε την προβλεπόμενη αίτηση ακύρωσης κατά της υπ' αρ. 164/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, δυνάμει της οποίας ακυρώθηκε η υπ' αρ. πρωτ. 873/23/26-11-2018 Απόφαση της ... κατά το μέρος αποδοχής της προσφοράς του, ομοίως ουδέποτε άσκησε την προβλεπόμενη στο άρθρο 372 του Ν. 4412/2016 κατ' αυτής αίτηση αναστολής. Συνεπώς, κατά τους ισχυρισμούς του μετά τις 21.02.2019, όταν έληξε άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής εκτέλεσης κατά της παραπάνω απόφασης της ΑΕΠΠ, γεννήθηκε η υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να του επιστρέψει την εκ μέρους του υποβληθείσα εγγυητική επιστολή συμμετοχής και έληξε χρονικά η αρμοδιότητα της Αναθέτουσας Αρχής να αποφανθεί επί της κατάπτωσης ή μη αυτής. Ισχυρίζεται επίσης, ότι ακόμη και εάν δεν είχε αποκλεισθεί, ήδη από την 9-10-2019, είχε λήξει ο χρόνος ισχύος της προσφοράς και θα συνέτρεχε ήδη από τον εν λόγω χρόνο και έτερος λόγος επιστροφής της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του κατ' άρθρο 72 παρ. 1 περ. α Ν. 4412/2016.

30. Επειδή, οι προθεσμίες που προβλέπονται στο άρθρο 2.2.2.2 της διακήρυξης είναι προφανώς ενδεικτικές (άρθρ. 10 παρ. 5 του ν.2690/1999 περί Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας) και εμπεριέχουν υπόδειξη προς τη Διοίκηση για ολοκλήρωση της σχετικής διαδικασίας σε σύντομο χρονικό διάστημα (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ 4876/2012), ενόψει του γεγονότος ότι δεν χαρακτηρίζονται ρητά ως αποκλειστικές (βλ. μεταξύ άλλων ΔΕΦΑΘ 827/2016). Περαιτέρω, στο δεύτερο εδάφιο της ως άνω διάταξης ορίζεται ότι οι προθεσμίες για την έκδοση ατομικών διοικητικών πράξεων δυσμενών για το πρόσωπο το οποίο αφορούν αμέσως είναι αποκλειστικές. Η διάταξη αυτή, κατά την αληθή έννοιά της, αναφέρεται σε προθεσμίες που καθιερώνονται από ειδικές διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας για την έκδοση ατομικών διοικητικών πράξεων, δεν είναι δε δυνατόν να εφαρμοστεί σε συνδυασμό με

## **Αριθμός απόφασης: 99/2020**

το άρθρο 2 εδάφιο δεύτερο του ίδιου Κώδικα, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 5 παρ. 1 του ν. 3242/2004 (Α' 102), το οποίο επιβάλλει στην Διοίκηση την υποχρέωση να προβαίνει στις εν γένει αυτεπάγγελτες, κατά νόμο, ενέργειές της μέσα σε εύλογο χρόνο, ο οποίος δεν πρέπει να υπερβαίνει το τρίμηνο. Και τούτο, διότι η τελευταία αυτή διάταξη, στοχεύοντας στην επιτάχυνση των διοικητικών ενεργειών και όχι στη ματαίωσή τους σε περίπτωση παρέλευσης του ως άνω εύλογου χρόνου, δεν θεσπίζει γενικώς ισχύουσα αποκλειστική προθεσμία τριών μηνών, η άπρακτη παρέλευση της οποίας (εφόσον δεν προβλέπεται άλλη προθεσμία από ειδικότερη διάταξη) θα οδηγούσε σε απαγόρευση έκδοσης δυσμενών διοικητικών πράξεων από την αρμόδια αρχή, αλλά έντονη υπόδειξη προς την Διοίκηση για την μέσα σε εύλογο χρόνο ολοκλήρωση των αυτεπάγγελτων εν γένει ενεργειών της (ΣΤΕ 2579/2015). Αυτό, άλλωστε, προκύπτει και από τις διατάξεις του άρθρου 6 παρ. 1 και παρ. 2, εδάφιο τελευταίο, του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σύμφωνα με τις οποίες οι διοικητικές αρχές υποχρεούνται να λαμβάνουν τα επιβαλλόμενα δυσμενή μέτρα μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα από την διεξαχθείσα ακρόαση του ενδιαφερομένου και όχι μέσα σε ορισμένη (και μάλιστα αποκλειστική) προθεσμία από αυτήν (Σ.Τ.Ε 1967/2011 7μ.). Επομένως, οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, ως εκτέθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, απορρίπτονται ως αβάσιμοι. Σημειώνεται δε, ότι και βάσιμοι υποτιθέμενοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, θα προβάλλονταν αλυσιτελώς, εν προκειμένω, διότι καίτοι ο ίδιος ρητά αναφέρεται στην οικεία «υποχρέωση» της αναθέτουσας αρχής, ουδόλως στράφηκε εμπροθέσμως, κατά της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να του επιστρέψει την εγγυητική επιστολή συμμετοχής του, σύμφωνα με τα άρθρα 360 και 361 του ν. 4412/2016. Αναφορικά με τον επάλληλο ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί λήξεως του χρόνου ισχύος της προσφοράς του και υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής προς επιστροφή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του κατ' άρθρο 72 παρ. 1 α του ν. 4412/2016, ομοίως κρίνεται απορριπτέος, προεχόντως ως αλυσιτελώς προσβαλλόμενος, σε συνέχεια των αναφερθέντων στο προηγούμενο εδάφιο της παρούσας. Συνεπώς, οι οικείοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι, ως και το αίτημα του περί ακύρωσης συναφών παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής.

**Αριθμός απόφασης: 99/2020**

31. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

32. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω γίνεται δεκτή η προσφυγή και ακυρώνεται η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

33. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αρ. πρωτ. 916/27/18-11-2019 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 07.01.2020 και εκδόθηκε στις 27.01.2010 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΙΧΑΛΗΣ Π. ΣΕΙΡΑΔΑΚΗΣ**

**ΕΛΕΝΗ ΧΟΥΛΗ**