

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23 Μαΐου 2019, δυνάμει της με αρ. 715/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου, που τροποποίησε τη με αρ. 657/2019 όμοια Πράξη της, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής – και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 543/06-05-2019 Προδικαστική Προσφυγή της με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη, επί της οδού, αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «προσφεύγων» ή «.....»)

Κατά του – «.....», που εδρεύει στην, επί της συμβολής των οδών αρ. και (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «.....» ή «Οργανισμός» ή «.....»), στο πλαίσιο του με α/α ΕΣΗΔΗΣ δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης με τίτλο «Παροχή υπηρεσιών αξιολόγησης αποτελεσμάτων των δράσεων του Προγράμματος: Προώθηση της φέτας ΠΟΠ «FetaPDO. Let's get real!» στις αγορές των ΗΠΑ και του Καναδά», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με κριτήριο τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 95.000,00€, πλέον Φ.Π.Α., (εφεξής «διαγωνισμός») και κατά της υπ' αριθμό πρωτ. 20036/25-4-2019 απόφασης του Διευθύνοντος Συμβούλου του Οργανισμού (εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη»), του υπ' αριθ. 30/25-04-2019 Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού και κάθε άλλης

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης που θίγει την προσφεύγουσα και κατατείνει στον αποκλεισμό της από τη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού και της μη κατακύρωσης της σύμβασης σε αυτήν, για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή και

Κατά της παρεμβαίνουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο, επί της συμβολής των οδών, αρ. και, νόμιμα εκπροσωπούμενης (εφεξής «παρεμβαίνουσα» ή «.....»).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) που ανέρχεται σε ποσό 95.000,00€, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, του αντικειμένου της (συμβουλευτικές υπηρεσίες που συμπεριλαμβάνονται στην κατηγορία των γενικών υπηρεσιών) και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, ως Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου, κατά την έννοια της περίπτωσης 4 της παραγρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, που αποτελεί «μη κεντρική αναθέτουσα αρχή» (περίπτωση 3 της παραγρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016) και ανήκει στον τομέα της Γενικής Κυβέρνησης (υποτομέα Κεντρικής Κυβέρνησης), σύμφωνα με τις υποδιαιρέσεις του ν. 4270/2014, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της διακήρυξης στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) την 25-05-2018), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

2. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώως, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 600,00€. Συνακόλουθα, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

3. Επειδή, ο Οργανισμός, με την υπ' αριθ. πρωτ. διακήρυξή του, προκήρυξε τον επίμαχο διαγωνισμό. Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε ηλεκτρονικά, στον ηλεκτρονικό τόπο με α/α ΕΣΗΔΗΣ Κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής υποβλήθηκαν προσφορές από τέσσερις (4) οικονομικούς φορείς, η με αριθμό συστήματος 98996/11-06-2018 ηλεκτρονική προσφορά του φορέα με την επωνυμία, ήδη παρεμβαίνουσας, η με αριθμό 99053/14-06-2018 ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία, η με αριθμό 99280/14-06-2018 ηλεκτρονική προσφορά της ΙΚΕ με την επωνυμία «.....», ήδη προσφεύγουσας και η με αριθμό συστήματος 100216/14-06-2018 ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία Μετά την ολοκλήρωση των σταδίων αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, την άσκηση προσφυγών και τη συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής στις αποφάσεις της ΑΕΠΠ επί των ως άνω προσφυγών, όπου απαιτείτο, με το με αριθ. 124/27-11-2018 Πρακτικό του Δ.Σ. του εγκρίθηκε η ανάδειξη της προσφεύγουσας, ως προσωρινού αναδόχου και με την υπ' αριθ. πρωτ. 3377/22-01-2019 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, αυτή κλήθηκε για την υποβολή δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Με την από 31-1-2019 επιστολή της, όμως, η προσφεύγουσα ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

ότι ο οικονομικός φορέας (.....), στην ικανότητα του οποίου είχε στηριχθεί, τέθηκε υπό εκκαθάριση από τους εταίρους του στις 20-12-2018 και ότι προβαίνει στην αντικατάστασή του με τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....». Στη συνέχεια, την 01-02-2019, η προσφεύγουσα υπέβαλε ηλεκτρονικά δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου, τόσο της ίδιας, όσο και του φορέα στήριξης «.....». Μετά και τη συμπλήρωση των δικαιολογητικών, που αρχικώς είχαν υποβληθεί, η επιτροπή του διαγωνισμού, με τα με αριθμούς 28/17-04-2019 και 29/19-04-2019 πρακτικά της, διαπίστωσε ότι τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν από την προσφεύγουσα καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης και κρίνονται αποδεκτά, ότι ο φορέας στήριξης «.....» πληροί της απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν υστερεί στα κριτήρια που αναφέρονται σε αυτή, όσον αφορά την κάλυψη των τεχνικών απαιτήσεών της, και δεν προκύπτει λόγος αποκλεισμού του, αλλά, προκειμένου να μην αμφισβητηθεί η νομιμότητα της διαδικασίας αξιολόγησης των προσφορών των υποψήφιων, θα προχωρήσει σε πρόταση για κατακύρωση ή μη του διαγωνισμού μετά την απάντηση της ΕΑΑΔΗΣΥ στο υπ' αριθ. 6389/07.02.19 έγγραφο της επιτροπής σχετικά με την αντικατάσταση του φορέα στήριξης από την προσφεύγουσα. Μετά και την απάντηση της ΕΑΑΔΗΣΥ (1/24-04-2019 Απόφαση αυτής) στο πιο πάνω έγγραφο, ο Διευθύνων Σύμβουλος του Οργανισμού, σε συνέχεια της με αρ. θέματος 20 Απόφασης της 135ης/24-04-2019 Συνεδρίασης του Δ.Σ. αυτού, με την υπ' αριθ. πρωτ. 20036/25-4-2019 απόφασή του έκανε αποδεκτή και επικύρωσε την αξιολόγηση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, όπως προκύπτει από τα με αρ. 25/07-02-2019, 27/29-03-2019, 28/17-04- 2019, 29/19-04-2019 και 30/25-05-2019 Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού, του τελευταίου δε με εισήγηση περί απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, με την αιτιολογία ότι η αντικατάσταση του φορέα, στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, υποκύπτει σε παράβαση των νομίμων διατυπώσεων μεσοσύσης της διαδικασίας, ήτοι παράλειψη αναγγελίας και δήλωσης στην αναθέτουσα αρχή της κατάστασης, στην οποία περιήλθε ο

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

φορέας στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται η προσφεύγουσα και διατύπωσης αιτήματος έκδοσης σύμφωνης γνώμης από την αναθέτουσα αρχή, που θα έπρεπε να έχει λάβει χώρα προ της οικειοθελούς αυτοβούλου ενέργειας αντικατάστασης του φορέα αυτού. Συναφώς, δε, αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, λόγω μη τήρησης των απαραίτητων διατυπώσεων για την αντικατάσταση του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, την ανάδειξη της εταιρείας ως προσωρινού αναδόχου του διαγωνισμού, την άμεση κοινοποίηση της απόφασής του στους προσφέροντες και τη μετέγκριση της στην επόμενη συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης και κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, η οποία τη θίγει και την αποκλείει από το διαγωνισμό, άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή. Την 07-05-2019, άλλωστε, με τη με αρ. θέματος 01, εκτός ημερησίας διατάξεως, απόφασή του, κατά την 136^η συνεδρίασή του το Διοικητικό Συμβούλιο του οργανισμού, κατά πλειοψηφία αποφάσισε την έγκριση (μετέγκριση) της πιο πάνω υπ' αριθ. πρωτ. 20036/25-4-2019 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου του Οργανισμού.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που συμμετείχε στο διαγωνισμό, υπέβαλε προσφορά και είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, προβάλλει ότι με την προσβαλλόμενη πράξη μη νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της και μάλιστα με την αιτιολογία ότι δεν τήρησε τις νόμιμες διατυπώσεις για την αντικατάσταση του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι η απόφαση εκδόθηκε από αναρμόδιο όργανο, το διευθύνοντα σύμβουλο του Οργανισμού, που μη νόμιμα εξουσιοδοτήθηκε από το Δ.Σ. αυτού για την λήψη της συγκεκριμένης απόφασης και μόνο, είναι ανατιολόγητη, εφόσον δεν αναφέρει ούτε τους κανόνες δικαίου στους οποίους στηρίχθηκε, ούτε περιλαμβάνει ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών, έτσι ώστε να μην καταλείπεται κανένα κενό ή αμφιβολία για την

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

ορθότητα της κρίσης του οργάνου που την εξέδωσε. Περαιτέρω, προβάλλει ότι η αιτιολογία που εμπεριέχει είναι συνάμα και αντιφατική, παραβιάζει τους όρους του νόμου, και πιο συγκεκριμένα των άρθρων 78 σε συνδυασμό με τα άρθρα 73 και 74 του ν. 4412/2016, της διακήρυξης και πιο συγκεκριμένα των όρων 2.2.8.2 σε συνδυασμό με τους όρους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 και του όρου 2.4.6 αυτής, αλλά και της κοινοτικής νομοθεσίας, σε κανένα σημείο των οποίων δεν προβλέπεται η υποχρέωση τήρησης ειδικών διατυπώσεων για την αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων, όταν συντρέχουν ειδικοί λόγοι, πολύ δε περισσότερο που από καμία διάταξη και καμία ερμηνευτική εκδοχή δεν προκύπτει ότι απαιτείται έκδοση σύμφωνης γνώμης από την αναθέτουσα αρχή, που θα πρέπει να λάβει χώρα πριν την αντικατάσταση του φορέα, αλλ' ούτε ότι η προσφορά απορρίπτεται λόγω μη τήρησης των διατυπώσεων αυτών, οι οποίες διατυπώσεις κατά τα άνω δεν προβλέπονται πουθενά, ούτε στη Διακήρυξη ούτε στο νόμο. Σε κάθε περίπτωση, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα να ζητήσει αντικατάσταση του φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται προσφέρων, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με την προσβαλλόμενη απόφασή της, με την οποία επιβάλλει για την αντικατάσταση αυτή διατυπώσεις (αναγγελία για το γεγονός της ειδικής εκκαθάρισης και αίτημα για έκδοση σύμφωνης γνώμης) που δεν προκύπτουν από κανένα έγγραφο της σύμβασης, ούτε από το νόμο και την κοινοτική νομοθεσία, υπερβαίνει τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας, αφού δεν ανταποκρίνεται ούτε στην έννοια του δημοσίου συμφέροντος, ούτε αρμόζει με τις αρχές της ισότητας και της χρηστής διοίκησης.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με το με πρωτ. 21304/09-05-2019 έγγραφο του διευθύνοντα συμβούλου της, κοινοποιεί το με αρ. 32/07-05-2019 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού με τις απόψεις της και την από 07-05-2019 γνωμοδότηση του νομικού συμβούλου της επί της εξεταζόμενης προσφυγής. Στα εν λόγω έγγραφα, η αναθέτουσα αρχή εμμένει στους λόγους για τους οποίους απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, επί των λόγων δε της προσφυγής επάγεται τα εξής: Ότι το Διοικητικό Συμβούλιο του

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

Οργανισμού επί του ζητήματος της νομιμότητας ή μη της αντικατάστασης από την προσωρινή ανάδοχο του φορέα στην ικανότητα του οποίου αυτή είχε στηριχτεί με τη με αρ. 20 απόφασή του της 135ης/24-04-2019 συνεδρίασής του, αποφάσισε να υλοποιηθεί η όποια έγγραφη γνώμη αποσταλεί από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ και την Επιτροπή Διαγωνισμού, εξουσιοδότησε δε τον διευθύνοντα σύμβουλο να υλοποιήσει την απόφαση αυτή και να προβεί σε όλες τις απαιτούμενες ενέργειες. Για πρόσθετη διασφάλιση της νομιμότητας της απόφασης του Διευθύνοντος Συμβούλου, η οποία όφειλε να υιοθετήσει την αναμενόμενη εγγράφως διατυπωμένη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ επί του προκύψαντος ζητήματος, την απόφαση αυτή θα ενέκρινε το Δ.Σ. στην αμέσως επόμενη συνεδρίασή του. Συνεπώς, δεν πρόκειται για εκχώρηση αρμοδιότητας του Δ.Σ. προς το Διευθύνοντα Σύμβουλο να εξετάσει και να αποφασίσει ο ίδιος κατά το δοκούν, αλλά για Απόφαση του Δ.Σ. με προδιαγεγραμμένα όρια και περιεχόμενο, το οποίο ήταν οπωσδήποτε σύμφωνο με τη γνωμοδότηση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. και της Επιτροπής Διαγωνισμού. Επικουρικώς, ισχυρίζεται, εξάλλου, ότι ο διευθύνων σύμβουλος δυνάμει των διατάξεων της παραγράφου 5 του άρθρου 5 της υπ' αριθ. 188763/10-10-2011 (ΦΕΚ Β'2284/13-10-2011) κοινής απόφασης των Υπουργών Οικονομικών και Αγροτικής Ανάπτυξης & Τροφίμων, με την οποία συστάθηκε ο - (.....-.....), όπως τροποποιήθηκε με τις αριθμ. 919/131869/20.10.2014 (ΦΕΚ Β'2889/27.10.2014), 9657/122441/10.11.2015 (ΦΕΚ Β'2537/25.11.2015) και 1437/69301/15-05-2018 (ΦΕΚ Β'1770/18-05-2018) όμοιες, θα μπορούσε και από μόνος του να αποφασίσει ελευθέρως κατά την προσωπικά σχηματισθείσα άποψή του και να φέρει τη ληφθείσα απόφαση προς μετέγκριση. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι η εισήγηση επί του Πρακτικού 30/25.04.19 της Επιτροπής στηρίζεται στο υπ' αριθ. πρωτ. 19951/25.04.19 εισερχόμενο έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ, είναι πλήρης και αναλυτικά διευκρινιστική και εκτενής, συνεπώς η απόφαση του διευθύνοντος συμβούλου που την αποδέχθηκε είναι αιτιολογημένη. Τέλος, σχετικώς με τη νόμιμη αιτία της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

προβάλλει τα εξής: Αφού κατά την συνεδρίασή της στις 07/02/2019 (πρακτικό 25) κατά την οποία προέβη σε έλεγχο πληρότητας και ορθότητας των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, ήδη προσφεύγουσας, η επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού διαπίστωσε ότι αυτή προχώρησε σε αντικατάσταση του φορέα, στην ικανότητα του οποίου στηριζόταν, στηριζόμενη στο γεγονός ότι τόσο οι σχετικές διατάξεις του ν. 4412/2016 όσο και οι απαιτήσεις της υπ' αριθμ.Διακήρυξης δεν αποτυπώνουν με σαφήνεια τη διαδικασία που πρέπει να ακολουθείται σε ανάλογες περιπτώσεις, αποφάσισε να προχωρήσει σε διαβίβαση έγγραφου ερωτήματος προς την ΕΑΑΔΗΣΥ ζητώντας απάντηση στα κάτωθι ερωτήματα: 1. Είναι δυνατό ο Οικονομικός Φορέας να προβεί, σε αυτή τη φάση του διαγωνισμού, σε αλλαγή του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται; Ποια διαδικασία πρέπει να ακολουθηθεί στην περίπτωση αυτή; 2. Σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8.2, σημείο Α, 3η πρόταση της υπ' αριθμ.Διακήρυξης «Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει ένα φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1 και 2.2.3.2 της υπ' αριθμ.Διακήρυξης». Με δεδομένο το ανωτέρω σημείο της Διακήρυξης και λαμβάνοντας υπόψη ότι ο λόγος για τον οποίο ο Οικονομικός Φορέας προχώρησε σε αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηριζόταν, ήταν ότι αυτός τέθηκε σε εκκαθάριση από τους εταίρους του, δύναται η επιτροπή να προχωρήσει στην περαιτέρω εξέλιξη της διαδικασίας αξιολόγησης του Φορέα αφού η εκκαθάριση δεν περιλαμβάνεται στα σημεία 2.2.3.1 και 2.2.3.2 της υπ' αριθμ.Διακήρυξης; 3. Η μη κατάθεση των εξής δικαιολογητικών που αφορούν τον φορέα στις ικανότητες του οποίου θα στηριχθεί ο Οικονομικός Φορέας: - ΕΕΕΣ, - Ισολογισμό για τα έτη 2014, 2015, 2016, - ΥΔ κύκλου Εργασιών της εταιρείας αποτελούν λόγω αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα; 4. Με δεδομένο ότι: i. τα ανωτέρω ερωτήματα 1, 2 και 3 απαντηθούν θετικά ήτοι δεν αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού του Οικονομικού Φορέα και ii.

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

ο διαγωνισμός βρίσκεται στο στάδιο της αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο νέος φορέας, στις ικανότητες του οποίου θα στηριχθεί ο Οικονομικός Φορέας, θα πρέπει να καταθέσει το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ή αρκεί μόνο η κατάθεση των επιμέρους δικαιολογητικών κατακύρωσης; Μετά την απάντηση της ΕΑΑΔΗΣΥ στα πιο πάνω ερωτήματα, όπως εμπεριέχεται στο με αρ. πρωτ εισερχόμενου εγγράφου 19951/25.04.19, στην οποία αναφέρεται ότι μετά την υποβολή προσφοράς δεν παρέχεται η δυνατότητα στον προσφέροντα να αντικαταστήσει τον φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, παρά μόνον αν το ζητούσε η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των αντίστοιχων διατάξεων, η επιτροπή κατά τη συνεδρίαση της στις 25.04.19 (πρακτικό 30) οδηγήθηκε στο συμπέρασμα ότι η προσφεύγουσα με την αντικατάσταση του φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, υποκύπτει σε παράβαση των νομίμων διατυπώσεων μεσούσης της διαδικασίας, ήτοι παράλειψη αναγγελίας και δήλωσης στην αναθέτουσα αρχή της κατάστασης στην οποία περιήλθε ο φορέας στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται και διατύπωσης αιτήματος έκδοσης σύμφωνης γνώμης από την αναθέτουσα αρχή, που θα έπρεπε να έχει λάβει χώρα προ της οικειοθελούς αυτοβούλου ενέργειας αντικατάστασης του φορέα αυτού. Την παράλειψη αυτή έκρινε ουσιώδη και ότι δε μπορούσε να θεραπευτεί στη φάση στην οποία βρισκόταν ο διαγωνισμός, γιατί κάτι τέτοιο θα συνιστούσε στρέβλωση του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που συμμετέχουν σε αυτόν και για τους λόγους αυτούς εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας. Μετά ταύτα, καταλήγει η αναθέτουσα αρχή αποδεικνύεται ότι ούτε καταχρηστική ήταν η στάση της, ούτε υπερέβη τα άκρα όρια της σχετικής διακριτικής της ευχέρειας, απεναντίας ότι υπαγορεύτηκε από την πρόθεσή της να μην αδικήσει την προσφεύγουσα και να ολοκληρώσει την διαδικασία εντός προθεσμιών, τηρώντας τις αρχές του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των συμμετεχόντων.

6. Επειδή, η παρεμβαίνουσα τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017 και εμπροθέσμως, κατά τις διατάξεις των

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017, την 10-05-2019 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το από ίδιας ημερομηνίας Υπόμνημα – Πρόσθετη παρέμβαση, με το οποίο με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των πιο πάνω διατάξεων, επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης του Οργανισμού. Μάλιστα, συνημμένα στο πιο πάνω έγγραφο, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε και το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, ποσού 600,00€, εκδοθέν για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής για το Φορέα Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), το οποίο όμως αχρεώστητα κατέβαλε, δοθέντος ότι από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 361, 363 και 362 του ν. 4412/2016 συνάγεται ότι για το παραδεκτό της άσκησης παρέμβασης δεν προβλέπεται η καταβολή παραβόλου, συνακόλουθα θα πρέπει να του επιστραφεί. Στο πιο πάνω έγγραφο, που, παρά τον τίτλο που φέρει, κατ' ορθήν εκτίμησή του, έχει το χαρακτήρα παρέμβασης, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι από το συνδυασμό των διατάξεων της παρ. 4 του άρθρου 73, της παρ. 1 του άρθρου 79 και του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 συνάγεται ότι οι λόγοι αποκλεισμού αφορούν και τους τρίτους, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας και ότι οι λόγοι αυτοί δε θα πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο ούτε των τρίτων φορέων ούτε κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς, ούτε υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, αλλ' ούτε και κατά τη σύναψη της σύμβασης και ότι, σε περίπτωση που κάποιος λόγος αποκλεισμού είναι οψιγενής, ο οικονομικός φορέας που είναι και προσωρινός ανάδοχος οφείλει να ενημερώσει αμελητί την αναθέτουσα αρχή, άλλως καταπίπτει υπέρ της τελευταίας η εγγύηση συμμετοχής του. Κατά συνέπεια, υποστηρίζει ο παρεμβαίνων, σε περίπτωση που, σε κάποιο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και ως την κατακύρωση της σύμβασης, ο προσωρινός ανάδοχος ή οι τρίτοι στις οικονομικές – τεχνικές ικανότητες των οποίων ο πρώτος στηρίζεται πάσπουν να πληρούν τους όρους της διακήρυξης, τότε ο προσωρινός ανάδοχος αποκλείεται, η δε ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής για την όποια μεταβολή έχει επέλθει ενδιαφέρει μόνον ως προς την

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

επιστροφή της εγγύησης συμμετοχής ή την κατάπτωσή της υπέρ της αναθέτουσας αρχής. Αφού, εν προκειμένω, κατά τον έλεγχο πληρότητας και ορθότητας των δικαιολογητικών κατακύρωσης (άρθρο 2.2.8. της διακήρυξης) διαπιστώθηκε ότι, όπως με την από 31-01-2019 επιστολή του ενημέρωνε την αναθέτουσα αρχή, ο οικονομικός φορέας και προσωρινός ανάδοχος προέβη σε αντικατάσταση του οικονομικού φορέα (.....), στην ικανότητα του οποίου είχε στηριχθεί, επειδή στις 20-12-2018 τέθηκε υπό εκκαθάριση από τους εταίρους του και προέβη στην αντικατάστασή του με τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να αποκλείσει τον προσωρινό ανάδοχο, καθώς δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις συμμετοχής του στο διαγωνισμό.

7. Επειδή, επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης η προσφεύγουσα ανήρτησε στη λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (α/α ΕΣΗΔΗΣ) υπόμνημα, στο οποίο ισχυρίζεται ότι καταρχήν η διατύπωση στην απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Οργανισμού προς τον διευθύνοντα σύμβουλο αυτής να υλοποιηθεί η όποια έγγραφη γνώμη αποσταλεί από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ και την Επιτροπή Διαγωνισμού, είναι παράνομη, διότι από καμία διάταξη νόμου δεν προκύπτει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να υλοποιεί απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, σε κάθε περίπτωση οι αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ έχουν καθαρά γνωμοδοτικό χαρακτήρα και επ' ουδενί το χαρακτήρα σύμφωνης γνώμης και δεν είναι δεσμευτικές για τις αναθέτουσες αρχές. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι ο διευθύνων σύμβουλος του Οργανισμού εσφαλμένα ερμήνευσε την γνωμοδότηση της ΕΑΑΔΗΣΥ, καθώς σε αυτήν επιβεβαιώνεται η δυνατότητα για αντικατάσταση του φορέα στήριξης, εφόσον υπήρχε σχετικό αίτημα της αναθέτουσας αρχής. Δεδομένου ότι δεν διευκρινίζεται τι γίνεται στην περίπτωση που δεν θα υπήρχε αίτημα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η μη υποβολή αιτήματος από την αναθέτουσα αρχή μπορεί να ερμηνευτεί ως αποδοχή να συνεχίσει ο οικονομικός φορέας με τον αρχικό φορέα στήριξης,

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

σύμφωνα με το 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή είχε τη διακριτική ευχέρεια τόσο να συνεχιστεί ο διαγωνισμός με τον αρχικό φορέα στήριξης, όσο και να ζητήσει την αντικατάστασή του, δεν έπραξε τίποτα από αυτά, αλλά, αφού πρώτα έκρινε ότι ο νέος φορέας πληροί όλα τα κριτήρια, στη συνέχεια απέρριψε την προσφορά της για μη τήρηση των νόμιμων διατυπώσεων, οι οποίες έτσι κι αλλιώς είναι αυθαίρετες, κάνοντας καταφανώς υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας και επιφέροντας δυσμενέστατες συνέπειες σε βάρος της, για μόνο το γεγονός ότι έλαβε την πρωτοβουλία αντικατάστασης του φορέα στήριξης. Τέλος, η προσφεύγουσα απορρίπτει ότι οι διατάξεις περί όψιμων περιστατικών έχουν εφαρμογή εκτός του προσφέροντος φορέα και επί των τρίτων στις ικανότητες των οποίων αυτός στηρίζεται.

8. Επειδή, όπως παγίως γίνεται δεκτό στη νομολογία, οι πράξεις των Επιτροπών Διαγωνισμού, τόσο κατά τον έλεγχο τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής, όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών, έχουν χαρακτήρα απλής γνώμης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής και ως εκ τούτου, ως μη εκτελεστές γνωμοδοτικής φύσεως πράξεις (πρβλ. ΣΤΕ 323/2012 και ΣΤΕ ΕΑ 421/2014, 423/2013, 464/2012, 251, 419, 721/2011, 115, 631, 1279/2009, 818/2008, 107, 645/2007, 115/2009, 420, 153, 46/2006, 860, 352, 43/2005, 57, 375, 806/2002) δεν υπόκεινται σε προδικαστική προσφυγή (πρβλ. έναντι πολλών, ενδεικτικά ΑΕΠΠ 959/2018). Συνακόλουθα, το υπ' αριθ. 30/25-04-2019 Πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, στο οποίο αποτυπώνεται η εισήγησή της περί απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας απαραδέκτως προσβάλλεται με την υπό εξέταση προσφυγή (πρβλ. ad hoc ΔΕφΑθ 32/2019, ΕΑ ΣΤΕ 188/2017, 368, 289/2016).

9. Επειδή, εξάλλου, η παράγραφος 5 του άρθρου 5 της υπ' αριθ. 188763/10-10-2011 (ΦΕΚ Β'2284/13-10-2011) κοινής απόφασης των Υπουργών Οικονομικών και Αγροτικής Ανάπτυξης & Τροφίμων, με την οποία συστάθηκε ο – (..... -), όπως

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

τροποποιήθηκε με τις με αριθ. 919/131869/20.10.2014 (ΦΕΚ Β΄2889/27.10.2014), 9657/122441/10.11.2015 (ΦΕΚ Β΄2537/25.11.2015) και 1437/69301/15-05-2018 (ΦΕΚ Β΄1770/18-05 2018) όμοιες, προβλέπει ότι: «Ο Διευθύνων Σύμβουλος είναι το ανώτατο εσωτερικό εκτελεστικό όργανο του Οργανισμού και έχει τις εξής αρμοδιότητες: ... β) Έχει την ευθύνη για την υλοποίηση των αποφάσεων του Δ.Σ. και του συνολικού έργου του Οργανισμού, ... θ) Αποφασίζει για έκτακτα και κατεπείγοντα θέματα και υποβάλλει, εκτός ημερησίας διατάξεως, τις αποφάσεις αυτές για έγκριση στο Δ.Σ. του Οργανισμού στην αμέσως επόμενη συνεδρίαση του...». Δοθέντος ότι με τη με αρ. 20 απόφασή του της 135ης/24-04-2019 συνεδρίασής του, το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής έχοντας υπόψη την έως τότε εξέλιξη του επίμαχου διαγωνισμού και εν αναμονή της γνώμης της ΕΑΑΔΗΣΥ επί των ζητημάτων που με το με αριθμό 6389/07-02-2019 έγγραφό της η επιτροπή του διαγωνισμού έθεσε σε αυτήν προς διευκρίνιση, αποφάσισε να υλοποιηθεί η όποια έγγραφη γνώμη αποσταλεί από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ και την εισήγηση της επιτροπής του διαγωνισμού, εξουσιοδότησε δε το διευθύνοντα σύμβουλο να υλοποιήσει την απόφαση αυτή και να προβεί σε όλες τις απαιτούμενες ενέργειες. Κατά συνέπεια, νομίμως και μέσα στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων του, ο διευθύνων σύμβουλος του Οργανισμού, έχοντας υπόψη τη με αριθμό 1/2019 Απόφαση της ΕΑΑΔΗΣΥ, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. ια' του ν. 4012/2011 (αριθμ. πρωτ. 19951/25.04.19 εισερχόμενου εγγράφου) και την εισήγηση της Επιτροπής του διαγωνισμού επί του Πρακτικού της με αριθ. 30/25.04.19, αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, τ' αντίθετα δε υποστηριζόμενα είναι αβάσιμα. Η απόφασή του αυτή, άλλωστε, και υπό την εκδοχή ότι εκδόθηκε, χωρίς προηγουμένως να του έχει δοθεί από το Διοικητικό Συμβούλιο η σχετική εξουσιοδότηση, δεν είναι ανυπόστατη, δοθέντος ότι σε κάθε περίπτωση σύμφωνα με τις πιο πάνω διατάξεις έχει την εξουσία να λαμβάνει ορισμένες αποφάσεις, κατά συνέπεια, στο βαθμό που εκδόθηκε για νόμιμο λόγο και κατά δεσμία αρμοδιότητα, αλυσιτελώς προσβάλλεται για τυπικούς λόγους. Και τούτο, διότι το αρμόδιο όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

τύπου, θα όφειλε κατά νόμο να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (πρβλ. ΣΤΕ Ολ 530/2003, 3813/2010, 667/2011, 4306/2011, 3953/2015, 1172/2016, 2111/2017, Ολ2018/2018). Το Διοικητικό Συμβούλιο του Οργανισμού, μάλιστα, την 07-05-2019, με τη με αρ. θέματος 01, εκτός ημερησίας διατάξεως, απόφασή του, κατά την 136^η συνεδρίασή του, αποφάσισε την έγκριση (μετέγκριση) της προσβαλλόμενης με την προσφυγή υπ' αριθ. πρωτ. 20036/25-4-2019 απόφασης του Διευθύνοντος Συμβούλου του Οργανισμού, επιβεβαιώνοντας ότι θα ελάμβανε την ίδια απόφαση. Συνακόλουθα, και υπ' αυτήν την εκδοχή, το ζήτημα που πρέπει προεχόντως να κριθεί είναι αν η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε για νόμιμο λόγο.

10. Επειδή, περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι, αν και η αιτιολογία έχει πλημμέλειες, εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία, το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητας (πρβλ. ΣΤΕ 2239/1970, 4698/1988), συνακόλουθα, αλυσιτελώς βάλλει η προσφεύγουσα κατά της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης, αν ήθελε κριθεί ότι ενδεχόμενες πλημμέλειες σε αυτήν δεν έχουν επίπτωση στο κύρος αυτής, δηλαδή ότι ορθώς απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας, ήτοι ότι, σε κάθε περίπτωση, και με την ορθή αιτιολογία η προσβαλλόμενη θα ήταν ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμ.). Είναι διάφορο το ζήτημα η προσβαλλόμενη πράξη να στερείται εντελώς πλήρους, ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας, δηλαδή να μην περιέχει συγκεκριμένα τα ουσιώδη περιστατικά που ελήφθησαν υπόψη, κατά τρόπο που να αφήνει κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του διοικητικού οργάνου, να είναι γενική και αόριστη και τα στοιχεία τα οποία λαμβάνει υπόψη της να μην αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη και να μην προκύπτουν από τα στοιχεία του φακέλου (πρβλ. ΣΤΕ 895/2005, 2701/2004), περίπτωση όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι παρά τα αντίθετα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα, από την ενσωμάτωση στην εκ δεκατριών (13) σελίδων προσβαλλόμενη με αρ. 20036/25-04-2019 απόφαση του διευθύνοντος

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

συμβούλου του οργανισμού του σκεπτικού και της αιτιολογίας όλων των προς έγκριση πρακτικών της επιτροπής του διαγωνισμού και από τα στοιχεία που περιέχονται σε αυτήν, προκύπτει ότι γίνεται πλήρης αναφορά στα πραγματικά περιστατικά που τίθενται ενώπιον του αποφασίζοντος οργάνου, στην ουσιαστική εκτίμηση αυτών, στον τυχόν απαιτούμενο νομικό χαρακτηρισμό τους, καθώς και στα κριτήρια και τις σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της αρμοδιότητάς του (ΑΕΠΠ 246/2018, 83/2018).

11. Επειδή, μετά ταύτα, το κρίσιμο ζήτημα της υπό εξέταση προσφυγής είναι, αν νομίμως, κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και χωρίς να το ζητήσει η αναθέτουσα αρχή, η προσωρινή ανάδοχος αντικατέστησε τον τρίτο φορέα στις ικανότητες του οποίου αρχικά είχε στηριχθεί για να πληροί τα κριτήρια επιλογής της σύμβασης, λόγω θέσεως αυτού σε εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων του.

12. Επειδή, υπό το καθεστώς της οδηγίας 2004/18/ΕΕ είχε κριθεί ότι το να παρασχεθεί, και δη κατά τρόπο μη προβλεπόμενο, αποκλειστικώς σε έναν οικονομικό φορέα η δυνατότητα να αντικαταστήσει τρίτη επιχείρηση η οποία αποτελεί μέρος του και η οποία απώλεσε απαιτούμενη πιστοποίηση, προκειμένου ο εν λόγω οικονομικός φορέας να μην αποκλειστεί από τον διαγωνισμό, θα συνιστούσε ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς, αλλά και της ίδιας της ταυτότητας του οικονομικού φορέα. Και τούτο, διότι θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να προβεί σε νέους ελέγχους, ενώ παράλληλα θα εξασφάλιζε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον εν λόγω οικονομικό φορέα, ο οποίος θα μπορούσε να επιδιώξει τη βελτιστοποίηση της προσφοράς του, προκειμένου να ανταγωνιστεί αποτελεσματικότερα τις προσφορές των ανταγωνιστών του, στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της επίμαχης συμβάσεως. Τέτοια κατάσταση, όμως, θα αντέβαινε στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, η οποία επιβάλλει να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές υποβάλλονται υπό τους ίδιους όρους για όλους τους προσφέροντες, θα συνιστούσε δε στρέβλωση του

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως (πρβλ. Απόφαση ΔΕΕ της 10-09-2017 επί της υπόθεσης με αριθμό C-223/2016 - Casertana Costruzioni Srl).

13. Επειδή, περαιτέρω, το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, που καθιέρωνε το δικαίωμα των οικονομικών φορέων να στηρίζονται σε τρίτους για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής μιας σύμβασης, ήταν γενικώς διατυπωμένο και δεν όριζε ρητώς τους κανόνες βάσει των οποίων ένας οικονομικός φορέας μπορούσε να ασκεί το δικαίωμά του αυτό. (πρβλ. Απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψεις 87 και 88). Αντιθέτως, το άρθρο 63, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 προβλέπει πλέον ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων «μόνο εάν αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες» (πρβλ. απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψη 89) και ότι «η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει ένα φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού». Καίτοι αληθεύει ότι, όπως αναφέρεται μεταξύ άλλων στην αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24, η οδηγία αυτή έχει ως σκοπό να διευκρινιστούν βασικές έννοιες και όροι, προκειμένου να κατοχυρωθεί η ασφάλεια δικαίου και να ενσωματωθούν ορισμένες πτυχές από τη σχετική πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, εντούτοις το άρθρο 63 της οδηγίας αυτής επιφέρει ουσιώδεις τροποποιήσεις όσον αφορά το δικαίωμα ενός οικονομικού φορέα να βασίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων στο πλαίσιο δημοσίας συμβάσεως (πρβλ. απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψη 90). Πράγματι, το άρθρο 63, παρ. 1, της οδηγίας 2014/24, όχι μόνο δεν αποτελεί συνέχεια του άρθρου 48, παρ. 3, της οδηγίας 2004/18 και δεν διευκρινίζει απλώς το περιεχόμενό του, τουναντίον εισάγει νέες προϋποθέσεις, οι οποίες δεν προβλέπονταν υπό το

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

προγενέστερο νομικό καθεστώς (πρβλ. απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψη 91).

14. Επειδή, εξάλλου, το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων», με το οποίο ενσωματώθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατ' απόλυτη αντιστοιχία με τις διατυπώσεις της οδηγίας, ορίζει τα εξής: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74....». Κατά την έννοια των ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

διατάξεων, υπό το καθεστώς πλέον του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 που ενσωμάτωσε την οδηγία στην εσωτερική έννομη τάξη και έχει εφαρμογή στο διαγωνισμό (πρβλ. σκέψη 1 της παρούσας), προσφέρων οικονομικός φορέας, όταν στο πρόσωπο του τρίτου, στις ικανότητες του οποίου στηρίχτηκε, συνέτρεξαν οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 73 και 74 λόγοι αποκλεισμού ή όταν ο τρίτος δεν πληροί κάποιο από τα κριτήρια επιλογής, για τα οποία παρείχε στήριξη, δεν αποκλείεται σε κάθε περίπτωση. Η αναθέτουσα αρχή, αφού ελέγξει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν ο φορέας, στις ικανότητες του οποίου προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74, αν διαπιστώσει ότι στο πρόσωπό του συντρέχουν οι αναφερόμενοι στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 του νόμου λόγοι αποκλεισμού (υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού) ή δεν πληροί κριτήριο επιλογής για το οποίο παρείχε στήριξη, υποχρεούται να ζητήσει την αντικατάσταση του, και αφού ελέγξει εκ νέου, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν ο νέος φορέας, που δηλώνεται ότι παρέχει στήριξη, πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπό του ή όχι, τότε μόνον θα κάνει δεκτή ή θα απορρίψει την προσφορά του. Τη δυνατότητα αυτή, μάλιστα, έχει η αναθέτουσα αρχή και όταν στο πρόσωπό του αρχικώς δηλωθέντα τρίτου συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 του νόμου (δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού). Από τις πιο πάνω διατάξεις, όμως δεν προκύπτει, ότι μετά την υποβολή της προσφοράς από οικονομικό φορέα επετράπη σε αυτόν να προβαίνει ελεύθερα σε αντικατάσταση του τρίτου φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίχτηκε για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής της σύμβασης. Και τούτο, διότι οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και προσφέροντος, στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, τούτο δε συνεπάγεται ότι, κατ' αρχήν, μια προσφορά δεν μπορεί να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, κατόπιν πρωτοβουλίας είτε της

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος. Δοθέντος ότι δυνατότητα να ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου φορέα, στις περιπτώσεις που ρητώς προβλέπεται στις πιο πάνω διατάξεις καθιερώνεται μόνον στην αναθέτουσα αρχή και με τους όρους που στις πιο πάνω διατάξεις τίθενται, μια τέτοια αντικατάσταση από τον προσωρινό ανάδοχο αυτοβούλως, θα αντέβαινε στις πάνω αρχές, οι οποίες επιβάλλουν να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγονται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές υποβάλλονται υπό τους ίδιους όρους για όλους τους προσφέροντες, θα συνιστούσε δε στρέβλωση του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως (πρβλ. Απόφαση ΔΕΕ της 10-09-2017 επί της υπόθεσης με αριθμό C-223/2016 - Casertana Costruzioni Srl).

15. Επειδή, άλλωστε και η διακήρυξη του διαγωνισμού, που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο, που διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή, όσο και τους διαγωνιζόμενους (πρβλ. ΑΕΠΠ Α65/17, 65/17, 114/17, 115/17, 174/17, 128/17 κ.α.), προβλέπει, στο άρθρο 2.2.7 με τίτλο «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων», ότι: «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ΄ του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης ...», στο άρθρο 2.2.8.2 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα», ότι: «Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.7, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.7. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.7). Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1 και 2.2.3.2. ...», στο άρθρο 2.2.3 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού», ότι 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: 2.2.3.1. Όταν υπάρχει σε βάρος του τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους: ... 2.2.3.2. Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ ... 2.2.3.3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (β) εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα ο οποίος βρίσκεται σε μία εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση αυτή, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεικνύει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας ...», στο άρθρο 2.4.6 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών», ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: ... η) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης ...» και στο άρθρο 3.2 με τίτλο «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου – Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου», ότι «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας, δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.8.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.7 αυτής ... Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί 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, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. ... Ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 - 2.2.7 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης ότι πληροί, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του. ...».

16. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι ούτε η αναθέτουσα αρχή υποχρεούνταν να ζητήσει από οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει τρίτο, στις ικανότητες του οποίου στηρίχτηκε για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής της σύμβασης, ο οποίος

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

όμως είχε τεθεί με απόφαση των εταίρων του σε εκκαθάριση, διότι οι καταστάσεις αφερεγγυότητας αυτές περιλαμβάνονταν στην παρ. 2.2.3.3 και όχι στις παραγράφους 2.2.3.1. και 2.2.3.2, στις οποίες καθιερώνεται η σχετική υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, ούτε ο προσωρινός ανάδοχος δικαιούνταν να προβεί σε μια τέτοια αντικατάσταση. Αντίθετα, ο τελευταίος υποχρεούνταν κατά στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης να προσκομίσει, όλα τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της διακήρυξης και για τον τρίτο φορέα, στις ικανότητες του οποίου με την προσφορά του είχε δηλώσει ότι στηρίζεται, διαφορετικά θα έπρεπε να κηρυχθεί έκπτωτος και να καταπέσει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής που είχε καταβάλει, εκτός αν εγκαίρως προσηκόντως είχε ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή για τις μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης για τον τρίτο φορέα ότι πληροί. Σε κάθε περίπτωση, από τους όρους της διακήρυξης δεν προέκυπτε και δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει την αντικατάσταση τρίτου στις ικανότητες του οποίου είχε στηριχθεί ο προσωρινός ανάδοχος, για το λόγο ότι είχε τεθεί με απόφαση των εταίρων του σε εκκαθάριση. Κατά συνέπεια, και ενόψει, των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, δεν θα μπορούσε να ασκήσει μια δυνατότητα που δεν καθιερώνεται ρητώς στη διακήρυξη. Αντίθετα, αν από τα δικαιολογητικά που ο προσωρινός ανάδοχος προσκόμιζε προέκυπτε ή αν με άλλον τρόπο διαπίστωνε ότι ο τρίτος είχε τεθεί με απόφαση των εταίρων του σε εκκαθάριση, όφειλε η αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει τον προσωρινό ανάδοχο, εκτός αν από τα στοιχεία που αυτός θα προσκόμιζε θα αποδείκνυε ότι ο τρίτος φορέας είχε αποκαταστήσει την αξιοπιστία του και θα ήταν σε θέση να παρέχει τη στήριξη για την οποία δεσμεύτηκε.

17. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, η προσφεύγουσα, εκτός του ΕΕΕΣ της εταιρείας, στην ικανότητα της οποίας είχε στηριχθεί, στο φάκελο

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

δικαιολογητικά κατακύρωσης που έχει υποβληθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού δεν έχει υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης για την εταιρεία αυτή, αλλά, την από 31-1-2019 επιστολή της ίδιας, με την οποία ενημερώνει την αναθέτουσα αρχή ότι ο οικονομικός φορέας τέθηκε υπό εκκαθάριση από τους εταίρους του στις 20/12/2018 και ότι προβαίνει στην αντικατάστασή του με τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....» και δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου, τόσο της ίδιας, όσο και του φορέα αυτούς («.....»).

Ενόψει, όμως, όσων έγιναν δεκτά στις σκέψεις 14, 15 και 16 της παρούσας, ούτε σύμφωνα με τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου, ούτε κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, που έχει εφαρμογή στην προκείμενη διαδικασία, ούτε δυνάμει ρητού όρου της διακήρυξης είχε δυνατότητα η προσφεύγουσα αυτοβούλως να αντικαταστήσει τον φορέα στις ικανότητες του οποίου είχε στηριχθεί για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής της σύμβασης, επειδή μετά την υποβολή της προσφοράς είχε τεθεί σε εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων του, ούτε η αναθέτουσα αρχή υποχρεούνταν να ζητήσει την αντικατάσταση αυτή, αλλ' ούτε και με ρητό όρο της διακήρυξης είχε τέτοια δυνατότητα. Συνακόλουθα, και σύμφωνα με όσα γίνονται δεκτά στη σκέψη 16 της παρούσας, εφόσον δεν προσκομίστηκαν νομίμως εμπροθέσμως δικαιολογητικά κατακύρωσης της εταιρείας, στην ικανότητα της οποίας είχε στηριχθεί η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή, όφειλε να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας, δίχως καν να αξιολογήσει αν ο νέος φορέας, στις ικανότητες του οποίου, κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, δήλωσε ότι στηρίζεται, πληροί τους όρους της διακήρυξης. Δοθέντος, μάλιστα, ότι για την εταιρεία δεν προσκομίστηκαν στοιχεία ότι παρά τη θέση της σε εκκαθάριση είχε αποκαταστήσει την αξιοπιστία της και θα ήταν σε θέση να παρέχει στον προσωρινό ανάδοχο τη στήριξη για την οποία δεσμεύτηκε, η προσφορά της προσφεύγουσας θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και για το λόγο αυτό. Συνακόλουθα, έστω και με διαφορετική αιτιολογία, νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, διότι σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

σκέψη 10 της παρούσας η προσβαλλόμενη ήταν ορθή ως προς το διατακτικό της.

18. Επειδή, κατ' ακολουθία, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η δε παρέμβαση να γίνει δεκτή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

20. Επειδή, τέλος, ύστερα από όσα γίνονται δεκτά στη σκέψη 6, το παράβολο που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα πρέπει να επιστραφεί ως αχρεωστήτως καταβληθέν.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 600,00€.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 600,00€

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 23 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 31^η Μαΐου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: 589 / 2019

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αθηνά Μπουζιούρη