

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 28^η Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος – Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Νικόλαος Σαββίδης (πράξη 75/2020 του Προέδρου της Αρχής), Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.08.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 1168/24.08.2020, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «*****» και διακριτικό τίτλο *****, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του **** (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως εκπροσωπούμενου και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «*****» με διακριτικό τίτλο **** νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει α) να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. *****, β) να ακυρωθεί κάθε συναφής, βλαπτική των εννόμων συμφερόντων της πράξη ή παράλειψη, περιλαμβανομένου του 3^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού κατά το σκέλος αυτού που είναι βλαπτικό για τα συμφέροντά της, γ) να διαταχθεί κάθε τι νόμιμο, δ) να της χορηγηθεί αντίγραφο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής, της τυχόν συμπληρωματικής αιτιολογίας καθώς και τυχόν ασκηθησομένων παρεμβάσεων.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει α) να απορριφθεί ολοσχερώς η προδικαστική προσφυγή, β) να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης απόφασης, γ) να της χορηγηθούν αντίγραφα i) των τυχόν ασκηθεισών παρεμβάσεων από λοιπές συνδιαγωνιζόμενες, ii) των στοιχείων που συνυπέβαλε η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της, iii) όλων των συμπληρωματικών υπομνημάτων και εγγράφων που τυχόν υποβάλει η προσφεύγουσα, δ) να κληθεί να παρασταθεί κατά τη συζήτησης της υπό κρίση προσφυγής και της παρέμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο e-παράβολο, ύψους ευρώ 9.677,42, ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e-παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό ***** με επικυρωμένο αντίγραφο αποδεικτικού της Εθνικής τράπεζας της 21.08.2020 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο» και αναφέρεται ως αυτόματης δέσμευσης).

2. Επειδή, με την με αρ. πρωτ. **** Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονική ανοιχτή διαδικασία σύναψης σύμβασης, για την επιλογή αναδόχου κατασκευής έργου «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΔΙΑΤΗΡΗΤΕΩΝ ΚΤΙΡΙΩΝ *****)» (CPV:*****), εκτιμώμενης αξίας 1.935.483,87 € πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 13.01.2020 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ *****) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος ***** (δημόσια έργα). Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν καταρχήν έξι (6) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα με την α/α συστήματος ***** προσφορά της και η παρεμβαίνουσα με την α/α συστήματος ***** προσφορά της αντίστοιχα.

3. Επειδή, σε συνέχεια αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικείων προσφορών, με την αρ. ***** απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα Πρακτικού 10/13.05.2020), η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) προς όλους τους συμμετέχοντες στις 19.05.2020, εγκρίθηκε το 1ο/06.02.2020 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ανάδειξης προσωρινού αναδόχου του έργου: ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΔΙΑΤΗΡΗΤΕΩΝ ΚΤΙΡΙΩΝ ***** (Β' ΕΙΔΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ) με αρ. μελέτης 1/2018 (CPV:*****) της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών & Πολεοδομίας *****, συνολικού προϋπολογισμού 2.400.000,00€ (1.935.483,87 + 464.516,13 ΦΠΑ 24%) και κηρύχθηκε

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

προσωρινή ανάδοχος του ανωτέρω έργου η εταιρεία *****. με μέση έκπτωση 50,31%. Εν συνεχεία, εστάλη μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς την προσφεύγουσα την 1.06.2020 πρόσκληση όπως υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την παραλαβή της, τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης, κατά τα ορισθέντα στη διακήρυξη, στην οποία ανταποκρίθηκε η ως άνω εταιρεία αποστέλλοντας φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης με τον αυτό τρόπο στις 10.06.2020. Κατόπιν των ανωτέρω και σε συνέχεια αξιολόγησης των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης της εν λόγω εταιρείας, κοινοποιήθηκε προς όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 13.06.2020 η με αριθμό ***** (προσβαλλόμενη) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα Πρακτικού*****), με την οποία εγκρίθηκε το 2^ο/26.06.2020 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης του έργου: «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΔΙΑΤΗΡΗΤΕΩΝ ΚΤΙΡΙΩΝ ***** (Β' ΕΙΔΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ)» με αρ. μελέτης 1/2018 της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών & Πολεοδομίας ***** , απορρίφθηκε η προσφορά της προσωρινής αναδόχου εταιρείας για τους λόγους που αναφέρονται στο ανωτέρω πρακτικό της αρμόδιας επιτροπής, με κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγύησης συμμετοχής του και κηρύχθηκε νέος προσωρινός ανάδοχος του ανωτέρω έργου η προσφεύγουσα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, με μέση έκπτωση 45,35%. Κατόπιν άσκησης της με ΓΑΚ 966/24.07.2020 από την εταιρεία ***** εκδόθηκε από το παρόν Κλιμάκιο η με αριθμό ΑΕΠΠ 1124/2020 απόφαση, με την οποία απερρίφθη η ως άνω αναφερθείσα προσφυγή. Εν συνεχεία κατόπιν της με αρ. πρωτ. ***** πρόσκλησης για υποβολή εντός δέκα ημερών των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η προσφεύγουσα ανταποκρίθηκε υποβάλλοντας μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης, ενώ στις 3.08.2020 κι ενώ εκκρεμούσε η διαδικασία εξέτασης της με ΓΑΚ 966/24.07.2020 ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής, απέστειλε επιστολή με το κάτωθι περιεχόμενο «Σε συνέχεια της από την 27η.07.2020 υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης για το εν λόγω έργο, σημειώνουμε ότι έχουμε ήδη προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

προσκόμιση των συμπληρωματικών δικαιολογητικών. Ειδικότερα όμως και για τη διαδικασία έκδοσης ασφαλιστικής ενημερότητας για το έργο :“ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΤΗΣ ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗΣ *****” αναμένεται εντός 15νθήμερου να έχουν εκδοθεί και να μας έχουν χορηγηθεί (από τον ΕΦΚΑ) οι κωδικοί που θα επιτρέψουν την έκδοση της ασφαλιστικής ενημερότητας για το έργο (επισυνάπτεται το Έντυπο Απόδοσης Αριθμού Μητρώου Οικοδομοτεχνικού Έργου). Για το λόγω αυτό αιτούμαστε 15νθήμερη παράταση προθεσμίας υποβολής των συμπληρωματικών στοιχείων». Κατόπιν των ανωτέρω, στις 4.08.2020 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στους τέσσερις οικονομικούς φορείς (*****), την με αριθμ. πρωτ. ***** επιστολή της με το κάτωθι περιεχόμενο «Σε συνέχεια της δημοπράτησης του έργου με τίτλο «...[.].», σας καλούμε άμεσα από την κοινοποίηση του παρόντος εγγράφου, να μας γνωστοποιήσετε αν επιθυμείτε να παρατείνετε τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς σας, η οποία έληξε στις 3.07.2020, κατά έξι (6) μήνες, καθώς και την εγγύηση συμμετοχής σας αντιστοίχως, όπως προβλέπεται στο άρθρο 97 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 15.3. και 19 της διακήρυξης». Στις 10.08.2020 η παρεμβαίνουσα απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ παράταση της προσφοράς της και της κατατεθείσας εγγυητικής της επιστολής αντίστοιχα. Στις 13.08.2020 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την προσβαλλόμενη με αρ. ***** απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία αποφασίστηκε - λόγω μη προσκόμισης συγκεκριμένων εγγράφων και δικαιολογητικών της εταιρείας «*****», η οποία φέρεται να παρέχει δάνεια εμπειρία στην προσφεύγουσα - , η έγκριση του Πρακτικό 3 της Επιτροπής Διενέργειας κι επομένως, η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, η κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής συμμετοχής της, η κήρυξη ως νέου προσωρινού αναδόχου του έργου, του επόμενου σε κατάταξη οικονομικού φορέα, ήτοι της παρεμβαίνουσας και η παροχή των απαιτούμενων εξουσιοδοτήσεων και εντολών για την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 22.08.2020 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) - ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στις 13.08.2020 - έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η ίδια η προσφεύγουσα κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

7. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία», στις 24.08.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε όλους τους συμμετέχοντες, οι οποίοι δυνητικά θίγονται από την αποδοχή της εν θέματι προσφυγής, προκειμένου να λάβουν γνώση.

8. Επειδή, στις 3.09.2020 η παρεμβαίνουσα άσκησε την παρέμβασή της με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), την οποία (παρέμβαση) κοινοποίησε προς την ΑΕΠΠ η αναθέτουσα αρχή καταρχήν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στις 4.09.2020, ότε προέβη με τον αυτό τρόπο σε κοινοποίησή της και προς τους λοιπούς συμμετέχοντες.

9. Επειδή, η παρέμβαση ασκήθηκε εμπροθέσμως- δεδομένης της κοινοποίησης της προσφυγής προς την παρεμβαίνουσα την 24.08.2020 – από οικονομικό φορέα με πρόδηλο έννομο συμφέρον, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση ανακηρύσσεται προσωρινός ανάδοχος έχοντας μάλιστα κατά τον κρίσιμο χρόνο παρατείνει την προσφορά του, και εν γένει παραδεκτώς.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 1.09.2020 τις απόψεις της επί της προσφυγής μετά του με αρ. πρωτ. 8424/1.09.2020 συνοδευτικού εγγράφου μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ). Επισημαίνεται ότι τις απόψεις κοινοποίησε ομοίως μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ η αναθέτουσα αρχή σε όλους τους λοιπούς συμμετέχοντες με τον αυτό τρόπο αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

Επί των απόψεων ασκήθηκε στις 22.09.2020, ήτοι εμπροθέσμως μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ υπόμνημα της προσφεύγουσας, το οποίο κοινοποίησε η αναθέτουσα αρχή με τον αυτό τρόπο στους λοιπούς συμμετέχοντες και στην ΑΕΠΠ στις 23.09.2020.

11. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της τα εξής : « *II. ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΩΣΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗΣ ΠΡΑΞΕΩΣ*

*II. Α. Μη νόμιμη η προσβαλλόμενη απόφαση, καθ' ο μέτρο απέκλεισε παρανόμως την εταιρεία μας για φερόμενη έλλειψη προσκόμισης επί ποινή αποκλεισμού δικαιολογητικών κατακύρωσης που αφορούν αποκλειστικά τον τρίτο οικονομικό φορέα που παρέχει στήριξη στην προσφεύγουσα, ήτοι της εταιρείας *****, ενώ, της αποδιδόμενης πλημμέλειας ως αληθούς υποτιθέμενης, όφειλε (η αναθέτουσα αρχή) αντί να απορρίψει την προσφορά μας, να αιτηθεί την αντικατάσταση του δανειοπαρόχου. Παραβίαση του άρθρου 23.2 εδ. γ' και του άρθρου 78 του ν. 4412/2016. Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης. Σε κάθε περίπτωση, μη νόμιμη η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής για λόγους που αφορούν στον τρίτο οικονομικό φορέα, αφού ο νόμος προ της απορρίψεως των προσφορών, επέτασσε την κλήση της προσφεύγουσας προς αντικατάσταση του τρίτου φορέα και σε κάθε περίπτωση τη μη κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας, ως παντελώς ανυπαίτιας οιασδήποτε ελλείψεως, αν υποτεθεί ότι υφίστατο τέτοια, αναφορικώς με τα δικαιολογητικά τρίτου οικονομικού φορέα που της παρέσχε στήριξη.*

1. Η προκειμένη διαγωνιστική διαδικασία διέπεται από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)», όπως ορίζεται ρητώς στο άρθρο 7 της Διακήρυξης του Διαγωνισμού. Κατά πάγια νομολογία, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης στα ανωτέρω νομοθετήματα καθιστά αυτό τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει κατά τρόπο αμφίδρομο, τόσο την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή όσο και τους υποψηφίους αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν.

2. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω σημειώνεται ότι αναφορικώς με τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων, οι διατάξεις του ν. 4412/2016 περί του θεσμού της δάνειας εμπειρίας εισήγαγαν την υποχρέωση

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

των αναθετουσών αρχών να ελέγχουν και επαληθεύουν την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο των παροχών δάνειας ικανότητας. Εν ταυτώ, για την περίπτωση που οι αναθέτουσες αρχές διαπιστώνουν ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας, στις ικανότητες του οποίου ο υποψήφιος ή ο διαγωνιζόμενος στηρίζεται, δεν πληροί τα τεθέντα στα έγγραφα του εκάστοτε διαγωνισμού, κριτήρια επιλογής ή συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού, ο εθνικός νομοθέτης ρητώς προέβλεψε την υποχρέωση των αναθετουσών αρχών, να αιτούνται την αντικατάσταση του παρόχου της δάνειας ικανότητας. Κατά μείζονα λόγο τούτο ισχύει σε περίπτωση που ο τρίτος πάροχος ικανότητας δεν αποδεικνύει ότι πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής ή τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού.

3. Ειδικότερα, η διάταξη του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016 προβλέπει ότι: «...[.]...». Σημειωτέον ότι ως κριτήριο επιλογής νοείται, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016 και η τεχνική ικανότητα. Ειδικότερα, στην παρ. 1 του άρθρου 75 ν. 4412/2016 ορίζεται ότι τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Σύμφωνα δε με την παρ. 4 του ίδιου άρθρου 75 ν. 4412/2016, όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Επί τη βάση των προαναφερθεισών διατάξεων ουδόλως μπορεί να αμφισβητηθεί ότι η αξιούμενη στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού τεχνική ικανότητα συνιστά κριτήριο επιλογής.

4. Σύμφωνα με τις προαναφερθείσες ως άνω διατάξεις, εισάγεται το πρώτον, *expressis verbis*, η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ζητά από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, σε περίπτωση που διαπιστώσει τη συνδρομή ενός από τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού των παρ.1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 του ν. 4412/2016 (ή θεωρήσει ότι δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή τους εκ μέρους του τρίτου παρόχου) ή τη μη πλήρωση (ή τη μη απόδειξη της πλήρωσης) των σχετικών κριτηρίων επιλογής

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

που ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης και αφορούν στις ικανότητες του τρίτου στις οποίες ο συμμετέχων οικονομικός φορέας βασίζεται.

5. Επομένως, σε οιαδήποτε περίπτωση ανακύψει ζήτημα μη πληρώσεως κριτηρίου επιλογής ή συνδρομής λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του υποδεικνυόμενου παρόχου δάνειας ικανότητας, ή μη αποδείξεως της συνδρομής του κριτηρίου επιλογής ή/και της απουσίας λόγου αποκλεισμού δεν επιτρέπεται, επί τη βάση των προαναφερθεισών διατάξεων, ο αποκλεισμός του συμμετέχοντος, αντιθέτως επιβάλλεται στην αναθέτουσα αρχή να αιτηθεί την αντικατάσταση του τρίτου οικονομικού φορέα. Η βούληση του νομοθέτη προδήλως ήταν να διασφαλίσει συνθήκες μεγαλύτερης ευελιξίας και ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης, παρέχοντας έτσι στον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα μεγαλύτερη ευελιξία για την παραδεκτή συμμετοχή του στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης με χρήση δάνειας ικανότητας καθόσον έχει την ευκαιρία παραδεκτώς και νομίμως να αντικαθιστά τον υποδεικνυόμενο τρίτο πάροχο δάνειας ικανότητας (Ε. Βλάχου σε Δ. Ράικος, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016, κατ' άρθρο ερμηνεία, ερμηνεία υπό το άρθρο 78, σελ.751 και Β. Χριστιανός, Θ. Πανάγος-Δημόσιες Συμβάσεις, Ερμηνεία κατ' άρθρο, νόμοι 4412/2016 και 4413/2016).

6. Προς επιβεβαίωση των ανωτέρω, στην κατευθυντήρια Οδηγία 18 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) που έχει εκδοθεί στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της εν λόγω ανεξάρτητης αρχής με σκοπό την ερμηνεία και εφαρμογή των διατάξεων του ν. 4412/2016, αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι «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 1, 2 και 4 του άρθρου 22.Α» (σ.σ οι εν λόγω παράγραφοι αναφέρονται στους υποχρεωτικούς και οι δυνητικούς λόγους αποκλεισμού που προβλέπονται στην εκάστοτε διακήρυξη), ενώ στην Κατευθυντήρια Οδηγία 14 με θέμα "Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων" αναφέρεται ότι «Η Αναθέτουσα Αρχή ελέγχει (σύμφωνα με τα άρθρα 59, 60 και 61 της οδηγίας) αν πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής οι φορείς στις ικανότητες των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να

στηριχθεί και αν συντρέχουν στο πρόσωπό τους λόγοι αποκλεισμού. Πιο συγκεκριμένα, η Αναθέτουσα Αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού».

7. Εκ των ανωτέρω αδιαστίκτως συνάγεται ότι σε περίπτωση που ήθελε διαπιστωθεί στο πλαίσιο οιασδήποτε διαγωνιστικής διαδικασίας ότι τρίτος οικονομικός φορέας, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο συμμετέχων, δεν πληροί ή δεν αποδεικνύει ότι πληροί τα κριτήρια επιλογής ήτοι και τα κριτήρια τεχνικής ικανότητας ή συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού ή δεν αποδεικνύεται η απουσία συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή δεν δικαιούται να απορρίψει την υποψηφιότητα ή προσφορά, αναλόγως της περιπτώσεως (κλειστή ή ανοικτή διαδικασία) του διαγωνιζομένου, αλλά οφείλει να ζητήσει από τον υποψήφιο ή διαγωνιζόμενο την αντικατάσταση του τρίτου παρόχου της δανειζόμενης ικανότητας.

Οι κρίσιμες διατάξεις της Διακηρύξεως του προκείμενου διαγωνισμού που αποτελούν το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και η εξεταζόμενη περίπτωση:

8. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 22.ΣΤ «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια Εμπειρία)» προβλέπονται επί λέξει τα εξής: « ...[...]..».

9. Περαιτέρω, στο άρθρο 23 αναφορικά με τα αποδεικτικά μέσα πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής από τους διαγωνιζόμενους στην παράγραφο 23.2 αυτού ορίζεται ρητά ότι:

« [...]...»

10. Ομοίως, εκ των ανωτέρω διατάξεων της Διακηρύξεως που διέπει τον προκείμενο διαγωνισμό προβλέπεται ρητά ότι στην περίπτωση που τρίτος οικονομικός φορέας, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος, δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής ήτοι και τα κριτήρια τεχνικής ικανότητας ή συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού, ή δεν αποδεικνύει τη συνδρομή στο πρόσωπό του των κριτηρίων επιλογής και την απουσία λόγων αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή δεν δικαιούται να απορρίψει την υποψηφιότητα ή προσφορά, αλλά οφείλει να ζητήσει από τον διαγωνιζόμενο την αντικατάσταση του τρίτου παρόχου της δανειζόμενης ικανότητας.

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

11. Εκ των ανωτέρω παρέπεται ότι ενόσω εκ των εφαρμοστέων διατάξεων επιβάλλεται η κλήση διαγωνιζομένου (εν προκειμένω της προσφεύγουσας) να αντικαταστήσει τον τρίτο πάροχο δάνειας ικανότητας και απαγορεύεται η απόρριψη προσφοράς, πολύ περισσότερο απαγορεύεται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του διαγωνιζομένου, για λόγους (ελλείψεις ή/και πλημμέλειες) δικαιολογητικών που αφορούν σε τρίτους παρόχους δάνειας ικανότητας, αφού αυτές δεν επιφέρουν αντικειμενικώς αποκλεισμό, πολύ περισσότερο δεν επιφέρουν την κύρωση της καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Άλλωστε, η κατάπτωση εγγυητικής επιστολής επιβάλλεται ως κύρωση και προϋποθέτει ππαίσμα του συμμετέχοντος, που ελλείπει όταν οι αποδιδόμενες ελλείψεις ή πλημμέλειες δικαιολογητικών αφορούν όχι στον ίδιο προσωπικώς αλλά στον τρίτο πάροχο δάνειας ικανότητας.

12. Εν προκειμένω, η Αναθέτουσα Αρχή απεφάνθη διά της προσβαλλόμενης απόφασής της ότι η εταιρεία *****, ως τρίτος οικονομικός φορέας στον οποίο στηρίχτηκε η προσφεύγουσα εταιρεία μας ως προς την τεχνική ικανότητα και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείτο από το άρθρο 22.Δ.γ της διακηρύξεως, ήτοι στην υποβολή καταλόγου εκτελεσθέντων έργων κατά την προηγούμενη πενταετία, συνοδευόμενο από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης, για έργα συναφούς αντικειμένου με την παρούσα σύμβαση, δήθεν δεν προσεκόμισε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά για την απόδειξη της πλήρωσης του σχετικού κριτηρίου τεχνικής ικανότητας και τη μη συνδρομή στο πρόσωπό της λόγων αποκλεισμού. Ειδικότερα, η Επιτροπή Διαγωνισμού κατά τον έλεγχο και αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας εταιρεία μας - που πραγματοποιήθηκε μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς μας κατά τα προαναφερθέντα - διαπίστωσε και κατέγραψε στο 3^ο πρακτικό της ότι η δανειοπάροχος εταιρεία *****, δεν προσεκόμισε τα ακόλουθα δικαιολογητικά:

- ασφαλιστική ενημερότητα των στελεχών της δανειοπαρόχου εταιρείας,
- υπεύθυνη δήλωση της *****, και των στελεχών της ότι δεν έχουν διαπράξει επαγγελματικό παράπτωμα, ήτοι περί μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού 22. Α. 4. (θ),

- βεβαίωση εγγραφή στο ΜΕΕΠ για την εταιρεία *****,

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

- Υπεύθυνη δήλωση περί του κύκλου εργασιών της δανειοπαρόχου εταιρείας και ετήσιες χρηματοοικονομικές καταστάσεις,
- Υπεύθυνη δήλωση περί μη υπέρβασης των ανωτάτων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων και πίνακα των υπό εκτέλεση έργων
- κατάλογο των εκτελεσθέντων έργων, και
- αντίγραφο του κωδικοποιημένου καταστατικού της εταιρείας ****.

13. Οι ανωτέρω κρίσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού, οι οποίες έγιναν αποδεκτές από την Οικονομική Επιτροπή του *****, είναι εξολοκλήρου μη νόμιμες και αβάσιμες καθώς παραβιάζουν καταφανώς το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και το εθνικό νομοθετικό καθεστώς των δημοσίων συμβάσεων. Και τούτο διότι, πρωτίστως η αναθέτουσα αρχή, επιβάλλοντας αυτομάτως τον αποκλεισμό μας, χωρίς προηγουμένως να αιτηθεί την αντικατάσταση του τρίτου παρόχου δάνειας ικανότητας, παρεβίασε τις υποχρεώσεις που υπέχει δυνάμει των προαναφερθεισών διατάξεων της διακηρύξεως και του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, αποστερώντας κατ' αυτόν τον τρόπο και όλως παρανόμως από την εταιρεία μας το δικαίωμα που ρητώς παρέχεται εκ της Διακηρύξεως του προκειμένου διαγωνισμού στους οικονομικούς φορείς να αντικαταστήσουν τον τρίτο οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζονται. Ως εκ τούτου, ο αποκλεισμός της εταιρείας μας εχώρησε όλως παρανόμως και κατ' ουσιώδη παραβίαση του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού και της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως.

14. Εν προκειμένω, συνέτρεχαν άπασες οι προϋποθέσεις εφαρμογής των προαναφερθεισών διατάξεων για την αντικατάσταση του τρίτου παρόχου δάνειας ικανότητας, ο οποίος φέρεται κατά την όλως αβάσιμη σε κάθε περίπτωση εκδοχή της αναθέτουσας αρχής, ότι δεν προσεκόμισε συγκεκριμένα δικαιολογητικά για την απόδειξη της απουσίας λόγου αποκλεισμού και τη συνδρομή του σχετικού κριτηρίου επιλογής, ήτοι της αξιούμενης τεχνικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ.γ της Διακήρυξης.

15. Περαιτέρω, ο αποκλεισμός μας εκ της διαγωνιστικής διαδικασίας τυγχάνει εξολοκλήρου αντικείμενος στις προαναφερόμενες διατάξεις αλλά και στη θεμελιώδη αρχή της αναλογικότητας. Τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή επέβαλε το πλέον επαχθές μέτρο του αποκλεισμού μας ενώ όφειλε αντ' αυτού

να μας καλέσει να αντικαταστήσουμε τον τρίτο οικονομικό φορέα, υποχρέωση που προβλέπεται κατά τα ανωτέρω ρητώς στην Διακήρυξη, δεσμεύοντας την αναθέτουσα αρχή να εφαρμόζει απαρέγκλιτα τους όρους αυτής και συνιστά λιγότερο επαχθές μέτρο, που επιπλέον διασφαλίζει συνθήκες επίτευξης του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, χωρίς να θίγεται η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας, ενώ οι σχετικές διατάξεις του νόμου και της Διακηρύξεως που παρέχουν τη δυνατότητα παραδεκτής αντικατάστασης συνιστούν το γνωστό σε όλους εξ αρχής κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που δεσμεύει αμφίδρομα τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζομένους

16. Η δε παροχή του δικαιώματος αντικαταστάσεως επιβάλλετο στη συγκεκριμένη περίπτωση και για τον πρόσθετο λόγο ότι η ανωτέρω ρύθμιση δεν θα είχε νόημα να προβλεφθεί στη Διακήρυξη, εάν δεν θα μπορούσε να εφαρμοστεί στην εξεταζόμενη περίπτωση και στον παρόντα χρόνο. Ήτοι, η δυνατότητα του διαγωνιζόμενου να αντικαταστήσει τον δανειοπάροχο, στην εμπειρία του οποίου στηρίχθηκε για την απόδειξη της πλήρωσης κριτηρίου τεχνικής ικανότητας δύναται να εφαρμοστεί αποκλειστικά σε προγενέστερο στάδιο από την υπογραφή της συμβάσεως και έως τη σύναψη της σύμβασης, προκειμένου η Αναθέτουσα αρχή να διασφαλίσει ότι τόσο ο προσωρινός ανάδοχος όσο και ο δανειοπάροχος στην εμπειρία του οποίου στηρίζεται ο ανάδοχος έχουν ελεγχθεί αναφορικά με την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και την απουσία λόγων αποκλεισμού.

17. Τούτων δοθέντων, ο αποκλεισμός μας εκ της διαγωνιστικής διαδικασίας, χωρίς να προηγηθεί αίτημα της αναθέτουσας αρχής περί αντικατάστασης του υποδεικνυόμενου τρίτου οικονομικού φορέα (*****) στις ικανότητες του οποίου βασίσθηκε η εταιρεία μας για την πλήρωση του άνω κριτηρίου τεχνικής ικανότητας, έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τις διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού καθώς επίσης και με την αρχή της αναλογικότητας, οι οποίες δεν καταλείπουν στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών εάν θα αιτηθούν ή όχι την αντικατάσταση του τρίτου οικονομικού φορέα σε περίπτωση μη απόδειξης της απουσίας λόγων αποκλεισμού ή πλήρωσης του σχετικού κριτηρίου επιλογής, για την οποία ο τρίτος παρέχει στήριξη.

18. Εκ των ανωτέρω παρέπεται ότι δεν χωρεί επιτρεπτός κατάπτωση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του συμμετέχοντος για λόγους που αφορούν στον τρίτο οικονομικό φορέα που παρέχει στήριξη, χωρίς προηγουμένως να παρασχεθεί στον συμμετέχοντα η δυνατότητα αντικατάστασεως του τρίτου. Η δε κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής είναι κατά το σκέλος αυτό πρόωρη, αποφασίσθηκε κατά παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και είναι παράνομη, ενόσω δεν κινήθηκε προηγουμένως η διαδικασία αντικατάστασεως του τρίτου. Επιπλέον, η επιβολή της κυρώσεως της καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής δεν προσήκει επί μη συνδρομής πταίσματος του ίδιου του προσφέροντος, το οποίο αντικειμενικούς ελλείπει επί δικαιολογητικών που δεν αφορούν τον ίδιο αλλά τον τρίτο φορέα που του παρέχει στήριξη, η δε κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφέροντος για λόγους που δεν αφορούν τον ίδιο αλλά τρίτον ως προς αυτόν οικονομικό φορέα και μάλιστα χωρίς προηγουμένως να παρασχεθεί η κατά το νόμο και τη Διακήρυξη δυνατότητα αντικατάστασεως του τρίτου τυγχάνει ευθέως αντικείμενη στην αρχή της διαφάνειας, της ίσης μεταχειρίσεως και της αναλογικότητας.

19. Πέραν των ανωτέρω πλημμελειών της προσβαλλόμενης πράξεως, η Αναθέτουσα Αρχή όλως αβασίμως και παρανόμως έκανε αποδεκτή την εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού περί ελλείψεων στο φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας αναφορικά με δικαιολογητικά που δήθεν όφειλε να προσκομίσει η δανειοπάροχος εταιρεία *****. Και τούτο διότι η προσφεύγουσα εταιρεία στηρίχτηκε στην εμπειρία τρίτου παρόχου (εν προκειμένω της εταιρείας *****) για την κάλυψη του κριτηρίου 22.Δ.γ., όπως προαναφέρθηκε. Ήτοι, η δανειοπάροχος εταιρεία θα διαθέσει στην προσφεύγουσα την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που διαθέτει από την εκτελεσθείσα σύμβαση της του έργου με τίτλο «Ανακαίνιση και Αλλαγή χρήσης *****, ποσού σύμβασης 4.680.000€ (εκ των οποίων οι οικοδομικές εργασίες ανήλθαν σε ποσό 3.166.771,29€ και οι ηλεκτρομηχανολογικές εργασίες σε ποσό 1.439.471,80€), με ημερομηνία έναρξης εκτέλεσης 03/09/2014 και ημερομηνία περαίωσης την 23/10/2015. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα, ούσα η ίδια εγγεγραμμένη και πιστοποιημένη ως προς τη καταλληλότητά της να εκτελεί έργα αντίστοιχου μεγέθους και κατηγοριών με το

δημοπρατούμενο, επικαλέστηκε -αποκλειστικά και μόνο- την εμπειρία της δανειοπαρόχου ***** σε συγκεκριμένο έργο, τα πλήρη αποδεικτικά του οποίου και υπέβαλε, για απόδειξη αποκλειστικά του κριτηρίου 22.Δ.γ της διακήρυξης. Επισημαίνεται ότι για την απόδειξη της πλήρωσης της τεχνικής ικανότητας του κριτηρίου 22.Δ.γ της διακήρυξης έχουν υποβληθεί πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης του προαναφερθέντος έργου, ως ρητώς προβλέπεται στη διακήρυξη (άρθρο 23.6) και δεν απαιτείτο να υποβληθεί και κατάλογος έργων, όπως εσφαλμένως αναφέρεται ως έλλειψη στο πρακτικό 3 της ΕΔ.

20. Τα ανωτέρω αναφέρονται ρητά στα υποβληθέντα έγγραφα της προσφοράς μας και δη α. στην σύμβαση με τη δανειοπάροχο **** β. στο με ημερομηνία 28.1.2020 Πρακτικό του ΔΣ της προσφεύγουσας εταιρείας ***** και γ. στο ΤΕΥΔ της προσφεύγουσας. Ουδεμία αναφορά ή επίκληση στο τυχόν εργοληπτικό πτυχίο ή άλλα στοιχεία της δανειοπαρόχου, εκτός από την πραγματική της εμπειρία σε ένα ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΕΡΓΟ, γίνεται εκ μέρους της προσφεύγουσας και ουδόλως προκύπτει το αντίθετο από τα προσκομισθέντα στο φάκελο της προσφοράς της τελευταίας έγγραφα.

21. Εκ των ανωτέρω, συνάγεται αδιαστίκτως ότι οι επικαλούμενες από την Επιτροπή του Διαγωνισμού ελλείψεις στο φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης της δανειοπαρόχου μας (*****) και συγκεκριμένα ελλείψεις αναφορικά με το Εργοληπτικό Πτυχίο, τη στελέχωση του Πτυχίου και τα οικονομικά της στοιχεία είναι αβάσιμες καθώς η προσφεύγουσα ουδεμία υποχρέωση είχε να υποβάλλει [sic] τα ανωτέρω δικαιολογητικά. Καθίσταται προφανές ότι εφόσον η προσφεύγουσα δεν επικαλέστηκε στήριξη της ***** αναφορικά με την επαγγελματική καταλληλότητα (αφού η προσφεύγουσα είναι η ίδια εγγεγραμμένη στις καλούμενες κατηγορίες εργασιών και τις αντίστοιχες τάξεις του ΜΕΕΠ) ήτοι δεν στηρίζεται στο Εργοληπτικό Πτυχίο της δανειοπαρόχου εταιρείας καθώς διαθέτει η ίδια η προσφεύγουσα τα τιθέμενα από τη Διακήρυξη προσόντα (Πτυχίο, εγγραφή ΜΕΕΠ) και δεν δανείζεται χρηματοοικονομική ικανότητα από τρίτο πάροχο, υπερκαλύπτοντας από τα δικά της προσόντα το σύνολο των απαιτήσεων της Διακήρυξης. Επομένως δεν όφειλε να προσκομίσει δικαιολογητικά πλήρωσης των ανωτέρω από τη δανειοπάροχο όπως αβασίμως και μη νομίμως καταγράφεται στο Πρακτικό της ΕΔ που επικυρώθηκε διά της προσβαλλομένης αποφάσεως.

22. Ως εκ τούτου, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης αναφορικά με τη δανειοπάροχο που δήθεν όφειλαν να υποβληθούν (όπως λ.χ η βεβαίωση εγγραφή στο ΜΕΕΠ για την εταιρεία *****, υπεύθυνη περί του κύκλου εργασιών της δανειοπαρόχου εταιρείας και ετήσιες χρηματοοικονομικές καταστάσεις και υπεύθυνη δηλώση περί μη υπέρβασης των ανωτάτων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων και πίνακα των υπό εκτέλεση έργων), ορθώς δεν υπεβλήθησαν από την προσφεύγουσα καθώς δεν απαιτείτο εκ των διατάξεων της Διακηρύξεως να υποβληθούν.

23. Η επίκληση εμπειρίας της δανειοπαρόχου σε συγκεκριμένο έργο και μάλιστα ιδιωτικό, ουδεμία σχέση έχει με το Δημόσιο, προκειμένου να απαιτείται η προσκόμιση βεβαίωσης εγγραφής στο ΜΕΕΠ. Ως εκ περισσού, αναφέρουμε ότι η δανειοπάροχος ***** διατηρεί ενεργό εργοληπτικό πτυχίο της Τάξης στο ΜΕΕΠ.

24. Επιπροσθέτως δε, η Επιτροπή Διαγωνισμού & εν συνεχεία η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ουδέποτε απέστειλαν στην προσφεύγουσα έγγραφο για παροχή διευκρινήσεων από την πλευρά μας προκειμένου να δυνηθούμε να εκθέσουμε τους ισχυρισμούς μας περί μη αναγκαιότητας προσκόμισης των ανωτέρω εγγράφων, ούτε εξήτησαν την προσκόμιση αυτών των εγγράφων προ της απορρίψεως της προσφοράς μας, όπως όφειλαν να πράξουν συμφώνως προς το άρθρο 79 παρ. 5 ν. 4412/2012, με αποτέλεσμα η προσβαλλόμενη πράξη να πάσχει και για το λόγο αυτό.

25. Εκ των ανωτέρω προκύπτει αβίαστα ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής πάσχει, είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα.

II.B. Μη νόμιμη η προσβαλλόμενη απόφαση, καθ' ο μέτρο η Αναθέτουσα Αρχή ενέκρινε το Πρακτικό 3^ο της ΕΔ, με το οποίο η τελευταία προέβη σε έλεγχο και αξιολόγηση δικαιολογητικών προσφοράς, της οποίας ο χρόνος ισχύος είχε λήξει και δεν είχε ανανεωθεί τόσο κατά το χρόνο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης από την Επιτροπή Διαγωνισμού και έκδοσης του 3ου Πρακτικού της ΕΔ όσο και κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης. Μη νόμιμη η προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία αποφασίζεται η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου της εταιρείας «*****», η οποία δεν προκύπτει να έχει αποδεχτεί παράταση ισχύος της προσφοράς της έως το χρόνο άσκησης της παρούσας. 1. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 97 του ν.

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

4412/2016 σε σχέση με τον χρόνο ισχύος των προσφορών των διαγωνιζομένων, ορίζονται τα εξής :« *[...]»*

2. Βάσει του άρθρου 19 της υπόψη διακήρυξης ορίζεται ότι: « *...[...].»*

Σχετικά δε με την ως άνω ρύθμιση του άρθρου 19 της διακήρυξης τίθεται υποσημείωση με αριθ. 67 όπου επισημαίνεται ότι: «*Ορίζεται ο χρόνος από την Αναθέτουσα Αρχή κατ' εκτίμηση των ιδιαιτεροτήτων της διαδικασίας. Για τον καθορισμό του χρόνου ισχύος της προσφοράς, πρβ. άρθρο 97 παρ. 3 του ν. 4412/2016»*.

3. Εκ των ανωτέρω διατάξεων σχετικά με το χρόνο ισχύος των προσφορών των διαγωνιζομένων συνάγεται ότι ο γενικός κανόνας, ο οποίος διέπει και τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, είναι ότι σε περίπτωση που πριν την λήξη ισχύος των προσφορών η αναθέτουσα αρχή με αίτημά της ζητήσει την παράταση αυτών, για τους οικονομικούς φορείς που αποδέχτηκαν την παράταση, οι προσφορές ισχύουν και τους δεσμεύουν για το επιπλέον χρονικό διάστημα (ΣτΕ 1510/02, ΕΑ 423/01). Αυτονοήτως δε οι διαγωνιζόμενοι, οι οποίοι δεν αποδέχθηκαν τη παράταση της ισχύος των προσφορών, δεν συμμετέχουν στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού, ενώ οι προσφορές τους παύουν να ισχύουν και πλέον δεν τους δεσμεύουν.

4. Εν προκειμένω, όπως αναλυτικώς εκτέθηκε στο ιστορικό της παρούσας, ο χρόνος ισχύος της υποβληθείσας προσφοράς μας στον διαγωνισμό, ως είχε οριστεί εκ της Διακηρύξεως, έληξε την 31η.7.2020, ενώ έως την ανωτέρω καταληκτική ημερομηνία η Αναθέτουσα Αρχή δεν αιτήθηκε από τους συμμετέχοντες να παρατείνουν, εφόσον επιθυμούν, τη διάρκεια ισχύος των προσφορών τους και κατ' επέκταση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής στο διαγωνισμό. Τα ανωτέρω είχαν ως αποτέλεσμα να λήξει η ισχύς της υποβληθείσας προσφοράς της προσφεύγουσας η οποία οποια, έτσι, ουδέποτε παρέτεινε τη διάρκεια ισχύος τόσο της προσφοράς της όσο και της εγγυητικής επιστολής.

5. Ακολούθως και ενόσω οι προσφορές των διαγωνιζομένων συλλήβδην είχαν λήξει, ο ***** απέστειλε τη με αρ. πρωτ. 6885/4.8.2020 επιστολή του Δημάρχου του ***** με θέμα: «Παράταση χρόνου ισχύος των προσφορών και των εγγυήσεων συμμετοχής για το έργο «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ

ΔΙΑΤΗΡΗΤΕΩΝ ΚΤΙΡΙΩΝ ***** (Β' ΕΙΔΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ)»», με την οποία καλούσε τους εναπομείναντες διαγωνιζόμενους όπως γνωστοποιήσουν στην Αναθέτουσα Αρχή εάν επιθυμούν να παρατείνουν τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς τους, η οποία, όπως άλλωστε αναφέρεται στην ως άνω επιστολή, έληξε στις 31.7.2020 καθώς και της αντίστοιχης εγγυητικής επιστολής τους. Η ανωτέρω επιστολή του ***** βρήκει πλημμελειών και τούτο διότι δεν μνημονεύεται είτε εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού περί παρατάσεως του διαγωνισμού, είτε απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής περί παρατάσεως του διαγωνισμού ή έγκρισης αποστολής αιτήματος προς τους συμμετέχοντες να ανανεώσουν την ισχύ των προσφορών και των εγγυητικών επιστολών τους και μάλιστα προ της λήξεως του χρόνου ισχύος των προσφορών. Επιπροσθέτως δε είναι εξ ολοκλήρου αόριστη και ασαφής δεδομένου ότι δεν τίθεται ρητή προθεσμία παράτασης της ισχύος των προσφορών των διαγωνιζομένων, αλλά καλεί τους διαγωνιζόμενους να παρατείνουν «άμεσα», χωρίς να προσδιορίζεται ρητή και σαφή προθεσμία, την ισχύ προσφοράς, η οποία σημειωτέον έχει ήδη λήξει!

6. Παράλληλα δε και ενόσω δεν είχε δηλωθεί από την προσφεύγουσα παράταση της ισχύος της προσφοράς της - και ως το χρόνο άσκησης της παρούσας δεν μας έχει γνωστοποιηθεί παράταση ισχύος προσφορών και από τους λοιπούς διαγωνιζόμενους - η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στις 5.8.2020 στον έλεγχο και αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης που είχαμε υποβάλλει στο διαγωνισμό. Οι ενέργειες της Επιτροπής Διαγωνισμού δεν είναι σύνομες και εκφεύγουν του κανονιστικού και νομοθετικού πλαισίου του διαγωνισμού καθώς αξιολογούν και κρίνουν δικαιολογητικά προσφοράς, ο χρόνος ισχύος της οποίας έχει ήδη λήξει και ως εκ τούτου δεν ήταν δεσμευτική για τον διαγωνιζόμενο.

7. Είναι αυτονόητο ότι η διενέργεια του διαγωνισμού προϋποθέτει σε κάθε περίπτωση την ισχύ των προσφορών των διαγωνιζομένων ενώ η κατ' εξαίρεση προβλεπόμενη δυνατότητα συνέχισης του διαγωνισμού, η οποία γίνεται μετά την εκπνοή και του ανώτατου κατά παράταση χρόνου ισχύος των προσφορών, προϋποθέτει σε κάθε περίπτωση να παραταθεί η ισχύς των προσφορών των διαγωνιζομένων και να υπάρχει αιτιολογημένη απόφαση της

αναθέτουσας αρχής σχετικά με την συνέχιση της διαδικασίας για λόγους δημοσίου συμφέροντος.

8. Στην προκειμένη περίπτωση, όμως, η Αναθέτουσα Αρχή ενήργησε πέραν του πλαισίου που διέπει τους κανόνες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και ενέκρινε το πρακτικό 3 της ΕΔ περί ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης προσφοράς που είχε λήξει ο χρόνος ισχύος της, με το οποίο (πρακτικό) η ΕΔ εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας λόγω δήθεν ελλείψεων στο φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης που αφορούσαν τη δανειοπάροχο εταιρεία μας, όπως αναλυτικώς εκτέθηκε στο πρώτο λόγο της παρούσας, την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας στο διαγωνισμό και την ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου της επόμενης στη σειρά μειοδοσίας διαγωνιζόμενης εταιρείας. Επιπροσθέτως, με την προσβαλλόμενη πράξη παραβιάζονται οι αρχές της διαφάνειας και της δημοσιότητας που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων καθώς η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να έχει ήδη εγκρίνει πίνακα των διαγωνιζομένων που αποδέχθηκαν το αίτημα παράτασης της διάρκειας ισχύος των προσφορών τους και θα συμμετάσχουν στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, με αντίστοιχη παράταση των εγγυητικών επιστολών τους σε χρόνο προ της ανακήρυξης του νέου προσωρινού μειοδότη δια της προσβαλλόμενης αποφάσεώς της.

9. Επομένως, η προσβαλλόμενη πράξη πάσχει καθώς εξεδόθη καθ' ο χρόνο είχε λήξει η ισχύς των προσφορών και χωρίς προηγουμένως η αναθέτουσα αρχή να έχει αιτηθεί τη παράταση αυτών ως όφειλε κατά το νόμο και τη Διακήρυξη. Είναι εξάλλου προφανές ότι δεν νοείται η απόρριψη προσφοράς που δεν τελεί σε ισχύ καθ' ο χρόνο αποφασίζεται η απόρριψή της, ήτοι δεν νοείται η απόρριψη μη υπαρχούσης στο νομικό κόσμο προσφοράς και η επί τη βάσει αυτής κατάπτωση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Είναι εξάλλου προφανές ότι η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να προβεί στην αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακυρώσεως και την έκδοση εκτελεστικής πράξεως περί της πληρότητας και συμβατότητας αυτών με τα κατά τη Διακήρυξη αξιούμενα, μόνον εφόσον είχε επιβεβαιώσει προηγουμένως ότι ο διαγωνιζόμενος, εν προκειμένω η προσφεύγουσα, ενδιαφέρεται να παρατείνει την ισχύ της προσφοράς της και να τη διατηρήσει έτσι ενεργή. Κοντολογίς, η

έκδοση αποφάσεως απορρίψεως προσφοράς διαγωνιζομένου προϋποθέτει κατά το νόμο, τη Διακήρυξη αλλά και τη κοινή λογική, ότι η προσφορά του διαγωνιζομένου είναι κατά το χρόνο εκδόσεως της πράξης, ενεργής [sic]. Επομένως, ενόσω πάσχει η πράξη κατά το σκέλος της απορρίψεως της προσφοράς της προσφεύγουσας, συμπαρασύρεται σε ακυρότητα και το σκέλος της αποφάσεώς με το οποίο αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής διαγωνιζομένων και να υπάρχει αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την συνέχιση της διαδικασίας για λόγους δημοσίου συμφέροντος.

10. Εκ των ανωτέρω προκύπτει αβίαστα ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής πάσχει, είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα

II.Γ. Παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Μη νόμιμη η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ***** κατά το σκέλος της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας περί συμμετοχής στον προκείμενο διαγωνισμό, χωρίς προηγούμενη λήψη γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου.

1. Όπως προκύπτει από την διάταξη του άρθρου 72 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ορίζεται επί λέξει ότι : «.... [..]. ...».

2. Περαιτέρω, το άρθρο 15 «Εγγύηση συμμετοχής» της Διακηρύξεως του προκείμενου διαγωνισμού ορίζει ότι:«...[..]».

3. Εκ της ανωτέρω διατάξεως της Διακήρυξης του προκείμενου διαγωνισμού, η οποία ρυθμίζει το κανονιστικό πλαίσιο αυτού, σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στο άρθρο 72 του ν. 4412/2016, που ρυθμίζει το νομοθετικό πλαίσιο του διαγωνισμού, προκύπτει ότι προκειμένου να χωρήσει νόμιμη απόφαση καταπτώσεως υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζόμενου, απαιτείται απόφαση της αναθέτουσας αρχής «μετά από γνώμη του αρμοδίου Τεχνικού Συμβουλίου» σχετικά με τη κατάπτωση. Η προηγούμενη γνώμη του αρμοδίου οργάνου, που ρητώς ο νομοθέτης προέβλεψε ότι αποτελεί αρμοδιότητα του Τεχνικού Συμβουλίου και όχι της Επιτροπής Διαγωνισμού, τίθεται εκ των άνω διατάξεων ως ουσιώδης τύπος της απόφασης καταπτώσεως των εγγυήσεων του άρθρου 72 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

4. Όπως έχει κριθεί παγίως από τη νομολογία, ναι μεν δύναται το αποφασίζον όργανο, ως εκ της φύσεως της ως άνω απλής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, να διαφοροποιηθεί από αυτή με ειδική αιτιολογία, το γεγονός όμως αυτό δεν αναιρεί το ρόλο της προπαρασκευαστικής, μη εκτελεστής αυτής πράξης, ως ουσιώδους τύπου της σύνθετης διοικητικής ενέργειας, η οποία καταλήγει στην έκδοση της απόφασης, υπό την έννοια ότι η έλλειψη αυτής της γνώμης καθιστά και την τελική, εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μη νόμιμη λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου (βλ. ΕλΣυν 549/2017 Πράξη Ε' Κλιμακίου, 111/2006 Πράξη IV Τμήματος, όπου και σχετική νομολογία, ΣτΕ ΕΑ 421/2014, 860/2005, 214/2007, ΔΕφΘεσ 164/2018, βλ. και ΑΕΠΠ 831/2019 σκ. 17 - 19, ΔΕφΚομ 36/2019 κ.ά., 238, 239, ad hoc 225/2020 ΑΕΠΠ, 515/2020 ΑΕΠΠ).

5. Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη απόφαση εξεδόθη χωρίς να ληφθεί υπόψη προηγούμενη γνώμη του αρμοδίου οργάνου, ήτοι εν προκειμένω του Τεχνικού Συμβουλίου, το οποίο, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις του άρθρου 72 παρ. 1 του ν. 4412/16, αποτελεί το εκ του νόμου και εκ της διακηρύξεως αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο. Συνεπώς, προκειμένου η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής να έχει συννόμως εκδοθεί, θα πρέπει να πληρούται και η έτερη προϋπόθεση, ήτοι να έχει προηγηθεί διατύπωση γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, γεγονός που στην προκειμένη περίπτωση δεν συντρέχει. Κατ' αυτό η προσβαλλόμενη πράξη πάσχει ως εκδοθείσα κατά παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

6. Επιπροσθέτως δε η γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αναφορικά με την κατάπτωση αποτελεί προϋπόθεση της έκδοσης της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής και κατά τούτο η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ***** συνιστά εκτελεστή πράξη κατά το κεφάλαιο της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας εξόχως βλαπτική για τα συμφέροντα της τελευταίας.

7. Εξάλλου, ως έχει κριθεί από την Αρχή Σας (ιδ. Απόφ. 225/2020 ΑΕΠΠ), προϋπόθεση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συμμετέχοντος αποτελεί η διαπίστωση ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, ήτοι κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης να διαπιστωθεί ότι τα δηλούμενα στο ΕΕΕΣ/

ΤΕΥΔ είναι ψευδή ή ανακριβή (πρώτη προϋπόθεση), καθώς και η θετική γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου (δεύτερη προϋπόθεση). Μάλιστα, από τη γραμματική και συστηματική ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 103 ν. 4412/2016 σαφώς συνάγεται ότι οι ανωτέρω δύο προϋποθέσεις πρέπει να πληρούνται σωρευτικά και δη, προγενεστέρως της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Επισημαίνεται ότι η Διακήρυξη του προκείμενου διαγωνισμού έχει όμοια διατύπωση με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, όπως προεκτέθηκε. Σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να έχει προηγηθεί διατύπωση γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου προκειμένου η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής να έχει συννόμως εκδοθεί. Στην εξεταζόμενη όμως περίπτωση ουδόλως προκύπτει εκ της προσβαλλόμενης πράξεως ότι έχει ληφθεί προγενεστέρως γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου και στη πραγματικότητα τέτοια γνώμη δεν είχε ληφθεί και ως εκ τούτου η Αναθέτουσα Αρχή παρανόμως αποφάσισε περί καταπτώσεως της προσκομισθείσας εγγυητικής επιστολής μας.

8. Επιπλέον, η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει λόγω αναμείξεως στη διαδικασία παντελώς αναρμόδιου οργάνου σε σχέση με αυτήν, καθώς σύμφωνα με τα οριζόμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση η Αναθέτουσα Αρχή έλαβε υπόψη εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, οργάνου παντελώς αναρμόδιου να επιληφθεί επί του ζητήματος κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής, η οποία εισηγήθηκε αναρμοδίως στην Οικονομική Επιτροπή του ***** την κατάπτωση της υποβληθείσας από την προσφεύγουσα εταιρεία εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στον προκείμενο διαγωνισμό.

9. Καταδεικνύεται εξ όλων όσων αναφέρονται στη παρούσα ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το πληττόμενο δια του παρόντος λόγου σκέλος της πάσχει και είναι μη νόμιμη ως εκδοθείσα κατά παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και πρέπει να ακυρωθεί.

II. Δ. Μη νόμιμη η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής κατά το σκέλος αυτής που αποφάσισε την κατάπτωση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας καθ' ον χρόνο είχε λήξει η διάρκεια ισχύος της προσφοράς της προσφεύγουσας και δεν είχε ανανεωθεί από την πλευρά της. Εξόχως καταχρηστική πράξη εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής.

10. Από τις ως άνω διατάξεις της διακήρυξης και του νόμου που τέθηκαν ανωτέρω, προκύπτει ευθέως ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής δεν παρασχέθηκε αυτοτελώς στο διαγωνισμό, αλλά ταυτίζεται απολύτως και έχει παρακολουθηματικό χαρακτήρα της ισχύος της προσφοράς του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα. Παράλληλα, η εγγυητική επιστολή συμμετοχής δίδεται σε συνέχεια της ισχύος της προσφοράς. Προς τούτο, ο νόμος και η διακήρυξη προβλέπουν δυνατότητα παράτασης της εγγύησης συμμετοχής, συνέχοντάς την αποκλειστικά και μόνο με τη λήξη της προσφοράς, και ουχί με το χρόνο λήξης της εγγυητικής επιστολής.

11. Εν προκειμένω, καταληκτική ημερομηνία ισχύος των προσφορών έχει οριστεί εκ της Διακηρύξεως η 31η.7.2020, ενώ έως την προαναφερθείσα ημερομηνία και καθ' ο διάστημα ίσχυε η προσφορά της προσφεύγουσας, η Αναθέτουσα Αρχή δεν απηύθυνε τόσο στην προσφεύγουσα όσο και στους λοιπούς συμμετέχοντες αίτημα παράτασης της ισχύος της προσφοράς της, ούτε και η προσφεύγουσα προέβη σε παράταση ισχύος αυτής. Ως εκ τούτου, η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας μας έχει «αποσυρθεί» από τον διαγωνισμό λόγω παρέλευσης του χρόνου ισχύος αυτής και μη ανανέωσης της καθώς η ισχύς της έληξε την 31η.7.2020 και ουδέποτε έως το χρόνο άσκησης της παρούσας ανανεώθηκε.

12. Η μεταγενέστερη δε με αρ. πρωτ. **** επιστολή του ***** επιστολή, με την οποία καλεί τους διαγωνιζόμενους, συμπεριλαμβανομένης της προσφεύγουσας εταιρείας μας, να γνωστοποιήσουν άμεσα τη πρόθεσή τους να ανανεώσουν ή όχι την διάρκεια ισχύος των προσφορών τους, πέραν των λοιπών πλημμελειών και ασαφειών της, έχει ληφθεί και γνωστοποιηθεί στην προσφεύγουσα σε χρόνο κατά τον οποίο έχει ήδη λήξει η χρονική διάρκεια ισχύος της προσφοράς της και ως εκ τούτου δεν νοείται παράταση ισχύος προσφοράς που έχει ήδη λήξει. Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε, ουδόλως προβλέπεται εκ των διατάξεων του ν. 4412/2016 η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να αιτηθεί παράταση της ισχύος των προσφορών μετά το πέρας του ορισθέντος εκ της διακηρύξεως αρχικού ή κατά παράταση χρονικού διαστήματος.

13. Δεδομένου του γεγονότος ότι εντός της διάρκειας ισχύος της προσφοράς μας, ουδεμία νόμιμη απόφαση περί κατάπτωσης εγγυητικής

επιστολής έχει ληφθεί, όπως απαιτεί το άρθρο 15.4 της διακήρυξης και αναλυτικώς εκτέθηκε ανωτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή μη νομίμως αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στο διαγωνισμό της προσφεύγουσας. Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει και πρέπει να ακυρωθεί γενομένου δεκτού του παρόντος λόγου.

II. Ε. Μη νόμιμη σύνθεση της ΕΔ.

Σε κάθε περίπτωση, οι προσβαλλόμενες πράξεις πάσχουν και πρέπει να ακυρωθούν λόγω μη νόμιμης συνθέσεως της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία εξέδωσε το προσβαλλόμενο 3^ο πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, το οποίο εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη με αριθμ. ****. Τα τακτικά και αναπληρωματικά μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού ορίσθηκαν με την με αριθμ. ***** απόφαση της προαναφερθείσας Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία καθήκοντα προέδρου της Επιτροπής δόθηκαν στο τακτικό μέλος αυτής, σύμφωνα με τις διατάξεις των παρ. 3 και 4 του άρθρου 4 της *****. Εκ της ανωτέρω αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής δεν ορίζεται αναπληρωματικός Πρόεδρος της ΕΔ σε περίπτωση απουσίας ή κωλύματος της Προέδρου. Ως εκ τούτου, τη θέση του Προέδρου της ΕΔ δύναται να αναπληρώσει το πρώτο εκ των αναπληρωματικών μελών και σε περίπτωση απουσίας αυτού, το επόμενο στη σειρά κλήρωσης αναπληρωματικό μέλος. Ήτοι, τακτικό μέλος που απουσιάζει από τη συνεδρίαση της ΕΔ δεν δύναται να αναπληρωθεί από άλλο τακτικό μέλος, ιδίως δε ο ορισθείς Πρόεδρος της ΕΔ δεν μπορεί παρά να αναπληρωθεί από τον ορισθέντα αναπληρωτή του, ενώ εάν δεν έχει ορισθεί συγκεκριμένο πρόσωπο εκ των αναπληρωματικών μελών ως αναπληρωτής του Προέδρου, τεκμαίρεται ότι την ιδιότητα αυτή έχει ο πρώτος εκ των αναπληρωματικών μελών και πάντως όχι άλλο τακτικό μέλος. Εν προκειμένω, στη συνεδρίαση της 5ης.8.2020, ότε και η ΕΔ προέβη στον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας, καθήκοντα Προέδρου αυτής άσκησε το τακτικό μέλος της ΕΔ, ***** και όχι το πρώτο ορισθέν εκ των αναπληρωματικών μελών, που τεκμαίρεται ότι ορίσθηκε να αναπληροί την Πρόεδρο της ΕΔ.

Ως εκ τούτου, η ΕΔ συνεδρίασε με μη νόμιμη σύνθεση και πρέπει να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις γενομένου δεκτού και του παρόντος λόγου...[.].»

12. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει τα κάτωθι «II. ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΩΝ ΙΣΧΥΡΙΣΜΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

14. Όλως απαραδέκτως η προσφεύγουσα ασκεί την παρούσα προδικαστική προσφυγή και δη άνευ εννόμου συμφέροντος. Ειδικότερα:

14.1. Όπως και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί στην προσφυγή της, αυτή δεν έχει σήμερα ούτε ανανεωμένη εν ισχύ προσφορά ούτε εν ισχύ εγγυητικές επιστολές συμμετοχής.

14.2. Αντιθέτως, η εταιρεία μας, σύμφωνα και με τα προρρηθέντα, ανανέωσε την ισχύ της προσφοράς της όπως και αυτή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της, όπως προκύπτει από το από 10.08.2020 ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του συστήματος του ΕΣΗΔΗΣ καθώς και την με αρ. πρωτ. ***** έντυπη υποβολή του.

14.3. Σύμφωνα δε με τις υπ' αρ. 78/2011 και 3932/2011 αποφάσεις του ΣτΕ, αλλά και με την ad hoc υπ' αρ. 54/2017 απόφαση του ΔΕφ.Πατρών με τον τρόπο αυτό η προσφεύγουσα εξέφρασε τη βούλησή της να αποχωρήσει οικειοθελώς από τη διαδικασία του διαγωνισμού και συνακόλουθα παραιτήθηκε από τη διεκδίκηση της ανάληψης της σύμβασης (βλ. και ΣτΕ 2429/2012, πρβλ. και ΣτΕ 1189, 1190, 1193 Ολομ.).

14.4. Ενόψει επομένως της μη δυνατότητας πλέον θεραπείας της ως άνω τυπικής πλημμέλειας ως προς την ισχύ της προσφοράς της προσφεύγουσας και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής αυτής, άνευ εννόμου συμφέροντος η τελευταία ασκεί την παρούσα προδικαστική προσφυγή, αφού σε καμία περίπτωση αυτή δεν δύναται να αναλάβει την εκτέλεση της επίδικης σύμβασης.

14.5. Επισημαίνεται δε σε κάθε περίπτωση ότι έννομο συμφέρον έχει η προσφεύγουσα μόνο όσον αφορά στην κρίση της αναθέτουσας αρχής περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της κι αυτό αποκλειστικά και μόνο διότι συνδέεται με το γεγονός της μη ανανέωσης της ισχύος της προσφοράς της (και της εγγυητικής επιστολής της), το οποίο γεγονός όμως της στερεί το έννομο συμφέρον όπως στραφεί κατά το μέρος εκείνο της πράξης που την αποκλείει από τον επίδικο διαγωνισμό και που αναδεικνύει μειοδότηρια την εταιρεία μας.

14.6. Ενόψει των ανωτέρω, η επίδικη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και δη λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

τουλάχιστον όσον αφορά στο μέρος της προσβαλλόμενης απόφασης που αποκλείει την προσφεύγουσα και αναδεικνύει προσωρινό ανάδοχο την εταιρεία μας.

15. Επικουρικώς των ανωτέρω επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα εταιρεία, μετά την επικαλούμενη εκ μέρους της λήξη του χρόνου ισχύος των προσφορών στις 31.07.2020, ήτοι στις 03.08.2020, όπως και ανωτέρω στο ιστορικό αναφέρεται, υπέβαλε αίτημα παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σε περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι αυτή σιωπηρώς ανανέωσε την προσφορά της - αν και ουδόλως έως σήμερα έχει υποβληθεί ανανεωμένη εγγυητική επιστολή συμμετοχής της - και πάλι άνευ εννόμου συμφέροντος προσβάλλει την επίδικη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, αφού τυχόν αποδοχή αυτής, δεν οδηγεί σε όφελος της προσφεύγουσας αλλά αντιθέτως την περιάγει σε δυσμενέστερη θέση, ήτοι αυτή της κήρυξης της εκπτώτου και της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της. Ειδικότερα:

15.1. Σε περίπτωση που ήθελε γίνει δεκτό ότι η προσφεύγουσα έστω και σιωπηρώς ανανέωσε την ισχύ της προσφοράς της, όπερ ρητώς και κατηγορηματικώς αρνούμεθα και ούτε και η ίδια άλλωστε επικαλείται, κατά τα κατωτέρω αναλυτικώς αναφερόμενα, τούτο συνεπάγεται ότι ο διαγωνισμός θα επιστρέψει στο προηγούμενο στάδιο, ήτοι αυτό του ελέγχου των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών κατακύρωσης.

15.2. Πλην όμως, η προσφεύγουσα ουδόλως υπέβαλε και δη εμπροθέσμως τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ήτοι έως τις 03.08.2020 (οπότε και της έδινε προθεσμία η με αρ. πρωτ. *****πρόσκληση της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι εντός 10 ημερών από τη σχετική πρόσκληση). Σύμφωνα δε τόσο με πάγια νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων όσο και με την υπ' αρ. 8/2018 απόφαση της ΕΑΑΔΗΣΥ, η ως άνω προθεσμία είναι αποκλειστική (ΣΤΕ 2721/2018, 1893/2007, βλ. ενδεικτικά και ΣΤΕ ΕΑ 677/2006, Ελεγκτικό Συνέδριο VI Τμ. Πράξη 178/2007 και Ε' Κλιμάκιο Πράξη 315/2010, 24/2011, 52/2011, 297/2011, 306/2011, 509/2011, 617/2011, 93/2012, ΔεφΠατρών 29/2016).

15.3. Αντιθέτως, αυτή υπέβαλε, όπως άλλωστε και η προσβαλλόμενη από την προσφεύγουσα απόφαση ορθώς έκρινε, μέρος μόνο των

δικαιολογητικών κατακύρωσης (δεν προσκόμισε δικαιολογητικά για την δανείζουσα σε αυτή εμπειρία, βλ. παρακάτω).

15.4. Τονίζεται ότι ακόμη και η αίτηση της προσφεύγουσας περί παράτασης της αρχικής 10ήμερης προθεσμίας υπεβλήθη κατά την εκπνοή του χρόνου λήξης υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι την τελευταία μέρα. Δεν μπορούμε δε να μην επισημάνουμε το γεγονός ότι ενώ η προσφεύγουσα είχε στη διάθεσή της 10 ολόκληρες μέρες για να υποβάλει τα ως άνω δικαιολογητικά, μόλις την τελευταία μέρα, «θυμήθηκε» ότι δεν τα διαθέτει στο σύνολό τους, ενώ στο σχετικό έγγραφο με το οποίο αιτείτο την παράταση ουδέν σχετικό στοιχείο ή αίτηση υπέβαλε προς απόδειξη του ισχυρισμού της ότι δήθεν άνευ δικής της υπαιτιότητας δεν κατέστη δυνατή η υποβολή σχετικών δικαιολογητικών, όπως απαιτεί ο νόμος και η Διακήρυξη, ενώ ακόμη και η συγκεκριμένη αίτηση ουδόλως αφορούσε το σύνολο των δικαιολογητικών που τελικά δεν υπεβλήθησαν παρανόμως εκ μέρους της, παρά μόνο μία και μοναδική ασφαλιστική ενημερότητα ενός έργου που ανέλαβε η ίδια.

15.5. Την δε σιωπηρή απόρριψη του ως άνω αιτήματος της προσφεύγουσας περί νέας προθεσμίας ή παράτασης της 10ήμερης αποκλειστικής προθεσμίας, ουδέποτε μέχρι και σήμερα προσέβαλε η προσφεύγουσα με τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα και μέσα, ούτε και προσβάλλει με την επίδικη ενώπιόν Σας προδικαστική της προσφυγή, αποδεχόμενη ούτως την μη χορήγηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράτασης για την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης.

15.6. Επομένως, δεδομένου ότι η ως άνω οριζόμενη προθεσμία (των 10 εν προκειμένω ημερών) έχει αποκλειστικό χαρακτήρα, συνεπάγεται το αναγκαίο της ανάκλησης της κατακυρωτικής απόφασης, καθώς και της κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού στην εταιρεία μας (βλ. περί του αποκλειστικού χαρακτήρα της εν λόγω προθεσμίας μεταξύ άλλων και ΣτΕ 1893/2007, ΕΑ ΣτΕ 677/2006, ΕΑ ΔΕφΠατρών 29/2016, Τμήμα Β' ΔΕφΠατρών 7/2018, στην οποία σημειώνεται ότι κρίθηκε επίσης ότι η παράταση προθεσμίας για μόλις 4 ημέρες αποτελεί άκρως επιεική συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής).

15.7. Επομένως, ακόμη κι αν ήθελε θεωρηθεί ότι η παρούσα προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, όπερ αρνούμεθα emphaticώς, η προσφεύγουσα θα

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

περιέλθει σε έτι δυσμενέστερη θέση από αυτή στην οποία βρίσκεται, χωρίς την αποδοχή της, εφόσον γίνει αποδεκτή η μη ανανέωση του χρόνου ισχύος της προσφοράς της.

15.8. Τονίζεται δε ότι η ως άνω μη υποβολή εκ μέρους της προσφεύγουσας του συνόλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης όπως απαιτεί ο νόμος και η Διακήρυξη, αποτελεί ένα ακόμη πραγματικό γεγονός και παράλληλα έναν ακόμη λόγο για τον οποίο αυτή δεν ανανέωσε ρητώς την προσφορά της έως σήμερα.

15.9. Ως εκ τούτου άνευ εννόμου συμφέροντος και δη απαραδέκτως ασκείται η παρούσα και αυτή πρέπει να απορριφθεί και για τον ως άνω λόγο.

16. Κατόπιν των ανωτέρω, επαλλήλως και σε κάθε περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί παραδεκτώς από άποψη εννόμου συμφέροντος, ασκούμενη η επίδικη προδικαστική προσφυγή, αυτή πρέπει να απορριφθεί και ως νόμω και ουσία αβάσιμη, αφού μη νομίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δήθεν παρανόμως απεκλείσθη από τον επίδικο διαγωνισμό αν και συνομολογεί ότι δεν προσκόμισε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης που αφορούν στην τρίτη δανειζουσα σε αυτή τεχνική εμπειρία, ενώ όφειλε τάχα η αναθέτουσα αρχή να μην την αποκλείσει αλλά να ζητήσει την αντικατάσταση του εν λόγω δανειοπαρόχου. Ειδικότερα:

16.1. Σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν. 4412/2016: «...[...].».

16.2. Στο άρθρο 78 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «...[...].».

16.3. Σύμφωνα με το άρθρο 104 του Ν.4412/2016: «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 [...]».

16.4. Σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 14 της ΕΑΑΔΗΣΥ (Απόφαση 295/2015 με θέμα «Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων»), προβλέπεται ότι: «[...] Τα βασικά στοιχεία του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, που διαμορφώθηκε νομολογιακά πριν ακόμα αποτυπωθεί στις κοινοτικές οδηγίες, είναι: α) η αδυναμία του υποψήφιου οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις

εκτέλεσης της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, και η προσφυγή του σε δυνατότητες τρίτου φορέα (χρηματοδοτικές ή τεχνικές δυνατότητες) για την απόδειξη της καταλληλότητάς του και β) η υποχρέωση του υποψήφιου οικονομικού φορέα να αποδείξει ότι ο τρίτος φορέας έχει τη δυνατότητα να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους και ότι οι πόροι αυτοί θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεση του πρώτου για την εκτέλεση της σύμβασης» καθώς και ότι «ναι μεν επιτρέπεται η επίκληση εμπειρίας ή και μέσων τρίτων, οσάκις ενδείκνυται και για δεδομένη σύμβαση, όμως η παροχή και η χρήση των ικανοτήτων αυτών πρέπει αφενός να αποδεικνύεται, αφετέρου να είναι απολύτως δεσμευτική για τα συμβαλλόμενα μέρη, αλλά και επιπλέον να παρέχονται ικανές εγγυήσεις στην αναθέτουσα αρχή ώστε λυσιτελώς να εξασφαλίζεται αυτή για την έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση του έργου.1 [...] για τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στο άρθρο 58 παρ. 3 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στο άρθρο 58 παρ. 4 της εν λόγω οδηγίας, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον συντρέχει περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Ειδικά όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στο παράρτημα XII και II στοιχείο στ) ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες αιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες [...] Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει (σύμφωνα με τα άρθρα 59, 60 και 61 της οδηγίας) αν πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής οι φορείς στις ικανότητες των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί και αν συντρέχουν στο πρόσωπό τους λόγοι αποκλεισμού.»

16.5. Σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερόμενα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με:

α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β)

την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Επισημαίνεται ότι όλα τα κριτήρια επιλογής τίθενται στη διακήρυξη κατά την κρίση και τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η οποία έχει τη δυνατότητα, να επιλέξει ένα, περισσότερα ή όλα ενδεχομένως τα ως άνω κριτήρια επιλογής, συνεκτιμώντας τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση σύμβασης (εκτιμώμενη αξία αυτής, ειδικές περιστάσεις κλπ), με σχετική πρόβλεψη στη διακήρυξη. Ωστόσο, εφόσον τεθούν στη διακήρυξη, η πλήρωση τους καθίσταται υποχρεωτική.

16.6. Ειδικότερα, η συμπερίληψή τους αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει αυτοτελώς την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής σε σχέση με την υπό ανάθεση σύμβαση (βλ. σχετικά και Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ με αρ.13).

16.7. Ο εκάστοτε προσφέρων, εφόσον δεν πληροί αυτοτελώς τα κριτήρια επιλογής, είναι ελεύθερος να συνάπτει δεσμούς με τους φορείς στις δυνατότητες των οποίων στηρίζεται και να επιλέγει τη νομική φύση των δεσμών αυτών, εντούτοις, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως έχει στη διάθεσή του τους πόρους των συγκεκριμένων φορέων που δεν του ανήκουν και είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως. Ομοίως οφείλει να αποδεικνύει ότι ο τρίτος δανείζων σε αυτόν την ως άνω εμπειρία πληροί τα ίδια κριτήρια που προβλέπονται στη Διακήρυξη για τον συμμετέχοντα (βλ., συναφώς, απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία και *Swm Costruzioni 2* και *Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 29), (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 135/2017 και 30/2018).

16.8. Ένας οικονομικός φορέας δεν μπορεί να αποκλεισθεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως επειδή δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές και επαγγελματικές προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του αλλά προτίθεται να χρησιμοποιήσει τις ικανότητες και δεξιότητες τρίτων και οι οποίοι τις διαθέτουν και στους οποίους θα προσφύγει εάν του ανατεθεί η σύμβαση. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της συμβάσεως, καθώς και ότι οι εν λόγω φορείς πληρούν τα κριτήρια συμμετοχής τα οποία ορίζονται και για τον διαγωνιζόμενο (Αποφάσεις ΔΕΚ της 18/3/2004, C-314/01 Siemens και ARGE Telekom, Αποφάσεις ΔΕΚ, της 12.7.2001, C-399/98, Ordine degli Architetti, σκ. 90-92, της 2.12.1999, C-176/98, Holst Italia, σκ. 24 -31, πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep, σκ. 13-14, ΣΤΕ 3306/1991, πρβλ. ΣΤΕ 896/2009 και ΣΤΕ ΕΑ 284, 409/2013).

16.9. Περαιτέρω (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 253/2017 και 30/2018), η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα ναι μεν κατοχυρώνεται από το αρ. 78, αλλά και από την ως άνω ενωσιακή νομολογία, ως μέσο προώθησης του ανταγωνισμού και της μικρομεσαίας επιχειρηματικότητας, πλην όμως η εν λόγω στήριξη δεν αίρει την υποχρέωση αφενός προς νόμιμη επίκληση και λήψη υπόψη των ικανοτήτων αυτών, αφετέρου τήρησης των αναγκαίων διατυπώσεων, οι οποίες ομοίως εξάλλου απορρέουν από την παραπάνω διάταξη νόμου και την ως άνω νομολογία, ούτε αίρει την υποχρέωση νόμιμης προσκόμισης κάθε κατά τον νόμο και τη διακήρυξη απαιτούμενου για την παραδεκτή επίκληση αυτή, δικαιολογητικών (ΣΤΕ ΕΑ 284, 373 405, 409, 410, 411, 415/2013, ΔΕφ Αθ Ν136/2018). Εξάλλου, οι προσφέροντες δύνανται για την εκ μέρους τους πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ως προς την χρηματοοικονομική και τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να επικαλούνται στήριξη σε ικανότητες και μέσα που καταρχήν διαθέτουν τρίτοι, ήτοι μη προσφέροντες και μη συγκροτούντες ένωση/κοινοπραξία μετά του προσφέροντος, οι οποίοι τρίτοι δεσμεύονται ότι εφόσον ο προσφέρων αναδειχθεί ανάδοχος θα του διαθέσουν το οικείο μέσο και ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Πλην όμως το δικαίωμα αυτό και η επίκλησή του συναρτάται από συγκεκριμένες υποχρεωτικές διατυπώσεις, σύμφωνα με τον συνδυασμό των αρ. 78 και 79 Ν.4412/2016.

16.10. Ειδικότερα (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017 και ΔΕφΑθ Ν136/2018), η καταρχήν δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου δεν αίρει την υποχρέωση ρητής αναφοράς της στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος ότι θα στηριχθεί σε τρίτο οικονομικό φορέα, άνευ της οποίας αναφοράς, η οποία αποτελεί αρνητική σχετική δήλωση, ο προσφέρων δεν δύναται να επικαλεστεί

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

την εν λόγω δάνεια εμπειρία και αποκλείεται εξαρχής από τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού.

16.11. Επίσης, ο τρίτος οικονομικός φορέας οφείλει να προσκομίσει αντίστοιχη δήλωση ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ στην οποία θα δηλώνει αυτοτελώς τη μη συνδρομή στο πρόσωπό του των λόγων αποκλεισμού και την συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων.

16.12. Εν προκειμένω, η εταιρεία ***** προσέρχεται στον επίδικο διαγωνισμό δηλώνοντας την στήριξή της στην τρίτη εταιρεία "", η οποία υπέβαλε σχετικό ΤΕΥΔ στο οποίο δηλώνει τη στήριξη της συμμετέχουσας εταιρείας ως προς την τεχνική ικανότητα που απαιτείται από τη Διακήρυξη.

16.13. Σύμφωνα δε με τον σχετικό όρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης, «...[...].». Ομοίως, κατά τα προρρηθέντα και σύμφωνα με το άρ. 78 παρ. 1 του Ν.4412/2016: «...[...].».

16.14. Εκ των ως άνω καθίσταται σαφές ότι σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και του άρθρου 78 του νόμου 4412/2016, υφίσταται ακέραιη και για τον τρίτο, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος, η υποχρέωση προσκόμισης, κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, όλων των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν την ακρίβεια των στοιχείων που έχουν δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ./ΤΕΥΔ, υποχρέωση που, άλλωστε, υφίστατο και κατά το προγενέστερο του ν. 4412/2016 καθεστώς, υπό τη μορφή της υποβολής δικαιολογητικών συμμετοχής για όλους τους οικονομικούς φορείς, τις ικανότητες των οποίων επικαλούνταν οι διαγωνιζόμενοι (πρβλ. ΣΤΕ 2827/2014, ΕΑ ΣΤΕ 115/2019, 415, 410, 405, 284, 374/2013 κ.ά.). Επομένως, ανεξαρτήτως ρητής πρόβλεψης στα άρθρα 78 και 307, 308 αντίστοιχα περί της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να αιτηθεί την αντικατάσταση φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων για τους εκεί παρατιθέμενους λόγους, ο εν θέματι έλεγχος από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής προϋποθέτει σε κάθε περίπτωση την προσκόμιση σε επίπεδο δικαιολογητικών συμμετοχής του απαιτούμενου δικαιολογητικού (ΕΕΕΣ ή ΤΕΥΔ κατά περίπτωση) και σε επίπεδο σταδίου υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης των απαιτούμενων δικαιολογητικών, ήτοι των ορισθέντων από την διακήρυξη δικαιολογητικών που αποδεικνύουν την πλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής που «καλύπτει» ο τρίτος φορέας ως δανείζων εμπειρία και την μη

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

ύπαρξη στο πρόσωπό του των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 του Ν. 4412/216 (ΑΕΠΠ 1190/2019). Ενόψει επομένως ότι οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής πρέπει να συντρέχουν συλλήβδην ΚΑΙ ΣΤΟ ΠΡΟΣΩΠΟ ΤΟΥ ΔΑΝΕΙΖΟΝΤΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ, η εταιρεία ***** όφειλε να έχει προσκομίσει όλα τα δικαιολογητικά συμμετοχής και για την εταιρεία **** (!!!).

16.15. Όμως, εν προκειμένω, για την ως άνω δανειοπάρχοχο εταιρεία*****, η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε, όπως ορθώς διαπίστωσε και η Αναθέτουσα Αρχή, εντός της τασσόμενης αποκλειστικής προθεσμίας, ούτε ασφαλιστική ενημερότητα των στελεχών της τρίτης δανείζουσας (απαίτηση 23.3.β της Διακήρυξης), ούτε Υπεύθυνη Δήλωση περί μη διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος (απαίτηση 23.3.ε της Διακήρυξης), ούτε βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ (απαίτηση 23.4.α, 23.5.α, 23.6.α της Διακήρυξης), ούτε δήλωση περί του κύκλου εργασιών (απαίτηση 23.5.α της Διακήρυξης), ούτε Υπεύθυνη Δήλωση και Πίνακα εκτελεσθέντων Έργων από τα οποία να αποδεικνύεται η μη υπέρβαση ανωτάτων επιτρεπτών ορίων ανεκτελέστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων και τα εκτελεσθέντα έργα (απαίτηση 23.5.α και 22.Δ.γ της Διακήρυξης), ούτε αντίγραφο κωδικοποιημένου καταστατικού (απαίτηση 23.8 της Διακήρυξης).

16.16. Επισημαίνεται δε ότι η εταιρεία ***** όπως και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί στην προσφυγή της αποτελεί εταιρεία 6ης Τάξης ΜΕΕΠ, η οποία σαφώς διαθέτει ΜΕΕΠ, στελέχη των οποίων την ασφαλιστική ενημερότητα όφειλε να αποδείξει η συμμετέχουσα, κατάλογο εκτελεσθέντων ή υπό εκτέλεση έργων και κωδικοποιημένο καταστατικό (!!!). Σαφώς δε η προϋπόθεση της Διακήρυξης για προσκόμιση βεβαίωσης εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. ΑΦΟΡΑ ΚΑΙ στον τρίτο «δανείζοντα εμπειρία» οικονομικό φορέα, πολλώ μάλλον που ο τελευταίος αποτελεί DE FACTO ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ. Η παράλειψη του προσφέροντος να προσκομίσει για τον τρίτο βεβαίωση Μ.Ε.ΕΠ. αφήνει παντελώς ΑΚΑΛΥΠΤΗ την εν λόγω προϋπόθεση της Διακήρυξης, ενώ είναι προδήλως πλημμελής η δικαιολογία ότι η καταλληλότητα καλύπτεται από την ίδια την προσφεύγουσα και άρα δήθεν δεν χρειάζεται να αποδειχθεί το εργοληπτικό πτυχίο της τρίτης εταιρείας (ad hoc Ν2/2020 Δ.Εφ.Πατρών) σύμφωνα με την οποία ανεξαρτήτως του εάν η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία ανέλαβε να συμμετάσχει στην εκτέλεση της σύμβασης

αποκλειστικώς ως προμηθεύτρια ή όχι, όφειλε να προσκομίσει κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, όλα τα δικαιολογητικά που συναρτώνται με λόγους αποκλεισμού, διότι έτσι μόνο θα ήταν δυνατόν να διασφαλισθεί αφενός η ουσιαστική δέσμευση ότι θα παρασχεθεί πράγματι στον προσφέροντα η δάνεια ικανότητά της και αφετέρου να αποτραπεί ο κίνδυνος καταστρατήγησης της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, ο οποίος συνίσταται στην έμμεση συμμετοχή σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης οικονομικού φορέα, για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού ή ο οποίος δεν πληροί τα ελάχιστα απαιτούμενα από τη διακήρυξη κριτήρια καταλληλότητας).

16.17. Εξάλλου, η δάνεια εμπειρία δεν δύναται να καλύπτει ούτε και να αφορά στην καταλληλότητα του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, την οποία οφείλει ο ίδιος να καλύπτει αυτοτελώς προκειμένου να δυνηθεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό (ήτοι οφείλει να διαθέτει ΜΕΕΠ, βλ. ΑΕΠΠ 745/2019) παρά μόνο την τεχνική ή/και χρηματοοικονομική ικανότητα, χωρίς τούτο να σημαίνει ότι ο τρίτος δανείζων την εμπειρία δεν οφείλει και ο ίδιος να πληροί το κριτήριο της καταλληλότητας (βλ. *ad hoc* την ως άνω απόφαση του Δ.Εφ.Πατρών και Δ.Εφ.Αθ. 228/2014, ΑΕΠΠ 918/2018 κατά τις οποίες επιβάλλεται η προσκόμιση όλων των αντίστοιχων πιστοποιητικών που προσιδιάζουν ακόμα στην ιδιαίτερη φυσιογνωμία τους πολλώ μάλλον που εδώ ο τρίτος οικονομικός φορέας αποτελεί *de facto* και *de jure* εργοληπτική επιχείρηση).

16.18. Χαρακτηριστική εν προκειμένω είναι και η ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 14 (Απόφαση 295/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) με ΘΕΜΑ: "Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων", στην οποία αναφέρεται σχετικά: «Από τις σχετικές κοινοτικές οδηγίες και τη νομολογία του ΔΕΚ προκύπτει ότι στο ενωσιακό δίκαιο υφίσταται μια σαφής και επιτρεπτή διάκριση ανάμεσα σε εργολήπτη *stricto sensu*, που είναι ο άμεσα συμβαλλόμενος και εκτελών το συγκεκριμένο έργο, και σε εργολήπτη *latu sensu*, ο οποίος εκτελεί έμμεσα το έργο, παρέχοντας στον εργολήπτη την υλικοτεχνική ή και οικονομική ή και κατασκευαστική υποδομή. Παρά τη διάκριση αυτή, η δυνατότητα επίκλησης ικανότητας τρίτου φορέα σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να επιτρέπει στον τρίτο την "ανάμειξη" του σε δημόσια σύμβαση, όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια

επιλογής τα οποία απαιτούνται για τον ίδιο τον προσφέροντα, ή συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού. Σε αντίθετη περίπτωση, αυτό θα σήμαινε την ευθεία παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Τα ανωτέρω επιτάσσονται σαφώς και ρητώς από τις σχετικές διατάξεις των νέων οδηγιών» (ΑΕΠΠ 280/2019).

16.19. Τα ως άνω ισχύουν ομοίως τόσο για την Υπεύθυνη δήλωση περί μη διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος όσο και για τις ασφαλιστικές ενημερότητες των στελεχών του τρίτου δανείζοντος εμπειρία (βλ. ΑΕΠΠ 1190/2019, σκ. 46-51) τα οποία σε κάθε περίπτωση και επαλλήλως των ανωτέρω επισημαίνουμε ότι δεν συνδέονται με την «φύση» της επιχείρησης (εργοληπτική) αλλά αποτελούν κριτήρια που πρέπει να αποδεικνύει κάθε συμμετέχων στην διανωνιστική διαδικασία (διαγωνιζόμενος ή δανείζων εμπειρία) αφού αφορούν στην - κατά ρητή διάταξη της διακήρυξης και του νόμου - επαγγελματική ακεραιότητά του. Τούτο διότι κρίσιμη σε κάθε περίπτωση, είναι η δυνατότητα αξιολόγησης *EN GENEI* της επαγγελματικής δραστηριότητας συγκεκριμένου φορέα, υπό το πρίσμα της δυνητικής ύπαρξης παραπτωμάτων, που ενδεχομένως θίγουν την φερεγγυότητα και αξιοπιστία του (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 28ης.10.2018 C-124/17 *Vossloh Laeis GmbH* σκ. 26, ΔΕΕ απόφαση της 13ης.12.2012, υπόθεση C-465/11, *Forposta* σκ. 27, απόφαση της 18ης.12.2014, υπόθεση C-470/13, *Generali-Providencia* σκ. 35 και διάταξη της 4ης.6.2019, υπόθεση C-425/18, *Consortio Nazionale Servizi Societa Cooperativa (CNS)* σκ. 29-31).

16.20. Όσον αφορά στον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι δήθεν η προσκόμιση των ως άνω δικαιολογητικών δεν ήταν υποχρεωτική εκ του λόγου ότι το έργο που εισφέρει προς απόδειξη της απαιτούμενης εμπειρίας η τρίτη δανείζουσα, είναι ιδιωτικό, αυτός είναι απολύτως αβάσιμος. Ουδεμία διαφοροποίηση υφίσταται στο ν. 4412/2016 και στη Διακήρυξη για τα ιδιωτικά ή δημόσια έργα που επικαλούνται οι οικονομικοί φορείς. Εξάλλου όλα τα στοιχεία που αφορούν και στα ιδιωτικά έργα που εκτελεί μια εργοληπτική επιχείρηση ΜΕΕΠ κατατίθενται στην υπηρεσία τήρησης του ΜΕΕΠ, προς πιστοποίηση του κύκλου εργασιών των εν λόγω εταιρειών (αρ. 92 ν. 3669/2008, Γνώμη 15/2013 ΕΑΑΔΗΣΥ) και προσμετρώνται εις το ακέραιο για την ανανέωση ή και αναβάθμιση του πτυχίου ΜΕΕΠ.

16.21. Τέλος, επισημαίνεται ότι οι ως άνω πλημμέλειες της προσφοράς της προσφεύγουσας και η μη προσκόμιση των απαιτούμενων από τη Διακήρυξη δικαιολογητικών κατακύρωσης τόσο για την ίδια την προσφεύγουσα όσο και για την τρίτη δανείζουσα σε αυτή εμπειρία, αποτελούν αθεράπευτες πλημμέλειες μη δυνάμενες να διευκρινιστούν ή συμπληρωθούν κατά το αρ. 102 του ν. 4412/2016, όπως απολύτως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Σε καμία περίπτωση μάλιστα δεν τυγχάνει εν προκειμένω εφαρμογής η διάταξη του αρ. 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016, η οποία αφορά σε διευκρινήσεις και προσκόμιση δικαιολογητικών συμμετοχής κατά τη διάρκεια της διενέργειας του διαγωνισμού και όχι κατά την υποβολή των εκ του νόμου και της Διακήρυξης απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης και δη εντός αποκλειστικής προθεσμίας.

16.22. Εκ των ως άνω καθίσταται σαφές ότι απολύτως ορθώς και νομίμως η Αναθέτουσα Αρχή απέκλεισε από τον προκείμενο διαγωνισμό την εταιρεία*****, αφού αυτή ουδόλως προσκόμισε τα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης για λογαριασμό της τρίτης δανείζουσας σε αυτή τεχνική εμπειρία εταιρείας *****, σύμφωνα με τα απαιτούμενα στο νόμο και στη Διακήρυξη.

17. Απολύτως αβασίμως δε η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι παρά τις ως άνω μη θεραπεύσιμες πλημμέλειες κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή παρανόμως την απέκλεισε, ενώ όφειλε δήθεν να την καλέσει προς αντικατάσταση της τρίτης εταιρείας *****. Ειδικότερα:

17.1. Συγκεκριμένα η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι σύμφωνα με το αρ. 78 του ν. 4412/2016 και το αρ. 23.2 της Διακήρυξης «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 [...]».

17.2. Πλην όμως, αρχικώς επισημαίνεται ότι η απαίτηση για αντικατάσταση του τρίτου φορέα (είτε κατά δέσμια αρμοδιότητα είτε κατά διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, βλ. κατωτέρω), προϋποθέτει

αρχικώς την ΠΡΟΣΚΟΜΙΣΗ των απαιτούμενων από το νόμο και τη διακήρυξη δικαιολογητικών του τρίτου φορέα, ώστε να δυνηθεί να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή ότι ο φορέας αυτός δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή ότι συντρέχουν λόγιοι αποκλεισμού του. Πλην όμως, στην προκείμενη περίπτωση ουδόλως προσκομίστηκαν τα ως άνω απαιτούμενα δικαιολογητικά, με αποτέλεσμα να μην τίθεται καν ζήτημα διαπίστωσης πλημμέλειας ως προς τα κριτήρια επιλογής και τους λόγους αποκλεισμού (*ad hoc* Ν2/2020 Δ.Εφ.Πατρών).

17.3. Σε κάθε περίπτωση και επιπροσθέτως των ανωτέρω επισημαίνουμε επιπλέον ότι η κατά τα διαλαμβανόμενα από την προσφεύγουσα με την παρούσα προσφυγή, υποτιθέμενη δέσμια από την Διακήρυξη αρμοδιότητα όπως αντικαταστήσει η αναθέτουσα αρχή τον τρίτο δανείζοντα εμπειρία που παρουσιάζει τυπικές πλημμέλειες, προσκρούει και σε ανώτερο νομολογιακό κανόνα του ενωσιακού δικαίου, που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις.

17.4. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την νομολογία του ΔΕΕ [υπόθεση *Casertana Costruzioni*, C-223/16 (ΕΕ: C: 2017: 365)], ήδη ο Γενικός Εισαγγελέας N. Wahl στις προτάσεις του θεωρεί ως βασικό νομικό ζήτημα εάν είναι σύμνομη με το ενωσιακό δίκαιο η δυνατότητα για αντικατάσταση του τρίτου παρόχου που δεν αποδεικνύει την απαιτούμενη ικανότητα από κάποιον που πληροί τις προϋποθέσεις καταλληλότητας.

17.5. Μάλιστα, ο Γενικός Εισαγγελέας έχει προβεί σε αξιολόγηση της κατάστασης σε σχέση με τις γενικές αρχές της νομοθεσίας της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις, οι οποίες περιορίζουν την ενασκούμενη από τις αναθέτουσες αρχές διακριτική ευχέρεια.

17.6. Συναφώς, επισημαίνει ότι: «Κατά την άποψή μου, η αναγνώριση της δυνατότητας του προσφέροντος να αντικαταστήσει μίαν οντότητα, στις ικανότητες της οποίας επιδίωξε να στηριχθεί, δεν μπορεί να θεωρηθεί ούτε ως διευκρίνιση ούτε ως διόρθωση τυπογραφικών σφαλμάτων της προσφοράς του. Στην πραγματικότητα, μια τέτοια αλλαγή φαίνεται πως συνιστά τροποποίηση ενός σημαντικού στοιχείου της προσφοράς, η οποία, για τον λόγο αυτό, είναι κατ' αρχήν ανεπίτρεπτη» (σκέψη 47).

17.7. Θεωρεί δε αντίθετη προς τις απαιτήσεις των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγόρευσης των διακρίσεων και της διαφάνειας την από

τον αναθέτοντα φορέα αντικατάσταση του τρίτου και αναφέρει: «Κατά πάγια νομολογία, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγορεύσεως των διακρίσεων και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν οποιαδήποτε διαπραγματεύση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και των προσφερόντων 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 αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή ΔΕΝ ΔΥΝΑΤΑΙ να ζητήσει διευκρινίσεις από προσφέροντα του οποίου την προσφορά θεωρεί αόριστη ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων (Βλ. αποφάσεις της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), και της 7ης Απριλίου 2016, *Partner Apelski Dariusz* (C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψη 62), (παράγραφος 45).

17.8. Ο Γενικός Εισαγγελέας N. Wahl στην ως άνω υπόθεση *Casertana Costruzioni*, C- 223/16 αναφέρεται στη γνώμη επίσης του Γενικού Εισαγγελέα Bobek στην υπόθεση *Esaprojekt* για να το υποδείξει μια τέτοια αλλαγή μέσω της αντικατάστασης μπορεί να οδηγήσει την αναθέτουσα αρχή να διενεργήσει ανεπίτρεπτους συμπληρωματικούς ελέγχους και να επηρεάσει ακόμη και την επιλογή των υποψηφίων που εκλήθησαν να υποβάλουν προσφορά.

17.9. Συγκεκριμένα, αναφερόμενος στην υπόθεση *Esaprojekt* (C-387/14, EU:C:2016:899, σημεία 29 και 30), ο Γενικός Εισαγγελέας N. Wahl παρέθεσε την άποψη του Bobek ότι «κατ' αρχήν, δεν πρέπει να επιτρέπεται στον προσφέροντα να αποδείξει ότι πληροί τις τεχνικές και επαγγελματικές απαιτήσεις ενός διαγωνισμού στηριζόμενος σε πείρα τρίτων φορέων. ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ ΔΕΝ ΕΙΧΕ ΕΠΙΚΑΛΕΣΘΕΙ ΠΡΙΝ ΑΠΟ ΤΗΝ ΠΑΡΕΛΕΥΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΘΕΣΜΙΑΣ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ». Κατά τη γνώμη του, επικαλούμενος την πείρα τρίτων, ο προσφέρων ΜΕΤΑΒΑΛΛΕΙ την «ίδια [τ]η[ν] ταυτότητα των οντοτήτων που πρόκειται να εκτελέσουν το έργο, ή τουλάχιστον [τ]η[ν] ΤΑΥΤΟΤΗΤΑ ΤΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ΣΤΗΝ ΠΕΙΡΑ ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΠΡΟΚΕΙΤΑΙ ΝΑ ΣΤΗΡΙΧΘΕΙ». Τούτο συνιστά, σύμφωνα με την πρότασή του, «σημαντική αλλαγή σε σχέση με βασικό στοιχείο της διαδικασίας» (παρ.47-48).

17.10. Επιπροσθέτως, υποστήριξε ότι «μια τέτοια μεταβολή μπορεί να σημαίνει ότι θα πρέπει η αναθέτουσα αρχή να προβεί σε πρόσθετες

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

επαληθεύσεις ή θα μπορούσε ακόμη και να επηρεάσει την επιλογή των υποψηφίων που θα κληθούν να υποβάλουν προσφορές. Εξάλλου, υπογράμμισε ότι, αν δινόταν στον προσφέροντα μια δεύτερη ευκαιρία να αποφασίσει στις δυνατότητες τίνος φορέα θα επιθυμούσε να στηριχθεί, «θα του παρεχόταν οπωσδήποτε ένα ΠΛΕΟΝΕΚΤΗΜΑ ΑΝΤΙΘΕΤΟ ΠΡΟΣ ΤΙΣ ΕΠΙΤΑΓΕΣ ΤΗΣ ΙΣΗΣ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΕΩΣ των οικονομικών φορέων» (παρ. 49).

17.11. Προσθέτει επίσης, ο Γεν. Εισαγγελέας N. Wahl ότι η υποχρέωση αντικατάστασης θα σήμαινε «κατ' ουσίαν, τη θέσπιση νομολογιακού κανόνα που θα επέτρεπε τη ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΕΩΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΣΕ ΜΕΤΑΓΕΝΕΣΤΕΡΟ ΣΤΑΔΙΟ, μια δυνατότητα η οποία, υπό το πρίσμα των εφαρμοστέων εθνικών και ενωσιακών κανόνων, δεν μπορούσε να προβλεφθεί για τους άλλους προσφέροντες. Όπως αναφέρθηκε, αυτό δύσκολα θα ήταν συμβατό με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως. Ούτε θα ήταν συμβατό με την υποχρέωση διαφάνειας που υπέχουν οι δημόσιες αρχές» (παρ. 50).

17.12. Αλλά και η ίδια η απόφαση της 14ης Σεπτεμβρίου 2017 επί της υπόθεσης *Casertana Costruzioni, C-223/16* επικύρωσε το ως άνω σκεπτικό του Γενικού Εισαγγελέα N. Wahl, αναφέροντας χαρακτηριστικά στο κείμενό της ότι: «Επιπροσθέτως, στον τομέα των συμβάσεων παραχωρήσεως, το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι η αλλαγή υπεργολάβου, ακόμα και όταν η σύμβαση προβλέπει τη σχετική δυνατότητα, μπορεί, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, να συνιστά τέτοια τροποποίηση ενός εκ των ουσιωδών όρων της συμβάσεως παραχωρήσεως, εφόσον η επιλογή ενός υπεργολάβου έναντι άλλου υπήρξε, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των επίμαχων υπηρεσιών, καθοριστικό στοιχείο κατά τη σύναψη της συμβάσεως (απόφαση της 13ης Απριλίου 2010, *Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, σκέψη 39*)», (παρ.38). «Στην υπόθεση της κύριας δίκης, όπως επισήμανε και ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 47 των προτάσεων του, το να παρασχεθεί, ..., αποκλειστικώς σε μια κοινοπραξία επιχειρήσεων η δυνατότητα να αντικαταστήσει τρίτη επιχείρηση η οποία αποτελεί μέρος της κοινοπραξίας και η οποία απώλεσε απαιτούμενη πιστοποίηση, προκειμένου η εν λόγω κοινοπραξία να μην αποκλειστεί από τον διαγωνισμό, θα συνιστούσε ΟΥΣΙΩΔΗ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΑΛΛΑ ΚΑΙ ΤΗΣ ΙΔΙΑΣ ΤΗΣ ΤΑΥΤΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ. Πράγματι, τέτοια τροποποίηση της προσφοράς θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

προβεί σε νέους ελέγχους, ενώ παράλληλα θα εξασφάλιζε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην εν λόγω κοινοπραξία, η οποία θα μπορούσε να επιδιώξει τη βελτιστοποίηση της προσφοράς της προκειμένου να ανταγωνιστεί αποτελεσματικότερα τις προσφορές των ανταγωνιστών της στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της επίμαχης συμβάσεως» (παρ.39). «Τέτοια κατάσταση 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 ΣΤΡΕΒΛΩΣΗ ΤΟΥ ΥΓΙΟΥΣ ΚΑΙ ΑΠΟΤΕΛΕΣΜΑΤΙΚΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ μεταξύ των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως», (παρ.40).

17.13. Επομένως, η προσφεύγουσα όλως αβασίμως υποστηρίζει ότι είχε δήθεν υποχρέωση η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου παρόχου της μειοδότης εταιρείας, εφόσον μία τέτοια περίπτωση είναι ευθέως αντίθετη με το ενωσιακό και εσωτερικό δίκαιο.

17.14. Επομένως, απολύτως ορθώς και νομίμως η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε την εταιρεία ***** από τον επίδικο διαγωνισμό ενόψει του ότι αυτή δεν προσκόμισε όλα τα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης και για την τρίτη δανείζουσα σε αυτή εμπειρία, ουδόλως δε όφειλε η αναθέτουσα αρχή να την καλέσει όπως αντικαταστήσει δήθεν τον ως άνω τρίτο οικονομικό φορέα.

18. Όλως αβασίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι μη νομίμως έλαβε χώρα πρόσκληση για ανανέωση της ισχύος των προσφορών. Ειδικότερα:

18.1. Σύμφωνα με το άρθρο 97 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : «2. Σε περίπτωση αιτήματος για παράταση της ισχύος της προσφοράς, σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 1 του άρθρου 72, για τους οικονομικούς φορείς που αποδέχθηκαν την παράταση, πριν τη λήξη ισχύος των προσφορών τους, οι προσφορές ισχύουν και τους δεσμεύουν για το επιπλέον αυτό χρονικό διάστημα». Επίσης, ο ν. 4608/2019 με το αρ. 33 παρ. 3 αυτού προσέθεσε στο αρ. 97 διάταξη σύμφωνα με την οποία σε περίπτωση που λήξει ο χρόνος ισχύος των προσφορών και δεν ζητηθεί παράταση της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή δύναται με αιτιολογημένη απόφασή της, εφόσον η εκτέλεση

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

της σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, να ζητήσει εκ των υστέρων από τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία είτε να παρατείνουν την προσφορά τους είτε όχι, διάταξη η οποία αφορά αναλογικά και την περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων έργων.

18.2. Εν προκειμένω η ανανέωση της ισχύος των προσφορών ζητήθηκε πράγματι, όπως και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί στις 04.08.2020 (αρ. πρωτ. 6885/04.08.2020), η δε εταιρεία μας προέβη νομίμως σε ανανέωση τόσο της ισχύος της προσφοράς της όσο και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της (ηλεκτρονικά με το από 10.08.2020 μήνυμα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του συστήματος του ΕΣΗΔΗΣ καθώς και σε έντυπη μορφή με αρ. πρωτ. *****), ενώ αντιθέτως η προσφεύγουσα ουδέποτε έως σήμερα ανανέωσε ρητώς την ισχύ της προσφοράς και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της.

18.3. Όπως αβασίμως δε η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η ως άνω πρόσκληση για παράταση του χρόνου ισχύος των προσφορών μετά τη λήξη ισχύος αυτών στις 31.07.2020, δηλ. μετά την παρέλευση εξαμήνου από την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (στις 31.01.2020), δεν είναι νόμιμη, πολλώ μάλλον αν λάβει κανείς υπόψη και την έκτακτη και κατεπείγουσα ανάγκη στην οποία βρισκόταν η χώρα ενόψει της πανδημίας του κορωνοϊού.

18.4. Μάλιστα, σύμφωνα με την από 20.03.2020 Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου «Κατεπείγοντα μέτρα για την αντιμετώπιση των συνεπειών του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, τη στήριξη της κοινωνίας και της επιχειρηματικότητας και τη διασφάλιση της ομαλής λειτουργίας της αγοράς και της δημόσιας διοίκησης», όπως ισχύει κατόπιν κύρωσής της με τον ν. 4683/2020 και συγκεκριμένα με το αρ. 60 παρ. 1 (Μέρος Ε) ορίστηκε ότι «1. Εφόσον εξακολουθεί να υφίσταται άμεσος κίνδυνος εμφάνισης και διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, η έλλειψη του οποίου βεβαιώνεται με απόφαση του Υπουργού Υγείας, και πάντως για χρονικό διάστημα που δεν μπορεί να υπερβαίνει τους έξι (6) μήνες από την έναρξη ισχύος της παρούσας, με απόφαση του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού ή του αρμόδιου οργάνου, είναι δυνατή: α) η αναβολή διενέργειας δημόσιων διαγωνισμών, β) η παράταση της ημερομηνίας υποβολής αιτήσεων συμμετοχής ή προσφορών, στις περιπτώσεις που έχει ήδη δημοσιευθεί προκήρυξη κατά την έναρξη ισχύος της

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

παρούσας, γ) η αναστολή κάθε προθεσμίας που αφορά δημόσιες συμβάσεις, ανεξάρτητα από το στάδιο ανάθεσης ή εκτέλεσης αυτών και δ) η χορήγηση παράτασης κάθε είδους συμβατικών προθεσμιών, για χρονικό διάστημα που θα καθορίζεται με την οικεία απόφαση».

18.5. Ενόψει επομένως της αναστολής των ως άνω προθεσμιών και των λόγων δημοσίου συμφέροντος που και η ίδια η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ειδικώς στις απόψεις της και προκειμένου να μην χαθεί η απαραίτητη χρηματοδότηση για την εκτέλεση του έργου, ορθώς ζητήθηκε από τους διαγωνιζόμενους έστω και στις 03.08.2020 η κατά την επιθυμία τους ανανέωση της ισχύος της προσφοράς τους, στην οποία ανανέωση προέβη η εταιρεία μας.

18.6. Άλλωστε ενόψει της ως άνω προβλεπόμενης αναστολής (ΠΝΠ) κάθε προθεσμίας που αφορούσε και στην ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, ενέπιπτε στη διακριτική ευχέρεια κάθε αρμοδίου οργάνου, τουλάχιστον η δυνατότητα να ζητήσει παράταση των προσφορών, ως έκτακτο και λιγότερο επαχθές μέτρο προκειμένου να διασωθούν οι διαγωνιστικές διαδικασίες που είχαν ήδη εκκινήσει, ακόμη κι αν η ως άνω αναστολή των προθεσμιών που αφορούσαν στην ανάθεση δημοσίων συμβάσεων και η οποία σαφώς αφορά στο επίμαχο διάστημα διενέργειας του επίδικου διαγωνισμού, δεν έλαβε καθολικής εφαρμογής. Εξάλλου, η αποδοχή της σχετικής πρόσκλησης για αποδοχή παράτασης του χρόνου ισχύος της προσφοράς δεν ήτο σε καμία περίπτωση, ούτε θα μπορούσε άλλωστε, υποχρεωτική για τους διαγωνιζόμενους και καλύπτει σε κάθε περίπτωση μόνο αυτούς που προέβησαν πράγματι στη σχετική ανανέωση της προσφοράς και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής τους για τους οποίους και μόνο επιφέρει έννομες συνέπειες.

18.7. Επισημαίνεται δε προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί αναρμοδιότητας και πλημμελούς σύνθεσης των οργάνων του διαγωνισμού ότι σύμφωνα και με τη πάγια νομολογία των Ελληνικών Δικαστηρίων (ΣτΕ Ολ. 2018/2018, ΣτΕ 530/2003 Ολομ., 671-2/2011 επταμ., Ε.Α. ΣτΕ 2111/2017, 44/2014, 1970/2013, 488/2013, 311/2012, 949, 671/2011, 425, 8463813/2010, 2916/2007, 320/2006, 2268, 3815/2005, 859, 3290, 3627, 3984/2004), στην περίπτωση που προσβαλλόμενη διοικητική πράξη εκδίδεται κατά δέσμια αρμοδιότητα, εάν, ενόψει και του μη αμφισβητούμενου πραγματικού

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

της συγκεκριμένης υποθέσεως, κριθεί ότι, από πλευράς εσωτερικής νομιμότητας, η πράξη αυτή βάλλεται αβασίμως, ότι δηλαδή ο νόμος δεν επιτρέπει την έκδοση της πράξεως με το περιεχόμενο που αξιώνει ο αιτών, τότε, και εφόσον δεν πρόκειται για περίπτωση ανυπόστατης πράξεως, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση τυπικών λόγων, όπως είναι οι λόγοι περί αναρμοδιότητας, μη νόμιμης συγκρότησης ή κακής σύνθεσης του συλλογικού οργάνου που εξέδωσε την πράξη, ή οργάνου που γνωμοδότησε κατά τη διαδικασία έκδοσής της, καθώς και οι λόγοι περί μη τήρησης των τύπων που έχουν ταχθεί από το νόμο για την έκδοσή της. Τούτο δε, διότι το διοικητικό όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (ΑΕΠΠ 51/2019)).».

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει με τις απόψεις της τα εξής:
« [..]Επί των προβαλλόμενων λόγων, σημειώνονται τα εξής:

Επί του υπ' αρ. ΙΙ.Α. λόγου ακύρωσης που προβάλλει η προσφεύγουσα:

1. Στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ο οικονομικός φορέας ήδη κατά την υποβολή των δικαιολογητικών συμμετοχής δήλωσε στο Μέρος ΙΙ.Γ του ΤΕΥΔ του ότι «Για την κάλυψη του κριτηρίου 22.Δ.γ, η εταιρεία θα στηριχθεί στις ικανότητες 3ου Φορέα και συγκεκριμένα στην εταιρεία ****».».

Σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της υπ' αρ. 232/13.01.2020 Διακήρυξης του έργου «Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη.»

Περαιτέρω, το άρθρο 23 της διακήρυξης και συγκεκριμένα η παράγραφος 23.2 ορίζει ρητά ότι: «...Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών,

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 22Α της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (άρθρου 22 Β-Ε...».

Κατά συνέπεια, τόσο η προσφεύγουσα όσο και η δανειοπάροχος εταιρεία όφειλαν να προσκομίσουν εκάστη το σύνολο των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Εν προκειμένω, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στον ανωτέρω έλεγχο για τους δύο οικονομικούς φορείς και, όπως αναλυτικά περιγράφεται στο από 05.08.2020 Πρακτικό της, διαπιστώθηκε η πληρότητα των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας, όχι όμως και η πληρότητα των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υποβλήθηκαν για την δανειοπάροχο εταιρεία. Ως εκ τούτου, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου απορρίφθηκε, σύμφωνα με τα όσα προβλέπονται στην παράγραφο [δ] του άρθρου 4.2 της διακήρυξης, η οποία αναφέρει τα εξής:

«δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι:

i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή

ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή

iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21,22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας.»

Κατά συνέπεια, ορθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε και εν συνεχεία η Οικονομική Επιτροπή του ***** απόφασή της ενέκρινε τόσο την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, όσο και την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του υπέρ της αναθέτουσας αρχής.

2. Το άρθρο 23.2 εδ. γ' που επικαλείται η προσφεύγουσα αναφέρει ότι «...[...]». Από τα υποβληθέντα έγγραφα δεν αποδεικνύεται αν πληρούνται οι προϋποθέσεις αντικατάστασης, καθώς δεν μπορεί να αποδειχθεί εάν ο δανειοπάροχος πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής. Επιπλέον, το εδάφιο δεν

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

κάνει αναφορά σε υποχρέωση της αναθέτουσας να καλέσει κατά το στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης τον οικονομικό φορέα προς αντικατάσταση του δανειοπαρόχου. Εξάλλου, μια τέτοια ερμηνεία, θα μπορούσε να διαιωνίσει και να καταστήσει δυνητικά αλυσιτελή τη διαγωνιστική διαδικασία, σε περίπτωση που η προσφεύγουσα προέβαινε κατόπιν κλήσεων της αναθέτουσας σε διαδοχικές αντικαταστάσεις δανειοπαρόχων που δεν πληρούν τα κριτήρια καταλληλότητας του διαγωνισμού. Εν προκειμένω, η Πράξη «Αποκατάσταση Διατηρητέων **** με κωδικό ΟΠΣ *****», εντάχθηκε στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Ανταγωνιστικότητα, Επιχειρηματικότητα και Καινοτομία 2014-2020» σύμφωνα με την με Α.Π.: ***** Απόφαση του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης / Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης Ε.Π. ΑΝ.Ε.Κ. και δη της Ειδικής Γραμματέως Διαχείρισης Τομεακών Ε.Π. Ε.Τ.Π.Α. και Τ.Σ. Σύμφωνα με την εν λόγω Απόφαση Ένταξης ως ημερομηνία ανάληψης της νομικής δέσμευσης για το κύριο υποέργο (εργολαβία) είχε προβλεφθεί η 30.09.2020. Καθώς το κύριο υποέργο της πράξης, ήτοι αυτό της εργολαβίας, έχει χρονοδιάγραμμα υλοποίησης δεκαοκτώ (18) μήνες από την υπογραφή σύμβασης κατασκευής του, αυτό συνεπάγεται ότι η όποια χρονοκαθυστέρηση κατά τη διαδικασία κατακύρωσής του ελλοχεύει κινδύνους για την χρηματοδότηση του έργου από το Επιχειρησιακό Πρόγραμμα.

3. Η εταιρεία «*****», ως τρίτος οικονομικός φορέας στον οποίο στηρίχτηκε η προσφεύγουσα ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείτο από το άρθρο 22.Δ.γ της διακήρυξης δεν υπέβαλλε, μεταξύ άλλων, τον απαιτούμενο από τη διακήρυξη κατάλογο εκτελεσθέντων έργων κατά την προηγούμενη πενταετία, συνοδευόμενο από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης, για έργα συναφούς αντικειμένου με την παρούσα σύμβαση. Η μη προσκόμιση των απαιτούμενων αυτών δικαιολογητικών για την απόδειξη πλήρωσης του σχετικού κριτηρίου τεχνικής ικανότητας όχι μόνο οδηγεί στον αποκλεισμό του τρίτου φορέα, αλλά και στον αποκλεισμό του προσφέροντος (εν προκειμένω της προσφεύγουσας), εφόσον αυτομάτως ο τελευταίος δεν αποδεικνύει την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα για την εκτέλεση του έργου.

4. Η υποβολή δικαιολογητικών συμμετοχής και δικαιολογητικών κατακύρωσης στον διαγωνισμό τόσο για τον συμμετέχοντα (εν προκειμένω την

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

προσφεύγουσα), όσο και για τον δανειοπάροχο γίνεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της προσφοράς του συμμετέχοντος, ο οποίος οφείλει να μεριμνήσει για την ορθότητα και πληρότητα τόσο των δικών του δικαιολογητικών, όσο και αυτών του τρίτου φορέα (δανειοπαρόχου). Η δε εγγύηση συμμετοχής που απαιτείται κατά το στάδιο υποβολής προσφορών εκδίδεται μόνο από τον συμμετέχοντα, αφορά όμως και στον δανειοπάροχο καθώς, χωρίς τη συμμετοχή του τελευταίου, η προσφεύγουσα δεν θα μπορούσε να λάβει μέρος στην διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον δεν διέθετε την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Δεν ευσταθούν λοιπόν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη νόμιμης κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της «ως παντελώς ανυπαίτιας οιασδήποτε ελλείψεως [...] αναφορικός με τα δικαιολογητικά τρίτου οικονομικού φορέα που της παρέσχε στήριξη».

Επί του υπ' αρ. II.B. λόγου ακύρωσης που προβάλλει η προσφεύγουσα:

1. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών για τον εν λόγω διαγωνισμό είχε οριστεί η 31.01.2020. Σύμφωνα με το αρ. 19 της Διακήρυξης «Κάθε υποβαλλόμενη προσφορά δεσμεύει τον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό κατά τη διάταξη του άρθρου 97 του ν. 4412/2016, για διάστημα ΕΞΙ (6) μηνών, από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών». Η προσφεύγουσα υπέβαλλε την προσφορά της στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την 31.01.2020 και αυτή ίσχυε έως την 31.07.2020. Κατά συνέπεια, η υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης από την προσφεύγουσα την 27.07.2020 έγινε ενόσω η προσφορά της ήταν εν ισχύ. Ο έλεγχος των δικαιολογητικών κατακύρωσης από την Επιτροπή Διαγωνισμού κατά την συνεδρίαση της 05.08.2020 ουδόλως αναιρεί την ισχύ της προσφοράς και των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατά την ημερομηνία υποβολής τους. Σε αυτό συνηγορεί και το γεγονός ότι, όπως προβλέπεται από τη Διακήρυξη, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης θα πρέπει να είναι σε ισχύ κατά την ημερομηνία υποβολής τους και όχι κατά την ημερομηνία εξέτασής τους από την Επιτροπή Διαγωνισμού. Σημειώνεται δε ότι η προσφεύγουσα αποδέχτηκε και μετά την λήξη της προσφοράς της το γεγονός αυτό, εφόσον υπέβαλε μέσω της Επικοινωνίας του Συστήματος (το κατά τα άλλα μη εμπεριστατωμένο) αίτημα παράτασης του χρόνου υποβολής των δικαιολογητικών της την 03.08.2020,

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

δηλαδή κατόπιν της 31.07.2020, ημερομηνίας κατά την οποία η προσφορά της έληγε. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού ορθώς προχώρησε στην εξέταση των υποβληθέντων δικαιολογητικών και απεφάνθη επ' αυτών και εν συνεχεία η Οικονομική Επιτροπή του ***** ορθώς ενέκρινε το από 05.08.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, που αφορούσε σε προσφορά που ήταν σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της. Οι έννομες συνέπειες που προκύπτουν από την ***** αφορούν στην εξέταση των εμπροθέσμως υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης ενόσω η προσφορά της προσφεύγουσας ήταν σε ισχύ και δεν αναιρούνται λόγω συνεδρίασης της Επιτροπής σε δευτερεύοντα χρόνο, κατά τον οποίο η προσφορά είχε λήξει. Η μη αποδοχή της παράτασης ισχύος της προσφοράς από την πλευρά της προσφεύγουσας συνεπάγεται τη μη δέσμευση αυτής για το χρονικό διάστημα πέραν της 31.07.2020, δεν παύει όμως να την δεσμεύει για το διάστημα ισχύος της προσφοράς της, ήτοι από 31.01.2020 έως 31.07.2020.

2. Η από 20.3.2020 Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου «Κατεπείγοντα μέτρα για την αντιμετώπιση των συνεπειών του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού COVID -19, τη στήριξη της κοινωνίας και της επιχειρηματικότητας και τη διασφάλιση της ομαλής λειτουργίας της αγοράς και της δημόσιας διοίκησης», που δημοσιεύθηκε στο υπ' αριθμ. 68 Φύλλο της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως (Τεύχος Α'), όπως ισχύει κατόπιν της κύρωσής της με τον ν. 4683 ΦΕΚ Α 83/10.4.2020, αναφέρει στο άρθρο 60 παρ. 1 τα εξής: «Εφόσον εξακολουθεί να υφίσταται άμεσος κίνδυνος εμφάνισης και διασποράς του κορωνοϊού COVID -19, η έλλειψη του οποίου βεβαιώνεται με απόφαση του Υπουργού Υγείας, και πάντως για χρονικό διάστημα που δεν μπορεί να υπερβαίνει τους έξι (6) μήνες από την έναρξη ισχύος της παρούσας, με απόφαση του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού ή του αρμόδιου οργάνου, είναι δυνατή: α) η αναβολή διενέργειας δημόσιων διαγωνισμών, β) η παράταση της ημερομηνίας υποβολής αιτήσεων συμμετοχής ή προσφορών, στις περιπτώσεις που έχει ήδη δημοσιευθεί προκήρυξη κατά την έναρξη ισχύος της παρούσας, γ) η αναστολή κάθε προθεσμίας που αφορά δημόσιες συμβάσεις, ανεξάρτητα από το στάδιο ανάθεσης ή εκτέλεσης αυτών και δ) η χορήγηση παράτασης κάθε είδους συμβατικών προθεσμιών, για χρονικό διάστημα που θα καθορίζεται με την οικεία απόφαση». Η αναθέτουσα, κάνοντας χρήση του

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

ανωτέρω άρθρου και αναγνωρίζοντας τους λόγους δημοσίου συμφέροντος που επιβάλλουν τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας ώστε να εξασφαλιστεί η απαραίτητη χρηματοδότηση, ζήτησε με έγγραφό της που εστάλη στους οικονομικούς φορείς την 04.08.2020 την παράταση ισχύος της προσφοράς τους και της εγγύησης συμμετοχής. Η παράταση της διαγωνιστικής διαδικασίας πέραν της 31.07.2020 (ημερομηνία λήξης των προσφορών) δηλώθηκε όμως από την αναθέτουσα και μέσω:

i. Της εξέτασης του από 03.08.2020 αιτήματος της προσφεύγουσας περί παράτασης του χρόνου υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης ii. Της έγκρισης του από 05.08.2020 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού περί ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης iii. Της κήρυξης νέου προσωρινού αναδόχου με την *****. iv. Την από 17.08.2020 πρόσκληση του νέου προσωρινού αναδόχου με την επωνυμία «*****» για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατόπιν της από 10.08.2020 παράτασης ισχύος της προσφοράς και εγγύησης συμμετοχής του τελευταίου, που μας γνωστοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του συστήματος.

Σε ό,τι αφορά δε στην διάρκεια της ζητούμενης παράτασης, για την οποία η προσφεύγουσα κάνει λόγο επικαλούμενη «ασάφειες» στο υπ' αρ. 6885/04.08.2020 έγγραφο της αναθέτουσας περί παράτασης χρόνου ισχύος προσφορών και εγγυήσεων συμμετοχής, επισημαίνεται ότι η παράταση που ζητείται ακολουθεί τη διάρκεια της αρχικής προσφοράς (6 μήνες), όπως προκύπτει σαφώς από τα έγγραφα της σύμβασης και τη σχετική νομοθεσία.

Επί του υπ' αρ. II.Γ. λόγου ακύρωσης που προβάλλει η προσφεύγουσα:

Κατόπιν του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε το από 05.08.2020 πρακτικό απόρριψης της προσφοράς, αναφέροντας σε αυτό τα όσα προβλέπονται την παράγραφο (δ) του άρθρου 4.2 της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο «...απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας.»

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

Περαιτέρω δε, η έγκριση του Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού από την Οικονομική Επιτροπή του ***** με την 217/2020 απόφασή της, δεν συνεπάγεται αυτόματη κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, ούτε προαπαιτεί τη σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου. Ειδικότερα, όπως αναφέρεται στην παρ. 1 του άρ. 73 του ν. 4412/2016 όπως ισχύει, «Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως». Συνεπώς, η γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου ζητείται μετά την έγκριση του Πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης από την Αναθέτουσα (Οικονομική Επιτροπή του *****) και μάλιστα προϋποθέτει την απόφαση έγκρισης του πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης και απόρριψης της προσφοράς, συνεπώς ορθώς δεν ζητήθηκε νωρίτερα. Σε συνέχεια της γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου η αναθέτουσα θα προβεί στις ανάλογες ενέργειες για κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

Επί του υπ' αρ, ΙΙ.Δ. λόγου ακύρωσης που προβάλλει η προσφεύγουσα:

Η εγγυητική επιστολή συμμετοχής που κατέθεσε η προσφεύγουσα κατά την υποβολή της προσφοράς της δεν παρασχέθηκε αυτοτελώς στον διαγωνισμό, αλλά συνοδεύει την προσφορά του διαγωνιζομένου οικονομικού φορέα. Συνεπώς, η κατάπτωσή της μπορεί να εγκριθεί από την αναθέτουσα με απόφαση που αφορά στον χρόνο ισχύος της προσφοράς. Πράγματι, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, οι έννομες συνέπειες που προκύπτουν από την 217/2020 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής του ***** αφορούν στην εξέταση των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υποβλήθηκαν ενόσω η προσφορά της προσφεύγουσας ήταν σε ισχύ και δεν αναιρούνται λόγω συνεδρίασης της Επιτροπής σε δευτερεύοντα χρόνο, κατά τον οποίο η προσφορά είχε λήξει.

Επί του υπ' αρ. ΙΙ.Ε. λόγου ακύρωσης που προβάλλει η προσφεύγουσα:

Με την ***** είχαν οριστεί τα τακτικά και αναπληρωματικά μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού. Κατόπιν σχετικής ειδοποίησης των μελών της Επιτροπής Διαγωνισμού, στη συνεδρίαση της 05.08.2020 παρέστησαν οι υπογράφωντες το σχετικό πρακτικό, ήτοι οι: κα ***** (ΠΕ Αγρ. Τοπογράφων

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

Μηχ/κών], κα ***** (ΤΕ Τοπογράφων Μηχ/κών), κα ***** (ΤΕ Πολιτικών Μηχ/κών), κος ***** (Εκπρόσωπος Περιφερειακής Ένωσης Δήμων Πελοποννήσου) και κος ***** (Εκπρόσωπος ΤΕΕ Πελοπόννησου). Παρισταμένων 5 εκ των 7 μελών της Επιτροπής Διαγωνισμού διαπιστώθηκε απαρτία και κηρύχθηκε η έναρξη της συνεδρίασης. Απουσίας της *****, η οποία αδυνατούσε να παρευρεθεί στη διαδικασία λόγω μετακίνησής της σε άλλη υπηρεσία, προήδρευσε της διαδικασίας η *****, ως η μόνη υπάλληλος βαθμίδας ΠΕ που παρίστατο στη συνεδρίαση.

Κατά συνέπεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνεδρίασε έχοντας απαρτία και προεδρευούσης της *****, η οποία είναι υπάλληλος βαθμίδας ΠΕ, σε συμφωνία με την παρ. 3 του άρ. 4 της *****. «Ως πρόεδροι των επιτροπών των παρ. 8 και 9 του άρθρου 221 του ν. 4412/2016 ορίζονται μέλη κατηγορίας ΠΕ Μηχανικών». Σε κάθε περίπτωση να σημειωθεί πως το όργανο συνεδρίασε μετά της νόμιμης απαρτίας και πως η ιδιότητα μέλους ως Προέδρου ουδεμία μεταβολή στο αποτέλεσμα επέφερε.».

14. Επειδή, με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα προβάλλει τα κάτωθι «Πρωτίστως, η προσφεύγουσα διά του παρόντος παραπέμπει και αναφέρεται στο συνολικό περιεχόμενο της ασηκθείσας την 22α.8.2020 και με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1168/2020 προδικαστικής προσφυγής της, προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων.

1. Η ασηκθείσα ως άνω Προδικαστική Προσφυγή μας προσδιορίσθηκε, δυνάμει της με αριθμ. 1385/2020 Πράξεως της κας. Προέδρου του 5ου Κλιμακίου, να εξετασθεί ενώπιον του Κλιμακίου αυτού στις 28.9.2020.

2. Κατόπιν τούτου και ενόψει της επικείμενης εξέτασης της ασηκθείσας ως άνω προδικαστικής προσφυγής μας από το Κλιμάκιό Σας κατά την ορισθείσα ως άνω ημερομηνία, αναφερόμαστε στους προβαλλόμενους με την προδικαστική προσφυγή μας λόγους, οι οποίοι είναι στο σύνολό τους νόμιμοι, βάσιμοι και αληθινοί και συμπληρωματικώς και προς αντίκρουση των αναφερόμενων στις κατατεθείσες με αρ. πρωτ. 8424/1.9.2020 απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής υποβάλλουμε νομίμως και εμπροθέσμως το παρόν και επισημαίνουμε τα ακόλουθα:

> Η αναθέτουσα αρχή ουδόλως αμφισβητεί ότι βάσει της διακηρύξεως ανακύπτει υποχρέωση αντικατάστασης του τρίτου εάν αυτός δεν πληροί το

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

σχετικό κριτήριο επιλογής ή αν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπό του. Κατά λογική συνεπαγωγή υποχρέωση αντικατάστασεως του τρίτου υφίσταται όχι μόνον όταν αυτός δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού, αλλά, πολύ περισσότερο, και όταν δεν αποδεικνύεται η εκ μέρους του πλήρωση του σχετικού κριτηρίου επιλογής ή η απουσία λόγων αποκλεισμού. Εφόσον διά της διακηρύξεως προβλέπεται η αντικατάσταση του τρίτου όταν συντρέχει το μείζον (μη πλήρωση κριτηρίου επιλογής, συνδρομή λόγων αποκλεισμού) καλύπτεται και το έλασσον (μη προσκόμιση δικαιολογητικών εκ μέρους του τρίτου) είναι δε οξύμωρο στη πρώτη περίπτωση να συντρέχει υποχρέωση αντικατάστασης του τρίτου στη δε άλλη όχι, είναι δε λογικώς ανακόλουθοι και αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής. Η δε υποχρέωση αντικατάστασεως του τρίτου και η σχετική διάταξη της διακηρύξεως και του νόμου αναφέρεται αδιακρίτως σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο της διαγωνιστικής διαδικασίας ήθελε διαπιστωθεί πλημμέλεια στη συμμετοχή του τρίτου, επομένως και το στάδιο της υποβολής και του ελέγχου δικαιολογητικών κατακυρώσεως. Οι δε ισχυρισμοί ότι τάχα η κίνηση της διαδικασίας αντικατάστασεως θα οδηγούσε σε διαδοχικές αντικαταστάσεις δανειοπαρόχων αενάως είναι αβάσιμοι, αναπόδεικτοι και εκφέρονται κατά της εφαρμογής διάταξης της Διακηρύξεως προς την οποία η αναθέτουσα αρχή ενώ έχει αυτοδεσμευθεί, την παραβίασε σε βάρος της προσφεύγουσας. Εν πάσει δε περιπτώσει εν προκειμένω δεν τίθεται ζήτημα επανειλημμένης αντικαταστάσεως τρίτου, αφού ουδέποτε μας παρεσχέθη η δυνατότητα αντικαταστάσεως του υποδεικνυόμενου στη προσφορά μας τρίτου, ενώ διά της αμφισβητήσεως της ορθότητας των σχετικών διατάξεων, η αναθέτουσα αρχή αμφισβητεί όρους του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, που την υποχρέωναν, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να κινήσει τη διαδικασία αντικαταστάσεως.

> Σημειωτέον δε επίσης ότι η υποχρέωση κίνησης της διαδικασίας αντικατάστασης του τρίτου στις περιπτώσεις που δεν αποδεικνύεται η πλήρωση κριτηρίων επιλογής ή η απουσία λόγων αποκλεισμού, ανακύπτει βάσει των διατάξεων των νέων Οδηγιών και δη της οδηγίας 2014/24 ΕΕ που το πρώτον διέλαβαν ρητώς και αδιαστίκτως την υπόψη πρόβλεψη και, υπό το πρίσμα αυτό, είναι άμοιρη νομικής εφαρμογής κάθε προηγούμενη επί των σχετικών ζητημάτων νομολογία περί τάχα ανεπίτρεπτης τροποποίησης της προσφοράς,

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

αφού η αδιάσπικτη διατύπωση της Οδηγίας, του νόμου και της Διακηρύξεως, δεν καταλείπουν οιαδήποτε αμφιβολία περί της υποχρεώσεως αυτής της αναθέτουσας αρχής (κίνησης της διαδικασίας αντικατάστασης του τρίτου), ενόσω μάλιστα η σχετική πρόβλεψη έχει περιληφθεί εξ αρχής στη διακήρυξη, ουδείς προσέβαλε αυτήν και δύναται να εφαρμοσθεί για όλους τους διαγωνιζομένους στον οποίων τις προσφορές και τα δικαιολογητικά κατακυρώσεως ανακύπτει ζήτημα, χωρίς διακρίσεις και επί ίσοις όροις.

> Αβάσιμοι εξάλλου τυγχάνουν και οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί του ότι η εγγυητική επιστολή του συμμετέχοντος καταπίπτει σε κάθε περίπτωση διαπίστωσης παραβιάσεων στα δικαιολογητικά του τρίτου. Και τούτο διότι η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συνιστά ουσιώδη κύρωση που προϋποθέτει υπαιτιότητα και σοβαρή αμέλεια ή δόλο του υπομένουτος τη κύρωση, δηλαδή του συμμετέχοντος. Στη περίπτωση δε αυτή, δεν είναι επιτρεπτή η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής για λόγους που καταφανώς εκφεύγουν της σφαίρας ελέγχου του συμμετέχοντος και συνίστανται στη μη χορήγηση εκ μέρους του τρίτου του συνόλου των δικαιολογητικών κατακυρώσεως. Κατά μείζονα λόγο που ο συμμετέχων δεν έχει τη δυνατότητα εξαναγκασμού του τρίτου για τη χορήγηση των εγγράφων. Άλλωστε, εν προκειμένω η προσφεύγουσα είχε αιτηθεί τη παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών, χωρίς να αξιωθεί απαντήσεως εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Υπό το πρίσμα των συνθηκών της παρούσας περιπτώσεως δεν ήταν υπό οιαδήποτε εκδοχή δυνατή η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας.

> Αβάσιμος εξάλλου τυγχάνει και ο ισχυρισμός ότι η αναθέτουσα αρχή εδικοιούτο να προβεί στον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακυρώσεως χωρίς προηγουμένως να έχει αιτηθεί και λάβει την παράταση της ισχύος των προσφορών. Ο έλεγχος των δικαιολογητικών κατακυρώσεως και η απόρριψη της προσφοράς προϋποθέτουν προσφορά εν ισχύ τόσο κατά το χρόνο του ελέγχου των δικαιολογητικών όσο και κατά το χρόνο της απορρίψεως της προσφοράς του προσωρινού μειοδότη εκ μέρους της ΕΔ. (ιδ. συναφώς ΣΤΕ 1391/2020).

> Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, εν προκειμένω συνομολογείται στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής ότι της απόφασης καταπτώσεως της

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας όφειλε να έχει προηγηθεί γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου, η οποία δεν είχε ληφθεί προ της έκδοσης της προσβαλλομένης απόφασης, γεγονός που αρκεί για την ακύρωση αυτής κατά το σκέλος της καταπτώσεως, σύμφωνα με τα κριθέντα στη με αριθμ. **** απόφασή σας.

> Άμοιρη νομικής επιρροής τυγχάνει η επίκληση, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, της από 20.3.2020 ΠΝΠ η οποία ουδεμία εφαρμογή έχει επί του ζητήματος της παρατάσεως της ισχύος της προφοράς, ενώ η κλήση της αναθέτουσας αρχής για παράταση ήταν μη νόμιμη ως εξολοκλήρου ασαφής και αόριστη κατά τα εκτιθέμενα στη προσφυγή.

> Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μας εξειδικεύουμε πλήρως το έννομο συμφέρον μας για την προσβολή των πράξεων της Αναθέτουσας Αρχής και δη κατά τί η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του **** είναι βλαπτική για τα έννομα συμφέροντα της και ποια είναι η προκαλούμενη εξ αυτής ζημία. Συναφώς παραπέμπουμε στα όσα αναφέρονται στην προσφυγή μας και επιπλέον σημειώνονται τα εξής:

> Κατά τα παγίως γεγόμενα αποδεκτά στη νομολογία, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώς. Ενεστώς είναι το συμφέρον, όταν ερείδεται επί υπαρχούσης ήδη κατά το χρόνο άσκησης του ενδίκου βοηθήματος εννόμου καταστάσεως του αιτούντος (ΣτΕ 2162/1968) και εφόσον η βλάβη που προκαλείται στον προσφεύγοντα από την προσβαλλόμενη έχει ήδη επέλθει (ΣτΕ 1433, 1823/1956) ή τουλάχιστον είναι λογικά αναπόφευκτη (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 260-261). Επίσης το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο υπό την έννοια ότι απαιτείται η παραδοχή των προβαλλόμενων ισχυρισμών να συνεπάγεται ευθέως ευμενή μεταβολή στη θιγείσα από την πληττόμενη πράξη νομική ή πραγματική κατάσταση του προσφεύγοντος. Κρίνεται, επομένως, με βάση το σύνδεσμο μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της επικαλούμενης από τον αιτούντα ιδιότητας ή συγκεκριμένης νομικής κατάστασης. Άλλωστε, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το

έννομοσυμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23).

> Εξάλλου, το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών (βλ. αντί πολλών 0470/99, *Universale- Bau Συλλογή 2002*, σ. I-11617, σκέψη 74 και της 19ης Ιουνίου 2003). Κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη. Επομένως, για τη συνδρομή εννόμου συμφέροντος πρέπει σωρευτικώς να συντρέχουν οι εξής προϋποθέσεις: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική. Η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της του ενδίκου βοηθήματος (ΣτΕ 1442/97, ΔΔικ 1997/1136) και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της επικαλούμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση που συνδέει τον αιτούντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας - το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ. 199).

> Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρεία μας διατηρεί πλήρως το έννομο συμφέρον της να αξιώνει την ακύρωση των προσβαλλόμενων με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγής της πράξεων καθώς επικαλούμαστε πρόδηλη ζημία εκ του μη νόμιμου αποκλεισμού μας από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία καθώς και εκ της συνέπειας αυτού (παράνομου αποκλεισμού) καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής μας συμμετοχής στον προκείμενο διαγωνισμό. Καθίσταται δε προφανές ότι η βλάβη που επέρχεται στα έννομα συμφέροντα της προσφεύγουσας εταιρείας μας δια των προσβαλλόμενων πράξεων είναι προφανής και συνδέεται αυτονοήτως και άρρηκτα με την προσβαλλόμενη πράξη της Αναθέτουσας Αρχής και την ανατροπή μιας ιδιαιτέρως ευνοϊκής για την προσφεύγουσα νομικής καταστάσεως. Στην πραγματικότητα, ο αποκλεισμός της αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου εταιρείας μας και η συνεπαγόμενη αυτόν κατάπτωση της

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας στον διαγωνισμό, εκδοθείσα από το ΤΜΕΔΕ και ποσού 38.700,00€, ήτοι ιδιαιτέρως υψηλού για την εταιρεία μας ποσού, ζημιώνει καταφανώς την προσφεύγουσα και επιφέρει βλάβη, η οποία επέρχεται άμεσα στην τελευταία, αφού αυτή αποκλείεται του διαγωνισμού. Ήτοι, κατά το σκέλος που με την προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής διατάσσεται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό και επιβάλλεται εξόχως δυσμενής κύρωση στο πρόσωπο της προσφεύγουσας εταιρείας μας διατηρούμε πρόδηλο και ενεστώς έννομο συμφέρον να αξιώνουμε την ακύρωση αυτής.

> Σημειώνεται εξάλλου ότι το έννομο συμφέρον της εταιρείας μας είναι ενεστώς, άμεσο και προσωπικό, αφού διά της ακυρώσεως των προσβαλλομένων πράξεων, όπως θα έδει, θα επανέλθουμε στη νομική κατάσταση του χρόνου της εκδόσεως της προσβαλλομένης πράξεως και η διαδικασία θα μπορεί να συνεχιστεί με ανάθεση της συμβάσεως στην εταιρεία μας κατόπιν παρατάσεως της ισχύος της προσφοράς μας, η οποία φυσικά δεν μπορούσε πρακτικά αλλά και νομικά να επισυμβεί, ηρημένης της αποφάσεως αποκλεισμού μας και καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας (αφού δεν είναι νοητή η ανανέωση της ισχύος της προσφοράς που έχει ήδη απορριφθεί διά πράξεως της αναθέτουσας αρχής, ούτε η ανανέωση της ισχύος της εγγυητικής της οποίας έχει ζητηθεί η κατάπτωση). Δοθέντος δε ότι κατά το χρόνο εκδόσεως της προσβαλλομένης πράξεως δεν είχε παρέλθει ο εύλογος χρόνος παρατάσεως της ισχύος της προσφοράς και δοθέντος ότι διά της ακυρώσεως της προσβαλλομένης πράξεως θα επανέλθουμε στη νομική και πραγματική κατάσταση του χρόνου εκδόσεως της προσβαλλομένης πράξεως, μπορεί τότε να υποβληθεί η παράταση της ισχύος της προσφοράς και της εγγυητικής, η οποία, όπως προελέχθη, προϋποθέτει την ακύρωση της απορρίψεως της προσφοράς μας. > Ανεξαρτήτως δε όλων αυτών και αυτοτελώς όσον αφορά στην ακύρωση της προσβαλλομένης πράξεως κατά το σκέλος της καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας, η εταιρεία μας έχει υποστεί, πέραν του κινδύνου πληρωμής της εγγυητικής επιστολής, τεράστια ζημία εκ της βλάβης της επαγγελματικής της αξιοπιστίας που συνεπάγεται αυτόματα η απόφαση καταπτώσεως, ως κυρωτική συνέπεια πταισματικής συμπεριφοράς (που εν προκειμένω η εταιρεία μας δεν επέδειξε).

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

Έτσι η εταιρεία μας απειλείται να αντιμετωπίσει επιφυλακτικότητα ή και άρνηση των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων αναφορικά με τη χορήγηση εγγυητικών επιστολών, εγκρίσεων πιστοδοτήσεων κάθε μορφής κεφαλαίων κίνησης κλπ γεγονός που θα πλήξει καίρια την επιχειρηματική μας δραστηριότητα και την επιδίωξη των θεμιτών επιχειρηματικών μας στόχων, παρά το γεγονός ότι έως σήμερα η εταιρεία μας είναι απολύτως υγιής, απασχολεί δεκάδες ανθρώπων και μεγάλο κύκλο υπεργολάβων και προμηθευτών, ανταποκρίνεται με συνέπεια στις υποχρεώσεις της και δεν έχει καταπέσει ποτέ καμία εγγυητική σε βάρος της. Πλην όμως η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ικανή να ανατρέψει την προσπάθεια ετών δημιουργώντας εσφαλμένη εντύπωση περί της επαγγελματικής ακεραιότητας, αξιοπιστίας και συνέπειας της εταιρείας μας και επιφυλακτικότητα, αν όχι άρνηση των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων. Επομένως η βλάβη μας είναι δεδομένη και διαρκής, έχει ήδη επέλθει και δύναται να ανασχεθεί μόνον διά της ακυρώσεως της προσβαλλομένης πράξεως τουλάχιστον κατά το σκέλος που δι' αυτής αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας.

> Επιπροσθέτως δε η προσφεύγουσα εταιρεία μας είναι εργοληπτική επιχείρηση, η οποία συμμετέχει κατά κύριο λόγο σε διαγωνισμούς για την ανάληψη δημοσίων συμβάσεων, γεγονός που θέτει σε δυσχερή θέση την ίδια σε περίπτωση που διατηρηθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθιστώντας δυσχερέστερη τη θέση της τελευταίας σε σχέση με τους λοιπούς διαγωνιζομένους, ενώ η εκάστοτε Αναθέτουσα Αρχή θα διατηρεί επιφυλάξεις αναφορικά με την αξιοπιστία της εταιρείας μας, εξαιτίας της πλημμελούς και παρανόμου αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής.

> Τα ανωτέρω δε βλάπτουν καταφανώς τα έννομα συμφέροντα της προσφεύγουσας, καθώς ουδέν παράπτωμα ή αμελή συμπεριφορά υπέδειξε η προσφεύγουσα.

> Τέλος, η επιβολή της κυρώσεως της καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής δεν προσήκει επί μη συνδρομής πταίσματος της ίδιας της προσφεύγουσας, το οποίο αντικειμενικώς ελλείπει επί δικαιολογητικών που δεν αφορούν την ίδια αλλά τον τρίτο φορέα που του παρέχει στήριξη, η δε κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της για λόγους που δεν αφορούν την ίδια αλλά τρίτον ως προς αυτήν οικονομικό φορέα και μάλιστα

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

χωρίς προηγουμένως να παρασχεθεί η κατά το νόμο και τη Διακήρυξη δυνατότητα αντικαταστάσεως του τρίτου τυγχάνει ευθέως αντικείμενη στην αρχή της διαφάνειας, της ίσης μεταχειρίσεως και της αναλογικότητας».

15. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκώ πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

(Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC ConstrucionLtd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS SucchidiFrutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ΄, σελ. 776).

16. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

17. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019 ΔΕφΑθ).

18 . Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

19. Επειδή επομένως *«κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, σε περίπτωση σιωπής του νόμου, νομιμοποιείται για την άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής οποιοσδήποτε υφίσταται βλάβη των εννόμων συμφερόντων του, εκτός αν ορίζει ειδικότερα η εφαρμοστέα διάταξη, περιορίζοντας τον κύκλο των δικαιουμένων να την ασκήσουν»* (βλ.ΣτΕ (Ολομ) 1374/1953 και 677/2005, Σ. Κ./ Κυβέλος, Η ενδικοφανής προσφυγής, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016) μόνο στους έχοντες έννομο συμφέρον να τους ανατεθεί η σύμβαση και αποκλείοντας τρίτους (ΔΕΚ, απόφαση C-230/02, της 12/2/04, Grossmann Air κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας, ΕΑ ΣτΕ 368/2009, 4651/2006). Το, δε, έννομο συμφέρον μπορεί να είναι τόσο υλικό, με την έννοια ότι από την εκτέλεση της πράξης προκαλείται σε αυτόν κάποια αποτιμητή χρηματική βλάβη, όσο και ηθικό, όταν συνεπάγεται καταστάσεις που έχουν ηθική αξίας (βλ.Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τ.2 Νομική Βιβλιοθήκη, 2015 , ΣτΕ 3167/1998).

20. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 847). Περαιτέρω, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προσβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ.4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93).

21. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

22. Επειδή σε κάθε περίπτωση, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση ή τροποποίηση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος όσον αφορά τις προυποθέσεις του παραδεκτού.

23. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις ad hoc ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

24. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών κατά τη διοικητική διαδικασία ή περί παράβασης νόμου, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 48-49).

25. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκουλα, 1998, σελ. 23).

26. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston κα 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

27. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί ο περιορισμός των προσώπων που δύνανται να προσφύγουν κατά μιας πράξης, υπό την έννοια της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος είναι θεμιτός και επιβεβλημένος, μη προσκρούων στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ καθόσον συνάδει στην εξασφάλιση αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά το προδικαστικό στάδιο, αποτρέποντας την έναρξη προπετών διαδικασιών, με παρελκυστικά κίνητρα που παρεμποδίζουν την υγιή ανταγωνισμό και την ανάπτυξη. Άλλωστε, η ενδεχόμενη βλάβη υπό την έννοια του «πιθανά» ή «εν δυνάμει» θιγόμενου απαντάται και στη νομολογία του ΕΔΔΑ, εφόσον ασφαλώς στοιχειοθετείται επαρκώς η ύπαρξη προσωπικού και υπαρκτού κινδύνου να υποστεί την βλάβη, την οποία επικαλείται με σαφήνεια (πρβλ. ΕΔΔΑ, Burden κατά Ηνωμένου Βασιλείου, τμήμα ευρείας σύνθεσης, 29.4.2008).

28. Επειδή σε κάθε περίπτωση το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών (βλ. ενδεικτικά C-470/99, Universale-Bau, Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 74 και της 19ης Ιουνίου 2003, Fritsch, Chiari & Partner, κλπ, C-410/01, Συλλογή 2003, σ. I-6413, σκέψη 30). Ωστόσο η άρνηση αναγνώρισης εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής σε συγκεκριμένες περιπτώσεις προφανώς δεν περιορίζει την πρακτική αποτελεσματικότητα της εν λόγω Οδηγίας αλλά σε πολλές περιπτώσεις συνάδει στην σκοπούμενη επιτάχυνση και συνακόλουθα αποτελεσματικότητα της παροχής έννομης προστασίας. Επομένως, στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ καθίστανται σαφές ότι τα κράτη

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (υπόθεση ΔΕΚ C-240/01, 19.6.03, W.Hackermuller, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 Grossmann Air Service, σκ 26)

29. Επειδή, ωστόσο, *sine qua non* προϋπόθεση για την προαπόδειξη βλάβης – έστω και ενδεχόμενης – του προσφεύγοντος και συνακόλουθα επί αυτής της βάσης θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός του προς άσκηση της προσφυγής είναι να μην προκύπτει από τον εν γένει διαμορφωθέντα φάκελο ότι εν πάση περιπτώσει βάσει του οικείου νομοθετικού και κανονιστικού πλαισίου ότι έχει καταστεί ο προσφεύγων τρίτος, εκφεύγοντας από τον κύκλο των άμεσα ενδιαφερομένων προσώπων καθώς «διαρρηγνύεται» η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της ζημίας που κατά τα λεγόμενά του του προξενεί ο επίμαχος όρος σε σχέση με την αξίωση ανάληψης του αντικειμένου της σύμβασης.

30. Επειδή, όπως έχει κριθεί, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον αιτούντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, την βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του η πράξη (ΣΤΕ 2068/2008, 4022/2006). Ως αλυσιτελής, χαρακτηρίζεται επομένως η αίτηση ακυρώσεως- επομένως και η προσφυγή κατ' αναλογία- , η οποία ακόμη και αν γίνει δεκτή δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος και επομένως δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης. Αυτό μπορεί να είναι συνέπεια και της εν τω μεταξύ διαφορετικής γενικής νομοθετικής ρύθμισης του θέματος (ΣΤΕ Ολ 3167-3168/2014, 1418/2013 7μ, Ολ. 1372/2013) ή αλλαγής νομικών προϋποθέσεων στο πρόσωπο του αιτούντος ή στο επίδικο αντικείμενο.

31. Επειδή, επομένως, έχει κριθεί ότι η ακύρωση πράξεως, παρίσταται αλυσιτελής, εφόσον ακόμη και αν η πράξη αυτή εκτοπισθεί από την έννομη τάξη για άλλο λόγο, η σύμβαση δεν είναι δυνατόν δυνάμει του οικείου νομοθετικού πλαισίου να ανατεθεί στον προσφεύγοντα (πρβ. ΣΤΕ Ολ. 2581/2015, 3315/2014 3578/2010, ΣΤΕ 2861-2862/2015, 79/2013 εν συμβ).

32. Επειδή, η συλλογιστική που προβάλλει η προσφεύγουσα περί μη δυνατότητας παράτασης του χρόνου ισχύος προσφοράς, αν και εκ πρώτης εύλογη, ωστόσο, θα οδηγούσε στο συμπέρασμα της αυτοδίκαιης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, στερώντας της σε κάθε περίπτωση το έννομο

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

συμφέρον για την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης όσον αφορά την απόρριψη της προσφοράς, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα ουδόλως επιδιώκει την ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας αν και δηλώνει στην παρ. 12 της προσφυγής (σελ. 27) ότι «δεν νοείται παράταση ισχύος προσφοράς που έχει λήξει». Ειδικότερα, επισημαίνεται ότι οικονομικός φορέας που συμμετείχε σε έναν διαγωνισμό έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει την ακύρωση της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να εκδώσει πράξη ακύρωσης - ματαίωσης του διαγωνισμού, λόγω παρέλευσης του χρόνου ισχύος των προσφορών (βλ. ΣΤΕ ΟΛ. 1189/2009), υπό την προϋπόθεση ότι ο ίδιος δεν έχει παρατείνει την προσφορά του πέραν του χρόνου αυτού (ΕΑ ΣΤΕ 115/2020, ΣΤΕ 1265/2011, 4216/2011).

33. Επειδή, έχει κριθεί έτι περαιτέρω, ότι δεν είναι εκπρόθεσμη η παράταση ισχύος προσφοράς, η οποία υπεβλήθη μετά την λήξη χρόνου ισχύος της, εφόσον δεν είχε λήξει έτι η εγγυητική επιστολή, η αναθέτουσα αιτήθηκε την παράταση της ισχύος κατά την λήξη της, ενώ δεν είχε συνέλθει η επιτροπή του διαγωνισμού για να ελέγξει τα υποβληθέντα στοιχεία σχετικά με την παράταση των προσφορών (ΔεφΤριπ Ν9/2020). Επομένως, αν η Διοίκηση δεν τάξει στους διαγωνιζόμενους συγκεκριμένη προθεσμία, εντός της οποίας θα πρέπει να αποδεχθούν ή όχι την πρόσκληση, η σχετική δήλωσή τους για παράταση δεν αποκλείεται να γίνει και μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς τους, αλλά πάντως εντός ευλόγου κατά τις περιστάσεις χρονικού διαστήματος (πρβλ. Ε.Α. Σ.Τ.Ε. 1038/2006).

34. Επειδή, κατά το άρθρο 97 ("Χρόνος ισχύος προσφορών") του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, "1. Προσφορά που ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από αυτόν που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης απορρίπτεται ως απαράδεκτη. 2. Σε περίπτωση αιτήματος για παράταση της ισχύος της προσφοράς, σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 1 του άρθρου 72, για τους οικονομικούς φορείς που αποδέχθηκαν την παράταση, πριν τη λήξη των προσφορών τους, οι προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν για το επιπλέον αυτό χρονικό διάστημα. 3. ... 4. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και γενικών υπηρεσιών, οι προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να υπερβαίνει τους δώδεκα

(12) μήνες από την επόμενη της διενέργειας της διαδικασίας ανάθεσης. Η παράταση της ισχύος της προσφοράς μπορεί να λαμβάνει χώρα κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη από τα έγγραφα της σύμβασης αρχική διάρκεια ισχύος της προσφοράς. Μετά τη λήξη και του παραπάνω ανώτατου ορίου χρόνου παράτασης ισχύος της προσφοράς, τα αποτελέσματα της διαδικασίας ανάθεσης ματαιώνονται, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει, κατά περίπτωση, αιτιολογημένα, ότι η συνέχιση της διαδικασίας εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, οπότε οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία μπορούν να επιλέξουν είτε να παρατείνουν την προσφορά τους, εφόσον τους ζητηθεί πριν από την πάροδο του ανωτέρω ανώτατου ορίου παράτασης της προσφοράς τους είτε όχι. Στην τελευταία περίπτωση, η διαδικασία συνεχίζεται με όσους παρέτειναν τις προσφορές τους και αποκλείονται οι λοιποί οικονομικοί φορείς." [Στην παρ. 4 του άρθρου 97 του ν. 4412/2016 προστέθηκε με το άρθρο 33 παρ. 3 του ν. 4608/2019 (Α' 66/25-4-2019), σε χρόνο μεταγενέστερο της δημοσίευσης της διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού, το εξής εδάφιο: "Σε περίπτωση που λήξει ο χρόνος ισχύος των προσφορών και δεν ζητηθεί παράταση της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή δύναται με αιτιολογημένη απόφασή της, εφόσον η εκτέλεση της σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, να ζητήσει εκ των υστέρων από τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία είτε να παρατείνουν την προσφορά τους είτε όχι."]. Περαιτέρω, το άρ. 72 του ν. 4412/2016 (τιτλοφορούμενο "Εγγυήσεις") ορίζει στην παρ. 1 αυτού τα εξής: "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, ... 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". Τέλος, το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 (τιτλοφορούμενο "Ματαίωση διαδικασίας") ορίζει τα εξής: "1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 5 του άρθρου 105” (δηλαδή, αν ουδείς αναδειχθείς οριστικός ανάδοχος προσέλθει να υπογράψει το σχετικό συμφωνητικό) “2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παραγράφου 4 του άρθρου 97, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος. ... 6. Ειδικά για την περίπτωση δ’ της παραγράφου 2 για τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, απαιτείται γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου του Υπουργείου στο οποίο υπάγεται ή από το οποίο εποπτεύεται η αναθέτουσα αρχή 7. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων και σε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 50 και ματαίωσης της διαδικασίας, δυνάμει του παρόντος άρθρου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, να εξαγοράσει τις μελέτες των τεχνικών λύσεων που κρίνει ικανοποιητικές...”. Το άρθρο 19 της διακήρυξης, δε, με τίτλο «Χρόνος ισχύος προσφορών» αναφέρει τα εξής *«Κάθε υποβαλλόμενη προσφορά δεσμεύει τον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό κατά τη διάταξη του άρθρου 97 του Ν. 4412/2016, για διάστημα ΕΞΙ (6) μηνών, από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς, να ζητά από τους προσφέροντες να παρατείνουν τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς του και της εγγύησης συμμετοχής»*.

35. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι η ματαίωση της διαδικασίας για την σύναψη δημοσίας συμβάσεως και δη έργου δεν επαφίεται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, αλλά επιτρέπεται μόνο για συγκεκριμένους λόγους, περιοριστικώς αναφερομένους. Τούτο συνάγεται από την σαφή διατύπωση των παραγράφων 1 και 2 του ως άνω άρθρου, στις οποίες παρατίθενται εξαντλητικώς και όχι ενδεικτικώς οι λόγοι αυτοί, αλλά και από τον σκοπό του άρθρου, συνιστάμενο, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου, στην επίτευξη “ασφάλειας δικαίου και ... προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, [χάριν των οποίων] παρέχεται εξαντλητική απαρίθμηση των περιπτώσεων στις οποίες λαμβάνει χώρα ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης και πάντοτε με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου”. Στους προβλεπόμενους από την ανωτέρω διάταξη λόγους δεν περιλαμβάνεται (όπως άλλωστε δεν αμφισβητείται) η δυνατότητα ματαίωσης της διαδικασίας λόγω λήξεως της ισχύος των προσφορών. Τέτοιος λόγος προβλέπεται ειδικώς, μόνον προκειμένου περί διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών, από την παράγραφο 4 του άρθρου 97 ν. 4412/2016, η οποία, επαναλαμβάνοντας αντίστοιχες ρυθμίσεις του προΐσχύσαντος Κανονισμού Προμηθειών Δημοσίου [παραγράφων 1 και 2 του άρ. 13 π. δ/τος 118/2007 (Α΄ 150)], προβλέπει για τις συμβάσεις αυτές ανώτατο χρονικό όριο ισχύος των προσφορών, μετά την λήξη του οποίου ματαιώνεται κατ’ αρχήν η διαδικασία. Η ειδική αυτή ρύθμιση, στην οποία παραπέμπει για λόγους συστηματικούς η περίπτ. (ε) του άρθρου 106 παρ. 2 του αυτού νόμου, διαφοροποιεί κατά τούτο, και ως εκ του αντικειμένου τους, τις συμβάσεις προμηθειών και γενικών υπηρεσιών από τις λοιπές κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων (έργων, μελετών, παροχής τεχνικών ή επιστημονικών υπηρεσιών κλπ.), για τις οποίες ο νόμος προβλέπει ελάχιστα (παράγραφος 3 του άρθρου 97) χρονικά όρια ισχύος των προσφορών, δυνάμενα να παραταθούν, τα οποία, όμως, δεν συνδέει με λόγο ματαίωσης της διαδικασίας (ΕΑ ΣτΕ 63/2020).

36. Επειδή, ενόψει της ωριμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας που επήλθε με την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών και την κατ’ ουσίαν ανάδειξη του μειοδότη, πριν εξαντληθεί η διάρκεια ισχύος αυτών (αρχική ή κατά παράταση) κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 97 παρ. 4 του ν.

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

4412/2016 και της παρ. 2.4.5 της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε, εν πάση περιπτώσει, υποχρέωση να ματαιώσει τον ένδικο διαγωνισμό ούτε κωλυόταν να ζητήσει την παράταση της διάρκειας ισχύος των προσφορών ακόμη και μετά την τυπική λήξη της (πρβλ. ΣΤΕ 1189, 1190, 1193/2009 Ολομ.), όπως έπραξε εν προκειμένω (η αναθέτουσα αρχή), τούτο δε λαμβανομένων υπόψη και των εξής δεδομένων: (α) με τη διάταξη της παρ. 2 περ. ε' του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, ως προς τους λόγους και όρους ματαίωσης της διαδικασίας, η λήξη ισχύος των προσφορών κατά το άρθρο 97 παρ. 4 του ν. 4412/2016 περιλαμβάνεται στους δυνητικούς λόγους ματαίωσης της διαδικασίας ανάθεσης ("μπορεί να λάβει χώρα", "η αναθέτουσα αρχή ... δύναται να ματαιώσει")· (β) με τις διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 97 του ν. 4412/2016 - ο σκοπός του οποίου συνίσταται στη διασφάλιση τόσο του δημοσίου συμφέροντος, όσο και των συμφερόντων των διαγωνιζομένων (πρβλ. ΣΤΕ 1189/2009 Ολομ.) - καθώς και με τις διατάξεις της παρ. 19 της διακήρυξης, οι οποίες πρέπει να ερμηνευθούν σε αρμονία με την παρ. 4 του άρθρου 97 του ν. 4412/2016, παρέχεται η ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να ζητεί, υπό τους προβλεπόμενους κατά περίπτωση όρους, την παράταση της διάρκειας ισχύος των προσφορών και στους προσφέροντες να παρέχουν τη συναίνεσή τους, χωρίς να θεσπίζεται εξαίρεση από τον ως άνω κανόνα δυνητικής ματαίωσης του διαγωνισμού, ακόμη και σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν ζητήσει την παράταση πριν από τη λήξη της διάρκειας ισχύος των προσφορών, όπου αυτό προβλέπεται, εφόσον οι διαγωνιζόμενοι συναινούν στην έστω και εκ των υστέρων ζητηθείσα παράταση· και (γ) ειδικά για την παράταση της αρχικής διάρκειας ισχύος των προσφορών, περί της οποίας πρόκειται στην παρούσα υπόθεση, ούτε η σχετική διάταξη του δεύτερου εδαφίου της παρ. 4 του άρθρου 97 του ν. 4412/2016 ούτε η διακήρυξη του διαγωνισμού (αρ 15.3, 15.4 και 19) προβλέπει περίπτωση ματαίωσης του διαγωνισμού λόγω μη προηγούμενης υποβολής σχετικού αιτήματος της αναθέτουσας αρχής (ή φορέα), πέραν δε τούτου καμία από τις διατάξεις αυτές δεν εξαρτά την παράταση της αρχικής διάρκειας ισχύος των προσφορών από την έκδοση απόφασης της αναθέτουσας αρχής (ή φορέα) με την οποία να γίνεται επίκληση λόγων δημοσίου συμφέροντος που δικαιολογούν την παράταση αυτή (βλ. a contrario ΔΕφΘεσ 646/2019). Ρητή μνεία επίκλησης συγκεκριμένης αιτιολογίας γίνεται

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

στο άρθρο 33 του Ν. 4608/2019 όπου αναφέρεται μεταξύ άλλων «3. Στο τέλος της παραγράφου 4 του άρθρου 97 προστίθεται εδάφιο ως εξής: «Σε περίπτωση που λήξει ο χρόνος ισχύος των προσφορών και δεν ζητηθεί παράταση της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή δύναται με αιτιολογημένη απόφασή της, εφόσον η εκτέλεση της σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, να ζητήσει εκ των υστέρων από τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία είτε να παρατείνουν την προσφορά τους είτε όχι.», εισάγοντας «άμβλυνση» ως προς την υποχρέωση ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας ακόμη και των συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών. Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, η παράταση της εγγυητικής επιστολής προϋποθέτει αποδοχή, από τον οικονομικό φορέα, της πρότασης για παράταση της ισχύος των προσφορών (βλ. ΣτΕ 1819/2020).

37. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C--19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι «Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν»,

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία» [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΡΙ) σκ. 71].

38. Επειδή, η προσφεύγουσα παρά το προφανές ενδιαφέρον της, δεδομένης της ανάδειξής της ως προσωρινής αναδόχου, ουδόλως επέδειξε μετά την παραλαβή της σχετικής επιστολής από την αναθέτουσα αρχή την δέουσα επιμέλεια ως προς την παράταση ισχύος της προσφοράς της. Εξάλλου, αν και επικαλείται η προσφεύγουσα ότι η επιστολή παράτασης προσφορών βρίθει πλημμυριών, ενώ έτι περαιτέρω, είναι αόριστη εφόσον καλεί τους συμμετέχοντες να ανταποκριθούν «άμεσα» ουδόλως προέβη σε σχετικό ερώτημα ή επέδειξε επιμέλεια ως προς την αποσαφήνιση της υποχρέωσής της. Περαιτέρω, αν και όλως αντιφατικώς, σε σχέση με τα υπολαμβανόμενα στην προσφυγή της υποστηρίζει με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα ότι διατηρεί έννομο να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία – ως διατείνεται – εμφολοχώρησε κατά τρόπο που κατέστησε αδύνατη την παράταση τόσο της ισχύος της προσφοράς όσο και της εγγυητικής επιστολής, ουδόλως προβάλλει λόγους που καθυστέρησαν την ανταπόκρισή της ή παρουσιάζει στοιχεία βάσει των οποίων αποδεικνύεται η εκδηλωθείσα σε χρόνο προγενέστερο της έκδοσης και κοινοποίησης της προσβαλλόμενης απόφασης βούλησή της να παρατείνει προσφορά και εγγυητική επιστολή με αριθμό (*****), ως φερειπείν τυχόν σχετικό αίτημα προς το ΤΜΕΔΕ.

39. Επειδή, επομένως, κατά το χρόνο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής αλλά κι εξέτασης αυτής, η προσφεύγουσα, μη έχοντας παρατείνει την οικεία προσφορά, ήταν τρίτη ως προς την διαγωνιστική διαδικασία μην έχοντας εν ισχύ προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό ανεξαρτήτως τεκμηρίου ή μη απόρριψης της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής περί παράτασης της οικείας προσφοράς. Η, δε, επίκληση της Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου δεν βρίσκει εφαρμογή εν προκειμένω και δεν δικαιολογεί αυτοδίκαιη παράταση ισχύος προσφοράς, η οποία εμπίπτει στην σφαίρα ευθύνης και συνδέεται με τη εκφραζόμενη βούληση της προσφεύγουσας, καθόσον συνδέεται με την ανάληψη συγκεκριμένων υποχρεώσεων από την τελευταία. Σε κάθε

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

περίπτωση, δεν δύναται για λόγους ασφάλειας δικαίου, να αναγνωρισθεί κατά πλάσμα δικαίου έννομο συμφέρον σε οικονομικό φορέα του οποίου η προσφορά έχει λήξει κατά την άσκηση της προσφυγής και δεν έχει ανανεωθεί/παραταθεί, επί τη βάσει μη παρέλευσης ευλόγου διαστήματος από την σχετική πρόσκληση, η οποία αναφέρεται σε «άμεση» ανταπόκριση των συμμετεχόντων. Επομένως, η προσφυγή κατά το σκέλος που στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης ως προς την απόρριψη της προσφοράς ασκείται απαραδέκτως ως άνευ εννόμου συμφέροντος.

40. Επειδή, επομένως, το σύνολο των λόγων και επιμέρους ισχυρισμών που αφορούν την βασιμότητα της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος της απόρριψης της οικείας προσφοράς, προβάλλονται αλυσιτελώς κι επομένως απαραδέκτως.

41. Επειδή, περαιτέρω, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επαγόμενη οικονομική βλάβη και επομένως έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημοσίας σύμβασης λόγω της επέλευσης συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακήρυξης προϋποθέσεων (ΣΤΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018 και Ν29/2016). Επομένως, η απόφαση περί κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Τούτο προκύπτει και από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 72, 73, 75, 79 και 103 Ν. 4412/2016 σύμφωνα με τις οποίες η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής συνέχεται αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζομένου συνιστά πράξη του προσυμβατικού σταδίου, ήτοι της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγείται της σύναψης σύμβασης και ως εκ τούτου εφαρμοστέες είναι πλέον και υπό το ισχύον δίκαιο οι διατάξεις του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρθρων 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Δεδομένης, δε, της οικονομικής βλάβης που επιφέρει η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής, λαμβάνοντας υπόψη και της βλαπτικής μετενέργειας αυτής σε επίπεδο χρηματοπιστωτικών

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

συναλλαγών και συμμετοχής σε διαγωνισμούς, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται κατά αυτό το σκέλος η υπό εξέταση προσφυγή.

42. Επειδή, το άρθρο 15 της διακήρυξης στις παρ. 3 και 4 αναφέρει « 15.3. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30 ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της παρούσας, ήτοι μέχρι 31-08-2020, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή, μπορεί πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν την τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής. 15.4 Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως.».

43. Επειδή, καθίσταται σαφές ότι δεν δύναται να αξιοληγηθεί φάκελος δικαιολογητικών κατακύρωσης και να αποφασισθεί απόρριψη προσφοράς η οποία δεν είναι εν ισχύ παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή. Και αυτό διότι, δεν δύναται να προκαταβληθεί η βούληση του οικονομικού φορέα περί παράτασης της ισχύος της προσφοράς (βλ. και σκ. 36 και 39 ανωτέρω). Ο, δε, ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι δεδομένης της αποστολής από την προσφεύγουσα αιτήματος παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης μετά την λήξη της τεκμαίρεται η βούληση παράτασης της ισχύος της προσφοράς, παρίσταται αβάσιμος δεδομένων των εννόμων συνεπειών της παράτασης ισχύος προσφοράς, η οποία δεν δύναται να συναχθεί εν γένει από τις περιστάσεις, άλλως να υφίσταται «σιωπηρή» παράταση ισχύος προσφοράς, λαμβάνοντας υπόψη, μάλιστα, ότι η σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής απεστάλη την επομένη ημέρα (4.08.2020). Επομένως, δεδομένης της δυνατότητας κατά νόμο μη παράτασης της ισχύος προσφορών και εγγυτικής επιστολής άνευ κυρώσεων και της ταυτόχρονης μη υφιστάμενης εν ισχύι προσφοράς της προσφεύγουσας κατά τον χρόνο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, έκδοσης και κοινοποίησης της προσβαλλόμενης απόφασης, η αναθέτουσα αρχή όφειλε – εάν ήθελε θεωρηθεί ότι όφειλε ή εδύνατο να αποφανθεί σχετικά – να διαπιστώσει την μη παράταση ισχύος προσφοράς και

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

εγγυητικής επιστολής από την προσφεύγουσα και να προβεί σε επιστροφή της τελευταίας. Επομένως, ως προς την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, κρίνεται βάσιμος ο σχετικός λόγος προσφυγής, που συνέχεται με την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

44. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, παρίσταται αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών εκατέρωθεν προβαλλόμενων λόγων και ισχυρισμών που αφορούν την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής (βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256-257).

45. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από την νομολογία υπό το προϊσχύον νομικό καθεστώς που ωστόσο δεν διαφοροποιείται ως προς την προϋπόθεση αυτή με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016, οι πράξεις (γνωμοδοτήσεις, πρακτικά, προσκλήσεις) των Επιτροπών του Διαγωνισμού, οποιαδήποτε φάση και αν αφορούν, στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα και επομένως δεν παράγουν έννομες συνέπειες με την παραπάνω έννοια εφόσον το όργανο που τις εξέδωσε δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα (βλ. ΕΑ 519/2009 και 1315/2008 και Φ. ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδ., 2013, αρ. 71-77 επόμε., σελ.54-55). Ως εκ τούτου, απαραδέκτως στρέφεται η προσφεύγουσα κατά του εισηγητικού πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού. Ομοίως, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή κατά το μέρος που στρέφεται κατά κάθε άλλης προγενέστερης ή μεταγενέστερης συναφούς πράξης ή παράλειψης αιτούμενη κάθε τι νόμιμο είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη εκτίμησης και πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη (βλ. II Ε. Συν. 3220,3200,2822,2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016). Περαιτέρω, απαραδέκτως, αιτούνται προσφεύγουσα και παρεμβαίνουσα με την προσφυγή και παρέμβαση αντίστοιχα την χορήγηση εγγράφων στα πλαίσια της διαδικασίας εξέτασης της προσφυγής.

46. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. εξετάζει τόσο ως προς τον νόμο όσο και ως προς την ουσία τις υποθέσεις που άγονται ενώπιόν της με την άσκηση προδικαστικών προσφυγών, παρέχεται δε η δυνατότητα σε όλους τους εμπλεκομένους να θέσουν υπ' όψιν της Αρχής όλους τους νομικούς και πραγματικούς ισχυρισμούς τους πριν από την έκδοση της αποφάσεώς της.

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

Στον προσφεύγοντα ειδικώς, μετά την νομοθετική μεταβολή που επέφερε το άρ. 43 παρ. 42 ν. 4605/2019 (και η οποία κατέλαβε την εξέταση της προσφυγής της αιτούσας από την Α.Ε.Π.Π.), δόθηκε η δυνατότητα ν' αντικρούσει εγγράφως και την συμπληρωματική αιτιολογία απορρίψεως της προδικαστικής προσφυγής, που θα παρέθετε τυχόν η αναθέτουσα Αρχή, προς διασφάλιση ουσιαστικής αντιμωλίας ήδη κατά το στάδιο της διοικητικής αυτής διαδικασίας (βλ., ρητώς επ' αυτού, σελ. 23 της από 7.2.2019 εισηγητικής εκθέσεως επί του μετέπειτα ν. 4605. Η νομοθετική αυτή ρύθμιση της διαδικασίας δεν φαίνεται να προσκρούει στο άρθρο 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την Προστασία των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, στην έκταση που αυτή η διάταξη ήθελε ερμηνευθεί ότι επιτάσσει ως στοιχείο της «δίκαιης δίκης» την διεξαγωγή προφορικής ειδικώς διαδικασίας ενώπιον δικαστηρίου τουλάχιστον ενός βαθμού δικαιοδοσίας (εφ' όσον προβλέπονται περισσότεροι), έχοντας την εξουσία να δικάζει την υπόθεση κατά τον νόμο και την ουσία (ΕΑ ΣΤΕ 179/2019). Επομένως, το σχετικό αίτημα της παρεμβαίνουσας περί παράστασης ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά την εξέταση της προσφυγής και παρέμβασης απορρίπτεται ως απαράδεκτο.

47. Επειδή, γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

48. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και η παρέμβαση ομοίως δεκτή κατ' αντίστροφο μέρος.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται κατά αντίστροφο μέρος την παρέμβαση.

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

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους 9.677,42 ευρώ με κωδικό ***** , στην προσφεύγουσα.

Αριθμός απόφασης: 1321 /2020

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 28^η Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε την 19η Οκτωβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ευαγγελία Μιχολίτση

Η Γραμματέας

α/α Γεώργιος Ξένος

Μαρία Κατσαρού