

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 24 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη-Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.10.2020 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1485/19.10.2020 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» » και τον διακριτικό τίτλο «...» » που εδρεύει στον "...", όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του "...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» » και τον διακριτικό τίτλο «...» » που εδρεύει στον "...", όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 7206/458/06.10.2020 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του "...» (ΑΔΑ: "...»), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η έγκριση του Πρακτικού Νο1/01.10.2020 Αξιολόγησης του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί στο σύνολό της η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, να διατηρηθεί σε ισχύ η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 7206/458/06.10.2020 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του "...» (ΑΔΑ: "...»), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η έγκριση του Πρακτικού Νο1/01.10.2020 Αξιολόγησης του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» της Επιτροπής

Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το “...” ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Διεθνή Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης “...” και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) “...”, η οποία δημοσιεύτηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις “...” με κωδικό αριθμό “...”, ενώ αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 25.06.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) “...”, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή «...» (CPV: “...”), συνολικού προϋπολογισμού πέντε εκατομμυρίων πεντακοσίων ογδόντα χιλιάδων ευρώ (5.580.000,00 €) μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, με δικαίωμα προαίρεσης ποσού ενός εκατομμυρίου εξακοσίων εβδομήντα τεσσάρων χιλιάδων ευρώ (1.674.000,00 €), διάρκειας τριών (3) ετών από την ημερομηνία υπογραφής της σχετικής σύμβασης, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 24^η Ιουλίου 2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 17:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 30^η Ιουλίου 2020, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 24.07.2020 και ώρα 11:37:58 π.μ. την υπ’ αριθμ. 180523 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, στρέφεται κατά της υπ’ αριθμ. 7206/458/06.10.2020 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του “...” (ΑΔΑ: “...”), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 08.10.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις

Αριθμός Απόφασης: 1635/2020

16.10.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή στο σύνολό της η κρινόμενη προσφυγή, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 7206/458/06.10.2020 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του "...” (ΑΔΑ: "...”), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η έγκριση του Πρακτικού Νο1/01.10.2020 Αξιολόγησης του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου "...”), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 14.10.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της "...” , ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης: 1635/2020

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 16.10.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 22.10.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 22 Οκτωβρίου 2020 παρέμβαση της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στον "...", όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η προσφορά της έχει ήδη γίνει αποδεκτή στο στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών και έχει προκριθεί στο επόμενο στάδιο της διαδικασίας. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1776/19.10.2020 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 19.10.2020 και υπέβαλε στις 23.10.2020 και κατ' ορθή επανάληψη στις 27.10.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 1635/2020

13.Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 17.11.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το από 17.11.2020 υπόμνημά της.

14.Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία,η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία έγινε αποδεκτή και προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 7206/458/06.10.2020 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του "... (ΑΔΑ: "...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η έγκριση του Πρακτικού Νο1/01.10.2020 Αξιολόγησης του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της.

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15.Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

16.Επειδή, περαιτέρω, στο Κεφάλαιο 2 της Διακήρυξης με τίτλο «ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ», άρθρο 2.2 με τίτλο «ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ-ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ», παρ. 2.2.5 με τίτλο

Αριθμός Απόφασης: 1635/2020

«Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» (σελ. 15), ορίζεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, **επί ποινής αποκλεισμού**, να διαθέτουν:

α) μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών για κάθε χρήση που αφορά στην εκτέλεση έργων συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας προκήρυξης προσκομίζοντας δημοσιευμένους ισολογισμούς ή αποσπάσματα “...” δημοσιευμένων ισολογισμών κατά την **3ετία (2016, 2017, 2018)**, τουλάχιστον ποσού ίσου ή μεγαλύτερου των **4.000.000,00 €**.

β) να μην εμφανίζουν ζημιά σε καμία από τις τρεις (3) ανωτέρω χρήσεις **(2016,2017,2018)**.

γ) ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης εν ισχύ ύψους τουλάχιστον **3.000.000 €**.

δ) χρηματοπιστωτική ικανότητα με κατάθεση βεβαίωσης αναγνωρισμένου πιστωτικού ιδρύματος για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης τουλάχιστον ίση με **2.600.000,00 €**», ενώ στην παρ. 2.2.8 με τίτλο «Στήριξη την ικανότητα τρίτων» (σελ. 17), ορίζεται ότι: «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Δύνανται, επίσης, να στηρίζονται και στις ικανότητες του/των υπεργολάβων, στους οποίους προτίθενται να αναθέσουν την εκτέλεση τμήματος/ τμημάτων της υπό ανάθεσης σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. (άρθρο 78 παρ.1 του ν. 4412/2016).

Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και

Αριθμός Απόφασης: 1635/2020

αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. (τελευταίο εδάφιο παρ. 1 άρθρου 78 ν. 4412/2016)».

17.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ 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. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣΤΕ 18/2011, ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 1616/2008, ΕΑ ΣΤΕ 254/2008 κλπ).

18.Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες

Αριθμός Απόφασης: 1635/2020

εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΛΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋλικού 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται

Αριθμός Απόφασης: 1635/2020

ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕλΣυν 78/2007).

19. Επειδή, παγίως έχει κριθεί ότι, σύμφωνα με την ανωτέρω αρχή της σαφήνειας της Διακήρυξης, απαράβατοι όροι εκάστης Διακήρυξης αποτελούν έκφανση της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τον τρόπο συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ 127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008).

20. Επειδή, ειδικότερα, η διαδικασία ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως η τελευταία αντικατέστησε την Οδηγία 2004/18/ΕΚ, περιείχε ωστόσο όμοια με αυτήν ρύθμιση, διέπεται από την αρχή της διαφάνειας ως βασική προϋπόθεσή της, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε, αφενός μεν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα Διαγωνισμό, αφετέρου δε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο Διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω

Αριθμός Απόφασης: 1635/2020

σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νικη, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Universale-Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, Wienstromm GmbH, eVigilo της 12.03.2015, C-538/13, σκέψη 33, Επιτροπή κατά Δανίας, της 22.06.1993, C-243/89, σκέψη 33, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 25.04.1996, C-87/94, σκέψη 51, SIAC Construction, της 18.10.2001, C-19/00, σκέψη 33, Μηχανική, της 16.12.2008, C-213/07, σκέψη 45, MT Højgaard και Züblin, της 24.05.2016, C-396/14, σκέψη 37, Universale-Bau, της 12.12.2002, C-470/99, σκέψη 93, SAG ELV Slovensko κ.λπ., της 29.03.2012, C-599/10, σκέψη 36, καθώς και Manona, της 10.10.2013, C-336/12, σκέψη 31, ΣτΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214-5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί η αρχή της ίσης μεταχείρισεως 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).

21. Επειδή, ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, επιβάλλει δε (η εν λόγω αρχή) τη σύνταξη των προσφορών σύμφωνα με τις υποδείξεις της Υπηρεσίας (ΕΑ ΣτΕ 816/2007, 26/2007) και τον αποκλεισμό του υποψηφίου σε περίπτωση που αυτός δεν συμμορφώνεται με επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενους όρους της διακήρυξης (ΑΕΠΠ 171/2017 σκ. 32 και βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ.

116/2012, 1177/2009, Δημήτριος Ι. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Σάκκουλας, 2017, σελ. 195-197).

22. Επειδή, οι προσφέροντες πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχειρίσεως, τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους, όσο και κατά τον χρόνο που αυτές αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή (ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54·Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37·ΔΕΕ, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73·ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45 ΔΕΕ, Απόφαση της 12.03.2015, C-538/13, eVigilo, σκέψη 33·ΔΕΕ, Απόφαση της 06.11.2014, Υπόθεση C 42/13, Cartierade Il'Adda, σκέψη 44· ΔΕΕ Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

23. Επειδή, με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 6-15 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «ΙΙΙ. Λόγος προσφυγής: Νόμιμη η στήριξη της εταιρείας μας στις οικονομικές και χρηματοοικονομικές ικανότητες τρίτης εταιρείας», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα κατά το μέρος που έκρινε απορριπτικά την προσφορά της και την απέκλεισε από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, καίτοι η ίδια πληρούσε μέσω της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, την απαιτούμενη από την παρ. 2.2.5 της διακήρυξης, οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Επί του ανωτέρω, μόνου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των από Απόψεών της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 23.10.2020 και κατ' ορθή επανάληψη στις 27.10.2020, υποστηρίζει ότι ο μοναδικός λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος, δεδομένου ότι: «[...]. Από την εξέταση του (υπό) φακέλου «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» της προσφεύγουσας «...» » διαπιστώθηκε ότι η προσφεύγουσα δεν πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 2.2.5 περ. β΄ της Διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα εταιρεία κατά το έτος 2016 εμφανίζει ζημία ύψους -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημία

-3.492.064,03€ (προ φόρων και τόκων), κατά παράβαση της ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης. Η δε στήριξη της προσφεύγουσας στην ικανότητα της εταιρείας «...» δεν καλύπτει την ανωτέρω απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης (άρθρο 2.2.5 περ. β) καθώς η «...» παρουσιάζει κατά το έτος 2016 κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (προ φόρων), τα οποία δεν επαρκούν για να καλύψουν και να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη φερεγγυότητα της προσφεύγουσας εταιρείας, καθώς ζημίες -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημίες 3.492.064,03€ (προ φόρων και τόκων) της προσφεύγουσας δεν αναπληρώνονται από κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (προ φόρων) της «δανείζουσας εμπειρία» εταιρείας και προφανώς η συνολική προσφορά παραβιάζει την απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης.

Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει ότι θα έχει στη διάθεσή της τους αναγκαίους πόρους και επί ποινή απαιτούμενους πόρους, καθότι τα κέρδη της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «...» δεν επαρκούν σε καμία περίπτωση, προκειμένου να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της προσφεύγουσας, συνεπώς, η συνολική προσφορά της προσφεύγουσας δεν καλύπτει την απαίτηση του άρθρου 2.2.5 περ. β' της Διακήρυξης, διότι η λήψη δάνειας εμπειρίας από την εταιρεία «...» δεν αποδεικνύει την πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής φερεγγυότητας της προσφεύγουσας, καθώς δεν αποδεικνύει ότι διαθέτει τους απαραίτητα απαιτούμενους επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους, έστω και από κοινού με την δανείζουσα εμπειρία εταιρείας προκειμένου να εκτελέσει την σύμβαση. Για αυτόν το λόγο, νομίμως απορρίφθηκε η εν λόγω προσφορά από τη συνέχιση του διαγωνισμού [...].». Ομοίως, η παρεμβαίνουσα αναφορικά με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, στις σελ. 5-8 της ασκηθείσας παρέμβασής της, υπό «ΟΛΩΣ ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...» -Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...» ΔΕΝ ΚΑΛΥΠΤΕΙ ΤΟ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ ΠΕΡΙ ΑΠΟΕΙΞΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΕΠΑΡΚΕΙΑΣ.», υποστηρίζει ότι απολύτως νόμιμα και με νόμιμη αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή, αποφάσισε την

απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, λαμβάνοντας υπόψη ότι: «[...]. Από την ανωτέρω διατύπωση της διακήρυξης προκύπτει ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται (άρθρο 78 παρ.1 του ν. 4412/2016). Μάλιστα, ρητά ορίζεται ότι όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρεία «“...” » κατά το έτος 2016 εμφανίζει ζημία ύψους -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημία - 3.492.064,03€ (προ φόρων και τόκων), κατά κατάφωρη παράβαση της απαίτησης του άρθρου 2.2.5 περ. β' της διακήρυξης.

Η δε στήριξη της προσφεύγουσας εταιρείας «“...” » στην ικανότητα της εταιρείας «“...” », κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8 της διακήρυξης, ουδόλως καλύπτει την ανωτέρω απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης (άρθρο 2.2.5. περ. β'), καθότι η εταιρεία «“...” » παρουσιάζει κατά το έτος 2016 κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (προ φόρων), τα οποία σε καμία περίπτωση δεν επαρκούν, προκειμένου να καλύψουν και να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη φερεγγυότητα της προσφεύγουσας εταιρείας.

Και τούτο διότι οι προαναφερόμενες ζημίες ύψους -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ύψους -3.492.064,03€ (προ φόρων και τόκων) της προσφεύγουσας εταιρείας σε καμία περίπτωση δεν είναι δυνατόν να αναπληρωθούν από κέρδη ύψους 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (προ φόρων) της «δανειζουσας εμπειρία» εταιρείας «“...” ».

Επομένως, η προσφεύγουσα δεν καλύπτει την απαίτηση της διακήρυξης ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς θα αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται (άρθρο 78 παρ.1 του ν. 4412/2016). Και τούτο διότι ουδόλως αποδεικνύει ότι θα έχει στη διάθεσή της τους αναγκαίους πόρους, καθότι τα κέρδη της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «“...” » δεν επαρκούν σε καμία περίπτωση, προκειμένου να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της προσφεύγουσας.

Ως εκ τούτου, η συνολική προσφορά παραβιάζει καταφανώς την απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης.

Όπως ορίζεται δε στην **ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ**, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν και να αποκλείουν εκείνους τους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος στη διαδικασία, οι οποίοι δεν πληρούν κριτήρια φερεγγυότητας και εντιμότητας ή δεν διαθέτουν τα επαγγελματικά προσόντα, την “καταλληλότητα”, για την εκτέλεση της σύμβασης. Το στάδιο αυτό, που προηγείται εκείνο της ανάθεσης, αποτελεί **το στάδιο της ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων**. Ο καθορισμός κριτηρίων ποιοτικής επιλογής απαιτείται ανεξαρτήτως του κριτηρίου ανάθεσης (χαμηλότερη τιμή ή πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά).

Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις προκειμένου να διασφαλίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν **επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους** προκειμένου να εκτελέσουν την σύμβαση.

Ειδικότερα, το κριτήριο του άρθρου 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της υπό κρίση διακήρυξης συνιστά κριτήριο ποιοτικής επιλογής των προσφερόντων οικονομικών φορέων. Δηλαδή, **το εν λόγω κριτήριο αφορά το πρόσωπο των προσφερόντων οικονομικών**

φορέων και καθορίζει την επιλεξιμότητα αυτών, προκειμένου να αναλάβουν την υπό ανάθεση σύμβαση, για την οποία είναι από κοινού υπεύθυνοι μαζί με τους οικονομικούς φορείς στην οικονομική ικανότητα των οποίων στηρίζονται.

Αυτό που επιδιώκεται μέσω του εν λόγω κριτηρίου του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης είναι η πλήρωση από μέρους των προσφερόντων φορέων της απόδειξης της οικονομικής φερεγγυότητας αυτών, προκειμένου να κριθούν κατάλληλοι για την ανάληψη της υπό ανάθεση σύμβασης. **Το εν λόγω κριτήριο είναι ενιαίο**, καθότι η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του εκάστοτε προσφέροντος οικονομικού φορέα κρίνεται **εν όλω**, ήτοι στο σύνολο της υποβληθείσας προσφοράς.

Δηλαδή η εν λόγω προσφέρουσα εταιρεία ΔΕΝ διαθέτει την ελάχιστη χρηματοοικονομική επάρκεια και ΔΕΝ διαθέτει τους ελάχιστα απαιτούμενους επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους προκειμένου να εκτελέσει την σύμβαση, ακόμη και αν στηρίζεται στην ικανότητα της έτερης εταιρείας.

Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρεία «“...” » δεν καλύπτει την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση του άρθρου 2.2.5 περ. β' της διακήρυξης, καθότι εμφανίζει ζημία ύψους -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημία -3.492.064,03€ (προ φόρων και τόκων) κατά το έτος 2016.

Παράλληλα, η εταιρεία στην οποία στηρίζεται η «“...” » όσον αφορά την πλήρωση του κριτηρίου του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης, ήτοι η εταιρεία «“...” », παρουσιάζει κατά το έτος 2016 κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (προ φόρων). **Τα εν λόγω κέρδη είναι υπερβολικά χαμηλά σε συνάρτηση με το μέγεθος της ζημίας της προσφεύγουσας εταιρείας για το έτος 2016.**

Συνεπώς, η προσφορά εν όλω σε καμία περίπτωση δεν καλύπτει την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση του άρθρου 2.2.5 περ. β' της διακήρυξης. Και τούτο διότι ακόμη και με τη στήριξη της προσφεύγουσας εταιρείας στις ικανότητες της εταιρείας «“...” » και τη λήψη δάνειας εμπειρίας από αυτήν ουδόλως αποδεικνύεται η πλήρωση του κριτηρίου της οικονομικής φερεγγυότητας από την προσφεύγουσα εταιρεία, ούτε

αποδεικνύεται ότι διαθέτει την ελάχιστη χρηματοοικονομική επάρκεια από κοινού με την «δανείζουσα εμπειρία» εταιρεία.

Εξάλλου, η προσφεύγουσα εταιρεία «“...” » έχει αποδεχθεί πλήρως και ανεπιφύλακτα τον εν λόγω όρο της υπό κρίση διακήρυξης με την συμμετοχή της στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως, δεν είναι δυνατό να προβάλλει ενστάσεις και αντιρρήσεις κατά του κύρους όρου τη διακήρυξης, στο παρόν στάδιο, κατά το οποίο έχει αποδεχθεί ρητά και ανεπιφύλακτα τον εν λόγω όρο.

Κατά συνέπεια, η συνολική και ενιαία προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας «“...” », με τη χρήση δάνειας εμπειρίας από την εταιρεία «“...” », δεν καλύπτει την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση του άρθρου 2.2.5 της υπό κρίση Διακήρυξης. [...].».

24. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, πρέπει να γίνουν δεκτές οι ακόλουθες παραδοχές. Όπως αναμφισβήτητα προκύπτει από τα έγγραφα που προκοσμίζει η προσφεύγουσα με την προσφορά της (βλ. συνημμένα στην προσφορά της ηλεκτρονικά έγγραφα με τίτλο «1.1_espd-response-v2_FS.pdf», «1.2_espd-response-v2_FM.pdf», «3.1_Πρακτικό ΔΣ_Συμμετοχή_Εκπροσώπηση.pdf», «3.2.1_Πρακτικό ΔΣ Δανειοεμπειρία FM.pdf» και «3.2.2_Ιδιωτικό συμφωνητικό δανεισμού εμπειρίας “...” .pdf») και το ιστορικό της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης, η προσφεύγουσα θα στηριχθεί για την κάλυψη του απαιτούμενου κριτηρίου επιλογής, το οποίο αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική της ικανότητα, στην ικανότητα της τρίτης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «“...” », όπως άλλωστε ρητά δηλώνεται στην παρ. 3 του από 24 Ιουλίου 2020, μεταξύ τους Ιδιωτικού Συμφωνητικού παροχής δάνειας εμπειρίας, όπου ορίζεται ότι: «Προκειμένου να πληρωθεί η απαίτηση της περ. β του όρου 2.2.5. της ανωτέρω Διακήρυξης (σελ.16) και σε περίπτωση που ο ανωτέρω Διαγωνισμός κατακυρωθεί στην α' συμβαλλόμενη εταιρεία, η β' συμβαλλόμενη δεσμεύεται– και η α' συμβαλλόμενη αποδέχεται - ότι θα διαθέτει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης που θα συναφθεί στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού στην α' συμβαλλόμενη τις ικανότητές της

για την πλήρωση της ανωτέρω απαίτησης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της Διακήρυξης, καθώς επίσης και ότι θα διαθέσει στην α' συμβαλλόμενη κάθε αναγκαίο έγγραφο και δικαιολογητικό που απαιτείται από την ανωτέρω Διακήρυξη για την απόδειξη της πλήρωσης του σχετικού κριτηρίου.». Συναφώς, με βάση τα ρητά οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, προβλέπεται η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής «[...]. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. [...]» (βλ. ανωτέρω σκέψη 16 της παρούσας), γεγονός που είχε γίνει δεκτό από τη νομολογία του ΔΕΕ και υπό το προηγούμενο νομοθετικό πλαίσιο (βλ. απόφαση της 2^{ας} Ιουνίου 2016, Υπόθεση C-27/15, Pippo Pizzo, σκ. 33 «...η αναθέτουσα αρχή δύναται να απαιτήσει την αλληλέγγυο και εις ολόκληρον ευθύνη του φορέα του οποίου τις δυνατότητες επικαλείται ο διαγωνιζόμενος προς εκπλήρωση των σχετικών με την οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκεια προϋποθέσεων (άρθρο 63, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, της οδηγίας 2014/24) ή να απαιτήσει, για ορισμένα είδη συμβάσεων, την εκτέλεση ορισμένων ουσιωδών εργασιών απευθείας από τον διαγωνιζόμενο (άρθρο 63, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής).»). Της ανωτέρω δυνατότητας, η αναθέτουσα αρχή, εν προκειμένω, έκανε αναμφίβολα χρήση, θέτοντας στην παρ. 2.2.8 της διακήρυξης του διαγωνισμού, τον ακόλουθο ρητό όρο: «Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.», τον οποίο, όπως άλλωστε και το σύνολο των διατάξεων της διακήρυξης, η προσφεύγουσα αποδέχθηκε με τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό και μάλιστα ανεπιφύλακτα, αποδεχόμενη ότι για τη στήριξή της στις ικανότητες τρίτων φορέων, αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική της επάρκεια, τόσο ο συμμετέχων οικονομικός φορέας (η προσφεύγουσα εν προκειμένω, όσο και τρίτος δανείζων εμπειρία, φορέας,

ήτοι η εταιρεία «...»), ευθύνονται από κοινού έναντι της αναθέτουσας αρχής, για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης. Από τα ανωτέρω εκτεθέντα, σε συνδυασμό με τα τεθέντα από τη διακήρυξη, κριτήρια ποιοτικής επιλογής, κατά το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016, καθίσταται σαφές ότι στόχος της αναθέτουσας αρχής και των επίμαχων διατάξεων, είναι πέραν πάσης αμφιβολίας, η διασφάλιση μεταξύ άλλων, της οικονομικής ευρωστίας και σταθερότητας των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, υπό την έννοια να διαθέτουν οι τελευταίοι την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα, προκειμένου να μπορέσουν να ανταποκριθούν, στην άρτια, εμπρόθεσμη και ασφαλή εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης, ιδίως λαμβανομένου υπόψη του υψηλού προϋπολογισμού της, που ανέρχεται στο ποσό των πέντε εκατομμυρίων πεντακοσίων ογδόντα χιλιάδων ευρώ (5.580.000,00 €) μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, με δικαίωμα προαίρεσης ποσού ενός εκατομμυρίου εξακοσίων εβδομήντα τεσσάρων χιλιάδων ευρώ (1.674.000,00 €) και της μεγάλης διάρκειας της σύμβασης, η οποία εκτείνεται σε βάθος τριών (3) ετών από την ημερομηνία υπογραφής της. Για τον λόγο αυτόν εξάλλου, το κριτήριο να μην εμφανίζουν οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς, ζημία σε καμία από της χρήσεις για τα έτη 2016, 2017 και 2018, αποτελεί ένα από τα τέσσερα (4) συνολικά κριτήρια που απαιτείται να διαθέτουν σωρευτικά, βάσει της παρ. 2.2.5 της διακήρυξης. Τα αυτά συνάγονται και από τη με αριθμό πρωτοκόλλου 1111/04.03.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), απόφαση 303/2015, με θέμα: «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», όπου στη σελ. 3 αναφέρεται: «[...]. Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις προκειμένου να διασφαλίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους προκειμένου να εκτελέσουν την σύμβαση. Οι απαιτήσεις αυτές μπορούν να αφορούν για παράδειγμα τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου ετήσιου κύκλου εργασιών στον τομέα στον τομέα

δραστηριοτήτων που καλύπτονται από την σύμβαση ή την ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων. [...]». Με βάση λοιπόν, όσα αναλυτικά εκτέθηκαν αμέσως προηγουμένως, είναι κατ' αρχήν σαφές ότι ορθά έκρινε η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση, όπως η τελευταία ενσωμάτωσε ως αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας και η τελευταία αποκλείστηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού, τα όσα αναφέρονται στο Πρακτικό Νο1/01.10.2020 Αξιολόγησης του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, καθώς «Από την εξέταση του (υπό) φακέλου διαπιστώθηκε ότι ο προσφέρων δεν πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 2.2.5. περ. β' της Διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφέρουσα εταιρεία κατά το έτος 2016 εμφανίζει ζημία ύψους - 3.430.476,21 € (μετά φόρων) και ζημία -3.492.064,03 € (προ φόρων και τόκων), κατά παράβαση της ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης. Η δε στήριξη της προσφέρουσας στην ικανότητα της εταιρείας «...» » δεν καλύπτει την ανωτέρω απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης (άρθρο 2.2.5. περ. β) καθώς η «...» » παρουσιάζει κατά το έτος 2016 κέρδη 51.150,15 € (μετά φόρων) και 112.532,62 € (προ φόρων), τα οποία δεν επαρκούν για να καλύψουν και να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη φερεγγυότητα της προσφέρουσας εταιρείας, καθώς ζημίες - 3.430.476,21 € (μετά φόρων) και ζημίας 3.492.064,03 € (προ φόρων και τόκων) της προσφέρουσας δεν αναπληρώνονται από κέρδη 51.150,15 € (μετά φόρων) και 112.532,62 € (προ φόρων) της «δανείζουσας εμπειρία» εταιρείας και προφανώς η συνολική προσφορά παραβιάζει την απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης. Η Επιτροπή Διενέργειας δεν προκρίνει την προσφορά του προσφέροντος «...» » για αξιολόγηση του (υπό) φακέλου «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ»». Σύμφωνα με την ανωτέρω αιτιολογία, η προσφεύγουσα, ως συμμετέχων οικονομικός φορέας, εμφανίζοντας τις ζημίες που αναλυτικά παρατίθενται στο ως άνω πρακτικό, ουδόλως μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι ανταποκρίθηκε στη ρητή απαίτηση της παρ. 2.2.5 της διακήρυξης, να μην εμφανίζει ζημία για τις χρήσεις των ετών 2016, 2017 και 2018. Το ίδιο συμπέρασμα παραμένει ακέραιο, ακόμα και εάν τα οικονομικά

Αριθμός Απόφασης: 1635/2020

στοιχεία της ίδιας της προσφεύγουσας, εξεταστούν αθροιστικά με τα οικονομικά αποτελέσματα των χρήσεων της τρίτης δανείζουσας εμπειρία, εταιρείας, όπως η τελευταία θεωρείται από κοινού υπεύθυνη με την προσφεύγουσα για την εκτέλεση της σύμβασης. Προς επίρρωση δε, των ανωτέρω επιχειρημάτων, υπογραμμίζεται ότι ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας, όπως αρχικά διαμορφώθηκε νομολογιακά και στη συνέχεια αποτυπώθηκε σε ρητές διατάξεις στις ενωσιακές Οδηγίες και ακολούθως και στο εθνικό δίκαιο, εσχάτως με την ενσωμάτωσή τους στον Ν. 4412/2016, είναι σαφές ότι αποσκοπεί στην ενίσχυση της συμμετοχής στους δημόσιους διαγωνισμούς, των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ), ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με τους τρίτους φορείς στις ιανότητες των οποίων στηρίζονται, αρκεί να αποδεικνύουν ότι έχουν στη διάθεσή τους, τους αναγκαίους πόρους (βλ. ενδεικτικά Ευρωπαϊκός Κώδικας Βέλτιστων Πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις, 25.06.2008, SEC(2008) 2193, Ανακοίνωση της Επιτροπής «Προτεραιότητα στις μικρές επιχειρήσεις — Μια "Small Business Act" για την Ευρώπη», 25.06.2008, COM(2008) 394 τελικό, Ανασκόπηση της πρωτοβουλίας «Small Business Act» για την Ευρώπη, 23.02.2011, COM(2011) 78 τελικό, Ανακοίνωση της Επιτροπής, Ευρώπη 2020, Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη, 03.03.2010, COM(2010) 2020 τελικό, τον Ευρωπαϊκό Κώδικα Βέλτιστων Πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις, 25.06.2008, SEC(2008) 2193 και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 6510/28.12.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 17 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), απόφαση 181/2016, με θέμα: «Ενίσχυση συμμετοχής των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων»). Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, όπως συνάγεται και από τα αναφερόμενα στη με αριθμό πρωτοκόλλου 2076/25.04.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 14 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), απόφαση 295/2015, με θέμα: «Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων», καθίσταται σαφές ότι σκοπός της συνδυασμένης οικονομικής και

χρηματοοικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, είναι στην πραγματικότητα η κάλυψη της κατ' αρχήν τεχνικής ή οικονομικής αδυναμίας οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί με δικά του μέσα στην εκτέλεση της σύμβασης, μέσω της στήριξης στις δυνάμεις τρίτου φορέα, διάφορης ή ευρύτερης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ή/και υπέρτερης οικονομικής ή χρηματοοικονομικής επάρκειας. Ουδόλως όμως δύναται να υποστηριχθεί βάσιμα ότι πρόθεση του νομοθέτη ήταν δια του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, να επιτρέπεται η καταστρατήγηση του θεσμικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, με την κατ' αποτέλεσμα συμμετοχή ακατάλληλων οικονομικών φορέων που δεν πληρούν τα τεχνικά και οικονομικά εχέγγυα ασφαλούς εκτέλεσης της σύμβασης, μέσω της τεχνητής και προσχηματικής επίκλησης της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας ή της οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας τρίτων φορέων. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρεία, όπως βάσιμα ισχυρίζονται αμφότερες τόσο η αναθέτουσα αρχή, όσο και η παρεμβαίνουσα, δεν επικαλέστηκε την οικονομική στήριξη της τρίτης δανείζουσας εταιρείας, προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής του επίμαχου διαγωνισμού, λόγω του ότι η ίδια δεν μπορούσε να ανταποκριθεί σε αυτά αυτοτελώς. Αντιθέτως, όπως προκύπτει από τα οικονομικά στοιχεία των δύο εταιρειών, η προσφεύγουσα, αποτελεί στην πραγματικότητα, κατά πολύ μεγαλύτερο οικονομικό μέγεθος της δανείζουσας εταιρείας, ωστόσο, στράφηκε σε αυτήν, όλως προσχηματικά και με προφανή πρόθεση την καταστρατήγηση των διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, επιχειρώντας να προβάλλει έναντι της αναθέτουσας αρχής, την οικονομική ευρωστία τρίτου οικονομικού φορέα, προκειμένου να αποφύγει τον έλεγχο των υφιστάμενων ζημιών που συνέτρεχαν στο πρόσωπό της, κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα, σε πλήρη αντίθεση με τον αληθή σκοπό του νομοθέτη και το πνεύμα του ίδιου του θεσμού της δάνειας εμπειρίας. Εξάλλου, όπως ήδη ειπώθηκε και υπό το πρίσμα της από κοινού ευθύνης για την εκτέλεση της σύμβασης, της προσφεύγουσας με την εταιρεία «...» », τα οικονομικά δεδομένα των δύο εταιρειών, αθροιστικά ιδωμένα, δεν επαρκούν για να καλύψουν την απαίτηση για μη ύπαρξη ζημιών για τα κρίσιμα έτη 2016, 2017

και 2018, όπως απολύτως ορθά διαπίστωσε και η ίδια η αναθέτουσα αρχή. Τα ανωτέρω δε, κρίθηκαν *ad hoc* και από την υπ' αριθμ. 1040/2020 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με εισηγήτρια Χ. Ζαράρη, όπου στη σκέψη 25, επισημάνθηκε ότι: «...δεν προκύπτει ότι πληρούται εν τοις πράγμασι το οικείο κριτήριο επιλογής, όπως ομοίως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος και τούτο διότι ναι μεν δεν προκύπτει απαίτηση για συγκεκριμένο ύψος κερδοφορίας των τρίτων, στους οποίους στηρίζονται οι οικονομικοί φορείς ανά χρήση (2016, 2017, 2018), ως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ωστόσο εφόσον η αναθέτουσα αρχή απαίτησε ρητά να μην υφίστανται ζημίες σε συνδυασμό με την εις ολόκληρο ευθύνη τους, καθίσταται σαφές σε οιονδήποτε μέσο επιμελή υποψήφιο ότι ο στηρίζων θα πρέπει να μπορεί να καλύψει τις εν λόγω ζημίες προς πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου, ήτοι κατόπιν συμψηφιστικής θεώρησης των οικείων ισολογισμών, κατ' αυτόν τον τρόπο και μόνο πληρούται το οικείο κριτήριο με αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων, ειδάλλως εν τοις πράγμασι οι προσφορές σαφέστατα δεν καθίστανται συγκρίσιμες ως προς την κάλυψη του εν λόγω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής κατά προφανή παραβίαση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, ούτε βέβαια δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι αναθέτουσα Αρχή στηρίζει τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος σε κριτήριο το οποίο δεν προβλέπεται από την Διακήρυξη καθόσον σε κάθε περίπτωση η μη ύπαρξη ζημίας ελέγχεται στο σύνολο της υποβληθείσας προσφοράς για το επίμαχο κριτήριο μεταξύ δανείζοντος και δανειζόμενου ως και για τον προσφέροντα ο οποίος υποβάλλει αυτοτελώς.».

25. Επειδή, ως εκ περισσού, τονίζεται ότι, όπως προκύπτει και από τα υποβληθέντα έγγραφα με την προσφορά της προσφεύγουσας (βλ. συνημμένα στην προσφορά της ηλεκτρονικά έγγραφα με τίτλο «1.1_espdc-response-v2_FS.pdf», «1.2_espdc-response-v2_FM.pdf», «3.1_Πρακτικό ΔΣ_Συμμετοχή_Εκπροσώπηση.pdf», «3.2.1_Πρακτικό ΔΣ Δανειοεμπειρία FM.pdf» και «3.2.2_Ιδιωτικό συμφωνητικό δανεισμού εμπειρίας “...” .pdf»), η

Αριθμός Απόφασης: 1635/2020

τελευταία διατηρεί στενούς και άρρηκτους οικονομικούς, επιχειρηματικούς, νομικούς και πραγματικούς δεσμούς με τον τρίτο οικονομικό φορέα, στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οποίου βασίζεται, καθώς, έχουν τον ίδιο εταιρικό σκοπό, την ίδια εταιρική σύνθεση, το ίδιο Διοικητικό Συμβούλιο, την ίδια έδρα, παρεμφερή επωνυμία και διακριτικό τίτλο, κατά τρόπο που βάσιμα μπορεί να υποστηριχθεί ότι πράγματι συντρέχει περίπτωση προσχηματικής προσφυγής στον θεσμό της δάνειας εμπειρίας, για την κάλυψη της απαιτούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, δεδομένου ότι τα ίδια φυσικά πρόσωπα συμμετέχουν στην ουσιαστική διοίκηση και των δύο οικονομικών φορέων, καθώς σε αυτά ανήκει και η σχετική εξουσία διαχείρισης και εκπροσώπησης τους, είναι πέραν πάσης αμφιβολίας, προφανές, ότι τα ίδια πρόσωπα διατηρούν εν τοις πράγμασι, αποφασιστική και αναπότρεπτα κυριαρχική αρμοδιότητα επί των λήψεων αποφάσεων και για τις δύο εταιρείες, ασκώντας ουσιαστικά τη διοίκησή της, με συνέπεια να παρίσταται ως αυτονόητο συμπέρασμα ότι οι αποφάσεις για στήριξη της μίας εταιρείας από την άλλη, όπως αποτέλεσαν την αιτιολογία για τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας, συνίστανται σε πράξεις και παραλείψεις των ίδιων και των αυτών φυσικών προσώπων. Ως εκ τούτου, ούτε η επίκληση διαφορετικής νομικής προσωπικότητας μεταξύ των δύο εταιρειών μπορεί να ληφθεί υπόψη, δεδομένου ότι, με τη διάσπαση της επιχειρηματικής δραστηριότητας της προσφεύγουσας σε πλείονα τους ενός νομικά πρόσωπα και οντότητες, δεν εξυπηρετείται ουδείς έτερος σκοπός, αλλά στην πραγματικότητα επιχειρείται η καταστρατήγηση των διατάξεων του Ν. 4412/2016 και της διακήρυξης, αναφορικά με την επέλευση έννομων συνεπειών σε βάρος της, χωρίς με κανέναν τρόπο να εξασφαλίζεται η οικονομική φερεγγυότητα της προσφεύγουσας, αφού οι ζημίες που εμφανίζει η ίδια, σχετίζονται και απορρέουν από την άσκηση της ίδιας και της αυτής επιχειρηματικής δραστηριότητας με αυτή της δανείζουσας εμπειρία, εταιρείας. Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, με το πρόσχημα της περιβολής του ίδιου κατ' ουσίαν οικονομικού φορέα με διαφορετικό κάθε φορά νομικό μανδύα, επιχειρείται να μετακυλύονται προσχηματικά οι ευθύνες και οι έννομες

συνέπειες σε βάρος του, ώστε να μην μπορεί να εξακριβωθεί από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή που διεξάγει μία διαγωνιστική διαδικασία και να επιτυγχάνεται η προσχηματική κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής εκ μέρους της προσφεύγουσας, χωρίς αυτό να ανταποκρίνεται στην πραγματική της κατάσταση. Μία τέτοια μεθόδευση ωστόσο, δεν μπορεί να γίνει δεκτή εν προκειμένω, καθώς έτσι νομιμοποιείται αποτέλεσμα αντίθετο προς τους κανόνες της καλής πίστης και ίδια επιδιώκεται φαινομενικά η κάλυψη των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παρ. 2.2.5 της διακήρυξης, δια του τρίτου οικονομικού φορέα, καίτοι, προκύπτει απόλυτη ταύτιση των επιχειρηματικών και οικονομικών συμφερόντων των δύο εταιρειών και άρα και της επιχειρηματικής τους δραστηριότητας και κατάστασης. Υπό αυτή την έννοια, η προσφεύγουσα, καλυπτόμενη πίσω από τους διαφορετικούς εταιρικούς μανδύες και τη διαφοροποίησή της, ως αυθύπαρκτης νομικής οντότητας σε σχέση με τη μορφή της «...» », επιχειρεί να τη διαχωρίσει, εν προκειμένω, επικαλούμενη ότι πρόκειται στην πραγματικότητα για τρίτο, παρένθετο πρόσωπο, κατά κατάχρηση της νομικής της προσωπικότητας, με σκοπό να παρακαμφθούν οι συνέπειες από την οικονομική της κατάσταση και οι οποίες θα την εμπόδιζαν να συμμετάσχει σε δημόσιους διαγωνισμούς, όπως ο νυν διεξαγόμενος, στα πλαίσια του οποίου προέκυψε η φερόμενη προς κρίση διαφορά (πβλ. και για την έννοια της άρσης της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, ΑΕΠΠ 846/2018 πρώην 1^{ου} Κλιμακίου, Εισηγήτρια Ι. Θεμελή και ΑΕΠΠ 1601/2020 σκ. 22). Κατά συνέπεια, ενόψει όλων των ανωτέρω εκτεθέντων, ο μοναδικός λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή να απορριφθεί.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

28. Επειδή, πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 14 Δεκεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα