

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 24 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την α) την από 15.04.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 560/18.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «πρώτη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ.. ..., ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και β) την από 18.04.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 568/19.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «δεύτερη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ... ..., οδός ..., αρ. .., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ.. ..., ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, που άσκησε παρέμβαση στο πλαίσιο της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής.

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή, η πρώτη προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. 6017 απόφαση Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα (εφεξής η «προσβαλλομένη»), δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε η με αριθμό ... εισήγηση Διεύθυνσης Προμηθειών & Εφοδιασμού, που αφορά στην έγκριση του υπ' αριθμ. 08-2 Α/ 14-3-2022 Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού, καθώς επίσης και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη του αναθέτοντος φορέα, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της.

Με τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται να συμπληρωθεί η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της πρώτης

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

προσφεύγουσας, όπως αυτή διαλαμβάνεται στο με αριθμ. πρωτ. 7.000.614/31-03-2022 Απόσπασμα από τα Πρακτικά του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα της 1209ης Συνεδρίασης όπου εμπεριέχεται η απόφαση με αριθμό ... αυτού, δυνάμει του οποίου κατόπιν έγκρισης του με αριθμ. 08-2Α/14-13-2022 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών (ΕΑΗΔ) ειδικά ως προς την παράλειψη του αναθέτοντος φορέα να διαγνώσει έτερους επιπρόσθετους λόγους απόρριψης που συνέτρεχαν εις βάρος της, ενώ παράλληλα να ακυρωθεί κατά το μέρος που κατά παράβαση ουσιώδους διάταξης της διαδικασίας η εν λόγω εταιρία κλήθηκε σε διευκρινίσεις κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 ενώ ο αναθέτων φορέας όφειλε να την αποκλείσει άνευ ετέρου μη συντρεχόντων σε κάθε περίπτωση των προϋποθέσεων υπό τις οποίες ήταν επιτρεπτή κατά νόμο η διευκρίνιση των υποβληθέντων στοιχείων.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ποσού 10.628.299,032€, για τη δε άσκηση της δεύτερης κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ποσού 10.628.299,032€.

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. ...Διακήρυξης με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης εγκαταστάσεων του ... με ανθρώπινο δυναμικό» εκτιμώμενης αξίας 10.628.299,032€ χωρίς ΦΠΑ με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 27.04.2020, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η «...» ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΑΕΠΠ, και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προσφυγές, είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

4. Επειδή η υπό εξέταση πρώτη προδικαστική προσφυγή α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 15.04.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στις 07.04.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ από την πρώτη προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ασκείται δε μετ' εννόμου συμφέροντος καθότι επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλομένης, με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της και η συνέχιση των διαδικασιών με τη δεύτερη προσφεύγουσα, ήτοι την εναπομείνασα συμμετέχουσα.

5. Επειδή στις 18.04.2022 ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την πρώτη προδικαστική προσφυγή προς την δεύτερη προσφεύγουσα, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 832/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε ο

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση πρώτης προσφυγής και του αιτήματος αναστολής- χορήγησης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή στις 27.04.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α300, 301/2022 απόφαση της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ η οποία απέρριψε το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

8. Επειδή ο αναθέτων φορέας απέστειλε στις 28.04.2022 δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 28.04.2022 τις υπ' αρ. ΠΡΩΤ. 9018658/28.04.2022 απόψεις του.

9. Επειδή η υπό εξέταση δεύτερη προδικαστική προσφυγή α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 18.04.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ήτοι την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα μετά την προθεσμία κατ' άρ. 361, παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρ. 4, παρ. 1 του π.δ. 39/2017, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στις 07.04.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ από την δεύτερη προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ασκείται δε μετ' εννόμου συμφέροντος ως η εναπομείνασα συμμετέχουσα που συνεχίζει στη διαγωνιστική διαδικασία, δυνάμει της προσβαλλομένης, αιτούμενη τη συμπλήρωση της αιτιολογίας απόρριψης της πρώτης προσφεύγουσας κατά το μέρος που δεν διαγνώσθηκαν επιπρόσθετοι λόγοι απόρριψης καθώς και να ακυρωθεί κατά το μέρος που κατά παράβαση ουσιώδους διάταξης της διαδικασίας κλήθηκε η πρώτη προσφεύγουσα σε διευκρινίσεις κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, ενώ έπρεπε να απορριφθεί άνευ ετέρου η υποβληθείσα προσφορά της.

10. Επειδή στις 19.04.2022 ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή προς την πρώτη προσφεύγουσα, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

11. Επειδή, με την υπ' αρ. 842/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε ο

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση δεύτερης προσφυγής και του αιτήματος αναστολής- χορήγησης προσωρινών μέτρων.

12. Επειδή στις 27.04.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α300, 301/2022 απόφαση της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ η οποία απέρριψε το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

13. Επειδή στις 29.04.2022 η πρώτη προσφεύγουσα άσκησε παρέμβαση με κατάθεση αυτής μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς. Μετ' εννόμου συμφέροντος δε ασκείται αυτή καθότι υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό, κατά της οποίας στρέφεται με τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή η δεύτερη προσφεύγουσα.

14. Επειδή, με την προσβαλλομένη με «ΘΕΜΑ: Έγκριση του υπ' αριθμ. ... Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών (ΕΑΗΔ) του αποτελέσματος αποσφράγισης των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών του ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού (αρ. ΕΣΗΔΗΣ ...) με αριθμό διακήρυξης ... που αφορά το έργο «παροχή υπηρεσιών φύλαξης εγκαταστάσεων του ... με ανθρώπινο δυναμικό», το διοικητικό συμβούλιο του αναθέτοντος φορέα αποφάσισε στην έγκριση του υπ' αρ. ... Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών (ΕΑΗΔ) του αποτελέσματος της δεύτερης (2ης) αποσφράγισης των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών του ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού (αρ. ΕΣΗΔΗΣ ...) με αριθμό διακήρυξης ... που αφορά το έργο «παροχή υπηρεσιών φύλαξης εγκαταστάσεων του ... με ανθρώπινο δυναμικό», το οποίο συνετάγη σε συμμόρφωση προς την απόφαση 2095/02.02.2021 του ΣΤΕ, ήτοι «1. Την απόρριψη της προσφοράς του Οικονομικού Φορέα «...» επειδή δεν υπέβαλε νέο ΕΕΕΣ στο οποίο θα έπρεπε να αναγράφονται οι δύο νέες εταιρείες ("..." και "..." από τις οποίες δανείζεται πιστοληπτική ικανότητα. Στο αρχικό ΕΕΕΣ του Οικονομικού Φορέα «...» δηλώνεται ότι την δάνεια εμπειρία την παρέχει η εταιρεία "... 2. Την συνέχιση των διαδικασιών του ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού (αρ. ΕΣΗΔΗΣ ...) με αριθμό διακήρυξης ... που αφορά το έργο «παροχή υπηρεσιών φύλαξης εγκαταστάσεων του ... με ανθρώπινο

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

*δυναμικό», με τον εναπομείναντα συμμετέχοντα Οικονομικό Φορέα "..."
(πρώην "...").».*

15. Επειδή, με τον μόνο λόγο της πρώτης προδικαστικής προσφυγής, η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή της στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, προκειμένου να εκπληρώσει το κριτήριο ποιοτικής επιλογής της παραγράφου 2.2.5 της διακήρυξης, και δη το κριτήριο της πιστοληπτικής ικανότητας, στηρίχθηκε εν μέρει (δεδομένου ότι ποσό πιστοληπτικής ικανότητας ύψους 1.500.000,00 ευρώ καλυπτόταν από δικές της δυνάμεις) σε τρίτο φορέα και συγκεκριμένα στην εταιρία ..., επειδή όμως υπήρχε κάποια τυπική έλλειψη στο προσκομισθέν δικαιολογητικό της τραπεζικής βεβαίωσης, που προσκομίστηκε για να αποδειχθεί προαποδεικτικά (λόγω έλλειψης ειδικού πεδίου στο ΕΕΕΣ που θα μπορούσε απλά να δηλωθεί) η ικανότητά του αυτή, κρίθηκε από το ΣΤΕ δια της υπ' αριθμ. 2095/2021 απόφασης, ότι ο συγκεκριμένος φορέας δεν πληροί το κριτήριο επιλογής και ότι πρέπει να αντικατασταθεί, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο νόμο και τη διακήρυξη, για το λόγο αυτό δια της προαναφερόμενης δικαστικής απόφασης αναπέμφθηκε η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή για την τήρηση της σχετικής διαδικασίας αντικατάστασης. Εν συνεχεία, η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, ανταποκρινόμενη στην κλήση περί αντικατάστασης δικαιολογητικών του τρίτου δάνειου οικονομικού φορέα, συμμορφούμενη πλήρως τόσο με τους όρους της διακήρυξης και του νόμου, όσο και με το ως άνω έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, προέβη εμπρόθεσμα σε υποβολή δικαιολογητικών αντικατάστασης του τρίτου δάνειου οικονομικού φορέα ..., στη χρηματοοικονομική ικανότητα του οποίου στηρίχθηκε αρχικά, υποβάλλοντας προς τούτο, απολύτως νόμιμα και με απόλυτη πληρότητα όλα τα αναγκαία νέα έγγραφα (ιδίως: ΕΕΕΣ δανειζόντων, Υ/Δ περί δέσμευσής τους, αποφάσεις Διοικητικών Συμβουλίων για αποδοχή παροχής στήριξης σε μένα για το συγκεκριμένο διαγωνισμό, νομιμοποιητικά έγγραφα δανειζόντων, τραπεζικές βεβαιώσεις κλπ), με τα οποία δήλωσε αλλά και απέδειξε πλήρως ότι για την παραδεκτή συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και την πλήρωση του σχετικού κριτηρίου οικονομικής – χρηματοοικονομικής επάρκειας, τέθηκε στη διάθεσή της –κατόπιν νόμιμης αντικατάστασης- η πιστοληπτική ικανότητα δύο νέων φορέων («...» με ΑΦΜ ... και «...» με ΑΦΜ

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

...), και ότι πράγματι έχει τη δυνατότητα να τη χρησιμοποιήσει, εφ' όσον κηρυχθεί ανάδοχος και ότι, επί των εγγράφων αυτών της ζητήθηκαν και διευκρινήσεις, τις οποίες χορήγησε στην αναθέτουσα αρχή στις 17-2-2022 και 18-2-2022, τα δε ως άνω νέα δικαιολογητικά τα υπέβαλε στις 30-12-2021 μέσω ΕΣΗΔΗΣ μαζί με επίσημη επιστολή της, νόμιμα υπογεγραμμένη ψηφιακά από το νόμιμο εκπρόσωπό της ..., ήτοι, ισχυρίζεται ότι με τον τρόπο αυτό κάλυψε εμπρόθεσμα, πλήρως και προσηκόντως όλα τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη και το νόμο, για τη νόμιμη στήριξή της σε ικανότητα τρίτου αναφορικά με την κάλυψη του κριτήριου οικονομικής- χρηματοοικονομικής επάρκειας και δη της πιστοληπτικής ικανότητας. Εν συνεχεία, υποστηρίζει ότι ο αναθέτων φορέας αποδέχθηκε τα δικαιολογητικά αντικατάστασης που υπέβαλε και το γεγονός ότι οι δύο νέοι φορείς είναι οι «...» με ΑΦΜ ... και «...» με ΑΦΜ ..., ωστόσο με μη νόμιμη και πλημμελή αιτιολογία απέρριψε τελικά την προσφορά της για το μοναδικό λόγο ότι κατά την αντικατάσταση του δάνειου οικονομικού φορέα δεν υπέβαλε νέο δικό της ΕΕΕΣ, στο οποίο να αναφέρει τις δύο νέες εταιρείες, από τις οποίες δανείζεται πιστοληπτική ικανότητα, δεδομένου ότι στο αρχικό ΕΕΕΣ που υπέβαλε, κατά την υποβολή της προσφοράς της αναφερόταν ως δανείζων φορέας η εταιρία ... και ότι η παραπάνω αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα, καθώς πουθενά – ούτε στο νόμο ούτε στη διακήρυξη- δεν ορίζεται ότι για την αντικατάσταση δάνειου φορέα, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας οφείλει να υποβάλλει εκ νέου ΕΕΕΣ. Συναφώς, αναφέρει το άρ. 79 του Ν. 4412/2016 και την Κατευθυντήρια Οδηγία 14/2016 ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα τη δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων και υποστηρίζει ότι, ελλείψει οποιασδήποτε εξειδίκευσης στην υπό κρίση διακήρυξη αναφορικά με τα μέσα και τα στοιχεία που χρειάζεται να προσκομίσουν οι υποψήφιοι σε περίπτωση που κάνουν χρήση της δυνατότητας δανεισμού, τόσο κατά την υποβολή της προσφοράς όσο και κατά την τυχόν αντικατάσταση του δάνειου φορέα, καθίσταται σαφές ότι κατά την αντικατάσταση του δάνειου φορέα υπάρχει υποχρέωση για προσκόμιση ΕΕΕΣ των νεοεισερχόμενων στο διαγωνισμό τρίτων φορέων, το οποίο να περιέχει πληροφορίες από τις οποίες να προκύπτει ότι α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, για τα οποία παρέχει στήριξη, αλλά και προσκόμιση άλλων

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

στοιχείων, κατά την κρίση του διαγωνιζόμενου, περί απόδειξης της σχετικής δέσμευσης των τρίτων και ότι η συμπλήρωση και προσκόμιση ΕΕΕΣ αφορά μόνο τους νεοεισερχόμενους τρίτους φορείς στο διαγωνισμό και όχι τον διαγωνιζόμενο, που δέχεται την παροχή στήριξης από τους τρίτους φορείς, καθώς ο διαγωνιζόμενος όφειλε να εκπληρώσει/άλλως εκπλήρωσε την υποχρέωση του αυτή, ήδη κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, χρονικό σημείο το οποίο καθορίζεται περιοριστικά, τόσο στο νόμο όσο και στην υπό κρίση διακήρυξη, η δε τυχόν αντικατάσταση του δανείζοντα φορέα λαμβάνει χώρα βάσει των διατάξεων περί συμπλήρωσης δικαιολογητικών και δεν αποτελεί επουδενί εκ νέου υποβολή προσφοράς και ως εκ τούτου δεν μπορεί να συναχθεί ούτε ερμηνευτικά ότι υπάρχει υποχρέωση προσκόμισης νέου μεταγενέστερου ΕΕΕΣ από το διαγωνιζόμενο. Ακόμη, υποστηρίζει ότι κατά την υποβολή της προσφοράς της (ήτοι κατά το μοναδικό χρονικό σημείο που όφειλα να το πράξω -σύμφωνα με τη διακήρυξη και το νόμο-) προσκόμισε συμπληρωμένο και νομίμως υπογεγραμμένο το από 16-9-2020 ΕΕΕΣ στο οποίο δήλωσε ότι στηρίζεται σε άλλο φορέα προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής όπου δηλώνει (ναι) και δεύτερον ότι τα στοιχεία του τρίτου φορέα είναι τα εκεί αναγραφόμενα, τα δε στοιχεία των τρίτων φορέων («...» με ΑΦΜ ... και «...» με ΑΦΜ ...), οι οποίοι αντικατέστησαν το φορέα ..., νόμιμα δηλώθηκαν-συμπληρώθηκαν αναλυτικά, δια της ανωτέρω επίσημης από 30-12-2021 επιστολής της με θέμα «*Αντικατάσταση δάνειας εμπειρίας σε διαγωνισμό με αρ. διακήρυξης ... - Απάντηση στο με αρ. πρωτ. ... έγγραφο της ...*», στην οποία επισυνάφθηκαν συνυποβαλλόμενα και όλα τα αναγκαία έγγραφα και δικαιολογητικά, από τα οποία αποδεικνύεται η δέσμευση των τρίτων φορέων, στα δε συνημμένα δικαιολογητικά συμπεριέλαβε νόμιμα συμπληρωμένα ΕΕΕΣ, ένα για κάθε έναν από τους δύο νεοεισερχόμενους τρίτους φορείς. Συναφώς, ισχυρίζεται ότι και για τους δύο φορείς προσκομίστηκαν ως δικαιολογητικά αντικατάστασης υπεύθυνες δηλώσεις των νομίμων εκπροσώπων τους, οι οποίοι ήταν νόμιμα εξουσιοδοτημένοι για την υπογραφή τους, δια Πρακτικού του αρμοδίου Διοικητικού Συμβουλίου τους, στις οποίες δηλώνεται μεταξύ άλλων ρητά και ανεπιφύλακτα η παροχή στήριξης προς εκείνη για το συγκεκριμένο διαγωνισμό αναφορικά με το συγκεκριμένο κριτήριο –αναλυτικά αναφερόμενο, η αποδοχή όλων των όρων της διακήρυξης καθώς επίσης και η δέσμευση τους περί μη απόσυρσης των

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

δανειζόμενων προς εκείνη πόρων καθ' όλο το χρονικό διάστημα της σύμβασης. Εν συνεχεία, ισχυρίζεται ότι ούτε στο αρ. πρωτ. ... έγγραφο του αναθέτοντος φορέα, με βάση το οποίο την κάλεσε σε αντικατάσταση δικαιολογητικών του τρίτου δάνειου οικονομικού φορέα αναφέρεται πουθενά ότι πρέπει να προσκομίσει νέο δικό της ΕΕΕΣ, σε αντικατάσταση του από 16-9-2020 ΕΕΕΣ που είχε υποβάλει, κατά την υποβολή της προσφοράς της, στο οποίο να δηλώνει τα στοιχεία των νέων δανειζόντων φορέων, κατά συνέπεια, κατ' εφαρμογήν των αρχών της διαφάνειας και της χρηστής διοίκησης, όπως αυτές αναλύονται ανωτέρω, προκύπτει ότι, εφόσον ο αναθέτων φορέας θεωρούσε ότι έπρεπε να υποβάλει και νέο ΕΕΕΣ, με τα στοιχεία των νέων δανειζόντων εμπειρία σε εκείνη, όφειλε, στην πρόσκληση που της απέστειλε, να το μνημονεύσει ρητά, συναφώς ότι ο αναθέτων φορέας όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα στην αποσταλείσα πρόσκληση, ενώ εκείνη, καλόπιστα, συμμορφώθηκε πλήρως και προσκόμισε όλα τα ζητούμενα στην ανωτέρω πρόσκληση, μεταξύ των οποίων δεν περιλαμβανόταν το νέο ΕΕΕΣ. Επίσης, ισχυρίζεται ότι αναφορικά με τη δήθεν έλλειψη, που της καταλόγισε ο αναθέτων φορέας, και η οποία αποτέλεσε τη μοναδική αιτιολογία της απόρριψής της, προκύπτει αναμφισβήτητα ότι σε καμία περίπτωση δεν είχε υποχρέωση –αλλά ούτε και δικαίωμα- να αντικαταστήσει το παλαιό ΕΕΕΣ με νέο και ότι ο αναθέτων φορέας παράνομα και κατά παράβαση του κανονιστικού πλαισίου τα διακήρυξης απέρριψε την προσφορά της, αφού σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν –παρ ελπίδα- γινόταν δεκτό ότι όφειλε να προσκομίσει νέο ΕΕΕΣ, διορθωμένο ως προς το συγκεκριμένο πεδίο, είχε υποχρέωση να την καλέσει να το συμπληρώσει, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 310 ν. 4412/2016 (η οποία ως ισχύει μετά την τροποποίησή της με το Νόμο 4782/2021 καταλαμβάνει και τις εκκρεμείς διαδικασίες), σύμφωνα με την οποία κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτοντες φορείς, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10)

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Συναφώς, αναφέρει ότι το μέλος ΔΣ του αναθέτοντος φορέα κ. ..., εξέφρασε επίσημα προς τα λοιπά μέλη την άποψη ότι η παραπάνω –δήθεν- έλλειψη εμπίπτει στις διατάξεις περί συμπλήρωσης προσφοράς (102 ν 4412/2016), πλην όμως χωρίς καμία αιτιολογία -όπως εκ του αποτελέσματος προκύπτει- η άποψή του δεν έγινε δεκτή από τα υπόλοιπα μέλη και έτσι ο αναθέτων φορέας κατά παράβαση του νόμου και του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης απέρριψε την προσφορά της.

16. Επειδή, επί του μόνου λόγου της πρώτης προδικαστικής προσφυγής με τις απόψεις του ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει ότι «1) Σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.3.1 της Διακήρυξης ..., το ΕΕΕΣ αποτελεί ουσιώδες έγγραφο του Φακέλλου των Δικαιολογητικών Συμμετοχής- Τεχνικής Προσφοράς και η ορθότητά του, όπως και αυτή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, αποτελεί στοιχείο εκ των ων ουκ άνευ για την εξασφάλιση της περαιτέρω αξιολόγησης συμμετέχοντος Οικονομικού Φορέα, επ' αυτού δε ουδεμία πλημμέλεια είναι δυνατόν να παραμείνει ενεργή. 2) Η Υπηρεσία, προς εκπλήρωση της ανωτέρω συνθήκης και σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμόν 2095/2021 Απόφαση του ΣτΕ, απέστειλε το υπ' αριθμόν ... έγγραφό της, με το οποίο καλούσε τον Προσφεύγοντα να αντικαταστήσει τη βεβαίωση και τα συναφή έγγραφα του τρίτου Οικονομικού Φορέα στην χρηματοοικονομική επάρκεια του οποίου στηρίχθηκε. Πρόκειται περί σαφούς και ρητού αιτήματος, το οποίο αφορά σε όλα τα έγγραφα στα οποία είναι καταγεγραμμένη η επωνυμία του παλαιού δάνειου Οικονομικού Φορέα, άρα και στο παλαιό ΕΕΕΣ, το οποίο θα έπρεπε να έχει αντικατασταθεί με νέο, επικαιροποιημένο. Η μη κατάθεση νέου ΕΕΕΣ αποτελεί σοβαρώτατη πλημμέλεια, η οποία δεν είναι δυνατόν να θεραπευθεί με την εκ των υστέρων κατάθεση, ούτε βεβαίως στο πλαίσιο του Άρθρου 102 του ν.4412/2016 (ΦΕΚ147Α/8.8.2016), ως τροποποιήθηκε με τον ν. 4782/2021 και ισχύει, απαραίτητη προϋπόθεση για την εφαρμογή του οποίου αποτελεί πρωτίστως η εξυπηρέτηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας των διαδικασιών. Συνεπώς και κατά την άποψη της Υπηρεσίας, αλυσίτελως ο Προσφεύγων επικαλείται το Άρθρο 102 του ν.4412/2016 (ΦΕΚ147Α/8.8.2016), ως

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

τροποποιήθηκε με τον ν. 4782/2016 και ισχύει, καθόσον η εκ των υστέρων και κατόπιν ήδη μιάς οχλήσεως αντικατάσταση ουσιώδους για την συμμετοχή εγγράφου, παραβιάζει την ουσία του Νόμου και, τυχόν αποδοχή της, καθιστά εκ των πραγμάτων άνευ ουσίας την διαδικασία αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής- τεχνικής προσφοράς, υποβιβάζοντάς την σε μια απλή αλληλογραφία επανειλημμένων αιτημάτων της Υπηρεσίας προς τους προσφέροντες, με τελικό σκοπό οι τελευταίοι να διορθώνουν/συμπληρώνουν/αντικαθιστούν ουσιώδη έγγραφα που έχουν αρχικά υποβάλει, εις βάρος συνδιαγωνιζομένων οι οποίοι υπέβαλαν ή/και εφ' άπαξ διόρθωσαν/συμπλήρωσαν/αντικατέστησαν με την δέουσα επιμέλεια τα απαιτούμενα δικαιολογητικά.».

17. Επειδή η δεύτερη προσφεύγουσα με τον μόνο λόγο της προσφυγής της υποστηρίζει ότι ο αναθέτων φορέας έσφαλε δυνάμει του προσβαλλόμενου δια της παρούσας Αποσπάσματος Πρακτικών που απέρριψε την προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας μόνο για τον αναφερόμενο σε αυτήν λόγο, καθόσον δεν διέγνωσε εις βάρος της τους επιπρόσθετους λόγους αποκλεισμού που συντρέχουν στο πρόσωπό της, ειδικότερα, υποστηρίζει ότι από τις παρατιθέμενες στην προσφυγή της διατάξεις και ιδίως από τη γραμματική διατύπωση του άρ. 2.2.9.2 και του άρ. 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 που εφαρμόζεται αναλογικά κατά παραπομπή του άρθρου 305 του αυτού νόμου προκύπτει ότι ο έλεγχος της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και εν προκειμένω της πιστοληπτικής ικανότητας των υποψηφίων λαμβάνει χώρα εκτός των λοιπών χρονικών σημείων καταρχάς κατά τον καταληκτικό χρόνο υποβολής των προσφορών και ότι εν προκειμένω, για τους τρίτους δάνειους φορείς που αντικατέστησαν τον αρχικώς δανείζοντα την εμπειρία οικονομικό φορέα ..., προσκομίστηκαν προς απόδειξη της πλήρωσης της απαίτησης της πιστοληπτικής ικανότητας: οι από 16-12-2021 και 21-12-2021 τραπεζικές βεβαιώσεις αναφορικά με την εταιρία «...» και οι από 20-12-2021 και 21-12-2021 τραπεζικές βεβαιώσεις αναφορικά με την εταιρία «.....», ωστόσο, από αυτές ουδόλως προέκυπτε εάν αυτές κάλυπταν χρονικά και το χρονικό διάστημα υποβολής της προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρίας, λαμβάνοντας υπόψη ότι η πρώτη προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά στις 16.09.2020. Ειδικότερα, η δεύτερη προσφεύγουσα

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

ισχυρίζεται ότι οι υποβληθείσες τραπεζικές βεβαιώσεις είτε δεν ανέφεραν καθόλου ποιο χρονικό διάστημα αφορούν αναγράφοντας απλώς την ημερομηνία χορήγησής τους που συνέπιπτε με τον μήνα Δεκέμβριο του 2021 οπότε και η πρώτη προσφεύγουσα προέβη σε αντικατάσταση δανείζοντα την εμπειρία τρίτου, είτε ανέφεραν ότι αφορούν το χρονικό διάστημα έκδοσής τους (πρβλ. την με αρ. πρωτ. ... βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας της τράπεζας προς την εταιρία ... όπου αναγράφεται ότι: *«Η πιστοληπτική ικανότητα της εταιρείας σας στην Τράπεζά μας, ανέρχεται σήμερα»*) είτε ανέφεραν ως χρονικό διάστημα ρητώς ημερομηνία και δη την 31-5-2021 που δεν συνέπιπτε με την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρίας (πρβλ. την από 21-12-2021 βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας της Τράπεζας ... προς την εταιρεία), είτε τέλος μνημόνευαν την ημερομηνία έναρξης συνεργασίας της επιχείρησης με την Τράπεζα (1998) χωρίς ωστόσο τούτο να συνεπάγεται ότι από αυτή την ημεροχρονολογία η πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης ανερχόταν στα ίδια όρια πιστοδοτήσεων με την ημερομηνία χορήγησης της βεβαίωσης, γεγονός ούτως ή άλλως αδύνατο (πρβλ. την με αρ. πρωτ. ... βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας της τράπεζας προς την εταιρεία ...), συνεπώς, υποστηρίζει ότι δεν προέκυπτε ρητώς από τα δηλούμενα σε αυτές ότι καλύπτονταν τα όρια πιστοδοτήσεων που αυτές ανέγραφαν κατά το χρονικό διάστημα υποβολής της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας, η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί άνευ ετέρου από τον αναθέτοντα φορέα, μη δυνάμενης της έλλειψης αυτής να καλυφθεί κατόπιν κλήσης προς υποβολή διευκρινίσεων κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Συναφώς, αναφέρει τις υπ' αρ. ΣΤΕ 2095/2021 και 1855/2021 αποφάσεις και υποστηρίζει ότι, από τις διατάξεις του άρθρου 310 του Ν. 4412/2016 ερμηνευόμενες σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διενέργεια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, όταν το περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς παρουσιάζει ελλείψεις κατά παράβαση όρου της διακήρυξης που έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, δεν παρέχεται ούτε στον διαγωνιζόμενο ούτε στον αναθέτοντα φορέα η δυνατότητα άρσης της παράβασης κατά το στάδιο του ελέγχου των προσφορών και ότι ουδόλως δύνατο ο αναθέτων φορέας να αιτηθεί διευκρινίσεις κατ' επίκληση του άρθρου 102 του ν.4412/2016 από την πρώτη προσφεύγουσα ενώ η κλήση του αναθέτοντος φορέα προς τούτο

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

δυνάμει της με αρ. πρωτ. 9005150/4-2-2022 επιστολής της Προέδρου της Επιτροπής του Διαγωνισμού και του Διευθυντή της ... πραγματοποιήθηκε πλημμελώς και κατά παράβαση ουσιώδους διάταξης της διαδικασίας, που αναφέρει ότι συμπροσβάλλει με την προσφυγή της, καθόσον δεν συνέτρεχαν σε κάθε περίπτωση οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες ήταν επιτρεπτή κατά νόμον η διευκρίνιση των υποβληθέντων στοιχείων. Συναφώς, υποστηρίζει ότι, και εάν ήθελε γίνει δεκτό ότι συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες ήταν επιτρεπτή κατά νόμον η διευκρίνιση κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 ως τροποποιήθηκε και ισχύει, από τον αναθέτοντα φορέα προς την πρώτη προσφεύγουσα ουδόλως δια των νέων υποβληθέντων τραπεζικών βεβαιώσεων των εταιριών ... και ... προέκυπτε ότι αυτές κάλυπταν το χρονικό διάστημα της υποβολής της προσφοράς της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό εταιρίας και ότι η κάλυψη του κριτηρίου επιλογής κατά την ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών και δη κατά τη φάση διενέργειας του διαγωνισμού (28.09.2020) θα οδηγούσε στο άτοπο κατά παράβαση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της αρχής της διαφάνειας να μπορούν να τύχουν αποδοχής προσφορές οι οποίες έχουν ήδη υποβληθεί έως την καταληκτική ημερομηνία υποβολής τους και αντικαθίστανται – τροποποιούνται ανεπίτρεπτα κατά την ημερομηνία αποσφράγισης και διενέργειας του διαγωνισμού. Ακόμη, υποστηρίζει ότι πεπλανημένα ο οικονομικός φορέας υπέβαλε τις τραπεζικές βεβαιώσεις με το αυτό περιεχόμενο, καθόσον οι όροι και οι διατάξεις της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας ήταν γνωστοί στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς οι οποίοι όφειλαν να μην αποκλίνουν από το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης και του νόμου, ασχέτως του ακριβούς περιεχομένου της κλήσης κατ' άρθρο 102 του αναθέτοντος φορέα και ότι σε κάθε περίπτωση, και με δεδομένο ότι δεν είναι δυνατή ούτε η εκ νέου αντικατάσταση των τρίτων δάνειων οικονομικών φορέων εκ μέρους του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, ο αναθέτων φορέας έσφαλε δυνάμει της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που παρέλειψε να διαγνώσει τους ως άνω συντρέχοντες επιπρόσθετους λόγους απόρριψης της προσφοράς της εν λόγω εταιρίας. Επί της δεύτερης προσφυγής ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του υποστηρίζει ότι «1) Ο λόγος της απόρριψης της προσφοράς της Εταιρείας "...» αναπτύσσεται με λεπτομέρεια στην παράθεση των απόψεων της Υπηρεσίας επί της με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 560/18.04.2022 Προδικαστικής

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

Προσφυγής της εν λόγω Εταιρείας, με την οποία η παρούσα Προσφυγή δέον όπως συσχετισθεί. 2) Η Υπηρεσία, δια της υπ' αριθμόν ... επιστολής της, κάλεσε αρχικά την Εταιρεία Εταιρείας "...” σε αντικατάσταση αρχικά κατατεθειμένων εγγράφων της, σε συμμόρφωση προς την υπ' αριθμόν 2095/21 Απόφαση του ΣτΕ, εκτελώντας κατά γράμμα τα διατασσόμενα από το Ανώτατο Δικαστήριο. 3) Με την υπ' αριθμόν ... επιστολή της, η Υπηρεσία ζήτησε και έλαβε τις απαραίτητες διευκρινίσεις για να προβεί στην αξιολόγηση των νεοκατατεθέντων εγγράφων και τούτο έγινε κατά Νόμον, βάσει του Άρθρου 102 του ν.4412/2016, ως ισχύει.». Η πρώτη προσφεύγουσα με την παρέμβασή της υποστηρίζει, μεταξύ άλλων, ότι για το κριτήριο της πιστοληπτικής ικανότητας, η διακήρυξη απαιτούσε αυτή να αναφέρεται στο ΕΕΕΣ και ότι το κατόπιν επικουρικώς προβαλλόμενου αιτήματος της δεύτερης προσφεύγουσας εξέτασε το περιεχόμενο της τραπεζικής βεβαίωσης, που είχε προσκομίσει για τον αρχικό δανείζοντα και βρήκε αυτό ελλιπές, με αυτή δε την αιτιολογία διέταξε αναπομπή για αντικατάσταση δάνειου φορέα, ειδικότερα το ΣτΕ έκρινε ότι εφ' όσον δεν δηλώθηκε προαποδεικτικά στα ΕΕΕΣ η πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου –ελλείπει υπαιτιότητάς της αφού δεν υπήρχε οικείο πεδίο στο ΕΕΕΣ- τα αυτοβούλως υποβληθέντα από εκείνη αποδεικτικά μέσα προκαταρκτικής απόδειξης (τραπεζικές βεβαιώσεις) προσκομίστηκαν ως τα μόνα μέσα προκαταρκτικής απόδειξης για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής και ως εκ τούτου έπρεπε βάσει αυτών να προαποδεικνύεται η πλήρωση του εν λόγω κριτηρίου κατά την υποβολή της προσφοράς, συναφώς, υποστηρίζει ότι από την κρίση αυτή του ΣτΕ συνάγεται πως στο επίπεδο προκαταρκτικής απόδειξης απαιτείτο κατ' αρχάς μόνο επίσημη δήλωση (μέσω ΕΕΕΣ) για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου και όχι απόδειξή του δια των τραπεζικών βεβαιώσεων της παρ. 2.2.9.2 Β3 α' της διακήρυξης, ασχέτως της δικής της αυτόβουλης ενέργειας (η οποία ωστόσο έγινε αποδεκτή με το προαναφερόμενο σκεπτικό), εν συνεχεία δε αναφέρει την κλήση του αναθέτοντος φορέα για αντικατάσταση των δικαιολογητικών του τρίτου δάνειου οικονομικού φορέα και την προσκόμιση των σχετικών δικαιολογητικών εκ μέρους της, συναφώς υποστηρίζει ότι κατά το παρόν στάδιο έχουν καλυφθεί οι τιθέμενες προϋποθέσεις της διακήρυξης αναφορικά με την προκαταρκτική απόδειξη την πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, μένει δε να αποδειχθούν τα όσα δηλώθηκαν, και δη η πλήρωση της πιστοληπτικής

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

ικανότητας με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εφόσον ανακηρυχθεί Προσωρινός Ανάδοχος. Ακόμη, υποστηρίζει ότι είναι απορριπτέο το τυχόν επιχείρημα ότι εφόσον προσκομίστηκαν λαμβάνονται υποχρεωτικά υπόψιν και αξιολογούνται πρόωρα κατά την παρούσα φάση για την απόδειξη των όσων δηλώθηκαν προαποδεικτικά, αφού αυτό θα αποτελούσε κατάφορη κάμψη της αρχής διάκρισης των σταδίων του διαγωνισμού, αλλά και τις αρχές της τυπικότητας της διαδικασίας και της ισότητας των διαγωνιζομένων λαμβανομένου υπόψιν μάλιστα ότι πουθενά δεν δηλώθηκε ότι οι εν λόγω τραπεζικές βεβαιώσεις αποτελούν τα μελλοντικά δικαιολογητικά κατακύρωσης για το επίμαχο κριτήριο. Απορριπτέο επίσης είναι το τυχόν επιχείρημα ότι η κλήση της αναθέτουσας αρχής για αντικατάσταση δικαιολογητικών ζητούσε προσκόμιση νέων βεβαιώσεων, αφού αφ ενός μεν η κλήση ρητά αναφερόταν σε συμμόρφωση με τη δικαστική απόφαση (η οποία πουθενά δεν όριζε ότι οι τραπεζικές βεβαιώσεις αποτελούσαν υποχρεωτικό δικαιολογητικό συμμετοχής) αφ ετέρου δε και σημαντικότερο η εν λόγω κλήση, η οποία πραγματοποιήθηκε μέσω εγγράφου του Προϊστάμενου της ... της Αναθέτουσας Αρχής, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι τροποποίησε παραδεκτά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ορίζοντας το πρώτον νέους όρους και απαιτήσεις σε σχέση με τα δικαιολογητικά συμμετοχής και το στάδιο προαπόδειξης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και ότι, όπως συνομολογεί και η προσφεύγουσα στο άρθρο 104 Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς με την υποβολή του ΕΕΕΣ. Συναφώς, υποστηρίζει ότι κατά την υποβολή των δικαιολογητικών αντικατάστασης μαζί με την υπεύθυνη δήλωση των νεοεισερχόμενων φορέων, στην οποία δηλωνόταν προαποδεικτικά η πλήρωση του κριτηρίου πιστοληπτικής ικανότητας εκάστου, εκπληρώνοντας έτσι τη ρητή –επί ποινή αποκλεισμού– υποχρέωσή μου, όπως αυτή είχε καθοριστεί από το κανονιστικό πλαίσιο της σύμβασης, προσκόμισε εκ του περισσού και ενδεικτικά τραπεζικές βεβαιώσεις, στην δε αδόκητη δε περίπτωση που κριθεί ότι οι βεβαιώσεις αποτελούσαν υποχρεωτικό δικαιολογητικό συμμετοχής και μόνο από τα παραπάνω δικαιολογητικά έτσι όπως προσκομίστηκαν κατά το χρόνο της αντικατάστασης προκύπτει ούτως ή άλλως ότι υπέρ καλύπτω το επίμαχο κριτήριο, υπενθυμίζει δε ότι η στήριξή της σε τρίτο είναι μόνο μερική, αφού

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

από μόνη της κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς κάλυπτε ποσό 1.500.000 εκ των 2.657.074 ευρώ, που απαιτούνταν από τη διακήρυξη, ενώ το υπόλοιπο ποσό 1.157.074 ευρώ καλύπτεται από τους τρίτους φορείς. Ακόμη, υποστηρίζει ότι επί των ως άνω προσκομισθέντων δικαιολογητικών η Επιτροπή του διαγωνισμού κατ' εφαρμογή του άρθρου 310 ν. 4412/2016 ζήτησε διευκρινήσεις που ζητήθηκαν και χορηγήθηκαν νόμιμα και προσηκόντως δια συμπληρωματικών εγγράφων των τραπεζών επιβεβαιώνοντας ότι το ζητηθέν από την Επιτροπή χρονικό διάστημα καλύπτεται από τις αρχικώς προσκομισθείσες βεβαιώσεις, και συνακόλουθα νόμιμα έγιναν δεκτές από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, και ότι κάθε αντίθετος ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Ακόμη, ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δεν είναι επιτρεπτή η κλήση σε διευκρινήσεις διότι δήθεν με τον τρόπο αυτό γίνεται ανεπίτρεπτη αντικατάσταση μη νομίμως υποβληθέντος δικαιολογητικού για την προαπόδειξη κριτηρίου επιλογής, επικαλούμενη μάλιστα την απόφαση του ΣΤΕ που είχε εκδοθεί αναφορικά με τον πρώτο δανείζοντά της και η οποία δήθεν είχε κρίνει *ad hoc* την υπόθεση, αφού εν προκειμένω οι επίμαχες τραπεζικές βεβαιώσεις δεν αποτελούν μέσα προαπόδειξης κριτηρίου επιλογής και δη τα μόνα μέσα (όπως συνέβαινε στην περίπτωση του δανείζοντα ...), ενώ συγχρόνως δεν πρόκειται για διόρθωση έλλειψης αφού δεν λείπει κανένα στοιχείο αλλά πρόκειται για διευκρίνιση του περιεχομένου τους, τυχόν διαφορετική αντιμετώπιση του ζητήματος και ενδεχόμενη κρίση ότι δεν έχει εν προκειμένω εφαρμογή η διάταξη περί διευκρίνισης/συμπλήρωσης της προσφοράς θα έθετε εκποδών τον αιτιολογικό σκοπό εν λόγω νομοθετικής διάταξης και θα αποτελούσε αδικαιολόγητο αποκλεισμό υποψηφίου, που πληροί κατ' ουσία όλες τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο βωμό της αυστηρής τυπολατρίας και ενάντια στο δημόσιο συμφέρον. Ακόμη, υποστηρίζει ότι οι διευκρινήσεις που χορηγήθηκαν ακριβώς σε ότι ζητούσε η Επιτροπή, και για αυτό και έγιναν δεκτές, σε αντίθεση με όσα αβάσιμα ισχυρίζεται η δεύτερη προσφεύγουσα, ακόμα και αν εκείνη αυτοβούλως είχε χορηγήσει διευκρινήσεις, για τις οποίες να καλύπτει το χρονικό διάστημα όχι από 28-9-2020 αλλά από το χρόνο υποβολής της προσφοράς μου (16-9-2020) έως το χρόνο προσκόμισής τους, το χρονικό διάστημα από 16-9-2020 έως 27-9-2020 δεν θα μπορούσε νόμιμα

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

να ληφθεί υπόψιν από την Επιτροπή (και αν λαμβανόταν θα ήταν βάσιμος λόγος προσφυγής του έτερου διαγωνιζόμενου) διότι το πλαίσιο των διευκρινήσεων καθορίζεται αυστηρά από το ερώτημα της Επιτροπής και ως γνωστόν εκ του νόμου προβλέπεται ότι διευκρινήσεις που χορηγήθηκαν από διαγωνιζόμενο χωρίς να έχουν ζητηθεί από τον αναθέτοντα φορέα δεν μπορούν να ληφθούν νόμιμα υπόψιν. Εν συνεχεία, υποστηρίζει ότι σε κανένα σημείο, ούτε της διακήρυξης, ούτε του νόμου, αλλά και όπως ουδέποτε έχει νομολογηθεί δεν ορίζεται ότι κατά την αντικατάσταση του δάνειου φορέα, ο νεοεισερχόμενος δανείζων οφείλει να πληροί και να αποδείξει ότι πληροί τις απαιτήσεις προχρονολογημένα, ήτοι σε χρονικό σημείο πριν την είσοδό του στο διαγωνισμό, αφού κάτι τέτοιο θα οδηγούσε τη διάταξη περί αντικατάστασης σε ουσιαστική αχρησία και ότι, όπως κρίθηκε και από την απόφαση του ΣτΕ, η οποία διέταξε την αντικατάσταση του δανείζοντα φορέα μου, η τραπεζική βεβαίωση (η οποία σε κάθε περίπτωση αποτελεί δικαιολογητικό κατακύρωσης) πρέπει να αναφέρει ότι εκδίδεται ενόψει συμμετοχής σε συγκεκριμένο διαγωνισμό, προκειμένου να αποφευχθεί η προσκόμισή της σε άλλους διαγωνισμούς, για τους δε νεοεισερχόμενους φορείς, που αντικαθιστούν τον αρχικό δανείζοντα, το χρονικό σημείο εισόδου τους στο διαγωνισμό είναι αναμφισβήτητα η στιγμή της υποβολής των δικαιολογητικών αντικατάστασης, επομένως το χρονικό σημείο στο οποίο πρέπει να συντρέχουν τα στοιχεία που δηλώνονται γι' αυτούς είναι η στιγμή που εισέρχονται στο διαγωνισμό, ενώ μέχρι τη στιγμή εκείνη τεκμαίρεται ότι τα κριτήρια πληρούνται, αλλιώς δεν θα είχε νόημα ο θεσμός της αντικατάστασης και ότι, λαμβανομένου υπόψη πως ο προσφέρων, που λαμβάνει μέρος σε διαγωνιστική διαδικασία, στηριζόμενος σε δυνάμεις τρίτου φορέα, έχει την εύλογη πεποίθηση ότι τα δικαιολογητικά που προσκομίζει αρχικά είναι πλήρη, δεν είναι δυνατόν να θεωρήσουμε ότι απαιτεί ο νομοθέτης – χωρίς να το έχει ορίσει ρητά- από τον κάθε καλόπιστο διαγωνιζόμενο να έχει προνοήσει και να έχει εξασφαλίσει ήδη κατά το στάδιο της υποβολής της προσφοράς του τα ίδια δικαιολογητικά από περισσότερους τυχόν δανείζοντες, με σκοπό να τα χρησιμοποιήσει αν χρειαστεί στο μέλλον. Ακόμη, ισχυρίζεται ότι η υπ' αρ. 417/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, την οποία παραπειστικά μνημονεύει η δεύτερη προσφεύγουσα ως δήθεν *ad hoc* κρίση επί του θέματος, αφορά εντελώς διαφορετική περίπτωση και συγκεκριμένα

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

αφορά περίπτωση που ο προσφέρων φορέας δεν αντικατέστησε όταν του ζητήθηκε τον δάνειο φορέα στον οποίο είχε στηριχθεί, ως όφειλε και ως προβλέπεται από το νόμο, αλλά προσκόμισε εκ νέου δικαιολογητικά του ίδιου αρχικού δανείζοντα φορέα με την αιτιολογία ότι λόγω παρόδου μεγάλου χρονικού διαστήματος, κατά το χρόνο «αντικατάστασης», είχε εκλείψει στο πρόσωπο του αρχικού δανείζοντα ο λόγος αποκλεισμού που συνέτρεχε κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς από τον προσφέροντα και για τον οποίο λόγος αποκλεισμού είχε κριθεί ότι ο δανείζων έπρεπε να αντικατασταθεί.

18. 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 δικαιοτικού 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 έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχείρισης 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

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

19. Επειδή, επί του μόνου λόγου της πρώτης προσφυγής, σύμφωνα με το άρ. 79 του Ν. 4412/2016, ο οικονομικός φορέας, κατά την υποβολή της προσφοράς του, υποβάλλει το ΕΕΕΣ, που ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη ότι δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις λόγων αποκλεισμού, ότι πληροί τα κριτήρια επιλογής και ότι τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθοριστεί. Στο άρ. 310 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτοντες φορείς, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.»*, συναφώς, στο άρ. 3.1.1 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι *«Ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 310 του ν. 4412/2016.»*. Σύμφωνα δε με το άρ. 2.2.9.1 *«Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών»* της Διακήρυξης, *«Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα III, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.»*, στο δε

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

άρ. 2.2.9.2.Α της Διακήρυξης ορίζεται 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 2.2.3.1, 2.2.3.2 και 2.2.3.4.». Εν προκειμένω, η πρώτη προσφεύγουσα στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της δήλωσε στο σχετικό πεδίο «Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω; Απάντηση: Ναι Όνομα της οντότητας Ταυτότητα της οντότητας ... Τύπος ταυτότητας VAT Κωδικοί CPV CPV: ...» (βλ. αρχείο με τίτλο «1.ΕΕΕΣ-....pdf», σελ. 4/27). Στο υπ' αρ. πρωτ. ... έγγραφο του αναθέτοντος φορέα προς την πρώτη προσφεύγουσα με θέμα «Συμμόρφωση με απόφαση του ΣΤΕ επί διαγωνισμού ...» που εστάλη μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 13.12.2021, αναφερόταν ότι «...Στο πλαίσιο της υποχρέωσης του Οργανισμού για συμμόρφωση με την Απόφαση του Δικαστηρίου, σας καλούμε όπως το αργότερο εντός είκοσι (20) ημερών από της κοινοποίησής του παρόντος, αντικαταστήσετε την βεβαίωση και τα συναφή έγγραφα του τρίτου δάνειου Οικονομικού Φορέα στην χρηματοοικονομική επάρκεια του οποίου στηρίχθηκε η Εταιρεία σας, καθόσον, όπως αναγράφεται στο σκεπτικό της Απόφασης του ΣΤΕ, «δεν πληρούσε τις απαιτήσεις της Διακήρυξης δεδομένου ότι δεν είχε εκδοθεί ούτε θα μπορούσε να συναχθεί εκ του περιεχομένου της ότι εκδόθηκε εν όψει του επίμαχου διαγωνισμού.....έπρεπε βάσει αυτών να προαποδεικνύεται η πλήρωση του κριτηρίου της χρηματοοικονομικής επάρκειας κατά την υποβολή της προσφοράς, το οποίο όμως δεν συνέβη εν προκειμένω.....». Είναι αυτονόητο, βάσει του οικείου άρθρου της Διακήρυξης, ότι επιβάλλεται η αντικατάσταση του δάνειου Οικονομικού Φορέα και όχι η θεραπεία της υποβληθείσας αρχικής βεβαίωσης από τον τελευταίο.». Σε απάντηση δε αυτού, η πρώτη προσφεύγουσα απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 30.12.2021 προς τον αναθέτοντα φορέα το με ίδια ημερομηνία έγγραφό της, με το οποίο της γνώριζε ότι «Σε απάντηση στο εν θέματι έγγραφό σας σάς γνωρίζουμε ότι στον διαγωνισμό με αρ. διακήρυξης ... στον οποίο

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

συμμετέχουμε νόμιμα αντικαθιστούμε (σε συμμόρφωση με την απόφαση 2095/21 ΣΤΕ) τον δανείζοντα οικονομικό φορέα με την επωνυμία ... και στην θέση του ως προς το κριτήριο της πιστοληπτικής ικανότητας ορίζουμε ως δανείζοντες οικονομικούς φορείς: 1. Την εταιρεία με την επωνυμία: «...», η οποία έχει ΑΦΜ ..., εδρεύει στο ..., ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και διαθέτει συνολική πιστοληπτική ικανότητα 7.937.521,00€ από την τράπεζα ... και 5.000.000,00 από την τράπεζα ..., όπως προκύπτει από τις συνυποβαλλόμενες βεβαιώσεις των αντίστοιχων τραπεζών και 2. Την εταιρεία με την επωνυμία: «...», η οποία έχει ΑΦΜ ..., εδρεύει στις ..., οδός .. αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και διαθέτει συνολική πιστοληπτική ικανότητα 1.050.000,00€ από την τράπεζα ... και 826.800,00€ από την τράπεζα ..., όπως προκύπτει από τις συνυποβαλλόμενες βεβαιώσεις των αντίστοιχων τραπεζών. Οι ανωτέρω φορείς ορίζονται πλέον ως δανείζοντες οικονομικοί φορείς για το κριτήριο της πιστοληπτικής ικανότητας. Συνεπώς, η εταιρεία μας με τους ανωτέρω φορείς τόσο αυτοτελώς με τον καθένα όσο και αθροιστικά υπερκαλύπτει το σχετικό κριτήριο. Γίνεται μνεία ότι προβαίνουμε στην ταυτόχρονη υποβολή ΕΕΕΣ αλλά και των σχετικών δικαιολογητικών των ανωτέρω οικονομικών φορέων μέσω του πεδίου "ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ" του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.». Αυθημερόν η πρώτη προσφεύγουσα απέστειλε τα ως άνω αναφερόμενα δικαιολογητικά προς τον αναθέτοντα φορέα ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, συμπεριλαμβανομένων των ΕΕΕΣ των νέων δανειζόντων εμπειρία εταιριών. Εν συνεχεία, ο αναθέτων φορέας, απέστειλε στις 04.02.2022 το υπ' αρ. 9005150/04.02.2022 έγγραφο, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με θέμα «Παροχή διευκρινίσεων για δάνεια πιστοληπτική ικανότητα» προς την πρώτη προσφεύγουσα, η οποία απάντησε στις 17.02.2022 και 18.02.2022, ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τα από 17.02.2022 και 18.02.2022, αντίστοιχα, έγγραφά της. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η πρώτη προσφεύγουσα, ανταποκρινόμενη πλήρως στη σχετική κλήση του αναθέτοντος φορέα, σε συμμόρφωση με την υπ' αρ. 2095/2021 απόφαση ΣΤΕ, αντικατέστησε τον αρχικά δηλωθέντα τρίτο δανείζοντα οικονομικό φορέα «...» με τους οικονομικούς φορείς «... ...» και «... ...». Στη δε ως άνω κλήση του αναθέτοντος φορέα ρητώς αναφερόταν ότι «σας καλούμε όπως ...αντικαταστήσετε την βεβαίωση και τα συναφή έγγραφα

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

του τρίτου δάνειου Οικονομικού Φορέα...», ουδόλως δε ζητήθηκε η αντικατάσταση του ήδη υποβληθέντος από αυτήν ΕΕΕΣ, ει μη μόνον η αντικατάσταση των εγγράφων του τρίτου δάνειου Οικονομικού Φορέα, όπως βασίμως υποστηρίζει η πρώτη προσφεύγουσα. Εξ ετέρου, το ΕΕΕΣ, που υποβάλλεται με την υποβολή της προσφοράς του οικονομικού φορέα, συνιστά προκαταρκτική απόδειξη περί μη συνδρομής καταστάσεων αποκλεισμού, πλήρωσης των σχετικών κριτηρίων επιλογής και τήρησης αντικειμενικών κανόνων και κριτηρίων που έχουν καθορισθεί, ουδόλως δε προκύπτει από τη φύση του ότι δύναται, πόσο μάλλον επιβάλλεται, ως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας, όπως αντικατασταθεί αυτό, σε περίπτωση, όπως η προκείμενη, αντικατάστασης τρίτου δανείζοντος οικονομικού φορέα. Συναφώς, ουδόλως από το σχετικό άρ. 2.2.9.2.Α της Διακήρυξης, δυνάμει του οποίου αντικαταστάθηκε εν προκειμένω ο αρχικώς δηλωθείς τρίτος δανείζων εμπειρία προς την πρώτη προσφεύγουσα, προβλέπεται ότι, σε περίπτωση υποχρέωσης αντικατάστασης του τρίτου οικονομικού φορέα στον οποίο ο συμμετέχων στηρίζεται, ο τελευταίος υποχρεούται σε αντικατάσταση του ήδη υποβληθέντος από αυτόν ΕΕΕΣ με νέο επικαιροποιημένο, όπως αβάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή. Τούτο διότι επακριβώς το ΕΕΕΣ, όπως προεκτέθηκε, έχει χαρακτήρα προαποδεικτικό, ουδόλως δε αυτό δύναται, πόσο μάλλον υποχρεούται, να αντικατασταθεί, σε περίπτωση αντικατάστασης του αρχικώς δηλωθέντος σε αυτό τρίτου δανείζοντος οικονομικού φορέα, τα δε λοιπά δηλωθέντα στοιχεία εξακολουθούν να ισχύουν. Προς επίρρωση δε των ανωτέρω, σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρ. 104 του Ν. 4412/2016, το περιεχόμενο του οποίου περιλαμβάνεται στο άρ. 3.2 της Διακήρυξης, σε περίπτωση επέλευσης οπιγενών μεταβολών στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν στο ΕΕΕΣ, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά, ουδεμία δε υποχρέωση υφίσταται περί εκ νέου υποβολής του ΕΕΕΣ, στο οποίο να περιλαμβάνονται τα οπιγενή αυτά γεγονότα. Επομένως, ακόμα και στην περίπτωση οπιγενών μεταβολών στοιχείων που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ, ουδόλως στο νόμο προβλέπεται η υποχρέωση προσκόμισης νέου ΕΕΕΣ, αλλά μόνον η αμελλητί σχετική ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, ο αναθέτων φορέας μη νομίμως απέρριψε την προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας επειδή δεν

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

υπέβαλε νέο ΕΕΕΣ, όπου να αναγράφονται οι δύο οικονομικοί φορείς οι οποίοι αντικαθιστούν τον αρχικώς δηλωθέντα τρίτο οικονομικό φορέα καθότι ουδόλως στο νόμο και στη Διακήρυξη προβλέπεται τέτοια υποχρέωση, συναφώς ο μόνος λόγος της πρώτης προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του αναθέτοντος φορέα.

20. Επειδή, επί του μόνου λόγου της δεύτερης προσφυγής, σύμφωνα με το άρ. 2.2.5 της Διακήρυξης, «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται υποχρεωτικά να διαθέτουν οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα, η οποία θα προκύπτει από : □□την πιστοληπτική ικανότητα τους. Η πιστοληπτική ικανότητα προκύπτει από βεβαίωση τράπεζας ημεδαπής ή αλλοδαπής και θεωρείται επαρκής, εφόσον το ποσόν αυτής ανέρχεται τουλάχιστον στο 25% του προϋπολογισμού της παρούσης (10.628.299,032 €). ...», στο δε άρ. 2.2.8 της Διακήρυξης «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» προβλέπεται 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 σύμφωνα με το άρθρο 307, του Ν. 4412/16.». Στο άρ. 2.2.9.1 «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών» της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.», συναφώς, στο άρ. 2.2.9.2.Α προβλέπεται ότι «Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 316 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016.», το δε άρ. 3.2 της Διακήρυξης ορίζει ότι «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, ο αναθέτων φορέας αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας, είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής.». Η δε υπ' αρ. 2095/2021 απόφαση του ΣΤΕ έκρινε ότι «Εφ' όσον, όμως, η παρεμβαίνουσα δεν δήλωσε προαποδεικτικώς στο ΕΕΕΣ την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου -ελλείπει υπαιτιότητάς της κατά τα ανωτέρω γενόμενα δεκτά αφού δεν υπήρχε οικείο πεδίο προς συμπλήρωση-, τα ανωτέρω αυτοβούλως υποβληθέντα εκ μέρους της αποδεικτικά μέσα (τραπεζικές βεβαιώσεις) προσκομίσθηκαν ως τα μόνα μέσα προκαταρκτικής απόδειξης για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής και, ως εκ τούτου, έπρεπε βάσει αυτών να προαποδεικνύεται η πλήρωση του κριτηρίου της χρηματοοικονομικής επάρκειας κατά την υποβολή της προσφοράς, το οποίο όμως δεν συνέβη εν προκειμένω σύμφωνα με όσα προεξετέθησαν.», συνεπώς, βάσει των ως άνω, κρίθηκε ότι, ελλείπει σχετικού πεδίου στο ΕΕΕΣ, το οποίο συνιστά προκαταρκτική απόδειξη περί πλήρωσης των σχετικών κριτηρίων επιλογής, η πρώτη προσφεύγουσα όφειλε, εφόσον προσκόμισε τις σχετικές βεβαιώσεις, να προαποδείξει, βάσει αυτών, την πλήρωση του κριτηρίου της χρηματοοικονομικής επάρκειας κατά την υποβολή της προσφοράς, ενόψει δε αυτού, η υπόθεση αναπέμφθηκε στον αναθέτοντα φορέα, προκειμένου να ενεργήσει τα νόμιμα, ώστε η πρώτη προσφεύγουσα να προβεί σε αντικατάσταση του τρίτου δανείζοντος εμπειρία. Στο υπ' αρ. πρωτ. 9177876/13.12.2021 έγγραφο του αναθέτοντος φορέα προς την πρώτη προσφεύγουσα με θέμα «Συμμόρφωση με απόφαση του ΣΤΕ επί διαγωνισμού ...» που εστάλη μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 13.12.2021, αναφερόταν ότι «...Στο πλαίσιο της υποχρέωσης του Οργανισμού

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

για συμμόρφωση με την Απόφαση του Δικαστηρίου, σας καλούμε όπως το αργότερο εντός είκοσι (20) ημερών από της κοινοποίησής του παρόντος, αντικαταστήσετε την βεβαίωση και τα συναφή έγγραφα του τρίτου δάνειου Οικονομικού Φορέα στην χρηματοοικονομική επάρκεια του οποίου στηρίχθηκε η Εταιρεία σας, καθόσον, όπως αναγράφεται στο σκεπτικό της Απόφασης του ΣτΕ, «δεν πληρούσε τις απαιτήσεις της Διακήρυξης δεδομένου ότι δεν είχε εκδοθεί ούτε θα μπορούσε να συναχθεί εκ του περιεχομένου της ότι εκδόθηκε εν όψει του επίμαχου διαγωνισμού.....έπρεπε βάσει αυτών να προαποδεικνύεται η πλήρωση του κριτηρίου της χρηματοοικονομικής επάρκειας κατά την υποβολή της προσφοράς, το οποίο όμως δεν συνέβη εν προκειμένω.....». Είναι αυτονόητο, βάσει του οικείου άρθρου της Διακήρυξης, ότι επιβάλλεται η αντικατάσταση του δάνειου Οικονομικού Φορέα και όχι η θεραπεία της υποβληθείσας αρχικής βεβαίωσης από τον τελευταίο.». Σε απάντηση δε αυτού, η πρώτη προσφεύγουσα απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 30.12.2021 προς τον αναθέτοντα φορέα το με ίδια ημερομηνία έγγραφό της, με το οποίο της γνώριζε ότι «Σε απάντηση στο εν θέματι έγγραφό σας σας γνωρίζουμε ότι στον διαγωνισμό με αρ. διακήρυξης ... στον οποίο συμμετέχουμε νόμιμα αντικαθιστούμε (σε συμμόρφωση με την απόφαση 2095/21 ΣτΕ) τον δανείζοντα οικονομικό φορέα με την επωνυμία ...και στην θέση του ως προς το κριτήριο της πιστοληπτικής ικανότητας ορίζουμε ως δανείζοντες οικονομικούς φορείς: 1. Την εταιρεία με την επωνυμία: «...», η οποία έχει ΑΦΜ ..., εδρεύει στο ..., ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και διαθέτει συνολική πιστοληπτική ικανότητα 7.937.521,00€ από την τράπεζα ... και 5.000.000,00 από την τράπεζα ..., όπως προκύπτει από τις συνυποβαλλόμενες βεβαιώσεις των αντίστοιχων τραπεζών και 2. Την εταιρεία με την επωνυμία: «...», η οποία έχει ΑΦΜ ..., εδρεύει στις ..., οδός ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και διαθέτει συνολική πιστοληπτική ικανότητα 1.050.000,00€ από την τράπεζα ... και 826.800,00€ από την τράπεζα ..., όπως προκύπτει από τις συνυποβαλλόμενες βεβαιώσεις των αντίστοιχων τραπεζών. Οι ανωτέρω φορείς ορίζονται πλέον ως δανείζοντες οικονομικοί φορείς για το κριτήριο της πιστοληπτικής ικανότητας. Συνεπώς, η εταιρεία μας με τους ανωτέρω φορείς τόσο αυτοτελώς με τον καθένα όσο και αθροιστικά υπερκαλύπτει το σχετικό κριτήριο. Γίνεται μνεία ότι προβαίνουμε στην ταυτόχρονη υποβολή ΕΕΕΣ αλλά

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

και των σχετικών δικαιολογητικών των ανωτέρω οικονομικών φορέων μέσω του πεδίου "ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ" του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.». Αυθημερόν η πρώτη προσφεύγουσα απέστειλε τα ως άνω αναφερόμενα δικαιολογητικά προς την αναθέτουσα αρχή ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, συμπεριλαμβανομένων των ΕΕΕΣ των νέων δανειζόντων εμπειρία εταιριών. Στην υπ' αρ. πρωτ. ... βεβαίωση για τη συμμετοχή της εταιρίας «...» της Τράπεζας ... που η πρώτη προσφεύγουσα υπέβαλε στις 30.12.2021, αναφέρεται ότι «...Η Τράπεζα μας έχει εγκρίνει υπέρ της ως άνω εταιρείας με τους όρους και τις προϋποθέσεις που έχει καθορίσει τα ακόλουθα όρια πιστοδοτήσεων: Χρηματοδότηση σε Α.Τ.Λ. για κεφάλαιο κίνησης : 1.000.000 € Έκδοση Εγγυητικών Επιστολών Συμμετοχής και Καλής Εκτέλεσης : 2.000.000 € Μ/Δ ΕΙΒ για κεφάλαιο κίνησης αποπληρωτέο με δόσεις σε 5 έτη : 2.000.000 € Σημειώνεται ότι τα όρια αυτά ισχύουν τη συγκεκριμένη χρονική στιγμή και με τις συγκεκριμένες συνθήκες αγοράς και η Τράπεζά μας διατηρεί το δικαίωμα να ανακαλέσει οποιαδήποτε στιγμή κρίνει ότι οι συνθήκες της αγοράς ή/και η οικονομική κατάσταση της εταιρείας σας έχουν μεταβληθεί...» και στο από 21.12.2021 έγγραφο της Τράπεζας ... αναφέρεται για την ίδια εταιρία ότι «... 2. Η πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης σας στην Τράπεζα μας από τις 31/05/2021 έως σήμερα ανέρχεται συνεχώς και αδιαλείπτως α) στο ποσό των Ευρώ 3.000.000 για έκδοση εγγυητικών επιστολών συμμετοχής και καλής εκτέλεσης και β) στο ποσό των Ευρώ 4.937.521 για χρηματοδοτήσεις, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που έχουν αμοιβαία συμφωνηθεί» (βλ. αρχείο με τίτλο «6. ΒΕΒΑΙΩΣΕΙΣ ΠΙΣΤΟΛΗΠΤΙΚΗΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑΣ.pdf»). Στη δε υπ' αρ. πρωτ. ... βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας της ... που η πρώτη προσφεύγουσα υπέβαλε στις 30.12.2021 για την εταιρία «...» αναφέρεται ότι «Η Πιστοληπτική Ικανότητα της εταιρείας στην Τράπεζα μας, ανέρχεται από την αρχή της συνεργασίας μας με την Τράπεζα μέχρι σήμερα, στο ποσό των €500.000,00 που αφορά τις εγγυητικές επιστολές και στο ποσό των € 550.000,00 που αφορά τις χρηματοδοτήσεις, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που έχουν αμοιβαία συμφωνηθεί.» και στο υπ' αρ. πρωτ. ... έγγραφο της Τράπεζας ... για την ίδια εταιρία αναφέρεται ότι «Η πιστοληπτική ικανότητα της εταιρείας σας στην Τράπεζά μας ανέρχεται σήμερα α.) στο ποσό των Ευρώ τριακοσίων είκοσι έξι χιλιάδων οκτακοσίων #€326.800,00# για

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

χρηματοδοτήσεις και β.) στο ποσό των Ευρώ πεντακοσίων χιλιάδων #€500.000,00# για έκδοση εγγυητικών επιστολών όλων των κατηγοριών, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που έχουν αμοιβαία συμφωνηθεί» (βλ. αρχείο με τίτλο «6. ΒΕΒΑΙΩΣΕΙΣ ΠΙΣΤΟΛΗΠΤΙΚΗΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑΣ.pdf»). Εν συνεχεία, ο αναθέτων φορέας απέστειλε το υπ' αρ. ... έγγραφο στις 04.02.2022, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με θέμα «Παροχή διευκρινίσεων για δάνεια πιστοληπτική ικανότητα» προς την πρώτη προσφεύγουσα στο οποίο αναφερόταν για τις προσκομισθείσες ως άνω βεβαιώσεις των Τραπεζών «Οι εταιρείες «...» και «...», οι οποίες σας παρέχουν τη δάνεια πιστοληπτική ικανότητα, έχουν αποστείλει βεβαιώσεις Τραπεζών στις οποίες δηλώνεται πιστοληπτική ικανότητα είτε: -Τη συγκεκριμένη χρονική στιγμή, είτε – Για το χρονικό διάστημα από 31-05-2021 έως σήμερα, είτε –Για χρονικό διάστημα ακαθόριστης έναρξης, είτε τέλος – Για χρονικό διάστημα που ουδόλως καθορίζεται. Παρακαλούμε όπως εντός 15 ημερών διευκρινίσετε μέσω των Τραπεζικών Ιδρυμάτων ότι οι παρεχόμενες βεβαιώσεις, καλύπτουν χωρίς διακοπή το χρονικό διάστημα από τη φάση διενέργειας του διαγωνισμού (28-09-2020) έως και την ημερομηνία προσκόμισής τους». Επί του ως άνω εγγράφου η πρώτη προσφεύγουσα απάντησε στις 17.02.2022, υποβάλλοντας τη με ίδια ημερομηνία επιστολή στην οποία επισύναψε για την «...» 1) την από 10/2/2022 επιστολή της Τράπεζας ... και 2) την από 20/12/2021 επιστολή της Τράπεζας ..., στη μεν πρώτη αναφέρεται ότι «...σας πληροφορούμε ότι η βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας που σας είχε παρασχεθεί την 21/12/2021 για τον ως άνω διαγωνισμό καλύπτει χωρίς διακοπή το χρονικό διάστημα από την φάση διενέργειας του διαγωνισμού (28-09-2020) έως την ημερομηνία προσκόμισης της», στη δε δεύτερη ότι «Η βεβαίωση πιστοληπτικής για τον ως άνω διαγωνισμό καλύπτει χωρίς διακοπή το χρονικό διάστημα από τη φάση διενέργειας του διαγωνισμού (28-09-2020) έως την ημερομηνία προσκόμισης της», για τη δε «...» προσκόμισε την από 11.02.2022 επιστολή της ..., στην οποία αναφέρεται ότι «...η βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας που σας είχε παρασχεθεί την 16/12/2021 για τον ως άνω διαγωνισμό καλύπτει χωρίς διακοπή το χρονικό διάστημα από την φάση διενέργειας του διαγωνισμού (28-09-2020) έως την ημερομηνία προσκόμισης της», συναφώς, στις 18.02.2022 απέστειλε τη με ίδια ημερομηνία επιστολή της με συνημμένη την υπ' αρ.

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

πρωτ. ... επιστολή της Τράπεζας ... για την ίδια ως άνω εταιρία, όπου αναφέρεται ότι «...σας γνωρίζουμε ότι η Επιστολή καλύπτει χωρίς διακοπή το χρονικό διάστημα από τη φάση διενέργειας του Διαγωνισμού (28.9.2020) έως και την ημερομηνία προσκόμισής της στην Αναθέτουσα Αρχή (30.12.2021)». Εντούτοις, όπως με την υπ' αρ. 2095/2021 απόφαση του ΣΤΕ κρίθηκε, η πρώτη προσφεύγουσα υποχρεούται να αντικαταστήσει το φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον δεν πληροί κριτήριο επιλογής, κατ' άρ. 2.2.9.2.A της Διακήρυξης, η δε υπόθεση αναπέμφθηκε στον αναθέτοντα φορέα, προκειμένου να προβεί στις σχετικές ενέργειες, ήτοι ρητώς με την ως άνω δικαστική απόφαση διατάχθηκε η αντικατάσταση του δανείζοντος οικονομικού φορέα σε χρονικό σημείο μεταγενέστερο του χρόνου υποβολής της προσφοράς. Συνεπώς, όπως βασίμως η πρώτη προσφεύγουσα με την παρέμβασή της υποστηρίζει, ουδόλως στο νόμο ή τη Διακήρυξη προβλέπεται ότι ο αντικαταστάτης τρίτος δανείζων οικονομικός φορέας οφείλει να αποδείξει ότι πληροί τις σχετικές απαιτήσεις προχρονολογημένα, ήτοι σε χρονικό σημείο προ της εισόδου του στο διαγωνισμό, γεγονός που έρχεται σε πλήρη σύμπτωση με την έννοια της δυνατότητας αντικατάστασης του τρίτου οικονομικού φορέα, κατά τα ως άνω, σε χρόνο μεταγενέστερο της υποβολής της προσφοράς του συμμετέχοντος. Το δε κρίσιμο σημείο για τους αντικαταστάτες τρίτους οικονομικούς φορείς αποτελεί ο χρόνος εισόδου τους στη διαγωνιστική διαδικασία, ουδόλως δε καθίσταται αντικειμενικά δυνατό να ελεγχθούν ότι συντρέχουν οι σχετικές οριζόμενες προϋποθέσεις σε χρόνο προ της εισόδου τους στον διαγωνισμό, καθώς τούτο θα οδηγούσε σε μη νόμιμη προσθήκη προϋποθέσεων περί του δανείζοντος οικονομικού φορέα που αντικαθιστά τον αρχικώς δηλωθέντα. Εξ ετέρου, διαφαίνεται πρακτικώς αδύνατη η εκ των προτέρων συγκέντρωση εγγράφων και δικαιολογητικών που αφορούν σε έτερο τρίτο οικονομικό φορέα, ο οποίος ενδέχεται να χρειαστεί να αντικαταστήσει τον αρχικώς δηλωθέντα δανείζοντα τρίτο οικονομικό φορέα, καθώς τούτο θα καθιστούσε ιδιαίτερος δυσχερή την εφαρμογή της σχετικής διάταξης και θα οδηγούσε σε υποχρέωση πρόληψης και πρόβλεψης γεγονότων που ενδέχεται να συμβούν. Επιπλέον, τυχόν τέτοιες «προληπτικές» ενέργειες θα οδηγούσαν σε αδικαιολόγητη επιβάρυνση των συμμετεχόντων, των οποίων οι υποχρεώσεις ρητά προβλέπονται στο νόμο και τη Διακήρυξη, ουδόλως δε συγκαταλέγονται σε αυτές οι αμέσως

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

ανωτέρω ενέργειες πρόληψης και πρόβλεψης ενδεχομένως επερχόμενων γεγονότων. Συναφώς, το άρ. 104 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής - Οψιγενείς μεταβολές», το οποίο εφαρμόζεται αναλόγως, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρ. 315 του Ν. 4412/2016, ισχύει κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων και όχι σε συνδρομή εξαιρετικών περιπτώσεων, όπως εν προκειμένω, κατά την περίπτωση αντικατάστασης του αρχικώς δηλωθέντος τρίτου δανείζοντος οικονομικού φορέα, ο οποίος προφανώς εισέρχεται στη διαγωνιστική διαδικασία σε χρόνο μεταγενέστερο του χρόνου υποβολής της προσφοράς, όπως εν προκειμένω κρίθηκε με την ως άνω δικαστική απόφαση, απορριπτομένου του περί του αντιθέτου ισχυρισμού της δεύτερης προσφεύγουσας. Ουδόλως δε εν προκειμένω παραβιάζονται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και η αρχή της διαφάνειας, όπως αβασίμως η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει, δοθέντος ότι αφενός ο αναθέτων φορέας και η πρώτη προσφεύγουσα ενήργησαν σύμφωνα με τα κριθέντα στην υπ' άρ. 2095/2021 απόφαση του ΣΤΕ, δυνάμει της οποίας η πρώτη προσφεύγουσα υποχρεούτο σε αντικατάσταση του δανείζοντος τρίτου αρχικώς δηλωθέντος οικονομικού φορέα, στην οποία και προέβη, κατά τα ως άνω αναλυτικώς εκτεθέντα, αφετέρου ουδόλως προβλέπεται στο νόμο ή τη Διακήρυξη συγκεκριμένη διαδικασία, άλλως ορίζονται συγκεκριμένες διατάξεις περί του τρόπου εισόδου στη διαγωνιστική διαδικασία αντικαταστάτη του αρχικώς δηλωθέντος δανείζοντος οικονομικού φορέα, οι οποίες παραβιάστηκαν. Συναφώς, ενόψει της μη αναγραφής στο σώμα των προσκομισθεισών βεβαιώσεων του ακριβούς χρονικού διαστήματος το οποίο αυτές αφορούν, νομίμως και σύμφωνα με τα άρ. 3.1.1 της Διακήρυξης και 310 του Ν. 4412/2016 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κλήση προς παροχή διευκρινίσεων, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της δεύτερης προσφεύγουσας. Τούτο διότι, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4782/2021 το άρ. 121 του οποίου τροποποίησε το άρ. 310 του Ν. 4412/2016, που εφαρμόζεται και στις εκκρεμείς, κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος τους (1η.6.2021), διαγωνιστικές διαδικασίες, εκτός εάν έχει χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, η οποία έχει κρίνει διαφορετικά, σύμφωνα με το άρ. 22 του Ν. 4903/2022, «η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ'αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα.». Αλυσιτελώς δε επικαλείται η δεύτερη προσφεύγουσα την υπ' αρ. 1855/2021 απόφαση του ΣτΕ, καθότι αυτή αφορά σε υπόθεση επί της οποίας εφαρμόστηκε το άρ. 310 του Ν. 4412/2016, όπως αυτό ίσχυε προ της, κατά τα αμέσως ανωτέρω, τροποποίησής του, όπως ρητά αναφέρεται στη σκ. 11 αυτής. Συναφώς, η σχετική κλήση του αναθέτοντος φορέα ουδόλως οδήγησε στην τροποποίηση της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας, ως αβασίμως υποστηρίζει η δεύτερη προσφεύγουσα, καθότι είχαν ήδη υποβληθεί οι σχετικές τραπεζικές βεβαιώσεις και ζητήθηκε νομίμως διευκρίνιση επί του χρονικού διαστήματος που αυτές αφορούν. Επομένως, βάσει των ανωτέρω, ο μόνος λόγος της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Μειοψήφησε η Προέδρος του Κλιμακίου Αικατερίνη Ζερβού, κατά την άποψη της οποίας «οι βεβαιώσεις που προσκόμισε η πρώτη προσφεύγουσα σε αντικατάσταση των αρχικώς υποβληθεισών, προς προκαταρκτική απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου της χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρ. 2.2.5, κατά την υπ' αρ. 2095/2021 απόφαση του ΣτΕ, όφειλαν να καλύπτουν το χρονικό σημείο της υποβολής της προσφοράς της, εντούτοις, αυτές αφορούν σε χρονικό διάστημα μεταγενέστερο της ημερομηνίας υποβολής της προσφοράς, ήτοι από τις 28.09.2020 και έπειτα. Συναφώς, παρίσταται απορριπτέος ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της πρώτης προσφεύγουσας, κατά τον οποίο ισχυρίζεται ότι «σε κανένα σημείο, ούτε της διακήρυξης, ούτε του νόμου, αλλά και όπως ουδέποτε έχει νομολογηθεί δεν ορίζεται ότι κατά την αντικατάσταση του δάνειου φορέα, ο νεοεισερχόμενος δανειζών οφείλει να πληροί και να αποδείξει ότι πληροί τις απαιτήσεις προχρονολογημένα, ήτοι σε χρονικό σημείο πριν την είσοδό του στο διαγωνισμό», καθόσον με την υπ' αρ. 2095/2021 απόφαση του ΣτΕ κρίθηκε ότι θα πρέπει να αντικατασταθεί ο

Αριθμός Απόφασης: 867,868/2022

αρχικώς υποβληθείς τρίτος δανείζων και οι σχετικές βεβαιώσεις του και επομένως ο έλεγχος της συνδρομής των κριτηρίων επιλογής ανατρέχει στο χρόνο της αρχικής υποβολής της προσφοράς εκ μέρους της συμμετέχουσας εταιρείας.»

21. Επειδή η εισήγηση γίνεται δεκτή.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η πρώτη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και η δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη, κατά το σκεπτικό.

Δέχεται την παρέμβαση της πρώτης προσφεύγουσας.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος από την πρώτη προσφεύγουσα παραβόλου.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος από την δεύτερη προσφεύγουσα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24.05.2022 και εκδόθηκε στις 10.06.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ

α/α

ΝΑΥΣΙΚΑ – ΣΟΦΙΑ ΜΠΑΣΔΕΛΗ