

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 01.11.2019 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρήστος Σώκος, Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/1291/22.10.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «...», και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «...» [εφεξής «...» ή «αναθέτουσα αρχή»].

Της από 25.10.2019 παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί, μετά κάθε συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης, αναδρομικά (άρθρα 368-371 Ν. 4412/2016) η από 02 Οκτ 19 Σύμβαση .../2019 που συνήψαν η αναθέτουσα αρχή με την παρεμβαίνουσα εταιρεία, η οποία αναδείχθηκε ανάδοχος της «Διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, προς Σύναψη Σύμβασης παροχής Υπηρεσιών Παρασκευής Γευμάτων για τους Πρόσφυγες και Μετανάστες της Ανοικτής Δομής Προσωρινής Φιλοξενίας στη ... του Δήμου ... του Νομού ..., συνολικής χρονικής διάρκειας 31 ημερών (01-31 Οκτ 19)», επικουρικώς, σε περίπτωση που η ΑΕΠΠ κηρύξει την ακυρότητα μόνο του ανεκτέλεστου τμήματος της σύμβασης (άρθρο 371 παρ. 2) επιδιώκει την επιβολή προστίμου στην αναθέτουσα ύψους 10% της αξίας της σύμβασης το οποίο να περιέλθει σε αυτή (άρθρο 22 παρ. 3 Π.Δ. 39/2017).

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το υπ' αριθμ. ... ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού οκτακοσίων ενενήντα τριών ευρώ και εβδομήντα πέντε λεπτών (€893,75) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) [εφεξής ο Κανονισμός].

2. Επειδή με τη .../.../.../.../.../... διατάχθηκε η «...» για την άμεση διενέργεια, όλων των προβλεπόμενων ενεργειών για τη σύναψη, μέσω χρηματοδότησης από τον Προϋπολογισμό του ... 2019 και το Ταμείο Ασύλου, Μετανάστευσης και Ένταξης της Ε.Ε., δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΟ Ι (άρθρα 1-221), με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για την κάλυψη κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης (μεταναστευτικές-προσφυγικές ροές) λαμβανομένων υπόψη των λόγων εθνικής ασφάλειας και δημόσιας τάξης, που καθιστούν αδύνατη την τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις διαδικασίες διαγωνισμού της κείμενης νομοθεσίας, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της Εθνικής Νομοθεσίας, σύμφωνα με το άρθρο 96 του Ν. 4368/2016 (ΦΕΚ Α' 21). Προς τούτου η «...» ως αναθέτουσα αρχή προέβη, δια του κ. ... αυτής, στη έκδοση της Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος .../.../.../..., κατά τον τίτλο αυτή Διακήρυξη .../2019 [sic], μετά των αναποσπάστως συνδεομένων με αυτή ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΩΝ Α έως Γ και των Προσθηκών εκάστου (ο Πίνακας Συσσιτίων με ειδική πρόβλεψη για βρέφη, παιδιά και διαβητικούς και ευάλωτες ομάδες προσφύγων ετέθη ως Προσθήκη 1 στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β). Αντικείμενο της μέλλουσας να συναφθεί δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, η προϋπολογισθείσα αξία της οποίας εκτιμήθηκε στα €178.749,30 άνευ ΦΠΑ

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

13%, ήταν η παροχή υπηρεσιών παρασκευής γευμάτων στην Ανοιχτή Δομή Προσωρινής Φιλοξενίας Προσφύγων και Μεταναστών στη ..., Δήμου ..., Νομού ..., για όλως περιορισμένη χρονική διάρκεια 31 ημερών, ήτοι από 01-31 Οκτ, για έως 1.110 πρόσφυγες-μετανάστες (με αντίστοιχα γεύματα μερίδες), οι οποίοι αναμένονταν να μετακινηθούν από αντίστοιχες Δομές/Κέντρα Υποδοχής νήσων του Ανατολικού Αιγαίου (άρθρο 1 της Διακήρυξης). Κριτήριο κατακύρωσης αποφασίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάση της χαμηλότερης τιμής (ΠΤ) ανά Δομή (άρθρο 12). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των ηλεκτρονικών προσφορών ορίστηκε η 30.09.2019 την ίδια δε ημέρα θα αποσφραγίζονταν οι (υπο)φάκελοι «Δικαιολογητικών Συμμετοχής», «Τεχνικών Προσφορών», «Οικονομικών Προσφορών» και «Δικαιολογητικών Κατακύρωσης (σελ. 3-4 της Διακήρυξης). Από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει πως η επίμαχη Διακήρυξη, δεν προσβλήθηκε σε προδικαστικό (άρθρα 345επ. Ν. 4412/2016 και 3επ. Κανονισμού) ή, πολύ περισσότερο, σε δικαστικό επίπεδο (άρθρο 372 Ν. 4412/2016) και, επί τη βάση του απρόσβλητου αυτού, διεξήχθη η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία.

3. Επειδή, δυνάμει της .../.../.../.../... που εξέδωσε ο κ. ... επικυρώθηκαν τα από 30.09.2019 Πρακτικά «Δικαιολογητικών Συμμετοχής», «Τεχνικών Προσφορών» όσο και «Οικονομικών Προσφορών» που συνέταξε η ορισθείσα δυνάμει της .../.../.../.../... Επιτροπή Διαγωνισμού, από το κείμενο των οποίων προκύπτει πως στη διαγωνιστική διαδικασία αυτή συμμετείχαν με τις από 30.09.2019 Προσφορές τους η αιτούσα «...» με τιμή ημερήσιας ατομικής μερίδας σίτισης (άνευ ΦΠΑ) €4,26 και η παρεμβαίνουσα «...» με τιμή €4,50 αντίστοιχα, όμως, η ως άνω Επιτροπή την 01 Οκτ 19 παρέλαβε, μη προβλεπόμενο ούτε από την Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος ούτε από τον Ν. 4412/2016 πάντως, υπόμνημα της παρεμβαίνουσας εταιρείας «σχετικά με παραλείψεις-ελλείψεις στα δικαιολογητικά της αιτούσας», τα οποία εξέτασε, και σύμφωνα με το άρθρο 106 παρ. 3 Ν. 4412/2016 οδηγήθηκε στην πρόταση περί απόρριψης της Προσφοράς της με της εξής αιτιολογία: «η εταιρεία “...”

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

ενώ έχει δηλωθεί [στο ΤΕΥΔ της προσφεύγουσας] ως εφεδρική μονάδα της εταιρείας “...” υπέβαλε έντυπο ΤΕΥΔ στο οποίο ενώ δηλώνει ότι ως οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο ΜΕΡΟΣ IV, δεν υπέβαλε συμπληρωμένο έντυπο ΤΕΥΔ του-ή των στους οποίους στηρίζεται, κατά παράβαση του άρθρου 11 παρ. 2γ της Διακήρυξης και του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016». Στη συνέχεια δε, με τη .../.../.../.../... επικυρώθηκε το από 01 Οκτ 19 Πρακτικό Ελέγχου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος του κρίσιμου διαγωνισμού η «...» με συνολική προσφερόμενη τιμή για τις 33.300 μερίδες €149.850 χωρίς ΦΠΑ. Οι δύο Αποφάσεις αυτές του κ. ..., .../.../.../.../... και .../.../.../.../..., κοινοποιήθηκαν σε αμφότερες τις προσφέρουσες όπως αποδεικνύεται δυνάμει του από 02 Οκτ 19 (ώρα 07:58π.μ.) ηλεκτρονικού μηνύματος της «...». Η αναθέτουσα αρχή προχώρησε στη σύναψη με την εταιρεία «...» της από 02 Οκτ 19 Σύμβασης .../2019/... (με ΑΔΑΜ: ... 2019-10-02) για την παροχή υπηρεσιών σίτισης σε 1.110 πρόσφυγες-μετανάστες, για το διάστημα 02-31 Οκτ 19 ήτοι για 30 ημέρες τελικώς.

4. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι, μετά τη σύναψη της σύμβασης στις 02 Οκτ 10 η αιτούσα κατέθεσε ενώπιον της Αρχής, αρχικά, την από 10.10.2019 και με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1230/10.10.2019 Προδικαστική Προσφυγής της μόνο κατά της Απόφασης .../.../.../.../..., η οποία όπως υπευθύνως δηλώνει (σελ. 3 ΠΕΔΙΟ Δ. της Προσφυγής) της κοινοποιήθηκε στις 01.10.2019 μέσω e-mail (βλ. όμως την προηγούμενη σκέψη ως προς την ακριβή ημερομηνία κοινοποίησης), προσδιορισθείσα αυτή για εξέταση ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ την 18.11.2019 (βλ. Πράξη Προέδρου του 1549/2019), στη συνέχεια όμως επέλεξε να υποβάλει, κατά τη διάρκεια που η επίμαχη δημόσια σύμβαση (την ανάθεση της οποίας είχε διεκδικήσει) βρισκόταν στο στάδιο εκτέλεσής της πλέον, δια ηλεκτρονικού μηνύματος ενώπιον του ως άνω Κλιμακίου την από 22.10.2019 Δήλωση Παραίτησής της, η οποία, αφού προσκόμισε τα ζητηθέντα έγγραφα για τη

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

νομιμοποίησή της (βλ. σχετικώς την από 24.10.2019 ηλεκτρονική επιστολή της) έγινε αποδεκτή συνταχθέντος προς τούτο του Πρακτικού Παραίτησης 20/30.10.2019 εκ του 6ου Κλιμακίου. Κατά την ημερομηνία παραίτησής της, πάντως πριν αυτή γίνει αποδεκτή, η νυν προσφεύγουσα επέλεξε να ασκήσει και δεύτερη Προσφυγή κατά της ήδη υπογεγραμμένης και σε εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, καταθέτοντας, δια ηλεκτρονικού μηνύματος στην Αρχή στις 22 Οκτ 19 σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 (όπως τροποποιήθηκε) Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 4 Κανονισμού, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, μετά των σχετικών εγγράφων αυτής, υποστηρίζοντας επί λέξει τα εξής (σελ. 10επ.): «... Στη συνέχεια και ενώ δεν είχε παρέλθει το νόμιμο διάστημα των 10 ημερών για υποβολή προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Αρχής ... η αναθέτουσα κατά παράβαση του νόμου προέβη στην υπογραφή της Σύμβασης .../2019 με την εταιρεία “...” , στις 2.10.2019... Η επιτροπή δεν αναφέρεται καθόλου στις υπόλοιπες αιτιάσεις αποκλεισμού του υπομνήματος της [τελευταίας] εταιρίας ..., ως εκ τούτου θεωρούνται και ορθώς ότι είναι αναληθείς, αβάσιμες και ανυπόστατες. Επίσης δεν αναφέρεται καθόλου στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε η εταιρία μου, οπότε προκύπτει και ορθώς αποδέχεται την πληρότητα του. Στο ΤΕΥΔ της εταιρίας μου δηλώθηκε ως εφεδρική μονάδα η μονάδα παραγωγής γευμάτων εταιρίας “...” ... Από τα παραπάνω λεγόμενα γίνεται αντιληπτό ότι η εταιρία “...” ως στηρίζουσα εταιρία της συμμετέχουσας έχει την υποχρέωση να απαντήσει ΜΟΝΟ στις ενότητες Α και Β του ΜΕΡΟΥΣ III, οπότε κάθε απάντηση της για το ΜΕΡΟΣ Γ του παρόντος μέρους (δηλαδή του II) δεν θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη καθόσον ετέθη ως εκ περισσού. Πως θα μπορούσε άλλωστε ο στηρίζων με εφεδρική μονάδα παρασκευής γευμάτων τη συμμετέχουσα εταιρία μου να στηρίζεται και αυτός σε άλλη εταιρία. Κάλλιστα σε αυτή την περίπτωση θα δήλωνα τη δεύτερη στηρίζουσα εταιρία ως απευθείας στηρίζουσα την εταιρία μου παρακάμπτοντας έτσι την εταιρία “...”. Η Επιτροπή διαγωνισμού και η “...”, ερμηνεύοντας με τρόπο μη νόμιμο και παντελώς λανθασμένα τα παραπάνω και αγνοώντας την ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 23

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα “Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)” παρ. 2.3.1. προχώρησε στον άδικο αποκλεισμό της Προσφοράς μας... Η Επιτροπή Διαγωνισμού και η ξεπερνώντας τα εσκαμμένα ... έκανε αποδεκτή την Προσφορά της εταιρίας «...», η οποία δεν κατέθεσε καθόλου και όχι λανθασμένα το απαιτούμενο και προβλεπόμενο ΤΕΥΔ;;;!!! (σελ. 11-13 της Απόφασης αναφέρονται τα υποβαλλόμενα από την εταιρία ...)... η προσφορά της οποίας έπρεπε να κριθεί ως μη αποδεκτή εξ υπαρχής από την αναθέτουσα. Στη συνέχεια, η αναθέτουσα συνεχίζοντας την παράνομη συμπεριφορά της προχώρησε στην υπογραφή της σύμβασης με την εταιρεία “...” στις 02.10.2019, παραβιάζοντας κατάφορα το δικαίωμα μας για υποβολή προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης η οποία ήταν σχεδόν βέβαιο ότι θα ευδοκιμούσε. Μάλιστα η εν λόγω σύμβαση δεν κοινοποιήθηκε στην εταιρεία μας με αποτέλεσμα εμείς να καταθέσουμε τη με αριθμό ΓΑΚ 1230/10.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή από την οποία και παραιτηθήκαμε όταν πληροφορηθήκαμε την υπογραφή της σύμβασης... στην περίπτωση μας εμφιλοχώρησαν και τα δύο, δηλαδή τόσο η παραβίαση της διαδικαστικής προϋπόθεσης της προθεσμίας μας για άσκηση προδικαστικής προσφυγής αλλά και παραβίαση του ουσιαστικού δικαίου καθώς η απόφαση της Επιτροπής Διαγωνισμού εκδόθηκε εντελώς παράνομα και κατά παράβαση των όρων της Διακήρυξης και του νόμου κατά το μέρος που κάνει αποδεκτή την Προσφορά της παραπάνω εταιρείας...».

5. Επειδή, η εξεταζόμενη Προδικαστική Προσφυγή, ως ξεχωριστή κατηγορία της διοικητικής Προσφυγής που προβλέπουν τα άρθρα 368-371 Ν. 4412/2016, αποσκοπεί στην ακύρωση, εν προκειμένω, δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών από διαδικασία διαπραγμάτευσης που υπάγεται, σύμφωνα με την Πρόσκληση Υποβολής Προσφορών, ως προς το ρυθμιστικό της πλαίσιο στο ΒΙΒΛΙΟ Ι του Ν. 4412/2016 για τους κλασικούς τομείς (Οδηγία 2014/24/ΕΕ, ΕΕ L 94), συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης €178.749,30 άνευ ΦΠΑ 13% (άρθρο 5 γ) Ν. 4412/2016), ανώτερης του ορίου που θεσπίζεται στα άρθρα 345

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

N. 4412/2016 και 1 α) Π.Δ. 39/2017 για την καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ συντρέχει επιπρόσθετα η κατά χρόνο αρμοδιότητα της Αρχής όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 α) Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαδικασία ξεκίνησε, σύμφωνα με τα άρθρα 61 παρ. 4 και 129 παρ. 3 Ν. 4412/2016, με την αποστολή προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς/συμμετοχής στη διαδικασία αυτή, μετά τις 26.06.2017.

6. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, καθώς, από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει πως αυτή καταρτίστηκε στις 02 Οκτ 19, ημερομηνία από την οποία υπευθύνως δηλώνει η αιτούσα στην Προσφυγή της πως έλαβε γνώση τη σύναψής της (σελ. 3 Πεδίο της Προσφυγής), ώστε αυτή να έχει κατατεθεί, μέσω κατάθεσης ηλεκτρονικού μηνύματος στην ΑΕΠΠ την 22.10.2019, ήτοι εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 369 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 21 παρ. 2 Κανονισμού [: κατά τη διατύπωση του νομοθέτη η προθεσμία για την κατάθεση προσφυγής κήρυξης ακυρότητας σύμβασης εκκινεί: «... από την επομένη της ενημέρωσης των ενδιαφερομένων με άλλον τρόπο...»], τα οποία συνιστούν ειδικότερες διατάξεις σε σχέση με τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

7. Επειδή, η αιτούσα, βάλλουσα κατά της επίμαχης δημόσιας σύμβασης προμήθειας με σκοπό την ακύρωση αυτής, διότι αφενός «δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψής [της], σύμφωνα με το άρθρο 364» αφετέρου διότι «η Επιτροπή Διαγωνισμού είχε διαπράξει ουσιαστική παράβαση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων μην αποδεχόμενη την Τεχνική Προσφορά της», εκ πρώτης όψεως, παρά το ότι αυτή αποδέχθηκε πλήρως και ανεπιφυλάκτως το γεγονός ότι η κρίσιμη Διακήρυξη «αφορούσε την κάλυψη κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης», για «τη σίτιση προσφύγων και μεταναστών, των οποίων η παρουσία στην αντίστοιχη δομή φιλοξενίας και ο αριθμός τους δεν μπορούσε να προβλεφθεί εκ των προτέρων» πολλοί δε από

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

αυτούς «συνιστούσαν ευπαθείς ομάδες όπως παιδιά, ηλικιωμένοι άνθρωποι και άτομα με προβλήματα υγείας» και «λαμβανομένων υπόψη των λόγων εθνικής ασφάλειας και δημόσιας τάξης, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της Εθνικής Νομοθεσίας, σύμφωνα με το άρθρο 96 του Ν. 4368/16, άρθρο 19 του Ν. 4375/2016 και άρθρο 7 του Ν. 4587/2018» έτσι ώστε να «μην μπορούσαν να τηρηθούν όλες οι σύνηθες προθεσμίες», ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή της με άμεσο, προσωπικό και ενεστώζ έννομο συμφέρον [ΣΤΕ (Γ΄ Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ΄ Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε΄ Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996], καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον χώρο όπου υπάγεται η επίμαχη δημόσια σύμβαση υπηρεσιών –μάλιστα έχοντας αναπτύξει σταθερή συναλλακτική σχέση με διάφορες μονάδες του Ελληνικού Στρατού, όπως και η παρεμβαίνουσα– κατέθεσε Προσφορά επί της ανοιγείσας Διαδικασίας Διαπραγμάτευσης, και πλέον μετά την υπογραφή της προσβαλλόμενης δημόσιας σύμβασης την ακύρωση της οποίας επιδιώκει, υφίσταται βλάβη όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017 καθώς έχει παρανόμως, όπως διατείνεται, αποστερηθεί του δικαιώματός της να εκτελέσει αυτή και την απόληψη του αντίστοιχου επιχειρηματικού κέρδους που θα συνεπάγονταν η ολοκλήρωση αυτή. Επικαλείται δε, δίχως την προσκόμιση αντίστοιχων αποδεικτικών εγγράφων πάντως, ότι «την Τρίτη 1.10.2019 μετά από επικοινωνία με την αναθέτουσα αρχή, προβήκαμε στις παραγγελίες μας προς τους προμηθευτές τροφίμων προκειμένου να εκτελέσουμε το έργο της σίτισης των προσφύγων».

8. Επειδή, με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτά παρεμβαίνει προς απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής η «...», καταθέτοντας, δια ηλεκτρονικού μηνύματος στην ΑΕΠΠ στις 25.10.2019 την Παρέμβασή της, σύμφωνα με τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 7 Κανονισμού, ήτοι εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση σε αυτή της Προδικαστικής Προσφυγής της αιτούσας, η οποία έγινε από την αναθέτουσα αρχή μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 22.10.2019, ανταιπιάται δε, παραθέτοντας νομολογία του ΣΤΕ και της ΑΕΠΠ, τα εξής: «... η καταρχήν δυνατότητα στήριξης

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

στις ικανότητες τρίτου δεν αίρει την υποχρέωση ρητής αναφοράς της στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος ότι θα στηριχθεί σε τρίτο οικονομικό φορέα, άνευ της οποίας αναφοράς δεν λαμβάνει ούτως ή άλλως και αποκλείεται εξαρχής και δη δια της ίδιας της παραλείψεως δηλώσεως άρα αρνητικής σχετικής δηλώσεως του ίδιου του προσφέροντος, η στήριξη του στον τρίτο οικονομικό φορέα. Εξάλλου, η παράλειψη τέτοιας δήλωσης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ..., δεν αναπληρώνεται από την τυχόν ταυτόχρονη με την υποβολή της προσφοράς του απλή υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ κάποιου τρίτου οικονομικού φορέα, ούτε αν τέτοια λάβει χώρα (άνευ όμως δηλώσεως τούτου και στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος) συνιστά διαζευκτική πρόταση πλήρωσης των όρων της Διακήρυξης, η οποία καθιστά το σύνολο της προσφοράς αόριστο. Ούτε όμως η δήλωση του προσφέροντος στο δικό του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ περί της στήριξης σε συγκεκριμένο τρίτο οικονομικό φορέα αίρει την υποχρέωση για υποβολή εκ του προσφέροντος και με επιμέλειά του προφανώς, αυτοτελούς ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ συνταχθέντος και ψηφιακά υπογεγραμμένου εκ του τρίτου οικονομικού φορέα, περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του τρίτου αυτού φορέα λόγων αποκλεισμού και τη συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων. Στην περίπτωση δε που οι παραπάνω προϋποθέσεις δεν πληρούνται ή δεν υποβληθεί το οικείο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του τρίτου οικονομικού φορέα ήδη με την προσφορά, τότε οι ικανότητες του τρίτου δεν μπορούν να λογιστούν υπέρ του προσφέροντος, η δε προσφορά του τελευταίου είναι επομένως αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη ... Η δε έλλειψη των παραπάνω συνιστά έλλειψη αθεράπευτη κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 ... ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρίας λόγω της ελλιπούς και μη προσήκουσας συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ σχετικά με την προσφυγή αυτής σε δάνεια εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα. ... Είναι γεγονός ότι η ... η υπ' αριθμόν .../2019 Διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού ... δημοσιεύτηκε για την κάλυψη κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης καθώς αφορά σίτιση προσφύγων και μεταναστών, των οποίων η παρουσία στην εν λόγω δομή φιλοξενίας καθώς επίσης και η δύναμη (αριθμός) τους δεν μπορεί να προβλεφθεί εκ των προτέρων, λαμβανομένων

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

υπόψη των λόγων εθνικής ασφάλειας και δημόσιας τάξης, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της Εθνικής Νομοθεσίας, σύμφωνα με το άρθρο 96 του Ν. 4368/16, άρθρο 19 του Ν. 4375/16 και άρθρο 7 του Ν. 4587/18. Επιπλέον επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος καθώς αφορά σίτιση ανθρώπων και δε πολλών από αυτών ευπαθών ομάδων όπως παιδιά, ηλικιωμένοι άνθρωποι και άτομα με προβλήματα υγείας, δεν επιτρέπουν την καθυστέρηση υλοποίησης της σύμβασης. Για τον λόγο αυτό και επειδή η “.....” μετά την 2/10/2019 δεν είχε κανέναν άλλον τρόπο σίτισης τους, δεν μπορούσαν να τηρηθούν όλες οι σύνηθες προθεσμίες. Άλλωστε στην Διακήρυξη αναφερόταν ξεκάθαρα ότι θα γίνει σύντμηση προθεσμιών καθώς στη σελίδα Α-15 ... αναφερόταν: Λόγω της κατεπείγουσας ανάγκης τα Δικαιολογητικά Κατακύρωσης να υποβληθούν και θα ελεγχθούν την ίδια ημέρα. Επιπλέον στην Διακήρυξη αναφέρεται ξεκάθαρα ότι η εκτέλεση του έργου που καλούταν οι ανάδοχοι να εκτελέσουν θα είχε διάρκεια από 1 -31 Οκτωβρίου, γεγονός που από μόνο του προδιέγραφε ότι θα δεν μπορούσαν να τηρηθούν οι προβλεπόμενες σε άλλους διαγωνισμούς προθεσμίες. Η προσφεύγουσα όχι μόνο δεν υπέβαλλε ποτέ προσφυγή κατά των όρων της Διακήρυξης αλλά αντίθετα συμμετέχοντας στον διαγωνισμό αποδέχτηκε ανεπιφύλακτα όλους τους όρους της διακήρυξης (το οποίο το δηλώνει και σε υπεύθυνη δήλωσή της) και κατ’ επέκταση τη σύντμηση των προθεσμιών...».

9. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη [sic], κατά νομική ακριβολογία Πρόσκληση Υποβολής Προσφορών, που διέπει τον κρίσιμο δημόσιο Διαγωνισμό προμηθειών αποτελώντας το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους [ΣΤΕ ΕΑ: 16-17/2011, 348/2010 και 613/2009], οριζόταν στα άρθρα: Α] 2 «Διαδικασία Σύναψης Σύμβασης - Γενικοί Υποχρεωτικοί Όροι» (σελ. Α-4): «1. Διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού. 2. Η διαδικασία σύναψης συμβάσεων της προηγούμενης παραγράφου δύναται, διενεργείται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, με την επιφύλαξη εφαρμογής της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις

δημόσιες συμβάσεις... Β] 4 «Περιεχόμενο Προσφορών και Αιτήσεων Συμμετοχής» (σελ. Α-5): «1. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: α. Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη “Δικαιολογητικά Συμμετοχής” κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 93 του Ν.4412/16. (Τα παραπάνω δικαιολογητικά να υποβληθούν εις τριπλούν, σε ξεχωριστούς φακέλους). β. Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη “Τεχνική Προσφορά”, ο οποίος περιέχει τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 94 του Ν.4412/16 για τις συμβάσεις που αφορά το άρθρο αυτό και τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης. Αν τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς δεν είναι δυνατόν, λόγω μεγάλου όγκου, να τοποθετηθούν στον κυρίως φάκελο, τότε αυτά συσκευάζονται χωριστά και ακολουθούν τον κυρίως φάκελο με τις ίδιες ενδείξεις. (Τα παραπάνω δικαιολογητικά να υποβληθούν εις τριπλούν, σε ξεχωριστούς φακέλους). γ. Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη “Οικονομική Προσφορά”, ο οποίος περιέχει τα οικονομικά στοιχεία της προσφοράς, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 95 του Ν.4412/16 για τις συμβάσεις που αφορά το άρθρο αυτό και τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης... Γ] 6 «Χρόνος και Τρόπος Κατάρτισης και Υποβολής Προσφορών» (σελ. Α-12, Α-13 και Α-15): «... 4. Μέσα στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη “Δικαιολογητικά Συμμετοχής” της προσφοράς περιλαμβάνονται: ... β. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων: (1) Υπεύθυνη δήλωση κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79 του Ν.4412/16... γ. Υπεύθυνη Δήλωση, στην οποία: (3) Αποδέχεται ανεπιφύλακτα όλους τους όρους της παρούσας διακήρυξης και ότι η προσφορά του καλύπτει το σύνολο της ποσότητας για το / τα συγκεκριμένο/-α, των ΔΟΜΩΝ, για το / τα οποίο /-α έχει υποβάλει προσφορά... 8. Τα “Δικαιολογητικά Κατακύρωσης” (Τα δικαιολογητικά να υποβληθούν εις τριπλούν, σε ξεχωριστούς φακέλους) Λόγω της κατεπείγουσας ανάγκης, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης να υποβληθούν και θα ελεγχθούν την ίδια ημέρα. Δ] 8 «Προσφερόμενη τιμή» (σελ. Α-20): «1. Η προσφερόμενη τιμή ημερήσιας ατομικής μερίδας σίτισης πρέπει να δίνονται σε € άνευ ΦΠΑ. Η οικονομική προσφορά παρατίθεται ως Υπόδειγμα της Προσθήκης “3” του παρόντος. 2. Η

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

τιμή θα είναι συνολική για τα 3 γεύματα και γίνεται αποδεκτό ότι έχει κατανεμηθεί η τιμή με αναλογία 20%, 40% και 40% για το πρωινό, το γεύμα και το δείπνο αντίστοιχα. 3. Τα είδη των γευμάτων αναφέρονται στις Προσθήκες “1” έως “6” του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ “B” και οι συμμετέχοντες δεν μπορούν να υποβάλλουν προσφορά για μέρος αυτών.... Ε] 11 «Απόρριψη Προσφορών» (σελ. Α-22 έως Α-23): «1. Η απόρριψη Προσφοράς γίνεται με απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής (“.....”), ύστερα από γνωμοδότηση του αρμόδιου συλλογικού οργάνου. 2. Η προσφορά του υποψήφιου παρόχου υπηρεσιών απορρίπτεται ως απαράδεκτη σε κάθε μία ή περισσότερες από τις κάτωθι περιπτώσεις: ... γ. Έλλειψη οποιουδήποτε δικαιολογητικού ή/και παράβαση οποιασδήποτε υποχρέωσης του άρθρου 4 της παρούσας (Περιεχόμενο Προσφορών και Αιτήσεων Συμμετοχής). ια. Προσφορά που δεν καλύπτει πλήρως απαραίτους όρους της Διακήρυξης. ιβ. Μη υποβολή κάθε άλλου στοιχείου που προβλέπεται να υποβληθεί από την προσφορά. ιγ. Κάθε ανακρίβεια δικαιολογητικών ή / και δήλωση ψευδών στοιχείων ή / και δεδομένων που δεν δύνανται να επιβεβαιωθούν για την γνησιότητά τους, που θα διαπιστωθεί μετά από έλεγχο που δύναται να διενεργήσει η Αναθέτουσα Αρχή (“.....”) είτε κατά την διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας είτε κατά την υλοποίηση της συμβάσεως. ΣΤ] 13 «Πρόσκληση για Υποβολή Δικαιολογητικών (Μειοδότη)»: «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση (“προσωρινό πάροχο υπηρεσιών”), να υποβάλει εντός 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης 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 του άρθρου 80 του Ν.4412/16, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής του άρθρου 5 της παρούσας. Τα δικαιολογητικά προσκομίζονται σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται εμπρόθεσμα στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. (Τα παραπάνω δικαιολογητικά να υποβληθούν εις τριπλούν, σε ξεχωριστούς φακέλους)...». Ζ] 15 «Κατακύρωση – Ανάθεση Σύμβασης» (σελ. Α-27): «1. Στην

απόφαση κατακύρωσης αναφέρονται υποχρεωτικά οι προθεσμίες για την αναστολή της σύναψης της σύμβασης, σύμφωνα με τον Ν. 3886/10. 2. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί αμέσως την απόφαση κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών, σε κάθε προσφέροντα εκτός από τον προσωρινό πάροχος υπηρεσιών με κάθε πρόσφορο τρόπο, όπως με τηλεομοιοτυπία, ηλεκτρονικό ταχυδρομείο κ.λπ., επί αποδείξει... Η] 17 «Κατάρτιση Συμβάσεων» (σελ. Α-29 έως Α-30): «1. Το κείμενο των συμβάσεων (σχέδιο) επισυνάπτεται στην παρούσα Διακήρυξη ως Παράρτημα «Γ». 2. Μετά την έκδοση κατακυρωτικής απόφασης και με την επιφύλαξη όσων ορίζονται στα προηγούμενα άρθρα, υπογράφεται από τα συμβαλλόμενα μέρη σύμβαση σύμφωνα με τα προβλεπόμενα από την κείμενη νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων...». Θ] ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β «ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ (ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ)» άρθρο 3 «Υποχρεώσεις Υποψήφιου Παρόχου Υπηρεσιών» (σελ. Β-2): «Ο υποψήφιος Πάροχος Υπηρεσιών θα πρέπει να υποβάλλει στο φάκελο της τεχνικής προσφοράς στοιχεία ή αναφορά με ανάλογη παραπομπή στο Φάκελο των “Δικαιολογητικών Συμμετοχής”, για τα εξής: ... δ. Δήλωση εφεδρικής μονάδας εγκατάστασης η οποία θα ενεργοποιηθεί σε περίπτωση αδυναμίας παραγωγής της αρχικής μονάδας, η οποία πρέπει να ικανοποιεί τις ίδιες προϋποθέσεις με την αρχική. Σε περίπτωση που η εφεδρική μονάδα χρησιμοποιηθεί από την αρχή υλοποίησης της σύμβασης ως κύρια, τότε ο ανάδοχος οφείλει να δηλώσει εντός 3 ημερών από έναρξης της σύμβασης, νέα εφεδρική μονάδα, η οποία πρέπει να ικανοποιεί τις ίδιες προϋποθέσεις με την αρχική».

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν [ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.], όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης, μεταξύ των οποίων και αυτές που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων [ΕΣ VI Τμήμα Πράξη 10/2018 σκέψη III], οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού [ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ], αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους.

11. Περαιτέρω, ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για την επιχειρηματική συμμετοχή του σε αυτόν, ώστε να μην είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από τη σε εξέλιξη διαδικασία, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα [ΣΤΕ 53, 18, 19/2011, 3703/2010, 1329,1616, 1619/2008]. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

12. Η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προσφέροντες να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν το πρώτον μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά [ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/2009, 738/2009, 180/2009, 567/2008, 3075/2008, 307/2007, 929/2005 σκέψη 5, ΣΤΕ 963/2000, 2854/1997, ΕΑ 849 και 787/2005· βλ. και ΔΕφΘεσ 99/2017 σκέψη 14, ΔΕφΑθ 271/2011, ΑΕΠΠ 489/2019 σκέψη 18], ειδικότερα έχει γίνει δεκτό ότι η εκκίνηση της διαδικασίας παροχής διευκρινίσεων νοείται αποκλειστικά και μόνο όταν γεννάται αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο της προσφοράς και όχι όταν αυτό είναι σαφές, δοθέντος ότι στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για αθέμιτη τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς των διαγωνιζομένων [ΣΤΕ 90/2010 σκέψη 6].

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

13. Περαιτέρω, η απόκλιση προσφοράς υποψηφίου από απαράβατους όρους της Διακήρυξης, όπως είναι οι τεχνικές προδιαγραφές που θεωρούνται στο σύνολό τους ως όροι απαράβατοι (ΣΤΕ ΕΑ 61/2011 σκέψη 6), συνεπάγεται αυτομάτως τον αποκλεισμό του υποψηφίου κατ' ενάσκηση δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής (ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009 σκέψη 5), καθώς δεν επιτρέπεται η συμπλήρωσή τους με την παροχή διευκρινίσεων κατ' άρθρα 102 και 310 του Ν. 4412/2016 [ΑΕΠΠ 1/2018 σκέψη 31, 20/2018 κ.ά.]. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, η κλήση από την αναθέτουσα αρχή για παροχή διευκρινίσεων είναι ανεπίτρεπτη, όταν με αυτή δεν επέρχεται συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων, αλλά τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς διαγωνιζομένου [ΔΕφΘεσ 99/2017 σκέψη 14 κ.ά.].

14. Επειδή, η «.....» απέστειλε στο κρίνον Κλιμάκιο, μετά του έντυπου διοικητικού φακέλου της υπόθεσης ο οποίος αποτελείται από 6 υποφακέλους συνολικής έκτασης περί τις 1.600 σελ., δια του από 29.10.2019 ηλεκτρονικού μηνύματός της και των συνημμένων σε αυτό 1-3 εγγράφων της, την έκθεση Απόψεων .../.../.../.../... (όμοια η αντίστοιχη προγενέστερη .../.../.../.../...που απεστάλη ενώπιον του 6ου Κλιμακίου), επισημαίνοντας επί λέξει τα εξής: «... Ειδικότερα (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017 και ΔΕφΑΘ Ν136/2018), η καταρχήν δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου δεν αίρει την υποχρέωση ρητής αναφοράς της στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος ότι θα στηριχθεί σε τρίτο οικονομικό φορέα, άνευ της οποίας αναφοράς δεν λαμβάνει ούτως ή άλλως και αποκλείεται εξαρχής και δη δια της ίδιας της παραλείψεως δηλώσεως άρα αρνητικής σχετικής δηλώσεως του ίδιου του προσφέροντος, η στήριξη του στον τρίτο οικονομικό φορέα. Εξάλλου, η παράλειψη τέτοιας δήλωσης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του ίδιου του προσφέροντος περί στήριξης στις ικανότητες συγκεκριμένου τρίτου φορέα, δεν αναπληρώνεται από την τυχόν ταυτόχρονη με την υποβολή της προσφοράς του απλή υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ κάποιου τρίτου οικονομικού φορέα, ούτε αν τέτοια λάβει χώρα (άνευ όμως δηλώσεως τούτου και στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος) συνιστά διαζευκτική πρόταση πλήρωσης των όρων της διακήρυξης, η οποία καθιστά το σύνολο της

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

προσφοράς αόριστο. Ούτε όμως η δήλωση του προσφέροντος στο δικό του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ περί της στήριξης σε συγκεκριμένο τρίτο οικονομικό φορέα αίρει την υποχρέωση για υποβολή εκ του προσφέροντος και με επιμέλειά του προφανώς, αυτοτελούς ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ συνταχθέντος και ψηφιακά υπογεγραμμένου εκ του τρίτου οικονομικού φορέα, περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του τρίτου αυτού φορέα λόγων αποκλεισμού και τη συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων. Στην περίπτωση δε που οι παραπάνω προϋποθέσεις δεν πληρούνται ή δεν υποβληθεί το οικείο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του τρίτου οικονομικού φορέα ήδη με την προσφορά, τότε οι ικανότητες του τρίτου δεν μπορούν να λογιστούν υπέρ του προσφέροντος, η δε προσφορά του τελευταίου είναι επομένως αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96/2017, 208/2017, 231/2017, 246/2017 και 30/2018). Η δε έλλειψη των παραπάνω συνιστά έλλειψη αθεράπευτη κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ Α51/2017, 96/2017, 208/2017 και 231/2017, ΔΕφΑθ Ν136/2018). Ούτε η τυχόν αυτή έλλειψη θεραπεύεται με την υποβολή μαζί με την προσφορά οιοδήποτε άλλου στοιχείου, συμφωνητικού ή υπεύθυνης ή άλλης δήλωσης συνεργασίας του τρίτου οικονομικού φορέα, η οποία να μην δύναται να απαιτείται κατ' άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 από την αναθέτουσα ως αποδεικτικό μέσο της δέσμευσής αυτού, αλλά διατηρεί καταρχήν την αυτοτέλειά της ως αποδεικτικό μέσο εντός της διαγωνιστικής διαδικασίας και δεν αναπληρώνει τον ρόλο του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ως προς την προκαταρκτική απόδειξη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που ανά περίπτωση συνδράμει ο τρίτος φορέας και της έλλειψης λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 73 του ν. 4412/2016 (Απόφαση ΑΕΠΠ 971/2018 12/2017 208/2018, 247/2017) ούτε αναπληρώνεται όμως, τουλάχιστον καταρχήν, από το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος και του τρίτου οικονομικού φορέα... Πλην όμως δεν αφορούν αυτή καθαυτή τη διάρκεια και το περιεχόμενο της δέσμευσης του τρίτου οικονομικού φορέα να διαθέσει στον τρίτο συγκεκριμένες ικανότητες ούτε αποδεικνύουν με οριστικό, σαφή και βέβαιο τρόπο το ότι ο προσφέρων όντως θα δύναται να διαθέσει και δη για όλο το τυχόν διάστημα της σύμβασης και για κάθε σχετική επιμέρους πτυχή του

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

συμβατικού αντικειμένου τις οικείες ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα, πράγμα όντως αναγκαίο, όπως προκύπτει και από την οικεία ενωσιακή νομολογία, για την κρίση της αναθέτουσας περί της πλήρωσης εκ μέρους του προσφέροντος των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, άρα και για το καταρχήν παραδεκτό της ίδιας της συμμετοχής του προσφέροντος (η οποία εξετάζεται στο επιμέρους στάδιο των δικαιολογητικών, κατ' άρθρο 100 παρ. 2 εδ. α' του Ν. 4412/2016 (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 231/2017). Ούτως, η επίκληση ικανότητας τρίτου οικονομικού φορέα σε κάθε περίπτωση προϋποθέτει και δη σωρευτικά, πρώτον, ειδική αναφορά της στήριξης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος και δη στο Μέρος ΙΙ Ενότητα Γ', δεύτερον, την υποβολή ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ νομίμως συμπληρωμένου και ψηφιακά υπογεγραμμένου από τον ίδιο τον τρίτο οικονομικό φορέα. Τρίτον, απαιτείται απόδειξη, αναλόγως του ειδικότερου προς τούτο τρόπου που τυχόν θεσπίζει η διακήρυξη, περί του αν και πως ο προσφέρων διαθέτει τους αναγκαίους πόρους των τρίτων οικονομικών φορέων και της δέσμευσης των τελευταίων να του διαθέσουν τις ικανότητες και τους πόρους τους, τόσο για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης όσο και για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018). γ. Περαιτέρω, στους όρους της [επίμαχης] Διακήρυξης (άρθρο 11 Γενικών Όρων) ορίζεται ότι η προσφορά του υποψήφιου πάροχου απορρίπτεται μεταξύ άλλων στις περιπτώσεις "Έλλειψη οποιοδήποτε δικαιολογητικού" και "Κάθε ανακρίβεια δικαιολογητικών ή και δήλωση ψευδών στοιχείων ή δεδομένων που δεν δύνανται να επιβεβαιωθούν για την γνησιότητα τους, που θα διαπιστωθεί μετά από έλεγχο που δύναται να διενεργήσει η Αναθέτουσα Αρχή, είτε κατά την διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, είτε κατά την υλοποίηση της σύμβασης". δ. Επίσης οι διαγωνιζόμενοι δεσμεύονται από τα δηλωθέντα με την προσφορά τους, την ευθύνη της ορθής σύνταξης της οποίας φέρουν και η οποία δεν μπορεί να τροποποιηθεί μετά την υποβολή της. Εξάλλου, το ΕΕΕΣ δεν είναι δυνατό να τροποποιηθεί μετά την υποβολή του (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 184/2017 σκέψη 9, ΕΑ ΣτΕ 867/2009, 422/2009, 1211/2008, 1319/2007). Τούτο, δε, ακόμη κι αν η τυχόν εσφαλμένη συμπλήρωση έγινε εκ παραδρομής [βλ. ΣτΕ ΕΑ 696/2009, ΔΕφΠειρ (Ασφ) 56/2013] (βλ. Απόφαση

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

ΑΕΕΠ 719/2019). ε. Σε ότι αφορά την δήλωση περί μη κατάθεσης έντυπου ΤΕΥΔ από την εταιρεία "...", σας γνωρίζουμε ότι το υπόψη έντυπο, υπήρχε εντός του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής της εταιρείας, ελέγχθηκε από την Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού, καταχωρήθηκε στο "Πρακτικό Καταχώρησης Στοιχείων Προσφορών Προμηθευτών και Ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής" με α/α 3 και όλος ο φάκελος της εταιρείας δόθηκε στον νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας "....." για επί τόπου έλεγχο, χωρίς όμως να αναφέρει κάποια παράλειψη....». Περαιτέρω, η «.....» τονίζει εκ νέου ότι: «... στ. Η υπογεγραμμένη σύμβαση καλύπτει κατεπείγουσα και απρόβλεπτη ανάγκη (μετακίνηση προσφύγων-μεταναστών) και σε περίπτωση ακύρωσης αυτής, θα δημιουργούσε ζήτημα δημοσίας τάξης, διότι θα δημιουργούνταν ανυπέβλητο κώλυμα για την καθημερινή σίτιση των 1.110 προσφύγων-μεταναστών (πολλοί εκ των οποίων ανήκουν σε ευπαθείς ομάδες) καθόσον δεν προβλέπεται εναλλακτικός τρόπος σίτισης». Τέλος, όσον αφορά την αντίκρουση του ισχυρισμού της προσφεύγουσας (σελ. 10 της Προσφυγής της) περί εξόδων της από παραγγελίες προς τους προμηθευτές τροφίμων για τη σίτιση των προσφύγων στις οποίες αναγκάστηκε να προβεί εκ της «συμπεριφοράς» της αναθέτουσας αρχής αντιτείνει ότι (σελ. 6 της ως άνω Έκθεσης): «... β. Ουδεμία παραγγελία δόθηκε στην εταιρεία ".....". Σύμφωνα με το άρθρο 5 (σελ Β-9) των ειδικών όρων της Διακήρυξης ..., οι καθημερινές παραγγελίες του συσσιτίου (καθώς και τυχόν ειδικές οδηγίες) δίδονται εγγράφως, με fax ή μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, με μέριμνα του Συντονιστή της Δομής Φιλοξενίας Προσφύγων και Μεταναστών. Ήδη δε με την από 18.11.2019 Βεβαίωση εκ του της «.....» πιστοποιείται ότι η επίμαχη δημόσια σύμβαση που αφορούσε τη σίτιση των προσφύγων στην ανοιχτή δομή φιλοξενίας Ν., για τα διάστημα 02 Οκτ 19 -31 Οκτ 19 «υλοποιήθηκε [εκτελέστηκε] κανονικά και περατώθηκε χωρίς πρόβλημα».

15. Επειδή, για την επίλυση της υπό κρίση διαφοράς κρίσιμες διατάξεις εκ του Ν. 4412/2016 αποτελούν τα άρθρα: Α] 368 «Κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης»: «Με την επιφύλαξη του άρθρου 370 και της παραγράφου 2 του

άρθρου 371, η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης που έχει συναφθεί, εάν διαπιστώσει ότι: ... (β) αν δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με τα άρθρο 364 ...» [όμοια η διάταξη του άρθρου 20 Κανονισμού], Β] 369 «Κήρυξη ακυρότητας - Διαδικασία»: «1. Η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 368 ύστερα από προδικαστική προσφυγή ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα η οποία ασκείται εντός των προθεσμιών της παρ. 2 του παρόντος άρθρου... 2. Η προσφυγή ασκείται μέσα σε προθεσμία τριάντα (30) ημερών, ... από την επομένη της ενημέρωσης των ενδιαφερομένων με άλλον τρόπο... Η προσφυγή δεν μπορεί σε καμιά περίπτωση να ασκηθεί μετά την πάροδο έξι (6) μηνών από την επομένη της σύναψης της σύμβασης... 4. Η κατάθεση της προσφυγής του παρόντος άρθρου αναστέλλει την εκτέλεση της σύμβασης έως την έκδοση απόφασης ΑΕΠΠ, εκτός εάν γίνει δεκτό αίτημα προσωρινής προστασίας της αναθέτουσας αρχής που ασκείται κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 366... [όμοια η διάταξη του άρθρου 21 Κανονισμού]. Γ] 370 «Δυνατότητα μη κήρυξης ακυρότητας της σύμβασης. Επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος - Εναλλακτικές κυρώσεις: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία έχει ανατεθεί παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, εάν διαπιστώσει ότι επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης. 2. Οικονομικά συμφέροντα τα οποία συνδέονται άμεσα με τη σύμβαση δεν συνιστούν επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος. Τέτοια συμφέροντα είναι μεταξύ άλλων, τα έξοδα λόγω καθυστέρησης στην εκτέλεση της σύμβασης, τα έξοδα λόγω της κίνησης νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, τα έξοδα λόγω αλλαγής του οικονομικού φορέα ο οποίος εκτελεί τη σύμβαση και τα έξοδα των νομικών υποχρεώσεων λόγω της κήρυξης της σύμβασης ως ανενεργού. Η ύπαρξη οικονομικών συμφερόντων για τη διατήρηση των αποτελεσμάτων μιας σύμβασης θεωρείται ως επιτακτικός λόγος εφόσον σε εξαιρετικές περιστάσεις η ακυρότητα θα οδηγούσε σε δυσανάλογες συνέπειες. 3. Αν η ΑΕΠΠ αποφασίσει, σύμφωνα με την παράγραφο 1 να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία συνάφθηκε παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368,

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση. Η ΑΕΠΠ έχει διακριτική ευχέρεια να καθορίσει το ύψος του προστίμου λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης. Το ύψος του προστίμου δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Με ειδική απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα» [όμοια η διάταξη του άρθρου 22 Κανονισμού]. Δ] 371 «Συνέπειες κήρυξης ακυρότητας της σύμβασης»: «1. Αν η ΑΕΠΠ κηρύξει σύμβαση άκυρη, σύμφωνα με το άρθρο 368, η ακυρότητα έχει αναδρομική ισχύ με την επιφύλαξη εφαρμογής της παρ. 2. Οι αξιώσεις των μερών διέπονται από τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού και οι σχετικές διαφορές εκδικάζονται από το αρμόδιο δικαστήριο, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις. Αν ο ανάδοχος γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει την ακυρότητα της σύμβασης, δεν γεννάται έναντι της Διοίκησης αξίωσή του, κατά τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού ή η εν λόγω αξίωσή του ικανοποιείται μόνο εν μέρει. 2. Η ΑΕΠΠ εκτιμώντας το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, τη σοβαρότητα της παράβασης και τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, μπορεί να κηρύξει την ακυρότητα μόνο του ανεκτέλεστου τμήματος της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή, η ΑΕΠΠ, λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Με ειδική απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα» [όμοια η διάταξη του άρθρου 22 Κανονισμού]. Ε] 373 «Αξίωση αποζημίωσης»: «1. Ο ενδιαφερόμενος, ο οποίος αποκλείσθηκε από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή από τη σύναψη αυτής, κατά παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου, δικαιούται να αξιώσει από την αναθέτουσα αρχή αποζημίωση, κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197 και 198 Α.Κ. Αν ο ενδιαφερόμενος αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε εμφιλοχωρήσει η παράβαση, τότε

δικαιούται αποζημίωση κατά τις γενικές διατάξεις. Κάθε διάταξη που αποκλείει ή περιορίζει την αξίωση αυτή δεν εφαρμάζεται. 2. Για την επιδίκαση της αποζημίωσης απαιτείται η προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξης ή παράλειψης από την ΑΕΠΠ ή το αρμόδιο, σύμφωνα με το προηγούμενο άρθρο, δικαστήριο. Η προϋπόθεση αυτή δεν απαιτείται στην περίπτωση του άρθρου 370, της παρ. 2 του άρθρου 371 και της παρ. 7 του άρθρου 372 ή όταν, εν γένει, δεν καθίσταται εφικτή η δικαστική κήρυξη της ακυρότητας για λόγους μη συνδεόμενους με παραλείψεις του ενδιαφερομένου».

16. Επειδή, με το ΜΕΡΟΣ Β του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016, συγκεκριμένα τις διατάξεις των άρθρων 368-371, καθιερώνεται ξεχωριστή κατηγορία Προδικαστικής Προσφυγής αυτή που επιδιώκει την ακύρωση ήδη συναφθείσας σύμβασης η οποία βρίσκεται σε εκτέλεση. Πράγματι, απαραίτητη προϋπόθεση στις ως άνω διατάξεις τίθεται, αυτονόητα, από τον ίδιο τον διοικητικό νομοθέτη η δημόσια σύμβαση της οποίας ζητείται η ακύρωση να είναι ενεργή, ήτοι η εκτέλεση αυτής να μην έχει περατωθεί. Επ' αυτού ουδεμία αμφιβολία γεννάται δεδομένης της νομοτεχνικής διατύπωσης των κρίσιμων διατάξεων, σε κάθε περίπτωση αφενός της διάταξης της παρ. 4 του άρθρου 369 όπου γίνεται λόγος «για αναστολή της εκτέλεσης της σύμβασης έως την έκδοση απόφασης ΑΕΠΠ» αφετέρου της παρ. 2 του άρθρου 371 περί εξουσίας της ΑΕΠΠ κατά την κρίση της «να κηρύξει την ακυρότητα μόνο του ανεκτέλεστου τμήματος της σύμβασης». Με βάση το εξιστορούμενο ιστορικό της επίμαχης δημόσιας σύμβασης, αναφέρθηκε ανωτέρω (σκέψη 4) ότι κατόπιν παραίτησης της «...» από την από 10.10.2019 και με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1230/10.10.2019 Προδικαστική Προσφυγής της με την οποία είχε, από την αρχή, αμφισβητήσει τον αποκλεισμό της, κατόπιν σύναψης της επίμαχης δημόσιας σύμβασης βέβαια, εκ των υστέρων επιδίωξε την ακύρωση αυτής καταθέτοντας, κατά την 19η ημέρα εκτέλεσής της, την υπό κρίση και από 22.10.2019 και με ΓΑΚ ΑΕΠΠ/1291/22.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή της για τους λόγους που αναφέρονται ανωτέρω (σκέψη 4), αιτούμενη την εξέτασή τη σε όσο το δυνατό συντομότερη ημερομηνία και συνταχθείσας της Πράξης

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

1633/24.10.2019 εκ του Προέδρου του κρίνοντος Κλιμακίου προσδιορίστηκε αυτή προς εξέταση τη συντομότερη δυνατή ημερομηνία (πρβλ. άρθρο 13 παρ. 3 Κανονισμού), ήτοι στις 01.11.2019, όμως, όπως δηλώθηκε στο σώμα της Πράξης αυτής «υπό την επιφύλαξη του ελέγχου από το παρόν Κλιμάκιο της τήρησης από την αναθέτουσα αρχή των προθεσμιών και υποχρεώσεων που τάσσονται στα άρθρα 365 Ν. 4412/2016 και 9 Κανονισμού, ιδιαίτερα της εξασφάλισης στον καθού η Προσφυγή οικονομικού φορέα του δικαιώματος να ασκήσει το, εκ του νόμου, δικαίωμα Παρέμβασής του κατά τη διαδικασία εξέτασης της παρούσας Προσφυγής προς προβολή αντίθετων αιτιάσεων (αρχή της αντιμωλίας)».

17. Ειδικώς επισημάνθηκε από τον Εισηγητή Ιωάννη Κίτσο πως, εν προκειμένω, αναδεικνύεται μία νομοθετική αστοχία του νέου συστήματος προδικαστικής επίλυσης διαφορών από διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (άρθρα 345επ. Ν. 4412/2016 και 3επ. Κανονισμού), δεδομένου πως οι αποκλειστικές προθεσμίες που τίθενται στο άρθρο 365 παρ. 8 Ν. 4412/2016 για τη διοικητική διαδικασία εξέτασης κάθε διοικητικής προσφυγής που κατατίθενται ενώπιον της ΑΕΠΠ δε δύναται να εφαρμοσθούν σε περιπτώσεις όπως η συγκεκριμένη. Τούτο διότι: Αφενός μεν η επίμαχη διαδικασία ανάθεσης ουσιαστικά ολοκληρώθηκε μόλις σε μία ημέρα με την αποσφράγιση των αντίστοιχων «Δικαιολογητικών Συμμετοχής», «Τεχνικών Προσφορών», «Οικονομικών Προσφορών» και «Δικαιολογητικών Κατακύρωσης» και την επόμενη μόλις ημέρα υπογράφηκε η αντίστοιχη δημόσια σύμβαση, πράγματι αυτές ήταν οι εντολές που δόθηκαν στην «...» από το ... / ... (...). Αφετέρου δε το εκάστοτε ορισθέν για την εξέταση κάθε προσφυγής Κλιμάκιο δια του Προέδρου του ο οποίος επιμελείται, σύμφωνα με το άρθρο 12 Κανονισμού, την προετοιμασία της διαδικασίας ώστε να εισαχθεί αυτή προς κρίση, δεν είναι εξοπλισμένος με τη δικονομική εξουσία που εξοπλίζει ο νομοθέτης, με το άρθρο 23 παρ. 2 Π.Δ. 18/1989 (ΦΕΚ Α' 8), τον ακυρωτικό δικαστή ώστε να μπορεί να διατάζει σύντμηση των προθεσμιών κοινοποίησης, εάν και αυτό θα ήταν εξ απόψεως διοικητικής διαδικασίας λίαν ευχερές

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

δεδομένης της εξ ολοκλήρου ηλεκτρονικής διαδικασίας που χρησιμοποιεί η ΑΕΠΠ με τις κοινοποιήσεις να γίνονται απευθείας μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, μάλιστα προς τον σκοπό συντομότερης αποστολής του διοικητικού φακέλου από την αναθέτουσα αρχή και κατάθεσης παρέμβασης από τον καθού οικονομικό φορέα. Οποιαδήποτε δε τέτοια ενέργεια θα οδηγούσε σε άσκηση αρμοδιοτήτων που ουδέποτε θέλησε ο διοικητικός νομοθέτης να απονεμηθεί στην Αρχή ή, εν πάσει περιπτώσει, τον Πρόεδρο του αντίστοιχου Κλιμακίου σε υπέρβαση αρμοδιοτήτων όσον αφορά την επιμέλεια της προετοιμασίας της εξέτασης της Προσφυγής.

18. Επειδή, κατά τα ήδη κριθέντα από τη ΣτΕ Δ' Τμήμα 679/2016 σκέψη 8 για την αντίστοιχη διάταξη περί κήρυξης ακυρότητας δημόσιας σύμβασης που περιελάμβανε το προγενέστερο νομοθετικό πλαίσιο: Από το άρθρο 8 παρ. 1 του Ν. 3886/2010 (ΦΕΚ Α' 173) προκύπτει ότι οι λόγοι για τους οποίους μπορεί να κηρυχθεί η ακυρότητα υπογραφείσας συμβάσεως απαριθμούνται στην ανωτέρω διάταξη περιοριστικώς, μεταξύ δε των λόγων αυτών περιλαμβάνεται και η παραβίαση της υποχρέωσης αναστολής της σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 5 παρ. 2 του Ν. 3886/2010. Ειδικότερα, από τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 8 παρ. 1 του Ν. 3886/2010 και 2δ παρ. 1 (περ. β') της Οδηγίας 92/13/ΕΟΚ συνάγεται ότι η παραβίαση της υποχρέωσης αναστολής σύναψης της σύμβασης που συνεπάγεται η προθεσμία και η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων (άρθρο 5 παρ. 2 εδ. πρώτο του Ν. 3886/2010), συνιστά λόγο ακυρότητας της συναφθείσας συμβάσεως, εφ' όσον αφ' ενός μεν ο ενδιαφερόμενος στερήθηκε από την ως άνω παραβίαση τη δυνατότητα να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ή αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, αφ' ετέρου δε η διαδικαστική αυτή παράβαση συνδυάζεται με παράβαση της ουσιαστικής νομοθεσίας που διέπει τη διαδικασία ανάθεσης, η οποία είχε ως αποτέλεσμα να επηρεασθούν οι πιθανότητες του ενδιαφερομένου να του ανατεθεί η σύμβαση. Μόνη, συνεπώς, η παραβίαση των διατάξεων περί αναστολής σύναψης της συμβάσεως δεν άγει υποχρεωτικώς στην κήρυξη της συμβάσεως ως άκυρης, αλλά απαιτείται επί πλέον να διαπιστώνεται ότι κατά τη

διαδικασία αναθέσεως εμφιλοχώρησε και παράβαση της ουσιαστικής νομοθεσίας».

19. Επειδή, όσον αφορά την παράβαση κανόνα της ενωσιακής νομοθεσίας, με τον μοναδικό λόγο ακύρωσης η αιτούσα προέβαλε ήδη με την αρχική Προσφυγή της από την οποία παραιτήθηκε και επαναλαμβάνει με την υπό κρίση αντίστοιχη, ότι ο αποκλεισμός με το ως άνω αιτιολογικό είναι παράνομος. Από την επισκόπηση του ευρισκόμενου εντός του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής» της «...», ως μέρος του εντύπου διοικητικού φακέλου της υπόθεσης που απεστάλη στο παρόν Κλιμάκιο, ΤΕΥΔ που υπέβαλε η προκύπτει πως για την πλήρωση της εκ του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Β (της επίμαχης Πρόσκλησης Υποβολής Προσφορών) απαίτησης που ετέθη ειδικότερα στο άρθρο 3 παρ. 1 δ) αυτού, όπου ο υποψήφιος ανάδοχος καλούνταν προαποδεικτικώς να δηλώσει εάν διαθέτει «εφεδρική Μονάδα παραγωγής γευμάτων», η εταιρεία αυτή απάντησε (σελ. 6 αυτού) ότι πρόκειται να στηριχθεί στις ικανότητες της «...» (βλ. σχετικώς το νομίμως κατατεθειμένο από 27.09.2019 Ιδιωτικό Συμφωνητικό περί «Παροχής δάνειας τεχνικής & επαγγελματικής ικανότητας (στήριξη στην ικανότητα τρίτου)» που συνήφθη μεταξύ τους), περαιτέρω δε από την επισκόπηση του πρόσθετου ΤΕΥΔ που προσκόμισε η τελευταία (όπως απαιτούνταν από τις οδηγίες της ίδιας Ενότητας Γ [: «... επισυνάψτε χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ...] προκύπτει ότι στο «ΜΕΡΟΣ II και στην «Ενότητα Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» αυτού στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο ΜΕΡΟΣ IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο ΜΕΡΟΣ V κατωτέρω;» απάντησε «Ναι» (σελ. 6 ομοίως), επ' αυτής δε της απάντησης βασίστηκε ο διαγωνιστικός αποκλεισμός της «...». Όμως, κατά την κρίση του Κλιμακίου επρόκειτο για προδήλως λανθασμένη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ από την «...» δεδομένου ότι από τον έλεγχο που διενεργήθηκε στο σύνολο των εγγράφων που αποτελούν την υποβληθείσα Τεχνική Προσφορά της «...» διόλου δεν αποδεικνυόταν η

επιπρόσθετη στήριξη αυτή που δηλώθηκε από την «...» (π.χ. μέσω προσκόμισης αντίστοιχου Ιδιωτικού Συμφωνητικού), ούτε επί της ουσίας υπήρχε ανάγκη για περαιτέρω στήριξη τουλάχιστον όσον αφορά τον ως άνω όρο. Πάντως, όπως βασίμως επισημαίνει η αναθέτουσα αρχή στην ως άνω Έκθεση Απόψεων, παρά τα όσα αντίθετα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, το κρίνον Κλιμάκιο επιβεβαιώνει πως το ΤΕΥΔ της «...» (εκ σελ. 1-17) ανευρίσκεται εντός του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής» της που απεστάλη.

20. Επειδή, από την επισκόπηση της διοικητικής νομολογίας της ΑΕΠΠ επί του νομικού ζητήματος περί μη συμπλήρωσης ή/και λανθασμένης συμπλήρωσης κατά την κατάστρωση του ΕΕΕΣ και εν προκειμένω του ΤΕΥΔ, αποδεικνύεται πως η Αρχή στρεφόμενη αρχικά, για λόγους ασφάλειας δικαίου, υπέρ της αρχής της τυπικότητας για τις δεδομένες παρατυπίες και αποκλίσεις αυτές εν γένει, οι οποίες πάντως δεν προκαλούσαν αμφιβολίες στις αντίστοιχες Συνθέσεις, στράφηκε τελικώς υπέρ της αρχής της επιείκειας, λαμβάνοντας υπόψη και την ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 23 που δημοσίευσε η ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» και συγκεκριμένα την παρ. 2.3.1. αυτής [εντελώς ενδεικτικά ΑΕΠΠ 4ο Κλιμάκιο 612/2018, 7ο Κλιμάκιο 900/2018 και 8ο Κλιμάκιο 895/2019]. Στην εδω περίπτωση, τόσο η αναθέτουσα αρχή δια της Έκθεσης Απόψεων που απέστειλε όσο και η όσο και η παρεμβαίνουσα με το κείμενο της Παρέμβασής της, την τήρηση της αρχής της τυπικότητας αξιώνουν παραθέτοντας γενική νομολογία υπέρ αυτής. Με βάση την πλέον πρόσφατη νομολογία εκ του Ελεγκτικού Συνεδρίου όπως έχει προκύψει κατά την άσκηση του συνταγματικώς κατοχυρωμένου προσυμβατικού ελέγχου που ασκεί επί υποθέσεων δημοσίων διαγωνισμών (άρθρο 98 παρ .1 β) Σ), προκύπτει ότι την ανωτέρω κατεύθυνση περί επιτρεπτών διευκρινίσεων ή/ και συμπληρώσεων, μέσω ενεργοποίησης της διάταξης του άρθρου 102 Ν. 4412/2016, έχει ακολουθήσει και αυτό όπως επιβεβαιώνεται εξάλλου από τις δύο πρόσφατες μελέτες εκ των Μελών του

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

Ανωτάτου Δικαστηρίου, ήτοι της Ε. Καλλιτσιώτη, «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρα 79, 79Α Ν 4412/2016)» σελ. 337επ. και Α. Παπασταμάτη, «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 102 Ν 4412/2016)», σελ. 383επ. αμφότερες στο συλλογικό έργο Η. Μάζου – Ε.Ε. Κουλουμπίνη – Ι.Κίτσου (επιμέλεια), Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016: Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, Νομική Βιβλιοθήκη 2019). Συνεπώς, για την εδώ περίπτωση, αφής στιγμής η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε πως η επικαλούμενη από την «...» στο ΤΕΥΔ της εταιρεία «...» επικαλέστηκε κατά τη συμπλήρωση του δικού της ΤΕΥΔ στήριξη από κάποια άλλη εταιρεία, η οποία αληθώς καθόλου δεν προέκυπτε από τη συνολική αξιολόγηση της Προσφοράς της «...», ούτε όμως από τα σχετικά έγγραφα που προσκομίστηκαν εξ ονόματος της «...», τότε λόγω της ασάφειας αυτής, παρά το γεγονός ότι η Επιτροπή αρκέστηκε στο αντικειμενικό γεγονός πως απάντησε λανθασμένα, όφειλε να απευθύνει κλήση προς επιτρεπτή αποσαφήνιση της απάντησης που έδωσε η εταιρεία αυτή στο ΤΕΥΔ με νομική βάση το άρθρο 102 Ν. 4412/2016, και όχι να προβεί στην απόρριψη της προσφοράς της και στην κατακύρωση της επίμαχης δημόσιας σύμβασης στην μοναδική ανταγωνίστρια της.

21. Επειδή, δυνάμει της, κατά τα ως άνω από 18.11.2019 Βεβαίωσης εκ του ..., η αναθέτουσα αρχή ενημέρωσε το κρίνον Κλιμάκιο κατά τον χρόνο εξέτασης της Προσφυγής ότι η επίμαχη δημόσια σύμβαση που αφορούσε τη σίτιση των προσφύγων στην ανοιχτή δομή φιλοξενίας Ν. ..., για τα διάστημα 02 Οκτ 19 -31 Οκτ 19 «υλοποιήθηκε κανονικά και περατώθηκε χωρίς πρόβλημα», έτσι ώστε το κρίνον Κλιμάκιο δε δύναται να κηρύξει ακυρότητα δημόσιας σύμβασης η εκτέλεση της οποίας έχει ήδη ολοκληρωθεί (ήδη από τις 31.10.2019), μη καθιστάμενη δυνατή της άσκησης εν προκειμένω της ακυρωτικής αρμοδιότητάς του. Δηλαδή, το αίτημα ακυρώσεως όπως επιδιώκεται, στον βαθμό που η προσβαλλόμενη δημόσια σύμβαση έχει εκτελεστεί, καθίσταται άνευ αντικειμένου. Στις περιπτώσεις αυτές, όμως, ο αδικηθείς οικονομικός φορέας αποστερούμενος την αναδοχή της σύμβασης και

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

την εξ αυτής επιχειρηματική αμοιβή από την εκτέλεσή της δεν καθίσταται άμοιρος προδικαστικής προστασίας καθώς η διάταξη του άρθρου 373 «Αξίωση Αποζημίωσης» Ν. 4412/2016 αναγνωρίζει ευθέως υπέρ αυτού αξίωση αποζημίωσης [όπως κατ' αναλογία έχει κριθεί από τους Ανώτατους Δικαστές στην ΑΕΔ 14/2013, ΔΕΕ 2014/39 = ΕΠΙΣΚΕΔ 2013/287 = ΕΔΔΔΔ 2013/894 με αναφορά από τους Ανώτατους Δικαστές πως «η πλήρη αποκατάσταση της ζημίας των αιτούντων δι' αγωγής, είναι σύμφωνη με το Σύνταγμα»], εν πρώτοις, «κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197 και 198 Α.Κ.», και επιπροσθέτως, «εάν αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε εμφιλοχωρήσει η παράβαση, τότε δικαιούται αποζημίωση κατά τις γενικές διατάξεις». Τέτοια διοικητική αρμοδιότητα αναγνώρισης αποζημίωσης στον προσφεύγοντα δε θέλησε να εκχωρήσει ο διοικητικός νομοθέτης του Ν. 4412/2016 στην ΑΕΠΠ, όμως, ώστε μόνος αρμόδιος προς τούτο να είναι ο διοικητικός δικαστής της αποζημίωσης, εφόσον συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις για την επιδίκασή της. Λαμβανομένου υπόψη όλων αυτών, δεδομένης της αδυναμίας κήρυξης σύμφωνα με το άρθρο 373 παρ. 2 Ν. 4412/2016 της ακυρότητας δημόσιας σύμβασης για παράβαση των άρθρων 368 (β), 369 παρ. 4 αυτού, σε συνδυασμό με την ουσιαστική παράβαση που πράγματι διαπιστώθηκε από το κρίνον Κλιμάκιο στις σκέψεις 19-20 της παρούσας, επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα διατηρεί τα εκ του άρθρου 373 Ν. 4412/2016 αποζημιωτικά δικαιώματά της, με την επισήμανση πως από τα επικυρωθέντα με την Απόφαση .../.../.../.../.../... Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού προκύπτει ότι η αιτούσα είχε πράγματι υποβάλλει τη μεγαλύτερη μειοδοσία έναντι της αντιπάλου της η οποία τελικώς κλήθηκε να εκτελέσει τη δημόσια σύμβαση μετά της αντίστοιχης επιχειρηματικής αμοιβής.

22. Μειοψήφησε το Μέλος Ι. Θεμελή, κατά την άποψη της οποίας πρέπει να κηρυχθεί η ακυρότητα της συναφθείσης σύμβασης σύμφωνα με το άρθ. 364 του ν. 4412/2016, παρότι η υπό εξέταση σύμβαση έχει ήδη εκτελεσθεί. Και τούτο ιδία λαμβανομένου υπ' όψιν του ρητού άρθ. 364 του ν. 4412/2016 και επί πλέον ι) Του άρθ. 369 παρ. 4 σύμφωνα με το οποίο η κατάθεση της παρούσας

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

προσφυγής αναστέλλει εκ του νόμου την εκτέλεση αυτή καθ' εαυτή της σύμβασης έως την έκδοση της παρούσας, το οποίο συνίσταται στην υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής όπως παραλείπει πάσα ενέργεια εκτέλεσης της επίμαχης σύμβασης, ii) Του άρθ. 371 παρ. 1 σύμφωνα με το οποίο σε περίπτωση κήρυξης της ακυρότητας της σύμβασης από την ΑΕΠΠ, η ακυρότητα έχει αναδρομική ισχύ, νοουμένου προφανώς ως χρόνου έναρξης της αναδρομικής ισχύος τον χρόνο σύναψης της σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν έχει εκτελεσθεί μέρος ή το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου. Και τούτο ίδια επειδή η αναδρομική ακύρωση της σύμβασης δεν συναρτάται κατά τον νόμο από την πλήρη ή μερική εκτέλεση της σύμβασης κατά τον χρόνο κήρυξης της ακυρότητας ενώ iii) Ειδικά το άρθ. 371 παρ. 2 αναφέρεται στην περίπτωση που η κήρυξη της ακυρότητας επισυμβεί κατά χρόνο όπου έχει εκτελεσθεί μέρος μόνον της σύμβασης, οπότε και μόνον τότε κάμπτεται η αναδρομική εν όλω ακύρωση της σύμβασης που προβλέπεται στην παρ. 1 με την -υπό τις προϋποθέσεις του νόμου- διατήρηση της ισχύος του εκτελεσμένου τμήματος αυτής, και ακυρουμένου στην περίπτωση αυτή μόνο του υπολειπομένου μη εκτελεσθέντος τμήματος της σύμβασης, και iv) Σε περίπτωση μη κήρυξης της ακυρότητας της σύμβασης από την ΑΕΠΠ, το άρθ. 373 δεν παρέχει επαρκή προστασία των εννόμων συμφερόντων του θιγόμενου δεδομένου ότι σύμφωνα με το άρθ. 373 παρ. 2 η επιδίκαση δικαστικά αποζημίωσης προϋποθέτει την ακύρωση της παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής από την ΑΕΠΠ -και εν προκειμένω την ακύρωση αναδρομικά της επίμαχης σύμβασης- προϋπόθεση η οποία σύμφωνα με τον νόμο δεν απαιτείται να συντρέξει στις περιπτώσεις του άρθρου 370, της παρ. 2 του άρθρου 371 και της παρ. 7 του άρθρου 372 ή όταν, εν γένει, δεν καθίσταται εφικτή η δικαστική κήρυξη της ακυρότητας για λόγους μη συνδεόμενους με παραλείψεις του ενδιαφερομένου, τα οποία δεν συντρέχουν εν προκειμένω. Ενώ v) Αντίθετα σε περίπτωση ακύρωσης της σύμβασης διαφυλάσσονται εξ ίσου και τα έννομα συμφέροντα το αναδόχου ο οποίος εκτέλεσε την σύμβαση -που εκ των υστέρων κηρύσσεται άκυρη με αναδρομική ισχύ- καθώς σύμφωνα με το άρθ. 371 παρ. 1 -και υπό τις προϋποθέσεις του νόμου- διατηρεί τις αξιώσεις του εκ του

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

αδικοιολογήτου πλουτισμού, οι οποίες προφανώς αιτιωδώς εν προκειμένω συναρτώνται με την εκτέλεση αυτή καθ' εαυτή της σύμβασης η οποία ακυρώθηκε εξ υπαρχής

23. Επειδή, κατ' ακολουθία, η Προδικαστική Προσφυγή στερείται αντικειμένου ώστε η διαδικασία εξέτασής της πρέπει να θεωρηθεί καταργημένη [ΑΕΠΠ (4ο Κλιμάκιο) 405/2018 σκέψη 24, (8ο Κλιμάκιο) 1271/2019 σκέψη 17], κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 32 παρ. 2 Π.Δ. 18/1989 (ΦΕΚ Α' 8) ελλείπει αντίστοιχης νομοθετικής πρόβλεψης στον Ν. 4412/2016 και τον Κανονισμό της Αρχής, η δε αιτούσα δικαιούται να στραφεί στον διοικητικό δικαστή της αποζημίωσης για την ικανοποίηση των εκ του άρθρου 373 Ν. 4412/2016 αποζημιωτικών αξιώσεων της εφόσον συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις προς τούτο.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

Για τους λόγους αυτούς

Καταργεί τη διαδικασία εξέτασης της Προδικαστικής Προσφυγής, σύμφωνα με όσα κρίθηκαν ανωτέρω.

Διατάσσει την απόδοση του προσκομισθέντος Παραβόλου ... ποσού οκτακοσίων ενενήντα τριών ευρώ και εβδομήντα πέντε λεπτών (€893,75).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 01.11.2019 και 21.11.2019, και εκδόθηκε στις 21.11.2019.

Αριθμός απόφασης: 1307/2019

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Βασιλική Κωστή