

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24-11-2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1672/25-11-2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της Περιφέρειας ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά

Της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στη ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. 474/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, του 4^ο Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού καθώς και κάθε συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης των ανωτέρω πράξης της αναθέτουσας αρχής και να κατακυρωθεί στην ίδια η σύμβαση.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 10.085 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 24-11-2022 πληρωμή στην Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος και την

Αριθμός απόφασης: 115/2023

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, ήτοι 2.016.129,03 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΤΡΙΕΤΗΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ...Ι., ΝΗΣΟΥ ...», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 2.016.129,03 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 23-04-2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 24-11-2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 15.11.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή θεμελιώνει, καταρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενη, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς

Αριθμός απόφασης: 115/2023

της παρεμβαίνουσας, ερειδόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα απαραδέκτως αιτείται αυτοτελώς την ακύρωση του Πρακτικού 4 της Επιτροπής Διαγωνισμού καθώς, ως έχει κριθεί από την νομολογία υπό το προϊσχύον νομικό καθεστώς που δεν διαφοροποιείται ως προς το θέμα τούτο με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, οι πράξεις (γνωμοδοτήσεις, πρακτικά, προσκλήσεις) των Επιτροπών του Διαγωνισμού, σε οποιαδήποτε φάση και αν αφορούν, στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα και, επομένως, δεν παράγουν έννομες συνέπειες εφόσον το όργανο που τις εξέδωσε δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα, ουδεμία μεταβολή επιφέρουν στο νομικό κόσμο και δεν υπόκεινται, ως πράξεις μη εκτελεστές, σε προσφυγή (βλ. ΕΑ ΣτΕ 519/2009 και 1315/2008 και Φ. ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδ., 2013, αρ. 71-77 επόμ., σελ.54-55, Δ. ΡΑΪΚΟΣ, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, Αθήνα-Θεσ/νικη, 2017, σελ. 752, ΔΕΦΑΘ 169/2013 (ΑΣΦ), ΣτΕ 409/2010 ΕΑ ΣτΕ 119/2009, 324/2006, 241/2003). Σε κάθε περίπτωση, όμως, αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα της προσβαλλόμενης απόφασης και συμπροσβάλλονται με αυτήν. Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται την ακύρωση του Πρακτικού 4 της Επιτροπής Διαγωνισμού αυτοτελώς, διότι το Πρακτικό στερείται εκτελεστότητας, καθόσον αποτελεί απλή γνωμοδότηση, με πρόταση προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις 6ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ 146/2020, 360/2020, 1121/2020, 1164/2020).

Ομοίως, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα να κατακυρωθεί στην ίδια η σύμβαση καθόσον το εν λόγω αίτημα εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία, επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης: 115/2023

τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018 και βλ. ενδεικτικά αποφάσεις του Κλιμακίου ΑΕΠΠ 93-94/2020, 1224/2020).

7. Επειδή την 1η.12.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής στους ενδιαφερόμενους τρίτους μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

8. Επειδή η παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως κατά παρέκταση την από 12-12-2022 με αρ. ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ ΠΑΡ. 5803/2022 παρέμβαση δοθέντος ότι έλαβε γνώση την 1η-12-2022 της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης, καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά της και έχει ανακηρυχθεί οριστική ανάδοχος.

9. Επειδή με την υπ' αρ. 2352/2022 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, επί της υπό εξέταση προσφυγής.

11. Επειδή η προσφεύγουσα στις 23.12.2022 υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί της παρέμβασης. Κατά την άποψη που επικράτησε στο Κλιμάκιο, το υπόμνημα δεν λαμβάνεται υπόψη ως εκπροθέσμως κατατεθέν δοθέντος ότι κατά τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν.4412/2016 ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, συμπληρωματικό υπόμνημα μπορεί να κατατεθεί εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι ημερών από την άσκηση της προσφυγής (15 ημέρες για την υποβολή απόψεων+5 ημέρες για την υποβολή υπομνήματος). Ωστόσο, κατά την ειδικότερη γνώμη της Εισηγήτριας Ε. Αψοκάρδου, ο νομοθέτης με το άρθρο 365 ως έχει τροποποιηθεί από τον Ν.4782/2021 εξαρτά την εμπρόθεσμη υποβολή του υπομνήματος από την ημερομηνία υποβολής των

Αριθμός απόφασης: 115/2023

απόψεων της αναθέτουσας αρχής χωρίς ουδόλως να εξασφαλίζει την αντιμωλία στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν υποβάλει απόψεις ή δεν τις κοινοποιεί στα ενδιαφερόμενα μέρη παρόλο που το περιεχόμενο του υπομνήματος δύναται να αφορά και στην παρέμβαση. Και ναι μεν η ΕΑΔΗΣΥ δύναται να μην λάβει υπόψη τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση μη κοινοποίησής τους (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 781/2020, σκ. 14, εισηγήτρια Ε. Αφοκάρδου), ωστόσο, δεν δύναται να συνάγει την παραδεκτή υποβολή υπομνήματος χωρίς να έχουν σταλεί απόψεις δοθέντος ότι αυτή προσδιορίζεται ρητώς και σαφώς σε σχέση με την αποστολή απόψεων από την αναθέτουσα αρχή. Επομένως, σε συνδυασμό και με το γεγονός ότι από την αιτιολογική έκθεση του Ν.4782/2021 προκύπτει ότι στόχος του νομοθέτη ήταν η απλούστευση και η επιτάχυνση της διαδικασίας, το υπόμνημα της προσφεύγουσας δεν δύναται να ληφθεί υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 1135/2022, εισηγήτρια Ε.Αφοκάρδου).

12.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 3^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

13. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό συμμετείχαν έξι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, υποβάλλοντας τις με αριθμ. συστήματος 194454 και 191278 προσφορές τους αντίστοιχα.

Με την υπ'αριθμ. 594/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το από 6-09-2021 2ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος η παρεμβαίνουσα κατόπιν ελέγχου των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Κατά της ως άνω απόφασης η προσφεύγουσα άσκησε την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1901/08.10.2021 προδικαστική προσφυγή της επί της οποίας εκδόθηκε η υπ'αριθμ. Σ777/2022 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με την οποία: « [...]41. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι με την υποβληθείσα τραπεζική βεβαίωση δεν προκύπτει ότι, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, υπήρχε η δυνατότητα άντλησης, κατ'ελάχιστον,

Αριθμός απόφασης: 115/2023

πίστωσης ύψους 10% του προϋπολογισμού δημοπράτησης, δοθέντος ότι ρητώς αναφέρεται ότι η τράπεζα προτίθεται να εξετάσει αίτημα για χρηματοδότηση με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (χωρίς ΦΠΑ), αν και εφόσον η παρεμβαίνουσα αναδειχθεί ανάδοχος του έργου. Ομοίως, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η δυνατότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών όλων των κατηγοριών κατ'ανώτατο ύψος 150.000 ευρώ δεν αποτελεί τραπεζικό προϊόν άντλησης πίστωσης αλλά ούτε και η δυνατότητα άντλησης κεφαλαίου κίνησης κατ'ανώτατο όριο 200.000 ευρώ καλύπτει την απαίτηση της Διακήρυξης να εξασφαλίζεται κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς η δυνατότητα χορήγησης πίστωσης ποσού ανερχόμενου σε τουλάχιστον 10% του προϋπολογισμού, εφόσον το 10% του προϋπολογισμού ανέρχεται σε 201.612.90 ευρώ. Στη δε απάντησή της στο από 18-10-2021 μήνυμά της στην αναθέτουσα αρχή, το οποίο επισυνάπτει με τις απόψεις της, η Τράπεζα Πειραιώς απλώς διευκρινίζει ότι τα αναφερόμενα στην από 12-05-2021 βεβαίωσή της ποσά δύναται να αναπροσαρμοσθούν υπό προϋποθέσεις. Οι δε ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι υφίσταται αντίφαση μεταξύ των όρων της Διακήρυξης τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι δοθέντος ότι στη Διακήρυξη καθορίζεται ρητώς και σαφώς το περιεχόμενο της τραπεζικής βεβαίωσης που απαιτούνταν προς απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 22.Γ ε) ώστε ο ευλόγως ενημερωμένος και κανονικά επιμελής υποψήφιος να δύναται να κατανοήσει το ακριβές περιεχόμενο αυτής και, σε κάθε περίπτωση, ως απαράδεκτοι ως ανεπικαίρως προβαλλόμενοι καθώς βάλλουν εμμέσως κατά όρων της Διακήρυξης. Επομένως, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα και παραδέχεται η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ότι η υποβληθείσα τραπεζική βεβαίωση του τρίτου στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται η παρεμβαίνουσα, δεν αποδεικνύει την πλήρωση της απαίτησης του άρθρου 22.Γ περ. ε περί ικανότητας χρηματοδότησης της κατασκευής του έργου ώστε να εξασφαλισθεί η εμπρόθεσμη και σύμφωνη με τη σύμβαση υλοποίησή του, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα. Ωστόσο, βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι στην περίπτωση αυτή η προσφορά της δεν είναι απορριπτέα άνευ ετέρου καθώς, σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν.4412/2016 που αποτελεί κανονιστικό πλαίσιο της υπό ανάθεση σύμβασης, η αναθέτουσα

Αριθμός απόφασης: 115/2023

αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής, ενώ, σύμφωνα με το άρθρο 23.2 της Διακήρυξης, αντίστοιχα, ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής. Επομένως, εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή έκανε αποδεικτική την προσφορά της παρεμβαίνουσας και έπρεπε, προτού αποφανθεί οριστικά, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να ζητήσει από την παρεμβαίνουσα να αντικαταστήσει τον οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε για την πλήρωση του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δοθέντος ότι η εταιρεία με την επωνυμία «... Ανώνυμη Τεχνική Εμπορική και Βιομηχανική Εταιρεία» δεν πληρούσε το ως άνω κριτήριο σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης. Συνακόλουθα, ο μόνος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός [...].».

Έως συμμόρφωση με την ανωτέρω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το υπ'αριθμ. πρωτ. Δ.Τ.Ε. 2361/31-05-2022 έγγραφό της στην παρεμβαίνουσα με το κάτωθι περιεχόμενο: «Σας διαβιβάζουμε τη με αριθ. Σ777/2022 Απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. που αφορά το διαγωνισμό με α/α συστήματος ... για το έργο " ΤΡΙΕΤΗΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ...Ι., ΝΗΣΟΥ ... " και σύμφωνα με το σκεπτικό της ανωτέρω αποφάσεως απαιτούμε την αντικατάσταση του φορέα που δεν πληροί το κριτήριο επιλογής της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δοθέντος ότι η εταιρία με την επωνυμία "... Ανώνυμη Τεχνική Εμπορική και Βιομηχανική Εταιρεία" δεν πληρούσε το ως άνω κριτήριο σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης.

Οπότε σύμφωνα με τα ανωτέρω, εντός 10 ημερών να μας ενημερώσετε μέσω του πεδίου επικοινωνίας του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με α/α συστήματος ..., την αντικατάσταση της ανωτέρω εταιρίας, προσκομίζοντας επίσης και τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και βεβαιώσεις, σύμφωνα με την διακήρυξη του διαγωνισμού».

Αναταποκρινόμενη στην πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η παρεμβαίνουσα αντικατέστησε τον τρίτο φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζονταν και υπέβαλε εμπροθέσμως όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά που τον αφορούν. Στις 14-07-2022, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην

Αριθμός απόφασης: 115/2023

παρεμβαίνουσα μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το κάτωθι μήνυμα: «Μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών από την Επιτροπή Διαγωνισμού, της εταιρείας ..., παρακαλούμε για την άμεση υποβολή επικαιροποιημένου ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ δικού σας, σε ότι αφορά τη δάνεια εμπειρία (άρθρο 22 Γ.ε της Διακήρυξης Διαγωνισμού) που σας προσφέρει ο προαναφερόμενος οικονομικός φορέας, για το διαγωνισμό του έργου: "ΤΡΙΑΕΤΗΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ...Ι., ΝΗΣΟΥ ... με Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ...» στο οποίο η παρεμβαίνουσα ανταποκρίθηκε στις 15-07-2022 με την υποβολή νέων ΕΕΕΣ των μελών της ένωσης της.

Κατόπιν των ανωτέρω, εκδόθηκε η υπ'αριθμ. 333/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό 3 της Επιτροπής Διαγωνισμού με την οποία αποφασίστηκε: «1. Η ακύρωση της αριθμ. 594/2021 Απόφασης (ΑΔΑ: ...) της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ..., σε συμμόρφωση της Αριθμ. Απόφασης Σ777/2022 της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.ΔΥ.ΣΥ.)

2. Η έγκριση έκδοσης από την Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας ... Σχεδίου Απόφασης διαπίστωσης της επάρκειας των συνημμένων στο παρόν πρακτικό, επανορθωτικών μέτρων που έλαβε ο Οικονομικός Φορέας : «... ...», σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 7, 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 ως εξής : «ΣΧΕΔΙΟ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΤΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ...: Στο πλαίσιο διεξαγωγής του με Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ... Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού Ανοικτής Διαδικασίας Επιλογής Αναδόχου με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής, για την ανάθεση κατασκευής του έργου με τίτλο: «ΤΡΙΑΕΤΗΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ...Ι., ΝΗΣΟΥ ...», διαπιστώνουμε την επάρκεια των συνημμένων επανορθωτικών μέτρων {όπως αυτά περιγράφονται στο σχετικό Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης/Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ)} που έλαβε ο Οικονομικός Φορέας: «... ...», σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 7, 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016».

Με το αριθμ. πρωτ. ΔΤΕ 3585/07-08-2022 έγγραφο του Αναπληρωτή Διευθυντή Τεχνικών Έργων Δωδ/σου, στάλθηκε προς το Υπουργείο Ανάπτυξης και Επενδύσεων – Γεν. Γραμματεία Εμπορίου & Προστασίας

Αριθμός απόφασης: 115/2023

Καταναλωτή –Γενική Διεύθυνση Δημοσίων Συμβάσεων – Γνωμοδοτική Επιτροπή επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων του Οικονομικού Φορέα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του, αίτημα έγκρισης σχεδίου απόφασης της με αριθμό 333/2022 (ΑΔΑ: ...) Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ..., περί επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων του Οικονομικού Φορέα «... ...».

Η Γνωμοδοτική Επιτροπή του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων Οικονομικών Φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους, στην 59η Συνεδρίαση της 3ης Οκτωβρίου 2022, πράξη 59η, ομόφωνα περιείχε σύμφωνη γνώμη επί του υποβληθέντος σχεδίου της Περιφέρειας ... περί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων του Οικονομικού Φορέα «... ...» προς απόδειξη της αξιοπιστίας της».

Ακολούθως, με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το Πρακτικό 4 της Επιτροπής Διαγωνισμού και κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας στην οποία κατακυρώθηκε εκ νέου η σύμβαση.

14. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθεί διότι όφειλε, κατόπιν της από 31-05-2022 πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής να έχει προσκομίσει εκ νέου τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που αφορούσαν και την ίδια και όχι μόνο τα δικαιολογητικά του τρίτου οικονομικού φορέα και ούτε αιτήθηκε προθεσμία παράτασης για την υποβολή τους. Κατά την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή αξιολόγησε μόνο τα δικαιολογητικά του νέου τρίτου οικονομικού φορέα και χωρίς οιονδήποτε έλεγχο στα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας την ανέδειξε ως οριστικό ανάδοχο, ήτοι στον έλεγχο της μη συνδρομής στο πρόσωπό της λόγων αποκλεισμού και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε πλημμελώς στην απόφαση Σ777/2022 της ΕΑΔΗΣΥ με την οποία ακυρώθηκε η υπ'αριθμ. 594/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής η οποία είχε αναδείξει την παρεμβαίνουσα οριστική ανάδοχο θεωρώντας ότι με την εν λόγω απόφαση ορίζεται ως υπολειπόμενη η αντικατάσταση του τρίτου οικονομικού φορέα για την κατακύρωση της

Αριθμός απόφασης: 115/2023

σύμβασης στην παρεμβαίνουσα και όχι ότι όφειλε να επανέλθει στο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και για τον λόγο αυτό η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητα. Εξάλλου, ως επισημαίνει η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα έχει πολλαπλώς ευνοηθεί από την ακολουθούμενη διαδικασία κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης με το να της επιτρέπεται να διορθώνει ανεπίτρεπτα τα έγγραφα και δικαιολογητικά που προσκόμισε.

15. Επειδή η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της ισχυρίζεται ότι συμμορφούμενη με την πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής πρότεινε ως νέο οικονομικό φορέα την εταιρία «... ΑΕ», υποβάλλοντας όλα τα δικαιολογητικά που αποδείκνυαν ότι στο πρόσωπό της δεν συνέτρεχαν λόγοι αποκλεισμού και ότι πληρούσε το κριτήριο επιλογής για το οποίο και της παρέιχε δάνεια εμπειρία καθώς τα δικαιολογητικά κατακύρωσης των μελών της κοινοπραξίας της είχαν ελεγχθεί και κριθεί επαρκή με την υπ' αριθμ. 594/2001 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κρίση την οποία ουδέποτε αμφισβήτησε η προσφεύγουσα. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι ορθά η Επιτροπή Διαγωνισμού με το 4ο πρακτικό της έλεγξε μόνο τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του τρίτου οικονομικού φορέα ενώ για την περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι όφειλε να υποβάλει επικαιροποιημένα δικαιολογητικά κατακύρωσης για τις εταιρίες μέλη της και πάλι η προσφορά της δεν είναι απορριπτέα χωρίς προηγουμένως να κληθεί να τα υποβάλει δυνάμει του άρθρου 103 του Ν.4412/2016 ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, ενώ επισημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε με την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Εξάλλου, εφόσον σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού που είναι γνωστό εκ των προτέρων και δεν αμφισβητήθηκε επικαίρως από την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής δεν αντίκειται ούτε στην αρχή της ίσης μεταχείρισης ούτε στην αρχή της διαφάνειας.

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: « 1. *Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου*

Αριθμός απόφασης: 115/2023

συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης [...]».

17. Επειδή στο άρθρο 53 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως: [...]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...]ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [...]».

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους 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 υποβάλλουν, 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».

19. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «Πέραν των οριζόμενων στις παρ. 3 και 4 του άρθρου 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, και στο άρθρο 93, περί περιεχομένου φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής», ισχύουν και τα ακόλουθα:

1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε

Αριθμός απόφασης: 115/2023

αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (Α' 74), όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή μέσω του ΕΣΗΔΗΣ.

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1.

Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή του πρώτου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 79, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον

Αριθμός απόφασης: 115/2023

συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε.

Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται.

4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται.

5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οφισγενών μεταβολών, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις

Αριθμός απόφασης: 115/2023

των άρθρων 73 και 74 και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, η διαδικασία ματαιώνεται.

6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105.

7. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, σύμφωνα με όσα ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος».

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 104 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται:

α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ,

β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και

γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης.

2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά.

3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής κατά την παρ. 2, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου,

Αριθμός απόφασης: 115/2023

που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72, περί εγγυήσεων».

21. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

22. Επειδή στο άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής», εξειδικεύεται το περιεχόμενο του άρθρου 346 του ίδιου νόμου, αναφορικά με το δικαίωμα άσκησης προσφυγής ως εξής: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.

3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

23. Επειδή στο άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «[...] 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης,

Αριθμός απόφασης: 115/2023

ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια.

3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ [...]».

24. Επειδή στην επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται ότι: «[...] 4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης

α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης.

β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή.

γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές.

Το παρόν εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή τυχόν ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α' ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών, σύμφωνα με τα ανωτέρω υπό β) και γ) αναφερόμενα, προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην

Αριθμός απόφασης: 115/2023

αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999 "Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας", όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4250/2014.

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

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

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

iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας,

απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσωρινός ανάδοχος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της ειδοποίησης/πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας.

Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του άρθρου 22, η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται.

Η διαδικασία ελέγχου των ως άνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από την Επιτροπή Διαγωνισμού, στο οποίο

Αριθμός απόφασης: 115/2023

αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο (γ) του παρόντος άρθρου. Η Επιτροπή, στη συνέχεια, το κοινοποιεί, μέσω της «λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην αναθέτουσα αρχή για τη λήψη απόφασης.

Η αναθέτουσα αρχή προβαίνει, μετά την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού, στην κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών, σε κάθε προσφέροντα που δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά, εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», και επιπλέον αναρτά τα Δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στον χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού».

Σε ότι αφορά τις ανωτέρω παραγράφους [α), β), γ) και δ)] του παρόντος άρθρου και εφόσον τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ζητηθούν μετά την έναρξη ισχύος του άρθρου 43 του Ν.4782/21, θα εφαρμοστούν οι διατάξεις του άρθρου 103 του Ν.4412/16, όπως τροποποιήθηκαν [...].

25. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

26. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

27. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C

Αριθμός απόφασης: 115/2023

278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C 278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

28. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, καταρχήν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, *Casertana Costruzioni*, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, *TNS Dimarso NV κατά Vlaams Gewest*, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, *Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών*, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα ως άνω ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C -19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C- 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016,

Αριθμός απόφασης: 115/2023

MT Højgaard και Züblin, C- 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C- 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C- 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

29. Επειδή η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

30. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία καθόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση *Pirro Pizzo*, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας).

31. Επειδή η ρύθμιση του άρθρου 42 του ν. 4782/2021 με την οποία τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως αναδρομικά ισχύει σύμφωνα με το άρθρο 22 του Ν.4903/2022, οφείλει να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα του δικαίου της ΕΕ, καθώς το άρθρο αυτό συνιστά μεταφορά του άρθρου 56 παρ. 3 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εξάλλου όπως αναφέρεται και στην αιτιολογική έκθεση της νέας διάταξης: «*Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. άρθρου 56) της οποίας τη*

Αριθμός απόφασης: 115/2023

διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί». Συναφώς, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) έχει εκδώσει πλείστες αποφάσεις σε σχέση με το κατά πόσο είναι δυνατόν να γίνουν αποδεκτές διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις των προσφορών κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. ενδεικτικά, αποφάσεις του ΔΕΕ της 29.3.2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκ. 40•της 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, σκ. 63, *Pizzo*, C-27/15, *Lavorghna*, C-309/18, EU:C:2019:350, σκ. 22, *Archus και Gama*, C-131/16, όπ.αν., σκ. 37). Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μια υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ (βλ. ενδεικτικά, την απόφαση του ΔΕΕ της 29.4.2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκ. 108-111), η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, συνεπάγονται τον αποκλεισμό του οικείου διαγωνιζόμενου (*Manova*, C-336/12, σκ. 39). Υπό την έννοια των ανωτέρω, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών (βλ. ΣΤΕ 147/2022, σκ.34). Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 1517/2021, σκ.34 και 1386/2021, σκ.46, μειοψηφία Χρ. Ζαράρη). Συναφώς, έχει κριθεί ότι τα κράτη μέλη, εφόσον κάνουν χρήση της δυνατότητας που προβλέπεται στο άρθρο 56 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, «οφείλουν να μεριμνούν ώστε να μη διακυβεύεται η επίτευξη των σκοπών που επιδιώκει η οδηγία αυτή και να μη θίγεται η πρακτική αποτελεσματικότητα των διατάξεων της ούτε των άλλων συναφών διατάξεων και αρχών του δικαίου της Ένωσης, ειδικότερα των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των

Αριθμός απόφασης: 115/2023

διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, *MA.T.I. SUD*, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49).

32. Επειδή, η ακυρωτική απόφαση έχει διαπλαστικό αποτέλεσμα και εξαφανίζει την πράξη που ακυρώθηκε από την έκδοσή της, η πράξη θεωρείται σαν να μην εκδόθηκε και επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 2, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, 13^η έκδ., αριθμ. 566 επόμ., σελ. 200 επόμ.). Ως δε έχει, ειδικότερα, κριθεί (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η ακυρωτική απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης.

33. Επειδή δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15^η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣΤΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣΤΕ 4720/2012).

Αριθμός απόφασης: 115/2023

34. Επειδή αφενός μεν οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, αφετέρου δε η ίδια η ΕΑΔΗΣΥ δεσμεύεται από τις αποφάσεις της, με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου νομοθετικού καθεστώτος στο οποίο βασίστηκε η εκάστοτε απόφαση (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 54/2018). Η ΕΑΔΗΣΥ αυτοδεσμεύεται, δηλαδή, από τις αποφάσεις που η ίδια εκδίδει και δεν δύναται ούτε να επανεξετάσει, ούτε να μεταβάλει την κρίση της σε σχέση με την ίδια υπόθεση πέρα από την ως άνω αναφερθείσα περίπτωση μεταβολής του νομοθετικού πλαισίου (βλ. και Ιωάννα Πουλικίδου ΑΠΘ ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ *Η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών*, Επιβλέπων Καθηγητής Μιχαήλ Πικραμένος Θεσσαλονίκη Δεκέμβριος 2019, με εκτενείς βιβλιογραφικές και νομολογιακές αναφορές). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, υποχρεούται να θεωρήσει ανίσχυρη και μη υφιστάμενη νομικώς την ακυρωθείσα εκτελεστή πράξη της, αλλά και να προβεί με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής κατάστασης που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από την ακυρωθείσα πράξη. Προς το σκοπό αυτόν οφείλει να ανακαλέσει ή τροποποιήσει τις πράξεις που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις που, κατά το νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη διακήρυξη και το νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής απόφασης. Το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων συμμορφώσεως της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από το αντικείμενο της απαγγελλόμενης ακυρώσεως, ήτοι από την φύση και το είδος της ακυρούμενης πράξεως, ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε στο αιτιολογικό της αποφάσεώς της (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ 791/2011, 677/2010 Ολ., 1512/2009, 1986/2000, 2854/1985 Ολ. ΔΕφΑΘ 3228/2015).

35. Επειδή σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ. Ειδικότερα, σε περίπτωση που ακυρωθεί η

Αριθμός απόφασης: 115/2023

προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή πράξη, η ΕΑΔΗΣΥ δεν έχει την εξουσία να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την αποκατάσταση της νομιμότητας (βλ. Σ. Κυβέλος *Η συμμόρφωση της Αναθέτουσας Αρχής στις αποφάσεις της ΑΕΠΠ και των δικαστηρίων κατά το προσυμβατικό στάδιο*, Εισήγηση στο Επιμορφωτικό Σεμινάριο που διοργάνωσε η Εθνική Σχολή Δικαστικών Λειτουργών με τίτλο «Δημόσιες Συμβάσεις Κρατικές Ενισχύσεις», Θεσσαλονίκη, 15-16 Οκτωβρίου 2018). Την υποχρέωση αυτή έχει η αναθέτουσα αρχή, η οποία σε περίπτωση που δεν ανασταλεί η ισχύς της απόφασης ΕΑΔΗΣΥ κατόπιν άσκησης των ενδίκων βοηθημάτων του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 οφείλει κατ' αρχήν να συμμορφωθεί με την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ (ΣΤΕ 204/2019).

36. Επειδή σχετικά με τους ισχυρισμούς της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής ως προς την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εν προκειμένω, με την υπ' αριθμ. Σ777/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ ακυρώθηκε η υπ' αριθμ. 594/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος η παρεμβαίνουσα διότι η αναθέτουσα αρχή δεν είχε προηγουμένως ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζονταν λόγω μη πλήρωσης κριτηρίου επιλογής. Περαιτέρω, με την από 31-05-2022 πρόσκλησή της η αναθέτουσα αρχή κάλεσε την παρεμβαίνουσα να αντικαταστήσει τον τρίτο οικονομικό φορέα και να προσκομίσει και τα απαραίτητα έγγραφα και δικαιολογητικά. Στη συνέχεια αιτήθηκε την αντικατάσταση των ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας, ενώ με την προσβαλλόμενη απόφαση την ανέδειξε εκ νέου οριστική ανάδοχο αποδεχόμενη ως επαρκή τα υποβληθέντα από την παρεμβαίνουσα έγγραφα.

37. Επειδή, σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο άρθρο 4.2 προβλέπεται ότι, μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου

Αριθμός απόφασης: 115/2023

και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης, ενώ, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 103 του Ν.4412/2016, ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει καταλαμβάνοντας και την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, σε περίπτωση που δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν.

38. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, με την υπ'αριθμ. Σ777/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ εξαφανίστηκε η υπ'αριθμ. 594/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία είχε αναδειχθεί η παρεμβαίνουσα οριστική ανάδοχος λόγω μη προηγούμενης αντικατάστασης του τρίτου οικονομικού φορέα με έτερο φορέα στο πρόσωπο του οποίου δεν συνέτρεχαν οι λόγοι αποκλεισμού και πληρούνταν τα κριτήρια επιλογής της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή, προς συμμόρφωση με την ως άνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, όφειλε να επαναλάβει την εν συνόλω ακυρωθείσα διαδικασία του σταδίου του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Συνιστά έτερο ζήτημα η εν μέρει αποδοχή της προηγούμενης προσφυγής δοθέντος ότι η προσφεύγουσα επιδίωκε την άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ώστε να της ανατεθεί η υπό ανάθεση σύμβαση και όχι την επανάληψη της διαδικασίας του εν λόγω σταδίου. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή με την από 31-05-2022 πρόσκλησή της όφειλε να καλέσει την παρεμβαίνουσα όχι μόνο να αντικαταστήσει τον τρίτο οικονομικό φορέα και να υποβάλει τα απαραίτητα έγγραφα και δικαιολογητικά αλλά, εφόσον είχε παρέλθει περίπου 1 έτος από την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όφειλε να την καλέσει να επικαιροποιήσει και τα δικά της έγγραφα και δικαιολογητικά κατά τα προβλεπόμενα στα άρθρα 23.3 και επόμενα της Διακήρυξης. Βασίμως δε η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι από το περιεχόμενο της ως άνω πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής προκύπτει η υποχρέωση της παρεμβαίνουσας να επανυποβάλει εκ νέου τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της ίδιας καθώς τούτο αφενός μεν δεν

Αριθμός απόφασης: 115/2023

προκύπτει ρητώς και σαφώς από το κείμενο της ως άνω πρόσκλησης αφετέρου δε από το περιεχόμενο της δεύτερης πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής προκύπτει ότι κρίθηκε επαρκής η υποβολή επικαιροποιημένων μόνο των ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας και όχι των αποδεικτικών μέσων που είχε ήδη στην κατοχή της η αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από την παρεμβαίνουσα την επικαιροποίηση των ΕΕΕΣ των μελών της ένωσής της καθώς το ΕΕΕΣ, συνιστά μεν υπεύθυνη δήλωση, ωστόσο αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και δη κατά την υποβολή της προσφοράς και όχι κατά το παρόν στάδιο όπου ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να αποδείξει πλήρως με συγκεκριμένα έγγραφα ότι πληροί τους όρους συμμετοχής του στη διαγωνιστική διαδικασία υποβάλλοντας δικαιολογητικά που έχουν εκδοθεί κατά τον χρόνο που προβλέπουν οι όροι της Διακήρυξης. Συναφώς, ουδόλως από τις διατάξεις της νομοθεσίας ή της Διακήρυξης προκύπτει ότι σε περίπτωση υποχρέωσης αντικατάστασης του τρίτου οικονομικού φορέα στον οποίο ο συμμετέχων στηρίζεται, ο τελευταίος υποχρεούται σε αντικατάσταση του ήδη υποβληθέντος ΕΕΕΣ με νέο επικαιροποιημένο, ήτοι, ενόψει του προαποδεικτικού χαρακτήρα του, ουδόλως υφίσταται δυνατότητα, πόσω μάλλον υποχρέωση αντικατάστασής του σε περίπτωση αντικατάστασης του αρχικώς δηλωθέντος σε αυτό δανείζοντος οικονομικού φορέα, τα δε λοιπά δηλωθέντα στοιχεία εξακολουθούν να τον δεσμεύουν (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 867,868/2022, σκ. 19). Κατά τα ως άνω αναλυθέντα, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε πλημμελώς στην υπ' αριθμ. 777/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ καθώς δεν προέβη σε όλες τις απαραίτητες εκείνες ενέργειες ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη διακήρυξη και το νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής αποφάσεως δοθέντος ότι δεν ζήτησε την υποβολή επικαιροποιημένων δικαιολογητικών κατακύρωσης προκειμένου να κρίνει εκ νέου εάν η παρεμβαίνουσα πληροί τα κριτήρια επιλογής και δεν συντρέχει στο πρόσωπό της λόγος αποκλεισμού προκειμένου να αναδειχθεί οριστική ανάδοχος, παρά μόνο περιορίστηκε στο να επαναλάβει τη διαδικασία μόνο ως προς τον τρίτο οικονομικό φορέα παρόλο που με την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ είχε ακυρωθεί η κατακύρωση της

Αριθμός απόφασης: 115/2023

σύμβασης στην παρεμβαίνουσα, ήτοι η κρίση της ως προς την παρεμβαίνουσα. Ωστόσο, ως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, η ανωτέρω πλημμελής μερική συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής καθιστά την προσβαλλόμενη ακυρωτέα, ωστόσο, δεν καθιστά την προσφορά της άνευ ετέρου απορριπτέα καθώς η ίδια ανταποκρίθηκε εγκαίρως και στις δύο προσκλήσεις της αναθέτουσας αρχής, υποβάλλοντας ό,τι ακριβώς της ζητήθηκε, αλλά κατόπιν της ακύρωσης της προσβαλλόμενης λόγω πλημμελούς συμμόρφωσης, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να καλέσει εκ νέου την παρεμβαίνουσα να υποβάλει επικαιροποιημένα όλα τα απαραίτητα και προβλεπόμενα από τη Διακήρυξη αποδεικτικά μέσα προκειμένου να αποφανθεί για την ανάδειξή της ως οριστικής αναδόχου, επαναλαμβάνοντας την προβλεπόμενη διαδικασία που έπεται του σταδίου ανάδειξης του προσωρινού αναδόχου. Τούτο δε ουδόλως παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα, καθώς, ως έχει κριθεί προσφάτως, *«Η τήρηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (ή αναθέτοντος φορέα) της διαδικαστικής αυτής υποχρέωσης, ενόψει του επιδιωκόμενου σκοπού της αποφυγής αδικαιολόγητων -χάριν επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών- αποκλεισμών προσωρινών αναδόχων, είναι μεν κατ' αρχήν θεμιτή· δεν δύναται, όμως, να μεταβάλει τους όρους και τις προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως καθορίζονται στη διακήρυξη, ούτε τον χρόνο συνδρομής των όρων αυτών, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 79 και 104 του ν. 4412/2016 ή τα ειδικότερα οριζόμενα στη διακήρυξη (βλ. ΣΤΕ 1647/2022), ούτε άλλωστε να θεραπεύσει παραλείψεις οι οποίες, κατά τους ρητούς όρους της διακήρυξης, συνεπάγονται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του υποψηφίου, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει, κατά τα ήδη εκτεθέντα στη σκέψη 14 της παρούσας. Υπό την έννοια αυτή, η διάταξη του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή της με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, ερμηνευόμενη δηλαδή ως θέτουσα μεν κατ' αρχήν ως διαδικαστική προϋπόθεση για τον αποκλεισμό προσωρινού αναδόχου, την προηγούμενη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να τον καλέσει να προσκομίσει εντός τασσόμενης προθεσμίας τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, που παρέλειψε να προσκομίσει εντός της αρχικώς ταχθείσας προθεσμίας, χωρίς*

Αριθμός απόφασης: 115/2023

όμως να στερεί από την αναθέτουσα αρχή την αρμοδιότητα να εκτιμήσει, κατά περίπτωση, αν, υπό το πρίσμα των ειδικών όρων που περιέχει η διακήρυξη, με την υποβολή των ελλιπών ή ελλειπόντων δικαιολογητικών τροποποιείται ανεπιτρέπτως το περιεχόμενο της προσφοράς, δεν παραβιάζει τις αρχές που εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, οι οποίες διατυπώνονται στο άρθρο 18 της οδηγίας 2014/24, και στις οποίες συγκαταλέγονται, μεταξύ άλλων, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας και, επομένως, δεν αντίκειται ούτε στην οδηγία αυτή (πρβλ. απόφαση της 11ης Μαΐου 2017,....., C-131/2016, σκ. 37) ούτε στο Σύνταγμα ή σε άλλες διατάξεις υπερνομοθετικής ισχύος» (βλ. ΣΤΕ 1894/2022, σκ. 17). Επομένως, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί πλημμελούς συμμόρφωσης πρέπει να γίνουν δεκτοί, οι δε ισχυρισμοί περί απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας διότι δεν υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης σχετικά με την ίδια τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι.

39. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

40. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

41. Επειδή, περαιτέρω, η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

42. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 474/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά τα προβλεπόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ύψους δέκα χιλιάδων ογδόντα πέντε (10.085) ευρώ.

Αριθμός απόφασης: 115/2023

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 19 Ιανουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος
ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η Γραμματέας
ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ