

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση-Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 01.10.2018 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης
(ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/ 992/1/10/2018 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης
προσώπων α) ...ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ
β) ...» (εφεξής «προσφεύγουσα») που εδρεύει στην ..., οδός, αρ., ...,
όπως νόμιμα εκπροσωπείται,

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»),
όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει: Την ακύρωση
της με αριθμό 6986/20.09.2018 Απόφασης Αξιολόγησης των φακέλων
«Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» κατά το μέρος που
απορρίπτεται η ένωση από τη διαγωνιστική διαδικασία και κατά το μέρος που
δεν απορρίπτονται οι προσφορές της εταιρείας «...» και της ένωσης εταιρειών
«...».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει
καταβληθεί e-παραβόλο ύψους 850 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με
κωδικό ..., εκτύπωση της ηλεκτρονικής πληρωμής του ως άνω παραβόλου
της 1/10/2018, εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με
αναφορά της δήλωσης κατάστασης παραβόλου «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ...Διακήρυξη (CPV ...Υπηρεσίες
ανάπτυξης λογισμικού βιβλιοθηκών) η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό για την Προμήθεια Ολοκληρωμένου Πληροφοριακού Συστήματος Διαχείρισης Υλικού της ..., ποσού 170.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής.

3. Επειδή η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε την 27/12/2017 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ. ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, η εταιρεία «...» όσο και η ένωση εταιρειών «...» έχουν υποβάλει τις με αύξοντα αριθμό ..., ...και ...προσφορές αντίστοιχα.

5. Επειδή με την υπ' αριθμ. 6986/20-9-2018 προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες μετά του εισηγητικού πρακτικού αξιολόγησης (με αριθμό 6786/12-9-2018) μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» την 21/9/2018 απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας για τους κάτωθι λόγους, τους οποίους διαλαμβάνει το οικείο εισηγητικό πρακτικό της αρμόδιας επιτροπής *«Η προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή με αριθμό 226/704205-1 της Εθνικής Τράπεζας δεν αναγράφει ρητώς την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, αλλά γίνεται μνεία της ημερομηνίας «διεξαγωγής» του διαγωνισμού κατά παράβαση του άρθρου 72 παρ.4 του Ν.4412/2016 για το ελάχιστο περιεχόμενο της εγγυήσεων .Η προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή με αριθμό 8002037115 της Τράπεζας EUROBANK, δεν περιλαμβάνει τα απαιτούμενα κατ' άρθρο 72 παρ.4 Ν.4412/2016 ελάχιστα στοιχεία.*

Στο αίτημα της Υπηρεσίας με αρ. πρωτ.: 5880/26-7-2018 προς τους διαγωνιζόμενους για παράταση της διάρκειας ισχύος προσφορών και εγγυήσεων των διαγωνιζομένων για τουλάχιστον 30 μέρες μετά τη λήξη ισχύος αυτών, η άνω Ένωση δεν απάντησε εντός του αναγκαίου και ευλόγου προς τούτο χρόνου, όσον αφορά την παράταση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής». Επίσης, ως προς την προσφορά της εταιρείας «...» αποφασίστηκε, σε συνέχεια σχετικής εισήγησης της Επιτροπής αξιολόγησης προσφορών το εξής: *«δεδομένου ότι οι τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού αποτελούν τμήμα μελέτης εφαρμογής που εκπονήθηκε στο παρελθόν για την ΕΒΕ από μέλος ομάδας έργου τον συμμετέχοντα ...Α.Ε.*

ζητείται το αιτιολογικό, που κατά την άποψή του αποδεικνύει ότι η συμμετοχή του στην προετοιμασία της σύμβασης με τον παραπάνω τρόπο δεν του προσέφερε συγκριτικό πλεονέκτημα ή πρόσθετες πληροφορίες σε σχέση με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους». Τέλος, ουδεμία αναφορά υφίσταται τόσο στο σχετικό πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής ως Εισήγηση όσο και στο διατακτικό της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης ως προς την ένωση οικονομικών φορέων α) ...-β) ...ΕΠΕ».

6. Επειδή, η έκδοση της έγγραφης διοικητικής πράξης συντελείται όταν λάβει οριστική μορφή, σύμφωνα με τους σχετικούς κανόνες, η διατύπωση της βούλησης του διοικητικού οργάνου που έχει αποφασιστική αρμοδιότητα (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, 15^η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 159). Η σημασία της ρητής και σαφούς διατύπωση της βούλησης του αποφασίζοντος οργάνου συνδέεται άμεσα με την εκτελεστότητά της, που συνίσταται στο ότι η συμπεριφορά που καθορίζει και γενικότερα η ρύθμιση, την οποία θεσπίζει, είναι υποχρεωτική από την έκδοσή της (ΣΤΕ1717/1988) τόσο έναντι της Διοίκησης όσο και των διοικουμένων. Το χαρακτηριστικό αυτό της διοικητικής πράξης είναι συνέπεια του ότι με αυτή θεσπίζεται μονομερώς ένας κανόνας δικαίου (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, 15^η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 103). Εξάλλου, το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 αναφέρει ρητώς «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». Ως ίσχυε, δε, και με το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς η προδικαστική προσφυγή ασκείται παραδεκτώς μόνο εφόσον ασκείται κατά εκτελεστής πράξης ή παράλειψης, ήτοι πράξης ή παράλειψης που παράγει έννομες συνέπειες, δικαιώματα και υποχρεώσεις (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 115/2009, 324/2006). Σε προδικαστική προσφυγή, λοιπόν, υπόκεινται οι βλαπτικές πράξεις όχι μόνο της αρχής που εκδίδει την

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

κατακυρωτική πράξη αλλά, εν όψει της αρχής του επικαίρου τηρήσεως των σχετικών διαδικασιών, όλων των οργάνων του διαγωνισμού, όταν ασκούν, κατά τις οικείες διατάξεις, αποφασιστική και όχι γνωμοδοτική ή άλλη αρμοδιότητα (ΕΑ ΣτΕ 63/2012,305/2011, βλ. Φίλης Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 54-55). Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη απόφαση διαλαμβάνει οριστική κρίση (απορριπτική) για δύο προσφορές μεταξύ των οποίων και της προσφεύγουσας, ενώ δεν περιέχει απόφαση περί της αποδοχής ή της απόρριψης τόσο της ...Α.Ε. όσο και της ένωσης οικονομικών φορέων α) ...– β) ...ΕΠΕ» για την οποία ουδέν αναφέρει. Επισημαίνεται ότι η απόπειρα εκ μέρους της ΑΕΠΠ ερμηνείας της προσβαλλόμενης πράξης δεν δύναται να οδηγήσει σε κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας υποκατάσταση της διοίκησης, εφόσον ουδέν σχετικό με την τελευταία αναφερθείσα ένωση αναφέρεται στην εισήγηση της αρμόδιας Επιτροπής και κυρίως στο διατακτικό της προσβαλλόμενης απόφασης.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπροθέσμως την 1/10/2018 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως υπογεγραμμένη, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017, την οποία κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

8. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στις 2/10/2018 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα ως προσφέρουσα, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της. Ωστόσο, σχετικά με τους ισχυρισμούς της περί απόρριψης της προσφοράς έτερων προσφερόντων των οποίων οι προσφορές

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

κρίθηκαν αποδεκτές, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφραση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ.230).

11. Επειδή, σε συνέχεια το αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας εκδόθηκε η με αριθμό Α457/2018 Απόφαση, με την οποία αποφασίστηκε η αναστολή της εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή θέτει καταρχήν ζήτημα αναρμοδιότητας του εκδόντος την προσβαλλόμενη πράξη. Εν συνεχείαισχυρίζεται εν συνόψει τα εξής : Καταρχήν ως προς τους λόγους αποκλεισμού της υποστηρίζει ότι, λαμβάνοντας υπόψη το άρθρο 2.2.2.1. της διακήρυξης, το υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, το οποίο παραθέτει αυτούσιο, καθώς και το άρθρο 72 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 ως ισχύει, προκύπτει ότι η επίμαχη εγγυητική επιστολή συντάχθηκε σύμφωνα με το περιεχόμενο στη διακήρυξη υπόδειγμα, στο οποίο δεν περιλαμβάνεται αναφορά στην καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, επισημαίνοντας, έτι, αυτολεξεί ότι « Στην εν λόγω εγγυητική επιστολή περιέχεται ρητή αναφορά του αριθμού της διακήρυξης, της Αναθέτουσας Αρχής και του τίτλου του έργου, ως εκ τούτου,

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

η αναγραφή αντί της καταληκτικής ημερομηνίας του διαγωνισμού της ημερομηνίας διεξαγωγής είναι παντελώς επουσιώδης, αναπληρώνεται δε η καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού από την αναγραφή των στοιχείων της διακήρυξης και της Αναθέτουσας Αρχής, καθώς διαπιστώνεται με ευχέρεια σε ποιον διαγωνισμό αφορά. Είναι, επομένως, παντελώς αδικαιολόγητη η απόρριψη της προσφοράς μας για το ως άνω λόγο, καθώς ουδεμία σύγκυση ή αμφισβήτηση γεννάται από τον τρόπο διατύπωσης της ως άνω εγγυητικής και των περιεχόμενων σε αυτή στοιχείων, αναφορικά με το διαγωνισμό που αυτή αφορά και εν τέλει αναφορικά με την εξασφάλιση των συμφερόντων της Αναθέτουσας Αρχής». Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι ο δεύτερος λόγος απόρριψης της προσφοράς της «Η προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή με αριθμό 8002037115 της Τράπεζας EUROBANK, δεν περιλαμβάνει τα απαιτούμενα κατ' άρθρο 72 παρ.4 Ν.4412/2016 ελάχιστα στοιχεία», είναι παντελώς αβάσιμος. Αντιστοίχως, ως προς τον τρίτο λόγο απόρριψης βάσει του οποίου η προσφεύγουσα «δεν απάντησε εντός του αναγκαίου και ευλόγου προς τούτο χρόνου, όσον αφορά την παράταση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής» αντιλέγει ότι οι επίμαχες εγγυητικές επιστολές παρατάθηκαν όσο ήταν ακόμη εν ισχύι.

Δευτερευόντως, όσον αφορά την προσβαλλόμενη απόφαση σε σχέση με τη συμμετοχή της εταιρείας «...» αναφέρει ότι η αναθέτουσα αρχή παρατύπως ζήτησε σχετική αιτιολόγηση από την ως άνω εταιρεία, δεδομένου ότι εφόσον ως διαφαίνεται από την τεχνική προσφορά, μέλος της ομάδας έργου της εν λόγω προσφέρουσας, συμμετείχε στην κατάρτιση της τεχνικής μελέτης, που συνιστά αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης, γεγονός που δεν δηλώθηκε στο υποβληθέν ΤΕΥΔ, η υπό εξέταση περίπτωση συνιστά σύγκρουση συμφερόντων. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα, αναφέρει και λοιπές πλημμέλειες του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς της ως άνω εταιρείας.

Τέλος, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της ένωσης εταιρειών «...» θα έπρεπε να απορριφθεί για τους κάτωθι λόγους :

« • Οι ψηφιακές υπογραφές των κ.κ. ..., ... και ..., είναι άκυρες, αφού δεν έχουν χρονοσημανθεί από πιστοποιημένη αρχή χρόνου, παρά

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

μόνο από τους υπολογιστές των υπογραφόντων, γεγονός που αντίκειται στην τρέχουσα νομοθεσία.

- Σύμφωνα με την παρ. 2.2.6 (3) της διακήρυξης θα πρέπει: "Τα μέλη της ομάδας έργου θα πρέπει να διαθέτουν κατ' ελάχιστον τα παρακάτω προσόντα, όπως προκύπτουν από το βιογραφικό τους και σχετικές βεβαιώσεις, που μπορούν να συμπεριληφθούν στην προσφορά." Όσον αφορά στην ειδική επαγγελματική πείρα των πληροφορικών δεν τεκμηριώνεται με βεβαιώσεις προϋπηρεσίας η εμπειρία σε συγκεκριμένα εργαλεία ανάπτυξης εφαρμογών (HTML5, CSS3, AJAX, JAVASCRIPT / JSON, XML) και δημιουργίας web services (web services των προτύπων REST και SOAP).
- Σύμφωνα με την παρ. 2.4.2.5 της Διακήρυξης «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στη διαδικασία υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείων τύπου .pdf και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν ορατή μη κρυπτογραφημένη ψηφιακή υπογραφή σκληρής αποθήκευσης, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής.» Τα βιογραφικά της Ομάδας Έργου δεν φέρουν ψηφιακή υπογραφή του κοινού Εκπροσώπου της Ένωσης».

13. Επειδή στις 11/10/2018 με το με αριθμό πρωτ. 7554/11-10-2018 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού και με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ όπου αναφέρει αυτολεξεί «1.

Προσκομισθείσες εγγυητικές επιστολές:

1.1. Η προσκομισθείσα από την προσφεύγουσα Ένωση εγγυητική επιστολή υπ' αριθμ. 226/704205 της Εθνικής Τράπεζας αναγράφει την ημερομηνία "διεξαγωγής" του διαγωνισμού αντί του ορθού που είναι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών για τον άνω διαγωνισμό, κατά παράβαση του άρθρου 72 παρ.4 εδ' η του Ν. 4412/2016 Σημειώνεται ότι:

α) Κατά ρητή αναφορά της άνω διάταξης, η αναγραφή του στοιχείου αυτού (καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών) συνιστά "ελάχιστο" περιεχόμενο της εγγύησης ενώ πρέπει να σημειωθεί ότι ο

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

Νομοθέτης εισήγαγε την υποχρέωση προς αναγραφή του στοιχείου αυτού με ειδική διάταξη, ήτοι με το άρθρο 107 παρ.5 του Ν.4497^Α2017 (ΦΕΚ Α' 171/13-11-2017), με το οποίο τροποποιήθηκε η άνω διάταξη προκειμένου να περιληφθεί το στοιχείο αυτό στο ελάχιστο υποχρεωτικό περιεχόμενο της εγγύησης συμμετοχής :

(5. Στην περίπτωση η' της παρ. 4 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, η φράση «ημερομηνία διενέργειας» αντικαθίσταται από τη φράση «καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών».) Ενόψει των ανωτέρω και δεδομένου ότι ούτε στο υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής που περιλαμβάνεται στα τεύχη του άνω διαγωνισμού (Παράρτημα VI), δεν προβλέπεται οποιαδήποτε απόκλιση από τα άνω προβλεπόμενα ως προς το υποχρεωτικό ελάχιστο περιεχόμενο των εγγυήσεων συμμετοχής, νομίμως κρίθηκε ότι η άνω εγγυητική επιστολή δεν καλύπτει τους όρους του νόμου και της διακήρυξης του διαγωνισμού.

β) Ομοίως στην προσκομισθείσα υπ' αριθμ. 8002037115 της Τράπεζας EUROBANK, δεν γίνεται μνεία της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών και συνεπώς για τους ίδιους όπως ανωτέρω εκτιθέμενους λόγους, η υπό κρίση εγγυητική επιστολή δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή.

2. Παράταση ισχύος εγγυητικών επιστολών

Με την υπ' αριθμ. πρωτ. 5880/26-7-2018 επιστολή του Γενικού Διευθυντή της ...ζητήθηκε από όλους του διαγωνιζόμενους -πριν από την λήξη ισχύος των προσφορών και των εγγυητικών επιστολών- η παράταση αυτών. Όσον αφορά την προσφεύγουσα και ενόψει του ότι είχε αποδεχθεί την παράταση ισχύος της προσφοράς της ήδη με την κατάθεση αυτής, το αίτημά μας αφορούσε μόνον την παράταση ισχύος των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής της, για το οποίο:

α) Μετά παρέλευση σχεδόν δύο μηνών (27 Ιουλίου έως 21 Σεπτεμβρίου 2018) ήτοι μετά την πάροδο κάθε ευλόγου χρόνου και ενώ επέκειτο η λήξη ισχύος των άνω εγγυητικών επιστολών της προσφεύγουσας (30-9-2018) αναρτήθηκε στις 21 Σεπτεμβρίου 2018 στον ιστότοπο της ΕΣΗΔΗΣ, η απόφαση περί απορρίψεως της προσφοράς της η οποία είναι νόμιμη αν μάλιστα ληφθούν υπόψη και τα εξής:

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

Στις 18 Σεπτεμβρίου 2018 η προσφεύγουσα -κατά παράβαση του άρθρου 2.1.2 της Διακήρυξης με το οποίο ορίζεται ως μόνος αποδεκτός τρόπος επικοινωνίας η χρήση του ιστότοπου της ΕΣΗΔΗΣ- απέστειλε ηλεκτρονικό μήνυμα (email) στο οποίο δήλωνε την πρόθεσή της να αποδεχθεί το αίτημα παράτασης ισχύος των εγγυητικών επιστολών της, στις 24 Σεπτεμβρίου 2018 απέστειλε με φυσικό ταχυδρομείο επιστολή με την οποία αποδέχονταν το αίτημα παράτασης των εγγυητικών επιστολών απευθυνόμενη σε μη αρμόδιο υπάλληλο της Εθνικής Βιβλιοθήκης με συνημμένες τις νέες εγγυητικές επιστολές, έγγραφα τα οποία εν τέλει ανήρτησε στον ιστότοπο της ΕΣΗΔΗΣ στις 25 Σεπτεμβρίου 2018, ήτοι μετά την έκδοση του άνω προσβαλλόμενου Πρακτικού Αξιολόγησης / Αποσφράγισης.

Ενόψει των ανωτέρω, νομίμως αποκλείστηκε η άνω διαγωνιζόμενη Ένωση, αφού αφενός προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής (εγγυητικές επιστολές) διαφορετικά από τα ρητώς αξιούμενα που απαιτούνται από διατάξεις, στις οποίες η Διακήρυξη παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στον διαγωνισμό δίκαιο (ΣΤΕ 3703/2010, 1329/1616, 1619/2008), αφετέρου - επικουρικά- δεν ανταποκρίθηκε εγκαίρως ήτοι εντός του ευλόγως απαιτούμενου χρόνου και νομοτύπως στο αίτημα της Υπηρεσίας για παράταση ισχύος των προσκομισθεισών εγγυητικών επιστολών.

Περαιτέρω σύμφωνα με την αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλεται στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96). Η αρχή της χρηστής διοίκησης χωρεί εφόσον δεν υφίσταται δέσμια υποχρέωση της Διοίκησης (βλ. ΣΤΕ 3160/2015, 2067/2004) και λειτουργώντας ως όριο της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης, εκφράζει την αγαθή κρίση και επιείκεια που πρέπει να διέπει τα διοικητικά όργανα κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους, ενόψει της

εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος και της εύρυθμης λειτουργίας της διοίκησης .

Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω εκτιθεμένων υφίσταται δεσμία αρμοδιότητα της Αναθέτουσας Αρχής για απόρριψη των εν λόγω εγγυητικών επιστολών και κατ' ακολουθία της προσφοράς της προσφεύγουσας.

3. Ως προς τους λοιπούς προβαλλόμενους λόγους λεκτέα τα εξής:

Η Υπηρεσία μας απέστειλε -υπό την ιδιότητά της ως Αναθέτουσας Αρχής, έγγραφη πρόσκληση προς την διαγωνιζόμενη εταιρία ...Α.Ε. καθώς μέλος της ομάδας έργου της έχει συντάξει τη μελέτη εφαρμογής, μέρος της οποίας αποτέλεσε τμήμα των τεχνικών προδιαγραφών του παραπάνω διαγωνισμού προκειμένου να εκθέσει τους λόγους, που κατά την άποψή της αποδεικνύουν ότι η συμμετοχή της στην προετοιμασία της σύμβασης με τον παραπάνω τρόπο (σύνταξη της τεχνικής μελέτης), δεν της προσέφερε συγκριτικό πλεονέκτημα ή πρόσθετες πληροφορίες σε σχέση με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους.

Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι μη νόμιμα έγινε δεκτή η υπεύθυνη δήλωση (ΤΕΥΔ) της άνω συμμετέχουσας εταιρίας, δεδομένου ότι η αρνητική της απάντηση στο ερώτημα της ΤΕΥΔ "Έχει παράσχει ο οικονομικός φορέας ή επιχείρηση συνδεδεμένη με αυτήν συμβουλές στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα ή έχει με άλλο τρόπο αναμειχθεί στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης" ήταν ψευδώς αρνητική.

Επί των ανωτέρω πρέπει να σημειωθούν τα εξής:

α) Το μέλος της ομάδας μελέτης το οποίο φέρεται να έχει αναμειχθεί στη σύνταξη της μελέτης εφαρμογής που απετέλεσε τμήμα των τεχνικών προδιαγραφών του υπό κρίση διαγωνισμού, αποτελεί στέλεχος της εταιρίας Nionity, που είναι τρίτη ως προς την διαγωνιζόμενη εταιρία ...Α.Ε. με την οποία δεν υπάρχει οποιοσδήποτε δεσμός συμμετοχής ή ελέγχου και η οποία -σύμφωνα με την προσφορά της- συνεργάζεται μαζί της ευκαιριακά ως υπεργολάβος για την εκτέλεση τμήματος του προκηρυχθέντος έργου, συνεπώς δεν υφίσταται στο πρόσωπο της εταιρίας Nionity η έννοια της "συνδεδεμένης" επιχείρησης με την συμμετέχουσα εταιρία. Ενόψει των ανωτέρω δεν κρίθηκε ως ανακριβής η αρνητική απάντηση της άνω

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

συμμετέχουσας εταιρίας στο άνω ερώτηση του εντύπου της υπεύθυνης δήλωσης (ΤΕΥΔ).

β) Όσον αφορά τα προβαλλόμενα από την άνω προσφεύγουσα περί της συμμετοχής ή μή και καθ' οιονδήποτε τρόπο της άνω διαγωνιζόμενης σε "προπαρασκευαστικές εργασίες" του υπό κρίση διαγωνισμού, πρέπει να σημειωθεί ότι:

β.1 Το μέλος της Ένωσης της Προσφεύγουσας "... " είχε και η ίδια λάβει το πλήρες κείμενο της εν λόγω μελέτης εφαρμογής από τον Μάρτιο του έτους 2017, και είχε μάλιστα καταθέσει στην Υπηρεσία μας πρόταση για απευθείας ανάθεση παραπλήσιου έργου, ενώ συμμετείχε σε κατά το ίδιο χρονικό διάστημα σε συσκέψεις που αφορούσαν την υλοποίηση της εν λόγω μελέτης. Ενόψει αυτού οι ισχυρισμοί της περί ύπαρξης "συγκριτικού πλεονεκτήματος" της έτερης διαγωνιζόμενης εταιρίας "... " δεν ανταποκρίνονται στην αλήθεια, εφόσον και η ίδια η προσφεύγουσα είχε γνώση της εν λόγω μελέτης.

Σε κάθε περίπτωση, ως προς το ζήτημα αυτό, η Υπηρεσία μας εξετάζει ήδη την αποσταλείσα από την άνω διαγωνιζόμενη απάντηση καθώς και την συμπληρωματική αυτής, περί μή ύπαρξης σχετικού κωλύματος και θα αποφασίσει σχετικά μετά από την αξιολόγηση όλων των σχετικών στοιχείων.

Περαιτέρω, η προβολή των αιτιάσεων αυτών, που αφορούν την συμμετοχή ετέρου διαγωνιζόμενου, παρίσταται αλυσιτελής για την προσφεύγουσα, ενόψει της απόρριψης της προσφοράς της για τους άνω εκτιθέμενους λόγους, συνεπώς η υπό κρίση προσφυγή παρίσταται μη νόμιμη και πρέπει να απορριφθεί ως ουσία αβάσιμη».

14. Επειδή το άρθρο 18 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» προβλέπει τα εξής στην παρ. 1 : «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 συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

15. Επειδή το άρθρο 24 με τίτλο «Συγκρούσεις συμφερόντων» ,προβλέπει ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα, κατά τις επόμενες παραγράφους, για: α) την αποτελεσματική πρόληψη, β) τον εντοπισμό και γ) την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων.

2. Κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων συντρέχει ιδίως όταν τα πρόσωπα της επόμενης παραγράφου, έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παρ. 4, το οποίο θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης.

3. Η σύγκρουση συμφερόντων αφορά ιδίως τα ακόλουθα πρόσωπα:

α) μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του παρόχου υπηρεσιών διαδικασιών σύναψης συμβάσεων, υπό την έννοια του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221), ο οποίος ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής, συμπεριλαμβανομένων των μελών των αποφαινόμενων ή/και γνωμοδοτικών οργάνων ή/και β) τα μέλη των οργάνων διοίκησης ή άλλων οργάνων της αναθέτουσας αρχής ή/και γ) τους συζύγους και συγγενείς εξ αίματος ή εξ αγχιστείας, κατ' ευθεία μεν γραμμή απεριορίστως, εκ πλαγίου δε

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

έως και τέταρτου βαθμού των προσώπων των περιπτώσεων α' και β', τα οποία:

αα) εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης ή/και ββ) μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της.

4. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου ως «συμφέροντα» νοούνται προσωπικά, οικογενειακά, οικονομικά, πολιτικά ή άλλα κοινά συμφέροντα με τους υποψηφίους ή προσφέροντες ή με τους υπεργολάβους αυτών ή με οποιοδήποτε μέλος υποψήφιας/προσφέρουσας ένωσης οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και αντικρουόμενων επαγγελματικών συμφερόντων, όπως ιδίως:

α) Η συμμετοχή προσώπου της παρ. 3 στα όργανα διοίκησης ή διαχείρισης ενός οικονομικού φορέα, όταν ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης που διενεργεί η αναθέτουσα αρχή.

β) Η κατοχή από πρόσωπο των περιπτώσεων α' ή/και β' της παρ. 3, ποσοστού άνω του 0,5% των μετοχών, εταιρικών μεριδίων ή άλλης φύσης δικαιωμάτων επί του κεφαλαίου οικονομικού φορέα που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον η κατοχή του ανωτέρω ποσοστού επιτρέπει τη συμμετοχή στη διαχείριση του φορέα αυτού.

γ) Η ύπαρξη, κατά τη χρονική περίοδο που έχει ως αφετηρία δώδεκα (12) μήνες πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και λήξη την ημέρα σύναψης αυτής, συμβατικού δεσμού που αφορά είτε στην παροχή εξηρημένης εργασίας είτε στην εκτέλεση έργου ή παροχή υπηρεσιών ή προμήθεια αγαθών μεταξύ ενός προσώπου των περιπτώσεων α' ή/και β' της παρ. 3, με οικονομικό φορέα, που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης.

5. Τα πρόσωπα που αναφέρονται στις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 3 υποχρεούνται να γνωστοποιήσουν εγγράφως στην αναθέτουσα αρχή τυχόν σύγκρουση συμφερόντων των ιδίων ή των συγγενικών τους προσώπων, υπό την έννοια της περίπτωσης γ' της παραγράφου 3, σε σχέση με οποιονδήποτε υποψήφιο ή προσφέροντα, από τη στιγμή που λαμβάνουν γνώση της εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

σύγκρουσης, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να προβεί σε διορθωτικές ενέργειες, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 6. Παράλληλα, τα πρόσωπα αυτά οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια σχετική με τη διενέργεια της διαδικασίας σύναψης.

6. Η αναθέτουσα αρχή αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της συνδρομής ή μη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων. Αν η αναθέτουσα αρχή αποφανθεί ότι συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, ενημερώνει αμέσως την Αρχή και λαμβάνει αμελλητί τα κατάλληλα μέτρα, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και προς αποφυγή στρεβλώσεων του ανταγωνισμού, στα οποία μπορεί να συμπεριλαμβάνεται η εξαίρεση του συγκεκριμένου προσώπου από οποιαδήποτε συμμετοχή στη σχετική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφαρμοζομένων και των διατάξεων των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 7 του ν. 2690/1999 (Α' 45).

7. Εάν μια σύγκρουση συμφερόντων είναι αδύνατον να αρθεί με άλλον τρόπο, ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος σχετίζεται με αυτή, αποκλείεται από τη διαδικασία, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην περίπτωση δ' της παρ. 4 του άρθρου 73.

8. Η αναθέτουσα αρχή συντάσσει και αποστέλλει στην Αρχή γραπτή έκθεση, η οποία περιλαμβάνει τις περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων που εντοπίστηκαν, καθώς και όλα τα επακόλουθα μέτρα που ελήφθησαν, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 341».

16. Επειδή το άρθρο 48 του Ν. 4412/2016 με τίτλο « Προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων» προβλέπει τα εξής : «Εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στην αναθέτουσα αρχή είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 46 ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα.

Τα εν λόγω μέτρα περιλαμβάνουν τη γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους και προσφέροντες σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου ή του προσφέροντος στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης και τον

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

προσδιορισμό επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών. Ο εμπλεκόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

Πριν από οποιονδήποτε τέτοιο αποκλεισμό, ενημερώνονται η Επιτροπή Ανταγωνισμού, αρμόδια για την εφαρμογή του ν. 3959/2011 (Α' 93) και η Αρχή και παρέχεται η ευκαιρία στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τα έγγραφα και στοιχεία που υποβάλλονται από τους υποψηφίους ή τους προσφέροντες προς απόδειξη αυτού, καταγράφονται και τίθενται υπόψη της Επιτροπής Ανταγωνισμού και της Αρχής με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Τα μέτρα που λαμβάνονται καταγράφονται στην ειδική έκθεση που απαιτείται δυνάμει του άρθρου 341».

17. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει τα εξής : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

18. Επειδή, το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Εγγυήσεις» προβλέπει στην παρ. 4 τα εξής «4. Οι εγγυήσεις του παρόντος άρθρου περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται (ή τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής στις περιπτώσεις δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών), δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση, ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης ή πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού, θ) την ημερομηνία λήξης ή τον

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

χρόνο ισχύος της εγγύησης, ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται και ια) στην περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης».

19. Επειδή το άρθρο 73 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» στην παρ. 4 προβλέπει τα εξής «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:

...[...]

δ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα,

ε) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 48, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα,...[...]

20. Επειδή το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» προβλέπει ότι «Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν,

β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77

γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων,

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά.

Όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να λάβει τα σχετικά δικαιολογητικά απευθείας με πρόσβαση σε βάση δεδομένων, σύμφωνα με την παρ. 6, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις πληροφορίες που απαιτούνται για τον συγκεκριμένο σκοπό, όπως την ηλεκτρονική διεύθυνση της βάσης δεδομένων, τυχόν δεδομένα αναγνώρισης και, κατά περίπτωση, την απαραίτητη δήλωση συναίνεσης.

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν να χρησιμοποιήσουν εκ νέου ΕΕΕΣ το οποίο έχει ήδη χρησιμοποιηθεί σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον επιβεβαιώνουν ότι οι πληροφορίες του εγγράφου εξακολουθούν να είναι αληθείς.

2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

- α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν,
- β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77,
- γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 και
- δ) εφόσον η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεσης σύμβασης υπερβαίνει το ένα εκατομμύριο (1.000.000) ευρώ εκτός ΦΠΑ, ότι δεν συντρέχουν οι

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (Α` 30).

Τα δεύτερο έως πέμπτο εδάφια της παραγράφου 1 εφαρμόζονται αναλόγως και στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων.

3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή.

4. Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53, μπορεί να εκδίδει αντίστοιχο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης, όπου απαιτείται, κατά τις διατάξεις του παρόντος. Μέχρι την έκδοση του τυποποιημένου εντύπου του προηγούμενου εδαφίου, γίνεται δεκτή υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986.

5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας.

Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, εξαιρουμένων των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α' της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82.

6. Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής.

Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση ή συνάψει τη συμφωνία-πλαίσιο, διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά. Για τον σκοπό του πρώτου εδαφίου, η Γενική Δ/ση Μεταρρυθμιστικής Πολιτικής και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης του Υπουργείου Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης και οι αρμόδιοι φορείς τήρησης των βάσεων δεδομένων, διασφαλίζουν ότι οι βάσεις δεδομένων, οι οποίες περιέχουν σχετικές πληροφορίες για τους οικονομικούς φορείς και μπορούν να χρησιμοποιούνται από τις αναθέτουσες αρχές, μπορούν επίσης να χρησιμοποιούνται υπό τις ίδιους όρους από τις αναθέτουσες αρχές άλλων κρατών-μελών.[...].

21. Επειδή το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπει το εξής :«1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαραίτατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης.

β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102.

γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.

δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης.

ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων.

στ) Προσφορά υπό αίρεση.

ζ) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών στις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 2 του άρθρου 95.

η) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών ή γενικών υπηρεσιών, προσφορά η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται η κατάθεση δειγμάτων, η μη προσήκουσα κατάθεση τους.

2. Η παράγραφος 1 εφαρμόζεται αναλόγως στο πλαίσιο της διαδικασίας αξιολόγησης των αιτήσεων συμμετοχής στην κλειστή διαδικασία, τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στη σύμπραξη καινοτομίας».

22. 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) αυτής, 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).

23. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL 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). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

24. 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, αφενός 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 και, αφετέρου, 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, 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).

25. 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

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

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.

26. Επειδή, όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί αναρμοδιότητας του εκδόντος την προσβαλλόμενη απόφαση οργάνου δέον ειπείν τα εξής : Με βάση το άρθρο 2 του Ν. 3149/2003 προβλέπεται ότι «1. *Όργανα Διοίκησης της ...είναι το Εφορευτικό Συμβούλιο (ΕΣ) και ο Γενικός Διευθυντής (ΓΔ). Τα όργανα διοίκησης της ...ορίζονται σύμφωνα με τις επόμενες παραγράφους, κατά παρέκκλιση των ρυθμίσεων του ν. 4369/2016 (Α` 33). ...[...]* 3. *Το ΕΣ μεριμνά για την εκπλήρωση της αποστολής της ΕΒΕ, διαμορφώνει τη στρατηγική της και εποπτεύει τη λειτουργία της. Το ΕΣ έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες:[...]*ιγ) *το Ε.Σ. μπορεί να μεταβιβάζει μερικές από τις αρμοδιότητές του στον Πρόεδρο ή στον ΓΔ, ιδ) έχει κάθε αρμοδιότητα που δεν ανατίθεται ειδικώς σε άλλο όργανο της* Επιπροσθέτως, κατά την 30^η Συνεδρίαση του Εφορευτικού Συμβουλίου της ... (ΑΔΑ ...) τη 19-1-2017 αποφασίστηκε η παροχή πληρεξουσιότητας στο Γενικό Διευθυντή της ΕΒΕ για έγκριση όλων των ενδιάμεσων σταδίων διαγωνιστικής διαδικασίας πλην της κατακύρωσης. Επομένως, δυνάμει των ως άνω ο εν θέματι προβαλλόμενος λόγος κρίνεται ως αβάσιμος.

27. Επειδή το άρθρο 2.1.1 με τίτλο «Έγγραφα της σύμβασης» προβλέπει ότι «Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας σύναψης σύμβασης είναι η παρούσα Διακήρυξη με τα Παραρτήματα της ως εξής :1. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ I – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης 2. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II – Ειδικό Όροι Συνεργασίας 3.ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ III –ΤΕΥΔ 4. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV - Κριτήρια - Πίνακας Βαθμολόγησης Κριτηρίων Τεχνικών Προσφορών 5. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V – Τεχνικές Προδιαγραφές 6.ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VI – Υποδείγματα Εγγυητικών Επιστολών 7.ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VII – Προσχέδιο Σύμβασης που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της παρούσας διακήρυξης.

28. Επειδή το άρθρο 2.1.5. της διακήρυξης με τίτλο «Εγγυήσεις» προβλέπει τα εξής «*Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη- μέλη της*

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα.

Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου.

Οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται, δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση (στην περίπτωση ένωσης αναγράφονται όλα τα παραπάνω για κάθε μέλος της ένωσης), ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης, ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται και ια) στην περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης.

Υποδείγματα των εγγυήσεων βρίσκονται στο Παράρτημα VII - Υποδείγματα Εγγυητικών Επιστολών.

Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους εκδότες των εγγυητικών επιστολών προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους». Αντίστοιχα, η παράγραφος 2.2.2.1. που αφορά στην εγγυητική επιστολή συμμετοχής αναφέρει ότι «Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των τριών χιλιάδων τετρακοσίων ευρώ 3.400€20(170.000,00 χ 2%).

Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση.

Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 2.4.5 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής».

29. Επειδή περαιτέρω, η σύμβαση της εγγυητικής επιστολής μεταξύ της εκδότριας τράπεζας και του λήπτη της επιστολής αυτής δεν ρυθμίζεται ειδικά σε κάποιο νόμο, αλλά καθορίζεται στα πλαίσια της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων όπως αυτή περιγράφεται στο άρθρο 361 ΑΚ και ως εκ τούτου τα μέρη έχουν μεγάλη διακριτική ευχέρεια ρύθμισης των μεταξύ τους σχέσεων, με ακροτελεύτιο όριο διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, από τις οποίες δεν μπορούν να παρεκκλίνουν. Η τριγωνική σχέση που δημιουργείται μεταξύ δανειστή, οφειλέτη και τράπεζας με αφορμή την εγγυητική επιστολή που εκδίδει η τελευταία, αποτελεί ιδιόμορφη σύμβαση, που καταρτίζεται στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΠ 1403/2008). Η εγγυητική επιστολή διέπεται αφενός από τις γενικές διατάξεις που ρυθμίζουν τις συμβάσεις και αφετέρου από τις αναλογικά εφαρμοζόμενες, λόγω έλλειψης άλλων ειδικότερων διατάξεων, διατάξεις του ΑΚ, που ρυθμίζουν την εγγύηση (αρ. 847 επ. ΑΚ), εφόσον οι διατάξεις για την εγγύηση συμβιβάζονται με την εν λόγω σχέση. Ειδικότερα, οι παρά των τραπεζών συνήθως εκδιδόμενες εγγυητικές επιστολές, αποτελούν ιδιαίτερο είδος και τύπο εγγυήσεως, δημιούργημα της συναλλακτικής πρακτικής (ΑΚ 361), που διέπεται από τις διατάξεις περί παραγγελίας του ΕμπΝ και τις διατάξεις περί εντολής (714 επ.) του ΑΚ (ΑΠ862/1996), κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του (ΑΠ 1793/2008, 983/1999, 1433/1998, 48/1996) και μάλιστα ανεξάρτητα από το κύρος ή την ελαττωματικότητα της σχέσης μεταξύ αφενός του υπέρ ου η επιστολή και του λήπτη και αφετέρου μεταξύ του εγγυητή και του υπέρ ου η επιστολή (ΕΣ 134/2013 Ζ΄ Κλιμάκιο-Πράξη, Σπ. Ψυχομάνη «Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων» τ. Ι Γενικό Μέρος σελ. 353). Χαρακτηριστικό της εγγυητικής επιστολής είναι ότι με αυτήν οι συναλλασσόμενοι δεν αποβλέπουν στην απόκτηση προσθέτου φερεγγυότητας, αλλά στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στο δανειστή του καλυπτομένου με αυτήν ποσού με απλή ειδοποίηση του δανειστού, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει στα δικαστήρια και στη χρονοβόρο συνήθως διαδικασία τους (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1273/2014, 1884/2013). Επιπλέον, η εγγυητική επιστολή αποτελεί έγγραφη υπόσχεση τράπεζας προς οφειλέτη πελάτη της ότι θα εκπληρώσει ορισμένη χρηματική οφειλή του πελάτη της προς τον δανειστή του, είτε στην περίπτωση που ο πελάτης δεν εκπληρώσει την παροχή του (εγγυητική επιστολή υπό όρο), είτε στην περίπτωση που ο δανειστής δηλώσει ότι ο πελάτης της τράπεζας δεν εκπλήρωσε την παροχή του (εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση ή χωρίς όρους). Με τη σύμβαση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι του δανειστή να του καταβάλει οφειλή τρίτου, λόγω δε του ενδοτικού χαρακτήρα των περί εγγυήσεως διατάξεων δεν αποκλείεται να περιληφθεί στη σύμβαση ρήτρα, κατά την οποία ο εγγυητής θα καταβάλει το ποσό της εγγυήσεως σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το υπαρκτό και το νόμιμο του χρέους και να προβάλλει την ένσταση διζήσεως (βλ. σχετ. Εφαθ 7798/2006, ΑΠ 1433/1998 ΕΛΛΔ 1999, 633, ΑΠ 48/1996 ΕΛΛΔ 1996, 1332, ΑΠ 210/1993 ΝοΒ 1994, 399, ΑΠ 467/ 1992 ΕΛΛΔ 1993, 1075, ΑΠ 10/1992 ΝοΒ 1993, 70, ΑΠ 5593/1989 ΕΛΛΔ 1990, 1252, ΑΠ 585/1989 ΝοΒ 1990, 820, Εφαθ 8188/2003 ΕΛΛΔ 2004, 852, Εφαθ 6281/ 2002 ΕΛΛΔ 2004, 1071, Εφαθ 11349/1995 ΕΕμπΔ 1996, 51, Λ. Γεωργακόπουλου, Χρηματιστηριακό και Τραπεζικό Δίκαιο, 1999, σελ. 402-407, Σπ. Ψυχομάνη, Τραπεζικό Δίκαιο -Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, 1999, σελ. 297 -366, Απ. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σελ. 135-198).

30.Επειδή έχει κριθεί ότι πλημμέλειες της εγγυητικής επιστολής είναι ουσιώδεις, όταν από το περιεχόμενό της καταλείπονται αμφιβολίες σχετικά με την έκταση της δέσμευσης του εγγυητή. Έτσι, εφόσον απαιτήθηκε από τα έγγραφα της σύμβασης η εγγυητική επιστολή να έχει συγκεκριμένη προθεσμία ισχύος, η αναγραφή της στο σώμα της εγγυητικής αποτελεί στοιχείο του κύρους της άλλως τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή προμηθευτή και δε δύνανται να θεωρηθεί έλλειψη «επουσιώδους τυπικής προϋπόθεσης» της προσφοράς (ΣΤΕ 1400/2007).

31. Επειδή *de minimis* πλημμέλειες της εγγυητικής επιστολής δύνανται να συμπληρωθούν/διορθωθούν υπό τους όρους και προϋποθέσεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, τηρουμένης της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και της χρηστής διοίκησης (Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις, Ερμηνεία κατ' άρθρον, Σχετικές διατάξεις – Νομολογία*, Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ. 657-658).

32. Επειδή, ωστόσο εν προκειμένω, το μεν άρθρο 2.1.5. της διακήρυξης, που συνιστά κανονιστική πράξη κατισχύουσα και της κείμενης νομοθεσίας, αναφέρεται στην αναγραφή της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών ως προβλέπεται και στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016, το οποίο ήδη με την παρ. 5 του άρθρου 107 του Ν. 4497/2017 τροποποιήθηκε και εντάχθηκε στα στοιχεία που περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον οι εγγυητικές επιστολές, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών/αιτήσεων συμμετοχής (αντί της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού, που είχε τεθεί στην αρχική διατύπωση της σχετικής διάταξης, περ. θ' της παρ. 4 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016). Ωστόσο, στο υπόδειγμα της εγγυητικής επιστολής (Παράρτημα της διακήρυξης) όπως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα δεν υπάρχει αναφορά στην καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, ενώ εντάσσεται με βάση το άρθρου 2.1.1. στα συμβατικά έγγραφα.

33. Επειδή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια

ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ', Σάκκουλας, σελ. 776). Επομένως, αβασίμως προέβη η αναθέτουσα αρχή σε απόρριψη της υπό εξέταση προσφοράς - η οποία περιλαμβάνει την με αριθμό 226/704205-1 (της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος) εγγυητική επιστολή, που αναφέρει αντί της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφοράς την «ημερομηνία διεξαγωγής» - δεδομένης της πλημμέλειας των συμβατικών τευχών και της ήσσονος σημασίας της εν θέματι πλημμέλειας με βάση τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα και συνακόλουθα ο εν θέματι προβαλλόμενος λόγος κρίνεται ως βάσιμος.

34. Επειδή, περαιτέρω, ο προβαλλόμενος λόγος που αφορά την μη συμπερίληψη – κατά την προσβαλλόμενη - εντός της εγγυητικής επιστολής με αριθμό 8002037115 (της τράπεζας Eurobank Ergasias EFG) των ελάχιστων εκ του νόμου στοιχείων αφορά προφανώς στην έλλειψη αναφοράς της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, , παρίσταται ως βάσιμος καθώς η εν θέματι εγγυητική επιστολή περιλαμβάνει το σύνολο των λοιπών ρητώς απαριθμούμενων στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 στοιχείων πλην της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, πλημμέλεια η οποία δύναται να αναχθεί στην αντίστοιχη πλημμέλεια των συμβατικών τευχών. .

35. Επειδή το άρθρο 97 του Ν. 4412/016 με τίτλο «Χρόνος ισχύος προσφορών» προβλέπει στις παρ. 1 και 2 ότι «1. Προσφορά που ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από αυτόν που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης απορρίπτεται ως απαράδεκτη. 2. Σε περίπτωση αιτήματος για παράταση της ισχύος της προσφοράς, σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 1 του άρθρου 72, για τους οικονομικούς φορείς που αποδέχθηκαν την παράταση, πριν τη λήξη ισχύος των προσφορών τους, οι προσφορές ισχύουν και τους δεσμεύουν για το επιπλέον αυτό χρονικό διάστημα».

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

36. Επειδή το άρθρο 2.4.5. της διακήρυξης ορίζει ότι «Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα 180 ημερών από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού. Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται. Η ισχύς της προσφοράς μπορεί να παρατείνεται εγγράφως, εφόσον τούτο ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, πριν από τη λήξη της, με αντίστοιχη παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 72 παρ. 1 α του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.2.2. της παρούσας, κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη ως άνω αρχική διάρκεια.

Μετά τη λήξη και του παραπάνω ανώτατου ορίου χρόνου παράτασης ισχύος της προσφοράς, τα αποτελέσματα της διαδικασίας ανάθεσης ματαιώνονται, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει, κατά περίπτωση, αιτιολογημένα, ότι η συνέχιση της διαδικασίας εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, οπότε οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία μπορούν να επιλέξουν είτε να παρατείνουν την προσφορά και την εγγύηση συμμετοχής τους, εφόσον τους ζητηθεί πριν την πάροδο του ανωτέρω ανώτατου ορίου παράτασης της προσφοράς τους είτε όχι. Στην τελευταία περίπτωση, η διαδικασία συνεχίζεται με όσους παρέτειναν τις προσφορές τους και αποκλείονται οι λοιποί οικονομικοί φορείς».

37. Επειδή με την με αριθμό πρωτ. 5880/26-7-2018 επιστολή της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» την 27/7/2018 η τελευταία αιτήθηκε παράταση ισχύος της προσφοράς μέχρι Σάββατο 20 Οκτωβρίου 2018 και την παράταση της εγγύησης συμμετοχής για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη ισχύος της προσφοράς.

38. Επειδή η προσφεύγουσα απέστειλε το κάτωθι μήνυμα προς όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» την 18/9/2018 : «Σας ενημερώνουμε ότι σύμφωνα με το άρθρο 0.1 της Τεχνικής μας προσφοράς αναφέρεται ότι "Η προσφορά μας ισχύει και μας δεσμεύει για 180 μέρες από την επόμενη μέρα της διενέργειας του διαγωνισμού η οποία παρατείνεται, εφόσον ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή πριν από τη λήξη της, για διάστημα ακόμη 180 ημερών". Ως εκ τούτου η προσφορά μας έχει ήδη

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

ανανεωθεί κατόπιν του αιτήματός σας που έχουμε λάβει έως και τις 17/02/2019. Σχετικά με τις εγγυητικές επιστολές, βρίσκονται σε διαδικασία έκδοσης και θα σας αποσταλούν πριν τη λήξη των προηγούμενων».

39. Επειδή στις 21/9/2018 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» την προσβαλλόμενη απόφαση και το εισηγητικό αυτής πρακτικό το οποίο μεταξύ άλλων εισηγείται την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας λόγω μη απάντησής της όσον αφορά την παράταση ισχύος της εγγυητικής επιστολής «εντός του αναγκαίου κι ευλόγου προς τούτο χρόνου».

40. Επειδή στις 25/9/2018 η προσφεύγουσα απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» την από 21/9/2018 επιστολή με την οποία ανέφερε «*σας ενημερώνουμε ότι σύμφωνα με το άρθρο 0.1 της Τεχνικής μας προσφοράς αναφέρεται ότι "Η προσφορά μας ισχύει και μας δεσμεύει για 180 μέρες από την επόμενη μέρα της διενέργειας του διαγωνισμού η οποία παρατείνεται, εφόσον ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή πριν από τη λήξη της, για διάστημα ακόμη 180 ημερών". Ως εκ τούτου η προσφορά μας έχει ήδη ανανεωθεί έως και τις 17/02/2019. Επίσης, προσκομίζουμε τις παρακάτω Εγγυητικές Επιστολές: 1. Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής της Εταιρείας ...ΕΠΕ 2. Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής της ατομικής Επιχείρησης ...ανανεωμένες έως 30/11/2018».* Επίσης, με το αυτό μήνυμα απέστειλε α) την με αριθμ. 35-012393 της 18 Σεπτεμβρίου 2018 επιστολή της Εθνικής Τράπεζας με την οποία τροποποιείται η με αριθμό 226/704205-1 εγγυητική επιστολή ορίζοντας τη λήξη της την 30/11/2018 και αναφέροντας μεταξύ άλλων ότι «*Η παρούσα επιστολή αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παραπάνω σύμβασης εγγύησης. Όλοι οι άλλοι όροι και συμφωνίες παραμένουν σε πλήρη ισχύ»* και β) την με αριθμό 406424 της 20 Σεπτεμβρίου 2018 επιστολή της Τράπεζας EFG Eurobank Ergasias A.E. με την οποία παρατείνεται η με αριθμ. 8002037115/12-2-2018 εγγυητική επιστολή ώστε να ισχύει μέχρι την 30/11/2018 αναφέροντας επίσης, ότι «*Άπαντες οι λοιποί όροι παραμένουν ως έχουν. Η παρούσα αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της εγγυητικής επιστολής Νο 8002037115/12-02-2018 στην οποία και πρέπει να προσαρτηθεί».*

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

41. Επειδή από την επισκόπηση του οικείου φακέλου προκύπτει ότι οι επίμαχες αρχικά υποβληθείσες εντός της προσφοράς της προσφεύγουσας εγγυητικές επιστολές έληγαν η μεν με αριθμό 226/704205-1 εγγυητική επιστολή της Εθνικής Τράπεζας την 31/10/2018, η δε με αριθμό 8002037115/12-2-2018 εγγυητική επιστολή της Τράπεζας EFG Eurobank Ergasias A.E. την 30/9/2018.

42. Επειδή, με βάση την κείμενη νομοθεσία παράταση χρόνου εγγυητικής επιστολής χωρεί σε κάθε περίπτωση σε χρόνο προγενέστερο της λήξης της αρχικής εγγυητικής επιστολής (βλ. ΑΠ 2018/2014).

43. Επειδή, επομένως, με βάση τόσο το οικείο κανονιστικό πλαίσιο αλλά και την κείμενη νομοθεσία η παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι νόμιμη κι έγκυρη εφόσον έλαβε χώρα και μάλιστα κοινοποιήθηκε και στην αναθέτουσα αρχή πριν την λήξη της. Εξάλλου, η επίκληση του αναγκαίου κι εύλογου χρόνου δεν προκύπτει ούτε από το ειδικό περιεχόμενο της απευθυντέας την 27/7/2018 επιστολής της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, ο εν θέματι κρινόμενος λόγος παρίσταται βάσιμος.

44. Επειδή, σύμφωνα με τη νομολογία του Δ.Ε.Ε. (C-355/15, Bietergemeinschaft, σκ. 34-35), οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 3 και 2α της δικονομικής οδηγίας 89/665 διασφαλίζουν το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του. Αντιθέτως, τέτοιο δικαίωμα δεν παρέχεται στον προσφέροντα που έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της οδηγίας αυτής, το οποίο ορίζει ότι *«Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή»*. Επομένως, δεδομένου ότι η

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

προσφεύγουσα δεν έχει καταστεί τρίτη, μετά προφανούς εννόμου συμφέροντος βάλλει κατά της προσφοράς των λοιπών συμμετεχόντων.

45. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της ότι δεδομένου ότι υπάλληλος της εταιρείας Nionity, υπεργολάβου της εταιρείας ...Α.Ε. συμμετείχε - ως έμμισθος σύμβουλος κατά τον κρίσιμο χρόνο της αναθέτουσας αρχής – στην κατάρτιση της μελέτης της υπό κρίση σύμβασης, πέραν της ανακριβούς δήλωσης στις σχετικές ερωτήσεις του ΤΕΥΔ, υφίσταται σύγκρουση συμφερόντων και ως εκ τούτου έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά του εν λόγω υποψηφίου.

46. Επειδή, έχει κριθεί και υπό το προγενέστερο καθεστώς ότι διαγωνιζόμενος, ο οποίος έχει συμμετάσχει στη διαχείριση του έργου, συμπεριλαμβανομένης της κατάρτισης των συμβατικών τευχών και της γνωμάτευσης επί ζητημάτων που ανακύπτουν κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον συμμετέχει σε αυτή, έχει αποκτήσει ένα ανεπίτρεπτο πλεονέκτημα σε σχέση με τους υπόλοιπους συνδιαγωνιζομένους του έχοντας εν τοις πράγμασι δημιουργηθεί στην ουσία σύμπτωση στο πρόσωπό του της ιδιότητας του κρίνοντος και κρινόμενου. Έτερο ζήτημα είναι η συμμετοχή υποψηφίου με μέλη του σε μελέτη που συνιστά τη βάση υλοποίησης του συγκεκριμένου συνολικού προγράμματος, η οποία έχει δημοσιοποιηθεί και είναι στη διάθεση των διαγωνιζομένων (ΕΑ ΣΤΕ 370/2007).

47. Επειδή το καθήκον τήρησης της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, με τις οποίες σκοπείται, ιδίως, να ευνοηθεί η ανάπτυξη ενός πραγματικού ανταγωνισμού στους τομείς που εμπίπτουν στα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής τους και με τις οποίες θεσπίζονται κριτήρια όσον αφορά την ανάθεση της σχετικής συμβάσεως με σκοπό τη διασφάλιση ενός τέτοιου ανταγωνισμού (απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, Συλλογή 2002, σ. 1-7213, σκέψη 81 και η παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία).

48. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως επιβάλλει παρόμοιες καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τρόπο διαφορετικό και διαφορετικές καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τον ίδιο τρόπο, εκτός εάν κάτι τέτοιο δικαιολογείται αντικειμενικώς(βλ. απόφαση της 12ης Ιουλίου 2007, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, T-250/05,

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

EU:T:2007:225, σκέψη 45 ,αποφάσεις της 14ης Δεκεμβρίου 2004, C-434/02, Arnold André, που δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί στη Συλλογή, σκέψη 68 καθώς και η παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία, και C-210/03, Swedish Match κ.λπ., που δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί στη Συλλογή, σκέψη 70 και η παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία). Ειδικότερα, η αρχή της ίσης μεταχείρισεως επιβάλλει, κατά τη νομολογία, να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές υπόκεινται στους ίδιους όρους για όλους τους προσφέροντες. Η αρχή της διαφάνειας, η οποία συνιστά αναγκαία απόρροια της προαναφερθείσας αρχής, έχει κατ' ουσίαν ως σκοπό τον αποκλεισμό του κινδύνου ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και οι επιμέρους κανόνες της διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων (απόφαση της 9ης Σεπτεμβρίου 2009, Brink's Security Luxembourg κατά Επιτροπής, T-437/05, Συλλογή, EU:T:2009:318, σκέψεις 114 και 115). Η αρχή της διαφάνειας συνεπάγεται, επιπλέον, ότι όλα τα ουσιώδη τεχνικά στοιχεία για την ορθή κατανόηση της προκηρύξεως διαγωνισμού ή της συγγραφής υποχρεώσεων τίθενται, το συντομότερο δυνατό, στη διάθεση όλων των επιχειρήσεων που μετέχουν σε δημόσιο διαγωνισμό, έτσι ώστε, αφενός, όλοι οι ευλόγως ενημερωμένοι και επιμελείς προσφέροντες να μπορούν να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τα ερμηνεύσουν κατά τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, η αναθέτουσα αρχή να έχει τη δυνατότητα να ελέγξει αποτελεσματικά εάν οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν τον οικείο διαγωνισμό (βλ. απόφαση της 29ης Ιανουαρίου 2014, European Dynamics Belgium κ.λπ. κατά EMA, T-158/12, EU:T:2014:36, σκέψη 60 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

49. Επειδή, ένα πρόσωπο στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών σχετικών με δημόσια σύμβαση (στο εξής: πρόσωπο έχον πραγματοποιήσει ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες) δεν βρίσκεται κατ' ανάγκη, προκειμένου περί της συμμετοχής στη διαδικασία αναθέσεως της συμβάσεως

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

αυτής, στην ίδια κατάσταση με πρόσωπο που δεν πραγματοποίησε τέτοιες εργασίες. Πράγματι, αφενός, το πρόσωπο που συμμετέσχε σε ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες είναι δυνατόν να έχει ευνοηθεί όσον αφορά την υποβολή της προσφοράς του λόγω των πληροφοριών που, πραγματοποιώντας τις εν λόγω προπαρασκευαστικές εργασίες, συνέλεξε σχετικά με την επίμαχη δημόσια σύμβαση. Πάντως, όλοι οι υποβάλλοντες προσφορές πρέπει να διαθέτουν τις ίδιες ευκαιρίες όσον αφορά την υποβολή των προσφορών τους (βλ., υπό την έννοια αυτή, την απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54). Αφετέρου, το εν λόγω πρόσωπο είναι δυνατόν να βρεθεί σε κατάσταση δυνάμενη να καταλήξει σε σύγκρουση συμφερόντων, υπό την έννοια ότι, όπως ορθώς επισημαίνει η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, δύναται αυτό, χωρίς καν να έχει την πρόθεση, σε περίπτωση που το ίδιο έχει υποβάλει προσφορά για τη σχετική σύμβαση, να επηρεάσει τους όρους αυτής προς την ευνοϊκή γι' αυτό κατεύθυνση. Μία τέτοια κατάσταση μπορεί να νοθεύσει τον ανταγωνισμό μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορές. Ως εκ τούτου, λαμβανομένης υπόψη της καταστάσεως αυτής στην οποία θα μπορούσε να βρεθεί το πρόσωπο που πραγματοποίησε ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως επιβάλλει να αντιμετωπιστεί το πρόσωπο αυτό με τον ίδιο τρόπο όπως και κάθε άλλο που έχει υποβάλει προσφορά(συνεκδικ. C-21 και 34/03 Fabricom SA. Κατά Etat Belge, σκέψη 28-31).

50. Επειδή έχει κριθεί ότι αντίκειται προς την Οδηγία 89/665 και, πιο συγκεκριμένα, στα άρθρα της 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', και 5, καθώς και προς την Οδηγία 92/13 και, πιο συγκεκριμένα, στα άρθρα της 1 και 2 το να μπορεί η αναθέτουσα αρχή να απαγορεύει, μέχρι το πέρας της διαδικασίας εξετάσεως των προσφορών, τη συμμετοχή στη διαδικασία ή την υποβολή προσφοράς σε επιχείρηση συνδεδεμένη με οποιοδήποτε πρόσωπο στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, και τούτο μολονότι η επιχείρηση αυτή, ερωτηθείσα σχετικώς από την αναθέτουσα αρχή, βεβαιώνει ότι δεν απολαύει εκ του λόγου αυτού αδικαιολογήτου πλεονεκτήματος δυναμένου να νοθεύσει τους

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

κανονικούς όρους του ανταγωνισμού (συνεκδικ. C-21 και 34/03 Fabricom SA. κατά Etat Belge, σκέψη 46).

51. Επειδή κατά την νομολογία του ΔΕΕ, υφίσταται σύγκρουση συμφερόντων όταν η αμερόληπτη και αντικειμενική άσκηση των καθηκόντων της αναθέτουσας αρχής ή η ίση μεταχείριση ενός υποψηφίου/προσφέροντος/αιτούντος στο πλαίσιο διαδικασίας αναθέσεως ή εκτελέσεως συμβάσεως διακυβεύεται για λόγους οικογενειακούς, συναισθηματικούς, πολιτικής ή εθνικής συγγένειας, οικονομικού συμφέροντος ή για κάθε άλλο λόγο κοινών συμφερόντων με τον δικαιούχο προγραμμάτων χρηματοδοτούμενων από την [Ένωση]. Υφίσταται κίνδυνος συγκρούσεως συμφερόντων όταν, για παράδειγμα, άτομο που μετέχει στη διαδικασία (επιτροπή αξιολογήσεως, αναθέτουσα αρχή, κ.λπ.) μπορεί να προσποριστεί το ίδιο ή να προσπορίσει σε άλλον άμεσα ή έμμεσα αδικαιολόγητα πλεονεκτήματα επηρεάζοντας το αποτέλεσμα της διαδικασίας· ή όταν ένας εμπειρογνώμονας ή μια εταιρία [έχει] τη δυνατότητα να αποκτά προνομιακές πληροφορίες που να συνεπάγονται αθέμιτο ανταγωνισμό στο πλαίσιο μεταγενέστερων ή συναφών διαδικασιών (T-403/12 της 13ης Οκτωβρίου 2015, Intrasoft International SA. Κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκέψη 72). Συναφώς έχει κριθεί ότι λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων που έχουν εμπλακεί σε προετοιμασία σχεδίου (για παράδειγμα, στη σύνταξη των όρων αναφοράς) πρέπει να αναλύονται κατά περίπτωση. Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ο αποκλεισμός πρέπει να στηρίζεται στην ύπαρξη πραγματικού κινδύνου συγκρούσεως συμφερόντων, που να τεκμηριώνεται από τις ειδικές περιστάσεις της συγκεκριμένης υποθέσεως. Αυτόματος αποκλεισμός αποστερεί τον υποψήφιο/προσφέροντα/αιτούντα από το δικαίωμα υποβολής αποδεικτικών στοιχείων ικανών να διαλύσουν κάθε υπόνοια συγκρούσεως συμφερόντων. Ωστόσο, ο κίνδυνος της σύγκρουσης συμφερόντων πρέπει να είναι πράγματι διαπιστωμένος, κατόπιν συγκεκριμένης αξιολογήσεως της προσφοράς και της καταστάσεως του προσφέροντος, ώστε να είναι δυνατό ο τελευταίος να αποκλειστεί από τη διαδικασία. Προς τούτο, απλό ενδεχόμενο συγκρούσεως συμφερόντων δεν είναι αρκετό (απόφαση Deloitte Business Advisory κατά Επιτροπής, σκέψη 62 ανωτέρω, EU:T:2007:107, σκέψη 67).

52. Επειδή η έννοια της συγκρούσεως συμφερόντων έχει αντικειμενικό χαρακτήρα και, για να χαρακτηριστεί μια κατάσταση ως τέτοια, δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι προθέσεις των ενδιαφερομένων, και ειδικότερα η καλή τους πίστη (βλ. απόφαση της 20ής Μαρτίου 2013, Nexans Γαλλία κατά Κοινής Επιχείρησης Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, σκέψη 115 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

53. Επειδή συναφώς έχει κριθεί ότι η δυνατότητα του διαγωνιζομένου, ακόμη και αν δεν έχει τέτοια πρόθεση, να επηρεάσει τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών ώστε να καταστούν ευνοϊκότεροι γι' αυτόν συνιστά κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων. Συναφώς, η σύγκρουση συμφερόντων συνιστά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των υποψηφίων και της αρχής της παροχής ίσων ευκαιριών στους διαγωνιζομένους (απόφαση του Δικαστηρίου της 3ης Μαρτίου 2005, C-21/03 και C-34/03, Fabricom, Συλλογή 2005, σ. I-1559, σκέψεις 29 και 30, και απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 17ης Μαρτίου 2005, T-160/03, AFCon Management Consultants κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2005, σ. II-981, σκέψη 74). Ωστόσο, δεν υφίσταται απόλυτη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αποκλείει συστηματικά τους διαγωνιζομένους που βρίσκονται σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, εφόσον ο αποκλεισμός αυτός δεν δικαιολογείται στις περιπτώσεις που δεν είναι δυνατόν να αποδειχθεί ότι η κατάσταση αυτή δεν άσκησε επιρροή στη συμπεριφορά τους στο πλαίσιο της διαδικασίας πρόσκλησης υποβολής προσφορών και δεν υπάρχει πραγματικός κίνδυνος εμφάνισης πρακτικών ικανών να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό μεταξύ των διαγωνιζομένων (βλ., συναφώς, αποφάσεις του Δικαστηρίου Fabricom, σκέψη 114 ανωτέρω, σκέψεις 33 έως 36 της 19ης Μαΐου 2009, C-538/07, Assitur, Συλλογή 2009, σ. I-4219, σκέψεις 26 έως 30, και της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, Συλλογή 2009, σ. I-12169, σκέψεις 39 και 40). Ο αποκλεισμός ενός διαγωνιζομένου, όμως, σε μία σύγκρουση συμφερόντων είναι αναγκαίος όταν δεν υπάρχει καταλληλότερη λύση για να αποφευχθεί η παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας (απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 12ης Μαρτίου 2008, T-345/03, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Συλλογή 2008, σ. II-341, σκέψεις 71 επ.· βλ. επίσης, συναφώς, αποφάσεις

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

Assitur, σκέψη 116 ανωτέρω, σκέψη 21, και Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 116 ανωτέρω, σκέψεις 39 και 40, C-415/10 της 20^{ης} Μαρτίου 2013, NexansFrance κατά Ευρωπαϊκής κοινής επιχείρησης για τον ITER και την ανάπτυξη της πυρηνικής σύντηξης, σκέψη 114-117) . Πρέπει συνεπώς να εξεταστεί, στο πλαίσιο αντικειμενικής αναλύσεως στην οποία δεν θα λαμβάνονται υπόψη οι προθέσεις της προσφεύγουσας, αν ο κίνδυνος συγκρούσεως συμφερόντων προκύπτει από την κατάσταση της τελευταίας αυτής και από συγκεκριμένη αξιολόγηση της προσφοράς της.

54. Επειδή, έχει κριθεί ότι η οδηγία 92/50 καθώς και οι λοιπές οδηγίες που αφορούν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων απαγορεύουν εθνικό κανόνα κατά τον οποίο δεν γίνεται δεκτή η υποβολή προσφοράς για σύμβαση δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών εκ μέρους διαγωνιζομένου ο οποίος συμμετέσχε στην έρευνα, τον πειραματισμό, τη μελέτη ή την προώθηση αυτών των έργων, αυτών των προμηθειών ή αυτών των υπηρεσιών, χωρίς να του παρέχεται η δυνατότητα να αποδείξει ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, η κατ' αυτό τον τρόπο αποκτηθείσα υπ' αυτού πείρα δεν νόθευσε τον ανταγωνισμό (απόφαση της 12^{ης} Μαρτίου 2008, T-345/03 Ευρωπαϊκή Δυναμική – Προηγμένα Συστήματα Τηλεπικοινωνιών Πληροφορικής και Τηλεματικής Α.Ε. κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σκέψη 71, απόφαση του Δικαστηρίου της 3ης Μαρτίου 2005, C-21/03 και C-34/03, Fabricom, Συλλογή 2005, σ. I-1559, σκέψη 36).

55. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης όλων των διαγωνιζομένων επιβάλλει την εξουδετέρωση των πλεονεκτημάτων του μέχρι τούδε συμβαλλομένου ή του επιλεγέντος υποψηφίου. Περαιτέρω, σε περίπτωση διαπίστωσης - υφιστάμενης πλημμέλειας, δέον είναι να εξετασθεί εάν, ελλείψει της πλημμέλειας αυτής, η διαδικασία θα μπορούσε να καταλήξει σε διαφορετικό αποτέλεσμα (απόφαση της 12ης Μαρτίου 2008, T-345/03 Ευρωπαϊκή Δυναμική – Προηγμένα Συστήματα Τηλεπικοινωνιών Πληροφορικής και Τηλεματικής Α.Ε. κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σκέψη 160 επ.).

56. Επειδή όσον αφορά το άρθρο 48 του Ν. 4412/2016, σε περίπτωση που εξαντληθούν τα μέτρα συμμόρφωσης με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και μόνο ως *ultimum refugium* ο εμπλεκόμενος

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία κατά την δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής, όπως προβλέπεται και στις διατάξεις της περ. (ε) της παρ. 4 του άρθρου 73 του νόμου 4412/2016, που αφορά τους (δυνητικούς) λόγους αποκλεισμού. Πριν από οποιονδήποτε τέτοιο αποκλεισμό, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ενημερώνει την Επιτροπή Ανταγωνισμού και την Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΔΗΣΥ), παρέχοντας την ευκαιρία στους υποψηφίους να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δεν προκαλεί στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τα έγγραφα και στοιχεία που επικαλούνται και προσκομίζουν οι εν λόγω υποψήφιοι για την απόδειξη της μη πρόκλησης αθέμιτου ανταγωνισμού αποστέλλονται στις Ανεξάρτητες Αρχές με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον σημειώνεται ότι, ακόμα και στην περίπτωση που αποδειχθεί ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού λόγω της προηγούμενης εμπλοκής του συμμετέχοντα, μπορεί ο τελευταίος να αποδείξει την αξιοπιστία του για την εκτέλεση της σύμβασης με βάσει τις διατάξεις της παρ. 7 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, προσκομίζοντας σχετικά στοιχεία στην αναθέτουσα αρχή, η οποία εκδίδει σχετική απόφαση μετά από την σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παρ. 9 του ως άνω άρθρου 73 (βλ. Δ.Ράικο, Ε.Βλάχου, Ε.Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο*, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 510).

57. Επειδή, οι μη εκτελεστές διοικητικές πράξεις κατανέμονται μεταξύ άλλων σε α) Εσωτερικά διαβιβαστικά έγγραφα ήτοι έγγραφα εσωτερικής αλληλογραφίας της Διοίκησης τα οποία δεν απευθύνονται στον διοικούμενο αλλά σχετίζονται με τη συνεννόηση οργάνων της Διοίκησης προς αντιμετώπιση ορισμένου θέματος (ΣτΕ 690/1990), β) σε συστάσεις-υποδείξεις, οι οποίες είναι έγγραφα τα οποία απευθύνονται στους διοικουμένους και τους προειδοποιούν για ορισμένη συμπεριφορά ή τους υποδεικνύουν την τήρηση των υποχρεώσεων τους (ΣτΕ 3054/1991) και γ) Πράξεις υποκείμενες σε έγκριση, όπου ο νόμος σε ορισμένες περιπτώσεις προβλέπει ότι πράξη διοικητικού οργάνου πρέπει να εγκριθεί υπό ετέρου διοικητικού οργάνου, οπότε εκτελεστή διοικητική πράξη είναι μόνον η εγκριτική (ΣτΕ 3104/1990). Στη σύνθετη διοικητική ενέργεια υπάρχει περίπτωση να προηγηθούν της τελικώς εκδιδόμενης πράξεως άλλες

εκτελεστές πράξεις ως ενδιάμεσες πράξεις της διοικητικής αυτής διαδικασίας. Η νομολογία δέχεται ότι μετά την έκδοση της τελικής οι προηγούμενες εκτελεστές ενσωματώνονται στην τελευταία και έτσι στερούνται του εκτελεστού χαρακτήρα τους, παραδεκτώς, δε, προσβάλλεται μόνον η τελική (ΣΤΕ2198/1975).

58. Επειδή στην προκείμενη περίπτωση, η προσβαλλόμενη συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη ως προς την κρίση της για τους λοιπούς δύο συμμετέχοντες μεταξύ των οποίων και την προσφεύγουσα. Ωστόσο, δεν έχει προβεί ούτε η αρμόδια Επιτροπή σε διαμόρφωση εισήγησης σε σχέση με την προσφορά της εταιρείας ... Α.Ε. Συμβουλευτικών και Αναπτυξιακών Υπηρεσιών ούτε και η αναθέτουσα αρχή σε εξαγωγή κρίσης σε συνέχεια αξιολόγησης της εν λόγω προσφοράς. Επομένως, στο βαθμό που θίγονται ειδικότερες πλημμέλειες της συγκεκριμένης προσφοράς ως λόγοι που οδηγούν αναπόφευκτα σε απόρριψή της (το περιεχόμενο του ΤΕΥΔ ή συγκεκριμένα απαιτούμενα προσόντα των μελών της ομάδας έργου), δεδομένου ότι η αναθέτουσα δεν έχει διαλάβει κρίσης επί της προσφοράς, προβάλλονται οι συγκεκριμένες αιτιάσεις απαράδεκτως στο παρόν στάδιο. Το αυτό ισχύει και για τον προβαλλόμενο λόγο που αφορά την σύγκρουση συμφερόντων καθώς σε κάθε περίπτωση, δεν έχει αποφανθεί σχετικώς η αναθέτουσα αρχή.

59. Επειδή, όλως επικουρικώς επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα αορίστως αναφέρεται στην ύπαρξη αθέμιτου ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος στο πρόσωπο του εν λόγω συμμετέχοντος και σε παραβίαση της αρχής της αμεροληψίας χωρίς να αναφέρει σε τι συντείνει αυτό κατά τρόπο που να πριμοδοτεί αθέμιτα εν τοις πράγμασι αθέμιτα την συγκεκριμένη συμμετοχή.

60. Επειδή, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι *«Το μέλος της Ένωσης της Προσφεύγουσας "...» είχε και η ίδια λάβει το πλήρες κείμενο της εν λόγω μελέτης εφαρμογής από τον Μάρτιο του έτους 2017, και είχε μάλιστα καταθέσει στην Υπηρεσία μας πρόταση για απευθείας ανάθεση παραπλήσιου έργου, ενώ συμμετείχε σε κατά το ίδιο χρονικό διάστημα σε συσκέψεις που αφορούσαν την υλοποίηση της εν λόγω μελέτης»* προβάλλονται εν προκειμένω αλυσιτελώς δεδομένης της μη παραδεκτής προσβολής της εν θέματι πράξης.

61. Επειδή από τη γραμματική ερμηνεία της παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την εννοιολογικά ταυτόσημη παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, προκύπτει ότι προκειμένου να ασκηθεί παραδεκτώς από τον θιγόμενο προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, θα πρέπει η βλαπτική πράξη της αναθέτουσας αρχής να έχει εκτελεστό χαρακτήρα ομοίως και η παράλειψη, δηλαδή, να παράγουν έννομες συνέπειες (βλ. σκέψη 6 της παρούσας). Ειδικότερα, όσον αφορά την παράλειψη θα πρέπει να παράγει έννομα αποτελέσματα παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, ώστε να προσβάλλεται παραδεκτώς (πρβλ. ΣΤΕ 3230/2012) με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (βλ. Δ.Ράικο, Ε.Βλάχου, Ε.Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016*, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 1175).

62. Επειδή η παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας θεμελιώνεται όταν συντρέχουν σωρευτικά, μεταξύ άλλων, οι εξής προϋποθέσεις: το διοικητικό όργανο σύμφωνα με ειδικές διατάξεις, (και όχι απλώς βάσει του άρθρου 10 του Συντάγματος, ΣΕ 1674/2009) να έχει την υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη (ατομική ή γενική ατομική ή κανονιστική, ΣΤΕ 1653/1996, 2817/1998 ΣΤΕ 1490/1982, 2050/1988, 1653/1996, 2818/1997, 2073/2009, 1673/2009,) και να έχει παρέλθει άπρακτη η προθεσμία που καθορίζουν οι σχετικές διατάξεις για την έκδοση της πράξης (βλ. και Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, 15^η Έκδοση, 2017, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 108 επ.)

63. Επειδή, εν προκειμένω, δεν υφίσταται οφειλόμενη ενέργεια, η παράλειψη της οποίας να δύναται δυνάμει του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 να θεμελιώσει παραδεκτώς σχετικό αίτημα ακύρωσης, καθώς καταρχήν δεν υφίσταται προθεσμία έκδοσης της απόφασης της αναθέτουσας αρχής ως προς την αποδοχή ή απόρριψη της προσφοράς τινός υποψηφίου. Επομένως, απαραδέκτως προσβάλλει η προσφεύγουσα την παράλειψη μη απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...Α.Ε. ...». Εξάλλου, δεν συνιστά τεκμήριο αξιολόγησης και αποδοχής κατά τα λοιπά της εν θέματι προσφοράς η αποστολή του συγκεκριμένου ερωτήματος προς την εταιρεία «...Α.Ε. Συμβουλευτικών και Αναπτυξιακών Υπηρεσιών», που αφορά το ενδεχόμενο ύπαρξης συγκριτικού ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος στο πρόσωπο του εν

Αριθμός απόφασης: 1019/2018

λόγω συμμετέχοντος, ενώ ταυτόχρονα με βάση το λεκτικό των οικείων διατάξεων δεν υφίσταται δέσμια υποχρέωση εν προκειμένω της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει μην παρέχοντας οιοδήποτε δικαίωμα άμυνας στον εν λόγω υποψήφιο. Επομένως, ο εν λόγω προβαλλόμενος λόγος απορρίπτεται ως απαράδεκτος όσον αφορά την προσβαλλόμενη πράξη στο βαθμό που δεν διαλαμβάνει κρίση επί της αποδοχής της προσφοράς του εν λόγω προσφέροντος (βλ. σκέψη 6) και ως προς την εικαζόμενη παράλειψη (βλ. σκέψη 62).

64. Επειδή, όσον αφορά τους προβαλλόμενους λόγους κατά της εικαζόμενης αποδοχής της προσφοράς της ένωσης εταιρειών «...», παρίστανται απαραδέκτως προβαλλόμενοι, καθόσον στρέφονται κατά πράξης, η οποία δεν διαλαμβάνει ρητώς ουδεμία κρίση επί της προσφοράς της ως άνω ένωσης εταιρειών (βλ. σκεπτ. 6).

65. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

66. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

67. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016, άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το κεφάλαιο που απορρίπτει την προσφορά της προσφεύγουσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6 Νοεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 26 Νοεμβρίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Άννα Χριστοδουλάκου

Η Γραμματέας

Ειρήνη Τσιμπούκη