

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 1 Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 859/23.04.2021 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «... με δ.τ. ...-..., ...με δ.τ. ...-...& ...-...& ...-..., που εδρεύει στην οδό ...-..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ...-...(εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...με δ.τ. ...- ...με δ.τ. ... - ...με δ.τ. ...» (ήδη προσωρινός ανάδοχος) που εδρεύει στην οδό ...αρ. ... στην ...όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν η υπ' αρ. ... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...-...και κάθε άλλη συναφής πράξη της Αναθέτουσας Αρχής.

Η παρεμβαίνουσα αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό άνω των ορίων, με Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ... η οποία δημοσιεύτηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης με κωδικό αριθμό 2019/5142-349611 ενώ αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 25.07.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ... με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την εκπόνηση της μελέτης με τίτλο: «ΠΡΑΞΗ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΣΕ ΠΟΛΕΟΔΟΜΙΚΕΣ

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ΕΝΟΤΗΤΕΣ ΔΗΜΟΥ ...-...» εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης δύο εκατομμυρίων πεντακοσίων εβδομήντα εννέα χιλιάδων εννιακοσίων ογδόντα ενός ευρώ και ενενήντα έξι λεπτών (2.579.981,96 €) μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%.

2. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 12.899,91 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., εκτύπωση ηλεκτρονικής συναλλαγής της 22.04.2021, που αφορά στην επιτυχή εκτέλεση συναλλαγής για την πληρωμή του εν λόγω παραβόλου δια μέσω της ALPHA BANK και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης του ως άνω παραβόλου.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου και της προϋπολογισθείσας αξίας του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 22.04.2021, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 περ. α του άρθρου 361 του ν. 4412/2016, δοθείσας της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης στους ενδιαφερομένους στις 13.04.2021, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017. Η αναθέτουσα υπέβαλλε στην ΑΕΠΠ στις 26/04/2021 απόψεις της τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

5. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς έτερου προσφέροντος και εν προκειμένω στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ως δεύτερος σε σειρά μειοδότης.

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή α) προέβη, στις 23.04.2021 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και β) απέστειλε, εμπροθέσμως στην ΑΕΠΠ, δια της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, το από 29.04.2021 έγγραφο απόψεων της.

7. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 30.04.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η παρέμβαση της παρεμβαίνουσας και με προφανές έννομο συμφέρον αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης με την οποία της κατακυρώθηκε η σύμβαση.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό την 26.08.2019, καθώς ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών είχε ορισθεί η 27.08.2019 (βλ. άρθρο 14 της Διακήρυξης). Στις 03.09.2019 πραγματοποιήθηκε η ηλεκτρονική αποσφράγιση των υποβληθεισών προσφορών από την ορισθείσα Επιτροπή Διαγωνισμού. Στη διαγωνιστική διαδικασία έλαβαν μέρος τρεις (3) ενώσεις οικονομικών φορέων. Πιο συγκεκριμένα, υπέβαλαν προσφορά οι ενώσεις οικονομικών φορέων (ο.φ.) με τα κάτωθι στοιχεία: α) «... με δ.τ. ...-..., ...με δ.τ. ...-...-... & ...-...& ...-...» (ήδη προσφεύγουσα), β) «...με δ.τ. ...- ...με δ.τ. ... - ...με δ.τ. ...» και γ) «...- ...-...- ...-...». Η Αναθέτουσα Αρχή εξέδωσε στις 14.01.2020 την υπ' αρ. ...απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...-..., με την οποία ενέκρινε το από 2.1.2020 Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού, με το οποίο ελέγχθηκαν τα δικαιολογητικά συμμετοχής των συμμετεχόντων και τα στοιχεία των τεχνικών τους προσφορών και αξιολογήθηκαν και βαθμολογήθηκαν οι υποβληθείσες τεχνικές προσφορές. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, όπως προκύπτει από το Πρακτικό Ι, διαπίστωσε κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής ότι όλοι οι συμμετέχοντες πληρούν τους όρους και τις προϋποθέσεις συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία. Εν συνέχεια, προέβη στον έλεγχο των τεχνικών προσφορών και στη βαθμολόγησή τους. Η σχετική βαθμολόγηση αποτυπώνεται στο σχετικό Πίνακα που συνοδεύει το Πρακτικό Ι. Κατά της προειρημένης υπ' αρ. ...απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...-...και του εγκριθέντος μ' αυτήν Πρακτικού Ι της

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

Επιτροπής Διαγωνισμού, η ένωση οικονομικών φορέων «...-...-...- ...-...» άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ την από 25.01.2020 προδικαστική προσφυγή (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 84/27-01-2020). Με την εν λόγω προδικαστική προσφυγή η ως άνω ένωση ζητούσε την ακύρωση της ανωτέρω απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, αφενός κατά το μέρος που κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας, καθώς και της ένωσης ο.φ. «...με δ.τ. ...- ...με δ.τ. ... - ...με δ.τ. ...» και αφετέρου κατά το μέρος που αφορούσε τη βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών. Επί της προαναφερόμενης προδικαστικής προσφυγής εκδόθηκε η υπ' αρ. 338/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ που απέρριψε εν συνόλω την προδικαστική προσφυγή. Κατά της απόφασης αυτής δεν ασκήθηκε, αίτηση αναστολής ή αίτηση ακύρωσης κατ' άρθρο 372 του Ν. 4412/2016. Στη συνέχεια, η Αναθέτουσα Αρχή εξέδωσε την υπ' αρ. 161/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...-..., με την οποία ενέκρινε το Πρακτικό II της Επιτροπής Διαγωνισμού και ανάδειξε προσωρινή ανάδοχο την ένωση οικονομικών φορέων: «...με δ.τ. ...- ...με δ.τ. ... - ...με δ.τ. ...» (εφεξής: ένωση «... κ.λπ.»), δεδομένου ότι η προσφορά της συγκέντρωσε τη μεγαλύτερη συνολική βαθμολογία (87,30). Δεύτερος μειοδότης αναδείχθηκε η προσφεύγουσα με συνολική βαθμολογία προσφοράς 82,97 και τρίτος μειοδότης η ένωση «...-...-...- ...-...» με συνολική βαθμολογία 82,03. Κατά της προειρημένης απόφασης δεν ασκήθηκαν, προδικαστικές προσφυγές. Ακολούθως, η Αναθέτουσα Αρχή εξέδωσε στις 29.09.2020 την υπ' αρ. ...απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...-..., με την οποία ενέκρινε το από 23.09.2020 Πρακτικό III της Επιτροπής Διαγωνισμού, με το οποίο ελέγχθηκαν τα υποβληθέντα δικαιολογητικά της ως άνω προσωρινής αναδόχου. Με την απόφαση αυτή αποφασίστηκε, περαιτέρω, η κατακύρωση της σύμβασης στην ένωση «... κ.λπ.». Η ως άνω απόφαση κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 06.10.2020. Τα υποβληθέντα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου κατέστησαν προσβάσιμα στους διαγωνιζόμενους στις 07.10.2020. Κατά της προειρημένης ...κατακυρωτικής απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής η προσφεύγουσα άσκησε με έννομο συμφέρον, την από 15.10.2020 (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1479/16-10-2020) προδικαστική προσφυγή, προβάλλοντας παρατυπίες και ελλείψεις των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσωρινής αναδόχου και

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ζητώντας την ακύρωση της ως άνω απόφασης, του εγκριθέντος με αυτήν Πρακτικού ΙΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού και κάθε άλλης συναφούς πράξης της Αναθέτουσας Αρχής. Επί της προαναφερόμενης προδικαστικής προσφυγής εκδόθηκε η υπ' αριθ. 1540/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία η προσφυγή της προσφεύγουσας έγινε καθ' ολοκληρία δεκτή (ως προς αμφοτέρους τους προβαλλόμενους λόγους) και απορρίφθηκε η παρέμβαση της ένωσης «... κ.λπ.». Με την ίδια απόφαση ακυρώθηκε η υπ' αρ. ...απόφαση της Ο.Ε. του Δήμου ...-..., διά της οποίας είχε εγκριθεί το από 23.09.2020 Πρακτικό ΙΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού, περί ελέγχου των υποβληθέντων δικαιολογητικών προσωρινής αναδόχου και είχε αποφασιστεί η κατακύρωση της επίμαχης σύμβασης στην ένωση «... κ.λπ.». Ακολούθως, προς συμμόρφωση στην ως άνω υπ' αριθ. 1540/2020 απόφαση, εκδόθηκε η υπ' αριθ. ...-...απόφαση της Ο.Ε. του Δήμου ...-..., με την οποία ανακλήθηκε η υπ' αριθ. ...απόφαση της Ο.Ε. και το εγκριθέν με αυτήν από 23.09.2020 Πρακτικό ΙΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού και διαβιβάστηκε ο φάκελος του διαγωνισμού στην Επιτροπή του Διαγωνισμού για τη σύνταξη νέου πρακτικού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην προειρημένη απόφαση της Αρχής σας. Σε συνέχεια της προαναφερόμενης εξέλιξης του διαγωνισμού, με το υπ' αρ. πρωτ. ...-...έγγραφο της Αναθέτουσας Αρχής ζητήθηκε από την προσφεύγουσα να υποβάλει μέσω του ΕΣΗΔΗΣ εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών, τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου. Πράγματι, η προσφεύγουσα με το υπ' αρ. πρωτ. 29277/14-12-2020 έγγραφό της υπέβαλε νομότυπα και εμπρόθεσμα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 22 της οικείας Διακήρυξης. Επειδή δε για ορισμένα πιστοποιητικά ποινικού μητρώου που επρόκειτο να υποβληθούν η προσφεύγουσα είχε καταθέσει αιτήσεις έκδοσης νέων (με ημερομηνία μετά την πρόσκληση) και η έκδοσή τους από τις αρμόδιες υπηρεσίες δεν είχε ολοκληρωθεί, με το ίδιο ως άνω έγγραφο ζήτησε, σύμφωνα με το άρθρο 5.γ της Διακήρυξης και το άρθρο 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, παράταση της ως άνω προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών για όσο διάστημα ήθελε απαιτηθεί για τη χορήγηση τους από τις αρμόδιες αρχές, συνυποβάλλοντας τα αποδεικτικά των σχετικών αιτήσεων έγγραφα. Με το υπ' αρ. πρωτ. 36868/21-12-2020 έγγραφο της Αναθέτουσας Αρχής εγκρίθηκε το ως άνω αίτημα παράτασης και, ακολούθως,

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

με το υπ' αρ. πρωτ. 29332/29-12-2020 έγγραφό της υπέβαλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ τα συμπληρωματικά δικαιολογητικά κατακύρωσης. Κατά των προαναφερόμενων πράξεων και ειδικότερα κατά (α) της υπ' αρ. 1540/2020 απόφασης της Α.Ε.Π.Π., (β) της, εν συμμορφώσει προς την ανωτέρω απόφαση, υπ' αριθ. ...-...απόφασης της Ο.Ε. του Δήμου ...-... και (γ) κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης, η ένωση «... κ.λπ.» άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την υπ' αρ. κατάθ. ANM560/7-12 2020 Αίτηση Αναστολής (κατ' άρθρο 372 του Ν. 4412/2016), την οποία κοινοποίησε, μετά της οικείας από 14.12.2020 πράξης ορισμού δικασίμου, στις 16.12.2020. Επί της προειρημένης αίτησης αναστολής της ένωσης «... κ.λπ.» εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 43/02-02-2021 απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΓ' Ακυρωτικό), με την οποία αυτή έγινε δεκτή και ανεστάλη η εκτέλεση της υπ' αριθμ. 1540/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ (δεδομένου ότι κρίθηκε ότι η υπ' αριθμ. ...-...απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής στερείτο εκτελεστότητας). Στην πιο πάνω κρίση ήχθη το Δικαστήριο κατόπιν πιθανολόγησης περί της βασιμότητας των αιτιάσεων της ένωσης «... κ.λπ.», λόγω των οποίων η προειρημένη 1540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ «δεν φαίνεται νομίμως αιτιολογημένη», διότι «α) Στο άρθρο 22.3 της οικείας διακήρυξης, όπου προβλέπονται τα πιστοποιητικά που πρέπει να προσκομιστούν από τον προσωρινό ανάδοχο και τα μέλη αυτού, ανάλογα με τη νομική τους μορφή, απαριθμούνται για την περίπτωση των ανωνύμων εταιρειών πέντε (5) δικαιολογητικά, στα οποία δεν συμπεριλαμβάνεται το πιστοποιητικό εκπροσώπησης και για τον λόγο αυτό η μη υποβολή ή μη νόμιμη υποβολή τέτοιου πιστοποιητικού δεν φαίνεται ότι στοιχειοθετεί λόγο απόρριψης της προσφοράς (βλ. σκ. 13). Και β) Το άρθρο 22.1.5 της οικείας διακήρυξης πιθανολογήθηκε ότι παρουσιάζει αμφισημία και ασάφεια, ως προς τον χαρακτήρα και τον χρόνο υποβολής της υπεύθυνης δήλωσης που προβλέπεται από την ΚΥΑ 20977/23-8-2007, με αποτέλεσμα να μην καθίσταται σαφές στον κανονικά επιμελή και ευλόγως ενημερωμένο υποψήφιο αν η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση απαιτείται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης που πρέπει να υποβληθεί με τον οικείο φάκελο (βλ. σκ. 15)». Με την ως άνω απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ανεστάλη, ως προελέχθη, η εκτέλεση της 1540/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της αίτησης ακύρωσης κατ' αυτής, που έπρεπε να ασκηθεί από την αιτούσα ένωση («... κ.λπ.») εντός δέκα (10) ημερών από την επίδοση της απόφασης. Η ένωση «... κ.λπ.» άσκησε, στη συνέχεια, ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την υπ' αρ. κατάθ. ΑΚ160/12.02.2021 Αίτηση Ακύρωσης (κατ' άρθρο 372 του Ν. 4412/2016), με την οποία ζητά να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 1540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ και η υπ' αριθμ. ...-...απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής. Κατόπιν των ανωτέρω η Αναθέτουσα Αρχή, έλαβε κατά τη συνεδρίαση της 22.03.2021 την υπ' αρ. ...απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Σπάτων Αρτέμιδος (εφεξής: προσβαλλόμενη απόφαση), με την οποία αποφάσισε τα εξής: «1. Τη συμμόρφωση του Δήμου με την υπ' αριθμ. 43/2021 Απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (ΙΓ τμήμα) σύμφωνα με το αρ. 372 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, 2. Ανακαλεί την υπ' αριθμ. ...-...Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής και 3. Εγκρίνει το Πρακτικό ΙΙΙ της Επιτροπής του Διαγωνισμού και κατακυρώνει τον διαγωνισμό για την ανάθεση της μελέτης με τίτλο : "Πράξη Εφαρμογής σε Πολεοδομικές Ενότητες του Δήμου ...-...", στην «ΕΝΩΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ: ...-...- ... ΜΕ Δ.Τ. "... " , Α^.Τ. ... ΜΕ Δ.Τ. "...", ...-...ΜΕ Δ.Τ. "...» με συνολική τιμή (χωρίς Φ.Π.Α.) 874.000,00 € και μέση τεκμαρτή έκπτωση επί του συνόλου της προεκτιμώμενης αμοιβής Εμ: 66,12 %». Βάσει του περιεχομένου της προσβαλλόμενης πράξης, με αυτήν η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε η ίδια να συμμορφωθεί προς τα πιθανολογηθέντα της απόφασης 43/2021 του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ανακαλώντας την προηγούμενη ...-...απόφασή της και εκδίδοντας νέα κατακυρωτική απόφαση στο πρόσωπο της ένωσης «... κ.λπ.». Η ως άνω προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 13.04.2021.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα, κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος της ισχυρίζεται καταρχήν με τον πρώτο λόγο προσφυγής ότι «Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 «Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ.». Η ίδια, εξάλλου, ρύθμιση επαναλαμβάνεται στο άρθρο 18 παρ. 5 του Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών που εγκρίθηκε με το π.δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64). Σύμφωνα δε με το άρθρο 372 του ίδιου νόμου, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, προβλέπονται τα εξής: «1. Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989 (Α' 8). 2. Αιτήσεις αναστολής του νόμου αυτού εκδικάζονται από τον Πρόεδρο Εφετών του οικείου Διοικητικού Εφετείου ή από τον Εφέτη που αυτός ορίζει. ... 3. ... 4. Η άσκηση της αίτησης αναστολής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη άσκηση της αίτησης ακύρωσης. ... Ο διάδικος που πέτυχε υπέρ αυτού την αναστολή της εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, οφείλει μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών από την επίδοση της απόφασης αυτής, να ασκήσει την αίτηση ακύρωσης, διαφορετικά αίρεται αυτοδικαίως η ισχύς της αναστολής. Η δικάσιμος για την εκδίκαση της αίτησης ακύρωσης δεν πρέπει να απέχει πέραν του τριμήνου από την κατάθεση του δικογράφου. Κατά παρέκκλιση από τις διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 52 του π.δ. 18/1989 (Α' 8), η αίτηση αναστολής γίνεται δεκτή εφόσον πιθανολογείται σοβαρά η παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου και η αναστολή είναι αναγκαία για να αρθούν τα δυσμενή από την παράβαση αποτελέσματα ή να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων του αιτούντος. 5. Εάν η αίτηση αναστολής γίνει δεκτή, το όργανο το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε τη

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

διαφορά. Στην περίπτωση αυτή, για το κύριο ένδικο βοήθημα που ασκήθηκε, εφαρμόζεται αναλόγως η παρ. 2 του άρθρου 32 του π.δ. 18/1989. 6.... 7....». Από τον συνδυασμό των πιο πάνω διατάξεων προκύπτει ότι υφίσταται υποχρέωση των αναθετουσών αρχών για την πλήρη συμμόρφωσή τους προς τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Σε αντίθεση δε προς τη διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 367 του Ν 4412/2016, στην οποία γίνεται λόγος για υποχρέωση συμμορφώσεως, η συμμόρφωση προς τις αποφάσεις των δικαστηρίων επί των αιτήσεων αναστολής εκτελέσεως, κατά το άρθρο 372 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 δεν ορίζεται ως υποχρεωτική, αλλά ως δυνητική. Εξάλλου, η τελευταία αυτή διάταξη αναφέρεται σε συμμόρφωση προς την απόφαση επί της αιτήσεως αναστολής, του οργάνου που εξέδωσε την πράξη, της οποίας ζητείται η αναστολή εκτελέσεως. Περαιτέρω, ως προς τη συμμόρφωση των αναθετουσών αρχών προς τις αποφάσεις των δικαστηρίων επί των αιτήσεων αναστολής εκτελέσεως πρέπει να γίνουν οι ακόλουθες διακρίσεις: α) Εάν η προδικαστική προσφυγή έχει απορριφθεί από την ΑΕΠΠ, επομένως θεωρείται συμπροσβαλλόμενη και η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, δύναται η αναθέτουσα αρχή, κατ' εφαρμογή των οριζομένων στην ως άνω παράγραφο 5 του άρθρου 372 του Ν 4412/2016, ως όργανο το οποίο εξέδωσε την συμπροσβαλλόμενη πράξη, της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση, να συμμορφωθεί προς τα κριθέντα με την απόφαση επί της αιτήσεως αναστολής και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει καταλλήλως την πράξη της αυτή (ΕΑ ΣτΕ 109/2020, 40, 313/2019 κ.ά.). β) Εάν, όμως, η ΑΕΠΠ έχει ακυρώσει την απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατ' αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, μοναδική πράξη της οποίας ζητείται η αναστολή εκτελέσεως, είναι η απόφαση της ΑΕΠΠ, αφού η απόφαση της αναθέτουσας αρχής έχει εξαφανιστεί από το νομικό κόσμο. Επομένως, σε μία τέτοια περίπτωση, που ούτε πράξη της αναθέτουσας αρχής υπάρχει ούτε η αναθέτουσα αρχή καθίσταται διάδικος, εφόσον η τελευταία επέλεξε να μην ασκήσει το δικονομικό της δικαίωμα να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου, το μόνο όργανο που κατά νόμο δύναται (έχει διακριτική ευχέρεια) να συμμορφωθεί προς την δικαστική απόφαση είναι η ΑΕΠΠ. Αυτό σημαίνει ότι η ΑΕΠΠ, μπορεί να εκδώσει απόφαση σύμφωνη με τα δικαστικώς κριθέντα,

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ανακαλώντας ή τροποποιώντας την προηγούμενη απόφασή της (ΕΑ ΣτΕ 91, 164, 165/2020, 30, 65/2019 κ.ά.). Εξάλλου, από την επισκόπηση της πρακτικής της ΑΕΠΠ προκύπτει ότι η Αρχή είναι ιδιαίτερα φειδωλή σε ότι αφορά στην άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας επανεξέτασης προδικαστικών προσφυγών προς συμμόρφωση στο προσωρινό δεδουλευμένο διοικητικών δικαστηρίων, διότι προδήλως γνωρίζει αφενός ότι πάντοτε υπάρχει ο κίνδυνος η κρίση επί της αίτησης αναστολής να ανατραπεί στο πλαίσιο της αίτησης ακύρωσης και αφετέρου ότι πρόκειται για άσκηση διακριτικής ευχέρειας της Αρχής και όχι για υποχρέωσή της. Εξάλλου, η νομολογία που διαμορφώθηκε υπό την ισχύ των διατάξεων του Ν. 3886/2010 δεν μπορεί να εφαρμοσθεί πλήρως υπό το νεότερο καθεστώς του ν. 412/2016. Τούτο διότι: Σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 8 του Ν. 3886/2010 προβλεπόταν ότι: «Εφόσον η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων γίνει δεκτή, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα τη διοικητική πράξη που προκάλεσε τη διαφορά ή, επί παράλειψης, να εκδώσει την οφειλόμενη ρητή πράξη...». Ωστόσο, σύμφωνα με τον νόμο αυτόν, επί της προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα αποφάσιζε η ίδια η αναθέτουσα αρχή και δεν μεσολαβούσε άλλο ανεξάρτητο όργανο - Αρχή, γι' αυτό και η ρητή αναφορά στο νόμο περί της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να συμμορφωθεί προς την απόφαση ασφαλιστικών μέτρων, πρόβλεψη που όμως ουδόλως επαναλαμβάνεται στο Ν. 4412/2016, η δε μη πρόβλεψη αυτή δεν οφείλεται σε αβλεψία του νομοθέτη, αλλά συνιστά συνειδητή επιλογή του, αφού για πρώτη φορά με το νόμο αυτό συνέστησε ένα άλλο όργανο και μάλιστα αυξημένου κύρους (Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή), στην οποία ανέθεσε το φιλτράρισμα (*Filterwirkung*) των υποθέσεων που θα οδηγούντο στα δικαστήρια, εύλογα δε θεώρησε ότι, προς προστασία του κύρους της εν λόγω Αρχής, μόνο η ίδια θα έκρινε, σε περίπτωση που είχε ακυρώσει πράξη αναθέτουσας αρχής και η τελευταία είχε ανασταλεί, εάν δικαιολογείται από τις περιστάσεις η συμμόρφωσή της στο προσωρινό δεδουλευμένο. Κατά συνέπεια, η δυνατότητα που είχε υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς η αναθέτουσα αρχή να προβεί οίκοθεν, προς συμμόρφωση στην απόφαση ασφαλιστικών μέτρων, σε ανάκληση της προηγούμενης πράξης της, χωρίς να

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

τίθεται ζήτημα παρεμβολής πράξης άλλου οργάνου, του οποίου η πράξη να υφίσταται στον νομικό κόσμο και να κωλύει την ενέργεια της αναθέτουσας, υφίστατο μόνο υπό το καθεστώς αυτό και όχι υπό το σήμερα ισχύον. Σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 που ισχύουν σήμερα, η αναθέτουσα αρχή στην περίπτωση που πράξη της έχει ακυρωθεί με απόφαση της ΑΕΠΠ, αλλά η εκτέλεση της τελευταίας έχει ανασταλεί με απόφαση προσωρινής δικαστικής προστασίας, κωλύεται να ενεργήσει προς συμμόρφωση στη δικαστική απόφαση, αφού ρητά ο νόμος (άρθρο 372 παρ. 5 του ν.4412/2016) προβλέπει ότι τέτοιο δικαίωμα έχει «το όργανο το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση», η δε πράξη η οποία αναστάληκε είναι η απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία άλλωστε εξακολουθεί να υφίσταται στο νομικό κόσμο, δεδομένου ότι, απλώς, έχει ανασταλεί η εκτέλεσή της. Εξάλλου, η ερμηνευτική αυτή άποψη ενισχύεται και από τη νέα νομοθετική ρύθμιση του Ν. 4782/2021. Με το άρθρο 138 του νόμου αυτού τροποποιήθηκε το άρθρο 372 του Ν. 4412/2016, με ισχύ από 01.09.2021 (βλ. άρθρο 142 παρ. 1 περ. β του Ν. 4782/2021), προβλέποντας συναφώς τα ακόλουθα: «12. Με μέριμνα του Προέδρου της, η Α.Ε.Π.Π. οφείλει να συμμορφώνεται δια των αρμοδίων οργάνων της, με τις δικαστικές αποφάσεις που λαμβάνονται δυνάμει του παρόντος, με τις οποίες ακυρώνονται εν όλω ή εν μέρει οι αποφάσεις της. Η συμμόρφωση συντελείται υποχρεωτικά εντός είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της δικαστικής απόφασης από το Δικαστήριο, την αναθέτουσα αρχή ή τα λοιπά διάδικα μέρη. Υποχρέωση συμμόρφωσης προς τις δικαστικές αποφάσεις κατά το μέρος των αρμοδιοτήτων τους έχουν και οι αναθέτουσες αρχές εντός της ίδιας προθεσμίας.». Παρατηρούμε, λοιπόν, αφενός ότι η συμμόρφωση θα αφορά, πλέον, μόνο τις δικαστικές αποφάσεις με τις οποίες ακυρώνονται οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ και όχι αυτές με τις οποίες αναστέλλεται απλώς η εκτέλεσή τους και αφετέρου ότι οι αναθέτουσες αρχές έχουν υποχρέωση συμμόρφωσης στις πιο πάνω αποφάσεις κατά το μέρος των αρμοδιοτήτων τους, όπως δηλαδή ίσχυε και πριν την εν λόγω ρύθμιση. Καθίσταται, επομένως, σαφές ότι ο νομοθέτης, εάν ήθελε να επιτρέψει την οίκοθεν συμμόρφωση των αναθετουσών αρχών στο προσωρινό δεδικασμένο των δικαστικών αποφάσεων, θα το προέβλεπε ρητώς. Αντιθέτως, ο νομοθέτης προέκρινε την και δογματικά ορθή εκδοχή (και σύμφωνη με το άρθρο 95 παρ.

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

5 του Συντάγματος, το άρθρο 50 παρ. 4 και 5 του π.δ. 18/1989 και το άρθρο 1 του Ν. 3068/2002) της συμμόρφωσης μόνο προς τις οριστικές αποφάσεις, χάριν της εξυπηρέτησης της αρχής της νομιμότητας. Συμπερασματικά, με βάση τα σήμερα ισχύοντα, σε περίπτωση που απόφαση της αναθέτουσας αρχής έχει ακυρωθεί από την ΑΕΠΠ, κατόπιν αποδοχής προδικαστικής προσφυγής οικονομικού φορέα, και ακολούθως, κατόπιν αιτήσεως αναστολής άλλου οικονομικού φορέα, ανεστάλη η εκτέλεση της απόφασης αυτής (ήτοι της απόφασης της ΑΕΠΠ, αφού αυτή μόνο υπάρχει στον νομικό κόσμο), το μοναδικό αρμόδιο όργανο που δύναται να συμμορφωθεί στο προσωρινό δεδουλευμένο της απόφασης αναστολής είναι η ΑΕΠΠ, η οποία μπορεί (και δεν υποχρεούται) να εκδώσει απόφαση, σύμφωνη με τα δικαστικώς κριθέντα, ανακαλώντας ή τροποποιώντας την προηγούμενη απόφασή της (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 91, 164, 165/2020, 30, 65/2019). Τούτο είναι απολύτως εύλογο, καθώς στην ανωτέρω περίπτωση αφενός δεν υφίσταται πράξη της αναθέτουσας αρχής (που να έχει ανασταλεί) και αφετέρου η αναθέτουσα αρχή δεν κατέστη διάδικος στη δίκη της αναστολής, ώστε να καταλαμβάνεται από το δεδουλευμένο. Αντιθέτως, διάδικος ήταν η ΑΕΠΠ και η δική της απόφαση ανεστάλη, επομένως αυτή δύναται να εκδώσει νέα απόφαση προς συμμόρφωση στην απόφαση της αναστολής. Όπως, εξάλλου, έχει κριθεί συναφώς από την Αρχή σας «...η δυνατότητά της αυτή, προβλέπεται στην διάταξη της παραγράφου 5 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, καθώς η Α.Ε.Π.Π. είναι το όργανο που εξέδωσε την προσβληθείσα απόφαση που ανεστάλη ... Η ως άνω δε ειδική διάταξη περί συμμόρφωσης της Α.Ε.Π.Π. μετά από την έκδοση της Απόφασης Αναστολής της Απόφασής της, αυτονόητα ιδρύει εξαίρεση στην αποκλειστική κατά χρόνο αρμοδιότητα της κατ' άρθρο 365 παρ. 4 και 8 και 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016 να αποφανθεί επί της προδικαστικής προσφυγής, ενώ περαιτέρω, κατά το άρθρο 21 παρ. 1 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η αρμοδιότητα για την ανάκληση της απόφασής της, ως διοικητικής πράξης νοουμένης, ανήκει διαζευκτικά, στο όργανο που είναι αρμόδιο, κατά το χρόνο της ανάκλησης, για την έκδοσή της ή το όργανο που την εξέδωσε (ΟΛΣΤΕ 1581/2010). Η συμμόρφωση, εξάλλου, της Α.Ε.Π.Π. με αποφάσεις αναστολής, ήτοι με αποφάσεις προσωρινής δικαστικής προστασίας και όχι οριστικές - ακυρωτικές αποφάσεις, είναι οικειοθελής και ασκείται κατά

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

τη διακριτική ευχέρειά της, κείται, όμως, εντός των άκρων ορίων της ... Σε κάθε περίπτωση, η πιο πάνω ευχέρεια συμμόρφωσης και συνακόλουθης ανάκλησης ή/και τροποποίησης της ανασταλείσας απόφασης της Α.Ε.Π.Π. δύναται να ασκηθεί είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν αιτήσεως του διοικούμενου είτε και της αναθέτουσας αρχής, που τυχόν έχει συμφέρον προς τη συμμόρφωση αυτή.» (βλ. ΑΕΠΠ 2/2019 επταμ., σκ. 7). Άλλωστε, η ΑΕΠΠ, προκειμένου να κρίνει αν θα ασκήσει ή όχι τη διακριτική της ευχέρεια για επανεξέταση προδικαστικής προσφυγής προς συμμόρφωση σε απόφαση αναστολής, μπορεί να σταθμίσει αφενός την ανάγκη για ταχεία ολοκλήρωση του διαγωνισμού, βάσει των εκάστοτε συντρεχουσών περιστάσεων, και αφετέρου ότι η κατά πιθανολόγηση κρίση του δικαστηρίου της αναστολής δεν αποκλείεται να είναι εσφαλμένη και θα μπορούσε ενδεχομένως να ανατραπεί στο πλαίσιο της δίκης της αίτησης ακύρωσης (βλ. ενδεικτικά την περίπτωση της σοβαρώς πιθανολογηθείσας κρίσης της απόφασης ΕΑ ΣτΕ 383/2018 ότι η ...αποτελεί αναθέτοντα φορέα που εμπίπτει στο Βιβλίο ΙΙ του Ν. 4412/2016, λόγω της οποίας η ΑΕΠΠ συμμορφώθηκε επανεξετάζοντας την προδικαστική προσφυγή με την 2/2019 απόφαση επταμελούς συνθέσεως και η οποία, εν τέλει, ακυρώθηκε με την απόφαση Ολ ΣτΕ 1076/2019 καθώς κρίθηκε ότι η ...δεν αποτελεί αναθέτοντα φορέα). Η αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή (που υιοθετείται από την εδώ προσβαλλόμενη πράξη), κατά την οποία και στις περιπτώσεις αναστολής αποφάσεων της ΑΕΠΠ που ακύρωσαν πράξεις της αναθέτουσας αρχής μπορεί η ίδια η τελευταία να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης της αναστολής και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε τη διαφορά, χωρίς να απαιτείται να αναμείνει την απόφαση επί της αιτήσεως ακυρώσεως, πρέπει να αποκρουστεί ως μη έχουσα έρεισμα στον νόμο. Καταρχάς, όπως προεκτέθηκε, δεν υπάρχει ρητή νομοθετική ρύθμιση που να επιτρέπει τοιαύτη συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής, παρά μόνο επιτρέπεται η συμμόρφωση του οργάνου που εξέδωσε την αποσταλείσα πράξη (άρθρο 372 παρ. 5 Ν. 4412/2016). Ακόμη, τυχόν υιοθέτηση της ανωτέρω εκδοχής θα αδρανοποιούσε με πράξη έτερου οργάνου (της αναθέτουσας αρχής) την απόφαση της ΑΕΠΠ που ακύρωσε την αρχική πράξη και προς την οποία (απόφαση) η αναθέτουσα εξακολουθεί να οφείλει να

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

συμμορφωθεί, αφού δεν έχει εξαφανιστεί, αλλά απλώς έχει ανασταλεί η εκτέλεσή της. Και έτι περαιτέρω, η εκδοχή αυτή θα εξουδετέρωνε την ίδια τη λειτουργία της ΑΕΠΠ ως Ανεξάρτητης Αρχής που επιλαμβάνεται αποκλειστικά -και μόνον αυτή- των προδικαστικών προσφυγών των οικονομικών φορέων κατά το προσυμβατικό στάδιο, αφού, με μόνη την πιθανολόγηση της παραβίασης κανόνων δικαίου από το δικαστήριο της αναστολής και χωρίς να εκδοθεί οριστική ακυρωτική απόφαση, η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να υποκαταστήσει την ΑΕΠΠ στις αρμοδιότητές της, καθιστώντας έτσι άνευ αντικειμένου την απόφαση της τελευταίας και, κατ' επέκταση, καταργώντας τη λειτουργική ανεξαρτησία της Αρχής, έκφανση της οποίας αποτελεί η δυνατότητά της να αποφασίζει η ίδια εάν θα ασκήσει τη διακριτική ευχέρεια που της παρέχει ο νόμος για ανάκληση των αποφάσεών της προς συμμόρφωση στο προσωρινό δεδουλευμένο ή εάν θα αναμείνει την οριστική δικαστική κρίση. Υπό την πιο πάνω εκδοχή της επέμβασης της αναθέτουσας αρχής στο έργο της ΑΕΠΠ, άλλωστε, φαίνεται ότι καθίσταται ισχυρότερο μέσο η αίτηση αναστολής, επί της οποίας η απόφαση εκδίδεται κατόπιν σοβαρής πιθανολόγησης, από ότι το κύριο ένδικο βοήθημα (αίτηση ακύρωσης), για την οποία απαιτείται πλήρης απόδειξη. Περαιτέρω, τυχόν αποδοχή της ανωτέρω υιοθετούμενης από την προσβαλλόμενη πράξη εκδοχής οδηγεί σε στέρηση του δικαιώματος αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας του οικονομικού φορέα που είδε την προδικαστική του προσφυγή να γίνεται δεκτή και την απόφαση της αναθέτουσας αρχής να ακυρώνεται από την ΑΕΠΠ, ακολούθως να αναστέλλεται η εκτέλεση της απόφασης αυτής, κατόπιν αιτήσεως αναστολής άλλου οικονομικού φορέα και στη συνέχεια να ανακαλείται η σχετική διοικητική πράξη, όχι από την ΑΕΠΠ, αλλά από την αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 372 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, το περιεχόμενο του οποίου ήδη παρατέθηκε πιο πάνω, εάν ανακληθεί η πράξη που προκάλεσε τη διαφορά προς συμμόρφωση προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης της αναστολής, καταργείται η δίκη της αίτησης ακύρωσης, εφαρμοζόμενης αναλογικά της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 του π.δ. 18/1989. Και ναι μεν κατά την τελευταία διάταξη η δίκη δεν καταργείται «αν ο αιτών επικαλείται ιδιαίτερο έννομο συμφέρον που δικαιολογεί τη συνέχιση της δίκης», αλλά δεν ισχύει το ίδιο για τους λοιπούς,

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

πλην του αιτούντος, διαδίκους και οπωσδήποτε δεν ισχύει για τον παρεμβαίνοντα. Στην ανωτέρω, λοιπόν περίπτωση υπάρχει ενδεχόμενο είτε να καταργηθεί η δίκη της οριστικής δικαστικής προστασίας, λόγω εκλείψεως του αντικειμένου της δίκης ή λόγω τυχόν παραίτησης του αιτούντος, είτε να απορριφθεί ως απαράδεκτη η αίτηση ακύρωσης λόγω ικανοποίησης του αιτούντος και, συνεπώς, ελλείψεως εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπό του. Στην περίπτωση αυτή δεν καταλείπεται καμία δικονομική δυνατότητα προστασίας του οικονομικού φορέα που αρχικώς δικαιώθηκε από την ΑΕΠΠ, κατά παράβαση των άρθρων 6 και 13 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) που κυρώθηκε με το κυρώθηκε με το ν.δ. 53 της 19/20 Σεπτεμβρίου 1974, του άρθρου 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΧΘΔΕΕ), του άρθρου 20 παρ. 1 του Συντάγματος και των άρθρων 1 παρ. 1 και 3, 2 παρ. 1 στοιχ. α' και β', 2α παρ. 2 της Οδηγίας 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25.02.1992, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26.02.2014. Επομένως και εξ αυτού του λόγου πρέπει να αποκρουστεί η ανωτέρω υιοθετούμενη από την προσβαλλόμενη πράξη ερμηνευτική εκδοχή. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως αναλυτικά εκθέτουμε στο ιστορικό της παρούσας, η αρχική κατακυρωτική πράξη ...της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώθηκε με την 1540/2020 Απόφαση της Αρχής σας. Προς συμμόρφωση στην Απόφαση αυτή η Αναθέτουσα Αρχή εξέδωσε την ...-...πράξη, η οποία όμως εν συνεχεία «ανακλήθηκε» από την ίδια με την εδώ προσβαλλόμενη ...πράξη, σε συνέχεια της 43/2021 Απόφασης του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία ανεστάλη η εκτέλεση της προαναφερόμενης Απόφασης της Αρχής σας, χωρίς ωστόσο η τελευταία να έχει ακυρωθεί ή ανακληθεί. Μετά την ακύρωση της προειρημένης πράξης της Αναθέτουσας Αρχής από την ΑΕΠΠ, η Απόφαση της Αρχής σας είναι η μόνη σε ισχύ διοικητική πράξη, της οποίας η εκτέλεση έχει απλώς ανασταλεί με την Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Εξάλλου, στο πλαίσιο της

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

προσωρινής δικαστικής προστασίας, το Δικαστήριο δεν ακύρωσε την απόφαση της ΑΕΠΠ αφού το Δικαστήριο δικάζοντας την αίτηση αναστολής δεν διαθέτει τέτοια αρμοδιότητα (βλ. την παρ. 5 του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016). Απλώς, πιθανολογώντας την παρανομία της απόφασης της ΑΕΠΠ, ανέστειλε την εκτέλεσή της. Περαιτέρω, ως μην παροραθεί ότι ο Δήμος Σπάτων Αρτέμιδος επέλεξε να μην ασκήσει, αλλά να απεμπολήσει το δικονομικό του δικαίωμα να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της 1540/2020 απόφασης της Αρχής σας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και, έτσι, στη δίκη της αναστολής δεν κατέστη διάδικος ο Δήμος, επομένως αυτός δεν δύναται να συμμορφωθεί ο ίδιος προς την δικαστική απόφαση, αλλά το μόνο όργανο που έχει κατά νόμο διακριτική ευχέρεια συμμορφώσεως είναι η ΑΕΠΠ. Με βάση τα ανωτέρω η προσβαλλόμενη πράξη είναι μη νόμιμη διότι εκδόθηκε κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Περαιτέρω, βάσει της ανάλυσης που προηγήθηκε, η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε τη δυνατότητα να συμμορφωθεί η ίδια στη δικαστική απόφαση της αναστολής, αλλά η σχετική ενέργεια ανήκει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, η οποία μπορεί να ασκήσει ή να μην ασκήσει τη διακριτική της ευχέρεια. Η δε Αναθέτουσα Αρχή θα μπορούσε, επί τω τέλει της ταχείας ολοκλήρωσης του διαγωνισμού που αποτελεί τον διακηρυγμένο στόχο της σύμφωνα με την προσβαλλόμενη πράξη, να καταθέσει στην ΑΕΠΠ τεκμηριωμένο αίτημα θέτοντας υπόψη της Αρχής σας τον χαρακτήρα της χρηματοδότησης του έργου και τονίζοντας το «σφιχτό» χρονοδιάγραμμά του ενόψει των ειδικών του χαρακτηριστικών που μνημονεύονται στην προσβαλλόμενη πράξη, προκειμένου η Αρχή σας να εξετάσει αν θα ασκήσει τη σχετική διακριτική ευχέρειά της και να προχωρήσει η ίδια σε συμμόρφωση προς την απόφαση 43/2021 του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (βλ. ΑΕΠΠ 2/2019 επταμ., σκ. 7). Ωστόσο, η Αναθέτουσα Αρχή δεν έπραξε τα ανωτέρω, ενώ αντιθέτως προέβη μη νομίμως σε συμμόρφωση προς το προσωρινό δεδρασμένο της απόφασης 43/2021 του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, το οποίο όμως δεν καταλάμβανε, ως προελέχθη, την ίδια, ανακαλώντας την προηγούμενη ...-...απόφασή της και κατακυρώνοντας το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην ανθυποψήφιά μας

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ένωση «... κ.λπ.». Η ανωτέρω πράγματι πρωτόγνωρη μεθόδευση της Αναθέτουσας Αρχής δεν έχει έρεισμα στον νόμο και εξουδετερώνει de facto τη λειτουργική ανεξαρτησία της Αρχής σας. Η έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης έχει, περαιτέρω, ως αποτέλεσμα η δική μας ένωση να στερείται του δικαιώματος αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας σχετικά με τις αιτιάσεις που προβάλαμε με την από 15.10.2020 (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1479/16-10-2020) προδικαστική προσφυγή μας που έγιναν αρχικώς εν συνόλω δεκτές με την 1540/2020 απόφαση της Αρχής σας, αλλά καταπώς φαίνεται, εάν δεν ακυρωθεί η εδώ προσβαλλόμενη πράξη, δεν θα εξεταστούν από το Δικαστήριο στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας. Και αυτό, διότι, σύμφωνα με την ανάλυση που προηγήθηκε, η δίκη της αίτησης ακύρωσης θα καταργηθεί λόγω ανάκλησης της πράξης από την Αναθέτουσα Αρχή (ή ακόμη και λόγω ενδεχόμενης παραίτησης της αιτούσας ένωσης «... κ.λπ.»), χωρίς η ένωσή μας να έχει καμία δικονομική δυνατότητα προστασίας, κατά παράβαση των διατάξεων της ΕΣΔΑ, του ΧΘΔΕΕ, του Συντάγματος και της Οδηγίας 92/13/ΕΟΚ που αναφέρονται πιο πάνω. Αντιθέτως, εάν η συμμόρφωση στην απόφαση της αναστολής γινόταν όχι με απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής αλλά με απόφαση της ΑΕΠΠ, όπως ρητώς επιτάσσει ο νόμος, τότε η ένωσή μας θα διέθετε ένδικα βοηθήματα κατά της τελευταίας (βλ. Ολ ΣΤΕ 1076/2019) και θα μπορούσε να προσδοκά την εξέταση των ισχυρισμών της από δικαστήριο».

10. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι «Με δεδομένο ότι διά της προσβαλλόμενης πράξης εγκρίθηκε εκ νέου το Πρακτικό III της Επιτροπής Διαγωνισμού και κατακυρώθηκε εκ νέου το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην ανθυποψήφιά μας ένωση «... κ.λπ.», μολονότι τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης αυτής δεν ήταν σύννομα, η προσβαλλόμενη είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα, για τους ακόλουθους λόγους: 1.α. Σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, (Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών) προβλέπονται τα ακόλουθα: «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

εντός προθεσμίας εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. ... 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει 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.». β. Ακόμη, σύμφωνα με άρθρο 80 παρ. 12 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ορίζονται τα εξής: «12. Τα αποδεικτικά μέσα γίνονται αποδεκτά κατά τον ακόλουθο τρόπο: α) ... β) ... γ) τα δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 2 του άρθρου 75, τα αποδεικτικά ισχύουσας εκπροσώπησης σε περίπτωση νομικών προσώπων, και τα πιστοποιητικά αρμόδιας αρχής σχετικά με την ονομαστικοποίηση των μετοχών σε περίπτωση ανωνύμων εταιρειών, εφόσον έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, δ) ... και ε) ...». 2.α. Συναφώς, στο άρθρο 5 της Διακήρυξης (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης) προβλέπονται τα ακόλουθα: «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 ειδοποίησης σε αυτόν, τα προβλεπόμενα στις κείμενες

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. ... δ) Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι: i) ... ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii) αν από τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 17,18, 19 και 22 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 βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας.». β. Στο δε άρθρο 22.3. της επίμαχης Διακήρυξης (Δικαιολογητικά νομιμοποίησης προσωρινού αναδόχου) προβλέπονται τα εξής: «Σε περίπτωση νομικού προσώπου, υποβάλλονται ηλεκτρονικά, στον φάκελο "Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου", τα νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου και τα οποία πρέπει να έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, εκτός αν σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος. Εάν ο προσφέρων είναι Α.Ε και Ε.Π.Ε :1. ΦΕΚ σύστασης. 2. Αντίγραφο του ισχύοντος καταστατικού με το ΦΕΚ στο οποίο έχουν δημοσιευτεί όλες οι μέχρι σήμερα τροποποιήσεις αυτού ή επικυρωμένο αντίγραφο κωδικοποιημένου καταστατικού (εφόσον υπάρχει), 3. ΦΕΚ στο οποίο έχει δημοσιευτεί το πρακτικό ΔΣ εκπροσώπησης του νομικού προσώπου. 4. Πρακτικό Δ.Σ περί έγκρισης συμμετοχής στον διαγωνισμό, στο οποίο μπορεί να περιέχεται και εξουσιοδότηση (εφόσον αυτό προβλέπεται από το καταστατικό του υποψηφίου αναδόχου) για υπογραφή και υποβολή προσφοράς σε περίπτωση που δεν υπογράψει ο ίδιος ο νόμιμος εκπρόσωπος του φορέα την προσφορά και τα λοιπά απαιτούμενα έγγραφα του διαγωνισμού και ορίζεται συγκεκριμένα άτομο. 5. Πιστοποιητικό αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής περί τροποποιήσεων του καταστατικού/μη λύσης της εταιρείας. Εάν ο προσφέρων είναι Ο.Ε, Ε.Ε, ΙΚΕ:...». Εξάλλου, στο ως άνω άρθρο 22.3 της Διακήρυξης και ειδικότερα στη φράση «30 εργάσιμες ημέρες πριν την υποβολή τους» έχει

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

τεθεί παραπομπή σε υποσημείωση (με αριθμό 127), η οποία έχει το εξής περιεχόμενο «πρβλ. παράγραφο 12 άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, όπως αυτή προστέθηκε με το άρθρο 43 παρ.7 περ. α' υποπερίπτωση αδ' του Ν. 4605/2019». 3.α. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του νόμου και της κανονιστικής πράξης του διαγωνισμού προκύπτει με περισσή σαφήνεια, χωρίς να καταλείπονται περιθώρια διαφορετικών ερμηνειών, ότι ως δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου (δικαιολογητικά κατακύρωσης) υποβάλλονται και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης, μεταξύ δε αυτών τα αποδεικτικά ισχύουσας εκπροσώπησης σε περίπτωση νομικών προσώπων, τα οποία πρέπει να έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους. Γίνεται μνεία ότι τα αποδεικτικά ισχύουσας εκπροσώπησης ζητούνται προς έλεγχο και απόδειξη της νόμιμης υπογραφής της προσφοράς και ότι αν δεν πληρούται η ανωτέρω απαίτηση έκδοσης αυτών εντός του προειρημένου χρονικού πλαισίου, η προσφορά του αναδόχου απορρίπτεται άνευ ετέρου (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 106/2020, σκ. 35). β. Η ανωτέρω ερμηνευτική εκδοχή, ότι μεταξύ των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται και τα αποδεικτικά ισχύουσας εκπροσώπησης σε περίπτωση νομικών προσώπων, τα οποία πρέπει να έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, δεν κλονίζεται από το γεγονός ότι με το άρθρο 22.3. εδ. β' της Διακήρυξης καθορίζονται συγκεκριμένα έγγραφα που πρέπει να προσκομιστούν από το νομικό πρόσωπο της εταιρίας, ανάλογα με το είδος της (ΑΕ, ΕΠΕ, ΟΕ, ΕΕ, ΙΚΕ) και, ειδικότερα, για την ανώνυμη εταιρία απαριθμούνται πέντε (5) δικαιολογητικά, στα οποία δεν περιλαμβάνεται το πιστοποιητικό της αρμόδιας διοικητικής αρχής περί της ισχύουσας εκπροσώπησης της εταιρείας. Και τούτο διότι, η υποχρέωση υποβολής του πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης προκύπτει από το αμέσως προηγούμενο εδάφιο του ίδιου άρθρου της Διακήρυξης («νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου»), αφού χωρίς αυτό δεν αποδεικνύεται η εξουσία υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου. Εξάλλου, στο εν λόγω πιστοποιητικό κάνει ρητή μνεία η παρ. 12 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει, στην οποία παραπέμπει η υποσημείωση 127 της Διακήρυξης. Επομένως, δεν καταλείπεται αμφιβολία ότι ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να υποβάλει πιστοποιητικό

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ισχύουσας εκπροσώπησης που να έχει εκδοθεί εντός του προαναφερόμενου χρονικού πλαισίου, ήτοι έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του. 4. α. Μόλις που χρειάζεται στο σημείο τούτο να τονιστεί η κεφαλαιώδης σημασία της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων (βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, 2019, σελ. 193-194, 470-473, Α. Γέροντα/Σ. Λύτρα/Π. Παυλόπουλου/Γ. Σιούτη/Σ. Φλογαίτη, Διοικητικό Δίκαιο, 2015, σελ. 312-317, Α. Γέροντα, Επιτομή Γενικού Διοικητικού Δικαίου, 2020, σελ. 314-320), η οποία αποτελεί, μεταξύ άλλων, απόρροια της αρχής της δεσμευτικότητας της διακήρυξης. Κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή που τον διενεργεί, όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣΤΕ 53/2011, 3703/2010, ΕΣ Τμ. μείζ. επταμ. συνθ. 3495/2012, VI Τμ. 2884/2014, 4919, 3208/2013, 78/2007, 19/2005, 31/2003, Κλιμ. Στ' 33/2017, κ.ά.). Επιπλέον, έχει κριθεί ότι η διοίκηση, ακόμη και στην περίπτωση που θεωρεί ότι ένας όρος της διακήρυξης αντιβαίνει σε κανόνα υπέρτερης τυπικής ισχύος, δεν μπορεί να τον παραμερίσει ως ανίσχυρο και να εφαρμόσει άλλον, διαφορετικού περιεχομένου κανόνα, αντιθέτως δεσμεύεται από τους κανόνες που θέτει η διακήρυξη του διαγωνισμού και δεν μπορεί να επιλέξει ανάδοχο εφαρμόζοντας κανόνα, ο οποίος είναι αντίθετος με το πλαίσιο που έχει θέσει η διακήρυξη (ΕΑ ΣτΕ 54/2018). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των οικονομικών φορέων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολ ΣΤΕ 2137/1993, ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993, ΑΕΠΠ 83/2018 σκ. 17, 18/2017 σκ. 5, 60/2017 σκ. 13, 66/2017 σκ. 11, 80/2017 σκ. 18-19 και 28,

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

114/2017 σκ. 12, ΕΣ Τμ. μείζ. επταμ. συνθ. 4, 3175/2012, VI Τμ. 3674/2009, 2045, 3145/2010, 2383/2011, 1364/2013 κ.ά.). 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 VI Τμ. 78/2007, IV Τμ. 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000, βλ. και Κατευθυντήρια Οδηγία 2 της ΕΑΑΔΗΣΥ (Απόφαση 231/2014)]. Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ). Περαιτέρω, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας της διαδικασίας που διέπει τους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει σαφώς το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων της διακήρυξης να συνεπάγεται την ακυρότητα της διαδικασίας και το απαράδεκτο των τυχόν αντίθετων προς τη διακήρυξη προσφορών (βλ. και ΕΣ Τμ. Μείζονος Συνθ. 31/2013). β. Η εφαρμογή των ανωτέρω αρχών στο στάδιο ελέγχου από την αναθέτουσα αρχή των δικαιολογητικών που υποβάλλονται από τους οικονομικούς φορείς έχει τις ακόλουθες συνέπειες: Η παράλειψη υποβολής ενός και μόνον δικαιολογητικού ή εγγράφου δικαιολογεί τον αποκλεισμό από τη διαγωνιστική διαδικασία, καθόσον η μη υποβολή οποιουδήποτε από τα δικαιολογητικά που προβλέπονται στη διακήρυξη καθιστά την προσφορά απαράδεκτη. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού πρέπει να ερευνά τον φάκελο των δικαιολογητικών των οικονομικών φορέων και, αν από τον σχετικό έλεγχο διαπιστωθεί ότι ελλείπει παντελώς δικαιολογητικό, που προβλέπεται από τον νόμο ή από τους όρους της διακήρυξης ή ότι υποβλήθηκε δικαιολογητικό που δεν ανταποκρίνεται στους όρους της διακήρυξης, οφείλει να προβεί, άνευ ετέρου, στον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου. Εξάλλου, τα ζητήματα του παραδεκτού της προσφοράς σε δημόσια σύμβαση αποτελούν ζητήματα ως προς τα οποία

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

δεν παρέχεται διακριτική ευχέρεια στη διοίκηση, αλλά καθιερώνεται δέσμια αρμοδιότητα αυτής για τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, ο οποίος δεν συμμορφώνεται με τις διατάξεις της οικείας διακήρυξης για την υποβολή της προσφοράς του (βλ. Δ. Ράικου, ό.π. 2019, σελ. 471-472). 5. Στην προκειμένη περίπτωση, η ένωση οικονομικών φορέων που αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος υπέβαλε για το μέλος της, «...», εντός του ηλεκτρονικού φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης το υπ' αρ. πρωτ. ...πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης από το Τμήμα Μητρώου/Υπηρεσία ΓΕΜΗ του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου ..., το οποίο φέρει ηλεκτρονική υπογραφή με ημερομηνία 16.03.2020. Το αποδεικτικό έγγραφο, ωστόσο, αυτό δεν πληροί την προειρημένη προϋπόθεση να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του. Κι αυτό διότι, σύμφωνα με το Πρακτικό ΙΙΙ που εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη πράξη και αποτελεί αιτιολογία της τελευταίας, το εν λόγω πιστοποιητικό υποβλήθηκε στις 04.06.2020, επομένως θα έπρεπε να έχει εκδοθεί έως 22.04.2020 (30 ημέρες πριν την 04.06.2020 εξαιρώντας τα σαββατοκύριακα και την αργία της πρωτομαγιάς). Κατά συνέπεια, η ημερομηνία της 16.03.2020, κατά την οποία εκδόθηκε το προειρημένο πιστοποιητικό εκπροσώπησης δεν πληροί τους νόμιμους όρους και δεν θα έπρεπε να γίνει δεκτό. Σημειώνεται δε στο σημείο τούτο ότι και από κανένα άλλο έγγραφο που υποβλήθηκε εντός του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης από την προσωρινή ανάδοχο δεν προκύπτει η ισχύουσα εκπροσώπηση της εταιρείας «...», μέλους της προσφέρουσας ένωσης οικονομικών φορέων. 6. Από τα προαναφερόμενα προκύπτει ότι μη νομίμως έγινε δεκτό το υποβληθέν πιστοποιητικό εκπροσώπησης του ο.φ. «...», μολονότι δεν είχε εκδοθεί εντός του απαιτούμενου χρονικού πλαισίου, γεγονός που καθιστά την προσβαλλόμενη πράξη μη νόμιμη και ακυρωτέα. 7. Σημειώνεται δε ότι το ελλείπον στοιχείο (πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του ο.φ. «...» με ημερομηνία μεταγενέστερη της 22.04.2020) δεν μπορεί παραδεκτώς να διορθωθεί διά διευκρίνισης κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, αφενός διότι δεν συνιστά ασάφεια, επουσιώδη πλημμέλεια ή πρόδηλο τυπικό σφάλμα υποβληθέντος δικαιολογητικού που επιδέχεται διόρθωση ή συμπλήρωση, και αφετέρου διότι η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση δε η προειρημένη διάταξη για την παροχή διευκρινίσεων αφορά μόνο τις πληροφορίες και τα δικαιολογητικά που αφορούν το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών και όχι το στάδιο της κατακύρωσης, για το οποίο υφίσταται αυτοτελής διάταξη (άρθρο 103) που δεν επιτρέπει παροχή διευκρινίσεων (βλ. *ad hoc* ΕΑ ΣτΕ 206/2020, ΔΕΘ Αναστ. 60/2021, ΑΕΠΠ 855/2020, σκ. 9). Τα δε, κατά σοβαρή πιθανολόγηση, αντίθετα γενόμενα δεκτά με την απόφαση 43/2021 του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, δεν έχουν κατά τη γνώμη μας έρεισμα στον νόμο και στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και αναμένουμε ευλόγως να ανατραπούν στη δίκη της αίτησης ακυρώσεως, εφόσον αυτή δεν καταργηθεί (βλ. συναφώς τον πρώτο λόγο της παρούσας). Το Δικαστήριο βάσισε την κατά πιθανολόγηση κρίση του (βλ. σκ. 13) στο γεγονός ότι με το άρθρο 22.3. εδ. β' της Διακήρυξης καθορίζονται συγκεκριμένα έγγραφα που πρέπει να προσκομιστούν από το νομικό πρόσωπο της εταιρείας, ανάλογα με το είδος της (ΑΕ, ΕΠΕ, ΟΕ, ΕΕ, ΙΚΕ) και, ειδικότερα, στο ότι για την ανώνυμη εταιρεία απαριθμούνται πέντε (5) δικαιολογητικά, στα οποία δεν περιλαμβάνεται το πιστοποιητικό της αρμόδιας διοικητικής αρχής περί της ισχύουσας εκπροσώπησης της. Σύμφωνα με την απόφαση αυτή: «... Ενόψει των ανωτέρω, ακόμα και αν ήθελε θεωρηθεί ότι η παράγραφος 22.3 της Διακήρυξης βρίσκει εφαρμογή και στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων χωρίς νομική προσωπικότητα και ότι προβλέπει υποχρέωση υποβολής νομιμοποιητικών εγγράφων από τους επιμέρους οικονομικούς φορείς -μέλη της ένωσης, εφόσον οι εταιρίες - μέλη της αιτούσας ένωσης οικονομικών φορέων κατέθεσαν τα αποδεικτικά νομιμοποίησης που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη και η νομιμότητα και πληρότητα αυτών δεν αμφισβητήθηκε με την προδικαστική προσφυγή, η φερόμενη πλημμέλεια του πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης του Τμήματος Μητρώου ΓΕΜΗ, που κατέθεσε το μέλος της, ανώνυμη εταιρία με τον διακριτικό τίτλο «...», ως αναφερόμενη σε δικαιολογητικό, την υποβολή του οποίου δεν αξιώνει η Διακήρυξη, δεν φαίνεται να αποτελεί νόμιμο λόγο απόρριψης της προσφοράς της. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π., η οποία φαίνεται να εξέλαβε ότι το επίμαχο πιστοποιητικό υποβλήθηκε από το μέλος της αιτούσας ένωσης οικονομικών φορέων προς

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

εκπλήρωση σχετικής υποχρέωσής του και, κατ' αποδοχή της σχετικής αιτίας της προδικαστικής προσφυγής, έκρινε ότι η προσφορά της αιτούσας ήταν απορριπτέα λόγω του ότι πιστοποιητικό αυτό δεν πληρούσε τους όρους της Διακήρυξης περί του χρόνου έκδοσής του, δεν φαίνεται νομίμως αιτιολογημένη, ο δε οικείος λόγος της κρινόμενης αίτησης, με τον οποία επαναφέρονται οι σχετικοί ισχυρισμοί της παρέμβασης της αιτούσας ένωσης οικονομικών φορέων ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., πιθανολογείται σοβαρώς ως βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.» (ΜονΔΕφΑθ 43/2021, σκ. 13). Ωστόσο, τα ανωτέρω γενόμενα δεκτά δεν έλαβαν υπόψη ότι η υποχρέωση υποβολής του πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης προκύπτει από το εδάφιο α' του άρθρου 22.3 της Διακήρυξης που αναφέρεται σε «νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου»). Εξάλλου, χωρίς την υποβολή του σχετικού εγγράφου δεν αποδεικνύεται η εξουσία υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας. Το εν λόγω πιστοποιητικό δεν αποτελεί μη αξιούμενο από τη Διακήρυξη δικαιολογητικό, ώστε να μην είναι νόμιμος ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα λόγω μη υποβολής του, αφού, εκτός της ανωτέρω αναφοράς στο εδ. α' του οικείου άρθρου της Διακήρυξης, περαιτέρω σε αυτήν περιλαμβάνεται και η υποσημείωση 127 που παραπέμπει στην παρ. 12 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει, όπου γίνεται ρητή μνεία στο πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης και στον απαιτούμενο χρόνο εκδόσεώς του (έως τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του). Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς και ειδικώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιοτήτων ή γεγονότων κρίσιμων για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να προβεί στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου, λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών ή και επιπλέον των προβλεπόμενων δικαιολογητικών (ΣτΕ 2723, 1328/2018, 1086/2015, 5022/2012, ΕΑ 251/2018, 382, 384/2015, 19, 53/2011, 632, 79/2010, ΔΕΘ 429/2019, Αναστ. 81/2018 κ.ά.). Επομένως, η ανθυποψήφιά μας ένωση «... κ.λπ.» ήταν αποκλειστέα λόγω μη υποβολής για το μέλος αυτής «...» πιστοποιητικό ισχύουσας

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

εκπροσώπησης εκδοθέν έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του».

11. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι «Στο άρθρο 8 του Ν. 3310/2005 «Διαφάνεια δημοσίων συμβάσεων (βασικός μέτοχος κλπ.)» (ΦΕΚ Α' 30), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει προβλέπονται τα ακόλουθα: «1. Οι μετοχές των ανωνύμων εταιρειών που συμμετέχουν, αυτοτελώς ή σε κοινοπραξία ή ένωση προσώπων ή σε οποιασδήποτε μορφής οντότητα, σε διαγωνιστική διαδικασία ή διαδικασία ανάθεσης κατασκευής έργων ή προμήθειας αγαθών ή παροχής υπηρεσιών και μελετών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, όπως αυτός οριοθετείται με τις διατάξεις του νόμου αυτού, με οικονομικό αντικείμενο ή αντάλλαγμα ανώτερο του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00) ευρώ, είναι υποχρεωτικά ονομαστικές, προκειμένου να καταστεί εφικτός ο έλεγχος της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού από τις διαγωνιστικές διαδικασίες ή τις διαδικασίες ανάθεσης, σύμφωνα με τις Οδηγίες περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, συμβάσεων δημοσίων προμηθειών και συμβάσεων δημοσίων έργων, όπως εκάστοτε ισχύουν 2. ... 3 4. Οι υποχρεώσεις των παραγράφων 1 έως 3 του άρθρου αυτού αποτελούν προϋποθέσεις για την παραδεκτή συμμετοχή της εταιρείας ή κοινοπραξίας ή ένωσης προσώπων ή οποιασδήποτε άλλης μορφής οντότητας στη σχετική διαδικασία. ... Η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. 5. ... 6. Με προεδρικό διάταγμα που εκδίδεται ύστερα από πρόταση των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών και Ανάπτυξης ρυθμίζονται μεταξύ άλλων: α) η διαδικασία και οι προϋποθέσεις για την ονομαστικοποίηση των μετοχών, β) ο τρόπος παρακολούθησης της ονομαστικοποίησης από το Χρηματιστήριο Αθηνών και την ανώνυμη εταιρεία Αποθετηρίων Εγγράφων, με την επιφύλαξη της προβλεπόμενης στην παράγραφο 3 του άρθρου αυτού εξαίρεσης, γ) κάθε άλλο συναφές ζήτημα σε σχέση με την ονομαστικοποίηση των μετοχών ή με την απαγόρευση συμμετοχής των εξωχώριων εταιρειών, καθώς και κάθε λεπτομέρεια αναγκαία για την εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου αυτού. 7. Μέχρι την έκδοση του π.δ. της προηγούμενης παραγράφου παραμένουν σε

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ισχύ οι διατάξεις του Π.Δ. 82/1996 (ΦΕΚ 66 Α'), εξαιρουμένων των διατάξεων των άρθρων 1 παρ. 4 και 2 παρ. 1 αυτού, οι οποίες καταργούνται δια του νόμου αυτού.» β. Στην Κοινή Απόφαση των Υπουργών Ανάπτυξης και Επικρατείας 20977/23-8-2007 (Β' 1673) «Δικαιολογητικά για την τήρηση των μητρώων του Ν. 3310/2005 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 3414/2005» προβλέπονται τα ακόλουθα: «Ι. Καθορίζουμε τα δικαιολογητικά που κατατίθενται... για την τήρηση του προβλεπόμενου από τις διατάξεις του Ν. 3310/2005, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 3414/2005, μητρώου των επιχειρήσεων Μέσων Ενημέρωσης και των Επιχειρήσεων που συνάπτουν Δημόσιες Συμβάσεις ως ακολούθως: Ι. ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ ΜΕΣΩΝ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗΣ ... ΙΙ. ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ ΠΟΥ ΣΥΝΑΠΤΟΥΝ ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΕΝΝΟΙΑ ΤΟΥ ΑΝΑΡΙΘΜΗΜΕΝΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 2 ΠΑΡ. 5 ΤΟΥ Ν. 3310/2005, ΟΠΩΣ ΠΡΟΣΤΕΘΗΚΕ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 2 ΠΑΡ. 3 ΤΟΥ Ν. 3414/2005. Για την εφαρμογή του άρθρου 5 του ν. 3310/2005, όπως τούτο τροποποιήθηκε με το άρθρο 5 του ν. 3414/2005, ενόψει της υπογραφής της σχετικής σύμβασης, οι επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, αρκεί να προσκομίζουν, δια των νομίμων εκπροσώπων τους, μόνον στην Αναθέτουσα Αρχή, πριν την υπογραφή της σύμβασης, υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 8 του ν. 1599/1986, όπως ισχύει, ότι δεν έχει εκδοθεί καταδικαστική απόφαση κατά την έννοια του άρθρου 3 του ν. 3310/2005, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 3 του ν. 3414/2005.» Στο σχετικό συνημμένο υπόδειγμα της εν λόγω υπεύθυνης δηλώσεως αναφέρεται ότι «προς το σκοπό διαπίστωσης, από την υπηρεσία σας, κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 3 και 5 του ν. 3310/2005, όπως αντικαταστάθηκαν αντιστοίχως από τα άρθρα 3 και 5 του ν. 3414/2005, και αριθμ. 20977/23.8.2007 ΚΥΑ υπ. ανάπτυξης και επικρατείας (ΦΕΚ Β 1673/07), της εκεί οριζόμενης τυχόν ασυμβίβαστης ιδιότητας, δηλώνω υπεύθυνα ότι δεν έχει εκδοθεί εις βάρος της εταιρίας μας ή/και του ιδιοκτήτη, των εταίρων, του/των βασικού/βασικών μετόχου/μετόχων, των μελών του οργάνου διοίκησης, ή/και των διευθυντικών στελεχών αυτής, οριστική απόφαση που έχει ισχύ δεδικασμένου ότι συντρέχει περίπτωση αποκλεισμού εξαιτίας ενεργητικής διαφθοράς κατά την έννοια του άρθρου 45 παρ. 1 εδ. β' της οδηγίας 2004/18/ΕΚ της 31.3.2004 όπως η περίπτωση αυτή ορίζεται στο άρθρο 3 της Πράξης του Συμβουλίου της 26ης

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

Μαΐου 1997 (ΕΕ C 195 της 25.6.1997). Ακόμα δηλώνω υπεύθυνα ότι δεν έχει εκδοθεί εις βάρος της εταιρίας μας ή/και των προαναφερόμενων προσώπων οριστική απόφαση που έχει ισχύ δεδικασμένου και με βάση την οποία να στοιχειοθετείται η εκ μέρους της εταιρίας μας ή/και των προαναφερόμενων προσώπων εκ προθέσεως υπόσχεση ή παροχή σε υπάλληλο της αναθέτουσας αρχής, άμεσα ή με τη μεσολάβηση τρίτου, οποιασδήποτε φύσεως ωφελήματος για τον εαυτό του ή για τρίτο, προκειμένου ο υπάλληλος να τελέσει ή να μην τελέσει πράξη εκ των καθηκόντων του ή κατά την άσκηση των καθηκόντων του, κατά παράβαση των νόμιμων καθηκόντων του ...». 2. Αναγκαία προϋπόθεση για την παραδεκτή συμμετοχή των ελληνικών ανωνύμων εταιρειών σε διαδικασίες για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, ύψους μεγαλύτερου του 1.000.000 ευρώ, συνιστά η υποβολή των προβλεπόμενων στο ΠΔ 82/1996 δικαιολογητικών. Η ως άνω υποχρέωση απορρέει ευθέως εκ του νόμου και συνιστά ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, ακόμα και αν δεν μνημονεύεται ρητά στη διακήρυξη (ΕΣ IV Τμ. 167/2007, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ). 3. α. Πρόκειται για αμιγώς εθνικό λόγο αποκλεισμού από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, που έχει τεθεί και στην κανονιστική πράξη του επίμαχου διαγωνισμού. Ειδικότερα, στο άρθρο 18.1.6. της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (εθνικός λόγος αποκλεισμού)». β. Σύμφωνα δε με την υποσημείωση υπ' αρ. 79 της Διακήρυξης «Η παρ. 18.1.6 τίθεται μόνο αν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης υπερβαίνει το ποσό του 1.000.000 ΕΥΡΩ (χωρίς ΦΠΑ). Η μη συνδρομή του εν λόγω εθνικού λόγου αποκλεισμού δηλώνεται στο αντίστοιχο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. (Μέρος ΙΙΙΔ "Άλλοι λόγοι αποκλεισμού που ενδέχεται να προβλέπονται από την εθνική νομοθεσία του κράτους μέλους"). γ. Προς απόδειξη της μη συνδρομής του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού το άρθρο 22 της Διακήρυξης προβλέπει τα ακόλουθα: «Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)...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

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 18 της παρούσας, β) ... Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 5 της παρούσας, τα δικαιολογητικά που αναφέρονται κατωτέρω: 22.1 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 18:... 22.1.5 Για την περίπτωση του άρθρου 18.1.6 της παρούσας, τα ακόλουθα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο π.δ. 82/1996 και στο άρθρο 8 του ν. 3310/2005: - Οι ημεδαπές επιχειρήσεις: ... -Οι αλλοδαπές επιχειρήσεις ... Περαιτέρω, πριν την υπογραφή της σύμβασης, υποβάλλεται η υπεύθυνη δήλωση της κοινής απόφασης των Υπουργών Ανάπτυξης και Επικρατείας 20977/23-8-2007 (Β' 1673) "Δικαιολογητικά για την τήρηση των μητρών του ν. 3310/2005 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 3414/2005".». δ. Καθίσταται σαφές από τους πιο πάνω κανονιστικούς όρους ότι προς προκαταρκτική απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν. 3310/2005 οι προσφέροντες υποβάλουν με την προσφορά τους το ΕΕΕΣ, συμπληρώνοντας κατάλληλα το αντίστοιχο πεδίο του (Μέρος III Δ. «Άλλοι λόγοι αποκλεισμού που ενδέχεται να προβλέπονται από την εθνική νομοθεσία του κράτους μέλους»). Πλήρης απόδειξη της μη συνδρομής του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού προβλέπεται μόνο για τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο, ο οποίος οφείλει, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς του και κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής (βλ. άρθρο 5 περ. γ iii της Διακήρυξης) να υποβάλει εντός του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης όλα τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά, μεταξύ των οποίων και η προειρημμένη υπεύθυνη δήλωση της ΚΥΑ 20977/23-8-2007. Όπως έχει, εξάλλου, κριθεί, η προβλεπόμενη από την εν λόγω υπουργική απόφαση υπεύθυνη δήλωση αποτελεί δικαιολογητικό που προσκομίζεται από τον προσφέροντα στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση πριν την υπογραφή της συμβάσεως [ΔΕΑ (Αναστ) 476/2014, σκ. 14, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ], δηλαδή αποτελεί δικαιολογητικό κατακύρωσης. Στο σύνολο των δικαιολογητικών, τα οποία απαιτείται να προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος, προκειμένου να υπογράψει η σύμβαση, περιλαμβάνονται και οι υπεύθυνες δηλώσεις της ΚΥΑ 20977/23-8-2007. Η προσκόμιση δε αυτών πριν από την υπογραφή της σύμβασης ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή και εφόσον διαπιστωθεί ότι δεν έχουν εκλείψει οι

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, εγκρίνεται το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και αποτελούν κατά το στάδιο αυτό τα δικαιολογητικά κατακύρωσης αφού η μη προσκόμιση ή η ελλιπής σύνταξη αυτών έχει ως συνέπεια τη μη υπογραφή της σύμβασης (ΔΕφΠατ. 7/2018, σκ. 16). Και ναι μεν η πιο πάνω νομολογία διαμορφώθηκε πριν την ισχύ του Ν. 4412/2016, αλλά δεν μπορεί να θεωρηθεί παρωχημένη, αφού αφορά στην ερμηνεία των ίδιων διατάξεων νόμου που ίσχυαν και εξακολουθούν να ισχύουν και σήμερα, και, περαιτέρω, λαμβάνοντας υπόψη ότι τα πρότυπα τεύχη των διακηρύξεων δημόσιων διαγωνισμών με δεσμευτική ισχύ δεν έχουν διαφοροποιηθεί ούτε κατ' ελάχιστο κατά το μέρος που αφορά τον επίμαχο εθνικό λόγο αποκλεισμού για τον χρόνο πριν και μετά την ισχύ του Ν. 4412/2016. Εξάλλου, τόσο υπό το προγενέστερο όσο και υπό το σημερινό νομοθετικό καθεστώς δεν υφίσταται άλλο στάδιο μετά την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και την έγκριση αυτών, κατά το οποίο ο -οριστικός πλέον- ανάδοχος μπορεί να προσκομίσει τις υπεύθυνες δηλώσεις της προειρημένης ΚΥΑ. Με άλλες λέξεις, μετά τον έλεγχο και την έγκριση των δικαιολογητικών κατακύρωσης και την έκδοση της κατακυρωτικής απόφασης δεν προβλέπεται η έκδοση άλλης αποσπαστής πράξης της αναθέτουσας αρχής, αλλά συνάπτεται η σύμβαση. Περαιτέρω, όπως είναι γνωστό, η υπογραφή του συμφωνητικού έχει αποδεικτική μόνο ισχύ και δεν αποτελεί συστατικό τύπο της σύμβασης, η οποία θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση στον προσωρινό ανάδοχο της κατακυρωτικής απόφασης. Εύλογο είναι, επομένως, πριν την έκδοση και την κοινοποίηση της οριστικής απόφασης κατακύρωσης που ισοδυναμεί με σύναψη της σύμβασης να έχουν υποβληθεί, ελεγχθεί και εγκριθεί οι υπεύθυνες δηλώσεις της προειρημένης ΚΥΑ, αφού η μη προσκόμιση ή η ελλιπής σύνταξη αυτών έχει ως συνέπεια τη μη υπογραφή της σύμβασης. Στην προκειμένη περίπτωση, από την επισκόπηση του συνόλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπέβαλε η προσωρινή ανάδοχος προκύπτει ότι αυτή δεν συμπεριέλαβε υπεύθυνες δηλώσεις της ΚΥΑ 20977/23-8-2007. Τούτο δε μολονότι η ένωση οικονομικών φορέων που αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος απαρτίζεται από τρεις εταιρείες (1. ... -..., 2., 3. ...), εκ των οποίων οι δύο (2) είναι ανώνυμες και υπέχουν σχετική υποχρέωση υποβολής της ανωτέρω υπεύθυνης δήλωσης. Επομένως, η προσφορά της προσωρινής αναδόχου ένωσης

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

τυγχάνει απορριπτέα για τον λόγο ότι δεν έχει υποβάλει τις απαιτούμενες από την Διακήρυξη υπεύθυνες δηλώσεις του άρθρου 1 παρ. II της υπ' αριθ. 20977/23.8. 2007 ΚΥΑ, και επομένως δεν αποδεικνύεται ότι δεν συντρέχουν οι απαγορεύσεις και τα ασυμβίβαστα του Ν. 3310/2005, όπως ισχύει, όσον αφορά τα αναφερόμενα σ' αυτές πρόσωπα (ιδιοκτήτη, εταίρους, βασικούς μετόχους, μέλη οργάνου διοίκησης, διευθυντικά στελέχη της εταιρίας), μολονότι η ύπαρξη των εν λόγω απαγορεύσεων και ασυμβιβάστων συνιστά αρνητική προϋπόθεση συμμετοχής στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Εσφαλμένα, λοιπόν, η προσβαλλόμενη πράξη ενέκρινε το Πρακτικό III της Επιτροπής Διαγωνισμού, διά του οποίου είχαν γίνει δεκτά ως πλήρη και νόμιμα τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσωρινής αναδόχου, και κατακύρωσε τη σύμβαση σ' αυτήν, παρά την προειρημμένη ουσιώδη έλλειψη που αφορά την απόδειξη μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού. Επομένως, και για τον ανωτέρω λόγο η προσβαλλόμενη πράξη είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα. Σημειώνεται ότι δεν χωρεί διαφορετική ερμηνεία σχετικά με την προειρημμένη έλλειψη, λαμβάνοντας υπόψη την αρχή της τυπικότητας (βλ. ανωτέρω υπό Α.4.). Επίσης, ότι η έλλειψη αυτή δεν είναι δυνατόν να συμπληρωθεί ή να αποκατασταθεί μέσω διευκρινίσεων (βλ. ανωτέρω υπό Α.7.). Επομένως, η προσφορά της προσωρινής αναδόχου είναι άνευ ετέρου απορριπτέα. Τα προαναφερόμενα έγιναν ορθώς δεκτά από την Αρχή σας με την 1540/2020 απόφαση με την ακόλουθη αιτιολογία: «34. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης Άρθρο 22: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ορίζεται ότι "Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 5 της τα δικαιολογητικά που αναφέρονται κατωτέρω» ήτοι τα δικαιολογητικά του άρθρου 22.1 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 18 και εν προκειμένω του άρθρου 22.1.5 όπου ρητά ορίζεται ότι για την περίπτωση του άρθρου 18.1.6 προσκομίζονται για τις ημεδαπές επιχειρήσεις i) πιστοποιητικό αρμόδιας αρχής που εποπτεύει σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2190/1920 την εταιρία, από το οποίο προκύπτει ότι οι μετοχές της είναι ονομαστικές, που να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του. ii) αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

των μετοχών κάθε μετόχου (μετοχολόγιο), όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της Εταιρείας, το πολύ τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς. ...η) κάθε άλλο στοιχείο από το οποίο να προκύπτει η ονομαστικοποίηση μέχρι φυσικού προσώπου των μετοχών, που έχει συντελεστεί το τελευταίο 30ήμερο πριν την υποβολή της προσφοράς". Επίσης, ορίζεται "Περαιτέρω, πριν την υπογραφή της σύμβασης, υποβάλλεται η υπεύθυνη δήλωση της κοινής απόφασης των Υπουργών Ανάπτυξης και Επικρατείας 20977/23-8-2007 (Β' 1673) Δικαιολογητικά για την τήρηση των μητρώων του ν. 3310/2005 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 3414/2005". Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω προκύπτει καταρχήν ότι από τη γραμματική διατύπωση των όρων της διακήρυξης για την υποβολή των επίμαχων υπεύθυνων δηλώσεων ορίζεται ρητά ένα χρονικό κριτήριο το οποίο προσδιορίζεται ως ο χρόνος πριν από την υπογραφή της σύμβασης, όπως βασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα. Ωστόσο, ο χρόνος πριν την υπογραφή της σύμβασης περιλαμβάνει αναμφίβολα και το χρόνο κατά τον οποίο καλείται ο προσωρινός ανάδοχος, βάσει του άρθρου 22 της διακήρυξης - κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή- να υποβάλλει, τα δικαιολογητικά απόδειξης (μη) συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 18 της διακήρυξης. Εξάλλου, αν ήθελε υποτεθεί ότι οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ήταν βάσιμοι, ήτοι εάν υφίστατο διαφοροποίηση του χρόνου υποβολής των επίμαχων δηλώσεων, σε σχέση με τα λοιπά δικαιολογητικά κατακύρωσης, τότε αυτές αναμφίβολα θα εντάσσονταν στο άρθρο 8 της διακήρυξης «Υπογραφή της Σύμβασης», γεγονός που βεβαίως και δεν συντρέχει αφού ούτως ή άλλως ο ανάδοχος, ήτοι ο προσφέρων στον οποίο κατακυρώθηκε η σύμβαση, υποβάλλει, εν προκειμένω λόγω προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, Υ.Δ με την οποία δηλώνει ότι δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οπιγενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, προκειμένου να διαπιστωθεί ότι, μεταξύ άλλων δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 18, στους οποίους περιλαμβάνεται και ο λόγος του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 και για τον οποίο οφείλει να καταθέσει ως δικαιολογητικά κατακύρωσης αυτά του άρθρου 22.1.5 της διακήρυξης, των επίμαχων ΥΔ ΡΗΤΑ περιλαμβανομένων, απορριπτόμενων των ισχυρισμών της

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

παρεμβαίνουσας περί εξαίρεσης των επίμαχων ΥΔ από τα έτερα δικαιολογητικά κατακύρωσης λόγω απαιτούμενης εγγύτητας προς το χρόνο υπογραφής της σύμβασης, που ούτως ή άλλως διασφαλίζεται με το ισχύον από 4ετίας νομικό πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, όπου τα δικαιολογητικά προς απόδειξη (μη) συνδρομής των λόγων αποκλεισμού κατατίθενται κατά κανόνα μόνο από τον ανακηρυχθέντα προσωρινό ανάδοχο, αποτελούν δικαιολογητικά κατακύρωσης και όχι από όλους τους συμμετέχοντες και μάλιστα στην αρχή της διαδικασίας. Περαιτέρω, ως προς τις επίμαχες Υ.Δ και το χρόνο κατάθεσης τους δεν υφίσταται διαφοροποίηση σε σχέση με το προγενέστερο καθεστώς ήτοι αποτελούν δικαιολογητικά που προσκομίζεται από τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση πριν την υπογραφή της σύμβασης (ΔΕφΑθ 474/2014, ΔΕφΠατ 7/2018 ομοίως ακυρωτικό). Επομένως, ευχερώς εδύνατο ο μέσος επιμελής υποψήφιος να κατανοήσει ότι όφειλε να περιλάβει τις επίμαχες ΥΔ στο φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εξάλλου αποτελούν αποδεικτικό των εκ μέρους του δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ, όπως και τα έτερα δικαιολογητικά του άρθρου 22 τα οποία πρέπει να προσκομίσει. ... Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας [ενν. προσφεύγουσας] και κρίνονται απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας [ενν. παρεμβαίνουσας]. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας και για αυτό το λόγο.» (βλ. ΑΕΠΠ 1540/2020, σκ. 34). Τα δε, κατά σοβαρή πιθανολόγηση, αντίθετα γενόμενα δεκτά με την απόφαση 43/2021 του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, δεν έχουν κατά τη γνώμη μας έρεισμα στον νόμο και στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και αναμένουμε ευλόγως να ανατραπούν στη δίκη της αίτησης ακυρώσεως, εφόσον αυτή δεν καταργηθεί (βλ συναφώς τον πρώτο λόγο της παρούσας). Το Δικαστήριο βάσισε την κατά πιθανολόγηση κρίση του (βλ. σκ. 15) στην εκτίμηση ότι ο σχετικός κανονιστικός όρος, διά του οποίου επιτάσσεται η υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης της προαναφερόμενης ΚΥΑ παρουσιάζει αμφισημία, διαλαμβάνοντας ειδικότερα τα εξής:: «...Ο προαναφερόμενος όρος της Διακήρυξης πιθανολογείται σοβαρώς ότι παρουσιάζει αμφισημία και ασάφεια, ως προς τον χαρακτήρα και τον χρόνο υποβολής της υπεύθυνης δήλωσης 20977/23.8.2007 ΚΥΑ. Και τούτο, διότι από τη γραμματική

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

διατύπωσή του, όπου η υπεύθυνη δήλωση της 20977/23.8.2007 ΚΥΑ αναφέρεται ως υποβλητέα "περαιτέρω, πριν την υπογραφή της σύμβασης" δεν φαίνεται να καθίσταται σαφές στον κανονικά επιμελή και ευλόγως ενημερωμένο υποψήφιο αν η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση απαιτείται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης που πρέπει να υποβληθεί με τον οικείο φάκελο ή αν μνημονεύεται ως επιπρόσθετο δικαιολογητικό που πρέπει να προσκομιστεί μετά την κατακύρωση και, πάντως, πριν υπογραφεί η σύμβαση. Εξάλλου, η μη ένταξη του συγκεκριμένου όρου στο άρθρο 8 της Διακήρυξης δεν φαίνεται να τον καθιστά μονοσήμαντο, αφενός διότι δεν αίρει την ασάφεια της γραμματικής διατύπωσής του, αφετέρου διότι η υποβολή μόνο μίας υπεύθυνης δήλωσης (περί μη ύπαρξης οψιγενών μεταβολών) και όχι οποιωνδήποτε αποδεικτικών εγγράφων πριν την υπογραφή της υπό ανάθεση σύμβασης, κατά τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο αυτό, αφορά μόνο τους λόγους αποκλεισμού που περιλαμβάνονται στο άρθρο 18, για την απόδειξη της μη συνδρομής των οποίων προσκομίστηκαν τα αντίστοιχα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προβλέπονται στο άρθρο 22, και, συνακόλουθα, δεν φαίνεται ικανή να αποκλείσει, αναντίρρητα, την υποβολή της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης πριν την υπογραφή της σύμβασης, η οποία αφορά τον κατ' άρθρο 3 παρ. 4 του ν. 3310/2005 λόγο αποκλεισμού που δεν αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 18 και δεν είναι σαφές ότι απαιτείται ως αντίστοιχο δικαιολογητικό κατακύρωσης κατά την παρ.22.1.5. Περαιτέρω, η έννοια του όρου αυτού δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί ευχερώς κατανοητή, ενόψει όσων ίσχυαν (νομοθετικώς και νομολογιακώς) κατά το προγενέστερο δίκαιο, διότι αυτά δεν αποτελούν το κανονιστικό πλαίσιο της ένδικης διαγωνιστικής διαδικασίας. Με βάση τα ανωτέρω και δεδομένου ότι η αμφισημία που δημιουργείται αντικειμενικά από τη γραμματική διατύπωση όρου της Διακήρυξης δεν μπορεί να ερμηνεύεται σε βάρος των διαγωνιζόμενων σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη έξι (6) της παρούσας, η προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία, κατ' αποδοχή της σχετικής αιτίας της προδικαστικής προσφυγής, κρίθηκε ότι η προσφορά της αιτούσας ένωσης οικονομικών φορέων ήταν απορριπτέα, λόγω του ότι, κατά παράβαση του προαναφερόμενου όρου, δεν υπέβαλε την επίμαχη υπεύθυνη δήλωση (για τις εταιρίες- μέλη της) με τον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν φαίνεται νομίμως αιτιολογημένη, ο δε

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

σχετικός λόγος της κρινόμενης αίτησης πιθανολογείται σοβαρώς ως βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός..» (ΜονΔΕφαΘ 43/2021, σκ. 15). Ωστόσο, κατά την άποψή μας, ουδεμία ασάφεια υφίσταται στους σχετικούς κανονιστικούς όρους. Η ερμηνεία των επίμαχων όρων της Διακήρυξης που αναπτύσσεται αμέσως παραπάνω στην παρούσα, κατά την οποία οι υπεύθυνες δηλώσεις της 20977/23.8.2007 ΚΥΑ αποτελούν δικαιολογητικό κατακύρωσης και προσκομίζονται από τον προσφέροντα στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση πριν την υπογραφή της συμβάσεως, μπορεί να θεωρηθεί ότι γίνεται ευλόγως αντιληπτή από τον επιδεικνύοντα τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενο (βλ. αποφάσεις Δ.Ε.Ε. της 14ης.9.2017, Casertana Construzioni, C-223/16, της 4ης.5.2017, Esaprojekt., C-387/14, της 7ης.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, της 12ης.3.2015, eVigilo, C-538/13 κ.ά. Βλ. και ΕΑ ΣΤΕ 206/2020). Εξάλλου, εάν δε η ανθυποψήφιά μας ένωση είχε αμφιβολίες ως προς την ερμηνεία των επίμαχων όρων, μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις από την Αναθέτουσα Αρχή, κατά τη διαγραφόμενη στο άρθρο 2.3 της Διακήρυξης διαδικασία (βλ. ΣΤΕ 2768-2770/2013). Ακόμη, ως προελέχθη, η αναπτυσσόμενη με την παρούσα ερμηνευτική προσέγγιση, ότι δηλαδή οι πιο πάνω υπεύθυνες δηλώσεις αποτελούν δικαιολογητικό κατακύρωσης, υποστηρίζεται και από τη νομολογία που έχει διαμορφωθεί σχετικά με το επίμαχο ζήτημα (ΔΕΑ Αναστ. 476/2014, ΔΕφΠατρ 7/2018) και αφορά στην ερμηνεία των ίδιων νομοθετικών διατάξεων (Ν. 3310/2005, ΚΥΑ 20977/23.8.2007) που ουδόλως τροποποιήθηκαν με τον Ν. 4412/2016, καθώς και ταυτόσημων κανονιστικών όρων, αφού τα πρότυπα τεύχη των διακηρύξεων δημόσιων διαγωνισμών με δεσμευτική ισχύ δεν έχουν διαφοροποιηθεί ούτε κατ' ελάχιστο κατά το μέρος που αφορά τον επίμαχο εθνικό λόγο αποκλεισμού για τον χρόνο πριν και μετά την ισχύ του Ν. 4412/2016. Επομένως, η ανθυποψήφιά μας ένωση «... κ.λπ.» ήταν αποκλειστέα λόγω παράλειψης υποβολής για τα μέλη αυτής που είναι ανώνυμες εταιρείες υπεύθυνων δηλώσεων της ΚΥΑ 20977/23-8-2007 εντός του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης».

12. Επειδή, με τις ως άνω απόψεις της η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι «Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το όργανο που μπορεί να ανακαλέσει την πράξη της οποίας η ισχύς ανεστάλη είναι μόνο η ΑΕΠΠ ως η

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

εκδούσα την υπ' αριθμ. 1540/2020 απόφαση. Όμως εκτός από την υπ' αριθμ. 1540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ η οποία αναστέλλεται, με την ασκηθείσα αίτηση αναστολής ήταν συμπροσβαλλόμενη και η υπ' αριθμ. ...-...απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου με την οποία είχε ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ...απόφασή του. Η υπ' αριθμ. ...-...απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής είναι πράξη εκτελεστή και συναφής προς την ανωτέρω απόφαση της ΑΕΠΠ και για τον λόγο αυτό συμπροσβαλλόμενη με αυτήν. Επίσης η προσφεύγουσα παραβλέπει το γεγονός ότι η υπ' αριθμ. ...απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής δεν ανακαλεί μόνο την προηγούμενη υπ' αριθμ. ...-...απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αλλά συνιστά πράξη συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας και πράξη συμμόρφωσης κε την υπ' αριθμ. 43/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Όσον αφορά στην έννοια του οργάνου που εξέδωσε την πράξη, το οποίο είναι αυτό που μπορεί να την ανακαλέσει σύμφωνα με το άρθρο 372 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, στην θεωρία έχουν εκφραστεί αμφιβολίες για το αν η ΑΕΠΠ μπορεί να επανέλθει επί της προδικαστικής προσφυγής και να την επανεξετάσει καταλήγοντας σε διαφορετικό διατακτικό που θα συμμορφώνεται με την δικαστική απόφαση. Για τον λόγο αυτό γίνεται δεκτό ότι η εν λόγω διάταξη θα πρέπει να ερμηνευτεί ότι αφορά την δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να επανέρχεται και να ανακαλεί ή να τροποποιεί την πράξη που προκάλεσε την διαφορά (Δ. Ράικος/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Άρθρο 372, Δικαστική Προστασία στο πεδίου που προηγείται της σύναψης της σύμβασης σε Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τομ. 1, 2018, σ. 1258-1294). Ειδικότερα υποστηρίζεται ότι «Ωστόσο παρά το γράμμα της διάταξης αυτής, που αναφέρεται αδιακρίτως στη δυνατότητα του οργάνου «το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση» να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης του δικαστηρίου και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε την διαφορά, είναι αμφίβολο αν η ΑΕΠΠ μπορεί να επανέλθει επί προδικαστικής προσφυγής και να την επανεξετάσει καταλήγοντας σε διαφορετικό διατακτικό που θα συμμορφώνεται με την δικαστική απόφαση. Η διάταξη του αρ. 5 του ερμηνευόμενου άρθρου, αποτελούσα ουσιαστικά επανάληψη της διάταξης της παρ. 8 του αρ. 5 του προϊσχύσαντος ν.

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

3886/2010, που χορηγούσε την δυνατότητα αυτή στην αναθέτουσα αρχή που εξέταζε υπό το καθεστώς αυτό την προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να ερμηνευθεί ότι αφορά την δυνατότητα της τελευταίας (αναθέτουσας αρχής) - και όχι της ΑΕΠΠ η οποία αποτελεί διοικητική αρχή, ανεξάρτητη και «οιονεί» δικαιοδοτικού χαρακτήρα, διαφορετική από την αναθέτουσα αρχή - να επανέρχεται και να ανακαλεί ή να τροποποιεί την πράξη που προκάλεσε την διαφορά». Σύμφωνα με την μάλλον επικρατούσα στην θεωρία άποψη (Ι. Λαμπρόπουλος, Σκέψεις για την αποτελεσματικότερη και ταχύτερη διεκπεραίωση των υποθέσεων προσυμβατικού σταδίου - Διαρκής «γόνιμος διάλογος» ΑΕΠΠ και Διοικητικών δικαστηρίων και Δ. Ράικος / Ε. Βλάχου / Ε. Σαββίδη όπου παραπάνω) έχει θεωρηθεί ότι σκοπός της διάταξης της παρ. 5 του αρ. 372 είναι η ταχύτερη διεξαγωγή και ολοκλήρωση των διαδικασιών αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων και η αποτροπή δικαστικών διενέξεων, χωρίς να παραβιάζεται η αρχή της νομιμότητας, η οποία εξασφαλίζεται με την πρόβλεψη προσωρινής δικαστικής προστασίας. Αυτή η παραδοχή οδηγεί και στην άποψη ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την δυνατότητα, όχι να ανακαλέσει την πράξη άλλου οργάνου όπως είναι η απόφαση της ΑΕΠΠ της οποίας διετάχθη η αναστολή της εκτέλεσης, αλλά να εκδώσει νέα πράξη της, σύμφωνα με τα δικαστικώς κριθέντα και να συνεχίσει την διαδικασία του διαγωνισμού. Συγκεκριμένα υποστηρίζεται ότι «Η προβλεπόμενη από την διάταξη αυτή της παρ. 5 του άρθρου 372 ευχέρεια οικειοθελούς συμμόρφωσης με απόφαση που δέχεται αναστολής εκτέλεσης αποσκοπεί στην ταχύτερη δυνατή διεξαγωγή και ολοκλήρωση των διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων και στην αποτροπή σχετικών δικαστικών διενέξεων, χωρίς να παραβιάζεται η τήρηση της νομιμότητας, η οποία εξασφαλίζεται με την πρόβλεψη της προσωρινής δικαστικής προστασίας. Η άσκηση της διακριτικής ευχέρειας αυτής από τη διοίκηση δεν εξαρτάται από την εκπλήρωση ή μη από τον διάδικο που πέτυχε την αναστολή της κατά την παράγραφο 4 του ίδιου άρθρου υποχρέωσής του να ασκήσει, εντός της οριζόμενης προθεσμίας, το κύριο ένδικο βοήθημα, προκειμένου να μην αρθεί αυτοδίκαια η ισχύς της αναστολής. Και τούτο διότι η άσκηση της οικειοθελούς συμμόρφωσης απορρέει πρωτογενώς από τις γενικές αρχές του δικαίου για την ανάκληση των παράνομων διοικητικών πράξεων και για την ακυρότητα των παράνομων

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

δικαιοπραξιών, οδηγεί στην έκδοση πράξης οριστικού χαρακτήρα, με την οποία επέρχεται πλήρης ικανοποίηση του ενδιαφερομένου...» (Δ. Ράικος/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη όπου παραπάνω με παραπομπή στην ΣτΕ 3404/2012 δημοσιευθείσα στην ΝΟΜΟΣ). Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η θεωρία δεν διακρίνει την δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να συμμορφώνεται αναλόγως της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προσφυγής, διάκριση που αβάσιμα πραγματοποιεί η προσφεύγουσα στην προσφυγή της (σελ. 13). Επί της νομολογίας που επικαλείται η προσφεύγουσα (ΕΑ ΣτΕ91,164,165/2020,65/2019,40, 313/2019) δεν μπορούμε να τοποθετηθούμε αφού δεν προκύπτουν τα στοιχεία δημοσίευσής της και από την έρευνα που πραγματοποιήσαμε η πληροφορία δεν είναι διαθέσιμη στο σύνολό της. Από τις υπ' αριθμ. ΕΑ ΣτΕ 109/2020 και 30/2019 που βρέθηκαν δημοσιευμένες και επικαλείται η προσφεύγουσα δεν προκύπτει η αδυναμία συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής σε αντίστοιχη με την υπό κρίση περίπτωση. Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή είναι αυτή που πρέπει να ενεργήσει για την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας τότε σύμφωνα με την θεωρία πρέπει να γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί με νέα πράξη της να ενεργήσει σύμφωνα με την δικαστική απόφαση η οποία για την έκδοσή της εκ του νόμου πιθανολόγησε σοβαρά την παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου και έκρινε εφαρμόζοντας το νόμο ότι η αναστολή είναι αναγκαία για να αρθούν τα δυσμενή από την παράβαση αποτελέσματα ή να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων του αιτούντος. Διαφορετική ερμηνεία του άρθρου 372 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 θα ακύρωνε στην πραγματικότητα την δικαστική απόφαση επί της αιτήσεως αναστολής αλλά και τον πραγματικό σκοπό του νομοθέτη ως ανωτέρω αναλύεται. Σε κάθε περίπτωση με τις παρούσες απόψεις μας παραθέτουμε συμπληρωματική αιτιολογία σύμφωνα με το αρ. 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 προσδιορίζοντας ότι η προσβαλλομένη υπ' αριθμ. 72/2021 συνιστά πράξη συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Όσον αφορά στον όρο «μεθόδευση» που χρησιμοποιεί η προσφεύγουσα (σελ. 20 της προσφυγής της) θεωρούμε ότι είναι ατυχής καθότι με την χρήση του όρου αυτού προσδίδεται ιδιοτέλεια στις πράξεις της αναθέτουσας αρχής και παραβλέπεται το πιεστικό χρονοδιάγραμμα αλλά και η αναγκαιότητα εκτέλεσης του συγκεκριμένου

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

έργου. Μοναδικό κριτήριο για την λήψη της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 72/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής είναι ο σοβαρός πλέον κίνδυνος απώλειας της χρηματοδότησης του έργου και όχι η εξουδετέρωση της λειτουργικής ανεξαρτησίας της ΑΕΠΠ ή η βλάβη των συμφερόντων της προσφεύγουσας όπως η τελευταία αυτή ισχυρίζεται. Όπως είναι γνωστό και αποδεικνύεται από την το αρ. 3 της από 22/04/2019 προγραμματικής σύμβασης, το έργο για το οποίο διεξάγεται ο παρών διαγωνισμός είναι χρηματοδοτούμενο από την Περιφέρεια Επίσης σύμφωνα με το αρ. 5 της Σύμβασης αυτής με τίτλο «Χρονική Διάρκεια της σύμβασης- Χρονοδιάγραμμα» ορίζεται η διάρκεια της σε τριάντα (30) μήνες από την υπογραφή της με δυνατότητα παράτασης 2 ετών με συμφωνία των συμβαλλομένων και με εισήγηση της Κοινής Επιτροπής Παρακολούθηση του αρ. 8 της σύμβασης. Στο χρονικό αυτό διάστημα περιλαμβάνεται η εκπόνηση των εργασιών της μελέτης μέχρι την οριστική της Παραλαβή. Ήδη έχουν παρέλθει 24 μήνες. - Επί του 2ου λόγου προσφυγής : Με τον 2ο λόγο της προσφυγής προβάλλονται από την προσφεύγουσα οι ίδιες πλημμέλειες οι οποίες έχουν ήδη κριθεί με την υπ' αριθμ. 1540/2020 απόφασή σας αλλά και με την υπ' αριθμ. 43/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών επομένως θεωρούμε ότι δεν μπορούν να κριθούν εκ νέου».

13. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι «Εν προκειμένω, η 1540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ, κατ' αποδοχή της από 15.10.2020 και ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1479/16.10.2020 προδικαστικής προσφυγής της ένωσης «... με δ.τ. ...-.....με δ.τ. ...-...& ...& ...-.....» ακύρωσε την υπ' αριθ. ...απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία τοιούτοτρόπως ενσωματώθηκε στην απόφαση της ΑΕΠΠ και απώλεσε την εκτελεστότητα της. Συνεπώς, δια μέσου της απόφασης της ΑΕΠΠ, δικαίωμα συμμόρφωσης στην υπ' αριθ. 43/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, έχει και ο Δήμος ..., πόσω μάλλον αν ληφθεί υπόψη ότι η συνέχιση και ολοκλήρωση του διαγωνισμού, που εν προκειμένω επιδιώκεται από την αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση της (σύμφωνα με την συμπληρωματική αιτιολογία των υπ' αριθ. πρωτ. 10908/26.04.2021, απόψεων της αναθέτουσας αρχής ενώπιον της ΑΕΠΠ), επιτυγχάνεται μόνο με την συμμόρφωση της προς την υπ' αριθ. 43/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία αναστέλλει στο

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

σύνολο την 1540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ. Εξάλλου τονίζεται ότι με την ...απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν τροποποιείται ούτε ανακαλείται η υπ' αριθ. ...απόφαση της, που προκάλεσε την διαφορά, αλλά επαναλαμβάνεται το περιεχόμενο της τελευταίας συμφώνως με τα κριθέντα επί της αίτησης αναστολής μας. Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη τόσο τα ανωτέρω όσο και ότι η υπ' αριθ. 1540/2020 ΑΕΠΠ που ακυρώνει την υπ' αριθ. ...απόφαση της αναθέτουσας αρχής, που αποτέλεσε την αιτία της διαφοράς, δεν βρίσκεται σε πλήρη ισχύ ούτε παράγει επί του παρόντος πλήρη αποτελέσματα καθόσον έχει ανασταλεί η εκτέλεση της με την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου νομίμως η αναθέτουσα αρχή προς το σκοπό της συνέχισης και ολοκλήρωσης του διαγωνισμού αποφάσισε με την προσβαλλόμενη απόφαση τη συμμόρφωση προς την υπ' αριθ. 43/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ανακάλεσε την υπ' αριθ. ...-...απόφαση με την οποία είχε συμμορφωθεί προς την απόφαση της ΑΕΠΠ και τέλος ενέκρινε πάλι το Πρακτικό ΙΙΙ της Επιτροπής του Διαγωνισμού και αποφάσισε την κατακύρωση του διαγωνισμού στην ένωση μας. Συνακόλουθα, επί των προβαλλόμενων, με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, ισχυρισμών της ένωσης «... με δ.τ. ...-.....με δ.τ. ...-...& ...& ...-.....» επαγόμαστε τα ακόλουθα :

α) Τα όσα αναφέρονται στην προδικαστική προσφυγή περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής για συμμόρφωση προς τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ κατά το άρθρο 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016, προβάλλονται αλυσιτελώς και είναι απορριπτέα αφενός διότι το κρίσιμο ζήτημα, εν προκειμένω, αφορά στην νομιμότητα της οικειοθελούς συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής προς την απόφαση που κάνει δεκτή αίτηση αναστολής κατά το άρθρο 372 παρ. 5 του ν. 4412/2016 αφετέρου διότι ο Δήμος ...συμφώνως με το άρθρο 367 παρ. 3 συμμορφώθηκε με την υπ' αριθ. 3540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ, εκδίδοντας την υπ' αριθ. ...-...απόφαση. β) Σύμφωνα με όσα εκτίθενται αναλυτικά ανωτέρω, θα πρέπει να απορριφθεί ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ένωσης ότι μόνο η ΑΕΠΠ μπορούσε να συμμορφωθεί με την υπ' αριθ. 43/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Η, δε, συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής προς το περιεχόμενο της ως άνω απόφασης, η οποία πιθανολόγησε σοβαρώς ότι η απόφαση της ΑΕΠΠ είναι στο σύνολο της μη νόμιμη, δεν απαγορεύεται ρητά από τον ν. 4412/2016, απεναντίας συνάγεται

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

σαφώς ερμηνευτικά κατά τα ανωτέρω, δεν παραβιάζει την λειτουργική ανεξαρτησία της ΑΕΠΠ ούτε αδρανοποιεί την απόφαση της αλλά έλαβε χώρα προκειμένου να συνεχισθεί και ολοκληρωθεί ο διαγωνισμός. Εξάλλου, η νομολογία που επικαλείται η προσφεύγουσα ένωση, ήτοι οι αποφάσεις ΣΤΕ ΕΑ 91/2020, 164, 165/2020, 30/2019 και 65/2019 (οι οποίες αφενός διατάζουν την αναστολή της προόδου του διαγωνισμού, αφετέρου αναφέρουν ότι «Οίκοθεν νοείται, ότι δυνάμει της διατάξεως της παρ. 5 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, δύναται η ΑΕΠΠ ασκώντας την ευχέρεια που παρέχει η διάταξη αυτή, να συμμορφωθεί προς τα κρινόμενα με την παρούσα απόφαση και να επανεξετάσει την προδικαστική προσφυγή της παρεμβαίνουσας κατά το σκέλος που αυτή έγινε δεκτή σύμφωνα με τα κριθέντα με την παρούσα απόφαση.»), δεν κρίνουν επί της δυνατότητας ή μη της αναθέτουσας αρχής να συμμορφωθεί οικειοθελώς με απόφαση που έκανε δεκτή αίτηση αναστολής με σκοπό τη συνέχιση του διαγωνισμού, σε αντίθεση με όσα επικαλείται η προσφεύγουσα ένωση. γ) Αναφορικά με τον ισχυρισμό που επιχειρεί ανεπιτυχώς να αντλήσει από την νέα διατύπωση του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, όπως διαμορφώθηκε με το ν. 4782/2021 (που δεν συνιστά εφαρμοστέο δίκαιο εν προκειμένω) σχετικά με το ότι δεν υφίσταται δυνατότητα οίκοθεν συμμόρφωσης των αναθετουσών αρχών προς το προσωρινό δεδουλευμένο των δικαστικών αποφάσεων, τονίζεται αφενός ότι η συμμόρφωση της διοίκησης προς το προσωρινό δεδουλευμένο αποτελεί συνταγματική επιταγή κατά το άρθρο 95 παρ. 5 του Συντάγματος, το δε περιεχόμενο του άρθρου 372 πρέπει να είναι σύμφωνο με την εν λόγω συνταγματική επιταγή, αφετέρου ότι το επιχείρημα περί υποχρέωσης συμμόρφωσης μόνο προς τις ακυρωτικές αποφάσεις των δικαστηρίων παραβλέπει ηθελημένα το νέο σύστημα δικαστικής προστασίας που καταστρώνεται με τις τροποποιήσεις του ν. 4782/2021, στο πλαίσιο των οποίων, από την 01.09.2021 και εφεξής η αίτηση αναστολής και η αίτηση ακύρωσης θα ασκούνται με ενιαίο - κοινό δικόγραφο και συνακόλουθα επ' αυτών θα εκδίδεται μία δικαστική απόφαση. Δεν πρόκειται, δηλαδή, για τροποποίηση του συστήματος παροχής δικαστικής προστασίας διατηρώντας αμετάβλητη τη βασική σημερινή του μορφή και δομή, ήτοι τη διάκριση των σταδίων της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης αλλά πρόκειται για ουσιαστική αναμόρφωση στο πλαίσιο της

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

οποίας προβλέπεται πλέον ρητά η υποχρέωση των αναθετουσών αρχών να συμμορφώνονται προς τις δικαστικές αποφάσεις εν γένει (σε αντίθεση με την ΑΕΠΠ που προβλέπεται ειδικά συμμόρφωση προς τις δικαστικές αποφάσεις που ακυρώνουν εν όλω ή εν μέρει τις αποφάσεις της). Σε κάθε περίπτωση, η σύμφωνη προς το Σύνταγμα ερμηνεία του νέου άρθρου είναι προφανές ότι συνεπάγεται υποχρέωση συμμόρφωσης και προς το προσωρινό δεδικασμένο επί του αιτήματος αναστολής με προσωρινή διαταγή. Τέλος, η οικειοθελής συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής προς την υπ' αριθ. 43/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών δεν συνεπάγεται στέρηση του δικαιώματος αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας καθόσον η ένωση «... με δ.τ. ...-.....με δ.τ. ...-...& ...& ...-.....» που άσκησε α) την από 15.10.2020, με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1479/16.10.2020, προδικαστική προσφυγή κατά της ...απόφασης της αναθέτουσας αρχής (επί της οποίας εξεδόθη η 1540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ) και β) την από 14.01.2021, υπ' αριθ. κατάθεσης ΥΠ27/14.01.2021, Παρέμβαση ενώπιον του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (στο πλαίσιο της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθ. 43/2021 απόφαση), διατηρεί το δικαίωμα να ασκήσει παρέμβαση στη δίκη της από 12.02.2021, υπ' αριθ. καταχώρισης ΑΚ160/12.02.2021. αίτησης ακύρωσης μας επιδιώκοντας την απόρριψη της αίτησης μας και την εν τέλει εκτέλεση της υπ' αριθ. 1540/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ. Πάντως, δεν νοείται στέρηση του δικαιώματος αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας από την άσκηση του δικαιώματος της συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής με δικαστική απόφαση με σκοπό τη συνέχιση και ολοκλήρωση του διαγωνισμού συμφώνως με τα κριθέντα της απόφασης αυτής. Εξάλλου, ζήτημα κατάργησης της δίκης κατ' άρθρο 32 του πδ 18/89 δεν προκύπτει ως συνέπεια της ως άνω συμμόρφωσης με την υπ' αριθ. ...απόφαση της αναθέτουσας αρχής, διότι προσβαλλόμενη πράξη με την αίτηση ακύρωσης μας είναι η 1540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ (και η μη εκτελεστή υπ' αριθ. ...-...απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση με την απόφαση της ΑΕΠΠ), ενώ η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. ...απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν ανακαλεί ούτε τροποποιεί την απόφαση της ΑΕΠΠ. Επομένως, επί τη βάσει των ως άνω παραδεκτών και βάσιμων ισχυρισμών μας πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής. Μη νόμιμος ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής της

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ένωσης «... με δ.τ. ...-..., ...με δ.τ. ...-...& ...& ...-.....» περί μη νόμιμης δήθεν κατακύρωσης της σύμβασης στην ένωση μας παρά τις δήθεν υφιστάμενες πλημμέλειες και ελλείψεις των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Δέσμευση της ΑΕΠΠ από το προσωρινό δεδικασμένο της υπ' αριθ. 43/2021 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Σε κάθε περίπτωση εκ της ασκήσεως της υπ' αριθ. ΑΚ160/12.02.2021 αίτησης ακύρωσης υφίσταται εκκρεμοδικία δεσμεύουσα την ΑΕΠΠ. Απαράδεκτη η δεύτερη κρίση της ΑΕΠΠ επί ζητημάτων που έχουν κριθεί ήδη με την 1540/2020 απόφαση της. Από το συνδυασμό των άρθρων α) 50 παρ. 5 του πδ 18/89 που προβλέπει ότι «Οι αποφάσεις της Ολομελείας, ακυρωτικές και απορριπτικές, καθώς και των Τμημάτων, αποτελούν μεταξύ των διαδίκων δεδικασμένο που ισχύει και σε κάθε υπόθεση ή διαφορά ενώπιον δικαστικής ή άλλης αρχής, κατά την οποία προέχει το διοικητικής φύσεως ζήτημα που κρίθηκε από το Συμβούλιο.», β) 40 του πδ 18/89 που ορίζει ότι «Κατά τα λοιπά και ιδίως ως προς τις κοινοποιήσεις, τους λόγους εξαίρεσης των δικαστών και των υπαλλήλων της Γραμματείας και τη διαδικασία της εξαίρεσης, τη συγγνώμη συγγενείας, τη διεξαγωγή των συζητήσεων, την ευταξία του ακροατηρίου και την ενέργεια των αποδείξεων που τυχόν διατάσσονται, εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας και του Οργανισμού των Δικαστηρίων που ισχύουν για τη διαδικασία πολιτικών δικών ενώπιον του Αρείου Πάγου.» και του γ) 695 του ΚΠολΔ σύμφωνα με το οποίο «Η απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων ισχύει προσωρινά και δεν επηρεάζει την κύρια υπόθεση.», προκύπτει ότι τα κριθέντα με την υπ' αριθ. 43/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΓ - Μονομελές - Ακυρωτικός Σχηματισμός), η οποία ανέστειλε την εκτέλεση της προσβαλλόμενης υπ' αριθ. 1540/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ διότι πιθανολογήθηκε σοβαρώς ως μη νομίμως αιτιολογημένη, αποτελούν προσωρινό δεδικασμένο, στο πλαίσιο του εν λόγω διαγωνισμού, το οποίο δεσμεύει την ΑΕΠΠ και δεν επιτρέπει νέα κρίση της επί των ίδιων Ζητημάτων μεταξύ των ίδιων διαδίκων, ως προς τα οποία έκρινε ήδη η υπ' αριθ. 1540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ. Επιπλέον, από το συνδυασμό των άρθρων α) 40 του πδ 18/89 που ορίζει ότι «Κατά τα λοιπά και ιδίως ως προς τις κοινοποιήσεις, τους λόγους εξαίρεσης των δικαστών και των υπαλλήλων της Γραμματείας και τη διαδικασία της εξαίρεσης, τη συγγνώμη συγγενείας, τη

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

διεξαγωγή των συζητήσεων, την ευταξία του ακροατηρίου και την ενέργεια των αποδείξεων που τυχόν διατάσσονται, εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας και του Οργανισμού των Δικαστηρίων που ισχύουν για τη διαδικασία πολιτικών δικών ενώπιον του Αρείου Πάγου.» και του β) 222 του ΚπολΔ που προβλέπει ότι «1. Όταν επέλθει η εκκρεμοδικία και όσο αυτή διαρκεί, δεν μπορεί να γίνει σε οποιοδήποτε δικαστήριο νέα δίκη για την ίδια επίδικη διαφορά ανάμεσα στους ίδιους διαδίκους, εφόσον εμφανίζονται με την ίδια ιδιότητα. 2. Αν κατά την διάρκεια της εκκρεμοδικίας ασκηθεί άλλη αγωγή, Ανταγωγή ή Κύρια παρέμβαση ή προταθεί ένσταση συμψηφισμού για την ίδια επίδικη διαφορά, αναστέλλεται και αυτεπαγγέλτως η εκδίκασή της εωσότου περατωθεί η πρώτη δίκη.» αναλογικά εφαρμοζόμενου εν προκειμένω, προκύπτει ότι δια της ασκήσεως στις 12.02.2021, της από 12.02.2021, υπ' αριθ. καταχώρισης ΑΚ160/12.02.2021, αίτησης μας για την ακύρωση 1) της υπ' αριθμόν 1540/2020 Απόφασης της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), με την οποία α) απορρίπτεται η από 27.10.2020 Παρέμβαση της Ένωσης μας και των οικονομικών φορέων-μελών αυτής, β) γίνεται δεκτή η από 15.10.2020, με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1479/16.10.2020, προδικαστική προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων «... με δ.τ.με δ.τ. ...-...& ...& ...-.....» καθώς και των εταιρειών μελών από τις οποίες αποτελείται και γ) ακυρώνεται η υπ' αριθ. ...απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...-..., δια της οποίας αφενός εγκρίθηκε το από 23.09.2020 Πρακτικό ΙΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού, με το οποίο ελέγχθηκαν τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης της ένωσής μας, υπό την ιδιότητα της προσωρινής αναδόχου και αφετέρου αποφασίστηκε περαιτέρω, η κατακύρωση της σύμβασης στην ένωσή μας, 2) της υπ' αριθ. ...-...απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...-...δια της οποίας α) ακυρώνεται το Πρακτικό ΙΙΙ της Επιτροπής του Διαγωνισμού και η υπ' αριθ. ...Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία είχε εγκριθεί το Πρακτικό ΙΙΙ και κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στην ένωση μας και β) διαβιβάζεται ο φάκελος του διαγωνισμού στην Επιτροπή του Διαγωνισμού για τη σύνταξη νέου πρακτικού ΙΙΙ σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υπ' αριθ. 1540/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ και 3) κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης, έχει επέλθει εκκρεμοδικία και εωσότου κριθεί από το Διοικητικό

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

Εφετείο Αθηνών (Τμήμα ΙΓ - Τριμελές) η ως άνω αίτηση ακύρωσης μας δεν μπορεί να χωρήσει εκ νέου συζήτηση των ίδιων Ζητημάτων μεταξύ των ίδιων διαδίκων από την ΑΕΠΠ, επ' ευκαιρία ασκήσεως νέας προδικαστικής προσφυγής, ως εν προκειμένω. (ΣτΕ ΕΑ 128/2015, 5/2014, 423/2011, ΔιοικΕφΠειρ 33/2015 Ασφ). Αναφορικά με την ταυτότητα των νομικών και πραγματικών ζητημάτων που έχουν ήδη κριθεί με την 1540/2020 ΑΕΠΠ και εισάγονται απαραδέκτως εκ νέου προς εκδίκαση ενώπιον της ΑΕΠΠ με την παρούσα προδικαστική προσφυγή, δοθέντος ότι τυπικά δεν προσβάλλεται η ίδια πράξη της αναθέτουσας αρχής με αμφότερες τις προδικαστικές προσφυγές, σημειώνεται ότι η υπ' αριθ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1479/16.10.2020 προσφυγή στρεφόταν κατά της υπ' αριθ. ...απόφασης της αναθέτουσας αρχής με την οποία εγκρίθηκε το από 23.09.2020 Πρακτικό ΙΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού, με το οποίο ελέγχθηκαν και κρίθηκαν σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης της ένωσής μας, υπό την ιδιότητα της προσωρινής αναδόχου και αποφασίσθηκε ομόφωνα από την αναθέτουσα αρχή η κατακύρωση της σύμβασης στην ένωσή μας. Ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής αφορούσε τη μη νόμιμη αποδοχή του υποβληθέντος πιστοποιητικού εκπροσώπησης του οικονομικού φορέα «...» ενώ δεν είχε εκδοθεί εντός του απαιτούμενου χρονικού πλαισίου («Α. ΜΗ ΝΟΜΙΜΩΣ ΕΓΙΝΕ ΔΕΚΤΟ ΤΟ ΥΠΟΒΛΗΘΕΝ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗΣ ΤΟΥ ΟΦ «...», ΕΝΩ ΔΕΝ ΕΙΧΕ ΕΚΔΟΘΕΙ ΕΝΤΟΣ ΤΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΜΕΝΟΥ ΧΡΟΝΙΚΟΥ ΠΛΑΙΣΙΟΥ») και ο δεύτερος λόγος αφορούσε την παράλειψη υποβολής των υπεύθυνων δηλώσεων της ΚΥΑ 20977/23.08.2007 («Β. ΠΑΡΑΛΕΙΨΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΥΠΕΥΘΥΝΩΝ ΔΗΛΩΣΕΩΝ ΤΗΣ ΚΥΑ 20977/23.08.2007»). Η υπ' αριθ. ...απόφασης της αναθέτουσας αρχής ακυρώθηκε με την 1540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ, σε συμμόρφωση προς την οποία εκδόθηκε η υπ' αριθ. ...-...απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή προσβάλλεται η υπ' αριθ. ...απόφασης της αναθέτουσας αρχής με την οποία ανακαλείται η υπ' αριθ. ...-...απόφαση της (σε συμμόρφωση προς την 1540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ) και εγκρίνεται το Πρακτικό ΙΙΙ της Επιτροπής του Διαγωνισμού και κατακυρώνεται ο διαγωνισμός στην ένωση μας. Συγκεκριμένα, στο πλαίσιο του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

προσφυγής προβάλλεται και πάλι ότι «Α. ΜΗ ΝΟΜΙΜΩΣ ΕΓΙΝΕ ΔΕΚΤΟ ΤΟ ΥΠΟΒΛΗΘΕΝ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗΣ ΤΟΥ ΟΦ «... ΑΕ», ΕΝΩ ΔΕΝ ΕΙΧΕ ΕΚΔΟΘΕΙ ΕΝΤΟΣ ΤΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΜΕΝΟΥ ΧΡΟΝΙΚΟΥ ΠΛΑΙΣΙΟΥ» και «Β. ΠΑΡΑΛΕΙΨΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΥΠΕΥΘΥΝΩΝ ΔΗΛΩΣΕΩΝ ΤΗΣ ΚΥΑ 20977/23.08.2007». Συνεπώς, αφενός ως εκ και του περιεχομένου των προσβαλλόμενων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής (αμφότερες αποφασίζουν την κατακύρωση της σύμβασης στην ένωση μας) αφετέρου ως εκ των λόγων που προβάλλονται με την υπο κρίση προδικαστική προσφυγή που ταυτίζονται με τους λόγους που έχουν ήδη κριθεί στο πλαίσιο της 1540/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, υφίσταται ουσιαστική ταύτιση νομικών και πραγματικών ζητημάτων, τα οποία έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο διοικητικής προδικασίας. Επομένως, επί τη βάσει των ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής περί μη νόμιμης κατακύρωσης της σύμβασης στην ένωση μας λόγω δήθεν υφιστάμενων πλημμελειών και ελλείψεων των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπως αναλύεται σε δύο σκέλη, με το μεν πρώτο να αφορά το χρόνο έκδοσης του πιστοποιητικού εκπροσώπησης του μέλους της ένωσης μας «...» και το δε δεύτερο την δήθεν παράλειψη υποβολής των υπεύθυνων δηλώσεων της ΚΥΑ 20977/23.08.2007, προβάλλεται-επαναφέρεται απαραδέκτως και σε κάθε περίπτωση αβασίμως και θα πρέπει να απορριφθεί λόγω της δέσμευσης της ΑΕΠΠ από το προσωρινό δεδικασμένο (τόσο ως προς τα αντικειμενικά όσο και υποκειμενικά όρια του) της απόφασης 43/2021 του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, από την εκκρεμοδικία που επήλθε με την άσκηση της από 12.02.2021, υπ' αριθ. καταχώρισης ΑΚ160/12.02.2021, αίτησης ακύρωσης μας εντός 10 ημερών από την κοινοποίηση της ως άνω απόφασης που έκανε δεκτή την από 07.12.2020, υπ' αριθ. ΑΝΜ 560/07.12.2020, αίτηση αναστολής μας κατ' άρθρο 372 του ν. 4412/2016 και τέλος από την ίδια την κρίση της ΑΕΠΠ στην υπ' αριθ. 1540/2020 απόφαση επί της με αριθ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1479/16.10.2020 προσφυγής με την οποία είχαν προβληθεί ακριβώς οι ίδιοι ισχυρισμοί μεταξύ των ίδιων διαδίκων. Επικουρικώς για την απίθανη περίπτωση που η ΑΕΠΠ δεν απορρίψει τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και ως προς τα δύο σκέλη του, σύμφωνα με τα όσα βασίμως ισχυριζόμαστε, προς αντίκρουση αυτών επαγόμαστε τα ακόλουθα,

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ως είχαν προβληθεί δια της από 27.10.2020 Παρέμβασης μας ενώπιον της ΑΕΠΠ, δια της από 07.12.2020, υπ' αριθ. κατάθεσης ANM 560/07.12.2020. αίτησης αναστολής μας και δια της από 12.02.2021, υπ' αριθ. κατάθεσης AK160/12.02.2021 αίτησης ακύρωσης μας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών : α. Επί του υποβληθέντος πιστοποιητικού από την εταιρεία «... ΑΕ» που δεν είχε εκδοθεί εντός του απαιτούμενου χρονικού πλαισίου. Από το οικείο κανονιστικό πλαίσιο, αποτελούμενο αφενός από τα άρθρα 5, 7, 22 και δη 22.3 της διακήρυξης αφετέρου από τις διατάξεις των άρθρων 102, 103, 18, 53, 80 παρ. 12 και 2 παρ. 1 περ. 11, 12 και 43 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με όσα βασίμως προβάλλαμε ενώπιον της ΑΕΠΠ με την παρέμβασή μας και σε αντίθεση με όσα έκρινε η προβαλλόμενη απόφαση της ΑΕΠΠ, προκύπτουν τα εξής συμπεράσματα: Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου, όπως αναλυτικά προβλέπονται στο άρθρο 22 της διακήρυξης, διακρίνονται σαφώς από τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης του, καθόσον επιτελούν διαφορετική λειτουργία και ικανοποιούν διαφορετικό σκοπό με σχέση με τα τελευταία. Ειδικότερα, τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται για την απόδειξη αφενός της μη συνδρομής στο πρόσωπο του τελευταίου των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 18 της διακήρυξης και αφετέρου της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 17 και 19 της διακήρυξης, όπως τα στοιχεία-πληροφορίες αυτές είχαν δηλωθεί προαποδεικτικώς μέσω του υποβληθέντος, με την προσφορά, ΕΕΕΣ του οικονομικού φορέα, ενώ αντιθέτως η υποβολή των εγγράφων νομιμοποίησης αποβλέπει στην απόδειξη των προσώπων των μελών διοίκησης των οικονομικών φορέων, της θητείας τους και της εκπροσώπησης των οικονομικών φορέων και κατ' επέκταση στην διαπίστωση-βεβαίωση της εξουσίας υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου του προσωρινού αναδόχου και στην απόδειξη της νόμιμης υπογραφής της προσφοράς. Τα έγγραφα αυτά (μεταξύ των οποίων το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης) δεν συνδέονται με την απόδειξη της πλήρωσης των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής στο διαγωνισμό. Από τη διάταξη του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, στο πλαίσιο της οποίας τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης διακρίνονται με σαφήνεια από τα πρωτότυπα ή αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80 που αποδεικνύουν τη μη συνδρομή των

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78 («ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, "εντός δέκα (10) ημερών" από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78.»), συνάγεται με απόλυτη βεβαιότητα ότι ο όρος «δικαιολογητικά» στο άρθρο 5 περίπτωση δ της διακήρυξης, και δε στις υποπεριπτώσεις Π («η) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών») και Μΐ («αν από τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύονται οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 17, 18, 19 και 22 της παρούσας,») υποδηλώνει αποκλειστικά τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού (του άρθρου 18 της διακήρυξης) και την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής (άρθρα 17 και 19 της διακήρυξης) και δεν αναφέρεται στα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. Τα δικαιολογητικά, δε, αυτά προβλέπονται στο άρθρο 22.1 (Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 18) και 22.2 (Δικαιολογητικά πλήρωσης κριτηρίων επιλογής). Επομένως, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει προσφορά θεμελιώνεται μόνο στην περίπτωση μη υποβολής των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν αφενός τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού αφετέρου την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής. Στο σημείο αυτό επισημαίνεται πως το άρθρο 22 της διακήρυξης περιλαμβάνει συνολικά τα δικαιολογητικά και έγγραφα που υποβάλλει ο προσωρινός ανάδοχος όταν κληθεί προς τούτο από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθρο 5 της διακήρυξης και 103 του ν. 4412/2016, ήτοι τόσο αυτά που αφορούν στην απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και στη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και αποτελούν τα «δικαιολογητικά προσωρινού

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

αναδόχου» κατά τη διατύπωση του άρθρου 5 περίπτωση α της διακήρυξης, όσο και αυτά που αφορούν στην απόδειξη της εξουσίας υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου του προσωρινού αναδόχου και συνιστούν τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης κατά τη διατύπωση του ίδιου άρθρου. Είναι, επομένως, προφανές ότι η πρόβλεψη και καταγραφή των αποδεικτικών εγγράφων νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου στο άρθρο 22.3 της διακήρυξης δεν συνεπάγεται ταύτιση τους με τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και συνακόλουθα τυχόν επουσιώδης πλημμέλεια αυτών δεν επιφέρει ως συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς από την αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, το άρθρο 22.3 της διακήρυξης, κατά ρητή διατύπωση, προβλέπει τα δικαιολογητικά νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου, εφόσον ο τελευταίος είναι μεμονωμένο νομικό πρόσωπο, ορίζοντας ειδικότερα τα σχετικά νομιμοποιητικά στις περιπτώσεις που ο προσωρινός ανάδοχος («προσφέρων») είναι α) Α.Ε. ή Ε.Π.Ε. ή β) Ο.Ε, Ε.Ε. ή Ι.Κ.Ε. Τονίζεται, δε, πως τα αναφερόμενα στο άρθρο αυτό νομιμοποιητικά έγγραφα δεν προβλέπονται επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου. Στο πλαίσιο αυτό, λαμβάνοντας υπόψη α) την απουσία ρητής και σαφούς πρόβλεψης των υποβλητέων δικαιολογητικών νομιμοποίησης στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, β) την απουσία ρητής και σαφούς πρόβλεψης ότι στην περίπτωση που προσωρινός ανάδοχος είναι ένωση οικονομικών φορέων τα δικαιολογητικά του εν λόγω άρθρου (22.3) υποβάλλονται από τις εταιρείες- μέλη της ένωσης αναλόγως της νομικής τους μορφής, γ) τον σκοπό που εξυπηρετούν τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης, συνιστάμενο κατά τα ανωτέρω στην διαπίστωση-βεβαίωση της εξουσίας υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου του προσωρινού αναδόχου και τέλος δ) τις περιπτώσεις όπου η διακήρυξη ρητά ορίζει τις απαιτήσεις που πρέπει να πληρούν μεμονωμένα τα μέλη της ένωσης οικονομικών φορέων όταν η ένωση συμμετέχει στο διαγωνισμό ως υποψήφιος (πχ στο άρθρο 22 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το ΕΕΕΣ υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης.» καθώς και ότι «Στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων, η πλήρωση των απαιτήσεων του άρθρου 18 και της καταλληλότητας για την

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 19.1 πρέπει να ικανοποιούνται από κάθε μέλος της ένωσης για την κατηγορία/ κατηγορίες του άρθρου 12.1 της παρούσας, στην/στις οποία/ οποίες κάθε μέλος της ένωσης συμμετέχει.. Η πλήρωση των απαιτήσεων της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 19.2 και 19.3, αντίστοιχα, αρκεί να ικανοποιείται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης.»), προκύπτει αφενός ότι τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης που καλείται η ένωση οικονομικών φορέων να υποβάλει αφορούν στην εξουσία υπογραφής του νομίμου - κοινού εκπροσώπου της ένωσης και συνακόλουθα τα σχετικά έγγραφα υποβάλλονται από την τελευταία, εφόσον αποτελεί αυτοτελές υποκείμενο της διαδικασίας του διαγωνισμού και αφετέρου ότι ουδεμία υποχρέωση υφίσταται για τις εταιρείες - μέλη της ένωσης να προσκομίσουν αναλόγως της νομικής τους μορφής τα δικαιολογητικά που ορίζει το άρθρο 22.3 της διακήρυξης, ελλείψει σχετικής προς τούτο ρητής και σαφούς απαίτησης. Σε κάθε περίπτωση πρέπει εν προκειμένω να γίνει τουλάχιστον δεκτό ότι υφίσταται ασάφεια της διακήρυξης αναφορικά με την υποχρέωση των μελών των ενώσεων οικονομικών φορέων να προσκομίσουν τα δικαιολογητικά του άρθρου 22.3 αναλόγως της νομικής του μορφής κάθε μέλους. Η εν λόγω ασάφεια, ωστόσο, δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος της ένωσης μας και να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς μας. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι της οικείας διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη σχετική διακήρυξη, ώστε αφενός μεν 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, αφετέρου δε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος περί του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν τη σύμβαση (αποφ. ΔΕΕ της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/1999 P, σκέψεις 110 και 111, της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartieradell' Adda, C-42/2013). Τυχόν δε ασάφειες των εγγράφων της διακήρυξης δεν μπορούν να ερμηνεύονται σε βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παραβίαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής των ίσων

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ευκαιριών, αλλά πρέπει να παρέχεται, σε όσους βλάπτονται από σχετική ασάφεια, η δυνατότητα να παράσχουν τις απαιτούμενες διευκρινίσεις, εφόσον αυτή (ασάφεια) είναι δεκτική διευκρινίσεων, τηρουμένων των νόμιμων προϋποθέσεων, σε συνδυασμό με τη διασφάλιση των ως άνω αρχών (βλ. Ελ.Συν. αποφ. Τμ. Μείζ. - Επταμ. Συνθ. 1450/2019, πρβλ. αποφ. ΕΑ ΣτΕ 423, 424, 425/2011). Τέλος, από τη συνδυαστική ερμηνεία του άρθρου 7 της διακήρυξης περί συμπλήρωσης και αποσαφήνισης πληροφοριών και δικαιολογητικών, που παραπέμπει στα ειδικότερα οριζόμενα στα άρθρα 102 και 103 του ν. 4412/2016, και του περιεχομένου των προπαρατεθεισών διατάξεων του άρθρου 102 και 103 του ν. 4412/2016, όπως ισχύουν μετά τον ν. 4605/2019, προκύπτει ότι σε περίπτωση επουσιωδών σφαλμάτων ή ασαφειών των υποβληθέντων εγγράφων ή δικαιολογητικών, επομένως και των αποδεικτικών εγγράφων νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου, εφαρμοστές και κατά το εν λόγω στάδιο (υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) τυγχάνουν οι σχετικές διατάξεις του άρθρου 102 του ίδιου νόμου. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί με την υπ' αριθ. 2138/2020 απόφαση της Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, όπως ισχύουν μετά τον ν. 4605/2019, ορίζεται ότι η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης παρατείνεται, μόνο εφόσον υποβληθεί εντός της εν λόγω προθεσμίας σχετικό αίτημα του προσωρινού αναδόχου, συνοδευόμενο με έγγραφα στοιχεία, από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών. Μετά την κατά τα ανωτέρω τροποποίηση του άρθρου 103 και, ελλείψει, πλέον, ρύθμισης στο εν λόγω άρθρο περί της δυνατότητας συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του αναδόχου σε περίπτωση επουσιωδών σφαλμάτων ή ασαφειών των υποβληθέντων δικαιολογητικών, εφαρμοστές κατά το εν λόγω στάδιο τυγχάνουν οι σχετικές διατάξεις του άρθρου 102 του ίδιου νόμου. Ειδικότερα, με τις διατάξεις του ως άνω άρθρου 102 του ν. 4412/2016 παρέχεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να καλεί τους διαγωνιζόμενους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν ήδη υποβάλει. Η διαδικασία αυτή πρέπει να ακολουθείται υποχρεωτικώς αν επίκειται αποκλεισμός υποψήφιου από τη

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

διαδικασία του διαγωνισμού, ένεκα ασαφειών των δικαιολογητικών και των εγγράφων της προσφοράς του. Αντιστοίχως με την υπ' αριθ. Ν58/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών κρίθηκε πως δεν αποκλείεται η εφαρμογή του άρθρου 102 στα δικαιολογητικά του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 (όπως ισχύει μετά τον ν. 4605/2019). Εν προκειμένω, στο πλαίσιο του παρόντος διαγωνισμού, η ένωσή μας, συμμορφούμενη πλήρως στα όσα προβλέπει η διακήρυξη, προσκόμισε όλα τα αναγκαία και απαιτούμενα από την διακήρυξη νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νομίμου-κοινού εκπροσώπου της (βλ. την ΣτΕ 72/2020 σύμφωνα με την οποία για την νομιμοποίηση του κοινού εκπροσώπου της ένωσης αρκεί η προσκόμιση των προβλεπόμενων πρακτικών από όλα τα μέλη της ένωσης). Ειδικότερα, και σε συνέχεια της με αριθμό πρωτοκόλλου 13000/25-05-2020 σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, που κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 25.05.2020, προς την ένωσή μας, υπεβλήθησαν τα ακόλουθα δικαιολογητικά νομιμοποίησης: α) Τα επιμέρους ΕΕΕΣ των μελών της ένωσης μας και δη το από 26.08.2019 ΕΕΕΣ της εταιρείας ...-..., το από 20.08.2019 ΕΕΕΣ της εταιρείας ... - -..." ... και το από 26.08.2019 ΕΕΕΣ της εταιρείας "... " ..., στα οποία δηλώνεται (Μέρος II, Κεφάλαιο Α - Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα) πως «Κοινός εκπρόσωπος της ένωσης ορίζεται ο κ. ..., Νόμιμος Εκπρόσωπος και Διαχειριστής της ...-...ΔΙΑΚΡ. Αναπληρωτής κοινός εκπρόσωπος της ένωσης ορίζεται ο κος ... εταίρος της ... Συντονιστής ορίζεται ο κος ... εταίρος της». β) Το από 14-8-2019 πρακτικό Δ.Σ. του μέλους «...» και το από 26-8-2018 πρακτικό Δ.Σ. του μέλους «...-...» με τα οποία α) εγκρίνουν τον ορισμό του κ. ...(που είναι ο νόμιμος εκπρόσωπος και διαχειριστής της εταιρείας «...»), ως Κοινού Εκπροσώπου της ένωσης και τον εξουσιοδοτούν να υπογράψει δεσμευτικά όλα ανεξαιρέτως τα έγγραφα του διαγωνισμού (προσφορά, δηλώσεις, αντιρρήσεις, αποδείξεις παραλαβής κλπ) μέχρι πέρατος αυτού και να πράττει οποιαδήποτε ενέργεια απαιτείται κατά το Νόμο για τη συμμετοχή της σύμπραξης στον άνω διαγωνισμό καθώς και σε κάθε μετ' αναβολή επανάληψή του, β) εγκρίνουν τον ορισμό του ...ως Αναπληρωτή κοινού Εκπροσώπου της σύμπραξης και γ) εγκρίνουν τον ορισμό του ... ως Συντονιστή της ομάδας μελέτης και δ) αποδέχονται την δάνεια εμπειρία-

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που αποδίδεται από την εταιρεία ... και Δ.Τ. ... για τη συμμετοχής της σύμπραξης στο διαγωνισμό. Επισημαίνεται, δε, πως η προσβαλλόμενη απόφαση δεν εντοπίζει ούτε επικαλείται οποιαδήποτε έλλειψη ή πλημμέλεια των κατατεθέντων νομιμοποιητικών εγγράφων για την εξουσία υπογραφής του νομίμου-κοινού εκπροσώπου της ένωσής μας. Επικουρικώς, στην περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι τα έγγραφα νομιμοποίησης του άρθρου 22.3 έπρεπε να κατατεθούν από τις εταιρείες - μέλη της ένωσης μας, καίτοι αυτό δεν προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια στο ως άνω άρθρο της διακήρυξης ως υποχρέωση που βαρύνει τους οικονομικούς φορείς-μέλη της ένωσης, σύμφωνα με όσα αναλύονται στις προηγούμενες παραγράφους, επαγόμαστε τα ακόλουθα: Οι εταιρείες μέλη της ένωσής μας υπέβαλαν ανεξαιρέτως όλα τα προβλεπόμενα ρητά και περιοριστικά στο άρθρο 22.3 της διακήρυξης έγγραφα νομιμοποίησης, καίτοι δεν υπείχαν σχετική, προς τούτο, υποχρέωση. Συγκεκριμένα: - Η εταιρεία «...» κατέθεσε τα εξής: α) το υπ' αριθ. 9566/29.10.2001 ΦΕΚ (Τεύχος Ανωμόνων Εταιρειών και Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης) σύστασης της, β) αντίγραφο του ισχύοντος καταστατικού της (δια της υπ' αριθ. ... ανακοίνωσης ΓΕΜΗ), γ) το υπ' αριθ. πρωτ. ... πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του Τμήματος Μητρώου ΓΕΜΗ, δ) το από 14.08.2019 Πρακτικό Διοικητικού συμβουλίου περί έγκρισης συμμετοχής στο διαγωνισμό και ε) το υπ' αριθ. πρωτ. ... Γενικό Πιστοποιητικό του Τμήματος Μητρώου του ΓΕΜΗ για τις τροποποιήσεις του καταστατικού και τη μη λύση της εταιρείας. - Η εταιρεία «...» κατέθεσε τα εξής: α) το υπ' αριθ. 1985/14.04.1999 ΦΕΚ (Τεύχος Ανωμόνων Εταιρειών και Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης) σύστασης της, β) το υπ' αριθ. 11284/26.10.2011 ΦΕΚ (Τεύχος Ανωμόνων Εταιρειών - Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης και Γενικού Εμπορικού Μητρώου) για τη συγκρότηση του ΔΣ και εκπροσώπηση της εταιρείας, γ) αντίγραφο του ισχύοντος καταστατικού της εταιρείας (υπ' αριθ. πρωτ. ... ΓΕΜΗ), δ) το υπ' αριθ. πρωτ. ... πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του Τμήματος Μητρώου ΓΕΜΗ, ε) το από 26.08.2019 Πρακτικό Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας περί έγκρισης συμμετοχής στο διαγωνισμό, στ) το υπ' αριθ. πρωτ. ... Γενικό Πιστοποιητικό του Τμήματος Μητρώου του ΓΕΜΗ για τις τροποποιήσεις του καταστατικού και τη μη λύση της εταιρείας. - Η εταιρεία «...» κατέθεσε τα εξής: α) αντίγραφο του ισχύοντος

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

καταστατικού (υπ' αριθ. πρωτ. ... ΓΕΜΗ),β) το υπ' αριθ. πρωτ. ... Γενικό Πιστοποιητικό του Τμήματος Μητρώου ΓΕΜΗ για τις τροποποιήσεις του καταστατικού και τη μη λύση της εταιρείας μετά του υπ' αριθ. πρωτ. 27083/2013 Πιστοποιητικού του Τμήματος Εταιρειών- Σωματείων του Πρωτοδικείου Αθηνών, γ) το υπ' αριθ. πρωτ. ... Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης της εταιρείας. - Η πάροχος δάνειας εμπειρίας στην ένωση μας, εταιρεία «...» κατέθεσε τα εξής: α) το υπ' αριθ. 8285/27.07.2005 ΦΕΚ (Τεύχος Ανωλύμων Εταιρειών και Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης) σύστασης της, β) αντίγραφο του ισχύοντος καταστατικού (υπ' αριθ. πρωτ. ... ανακοίνωση ΓΕΜΗ), γ) το υπ' αριθ. πρωτ. ... Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης του Τμήματος Μητρώου ΓΕΜΗ, δ) το από 05.08.2019 Πρακτικό Διοικητικού Συμβουλίου περί διάθεσης εμπειρίας πράξης εφαρμογής ρυμοτομικού σχεδίου στην ένωση μας, ε) το υπ' αριθ. πρωτ. ... Γενικό Πιστοποιητικό, στ) την υπ' αριθ. πρωτ. ... Ανακοίνωση του τμήματος Μητρώου ΓΕΜΗ. Από την ανωτέρω παράθεση προκύπτει ότι άπασες οι εταιρείες μέλη της ένωσης μας, ήτοι η εταιρεία «...-...», η εταιρεία «...» και η εταιρεία "...» ... υπέβαλαν όλα τα έγγραφα νομιμοποίησης που ορίζονται με απόλυτη σαφήνεια στο άρθρο 22.3 και συνεπώς δεν συντρέχει περίπτωση απόρριψης της προσφοράς της ένωσης λόγω έλλειψης κάποιου δικαιολογητικού νομιμοποίησης. Ειδικώς, δε, υπογραμμίζεται ότι η Διακήρυξη δεν προβλέπει την υποβολή πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης από το ΓΕΜΗ, όπως αβάσιμα υπολαμβάνει η προσβαλλόμενη και ως εκ τούτου ο αποκλεισμός μας από τη διαγωνιστική διαδικασία έλαβε χώρα σε κάθε περίπτωση παρανόμως και κατά παρέκκλιση από τα ρητώς οριζόμενα στο σχετικό κανονιστικό πλαίσιο. Δηλαδή, ο αποκλεισμός μας έλαβε χώρα σε κάθε περίπτωση χώρα στηριζόμενος σε λόγους που δεν προβλέπονται ρητά και με σαφήνεια στη Διακήρυξη και προβάλλονται το πρώτον παρανόμως μετά την υποβολή της προσφοράς μας. Εξάλλου, όπως προκύπτει από το άρθρο 22.3 της οικείας διακήρυξης, τα νομιμοποιητικά έγγραφα, από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου του προσωρινού αναδόχου, πρέπει να έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, εκτός αν σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος. Στην τελευταία αυτή κατηγορία, ήτοι των

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

εγγράφων με συγκεκριμένη ισχύ, εμπíπτουν αναμφίβολα οι Ανακοινώσεις του ΓΕΜΗ που συνοδεύουν τα πιστοποιητικά ισχύουσας εκπροσώπησης που εκδίδονται από το τελευταίο, εφόσον εκ του περιεχομένου τους δεν προκύπτει μόνο η σύνθεση του ΔΣ και η εκπροσώπηση των εταιρειών που τα προσκομίζουν, αλλά και ο χρόνος της θητείας του εκάστοτε Διοικητικού Συμβουλίου, μεταξύ των μελών του οποίου συγκαταλέγεται ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας. Εν προκειμένω, το επίμαχο υπ' αριθ. πρωτ. ... πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης από το Τμήμα Μητρώου/Υπηρεσία ΓΕΜΗ του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου ..., που προσκόμισε η εταιρεία μέλος της ένωσης μας «...», συνοδεύεται από την υπ' αριθ. πρωτ. ... Ανακοίνωση του ΓΕΜΗ, από την οποία αντλούνται όλα τα στοιχεία που θεμελιώνουν την εκπροσώπηση της εταιρείας. Η τελευταία αυτή Ανακοίνωση και κατ' επέκταση το από 16.03.2020 πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ, ως εκ του περιεχομένου της Ανακοίνωσης, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του πιστοποιητικού, έχουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος, ήτοι έως τις 30.06.2022, οπότε λήγει η θητεία του αναγραφόμενου σε αυτήν Διοικητικού Συμβουλίου. Επομένως, δεν ασκεί επιρροή η έκδοση του πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης σε χρόνο απώτερο των 30 ημερών πριν από την υποβολή του, σε αντίθεση με όσα κρίνει η προσβαλλόμενη απόφαση, δοθέντος ότι τα απαιτούμενα στοιχεία εκπροσώπησης αντλούνται πρωτογενώς από την από 11.04.2017 Ανακοίνωση του ΓΕΜΗ συνδυαστικά με το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο ως εκ τούτου έχει χρόνο ισχύος μέχρι 30.06.2022. Μάλιστα, η, προκύπτουσα από τα προαναφερθέντα έγγραφα, συγκρότηση του ΔΣ, η θητεία του και η εκπροσώπηση της εταιρείας, προκύπτει περαιτέρω και από τα εξής υποβληθέντα έγγραφα : α) από την ίδια ως άνω από 11.04.2017 Ανακοίνωση ΓΕΜΗ που συνοδεύει και τα μεταγενέστερα, συμπληρωματικώς υποβληθέντα, υπ' αριθ. πρωτ. ... κα ...πιστοποιητικά ισχύουσας εκπροσώπησης από το Τμήμα Μητρώου/Υπηρεσία ΓΕΜΗ του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου ... (που αφορούν την ισχύουσα εκπροσώπηση της εταιρείας «...»). Συνεπώς, από το περιεχόμενο της υπ' αριθ. πρωτ. ...Ανακοίνωσης του Τμήματος Μητρώου του ΓΕΜΗ που συνοδεύει αφενός το αρχικό από 16.03.2020 και αφετέρου τα συμπληρωματικώς υποβληθέντα από 31.07.2020

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

και από 25.10.2020 πιστοποιητικά εκπροσώπησης, προκύπτει ότι από τις 16.03.2020 (αρχικώς υποβληθέν πιστοποιητικό) μέχρι και σήμερα (πολλώ δε μάλλον στις 04.06.2020 που υποβλήθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης) ουδεμία μεταβολή έχει χωρήσει τόσο στην σύνθεση του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας «...», όσο και στην εκπροσώπηση αυτής. β) από την με αριθμό πρωτ. 1307/2-6-2020 βεβαίωση του Τμήματος Διαχείρισης της Δ/σης Εισφορών της Περιφερειακής Μονάδας ... σύμφωνα με την οποία: «Βεβαιώνεται ότι, η εταιρεία ... σύμφωνα με την ΥΔ του Ν.1599/86 της νομίμου εκπροσώπου της κ. ... και μετά από έλεγχο που έγινε βάσει των τηρουμένων στοιχείων του Ταμείου μας, δεν απασχολεί μισθωτούς μηχανικούς και ως εκ τούτου δεν έχει οφειλές από ασφαλιστικές εισφορές..... Καθίσταται, επομένως, σαφές από το περιεχόμενο του τελευταίου εγγράφου ότι έως τις 02.06.2020 ουδεμία μεταβολή είχε επέλθει στην εκπροσώπηση της εταιρείας «...», όπως αυτή προέκυπτε και από το 16.03.2020 Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης (νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας η κα ... του ...), Ως εκ τούτου, είναι εσφαλμένη και θα πρέπει να απορριφθεί η παραδοχή της ΑΕΠΠ για το συγκεκριμένο χρόνο ισχύος της Ανακοίνωσης και κατ' επέκταση του πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης. Περαιτέρω, ενόψει όσων αναλύονται στις προηγούμενες παραγράφους, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ζητήσει συμπλήρωση και διευκρίνιση του κρίσιμου υπ' αριθ. πρωτ. ... πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης από το Τμήμα Μητρώου/Υπηρεσία ΓΕΜΗ του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου ..., δεδομένου μάλιστα ότι, εκτός από το εν λόγω πιστοποιητικό, είχαν υποβληθεί νομίμως και εμπροθέσμως α) η υπ' αριθ. πρωτ. ... Ανακοίνωση του ΓΕΜΗ, από την οποία προκύπτει η θητεία του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας- μέλους της ένωσής μας «...» μέχρι τις 30.06.2022 και β) η με αριθμό πρωτ. ... βεβαίωση του Τμήματος Διαχείρισης της Δ/σης Εισφορών της Περιφερειακής Μονάδας ..., από την οποία επίσης προκύπτει το πρόσωπο της νομίμου εκπροσώπου της αυτής ως άνω εταιρείας και δη δύο (2) μόλις ημέρες πριν την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Όφειλε, δηλαδή, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή, ασκώντας χρηστή διοίκηση, να καλέσει την ένωσή μας να διευκρινίσει, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ότι η νομιμοποίηση της εταιρείας «...» δεν είχε μεταβληθεί στο διαδραμόντα χρόνο ανάμεσα στις

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

16.03.2020 (ημερομηνία έκδοσης του δικαιολογητικού) και 22.04.2020 (ημερομηνία συμπλήρωσης 30 εργασίμων ημερών προ της υποβολής του στις 04.06.2020), εφόσον μάλιστα αυτό προκύπτει με απόλυτη βεβαιότητα από τα παραπάνω δικαιολογητικά και έγγραφα, όπως αυτά υποβλήθηκαν νομίμως με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της ένωσής μας. Στο πλαίσιο αυτό η κρίση της 1540/2020 ΑΕΠΠ σύμφωνα με την οποία «Αναφορικά, με τον ισχυρισμό της παρεμβαίνουσας ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει προς παροχή διευκρινήσεων/συμπλήρωσης, ομοίως κρίνεται απορριπτέος καθώς οι διατάξεις του άρθρου 5 της διακήρυξης εννοιολογικά ταυτόσημες με του άρθρου 103 ν. 4412/2016, ως ισχύει, ουδόλως προβλέπουν τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ούτε βέβαια την υποχρέωση της να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, τουναντίον προβλέπεται η απόρριψη της προσφοράς (βλ. σχετικά Αιτιολογική Έκθεση του ν.4605/2019 και ΔΕφΠΕιρ193/2019) και μάλιστα κατά δέσμια αρμοδιότητα ενώ δεν χωρεί λόγω της δέσμιας αρμοδιότητας η εφαρμογή των γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας (βλ. σκ. 26-27 της παρούσας). Παράλληλα, δεν χωρεί η εφαρμογή του άρθρου 102 για τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου και τούτο διότι η κατ' άρ. 103 παρ. 1-2 Ν. 4412/2016 συμπλήρωση, δεν χωρεί εφόσον δεν υποβληθεί το προβλεπόμενο ειδικό αίτημα παράτασης εμπροθέσμως, ήτοι προ παρέλευσης της προθεσμίας καταρχήν υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και με πλήρη τεκμηριωτικά στοιχεία περί της αδυναμίας εμπρόθεσμης υποβολής. Άρα, εφόσον δεν συντρέχουν οι ως άνω προϋποθέσεις η προσφορά του προσωρινού αναδόχου αποκλείεται άνευ ετέρου και κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής και μάλιστα, αφού η απόρριψη της προσφοράς επέρχεται εκ του κανονιστικού και νομοθετικού πλαισίου βάσει αντικειμενικών προϋποθέσεων και δεσμίως, ανεξαρτήτως υποκειμενικών στοιχείων και κρίσεως.», είναι εσφαλμένη καθόσον παραβλέπει τις δύο καθοριστικές προϋποθέσεις για την ενεργοποίηση της διάταξης του άρθρου 7 της διακήρυξης και 102 του ν. 4412/2016, που εν προκειμένω πληρούνται αμφότερες, ήτοι α) ότι η περί ης ο λόγος πλημμέλεια είναι επουσιώδης και β) ότι δεδομένης της υποβολής με το φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης του

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

συνόλου των δικαιολογητικών και εγγράφων της αμέσως προηγούμενης παραγράφου, εκ των οποίων προκύπτει μετά βεβαιότητας ως αμετάβλητη η νομιμοποίηση της εταιρείας «...» από τις 16.03.2020 μέχρι και σήμερα, η κλήση της ένωσής μας να διευκρινίσει και να συμπληρώσει το υποβληθέν κρίσιμο υπ' αριθ. πρωτ. ... πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης ουδόλως εισάγει καθ' οιοδήποτε τρόπο διάκριση υπέρ της ένωσής μας σε σχέση με τους λοιπούς οικονομικούς φορείς ή άνιση μεταχείριση μεταξύ τους, ούτε θα είχε ως συνέπεια αθέμιτη ευνοϊκή μεταχείριση μας, ούτε θα συνιστούσε ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς μας, ούτε φυσικά μας προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε σχέση με τις προσφορές των υπόλοιπων υποψηφίων. Επί των κατατεθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και αποδεικτικών εγγράφων νομιμοποίησης της ένωσης μας, η Επιτροπή του Διαγωνισμού, κατόπιν ελέγχου αυτών σύμφωνα με τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ και σε αντιπαραβολή με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, εισηγήθηκε, δια του Πρακτικού III, την κατακύρωση της σύμβασης της ένωσης μας. Ακολούθως, κατ' ορθή κρίση, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... αποφάσισε να εγκρίνει το εν λόγω Πρακτικό III και να κατακυρώσει τη σύμβαση στην ένωση μας. Ειδικότερα, επί του επίμαχου πιστοποιητικού, η αναθέτουσα αρχή, δια των απόψεων της ενώπιον της ΑΕΠΠ, στο πλαίσιο της 1540/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, σημειώνει τα εξής: «Α)...Παρότι το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης με αριθμό πρωτοκόλλου...έχει εκδοθεί στις 16.03.2020, έχει συνημμένη την με αριθμό πρωτοκόλλου ...ανακοίνωση του Εμπορικού & Βιομηχανικού Επιμελητηρίου ... στο ΓΕΜΗ, στην οποία αναφέρεται ότι η σύνθεση του Διοικητικού Συμβουλίου και η εκπροσώπηση της εν λόγω ΑΕ θα έχει πενταετή θητεία με λήξη την 30.06.2022. δεδομένου δε ότι ύστερα από έλεγχο, μετά τις 16.03.2020, στο <https://www.businessregistry.gr/publicity/index> με τον αριθμό ΓΕΜΗ της εν λόγω εταιρείας δεν υπάρχει καταχωρημένη απόφαση της Γενικής Συνέλευσης που να ανατρέπει την εν λόγω εκπροσώπηση, η Επιτροπή του Διαγωνισμού έκανε δεκτό το εν λόγω πιστοποιητικό εκπροσώπησης, θεωρώντας την ως επουσιώδη πλημμέλεια.». Επί του προαναφερθέντος ισχυρισμού η δια της υπ' αριθ. 1540/2020 απόφασης, η ΑΕΠΠ έκρινε εσφαλμένως ότι : «Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής ότι άντλησε τα οικεία στοιχεία

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

απευθείας από το ΓΕΜΗ, ομοίως κρίνονται απορριπτέοι και τούτο διότι προς τον σκοπό εφαρμογής του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, η εν λόγω δυνατότητα (βλ. ΕΕΕΣ Μέρος VI) παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας έχει παράσχει τις απαραίτητες πληροφορίες (διαδικτυακή διεύθυνση, αρχή ή φορέα έκδοσης, επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων) που παρέχουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να το πράξει, προϋπόθεση που δεν συντρέχει εν προκειμένω (βλ. ΕΕΕΣ ... ΑΕ όπου ουδένα εκ των ανωτέρω στοιχείων δηλώθηκε). Ούτε βέβαια ουδείς ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή είχε ήδη στη διάθεση της τα σχετικά έγγραφα και επομένως απαλλάσσετο από την προσκόμιση τους η παρεμβαίνουσα». Και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή, κατ' εφαρμογή του άρθρου 22 της διακήρυξης, ενήργησε στο πλαίσιο της αυτεπάγγελτης αναζήτησης εγγράφου σε εθνική βάση δεδομένων, όπως είναι το ΓΕΜΗ, για την επαλήθευση του περιεχόμενου του υποβληθέντος πιστοποιητικού εκπροσώπησης από τα δημοσιευμένα στο ΓΕΜΗ στοιχεία, στη βάση δεδομένων του οποίου οποιοσδήποτε δύναται να έχει πρόσβαση άμεσα, σε πραγματικό χρόνο και οποτεδήποτε με βάση τον αριθμό ΓΕΜΗ της εταιρείας (ο οποίος προέκυπτε από το ήδη κατατεθέν από 16.03.2020 πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης ΓΕΜΗ). Οι, δε, απαραίτητες πληροφορίες για να προβεί η αναθέτουσα αρχή στην προαναφερθείσα ενέργεια είχαν παρασχεθεί από την ένωση μας μέσω της υποβολής του από 16.03.2020 πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης της εταιρείας «...», στο οποίο αναγράφεται η διαδικτυακή διεύθυνση, ο φορέας έκδοσης και ο αριθμός ΓΕΜΗ της εταιρείας για την σχετική αναζήτηση. Σημειώτεον, δε, ότι στο Μέρος VI (Τελικές Δηλώσεις) του ΕΕΕΣ της εταιρείας «...» περιλαμβάνεται και η σχετική δήλωση συναίνεσης της εν λόγω εταιρείας. Τέλος, επισημαίνεται πως η αναφορά της αναθέτουσας αρχής (στις απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ) σε αναζήτηση απόφασης της Γενικής Συνέλευσης που να ανατρέπει την εν λόγω εκπροσώπηση, συνδέεται προδήλως αφενός με την αρμοδιότητα της Γενικής Συνέλευσης να εκλέγει το Διοικητικό Συμβούλιο που διοικεί την εταιρεία αφετέρου με το γεγονός ότι απόφαση της Γενικής Συνέλευσης με τέτοιο περιεχόμενο (ήτοι εκλογή Διοικητικού Συμβουλίου) αυτόματα θα συνεπαγόταν και τροποποίηση στην εκπροσώπηση της εταιρείας. Συνοψίζοντας, το γεγονός

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ότι το υπ' αριθ. πρωτ. ... πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ, με συνημμένη την υπ' αριθ. πρωτ. ...Ανακοίνωση του ΓΕΜΗ, δεν έχει εκδοθεί εντός 30 ημερών προ της υποβολής του πιστοποιητικού, δεν στοιχειοθετεί λόγο απόρριψης της προσφοράς μας, όπως ορθώς έκρινε η αναθέτουσα αρχή. Και τούτο διότι: α) Από την ερμηνεία του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού προκύπτει ότι τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης του άρθρου 22.3 της διακήρυξης έπρεπε να υποβληθούν από την προσωρινή ανάδοχο ένωση μας και όχι από τις εταιρείες μέλη αυτής και συνεπώς δεν ασκεί επιρροή η ημερομηνία έκδοσης του από 16.03.2020 πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης της εταιρείας «... ΑΕ», μέλος της ένωσης μας. β) Το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ δεν προβλέπεται ρητά στο άρθρο 22.3 της διακήρυξης ως έγγραφο νομιμοποίησης που, επί ποινή αποκλεισμού, όφειλαν να υποβάλλουν οι εταιρείες - μέλη της ένωσης μας. γ) Από την επισκόπηση του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και εγγράφων νομιμοποίησης που υπέβαλε η ένωση μας, όταν κλήθηκε προς τούτο από την αναθέτουσα αρχή, προκύπτει ότι η εταιρεία «...», μέλος της ένωσης μας, υπέβαλε τα νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής της νομίμου εκπροσώπου της κ. ... (ήτοι, μεταξύ άλλων, το υπ' αριθ. πρωτ. ... πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ με συνημμένη την υπ' αριθ. πρωτ. ...Ανακοίνωση του ΓΕΜΗ από την οποία προκύπτει αφενός η εκπροσώπηση της εταιρείας από την Πρόεδρο και Διευθύνουσα Σύμβουλο αυτής, κα ... αφετέρου η θητεία του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας-μέλους της ένωσής μας «... Α.Ε.» μέχρι τις 30.06.2022 και β) την με αριθμό πρωτ. 1307/02.06.2020 βεβαίωση του Τμήματος Διαχείρισης της Δ/σης Εισφορών της Περιφερειακής Μονάδας ..., από την οποία επίσης προκύπτει το πρόσωπο της νομίμου εκπροσώπου της αυτής ως άνω εταιρείας και δη δύο (2) μόλις ημέρες πριν την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης). Συνεπώς, η εταιρεία «...» δεν παρέλειψε να υποβάλλει τα νομιμοποιητικά έγγραφα για την εξουσία υπογραφής της νομίμου εκπροσώπου της. δ) Παράλληλα, δεδομένου ότι το υποβληθέν, κατά τα ως άνω, πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ, με συνημμένη την από 11.04.2017 Ανακοίνωση του ΓΕΜΗ, είχε εκδοθεί σε χρόνο απώτερο των 30 ημερών προ της υποβολής του, η αναθέτουσα αρχή, κατ' εφαρμογή του

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

άρθρου 22 (Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής) της διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο «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. Η δήλωση για την εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο ΕΕΕΣ.» ορθά, στο πλαίσιο της αυτεπάγγελτης αναζήτησης εγγράφων-πληροφοριών σε εθνική βάση δεδομένων, επαλήθευσε το περιεχόμενο της από 11.04.2017 Ανακοίνωσης, ελέγχοντας και διαπιστώνοντας ότι μεταξύ της 16.03.2020 (ημερομηνία έκδοσης του πιστοποιητικού με συνημμένη την Ανακοίνωση) και 22.04.2020 (οπότε αυτό υπεβλήθη) δεν έχει επέλθει αλλαγή στην εξουσία εκπροσώπησης της εταιρείας από την κ. Σημειώνεται, δε, ότι στη βάση δεδομένων του ΓΕΜΗ οποιοσδήποτε δύναται να έχει πρόσβαση άμεσα, σε πραγματικό χρόνο και οποτεδήποτε με βάση τον αριθμό ΓΕΜΗ της εταιρείας (ο οποίος προέκυπτε από το ήδη κατατεθέν από 16.03.2020 πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης ΓΕΜΗ). Οι, δε, απαραίτητες πληροφορίες για να προβεί η αναθέτουσα αρχή στην προαναφερθείσα ενέργεια είχαν παρασχεθεί από την ένωση μας μέσω της υποβολής του από 16.03.2020 πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης της εταιρείας «...», στο οποίο αναγράφεται η διαδικτυακή διεύθυνση, ο φορέας έκδοσης και ο αριθμός ΓΕΜΗ της εταιρείας για την σχετική αναζήτηση. Μάλιστα, στο Μέρος VI (Τελικές Δηλώσεις) του ΕΕΕΣ της εταιρείας «...» περιλαμβάνεται και η σχετική δήλωση συναίνεσης της εν λόγω εταιρείας. Η δε αυτεπάγγελτη αναζήτηση από την αναθέτουσα αρχή τυχόν μεταβολής των στοιχείων του από 16.03.2020 πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης της εταιρείας «...» είναι νόμιμη και θεμελιώνει βάσιμα, σε συνδυασμό με τα προσκομισθέντα από την ένωση μας δικαιολογητικά και έγγραφα, την απόφαση της περί κατακύρωσης της σύμβασης στην ένωση μας. Επομένως, δοθέντος ότι άπασες οι εταιρείες μέλη της ένωσης μας, ήτοι η εταιρεία «...-...», η εταιρεία «...» και η εταιρεία "... " ... υπέβαλαν όλα τα έγγραφα νομιμοποίησης που ορίζονται με απόλυτη σαφήνεια

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

στο άρθρο 22.3 και η αναθέτουσα αρχή έλεγξε και επιβεβαίωσε ότι η εξουσία εκπροσώπησης της εταιρείας «...», όπως προέκυπτε από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης και έγγραφα νομιμοποίησης, δεν είχε μεταβληθεί μεταξύ της 16.03.2020 και 22.04.2020, κατά τα ως άνω, δεν συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς μας ως προσωρινού αναδόχου λόγω έλλειψης εγγράφου νομιμοποίησης της εταιρείας «...». Τέλος, λαμβάνοντας υπόψη ότι η εταιρεία «...», μέλος της ένωσης μας, στο πλαίσιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και εγγράφων νομιμοποίησης, είχε υποβάλλει εμπροθέσμως α) την υπ' αριθ. πρωτ. ...Ανακοίνωση του ΓΕΜΗ, συνημμένη στο υπ' αριθ. πρωτ. ... πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ, από την οποία προκύπτει αφενός η εκπροσώπηση της εταιρείας από την Πρόεδρο και Διευθύνουσα Σύμβουλο αυτής, κα ... αφετέρου η θητεία του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας-μέλους της ένωσής μας «...» μέχρι τις 30.06.2022 και β) την με αριθμό πρωτ. ... βεβαίωση του Τμήματος Διαχείρισης της Δ/σης Εισφορών της Περιφερειακής Μονάδας ..., από την οποία επίσης προκύπτει το πρόσωπο της νομίμου εκπροσώπου της αυτής ως άνω εταιρείας και δη δύο (2) μόλις ημέρες πριν την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, σε κάθε περίπτωση, ασκώντας χρηστή διοίκηση, να καλέσει την ένωσή μας να διευκρινίσει και συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα έγγραφα (από τα οποία προέκυπτε η εκπροσώπηση της εταιρείας) κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, και δη να διευκρινίσει και συμπληρώσει την υπ' αριθ. πρωτ. ...Ανακοίνωση του ΓΕΜΗ, προκειμένου να διαπιστώσει ότι η εκπροσώπηση της εταιρείας «...», όπως προκύπτει από την Ανακοίνωση αυτή, δεν είχε μεταβληθεί στο χρονικό διάστημα που μεσολάβησε από τις 16.03.2020 (ημερομηνία έκδοσης του δικαιολογητικού-πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ με συνημμένη την από 11.04.2017 Ανακοίνωση) έως και τις 22.04.2020 (ημερομηνία συμπλήρωσης των 30 εργάσιμων ημερών προ της υποβολής του πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης στις 04.06.2020). στ) Σε κάθε περίπτωση, η έκδοση του επίμαχου πιστοποιητικού σε χρόνο απώτερο των τριάντα (30) εργάσιμων ημερών προ της υποβολής του συνιστά επουσιώδη πλημμέλεια καθόσον η εκπροσώπηση της εταιρείας «...» κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και εγγράφων νομιμοποίησης,

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας από την υποβληθείσα κατά το χρόνο εκείνο υπ' αριθ. πρωτ. ...Ανακοίνωση του ΓΕΜΗ, συνημμένη στο ως άνω πιστοποιητικό και την υποβληθείσα ομοίως κατά το χρόνο εκείνο με αριθμό πρωτ. ... βεβαίωση του Τμήματος Διαχείρισης της Δ/σης Εισφορών της Περιφερειακής Μονάδας ... κατά τα ανωτέρω. Μάλιστα, οι ανωτέρω βάσιμοι ισχυρισμοί μας έγιναν δεκτοί από την Μονομελή Σύμβαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία έκανε δεκτή την από 07.12.2020, υπ' αριθ. κατάθεσης ANM 560/07.12.2020, αίτηση μας για την αναστολή εκτέλεσης των προσβαλλόμενων πράξεων και διέταξε την αναστολή εκτέλεσης της υπ' αριθ. 1540/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, δια της υπ' αριθ. 43/2021 απόφασης της Μονομελούς Συνθέσεως του ΙΓ Ακυρωτικού Τμήματος του Δικαστηρίου σας, κρίθηκαν τα ακόλουθα: «13. Επειδή, με την παράγραφο 22.3 της Διακήρυξης, που παρατίθεται στη σκέψη οχτώ (8) της παρούσας, προβλέπεται (εδ. α') η υποχρέωση του προσωρινού αναδόχου, στην περίπτωση που είναι νομικό πρόσωπο, να προσκομίσει επίκαιρα νομιμοποιητικά έγγραφα, από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νόμιμου εκπροσώπου του, και, ειδικότερα, αποδεικτικά έγγραφα που έχουν εκδοθεί εντός των τελευταίων τριάντα εργάσιμων ημερών από την υποβολή τους, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην παράγραφο 12 του άρθρου 80 του ν.4412/2016 που προστέθηκε με το άρθρο 43 παρ.7 περ.α' (αδ') του ν.4605/2019. Ακολούθως, με την ίδια παράγραφο (εδ. β') καθορίζονται συγκεκριμένα έγγραφα που πρέπει να προσκομιστούν από το νομικό πρόσωπο της εταιρίας, ανάλογα με το είδος της (ΑΕ, ΕΠΕ, ΟΕ, ΕΕ, ΙΚΕ) και, ειδικότερα, για την ανώνυμη εταιρία απαριθμούνται πέντε δικαιολογητικά και, αναλυτικά, ΦΕΚ σύστασης, αντίγραφο του ισχύοντος καταστατικού μαζί με το ΦΕΚ όλων των τροποποιήσεών του ή επικυρωμένο αντίγραφο κωδικοποιημένου καταστατικού, ΦΕΚ δημοσίευσης του πρακτικού Δ.Σ. περί εκπροσώπησής της, πρακτικό Δ.Σ. περί έγκρισης συμμετοχής στον διαγωνισμό, στο οποίο μπορεί να περιέχεται και ορισμός και παροχή εξουσιοδότησης προς συγκεκριμένο πρόσωπο, διάφορου του νόμιμου εκπροσώπου της, για υπογραφή της προσφοράς και των λοιπών εγγράφων του διαγωνισμού, καθώς και πιστοποιητικό αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής περί τροποποιήσεων του καταστατικού και μη λύσης της. Με δεδομένο,

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

επομένως, ότι η Διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του ένδικου διαγωνισμού, αρκείται στην προσκόμιση των προαναφερόμενων εγγράφων, για τον έλεγχο και απόδειξη της νόμιμης υπογραφής της προσφοράς ανώνυμης εταιρίας, και δεν απαιτεί ειδικώς την προσκομιδή πιστοποιητικού αρμόδιας διοικητικής αρχής περί της ισχύουσας εκπροσώπησης της, η μη υποβολή ή μη νόμιμη υποβολή τέτοιου πιστοποιητικού, δεν μπορεί, ενόψει των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς, να θεωρηθεί ότι στοιχειοθετεί λόγο απόρριψης της προσφοράς (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 620,1040/2010). Ενόψει των ανωτέρω, ακόμα και αν ήθελε θεωρηθεί ότι η παράγραφος 22.3 της Διακήρυξης βρίσκει εφαρμογή και στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων χωρίς νομική προσωπικότητα και ότι προβλέπει υποχρέωση υποβολής νομιμοποιητικών εγγράφων από τους επιμέρους οικονομικούς φορείς -μέλη της ένωσης, εφόσον οι εταιρίες -μέλη της αιτούσας ένωσης οικονομικών φορέων κατέθεσαν τα αποδεικτικά νομιμοποίησης που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη και η νομιμότητα και πληρότητα αυτών δεν αμφισβητήθηκε με την προδικαστική προσφυγή, η φερόμενη πλημμέλεια του πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης του Τμήματος Μητρώου ΓΕΜΗ, που κατέθεσε το μέλος της, ανώνυμη εταιρία με τον διακριτικό τίτλο «...», ως αναφερόμενη σε δικαιολογητικό, την υποβολή του οποίου δεν αξιώνει η Διακήρυξη, δεν φαίνεται να αποτελεί νόμιμο λόγο απόρριψης της προσφοράς της. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η οποία φαίνεται να εξέλαβε ότι το επίμαχο πιστοποιητικό υποβλήθηκε από το μέλος της αιτούσας ένωσης οικονομικών φορέων προς εκπλήρωση σχετικής υποχρέωσής του και, κατ' αποδοχή της σχετικής αίτησης της προδικαστικής προσφυγής, έκρινε ότι η προσφορά της αιτούσας ήταν απορριπτέα λόγω του ότι πιστοποιητικό αυτό δεν πληρούσε τους όρους της Διακήρυξης περί του χρόνου έκδοσής του, δεν φαίνεται νομίμως αιτιολογημένη, ο δε οικείος λόγος της κρινόμενης αίτησης, με τον οποία επαναφέρονται οι σχετικοί ισχυρισμοί της παρέμβασης της αιτούσας ένωσης οικονομικών φορέων ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., πιθανολογείται σοβαρώς ως βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.» Επομένως, ενόψει των ανωτέρω, θα πρέπει να απορριφθεί το πρώτο σκέλος του δεύτερου λόγου της υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

προδικαστικής προσφυγής ως αβάσιμο. Επί της παράλειψης υποβολής των υπεύθυνων δηλώσεων της ΚΥΑ 20977/23.08.2007 (Β' 1673). Το άρθρο 22.1.5 της διακήρυξης ορίζει ότι : «Για την περίπτωση του άρθρου 18.1.6 της παρούσας, τα ακόλουθα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο πδ 82/1996 και στο άρθρο 8 του ν. 3310/2005 : [...] Ελλείψεις στα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών συμπληρώνονται κατά το άρθρο 7 της παρούσας. Περαιτέρω, πριν την υπογραφή της σύμβασης, υποβάλλεται η υπεύθυνη δήλωση της κοινής απόφασης των Υπουργών Ανάπτυξης και Επικρατείας 20977/23-8-2007 (Β' 1673) «Δικαιολογητικά για την τήρηση των μητρώων του ν. 3310/2005 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 3414/2005.». Το άρθρο 5 της διακήρυξης (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου / Κατακύρωση / Πρόσκληση για υπογραφή της σύμβασης) ορίζει ότι : «α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλλει εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. [...]» και το άρθρο 8 της διακήρυξης (Σύναψη σύμβασης) ότι : «8.1. [...] μετά την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, εφόσον απαιτείται, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013, ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει, εφόσον απαιτείται, υπεύθυνη δήλωση, μετά από σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του υποσυστήματος. Στην υπεύθυνη δήλωση, η οποία υπογράφεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 22 της παρούσας, δηλώνεται ότι δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπο του οφигενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, προκειμένου να διαπιστωθεί ότι δεν έχουν εκλείψει οι προϋποθέσεις συμμετοχής του άρθρου 17, ότι δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 18 και ότι εξακολουθούν να πληρούνται τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 19. Η υπεύθυνη δήλωση ελέγχεται από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία συντάσσει πρακτικό που συνοδεύει τη σύμβαση. Μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του υποσυστήματος, κοινοποιείται η απόφαση της

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο. Με την ίδια απόφαση καλείται ο ανάδοχος να προσέλθει σε ορισμένο τόπο και χρόνο για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντας του η αναθέτουσα αρχή προθεσμία που δεν μπορεί να υπερβαίνει τις είκοσι (20) ημέρες από την κοινοποίηση ειδικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του υποσυστήματος, προσκομίζοντας και την απαιτούμενη εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης. Η εν λόγω κοινοποίηση επιφέρει τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016. 8.2. η υπογραφή του συμφωνητικού έχει αποδεικτικό χαρακτήρα. ...». Εκ των ανωτέρω διατάξεων διακρίνεται σαφώς ο χρόνος της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον χρόνο κατά τον οποίο ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει τις επίμαχες Υπεύθυνες Δηλώσεις, καθόσον οι τελευταίες υποβάλλονται πριν την υπογραφή της σύμβασης, οπότε καλείται από την αναθέτουσα αρχή ρητώς και σαφώς προς τούτο. Η διάκριση αυτή καθώς και η παρεμβολή έτερου σταδίου μεταξύ της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και της υπογραφής της σύμβασης προκύπτει έτι περαιτέρω από το άρθρο 8 της διακήρυξης, το οποίο περιγράφει αναλυτικά το στάδιο υποβολής από τον προσωρινό ανάδοχο αφενός της υπεύθυνης δήλωσης για τη μη επέλευση στο πρόσωπο του οψιγενών μεταβολών κατά την έννοια του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 και αφετέρου της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης που προηγούνται σε κάθε περίπτωση της υπογραφής του συμβατικού κειμένου. Ως χρόνος, δε, πριν την υπογραφή της σύμβασης δεν μπορεί παρά να θεωρείται το χρονικό σημείο που μεσολαβεί μεταξύ της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής προς τον προσωρινό ανάδοχο για υπογραφή του συμβατικού κειμένου και μέχρι την ημερομηνία υπογραφής αυτού. Κατά συνέπεια, ο χρόνος πριν την υπογραφή της σύμβασης δεν ταυτίζεται με το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά έπεται του τελευταίου. Επισημαίνεται πως το ίδιο χρονικό σημείο για την υποβολή των επίμαχων Υπεύθυνων Δηλώσεων, σαφώς διακρινόμενο από τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, προβλέπεται και στην υπ' αριθ. 20977/23.8.2007 κοινή απόφαση των Υπουργών Ανάπτυξης και Επικρατείας «Δικαιολογητικά για την τήρηση των μητρώων του ν. 3310/2005, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 3414/2005» (ΦΕΚ

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

1673 τ. Β'), στην οποία ορίζονται τα εξής : «I. Καθορίζουμε τα δικαιολογητικά που κατατίθενται ενώπιον του Τμήματος Ελέγχου Διαφάνειας του ΕΣΡ για την τήρηση του προβλεπόμενου από τις διατάξεις του ν. 3310/2005, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 3414/2005, μητρώου των επιχειρήσεων Μέσων Ενημέρωσης και των Επιχειρήσεων που συνάπτουν Δημόσιες Συμβάσεις ως ακολούθως: I. ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ ΜΕΣΩΝ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗΣ ... II. ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ ΠΟΥ ΣΥΝΑΠΤΟΥΝ ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΕΝΝΟΙΑ ΤΟΥ ΑΝΑΡΙΘΜΗΜΕΝΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 2 ΠΑΡ. 5 ΤΟΥ Ν. 3310/2005, ΟΠΩΣ ΠΡΟΣΤΕΘΗΚΕ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 2 ΠΑΡ. 3 ΤΟΥ Ν. 3414/2005 : Για την εφαρμογή του άρθρου 5 του ν. 3310/2005, όπως τούτο τροποποιήθηκε με το άρθρο 5 του ν. 3414/2005, ενόψει της υπογραφής της σχετικής σύμβασης, οι επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, αρκεί να προσκομίζουν, δια των νομίμων εκπροσώπων τους, μόνον στην Αναθέτουσα Αρχή, πριν την υπογραφή της σύμβασης, υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 8 του ν. 1599/1986, όπως ισχύει, ότι δεν έχει εκδοθεί καταδικαστική απόφαση κατά την έννοια του άρθρου 3 του ν. 3310/2005, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 3 του ν. 3414/2005. 2. Υπεύθυνες δηλώσεις του άρθρου 8 του ν. 1599/1986, όπως ισχύει, που προβλέπονται από τις διατάξεις της παρούσας για τις επιχειρήσεις μέσων ενημέρωσης ή για τις επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, μπορούν να υπογράφονται από το νόμιμο εκπρόσωπο της επιχείρησης ή από νομίμως εξουσιοδοτημένο πρόσωπο ειδικά για το σκοπό αυτό από το Διοικητικό Συμβούλιο της επιχείρησης, προσκομίζοντας και επικυρωμένο αντίγραφο του σχετικού πρακτικού... 3... 4.5... 6.7.8... 9. 10... ». Επομένως, οι επίμαχες υπεύθυνες δηλώσεις συνιστούν ένα επιπρόσθετο δικαιολογητικό το οποίο διακρίνεται από τα υπόλοιπα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου που περιλαμβάνονται στο άρθρο 22.1.5 της διακήρυξης με την χρησιμοποίηση του επιρρήματος «περαιτέρω». Προκύπτει, δηλαδή, ότι αντίθετα με τα υπόλοιπα δικαιολογητικά του άρθρου 22.1.5 της διακήρυξης, η υπεύθυνη δήλωση της κοινής απόφασης των Υπουργών Ανάπτυξης και Επικρατείας 20977/23-8-2007 διακρίνεται σαφώς τόσο λόγω της ιδιαιτερότητάς της, όσο και λόγω του χρονικού σημείου κατά το οποίο υποβάλλεται στην Αναθέτουσα Αρχή. Η διάκριση αυτή, εξάλλου, δικαιολογείται και ενισχύεται για τον λόγο ύπαρξής της, σε σχέση με τα λοιπά δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

του άρθρου 22.1.5 της διακήρυξης, λαμβανομένου υπόψη ότι σύμφωνα με την παράγραφο 4 του άρθρου μόνου της ΚΥΑ 20977/23-8-2007 «Εάν πριν την υπογραφή της συμβάσεως εκδοθεί σε βάρος επιχείρησης που συμμετέχει σε διαδικασία ανάθεσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οριστική καταδικαστική απόφαση με ισχύ δεδικασμένου, κατά το άρθρο 3 παρ. 4 του ν. 3310/2005, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 3 του ν. 3414/2005, η εν λόγω επιχείρηση απέχει από την υπογραφή της σύμβασης και χωρίς υπαίτια καθυστέρηση προσκομίζει στην Αναθέτουσα Αρχή και στο Τμήμα Ελέγχου Διαφάνειας του ΕΣΡ επικυρωμένο αντίγραφο της απόφασης αυτής, καθώς και αντίγραφο ποινικού μητρώου των νομίμων εκπροσώπων της, στο οποίο αναφέρεται η ως άνω καταδικαστική απόφαση.». Προκύπτει, δηλαδή, ότι η προσκόμιση της συγκεκριμένης υπεύθυνης δήλωσης χαρακτηρίζεται από την έντονη ανάγκη να είναι επικαιροποιημένη, ως προς το ουσιαστικό της περιεχόμενο, κατά το πλησιέστερο δυνατό χρονικό σημείο πριν την υπογραφή της σύμβασης, διότι η συνδρομή οριστικής καταδικαστικής απόφασης με ισχύ δεδικασμένου κατά το άρθρο 3 παρ. 4 του ν. 3310/2005, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 3 του ν. 3414/2005, συνιστά λόγο αποχής από την υπογραφή της σύμβασης. Συμπερασματικά, ενόψει των ανωτέρω σκέψεων και του συγκεκριμένου λεκτικού περιεχομένου της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, οι υπεύθυνες δηλώσεις της κοινής απόφασης των Υπουργών Ανάπτυξης και Επικρατείας 20977/23-8-2007 δεν είναι απαιτούμενο δικαιολογητικό κατά το τρέχον στάδιο του διαγωνισμού, αλλά αυτές πρέπει να υποβληθούν από τα μέλη της ένωσής μας στην Αναθέτουσα Αρχή μόλις κληθούμε για την υπογραφή της σύμβασης και πριν από αυτήν. Σε κάθε περίπτωση, το συγκεκριμένο λεκτικό περιεχόμενο του σχετικού όρου της διακήρυξης που αναφέρεται στις υπεύθυνες δηλώσεις της κοινής απόφασης των Υπουργών Ανάπτυξης και Επικρατείας 20977/23-8-2007, τον καθιστά σε κάθε περίπτωση αμφίσημο - ασαφή και επομένως εάν ήθελε κριθεί ότι η ένωσή μας τον παραβίασε, τούτο δεν επιφέρει τις έννομες συνέπειες που επιδιώκονται με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς η παραβίαση ενός τέτοιου αμφίσημου όρου δεν μπορεί να οδηγήσει στον αποκλεισμό της ένωσής μας εφόσον σύμφωνα και με όσα προαναφέραμε καλοπίστως και ευλόγως δεν ευθυνόμαστε εμείς για την παρερμηνεία της σχετικής

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

υποχρέωσης, εφόσον η Διοίκηση - Αναθέτουσα Αρχή ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα. Στο πλαίσιο αυτό, είναι προδήλως εσφαλμένη η κρίση της 1540/2020 ΑΕΠΠ σύμφωνα με την οποία ο χρόνος πριν την υπογραφή της σύμβασης περιλαμβάνει αναμφίβολα και το χρόνο κατά τον οποίο καλείται ο προσωρινός ανάδοχος βάσει του άρθρου 22 να υποβάλλει τα δικαιολογητικά απόδειξης μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 18 της διακήρυξης, τόσο διότι α) υπό την λογική- εκδοχή αυτή, ο χρόνος πριν την υπογραφή της σύμβασης περιλαμβάνει κάθε στάδιο που προηγείται αυτής, ερμηνεία που, όμως προκαλεί σύγχυση και δεν συνάδει με τη ρητή διάκριση των χρονικών σημείων από το ίδιο το λεκτικό περιεχόμενο της διακήρυξης, το οποίο εξάλλου συνεπάγεται και την εκπλήρωση διαφορετικών υποχρεώσεων από πλευράς προσωρινού αναδόχου και αναθέτουσας αρχή ανά στάδιο όσο και γιατί β) σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, ο χρόνος πριν την υπογραφή της σύμβασης οριοθετείται μεταξύ δύο χρονικών σημείων - γεγονότων, ήτοι της σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής για υπογραφή της σύμβασης και της υπογραφής αυτής καθ' εαυτής. Επιπλέον, ο ισχυρισμός της ΑΕΠΠ στην 1540/2020 απόφαση σύμφωνα με τον οποίο «..εάν υφίστατο διαφοροποίηση του χρόνου υποβολής των επίμαχων δηλώσεων, σε σχέση με τα λοιπά δικαιολογητικά κατακύρωσης, τότε αυτές αναμφίβολα θα εντάσσονταν στο άρθρο 8 της διακήρυξης «Υπογραφή της Σύμβασης», γεγονός που βεβαίως και δεν συντρέχει..» θα πρέπει να απορριφθεί αφενός διότι η προσκόμιση των Υπεύθυνων Δηλώσεων απαιτείται ρητά να λάβει χώρα «πριν την υπογραφή της σύμβασης», όπως οριοθετείται χρονικά κατά τα ανωτέρω, αφετέρου διότι η πρόβλεψη των Υπεύθυνων Δηλώσεων στο άρθρο 22.1.5 και όχι στο άρθρο 8 της διακήρυξης συνδέεται προδήλως με το περιεχόμενο των δικαιολογητικών-εγγράφων που προβλέπει το 22.1.5 και όχι με τον απαιτούμενο χρόνο υποβολής εκάστου. Με άλλα λόγια, εσφαλμένα και παραπλανητικά η ΑΕΠΠ αντλεί επιχείρημα υπέρ της υποχρέωσης υποβολής των Υπεύθυνων Δηλώσεων μαζί με τα λοιπά δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου από την πρόβλεψη των δηλώσεων αυτών στο άρθρο 22.1.5 και όχι στο άρθρο 8 της διακήρυξης καθόσον η επιλογή αυτή της αναθέτουσας αρχής απορρέει από την συνάφεια του ουσιαστικού περιεχομένου των εν λόγω δικαιολογητικών και όχι από τον χρόνο υποβολής αυτών. Η, δε, παραδοχή της

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

ΑΕΠΠ στην 1540/2020 απόφαση της σύμφωνα με την οποία «ως προς τις επίμαχες Υ.Δ και το χρόνο κατάθεσης τους δεν υφίσταται διαφοροποίηση σε σχέση με το προγενέστερο καθεστώς ήτοι αποτελούν δικαιολογητικό που προσκομίζεται από τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση πριν την υπογραφή της συμβάσεως (ΔΕφΑθ 474/2014, ΔΕφΠατ 7/2018 ομοίως ακυρωτικό).» επιβεβαιώνει τους βάσιμους ισχυρισμούς μας αφού η ένωση μας θα υπέβαλε τις επίμαχες Υπεύθυνες Δηλώσεις όταν θα καλείτο από την αναθέτουσα αρχή να υπογράψει τη σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν ήθελε θεωρηθεί ότι οι δηλώσεις αυτές έπρεπε να είχαν υποβληθεί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, υποχρέωση που ρητώς αρνούμαστε διότι δεν προβλέπεται ρητά από τη διακήρυξη, η ένωση μας υπέβαλε ήδη ενώπιον της ΑΕΠΠ συμπληρωματικά και διευκρινιστικά τις από 27.10.2020 Υπεύθυνες Δηλώσεις της ΚΥΑ 20977/23-8-2007. Εξάλλου, προς επίρρωση των ανωτέρω ισχυρισμών μας, ήδη δια της υπ' αριθ. 43/2021 απόφασης της Μονομελούς Σύνθεσης του Δικαστηρίου σας επί της από 07.12.2020, υπ' αριθ. κατάθεσης ANM570/07.12.2020, αίτησης αναστολής μας κρίθηκαν ορθώς τα ακόλουθα: «15. Επειδή, στην παράγραφο 22.1.5 της Διακήρυξης που, κατά την εισαγωγική της φράση, αφορά τα προσκομιστέα δικαιολογητικά κατακύρωσης για την περίπτωση της παραγράφου 1.8.6 αυτής, παρατίθενται καταρχάς τα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών των διαγωνιζομένων ανωνύμων εταιριών που αποδεικνύουν τη μη συνδρομή του προβλεπόμενου στο άρθρο 8 παρ. 4 του ν.3310/2005 και αποτελούντος την περίπτωση της ως άνω παραγράφου (1.8.6) λόγου αποκλεισμού, και, ακολούθως, τίθεται η πρόταση «περαιτέρω, πριν την υπογραφή της σύμβασης, υποβάλλεται η υπεύθυνη δήλωση της 20977/23.8.2007 ΚΥΑ», το περιεχόμενο της οποίας, όπως παρατίθεται στη σκέψη εννέα (9) της παρούσας, αφορά τη μη συνδρομή των πραγματικών προϋποθέσεων του προβλεπόμενου στο άρθρο 3 παρ.4 του ν. 3310/2005 και μη αναφερόμενου ρητώς στην ως άνω παράγραφο (1.8.6) λόγου αποκλεισμού και, ειδικότερα, με αυτή δηλώνεται ότι δεν έχει εκδοθεί καταδικαστική απόφαση, με ισχύ δεδεδικασμένου, για την τέλεση του αδικήματος της ενεργητικής διαφθοράς (των υπαλλήλων της αναθέτουσας αρχής) από τη διαγωνιζόμενη επιχείρηση ή από επιχείρηση μέσωσιν μαζικής ενημέρωσης (Μ.Μ.Ε) που τυχόν συνδέεται με αυτή,

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

εξαιτίας της συνδρομής των ασυμβίβαστων ιδιοτήτων της παραγράφου 1 του ίδιου άρθρου και, συγκεκριμένα, της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, εταίρου, βασικού μετόχου, μέλους οργάνου διοίκησης, διευθυντικού στελέχους της επιχείρησης που συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία (είτε ως φυσικό είτε ως νομικό πρόσωπο), με την ιδιότητα του ιδιοκτήτη, εταίρου, βασικού μετόχου, μέλους οργάνου διοίκησης, διευθυντικού στελέχους επιχείρησης μέσω μαζικής ενημέρωσης (Μ.Μ.Ε). Ο προαναφερόμενος όρος της Διακήρυξης πιθανολογείται σοβαρώς ότι παρουσιάζει αμφισημία και ασάφεια, ως προς τον χαρακτήρα και τον χρόνο υποβολής της υπεύθυνης δήλωσης 20977/23.8.2007 ΚΥΑ. Και τούτο, διότι από τη γραμματική διατύπωσή του, όπου η υπεύθυνη δήλωση της 20977/23.8.2007 ΚΥΑ αναφέρεται ως υποβλητέα «περαιτέρω, πριν την υπογραφή της σύμβασης» δεν φαίνεται να καθίσταται σαφές στον κανονικά επιμελή και ευλόγως ενημερωμένο υποψήφιο αν η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση απαιτείται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης που πρέπει να υποβληθεί με τον οικείο φάκελο ή αν μνημονεύεται ως επιπρόσθετο δικαιολογητικό που πρέπει να προσκομιστεί μετά την κατακύρωση και, πάντως, πριν υπογραφεί η σύμβαση. Εξάλλου, η μη ένταξη του συγκεκριμένου όρου στο άρθρο 8 της Διακήρυξης δεν φαίνεται να τον καθιστά μονοσήμαντο, αφενός διότι δεν αίρει την ασάφεια της γραμματικής διατύπωσής του, αφετέρου διότι η υποβολή μόνο μίας υπεύθυνης δήλωσης (περί μη ύπαρξης οψιγενών μεταβολών) και όχι οποιωνδήποτε αποδεικτικών εγγράφων πριν την υπογραφή της υπό ανάθεση σύμβασης, κατά τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο αυτό, αφορά μόνο τους λόγους αποκλεισμού που περιλαμβάνονται στο άρθρο 18, για την απόδειξη της μη συνδρομής των οποίων προσκομίστηκαν τα αντίστοιχα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προβλέπονται στο άρθρο 22, και, συνακόλουθα, δεν φαίνεται ικανή να αποκλείσει, αναντίρρητα, την υποβολή της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης πριν την υπογραφή της σύμβασης, η οποία αφορά τον κατ' άρθρο 3 παρ.4 του ν. 3310/2005 λόγο αποκλεισμού που δεν αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 18 και δεν είναι σαφές ότι απαιτείται ως αντίστοιχο δικαιολογητικό κατακύρωσης κατά την παρ.22.1.5. Περαιτέρω, η έννοια του όρου αυτού δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί ευχερώς κατανοητή, ενόψει όσων ίσχυαν (νομοθετικώς και νομολογιακώς) κατά το προγενέστερο δίκαιο, διότι αυτά δεν αποτελούν το

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

κανονιστικό πλαίσιο της ένδικης διαγωνιστικής διαδικασίας. Με βάση τα ανωτέρω και δεδομένου ότι η αμφισημία που δημιουργείται αντικειμενικά από τη γραμματική διατύπωση όρου της Διακήρυξης δεν μπορεί να ερμηνεύεται σε βάρος των διαγωνιζόμενων σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη έξι (6) της παρούσας, η προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία, κατ' αποδοχή της σχετικής αιτίας της προδικαστικής προσφυγής, κρίθηκε ότι η προσφορά της αιτούσας ένωσης οικονομικών φορέων ήταν απορριπτέα, λόγω του ότι, κατά παράβαση του προαναφερόμενου όρου, δεν υπέβαλε την επίμαχη υπεύθυνη δήλωση (για τις εταιρίες-μέλη της) με τον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν φαίνεται νομίμως αιτιολογημένη, ο δε σχετικός λόγος της κρινόμενης αίτησης πιθανολογείται σοβαρώς ως βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.» Επομένως, ενόψει των ανωτέρω, θα πρέπει να απορριφθεί και το δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής ως αβάσιμο».

14. Επειδή, ειδικότερα, 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 συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

15. Επειδή, οι διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες διέπουν τον διαγωνισμό, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης (βλ. ΣτΕ 1502/2003, ΣτΕ ΕΑ 16/2005, 977/2004, ΔΕφΑθ 2277/2014, ΔΕφΑθ αναστ. 895/2012) ως ειδικότερες και αφορώσες το συγκεκριμένο διαγωνισμό (ΣτΕ 2137/2012).

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

Άλλωστε, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους των υποψηφίων παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, ανεξαρτήτως αν οι όροι αυτοί αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου ή σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις.

16. 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^Λ. 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 ECU:EU:C:2015:228. 27).

17. 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 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).

18. Επειδή, ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του Διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

προϋποθέσεων. Άλλωστε οι απαραίτητες ικανότητες των υποψηφίων αποδεικνύονται με την προσκόμιση δικαιολογητικών που ορίζονται από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, Δημήτριος Ι. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Σάκκουλας, 2017, σελ. 195-197). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς.

19. Επειδή, το Βιβλίο IV του νόμου 4412/2016 (Α' 147/8.8.2016), που φέρει τον τίτλο «Έννομη προστασία κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων», ορίζει, στο άρθρο 346 ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 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 τα άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368. [όπως η παρ.1 τροποποιήθηκε με την παρ. 49 άρθρου 107 του Ν. 4497/2017, Α' 171] 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ δεχθεί την προδικαστική προσφυγή. ...», στο άρθρο 360 ότι «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

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

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», στο άρθρο 361 ότι «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. ...», στο άρθρο 362 παρ. 4 ότι «Δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου», στο άρθρο 367 ότι «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου. 5. Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που θίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας» [όπως η παρ.5 προστέθηκε με την παρ. 43 άρθρου 43 Ν. 4605/2019, ΦΕΚ Α 52/1.4.2019] και, στο άρθρο 372 (εντασσόμενο στον Τίτλο 3 του ίδιου Βιβλίου IV), ότι «1. Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989 (Α΄ 8)..... 4. Η άσκηση της αίτησης αναστολής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη άσκηση της αίτησης ακύρωσης. Η αίτηση αναστολής κατατίθεται στο αρμόδιο δικαστήριο μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών από «κοινοποίηση ή την πλήρη γνώση» της απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής και συζητείται το αργότερο εντός τριάντα (30) ημερών από την κατάθεσή της. ... Με την κατάθεση της αιτήσεως αναστολής η προθεσμία άσκησης της αίτησης ακύρωσης διακόπτεται και αρχίζει από την επίδοση της σχετικής απόφασης. Ο διάδικος που πέτυχε υπέρ αυτού την αναστολή της εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, οφείλει μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών από την επίδοση της απόφασης αυτής, να ασκήσει την αίτηση ακύρωσης, διαφορετικά αίρεται αυτοδικαίως η ισχύς της αναστολής. Η δικάσιμος για την εκδίκαση της αίτησης ακύρωσης δεν πρέπει να απέχει πέραν του τριμήνου από την κατάθεση του δικογράφου. Κατά παρέκκλιση

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

από τις διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 52 του π.δ. 18/1989 (Α' 8), η αίτηση αναστολής γίνεται δεκτή εφόσον πιθανολογείται σοβαρά η παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου και η αναστολή είναι αναγκαία για να αρθούν τα δυσμενή από την παράβαση αποτελέσματα ή να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων του αιτούντος. Η αίτηση όμως μπορεί να απορριφθεί αν, από τη στάθμιση της βλάβης του αιτούντος, των συμφερόντων τρίτων και επιτακτικών λόγων γενικού δημοσίου συμφέροντος, κρίνεται ότι οι αρνητικές συνέπειες από την αποδοχή θα είναι σοβαρότερες από την ωφέλεια του αιτούντος. Η απόφαση επί της αναστολής εκδίδεται μέσα σε προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την εκδίκαση της αίτησης. Το διατακτικό των αποφάσεων αυτών, υπογραφόμενο από τον Πρόεδρο, τα μέλη και τον Γραμματέα, εκδίδεται υποχρεωτικά μέσα σε προθεσμία επτά (7) ημερών από την εκδίκαση της αίτησης ή αν έχει χορηγηθεί προθεσμία στους διαδίκους για τη νομιμοποίησή τους ή για την υποβολή υπομνήματος από τη λήξη της προθεσμίας αυτής. Η προθεσμία προς τους διαδίκους δεν μπορεί πάντως να υπερβαίνει τις τρεις (3) ημέρες από την εκδίκαση. Η άσκηση αίτησης αναστολής κωλύει τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά. [όπως η παρ. 4 τροποποιήθηκε με το άρθρο 87 παρ. 2 του ν. 4478/2017 (Α' 91), με το άρθρο 27 του ν. 4491/2017 (Α' 152) και με την παρ. 45 άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 (Α 52/1.4.2019)] 5. Εάν η αίτηση αναστολής γίνει δεκτή, το όργανο το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε τη διαφορά. Στην περίπτωση αυτή, για το κύριο ένδικο βοήθημα που ασκήθηκε, εφαρμόζεται αναλόγως η παρ. 2 του άρθρου 32 του π.δ. 18/1989. ...».

20. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγεται ότι προϋπόθεση του παραδεκτού της ασκήσεως αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 αποτελεί η προηγούμενη άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΕΑ ΣτΕ 56/2020). Περαιτέρω, κατά την (αρκούντως σαφή και ευχερώς προβλέψιμη από τους ενδιαφερομένους) έννοια των διατάξεων αυτών, για ζητήματα που έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

διοικητικής προδικασίας, δεν χωρεί δεύτερη προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., παρά μόνον αίτηση αναστολής ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου. Κατ' ακολουθία, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή (ή φορέας) εκδώσει πράξη σε συμμόρφωση προς απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ή της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ ή του Διοικητικού Εφετείου, ο θιγόμενος οικονομικός φορέας διατηρεί τη δυνατότητα προσβολής της πράξης αυτής της αναθέτουσας αρχής (ή φορέα) με αίτηση αναστολής. Μόνον αν στην νεώτερη απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ή φορέα), η οποία εκδίδεται κατ' αρχήν σε συμμόρφωση προς απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ή της Επιτροπής Αναστολών, περιλαμβάνονται νέες κρίσεις ή αιτιολογίες που δεν αποτέλεσαν αντικείμενο της προηγηθείσας διοικητικής προδικασίας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., έχει υποχρέωση ο θιγόμενος οικονομικός φορέας να προσβάλει αυτές με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. ως προϋπόθεση παραδεκτής άσκησης της αιτήσεως αναστολής ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου. Συνεπώς, προδικαστική προσφυγή που ασκείται ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. για ζήτημα που έχει ήδη αποτελέσει αντικείμενο διοικητικής προδικασίας είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη (ΕΑ ΣΤΕ 261/2020). Περαιτέρω με την 320/2020 απόφαση του ΣΤΕ Δ' Τμήμα εκρίθη ότι *«Εφόσον η Διοίκηση, σε συμμόρφωση προς την απόφαση της Επιτροπής Αναστολών, ανακάλεσε την πράξη περί ανάδειξης προσωρινού ανάδοχου, η συμπροσβαλλόμενη πράξη της ΑΕΠΠ, με την οποία απερρίφθη η προδικαστική προσφυγή, απέβαλε την ισχύ της, και η δίκη πρέπει να κηρυχθεί καταργημένη»*.

21. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω κρίνονται τα κάτωθι. Με την προδιαληφθείσα υπ' αριθ. 43/2021 απόφαση του ΔΕφΑθηνών εκτός από την υπ' αριθμ. 1540/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ η οποία ανεστάλη, ήταν συμπροσβαλλόμενη και συνεπώς ανεστάλη ομοίως και η υπ' αριθμ. ...-... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία είχε ανακληθεί η υπ' αριθμ. ... απόφασή της. Η υπ' αριθμ. ...-... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής είναι πράξη εκτελεστή και συναφής προς την ανωτέρω απόφαση της ΑΕΠΠ και για τον λόγο αυτό συμπροσβαλλόμενη με αυτήν ενώπιον του ΔΕφΑθ. Συνεπώς η υπ' αριθ. ...προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που ανακαλεί την υπ' αριθ. ...-... απόφαση της (σύμφωνα με την 43/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

Αθηνών όπου ρητά διαλαμβάνεται ότι «4. Επειδή, στη δίκη που ανοίχτηκε με την κρινόμενη αίτηση, κατά το μέρος που στρέφεται κατά της 451/συν.34/2.12.2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...-..., η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π., την ιδιότητα του καθ' ου διαδίκου έχει ο Δήμος (Ε.Α. ΣΤΕ 20/2020, 178/2019, 107/2018, 346/2017 κ.α.), ο οποίος νομίμως παραστάθηκε κατά τη συζήτηση της υπόθεσης. Ωστόσο, η κρινόμενη αίτηση, κατά το μέρος που στρέφεται κατά της ανωτέρω απόφασης του Δήμου ...-..., είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, καθόσον η απόφαση αυτή, συνιστάμενη σε επανάληψη του ακυρωτικού διατακτικού της 1540/2020 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και σε εσωτερικές ενέργειες των υπηρεσιών του Δήμου (διαβίβαση του φακέλου στην Επιτροπή διαγωνισμού), δεν παράγει έννομες συνέπειες για την αιτούσα ένωση οικονομικών φορέων και, για τον λόγο αυτό, ως στερούμενη εκτελεστότητας, δεν μπορεί να πληγεί με το ένδικο βοήθημα προσωρινής δικαστικής προστασίας (άρθρα 360 παρ. 2 και 372 παρ. 1 εδ. γ' του ν. 4412/2016)», είναι ομοίως μη εκτελεστή διοικητική πράξη, καθόσον παγίως γίνεται δεκτό ότι η ανακαλούμενη πράξη και η ανακλητική αυτής έχουν την ίδια φύση. Υπό το φώς των ανωτέρω, η υπ' αριθ. ...προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που εγκρίνει το Πρακτικό ΙΙΙ της Επιτροπής του Διαγωνισμού και κατακυρώνει το διαγωνισμό στην παρεμβαίνουσα, επαναλαμβάνοντας το περιεχόμενο της υπ' αριθ. ...απόφασης της, χωρίς μεσολάβηση νέας έρευνας και ουσιαστικής κρίσης, αφού δεν ελήφθησαν υπόψη νέα ουσιώδη πραγματικά και νομικά δεδομένα, εμμένει στην αρχική της κρίση, όπως αποτυπώθηκε στην ...απόφαση της. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος αυτό αποτελεί βεβαιωτική πράξη της υπ' αριθ. ...απόφασης της αναθέτουσας αρχής και στερείται για το λόγο αυτό εκτελεστότητας. Το, δε, σκέλος της υπ' αριθ. ...προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής που αφορά στη συμμόρφωση του Δήμου με την υπ' αριθ. 43/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, δεν εισάγει ρύθμιση ούτε συνεπάγεται αφ' εαυτού και άνευ άλλου τινός έννομες εκτελεστές συνέπειες, με αποτέλεσμα να στερείται ομοίως εκτελεστότητας. Περαιτέρω, με τους λοιπούς λόγους της εν θέματι προσφυγής προβάλλονται από την προσφεύγουσα οι ίδιες πλημμέλειες οι

Αριθμός απόφασης: 1088/2021

οποίες έχουν ήδη κριθεί με την υπ' αριθμ. 1540/2020 απόφασή της ΑΕΠΠ αλλά και με την υπ' αριθμ. 43/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, επομένως κατά τα ειδικώς κριθέντα απαραδέκτως και ως εκ τούτου κατά τρόπο απορριπτέο προβάλλεται ότι μπορούν να κριθούν εκ νέου στα πλαίσια της νυν εξεταζόμενης προσφυγής.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, να απορριφθεί η παρέμβαση και να γίνει δεκτή.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει βάσει των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου ύψους 12.899,91 ευρώ με κωδικό ... που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 01.06.2021 και εκδόθηκε στις 17.06.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Ο Γραμματέας

ΗΛΙΑΣ ΣΤΡΕΠΕΛΙΑΣ