

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 29 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 22.08.2022, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - ΕΑΔΗΣΥ 1185/23.08.2022 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «... ..» και τον διακριτικό τίτλο «... ..», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της - (εφεξής αναθέτων φορέας), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ΔΥΣ/.../.../12.08.2022 Απόφαση του Διευθυντή υπηρεσιών στέγασης του αναθέτοντος φορέα — κατ' αποδοχή των με αρ. πρωτ. ΔΥΣ/ΕΚ .../.../21.7.2022 και με αρ. πρωτ. ΔΥΣ/ΕΚ .../.../28.7.2022 Πρακτικών ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών (αντίστοιχα) της Επιτροπής κρίσεως και αξιολόγησης — η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Πλήρης λειτουργία του Βρεφονηπιακού Σταθμού και Νηπιαγωγείου ... της», προϋπολογισμού 706.860,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής ανά

παιδί (με αρ. πρωτ. ΔΥΣ/.../12.05.2022 Διακήρυξη, πλατφόρμα ηλεκτρονικών προμηθειών tenderONE της cosmoONE).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... παράβολο, ποσού τριών χιλιάδων πεντακοσίων σαράντα τριών ευρώ και τριάντα λεπτών 3.543,30€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 22.08.2022, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1185/23.08.2022, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση της αναρτήθηκε στην πλατφόρμα tenderONE στις 12.08.2022.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (2^η σε σειρά κατάταξης), θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά του ανταγωνιστή της («... ..»), απορριπτομένων, ως καθόλα αβάσιμων, των ισχυρισμών του οικείου αναθέτοντος φορέα, κατά τους οποίους, επειδή η δεν υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147), οι συμμετέχοντες στην επίμαχη διαδικασία δεν υπάγονται στο καθεστώς έννομης προστασίας που προβλέπεται στον ως άνω νόμο (βλ. άρ. 345 και επόμ.) Αντιθέτως, για το ζήτημα αυτό, γίνονται καθόλα δεκτοί οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, ως αυτοί περιλαμβάνονται στο υποβληθέν Υπόμνημά του (βλ. αναλυτικότερα, σκέψη 7 της παρούσας).

Πιο συγκεκριμένα, γίνεται δεκτό ότι η αποτελεί «αναθέτοντα φορέα», υπό την έννοια του άρθρου 224 του Ν. 4412/2016 (βλ. αντίστοιχα, άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), καθώς της έχουν παραχωρηθεί ή διατηρεί ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα, τα οποία επηρεάζουν ουσιωδώς την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τη σχετική δραστηριότητα και πιο συγκεκριμένα, αποτελεί την **αποκλειστική παραγωγό ηλεκτρικής ενέργειας από συμβατικούς σταθμούς ηλεκτροπαραγωγής στα ...**. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα απολαύει της αποτελεσματικής έννομης προστασίας των άρ. 345 και επόμενα του Ν. 4412/2016 (ΒΙΒΛΙΟ ΙV «ΕΝΝΟΜΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ»). Ως δε βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, η θέση της φράσεως: *«με την επιφύλαξη των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου»* στο επίμαχο άρθρο 9 παρ. 4 του Ν. 4643/2019, στο οποίο ορίζεται ότι: *«Η ανάθεση των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών της άνω και κάτω των χρηματικών ορίων των Οδηγιών 2014/24 και 2014/25 για τις δημόσιες συμβάσεις, γίνεται σύμφωνα με τον Κανονισμό Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών της εταιρείας, κατά παρέκκλιση από την κείμενη νομοθεσία για την ανάθεση, την εκτέλεση και την*

έννομη προστασία κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με την επιφύλαξη των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου ...», έχει την έννοια ότι, για όσο χρόνο ο αναθέτων φορέας (εν προκειμένω, η), διατηρεί και **ΔΕΝ έχει αποδεδειγμένα απωλέσει την ιδιότητα του «αναθέτοντος φορέα»**, ως η έννοια αυτή περιλαμβάνεται στην Οδηγία 2014/25/EK (εκχώρηση αποκλειστικών δικαιώματα από αρμόδια αρχή της Ελλάδας μέσω οιασδήποτε διάταξης νόμου ή διοικητικής πράξης, που έχει ως αποτέλεσμα να περιορίζει την άσκηση των δραστηριοτήτων οι οποίες ορίζονται στα άρθρα 228 έως 234 σε έναν ή περισσότερους φορείς και η οποία επηρεάζει ουσιωδώς την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τέτοιου είδους δραστηριότητα), **οι δε συμβάσεις που αυτός αναθέτει, εμπίπτουν, λόγω του αντικειμένου και της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής της ως άνω Οδηγίας**, οι διατάξεις της τελευταίας, ως έχουν μεταφερθεί στην εσωτερική έννομη τάξη, εφαρμόζονται, κατ' αρχήν, πλήρως στις διενεργούμενες από τον φορέα αυτόν διαδικασίες αναθέσεως (βλ. σχετικά και ΕΑ ΣτΕ 132/2021). Ομοίως, απορριπτέοι κρίνονται οι ισχυρισμοί του οικείου αναθέτοντος φορέα περί δήθεν εκπρόθεσμης άσκησης της παρούσας Προσφυγής. Και τούτο, διότι, ως, εξάλλου, προελέχθη στη σκέψη 3 της παρούσας, η εταιρία «... ..» παραδεκτώς και εμπροθέσμως στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμ. ΔΥΣ/ΕΚ127778/5107/12.08.2022 εκτελεστής Απόφασης του Διευθυντή υπηρεσιών στέγασης – με την οποία σημειωτέον κρίθηκε, δυνάμει του άρ. 17 («Περάτωση Διαδικασίας Επιλογής – Αναγγελία Επιλογής Αντισυμβαλλομένου – Ματαίωση Διαδικασίας») της Διακήρυξης, οριστικώς αποδεκτή η Προσφορά της ανταγωνίστριας της εταιρίας, κατόπιν εξέτασης των, από 02.08.2022, αντιρρήσεων της προσφεύγουσας (βλ. άρθρο 16 «Αντιρρήσεις Προσφερόντων» της Διακήρυξης) και της σχετικής απάντησης της καθής η Προσφυγή – η οποία (Απόφαση) κοινοποιήθηκε στην εν λόγω εταιρία στις 12.08.2022. Σε κάθε δε περίπτωση, στην προσβαλλόμενη πράξη του Διευθυντή υπηρεσιών στέγασης του αναθέτοντος φορέα (αποφασιστικό όργανο) ενσωματώθηκαν τα Πρακτικά εξέτασης Φακέλου Α Προσφορών (Α

Στάδιο), Φακέλου Β Προσφορών (Β Στάδιο) και Φακέλου Γ Προσφορών (Γ Στάδιο), αντίστοιχα, της αρμόδιας Επιτροπής κρίσεως και αξιολόγησης (γνωμοδοτικό όργανο), ήτοι, στην προσβαλλόμενη πράξη ενσωματώθηκαν τα με αρ. πρωτ. ΔΥΣ/ΕΚ .../.../21.7.2022 και με αρ. πρωτ. ΔΥΣ/ΕΚ .../.../28.07.2022 Πρακτικά ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών, αντίστοιχα. Με βάση τα προρρηθέντα, η υπό κρίση Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της

5. Επειδή, περαιτέρω, επισημαίνεται ότι το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την άσκηση της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής, θεμελιώνεται εν προκειμένω στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη Διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. ΔΥΣ/.../.../12.8.2022 Απόφαση της, μη νομίμως έγινε δεκτή η Προσφορά του ανταγωνιστή της, μολονότι: α) δεν πληροί τους όρους του άρ. 2.3.Γ.2 της Διακήρυξης, β) τα έγγραφα που υπέβαλε ο «τρίτος» οικονομικός φορέας στον οποίον στηρίζεται, υποβλήθηκαν μη νομίμως, αφού η ψηφιακή υπογραφή του «τρίτου» είχε ανακληθεί από την ... και γ) υπέβαλε μη ορθές Υπεύθυνες Δηλώσεις, αφού (δια αυτών) ουδόλως δεσμεύεται ο συμμετέχων στον ένδικο Διαγωνισμό οικονομικός φορέας, παρά μόνο ο υπογράφων τις επίμαχες Δηλώσεις (κ. ...ς). Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «... 1. Παράνομη και ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση που ενώ δέχθηκε ότι στα υποβληθέντα με το φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής και τον φάκελο τεχνικής προσφοράς δικαιολογητικά η ψηφιακή υπογραφή του π. δεν ήταν ορθή και συνεπώς άκυρη, αντί να απορρίψει την προσφορά της εταιρίας «... ..» για τον άνω λόγο την κάλεσε να υποβάλει νέα ορθά υπογεγραμμένα από τον

... .. δικαιολογητικά με νέα ορθή ψηφιακή υπογραφή και βάσει των νέων αυτών δικαιολογητικών απέρριψε τις αντιρρήσεις μας. [...] Οι όροι δε της διακήρυξης ως περιέχοντες ειδική ρύθμιση για κάθε διαγωνισμό, είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέοι και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης (Σ.τ.Ε. 1502/2003, Ε.Α. Σ.τ.Ε. 16/2005, Ε.Α. Σ.τ.Ε. 977/2004). Η διακήρυξη της επίμαχης υπηρεσίας στο άρθρο 1.4. ορίζει τα εξής:

«1.4. Για την υποβολή προσφοράς στη διαδικασία επιλογής οι ενδιαφερόμενοι απαιτείται να διαθέτουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή (qualified digital signature) σε περίπτωση φυσικού προσώπου του ιδίου και σε περίπτωση νομικού προσώπου του/ των νομίμου/ ων εκπροσώπου/ ων του, η οποία να έχει εκδοθεί από πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης (qualified certificate ...). Να σημειωθεί ότι η χρονοσήμανση της προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής θα πρέπει να προέρχεται από αναγνωρισμένη αρχή (timestamp authority), όπως για παράδειγμα η «Εθνική Πύλη Ερμής» ή το «Ελληνικό Ινστιτούτο Μετρολογίας». Περαιτέρω η διακήρυξη στο άρθρο 3.5 με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» ορίζει εκτός των άλλων τα εξής: «Εφόσον οι προσφέροντες θα ήθελαν να επικαλεσθούν την χρηματοοικονομική, τεχνική ή και επαγγελματική ικανότητα τρίτου προκειμένου να καλύψουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται στις παραπάνω αντίστοιχες παραγράφους, υποχρεούνται να υποβάλουν τα στοιχεία που αποδεικνύουν την ανωτέρω ικανότητα και να δηλώσουν ότι δεσμεύονται να παράσχουν όλες τις απαιτούμενες από την παρούσα πρόσκληση εγγυήσεις. Προς τούτο στις προσφορές πρέπει να συμπεριλαμβάνονται, συμπληρωμένα και υπογεγραμμένα από εκπρόσωπο του παρέχοντος τη στήριξη, τα ακόλουθα:

- Στο Φάκελο Α':
 - Δήλωση νομιμοποίησης του παρέχοντος τη στήριξη σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην Πρόσκληση σχετικό υπόδειγμα
 - Δήλωση περί μη Συνδρομής Λόγων Αποκλεισμού (...)
- Στο Φάκελο Β':

- Τα δικαιολογητικά των παραγράφων 13.3.1 και 13.3.3 του παρόντος τεύχους ανάλογα με το είδος της επικαλούμενης στήριξης.

Τέλος στο άρθρο 13.1.1.2. της διακήρυξης ορίζεται ότι: «Η προσφορά θα πρέπει να υπογράφεται ψηφιακά στην πρώτη ή τελευταία σελίδα κάθε υποβαλλόμενου εγγράφου (δηλώσεις, περιγραφή προσφερόμενου αντικειμένου, σχέδια κλπ)....»

Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι για το παραδεκτό της προσφοράς τους μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες οντοτήτων (δανειοπαρόχων) για την πλήρωση των κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής ή επαγγελματικής ικανότητας και εμπειρίας και ότι ο δανειοπάροχος θα πρέπει να υποβάλει ψηφιακά υπογεγραμμένα όλα τα δικαιολογητικά που θα αποδεικνύουν ότι στο πρόσωπό του δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού και ότι πληροί τα κριτήρια επιλογής για τα οποία διαθέτει την δάνεια εμπειρία. Τέλος, από τις αυτές ως άνω διατάξεις προκύπτει ότι τα έγγραφα της προσφοράς δηλώσεις κλπ τόσο του διαγωνιζόμενου όσο και του δανειοπάροχου θα πρέπει να είναι ψηφιακά υπογεγραμμένα με προηγούμενη ηλεκτρονική υπογραφή στην πρώτη ή την τελευταία σελίδα.

Στην παρούσα περίπτωση η εταιρία «... ..» για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό επικαλέσθηκε δάνεια εμπειρία ως προς τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής - επαγγελματικής ικανότητας από το «... .. -», υποβάλλοντας με τους φακέλους Α' (δικαιολογητικά συμμετοχής) και Β' (τεχνική προσφορά) τα δικαιολογητικά που προβλέπει η διακήρυξη για τους δανειοπαρόχους ψηφιακά υπογεγραμμένα από τον π., φερόμενο νόμιμο εκπρόσωπο του δανειοπάροχου. Από τον έλεγχο που διενεργήσαμε στις ψηφιακές υπογραφές του π. διαπιστώσαμε ότι ο χρόνος ισχύος τους είχε λήξει από 30.4.2022 λόγω ανάκλησης από την ... και με τις ασκηθείσες αντιρρήσεις μας ζητήσαμε την απόρριψη της προσφοράς της «... ..» για τον άνω λόγο, ήτοι λόγω ακυρότητας όλων των εγγράφων του δανειοπάροχου ιδρύματος «... ..».

Το περιεχόμενο των αντιρρήσεων μας και του υπομνήματός μας ενώπιον της «... ..» για τον άνω λόγο αποκλεισμού της εταιρίας «... ..» έχουν ως εξής: «Η προσφορά της εταιρίας «... ..» είναι απορριπτέα γιατί όλα τα έγγραφα του ιδρύματος «... ..» που υπέβαλε ως δικαιολογητικά συμμετοχής και τεχνικής ικανότητας είναι άκυρα δεδομένου ότι η ψηφιακή υπογραφή του π., που υπογράφει ως νόμιμος εκπρόσωπός του, είχε ανακληθεί και δεν ήταν σε ισχύ στις 15.7.2022 που υπέγραψε. Ειδικότερα: Σύμφωνα με ανακοίνωση της Αρχής Πιστοποίησης Ελληνικού Δημοσίου (...) όλες οι ψηφιακές υπογραφές που είχαν εκδοθεί πριν την 17.1.2022 και έληγαν μετά την 30.4.2022 θα ανακαλούνταν και ανακλήθηκαν στις 30.4.2022 και έπαψαν να ισχύουν. Εν προκειμένω η ψηφιακή υπογραφή του π. του χορηγήθηκε στις 14.1.2022 και έληγε 14.1.2023. Δεδομένου όμως ότι είχε εκδοθεί στις 14.1.2022, ήτοι πριν την 17.1.2022, η άνω ψηφιακή υπογραφή ανακλήθηκε άνευ ετέρου στις 30.4.2022 και έπαψε να ισχύει. Στην παρούσα περίπτωση ο υπογράφει στις 15.7.2022 τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τα δικαιολογητικά της τεχνικής προσφοράς με την χορηγηθείσα σ' αυτόν στις 14.1.2022 ψηφιακή υπογραφή, η οποία όμως έχει πάψει να ισχύει από 30.4.2022 λόγω ανάκλησής της. Εν όψει των ανωτέρω όλα τα ψηφιακά υπογεγραμμένα από τον π. δικαιολογητικά του ιδρύματος «... ..» είναι άκυρα και η προσφορά της εταιρίας «... ..» είναι απορριπτέα και εξ αυτού του λόγου». Η καθ' ής ισχυρίζεται ότι η ψηφιακή υπογραφή του π. εκδόθηκε στις 14.1.2022 και λήγει στις 14.1.2023 ήταν σε ισχύ στις 15.7.2022 και ότι δεν έχει ανακληθεί. Η ψηφιακή υπογραφή του π. κατά τους ισχυρισμούς της καθ' ής θα είχε ανακληθεί μόνο εάν η ημερομηνία λήξεως ισχύος της ήταν πριν την 30.4.2022. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και παραπλανητικός. Από τις ανακοινώσεις της Αρχής Πιστοποίησης Ελληνικού Δημοσίου (...) στον ιστότοπο ared.gov.gr τμήμα «Ανακοινώσεις» αναφέρεται ότι όλες οι ψηφιακές υπογραφές που είχαν χορηγηθεί πριν την 17.1.2022 ανακαλούνται από την ... μέχρι τις 30.4.2022,

εάν ο κάτοχος δεν έχει προβεί έως την άνω ημερομηνία αυτοβούλως στην ανάκληση.

Το απόσπασμα από την ανακοίνωση της ΑΠΕ έχει ως εξής: «Ενημερώνουμε ότι οι ψηφιακές υπογραφές οι οποίες έχουν εκδοθεί μέχρι την 17η Ιανουαρίου 2022 και λήγουν μέχρι την 30^η/4/2022 θα λήξουν χωρίς να γίνει ενέργεια από τον χρήστη αυτόματα βάσει της ημερομηνίας λήξης τους. Εάν τα Ψηφιακά Πιστοποιητικά σας λήγουν μετά την 30η/4/2022, τότε θα λάβετε ενημέρωση μέσω προσωποποιημένου ηλεκτρονικού μηνύματος ότι μέχρι κάποια ημερομηνία θα πρέπει να ανακαλέσετε το ψηφιακό πιστοποιητικό σας (βλ. παρατήρηση στο Βήμα 3). Ο χρόνος που θα έχετε για την ανάκληση του πιστοποιητικού σας θα είναι τουλάχιστον 15 ημέρες. Αν δεν ενεργήσετε εσείς, τότε η Αρχή Πιστοποίησης Ελληνικού Δημοσίου (...) θα προβεί σε ανάκληση. Η διαδικασία αυτή θα ξεκινήσει από 20 Ιανουαρίου 2022 και θα ολοκληρωθεί σταδιακά μέχρι τις 30/4 για όλα τα ψηφιακά πιστοποιητικά της παλαιάς Με τον τρόπο αυτό όλες οι υπογραφές που έχουν εκδοθεί θα έχουν ανακληθεί μέχρι τις 30/4.». Το γεγονός ότι όλες οι ψηφιακές υπογραφές που είχαν χορηγηθεί πριν την 17.1.2022 θα ανακαλούνταν στις 30.4.2022 είναι πασίδηλο και για το λόγο αυτόν, όλοι έτρεχαν στα ΚΕΠ παραμονές του Πάσχα να ταυτοποιηθούν προκειμένου να τους χορηγηθούν νέες ψηφιακές υπογραφές. Εν προκειμένω, όπως συνομολογεί η εταιρία «....», η ψηφιακή υπογραφή στον χορηγήθηκε στις 14.1.2022, ήτοι πριν την 17.1.2022. Εφόσον ο δεν ανακάλεσε αυτοβούλως έως την 30.4.2022 την ψηφιακή υπογραφή του αυτή ανακλήθηκε από την Αυτός είναι και ο λόγος που στο άνοιγμα των υπογεγραμμένων από τον αρχείων εμφανίζεται η ένδειξη «atleastonesignatureisinvalid» (τουλάχιστον μια υπογραφή είναι άκυρη). Επισημαίνουμε ότι μολονότι τα ανωτέρω τα αναφέραμε στις από 2.8.2022 αντιρρήσεις η εταιρία «... ..» στο υπόμνημά της τα αντιπαρήλθε σιωπή, αποδεχόμενη έτσι εμμέσως πλην σαφώς ότι στις ψηφιακές υπογραφές του

... .. εμφανίζεται η ένδειξη «invalid» (άκυρη)». Τα ανωτέρω που αποτελούν και λόγο της παρούσης, όπως αποδεικνύεται από την προσβαλλόμενη απόφαση, έγιναν δεκτά από τη «... ..» και για τον λόγο αυτό η ψηφιακή υπογραφή του π. θεωρήθηκε «ως μη ορθή». Αντί όμως η «... ..» να απορρίψει την προσφορά της «... ..» για τον άνω ανυπέρβλητο και πλήρως αποδεδειγμένο νόμιμο και βάσιμο λόγο, κάλεσε την άνω διαγωνιζόμενη εταιρία να προσκομίσει εκ νέου όλα τα έγγραφα του δανειοπαρόχου ιδρύματος «Ο» με νέα ορθή υπογραφή του π., τα οποία αφού προσκομίσθηκαν ελέγχθηκαν από τη «... ..» ως προς την ορθότητα της ψηφιακής υπογραφής και θεωρήθηκε ότι: «... Εξετάζοντας τις εκ νέου ψηφιακές υπογραφές του π. διαπιστώνεται ότι είναι έγκυρες.». Η κρίση αυτή της «... ..» είναι πολλαπλώς εσφαλμένη, αντίθετη με τους όρους της διακήρυξης και παραβιάζει κατάφωρα τις διαδικασίες των δημοσίων διαγωνισμών. Έρχεται δε σε ευθεία αντίθεση με τις αρχές της τυπικότητας, της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων τις οποίες η «... ..» γράφει στα παλαιότερα των υποδημάτων της προκειμένου να αναθέσει την εκτέλεση της σύμβασης στην εταιρία «... ..». Η «... ..» όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της άνω εταιρίας και δεν ενομιμοποιείτο να την καλέσει να υποβάλει νέα δικαιολογητικά με ορθές ψηφιακές υπογραφές.

Τούτο προβλέπεται ρητώς στο άρθρο 14.2.2 της διακήρυξης που ορίζει κατά λέξη ότι: «Στο πλαίσιο αυτό αποσαφηνίζονται ότι προσφορές οι οποίες δεν θα περιλαμβάνουν στο Φάκελο Α' την Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής, τις Δηλώσεις Νομιμοποίησης αποδοχής όρων και ισχύος προσφορών, την ... και την τυχόν δήλωση/ έγγραφο του Προσφέροντος για ύπαρξη εμπιστευτικών στοιχείων, καθώς και σε περίπτωση σύμπραξης/ ένωσης φυσικών ή/ και νομικών προσώπων ή επίκλησης της ικανότητας τρίτου τις σχετικές αντίστοιχες δηλώσεις, θα απορρίπτονται». Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι προσφορές που δεν περιλαμβάνουν τις σχετικές δηλώσεις του δανειοπαρόχου απορρίπτονται κατά δεσμία αρμοδιότητα χωρίς να δικαιούται η «... ..» να

καλέσει τον διαγωνιζόμενο να προβεί σε συμπλήρωση των ελλειπόντων και μη υποβληθέντων δικαιολογητικών. Ως μη υποβληθέντα δικαιολογητικά θεωρούνται και αυτά που έχουν υπογραφεί με άκυρη ψηφιακή υπογραφή, ως εν προκειμένω τα έγγραφα του ιδρύματος «Ο». Συνεπώς, παρανόμως η «... ..» ζήτησε από την εταιρία «... ..» να υποβάλει εκ νέου τα δικαιολογητικά του ιδρύματος «Ο» με νέα ορθή ψηφιακή υπογραφή και παρανόμως έκανε δεκτά τα νέα αυτά δικαιολογητικά που αποτελούν τροποποίηση της προσφοράς και όχι συμπλήρωση ή διευκρίνιση ήδη υποβληθέντων εγγράφων.

2. Με τις αντιρρήσεις μας ζητούσαμε την απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας «... ..» γιατί από τις τρεις (3) συμβάσεις που επικαλείτο καμία δεν ήταν ανώτερη των 353.430,00€, πλέον ΦΠΑ. Το περιεχόμενο των αντιρρήσεων μας και του υπομνήματός μας αντίκρουση για τον συγκεκριμένο λόγο έχουν λέξη προς λέξη ως εξής: Η διακήρυξη είναι το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και παράβαση των όρων της από διαγωνιζόμενο οδηγεί μονοσήμαντα σε απόρριψη της προσφοράς του. Εν προκειμένω το άρθρο 3.2.Γ.2 της διακήρυξης απαιτεί για την παραδεκτή συμμετοχή του ο διαγωνιζόμενος

«3.2.Γ.2 Να έχει υλοποιήσει επιτυχώς, κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών (3) ετών (2021, 2020, 2019), σε περίπτωση φυσικού ή νομικού προσώπου το ίδιο και σε περίπτωση σύμπραξης/ένωσης προσώπων τα μέλη της αθροιστικά της σύμπραξης/ένωσης, συμβάσεις υπηρεσίες με παρόμοιο αντικείμενο με αυτό του Διαγωνισμού εκ των οποίων μια τουλάχιστον να είναι αξίας ίσης ή μεγαλύτερης των 353.430,00 € πλέον ΦΠΑ.». Η απαίτηση της διακήρυξης είναι ρητή και σαφής. Απαιτείται ο διαγωνιζόμενος να έχει εκτελέσει μία σύμβαση τα τελευταία τρία (3) χρόνια αξίας ίσης ή μεγαλύτερης των 353.430,00 €, πλέον ΦΠΑ. Η εταιρία «... ..» για την πλήρωση του άνω όρου της διακήρυξης επικαλέσθηκε την εμπειρία του «... ..» και πνευματικού ιδρύματος «Ο» και τρεις (3) συμβάσεις που το ίδρυμα φέρεται να έχει εκτελέσει και εμφανίζονται στον ακόλουθο πίνακα: [...]

Αριθμός απόφασης : 1486 /2022

Από τον άνω πίνακα προκύπτει ότι καμία από τις τρεις (3) επικαλούμενες συμβάσεις δεν είναι ίση ή μεγαλύτερη των 353.430,00 € όπως επί ποινή αποκλεισμού απαιτεί η διακήρυξη.

Εν όψει των ανωτέρω η προσβαλλόμενη απόφαση - πρακτικό που έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρίας «... ..» έσφαλε και πρέπει να ακυρωθεί. Θα πρέπει να επισημάνουμε ότι τα ποσά των 158.990,00 € για το χρονικό διάστημα από 1.1.2019 έως 31.12.2019, των 163.550,00 € για το χρονικό διάστημα από 1.1.2020 έως 31.12.2020 και των 149.550,00 € για το χρονικό διάστημα από 1.1.2021 έως 31.12.2021 δεν είναι ποσά συμβάσεων, όπως απαιτεί η διακήρυξη, αλλά ποσά στα οποία περιλαμβάνονται και έσοδα από ενοίκια ακινήτων και επιχορηγήσεις που ουδεμία σχέση έχουν με ποσό συμβάσεως. Η διακήρυξη απαιτεί την υποβολή πίνακα εμπειρίας στον οποίο θα αναφέρονται τα ποσά των συμβάσεων των τριών (3) τελευταίων ετών και όχι ο προϋπολογισμός του διαγωνιζόμενου ή του παρέχοντος δάνεια εμπειρία. Εν προκειμένω η εταιρία «... ..» επικαλείται όχι συμβάσεις του ιδρύματος «... ..» αλλά τους προϋπολογισμούς των ετών 2019, 2020 και 2021. Συνεπώς η προσφορά της εταιρίας «... ..» είναι απορριπτή και για τον αμέσως ανωτέρω αναφερόμενο λόγο. «Στις απαντήσεις που υπέβαλε η άνω εταιρία ισχυρίζεται ότι οι αναφερόμενες στον συνταγέντα από το «... Ίδρυμα» πίνακα εμπειρίας τρεις (3) συμβάσεις θεωρούνται ως μία ενιαία σύμβαση. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτός ως αβάσιμος καθώς το ίδιο το «... Ίδρυμα» και κατ' επέκταση η ίδια η διαγωνιζόμενη στα δικαιολογητικά που υπέβαλαν επικαλούνται τρεις (3) συμβάσεις με έναρξη 1ος/2019 η πρώτη, 1ος/2020 η δεύτερη και 1ος/2021 η τρίτη και λήξη αντίστοιχα 31/12/2019, 31/12/2020 και 31/12/2021. Συνεπώς πρόκειται για τρεις (3) ξεχωριστές μεταξύ τους συμβάσεις και όσα όψιμα αναφέρει η καθ' ής είναι απορριπτή.

Επικουρικά αναφέρουμε ότι ακόμη κι' αν δεχθούμε ως βάσιμο τον ισχυρισμό της άνω εταιρίας, που δεν τον αποδεχόμαστε, και πάλι η μία δήθεν ενιαία σύμβαση δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Ειδικότερα οι τρεις αυτές δήθεν συμβάσεις είναι συνολική αξίας 472.090,00 €. Από το ποσό αυτό θα

πρέπει να αφαιρεθούν τα αναφερόμενα στους προϋπολογισμούς, που η διαγωνιζόμενη θεωρεί συμβάσεις, ποσά ενοικίων που εισπράττει το «... ..» και που επ' ουδενί δεν αποτελούν αντάλλαγμα για παροχή υπηρεσιών. Ήτοι θα πρέπει να αφαιρεθούν τα ποσά των 58.000,00 € για το έτος 2019, 48.000,00 € για το έτος 2020 και 48.000,00 € για το έτος 2021, ήτοι συνολικά το ποσό των 154.000,00€ και έτσι το ποσό της δήθεν ενιαίας σύμβασης διαμορφώνεται σε 318.090,00€ (472.090,00-154.000,00) ποσό που είναι μικρότερο του απαιτούμενου από τη διακήρυξη ποσού των 353.430,00€». Η «... ..» εξετάζοντας τις αντιρρήσεις μας έλαβε υπόψη της και αξιολόγησε τις εξηγήσεις της εταιρίας «...» και δέχθηκε ότι «... τα ποσά από την είσπραξη ενοικίων που αποτυπώνονται στα δημοσιευμένα οικονομικά στοιχεία (ια σχετικό) του παρέχοντος στήριξη «... ..» διατίθενται για τη λειτουργία του παιδικού σταθμού, συνεπώς, ορθά προστίθεται στον προϋπολογισμό της». Δέχθηκε δηλαδή η «... ..» τον ισχυρισμό ότι «.. «Ο» έχει ως σκοπό του τη δημιουργία και λειτουργία παιδικού σταθμού με το όνομα «... ..» και ότι κάθε αποκτούμενη περιουσία του ιδρύματος διατίθεται για την εκπλήρωση του κοινωφελούς αυτού σκοπού (τη λειτουργία του παιδικού σταθμού με το όνομα «... ..») και το ίδιο συμβαίνει με τα ποσά από τα ενοίκια των ακινήτων του». Η κρίση αυτή της «... ..» που προέκυψε από την επαναξιολόγηση των στοιχείων του ... Ιδρύματος και τις απόψεις της εταιρίας «... ..» είναι εσφαλμένη και ως προς τις δύο (2) βάσεις. Η ίδια η διαγωνιζόμενη και το ... ίδρυμα στον πίνακα που υπέβαλαν αναφέρονταν σε τρεις (3) συμβάσεις για τρεις (3) διαφορετικές χρονικές περιόδους. Συνεπώς η αποδοχή της άποψης ότι δεν πρόκειται για τρεις (3) αλλά για μια ενιαία σύμβαση παροχής υπηρεσιών είναι εσφαλμένη και αντίθετη με τα στοιχεία του φακέλου. Ενόψει των ανωτέρω η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα για τον άνω αναφερόμενο λόγο και σε κάθε περίπτωση για πλημμελή και ανεπαρκή αιτιολογία. Ομοίως εσφαλμένη είναι και η αποδοχή του ισχυρισμού ότι τα ενοίκια που εισπράττονται από το ... Ίδρυμα χρησιμοποιούνται για την ευδότηση του σκοπού του που είναι η λειτουργία του παιδικού σταθμού «... ..». Δεν είναι μοναδικός σκοπός του ...u

Ιδρύματος η λειτουργία παιδικού σταθμού όπως εσφαλμένα δέχθηκε η προσβαλλόμενη. Οι σκοποί του ... Ιδρύματος αναφέρονται στο Προεδρικό Διάταγμα έγκρισης σύστασής του (ΦΕΚ Β' 1558/1999) και έχουν ως εξής: «Σκοποί του Ιδρύματος είναι η πάσης φύσεως βοήθεια προς την ιεραποστολή είτε στο εσωτερικό είτε στο εξωτερικό, η επιμόρφωση στελεχών και ο καταρτισμός τους καθ' όλο έργο της ορθοδόξου Ελληνικής Εκκλησίας και η έμπρακτη συμπαράσταση στα παιδιά και στους νέους σε θέματα αγωγής, μορφώσεως, επιμορφώσεως, πνευματικής καθοδηγήσεως, στα πλαίσια της Ελληνορθόδοξης Εκκλησίας. Στους σκοπούς αυτούς ειδικότερον εντάσσονται και οι κάτωθι επί μέρους σκοποί:

- 1) Δημιουργία και λειτουργία Παιδικού Σταθμού, με το όνομα «Ο». Ο σκοπός αυτός θα επιτευχθεί με την εκποίηση μέρους της ακινήτου περιουσίας και την συνεργασία του
- 2) Λειτουργία φροντιστηρίου εκπαίδευσως Στελεχών, την οργάνωση Συνεδρίων και Σεμιναρίων, την ανταλλαγή και φιλοξενία νέων, παιδιών και στελεχών άλλων κινήσεων από την Ελλάδα και το εξωτερικό.
- 3) Χρησιμοποίηση κάθε δυνατότητας που θα είναι σύμφωνη με τις αρχές της παράδοσης της Εκκλησίας μας.
- 4) Συμβουλευτικός σταθμός εξαρτημένων ατόμων παντός είδους εξάρτησης».

Συνεπώς η προσβαλλόμενη που δέχθηκε ότι μοναδικός σκοπός του ... Ιδρύματος είναι η λειτουργία του παιδικού σταθμού και ορθώς τα ενοίκια των ακινήτων θεωρούνται ως ποσά συμβάσεων λειτουργίας του σταθμού είναι προδήλως εσφαλμένη και ως εκ τούτου ακυρωτέα.

3. Με τις αντιρρήσεις μας είχαμε ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας «... ..», γιατί το σύνολο των υπευθύνων δηλώσεων του άρθρου 13.3.5 της διακήρυξης δεν είναι υπεύθυνες δηλώσεις της διαγωνιζόμενης εταιρίας, αλλά ατομικά του κυρίου Το περιεχόμενο των αντιρρήσεων μας που αποτελεί και περιεχόμενο της παρούσας έχει ως εξής: «Η διακήρυξη του έργου απαιτεί στο άρθρο 13.3.5 την υποβολή υπευθύνων δηλώσεων των

διαγωνιζομένων με συγκεκριμένο περιεχόμενο προκειμένου οι διαγωνιζόμενοι να δεσμευθούν έναντι της ... για όσα η διακήρυξη απαιτεί. Στο φάκελο της τεχνικής προσφοράς της εταιρίας «...» περιλαμβάνονται υπεύθυνες δηλώσεις του κ. ... ο οποίος αναφέρεται και δεσμεύεται μόνο για το πρόσωπό του, ως αυτός να είναι ο διαγωνιζόμενος. Διαγωνιζόμενος δεν είναι ο κ. ... αλλά η εταιρία «...» και επομένως για το παραδεκτό των υπευθύνων δηλώσεων έπρεπε να αναφέρει ότι προβαίνει στις απαιτούμενες από τη διακήρυξη υπεύθυνες δηλώσεις ως νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας κάτι που παρέλειψε και επομένως οι υποβληθείσες υπεύθυνες δηλώσεις δεν καλύπτουν την απαίτηση της διακήρυξης καθώς δεν δεσμεύουν την διαγωνιζόμενη «...», αλλά τον κ. ... ατομικά».

Η προσβαλλόμενη απόφαση της «... ..» ενώ δέχθηκε επαναξιολογώντας τις υπεύθυνες δηλώσεις του άρθρου 13.3.5 ότι αυτές δεν αφορούν και δεν αναφέρονται στην διαγωνιζόμενη εταιρία «... ..», αλλά στον κ. ... ατομικά, εν τούτοις αποφάσισε να τις κάνει δεκτές με την αιτιολογία ότι η «... ..» είναι μονοπρόσωπη ... και εφόσον δεσμεύεται ατομικά ο μοναδικός της μέτοχος θεωρείται ότι δεσμεύεται και η εταιρία. Η κρίση αυτή της προσβαλλόμενης απόφασης μετά την επαναξιολόγηση των στοιχείων του περιεχομένου των υπευθύνων δηλώσεων είναι εσφαλμένη. Για να ισχύουν όσα δέχθηκε η προσβαλλόμενη θα έπρεπε στις υπεύθυνες δηλώσεις να αναφέρεται ότι ο κ. ... ενεργεί ως νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας «... ..» και ότι με την ιδιότητά του αυτή υπογράφει τις υπεύθυνες δηλώσεις. Από τη στιγμή που στις υπεύθυνες δηλώσεις δεν αναφέρεται η ιδιότητα του κ. ... ως νομίμου εκπροσώπου της εταιρίας, οι υπεύθυνες δηλώσεις είναι ατομικές του κ. ... και όχι της διαγωνιζόμενης εταιρίας «... ..», όπως απαιτεί το άρθρο 13.3.5. της διακήρυξης. Τα αντίθετα δεχθείσα η προσβαλλόμενη μετά την επαναξιολόγηση του περιεχομένου των υπευθύνων δηλώσεων έσφαλε και πρέπει να ακυρωθεί. [...]

6. Επειδή, στο, από 26.08.2022, έγγραφο Απόψεων του αναθέτοντος φορέα αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή τα εξής: «[...] *Απαράδεκτο της ασκηθείσας προσφυγής*

Η υπό κρίση προσφυγή είναι προεχόντως απορριπτέα ως απαράδεκτη για τους εξής τρεις λόγους:

- (1) η δεν υπάγεται πλέον στο Ν. 4412/2016,
 - (2) και δη μετά την πρόσφατη αύξηση του μετοχικού της κεφαλαίου ως μη ελεγχόμενη από το Ελ. Δημόσιο και
 - (3) η ένδικη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εκπροθέσμως.
1. Μη υπαγωγή της ... στο Ν. 4412/2016

Μετά το Ν. 4643/2019 και δυνάμει του άρ. 9 αυτού (πρβλ. ΑΕΠΠ 24, 35/2020 σκ. 5) η ... -κατόπιν ανασύστασης της εκεί αναφερόμενης Επιτροπής Ελέγχου- δεν υπάγεται πλέον στον ν. 4412/2016 (βλ. και αιτιολογική έκθεση του εν λόγω ν. 4643/2019), αλλά μόνον στον εγκεκριμένο από το Διοικητικό της Συμβούλιο [ΔΣ] Κανονισμό της Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (γνωστό και ως ΚΕΠΥ) που αναρτάται στην ιστοσελίδα της (<https://eprocurement.dei.gr/pages/information/>). Σήμερα ισχύει ο νέος -από Φεβρουάριο του 2022- επισυναπτόμενος ΚΕΠΥ [σχετ.1]. Για το λόγο αυτό και το Τεύχος 1 της Πρόσκλησης του επιδίκου υπ' αριθ. ΔΥΣ 22048/22 Διαγωνισμού αναφέρει ρητά ότι αυτός διέπεται από τον ΚΕΠΥ και όχι από το Ν.4412/2016.

2. Νεότερη εξέλιξη μη ελέγχου της ... από το Ελ-Δημόσιο

Με την υπ' αρ. .../12.11.2021 Ανακοίνωση του Γενικού Εμπορικού Μητρώου (ΓΕΜΗ) ανακοινώθηκε ότι την 12η.11.2021 καταχωρίσθηκε στο ΓΕΜΗ με Κωδικό Αριθμό Καταχώρησης το από 11.11.2021 απόσπασμα πρακτικού του ΔΣ μας και αριθμό ΓΕΜΗ ..., σύμφωνα με το οποίο αφού ελήφθη υπόψη η από 11.11.2021 Έκθεση πιστοποίησης καταβολής του μετοχικού κεφαλαίου ορκωτού ελεγκτή λογιστή, πιστοποιήθηκε η καταβολή ποσού €1.350.000.000, αντληθέντος στο πλαίσιο αύξησης μετοχικού κεφαλαίου, δυνάμει της από 19.10.2021 Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης (ΓΣ) των μετόχων 1 2. Θυμίζουμε

ότι οι μετοχές της ... διαπραγματεύονται στην κατηγορία της Κύριας Αγοράς του Χρηματιστηρίου Αθηνών στην Ελλάδα, με ποσοστό συμμετοχής της Ελληνικής Εταιρείας Συμμετοχών και Περιουσίας (ΕΕΣΥΠ Α.Ε.3 - γνωστού και ως Υπερταμείου) στη ανέρχεται σε 34,12% απευθείας/άμεσα με αντίστοιχα δικαιώματα ψήφου, ενώ το ΤΑΙΠΕΔ δεν έχει πλέον καμία συμμετοχή στη (βλ. <https://www.....gr/ei/>). Συνακόλουθα, η ... έχει πάψει πλέον να αποτελεί δημόσια επιχείρηση (βλ. σχετική επισυναπτόμενη γνωμοδότηση (γνμδ) του καθηγητή ...-... .. [σχετ.2]) όσο και να υπάγεται στις Οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων (βλ. σχετική επίσης επισυναπτόμενη γνμδ του καθηγητή Θ. Φορτσάκη [σχετ.3]).

2 Σημειώνεται ότι το μετοχικό κεφάλαιο της Εταιρείας μας ανέρχεται πλέον στο ποσό €947.360.000, διαιρούμενο σε 382.000.000 κοινές ονομαστικές, με ψήφο, μετοχές ονομαστικής αξίας €2,48 η καθεμία, ενώ οριστικοποίησε αντιστοίχως το περιεχόμενο του σχεδίου τροποποίησης του Άρθρου 5 του Καταστατικού της Εταιρείας, με βάση τα ανωτέρω.

3. Εκπρόθεσμο της υπό κρίση προσφυγής

Η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή τυγχάνει (σε κάθε περίπτωση και επικουρικά) εκπρόθεσμη δυνάμει του άρ.360 παρ.3 Ν.4412/2016. Ειδικότερα βάσει της διάταξης αυτής, η οποία ουσιαστικά ακολουθεί τον νεωτερισμό που εισήχθη το πρώτον με το Ν. 3886/2010 5 'περί Δικαστικής προστασίας κατά τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων - Εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας με την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989 (L 395) και την Οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992 (L 76), όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (L 335)', και ακολουθώντας διδάγματα σχετικής νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, δεν επιτρέπεται (πλέον) 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.

Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα με τις από 2 Αυγούστου 2022 Αντιρρήσεις της προσέβαλε (όπως άλλωστε προκύπτει και από το ίδιο το κείμενό τους) τα κάτωθι δύο (εκτελεστά) Πρακτικά-Αποφάσεις:

α. με αρ. πρωτ. ΔΥΣ/ΕΚ .../.../21.7.2022 πρακτικό - απόφαση με το οποίο έγιναν δεκτά τα τυπικά δικαιολογητικά συμμετοχής της εταιρίας «... ..». Στην πραγματικότητα πρόκειται για διαβιβαστικό του από 19-7-2022 Πρακτικού Αποσφράγισης Φακέλου Α, το οποίο κοινοποιήθηκε στην αντίδικο στις 21-7-20227 [σχετ.8].

β. με αρ. πρωτ. ΔΥΣ/ΕΚ .../.../28.7.2022 πρακτικό - απόφαση της οικείας Επιτροπής με τα οποία έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά τεχνικής ικανότητας (Φάκελος Β) της εταιρίας «.... ..», Στην πραγματικότητα πρόκειται για διαβιβαστικό του από 27-7-2022 Πρακτικού Τεχνικής Αξιολόγησης Προσφορών, το οποίο κοινοποιήθηκε στην αντίδικο στις 28-7-2022 [σχετ.9]. Σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη (άρ. 360 παρ.3 Ν.4412/2016), και εφόσον ήθελε θεωρηθεί - ισχυρισμό που αρνούμαστε - ότι η Αρχή σας είναι αρμόδια για την επίλυση της ένδικης διαφοράς, η αντίδικος έπρεπε να προσβάλει με προδικαστική προσφυγή τις ως άνω πράξεις-αποφάσεις Πρακτικών απευθείας και ουχί την απόφαση του οικείου Δ/ντή της ... επί των αντιρρήσεων που άσκησε (η αντίδικος). Συνεπώς, η προσφεύγουσα απαραδέκτως προσέβαλε την ΔΥΣ/ΕΚ 127778/No 5107/12.8.2022, η οποία αποτελεί απλή (μη εκτελεστή κατά το δίκαιο περί διαγωνισμών) απάντηση επί αντιρρήσεών της. Η δε προθεσμία των 10 ημερών (του άρ. 360 του ν. 4412) για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής εκκινεί από την γνώση των παραπάνω εκτελεστών αποφάσεων-Πρακτικών τεχνικής Αξιολόγησης, ήτοι από τις 28-7-2022. [...] Ακόμα και αν θεωρηθεί ότι ο επίδικος Διαγωνισμός διέπεται από το Ν. 4412/2016, η υπό κρίση προσφυγή είναι απορριπτέα και επί της ουσίας. Οι λόγοι προσφυγής είναι μία επανάληψη των από 2-8-2022 αντιρρήσεων του προσφεύγοντος, τις οποίες έχει ήδη απορρίψει η αρμόδια Επιτροπή αξιολόγησης με το προσβαλλόμενο υπ' αριθ. ΔΥΣ/ΕΚ .../.../12-8-2022 πρακτικό εκδίκασης αντιρρήσεων. Επιγραμματικά σημειώνουμε τα εξής :

1) Ο πρώτος και βασικός λόγος αναπτύσσεται στις σελ. 6 έως και 13 της προσφυγής και συνίσταται στον ισχυρισμό ότι η ψηφιακή υπογραφή του επί των εγγράφων του και Πνευματικού Ιδρύματος «ο» του οποίου την εμπειρία επικαλείται ο διαγωνιζόμενος «... ..» ήταν άκυρη, επομένως όλα τα σχετικά έγγραφα είναι άκυρα και η Επιτροπή αξιολόγησης θα έπρεπε να απορρίψει εξ αρχής την προσφορά του ως άνω διαγωνιζομένου και όχι να ζητήσει νέα ψηφιακή υπογραφή. Ο ισχυρισμός αυτός αντικρούσθηκε με το από 3-8-2022 υπόμνημα-απάντηση του διαγωνιζόμενου «... ..», σύμφωνα με το οποίο, η ψηφιακή υπογραφή του είναι έγκυρη έως την 14-1-2023 και ότι, σε περίπτωση που είχε ανακληθεί, η αρμόδια Αρχή (ΑΔΕΠ) δεν θα επέτρεπε την έκδοση οποιουδήποτε εγγράφου με τη συγκεκριμένη υπογραφή. Περαιτέρω, στο δεύτερο από 8-8-2022 υπόμνημά του, ο διαγωνιζόμενος επικαλείται το άρθρο 25 παρ. 1 του υπ' αριθ. 910/2014 Κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, περί ισχύος του κύρους της ηλεκτρονικής υπογραφής. Την 9-8-2022, η Επιτροπή αξιολόγησης ζήτησε επικαιροποιημένη ηλεκτρονική υπογραφή, η οποία απεστάλη αυθημερόν. Πρόκειται για συμπλήρωση και τεκμηρίωση της προσφοράς, κατ' εφαρμογή των άρθρων 14.2.2 και 15.1.2 της Πρόσκλησης, αλλά και σύμφωνα με το άρθρο 102 Ν. 4412/2016, όπως αυτό ισχύει μετά την αντικατάστασή του δυνάμει του Ν.4782/2021, το οποίο ισχύει αναλογικά, δεδομένου ότι ο Ν. 4412/2016 δεν διέπει τον επίδικο διαγωνισμό. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι η υποβολή επικαιροποιημένης ηλεκτρονικής υπογραφής συνιστά παραβίαση της αρχής της τυπικότητας, είναι πλήρως απορριπτέος.

2) Ο δεύτερος λόγος αναπτύσσεται στις σελ. 13 έως 17 της προσφυγής και συνίσταται στον ισχυρισμό ότι το παρέχον δάνεια εμπειρία και Πνευματικό Ίδρυμα «ο» δεν πληροί τον όρο της Διακήρυξης που απαιτεί ο κάθε διαγωνιζόμενος να έχει εκτελέσει επιτυχώς «συμβάσεις-υπηρεσίες» παρόμοιου αντικειμένου με τη ζητούμενη κατά τα τελευταία τρία έτη, εκ των οποίων τουλάχιστον μία να είναι αξίας ίσης ή μεγαλύτερης των 353.430,00

ευρώ (214.500,00 πλέον ΦΠΑ), διότι υπέβαλε ένα πίνακα εμπειρίας που αποτελείται από τους εγκεκριμένους ετήσιους προϋπολογισμούς του βρεφονηπιακού σταθμού του για τα τελευταία τρία έτη και έκαστος εξ αυτών είναι μικρότερης αξίας του ως άνω απαιτούμενου ποσού. Με τα δύο υπομνήματά του, ο διαγωνιζόμενος «... ..», ισχυρίζεται ότι δεν πρόκειται για επιμέρους αυτοτελείς συμβάσεις, αλλά για διαρκή λειτουργία του βρεφονηπιακού σταθμού του Ιδρύματος, η οποία θεωρείται όχι σύμβαση αλλά μία ενιαία υπηρεσία, που η συνολική αξία της των τελευταίων τριών ετών υπερβαίνει το ελάχιστο απαιτούμενο ποσό, δεδομένου ότι το Ίδρυμα έχει ως καταστατικό σκοπό τη λειτουργία βρεφονηπιακού σταθμού, επομένως, δεν εκτελεί μεμονωμένες «συμβάσεις» και επιπλέον όλα του τα έσοδα δαπανώνται για την επίτευξη του καταστατικού του σκοπού. Η Επιτροπή αξιολόγησης έκανε δεκτούς τους ως άνω ισχυρισμούς, για τον επιπλέον λόγο, ότι το άρθρο 3.2.Γ.2 της Διακήρυξης προβλέπει ρητά ότι οι διαγωνιζόμενοι απαιτείται να έχουν υλοποιήσει επιτυχώς «συμβάσεις- υπηρεσίες», ακριβώς διότι η πρόθεση της ... ήταν να συμμετάσχουν και εκπαιδευτικά ιδρύματα στο Διαγωνισμό.

3) Τέλος, είναι καταφανώς απορριπτέος ο ισχυρισμός της σελ. 18 της προσφυγής, ότι ο υπογράφων κάποιες υπεύθυνες δηλώσεις της «... ..» κ., δεσμεύεται μόνο για τον εαυτό του και όχι για τη διαγωνιζόμενη εταιρεία. Η Επιτροπή αξιολόγησης έχει ήδη απορρίψει τον ισχυρισμό αυτό, δεδομένου ότι από όλα τα υποβληθέντα νομιμοποιητικά έγγραφα του ως άνω διαγωνιζόμενου, αποδεικνύεται εναργώς ότι το συγκεκριμένο φυσικό πρόσωπο υπογράφει υπεύθυνες δηλώσεις της εταιρείας και τη δεσμεύει, με την ιδιότητά του ως μοναδικός εξουσιοδοτημένος εκπρόσωπος και διαχειριστής της. Ως γενική παρατήρηση τέλος, επισημαίνουμε ότι είναι αβάσιμη και παραπλανητική η διαρκής επανάληψη στο κείμενο της προσφυγής ότι η ... «επαναξιολόγησε» την προσφορά του διαγωνιζόμενου «... ..», σε συνέχεια των αντιρρήσεων και των απαντητικών υπομνημάτων. Μόνο μία αξιολόγηση προσφορών διενεργήθηκε κατά τη

διάρκεια του διαγωνισμού και ουδέποτε η αρμόδια Επιτροπή εξέτασε εκ νέου τις προσφορές.».

7. Επειδή, στις 05.09.2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, όπου αναφέρει τα κάτωθι: «... Β. Αντικρούοντας τους ενώπιον της Αρχής Σας δια του υποβληθέντος υπομνήματος απόψεις και ισχυρισμούς της «... ...» επαγόμεθα τα εξής:

1. Με τον πρώτο λόγο του υπομνήματός της η «... ...» ισχυρίζεται ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μας είναι απορριπτέα διότι η «... ...» δεν υπάγεται στο Ν. 4412/2016, αλλά οι διαγωνιστικές διαδικασίες που προκηρύσσει διενεργούνται από τον εγκεκριμένο από Φεβρουάριο 2022 Κανονισμό της Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (ΚΕΠΥ). Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Ειδικότερα: Με την οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΕΕ L 94 με διόρθωση στο ΕΕ L 135/24.5.2016) θεσπίστηκαν κανόνες για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, τόσο για δημόσιες συμβάσεις όσο και για διαγωνισμούς μελετών, των οποίων η αξία δεν υπολείπεται των κατώτατων ορίων που ορίζονται στο άρθρο 4 αυτής. Ως διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση, κατά την έννοια της οδηγίας, νοείται η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές, έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, ανεξαρτήτως του εάν προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος (άρθρο 1 παρ.1 και 2, όπως ισχύουν). Περαιτέρω, στο άρθρο 7 αυτής ρητώς ορίζεται ότι εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της, μεταξύ άλλων, δημόσιες συμβάσεις και διαγωνισμοί μελετών οι οποίοι, στο πλαίσιο της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ανατίθενται ή διοργανώνονται από αναθέτουσες αρχές οι οποίες ασκούν μία ή περισσότερες από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 8 έως 14 της εν λόγω οδηγίας και ανατίθενται για τις δραστηριότητες αυτές. Εξάλλου, με

την οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (ΕΕ L 94 με διόρθωση στο ΕΕ L 311/17.11.2016) θεσπίστηκαν κανόνες για τη σύναψη συμβάσεων από φορείς που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών [βλ. άρθρα 8 - 14 της Οδηγίας, εκ των οποίων το άρθρο 9 αναφέρεται στον τομέα του ηλεκτρισμού, ήτοι σε δραστηριότητες που αφορούν α) την παροχή ή λειτουργία σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής ηλεκτρισμού, β) την τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με ηλεκτρισμό]. Οι εν λόγω συμβάσεις συνάπτονται από «αναθέτουσες αρχές» (δηλ. το κράτος, περιφερειακές αρχές ή αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οργανισμούς δημοσίου δικαίου και ενώσεις των ανωτέρω) ως «αναθέτοντες φορείς» (βλ. άρθρα 3 και 4 παρ. 1 α' της Οδηγίας).

Εκτός από τις «αναθέτουσες αρχές», νοούνται ως «αναθέτοντες φορείς» των συμβάσεων και: α) οι «δημόσιες επιχειρήσεις», ήτοι κάθε επιχείρηση δραστηριοποιούμενη σε έναν από τους ως άνω τομείς, στην οποία μια «αναθέτουσα αρχή» δύναται να ασκεί, αμέσως ή εμμέσως, δεσπίζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν, β) άλλες επιχειρήσεις δραστηριοποιούμενες στους ίδιους τομείς, οι οποίες λειτουργούν βάσει ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων εκχωρηθέντων από αρμόδια κρατική αρχή (βλ. άρθρο 4 παρ. 1 - 3 της οδηγίας). Σύμφωνα με το άρθρο 9 της οδηγίας "1. Όσον αφορά τον ηλεκτρισμό, η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στις ακόλουθες δραστηριότητες: α) την παροχή ή λειτουργία σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής ηλεκτρισμού, β) την τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με ηλεκτρισμό. 2. ..." και σύμφωνα με το άρθρο 15 της οδηγίας, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 του Κανονισμού (ΕΕ) 2019/1829 της Επιτροπής (ΕΛ 279), «... η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στις συμβάσεις, των οποίων η εκτιμώμενη αξία, χωρίς τον φόρο προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ), είναι ίση ή

ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια: α) 428.000 EUR για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, καθώς και για τους διαγωνισμούς μελετών β) 5.350.000 EUR για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, γ) ...». Με τις οδηγίες 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Δεκεμβρίου 1989 "για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων" (ΕΕ L 395) και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 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 τροποποιήθηκαν με την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (ΕΕ L 335) και την οδηγία 2014/23/Ε ρυθμίζονται τα ζητήματα δικαστικής προστασίας και άσκησης αποτελεσματικής προσφυγής κατά των αποφάσεων των ανατετουσών αρχών στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης των συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής των εκάστοτε ισχυουσών διατάξεων και εν προκειμένω των οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ ΕΕ. Οι ανωτέρω οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ μεταφέρθηκαν στην εσωτερική έννομη τάξη με τον ν. 4412/2016 (Α' 147), με τον οποίο θεσπίστηκαν και περαιτέρω εθνικές ρυθμίσεις σχετικά με τη διαδικασία σύναψης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 1 παρ. 1). Με τον ίδιο νόμο μεταφέρθηκαν στην εσωτερική έννομη τάξη και οι οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ, όπως ισχύουν, με ταυτόχρονη κατάργηση των διατάξεων του ν. 3886/2010, με τον οποίο είχε γίνει η προσαρμογή της εθνικής νομοθεσίας στις διατάξεις των ως άνω δικονομικών οδηγιών μετά την τροποποίησή τους με την οδηγία 2007/66/ΕΚ. Με το άρθρο 9 παρ. 4 του Ν. 4643/2019 "Απελευθέρωση αγοράς ενέργειας, εκσυγχρονισμός της ... κλπ." (Α' 193), ορίστηκε ότι: «Η ανάθεση των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών της άνω και κάτω των χρηματικών ορίων των Οδηγιών 2014/24 και 2014/25 για τις δημόσιες

συμβάσεις, γίνεται σύμφωνα με τον Κανονισμό Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών της εταιρείας, κατά παρέκκλιση από την κείμενη νομοθεσία για την ανάθεση, την εκτέλεση και την έννομη προστασία κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με την επιφύλαξη των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου ...». Στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4643/2019 επί του Κεφαλαίου Β' του νόμου αυτού ("Θέματα οργάνωσης και λειτουργίας της", άρθρα 3-11), αναφέρονται τα εξής: "[Η] οργάνωση και λειτουργία της διέπεται, από της μετατροπής της δυνάμει του π.δ. 333/2000 (Α' 278) σε ανώνυμη εταιρεία και την μετέπειτα εισαγωγή μετοχών της στο Χρηματιστήριο Αθηνών, κατά βάση από τη νομοθεσία των ανωνύμων εταιρειών που είναι συγχρόνως δημόσιες επιχειρήσεις, υπαγόμενη στις εταιρείες του Κεφαλαίου Β' του ν. 3429/2005 (Α' 314), ως ισχύει. Σε συνέχεια της απόσχισης, δυνάμει του ν. 4001/2011 (...) των Κλάδων Δικτύου Μεταφοράς (νυν ...) και Διανομής (νυν ...) ... οι δραστηριότητές της πλέον στην Αγορά Ηλεκτρικής Ενέργειας διακρίνονται αποκλειστικώς και μόνον σε δύο μερικότερες σχετικές αγορές, πλήρως εκτεθειμένες στον ελεύθερο ανταγωνισμό, στην (ανάπτυξη) αγορά Παραγωγής και στην (κατάληξη) αγορά Προμήθειας". Κατά την ίδια αιτιολογική έκθεση, «για την ενίσχυση της ευελιξίας της προβλέπεται η εξαίρεση της ... από τις διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, καθώς και των σχετικών ρυθμίσεων για την έννομη προστασία που εφαρμόζονται στον δημόσιο τομέα. Η ανάθεση των σχετικών συμβάσεων θα διενεργείται βάσει του Κανονισμού Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών της εταιρείας (άρθρο 9), πάντα με την επιφύλαξη της ενωσιακής νομοθεσίας ... Δεδομένων των ανωτέρω και σταθμίζοντας την ανάγκη αφενός διασφάλισης της εφαρμογής του οικείου ενωσιακού νομικού πλαισίου και αφετέρου επίτευξης ευελιξίας και ταχύτητας κατά τη διαδικασία σύναψης συμβάσεων ... με την προτεινόμενη ρύθμιση προβλέπεται ότι στο εξής η ... θα εξαιρείται από την κείμενη νομοθεσία για την ανάθεση, έννομη προστασία κατά την ανάθεση και εκτέλεση συμβάσεων έργων, αγαθών, υπηρεσιών (ενδεικτικά ν. 4412/2016, ν. 4013/2011), τηρώντας όμως τις προβλέψεις της Οδηγίας 2014/25 και, όπου

εφαρμόζεται, της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Λαμβανομένων υπ' όψη και όσων ορίζονται στο άρθρο 288 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, κατά το οποίο οι οδηγίες που εκδίδουν τα θεσμικά όργανα της Ένωσης δεσμεύουν τα κράτη μέλη στα οποία απευθύνονται, αλλά αφήνουν την επιλογή του τύπου και των μέσων στην αρμοδιότητα των εθνικών αρχών, οι διατάξεις του άρθρου 9§4 του Ν. 4643/2019, οι οποίες ρητώς προβλέπουν την εφαρμογή τους "με την επιφύλαξη της ενωσιακής νομοθεσίας», έχουν την έννοια ότι, για όσο χρόνο ο οικείος φορέας διατηρεί και δεν έχει αποδεδειγμένα απωλέσει την ιδιότητα αναθέτοντος φορέα κατά τις διατάξεις της οδηγίας 2014/25, οι δε συμβάσεις που αναθέτει εμπίπτουν, λόγω αντικειμένου και εκτιμώμενης αξίας, στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, οι διατάξεις της τελευταίας, όπως έχουν μεταφερθεί ή μεταφέρονται στην εσωτερική έννομη τάξη με πράξεις της κρατικής νομοθεσίας (τυπικοί νόμοι ή κανονιστικές πράξεις κατ' εξουσιοδότηση νόμου), εφαρμόζονται, κατ' αρχήν, πλήρως στις διενεργούμενες από τον φορέα διαδικασίες αναθέσεως. Τυχόν δε παρεκκλίσεις από ρυθμίσεις ουσιαστικού δικαίου της ανωτέρω νομοθεσίας, οι οποίες προβλέπονται από τους Κανονισμούς Έργων, Προμηθειών κλπ. των πιο πάνω φορέων, δύνανται να εφαρμόζονται, κατά περίπτωση, με βάση και τις ειδικότερες προβλέψεις κάθε διακηρύξεως, στο μέτρο που δεν αντιτίθενται σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της ανωτέρω ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας ή, πάντως, δεν αμφισβητούνται παραδεκτώς από τους ενδιαφερομένους. Όσον αφορά, ειδικότερα, τις περί εννόμου προστασίας διατάξεις που θεσπίζονται με τον Ν. 4412/2016 (Α' 147), όπως ισχύει κάθε φορά, αυτές εξακολουθούν να εφαρμόζονται πλήρως, εφ' όσον ο φορέας που διεξάγει τη διαδικασία αναθέσεως εξακολουθεί να υπάγεται λόγω της ιδιότητάς του στον ανωτέρω νόμο και δεν έχει οριστεί διαφορετικά με νεότερες ειδικές διατάξεις, οι οποίες οφείλουν να τηρούν, όπου απαιτείται, και τις δεσμεύσεις που επιβάλλονται από τις δικονομικές οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ, όπως ισχύουν. Τα ανωτέρω έγιναν δεκτά και με την υπ' αριθμ. 132/2021 απόφαση της Ε.Α. του ΣτΕ που δέχθηκε κατά λέξη : «Ανεξαρτήτως τυχόν

ζητημάτων που απορρέουν από τις παρεκκλίσεις που προβλέπονται στις ως άνω διατάξεις του ν. 4643/2019 ως προς την ανάθεση και εκτέλεση των συμβάσεων, οι οποίες έχουν ως συνέπεια την εφαρμογή του Κανονισμού Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών του ... ως πράξη ενσωμάτωσης των διατάξεων της οδηγίας 2014/25/ΕΕ στην εθνική έννομη τάξη, πάντως, η παρέκκλιση αυτή δεν πιθανολογείται ότι επιβάλλεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, με τις οποίες θεσπίζεται, όχι μόνο σε συνάρτηση με το περιεχόμενο των λοιπών διατάξεων του ν. 4412/2016, αλλά και κατά τρόπο αυτοτελή, σύστημα έννομης προστασίας (άσκηση προδικαστικής προσφυγής και αίτηση αναστολής ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου) κατά το στάδιο ανάθεσης συμβάσεων που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, κατ' ενσωμάτωση, όπως ήδη αναφέρθηκε, των δικονομικών οδηγιών.». Κατά τον κανονισμό (ΕΕ) 2021/1953 της Επιτροπής της 10ης Νοεμβρίου 2021 τα κατώτατα όρια του άρθρου 235 (Βιβλίο II) του Ν. 4412/2016, που εφαρμόζονται για τη διετία 1.1.2022 έως 31.12.2023 είναι 431.000,00€ για τις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών.

Από τις άνω διατάξεις προκύπτει ότι εφόσον το αντικείμενο μίας σύμβασης αποτελεί προμήθεια ή υπηρεσία και η εκτιμώμενη αξία του υπερβαίνει τις 431.000€, για την έννομη προστασία των συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης εφαρμόζονται οι διατάξεις του Βιβλίου ίν του Ν. 4412/2016 και του Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων. Εν προκειμένω, το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης ανέρχεται σε 706.860,00€, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι είναι ανώτερο του κατώτατου ορίου των 431.000€ και η «... ΑΕ» αποτελεί αναθέτοντα φορέα κατά την έννοια του άρθρου 224 του Ν. 4412/2016, ορθώς η εταιρία μας άσκησε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ καθώς με τις διατάξεις του Βιβλίου ίν του Ν. 4412/2016 θεσπίζεται κατά τρόπο αυτοτελή σύστημα έννομης προστασίας που προηγείται της

ανάθεσης της σύμβασης. Εν όψει των ανωτέρω όσα περί μη υπαγωγής της στο Ν. 4412/2016 αναφέρει η «... ...» είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

2. Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνουμε ότι η «... ...» θεωρείται και είναι αναθέτων φορέας κατά την έννοια του άρθρου 224 του Ν. 4412/2016 (άρθρου 4 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ) καθώς της έχουν εκχωρηθεί ειδικά και αποκλειστικά δικαιώματα. Το άρθρο 224§3 ορίζει ότι: «3. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, «ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα» νοούνται τα δικαιώματα που εκχωρούνται από αρμόδια αρχή της Ελλάδας μέσω οιασδήποτε διάταξης νόμου ή διοικητικής πράξης που έχει ως αποτέλεσμα να περιορίζει την άσκηση των δραστηριοτήτων οι οποίες ορίζονται στα άρθρα 228 έως 234 σε έναν ή περισσότερους φορείς, και η οποία επηρεάζει ουσιωδώς την ικανότητα άλλων φορέων να ασκούν τέτοιου είδους δραστηριότητα.»

Εν προκειμένω, όπως αναφέρεται και στην γνωμοδότηση του καθηγητή, που επικαλείται η «... ...», της έχει εκχωρηθεί από το Δημόσιο το αποκλειστικό δικαίωμα να είναι η μοναδική παραγωγός ηλεκτρικής ενέργειας από συμβατικούς σταθμούς ηλεκτροπαραγωγής στα μη διασυνδεδεμένα νησιά.

Δεν προσδιορίζεται στη διάταξη ποσοστό επί της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας από το εκχωρηθέν αποκλειστικό δικαίωμα για να θεωρείται κάποιος αναθέτων φορέας, αλλά αρκείται μόνο στην εκχώρηση αποκλειστικού δικαιώματος. Εφόσον της έχει εκχωρηθεί αποκλειστικό δικαίωμα, όπως η ίδια συνομολογεί, η «... ...» θεωρείται και είναι αναθέτων φορέας και υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ιν του Ν. 412/2016.

3. Η «... ...» επικαλείται την υπ' αριθμ. 37/2022 πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου και την υπ' αριθμ. 554/2022 απόφαση της Μείζονος Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου για να ισχυρισθεί ότι δεν αποτελεί ούτε αναθέτουσα αρχή, ούτε δημόσια επιχείρηση λόγω της έμμεσης συμμετοχής του Ελληνικού Δημοσίου. Και ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος. Με την υπ' αριθμ. 554/2022 απόφαση σε Μείζονα Ολομέλεια του Ελεγκτικού Συνεδρίου, που εκδόθηκε προς άρση αμφισβήτησης μεταξύ της 37/2022 πράξης του ΣΤ' Κλιμακίου και της 650/2021 πράξης του Ζ' Κλιμακίου, κρίθηκε

κατά λέξη: «Αίρει την αμφιβολία κρίνοντας ότι η «... ...» συνιστά δημόσια επιχείρηση κατά την έννοια της διάταξης της παραγράφου 1 του άρθρου 324 του Ν. 4700/2020». Συνεπώς όσα αναφέρει η «... ...» ότι με την άνω 554/2022 απόφαση κρίθηκε ότι δεν αποτελεί δημόσια επιχείρηση είναι απορριπτικά.

4. Η «... ...» ισχυρίζεται ότι η ασκηθείσα από μέρους μας προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε δήθεν εκπροθέσμως καθώς οφείλαμε να προσβάλουμε κατά τις απόψεις της τις υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΥΣ/ΕΚ 114182/4673/21.7.2022 και ΔΥΣ/ΕΚ 118660/4854/28.7.2022 πρακτικά - αποφάσεις εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίησή τους. Κατ' αρχήν να επισημάνουμε ότι και οι δύο ανωτέρω αναφερόμενες αποφάσεις μας κοινοποιήθηκαν ταυτόχρονα στις 28.7.2022. Το άρθρο 360 του Ν. 412/2016 όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει ορίζει ότι: «Άρθρο 360 Δικαίωμα άσκησης προσφυγής 1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παραλείψεως 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.»

Εκτελεστή δε πράξη, υπό την ανωτέρω έννοια, της παροχής δηλαδή έννομης προστασίας σε βάρος διαγωνιζόμενου, έχει κριθεί ότι είναι η πράξη, με την οποία το αρμόδιο όργανο αποφαινεται οριστικώς επί των θεμάτων που έχουν εγερθεί κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού (πρβλ ΣτΕ, ΕΑ, 611/2007). Δεν έπεται όμως ότι με την προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016

προσβάλλεται μόνον η πράξη με την οποία το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο αποφαίνεται οριστικά επί των αποτελεσμάτων ενός σταδίου του διαγωνισμού. Αντιθέτως, κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1 της Οδηγίας 89/665, πράξη δεκτική προσφυγής, πράξη δηλαδή σχετική με δημόσια σύμβαση, η οποία εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25, είναι οποιαδήποτε πράξη δύναται να έχει έννομα αποτελέσματα σε βάρος συμμετέχοντος σε μια διαδικασία ανάθεσης. Τέτοια πράξη επομένως μπορεί να είναι η απόφαση του αναθέτοντος φορέα περί της αποδοχής ή της απόρριψης μιας προσφοράς, ύστερα από επανεξέταση των αποτελεσμάτων ενός σταδίου ενός διαγωνισμού, με αφορμή μια καταγγελία ή ένα υπόμνημα ή και μια ένσταση, είτε προβλέπεται ρητώς η επανεξέταση αυτή από τη διακήρυξη είτε όχι. Αρκεί με την πράξη αυτή να εκδηλώνεται οριστικά νέα κρίση επί των αποτελεσμάτων του επίμαχου σταδίου του διαγωνισμού (ad hoc ΑΕΠΠ Ε26/2020)

Στην παρούσα περίπτωση η εταιρία μας με την από 2.8.2022 ένστασή της ζητούσε την απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας «... ..» λόγω του ότι η ψηφιακές υπογραφές στα έγγραφα που είχε υπογράψει ο π., νόμιμος εκπρόσωπος του δανειοπαρόχου ιδρύματος «Ο» ήταν άκυρες. Τα αρμόδια όργανα της «... ..» κατά την εξέταση της ενστάσεώς μας διαπίστωσαν ότι οι ψηφιακές υπογραφές του π. δεν ήταν ορθές και συνεπώς ήταν άκυρες. Για το λόγο αυτό και προκειμένου να μην απορρίψουν, ως όφειλαν, την προσφορά της εταιρίας «... ..» για τον άνω λόγο την κάλεσαν να υποβάλει εκ νέου τα έγγραφα που είχε υπογράψει ο π. με ορθές ψηφιακές υπογραφές. Το απόσπασμα της προσβαλλόμενης απόφασης έχει λέξη προς λέξη ως εξής: «Κατόπιν των ανωτέρω η όπως έχει αναφερθεί ανωτέρω στις 9.8.2022 ζήτησε μέσω της πλατφόρμας tenderOne της εταιρείας cosmoOne, να σταλούν εκ νέου, τα έγγραφα που είχε υπογράψει ο π. με την ορθή ψηφιακή υπογραφή, τα οποία και απεστάλησαν αυθημερόν. Εξετάζοντας τις εκ νέου ψηφιακές υπογραφές του π. διαπιστώνεται ότι είναι έγκυρες. Κατόπιν των ανωτέρω, η αποδέχεται ως

ορθό το επιχείρημα της και απορρίπτει τον ισχυρισμό της εταιρείας «... ..
... ..».

Από τα αναφερόμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση αποδεικνύεται πλήρως και πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι η προσφορά της εταιρείας «... ..
...» έγινε δεκτή στον διαγωνισμό βάσει των εκ νέου ψηφιακών υπογραφών του
... .. που προσκομίσθηκαν εκ των υστέρων, που εξετάσθηκαν από τη «...
...» και διαπιστώθηκε ότι είναι έγκυρες. Δεν κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά
της εταιρείας «... ..» με βάση τις ψηφιακές υπογραφές στα αρχικώς
υποβληθέντα έγγραφα του ιδρύματος «Ο», αλλά κρίθηκε παραδεκτή με
βάση τα νέα έγγραφα που προσκομίσθηκαν εκ των υστέρων με νέες ορθές
ψηφιακές υπογραφές.

Η υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΥΣ/ΕΚ 127778/5107/12.8.2022 απόφαση που έκρινε ως
παραδεκτή την προσφορά της εταιρείας «... ..», βάσει των νέων εγγράφων
που εκ των υστέρων και μετά την κατάθεση της ένστασής μας
προσκομίσθηκαν επιφέρει το πρώτον έννομες συνέπειες εις βάρος μας και
συνεπώς, νομίμως προσβάλλεται με προδικαστική προσφυγή εντός
προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίησή της. Εν όψει των
ανωτέρω παραδεκτά και με προφανές, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον,
νομοτύπως και εμπροθέσμως στρεφόμεστε κατά της υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΥΣ/ΕΚ
127778/5107/12.8.2022 αποφάσεως εκδίκασης και απόρριψης της ένστασής
μας βάσει νέων στοιχείων που προσκομίσθηκαν και εξετάσθηκαν, όπως η ίδια
η «... ..» συνομολογεί, μετά την άσκηση της ένστασής μας και αποτέλεσαν τη
βάση απόρριψης αυτής και όσα περί του αντιθέτου αναφέρει η «... ..» στο
υπόμνημα της είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

5. Η «... ..» ισχυρίζεται ότι η αποστολή της επικαιροποιημένης ηλεκτρονικής
υπογραφής του αποτελεί δήθεν νόμιμη κατ' άρθρο 14.2.2 και 15.1.2
της διακήρυξης αλλά και κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 συμπλήρωση και
τεκμηρίωση της προσφοράς. Και ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως
αβάσιμος. Όπως αναφέρουμε και στην υπό κρίση προσφυγή μας προσφορά
που δεν περιλαμβάνει τις σχετικές δηλώσεις του δανειοπαρόχου ορθές και

έγκυρες απορρίπτεται κατ' εφαρμογή του άρθρου 14.2.2 της διακήρυξης κατά δεσμία αρμοδιότητα του αναθέτοντα φορέα. Ούτε βεβαίως κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 δύναται νομίμως να αναπληρωθούν ελλείποντα δικαιολογητικά. Το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021 και ισχύει ορίζει ότι: «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.».

Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογίαν και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα. (σελ. 386-387 Αιτιολογικής Έκθεσης ν. 4782/2021). Το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021 οφείλεται να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα του δικαίου της ΕΕ, καθώς το άρθρο αυτό συνιστά μεταφορά του άρθρου 56 παρ. 3 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εξάλλου όπως αναφέρεται και στην αιτιολογική

έκθεση της νέας διάταξης: «Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί». Συναφώς, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) έχει εκδώσει πλείστες αποφάσεις σε σχέση με το κατά πόσο είναι δυνατόν να γίνουν αποδεκτές διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις των προσφορών κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας ... Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μια υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ (βλ. ενδεικτικά, την απόφαση του ΔΕΕ της 29.4.2004, Επιτροπή κατά CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκ. 108-111), η αναθέτουσα αρχή / ο αναθέτων φορέας δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, συνεπάγονται τον αποκλεισμό του οικείου διαγωνιζόμενου (*Manova*, C-336/12, σκ. 39). Υπό την έννοια των ανωτέρω, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021 δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Συναφώς, έχει κριθεί ότι τα κράτη μέλη, εφόσον κάνουν χρήση της δυνατότητας που προβλέπεται στο άρθρο 56 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, «οφείλουν να μεριμνούν ώστε να μη διακυβεύεται η επίτευξη των σκοπών που επιδιώκει η οδηγία αυτή και να μη θίγεται η πρακτική αποτελεσματικότητα των διατάξεων της ούτε των άλλων συναφών διατάξεων και αρχών του δικαίου της Ένωσης, ειδικότερα των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, *MA.T.I. SUD*, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49).

Επομένως, δεν παρίσταται νόμιμη υπό το φως των αποφάσεων του ... η πλήρης παράβαση του οικείου κανονιστικού πλαισίου που θέτει όρους επί ποινή απόρριψης στον «βωμό» μιας ερμηνείας διάσωσης προσφοράς, η οποία είναι καθόλα ελλιπής και απαιτεί την το πρώτον υποβολή υποχρεωτικών στοιχείων σε χρόνο μεταγενέστερο της υποβολής προσφοράς και εν τοις πράγμασι την αντικατάσταση των υποβληθέντων με την προσφορά άκυρων δηλώσεων του ιδρύματος «... ...» με νέες μετά την υποβολή των προσφορών υπογραφείσες δηλώσεις που φέρουν ορθές ψηφιακές υπογραφές μεταγενέστερες όμως του χρόνου υποβολής των προσφορών. Επομένως, δεδομένης της δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει προσφορά που παραβιάζει υποχρεωτικό όρο της διακήρυξης, δεν χωρεί εν προκειμένω εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 (πρβλ. Δ.Εφ. Χανίων 13/2019 σκ. 14, βλ. Δεφ Χαν 10/2019, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΑΕΠΠ 702/2019, 668/2019, 242/2019, 36/2019). Συνεπώς, όσα περί του αντιθέτου αναφέρει η «... ...» είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. [...]

8. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

• **1^{ος} λόγος Προσφυγής: Μη έγκυρη ψηφιακή υπογραφή «τρίτου» λόγω ανάκλησης από ...**

Ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, επειδή η ψηφιακή υπογραφή του τρίτου οικονομικού φορέα («... ... ΚΑΙ ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΟ ΙΔΡΥΜΑ -»), στον οποίο στηρίζεται η καθής η Προσφυγή, είχε λήξει από τις 30.04.2022 (λόγω σχετικής ανάκλησής της από την ...), τα έγγραφα που υπεγράφησαν την 15^η Ιουλίου 2022 από τον Π. θεωρούνται αυτομάτως ως μη νομίμως υποβληθέντα έγγραφα, η δε πλημμέλεια αυτή στοιχειοθετεί λόγο απόρριψης της εξεταζόμενης Προσφοράς.

Από την επισκόπηση του οικείου φακέλου προκύπτει ότι, σύμφωνα με σχετική Ανακοίνωση της Αρχής Πιστοποίησης Ελληνικού Δημοσίου (βλ. <https://aped.gov.gr>, τμήμα «Ανακοινώσεις»), όλες οι ψηφιακές υπογραφές που

εκδόθηκαν πριν από την 17^η Ιανουαρίου 2022 και λήγουν μετά τις 30.4.2022, θα έχουν ανακληθεί μέχρι τις 30.04.2022 (βλ. Ανακοίνωση, όπου ορίζεται ότι: *«Ενημερώνουμε ότι οι ψηφιακές υπογραφές οι οποίες έχουν εκδοθεί μέχρι την 17η Ιανουαρίου 2022 και λήγουν μέχρι την 30^η/4/2022 θα λήξουν χωρίς να γίνει ενέργεια από τον χρήστη αυτόματα βάσει της ημερομηνίας λήξης τους. ... Ο χρόνος που θα έχετε για την ανάκληση του πιστοποιητικού σας θα είναι τουλάχιστον 15 ημέρες. Αν δεν ενεργήσετε εσείς, τότε η Αρχή Πιστοποίησης Ελληνικού Δημοσίου (...) θα προβεί σε ανάκληση. Η διαδικασία αυτή θα ξεκινήσει από 20 Ιανουαρίου 2022 και θα ολοκληρωθεί σταδιακά μέχρι τις 30/4 για όλα τα ψηφιακά πιστοποιητικά της παλαιάς Με τον τρόπο αυτό όλες οι υπογραφές που έχουν εκδοθεί θα έχουν ανακληθεί μέχρι τις 30/4.»*). Επομένως, η ψηφιακή υπογραφή του Π., που - ως η καθής η Προσφυγή συνομολογεί - του χορηγήθηκε στις 14.01.2022 (με ημερομηνία λήξεως 14.01.2023), **ήτοι πριν την 17^η Ιανουαρίου 2022**, ανακλήθηκε, κατά τα ανωτέρω, αυτοβούλως από την ..., αφού ο ως άνω «τρίτος» δεν προέβη αυτοβούλως σε ανάκληση της ψηφιακής υπογραφής του μέχρι τις 30.04.2022. Εν όψει των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί της ... Α.Ε, κατά τους οποίους η επίμαχη Προσφορά είναι ορθή, διότι στις 09.08.2022, η Επιτροπή αξιολόγησης ζήτησε, βάσει του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, *«...επικαιροποιημένη ηλεκτρονική υπογραφή, η οποία απεστάλη αυθημερόν...»* θα πρέπει να απορριφθούν. Και τούτο, διότι η πλήρης αντικατάσταση ΗΔΗ υποβληθέντων εγγράφων, ως εν προκειμένω, τα οποία, δυνάμει της ένδικης Διακήρυξης, θα έπρεπε να ήταν επί ποινή αποκλεισμού ψηφιακά υπογεγραμμένα, με έγκυρη ψηφιακή υπογραφή (βλ. άρθρο 1.4., όπου ορίζεται ρητώς και σαφώς ότι: *«Για την υποβολή προσφοράς στη διαδικασία επιλογής οι ενδιαφερόμενοι απαιτείται να διαθέτουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή (qualified digital signature)....»*), δεν συνιστά νόμιμη συμπλήρωση της υπό εξέταση Προσφοράς, αλλά ανεπίτρεπτη μεταβολή ήδη υποβληθείσης Προσφοράς, κατά παράβαση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ανόθευτου ανταγωνισμού.

Εξάλλου, κατά τα παγίως νομολογιακά κριθέντα, είναι επιτρεπτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από την ίδια τη φύση του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον και ευχερές, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της Προσφοράς, ενώ η συμπλήρωση αυτή δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα, έναντι των ανταγωνιστών του, εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να επιτρέπει την κατάθεση νέας Προσφοράς, την υποβολή εναλλακτικών Προσφορών κλπ. Ως εκ τούτου, η δυνατότητα διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων δεν ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να δέχεται εν γένει διορθώσεις παραλείψεων, οι οποίες, κατά τη ρητή πρόβλεψη εγγράφων της σύμβασης, επάγονται τον αποκλεισμό του υποψηφίου (Βλ ΔΕΕ C-131/16 σκ.24 -39 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία και μεταξύ πολλών- υπ' αριθμ. 379, 233/2021, 747/2021, 1256/2020, 1186/2019, 1604/2021 Αποφάσεις 7ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π κλπ). Επομένως, η, κατά το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, κλήση των διαγωνιζομένων για διευκρινίσεις ή συμπλήρωση στοιχείων αφορά μόνο σε πρόδηλα τυπικά σφάλματα ή σε επιμέρους ασάφειες περιεχομένου επί ήδη υποβληθέντων εγγράφων, ουδόλως δε καταλαμβάνει τη μη υποβολή ή την εκπρόθεσμη υποβολή απαιτούμενων εγγράφων **προς το πρώτον συμμόρφωση με τα απαιτούμενα της Διακήρυξης, ούτε θεραπεύει τέτοια έλλειψη** (πρβλ. ΣτΕ 1490, 827/2019, ΕΑ 205, 58/2019, 401/2018, 346/2017, 219/2017, 184/2017, 424/2014 κ.ά.).

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι η επίμαχη πλημμέλεια (μη πλήρωση απαραίτου όρου της Διακήρυξης), δεν εδύνατο να θεραπευθεί νομίμως με προσφυγή του αναθέτοντος φορέα στη διαδικασία του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 και για τον λόγο αυτόν, η προσβαλλόμενη πράξη πάσχει ακυρότητας. Με βάση τα προλεχθέντα, η παροχή δυνατότητας επανυποβολής των επίμαχων εγγράφων Προσφοράς, με επικαιροποιημένη, ήτοι, με ΝΕΑ ψηφιακή υπογραφή, μετά την πάροδο της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής των προσφορών στον υπόψη Διαγωνισμό,

προσέδωσε στην προκείμενη περίπτωση αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην καθής η Προσφυγή, σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων. Συναφώς, ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

• **2^{ος} λόγος Προσφυγής: Μη πλήρωση των απαιτήσεων του άρ. 3.2.Γ.2 της Διακήρυξης**

Ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, σε συμμόρφωση προς τις απαιτήσεις του άρθρου 3.2.Γ.2 της ένδικης Διακήρυξης, στο οποίο ζητείται: *«Να έχει υλοποιήσει επιτυχώς, κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών (3) ετών (2021, 2020, 2019), σε περίπτωση φυσικού ή νομικού προσώπου το ίδιο και σε περίπτωση σύμπραξης/ένωσης προσώπων τα μέλη της αθροιστικά της σύμπραξης/ένωσης, συμβάσεις υπηρεσίες με παρόμοιο αντικείμενο με αυτό του Διαγωνισμού εκ των οποίων μια τουλάχιστον να είναι αξίας ίσης ή μεγαλύτερης των 353.430,00€ πλέον ΦΠΑ.»*, η εταιρία «... ..» επικαλέστηκε την εμπειρία του «...υ ...ύ και Πνευματικού ιδρύματος “Ο”». Ωστόσο, ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων *«...τα ποσά των 158.990,00€, για το χρονικό διάστημα από 1.1.2019 έως 31.12.2019, των 163.550,00€, για το χρονικό διάστημα από 1.1.2020 έως 31.12.2020 και των 149.550,00€, για το χρονικό διάστημα από 1.1.2021 έως 31.12.2021, δεν είναι ποσά συμβάσεων, όπως απαιτεί η διακήρυξη, αλλά ποσά στα οποία περιλαμβάνονται και έσοδα από ενοίκια ακινήτων και επιχορηγήσεις που ουδεμία σχέση έχουν με ποσό συμβάσεως [...]»*. Επομένως, η επίμαχη Προσφορά δεν πληροί απαραίτατο όρο της Διακήρυξης, δοθέντος ότι για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής, ζητείται σαφώς η εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων των τριών (3) τελευταίων ετών και ουχί ο προϋπολογισμός του διαγωνιζόμενου ή του παρέχοντος δάνεια εμπειρία. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της καθής η Προσφυγή, κατά τον οποίον οι δηλωθείσες από το ... ίδρυμα τρεις (3) συμβάσεις θεωρούνται ως μία ενιαία σύμβαση, θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Και τούτο, διότι, ως προαναφέρθηκε, οι δηλωθείσες από το εν λόγω Ίδρυμα συμβάσεις έχουν διαφορετικό χρόνο έναρξης και λήξης και πιο συγκεκριμένα: α) 1^η σύμβαση -

Χρόνος έναρξης: Ιανουάριος του 2019 και Χρόνος λήξεως: 31.12.2019, β) 2^η σύμβαση - Χρόνος έναρξης: Ιανουάριος του 2020 και Χρόνος λήξεως: 31.12.2020 και γ) 3^η σύμβαση - Χρόνος έναρξης: Ιανουάριος του 2021 και Χρόνος λήξεως: 31.12.2021.

Τέλος, ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, ακόμη και στην περίπτωση που οι εκ μέρους του «τρίτου» οικονομικού φορέα δηλωθείσες τρεις συμβάσεις θεωρηθούν ως μια ενιαία σύμβαση, μετά την αφαίρεση των ποσών των ενοικίων που εισπράττει το εν λόγω Ίδρυμα «...το ποσό της δήθεν ενιαίας σύμβασης διαμορφώνεται σε 318.090,00€ (472.090,00-154.000,00) ποσό που είναι μικρότερο του απαιτούμενου από τη διακήρυξη ποσού των 353.430,00€...». Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι αιτιάσεις της ... Α.Ε, σύμφωνα με τους οποίους το προαναφερθέν Ίδρυμα έχει ως αποκλειστικό σκοπό τη δημιουργία και λειτουργία παιδικού σταθμού με το όνομα «... ...», θα πρέπει να απορριφθούν, ως αβάσιμες, αφού από την επισκόπηση του Προεδρικού Διατάγματος έγκρισης της συστάσεώς του (ΦΕΚ Β' 1558/1999), προκύπτουν και έτεροι, πλην του προαναφερόμενου, σκοποί. Με βάση το σύνολο των προλεχθέντων και δοθέντος ότι οι επικαλούμενες παρόμοιες συμβάσεις του Ιδρύματος «... ...», δεν πληρούν τους σαφείς όρους του άρ. 3.2.Γ.2 («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») της εν θέματι Διακήρυξης (παραβίαση απαράβατου όρου), η Προσφορά της καθής η Προσφυγή θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και δη κατά δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα. Συναφώς, ο 2ος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

9. Επειδή, η εξέταση του 3^{ου} λόγου Προσφυγής για την ακύρωση της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμ. ΔΥΣ/ΕΚ127778/5107/12.08.2022 πράξης του Διευθυντή υπηρεσιών στέγασης του αναθέτοντος φορέα, κατά το μέρος που αποδέχθηκε την Προσφορά της εταιρίας με τον δ.τ. «..... ..» παρέλκει ως αλυσιτελής, δοθέντος ότι οι προαναφερόμενες στη σκέψη 8 της παρούσας πλημμέλειες της προσβαλλόμενης ως άνω πράξης (1. Μη έγκυρη ψηφιακή

υπογραφή «τρίτου» και 2. Μη πλήρωση των όρων του άρ. 2.3.Γ.2 της Διακήρυξης), παρέχουν έκαστη εξ αυτών αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της Προσφοράς της (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 818/2018, σκ. 62, ΑΕΠΠ 839/2018, σκ. 53, ΑΕΠΠ 969/2019 σκ. 49 κλπ).

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. ΔΥΣ/.../.../12.08.2022 Απόφαση του αναθέτοντος φορέα, κατ' αποδοχή των με αρ. πρωτ. ΔΥΣ/ΕΚ .../.../21.7.2022 και με αρ. πρωτ. ΔΥΣ/ΕΚ .../.../28.07.2022 Πρακτικών ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών (αντίστοιχα) της Επιτροπής κρίσεως και αξιολόγησης, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Πλήρης λειτουργία του Βρεφονηπιακού Σταθμού και Νηπιαγωγείου ... της» (με αρ. πρωτ. ΔΥΣ/.../12.5.2022 Διακήρυξη, πλατφόρμα ηλεκτρονικών προμηθειών tenderONE της cosmoONE), κατά το μέρος που δέχθηκε την Προσφορά της

Αριθμός απόφασης : 1486 /2022

εταιρίας με την επωνυμία «.... ..» και τον δ.τ «.... ..
... ..», σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας Απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού τριών χιλιάδων πεντακοσίων σαράντα τριών ευρώ και τριάντα λεπτών 3.543,30€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 19 Οκτωβρίου 2022, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μιχαήλ Διαθεσόπουλος

Γεώργιος Ζάρλας