

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**1<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελευθερία Καλαμιώτη, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος και εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 29/12/2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2379/30-12-2021 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα») που εδρεύει στ... .., και εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής: «η παρεμβαίνουσα») που εδρεύει στο ..., οδός ....., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της παράλειψης οφειλόμενης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας και, πάντως, να καλέσει την τελευταία να αντικαταστήσει τον τρίτο οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε για την πλήρωση του κριτηρίου της Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ της Διακήρυξης, όπως αυτή (η παράλειψη) συντελέστηκε διά της με αρ. πρωτ. ... πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία η τελευταία κάλεσε την παρεμβαίνουσα όπως αντικαταστήσει αποκλειστικά και μόνο τον τρίτο οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε για την πλήρωση του κριτηρίου της Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ.γ της Διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του

## Αριθμός απόφασης: 202/2022

Π.Δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 29/12/2021 πληρωμή στην Εθνική Τράπεζα Ελλάδος και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο καταβλήθηκε με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 69.110.000,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, με Διακήρυξη του Ιουλίου 2021 η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης κατασκευής του δημοσίου έργου «ΔΙΕΥΘΕΤΗΣΗ ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΡΕΜΑΤΟΣ ...» εκτιμώμενης αξίας 69.110.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24:%, με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Ο διαγωνισμός έλαβε Α/Α ΕΣΗΔΗΣ .... Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 21/9/2021 και ως ημερομηνία αποσφράγισης τους η 24/9/2021. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά επτά οικονομικοί φορείς, εκ των οποίων ένας αποκλείστηκε λόγω μη προσκόμισης εγγυητικής επιστολής, με την υπ' αριθ. ... /Φ. Έργο .../30-9-2021 απόφαση του Υπουργού ... που εκδόθηκε κατά τη διαδικασία του άρθρου 72 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Εν συνεχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στο έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών των λοιπών έξι διαγωνιζομένων. Πριν η Επιτροπή Διαγωνισμού καταρτίσει το σχετικό πρακτικό, η έκδοση του οποίου εξακολουθεί να εκκρεμεί, ο Πρόεδρος της απέστειλε προς την αναθέτουσα αρχή το από 25/11/2021 έγγραφο, όπου διατυπωνόταν μία σειρά από παρατηρήσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με την εκ μέρους της προσφεύγουσας πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθώς και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας με στήριξη στις ικανότητες τρίτων φορέων. Σε συνέχεια του ανωτέρω εγγράφου, την 1/12/2021 κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα, χωρίς κοινοποίηση στους λοιπούς διαγωνιζόμενους, πρόσκληση να αντικαταστήσει τους δανείζοντες την ειδική εμπειρία στην κατηγορία «ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΕΡΓΑ» με έναν μόνο οικονομικό φορέα, εντός της νόμιμης και προβλεπόμενης από τη Διακήρυξη τριακονθήμερης προθεσμίας. Κατά της πρόσκλησης αυτής ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή από την

## **Αριθμός απόφασης: 202/2022**

παρεμβαίνουσα την 13/12/2021, η οποία κοινοποιήθηκε στους λοιπούς οικονομικούς φορείς την 14/12/2021. Κατόπιν της ανωτέρω κοινοποίησης, η παρεμβαίνουσα αιτήθηκε με έγγραφά της από 16/12/2021 και 17/12/2021 να της γνωστοποιηθεί κάθε σχετική με το αντικείμενο της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής αλληλογραφία. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, την 22/12/2021 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε, με το υπ' αριθ. πρωτ. 369271 / Φ. Έργο .../21-12-2021 έγγραφό της, α) το από 21-11-2021 (αριθμ.πρωτ.εισερχ.335686/25-11-2021) έγγραφο της Επιτροπής Διαγωνισμού προς την αναθέτουσα αρχή και β) την υπ' αριθ. πρωτ. 343408/1-12-2021 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής προς την παρεμβαίνουσα να αντικαταστήσει τρίτο οικονομικό φορέα λόγω μη πλήρωσης του κριτηρίου τεχνικής εμπειρίας υπό 22.Δ.γ' της Διακήρυξης. Από την τελευταία αυτή πρόσκληση, η προσφεύγουσα συνήγαγε, κατά τους ισχυρισμούς της, παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει, άλλως να προσκαλέσει την προσφεύγουσα να αντικαταστήσει οικονομικό φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται και για την πλήρωση του κριτηρίου χρηματοοικονομικής επάρκειας της Διακήρυξης, και κατά της παράλειψης αυτής άσκησε την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

3. Επειδή, προκήρυξη σύμβασης απεστάλη για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 30/7/2021, η δε Διακήρυξη αναρτήθηκε την 8/9/2021 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό Α/Α ...

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα δια του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, την 29/12/2021 και κοινοποιήθηκε

## Αριθμός απόφασης: 202/2022

αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Στο μέτρο που η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση της, κατά τους ισχυρισμούς της, προσβαλλόμενης παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας την 22/12/2021, οπότε της κοινοποιήθηκε η από 1/12/2021 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, ενώ δεν προκύπτει προγενέστερη πλήρης γνώση των στοιχείων της προσβαλλόμενης από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, κατ' αρχήν η προσφεύγουσα άσκησε εμπροθέσμως την προδικαστική προσφυγή, απορριπτόμενου του περί του αντιθέτου ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας, τα δε λοιπά στοιχεία του παραδεκτού της οποίας εξετάζονται κατωτέρω.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς συμμετέχοντες μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 30/12/2021.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε το υπ' αριθ. 9048/Φ.ΕΡΓΟ .../28-12-2021 έγγραφο απόψεων επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής νόμιμα και εμπρόθεσμα δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 13/1/2022.

8. Επειδή, την 10/1/2022 η παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως παρέμβαση διά της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, με αίτημα την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής, καθώς επίσης και *«να διατηρηθούν σε ισχύ όλες οι πράξεις και αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, καθώς και κάθε άλλη συναφής πράξη, απόφαση κλπ. κατά το σκέλος που στηρίζουν τους ισχυρισμούς μας και το παραδεκτό της προσφοράς»* της. Όμως, παρά το ανωτέρω αίτημα, από το περιεχόμενο της παρέμβασης προκύπτει ότι, κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, ουδεμία παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας έχει συντελεστεί εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ τούτου, η παρέμβαση δεν ασκείται υπέρ της προσβαλλόμενης παράλειψης και, επομένως, δεν ασκείται παραδεκτώς.

Κατά τη μειοψηφούσα άποψη του Μέλους Ε. Αψοκάρδου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν.4412/2016, η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, εφόσον υφίσταται εκτελεστή πράξη. Εν προκειμένω, το γεγονός ότι η προσφυγή στρέφεται κατά παράλειψης δεν καθιστά απαράδεκτη την παρέμβαση η οποία αιτείται την απόρριψη της προσφυγής καθώς η παρεμβαίνουσα δεν θα εδύνατο να αιτηθεί

## Αριθμός απόφασης: 202/2022

κάτι διαφορετικό, έχοντας τη δυνατότητα να προβάλλει ισχυρισμούς προκειμένου να αντικρούσει τη μη συντέλεση παράλειψης από την αναθέτουσα αρχή. Επομένως, η παρέμβαση ασκείται παραδεκτώως και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

9. Επειδή, με την υπ' αριθ. 3308/2021 Πράξη της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν.

11. Επειδή, το άρθρο 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι *«κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

12. Επειδή, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής ελέγχονται αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ, στο πλαίσιο της εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, με τις απόψεις της, προβάλλει ότι η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή είναι απαράδεκτη, διότι δεν έχει συντελεστεί η προσβαλλόμενη παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας από τα όργανα της αναθέτουσας αρχής, καθόσον δεν έχει ολοκληρωθεί το οικείο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

13. Επειδή, το άρθρο 98 Ν. 4412/2016 περιγράφει τη διαδικασία αποσφράγισης και αξιολόγησης προ+σφορών και αιτήσεων συμμετοχής στις δημόσιες συμβάσεις έργων με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή ως εξής: *«1. Τα στάδια στην ανοικτή διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: α) Στην ανοικτή διαδικασία η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, όπως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, είναι σε κάθε περίπτωση ημέρα Τρίτη ή Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ.. Την ίδια ημέρα και μετά*

## Αριθμός απόφασης: 202/2022

το πέρας της ως άνω ώρας, διενεργείται η αποσφράγιση των προσφορών. Αν, για λόγους ανωτέρας βίας, δεν διενεργηθεί η αποσφράγιση κατά την ορισθείσα ημέρα ή αν μέχρι τη μέρα αυτή δεν έχει υποβληθεί καμία προσφορά, η αποσφράγιση και η καταληκτική ημερομηνία αντίστοιχα μετατίθενται σε οποιαδήποτε άλλη ημέρα, με απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Η απόφαση αυτή κοινοποιείται εγγράφως, πέντε (5) τουλάχιστον εργάσιμες ημέρες πριν τη νέα ημερομηνία, σε όσους οικονομικούς φορείς έλαβαν τα έγγραφα της σύμβασης, και αναρτάται, κατά περίπτωση, στην ΕΕΕΕ, στο ΚΗΜΔΗΣ και στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής, εφόσον διαθέτει.[...] . β) Οι προσφορές που παραλαμβάνονται, καταχωρίζονται κατά σειρά κατάθεσής τους σε σχετικό πρακτικό του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου, στο οποίο ειδικότερα αναφέρονται η σειρά προσέλευσης, η επωνυμία του οικονομικού φορέα, η τάξη και κατηγορία του, ο εξουσιοδοτημένος εκπρόσωπος, καθώς και η εκπλήρωση άλλων τυπικών προϋποθέσεων που απαιτούν τα έγγραφα της σύμβασης. Όλοι οι φάκελοι αριθμούνται με τον αύξοντα αριθμό κατάθεσής τους, όπως καταχωρίστηκαν στο πρακτικό και μονογράφονται από τα μέλη του ως άνω οργάνου. γ) Αν κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, αμέσως μετά την κατά τα ανωτέρω ολοκλήρωση της παραλαβής των προσφορών και καταγραφής των δικαιολογητικών συμμετοχής, ακολουθεί η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών και η ανακοίνωση των επί μέρους στοιχείων τους, τα οποία επίσης καταχωρίζονται στο ίδιο ως άνω πρακτικό. Στη συνέχεια αν η αναθέτουσα αρχή εφαρμόζει την παράγραφος Ι του άρθρου 101 [...]. Στη συνέχεια, στις υποπεριπτώσεις αα) και ββ)`, τα δικαιολογητικά συμμετοχής ελέγχονται την ίδια ημέρα κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. Αν η ολοκλήρωση του ελέγχου αυτού δεν είναι δυνατή την ίδια μέρα, λόγω του μεγάλου αριθμού των προσφορών και του ελέγχου των εγγυητικών επιστολών, ελέγχονται τουλάχιστον οι δέκα (10) πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας προσφορές. Στην περίπτωση αυτή η διαδικασία συνεχίζεται τις επόμενες εργάσιμες ημέρες [...]. δ) Σε όλες τις παραπάνω περιπτώσεις, το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, πριν την ολοκλήρωση της σύνταξης και έκδοσης του ως άνω πρακτικού του επικοινωνεί με τους εκδότες που αναγράφονται στις υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 72. ε) Η

## Αριθμός απόφασης: 202/2022

διαδικασία της παραγράφου αυτής καταχωρείται στο πρακτικό του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου ή σε παράρτημά του που υπογράφεται από τον πρόεδρο και τα μέλη της. Το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο ολοκληρώνει τη σύνταξη και έκδοση του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης βάσει των κριτηρίων ανάθεσης όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, και το υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή, η οποία εγκρίνει το αποτέλεσμα, επιφυλασσομένων των διατάξεων του άρθρου 106. στ) Κατά της απόφασης έγκρισης του αποτελέσματος της διαδικασίας χωρεί ένσταση, σύμφωνα με το άρθρο 127 για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (προ ΦΠΑ) ή η προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με το άρθρο 360 για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (προ ΦΠΑ).[...]

14. Επειδή, το άρθρο 4.1. της Διακήρυξης ορίζει τα εξής:

«4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού

α) Μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, όπως ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας, και πριν από την ηλεκτρονική αποσφράγιση, πιστοποιημένος χρήστης της Αναθέτουσας Αρχής μεταβιβάζει την αρμοδιότητα διαχείρισης του ηλεκτρονικού διαγωνισμού σε πιστοποιημένο χρήστη της Επιτροπής Διαγωνισμού. β) Η αναθέτουσα αρχή διαβιβάζει στον Πρόεδρο της Επιτροπής Διαγωνισμού τους κλειστούς φακέλους με τις πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής που έχουν προσκομιστεί πριν από την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται, ομοίως, στο άρθρο 18 της παρούσας. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18, προβαίνει σε ηλεκτρονική αποσφράγιση του υποφακέλου 'Δικαιολογητικά Συμμετοχής' και του υποφακέλου "Οικονομική Προσφορά", χωρίς να παρέχει στους προσφέροντες πρόσβαση στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής ή στις υποβληθείσες οικονομικές προσφορές. γ) Μετά την ως άνω αποσφράγιση, και πριν από την έκδοση οποιασδήποτε απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της παρούσας, η Επιτροπή Διαγωνισμού, προβαίνει στις ακόλουθες ενέργειες: (i) αναρτά στον ηλεκτρονικό χώρο 'Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού', τον σχετικό κατάλογο προσφερόντων, όπως αυτός παράγεται από το υποσύστημα, με δικαίωμα πρόσβασης μόνον στους προσφέροντες, ii) ελέγχει

## Αριθμός απόφασης: 202/2022

εάν προσκομίστηκαν οι απαιτούμενες πρωτότυπες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής σύμφωνα με την παρ. 3.5 περ. β του άρθρου 3 της παρούσας. Η προσφορά οικονομικού φορέα που παρέλειψε είτε να προσκομίσει την απαιτούμενη πρωτότυπη εγγύηση συμμετοχής, σε περίπτωση υποβολής έγχαρτης εγγύησης συμμετοχής, είτε να υποβάλει την απαιτούμενη εγγύηση ηλεκτρονικής έκδοσης στον οικείο ηλεκτρονικό (υπό)-φάκελο μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία συντάσσει πρακτικό, στο οποίο περιλαμβάνονται τα αποτελέσματα του ανωτέρω ελέγχου και υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, μέσω της λειτουργίας “επικοινωνία” του υποσυστήματος, προς έγκριση για τη λήψη απόφασης απόρριψης της προσφοράς, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016. Μετά την έκδοση της απόφασης έγκρισης του ανωτέρω πρακτικού για την απόρριψη της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση σε όλους τους προσφέροντες. Η απόφαση απόρριψης της προσφοράς εκδίδεται πριν από την έκδοση οποιασδήποτε άλλης απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της παρούσας διαδικασίας. iii) Στη συνέχεια διαβιβάζει τον σχετικό κατάλογο προσφερόντων, κατά σειρά μειοδοσίας, στην αναθέτουσα αρχή και στους προσφέροντες, προκειμένου να λάβουν γνώση και αναρτά στο ηλεκτρονικό χώρο ‘Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού’, τον ως άνω κατάλογο, με δικαίωμα πρόσβασης μόνο στους προσφέροντες. δ) Ακολουθώντας, η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει, κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης, βάσει της παραγωγής σχετικού ψηφιακού αρχείου, μέσα από το υποσύστημα. Για την εφαρμογή του ελέγχου ομαλότητας, χρησιμοποιείται από την Επιτροπή Διαγωνισμού η μέση έκπτωση προσφοράς (Εμ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 95 και 98 του ν. 4412/2016, ε) Όλες οι οικονομικές προσφορές, μετά τις τυχόν αναγκαίες διορθώσεις, καταχωρίζονται, κατά τη σειρά μειοδοσίας, στο πρακτικό της επιτροπής. στ) Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού, την ίδια ημέρα, ελέγχει τα δικαιολογητικά συμμετοχής του άρθρου 24.2 της παρούσας, κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. Αν η ολοκλήρωση του ελέγχου αυτού δεν είναι δυνατή την ίδια μέρα, λόγω του μεγάλου αριθμού των



## **Αριθμός απόφασης: 202/2022**

προσφορών, ελέγχονται τουλάχιστον οι δέκα (10) πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας. Στην περίπτωση αυτή η διαδικασία συνεχίζεται τις επόμενες εργάσιμες ημέρες. ζ) Η Επιτροπή Διαγωνισμού, παράλληλα με τις ως άνω ενέργειες, επικοινωνεί με τους εκδότες που αναγράφονται στις υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. Αν διαπιστωθεί πλαστότητα εγγυητικής επιστολής, ο υποψήφιος αποκλείεται από τον διαγωνισμό και υποβάλλεται μηνυτήρια αναφορά στον αρμόδιο εισαγγελέα. η) Η περιγραφόμενη διαδικασία καταχωρείται στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ή σε παράρτημά του, που υπογράφεται από τον Πρόεδρο και τα μέλη της. Ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, τεκμαίρονται οικονομικές προσφορές που εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο. Στις παραπάνω περιπτώσεις, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης, η οποία αποστέλλεται μέσω της λειτουργίας 'Επικοινωνία' του υποσυστήματος. Αν οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής εντός της άνω προθεσμίας και δεν υποβάλλει εξηγήσεις, η προσφορά του απορρίπτεται ως μη κανονική και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Αν οι εξηγήσεις δεν γίνουν αποδεκτές, η προσφορά απορρίπτεται, ωστόσο δεν καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, οι οποίες υποβάλλονται, ομοίως, μέσω της λειτουργίας 'Επικοινωνία', ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται τα αναλυτικά αναφερόμενα στα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της

## Αριθμός απόφασης: 202/2022

διαδικασίας), και υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, προς έγκριση, μεταβιβάζοντας παράλληλα ξανά την αρμοδιότητα διαχείρισης του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στον αρμόδιο πιστοποιημένο χρήστη της αναθέτουσας αρχής. Η αποδοχή ή απόρριψη των εξηγήσεων των οικονομικών φορέων, κατόπιν γνώμης της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο ως άνω πρακτικό, ενσωματώνεται στην απόφαση της επόμενης περίπτωσης (θ). Για την εξέταση των εξηγήσεων δύναται να συγκροτούνται και έκτακτες επιτροπές ή ομάδες εργασίας, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 221 ν. 4412/2016. θ) Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση έγκρισης του πρακτικού σε όλους τους προσφέροντες, εκτός από εκείνους, οποίοι αποκλείστηκαν οριστικά, λόγω μη υποβολής ή προσκόμισης της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα με την περίπτωση (γ) της παρούσας παραγράφου 4.1 και παρέχει πρόσβαση στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής και στις οικονομικές προσφορές των λοιπών προσφερόντων. Κατά της απόφασης αυτής χωρεί προδικαστική προσφυγή, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 4.3 της παρούσης [...]».

15. Επειδή, κατά ρητή επιταγή του προπαρατεθέντος άρθρου 360 Ν. 4412/2016, η οποία επαναλαμβάνει γενικό κανόνα της διοικητικής διαδικασίας και δικονομίας, η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ ασκείται παραδεκτώς μόνο κατά εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής. Όπως δε έχει κριθεί, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής είναι εκείνες, με τις οποίες το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο αποφασίζει οριστικώς για το αντίστοιχο, κατά περίπτωση, στάδιο της εν εξελίξει διαδικασίας του διαγωνισμού, προς περαίωση του σταδίου αυτού (ΣΤΕ 1218/2021, 1069/2021, ΕΑΣΤΕ 271, 273/2020, 107/2018, πρβλ. ΔΕφΠατρ Ν20/2020). Έχει καταστρωθεί, δηλαδή, με τέτοιο τρόπο η διαγωνιστική διαδικασία από τον νομοθέτη, ώστε το καθένα από τα στάδιά της να ολοκληρώνεται με μία εκτελεστή πράξη του οικείου αποφαινόμενου οργάνου, κατά τον έλεγχο της οποίας από την ΑΕΠΠ ή και τα αρμόδια Δικαστήρια εξετάζονται, εφόσον προβληθούν, και αιτιάσεις που αφορούν πλημμέλειες των διαδικαστικών πράξεων των οργάνων της αναθέτουσας αρχής που έλαβαν χώρα κατά την εξέλιξη του οικείου σταδίου, όπως η πρόσκληση των

## Αριθμός απόφασης: 202/2022

οικονομικών φορέων για παροχή διευκρινίσεων επί της προσφοράς τους (ΣΤΕ 1218/2021, 1069/2021, ΕΑΣΤΕ 271, 273/2020), για αιτιολόγηση ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών (ΔΕΦΑΘ 2071/2021), για συμπλήρωση δικαιολογητικών συμμετοχής ή κατακύρωσης (ΕΑ ΣΤΕ 107/2018, ΔΕΦΠάτρ Ν20/2020) ή η πρόσκληση για αντικατάσταση τρίτου παρέχοντος τεχνική ή χρηματοοικονομική ικανότητα. Για την ταυτότητα δε του νομικού λόγου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι με τον ίδιο τρόπο αντιμετωπίζονται και τυχόν πλημμέλειες τις διαδικασίας που αφορούν όχι μόνο σε πράξεις, αλλά και σε παραλείψεις των οργάνων της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο του ανωτέρω σταδίου και μέχρι την έκδοση της απόφασης ολοκλήρωσής του. Με την ανωτέρω ερμηνεία εξυπηρετείται ο σκοπός των σχετικών διατάξεων, οι οποίες αποβλέπουν στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, στο κατάλληλο, όμως, χρονικό σημείο, ώστε να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία μέτρα, από την ΑΕΠΠ και, ακολούθως, από τα αρμόδια δικαστήρια, χωρίς πάντως να παρακωλύεται η εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά τρόπο υπερβαίνοντα το αναγκαίο μέτρο (ΣΤΕ 1218/2021, 1069/2021, ΕΑΣΤΕ 271, 273/2020).

16. Επειδή, και στην προκείμενη περίπτωση, σύμφωνα με τη διαδικασία που διαγράφεται από τις ανωτέρω διατάξεις της Διακήρυξης, κατ' εφαρμογή των προπαρατεθεισών διατάξεων του Ν. 4412/2016, το στάδιο αποσφράγισης και αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων ολοκληρώνεται με την έκδοση της απόφασης του ανωτέρω άρθρου 4.1.θ' της Διακήρυξης, με την οποία το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο επικυρώνει το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού που περιέχει την καταγραφή της διαδικασίας αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών και την εισήγηση περί ανάθεσης της σύμβασης στον μειοδότη (ή τυχόν ματαίωσης του διαγωνισμού). Κατά ρητή δε πρόβλεψη του ανωτέρω όρου της Διακήρυξης, η τελευταία αυτή απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία περαιώνεται το προκείμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, προσβάλλεται με προδικαστική προσφυγή. Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή προσβάλλεται, όπως προαναφέρθηκε η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει την παρεμβαίνουσα, άλλως να την καλέσει να αντικαταστήσει τρίτο οικονομικό φορέα στην χρηματοοικονομική ικανότητα

## Αριθμός απόφασης: 202/2022

του οποίου στηρίζεται αυτή. Κατά τον κρίσιμο, όμως, χρόνο δεν μπορεί να συναχθεί παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει την παρεμβαίνουσα για οποιονδήποτε λόγο από μόνη την έκδοση της από 1/12/2021 πρόσκλησης αντικατάστασης έτερων οικονομικών φορέων που παρέχουν στήριξη στην παρεμβαίνουσα ως προς το κριτήριο τεχνικής ικανότητας. Ειδικότερα, κατά την έννοια του άρθρου 45 παρ. 4 του ΠΔ 18/1989 σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 98 Ν. 4412/2016 και 4.1. της Διακήρυξης, πριν την ολοκλήρωση του συγκεκριμένου σταδίου του διαγωνισμού, η οποία συντελείται μόνο με την εκδοθησόμενη απόφαση του αρμόδιου αποφαινόμενου οργάνου, στην οποία θα ενσωματώνεται η σχετική εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατόπιν του ελέγχου της συνδρομής των εν γένει λόγων αποκλεισμού και κριτηρίων επιλογής στο πρόσωπο των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, καθώς επίσης στους τυχόν τρίτους στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται οι διαγωνιζόμενοι, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε υποχρέωση να εκφέρει οριστική κρίση ως προς την πλήρωση του κριτηρίου χρηματοοικονομικής ικανότητας από την προσφεύγουσα (βλ. και ανωτέρω σκ. 15). Κατά δε τα προεκτεθέντα, ενδεχόμενες πλημμέλειες που εμφιλοχώρησαν κατά τη διαδικασία του εν εξελίξει σταδίου του διαγωνισμού προσβάλλονται παραδεκτώς μόνο με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της εκτελεστής πράξης που πρόκειται να ακολουθήσει και η οποία, στην προκειμένη περίπτωση, δεν έχει ακόμα εκδοθεί (ΔΕφΠατρ Ν20/2020).

Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Ε. Αψοκάρδου, δοθέντος ότι στο άρθρο 22 ΣΤ προβλέπεται ρητώς η δυνατότητα μεμονωμένου οικονομικού φορέα να στηριχθεί στις ικανότητες έτερων οικονομικών φορέων, ήτοι περισσοτέρων του ενός εφόσον χρησιμοποιείται πληθυντικός αριθμός, η αναθέτουσα αρχή δεν όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει προσφορά οικονομικού φορέα για τον λόγο αυτό. Αλλά ακόμα και υπό την εκδοχή ότι, κατ' ορθή ερμηνεία των όρων της Διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα όφειλε να στηριχθεί στις ικανότητες μόνο ενός τρίτου οικονομικού φορέα και όχι πλειόνων, τούτο θα συνιστούσε ασάφεια ή πλημμέλεια των εγγράφων της σύμβασης η οποία δεν μπορεί να ερμηνεύεται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν

## Αριθμός απόφασης: 202/2022

την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, ΕφΘεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ' , Σάκκουλας, σελ. 776). Επομένως, η παραβίαση αμφίσημων όρων της διακήρυξης δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου, αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (βλ. ΔΕφΑθηνών 147/2018) όταν δημιουργεί αντικειμενικώς αμφισημία σε συγκεκριμένο όρο ή προδιαγραφή άλλως είναι ικανή να δημιουργήσει στον επαρκώς ενημερωμένο υποψήφιο δικαιολογημένη αμφιβολία ως προς την ορθή διαμόρφωση της προσφοράς του, κατά τρόπο που να καθίσταται επιβεβλημένη η επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και η συνεπεία αυτής υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τον υποψήφιο ανάδοχο για διευκρίνιση ή συμπλήρωση της προσφοράς του (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 458/2020, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου), ως εν προκειμένω έπραξε η αναθέτουσα αρχή με την εν θέματι πρόσκληση αντικατάστασης τρίτου οικονομικού φορέα. Επομένως, για τους λόγους αυτούς ουδεμία παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής δεν έχει συντελεστεί.

17. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, η ΑΕΠΠ δεν έχει εξουσία να προβεί σε υποκατάσταση της ουσιαστικής κρίσης της αναθέτουσας αρχής επί των προβαλλόμενων από την προσφεύγουσα πλημμελειών της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, κατόπιν πρωτογενούς διερεύνησής τους, χωρίς να έχει προηγηθεί σχετική κρίση των αρμόδιων οργάνων της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΑθ 334/2020).

18. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, κατά τα ανωτέρω.

20. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

21. Επειδή, σε συνέχεια της σκέψης 19, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

**Για τους λόγους αυτούς**

**Αριθμός απόφασης: 202/2022**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.  
Απορρίπτει την παρέμβαση ως απαράδεκτη.  
Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 10 Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Ελευθερία Καλαμιώτη**

**Η Γραμματέας**

**Φωτεινή Μαραντίδου  
Α/Α Παναγιώτα Καλαντζή**