

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 21 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 14.01.2022, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 82/18.01.2022 της προσφεύγουσας ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...».

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

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 617/22.12.2021 Απόφαση του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής – κατ' αποδοχή του με αρ. πρωτ. 02/17.12.2021 Πρακτικού «Δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών» της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Υπηρεσίες προετοιμασίας - διανομής γευμάτων», προϋπολογισμού 343.351,61€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24% (425.756,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής (με αριθμ. ... Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία απορρίφθηκε η Προσφορά της έτερης διαγωνιζόμενης εταιρίας, ήτοι, της προσφεύγουσας και αντιστοίχως, έγινε δεκτή η δική της Προσφορά.

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 εν λόγω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ., ποσού χιλίων επτά ευρώ και δεκαεπτά λεπτών 1.007.17€ 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 14.01.2022, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 82/18.01.2022, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 343.351,61€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης,

δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. 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, υπ' αριθμ. 617/22.12.2021 Απόφαση του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: *«Επικύρωση πρακτικών παραλαβής προσφορών και τεχνικής αξιολόγησης του προς κατακύρωση ανοικτού διαγωνισμού ανάδειξης αναδόχου παροχής υπηρεσιών προετοιμασίας και διανομής γευμάτων (υπηρεσίες τραπεζοκόμων), με α/α διακ. 219 και ΕΣΗΔΗΣ ... με CPV ... προϋπολογιζόμενης δαπάνης (Συμβατική αξία για 2 έτη: 2 425.756 € + Αξία δικαιώματος προαίρεσης έως 20%: 85.151€ =) 510.907€ και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου»*, αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 04.01.2022.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμό ..., Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. 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. 617/22.12.2021 Απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, μη νομίμως και περαιτέρω, χωρίς νόμιμη αιτιολογία, απορρίφθηκε η Προσφορά της, μολονότι *«[...] συμμορφώνεται πλήρως με τους όρους της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν [...]»*.

Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: *«[...] Η εταιρεία μου συμμετείχε νόμιμα και με πληρότητα του όρου 2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια [II] Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020), ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος να είναι θετικά. Η συμμετέχουσα εταιρεία μου βάσει των*

κατατεθειμένων φορολογικών στοιχείων της, αποδεικνύεται ότι δεν εμφανίζει ζημία σε καμία από τις παραπάνω χρήσεις. Η στήριξη της εταιρείας μας στην ικανότητα του τρίτου οικονομικού φορέα «...» κατ' άρθρον 78 Ν. 4412/2016 και 2.2.8.1 της διακήρυξης είναι απολύτως νόμιμη, και σύμφωνη με τα οριζόμενα στην διακήρυξη σελ. 19 : 2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων – Υπεργολαβία 2.2.8.1. Στήριξη στην ικανότητα τρίτων Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, **οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.** Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν κατά περίπτωση τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3.. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση από την σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η οποία απευθύνεται στον οικονομικό φορέα μέσω της

λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Ο φορέας που αντικαθιστά φορέα του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου. Επειδή, η Διακήρυξη πρέπει να ερμηνεύεται με όρους στενούς και εφόσον δεν προσεβλήθη σημαίνει ότι οι όροι της είναι νόμιμοι και δεσμευτικοί για όλους τους συμμετέχοντες, θα πρέπει να σημειωθεί ότι είναι ξεκάθαροι οι όροι, καθότι τυπικώς και ευθαρσώς ορίζονται οι απαιτήσεις του συμμετέχοντος. Και πλέον συγκεκριμένα, ορίζεται στο άρθρο 2.2.5 ότι ... Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, **οι ελάχιστες απαιτήσεις στα σημεία I και III θα πρέπει να καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης** ενώ η απαίτηση που αναφέρεται στο σημείο II θα πρέπει να καλύπτεται για κάθε μέλος που συμμετέχει στην ένωση». **Ωστόσο δεν αναφέρεται σε κανένα σημείο της διακήρυξης ότι απαιτείται ο ίδιος όρος να πληρούται και από την δανείζουσα εταιρεία, παρά μόνο από εταιρείες που συμμετέχουν με την μορφή ένωσης.** Με άλλα λόγια, εάν ο νομοθέτης και ο συντάκτης της Διακήρυξης επιθυμούσε να πληροί τους ανωτέρω όρους της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και ο τρίτος, δανείζων την εμπειρία, τότε θα ανεγράφετο στη Διακήρυξη. Ως εκ τούτου, η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία δεν εμπίπτει σε λόγο αποκλεισμού και για τον λόγο αυτόν, η αναθέτουσα αρχή και η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού όφειλαν κατά δέσμια αρμοδιότητα να αποδεχθούν τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας, αλλά και της δανείζουσας εμπειρία «....», καθότι, εφόσον η εταιρεία μας πληροί τους όρους του διαγωνισμού, και συγκεκριμένα τον όρο II του άρθρου 2.2.5., δανείζεται δε εμπειρία για τις υπόλοιπες προϋποθέσεις του ως άνω άρθρου, δεν υπάρχει κανένας απολύτως λόγος αποκλεισμού της. Και τούτο διότι ο επίμαχος όρος άνευ οιασδήποτε αμφισβήτησης αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των προσφερόντων οικονομικών φορέων. Με αυτόν τον τρόπο, μάλιστα, η διακήρυξη του διαγωνισμού όλως μη νομίμως απαγορεύει τη λήψη δάνειας εμπειρίας, από δανείζουσα εταιρεία που εμφανίζει ζημία κατά τις 3 τελευταίες χρήσεις της . Για τον λόγο αυτόν, η αυστηρή ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται με τη σαφήνεια της διακήρυξης, λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός

να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νική, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη. Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (βλ. ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Επομένως, ΚΑΤΑ ΠΑΓΙΑ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ των Διοικητικών Δικαστηρίων και κατά πάγια πρακτική της ΑΕΠΠ (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 132, 233, 234, 237, 246/2017 και 18, 80/2018, 650/2018), δεν επιτρέπεται όρος τεθείς επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται διασταλτικά, δημιουργικά και διευρυντικά των υποχρεώσεων των προσφερόντων, ώστε να συνάγονται έτσι το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης νέοι λόγοι αποκλεισμού και να προκύπτουν βάσεις απόρριψης της προσφοράς τους, οι οποίες όμως ουδόλως προέκυπταν με πλήρη σαφήνεια από το ίδιο το ρητό κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να

κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CASSucchidiFruttaSpA, σκέψη 111 κλπ).

Εν προκειμένω, η εταιρεία μας υπέβαλε προσφορά στον υπό κρίση διαγωνισμό στηριζόμενη στην ικανότητα της εταιρείας «...» Η εν λόγω εταιρεία, όπως προκύπτει, από τα δικαιολογητικά της εμφανίζει ζημία για το έτος 2019. Ο όρος της μη εμφάνισης ζημίας σε καμία από τις ζητούμενες οικονομικές χρήσεις, έχει κριθεί από το ελεγκτικό συνέδριο με την υπ' αριθ. Πράξη 677/2021 του Ζ Κλιμακίου (αρ.πρωτ. 57250 10.01.2022), ότι είναι μη νόμιμος, καθόσον ο εν λόγω όρος, σωρευτικώς εξεταζόμενος και με τα λοιπά κριτήρια για την απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας και φερεγγυότητας των προσφερόντων είναι δυσανάλογος του σκοπού για τον οποίο προβλέφθηκε, ο οποίος αφορά στην απόδειξη της επάρκειας και της φερεγγυότητας των υποψηφίων για την εκτέλεση της σύμβασης. Τούτο διότι κατ' εφαρμογή του αποκλείονται αυτομάτως από τον διαγωνισμό οι υποψήφιοι φορείς που εμφανίζουν ζημία έστω και ενός ευρώ σε οποιαδήποτε από τις ζητούμενες χρήσεις, ακόμα και στην περίπτωση που, αθροιστικά εξεταζόμενες οι χρήσεις αυτές, δεν είναι ζημιογόνες, ενώ περαιτέρω οι ίδιοι πληρούν τις λοιπές απαιτήσεις του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης, με αποτέλεσμα να μην αμφισβητείται ευλόγως η οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια και η ικανότητά τους να ανταποκριθούν από οικονομική άποψη στην επιτυχή εκτέλεση της σύμβασης (βλ.ΕλΣυν Εβδ.Τμ.1243/2021).....26. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το Κλιμάκιο κρίνει ότι στην ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία συντρέχουν ουσιώδεις πλημμέλειες που κωλύουν την υπογραφή του σχεδίου σύμβασηςΓια τους λόγους αυτούς Κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος προς έλεγχο σχεδίου...»,

Επειδή, εν προκειμένω, σύμφωνα με όσα αναλύθηκαν ανωτέρω, οι συγκεκριμένοι όροι της διακήρυξης είναι όλως μη νόμιμοι, παραβιάζονται δε κατάφωρα οι αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας. Συνεπώς, μη νόμιμα, αβάσιμα και με μη νόμιμη αιτιολογία αποκλείσθηκε η προσφορά μας με την προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής και για τον λόγο αυτόν, θα

πρέπει να ακυρωθεί η εν λόγω απόφαση της κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά μας όλως μη νομίμως. Επειδή, κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, γίνεται δεκτό ότι διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, διατηρεί, κατ' εξαίρεση και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσεως, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, έννομο συμφέρον προβολής ισχυρισμού αναφερομένου αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου, παρά την συνδρομή λόγου αποκλεισμού ιδίου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία του δικού του αποκλεισμού (βλ. ΣτΕ 3921/2013, 3868/2010, 2002/2011, 10 1265/2011, 715/2011, ΕΑ ΣτΕ 106/2013, 380-79/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 311/2009, 1194 , 833, 569/2008 , 786/2005 κ.α.). Επειδή, ήδη, το Συμβούλιο της Επικρατείας (βλ. *ad hoc* ΕΑ ΣτΕ 22/2018, 106/2018, 30/2019) αλλά και το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 «FastwebSpA» και C-689/13 «Puligienica Facility EscoSpA» (PFE)], έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως. Επειδή, κατόπιν τούτων το ΣτΕ και το ΔΕΕ αναγνωρίζουν πλέον ακόμη και στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε ανεπιτυχώς τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει περαιτέρω δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και την ματαίωση της αναθέσεως της συμβάσεως, εφ' όσον η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» (για την ανάθεση της οποίας χορηγείται η δικαστική προστασία της Οδηγίας) μπορεί και να καταλαμβάνει την ενδεχομένη κίνηση νέας διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως. Τούτο δε, αδιαφόρως του σταδίου, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού συντρέχει σε όλα τα -ενδεχομένως περισσότερα- στάδια ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελιώσεως του εννόμου συμφέροντος, όπως το αντιλαμβάνονται οι Οδηγίες και το συνήγαγε ως αρμόδιο για την ερμηνεία τους το ΔΕΕ (ήτοι, η προσδοκία ν' αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της συμβάσεως και όχι να του ανατεθεί ειδικώς

η βάσει της επίμαχης διαδικασίας σύμβαση, όπως, μάλιστα, υπελάμβανε το εθνικό δικαιοδοτικό όργανο που υπέβαλε το προδικαστικό ερώτημα στην υπόθεση «Arhus», βλ. σκ. 47-49 της αποφάσεως). [...]».

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (24.01.2022), ήτοι, εννέα (09) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στις 14.01.2022 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία απορρίφθηκε η Προσφορά της έτερης διαγωνιζόμενης εταιρίας, ήτοι, της προσφεύγουσας και αντιστοίχως, έγινε δεκτή η δική της Προσφορά. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]».

7. Επειδή, στο άρθρο 53 («Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της

προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής [...]».

8. Επειδή, στο άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτόν.

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73, περί λόγων αποκλεισμού και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ.

4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ιδίους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, περί οικονομικών φορέων, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. Η αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, γίνεται κατόπιν πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή προς τον οικονομικό φορέα, εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα, για κάθε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης. Ο φορέας με τον οποίο αντικαθίσταται ο φορέας του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου [...]».

9. Επειδή, στη διάταξη του άρθρου 91 («Λόγοι απόρριψης προσφορών») παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «[...] Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...]».

10. Επειδή, στο άρθρο 104 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές» παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα

έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105».

11. Επειδή, στο άρθρο 2.2.5. («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 17-18), ορίζεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς: [I] απαιτείται να διαθέτουν ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών της υπηρεσίας για την οποία υποβάλλεται προσφορά (Υπηρεσίες Εστίασης), για κάθε ένα από τα έτη 2018-2019-2020, ίσο ή μεγαλύτερο από την προϋπολογισθείσα δαπάνη με ΦΠΑ, ήτοι ο ειδικός κύκλος εργασιών για κάθε ένα από τα έτη 2018-2019-2020 του οικονομικού φορέα να είναι ίσος ή μεγαλύτερος από 212.878,00€ και δηλώνουν ότι διαθέτουν: "ειδικό" ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη: - έτος 2018, κύκλος εργασιών (.....) νόμισμα (.....) - έτος 2019, κύκλος εργασιών (.....) νόμισμα (.....) - έτος 2020, κύκλος εργασιών (.....) νόμισμα (.....) Σε περίπτωση που οι πληροφορίες σχετικά με τον κύκλο εργασιών (ειδικό) δεν είναι διαθέσιμες για ολόκληρη την απαιτούμενη περίοδο, ο οικονομικός φορέας αναφέρει την ημερομηνία που ιδρύθηκε ή άρχισε τις δραστηριότητές του. Αν ο οικονομικός φορέας λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας θα υποβάλει Δήλωση για όσο χρόνο λειτουργεί. **[II] Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020), ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος να είναι θετικά.** [III] Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να διαθέτουν πιστοληπτική ικανότητα ίση με το 100% του προϋπολογισμού με ΦΠΑ, ήτοι 425.756,00€. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι ελάχιστες απαιτήσεις στα σημεία I και III θα πρέπει καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης **ενώ η απαίτηση που αναφέρεται στο σημείο II θα πρέπει να καλύπτεται για κάθε μέλος που συμμετέχει στην ένωση.».**

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει,

τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construcction Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

13. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως, πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale-Bau, σκέψη 91· ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

14. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο

διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SPA και Mantovani, σκέψη 76 • ΔΕΕ Απόφαση της 14.02.2008, Υπόθεση C-450/06, Varec SA κατά État belge, σκέψη 35 • ΔΕΕ Απόφαση της 21.02.2008, Υπόθεση C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 2 • ΔΕΕ Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07 Assitur Srl, σκέψεις 25 και 26 • ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, Υπόθεση C-549/10, Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκέψεις 17 και επόμ.).

15. Επειδή, οι προσφέροντες πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχειρίσεως, τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους, όσο και κατά τον χρόνο που αυτές αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 • ΔΕΕ, Απόφαση της 18.11.1999, Υπόθεση C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, σκέψη 31• ΔΕΕ, Απόφαση της 7.12.2000, Υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκέψη 61 • ΔΕΕ, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37 • ΔΕΕ, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73 • ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45 • ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45 • ΔΕΕ, Απόφαση της 12.03.2015, C-538/13, eVigilo, σκέψη 33 • ΔΕΕ, Απόφαση της 06.11.2014, Υπόθεση C-42/13, Cartiera dell' Adda, σκέψη 44 • ΔΕΕ Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

16. Επειδή, ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του Διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων. Άλλωστε οι απαραίτητες ικανότητες των υποψηφίων αποδεικνύονται με την προσκόμιση δικαιολογητικών που ορίζονται από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή.

17. Επειδή, σύμφωνα με τις αρχές της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, κατά το πνεύμα, τόσο της ενωσιακής, όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012), προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στον Διαγωνισμό. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των Αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες Προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει, μεταξύ άλλων, ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 25 και ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovenko a.s. κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους, στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 27).

18. Επειδή, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, οπότε τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν στον τρόπο υποβολής των Προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, Δημήτριος Ι. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Σάκκουλας, 2017, σελ. 195-197).

19. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει - όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια - παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, «Ελληνικό διοικητικό δίκαιο», 5η έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1996, σελ. 319). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣΤΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣΤΕ 4720/2012).

20. Επειδή, στην προσβαλλόμενη Απόφαση του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: *«[...] Με το στ' σχετικό πρακτικό της η ίδια επιτροπή προέβη: • Σε έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής σύμφωνα με τον κάτωθι πίνακα: ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ β) Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ΟΧΙ Στην παράγραφο 2.2.5 εδάφιο II της διακήρυξης (σελ. 18) απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη (2018,2019,2020), ήτοι τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος να είναι θετικά. **Εν προκειμένω η «....» σύμφωνα με τον ισολογισμό της 31ης-12-19 παρουσιάζει αποτελέσματα μετά φόρων -51.405,63 €, δηλαδή ζημία και ως εκ τούτου η προσφορά είναι απορριπτέα. [...] οπότε και κρίθηκε: ως αποδεκτή η προσφορά του ... με δ.τ. «....» και απορρίπτεται η προσφορά του «....», (ΑΤΟΜΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ) ... ΣΕ ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑ ΜΕ ΤΟΝ ΟΙΚ. ΦΟΡΕΑ «....», λόγω μη ικανοποίησης όλων των ανωτέρω κριτηρίων επιλογής του Μέρους IV του ΕΕΕΣ και των σχετικών όρων της διακήρυξης. [...]».***

21. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα παραθέτει καταρχάς το ιστορικό της επίμαχης διαδικασίας. Εν συνεχεία,

παραπέμπει στα άρθρα 75, 78 και 79 του Ν. 4412/2016, καθώς και στα άρθρα 2.2.5., 2.2.8. και 2.2.9.1. της επίμαχης Διακήρυξης, προκειμένου να τεκμηριώσει τους σχετικούς ισχυρισμούς της. Ειδικότερα, αναφέρει, μεταξύ άλλων, τα εξής: «[...] 2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται να αποδεικνύουν, κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.2.9.2, ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.5 και 2.2.6)... ... 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα II, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1...».

2. Όπως έχει κριθεί, καθ' ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 18 και 75 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια τόσο κατά τον γενικό σχεδιασμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όσο και κατά τον καθορισμό των ειδικότερων κριτηρίων και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής – χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής –

επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Οι αρχές αυτές επιβάλλουν οι θεσπιζόμενες απαιτήσεις, που από τη φύση τους μειώνουν τον αριθμό των ενδιαφερομένων που είναι ικανοί να υποβάλουν προσφορά, να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (ΣτΕ ΕΑ 170, 117-8/2021, 106/2021, 335/2019, 203/2018, 123/2016 κ.ά.). Επίσης, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη, ως κανονιστική διοικητική πράξη, δεν απαιτείται κατ' αρχήν να φέρει αιτιολογία, η δε αναθέτουσα Αρχή έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης, καθορίζοντας τις ειδικότερες τεχνικές προδιαγραφές, με σκοπό την κατά την κρίση της καλύτερη εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος (ΣτΕ 1256/2006 κ.ά.). Εξάλλου, όπως έχει κριθεί, η συμπερίληψη στη διακήρυξη απαιτήσεων, αναγκαίων κατά την εκτίμηση της Υπηρεσίας, με τη μορφή τεχνικών προδιαγραφών, καίτοι δύναται, ενδεχομένως, να συνεπάγεται τη δυσχέραση ή την αδυναμία συμμετοχής ορισμένων προμηθευτών στο διαγωνισμό, δεν παραβιάζει αυτή και μόνη τους κανόνες του ανταγωνισμού, δοθέντος ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΕΑΣτΕ 2/2011, 39/2011, 314/2013, ΣτΕ ΠΕ 102/2007, ΔΕφΑθ 296/2013 κ.ά., ομοίως Δ. Τομαράς, Πάρεδρος ΣτΕ, Οι διοικητικές συμβάσεις, έκδ. β', 2015, σελ. 36, 39), η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.).

3. Στην υπό κρίση περίπτωση, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις της διακήρυξης και του νόμου θεσπίσθηκε, μεταξύ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, τα οποία θα πρέπει να αποδεικνύουν ότι πληρούν οι ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό οικονομικοί φορείς, και η απαίτηση να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020). Ειδικώς δε, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.5. της παρούσας διακήρυξης ορίσθηκε ρητώς ότι η ανωτέρω απαίτηση αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των υποψηφίων αναδόχων, σε περίπτωση υποβολής προσφοράς

από ένωση οικονομικών φορέων, απαιτείται να πληρείται αθροιστικά από τα μέλη αυτής. Επιπρόσθετα δε, σύμφωνα με τις κατά τα ανωτέρω ισχύουσες διατάξεις της διακήρυξης και του νόμου παρέχεται η δυνατότητα στήριξης του συμμετέχοντος σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οικονομικού φορέα σε ικανότητες άλλων (τρίτων) φορέων, όσον αφορά είτε την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια, είτε την τεχνική ή επαγγελματική του ικανότητα, ανεξαρτήτως της νομικής φύσεως των δεσμών του με τους φορείς αυτούς. Εξάλλου, σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα για την απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, υφίσταται υποχρέωση και αυτού να υποβάλει χωριστό ΕΕΕΣ, σύμφωνα με το οποίο να αποδεικνύεται η μη συνδρομή στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού και η συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων. Τέλος, σύμφωνα με τα κατά τα ανωτέρω ισχύοντα άρθρα 2.2.8 και 2.2.9 της παρούσας διακήρυξης καθίσταται πρόδηλο ότι ιδίως ως προς την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.5. περ. II αναφορικά με την εμφάνιση θετικών αποτελεσμάτων χρήσης μετά από φόρους κατά την τελευταία τριετία, τούτη δέον όπως αποδεικνύεται τόσο από τους ίδιους τους προσφέροντες, όσο και από τους οικονομικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων αυτοί στηρίζονται, αυτοτελώς, χωρίς να γίνεται καμία εξαίρεση ως προς τα επιμέρους στοιχεία που συνθέτουν το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, τα οποία πρέπει να καλύπτει και ο παρέχων τη στήριξη.

4. Προς απόδειξη της εκ μέρους της πλήρωσης των θεσπισθέντων με την παρούσα διακήρυξη κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, η επιχείρηση «...» δήλωσε με το ΕΕΕΣ που κατέθεσε, εκτός των άλλων, ότι στηρίζεται στις ικανότητες της εταιρίας «...». Παράλληλα δε, υπέβαλε μεταξύ των λοιπών εγγράφων του φακέλου της προσφοράς της το αρχείο με τίτλο «27. Σύμβαση Δάνειας Εμπειρίας Ατομικής_signed_signed», καθώς και το ΕΕΕΣ της δανείζουσας σε αυτήν εμπειρία, εταιρίας «...». Τέλος, όσον αφορά ειδικώς την εκ μέρους της πλήρωση του κατά τα ανωτέρω θεσπισθέντος κριτηρίου επιλογής περί μη εμφάνισης ζημιών κατά τα τρία τελευταία έτη προ της προκήρυξης του παρόντος διαγωνισμού, η επιχείρηση «...» κατέθεσε μεταξύ των εγγράφων του φακέλου της προσφοράς της τους ισολογισμούς των ετών 2018, 2019 και 2020 τόσο της ίδιας όσο και της δανείζουσας σε αυτήν εμπειρία εταιρίας «...».

Από τον έλεγχο, ωστόσο, των ανωτέρω εγγράφων του φακέλου της προσφοράς της επιχείρησης «...» κρίθηκε αυτή απορριπτέα από την αναθέτουσα Αρχή, για το λόγο ότι η δανείζουσα σε αυτήν εμπειρία εταιρία «...» «σύμφωνα με τον ισολογισμό της 31ης-12-19 παρουσιάζει αποτελέσματα μετά φόρων -51.405,63 €, δηλαδή ζημία».

5.α. Παρά ταύτα, ήδη με την κρινόμενη προσφυγή της η επιχείρηση «...» επικαλείται πλημμέλεια του κατά τα ανωτέρω αποκλεισμού της από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία ισχυριζόμενη ότι «δεν αναφέρεται σε κανένα σημείο της διακήρυξης ότι απαιτείται ο ίδιος όρος να πληρούνται και από την δανείζουσα εταιρεία, παρά μόνο από εταιρείες που συμμετέχουν με την μορφή ένωσης». Πλην όμως, ο κατά τα ανωτέρω ισχυρισμός της προσφεύγουσας δέον όπως απορριφθεί ως προδήλως εσφαλμένος και αυθαίρετος κατά το μέρος που, όπως ήδη αναφέρθηκε, σύμφωνα με τους ανωτέρω όρους της παρούσας διακήρυξης, θεσπίσθηκε ρητώς η υποχρέωση των υποψηφίων αναδόχων, καθώς και των τρίτων στις ικανότητες των οποίων στηρίζονται, να αποδεικνύουν αδιαστίκτως την εκ μέρους τους πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής (και) ως προς την μη εμφάνιση ζημιών κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020). Ειδικότερα, όπως παγίως κρίνεται όσον αφορά το ανωτέρω κριτήριο περί απουσίας ζημιών, σε αντίθεση με κριτήρια περί κύκλου εργασιών, τούτο δεν συνιστά ένα άνευ ετέρου θετικής φύσης μέγεθος, αλλά το αποτέλεσμα χρήσης δύναται, ως ζημία, να αποβεί αρνητικό. Ούτως, επί του ζητήματος των αποτελεσμάτων χρήσης δεν επιδιώκεται απλά ένα προσόν σε επίπεδο επάρκειας ανάληψης χρηματοοικονομικών υποχρεώσεων προς εξυπηρέτηση των αναγκών εκτέλεσης, ως και φερεγγυότητας που δύναται να σχηματισθεί από το άθροισμα των πόρων και μεγεθών των μελών της ένωσης, αλλά ειδικώς μάλιστα όσον αφορά την απαίτηση για έλλειψη ζημιογόνων χρήσεων, επιδιώκεται η απόδειξη απουσίας κινδύνου και η διασφάλιση της αναθέτουσας και της υπό εκτέλεση σύμβασης έναντι αθέτησης των υποχρεώσεων του αναδόχου. Πλην όμως, ως γίνεται δεκτό ακόμη και η εξ ενός μέλους της ένωσης ή εκ μόνου του δανείζοντος εμπειρία, αφερεγγυότητα και αθέτηση υποχρέωσης, διακινδυνεύει την όλη σύμβαση, ακριβώς διότι διακινδυνεύει την ομαλή, ασφαλή και εντός χρονικού προγραμματισμού της αναθέτουσας, εκτέλεση των εργασιών που αναλαμβάνει ο συγκεκριμένος προσφέρων. Ούτε η εκ του προσφέροντος ανάληψη των

υποχρεώσεων που αθετεί ο αφερέγγυος τρίτος στις ικανότητες του οποίου αυτός στηρίζεται συνιστά άνευ ετέρου αποτελεσματική λύση, διότι και πάλι, υφίσταται ισχυρό ενδεχόμενο διατάραξης, καθυστερήσεων, πλημμελούς εκτέλεσης και εν γένει ανωμαλιών στην εκτέλεση του οικείου μέρους της σύμβασης, ως και εν όλω της σύμβασης. Η απλή συνάθροιση επιμέρους αποτελεσμάτων θα επέτρεπε να μετάσχει ως δανείζουσα εμπειρία τυχόν ζημιογόνα επιχείρηση, οι ζημίες της οποίας καθιστούν επίφοβη τη φερεγγυότητα της και απειλούν την υπό εκτέλεση σύμβαση με κίνδυνο αθέτησης των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα. Επομένως, η συνάθροιση αποτελεσμάτων χρήσης δεν διασφαλίζει αναγκαία την αναθέτουσα έναντι κινδύνου αφερεγγυότητας αναδόχου, ώστε να προκύπτει αδικαιολόγητη η απαίτηση για αυτοτελή από κάθε μέλος ένωσης ή εκ μέρους του προσφέροντος και του δανείζοντος σε αυτόν εμπειρία, πλήρωση ειδικώς της ανωτέρω, περί απουσίας ζημιών και οιοδήποτε, πλην θετικού αποτελέσματος, απαίτησης (βλ. συναφώς και ΑΕΠΠ 1873, 1874 και 1875/2021).

β. Περαιτέρω δε, επισημαίνουμε στο σημείο αυτό ότι ειδικά όσον αφορά στους ισολογισμούς, έχει κριθεί από το ΔΕΕ στην υπόθεση C-218/11, *Edukonizig - Hochtief AG* σκ. 25-32, υπό το καθεστώς του άρθρου 47 της οδηγίας 2014/18/EK, ότι η αναθέτουσα αρχή επιτρέπεται να απαιτεί ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και ότι μπορεί μεταξύ άλλων να ζητήσει από τους υποψηφίους και τους προσφέροντες να αποδείξουν την επάρκειά τους προσκομίζοντας τον ισολογισμό τους. Εντούτοις, το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν μπορεί να καθορίζεται με κριτήριο τον ισολογισμό εν γένει, αλλά και σε συνάρτηση με ένα ή σε περισσότερα ειδικά στοιχεία του ισολογισμού. Όσον αφορά την επιλογή αυτών των στοιχείων, το άρθρο 47 της προϋσχύσασας οδηγίας 2004/18 παρέχει σχετικά μεγάλη ελευθερία στις αναθέτουσες αρχές. Ειδικότερα, σε αντίθεση με το άρθρο 48 της εν λόγω οδηγίας, το οποίο, όσον αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολογήσεως και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές και, ως εκ τούτου, τις δυνατότητές τους να καθορίζουν τις αντίστοιχες απαιτήσεις, η παρ. 4 του άρθρου 47 επιτρέπει ρητώς στις αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν τα δικαιολογητικά που

πρέπει να προσκομίσουν οι υποψήφιοι ή οι προσφέροντες για να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια (βλ. Δ. Πυργάκης σε «Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016 Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή», επιμέλεια Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, σελ. 303επ.).

Προς επίρρωση των ανωτέρω επισημαίνουμε ότι όπως παγίως κρίνεται σύμφωνα με την νομολογία των εθνικών μας δικαστηρίων, «η απαίτηση της διακηρύξεως, σύμφωνα με την οποία οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς πρέπει να παρουσιάζουν θετικό μέσο όρο των αποτελεσμάτων προ φόρων κατά τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, δεν πιθανολογείται σοβαρά ότι έχει τεθεί κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας, της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και του υγιούς ανταγωνισμού ... Τούτο, διότι ο επίμαχος όρος παρίσταται πρόσφορος εν σχέσει προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι να παράσχει ένδειξη για την οικονομική φερεγγυότητα και την επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση, εφ' όσον πρόκειται περί απαιτήσεως από την οποία μπορεί αντικειμενικά να προκύψει η σχετική ικανότητα των διαγωνιζομένων γενικώς...» (πρβλ. ΣΤΕ 2631/2020, 2203/2017).

γ. Ενόψει, λοιπόν, των ανωτέρω, προδήλως προκύπτει ότι η κατά τα ανωτέρω θεσπισθείσα απαίτηση του όρου 2.2.5 της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης εταιριών ή στήριξης στις ικανότητες τρίτου, απαιτείται ένα έκαστο εκ των μελών αυτής ή και από τον ίδιο τον δανείζοντα εμπειρία να εμφανίζει θετικά αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε ένα από τα έτη 2018, 2019 και 2020, δεν έχει τεθεί παρανόμως. Και τούτο, διότι ο επίμαχος όρος, ο οποίος περιορίζεται στην απαίτηση υπάρξεως απλώς καθαρών κερδών σε διάστημα τριετίας, χωρίς να καθορίζει το ύψος αυτών, είναι πρόσφορος εν σχέσει προς τον επιδιωκόμενο από αυτόν σκοπό, ήτοι να παράσχει ένδειξη για την επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση, εφόσον πρόκειται περί απαιτήσεως από την οποία μπορεί αντικειμενικά να προκύψει η σχετική ικανότητα των διαγωνιζομένων γενικώς. Εξάλλου, το γεγονός ότι η οικονομική ευρωστία μιας επιχείρησης είναι δυνατόν να συνάγεται από τη συνεκτίμηση πλειάδας άλλων παραμέτρων δεν αποκλείει, πάντως, τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να επιλέγει εκείνη τα στοιχεία

που κρίνει πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων. Η δε πρόβλεψη (ισχύουσα γενικώς, για όλους τους υποψηφίους), κατά το σύστημα της διακήρυξης, ότι η μη πλήρωση και ενός εκ των επί ποινή απαραδέκτου απαιτούμενων όρων, όπως ο επίμαχος, δύναται να επιφέρει τον αποκλεισμό του υποψηφίου, χωρίς να γίνεται συνεκτίμηση όλων των κριτηρίων, δεν συνιστά δυσμενή διάκριση σε βάρος όσων δεν πληρούν το σύνολο των απαιτήσεων της διακήρυξης (βλ. ενδεικτ. ΣτΕ 2203/2017, ΕΑ ΣτΕ 273/2015, 812, 1209/2009, 257, 649/2010, 260, 37/2011).

δ. Σύμφωνα, συνεπώς, με τα ανωτέρω καθίσταται πρόδηλο ότι ορθώς αποφασίσθηκε σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας Αρχής ο αποκλεισμός της επιχείρησης «...» από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, κατά το μέρος που η μη πλήρωση του εξεταζόμενου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής εκ μέρους της δανείζουσας σε αυτήν εμπειρία εταιρίας «...» καθιστά τούτη αφερέγγυα, κατά το μέρος που διακινδυνεύει την ομαλή, ασφαλή και εντός χρονικού προγραμματισμού της αναθέτουσας, εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών, καθισταμένης για το λόγο αυτό απορριπτέας της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής της εν λόγω επιχείρησης. Τέλος δε, σημειώνουμε ότι η κρινόμενη προσφυγή καθίσταται απορριπτέα και ως απαράδεκτη κατά το μέρος που προβάλλεται με αυτήν ανεπικαίρως το πρώτον στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού ότι «η διακήρυξη του διαγωνισμού όλως μη νομίμως απαγορεύει τη λήψη δάνειας εμπειρίας, από δανείζουσα εταιρεία που εμφανίζει ζημία κατά τις 3 τελευταίες χρήσεις της», κατά παράβαση της αρχής της κατά στάδια προβολής των λόγων ακύρωσης [...]».

22. Επειδή, στο, από 21.01.2022 έγγραφο Απόψεων της αναθέτουσας αρχής αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή τα εξής: «[...] 2. Η προσφεύγουσα υπέβαλε την προσφορά της στον ηλεκτρονικό διαγωνισμό την 29/11/2021 και ώρα 11 : 19 : 51 που έλαβε Α/Α προσφοράς συστήματος 250626, χωρίς να διατυπώσει επιφύλαξη επί των όρων του διαγωνισμού. 3. Από την ανάγνωση της προσφυγής προκύπτει ευθέως και ξεκάθαρα ότι η προσφεύγουσα με τον ένα και μοναδικό λόγο της, που παραπλανητικά φέρει τον τίτλο «1. Μη νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας μας», προσβάλλει τα άρθρα 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» και

2.2.8 «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων – Υπεργολαβία» (βλ σελ 6-10). Με δεδομένο, λοιπόν, ότι η προθεσμία για την προσβολή των όρων της διακήρυξης είναι 10 ημέρες από την πλήρη γνώση των όρων της (άρ. 361 ν 4412/2016), εν προκειμένω η ημερομηνία ανάρτησης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ είναι η 22.10.2021, η υπό κρίση προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως εκπρόθεσμη. Επιπλέον η υπό κρίση προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος διότι η προσφεύγουσα δεν κατέθεσε την προσφορά της με επιφύλαξη για τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, όπως προβλέπεται και έχει κριθεί από την πάγια νομολογία της ΑΕΠΠ.

4. Αναφορικά με τον όρο της Διακήρυξης «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια». Όπως προκύπτει από τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα, κατά τον καθορισμό των προϋποθέσεων συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία, να επιλέγει τα στοιχεία που κρίνει πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Στο πλαίσιο αυτό, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μεταξύ άλλων, να αναφέρεται και σε συγκεκριμένο στοιχείο ή στοιχεία του ισολογισμού, εφ' όσον από το στοιχεία αυτά μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα. Επομένως, η απαίτηση της περιπτώσεως του άρθρου 2.2.5 της διακηρύξεως, σύμφωνα με την οποία οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020), ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος να είναι θετικά, δεν έχει τεθεί κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισεως των διαγωνιζομένων και του υγιούς ανταγωνισμού, όπως εσφαλμένα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Ο επίμαχος όρος παρίσταται πρόσφορος εν σχέσει προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι να παράσχει ένδειξη για την οικονομική φερεγγυότητα και την επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση, εφ' όσον πρόκειται περί απαιτήσεως από την οποία μπορεί αντικειμενικά να προκύψει η σχετική ικανότητα των διαγωνιζομένων γενικώς. Ειδικότερα, με τους επίμαχους όρους του άρθρου 2.2.5 προσδιορίζεται ο τρόπος ελέγχου της συνδρομής της αξιούμενης κατά την διακήρυξη κερδοφορίας σε περίπτωση συμμετοχής ενώσεως οικονομικών

φορέων, καθώς επίσης και σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα. Ορίζεται, συγκεκριμένα, ότι : «... [II] Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020), ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος να είναι θετικά. [III] Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να διαθέτουν πιστοληπτική ικανότητα ίση με το 100% του προϋπολογισμού με ΦΠΑ, ήτοι 425.756,00€. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι ελάχιστες απαιτήσεις στα σημεία I και III θα πρέπει καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης ενώ η απαίτηση που αναφέρεται στο σημείο II θα πρέπει να καλύπτεται για κάθε μέλος που συμμετέχει στην ένωση.». Οι όροι αυτοί, με τους οποίους ρυθμίζεται η δυνατότητα των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων να στηριχθούν στις ικανότητες τρίτων για την κάλυψη της απαιτήσεως της κερδοφορίας, όταν δεν πληρούν την απαίτηση αυτή αυτοτελώς είναι καθόλα νόμιμοι και δικαιολογημένοι. Επισημαίνουμε ότι η προσφεύγουσα ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική της επάρκεια και την πιστοληπτική της ικανότητα βασίστηκε αποκλειστικά στην ικανότητα της εμφανίζουσας τη ζημία δανείζουσας εταιρείας ... (βλ δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνική προσφορά προσφεύγουσας). Επομένως η εν λόγω απαίτηση δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του σκοπού αυτού, λαμβανομένου υπ' όψιν του σημαντικού φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της συμβάσεως, η οποία αφορά την παροχή υπηρεσιών προετοιμασίας και διανομής γευμάτων (υπηρεσίες παροχής τραπεζοκόμων) για δύο (2) έτη, με δικαίωμα προαίρεσης έως 20 % και προϋπολογιζόμενη διετή δαπάνη 343.351,61 € συν ΦΠΑ 24%. Εν όψει των ανωτέρω, θεμιτώς αναφέρεται στη διακήρυξη ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020), ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος να είναι θετικά ως στοιχείο πρόσφορο για την απόδειξη της οικονομικής επάρκειας των ενδιαφερομένων και δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου. Συνεπώς, οι προβαλλόμενοι από την προσφεύγουσα ισχυρισμοί, καθ' ο μέρος πλήττουν τον επίμαχο όρο της διακηρύξεως, πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι. [...]».

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

Α) Υπενθυμίζεται καταρχάς ότι το Ε.Ε.Ε.Σ/Τ.Ε.Υ.Δ αποτελεί πρότυπο τεύχος με δεσμευτική ισχύ, το οποίο χρησιμοποιείται υποχρεωτικά από τις αναθέτουσες αρχές σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του Ν.4412/2016, προκειμένου οι συμμετέχοντες στις ως άνω διαγωνιστικές διαδικασίες, κατά τον χρόνο υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής ή των προσφορών τους να δηλώνουν υπεύθυνα ότι, αντιστοίχως προς τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, δεν εμπίπτουν στις καταστάσεις εκείνες που συνιστούν λόγους αποκλεισμού, όπως και ότι πληρούν τα ανάλογα με τη Διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ως προκαταρκτική απόδειξη της προσωπικής τους κατάστασης, ώστε να θεμελιώσουν κατ' αρχήν το δικαίωμα συμμετοχής τους στον διαγωνισμό. Περαιτέρω, το Ε.Ε.Ε.Σ/Τ.Ε.Υ.Δ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, ιδίως επί τον σκοπό της διευκόλυνσης συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων και τη μείωση του χρόνου προετοιμασίας μιας προσφοράς. Ενέχει δε προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον υποβάλλοντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Ως εκ τούτου, η υποβολή, όπως και η ορθή συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ/Τ.Ε.Υ.Δ, καθ' ο μέρος αφορά σε όρους που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης, συνιστούν ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, η μη τήρηση της οποίας συνεπάγεται τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα (ΕλΣυν Ζ' Κλ. 229, 266, 305, 321/2017, Ε' Κλ. 655/2018, 440/2017). Εάν το δικαιολογητικό αυτό δεν υποβληθεί ή είναι ανακριβές, η προσφορά του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα απορρίπτεται ως απαράδεκτη (ΕλΣυν VI Τμ. Απόφ. 844/2018).

Η προπαρατεθείσα υποχρέωση υποβολής ψηφιακά υπογεγραμμένου Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ καταλαμβάνει όχι μόνο τον συμμετέχοντα, αλλά και τους τρίτους στους οποίους στηρίζεται για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. άρ. 79

και 79Α του Ν. 4412/2016 και υπ' αριθμ. 23 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). Και τούτο, διότι, η έννοια του «οικονομικού φορέα» είναι ευρύτερη και αντιδιαστέλλεται από αυτήν του «προσφέροντος», κατ' άρ. 2 παρ. 1 περ. 11 και 12, αντίστοιχα, του Ν. 4412/2016, κατά την οποία η έννοια του προσφέροντος δεν ταυτίζεται με την έννοια του οικονομικού φορέα, αλλά αποτελεί έννοια είδους, ήτοι υποκατηγορία αυτής. Άλλωστε, για αυτόν τον λόγο η έννοια του οικονομικού φορέα έχει ως σημείο αναφοράς την ευρύτερη οικεία αγορά και όχι τον εν θέματι Διαγωνισμό. Συνεπώς, όπου στον Ν. 4412/2016 και σε οιαδήποτε διάταξη νόμου ή εν γένει θεσπίζουσα κανόνα δικαίου, επιβάλλεται μια υποχρέωση ή προβλέπεται μια συμπεριφορά ή μια συνέπεια για «(οικονομικούς) φορείς» αυτή καταλαμβάνει μεν, αλλά δεν εξαντλείται στους «προσφέροντες», αντίθετα εκτείνεται, όπως εν προκειμένω, και σε κάθε άλλη κατηγορία «οικονομικού φορέα», όπως οι υποψήφιοι, καθώς και οι υπεργολάβοι **και ιδίως οι τρίτοι φορείς του άρθρου 78 Ν. 4412/2016**. Επομένως, καθίσταται σαφές ότι το Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ. δέον υποβάλλεται, τόσο από τον προσφέροντα, όσο και από τον «τρίτο» οικονομικό φορέα. Ως άλλωστε, έχει κριθεί από την Αρχή: *«...Η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα δεν αίρει την υποχρέωση, προς νόμιμη επίκληση και λήψη υπόψη των ικανοτήτων αυτών, ρητής αναφοράς της στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος και περαιτέρω την υποβολή εκ του προσφέροντος αυτοτελούς ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ συνταχθέντος και ψηφιακά υπογεγραμμένου εκ του τρίτου οικονομικού φορέα περί τη μη συνδρομή στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού και τη συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων, στην περίπτωση δε που οι παραπάνω προϋποθέσεις δεν πληρούνται ή δεν υποβληθεί το οικείο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα ήδη με την προσφορά, τότε οι ικανότητες του τρίτου δεν μπορούν να λογιστούν υπέρ του προσφέροντος, η δε προσφορά του τελευταίου, ως συνδυαζόμενη και συνεχόμενη με τις ικανότητες του τρίτου είναι επομένως αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη...»* (βλ. υπ' αριθμ. 253/2017 Απόφαση Α.Ε.Π.Π., σκέψη 14).

Β) Στην προκείμενη περίπτωση, τόσο ο προσφεύγων (προσφέρων), όσο και η εταιρία «...» (τρίτος οικονομικός φορέας στον οποίον στηρίζεται για την πλήρωση του άρ. 2.2.5 της Διακήρυξης), υπέβαλαν, ως έδει, ξεχωριστό

Ε.Ε.Ε.Σ. Όπως, όμως, προκύπτει από τα στοιχεία της υπό εξέταση Προσφοράς (βλ. Ε.Ε.Ε.Σ προσφεύγοντος, Ε.Ε.Ε.Σ «τρίτου» κλπ), η ως άνω «τρίτη» εταιρία δεν πληροί το κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.5. παρ. II της Διακήρυξης, καθότι σύμφωνα με τον ισολογισμό της 31ης-12-2019 παρουσιάζει αποτελέσματα μετά φόρων - 51.405,63 €, δηλαδή, παρουσιάζει ζημία.

Με βάση τα όσα προαναφέρθηκαν για την ανάγκη υποβολής αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ/Τ.Ε.Υ.Δ από τον τρίτο οικονομικό φορέα όσον αφορά στη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του και όσον αφορά στην πλήρωση των τιθέμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, απορρίπτονται οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, κατά τους οποίους δήθεν στηρίζεται στην ανωτέρω εταιρία μόνο ως προς τα οριζόμενα στην παρ. I (ειδικός κύκλος εργασιών) και στην παρ. III (συγκεκριμένη πιστοληπτική ικανότητα) του άρθρου 2.2.5. της Διακήρυξης, αλλά όχι ως προς τα οριζόμενα στην παρ. II του εν λόγω άρθρου Και τούτο, διότι κατά την κείμενη νομοθεσία (άρθρα 78 και 79 του Ν. 4412/2016), ως αυτή έχει ερμηνευθεί από τη νομολογία, τόσο οι προσφέροντες, όσο και οι δανείζοντες υποχρεούνται να πληρούν αυτοτελώς τα κριτήρια επιλογής ΕΝ ΣΥΝΟΛΩ και ουχί κατά ορισμένες μόνο πτυχές τους. Ως εκ τούτου, δεν είναι επιτρεπτό οι «τρίτοι» οικονομικοί φορείς να πληρούν μεν την απαίτηση για τον ειδικό κύκλο εργασιών, αλλά όχι την απαίτηση να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020), ήτοι, να έχουν θετικά αποτελέσματα χρήσης (μετά από φόρους) για κάθε έτος, ως αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων.

Εξάλλου, ως ρητώς ορίζεται στο άρθρο 2.2.9. («Αποδεικτικά μέσα») της επίμαχης Διακήρυξης (τους όρους της οποίας σημειωτέον αποδέχθηκε πλήρως ο προσφεύγων, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στον ένδικο Διαγωνισμό): *«Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται να αποδεικνύουν, κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.2.9.2, ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.5 και 2.2.6) [...]»*.

Για τους ανωτέρω λόγους, θα πρέπει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί ασάφειας της οικείας Διακήρυξης. Το δε επιχείρημα που περιλαμβάνεται στην υπό κρίση Προσφυγή, σύμφωνα με το οποίο η ανάγκη πλήρωσης της επίμαχης παραγράφου II του άρθρου 2.2.5. θεσπίσθηκε (δήθεν) ρητά στην ένδικη Διακήρυξη **μόνο για κάθε ένα από τα μέλη ενώσεως ξεχωριστά** (και ουχί για τους «τρίτους»), ενισχύει έτι περαιτέρω και δη, κατά μείζονα λόγο, την ανάγκη πλήρωσης της επίμαχης απαίτησης και από τον προσφέροντα που ΔΕΝ συμμετέχει στον Διαγωνισμό υπό τη μορφή της ενώσεως, αλλά ΑΤΟΜΙΚΑ. Δοθέντος μάλιστα ότι στην έννοια του προσφέροντα εντάσσεται, σύμφωνα με τους προπαρατεθέντες όρους της κείμενης νομοθεσίας, αλλά και της υπ' αριθμ. ... Διακήρυξης, και ο «τρίτος» οικονομικός φορέας στον οποίο στηρίζεται ο προσφέρων, αφού και για τον τελευταίο έχει ρητώς θεσπισθεί διαδικασία ελέγχου ως προς την μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του και ως προς την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής (εν συνόλω), η επίμαχη απαίτηση αφορά, σε κάθε περίπτωση, και στον «τρίτο».

Ως δε βασίμως υποστηρίζει ο παρεμβαίνων, δια της επίμαχης απαίτησης (έλλειψη ζημιογόνων χρήσεων), επιδιώκεται να αποδειχθεί ότι δεν υφίσταται κίνδυνος για την ομαλή εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, ότι δηλαδή αυτή θα εκτελεστεί εντός του χρονικού προγραμματισμού της αναθέτουσας αρχής και ότι ο ανάδοχος δεν θα αθετήσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις. Ως, επίσης, βασίμως υποστηρίζει το εν λόγω Νοσοκομείο, η επίμαχη απαίτηση - την οποία, ως προελέχθη, ουδέποτε προσέβαλε η προσφεύγουσα - δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (διασφάλιση της φερεγγότητας του αναδόχου και της καλής εκτέλεσης της σύμβασης), λαμβανομένου υπόψη του σημαντικού φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της οικείας συμβάσεως, η οποία αφορά στην παροχή υπηρεσιών προετοιμασίας και διανομής γευμάτων (υπηρεσίες παροχής τραπεζοκόμων) για δύο (2) έτη, με δικαίωμα προαίρεσης έως 20% και προϋπολογιζόμενη (διετή) δαπάνη ποσού 343.351,61€ πλέον Φ.Π.Α 24%. Τέλος, γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και του υπόψη Νοσοκομείου, κατά τους οποίους: *«... η κρινόμενη προσφυγή καθίσταται απορριπτέα και ως απαράδεκτη κατά το μέρος που προβάλλεται με αυτήν ανεπικαίρως το πρώτον στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού ότι «η διακήρυξη*

Αριθμός απόφασης: 365 /2022

του διαγωνισμού όλως μη νομίμως απαγορεύει τη λήψη δάνειας εμπειρίας, από δανείζουσα εταιρεία που εμφανίζει ζημία κατά τις 3 τελευταίες χρήσεις της», κατά παράβαση της αρχής της κατά στάδια προβολής των λόγων ακύρωσης [...]». Με βάση το σύνολο των προλεχθέντων, ο μοναδικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και περαιτέρω, ως απαράδεκτος.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και αντίστοιχα, θα πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα Παρέμβαση.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει 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

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 11 Μαρτίου 2022, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ