

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση:
Αθηνά Μπουζιούρη Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή Μέλη.

Για να εξετάσει σε συμμόρφωση, η οποία η οποία διατάχθηκε με την υπ' αρ. Α200/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς που εκδόθηκε επί της ΑΚ485/2021 αίτησης αναστολής-ακύρωσης, την από 8.10.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1901/08.10.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη, αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, κατά της Περιφέρειας ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή») και κατά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στ.. .., .., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Ειδικότερα, με την ως άνω απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς αναπέμφθηκε η υπόθεση στην ΑΕΠΠ *«προκειμένου να ασκήσει την επιβαλλόμενη από το νόμο αρμοδιότητά της»*.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι : *«Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για*

κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης».

2. Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 594/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος του έργου, το από 06-09-2021, 2ο πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού και κάθε συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη της αναθέτουσας αρχής, καθώς και να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος του έργου.

3. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 10.085 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 7/10/2021 πληρωμή στην Τράπεζα Πειραιώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 2.016.129,03 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

4. Επειδή με την υπ' αριθμ. ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΤΡΙΕΤΗΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ, ΝΗΣΟΥ ...», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 2.016.129,03 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

5. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 23-04-2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

6. Επειδή, η διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου

εκκίνησης της, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 8.10.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 28-09-2021 μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού ενώ η τελευταία κοινοποίηση στην προσφεύγουσα δικαιολογητικών κατακύρωσης έλαβε χώρα στις 4.10.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα, θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προσφέρουσα του εν θέματι διαγωνισμού της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνει, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενη, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ερειδόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα απαραδέκτως αιτείται αυτοτελώς την ακύρωση του Πρακτικού 2 της Επιτροπής Διαγωνισμού καθώς, ως έχει κριθεί από την νομολογία υπό το προϊσχύον νομικό καθεστώς που δεν διαφοροποιείται ως προς το θέμα τούτο με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, οι πράξεις (γνωμοδοτήσεις, πρακτικά, προσκλήσεις) των Επιτροπών του

Αριθμός απόφασης: Σ777/2022

Διαγωνισμού, σε οποιαδήποτε φάση και αν αφορούν, στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα και, επομένως, δεν παράγουν έννομες συνέπειες εφόσον το όργανο που τις εξέδωσε δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα, ουδεμία μεταβολή επιφέρουν στο νομικό κόσμο και δεν υπόκεινται, ως πράξεις μη εκτελεστές, σε προσφυγή (βλ. ΕΑ ΣτΕ 519/2009 και 1315/2008 και Φ. ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδ., 2013, αρ. 71-77 επόμ., σελ.54-55, Δ. ΡΑΪΚΟΣ, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, Αθήνα-Θεσ/νικη, 2017, σελ. 752, ΔΕφΑΘ 169/2013 (ΑΣΦ), ΣτΕ 409/2010 ΕΑ ΣτΕ 119/2009, 324/2006, 241/2003). Σε κάθε περίπτωση, όμως, αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα της προσβαλλόμενης απόφασης και συμπροσβάλλονται με αυτήν. Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται την ακύρωση του Πρακτικού 2 της Επιτροπής Διαγωνισμού αυτοτελώς, διότι το Πρακτικό στερείται εκτελεστότητας, καθόσον αποτελεί απλή γνωμοδότηση, με πρόταση προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις 6ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ 146/2020, 360/2020, 1121/2020, 1164/2020).

Ομοίως, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος καθόσον το εν λόγω αίτημα εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, η οποία, επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣτΕ 54/2018 και βλ. ενδεικτικά αποφάσεις 6ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ 93-94/2020, 1224/2020).

9. Επειδή στις 11.10.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, ήτοι σε κάθε

ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπροθέσμως στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την από 20-10-2021 και με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 6345/2021 παρέμβαση δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 11-10-2021 της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά της έχει γίνει αποδεκτή και έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

11. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2528/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής, ενώ με τη με αρ. 958/2022 Πράξη της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου, ορίσθηκε εκ νέου Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της ως άνω προσφυγής προς συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α200/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς.

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 25-10-2021 μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα αυθημερόν.

13. Επειδή η προσφεύγουσα στις 11.11.2021, ήτοι εκπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο δεν λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

14. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016

Αριθμός απόφασης: Σ777/2022

και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α47/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών.

15. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό συμμετείχαν έξι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, υποβάλλοντας τις με αριθμ. συστήματος 194454 191278 προσφορές τους αντίστοιχα.

Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το από 6-09-2021 2^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος η παρεμβαίνουσα κατόπιν ελέγχου των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης.

16.Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: «[...] 10.γ.1. Μη απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της «...» - Ακυρότητα της κατακύρωσης, καθ' όσον η απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας συνεπάγεται τον αποκλεισμό εκ της διαδικασίας - Ακυρότητα της προσβαλλόμενης απόφασης και του 2ου Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού. [...] Εκ του συνδυασμού των ανωτέρω διατάξεων (κανονιστικού) περιεχομένου της διακηρύξεως προκύπτει ότι προκειμένου να γίνει αποδεκτή η προσφορά του εκάστοτε συμμετέχοντος, πόσο μάλλον προκειμένου σε αυτόν να κατακυρωθεί το έργο, απαιτείται να προσκομισθεί - ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ-από τη διαδικασία Βεβαίωση χρηματοπιστωτικού ιδρύματος ή άλλου κατά νόμο αρμοδίου Φορέα συγκεκριμένου περιεχομένου.

Δηλαδή κατά τη διακήρυξη, ήτοι κατά το νόμο που διέπει την εν εξελίξει διαγωνιστική διαδικασία, η βεβαίωση που απαιτείται να προσκομισθεί πρέπει να καλύπτει ΔΥΟ παραμέτρους, διαφορετικές μεταξύ τους. Συγκεκριμένα:

Πρέπει εξ αυτής να προκύπτει ότι (1^ο κρίσιμο σημείο) κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς (2^ο κρίσιμο σημείο) ΥΦΙΣΤΑΤΑΙ συνεργασία του φορέα και της Τράπεζας, η οποία ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΗ ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑ (3^ο κρίσιμο σημείο) ΔΙΝΕΙ ΣΤΟΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΦΟΡΕΑ ΤΗ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΚΑΤΑ ΤΟ ΧΡΟΝΟ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΝΑ ΑΝΤΛΗΣΕΙ ΠΙΣΤΩΣΗ σε ποσό ανερχόμενο

Αριθμός απόφασης: Σ777/2022

στο 10% του προϋπολογισμού της δημοπράτησης, ήτοι εν προκειμένω σε ποσό 10% επί του ποσού των 2.016.129,03 Ευρώ, ήτοι πίστωση (4^ο κρίσιμο σημείο) ύψους 201.612,90 €.

Πρέπει εξ αυτής να προκύπτει ότι η Τράπεζα θα εξετάσει (ενν. στο μέλλον και υπό την προϋπόθεση ότι θα κατακυρωθεί στο συγκεκριμένο οικονομικό φορέα το έργο) αίτημα χορήγησης πίστωσης για την εκτέλεση του έργου ανερχόμενο σε ύψος 10% τουλάχιστον του ποσού ανάθεσης.

Από το γράμμα και το πνεύμα του οικείου όρου της διακήρυξης προκύπτει ευθέως ότι για την απόδειξη της πλήρωσης του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης απαιτείται η προσκόμιση μιας βεβαίωσης ΔΙΤΤΟΥ περιεχομένου ήτοι βεβαίωση τόσο της τρέχουσας πιστωτικής επάρκειας όσο και πιστοληπτικής ικανότητας. Δια της αιτηθείσας εκ της διακηρύξεως κατά τα ανωτέρω βεβαιώσεως απαιτείται όχι μόνο να βεβαιώνεται η μελλοντική και ενδεχόμενη αποδοχή αιτήματος δανεισμού του οικονομικού φορέα από τον εκάστοτε χρηματοπιστωτικό οργανισμό σε περίπτωση κατακύρωσης του έργου. αλλά να βεβαιώνεται και η τρέχουσα - η υφιστάμενη ήδη δηλαδή κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς - δυνατότητα άντλησης πίστωσης από την ήδη υφιστάμενη συνεργασία του οικονομικού φορέα με τον χρηματοπιστωτικό οργανισμό.

Και τούτο διότι, αν αρκούσε μονάχα η βεβαίωση της μελλοντικής πρόθεσης δανειοδότησης του οικονομικού φορέα με βάση μόνο την αξιολόγηση της φερεγγυότητάς του, τότε η διακήρυξη θα απαιτούσε από τους οικονομικούς φορείς την προσκόμιση βεβαίωσης με περιεχόμενο μόνο τα αναφερόμενα στον 2^ο σκέλος του οικείου όρου, ήτοι με περιεχόμενο σχετικό μόνο με την πρόθεση της Τράπεζας αναφορικά με την εξέταση αιτήματος χορήγησης πίστωσης στα πλαίσια εκτέλεσης της σύμβασης, εάν και εφόσον το έργο κατακυρωθεί στο φορέα προς όφελος του οποίου τη χορηγεί.

Στην προκειμένη περίπτωση όμως ζητήθηκε εκτός του δευτέρου σκέλους και το πρώτο, το οποίο και αποτελεί ουσιωδώς διαφορετικού

Αριθμός απόφασης: Σ777/2022

περιεχομένου βεβαίωση από το περιεχόμενο μιας απλής και συνήθους βεβαίωσης αξιοχρέου και φερεγγυότητας του οικονομικού φορέα.

Κατά τον οικείο όρο της διακηρύξεως και την ακριβέστατη αυτού διατύπωση, απαιτείται το πιστωτικό ίδρυμα να βεβαιώσει ότι εκ των ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΩΝ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς (ήτοι εν προκειμένω εκ των υφισταμένων κατά την 25η Μαΐου 2021) συμβάσεων που διατηρεί ο οικονομικός φορέας με το πιστωτικό ίδρυμα υπάρχει η δυνατότητα άντλησης πίστωσης κατ' ελάχιστον ποσού 201.612,90 €. Απαιτεί δηλαδή η διακήρυξη να βεβαιωθεί από το πιστωτικό ίδρυμα - και ανεξαρτήτως του όποιου τυχόν αιτήματος εξέτασης χορήγησης πίστωσης στο μέλλον και σε περίπτωση κατακύρωσης του έργου στον οικονομικό φορέα - ότι ήδη κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς μπορεί να αντλήσει ο οικονομικός φορέας, από τις υφιστάμενες ήδη σχέσεις του με το πιστωτικό ίδρυμα, πίστωση ίση - κατ' ελάχιστον - με το ποσό των € 201.612,90 €. Η βεβαίωση αυτή λοιπόν κατά το πρώτο αυτό σκέλος της διαφοροποιείται ουσιαστικά τόσο κατά τον τύπο όσο και κατά την ουσία της από μια απλή βεβαίωση φερεγγυότητάς του οικονομικού φορέα, καθ' όσον δι' αυτής βεβαιώνεται κατ' ουσίαν η πραγματική και τρέχουσα οικονομική και πιστωτική επάρκειά του και όχι η χρηματοοικονομική του δυναμική και μελλοντική προοπτική, αφού καλείται το τραπεζικό ίδρυμα να βεβαιώσει εν τέλει αν από τα υφιστάμενα τραπεζικά προϊόντα των οποίων κάνει χρήση ο οικονομικός φορέας υπάρχει σε πραγματικό χρόνο (κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς) η δυνατότητα άντλησης πίστωσης συγκεκριμένου ύψους.

Στην προκειμένη περίπτωση η «...» προς απόδειξη του οικείου κριτηρίου έκανε χρήση του όρου 22.ΣΤ της διακήρυξης περί Δάνειας Εμπειρίας, ως προς την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, και προσκόμισε την από 12-05-2021 βεβαίωση της Τράπεζας Πειραιώς προς την εταιρεία με την επωνυμία «...».

Από την επισκόπηση της οικείας βεβαιώσεως το μόνο που προκύπτει είναι ότι η Τράπεζα Πειραιώς προτίθεται να εξετάσει αίτημα για χρηματοδότηση

με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (χωρίς ΦΠΑ) εάν και εφόσον η ένωση οικονομικών φορέων «...», στον οποίο η «...» παρέχει Δάνεια Εμπειρία για την εκπλήρωση των κριτηρίων Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής επάρκειας που αναφέρονται στο άρθρο 22Γ της εν θέματι διακήρυξης, αναδειχθεί ανάδοχος του έργου, ωστόσο η εν θέματι βεβαίωση δεν καλύπτει διόλου το πρώτο σκέλος του οικείου κριτηρίου της διακηρύξεως. Ήτοι εκ της προσκομισθείσας από τον προσωρινό ανάδοχο βεβαιώσεως ΔΕΝ προκύπτει κατ' ουδένα τρόπο, πολύ περισσότερο δεν βεβαιώνεται κιόλας, ότι κατά το χρόνο υποβολής της προφοράς υπήρχε υφιστάμενη συνεργασία της Τράπεζας Πειραιώς με τη από την οποία να υπάρχει η δυνατότητα άντλησης - κατ' ελάχιστον - πίστωσης ύψους € 201.612,90 κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς.

Και τούτο διότι:

Στην ως άνω βεβαίωσή της η Τράπεζα Πειραιώς και συγκεκριμένα στο πρώτο επίμαχο σκέλος αυτής ΔΕΝ ΒΕΒΑΙΩΝΕΙ ΤΗΝ ΥΠΑΡΚΤΗ ΚΑΙ ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΗ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΑΝΤΛΗΣΗΣ ΠΙΣΤΩΣΗΣ του απαιτούμενου συγκεκριμένου ποσού κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, αλλά: α) ΒΕΒΑΙΩΝΕΙ εν είδει ευχής την καλή συνεργασία που διατηρεί με τη «...», στοιχείο το οποίο εντάσσεται στο δεύτερο σκέλος της αιτηθείσας εκ της διακήρυξης βεβαίωσης και β) ΠΑΡΑΘΕΤΕΙ τα πιστοδοτικά προϊόντα των οποίων ήδη κάνει χρήση η «...», ήτοι τις υφιστάμενες συμβάσεις-συνεργασίες με την Πειραιώς, πιστοδοτικού ορίου συνολικού 950.000,00 €, χωρίς ωστόσο από κανένα εκ των αναφερομένων στην ως άνω βεβαίωση προϊόντων να μπορεί να αντληθεί πίστωση ύψους - κατ' ελάχιστον - € 201.612,90, αλλά και χωρίς - προφανώς - η βεβαιούσα Τράπεζα να βεβαιώνει κάτι τέτοιο.

Ειδικότερα στην επίμαχη βεβαίωση περιέχονται δύο δάνεια τοκοχρεολυτικά (επιχειρηματικά δανειακά προϊόντα COVID) ποσού 300.000,00 € έκαστο (τραπεζικά προϊόντα υπό στοιχείο Γ και Δ στην οικεία βεβαίωση). Τα οικεία ποσά πιστώσεων (συνολικά 600.000,00 €), όπως προκύπτει από την ίδια τη βεβαίωση, έχουν στο σύνολό τους αντληθεί και για

το μεν υπό στοιχείο Γ δάνειο η δανειολήπτρια έχει ήδη καταβάλλει κάποια ή κάποιες δόσεις, εξακολουθώντας να οφείλει ποσό 284.491,82 €, για δε το υπό στοιχείο Δ δάνειο ακόμα δεν έχει καταβάλλει κάποια τοκοχρεολυτική δόση, οφειλομένου του συνολικού ποσού της πίστωσης, ήτοι το σύνολο των 300.000,00 € της πίστωσης. Ως εκ τούτου, τα υπό στοιχεία Γ και Δ αναφερόμενα στην οικεία βεβαίωση τραπεζικά προϊόντα, καίτοι απεικονίζουν ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΗ ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑ με την Τράπεζα, εντούτοις ΔΕΝ ΔΙΝΟΥΝ ΤΗΝ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΑΝΤΛΗΣΗΣ ΠΙΣΤΩΣΗΣ ΚΑΝΕΝΟΣ ΠΟΣΟΥ, αφού πρόκειται για πιστώσεις που ήδη έχουν αναληφθεί στο σύνολό τους και οφείλονται.

Περαιτέρω, στο υπό στοιχείο Α στην οικεία βεβαίωση η Τράπεζα αναφέρει ότι μεταξύ αυτής και της «...» υφίσταται συνεργασία για έκδοση εγγυητικών επιστολών όλων των κατηγοριών κατ' ανώτατο όριο Ευρώ 150.000,00. Ωστόσο, ούτε εκ του εν λόγω τραπεζικού προϊόντος δύνανται να αντληθεί πίστωση του απαιτούμενου κατά τη διακήρυξη ύψους, ούτε βεβαιώνεται η δυνατότητα άντλησης πίστωσης από το εν λόγω τραπεζικό προϊόν, και τούτο διότι η ύπαρξη συνεργασίας με τον πιστωτικό φορέα επί τη βάση της έκδοσης εγγυητικών επιστολών δεν αποτελεί τραπεζικό προϊόν άντλησης πίστωσης, αλλά τραπεζικό προϊόν παροχής εγγύησης.

Συγκεκριμένα, όπως έχει ήδη κριθεί από την Α.Ε.Π.Π. δια αποφάσεών της (1255/2021 - Κλιμάκιο 5° και 864/2021 Κλιμάκιο 6°), η ύπαρξη συνεργασίας της Τράπεζας με τον οικονομικό φορέα σε επίπεδο έκδοσης εγγυητικών επιστολών όλων των κατηγοριών, ήτοι εγγυητικών συμμετοχής, καλής εκτέλεσης, προκαταβολής ή καλής λειτουργίας, πάντως εν γένει εγγυητικών επιστολών και μόνο, δεν καλύπτει το κριτήριο της απόδειξης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, δηλαδή δεν καλύπτει την κατά την κοινή συναλλακτική πρακτική και την κοινώς αποδεκτή έννοια του όρου ικανότητα του οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί σε δανειακές υποχρεώσεις, ούτε την ποσοτική εκτίμηση της πιστοληπτικής αξιοπιστίας του ως ενδεχόμενου δανειολήπτη σε σχέση με συγκεκριμένο χρέος ή χρηματοοικονομική υποχρέωση, δηλαδή την πιθανολογούμενη δυνατότητα ο

οικονομικός φορέας, αν δανειστεί συγκεκριμένο ποσό να είναι σε θέση να το επιστρέφει εντός των ορίων της δανειακής σύμβασης. Η βεβαίωση που ζητήθηκε κατά τη διακήρυξη έπρεπε να αφορά την υπαρκτή κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς δυνατότητα άντλησης πίστωσης, ανερχόμενης - κατ' ελάχιστον - σε 10% του προϋπολογισμού της δημοπράτησης, για το οποίο επομένως, ο προσφέρων έπρεπε να βεβαιώνεται ότι δύναται να το αντλήσει κατά το χρονικό εκείνο σημείο ως πίστωση. Ως εκ τούτου στην προκειμένη περίπτωση ζητήθηκε κάτι ουσιαδώς διαφοροποιημένο από την απλή βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας. Σε κάθε περίπτωση η εξασφάλιση δυνατότητας εγγυοδοσίας δεν καλύπτει τα εκ της διακηρύξεως ζητούμενα. Και τούτο διότι η εγγυοδοσία, επαγόμενη εν τέλει πιθανότητα δυνητικής κάλυψης εκ του εγγυητή συγκεκριμένης οφειλής έναντι τρίτων δεν ταυτίζεται με την χορήγηση σε αυτόν δανείου, περίπτωση, όπου η πίστωση παρέχεται με βεβαιότητα στον δανειολήπτη. Άρα, ούτε η εξασφάλιση εγγυοδοσίας ταυτίζεται με εξασφάλιση πίστωσης ούτε η βεβαίωση εγγυοδοτικού ορίου συνιστά άνευ ετέρου βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, πόσο μάλλον και βεβαίωση πιστωτικού ορίου, καθώς πρόκειται για φύσει διαφορετικές περιπτώσεις και δεν δύνανται να εξομοιωθούν ούτε συνιστούν μεταξύ τους ευθέως ισοδύναμες ή γνωστής αναλογικής μεταξύ τους ισοδυναμίας, εκτιμήσεις και συνθήκες.

Η ύπαρξη έγκρισης από την Τράπεζα εγγυοδοτικού ορίου ύψους 150.000 € υπέρ της «...», ουδέν εισφέρει όχι μόνο στην ύπαρξη δυνατότητας άντλησης πίστωσης εκ του οικονομικού φορέα κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του ως απαιτείται κατά το πρώτο σκέλος του οικείου όρου της διακήρυξης, αλλά ουδέν εισφέρει και στην αξιολόγηση της πιστοληπτικής του ικανότητας ως τούτη τίθεται στο δεύτερο σκέλος του οικείου όρου, ήτοι στη μέτρηση του αξιοχρέου αυτού με την έννοια της ικανότητάς του δυνητικά να μπορεί να αποκριθεί σε συγκεκριμένου ύψους δανειακή υποχρέωση κατά τα συνθήκες της προσφοράς του. Η μνεία έγκρισης ορίου εγγυητικών επιστολών δε συνεπάγεται, όπως εκτέθηκε, εκτίμηση της ικανότητας του οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί σε συγκεκριμένου ποσού πίστωση. Τούτο, αφού η

έγκριση ειδικώς εγγυοδοτικού ορίου, δεν ταυτίζεται με την έγκριση πιστωτικού ορίου, επειδή η εγγυοδοσία τρέπεται σε πίστωση, μόνο σε περίπτωση κατάπτωσης και εν γένει αξίωσης του υπέρ ου κατά του εγγυητή και άρα, η σχέση μεταξύ εγγυοδοσίας και πίστωσης τελεί υπό σταθμιζόμενη πιθανότητα και ενδεχόμενο και όχι βεβαιότητα, όπως στην περίπτωση της απευθείας πίστωσης, ήτοι δανειοδότησης.

Ως εκ τούτου, ούτε εκ του αναφερομένου υπό στοιχείο Α τραπεζικού προϊόντος που παρατίθεται στην προσκομισθείσα βεβαίωση της Τράπεζας ... δύναται να καλυφθεί η απαίτηση της διακήρυξης περί υφιστάμενης δυνατότητας άντλησης πίστωσης - κατ' ελάχιστον - ίσης με το 10% του προϋπολογισμού της δημοπράτησης του έργου από την υφιστάμενη κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών συνεργασία του οικονομικού φορέα με αυτήν.

Τέλος δε, στην προσκομισθείσα βεβαίωση και υπό στοιχείο Β αναφέρεται ότι η ... διατηρεί από την Τράπεζα ... χρηματοδότηση για κεφάλαιο κίνησης κατ' ανώτατο όριο ύψους 200.000,00 €. Πέραν του ότι στην οικεία βεβαίωση απλά παρατίθεται η ύπαρξη του συγκεκριμένου τραπεζικού προϊόντος, πράγμα το οποίο σε καμία περίπτωση δεν αποτελεί βεβαίωση υφιστάμενης δυνατότητας άντλησης πίστωσης σε κάθε περίπτωση, ήτοι ακόμα και αν ήθελε κριθεί ότι η απλή αυτή παράθεση του τραπεζικού προϊόντος αποτελεί υφιστάμενη δυνατότητα άντλησης πίστωσης ποσού - κατ' ανώτατο όριο - 200.000 € και πάλι δεν τιληρούνται οι απαιτήσεις της διακήρυξης, κατά την οποία ο οικονομικός φορέας πρέπει από την υφιστάμενη συνεργασία του με την Τράπεζα να δύναται να αντλήσει κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ποσό πίστωσης τουλάχιστον κατά 10% του ποσού δημοπράτησης του έργου, ήτοι ποσό πίστωσης ανερχόμενο τουλάχιστον στο ύψος των € 201.612,90.

Κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI

Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

Περαιτέρω, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, αΚ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους τους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, ΟΚ. 27). Στο ίδιο πνεύμα επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. 1-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. 1-2043, σκέψη 54).

Τέλος δε, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β'

Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

Η προσκόμιση λοιπόν της τραπεζικής βεβαίωσης ΤΟΥ ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΟΥ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟΥ που απαιτεί η διακήρυξη προς απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του οικονομικού φορέα, είναι όρος της διακήρυξης που τίθεται επί ποινή αποκλεισμού και η τήρησή του αποτελεί δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία υποχρεούται να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣτΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. 1-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. 1-2043, σκέψη 54).

Κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, η ως άνω από 12-05-2021 βεβαίωση που έπρεπε άλλωστε να υφίσταται κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 κατά τον χρόνο της προσφοράς δεν συνιστά βεβαίωση πιστωτικής δυνατότητας και πιστοληπτικής ικανότητας ούτε έχει περιεχόμενο που καλύπτει την έννοια της τελευταίας, ως τούτη προσδιορίζεται εκ της διακηρύξεως. Εξάλλου, ναι μεν ο προσωρινός ανάδοχος δεν όφειλε να την υποβάλει με την προσφορά, πλην όμως αφενός αυτή έπρεπε να υφίσταται ήδη κατά την προσφορά, ασχέτως αποδεικτικής υποχρέωσης υποβολής της, αφετέρου, ο ίδιος ο προσωρινός ανάδοχος την υπέβαλε ως το μέσο δια του οποίου επικαλείται ότι πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής.

Κατ' ακολουθίαν λοιπόν απάντων των ανωτέρω λεπτομερώς εκτεθέντων, ήδη κατά την προσφορά προκύπτει ως βέβαιη, η έλλειψη του ως άνω κριτηρίου επιλογής, λόγω ανεπάρκειας του εγγράφου που τυγχάνει

επίκλησης, ήτοι της από 12-05-2021 βεβαίωσης της Τράπεζας ...προς τη ..., ως έρεισμα πλήρωσης του σχετικού προσόντος, που ορίσθηκε κατά το ως άνω κριτήριο επιλογής, ως διάθεση συγκεκριμένου ύψους πιστωτικής δυνατότητας και πιστοληπτικής ικανότητας, πιστοποιούμενης από τραπεζικό ίδρυμα. Η συγκεκριμένη έλλειψη στην προκειμένη λοιπόν περίπτωση δεν αποτελεί απλή αποδεικτική έλλειψη ή σφάλμα των εγγράφων της προσφοράς ή ασάφεια αυτών, αλλά έλλειψη ουσιαστικού προσόντος συνισταμένου σε συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής, που δεν πληρούται, αφού ο προσωρινός ανάδοχος, ήτοι η «...», ως μέσο πλήρωσής του προσδιόρισε συγκεκριμένο μέσο που δεν συνιστά το ζητούμενο.

Συνεπώς, δεδομένης της έλλειψης του απαιτούμενου ήδη κατά τον χρόνο της προσφοράς προσόντος, ο προσωρινός ανάδοχος τυγχάνει άνευ ετέρου αποκλειστέος, η δε Επιτροπή του Διαγωνισμού που παρείδε άπαντα τα ανωτέρω αναφορικά με την αξιολόγηση του οικείου αποδεικτικού μέσου ως προς την ύπαρξη του συγκεκριμένου προσόντος, έκρινε κατ' ευθεία παράβαση της διακήρυξης και του νόμου, το αυτό δε και η Αναθέτουσα Αρχή, η οποία παρά το νόμο και τη διακήρυξη επικύρωσε δια της προσβαλλόμενης αποφάσεως την αξιολόγηση της Επιτροπής του Διαγωνισμού, ως τούτη περιέχεται στο συμπροσβαλλόμενο δια της παρούσας πρακτικό 2. Ως εκ τούτου, θα πρέπει να γίνει δεκτός ο οικείος λόγος προσφυγής μας και να ακυρωθεί στο σύνολό της η προσβαλλόμενη απόφαση και το συμπροσβαλλόμενο μετ' αυτής πρακτικό και να αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία ο προσωρινός ανάδοχος [...].».

17. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι: «[...] Ο Πρόεδρος της Επιτροπής Διαγωνισμού με νέο ηλεκτρονικό μήνυμα του (επισυνάπτεται) προς την Τράπεζα Πειραιώς, στις 13-10-2021, κοινοποιεί τους ισχυρισμούς του Οικονομικού Φορέα «...» και ζητάει εκ νέου να διευκρινιστεί ποια ποσά από τα αναγραφόμενα στη βεβαίωση της πιστοληπτικής ικανότητας της εταιρείας (Δάνεια Εμπειρία), αφορούν την ικανότητα χρηματοδότησης κατασκευής του έργου, μέσω της χορήγησης πίστωσης.

Η Τράπεζα ... σε απάντησή της με ηλεκτρονικό μήνυμα (επισυνάπτεται), στις 18-10-2021, μας διευκρινίζει, ότι τα ποσά υπό στοιχείο (Α) «Για Ε/Ε όλων των κατηγοριών κατ' ανώτατο όριο ΕΥΡΩ 150.000,00 και (Β) «Για επιχειρήσεις Κεφαλαίου Κίνησης κατ' ανώτατο όριο ΕΥΡΩ 200.000,00, είναι δυνατόν να αναπροσαρμόζονται, εφόσον η εταιρεία παρέχει τις ανάλογες εγγυήσεις, καθώς η έγκριση πιστοδοτικού ορίου εγγυητικών επιστολών κάθε τύπου και η έγκριση πιστοδοτικού ορίου Κεφαλαίου Κίνησης βασίζονται στον ίδιο πιστοληπτικό έλεγχο.

Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. πρωτ. : ΔΤΕ ... (ΑΔΑΜ ...) Διακήρυξη στο άρθρο 23.5.στ. «Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας», οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση από πιστωτικό ή χρηματοδοτικό ίδρυμα ή άλλο φορέα που έχει κατά το νόμο δυνατότητα, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4261/2014, με την οποία να βεβαιώνεται ότι :

1. υφίσταται μεταξύ αυτού και του οικονομικού φορέα συνεργασία που να του εξασφαλίζει κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς τη δυνατότητα χορήγησης πίστωσης σε ποσό ανερχόμενο σε ύψος 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού δημοπράτησης ($10\% \times 2.016.129,03\text{€} = 201.612,90\text{€}$) και
 2. να εξετάσει αίτημα χορήγησης πίστωσης για την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου, εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος, ανερχόμενο σε ύψος 10% τουλάχιστον του ποσού ανάθεσης ($10\% \times 1.678.170,75\text{€} = 167.817,07\text{€}$).
- Επισημαίνεται ότι οι παραπάνω απαιτήσεις έχουν τεθεί ως λόγοι αποκλεισμού για τους συμμετέχοντες, διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς.

Σε συνέχεια των ανωτέρω και λαμβάνοντας υπόψη τα απαντητικά ηλεκτρονικά μηνύματα της Τράπεζας ... και δεδομένου ότι η από 12-05-2021 βεβαίωση του εν λόγω πιστωτικού ιδρύματος αναφέρεται αυτολεξεί σε «χρηματοδοτήσεις Κεφαλαίου Κίνησης κατ' ανώτατο ΕΥΡΩ 200.000,00», συνεπάγεται απόκλιση από τους όρους της υπ' αριθμ. πρωτ. : ΔΤΕ ... (ΑΔΑΜ ...) Διακήρυξης [...].

18. Επειδή η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της υποστηρίζει ότι: «[...] Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή απαιτεί οι διαγωνιζόμενοι, και εν προκειμένω ο προσωρινός

ανάδοχος, να αποδείξουν ότι διαθέτουν αποδεδειγμένα την ικανότητα χρηματοδότησης κατασκευής του έργου προκειμένου να εξασφαλισθεί η εμπρόθεσμη, άρτια και έντεχνη εκτέλεση αυτού. Τούτο απαιτεί η διακήρυξη του έργου. Να αποδείξει ο προσωρινός ανάδοχος ότι εάν ανακηρυχθεί ανάδοχος και αναλάβει την εκτέλεση του έργου θα έχει εξασφαλισμένη χρηματοδότηση, για την εκτέλεση του έργου χωρίς στο άρθρο 22.Γ. που θέτει τους όρους παραδεκτής συμμετοχής να καθορίζει και κάποιο συγκεκριμένο ποσό χρηματοδότησης που να έχει εξασφαλισθεί.

Περαιτέρω από τους αυτούς όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι ο διαγωνιζόμενος για το παραδεκτό της προσφοράς του, ως προς την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής της χρηματοοικονομικής επάρκειας, μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου φορέα (δανειοπαρόχου). Όπως εναργώς προκύπτει και από τους τίτλους και μόνο των άρθρων 22 και 23 της διακήρυξης όπου του μεν 22 είναι «κριτήρια ποιοτικής επιλογής» και του άρθρου 23 «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, μεταξύ των οποίων και το κριτήριο του άρθρου 22.Γ «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», τίθενται αποκλειστικά και μόνο με το άρθρο 22 της διακήρυξης. Αυτά και μόνο αυτά τα οριζόμενα από το άρθρο 22 είναι τα κριτήρια επιλογής που πρέπει να πληροί ο διαγωνιζόμενος για την παραδεκτή συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Εν προκειμένω το άρθρο 22.Γ της διακήρυξης απαιτεί για την παραδεκτή συμμετοχή των διαγωνιζόμενων, ως προς την πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και ειδικότερα για το εδάφιο ε, οι διαγωνιζόμενοι να διαθέτουν αποδεδειγμένα την ικανότητα χρηματοδότησης της κατασκευής του έργου ώστε να εξασφαλισθεί απρόσκοπτα η εμπρόθεσμη και σύμφωνα με τη σύμβαση υλοποίηση του έργου. Αυτό απαιτεί και σ' αυτό αρκείται η διακήρυξη του έργου με το άρθρο 22.Γ.ε.

Το άρθρο 23.5.στ της διακήρυξης στο οποίο η προσφεύγουσα στηρίζεται για να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς μας δεν θέτει το κριτήριο επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, όπως αβάσιμα αυτή

ισχυρίζεται, αλλά καθορίζει το δικαιολογητικό που πρέπει να προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος για να αποδείξει την πλήρωση από αυτόν του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του εδ.ε. του άρθρου 22.Γ. Η διάταξη του άρθρου 23.5.στ. της διακήρυξης δεν θέτει προϋποθέσεις παραδεκτής συμμετοχής και τυχόν απόκλισή της από την ουσιαστική ρύθμιση του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης δεν δύναται να αποτελέσει νόμιμο λόγο απόρριψης προσφοράς διαγωνιζόμενου.

Όπως και ανωτέρω αναφέραμε η Κοινοπραξία μας ανακηρύχθηκε ανάδοχος και της ανατέθηκε η εκτέλεση του έργου αντί του συνολικού ποσού των 1.678.170,75 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Συνεπώς για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 22.Γ.ε. της διακήρυξης, ήτοι της απαιτούμενης εξασφάλισης χρηματοδότησης της κατασκευής του έργου, απαιτείται η προσκόμιση βεβαίωσης Τράπεζας που θα βεβαιώνει ότι θα εξετάσει αίτημα του αναδόχου για χορήγηση πίστωσης ύψους 10% του ποσού της ανάθεσης ήτοι $1.678.170,75 \text{ €} \times 10\% = 167.817,07 \text{ €}$.

Εν προκειμένω η Κοινοπραξία μας για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 22.Γ.ε. της διακήρυξης επικαλέσθηκε, κατ' άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης, τις ικανότητες της εταιρίας «...», και υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης την από 12.5.2021 και απευθυνόμενη στην δανειοπάρχοδό μας εταιρία βεβαίωση της Τράπεζας(Υποκατάστημα ...). Η προσκομισθείσα βεβαίωση πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ.ε της διακήρυξης δεδομένου ότι έχει εκδοθεί στις 12.5.2021, ήτοι πριν την διενέργεια του διαγωνισμού και αναφέρεται στο συγκεκριμένο διαγωνισμό, βεβαιώνει πως η εταιρία «...» συνεργάζεται με την Τράπεζα, πως η συνεργασία είναι ικανοποιητική και η εταιρία «...» είναι συνεπής και αξιόπιστος πελάτης. Βεβαιώνει επίσης ότι έχει εγκριθεί για χρηματοδοτήσεις κεφαλαίου κίνησης το ποσό των 200.000,00 € ήτοι ποσό ανώτερο του 10% του ποσού της ανάθεσης (167.817,07 €) και ότι πρόκειται να εξετάσει αίτημα χρηματοδότησης έως 10% του ποσού του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ ($2.016.129,03 \times 10\%$).

Πρόκειται συνεπώς για βεβαίωση που καλύπτει απολύτως τις απαιτήσεις του

άρθρου 22.Γ.ε της διακήρυξης και εξασφαλίζει την εξέταση αιτήματος χρηματοδότησης έως του ποσού των 201.612,90 €, ήτοι ποσού ανώτερου των 167.817,07 € που η ίδια η αναθέτουσα αρχή και η διακήρυξη θεωρούν ως αναγκαίο για την εξασφάλιση της εμπρόθεσμης, έντεχνης και σύμφωνα με τους όρους της σύμβασης εκτέλεση του έργου.

Είναι γεγονός ότι το άρθρο 23.5.στ της διακήρυξης προβλέπει την υποβολή της τραπεζικής βεβαίωσης στην οποία να αναφέρεται ότι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ο διαγωνιζόμενος έχει εξασφαλίσει τη δυνατότητα χορήγησης πίστωσης σε ποσό 10% του προϋπολογισμού δημοπράτησης, ήτοι ποσού $2.016.129,03 \text{ €} \times 10\% = 201.612,90 \text{ €}$. Όπως όμως και ανωτέρω αναφέραμε το άρθρο 23.5.στ. της διακήρυξης δεν μπορεί να θέτει κριτήριο ποιοτικής επιλογής και δεν μπορεί να διαφοροποιείται από το περιεχόμενο του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής του άρθρου 22.Γ.ε. Όταν το κριτήριο επιλογής απαιτεί την εξέταση αιτήματος χορήγησης πίστωσης από τον ανάδοχο ύψους 10% του ποσού της ανάθεσης, ήτοι ποσού 167.817,07 € είναι αδιανόητο και εκτός λογικής να απαιτείται από τους διαγωνιζόμενους υποβολή βεβαίωσης για ποσό επί του προϋπολογισμού προσφοράς, ήτοι μεγαλύτερο του προβλεπόμενου από το άρθρο 22.Γ.ε ποσού. Ούτε δύναται να θεωρηθούν οι διατάξεις του άρθρου 23 ειδικότερες αυτών του 22 ώστε να ισχύσει ο κανόνας οι ειδικότερες διατάξεις υπερισχύουν των γενικών. Και τούτο διότι οι διατάξεις του άρθρου 23 λόγω του περιεχομένου τους (αποδεικτικά μέσα) έχουν διαδικαστικό προεχόντως χαρακτήρα ως «εκτελεστικές» της ουσιαστικής ρύθμισης του άρθρου 22.Γ.ε που απαιτεί την εξασφάλιση χρηματοδότησης για την απρόσκοπτη εκτέλεση του έργου που έχει ανατεθεί βάσει συγκεκριμένου εργολαβικού ανταλλάγματος. Εφόσον το έργο θα εκτελεσθεί βάσει του ποσού των 1.678.170,75 €, που είναι η προσφορά της Κοινοπραξίας μας ως αναδόχου, είναι παράλογο να ισχυρίζεται κάποιος ότι απαιτείται εξασφάλιση χρηματοδότησης επί μεγαλύτερου ποσού. Και ναι μεν το άρθρο 23.5.στ. πρώτο εδάφιο της διακήρυξης εφόσον δεν προσεβλήθη είναι δεσμευτικό όμως είναι δεσμευτικό ως προς το πραγματικό περιεχόμενό του το οποίο όπως

προκύπτει από το συνδυασμό του άρθρου 22.Γ.ε. και του 2ου εδαφίου του άρθρου 23.5.στ. είναι ότι απαιτείται η εξασφάλιση χρηματοδότησης με το ποσοστό 10% ποσού της ανάθεσης. Εν όψει των ανωτέρω η προσκομισθείσα βεβαίωση της Τράπεζας ... προς την δανειοπάροχό μας εταιρία «...» καλύπτει τους όρους της διακήρυξης και όσα περί του αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα επικαλούμενη το πρώτο εδάφιο του εκτελεστικού του άρθρου 22.Γ.ε της διακήρυξης άρθρου 23,5.στ. είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

2. Όπως γίνεται δεκτό κατά πάγια νομολογία, η αυστηρή ερμηνεία και εφαρμογή των όρων της διακήρυξης πρέπει να σχετίζεται με τη σαφήνιά της, 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. 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., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Universale- Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, WienstrommGmbH, ΣτΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214- 5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23). 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 (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused

Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). 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 υποχρεώσεων 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 (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ , σελ. 776).

Τα ως άνω σημαίνουν, όπως προκύπτει δε και από παγία νομολογία της ΑΕΠΠ (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 132, 233, 234, 237, 246/2017 και 18, 80/2018), ότι 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 προκύπτουν βάσεις απόρριψης της προσφοράς τους, οι οποίες, όμως, ουδόλως προέκυπταν, με πλήρη σαφήνεια, από το ίδιο το ρητό κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης. Όλα τα ανωτέρω συγκλίνουν στο συμπέρασμα ότι η ασάφεια των όρων της διακήρυξης ερμηνεύεται εις βάρος του συντάξαντος αυτήν και όχι σε βάρος του διαγωνιζόμενου που παρασύρθηκε από το ασαφές περιεχόμενό τους (ΕΑ ΣτΕ 817/2006). Από όσα ανωτέρω αναλυτικά έχουμε αναφέρει είναι προφανής και πέραν πάσης αμφιβολίας η αντίφαση μεταξύ των όρων της διακήρυξης που προσδιορίζουν το ελάχιστο απαιτούμενο ποσό πίστωσης που θα πρέπει να έχει εξασφαλίσει ο ανάδοχος για την πλήρωση του κριτηρίου 22.Γ.ε της διακήρυξης. Συγκεκριμένα:

- Το άρθρο 22.Γ.ε της διακήρυξης, που είναι η ουσιαστική ρύθμιση, απαιτεί οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν αποδεδειγμένα ικανότητα χρηματοδότησης της κατασκευής του έργου ώστε να εξασφαλισθεί η

εμπρόθεσμη και σύμφωνη με τη σύμβαση υλοποίησή του. Η αναθέτουσα αρχή με την ανάδειξη της εταιρίας μας ως αναδόχου κρίνει ότι το έργο θα εκτελεσθεί άρτια, έντεχνα και εμπρόθεσμα αντί του ποσού των 1.678.170,15 €, πλέον ΦΠΑ. Το πρώτο εδάφιο του εκτελεστικού άρθρου 23.5.στ της διακήρυξης προβλέπει την υποβολή βεβαίωσης πιστωτικού ή χρηματοδοτικού ιδρύματος από την οποία να προκύπτει για το χρόνο υποβολής προσφοράς δυνατότητα πίστωσης ποσοστού 10% του προϋπολογισμού.

- Το δεύτερο εδάφιο του εκτελεστικού άρθρου 23.5.στ της διακήρυξης προβλέπει την υποβολή βεβαίωσης πιστωτικού ή χρηματοδοτικού ιδρύματος από την οποία να προκύπτει ότι ο ανάδοχος έχει εξασφαλίσει την συναίνεση τράπεζας για την εξέταση αιτήματος χρηματοδότησης ποσού 10% τουλάχιστον του ποσού της ανάθεσης.

Από τις ανωτέρω αναφορές καθίσταται προφανής η αντίφαση και ασάφεια των άρθρων της διακήρυξης όχι μόνο μεταξύ τους αλλά και μεταξύ των εδαφίων του αυτού άρθρου 23.5.στ.

Συνεπώς τυχόν απόρριψη της προσφοράς μας για τον επικαλούμενο από την προσφεύγουσα λόγο θα είναι άκυρη λόγω της ασάφειας των όρων της διακήρυξης.

3. Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης και την απόρριψη της προσφοράς μας με την αιτιολογία ότι η διανειοπάροχός μας εταιρία «...» δεν απέδειξε ότι πληροί το κριτήριο επιλογής του άρθρου 22.Γ.ε. της διακήρυξης για το οποίο και μας παρέχει δάνεια εμπειρία, ήτοι διότι με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν απέδειξε ότι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς είχε δυνατότητα χορήγησης πίστωσης από πιστωτικό ίδρυμα ποσού 10% του προϋπολογισμού του έργου. Με τέτοιο περιεχόμενο ο ισχυρισμός της αιτούσας είναι απορριπτέος ως αλυσιτελώς και άνευ έννομου συμφέροντος προβαλλόμενος.

Συγκεκριμένα:

Στο άρθρο 23.2. της διακήρυξης ορίζεται: [...] Περαιτέρω το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 που διέπει την διαγωνιστική διαδικασία ορίζει ότι: [...]

Επισημαίνουμε ότι ο συγκεκριμένος όρος της διακήρυξης δεν προσεβλήθη ούτε από την προσφεύγουσα ούτε από κάποιον άλλο διαγωνιζόμενο και επομένως είναι δεσμευτικός τόσο για την αναθέτουσα αρχή, όσο και για τους διαγωνιζόμενους.

Σημειωτέον ότι ως κριτήριο επιλογής νοείται, σύμφωνα με τις διατάξεις της Οδηγίας αλλά και του ν.4412/2016 και η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Ειδικότερα, στην παρ. 1 του άρθρου 75 ν. 4412/2016 ορίζεται ότι τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Σύμφωνα δε με την παρ. 3 του ίδιου άρθρου 75 ν. 4412/2016, όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια – ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Επί τη βάση των προαναφερθεισών διατάξεων ουδόλως μπορεί να αμφισβητηθεί ότι η αξιούμενη στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια συνιστά κριτήριο επιλογής.

Σύμφωνα με τις προαναφερθείσες ως άνω διατάξεις, εισάγεται το πρώτον, *expressis verbis*, η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ζητά από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, σε περίπτωση που διαπιστώσει τη συνδρομή ενός από τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού των παρ.1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 του ν. 4412/2016 ή τη μη πλήρωση των σχετικών κριτηρίων επιλογής που ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης και αφορούν στις ικανότητες του τρίτου στις οποίες ο συμμετέχων οικονομικός φορέας βασίζεται.

Επομένως, σε οιαδήποτε περίπτωση ανακύψει ζήτημα μη πληρώσεως κριτηρίου επιλογής ή συνδρομής λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του υποδεικνυόμενου παρόχου δάνειας ικανότητας, δεν επιτρέπεται, επί τη βάση

των προαναφερθεισών διατάξεων, ο αποκλεισμός του συμμετέχοντος, αντιθέτως επιβάλλεται στην αναθέτουσα αρχή να αιτηθεί την αντικατάσταση του τρίτου οικονομικού φορέα. Η βούληση του ενωσιακού νομοθέτη προδήλως ήταν να διασφαλίσει συνθήκες μεγαλύτερης ευελιξίας και ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης, παρέχοντας έτσι στον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα μεγαλύτερη ευελιξία για την παραδεκτή συμμετοχή του στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης με χρήση δάνειας ικανότητας καθόσον έχει την ευκαιρία παραδεκτώς και νομίμως να αντικαθιστά τον υποδεικνυόμενο τρίτο πάροχο δάνειας ικανότητας (Ε. Βλάχου σε Δ. Ράικος, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016, κατ' άρθρο ερμηνεία, ερμηνεία υπό το άρθρο 78, σελ.751 και Β. Χριστιανός, Θ. Πανάγος-Δημόσιες Συμβάσεις, Ερμηνεία κατ' άρθρο, νόμοι 4412/2016 και 4413/2016, ΣτΕ 2025/2019, ΑΕΠΠ 589/2019, 593/2019).

Προς επιβεβαίωση των ανωτέρω, στην κατευθυντήρια Οδηγία 18 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) που έχει εκδοθεί στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της εν λόγω ανεξάρτητης αρχής με σκοπό την ερμηνεία και εφαρμογή των διατάξεων του ν. 4412/2016, αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι «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 των παραγράφων 1, 2 και 4 του άρθρου 22.Α» (σ.σ οι εν λόγω παράγραφοι αναφέρονται στους υποχρεωτικούς και οι δυνητικούς λόγους αποκλεισμού που προβλέπονται στην εκάστοτε διακήρυξη), ενώ στην Κατευθυντήρια Οδηγία 14 με θέμα “Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων” αναφέρεται ότι «Η Αναθέτουσα Αρχή ελέγχει (σύμφωνα με τα άρθρα 59, 60 και 61 της οδηγίας) αν πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής οι φορείς στις ικανότητες των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί και αν συντρέχουν στο πρόσωπό τους λόγοι αποκλεισμού. Πιο συγκεκριμένα, η Αναθέτουσα Αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό

κριτήριο επιλογής ή για τον οποίον συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού».

Εκ των ανωτέρω αδιαστίκτως συνάγεται ότι σε περίπτωση που τυχόν ήθελε διαπιστωθεί στο πλαίσιο οιασδήποτε διαγωνιστικής διαδικασίας ότι τρίτος οικονομικός φορέας, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο συμμετέχων, δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής ήτοι και τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας ή συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή δεν δικαιούται να απορρίψει την υποψηφιότητα ή προσφορά, αναλόγως της περιπτώσεως (κλειστή ή ανοικτή διαδικασία) του διαγωνιζομένου, αλλά οφείλει να ζητήσει από τον υποψήφιο ή διαγωνιζόμενο την αντικατάσταση του τρίτου παρόχου της δανειζόμενης ικανότητας.

Από όσα ανωτέρω αναφέρονται προκύπτει ότι ακόμη κι αν ήθελε θεωρηθεί ότι η δανειοπάροχός μας εταιρία «...» δεν πληροί το κριτήριο επιλογής του άρθρου 22.Γ.ε για το οποίο και μας παρέχει δάνεια εμπειρία, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να αποκλείσει την Κοινοπραξία μας από το διαγωνισμό αλλά οφείλει να μας καλέσει να αντικαταστήσουμε την εταιρία «...» (ΣΤΕ 2025/2019, ΑΕΠΠ 583/2019, 593/2019). Επισημαίνουμε ότι με την υπ' αριθμ. C-210/20 απόφαση του ΔΕΕ κρίθηκε ότι είναι άκυρος ο αποκλεισμός διαγωνιζόμενου, στην περίπτωση υποβολής ψευδούς δήλωσης από τον δανειοπάροχο, χωρίς να του δοθεί η δυνατότητα να αντικαταστήσει τον δανειοπάροχο.

Συνεπώς οι προβαλλόμενοι με την υπό κρίση προσφυγή λόγοι που αφορούν λόγους μη πλήρωσης κριτηρίων επιλογής από την δανειοπάροχό μας προβάλλονται αλυσιτελώς και άνευ εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας [...].».

19. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας

του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης [...]».

20. Επειδή στο άρθρο 53 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: [...]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...], ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων,, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα, όπως δηλώσεις και δικαιολογητικά, [.....]».

21. Επειδή στο άρθρο 75 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν:

α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας,

β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια,

γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...].3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική

επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων.

Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341.

Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων [...].».

22. Επειδή στο άρθρο 78 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 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 τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ` του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α` ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα 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 αυτό.

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, 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 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 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 τα 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 [...]».

23. Επειδή στο άρθρο 80 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και

στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76.

Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. Οσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους [...].⁴ Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α`. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο [...].».

24. Επειδή το άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

25. Επειδή το άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση

της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

26. Επειδή στην επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται ότι: «[...]4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης

α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης.

β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή.

γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές.

Το παρόν εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή τυχόν ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α' ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών, σύμφωνα με τα ανωτέρω υπό β) και γ) αναφερόμενα, προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999 "Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας", όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4250/2014.

δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι:

i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή

ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή

ii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας,

απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας [...].22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Η οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα των οικονομικών φορέων, αποδεικνύεται σωρευτικά (επί ποινή αποκλεισμού), με βάση τις κάτωθι απαιτήσεις : [...]

ε) Οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν αποδεδειγμένα την ικανότητα χρηματοδότησης της κατασκευής του έργου ώστε να εξασφαλισθεί η εμπρόθεσμη και σύμφωνη με τη σύμβαση υλοποίησή του.

Η χρηματοοικονομική και οικονομική επάρκεια μπορεί να προκύπτει είτε αθροιστικά από τα μέλη της Ένωσης Οικονομικών Φορέων είτε από ένα μόνο

μέλος αυτής [...] 22.ΣΤ. Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)

Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

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

Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων (για τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) [...] Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής [...] Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του το δικό του ΤΕΥΔ και το ΤΕΥΔ κάθε φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται. [...] 23. 2 . Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)

Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών, υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 22 Α της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (άρθρου 22 Β - Ε).

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 των παραγράφων 1, 2, 2α και 4 του άρθρου 22 Α. [...] 23.5. Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ

Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται:[...]

(στ) Προς απόδειξη ικανοποίησης των όρων της παρ. 22.Γ.ε) της παρούσας οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση από πιστωτικό ή χρηματοδοτικό ίδρυμα ή άλλο φορέα που έχει την κατά νόμο δυνατότητα σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4261/2014, με την οποία βεβαιώνεται ότι υφίσταται μεταξύ αυτού και του οικονομικού φορέα συνεργασία που του εξασφαλίζει κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς τη δυνατότητα χορήγησης πίστωσης σε ποσό ανερχόμενο σε ύψος 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού δημοπράτησης και θα εξετάσει αίτημα χορήγησης πίστωσης για την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου, εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος, ανερχόμενο σε ύψος 10% τουλάχιστον του ποσού ανάθεσης.

Η επιτροπή διαγωνισμού διατηρεί το δικαίωμα να ελέγξει/διερευνήσει και να επιβεβαιώσει την ακρίβεια των αναγραφόμενων στοιχείων [.....]».

27. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

28. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

29. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης

μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manona*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

30. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

31. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση

της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

32. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

33. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου...*», «*οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

34. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία καθόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση *Pirro Pizzo*, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τήρησης από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας).

35. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Επισημαίνεται ότι όλα τα κριτήρια επιλογής είναι προαιρετικά και τίθενται στη διακήρυξη κατά την κρίση και τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η οποία έχει τη δυνατότητα, να επιλέξει ένα, περισσότερα ή όλα ενδεχομένως τα ως άνω κριτήρια επιλογής, συνεκτιμώντας τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση σύμβασης (εκτιμώμενη αξία αυτής, ειδικές περιστάσεις κλπ), με σχετική πρόβλεψη στη διακήρυξη. Ωστόσο, εφόσον τεθούν στη διακήρυξη, η πλήρωση τους καθίσταται υποχρεωτική. Ειδικότερα, η συμπερίληψή τους αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής σε σχέση με την υπό ανάθεση σύμβαση (βλ. ΑΕΠΠ 687/2019).

36. Επειδή με το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, 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 επάρκειά του, είτε την τεχνική ή επαγγελματική ικανότητά του, ανεξαρτήτως της νομικής φύσεως των δεσμών του με τους φορείς αυτούς. Εφόσον ο υποψήφιος οικονομικός φορέας αδυνατεί να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, έχει το δικαίωμα να συμμετέχει στην διαδικασία ανάθεσης με προσφυγή στις δυνατότητες τρίτου φορέα για την απόδειξη της καταλληλότητάς του, αρκεί να αποδείξει με την προσκόμιση

των αποδείξεων που προβλέπονται στην διακήρυξη, δέσμευση του τρίτου φορέα ότι θα διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους, ώστε να βρίσκονται στη διάθεσή του αναδόχου για την εκτέλεση της σύμβασης. Το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, συνάδει με τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό Οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών και περαιτέρω στην διευκόλυνση της προσβάσης των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις (ΔΕΕ, Απόφαση της 7.4.2016, υπόθεση C-324/14, *Partner Apelski Dariusz κατά Zarząd Oczyszczania Miasta*, σκ. 33, 34, Απόφαση της 10.10.2013, υπόθεση C-94/12, *Swm Construzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI κατά Provincia di Fermo*, σκ. 29 και 33). Ο δανεισμός της ικανότητας μπορεί να έχει ως νομική βάση οποιαδήποτε άλλη έννομη σχέση, αρκεί να αποδεικνύεται με την προσκόμιση των αποδείξεων που προβλέπονται στην διακήρυξη η δέσμευση περί διάθεσης των πόρων από τον τρίτο προς τον προσφέροντα για τους σκοπούς εκτέλεσης της προμήθειας εφόσον ανατεθεί. . Αρκεί δηλαδή να υφίσταται η εν λόγω δέσμευση του τρίτου, ανεξάρτητα από τη φύση του νομικού δεσμού μεταξύ του διαγωνιζόμενου και του τρίτου, στα πλαίσια της οποίας θέλει αναπτυχθεί συνεργασία περί την εκτέλεση της σύμβασης εφόσον ανατεθεί (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σ.451 με παραπομπές σε ΔΕΚ Απόφαση της 2.12.1999, υπόθεση C-176/98, *Holst Italia κατά Comune di Cagliari*, Απόφαση της 12.7.2001, υπόθεση C-399/98, *Ordine degli Architecti delle Province di Milano e Lodi κ.λ.π. κατά Comune di Milano*).

37. Επειδή, 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. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96, 246/2017, 253/2017).

38. Επειδή με τον μόνο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθεί διότι δεν απέδειξε το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας διότι από την τραπεζική βεβαίωση που υπέβαλε η εταιρεία στις ικανότητες της οποίες στηρίζεται η παρεμβαίνουσα δεν προκύπτει ότι, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, υπήρχε η δυνατότητα άντλησης, κατ'ελάχιστον, πίστωσης ύψους 10% του προϋπολογισμού δημοπράτησης, ως απαιτεί η Διακήρυξη, αν και προκύπτει υφιστάμενη συνεργασία με την εν θέματι τράπεζα. Κατά την προσφεύγουσα, η δυνατότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών όλων των κατηγοριών κατ'ανώτατο ύψος 150.000 ευρώ το οποίο προκύπτει από την υποβληθείσα βεβαίωση, δεν αποτελεί τραπεζικό προϊόν άντλησης πίστωσης αλλά ούτε και η δυνατότητα άντλησης κεφαλαίου κίνησης κατ'ανώτατο όριο 200.000 ευρώ εφόσον το 10% του προϋπολογισμού ανέρχεται σε 201.612.90 ευρώ.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι, κατόπιν της άσκησης της υπό εξέταση προσφυγής, απέστειλε νέο μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην εν θέματι τράπεζα ζητώντας εκ νέου να διευκρινιστεί ποια ποσά από τα αναγραφόμενα στη βεβαίωση της πιστοληπτικής ικανότητας της εταιρείας στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται η παρεμβαίνουσα, αφορούν την ικανότητα χρηματοδότησης κατασκευής του

έργου, μέσω της χορήγησης πίστωσης και ότι η τράπεζα διευκρίνισε ότι τα ποσά υπό στοιχείο (Α) «Για Ε/Ε όλων των κατηγοριών κατ' ανώτατο όριο ΕΥΡΩ 150.000,00 και (Β) «Για επιχειρήσεις Κεφαλαίου Κίνησης κατ' ανώτατο όριο ΕΥΡΩ 200.000,00, είναι δυνατόν να αναπροσαρμόζονται, εφόσον η εταιρεία παρέχει τις ανάλογες εγγυήσεις, καθώς η έγκριση πιστοδοτικού ορίου εγγυητικών επιστολών κάθε τύπου και η έγκριση πιστοδοτικού ορίου Κεφαλαίου Κίνησης βασίζονται στον ίδιο πιστοληπτικό έλεγχο. Κατόπιν τούτου, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι υφίσταται απόκλιση από τους όρους της Διακήρυξης που έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού.

Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της υποστηρίζει ότι η Διακήρυξη απαιτεί ο προσωρινός ανάδοχος να αποδείξει ότι διαθέτει αποδεδειγμένα την ικανότητα χρηματοδότησης κατασκευής του έργου προκειμένου να εξασφαλισθεί η εμπρόθεσμη, άρτια και έντεχνη εκτέλεση αυτού και ότι η διάταξη του άρθρου 23.5.στ. που επικαλείται η προσφεύγουσα, δεν θέτει προϋποθέσεις παραδεκτής συμμετοχής αλλά το δικαιολογητικό που πρέπει να προσκομισθεί και τυχόν απόκλισή της από την ουσιαστική ρύθμιση του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης δεν δύναται να αποτελέσει νόμιμο λόγο απόρριψης προσφοράς διαγωνιζόμενου. Εν προκειμένω, κατά την παρεμβαίνουσα, για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 22.Γ.ε. της διακήρυξης, ήτοι της απαιτούμενης εξασφάλισης χρηματοδότησης της κατασκευής του έργου, απαιτείται η προσκόμιση βεβαίωσης Τράπεζας που θα βεβαιώνει ότι θα εξετάσει αίτημα του αναδόχου για χορήγηση πίστωσης ύψους 10% του ποσού της ανάθεσης ήτοι $1.678.170,75 \text{ €} \times 10\% = 167.817,07 \text{ ευρώ}$ καθώς και ότι έχει εγκριθεί για χρηματοδοτήσεις κεφαλαίου κίνησης το ποσό των 200.000,00 ευρώ, ήτοι ποσό ανώτερο του 10% του ποσού της ανάθεσης, και ότι πρόκειται να εξετάσει αίτημα χρηματοδότησης έως 10% του ποσού του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ. Κατά την παρεμβαίνουσα, εφόσον η αναθέτουσα αρχή με την ανάδειξή της ως αναδόχου κρίνει ότι το έργο θα εκτελεσθεί άρτια, έντεχνα και εμπρόθεσμα αντί του ποσού των 1.678.170,15 €, πλέον ΦΠΑ, ως

απαιτεί το άρθρο 22.Γ.ε, υφίσταται αντίφαση με την απαίτηση του άρθρου 23.5.στ που προβλέπει την υποβολή της τραπεζικής βεβαίωσης στην οποία να αναφέρεται ότι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ο διαγωνιζόμενος έχει εξασφαλίσει τη δυνατότητα χορήγησης πίστωσης σε ποσό 10% του προϋπολογισμού δημοπράτησης, ήτοι για ποσό μεγαλύτερο από αυτό του ποσού ανάθεσης και για τον λόγο αυτό δεν μπορεί να απορριφθεί η προσφορά της. Σε κάθε περίπτωση, ως διατείνεται η παρεμβαίνουσα, η αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να ζητά από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, σε περίπτωση που διαπιστώσει τη συνδρομή ενός από τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού ή τη μη πλήρωση των σχετικών κριτηρίων επιλογής που ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης και αφορούν στις ικανότητες του τρίτου στις οποίες ο συμμετέχων οικονομικός φορέας βασίζεται.

39. Επειδή σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο άρθρο 22.Γ ε) προβλέπεται ότι η οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα των οικονομικών φορέων, αποδεικνύεται, επί ποινή αποκλεισμού, και με βάση την απαίτηση οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν αποδεδειγμένα την ικανότητα χρηματοδότησης της κατασκευής του έργου ώστε να εξασφαλισθεί η εμπρόθεσμη και σύμφωνα με τη σύμβαση υλοποίησή του, ενώ στο άρθρο 22 ΣΤ προβλέπεται η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων για την πλήρωση του ως άνω κριτηρίου. Περαιτέρω, στο άρθρο 23.5 προβλέπεται ότι, προς απόδειξη της ως άνω απαίτησης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση από πιστωτικό ή χρηματοδοτικό ίδρυμα ή άλλο φορέα που έχει την κατά νόμο δυνατότητα σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4261/2014, με την οποία βεβαιώνεται ότι υφίσταται μεταξύ αυτού και του οικονομικού φορέα συνεργασία που του εξασφαλίζει κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς τη δυνατότητα χορήγησης πίστωσης σε ποσό ανερχόμενο σε ύψος 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού δημοπράτησης και θα εξετάσει αίτημα

χορήγησης πίστωσης για την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου, εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος, ανερχόμενο σε ύψος 10% τουλάχιστον του ποσού ανάθεσης.

40. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η παρεμβαίνουσα έχει υποβάλει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης την από 12-05-2021 βεβαίωση της Τράπεζας ...προς την εταιρεία με την επωνυμία «...», στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, η οποία αναφέρει αυτολεξεί τα κάτωθι: « [...] βεβαιώνουμε με την παρούσα ότι η συνεργασία σας με την Τράπεζά μας διεξάγεται σε απόλυτα ικανοποιητικό επίπεδο και αποτελείτε για εμάς, μέχρι σήμερα, ένα συνεπή και αξιόπιστο πελάτη.

Η Τράπεζα έχει εγκρίνει για την εταιρία σας, με όρους και προϋποθέσεις που έχει καθορίσει η Τράπεζα και για τους οποίους έχετε ενημερωθεί, συνολικό πιστοδοτικό όριο Ευρώ εννιακοσίων πενήντα χιλιάδων (€950.000,00), ως εξής:

A) Για Ε/Ε όλων των κατηγοριών κατ' ανώτατο ΕΥΡΩ 150.000,00

B) Για χρηματοδοτήσεις Κεφαλαίου Κίνησης κατ' ανώτατο ΕΥΡΩ 200.000,00

Γ) ΕΠΙΧΕΙΡΗΜ ΧΡΗΜΑΤ - ΤΕΠΙΧ II Κ/Κ COVID-19 αρχικού ποσού ΕΥΡΩ 300.000,00 και σημερινού υπολοίπου ΕΥΡΩ 284.491,82

Δ) Κ/Κ ΜΕ ΕΓΓΥΗΣΗ ΕΑΤ ΧΡΕΟΛ (COVID-19) αρχικού ποσού ΕΥΡΩ 300.000,00 και σημερινού υπολοίπου ΕΥΡΩ 300.000,00

Η Τράπεζά μας προτίθεται να εξετάσει αίτημα για χρηματοδότηση με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (χωρίς ΦΠΑ), αν και εφόσον η ένωση οικονομικών φορέων «...», στον οποίο παρέχετε ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ για την εκπλήρωση των κριτηρίων Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής επάρκειας που αναφέρονται στο άρθρο 22Γ ε) της παραπάνω διακήρυξης και είστε από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης του παραπάνω έργου, αναδειχθεί ανάδοχος του έργου, με βάση τα τραπεζικά κριτήρια, τους ισχύοντες νομισματικούς

κανόνες, την οικονομική κατάσταση και τις προοπτικές της εταιρείας σας κατά το χρόνο υποβολής του, χωρίς να αναλαμβάνει με την παρούσα, δέσμευση ικανοποιήσεως τους.

Η παρούσα δεν συνεπάγεται καμία ανάληψη ευθύνης από την Τράπεζα μας και τα στελέχη της, κατά το άρθρο 729 ΑΚ, ούτε συνιστά ανάληψη οποιασδήποτε υποχρέωσης και συνεπώς δεν παράγει κανένα έννομο αποτέλεσμα».

41. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι με την υποβληθείσα τραπεζική βεβαίωση δεν προκύπτει ότι, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, υπήρχε η δυνατότητα άντλησης, κατ'ελάχιστον, πίστωσης ύψους 10% του προϋπολογισμού δημοπράτησης, δοθέντος ότι ρητώς αναφέρεται ότι η τράπεζα προτίθεται να εξετάσει αίτημα για χρηματοδότηση με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (χωρίς ΦΠΑ), αν και εφόσον η παρεμβαίνουσα αναδειχθεί ανάδοχος του έργου. Ομοίως, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η δυνατότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών όλων των κατηγοριών κατ'ανώτατο ύψος 150.000 ευρώ δεν αποτελεί τραπεζικό προϊόν άντλησης πίστωσης αλλά ούτε και η δυνατότητα άντλησης κεφαλαίου κίνησης κατ'ανώτατο όριο 200.000 ευρώ καλύπτει την απαίτηση της Διακήρυξης να εξασφαλίζεται κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς η δυνατότητα χορήγησης πίστωσης ποσού ανερχόμενου σε τουλάχιστον 10% του προϋπολογισμού, εφόσον το 10% του προϋπολογισμού ανέρχεται σε 201.612.90 ευρώ. Στη δε απάντησή της στο από 18-10-2021 μήνυμά της στην αναθέτουσα αρχή, το οποίο επισυνάπτει με τις απόψεις της, η Τράπεζα Πειραιώς απλώς διευκρινίζει ότι τα αναφερόμενα στην από 12-05-2021 βεβαίωσή της ποσά δύναται να αναπροσαρμοσθούν υπό προϋποθέσεις. Οι δε ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι υφίσταται αντίφαση μεταξύ των όρων της Διακήρυξης τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι δοθέντος ότι στη Διακήρυξη καθορίζεται ρητώς και σαφώς το περιεχόμενο της τραπεζικής βεβαίωσης που

απαιτούνταν προς απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 22.Γ ε) ώστε ο ευλόγως ενημερωμένος και κανονικά επιμελής υποψήφιος να δύναται να κατανοήσει το ακριβές περιεχόμενο αυτής και, σε κάθε περίπτωση, ως απαράδεκτοι ως ανεπικαίρως προβαλλόμενοι καθώς βάλλουν εμπέσω κατά όρων της Διακήρυξης. Επομένως, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα και παραδέχεται η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ότι η υποβληθείσα τραπεζική βεβαίωση του τρίτου στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται η παρεμβαίνουσα, δεν αποδεικνύει την πλήρωση της απαίτησης του άρθρου 22.Γ περ. ε περί ικανότητας χρηματοδότησης της κατασκευής του έργου ώστε να εξασφαλισθεί η εμπρόθεσμη και σύμφωνη με τη σύμβαση υλοποίησή του, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα. Ωστόσο, βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι στην περίπτωση αυτή η προσφορά της δεν είναι απορριπτέα άνευ ετέρου καθώς, σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν.4412/2016 που αποτελεί κανονιστικό πλαίσιο της υπό ανάθεση σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής, ενώ, σύμφωνα με το άρθρο 23.2 της Διακήρυξης, αντίστοιχα, ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής. Επομένως, εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή έκανε αποδεικτική την προσφορά της παρεμβαίνουσας και έπρεπε, προτού αποφανθεί οριστικά, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να ζητήσει από την παρεμβαίνουσα να αντικαταστήσει τον οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε για την πλήρωση του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δοθέντος ότι η εταιρεία με την επωνυμία «...» δεν πληρούσε το ως άνω κριτήριο σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης. Συνακόλουθα, ο μόνος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός.

42. Επειδή η εισήγηση γίνεται εν συνόλω δεκτή.

43. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

44. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

45. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 43, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την 594/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα ποσού δέκα χιλιάδων ογδόντα πέντε (10.085) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 25 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ