

**Η  
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)  
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Ειρήνη Αποκάρδου-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 14.08.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 813/16.08.2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....και με διακριτικό τίτλο.....», (εφεξής προσφεύγων) που εδρεύει στην..., επί της οδού ....νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Ηλιούπολης (εφεξής αναθέτουσα αρχή) όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση στο σύνολό της της με αρ. πρωτ. 14108/16.07.2018 Διακήρυξης του Δήμου Ηλιούπολης για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης με αντικείμενο «*Προμήθεια για την Βελτίωση – Αναβάθμιση του Δημοτικού Φωτισμού με χρήση νέων τεχνολογιών και εξοικονόμηση ενέργειας*».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη  
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 14.885,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 229114029958 1012 0007, αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής της

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

Εθνικής Τράπεζας της 13.06.2018, εκτύπωση του e-παραβόλου από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2.Επειδή με την υπ' αριθμ. 14108/2018 Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό Άνω των Ορίων για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης με αντικείμενο «*Προμήθεια για την Βελτίωση – Αναβάθμιση του Δημοτικού Φωτισμού με χρήση νέων τεχνολογιών και εξοικονόμηση ενέργειας*», (Κωδικός CPV : 34928500-3) προϋπολογισμού 2.976 889.50 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με χρήση προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας σε συνάρτηση με τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής (άρθρα 86 και 87 ν.4412/2016).

Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, σύμφωνα με το άρθρο 1.5 της διακήρυξης, ορίσθηκε η Δευτέρα 27 Αυγούστου 2018 και ώρα 13:00 και ημερομηνία αποσφράγισης η 31.08.2018.

3. Επειδή περίληψη της διακήρυξης απεστάλη για δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 17.07.2018, όπου έλαβε αριθμό 2018/S 137-312378 (19.07.2018) και το πλήρες κείμενο αυτής καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC003461519 07-20-2018, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, ομοίως στις 20.07.2018 όπου έλαβε συστημικό αριθμό 60874.

4. Επειδή ο προσφεύγων κατέθεσε στις 14.08.2018 στην λειτουργικότητα «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, νομίμως υπογεγραμμένη, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 την οποία κοινοποίησε αυθημερόν στην Αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή η προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής ως εκ του αντικείμενου της, της προϋπολογισθείσας δαπάνης αλλά και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 προέβη στις 17.08.2018 σε ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και σε κοινοποίησή της δια μέσου της «επικοινωνίας» προς όλους τους «συμμετέχοντες» προκειμένου να λάβει γνώση κάθε ενδιαφερόμενος τρίτος, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

7.Επειδή με τον όρο 2.1.5 της διακήρυξης «Εγγυήσεις» ορίζεται μεταξύ άλλων «Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη μέλη της ΣΔΣ και έχουν σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακαταθήκη σε αυτό του αντίστοιχου ποσού... Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου...». Ειδικότερα, δίπλα ακριβώς από τον τίτλο «Εγγυήσεις» παρατίθεται ο αριθμοδείκτης 20 που παραπέμπει στην αντίστοιχη υποσημείωση της ίδιας σελίδας 22 και η οποία υποσημείωση αναφέρει «Πρβλ. παρ. 3, 4 και 5 άρθρου 72 ν. 4412/16».

Στη συνέχεια επακολούθησε την 25.07.2018 ανάρτηση στην «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού εκ μέρους έτερου οικονομικού φορέα με αίτημα παροχής διευκρινιστικής απάντησης, ως εξής : «Στην παράγραφο 2.1.5 «Εγγυήσεις» της διακήρυξης (σελ. 22) αναφέρεται ότι: «Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη- μέλη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού.» Ο παραπάνω ορισμός προέρχεται από το άρθρο 72 παρ. 3 του ν.4412/2016. Ωστόσο, σε συνέχεια της από 31/5/2018 τροποποίησης του εν λόγω άρθρου με τον ν.4541/2018 (Α'93 / 31.05.2018),

## **Αριθμός απόφασης: Α381/2018**

μετά τις λέξεις «χρηματοδοτικά ιδρύματα» προστίθενται οι λέξεις «ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α'13)». Παρακαλούμε όπως διευκρινίσετε εάν είναι αποδεκτή η έκδοση των εν λόγω εγγυητικών επιστολών από ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α'13)». Επί του ανωτέρω ερωτήματος η αναθέτουσα αρχή απάντησε με το με αρ. πρωτ. 15383/03.08.2018 έγγραφό της, το οποίο κοινοποίησε δια της επικοινωνίας και ανάρτησε στην πρώτη σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 07.08.2018, επακριβώς το κάτωθι «Διευκρινίζεται ότι ισχύει ό,τι ακριβώς περιλαμβάνεται και μόνον στην παράγραφο 2.1.5 της διακήρυξης».

Στη συνέχεια κατόπιν άσκησης της υπό εξέταση προσφυγής η οποία αναρτήθηκε στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 14.08.2018, υποβλήθηκε στις 17.08.2018 ομοίως στην «επικοινωνία», το κάτωθι ερώτημα από έτερο οικονομικό φορέα «Παρακαλούμε να διευκρινίσετε και πάλι κατά πόσον γίνεται αποδεκτή η έκδοση εγγυητικών επιστολών από ασφαλιστικές επιχειρήσεις σύμφωνα με τον νόμο 4541/2018 ο οποίος τέθηκε σε ισχύ με τη δημοσίευσή του σε ΦΕΚ με ημερομηνία 31.05.2018 (ΦΕΚ ΤΕΥΧΟΣ Α' αριθ. 93/31.05.2018 ), πριν δηλαδή από τη διακήρυξη του διαγωνισμού του Δήμου Ηλιούπολης, με δεδομένο ότι άλλες αναθέτουσες αρχές ανάλογων διαγωνισμών (πχ Περιφέρεια Αττικής) έχουν διευκρινίσει σε ερωτήσεις διαγωνιζομένων ότι γίνονται αποδεκτές εγγυητικές επιστολές εκδιδόμενες και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις σύμφωνα με τον νόμο 4541/2018». Η αναθέτουσα αρχή με το με αρ. πρωτ. 15907/20.08.2018 έγγραφό της, το οποίο ομοίως ανάρτησε στην «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού στις 21.08.2018 αλλά και στην πρώτη σελίδα του διαγωνισμού, απάντησε τα κάτωθι «Λαμβάνοντας υπόψη το δεδομένο ότι η Περιφέρεια Αττικής ως Αναθέτουσα Αρχή έχει απαντήσει θετικά στο ίδιο ερώτημα σε ανάλογο πρόσφατο διαγωνισμό, δεδομένου επίσης ότι ο νόμος 4581/2018 ο οποίος έχει τεθεί σε ισχύ από τις 31.05.2018 προβλέπει αυτή τη δυνατότητα, τροποποιούμε προηγούμενη διευκρίνισή μας στην ίδια ερώτηση η οποία είχε υποβληθεί στο ΕΣΗΔΗΣ προς την αναθέτουσα αρχή στις 25/07/2018 13:19:33 και με αρ. πρωτ. οικ 14765 25/07/2018 και

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

διευκρινίζουμε εκ νέου ότι γίνονται αποδεκτές εγγυητικές επιστολές που έχουν εκδοθεί και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις, σύμφωνα με τον νόμο 4581/2018 που τέθηκε σε ισχύ από τη δημοσίευσή του στο ΦΕΚ., ήτοι από την 31.05.2018 (βλ. ΦΕΚ τεύχος Α', αρ. 93/31.05.2018) με τον οποίο τροποποιείται η παρ. 3 του άρθρου 72 του ν.4412/2016.» Στη συνέχεια, ο προσφεύγων στις 23.08.2018 απέστειλε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου έγγραφο τιτλοφορούμενο «**ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΟ ΥΠΟΜΝΗΜΑ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ**» το οποίο αναρτήθηκε στην πρώτη σελίδα του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού ομοίως στις 23.08.2018, το οποίο ως ρητά αναφέρει «δεν επέχει θέση προσθέτων λόγων επί της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π 813/16.08.2018 προσφυγής μας, παρά μόνο θέση αντίκρουσης επί του νέου στοιχείου που έχει προκύψει και το οποίο συνέχεται άμεσα με αυτήν», επισυνάπτοντας παράλληλα και την ανωτέρω διευκρινιστική απάντηση της ΑΕΠΠ. Η αναθέτουσα αρχή με το με αρ. πρωτ. 16087/24.08.2018 έγγραφο της με θέμα «Διαβίβαση συμπληρωματικών απόψεων ...» το οποίο κοινοποίησε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ ώρα 15:28 και ανάρτησε στην «επικοινωνία» του διαγωνισμού ομοίως αυθημερόν στις 15:56, ισχυρίζεται ότι το από 23.08.2018 ανωτέρω έγγραφο του προσφεύγοντος είναι απαράδεκτο, μη νόμιμο και ανυπόστατο.

8. Επειδή ο προσφεύγων με την από 14.08.2018 υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας δοθέντος ότι, ως ισχυρίζεται, επιθυμεί να υποβάλει προσφορά στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία αφού δραστηριοποιείται αποδεδειγμένα στην σχετική αγορά δημοσίων συμβάσεων. Επικαλείται δε προς απόδειξη του ενδιαφέροντος συμμετοχής του και της εν γένει δραστηριοποίησής του στη σχετική αγορά, την έως τώρα συμμετοχή του σε συναφούς αντικειμένου δημοπρατήσεις ανά την Ελλάδα, είτε αυτοτελώς, είτε ως μέλος Ενώσεων ή Κοινοπραξιών. Έτι περαιτέρω, το νομίμως δημοσιευμένο καταστατικό του, ως ισχυρίζεται, διαλαμβάνει μεταξύ άλλων και ως σκοπό της εταιρείας του την εμπορία, αντιπροσωπεία, μεσιτεία Φωτιστικών σωμάτων και Λαμπτήρων τεχνολογίας LED (Αριθμός Μητρώου ΕΒΕΑ ..... με αντικείμενο μεταξύ άλλων το χονδρικό εμπόριο φωτιστικού εξοπλισμού και τις υπηρεσίες εγκατάστασης ηλεκτρικού εξοπλισμού).

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

Εντούτοις, ως ισχυρίζεται, ο μη νόμιμος όρος της διακήρυξης, όπως τούτος αποσαφηνίστηκε κατά περιεχόμενο και έννοια πλην όμως δυσμενώς, και κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας, παραβιάζει προδήλως τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής και συνακόλουθα τον ελεύθερο ανταγωνισμό σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του αυτόν, προξενώντας του ανεπανόρθωτη βλάβη, ως ομοίως ισχυρίζεται. Περαιτέρω, αναφορικά με το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων εν γένει κατ' αρχήν παραδεκτώς, επικαλείται ότι «25.Επειδή με πρόδηλο έννομο συμφέρον ενσωματώνουμε στην προσφυγή μας αίτημα αναστολής της προόδου της διαδικασίας επιδιώκοντας εύλογα την αναστολή ισχύος της βαλλομένης διακηρύξεως καθώς και κάθε άλλο πρόσφορο μέτρο προκειμένου να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση και να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή εκτέλεσης οιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Επειδή, παρέπεται ότι όλες οι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων παρίστανται εν προκειμένω δοθέντος ότι, α) η κύρια προδικαστική προσφυγή μας τυγχάνει προδήλως παραδεκτή, β) σοβαρά πιθανολογείται εν προκειμένω εκ μέρους της Α.Α η παραβίαση κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και η ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.). 26. Επειδή περαιτέρω η ανάγκη αναστολής ισχύος των βαλλόμενων όρων και λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων μας παρίσταται αδήριτη, τόσο δοθέντος ότι εντός των επομένων ημερών, ήτοι την 27.08.2018 και ώρα 13.00, λήγει η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, όσο δοθέντος ότι λόγω των μη νόμιμων απαιτήσεων της διακήρυξης αδυνατούμε να υποβάλλουμε προσφορά και στερούμαστε ανεπίτρεπτα του δικαιώματος συμμετοχής, παρά την περί του αντιθέτου βούλησή μας και την εν γένει δραστηριοποίησή μας στην διεκδίκηση δημοσίων

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

συμβάσεων. Εξάλλου τυχόν μη αναστολή εκτέλεσης της βαλλόμενης διακήρυξης και μη ορισμός κατάλληλων προσωρινών μέτρων θα οδηγήσει αναπόφευκτα σε ανεπανόρθωτη βλάβη τόσο ημών, δοθέντος ότι δεν θα μπορούσαμε να λάβουμε μέρος στην διαγωνιστική διαδικασία, όσο όμως και στο δημόσιο συμφέρον, αφού η τυχόν εκκίνηση ή συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με τους μη νόμιμους όρους που βάλονται είναι βέβαιο ότι αφενός μεν θα οδηγήσει σε πολύ μικρότερο, από τον μέσο και αναμενόμενο, αριθμό συμμετεχόντων, συνακόλουθα σε επίτευξη περιορισμένου ανταγωνισμού και τελικώς σε επίτευξη μη βέλτιστου αποτελέσματος για το Δημόσιο, αφετέρου δε στην μη νομιμότητα και κανονικότητα του διαγωνισμού, ιδίως σε περίπτωση που γίνει δεκτή τελικώς η προσφυγή μας, ενώ όμως εν τω μεταξύ έχει διενεργηθεί ο διαγωνισμός, ώστε παραδεκτώς και βασίμως να σωρεύουμε στην παρούσα κατ' άρθρο 366, α) αίτημα αναστολής εκτέλεσης της βαλλόμενης διακήρυξης και β) αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας ως κατάλληλο προσωρινό μέτρο μέχρις εκδόσεως οριστικής απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής προσφυγής μας».

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, με το με αρ. πρωτ. 16046/24-8-2018 διαβιβαστικό έγγραφο της, τις με αρ. πρωτ. 15961/23-8-18 απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, σε συνέχεια των Πράξεων της Προέδρου του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου με αρ. 1105 περί ορισμού εισηγητή και ημερομηνίας συζήτησης και 1106 περί κλήσεως της αναθέτουσας αρχής όπως καταθέσει τις απόψεις της εγγράφως επί του αιτήματος προσωρινών μέτρων.

10. Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω καταρχήν παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην οποία ο προσφεύγων ενσωματώνει και αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων και νομίμως φέρεται προς εξέταση ενώπιων του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή ο προσφεύγων αναφορικά με το κύριο αίτημα της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής ισχυρίζεται τα εξής «2.Η κρινόμενη προσφυγή μας στρέφεται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όπως τούτοι κατά περιεχόμενο και έννοια δυσμενώς μεταβλήθηκαν –

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

συμπληρώθηκαν κατόπιν διευκρινιστικής απαντήσεως της αρχής που διεξάγει την διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης επί σχετικού ερωτήματος τρίτου ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα»... «3. Ειδικότερα, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μας βάλλει προεχόντως κατά του όρου 2.1.5 της διακήρυξης όπου προβλέπεται μεταξύ άλλων η υποχρέωση προσκομιδής εγγυητικής επιστολής συμμετοχής με συγκεκριμένους όρους και προϋποθέσεις και κατ' επέκταση κατά των όρων 2.2.2 και 4.1 στα οποία και παραπέμπει. Επί της έννοιας και του περιεχομένου του όρου του άρθρου 2.1.5 επακολούθησε η από 3/8/2018 και με αριθμό πρωτοκόλλου 15383 διευκρινιστική απάντηση της Α.Α, ψηφιακά υπογεγραμμένη και αναρτημένη την 7/8/2018, η οποία λογίζεται ως συμπροσβαλλόμενη. Αναλυτική παρουσίαση των λόγων προσφυγής μας θα ακολουθήσει σε ξεχωριστό κεφάλαιο. Περαιτέρω βάλλει και κατά του όρου του άρθρου 2.2.1 της διακήρυξης ως προς την υποχρέωση προηγούμενης ανεπιφύλακτης παραδοχής των όρων της ως νόμιμων προκειμένου να μετάσχει έκαστος φορέας στον διαγωνισμό. Η μη νόμιμη και αντικείμενη στην ενωσιακή και εσωτερική νομοθεσία διαδικασία που επισπεύδεται συνεπεία του χαρακτήρα των επίμαχων όρων ως αυστηρώς περιοριστικών του ανταγωνισμού, όπως κατά περιεχόμενο, σημασία και έννοια η βαλλόμενη διακήρυξη συμπληρώθηκε – μεταβλήθηκε δυσμενώς δια της διευκρινήσεως, αποκλείει, άλλως δυσχεραίνει ουσιωδώς τη συμμετοχή μας στον διενεργούμενο δημόσιο διεθνή ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, παρά την περί του αντιθέτου βούλησή μας».... « III. ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΜΑΣ Α. ΕΠΙ ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΜΕΡΟΥΣ 7. Επειδή καταρχήν 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. [...]» (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, Απόφαση της



18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45).

8. 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, 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).

9. Και ναι μεν η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των απαιτήσεων που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι απαιτήσεις αυτές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων (ΣτΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014), πλην όμως αυτές ελέγχονται σε κάθε περίπτωση από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣτΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014).

10. Επειδή περαιτέρω στην αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), προβλέπεται ότι: «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της Οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...]... Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης...». Ομοίως, στην αιτιολογική σκέψη 83 της ως άνω Οδηγίας, προβλέπεται ότι: «Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις... συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜΜΕ σε δημόσιες προμήθειες...». Συναφώς και η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ στην με αριθμό 17 Κ.Ο διατυπώνει μεταξύ άλλων τις ακόλουθες σκέψεις ``...Η βασική προτεραιότητα των κρατών μελών αναφορικά με την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων από τις αρμόδιες Αρχές ή εκ μέρους αυτών ήταν η απόλυτη συμφωνία με τις αρχές της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και ειδικότερα με την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και τις εξ αυτών απορρέουσες αρχές, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της αποφυγής διακρίσεων, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της αναλογικότητας και της διαφάνειας. Οι δημόσιες συμβάσεις σε συσχετισμό με το πλαίσιο αναφοράς των βασικών προτεραιοτήτων της Ένωσης, διαδραματίζουν βασικό ρόλο στη στρατηγική “Ευρώπη 2020”, όπως αυτή αποτυπώνεται στην από 3ης Μαρτίου 2010 ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «Ευρώπη 2020 — Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη». Στο πλαίσιο αναθεώρησης και εκσυγχρονισμού των πρότερων Οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ, όσον αφορά τις δημόσιες προμήθειες, κρίθηκε εκ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, ως κατέχουσα ιδιαίτερη σημασία, η διευκόλυνση και ενίσχυση της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες, το οποίο αποτελεί βασικό στόχο της παρούσας κατευθυντήριας οδηγίας...Σκοπός της παρούσας είναι η ενίσχυση της συμμετοχής των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις, ως οικείο πλαίσιο αναφοράς των προτεραιοτήτων της Ένωσης, όπως αυτές ορίσθηκαν μέσω των στόχων της “Ευρώπης 2020” και εξειδικεύτηκαν στις σχετικές Οδηγίες. Εν προκειμένω, η Στρατηγική της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.) για την περίοδο 2014-2020 αποτυπώνεται στην από 3ης Μαρτίου 2010 ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «Ευρώπη 2020 —

## Αριθμός απόφασης: A381/2018

Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη». Σε συνάφεια με την ως άνω Κοινοτική προτεραιότητα, οι κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες αναθεωρήθηκαν και εκσυγχρονίστηκαν δυνάμει των Οδηγιών 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, με στόχο να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες συμβάσεις, αλλά και προκειμένου να αξιοποιήσουν οι εμπλεκόμενοι φορείς τις δημόσιες συμβάσεις επιτυγχάνοντας παράλληλα κοινωνικούς στόχους...". 11. Επειδή έτι περαιτέρω 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, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, οι προϋποθέσεις συμμετοχής και οι εν γένει όροι δημοπράτησης που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτοί, δε θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν κατά τα λοιπά την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό. Επισημαίνεται δε ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού, θα πρέπει, ενόψει των ήδη εκτεθέντων, να ελέγχεται ακόμη περισσότερο σε σχέση με τον αποκλεισμό μικρομεσαίων επιχειρήσεων, ήτοι εκείνης της ομάδας οικονομικών φορέων που δύνανται να μεταβάλουν δυναμικά τον ανταγωνισμό εντός μιας δεδομένης αγοράς και συνιστούν εξάλλου τον μεγαλύτερο συγκριτικά αριθμό φορέων.

12. Επειδή προσέτι κατά γενική αρχή του δικαιοκούς μας συστήματος, η διακήρυξη του διαγωνισμού ως κανονιστική διοικητική πράξη διέπεται καταρχήν από το τεκμήριο της νομιμότητας, με άλλα λόγια λογίζεται κατά περιεχόμενο σύμφωνη προς τους οικείους νομικούς κανόνες. Η αρχή τούτη

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

κάμπτεται όταν εισάγονται, είτε ευθέως, είτε εκ πλαγίου, όροι που αντίκεινται, είτε στο νόμο, είτε σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου, όπως ενδεικτικά σε κοινοτικού δικαίου διατάξεις ή αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της κοινής νομοθεσίας. Σε τούτη την περίπτωση, η διακήρυξη και η συνακόλουθη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας συμβάσεως ελέγχονται ως πλημμελείς ένεκα ουσιωδών αποκλίσεων που ως τέτοιες επιδρούν καταλυτικά στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία, διότι νοθεύουν τον ελεύθερο ανταγωνισμό ή πλήττουν τη διαφάνεια της διαδικασίας ή δε διασφαλίζουν το δημόσιο συμφέρον (ενδ. Απόφ. Τμ. Μειζ. Συν. 2825/2011, VI Τμ. 2752, 2383, 2156, 2190, 1779, 1252, 583/2011, 3143, 2499/2010, κ.α).

13. Επειδή εξάλλου σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 3 του Ν. 4412/16 όπως κατά περιεχόμενο ίσχυε κατά χρόνο έναρξης της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης "...3. Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/2016 (Α'13)...». Η πρόσθεση των λέξεων "ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/2016 (Α'13)" έγινε με το άρθρο 15 παρ. 1 του Ν. 4541/18 η έναρξη ισχύος του οποίου οριοθετείται με το άρθρο 23 από την δημοσίευσή του στην ΕτΚ, ήτοι την 31/5/2018. Σημειωτέον, ότι ο Ν. 4364/16 που αφορά στις ασφαλιστικές επιχειρήσεις για τις οποίες κάνει λόγο ο Ν. 4541/18 και συνακόλουθα ο Ν. 4412/16, συνιστά απορρόφηση κοινοτικού δικαίου στην εσωτερική έννομη τάξη, συνεπώς αυξημένης τυπικής ισχύος Νόμος, κάτι το οποίο προκύπτει και εκ του τίτλου που φέρει ο εν λόγω Νόμος. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4541/18 "Με την παρούσα τροποποίηση εναρμονίζουμε το πλαίσιο της έκδοσης εγγυητικών επιστολών σύμφωνα με τα ισχύοντα στην Ευρωπαϊκή Ένωση και τις ευρωπαϊκές οδηγίες για το Τραπεζικό Δίκαιο και την έκδοση εγγυητικών επιστολών".

14. Επειδή πολλές φορές τυχαίνει κατά το χρονικό διάστημα που μεσολαβεί από την έκδοση των προτύπων διακηρύξεων ή υποδειγμάτων που εκδίδει η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ μέχρι και την ημερομηνία εκκίνησης μίας διαδικασίας να εμφιλοχωρούν σημαντικές νομοθετικές μεταβολές, οι οποίες επηρεάζουν ουσιωδώς τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, και οι οποίες είτε

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

να έρχονται σε αντίθεση με τις προβλεπόμενες διατυπώσεις στα επίμαχα πρότυπα τεύχη ή υποδείγματα, είτε να συμπληρώνουν αυτές και με άλλες εναλλακτικούς όρους ή προϋποθέσεις. Αυτές τις μεταβολές, κάθε Α.Α υποχρεούται να τις λαμβάνει υπόψη, να τις γνωρίζει, να τις περιλαμβάνει στις διακηρύξεις που εκδίδει τροποποιώντας ή αντικαθιστώντας με κάθε δυνατό τρόπο και βεβαίως και δια των διευκρινήσεων τις οικείες προβλέψεις και επομένως να τις αρνείται και μάλιστα αναίτια. Διότι τούτο, εκτός του ότι μπορεί να εκληφθεί ενδεχομένως ως ανωριμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας, γεννά εύλογες αμφιβολίες περί απόκλισής της από την αρχή της νομιμότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Επ' αυτού ακριβώς του ενδεχομένου μεταβολής των νομοθετικών προβλέψεων είχε επιληφθεί η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ σε παλαιότερη Κ.Ο. της. Συγκεκριμένα στην με αριθμό 6 Κ.Ο ενόψει των κατά τον χρόνο έκδοσης της οδηγίας αποκλίσεων των τευχών δημοπράτησης έργων προς τις νομοθετικές προβλέψεις που είχαν μεσολαβήσει έως τότε διελάμβανε τις εξής σκέψεις "...Κατά το χρονικό διάστημα που μεσολάβησε από την έκδοση των εν λόγω προτύπων διακηρύξεων (15-11-2013) μέχρι και σήμερα επιφλοχώρησαν σημαντικές νομοθετικές μεταβολές, οι οποίες επηρεάζουν ουσιωδώς τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, και οι οποίες έρχονται σε αντίθεση με τις προβλεπόμενες διατυπώσεις στα επίμαχα πρότυπα τεύχη δημοπράτησης δημοσίων έργων, με κυριότερες από αυτές τις ρυθμίσεις των νόμων 4281/2014 (άρθρα 14 έως 201), 4278/2014 (άρθρο 59) και 4250/2014 (άρθρο 1 παρ. 2). Δεδομένης της δεσμευτικότητας των όρων των προτύπων διακηρύξεων δημοσίων έργων και της υποχρεωτικής εφαρμογής τους από τις αναθέτουσες αρχές/ αναθέτοντες φορείς λόγω της κανονιστικής ισχύος τους, καθίσταται αναγκαία η αναθεώρησή τους, προκειμένου να εναρμονιστούν προς τις ανωτέρω νομοθετικές μεταβολές. Εν τω μεταξύ, δεδομένης της άμεσης και καθολικής ισχύος των ανωτέρω νομοθετικών διατάξεων, και μέχρι της αναθεώρησης των προτύπων τευχών, οι αναθέτουσες αρχές/ αναθέτοντες φορείς, οι οποίες επιθυμούν να εκκινήσουν μία νέα διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, υποχρεούνται να προσαρμόζουν τους όρους των εν λόγω διακηρύξεων, ώστε να συνάδουν με το περιεχόμενο των πρόσφατων νομοθετικών ρυθμίσεων...".

15. Επειδή το άρθρο 2.1.3 της βαλλόμενης διακήρυξης προέβλεπε την δυνατότητα υποβολής ερωτημάτων διευκρίνησης επί των όρων της και την υποχρέωση της Α.Α να παράσχει αυτές – υπό προϋποθέσεις - στους υποψηφίους. Ενόψει δε τόσο της κανονιστικής ισχύος της διακήρυξης, όσο και της υποχρέωσης σύνταξης σαφούς κατά περιεχόμενο διακήρυξης, ιδίως ως προς τις κρίσιμες προϋποθέσεις συμμετοχής, κάθε διευκρίνηση που αίρει, ευμενώς ή δυσμενώς, αντικειμενικές αμφιβολίες των ενδιαφερομένων ως προς την έννοια αμφίσημων, ανακριβών ή ασαφών όρων της διακήρυξης και των λοιπών τευχών δημοπράτησης, φέρει εκτελεστό χαρακτήρα, δοθέντος ότι με αυτές τις διευκρινίσεις αίρονται οι αντίστοιχες αμφισημίες, ανακρίβειες ή ασάφειες και συνακόλουθα συνιστούν πράξη εκτελεστή που δύναται να βληθεί με την προδικαστική προσφυγή του Ν. 4412/2016 με την οποία θεωρείται εμπροθέσμως συμπροσβαλλόμενη ως πλημμελής και η διακήρυξη, καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης αλλά το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων (ενδ. Ε.Α. 474/2005, 532/2004).

16. Επειδή τέλος το άρθρο 2.2.1 της διακήρυξης που προβλέπει το δικαίωμα συμμετοχής εισάγει ανεπίτρεπτη και αντιδικονομική προϋπόθεση συμμετοχής ως εξής “Η συμμετοχή στο διαγωνισμό προϋποθέτει ότι ο διαγωνιζόμενος είναι πλήρως ενήμερος της διακήρυξης αυτής και ότι αποδέχεται όλους τους όρους της ανεπιφύλακτα”.

#### **Β.ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΥΣΙΑΣ**

17. Επειδή εν προκειμένω το άρθρο 2.1.5 της διακήρυξης που τιλοφορείται “Εγγυήσεις” προβλέπει μεταξύ άλλων τα ακόλουθα “Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου... Μπορούν, επίσης να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων... Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ’ επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου...”. Ο όρος αυτός όπως διατυπώνεται – ιδίως σε αντιπαραβολή με το άρθρο 72 παρ. 3 ως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο – ήτο ασαφής και επισφαλής ως προς

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

την ερμηνεία του καθόσον δεν ομιλούσε, ούτε έκανε καμία ρητή μνεία σχετικά με την δυνατότητα προσκομιδής εγγυητικών εκδοθειςών από ασφαλιστικές επιχειρήσεις "σιγώντας" ως προς την δυνατότητα αυτή. Όπως όμως προκύπτει από την προσεκτική επισκόπηση του εν λόγω άρθρου της διακήρυξης και συγκεκριμένα του τίτλου του το άρθρο τούτο παραπέμπει ευθέως στην παράγραφο 3ου Ν. 4412/16. Ειδικότερα, δίπλα ακριβώς από τον τίτλο παρατίθεται ο αριθμοδείκτης 20 που παραπέμπει στην αντίστοιχη υποσημείωση της ίδιας σελίδος 22 και η οποία υποσημείωση αναφέρει "Πρβλ. παρ. 3, 4 και 5 άρθρου 72 ν. 4412/16". Όπως προαναφέρθηκε, κατά τον χρόνο σύνταξης της διακήρυξης το άρθρο 72 παράγραφος 3 όπως συμπληρώθηκε από το άρθρο 15 παρ. 1 του Ν. 4541/18 προέβλεπε ρητώς την δυνατότητα προσκομιδής εγγυητικών εκδιδόμενων από ασφαλιστικές επιχειρήσεις. Άρα λοιπόν ενόψει αφενός μεν της ως άνω ασάφειας και δη της έλλειψης ρητής αναφοράς για τις εν λόγω εγγυητικές, αφετέρου δε της ευθείας παραπομπής στο άρθρο 72 παρ. 3, υπήρχε αντικειμενικώς εύλογη αμφιβολία εάν τελικώς ισχύει το κείμενο του άρθρου 2.1.5 ως έχει ή εάν τελικώς η έλλειψη μνείας οφείλεται σε εκ παραδρομής παράλειψη της Α.Α να την περιλάβει και ισχύει συνεπώς ό,τι προβλέπεται στο νόμο, ήτοι στο άρθρο 72 παρ. 3. Ενόψει της ανωτέρω ασάφειας επί κρίσιμου όρου συμμετοχής επακολούθησε την 25/7/2018 εύλογο ερώτημα τρίτου ενδιαφερομένου φορέα – το ακριβές περιεχόμενο του οποίου και την ημερομηνία υποβολής του λάβαμε γνώση κατά την ημερομηνία ανάρτησης της απαντήσεως καθόσον ενσωματώνονται σε αυτήν – ζητώντας να διευκρινιστεί η σημασία του επίμαχου όρου και ειδικότερα να αρθεί η αμφιβολία που ενεφιλοχώρησε. Στο ερώτημα που απηύθυνε ο φορέας διευτύπωνε τα ακόλουθα "Στην παράγραφο 2.1.5 «Εγγυήσεις» της διακήρυξης (σελ. 22) αναφέρεται ότι: «Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη- μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού.» Ο παραπάνω ορισμός προέρχεται από το άρθρο 72 παρ.

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

3 του ν.4412/2016. Ωστόσο, σε συνέχεια της από 31/5/2018 τροποποίησης του εν λόγω άρθρου με τον ν.4541/2018 (Α'93 / 31.05.2018), μετά τις λέξεις «χρηματοδοτικά ιδρύματα» προστίθενται οι λέξεις «ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α'13)». Παρακαλούμε όπως διευκρινίσετε εάν είναι αποδεκτή η έκδοση των εν λόγω εγγυητικών επιστολών από ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α'13)'. Επί του ερωτήματος αυτού δόθηκε η από 3/7/2018 και με αριθμό πρωτοκόλλου 15383 απάντηση της Α.Α αναρτηθείσα στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού και ψηφιακώς υπογραφείσα την 7/8/2018 – οπότε και λάβαμε γνώση – στην οποία διαλαμβάνοντο τα εξής: "Διευκρινίζεται ότι ισχύει ό,τι ακριβώς περιλαμβάνεται και μόνον στην παράγραφο 2.1.5 της διακήρυξης (σελ. 22)" αίροντας συνεπώς την αμφιβολία υπέρ της διακήρυξης και εις βάρος του νόμου και τροποποιώντας επί το χείρον την αρχική διατύπωση και διαστρωμάτωση του όρου, αφού, με την από 3/7/2018 μεταγενέστερη εκτελεστή πράξη της αφενός μεν ρητά απέκλεισε πλέον τη δυνατότητα προσκομιδής τέτοιων εγγυήσεων, αφετέρου δε, απέκλεισε ρητώς την παραπομπή στις προβλέψεις του άρθρου 72 παρ. 3 που η ίδια η Α.Α είχε προηγουμένως περιλάβει με την με αριθμό 20 υποσημείωσή της, προσδίδοντας όμως εν τέλει στον επίμαχο όρο σημασία, έννοια και περιεχόμενο καταφανώς αντίθετο προς την υπερνομοθετικής ισχύος σημασία, έννοια και περιεχόμενο του άρθρου 72 παρ. 3 όπως συμπληρώθηκε κατά τον επίμαχο χρόνο της διαγωνιστικής διαδικασίας με το άρθρο 15 παρ. 1 του Ν. 4541/18, δοθέντος ότι αποστέρησε και απέκλεισε ρητά την δυνατότητα προσκομιδής από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς εγγυητικών επιστολών εκδιδόμενων από ασφαλιστικές επιχειρήσεις και παρά τις περί του αντιθέτου προβλέψεις του νόμου. Ενόψει των εκτεθέντων παρίσταται πρόδηλη περίπτωση εμφιλοχώρησης μη νόμιμου όρου και ουσιώδους πλημμέλειας της διαγωνιστικής διαδικασίας καθόσον ο όρος τούτος συνιστά βασική προϋπόθεση συμμετοχής των φορέων στον διαγωνισμό. Σημειωτέον emphaticά ότι τα ίδια ως άνω ισχύουν και αφορούν και ως προς τις προβλέψεις των άρθρων 2.2.2 περί εγγυητικής συμμετοχής και 4.1 περί δεκαετούς εγγύησης καλής εκτέλεσης, αφού το άρθρο 2.1.5 ως αντικείμενο ρυθμιστικού πλαισίου



έχει τις εν λόγω εγγυήσεις παραπέμποντας στα αντίστοιχα ως άνω άρθρα. Μάλιστα, στο άρθρο 2.2.2 της διακήρυξης και πάλι – όπως και ανωτέρω – ο συντάκτης παραθέτει δίπλα στον τίτλο τον αριθμοδείκτη 25, ο οποίος με την σειρά του παραπέμπει ευθέως στις προβλέψεις του άρθρου 72 παρ. 3 του Ν. 4412/16. Συνακόλουθα, να μεν μπορεί το ερώτημα και η αντίστοιχη απάντηση να αφορούσε καταρχήν στο άρθρο 2.1.5, πλην όμως επειδή το άρθρο αυτό παραπέμπει κατά περιεχόμενο στα άρθρα 2.2.2 και 4.1 της διακήρυξης, τόσο το ερώτημα όσο και η απάντηση λογίζεται ως αφορώσα και στα δύο τελευταία άρθρα, ιδίως ενόψει του ότι τα άρθρα αυτά δεν παραλλάσσουν κατά περιεχόμενο από το άρθρο 2.1.5, ούτε προβλέπουν κάτι διαφορετικό από αυτό.

18. Επειδή ενόψει των ανωτέρω ο όρος που διατυπώνεται προεχόντως στο άρθρο 2.1.5 – και κατ' επέκταση στα άρθρα 2.2.2 και 4.1– της διακήρυξης όπως τροποποιήθηκε – διευκρινίστηκε δυσμενώς μετά της (συμπροσ)βαλλομένης απαντήσεως καθ' ο μέρος αποστερεί και αποκλείει ρητά τη δυνατότητα προσκομιδής – έκδοσης εγγυητικών επιστολών από ασφαλιστικές επιχειρήσεις παρίσταται προδήλως ακυρωτέος καταρχήν ως αντίθετος στο οικείο νομοθετικό πλαίσιο και περαιτέρω ως υπέρμετρα περιοριστικός και περιορίζων τον ανταγωνισμό, καθόσον θέτει αδικαιολόγητα και χωρίς καμία απολύτως εμφανή αιτιολογία, εμπόδια συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία, ιδίως για τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις, όπως είναι η εταιρεία μας. Και τούτο διότι εν προκειμένω, δεν συντρέχει κανένας νόμιμος λόγος για τον συντάκτη της διακήρυξης και της απαντήσεως να αποκλείει την προσκομιδή εξίσου γνήσιων, εξίσου ισοδύναμων και κατά τα άλλα εξίσου συμβατών προς το ενωσιακό και κοινοτικό δίκαιο εγγυητικών επιστολών που μπορούν, κατά την ευχέρεια έκαστου οικονομικού φορέα, να εκδίδονται και από άλλους αναγνωρισμένους φορείς, πέραν του ETAA – ΤΜΕΔΕ ή των τραπεζικών ιδρυμάτων. Τέτοιοι αδικαιολόγητοι περιορισμοί παρίστανται και εκλαμβάνονται ως ανεπίτρεπτο εμπόδιο συμμετοχής των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις. Από την άλλη, ενόψει του απολύτως αυστηρού χαρακτήρα – ύφους της απαντητικής επιστολής που εύλογα μπορεί να μεταφρασθεί ως άνευ ετέρου απαγόρευση, φαίνεται να υπολείπεται από την αρχή που διεξάγει τον διαγωνισμό η ευλόγως αναμενόμενη μέριμνά της για ενίσχυση του

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

ανταγωνισμού και διευκόλυνση συμμετοχής των ΜΜΕ σε μία ανοιχτή και εξόχως ανταγωνιστική διαδικασία. Εντούτοις, όλες οι ελάχιστες απαιτήσεις και προϋποθέσεις δεν πρέπει να υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, υπό την έννοια ότι ανάλογα με το στοιχείο ή τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί η κρίσιμη ιδιότητα πρέπει να παρέχεται αντικειμενικά η αντίστοιχη δυνατότητα στον οικονομικό φορέα να την αποδείξει, με άλλα λόγια πρέπει να είναι προσαρμοσμένο το κείμενο της διακήρυξης κατά τέτοιο τρόπο ώστε ευχερώς να δίδεται η δυνατότητα εκπλήρωσης των προϋποθέσεων στους υποψηφίους και με την μέριμνα αυτήν να ενισχύεται ο ανταγωνισμός, να επιδιώκεται το άνοιγμα των διαγωνιστικών διαδικασιών σε ευρύ αριθμό υποψηφίων επί σκοπώ επίτευξης βέλτιστου οικονομο – τεχνικού αποτελέσματος για την Α.Α και κατ' επέκταση να προστατεύεται το δημόσιο συμφέρον. Άρα λοιπόν, ένας όρος δεν πρέπει να υπερακοντίζει τον σκοπό για τον οποίο τίθεται στη διακήρυξη, να μην βαίνει δηλαδή πέραν του σκοπού που είναι αναγκαίος, δεδομένου ότι σε αντίθετη περίπτωση συνεπάγεται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του Δικαίου της Ένωσης (ενδ ΕΣ Τμ. Μείζονος Επταμελούς Σύθεσης 3065/2014, 6022/2015 ΕΣ μ. Μείζονος - Επταμελούς Σύθεσης, ΚΟ 13/απόφαση 303/2015 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). Η εντελώς αδικαιολόγητη και αναίτιολόγητη, χωρίς κανέναν επιτακτικό αποχρώντα λόγο δημοσίου συμφέροντος, θέσπιση δυσανάλογων ή μη νόμιμων όρων ή ο αποκλεισμός εναλλακτικών και πάντως ισοδύναμων και απολύτως νόμιμων λύσεων με τις οποίες επιτυγχάνεται εξίσου αποτελεσματικά το προσδοκώμενο από την αρχή που διεξάγει τον διαγωνισμό αποτέλεσμα παρακωλύει και παρεμποδίζει άνευ ετέρου την ελεύθερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων και ως τέτοιοι πρέπει να αποφεύγονται ή να ενθαρρύνεται η αποφυγή τους. Εξάλλου, μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς 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 (ενδ. υπ' αυτήν την έννοια, απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, CoNISMa, Συλλογή 2009, σ.Ι-12129, σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Παρέπεται και πάλι να σημειωθεί ότι εν προκειμένω δεν ομιλούμε περί απλής αποστέρησης

δυνατότητας κάποιας ισοδύναμης – εναλλακτικής λύσεως. Εδώ ομιλούμε περί μίας ρητής απαγόρευσης, μίας ρητής αποστέρησης ενάσκησης νομίμου δικαιώματος οικονομικού φορέα που, εν αντιθέσει, προβλέπεται ρητά από την οικεία νομοθεσία (άρθρο 72 παρ. 3) ώστε το μέγεθος της πλημμέλειας να είναι ακόμη μεγαλύτερο ενόψει και των ανωτέρω. Τέτοιου είδους όροι λογίζονται υπέρμετρα καταχρηστικοί και αναιτιολόγητα δυσανάλογοι, υπερακοντίζουν κάθε έννοια αναλογικότητας μεταξύ του σκοπού που επιδιώκεται και του μέσου που χρησιμοποιείται για την επίτευξή του, αναπόφευκτα περιορίζουν σημαντικά τον ανταγωνισμό, με συνακόλουθο αποτέλεσμα την αδικαιολόγητη και ανεπίτρεπτη αποστέρηση του δικαιώματος συμμετοχής, κατ' άλλα, υγιών επιχειρήσεων στη δημόσια διεκδίκηση. Όπως διατυπώνονται και συμπληρώθηκαν – διευκρινίστηκαν εν προκειμένω οι επίμαχοι όροι τυγχάνει πρόδηλο ότι αντιβαίνουν στις οικείες νομοθετικές προβλέψεις, εκφεύγουν κάθε αναγκαίου και ανάλογου μέτρου, με συνακόλουθη συνέπεια την αδυναμία συμμετοχής ευρέως αριθμού ΜΜΕ, συνέπεια στην οποία ευλόγως σχηματίζεται η άποψη ότι σκοπούν. Διότι, ο αποκλεισμός προσκομιδής επαρκών κατά τ' άλλα εγγυητικών επιστολών από ασφαλιστικές επιχειρήσεις άνευ επικλήσεως οιοδήποτε προς τούτο αποχρώντος λόγου δημοσίου συμφέροντος και παρά την περί του αντιθέτου κοινοτική και εσωτερική νομοθετική πρόβλεψη, εύλογα μπορεί να ερμηνευθεί ως εμπόδιο συμμετοχής που σκοπεύει στον αποκλεισμό των μικρομεσαίων επιχειρήσεων, με άλλα λόγια ότι η αποστέρηση του δικαιώματος προσκομιδής τέτοιων εγγυητικών συνιστά το μέσο επίτευξης αδικαιολόγητων εμποδίων συμμετοχής τους.

19. Επειδή προκειμένου να γίνει αντιληπτή η βλάβη που υφίστανται οι ΜΜΕ από τους βαλλόμενους όρους και την επίμαχη απάντηση – και κατ' επέκταση η βλάβη ημών της προσφεύγουσας που συνίσταται στην αδυναμία συμμετοχής μας στον επικείμενο διαγωνισμό - αρκεί να παραθέσουμε την αληθή σημασία των εγγυητικών επιστολών από τις ασφαλιστικές επιχειρήσεις του Ν. 4364/16 και τα πλεονεκτήματα που παρέχονται από την έκδοσή τους ιδίως για τις ΜΜΕ σε σχέση με τις συνήθεις εγγυητικές. Τα πλεονεκτήματα αυτά είναι αναντίρρητα πολλά, σημαντικά και ζωτικής οικονομικής σημασίας για τις ΜΜΕ. Όπως προκύπτει λοιπόν από την έννοια του νόμου και την συνήθη πρακτική, η Ασφάλιση Εγγυήσεων (Surety bonds) είναι μια τριμερής συμφωνία με την

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

οποία το πρώτο μέρος (Εγγυητής) δεσμεύεται απέναντι στο δεύτερο μέρος (Δικαιούχο) να καλύψει την απώλεια που ενδέχεται να προκύψει από αδυναμία του τρίτου μέρους (Λήπτης Ασφάλισης) να εκτελέσει τους όρους και τις προϋποθέσεις της μεταξύ τους σύμβασης. Συνιστά συνεπώς εγγύηση εκπλήρωσης ποικιλίας υποχρεώσεων από συμβάσεις κατασκευών, υπηρεσιών ή προμηθειών, μέχρι τις συνήθεις λειτουργίες Εμπορικών Επιχειρήσεων που εξασφαλίζεται μέσω της έκδοσης Εγγυητικών Επιστολών συμμετοχής, καλής εκτέλεσης, συντήρησης κ.ο.κ, δηλαδή αφενός μεν καλύπτει το σύνολο των κινδύνων μίας σύμβασης, από την αρχή έως το τέλος της, αφετέρου δε, καλύπτει καθ' ύψος το αιτούμενο από την Α.Α ποσό για την εξασφάλιση του Δικαιούχου από οποιαδήποτε ζημία τυχόν προκύψει εκ της πλημμελούς εκτέλεσης των υποχρεώσεων του Λήπτη της Ασφάλισης (οικονομικός φορέας). Διεθνώς, η προσκόμιση τέτοιου είδους εγγυητικών επιστολών αποτελεί βασική προϋπόθεση για τη συμμετοχή μιας εταιρίας σε διαγωνισμούς και τη δυνατότητα ανάληψης έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών από μέρους της. Στον διεθνή επιχειρηματικό χώρο, η χορήγηση εγγυήσεων από ασφαλιστικούς οργανισμούς είναι μια πρακτική ιδιαίτερα διαδεδομένη. Έτσι, ενώ στην Ελλάδα οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται σχεδόν εξ ολοκλήρου από τις τράπεζες, παγκοσμίως το 25% των εγγυητικών επιστολών εκδίδεται από ασφαλιστικές εταιρίες, με εγγυημένα κεφάλαια πάνω από 900 δισεκατομμύρια ευρώ. Υπάρχουν άλλωστε χώρες όπως η Αγγλία και η Ιταλία όπου οι εγγυήσεις από ασφαλιστικές και από τραπεζικά ιδρύματα μοιράζονται ισομερώς την αγορά. Στην Ελλάδα η πρακτική αυτή πλέον ισχύει με τον Ν. 4541/18. Άρα λοιπόν ο σκοπός που επιτυγχάνει μία εγγύηση που εκδίδεται από το ΕΤΑΑ – ΤΜΕΔΕ ή από τις τράπεζες, δηλαδή η εξασφάλιση της Α.Α από κινδύνους, επιτυγχάνεται εξίσου ισοδύναμα και αποτελεσματικά από τις εγγυητικές που εκδίδονται από ασφαλιστικές επιχειρήσεις. Περαιτέρω, τα πλεονεκτήματα που η έκδοση των εγγυητικών αυτών έχει έναντι των εγγυητικών που εκδίδονται από τις τράπεζες είναι τα εξής. Καταρχήν η έκδοσή τους είναι πιο ευέλικτη από άποψη χρόνου. Κατά δεύτερον – και σημαντικότερο – δεν επηρεάζεται το όριο (πλαφόν) τραπεζικού δανεισμού της εκάστοτε επιχείρησης. Κατά τρίτο δεν είναι απαραίτητη η υποθήκευση παγίων ή άλλων κυκλοφορούντων περιουσιακών στοιχείων της επιχείρησης. Κατά

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

τέταρτο η έκδοσή της δεν έχει τα υψηλά κόστη που έχει η έκδοση τραπεζικών εγγυητικών. Με άλλα λόγια οι εγγυητικές των ασφαλιστικών επιχειρήσεων εξασφαλίζουν μεγάλη ευελιξία και πολλά πλεονεκτήματα για μία, προεχόντως, ΜΜΕ, αφού συνιστούν μία εναλλακτική – πλην όμως εξίσου ισοδύναμη – πηγή εγγυοδοσίας για τους απαραίτητους σκοπούς της επιχειρηματικής της δραστηριότητας, αυξάνοντας την πιστοδοτική της ικανότητα, χωρίς να δεσμεύει πλαφόν από τον τραπεζικό της δανεισμό, χωρίς να είναι απαραίτητο να υποθηκεύσει πάγια ή κυκλοφορούντα περιουσιακά της στοιχεία, σε αντίθεση με ό,τι είθισται μέχρι σήμερα, χωρίς να εκχωρεί στοιχεία του ενεργητικού της ως εχέγγυα για την εξασφάλιση της εκάστοτε τράπεζας, διασφαλίζοντας τη φερέγγυα δραστηριότητα και την εύρυθμη συνέχιση των εργασιών της. Από την άλλη, προστατεύεται και εξασφαλίζεται απόλυτα και πάντως εξίσου ισοδύναμα η Α.Α από όλους τους κινδύνους που μπορεί να επέλθουν τόσο κατά το προσυμβατικό, όσο και κατά το συμβατικό στάδιο εκτέλεσης, καθ' όλο ο χρόνο που διαρκούν τα στάδια τούτα και κατά το ζητούμενο ύψος εγγυήσεων. Μάλιστα, όλα τα παραπάνω πλεονεκτήματα αποκτούν ακόμη μεγαλύτερο νόημα και όφελος εάν αναλογιστούμε την οικονομική συγκυρία που διάγει μακρόθεν η χώρα μας η οποία χαρακτηρίζεται από μειωμένη ρευστότητα και συνακόλουθα από ολοένα και μεγαλύτερες απαιτήσεις των τραπεζικών ιδρυμάτων για την έκδοση αυτών των εγγυητικών. Ιδιαίτερη μάλιστα έμφαση πρέπει να δοθεί και στον μακροπρόθεσμο (δεκαετή) χρόνο εγγυήσεων καλής εκτέλεσης της επικείμενης σύμβασης που και αυτός, λόγω της διάρκειάς του, δυσχεραίνει την δυνατότητα προσφυγής των ΜΜΕ στα τραπεζικά ιδρύματα για την έκδοση εγγυήσεων με τα ζητούμενα χαρακτηριστικά διάρκειας. Είναι λοιπόν λογικό ενόψει των ανωτέρω ότι οι εγγυητικές από τις ασφαλιστικές επιχειρήσεις προσαρμόζονται καλύτερα στις ανάγκες των ΜΜΕ, όπως και στις ανάγκες της εταιρείας μας. Εξάλλου, η εταιρεία μας δεν είναι εργοληπτική επιχείρηση, συνεπώς δεν δικαιούται καν να αιτιάται την έκδοση εγγυητικών από το ΕΤΑΑ – ΤΜΕΔΕ. Αποστερώντας η Α.Α την ενάσκηση αυτής της δυνατότητας, του νομίμου δικαιώματός μας να εκδώσουμε από ασφαλιστικές επιχειρήσεις εξίσου ισοδύναμες εγγυητικές, παρά την περί του αντιθέτου νομοθετική πρόβλεψη και παρά την καθημερινή διεθνή πρακτική, γεννώνται ανεπίτρεπτα και αναίτια εμπόδια συμμετοχής μας

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

στον διαγωνισμό, όπως προφανώς και σε ευρύ αριθμό άλλων μικρομεσαίων οικονομικών φορέων, αφού ιδρύονται πλέον επιπρόσθετες και πάντως όχι αναγκαίες οικονομικές επιβαρύνσεις συμμετοχής, με άλλα λόγια ζωτικής σημασίας οικονομικές υποχρεώσεις για μία ΜΜΕ. Και μάλιστα χωρίς να λαμβάνεται καν υπόψη ότι η εξασφάλιση που παρέχεται στην εκάστοτε Α.Α με βάση τις εγγυητικές αυτής της μορφής είναι απολύτως όμοια και δεν υπολείπεται πουθενά της εξασφάλισης που παρέχεται με τις εγγυητικές που εκδίδουν άλλοι αναγνωρισμένοι φορείς. Ενόψει των ανωτέρω η βλάβη μας παρίσταται προδήλως ορισμένη και σαφής, θεραπεύσιμη δε μόνον άμα της ακυρώσεως των βαλλόμενων όρων όπως διευκρινίσθηκαν δια της απαντήσεως της αρχής που διεξάγει τον διαγωνισμό.

20.Επειδή περαιτέρω στο άρθρο 2.2.1.1 της διακήρυξης ορίζεται "Η συμμετοχή στο διαγωνισμό προϋποθέτει ότι ο διαγωνιζόμενος είναι πλήρως ενήμερος της διακήρυξης αυτής και ότι αποδέχεται όλους τους όρους της ανεπιφύλακτα". Η προδιαγραφόμενη στο εν λόγω εδάφιο απαίτηση – και μάλιστα υπό την μορφή απαράβατης προϋποθέσεως συμμετοχής – εκτός του ότι παρίσταται μη νόμιμη επειδή προσκρούει ευθέως στη πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, σκοπεύει αναντίρρητα όχι μόνο στην παρακώλυση συμμετοχής των φορέων εκείνων που αμφισβητούν με έννομο συμφέρον την νομιμότητα των όρων, αλλά παραβιάζει άμεσα και ανεπίτρεπτα κάθε δικαίωμα προσωρινής (προσυμβατικής) προστασίας τους και διαφύλαξης των νόμιμων δικαιωμάτων τους. Και τούτο διότι το να τίθεται ως προϋπόθεση συμμετοχής η προηγούμενη ανεπιφύλακτη αποδοχή της νομιμότητας όλων των όρων της διακήρυξης σημαίνει αυτομάτως ότι στον διαγωνισμό δεν μπορούν να συμμετάσχουν, έστω και με επιφύλαξη, και αποκλείονται, οι φορείς εκείνοι που αμφισβητούν με νόμιμα μέσα και βοηθήματα τους όρους της διακήρυξης, όπως δηλαδή η εταιρεία μας. Τελείως διάφορο νομικό ζήτημα είναι το τεκμήριο νομιμότητας που παράγουν οι κανονιστικοί όροι δημοπράτησης λόγω άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας προσβολής τους ή ανεπιτυχούς προσβολής τους. Η διατύπωση που ακολουθεί ο βαλλόμενος όρος είναι αυστηρώς περιοριστική και συνεπώς ανεπίδεκτη άλλης ερμηνείας. Ομιλεί περί ανεπιφύλακτης παραδοχής όλων των όρων – εν τη γενέσει τους – προκειμένου να διεκδικηθεί η σύμβαση, χωρίς να καταλείπεται έστω η

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

ελάχιστη αναγνώριση των ενδίκων βοηθημάτων και μέσων που παλαιόθεν τόσο ο κοινοτικός, όσο και ο εσωτερικός νομοθέτης έχει θεσπίσει προς διαφύλαξη των δικαιωμάτων των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων ή των διαγωνιζομένων κατά το προσυμβατικό στάδιο. Ανάγει δε την προηγούμενη αποξένωση από τα δικαιώματα αυτά σε προϋπόθεση συμμετοχής, με άλλα λόγια επιβάλλει στους φορείς εάν θέλουν να διεκδικήσουν την σύμβαση να δεσμευθούν εγγράφως ότι όλοι οι όροι της παρίστανται νόμιμοι, όπερ προδήλως καταχρηστικό και τελείως ξένο προς τους σκοπούς των Οδηγιών, που αναντίρρητα προάγουν – μεταξύ άλλων – και το δικαίωμα αμφισβήτησης των ορίων εξουσίας της εκάστοτε Α.Α ως στοιχείο ελέγχου και αποφυγής καταχρήσεων. Εν προκειμένω η εμφιλοχώρηση και διατήρηση του όρου αυτού οδηγεί καταναγκαστικά την εταιρεία μας - αλλά και τους λοιπούς φορείς που τυχόν θέλουν να ασκήσουν προδικαστικές προσφυγές – στο να παραιτηθεί των νομίμων δικαιωμάτων της και συνεπώς και της παρούσας μόνο και μόνο για να διατηρήσει το δικαίωμα συμμετοχής της. Για τους δε λοιπούς φορείς – που ενδεχομένως επιθυμούν να βάλλουν και αυτοί κατά της επίμαχης διακήρυξης – ο όρος αυτός εξακολουθεί να επενεργεί αποτρεπτικά, διότι εάν την ασκήσουν, αυτομάτως αποστερούνται δικαιώματος συμμετοχής. Έτσι όμως παραβιάζεται καθολικά τόσο το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα έννομης προστασίας, όσο και όλο το βιβλίο IV του Ν. 4412/16 που προβλέπει ειδικές διατάξεις επίλυσης των προσυμβατικών διαφορών. Σημειωτέον μάλιστα, ότι ο όρος αυτός όπως προδιαγράφεται δεν εισάγει – ειδικά για τους προδικαστικά προσφεύγοντες - ούτε καν δικαίωμα συμμετοχής έστω και με επιφύλαξη των διαλαμβανομένων στην προσφυγή τους λόγων. Συνεπεία αυτών είναι ο όρος τούτος να παρίσταται αναμφίβολα μη νόμιμος ως αντίθετος στην αρχή της ίσης μεταχείρισης και ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού. Εν προκειμένω τέλος το Συμβούλιο της Επικρατείας επισκοπώντας την νομιμότητα παρόμοιου, με τον βαλλόμενο, όρου με την μνημειώδη με αριθμό 1415/00 απόφασή του σε Ολομέλεια έκρινε “Έπειδή κατά το άρθρο 2 της διακήρυξης της δημοπρασίας για την ανάδειξη αναδόχου προς ανάθεση της εκτέλεσης του επίδικου έργου, “Ο διαγωνισμός θα γίνει . . . σύμφωνα με : α) τις διατάξεις του Ν. 1418/84 . . . όπως ισχύει σήμερα μετά την τροποποίηση και συμπλήρωσή του με το Ν. 2229/1994 και το Ν. 2338/1995, β) τις διατάξεις του

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

Π.Δ. 609/1985 . . . γ) τις διατάξεις του Π.Δ. 23/1993 . . .”. Με την παραπομπή αυτή στις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 4 και 5 του Ν. 2229/1994 και του άρθρου δεκάτου τρίτου παρ. 4 του Ν. 2338/1995, που ετροποποίησαν το άρθρο 4 παρ. 6 του Ν. 1418/1984, οι διατάξεις αυτές κατέστησαν ρήτρες της διακήρυξης. Δοθέντος δε ότι δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ούτε άλλωστε προβάλλεται από την αιτούσα, ότι είχε προσβάλει ευθέως τη διακήρυξη με αίτηση ακυρώσεως, ως προς τις ανωτέρω διατάξεις που κατέστησαν ρήτρες της διακήρυξης, οι λόγοι ακυρώσεως που αμφισβητούν την συνταγματικότητα των διατάξεων τούτων, σε σχέση με το άρθρο 4 του Συντάγματος και τη συμφωνία αυτών προς το άρθρο 30 παρ. 1 και 4 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (ΣΤΕ 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ.). Και τούτο διότι, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, η εργοληπτική επιχείρηση αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα της διακήρυξης, με βάση την οποία, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 609/1985 διενεργείται η δημοπρασία για την ανάθεση της κατασκευής του έργου, και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους της παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για την εργοληπτική επιχείρηση πράξεων που ανοίγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του. Ούτε δε μπορεί να γίνει λόγος, στην περίπτωση αυτή, αντίθετα με τα όσα αβασίμως ισχυρίζεται η αιτούσα, επικαλούμενη τα άρθρα 20 παρ. 1 και 93 παρ. 4 του Συντάγματος και το άρθρο 6 παρ. 1 της Σύμβασης για την προάσκηση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών (Ν.Δ. 53/1974) για προσβολή του δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας, εφ’ όσον ο δικαιούμενος συμμετοχής στο διαγωνισμό έχει το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με αίτηση ακυρώσεως τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η Διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για τις συνέπειες ενδεχόμενης ακύρωσής του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας, σύμφωνα με τις διατάξεις είτε του Π.Δ. 18/1989 είτε του Ν. 2522/1997. Η αντίθετη άποψη δεν συμβιβάζεται με την ανάγκη της ασφάλειας δικαίου, που επιβάλλεται από την προστασία όχι μόνο του δημόσιου συμφέροντος αλλά και των ιδιωτικών



## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

συμφερόντων των εργοληπτικών επιχειρήσεων, τα οποία (συμφέροντα) εξυπηρετούνται κατά τρόπο λυσιτελέστερο με την αμφισβήτηση της νομιμότητας της διακήρυξης πριν από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και όχι εκ των υστέρων και ανάλογα με την έκβασή του´´.

21. Επειδή όπως έχει κριθεί (ενδ. η μνημειώδης 127/18 απόφαση της Αρχής Σας ν.σ 53) ο τομέας του οδοφωτισμού αποτελεί έναν από τους μεγαλύτερους καταναλωτές ηλεκτρικής ενέργειας στους Δήμους και τις Περιφέρειες της χώρας, καθόσον μεγάλο μέρος του δικτύου ηλεκτροφωτισμού περιλαμβάνει φωτιστικά σώματα και λαμπτήρες παλιάς τεχνολογίας, με συνέπεια, η εξασφάλιση της αντικατάστασης του συνόλου των ενεργοβόρων φωτιστικών σωμάτων, η κάλυψη των δαπανών συντήρησης του δικτύου και ο έλεγχος και η ομαλή λειτουργία του, να αποτελεί προτεραιότητα για τους ΟΤΑ («πιλοτικές επενδύσεις»). Με βάση τα προεκτεθέντα, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την παροχή των προκηρυχθέντων προμηθειών. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΣΤΕ ΕΑ 840/2008) και υπό τον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό. Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή μας.

22. Επειδή τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης έστω μίας ή και περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής ακυρούται η Διακήρυξη στο σύνολό της (ενδ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95, 127/18 Α.Ε.Π.Π ν.σ 54)».

12. Επειδή στις απόψεις της αναθέτουσα αρχή αναφέρει αυτολεξεί τα εξής : « Σχετικά με το αίτημα με αρ.πρωτ.15960 - 22/08/2018 της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, για την κατάθεση εγγράφως των απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής επί του αιτήματος προσωρινών των μέτρων που άσκησε η .....και με δ.τ.. και που κατατέθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

14/08/2018 11:55:42 , σχετικά με τον ανοικτό ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την «Βελτίωση - αναβάθμιση του δημοτικού φωτισμού με χρήση νέων τεχνολογιών και εξοικονόμηση ενέργειας» Αρ.Διακήρυξης:14108 16/07/2018, Συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ 60874, παραθέτουμε τις απόψεις μας ως κατωτέρω:

Α) Στις 17/08/2018 19:18:57 αναρτήθηκε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ η με αρ. πρωτ. 15907 - 20 /08/2018 ερώτηση ενδιαφερόμενης εταιρείας σχετικά με τον ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την «Βελτίωση - αναβάθμιση του δημοτικού φωτισμού με χρήση νέων τεχνολογιών και εξοικονόμηση ενέργειας» Αρ.Διακήρυξης:14108 16/07/2018 , Συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ 60874, με το ακόλουθο περιεχόμενο: «Παρακαλούμε να διευκρινίσετε και πάλι κατά πόσον γίνεται αποδεκτή η έκδοση εγγυητικών επιστολών από ασφαλιστικές επιχειρήσεις σύμφωνα με τον νόμο 4541/2018 ο οποίος τέθηκε σε ισχύ με τη δημοσίευσή του σε ΦΕΚ με ημερομηνία 31.05.2018 (ΦΕΚ ΤΕΥΧΟΣ Α' αριθ. 93/31.05.2018), πριν δηλαδή από τη διακήρυξη του διαγωνισμού του Δήμου Ηλιούπολης, με δεδομένο ότι άλλες αναθέτουσες αρχές ανάλογων διαγωνισμών (π.χ. Περιφέρεια Αττικής) έχουν διευκρινίσει σε ερωτήσεις διαγωνιζομένων ότι γίνονται αποδεκτές εγγυητικές επιστολές εκδιδόμενες και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις σύμφωνα με τον νόμο 4541/2018.»

Η απάντηση που δόθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή την 21η 08 2018 μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ώστε να μπορεί κάθε ενδιαφερόμενος να ενημερωθεί και κοινοποιήθηκε επίσης στην εταιρεία είναι η ακόλουθη:

«Λαμβάνοντας υπόψη το δεδομένο ότι η Περιφέρεια Αττικής ως Αναθέτουσα Αρχή έχει απαντήσει θετικά στο ίδιο ερώτημα σε ανάλογο πρόσφατο διαγωνισμό, δεδομένου επίσης ότι ο νόμος 4581/2018 ο οποίος έχει τεθεί σε ισχύ από τις 31.05.2018 προβλέπει αυτή τη δυνατότητα, τροποποιούμε προηγούμενη διευκρίνισή μας στην ίδια ερώτηση η οποία είχε υποβληθεί στο ΕΣΗΔΗΣ προς την αναθέτουσα αρχή στις 25/07/2018 13:19:33 και με αρ. πρωτ. οικ 14765 25/07/2018 και διευκρινίζουμε εκ νέου ότι γίνονται αποδεκτές εγγυητικές επιστολές που έχουν εκδοθεί και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις, σύμφωνα με τον νόμο 4581/2018 που τέθηκε σε ισχύ από τη δημοσίευσή του στο ΦΕΚ., ήτοι από την 31.05.2018 (βλ. ΦΕΚ τεύχος Α', αρ. 93/31.05.2018 ) με τον οποίο τροποποιείται η παρ. 3 του άρθρου 72 του ν.4412/2016.»

Μέσω της νέα αυτής διευκρίνισης η Αναθέτουσα Αρχή, παρότι κρίνει ότι

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

νομίμως έχει θέσει αυστηρούς όρους σχετικά με την έκδοση εγγυητικών επιστολών στο σώμα της διακήρυξης, παρέχει τη δυνατότητα έκδοσης εγγυητικών επιστολών εκδιδόμενες και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις, σύμφωνα με τον νόμο 4581/2018 που τέθηκε σε ισχύ από τη δημοσίευσή του στο ΦΕΚ., ήτοι από την 31.05.2018 (βλ. ΦΕΚ τεύχος Α', αρ. 93/31.05.2018 ) με τον οποίο τροποποιείται η παρ. 3 του άρθρου 72 του ν.4412/2016.

Κατόπιν των ανωτέρω, εκ των πραγμάτων έχει αναιρεθεί το κύριο αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής, θεωρούμε ότι παρέλκει περαιτέρω εξέτασή της, και αιτούμεθα την απόρριψή της προδικαστικής προσφυγής και ως προς το αίτημα λήψης των προσωρινών μέτρων αναστολής του διαγωνισμού και ως προς το αίτημα της ακύρωσης της διακήρυξης του διαγωνισμού.

Β) Ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι ο υπ' αρ. 2.2.1.1. όρος της διακήρυξης είναι μη νόμιμος, επαγόμαστε τα ακόλουθα:

Κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας αλλά και την απολύτως κρατούσα άποψη στην επιστήμη του διοικητικού δικαίου, η διακήρυξη διαγωνισμού συνιστά στο σύνολό της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής (ή του αναθέτοντος φορέα), συνακολούθως και οι όροι της διακήρυξης έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, περιλαμβάνουν, δηλαδή, γενικούς και αφηρημένους κανόνες, η πιστή τήρηση των οποίων ελέγχεται από τα Δικαστήρια. Από αυτήν την παραδοχή συνάγεται ότι η διακήρυξη δεσμεύει απολύτως την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν τον διαγωνισμό, παραλλήλως, όμως, η δεσμευτική ισχύς των όρων της διακήρυξης εκτείνεται και στους διαγωνιζομένους Επιπροσθέτως, η αρχή της προσήλωσης των διαγωνιζομένων στους όρους της διακήρυξης κατοχυρώνεται με ιδιαίτερη αυστηρότητα στο ενωσιακό δίκαιο, όπου γίνεται δεκτό ότι, κάθε απόκλιση από τις υποχρεωτικές προβλέψεις της διακήρυξης, συνιστά παράβαση του ενωσιακού δικαίου και, κυρίως, της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η οποία αποτελεί και τη βάση των ενωσιακών κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις και συνδέεται άμεσα με την αρχή της διαφάνειας, αμφότερες δε οι αρχές της ισότητας και της διαφάνειας αποσκοπούν ακριβώς στη διασφάλιση ότι όλοι οι υποψήφιοι έχουν σε όλα τα στάδια της διαδικασίας του διαγωνισμού ίσες ευκαιρίες, όταν υποβάλουν τις προσφορές τους [υπ' αρ. 72/2018 απόφασή Σας (Αρχής Εξέτασης

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

*Προδικαστικών Προσφυγών), όπου και παρατίθεται πλουσιότατη νομολογία]. Εξάλλου, κατά τη νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, οπότε συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής που δεν συνάδουν στις ανωτέρω επιταγές - αρχές (ίδια υπ' αρ. 72/2018 απόφασή Σας).*

*Επομένως, ο υπ' αρ. 2.2.1.1. όρος της διακήρυξης, κατά τον οποίο: «Η συμμετοχή στο διαγωνισμό προϋποθέτει ότι ο διαγωνιζόμενος είναι πλήρως ενήμερος της διακήρυξης αυτής και ότι αποδέχεται όρους του όρους της ανεπιφύλακτα» είναι απολύτως νόμιμος και επιβάλλεται να τίθεται σε κάθε διακήρυξη, όπως και στην προσβαλλόμενη, δεδομένου ότι κατά τα ανωτέρω είναι ο μόνος που διασφαλίζει τη βασική αρχή των ενωσιακών κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις, δηλαδή την αρχή της ισότητας των διαγωνιζομένων, αλλά και την εξίσου σημαντική αρχή της διαφάνειας, που οι αυτές που εγγυώνται την ύπαρξη ίσων ευκαιριών για όλους τους διαγωνιζομένους που υπέβαλαν προσφορά.*

*Χωρίς αμφιβολία, ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης σε καμία απολύτως περίπτωση δεν εμποδίζει την άσκηση των νόμιμων δικαιωμάτων που διαθέτουν οι υποψήφιοι διαγωνιζόμενοι ούτε τους αποκλείει από τη συμμετοχή στον διαγωνισμό εφόσον αμφισβητούν τους όρους της διακήρυξης, όπως αβασίμως και αναληθώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η οποία, μάλιστα, επικαλείται απόφαση του ΣτΕ εκδοθείσα υπό το προϊσχύσαν νομικό καθεστώς, πριν από την έκδοση, δηλαδή, του ν. 4412/2016 (η οποία, πάντως απόφαση, σε κανένα σημείο της δεν κρίνει ότι η ανεπιφύλακτη αποδοχή των όρων της διακήρυξης για τη συμμετοχή σε διαγωνισμό αποτελεί δήθεν μη νόμιμο περιορισμό...). Πράγματι, υπό το ισχύον νομικό καθεστώς, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του ν, 4412/2016, ο οποίος εφαρμόζεται στην προκειμένη περίπτωση: «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*

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

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.»

Τούτο ακριβώς και έπραξε η προσφεύγουσα με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή της, και αυτό επιβάλλεται να πράξει κάθε υποψήφιος διαγωνιζόμενος που δεν συμφωνεί με τους όρους της διακήρυξης, ώστε, εφόσον δικαιωθεί, το κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας να τροποποιηθεί και, στη συνέχεια, αφού δεν θα διαφωνεί με αυτό, να λάβει μέρος στον διαγωνισμό αποδεχόμενος όλους τους όρους του ανεπιφυλάκτως.

Έτσι ακριβώς έχει κριθεί από την Αρχή Σας με την προαναφερόμενη υπ' αρ. 72/2018 απόφαση (5<sup>ο</sup> Κλιμάκιο), κατά την οποία: «13. Επειδή, σε κάθε περίπτωση με την υποβολή της προσφοράς της, η συμμετέχουσα δηλώνει την αποδοχή των όρων του διαγωνισμού, και για αυτό ακριβώς το λόγο και συνακολούθως έχει και τη δυνατότητα να συμμετάσχει και να συνδιαγωνιστεί, στο πλαίσιο τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων/υποψηφίων, σε διαφορετική δε περίπτωση, μη αποδοχής δηλαδή των όρων της Διακήρυξης και απόφασης του εν δυνάμει συμμετέχοντα/υποψηφίου να στραφεί κατά της νομιμότητας των σχετικών όρων, αποσκοπώντας στην ακύρωση ή τροποποίησή των και κατ' επέκταση του κανονιστικού πλαισίου της διαγωνιστικής διαδικασίας, δέον να προβεί στην άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά των όρων της διακήρυξης.»

Ουδέποτε, λοιπόν, μπορεί να αποκλεισθεί υποψήφιος από την ύπαρξη του ανωτέρω όρου, ο οποίος είναι αυτονοήτως αναγκαίος για τη διασφάλιση της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, Ο υποψήφιος που διαφωνεί με όρο ή όρους του διαγωνισμού οφείλει να ασκήσει εμπροθέσμως την προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και, μετά την ακύρωση ή τροποποίηση του όρου ή των όρων αυτού, να συμμετάσχει στη διαδικασία αποδεχόμενος πλέον ανεπιφυλάκτως όλους τους όρους της διακήρυξης, όπως προβλέπεται από αυτήν. Ωστόσο, θα πρέπει να σημειώσουμε ότι η προσφεύγουσα δεν είχε εμφανίσει αντίστοιχους προβληματισμούς, δηλαδή ότι ένας όρος όπως ο υπ' αρ. 2.2.1.1. της

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

διακήρυξης έχει τάχα κριθεί ως «απαίτηση μη νόμιμη» ή ότι δήθεν «προσκρούει ευθέως στην πάγια νομολογία του ΣτΕ», όταν π.χ. συμμετείχε πρόσφατα σε αντίστοιχο διαγωνισμό του Δήμου Κερατσινίου - Δραπετσώνας στη διακήρυξη του οποίου στη σελ 15 αναφέρεται «Η συμμετοχή στο διαγωνισμό προϋποθέτει ότι ο διαγωνιζόμενος είναι πλήρως ενήμερος των εγγράφων της Σύμβασης και ότι αποδέχεται όλους τους όρους ανεπιφύλακτα». ( Αριθμός Διακήρυξης: 19986/24-05-2018). Τέλος, αποτελεί γεγονός γνωστό σε όλους, ότι παρόμοιοι όροι τίθενται σε όλες τις διακηρύξεις, ακριβώς για την πλήρη διασφάλιση της ύπαρξης ίσων ευκαιριών και ίσων όρων συμμετοχής για όλους τους διαγωνιζομένους.

Στη συγκεκριμένη περίπτωση, άλλωστε, η προσφεύγουσα δεν αποκλείεται από τον διαγωνισμό δεδομένου ότι, αφού διευκρινίστηκε από την αναθέτουσα αρχή ότι γίνονται δεκτές εγγυητικές επιστολές και από ασφαλιστικές επιχειρήσεις σύμφωνα με τις προβλέψεις του άρθρου 72 παρ. 3 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, η προσφεύγουσα προφανώς συμφωνεί ανεπιφύλακτως με τους υπόλοιπους όρους της διακήρυξης και άρα έχει τη δυνατότητα, εφόσον δύναται και το επιθυμεί, να μετάσχει στον διαγωνισμό.

Κατόπιν των ανωτέρω, ζητούμε και ως προς τον λόγο αυτόν να απορριφθεί η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή και ως προς το αίτημα της λήψης των προσωρινών μέτρων αναστολής του διαγωνισμού και ως προς το αίτημα της ακύρωσης της διακήρυξης του διαγωνισμού» .

13. 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. [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.[...].

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης ....περιέχουν ιδίως : ..... 1) τις απαιτούμενες εγγυήσεις τον τύπο, τα ποσοστά, το νόμισμα, το χρόνο υποβολής των εγγυήσεων, όλους τους σχετικούς όρους αυτών, καθώς και άλλες εξασφαλίσεις, εάν ζητούνται.

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 60 «**Καθορισμός προθεσμιών** (άρθρο 47 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016, ορίζεται «1. Κατά τον καθορισμό των προθεσμιών παραλαβής των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν υπόψη την πολυπλοκότητα της σύμβασης και τον χρόνο που απαιτείται για την προετοιμασία των προσφορών, υπό την επιφύλαξη των ελάχιστων προθεσμιών που καθορίζονται στα άρθρα 27 έως 31.

2. Εάν οι προσφορές μπορούν να συνταχθούν μόνον έπειτα από επιτόπια επίσκεψη ή από επιτόπια εξέταση εγγράφων προσαρτημένων στα έγγραφα της σύμβασης, οι προθεσμίες παραλαβής των προσφορών, οι οποίες είναι υποχρεωτικά μεγαλύτερες από τις ελάχιστες προθεσμίες που προβλέπονται στα άρθρα 27 έως 31, καθορίζονται κατά τρόπο ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών.

3. Οι αναθέτουσες αρχές παρατείνουν την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις:

α) όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο έξι ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών. Σε περίπτωση επισπευσμένης διαδικασίας, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 27 και την παρ. 7 του άρθρου 28, η προθεσμία ορίζεται σε τέσσερις (4) ημέρες,

β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές.

Η διάρκεια της παράτασης είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών ή των αλλαγών.

Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, δεν απαιτείται από τις αναθέτουσες αρχές να παρατείνουν τις προθεσμίες. [...]»

16. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 61 «Έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης» του ν. 4412/2016 ορίζεται «1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 26».

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 72 «Εγγυήσεις» του ν.4412/2016, ως ισχύει και εν προκειμένω ως ίσχυε κατά το χρόνο αποστολής της διακήρυξης προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε, κατ' άρθρο 61 του ίδιου νόμου, ορίζεται «1.Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων:

α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση.

Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τμημάτων.

Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση.

Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής.

Δεν απαιτείται εγγύηση συμμετοχής για τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης συμφωνιών- πλαίσιο, δυναμικού συστήματος αγοράς, σε συνοπτικό



## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

διαγωνισμό, σε διαδικασίες απευθείας ανάθεσης ή σε διαδικασία επιλογής από κατάλογο, εκτός αν άλλως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης.

Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης.

Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Η ένσταση του αναδόχου κατά της απόφασης δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως.

Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης.

Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά:

αα) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης προσφυγής ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης και  
ββ) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ασφαλιστικών μέτρων ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, και

γγ) την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με το άρθρα 35 και 36 του Ν. 4129/2013 (Α` 52), εφόσον απαιτείται.

Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες στην περίπτωση απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ένδικων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως.» [...] ]

2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν «Εγγύηση καλής λειτουργίας» για την αποκατάσταση των ελαττωμάτων που ανακύπτουν ή των ζημιών που προκαλούνται από δυσλειτουργία των έργων ή των αγαθών κατά την περίοδο εγγύησης καλής λειτουργίας, εφόσον προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Το ύψος της

## **Αριθμός απόφασης: Α381/2018**

εγγύησης καλής λειτουργίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό.

3. Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β` και γ` της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α`13) ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα.[...].

Σημειώνεται ότι η προσθήκη στο πρώτο εδάφιο της παρ. 3 του άρθρου 72 «ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β` και γ` της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α`13)», διενεργήθηκε με το άρθρο 15 παρ.1 Ν.4541/2018 (ΦΕΚ Α 93/31.5.2018) ήτοι, περίπου 45 ημέρες προ της έναρξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 91 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. 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 [...]».

19. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 93 «Περιεχόμενο φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» του ν. 4412/2016, ορίζεται «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει:

## **Αριθμός απόφασης: Α381/2018**

α) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ του άρθρου 79 και την εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72..»

20.Επειδή οι σχετικοί όροι της διακήρυξης ορίζουν τα εξής : «1.3 Συνοπτική περιγραφή αντικείμενου της σύμβασης Αντικείμενο της σύμβασης είναι η βελτίωση - αναβάθμιση του οδοφωτισμού του Δήμου Ηλιούπολης με χρήση νέων τεχνολογιών σύγχρονου φωτισμού (LED ) και εξοικονόμηση ενέργειας, όπως ακριβώς περιγράφεται αναλυτικά στην Οριστική Μελέτη με Α.Μ.: 39 / 2017 «Βελτίωση - αναβάθμιση του δημοτικού φωτισμού με χρήση νέων τεχνολογιών και εξοικονόμηση ενέργειας» του Δήμου Ηλιούπολης, μελέτη η οποία μαζί με τα παραρτήματά της Α1, Α2, Α3, Α4, και Α5 αποτελεί το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α της παρούσας διακήρυξης. Με βάση τα προβλεπόμενα στην ως άνω αναφερόμενη μελέτη, η σύμβαση περιλαμβάνει την προμήθεια 5053 νέων φωτιστικών σωμάτων με λαμπτήρες LED και εγκατάστασή τους σε ιστούς του ΔΕΔΔΗΕ ή του Δήμου, με αντίστοιχη αποξήλωση και αντικατάσταση υφισταμένων 5.053 φωτιστικών σωμάτων παλιάς τεχνολογίας και των βραχιόνων τους όπου υπάρχουν, την προμήθεια επιπλέον άλλων 190 εφεδρικών φωτιστικών σωμάτων και των αντίστοιχων βραχιόνων τους όπου απαιτούνται προς αποθήκευση στις αποθήκες του Δήμου ή εγκατάστασή τους σε επιλεγμένα σημεία αυτού με βάση υπόδειξη της Υπηρεσίας κατά τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης, και την αποξήλωση 1230 φωτιστικών σωμάτων τύπου κορυφής μαζί με τους βραχίονες αυτών, όπου υπάρχουν. Τα νέα φωτιστικά σώματα LED θα τοποθετηθούν σε νέους βραχίονες, όπου απαιτούνται βραχίονες στήριξης, και οι νέοι βραχίονες περιλαμβάνονται στο αντικείμενο της σύμβασης. Στις απαιτήσεις της σύμβασης περιλαμβάνεται επίσης η εγγύηση καλής λειτουργίας των νέων φωτιστικών σωμάτων για περίοδο 10 ετών μετά από την οριστική παραλαβή της προμήθειας από την Υπηρεσία του Δήμου..... Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει του χαμηλότερου συνδυαστικού κόστους κύκλου ζωής».

«1.4 Θεσμικό πλαίσιο Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται από την κείμενη νομοθεσία και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες

## **Αριθμός απόφασης: Α381/2018**

κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως: 1.Τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ-147 Α/8-8-16) Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ), ....»,

«1.5 Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού  
Η διαδικασία θα διενεργηθεί με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), μέσω της Διαδικτυακής πύλης [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του ως άνω συστήματος. Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι 27.08.2018 και ώρα 13.00 και ημερομηνία αποσφράγισης προσφορών ημέρα Παρασκευή 31.08.2018 και ώρα 11.00. Μετά την παρέλευση της καταληκτικής ημερομηνίας και ώρας, δεν υπάρχει δυνατότητα υποβολής της προσφοράς στο σύστημα». [...].

### 2.1.3 «Παροχή Διευκρινίσεων»

Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά, το αργότερο 15 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και απαντώνται αντίστοιχα στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της Διαδικτυακής πύλης [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr), του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. Αιτήματα παροχής συμπληρωματικών πληροφοριών - διευκρινίσεων υποβάλλονται από εγγεγραμμένους στο σύστημα οικονομικούς φορείς, δηλαδή από εκείνους που διαθέτουν σχετικά διαπιστευτήρια που τους έχουν χορηγηθεί (όνομα χρήστη και κωδικό πρόσβασης) και απαραίτητα το ηλεκτρονικό αρχείο με το κείμενο των ερωτημάτων είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο. Αιτήματα παροχής διευκρινίσεων που υποβάλλονται είτε με άλλο τρόπο είτε το ηλεκτρονικό αρχείο που τα συνοδεύει δεν είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο, δεν εξετάζονται.

Οι απαντήσεις της Αναθέτουσας Αρχής είναι μόνον έγγραφες. Ουδείς Προσφέρων δύναται να επικαλεσθεί προφορικές απαντήσεις οργάνων της Αναθέτουσας Αρχής. Οι απαντήσεις της Αναθέτουσας Αρχής και τυχόν συμπληρωματικά έγγραφα αναρτώνται στο ΕΣΗΔΗΣ και κοινοποιούνται μέσω ΕΣΗΔΗΣ σε όσους έχουν υποβάλει αιτήματα για παροχή διευκρινίσεων ή πρόσθετων πληροφοριών, σύμφωνα με τα στοιχεία που έχουν δηλώσει στο ΕΣΗΔΗΣ, το αργότερο έξι (6) ημέρες πριν από την εκπνοή της προθεσμίας που έχει ορισθεί για την παραλαβή των προσφορών, υπό τον όρο ότι οι ερωτήσεις ή/και τα αιτήματα έχουν υποβληθεί εμπρόθεσμα. Η αναθέτουσα

## **Αριθμός απόφασης: Α381/2018**

αρχή μπορεί να παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις:

α) όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα, δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο έξι (6) ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών,

β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές.

Η διάρκεια της παράτασης θα είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών ή των αλλαγών.

Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, δεν απαιτείται παράταση των προθεσμιών». [...],

*Δικαίωμα Συμμετοχής*

«...2.2.1 Η συμμετοχή στο διαγωνισμό προϋποθέτει ότι ο διαγωνιζόμενος είναι πλήρως ενήμερος της διακήρυξης αυτής και ότι αποδέχεται όλους τους όρους της ανεπιφύλακτα». [...]

### **2.2.2 Εγγυήσεις<sup>20</sup>**

Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη- μέλη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα.

Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου.

Οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

οποία απευθύνονται, δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση (στην περίπτωση ένωσης αναγράφονται όλα τα παραπάνω για κάθε μέλος της ένωσης), ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης και την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης, ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται και ια) στην περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης.

Υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στο διαγωνισμό καθώς και εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της προμήθειας παρατίθενται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Γ.Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επικοινωνεί με τους εκδότες των εγγυητικών επιστολών προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους». Σημειώνεται εν προκειμένω ότι στην οικεία υποσημείωση με αρ. 20 ορίζεται «Πρβλ. παρ.3, 4 και 5 άρθρου 72 ν. 4412/2016»

### 2.2.2 Εγγύηση συμμετοχής

2.2.2.1. Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής σύμφωνα με το υπόδειγμα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Γ.1 , που αντιστοιχεί σε ποσοστό 2% επί της συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας, χωρίς ΦΠΑ και ανέρχεται στο ποσό των 59.537,79 Ευρώ. Σημειώνεται εν προκειμένω ότι υφίσταται η με αρ.25 υποσημείωση στον τίτλο του όρου στην οποία ορίζεται. «Πρβλ παρ. 1 α), 3, 4, 5 του άρθρου 72 του ν.4412/2016»

### 2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά»

2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

## **Αριθμός απόφασης: Α381/2018**

α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016. [...]

β) Η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης, σύμφωνα με το υπόδειγμα στο Παράρτημα ΣΤ' προσκομίζεται σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή. [...]

### **2.4.1 Λόγοι απόρριψης προσφορών**

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης) της παρούσας...». [...]

### **3.4 Προδικαστικές Προσφυγές - Προσωρινή Δικαστική Προστασία**

Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση 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, δικαιούται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, προσδιορίζοντας ειδικώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά του. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι:

(α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή

(β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης σε αυτόν αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως

## **Αριθμός απόφασης: Α381/2018**

γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα.

Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης .

Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), το οποίο φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών

Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, κατά τα ειδικά οριζόμενα στο άρθρο 363 του ν. 4412/2016 στο άρθρο 19 παρ. 1.1 και στο άρθρο 7 της με αριθμ. 56902/215 Υ.Α..

Το παράβολο επιστρέφεται στον προσφεύγοντα, σε περίπτωση ολικής ή μερικής αποδοχής της προσφυγής του ή σε περίπτωση που, πριν την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή ανακαλεί την προσβαλλόμενη πράξη ή προβαίνει στην οφειλόμενη ενέργεια.

Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 364 του ν. 4412/2016. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, εκτός αν ζητηθούν προσωρινά μέτρα προστασίας κατά το άρθρο 366 του ν.4412/2016.

Οι αναθέτουσες αρχές μέσω της λειτουργίας της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ:

- κοινοποιούν την προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην περ. α του πρώτου εδαφίου της παρ.1 του αρ. 365 του ν. 4412/2016.



## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

• διαβιβάζουν στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) τα προβλεπόμενα στην περ. β του πρώτου εδαφίου της παρ. 1 του αρ. 365 του ν. 4412/2016.

Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής .

Οι χρήστες - οικονομικοί φορείς ενημερώνονται για την αποδοχή ή την απόρριψη της προσφυγής από την ΑΕΠΠ .

Η άσκηση της ως άνω προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.

Η αίτηση αναστολής κατατίθεται στο αρμόδιο δικαστήριο μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών από την έκδοση της απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής. Για την άσκηση της αιτήσεως αναστολής κατατίθεται παράβολο, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 372 παρ. 4 του ν. 4412/2016.

Η άσκηση αίτησης αναστολής κωλύει τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά».

21. 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) της διακήρυξης, 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).

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

22. Επειδή η απάντηση της αναθέτουσας αρχής επί αιτήματος παροχής διευκρινήσεων για σαφή όρο της διακήρυξης στην οποία απλώς επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της διακήρυξης, ουδεμία μεταβολή επιφέρει στον νομικό κόσμο και δεν υπόκειται ως πράξη μη εκτελεστή σε προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 426/2011) αλλά συνιστά επιβεβαιωτική πράξη στην οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ υπ' αριθμ. 5/2018). Περαιτέρω, μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή (πρβλ. ΣτΕ Ε.Α. 473/2010, 758, 45/2008, 952/2007), καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης αλλά το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κάποιο κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων (πρβλ. Ε.Α. 474/2005, 532/2004).

23. Επειδή, ειδικότερα, όπως έχει κριθεί υπό το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς περί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑΘ (αναστ.) 451/2014, 437/2013).

24. Επειδή από τη νομολογία του ΔΕΕ προκύπτει η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να τροποποιήσει, κατά τη διάρκεια της διαδικασίας αναθέσεως, το περιεχόμενο των βασικών όρων του διαγωνισμού, στους οποίους έχουν καλόπιστα στηριχθεί οι ενδιαφερόμενοι επιχειρηματίες για να αποφασίσουν εάν θα υποβάλουν προσφορά ή εάν, αντιθέτως, δεν θα λάβουν μέρος στη διαδικασία συνάψεως της σχετικής συμβάσεως (βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, C-368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 55, και της 16ης Απριλίου 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, σκέψεις 27 έως 29). Πάντως, από τα ανωτέρω δεν συνάγεται ότι οποιαδήποτε τροποποίηση της συγγραφής υποχρεώσεων μετά τη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού θα

## Αριθμός απόφασης: A381/2018

ήταν, καταρχήν και σε κάθε περίπτωση, μη επιτρεπόμενη. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή έχει κατ' εξαίρεση τη δυνατότητα διορθώσεως ή συμπληρώσεως των δεδομένων της συγγραφής υποχρεώσεων των οποίων απαιτείται η απλή διευκρίνισή τους ή προς τον σκοπό της διορθώσεως πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, υπό την επιφύλαξη ότι ενημερώνει σχετικά το σύνολο των προσφερόντων (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40) και σε κάθε περίπτωση υπό την επιφύλαξη της τηρήσεως των αρχών της απαγορεύσεως των διακρίσεων και της ίσης μεταχειρίσεως καθώς και της υποχρεώσεως διαφάνειας. Η απαίτηση αυτή σημαίνει, πρώτον, ότι οι σχετικές τροποποιήσεις, καίτοι μπορεί να είναι σημαντικές, δεν πρέπει να είναι τόσο ουσιώδεις ώστε θα είχαν προσελκύσει δυνητικούς προσφέροντες οι οποίοι, σε περίπτωση που δεν υφίσταντο οι τροποποιήσεις αυτές, δεν θα ήταν σε θέση να υποβάλουν προσφορά. Τούτο θα ίσχυε πιθανώς, μεταξύ άλλων, οσάκις οι τροποποιήσεις καθιστούν τη σύμβαση αισθητά διαφορετική, ως εκ της φύσεώς της, από τη σύμβαση όπως αυτή είχε οριστεί αρχικώς. Δεύτερον, η εν λόγω απαίτηση συνεπάγεται ότι οι τροποποιήσεις αυτές πρέπει να αποτελούν αντικείμενο επαρκούς δημοσιότητας, κατά τρόπον ώστε να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια δυνητικούς προσφέροντες η δυνατότητα να λάβουν γνώση των τροποποιήσεων αυτών υπό τις ίδιες προϋποθέσεις και κατά το ίδιο χρονικό σημείο. Τρίτον, η ίδια απαίτηση προϋποθέτει επιπροσθέτως, αφενός, ότι οι εν λόγω τροποποιήσεις πρέπει να έχουν επέλθει πριν από την εκ μέρους των προσφερόντων υποβολή των προσφορών, και, αφετέρου, ότι η προθεσμία για την υποβολή των εν λόγω προσφορών πρέπει να παρατείνεται όταν οι τροποποιήσεις αυτές είναι σημαντικές, ότι η διάρκεια της παρατάσεως αυτής πρέπει να αποτελεί συνάρτηση της σπουδαιότητας των εν λόγω τροποποιήσεων και ότι η εν λόγω διάρκεια πρέπει να είναι επαρκής ώστε να παρέχεται στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς η δυνατότητα να προσαρμόσουν συνακολούθως την προσφορά τους (C-298/15, «Borta» UAB, ECLI:EU:C:2017:266 σκ.70-76 αλλά και προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως E. Sharpston σχετικά με την εν λόγω υπόθεση).

## Αριθμός απόφασης: A381/2018

25.Επειδή, ειδικότερα, 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).

26.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).

27. Επειδή, όπως αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 και παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (ΕΑ ΣτΕ Β΄ Τμ. 1135/2010), οι όροι διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (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*,

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

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, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

28. Επειδή σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν.4412/2016 αναφορικά με την παρ. 2 του άρθρου 53 ορίζεται ότι «καθορίζονται οι ελάχιστες πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης» μεταξύ των οποίων σύμφωνα με την περ. ι) της παρ. 2 του άρθρου 53 περιλαμβάνονται οι απαιτούμενες εγγυήσεις, ο τύπος, τα ποσοστά, το νόμισμα, ο χρόνος υποβολής των εγγυήσεων και όλοι οι σχετικοί όροι αυτών. Περαιτέρω, η προσκόμιση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, εφόσον και ως αυτή ορίζεται από τη διακήρυξη, με το φάκελο των δικαιολογητικών, τίθεται ρητώς επί ποινή απόρριψης της οικείας προσφοράς σύμφωνα με τους όρους τόσο του ν.4412/2016 (πρβλ. άρθρα 93 και 91 αυτού) όσο και της διακήρυξης (πρβλ. άρθρα 2.2.2, 2.4.3.1, 2.4.6).

29.Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης στην περίπτωση που ζητηθούν διευκρινήσεις επί όρων της διακήρυξης, προκειμένου να παρασχεθεί σχετική απάντηση θα πρέπει να ζητηθούν εγκαίρως, ήτοι 15 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η οποία έχει ορισθεί για τις 27.08.2018 και με τον τύπο που ρητώς περιγράφεται σε αυτήν (βλ. άρθρο 2.1.3 της διακήρυξης). Οι δε παρεχόμενες διευκρινήσεις εφόσον αφορούν σε σαφή όρο της διακήρυξης οι οποίες απλώς επαναλαμβάνουν τις ρυθμίσεις της διακήρυξης, ουδεμία μεταβολή επιφέρουν στον νομικό κόσμο καθώς ως επουσιώδεις, συνιστούν απλώς επιβεβαιωτική πράξη. Τουναντίον όταν δεν επιβεβαιώνουν απλώς το περιεχόμενο της διακήρυξης αλλά το αποσαφηνίζουν, παρέχοντας κάποιο κρίσιμο ουσιώδες νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων, τότε συνιστούν πράξη εκτελεστή δυνάμενη να προσβληθεί με προδικαστική προσφυγή, καθώς με αυτές αίρονται ασάφειες όρων της διακήρυξης. Εφόσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά τους, εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται.

## **Αριθμός απόφασης: Α381/2018**

30. Επειδή, όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ 1667/2011 Ολομ.), με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές. Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, την οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου, όπως σε κανόνες του συντάγματος ή του κοινοτικού δικαίου (ΣΤΕ 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008 και άλλες, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, *Universale-Bau AG*, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, *Santex SpA*, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66) ή αντιβαίνουν σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της κοινής νομοθεσίας. Τούτο δε, δηλαδή η αδυναμία παρεμπόδισης αμφισβήτησης της νομιμότητας όρων της διακήρυξης, η οποία δεν έχει προσβληθεί ευθέως, ισχύει, κατά λογική ακολουθία, και στο μεταγενέστερο στάδιο της εκτέλεσης της συναφθείσης με τον ανάδοχο σύμβασης, οπότε οι όροι της διακήρυξης έχουν πλέον καταστεί όροι της σύμβασης διότι, πέραν των ανωτέρω, η αντίθετη άποψη θα είχε και ως συνέπεια την, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ανεπίτρεπτη, εκ των υστέρων, ανατροπή των όρων με βάση τους οποίους αναπτύχθηκε ο ανταγωνισμός, διαμορφώθηκαν οι προσφορές των διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκε ο ανάδοχος (πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, *CAS Succhi di Frutta SpA*, C-496/99 P, σκέψεις 106 έως 125 και απόφαση της 19.6.2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, C-454/06, σκέψεις 55 και επόμενες και ιδίως 59 και 60).

31.Επειδή με τις οικείες απόψεις της η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται εν τοις πράγμασι τον πρώτο λόγο της προσφυγής.

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

32.Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται 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».

33. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 361 «Προθεσμία άσκησης της προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι:

(α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή

(β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως,

(γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ.

2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης».

34.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της

## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της.

2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή.

3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

35. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των - κατ' ελάχιστον - αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

36. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού της προσφυγής αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος και της αναθέτουσας αρχής, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία υπό το φως



## Αριθμός απόφασης: Α381/2018

αφενός των παρεχόμενων διευκρινήσεων, αφετέρου βάσει της νομολογίας που αναφέρεται στη σκέψη 24 της παρούσας.

37. Επειδή, εν προκειμένω, προϋπόθεση παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα της αιτούσας ως προτιθέμενης να συμμετάσχει πλην όμως αποκλειόμενης λόγω των όρων της Διακήρυξης - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

38. Επειδή α) η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί καταρχήν παραδεκτώς, β) υφίσταται βλάβη του προσφεύγοντος από τους όρους της διακήρυξης ως αρχικώς τέθηκαν και στη συνέχεια ως αρχικώς διευκρινίσθηκαν κατόπιν εμπροθέσμως υποβληθέντος σχετικού ερωτήματος, ενώ δεν αποδεικνύεται ότι η βλάβη αυτή έχει αποσοβηθεί κατά τον χρόνο εξέτασης της παρούσης γ) ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής παρίσταται ως βάσιμος - δεν έχει είναι σαφές πέραν αμφιβολίας ότι η εξέταση του συγκεκριμένου λόγου έχει καταστεί άνευ αντικειμένου ή ότι είναι προδήλως απαράδεκτη - και συνεπώς υφίσταται η πιθανολόγηση ευδοκίμησής του, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί τινών προϋποθέσεων παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης κατά τα ανωτέρω και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη άμεσης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Περαιτέρω, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, ήτοι σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων.

## **Αριθμός απόφασης: Α381/2018**

39. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την προμήθεια της αναθέτουσας αρχής. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων (ΕΑ ΣτΕ 840/2008 αλλά και 53/2017 ΑΕΠΠ).

40. Επειδή, επομένως, από τη στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του υπέρτερου δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη του προσφεύγοντος.

41. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίση προσφυγής από την ΑΕΠΠ. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας για τους τρίτους ενδιαφερόμενους, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία.

42. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

43. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να δίνει δεκτό.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Αναστέλλει την διαγωνιστική διαδικασία έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου**

**Η Γραμματέας**

**Μαρία Μανώλογλου**