

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.04.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 516/11.04.2023 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «Λ. Κ. Α... & ΣΙΑ Ε.Ε.» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Οργανισμού Λιμένος ... Α.Ε. (εφεξής ο «Αναθέτων Φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «Α...ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ Ε.Ε.» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, που άσκησε παρέμβαση στο πλαίσιο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αρ. .../16.03.2023 απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικού της ... Συνεδρίασης) του Δ.Σ. του Αναθέτοντος Φορέα, η οποία ενσωμάτωσε το υπ' αρ. πρωτ. 1535/15-03-2023 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης και αποφάσισε, κατά πλειοψηφία, την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου κατασκευής του έργου «Κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης ραμπών πορθμείο εσωτερικού» της παρεμβαίνουσας, με ποσοστό έκπτωσης 15% και κάθε άλλης ρητής ή σιωπηρής, προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης σχετιζόμενης άμεσα με την κρινόμενη υπόθεση.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το οφειλόμενο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο Αναθέτων Φορέας προκήρυξε διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία μέσω του ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης ραμπών πορθμείου εσωτερικού» εκτιμώμενης αξίας 110.000€ πλέον ΦΠΑ 24% με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 04.10.2022 με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 30.03.2023 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», η δε υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 10.04.2023, δοθέντος ότι η δέκατη ημέρα της οικείας προθεσμίας (09.04.2023) ήταν ημέρα εξαιρετέα (Κυριακή), ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017. Η προσφεύγουσα μετ' εννόμου συμφέροντος βάλλει κατά της προσβαλλόμενης, καθώς η προσφορά της έγινε δεκτή, βάλλει δε κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της ανάδειξης αυτής ως προσωρινής

αναδόχου, δυνάμει της προσβαλλόμενης, κατ' απόκλιση της γνώμης, όπως είχε αποτυπωθεί στο υπ' αρ. πρωτ. 1535/15.03.2023 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού. Η προσφεύγουσα είχε προηγουμένως ασκήσει την με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1718/06.12.2022 προδικαστική προσφυγή κατά της υπ' αρ. .../2022 απόφασης του ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα, με την οποία είχε αποφασιστεί, μεταξύ άλλων, η ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού και η μη έγκριση του υπ' αρ. πρωτ. 9191/03.11.2022 1ο Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, όπου διαπιστώθηκε, για τον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα Κ...Β..., ότι δεν πληροί τους όρους 22.4 και 21.Δ όρων της Διακήρυξης και, για την παρεμβαίνουσα, ότι δεν πληροί τον όρο 21.Δ αυτής, ενώ, για την προσφεύγουσα, διαπιστώθηκε η πλήρωση των απαιτήσεων της Διακήρυξης. Επί της παραπάνω προδικαστικής προσφυγής, εκδόθηκε η υπ' αρ. 152/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία έκανε δεκτή αυτήν και ακύρωσε την παραπάνω απόφαση του Αναθέτοντος Φορέα (υπ' αρ. .../2022), ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Κατά της παραπάνω απόφασης του Αναθέτοντος Φορέα, είχε ασκήσει προδικαστική προσφυγή και η παρεμβαίνουσα, η οποία, με την υπ' αρ. 151/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, απερρίφθη. Ακολούθως, με την υπ' αρ. .../2023 απόφαση του ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα, αποφασίστηκε η ανάκληση της παραπάνω προηγούμενης απόφασής του (υπ' αρ. .../2022).

5. Επειδή, στις 11.04.2023 ο Αναθέτων Φορέας κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, την προδικαστική προσφυγή προς τους ενδιαφερόμενους, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 685/2023 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε ο Αναθέτων Φορέας όπως καταθέσει απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, στις 20.04.2023 ο Αναθέτων Φορέας κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις υπ' αρ. πρωτ. 3533/20.04.2023 απόψεις του.

8. Επειδή, στις 20.04.2023 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α398/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ η οποία απέρριψε το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

9. Επειδή, στις 21.04.2023 η παρεμβαίνουσα άσκησε παρέμβαση με κοινοποίηση αυτής μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, ως αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχος.

10. Επειδή, στις 25.04.2023 η προσφεύγουσα κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

11. Επειδή, με την προσβαλλόμενη με θέμα ... «Έγκριση ή μη του 1ου Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου “Κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης ραμπών πορθμείου εσωτερικού”», όπου ενσωματώνεται το ως άνω υπ' αρ. πρωτ. 1535/15.03.2023 1ο Πρακτικό, το ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα αποφάσισε κατά πλειοψηφία την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της παρεμβαίνουσας, με ποσοστό έκπτωσης 15%.

12. Επειδή, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν

70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

13. Επειδή, στο άρ. 310 του Ν. 4412/2016 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 76 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» προβλέπεται ότι *«Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτοντες φορείς, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.»*. Στο άρ. 9 της Διακήρυξης «Συμπλήρωση – αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» προβλέπεται ότι *«Ο αναθέτων φορέας τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, μέσω της λειτουργικότητας « Επικοινωνία» του υποσυστήματος, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016.*

Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα». Στο άρ. 11.3 «Περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του έργου» αναφέρεται ότι «Με την παρούσα εργολαβία προβλέπεται η τοποθέτηση 6 πύλλαρ για την ηλεκτροδότηση και υδροδότηση των πλοίων του Πορθμείου εσωτερικού του Λιμένα ... και τεσσάρων υπαίθριων πυροσβεστικών φωλιών. Ι. Γενική Τεχνική περιγραφή Αντικείμενο του έργου είναι η κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης ραμπών πορθμείου εσωτερικού και συγκεκριμένα η εγκατάσταση, σύνδεση και θέση σε λειτουργία των 6 πύλλαρ και τεσσάρων πυροσβεστικών φωλιών καθώς η όδευση νέων καλωδίων για την ηλεκτροδότηση των υπό προμήθεια πύλλαρ από τον κεντρικό σταθμό Μέσης Τάσης του Πορθμείου Εσωτερικού και η κατασκευή νέου δικτύου ύδρευσης για την υδροδότηση αυτών ». Σύμφωνα με το άρ. 21.Δ της Διακήρυξης «...Επιπλέον απαιτούνται όλα τα στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται ότι έχουν εκτελέσει ένα τουλάχιστον έργο παρόμοιας φύσης με το δημοπρατούμενο (Κατασκευή δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης πλοίων- εγκατάσταση pillar-).».

14. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως, η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατά την έκδοση του αρχικού της υπ' αρ. 9191/03.11.2022 Πρακτικού της, αξιολογώντας την προσφορά της παρεμβαίνουσας, είχε γνωμοδοτήσει για την απόρριψή της, υιοθετώντας την θέση ότι δεν πληροί την απαίτηση του αρ. 21 Δ, όπως αυτή είχε διευκρινιστεί με το υπ' αρ. 8320/07.10.2022 έγγραφο του Δ/ντος Συμβούλου του Αναθέτοντος Φορέα, υποστηρίζει δε ότι στο παραπάνω πρακτικό δεν έγινε αναφορά για τυχόν κλήση της παρεμβαίνουσας προς διευκρίνιση της προσφοράς της και πως τούτο πληροφορήθηκε από την ασκηθείσα από αυτήν (παρεμβαίνουσα) προδικαστική προσφυγή και την, επί αυτής, εκδοθείσα υπ' αρ. 151/2023

απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Ακολούθως, αναφέρει πως η διαδικασία έπρεπε να συνεχισθεί από το σημείο εκείνο, που έλαβε χώρα η ακυρωθείσα (και εν συνεχεία ανακληθείσα) υπ' αρ. 487/2022 απόφαση του ΔΣ, εντούτοις, συντάχθηκε νέο υπ' αρ. 1535/15.03.2023 Πρακτικό της Επιτροπής (Ορθή Επανάληψη 2), το οποίο φέρεται, κατά την ίδια Συνεδρίαση (της 1.11.2022, ώρα 11:00) να καταλήγει με πλειοψηφία 2 έναντι 1, σε διαφορετική θεώρηση/αξιολόγηση των προσφορών, ήτοι στην ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου. Υποστηρίζει δε ότι στο ως άνω Πρακτικό μνημονεύεται για πρώτη φορά η κλήση της παρεμβαίνουσας από την Επιτροπή Διαγωνισμού και συνοπτικά οι διευκρινίσεις που παρείχε, επισημαίνει δε ότι δεν της είχε κοινοποιηθεί ούτε το έγγραφο αίτημα παροχής διευκρινίσεων του Αναθέτοντος Φορέα, ούτε και οι παρασχεθείσες διευκρινίσεις της παρεμβαίνουσας, ούτε έχουν τυχόν αναρτηθεί αυτά στα έγγραφα του Διαγωνισμού. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι η σχετική κλήση της παρεμβαίνουσας είναι μη σύννομη και υπερακοντίζει το γράμμα και το πνεύμα των οικείων διατάξεων, διότι, με βάση τα όσα αναφέρονται στο υπ' αρ. 1535/2023 Πρακτικό, η παρεμβαίνουσα τροποποίησε κατά τρόπο απαράδεκτο την προσφορά της και επικαλείται προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας και άλλη σύμβαση, μη αναφερθείσα στο ΕΕΕΣ της. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως η Επιτροπή, αξιολογώντας την προσφορά της παρεμβαίνουσας, όπου στο ΕΕΕΣ, στο πεδίο Γ. Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα είχε επικαλεστεί μόνο ένα έργο, την Προμήθεια – Τοποθέτηση Pilar στο καταφύγιο ... αξίας 44.767,53 ευρώ με ΦΠΑ, καθαρής: 36.108,85 ευρώ) και τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις της, όπου επικαλέστηκε και έτερη σύμβαση έργου, την Σύμβαση εγκατάστασης αυτόματου συστήματος πυρανίχνευσης & χειροκίνητου συστήματος συναγερμού, αλλά και υδραυλικό δίκτυο με την εγκατάσταση υδροδοτικού πυροσβεστικού δικτύου και πυροσβεστικών φωλιών, αξίας 32.793,00, και, υιοθετώντας, μία «επιεικέστερη ερμηνεία της διευκρίνισης», έκρινε κατά όλως αδόκητο και πρόδηλο παράνομο τρόπο ότι «αθροιστικά αυτές οι δύο συμβάσεις, εκτός του ότι καλύπτουν πλήρως το αντικείμενο του έργου του υπό κρίση διαγωνισμού, υπερκαλύπτουν και το ποσό των 55.000 ευρώ».

15. Επειδή, ο Αναθέτων Φορέας στις απόψεις του αναφέρει πως η διατύπωση που περιλαμβάνεται στο υπ' αρ. πρωτ. 8320/07.10.2022 έγγραφο διευκρινίσεων έχει δημιουργήσει αμφισημία ως προς την αξία των 55.000€, που είναι δυνατόν να εκληφθεί ότι προσδιορίζει μόνο το τιμολόγιο και όχι και τη σύμβαση ίδιου τύπου, δηλαδή, μπορεί να ερμηνευθεί ότι απαιτείται να προσκομισθεί, είτε μία σύμβαση ίδιου τύπου (ανεξαρτήτως ποσού), ή ένα τιμολόγιο (ανεξαρτήτως αντικειμένου) αξίας 55.000€ και άνω. Επιπλέον, αναφέρει πως, υπέρ αυτής της ερμηνείας τείνει και το επιχείρημα ουσίας ότι, εάν μεν προσκομιστεί σύμβαση ίδιου τύπου, αλλά όχι ύψους τουλάχιστον 55.000€, η εμπειρία τεκμαίρεται από την ταύτιση του αντικειμένου, ανεξαρτήτως ποσού, εάν δε προσκομιστεί τιμολόγιο ύψους τουλάχιστον 55.000€, αλλά όχι ίδιου τύπου, η εμπειρία τεκμαίρεται από την ικανότητα εκτέλεσης έργων τέτοιου μεγέθους, έστω και αν είχαν διαφορετικό αντικείμενο. Λόγω της ως άνω πλημμέλειας της διατύπωσης και των αρχών της χρηστής διοίκησης και της επιείκειας, ο Αναθέτων Φορέας υποστηρίζει πως δεν είναι δυνατόν η πλημμέλειά του (αμφισημία της διατύπωσης) να θέτει σε δυσμενή θέση ένα διαγωνιζόμενο, συνεπώς, αναφέρει ότι οι ως άνω αρχές επιβάλλουν όπως ακολουθηθεί η ερμηνεία που θεσπίζει τις ηπιότερες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό. Για το λόγο αυτό, αναφέρει πως εφαρμοστέα είναι η επιεικέστερη ερμηνεία, βάσει της οποίας αρκεί να πληρούται έστω και μία από τις προϋποθέσεις, δηλαδή, είτε να προσκομιστεί σύμβαση ίδιου τύπου, ανεξαρτήτως ποσού, είτε τιμολόγιο ποσού τουλάχιστον 55.000€ ανεξαρτήτως τύπου σύμβασης. Ακολούθως, ο Αναθέτων Φορέας υποστηρίζει πως η παρεμβαίνουσα, κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών/προσφορών υπέβαλε σύμβαση, βάσει της οποίας έχει εκτελέσει το έργο «Προμήθεια – τοποθέτηση Pillar στο καταφύγιο σκαφών ...», αξίας 47.767,53€, που φαίνεται να είναι ίδιου τύπου με την προς ανάθεση. Επιπλέον, με την απάντηση στην κλήση προς διευκρινίσεις, η ως άνω απάντησε στις 19.11.2022 ότι έχει εκτελέσει και έργο «Εγκατάσταση αυτόματου συστήματος πυρανίχνευσης & χειροκίνητου συστήματος συναγερμού, αλλά και υδραυλικό δίκτυο με εγκατάσταση υδροδοτικού πυροσβεστικού δικτύου και πυροσβεστικών φωλεών», αξίας 32.793,00€.

Ακολούθως, αναφέρει πως η επίμαχη εργολαβία αφορά στην τοποθέτηση έξι pillars για την ηλεκτροδότηση και υδροδότηση των πλοίων του Πορθμείου Εσωτερικού του Λιμένα ... και τεσσάρων υπαίθριων πυροσβεστικών φωλεών, συνεπώς, πέρα από τα pillars, και οι πυροσβεστικές εγκαταστάσεις είναι εντός του αντικείμενου της, έστω και αν δεν μνημονεύονται ρητά στην διευκρίνιση. Εν συνεχεία, ο Αναθέτων Φορέας ισχυρίζεται πως αυτές οι δύο συμβάσεις, εκτός του ότι καλύπτουν το πλήρες αντικείμενο του έργου του επίμαχου διαγωνισμού, υπερκαλύπτουν και το ποσό των 55.000€, ανεξαρτήτως δε αυτού, θεωρεί πως και μόνη η υποβολή της σύμβασης που είχε εξ αρχής κατατεθεί (Pillars ... αξίας 44.767,53€) πληροί και καλύπτει το ένα από τα δύο διαζευκτικώς τεθέντα κριτήρια της παραπάνω διευκρίνισης.

16. Επειδή, η προσφεύγουσα, με τους πρώτους τέσσερις λόγους της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, καθώς και με το υπόμνημά της, υποστηρίζει πως είναι εσφαλμένη η κλήση της παρεμβαίνουσας προς παροχή διευκρινίσεων, ότι παραβιάστηκαν τα άρ. 253, 281, 305, 308, 310, 79, 91 του Ν. 4412/2016 και αρ. 2, 9, 21.Δ., 22, 25 της Διακήρυξης και πως δεν πληρούται το άρ. 21.Δ της Διακήρυξης. Περαιτέρω, ότι τροποποιήθηκε απαράδεκτως η προσφορά της παρεμβαίνουσας και ότι ερμηνεύθηκε εσφαλμένα το άρ. 21.Δ της Διακήρυξης, κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, καθώς και ότι εξέλιπε αιτιολογία ως προς την απόκλιση από τα πορίσματα του αρχικού υπ' αρ. 9191/2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού. Συνακόλουθα, υποστηρίζει πως εφαρμόστηκε εσφαλμένα το παραπάνω άρ. 21.Δ της Διακήρυξης και πως αξιολογήθηκαν πλημμελώς οι επικληθείσες συμβάσεις, καθώς έλαβε χώρα μη παραδεκτή συνάθροιση αυτών και πως η αιτιολογία της προσβαλλόμενης είναι πλημμελής. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι, καθώς η δηλωθείσα στο ΕΕΕΣ της σύμβαση κατασκευής έργου «Προμήθεια – Τοποθέτηση pilar στο καταφύγιο ...» αξίας 44.767,53 ευρώ με ΦΠΑ, καθαρής: 36.108,85 ευρώ, ήτοι κάτω των 55.000 ευρώ, υπολείπεται του ζητούμενου ελάχιστου ύψους των 55.000 ευρώ, η Επιτροπή Διαγωνισμού όφειλε να γνωμοδοτήσει παραχρήμα στον Αναθέτοντα Φορέα για την απόρριψη της προσφοράς της ως άνω, λόγω μη προκαταρκτικής απόδειξης της

απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τεθείσας επί ποινή αποκλεισμού και, αντιστοίχως, το αποφασίζον όργανο να επικυρώσει την συναφή κρίση και όχι να την καλέσει προς θεραπεία της παραπάνω πλημμέλειας, κατ' άρ. 310 του Ν. 4412/2016, καθώς η σύμβαση του έργου ύψους 32.793,00 ευρώ «Πυρασφάλεια κτιρίου ΠΕ ...» προφανώς αξιολογήθηκε ουσιαστικά και αθροιστικά με την αρχική σύμβαση στο ΕΕΕΣ και οδήγησε, μετά ταύτα, αιτιωδώς στην ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως αναδόχου, ως πληρούσα τον όρο του αρ. 21Δ. Προς αντίκρουση των παραπάνω λόγων, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται πως η προσφεύγουσα ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι μόνη η συμπλήρωση της προσφοράς της, ήτοι η νέα σύμβαση που επικαλέστηκε, εκτός της ήδη δηλωθείσας στο ΕΕΕΣ σύμβασης, σε απάντηση του υπ' αρ. πρωτ. 9342/10.11.2022 εγγράφου της Επιτροπής Διαγωνισμού, οδήγησε την τελευταία στην κρίση περί πλήρωσης εκ μέρους της του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, καθώς η επίκληση μιας ακόμη σύμβασης δεν αποτέλεσε το μοναδικό, αλλά το δευτερεύον αιτιολογικό έρεισμα της διαμόρφωσης- θεμελίωσης της κρίσης της Επιτροπής περί πλήρωσης εκ μέρους της των όρων της Διακήρυξης. Περαιτέρω, αναφέρει πως το ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα δεν απεδέχθη την ερμηνευτική προσέγγιση του διευκρινιστικού εγγράφου, όπως διατυπώνεται από την προσφεύγουσα και όπως υιοθετήθηκε αρχικά από το γνωμοδοτικό όργανο του διαγωνισμού (Επιτροπή Διαγωνισμού) με το υπ' αρ. 9191/3-11-2022 πρακτικό, που τελικά δεν εγκρίθηκε από την προϊσταμένη αρχή με την υπ' αρ. 487/2022 απόφαση του ΔΣ, αλλά, υποστηρίζει πως αυτή θεώρησε εξ αρχής ότι η συγκεκριμένη ερμηνευτική προσέγγιση ουσιαστικά αποτελούσε προσθήκη όρου που δεν υπήρχε στη Διακήρυξη, στο άρ. 21.Δ της οποίας δεν υπήρχε απαίτηση η τουλάχιστον μια σύμβαση παρόμοιας φύσης που θα έπρεπε να έχουν εκτελέσει οι οικονομικοί φορείς να έχει συγκεκριμένο προϋπολογισμό.

17. Επειδή, επί των πρώτων τεσσάρων λόγων της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με το άρ. 21.Δ της

Διακήρυξης που αναφέρεται στην απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, «*Επιπλέον απαιτούνται όλα τα στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται ότι έχουν εκτελέσει ένα τουλάχιστον έργο παρόμοιας φύσης με το δημοπρατούμενο (Κατασκευή δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης πλοίων- εγκατάσταση pillar-)*». Στο υπ' αρ. πρωτ. 8320/07.10.2022 έγγραφο με θέμα «*Διευκρίνιση επί της υπ' αρ. 8185/4-10-2022 Διακήρυξης ανοιχτής διαδικασίας για την επιλογή αναδόχου δημοσίας σύμβασης έργου "Κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης ραμπών πορθμείου εσωτερικού"*», αναφέρεται ότι «...Όσον αφορά τα δικαιολογητικά απόδειξης της τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, για να διασφαλίσει ο Αναθέτων Φορέας ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους την εμπειρία για να εκτελέσουν την εγκατάσταση των πύλλαρ στο κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, σύμφωνα και με το άρθρο 75 παρ. 4 του Ν.4412/2016, απαιτείται από τους οικονομικούς φορείς, επί ποινή αποκλεισμού, πέρα από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π.: α) να έχουν ολοκληρώσει μέχρι και την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς, τουλάχιστον μία (1) σύμβαση ίδιου τύπου με τον τύπο της παρούσας δηλαδή κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης που θα περιλαμβάνει εγκατάσταση πύλλαρ ή τιμολόγιο ποσού που ξεπερνά το ήμισυ της αξίας της παρούσας σύμβασης, ήτοι 55.000,00€. Στα ανωτέρω σύμβαση θα πρέπει να φαίνεται το αντικείμενο, η αξία, το χρονικό διάστημα καθώς και ο φορέας ανάθεσης.». Όπως έχει κριθεί, υπό το προϋσχόν νομοθετικό καθεστώς, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή, και, εφόσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, όπως εν προκειμένω, που προκύπτει ότι οι ως άνω διευκρινίσεις δεν αμφισβητήθηκαν, οι παρεχόμενες αυτές διευκρινίσεις εντάχθηκαν στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τον σχετικό όρο στον οποίο αναφέρονται (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑθηνών (αναστ.) 451/2014, 437/2013, βλ. και ΑΕΠΠ 1057/2020, 643/2020). Η παρεμβαίνουσα στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της δήλωσε στο πεδίο Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του Μέρους IV: Κριτήρια επιλογής «Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες

μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουν προσδιοριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης που αναφέρονται στην προκήρυξη /γνωστοποίηση. Για τις συμβάσεις έργων: εκτέλεση έργων του είδους που έχει προσδιοριστεί Μόνο για τις δημόσιες συμβάσεις έργων: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει εκτελέσει τα ακόλουθα έργα του είδους που έχει προσδιοριστεί. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν έως πέντε έτη και να επιτρέπουν την τεκμηρίωση πείρας που υπερβαίνει τα πέντε έτη. Περιγραφή ΣΥΜΒΑΣΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΗΣ ΕΡΓΟΥ:«Προμήθεια – Τοποθέτηση Pilar στο καταφύγιο ...» Ποσό 44767.53 EUR Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 03.08.2018 - 31.12.2018 Αποδέκτες Α.Ε. Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Ναι Διαδικτυακή Διεύθυνση <https://cerpp.eprocurement.gov...> Επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων ... 2018-08-03 Αρχή ή Φορέας έκδοσης ΠΡΟΜΗΘΕΥΣ (ΚΗΜΔΗΣ)» (βλ. αρχείο με τίτλο «espd-response-v2_Signed.pdf», σελ. 12/13). Στο υπ' αρ. πρωτ. 9342/10.11.2022 έγγραφό του με θέμα «Συμπλήρωση πληροφοριών και δικαιολογητικών» που απέστειλε προς την παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ ο Αναθέτων Φορέας, αναφέρει ότι «Βάσει της Προσφοράς της εταιρείας σας, έχετε εκτελέσει το έργο “Προμήθεια – Τοποθέτηση Pillar στο καταφύγιο ...” ποσού 44.767,53€. Στο υπ' αριθ. πρωτ. 8320/07-10-2022 έγγραφο της Α.Ε. ... αναφέρεται... . Παρακαλούμε όπως, σύμφωνα με το άρθρο 9 της διακήρυξης, υποβάλετε/συμπληρώσετε την προσφορά σας σύμφωνα με τα ανωτέρω, εντός χρονικού διαστήματος δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας». Η παρεμβαίνουσα απάντησε στην ανωτέρω κλήση προς παροχή διευκρινίσεων, με το από 19.11.2022 έγγραφό της, που απεστάλη ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, στο οποίο αναφέρει ότι «...Α) Εάν ήθελε υποτεθεί, ερμηνεύοντας την γραμματική διατύπωση της παρεχόμενης από εσάς διευκρίνισης, ότι το αναφερόμενο ποσό (δηλ. ποσό που ξεπερνά το ήμισυ της παρούσας σύμβασης, ήτοι τα 55.000,00 ευρώ) αφορά το τιμολόγιο και όχι τη σύμβαση, η εταιρεία μας έχει

ήδη καταθέσει την με αριθμ. πρωτ.: .../03-08-2018 σύμβαση κατασκευής του έργου «Προμήθεια – Τοποθέτηση Pilar στο καταφύγιο ...» αρχικού προϋπολογισμού 73.389,40 ευρώ, δηλαδή ποσού μεγαλύτερου από αυτό των 55.000,00 ευρώ (το ποσό των 44.767,53 ευρώ προκύπτει μετά την έκπτωση επί των τιμών του αρχικού προϋπολογισμού), από την οποία σύμβαση προκύπτει ότι έχει εκτελέσει ένα έργο παρόμοιας φύσης με το δημοπρατούμενο (Κατασκευή δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης πλοίων- εγκατάσταση pillar-) και ως εκ τούτου πληρούται το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που προβλέπεται στο άρθρο 21.Δ της Διακήρυξης. Β) Εάν όμως ήθελε υποτεθεί ότι το ανωτέρω αναφερόμενο ποσό αφορά και τη σύμβαση υπό την έννοια ότι οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προσκομίσουν, επί ποινή αποκλεισμού, σύμβαση έργου ίδιας φύσης με αυτή του υπό δημοπράτηση έργου ποσού που ξεπερνά το ήμισυ της αξίας της παρούσας σύμβασης, ήτοι προϋπολογισμού άνω των 55.000,00 ευρώ, η διευκρίνιση αυτή αποτελεί ανεπίτρεπτη τροποποίηση του όρου της διακήρυξης που περιορίζει σημαντικά τον ανταγωνισμό. ... Η ως άνω τροποποίηση θα έχει ως αποτέλεσμα, οικονομικός φορέας που έχει εκτελέσει ένα τουλάχιστον έργο παρόμοιας φύσης με το υπό δημοπράτηση έργο, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 21.Δ της Διακήρυξης, με αρχικό προϋπολογισμό μεγαλύτερο των 55.000,00 ευρώ αλλά τελικά λόγω έκπτωσης το ποσό της σύμβασης του Ο.Φ. να προκύπτει μικρότερο από αυτό των 55.000,00 ευρώ, να αποκλειστεί λόγω μη πλήρωσης του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, γεγονός πρωτοφανές και παράλογο, δεδομένου ότι εκ των πραγμάτων ο ανωτέρω οικονομικός φορέας διαθέτει εμπειρία –τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που αφορά την κατασκευή τέτοιας φύσης έργου (!)». Στο δε ως άνω έγγραφο συμπεριέλαβε το υπ' αρ. πρωτ. 119648/1483 εργολαβικό συμφωνητικό ύψους 32.793,00 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με την Περιφέρεια ... για το έργο «Πυρασφάλεια κτιρίου ΠΕ ...», το από 13.08.2020 συμφωνητικό κατασκευής έργου «ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ ΕΠΕΚΤΑΣΕΙΣ ΔΚΤΥΩΝ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ...» με το Δήμο ... και την από 10.07.2020 «ΣΥΜΒΑΣΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΗΣ ΕΡΓΟΥ» με την Περιφέρεια ... για το έργο «Άμεσες εργασίες αποκατάστασης βατότητας της οδού πρόσβασης

προς Καραβοστάσι μετά από πλημμύρες και σύνδεσή της με το επαρχιακό οδικό δίκτυο» ποσού 77.419,35 € (χωρίς Φ.Π.Α.). Στην προσβαλλόμενη, για την παρεμβαίνουσα αναφέρεται ότι «Για τη δεύτερη συμμετέχουσα «Α...ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ Ε.Ε.» τα μέλη της Επιτροπής Δ... Χ.. και Νι... Π.. υποστηρίζουν ότι η συμμετέχουσα έχει υποβάλει όσα ορίζονται από τους όρους της Διακήρυξης, καθόσον: Εφαρμόζεται η επιεικέστερη ερμηνεία της διευκρίνισης, βάσει της οποίας αρκεί να πληρούται έστω και μία από τις ακόλουθες προϋποθέσεις, δηλ. είτε να προσκομισθεί σύμβαση ιδίου τύπου, ανεξαρτήτως ποσού, είτε τιμολόγιο ποσού τουλάχιστον 55.000 ευρώ, ανεξαρτήτως τύπου σύμβασης. Εν προκειμένω η Α...κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών/προφορών υπέβαλε σύμβαση βάσει της οποίας έχει εκτελέσει το έργο «Προμήθεια- τοποθέτηση Pillars στο καταφύγιο ...», αξίας 44.767,53€. Επιπλέον, με την παροχή διευκρινίσεων που Επιπλέον με την παροχή διευκρινίσεων που ζήτησε ο ... στις 10.11.2022, η Α...απάντησε στις 19.11.2022 (εμπρόθεσμα) ότι έχει εκτελέσει και έργο «Εγκατάσταση αυτόματου συστήματος πυρανίχνευσης & χειροκίνητου συστήματος συναγερμού, αλλά και υδραυλικό δίκτυο με την εγκατάσταση υδροδοτικού πυροσβεστικού δικτύου και πυροσβεστικών φωλιών», αξίας 32.793,00 ευρώ. Αθροιστικά αυτές οι δύο συμβάσεις, εκτός του ότι καλύπτουν το πλήρες αντικείμενο του έργου του υπό κρίση διαγωνισμού, υπερκαλύπτουν και το ποσό των 55.000 €. Το μέλος της Επιτροπής Ελένη Το μέλος της Επιτροπής Ε. Φ.. μειοψηφεί καθόσον υποστηρίζει η συμμετέχουσα δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του άρθρου 21.Δ της διακήρυξης και αναφέρει: - Για τη δεύτερη συμμετέχουσα " Α...ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ Ε.Ε." διαπιστώθηκαν τα ακόλουθα: Έχει αναφέρει ότι έχει εκτελέσει το έργο "Προμήθεια — Τοποθέτηση Pillar στο καταφύγιο ...", ποσού 44.767,53 €. Στο υπ' αριθ. πρωτ. 8320/07-10-2022 έγγραφο ... Α.Ε. "Διευκρίνιση επί της υπ' αριθ. .../04-10-2022 Διακήρυξης ανοιχτής διαδικασίας για την επιλογή αναδόχου δημόσιας σύμβασης έργου 'Κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης ραμπών πορθμείου εσωτερικού'" αναφέρεται: "....., απαιτείται από τους οικονομικούς φορείς, επί ποινή αποκλεισμού, πέρα από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ: α) να έχουν ολοκληρώσει μέχρι και την ημερομηνία κατάθεσης της προσφοράς,

τουλάχιστον μία (1) σύμβαση ίδιου τύπου με τον τύπο της παρούσας δηλαδή κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης που θα περιλαμβάνει εγκατάσταση pillar ή τιμολόγιο ποσού που ξεπερνά το ήμισυ της αξίας της παρούσας σύμβασης, ήτοι 55.000,00 €. Στην ανωτέρω σύμβαση θα πρέπει να φαίνεται το αντικείμενο, η αξία, το χρονικό διάστημα καθώς και ο φορέας ανάθεσης". Με το αριθ. πρωτ 9342/10-11-2022 έγγραφο της Επιτροπής ζητήθηκε από την ετερόρρυθμη εταιρεία "Α...ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ Ε.Ε." να υποβάλει/συμπληρώσει την προσφορά της για την απόδειξη πλήρωσης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας όπως αυτή δηλώνεται στο (ΕΕΕΣ) εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση του εν λόγω εγγράφου. Η "Α...ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ Ε.Ε." απέστειλε απάντηση εμπροθέσμως, στην οποία αναφέρει εν συντομία ότι δεν αποδέχεται την από 8320/07-10-2022 διευκρίνιση επί των δικαιολογητικών απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, θεωρώντας την ως ανεπίτρεπτη τροποποίηση των όρων της διακήρυξης. Να σημειωθεί ότι η διευκρίνιση αναρτήθηκε εγκαίρως (20 μέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία), και ο συμμετέχων οικονομικός φορέας έχει υποβάλει υπεύθυνη δήλωση "ότι αποδέχεται ρητώς και ανεπιφυλάκτως τους όρους της διακήρυξης". Η εν λόγω διευκρίνιση αποτελεί αναπόσπαστο έγγραφο της διακήρυξης εφόσον έχει αναρτηθεί στο δημόσια προσβάσιμο χώρο του διαγωνισμού (πύλη ΕΣΗΔΗΣ) μαζί με τα υπόλοιπα έγγραφα της σύμβασης. Επίσης, εστάλη μέσω του συστήματος επικοινωνίας της πύλης του ΕΣΗΔΗΣ προς ενημέρωση των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων, οι οποίοι είναι υποχρεωμένοι να ενημερώνονται με δική τους ευθύνη μέσα από την προαναφερόμενη ηλεκτρονική πύλη. Επιπλέον, η εν λόγω διευκρίνιση δεν έχει προσβληθεί από οποιονδήποτε και άρα έχει καταστεί μέρος του κανονιστικού πλαισίου του Διαγωνισμού. Θα πρέπει, επίσης, να ειπωθεί ότι όταν ζητείται εμπειρία, αυτή αποδεικνύεται με τιμολόγιο (όταν δεν υπάρχει σύμβαση και αυτό συμβαίνει στον ιδιωτικό τομέα) ή σύμβαση ποσού που ξεπερνά το ήμισυ του προϋπολογισμού της διακήρυξης (ήτοι 55.000,00 €) συνοδευμένο από τη σχετική βεβαίωση καλής εκτέλεσης. Το ποσό αυτό αφορά στην υπογραφείσα - εκτελεσθείσα σύμβαση και όχι στον αρχικό προϋπολογισμό του κάθε έργου.

Το ποσό της εκ τελεσθείσας σύμβασης που κατάθεσε η δεύτερη συμμετέχουσα εταιρεία "Α...ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ Ε.Ε." με αντικείμενο σύμβασης "Προμήθεια — Τοποθέτηση Pillar στο καταφύγιο ..." και είναι ιδίου τύπου είναι 44.767,53€ και υπολείπεται του ζητούμενου ποσού. Το αντικείμενο του έργου των επιπλέον συμβάσεων που προσκομίστηκαν με την ανωτέρω διευκρινιστική απάντηση του εν λόγω οικονομικού φορέα δεν αποτελεί συναφές αντικείμενο με αυτό του παρόντος έργου, ήτοι την κατασκευή και τοποθέτηση pillar.». Η παραπάνω δοθείσα διευκρίνιση από τον Αναθέτοντα Φορέα συμπλήρωσε, κατά τα προεκτεθέντα, τον όρο περί της απαίτησης να «αποδεικνύεται ότι (ενν. οι συμμετέχοντες) έχουν εκτελέσει ένα τουλάχιστον έργο παρόμοιας φύσης με το δημοπρατούμενο (Κατασκευή δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης πλοίων- εγκατάσταση pillar-).» και διευκρίνισε αυτόν, προσδιορίζοντας ειδικότερα ότι, για την απόδειξη πλήρωσης της οικείας απαίτησης, απαιτείται οι συμμετέχοντες να έχουν ολοκληρώσει τουλάχιστον μία σύμβαση ιδίου τύπου με τον τύπο της σύμβασης, δηλαδή κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου ηλεκτροδότησης και υδροδότησης που θα περιλαμβάνει εγκατάσταση πύλλαρ ή τιμολόγιο ποσού που να ξεπερνά το ήμισυ της αξίας αυτής (της σύμβασης), ήτοι 55.000€. Δηλαδή, το ποσό των 55.000€ αναφέρεται τόσο στην σύμβαση, όσο και το τιμολόγιο που, εξάλλου, απαιτείται διαζευκτικά της συμβάσεως. Πιο συγκεκριμένα, για την απόδειξη της συγκεκριμένης απαίτησης, όπως τούτο προκύπτει από τη διατύπωση της δοθείσας διευκρίνισης, απαιτείται, είτε σύμβαση ποσού 55.000€ (προφανώς αφορά σε εκτέλεση έργου για δημόσιο φορέα), είτε τιμολόγιο αντίστοιχου ποσού (55.000€) (προφανώς για εκτέλεση έργου για ιδιωτικό φορέα). Εξ ετέρου, και σε κάθε περίπτωση, η ως άνω διευκρίνιση δεν θα ηδύνατο να ερμηνευθεί διαφορετικά, όπως αβάντισμα ο Αναθέτων Φορέας υποστηρίζει, καθώς, από τη διατύπωση αυτής, προκύπτει ότι το εκεί αναφερόμενο ποσό αναφέρεται και για τις δύο, διαζευκτικά αναφερόμενες, περιπτώσεις, ήτοι, τόσο για τη σύμβαση, όσο και για το τιμολόγιο, καθώς, σε κάθε περίπτωση, η απαίτηση περί της τουλάχιστον μίας σύμβασης ιδίου τύπου με τον τύπο της επίμαχης σύμβασης, υφίστατο και κατά τη διατύπωση του όρου τον οποίο η διευκρίνιση συμπληρώνει, κατά συνέπεια, η παραπάνω διευκρίνιση προσθέτει

στον οικείο όρο του άρ. 21.Δ, αφενός τη δυνατότητα απόδειξης της σχετικής απαίτησης από τιμολόγιο, αφετέρου, τόσο για το αποδεικτικό στοιχείο της σύμβασης, όσο και για το αποδεικτικό στοιχείο του τιμολογίου, το ποσό στο οποίο θα πρέπει αυτά να ανέρχονται. Σημειώνεται δε ότι την ως άνω έννοια της διευκρίνισης αντιλήφθηκε τόσο η προσφεύγουσα, όσο και η ίδια η παρεμβαίνουσα, η οποία, στην προεκτεθείσα από 19.11.2022 απάντησή της επί της αιτηθείσας διευκρίνισης, αναφέρεται ακριβώς στην ερμηνεία αυτή, επισημαίνοντας ότι *«αποτελεί ανεπίτρεπτη τροποποίηση όρου της διακήρυξης που περιορίζει σημαντικά τον ανταγωνισμό»*. Η δε έτερη ερμηνεία που προσδίδει στην οικεία διευκρίνιση, ήτοι ότι το ανωτέρω ποσό αφορά στον προϋπολογισμό και όχι στο ποσό της συναφθείσας σύμβασης, και άρα καλύπτεται από την δηλωθείσα στο ΕΕΕΣ της σύμβαση, της οποίας ο αρχικός προϋπολογισμός ανερχόταν στο ποσό των 73.389,40 €, δεν επαναφέρεται από την παρεμβαίνουσα εκ νέου στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή. Επιπλέον, το γεγονός ότι ο Αναθέτων Φορέας αιτήθηκε με το υπ' αρ. πρωτ. 9342/10.11.2022 έγγραφό του συμπλήρωση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ακριβώς διότι δεν πληρούσε την παραπάνω απαίτηση, υποδεικνύει ότι η διατύπωση αυτής δεν επιδέχεται πολλών, αλλά μίας ερμηνείας. Συναφώς, ένας ευλόγως ενημερωμένος και κανονικά επιμελής συμμετέχων, όπως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΕ (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigiloLtd) σκ. 54-55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C375/17 (StanleyInt. BettingLtd) σκ. 71), είχε τη δυνατότητα να κατανοήσει ότι η παραπάνω διευκρίνιση δεν θα ηδύνατο να ερμηνευθεί διαφορετικά, δοθέντος ότι αμφότερα η σύμβαση και το τιμολόγιο αφορούν και προσδιορίζουν το *«ένα τουλάχιστον έργο παρόμοιας φύσης με το δημοπρατούμενο (Κατασκευή δικτύου ηλεκτροδότησης & υδροδότησης πλοίων- εγκατάσταση pillar)»*, που αναφέρεται στο άρ. 21.Δ της Διακήρυξης, κατά συνέπεια, δεν θα ηδύνατο να εξαχθεί το συμπέρασμα ότι το τιμολόγιο αυτό που απαιτείται είναι *«τιμολόγιο (ανεξαρτήτως αντικειμένου)»*, όπως αβάσιμα ο Αναθέτων Φορέας υποστηρίζει στις απόψεις του, καθώς, στην περίπτωση αυτή, αναιρείται η ίδια η έννοια της διευκρίνισης επί του

παραπάνω όρου, στον οποίο σαφώς αναφέρεται ότι απαιτείται η εκτέλεση έργου παρόμοιου με το επίμαχο, τούτο δε ρητά αναφέρεται και σε αυτήν. Ως προς την ερμηνεία του οικείου όρου, όπως βάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ο Αναθέτων Φορέας το πρώτον εισάγει με την προσβαλλόμενη νέο, καινοφανές στοιχείο, εκτός του οριζομένου στο κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία και δεσμεύει, τόσο τους διαγωνιζόμενους, όσο και τον Αναθέτοντα Φορέα. Ειδικότερα, στην προσβαλλόμενη γίνεται αναφορά σε αθροιστική αξιολόγηση των δύο επικαλούμενων συμβάσεων από την παρεμβαίνουσα, ήτοι της μίας δηλωθείσας στο ΕΕΕΣ, και της μίας που εκ των υστέρων, κατόπιν σχετικής κλήσης κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016, δήλωσε. Εντούτοις, όπως βάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει, στον οικείο όρο, όπως αυτός διευκρινίστηκε, ουδόλως προβλέπεται η αξιολόγηση αθροιστικά των αναφερόμενων συμβάσεων, προς πλήρωση της οικείας απαίτησης. Αντιθέτως, στον όρο αυτό ορίζεται ρητά ότι απαιτείται να έχει ολοκληρωθεί τουλάχιστον μία σύμβαση ή ένα τιμολόγιο ποσού 55.000€, εάν δε ο Αναθέτων Φορέας επιθυμούσε, θα είχε συμπεριλάβει σχετική μνεία στον όρο αυτό ότι δύναται να γίνει αποδεκτή η αθροιστική αξιολόγηση πλειόνων συμβάσεων, για την κάλυψη του συγκεκριμένου κριτηρίου. Γενομένων δεκτών των ανωτέρω, η προσφεύγουσα, δηλώνοντας στο ΕΕΕΣ της μόνο τη σύμβαση «*Προμήθεια – Τοποθέτηση Pilar στο καταφύγιο ...*», όπως βάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει, δεν απέδειξε κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς της, προαποδεικτικά, ότι πληροί τη συγκεκριμένη απαίτηση, τούτο διότι αυτή δηλώθηκε ότι ανερχόταν στο ποσό των «*44767.53 EUR*», επομένως υπολείπεται του ως άνω ποσού των 55.000€. Κατά συνέπεια, ο Αναθέτων Φορέας όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, όπως απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας. Συναφώς, όπως ομοίως βάσιμα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, κατά παράβαση των άρ. 310 του Ν. 4412/2016 και 9 της Διακήρυξης, ο Αναθέτων Φορέας προέβη σε κλήση της ως άνω προς συμπλήρωση της προσφοράς της, ως προς το συγκεκριμένο κριτήριο, δοθέντος ότι, όπως έχει κριθεί για το άρ. 102 του Ν. 4412/2016, που περιλαμβάνει ταυτόσημη διατύπωση με το άρ. 310 του Ν. 4412/2016, αυτό οφείλει να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα του δικαίου της ΕΕ, καθώς συνιστά

μεταφορά του άρ. 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατά δε πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μια υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων (ΔΕΕ, απόφαση της 2ας Μαΐου 2019, Lavorgha Srl, (σκ. 20-22) C-309/18, βλ. και αποφάσεις της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκ. 46 και 48, της 2ας Ιουνίου 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, σκ. 49, καθώς και της 10ης Νοεμβρίου 2016, Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, σκ. 30, ΣΤΕ 147/2022, σκ. 34). Εξ άλλου, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από υποψήφιο να διευκρινίσει την προσφορά του δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την υποβολή, στην πραγματικότητα, νέας προσφοράς από τον συγκεκριμένο υποψήφιο (βλ. απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93, πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 51 της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/ΕΚ, της 28.2.2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD / DUEMMESGR, σκ. 52, της 4.5.2017, C-387/14, Esaprojekt, σκ. 39, της 7.4.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκ. 64, της 10.10.2013, Manova, C-336/12 σκ. 36, της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκ. 40) ούτε να θεραπεύεται με τον τρόπο αυτό η παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή επιβάλλεται από τη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού. Εξ ετέρου, η, το πρώτον, προσκόμιση νέων στοιχείων, προς απόδειξη της οικείας απαίτησης, κατόπιν σχετικής κλήσης της παρεμβαίνουσας, βρίσκεται σε αντίθεση με το σκοπό και το πνεύμα του άρ. 310 του Ν. 4412/2016, καθώς και με τα οριζόμενα στο άρ. 9 της Διακήρυξης, καθότι συνιστά, επί της ουσίας, υποβολή νέας προσφοράς (βλ. και ΣΤΕ 147/2022, σκ. 34) εκ μέρους της. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα δεν προέβη σε συμπλήρωση στοιχείων των οποίων ο προγενέστερος χαρακτήρας είναι εξακριβώσιμος, σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας, αλλά, το πρώτον, σε υποβολή

νέων στοιχείων, κρίσιμων προς απόδειξη της οικείας απαίτησης. Επιπλέον, όπως αναφέρεται στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ο Αναθέτων Φορέας μη νομίμως δεν κοινοποίησε στην προσφεύγουσα το έγγραφο αίτημα παροχής διευκρινίσεων, καθώς και την απάντησή της, διότι, κατ' άρ. 4.1 περ. θ της Διακήρυξης *«Στη συνέχεια, ο αναθέτων φορέας κοινοποιεί την απόφαση έγκρισης του πρακτικού σε όλους τους προσφέροντες, εκτός από εκείνους, οποίοι αποκλείστηκαν οριστικά, λόγω μη υποβολής ή προσκόμισης της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα με την περίπτωση (γ) της παρούσας παραγράφου 4.1 και παρέχει πρόσβαση στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής και στις οικονομικές προσφορές των λοιπών προσφερόντων.»*. Κατά συνέπεια, οι τέσσερις πρώτοι λόγοι της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής παρίστανται βάσιμοι, διότι η παρεμβαίνουσα, με τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ της δεν προαπέδειξε ότι πληροί την απαίτηση του άρ. 21.Δ της Διακήρυξης, καθώς και διότι μη νομίμως προέβη σε εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς της, κατόπιν μη νόμιμης κλήσης της από τον Αναθέτοντα Φορέα, προς συμπλήρωση αυτής.

18. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως η προσβαλλόμενη απόφαση καθίσταται ακυρωτέα λόγω ελλείψεως της απαιτούμενης ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας που επιβάλλεται κατά νόμο να φέρει. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι δεν αναφέρει για ποίο λόγο κάλεσε την παρεμβαίνουσα να διευκρινίσει την προσφορά της, ως προς τις εξηγήσεις που παρέσχε η παρεμβαίνουσα, αυτές αποδίδονται όλως συνοπτικά και συγκεκριμένα, με αποτέλεσμα να έχει όλως ελλιπή πληροφόρηση και να μην δύναται να αμυνθεί πλήρως και λυσιτελώς κατά της προσβαλλόμενης, αναφέρει δε εκ νέου ότι δεν της έχουν κοινοποιηθεί οι διευκρινίσεις της παρεμβαίνουσας, ούτε έχουν συμπεριληφθεί αυτούσιες στο περιεχόμενο της προσβαλλόμενης αποφάσεως, στερώντας της κατ' αυτόν τον τρόπο το αναγκαίο εδραίο αιτιολογικό της υπόβαθρο. Εν συνεχεία, υποστηρίζει πως, ως προς τη δεύτερη σύμβαση που η παρεμβαίνουσα επικαλέστηκε προς κάλυψη του όρου 21.Δ, δεν αναφέρει εάν το ποσό της σύμβασης που εισφέρθηκε με τις εξηγήσεις της παρεμβαίνουσας είναι αξίας 32.793,00 ευρώ

με ή άνευ ΦΠΑ και δεν αιτιολογεί καν σε τι συνίσταται το συμβατικό της αντικείμενο και γιατί δήθεν την αξιολόγησε ως ιδίου τύπου με το υπό ανάθεση έργο, ούτε στοιχεία της σύμβασης αυτής. Ακόμη, υποστηρίζει πως, μετά την αξιολόγηση αμφοτέρων των συμβάσεων της παρεμβαίνουσας και δη αθροιστικά κατά το ποσό τους έκρινε με όλως ασαφή, αόριστο και ανατιολόγητο τρόπο ότι «εκτός του ότι καλύπτουν το πλήρες αντικείμενο του έργου του υπό κρίση διαγωνισμού, υπερκαλύπτουν και το ποσό των 55.000 ευρώ» και πως δεν διαλαμβάνει καν ποίο από τα δύο κριτήρια που η ίδια έθεσε, κρίνει ότι πληρούνται εκ της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Η παρεμβαίνουσα αναφέρει πως οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθούν ως ερειδόμενοι επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι οι διευκρινίσεις αποτέλεσαν το μοναδικό, άλλως το βασικό αιτιολογικό έρεισμα της κρίσης της Επιτροπής του Διαγωνισμού και πως στο υπ' αρ. 1535/15.03.2023 πρακτικό αυτής καταγράφονται με τρόπο διαυγή και όχι γενικώς και αορίστως οι σκέψεις της Επιτροπής, με βάση τις οποίες η τελευταία κατέληξε στην κρίση της περί πλήρωσης εκ μέρους της του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να μην καταλείπονται κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης αυτής. Ακόμη, υποστηρίζει πως τα αναφερόμενα από την προσφεύγουσα δεν αποτελούν στοιχεία ουσιώδη για την πλήρη αιτιολόγηση της διαμορφωθείσας κρίσης της Επιτροπής. Η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της αναφέρει πως τα έγγραφα των οποίων έλαβε γνώση μετά την προσφεύγουσα επιρρωνύουν τους ισχυρισμούς της και πως, η εσφαλμένη κρίση του Αναθέτοντος Φορέα δεν θεμελιώνεται από σαφή και εδραία επιχειρηματολογία.

19. Επειδή, ενόψει της αποδοχής των πρώτων τεσσάρων λόγων της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα οποία ο Αναθέτων Φορέας όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, όπως απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας, χωρίς δυνατότητα κλήσης της προς διευκρινίσεις, ο πέμπτος λόγος είναι απορριπτέος προεχόντως ως αλυσιτελής.

20. Επειδή, με τον έκτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως ο Αναθέτων Φορέας

συμμορφώθηκε πλημμελώς στην υπ' αρ. 152/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, ειδικότερα, αναφέρει ότι όφειλε, βάσει αυτής, να προβεί σε ακύρωση – ανάκληση της επίμαχης πράξεως και στη συνέχεια να αποφασίσει πως θα προχωρήσει τον διαγωνισμό με βάση τις προβλεπόμενες διαδικασίες όπως οριοθετούνται από το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού, ήτοι με την προηγούμενη γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού. Εντούτοις, παρόλο που ως προς το πρώτο σκέλος αναφέρει πως συμμορφώθηκε, ως προς το δεύτερο σκέλος, υποστηρίζει πως επαναλήφθηκαν οι ίδιες πλημμέλειες και πως, ενώ, για το σύννομο χαρακτήρα, λοιπόν αυτού θα έπρεπε να είχε συνεχιστεί η διαδικασία από το ίδιο ακριβώς σημείο όπου είχε μείνει πριν την υπ' αριθμ. .../2022 απόφαση ματαίωσης, ήτοι το Δ.Σ. να εγκρίνει ή να απορρίψει το υπ' αριθμ. πρωτ. 9191/3-11-2022 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης το Διαγωνισμού, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνεκλήθη και συνεδρίασε για δεύτερη φορά προβαίνοντας σε επαναξιολόγηση των προσφορών των συμμετεχόντων, επιπλέον δε, αναφέρει πως ελήφθη γι' ακόμα μια φορά υπόψη η γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου. Κατά συνέπεια, υποστηρίζει πως, δοθέντος του γεγονότος ότι η πληρότητα της δικής της προσφοράς ουδέποτε αμφισβητήθηκε, τόσο στο πλαίσιο αξιολόγησης προσφορών από την Επιτροπή Διαγωνισμού στο πλαίσιο των υπ' αριθμ. πρωτ. 9191/03-11-2022 και υπ' αριθμ. πρωτ. 1535/15-03-2023 Πρακτικών όσο και ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. και δοθείσης της μη διοικητικής/δικαστικής αναγνωρίσεως οποιαδήποτε εν γένει πλημμέλειας στην εν γένει διαγωνιστική διαδικασία η μόνη έννομη συνέπεια που μπορεί (και επιβάλλεται στην πραγματικότητα) να αναπτύξει η εν λόγω απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. είναι δίχως άλλο η επιβαλλόμενη (βλ. κι άρθρο 372 παρ. 12 Ν. 4412/2021) συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας και η ακόλουθη ανάδειξη της ως προσωρινής αναδόχου. Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει πως η προηγούμενη υπ' αρ. .../2022 απόφαση του Αναθέτοντος Φορέα ακυρώθηκε για τυπικό λόγο, χωρίς να διατυπωθεί στην υπ' αρ. 152/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ κρίση επί της νομιμότητας ή μη της εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού περί απόρριψης των προσφορών δύο υποψηφίων. Συναφώς, αναφέρει πως η ματαίωση του διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία,

ανήκουσα στη διακριτική ευχέρεια των αναθέτουσών αρχών, αναφέρει δε ότι ο Αναθέτων Φορέας δεν δεσμεύεται από την ως άνω απόφαση για τη συνέχιση της διαδικασίας, η δε ως άνω απόφαση αναφέρει ότι δεν περιελάμβανε κρίση περί της νομιμότητας της μη έγκρισης του πρακτικού 9191/3-11-2022. Επιπλέον, αναφέρει πως το εν λόγω πρακτικό ενσωματώθηκε στην υπ' αρ. 487/2022 απόφαση του Αναθέτοντος Φορέα, η οποία ακυρώθηκε, μαζί με το πρακτικό αυτό. Εν συνεχεία, αναφέρει πως, κατ' άρ. 106, παρ. 3 του Ν. 4412/2016, ο Αναθέτων Φορέας είχε διακριτική ευχέρεια, κατόπιν γνώμης του αρμοδίου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει το αποτέλεσμα της ή να επαναλάβει τη διαδικασία από το σημείο που εμφιλοχώρησε η πλημμέλεια. Η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της υποστηρίζει πως το πρακτικό υπ' αρ. 1535/15.03.2023 και η προσβαλλόμενη αναιρούν το διατακτικό της υπ' αρ. 152/2023 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ διότι ο διαγωνισμός συνεχίστηκε από το σημείο που είχε σταματήσει και πως, ο Αναθέτων Φορέας, αντί να αναμορφώσει το διαγωνιστικό τοπίο στην προτεραία κατάσταση, προέβη σε ολική ανατροπή αυτού και δη σε προγενέστερο σημείο της διαγωνιστικής διαδικασίας, αναφέρει δε ότι δεν χωρεί, ούτε επιτρέπεται επανάληψη του ομοίου σταδίου, εάν δεν συντρέχει λόγος πρόδηλου σφάλματος της διαδικασίας.

21. Επειδή, επί του έκτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, λεκτέα τα εξής: «σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 (και τις αντίστοιχες διατάξεις των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 18 του π.δ. 39/2017), σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ 54/18 σκ.8). «Το ειδικότερο δε περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από την ακυρωτική απόφαση, δηλαδή από τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε

και επί των οποίων απεφάνθη η ΑΕΠΠ στο διατακτικό και αιτιολογικό της απόφασής της σε συνδυασμό με τις κρίσεις της απόφασης της Επιτροπής Αναστολών. Την ίδια δε υποχρέωση (μη αμφισβήτησης των ήδη κριθέντων) έχει και η ΑΕΠΠ, όταν αποφαίνεται επί προδικαστικής προσφυγής κατά πράξης που εκδόθηκε από την αναθέτουσα αρχή σε συμμόρφωση προς προηγούμενη απόφαση της ίδιας» (ΣΕ 832/2021).». Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής αποφάσεως της ΕΑΔΗΣΥ, υποχρεούται να θεωρήσει ανίσχυρη και μη υφιστάμενη νομικώς την ακυρωθείσα εκτελεστή πράξη της, αλλά και να προβεί με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής καταστάσεως που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από την ακυρωθείσα πράξη. Δηλαδή, δοθέντος ότι όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, η ακύρωση διοικητικής πράξης επαναφέρει την υπόθεση στο χρόνο έκδοσης της πράξης που έχει ακυρωθεί, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ανακαλέσει ή τροποποιήσει τις πράξεις που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις που, κατά το νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη διακήρυξη και το νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής αποφάσεως. Σε περίπτωση σύνθετης διοικητικής ενέργειας, όπως είναι η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή επιλαμβανόμενη και πάλι της υπόθεσης, μετά από ακυρωτική απόφαση, πρέπει να κρίνει από το σημείο στο οποίο αναφέρεται η ακύρωση και εντεύθεν (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 2666/2017, 3335/1988, 2262/1987). Αναφορικά με το ειδικότερο περιεχόμενο και την έκταση των υποχρεώσεων συμμορφώσεως της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από το αντικείμενο της απαγγελλόμενης ακυρώσεως, ήτοι από την φύση και το είδος της ακυρούμενης πράξεως, ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε στο αιτιολογικό της αποφάσεώς της (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 791/2011, 677/2010 Ολ., 1512/2009, 1986/2000, 2854/1985 Ολ. ΔΕφΑΘ 3228/2015, και ΑΕΠΠ 545/2018). Ωστόσο, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, οι αναθέτουσες αρχές δεν εμποδίζονται καταρχήν ούτως ή άλλως εξ ίδιας αρμοδιότητάς τους και

ανεξαρτήτως μεσολαβήσεως απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί προσφυγής μετέχοντος, να επανέρχονται στις ήδη συντελεσθείσες κρίσεις τους και να τις μεταβάλλουν, διορθώνοντας σφάλματα που έχουν τυχόν εμφιλοχωρήσει καθ' οιονδήποτε τρόπο, ακόμη και μεταβάλλοντας το αποτέλεσμα ήδη περατωθέντος σταδίου. Η ως άνω ελευθερία επαναφοράς και ανάκλησης δεν μεταβάλλονται από την τυχόν έκδοση απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία τυχόν ακυρώνει εν μέρει προσβαλλόμενη πράξη της διαδικασίας. Όριο στην παραπάνω διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών είναι η κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 υποχρέωση συμμόρφωσης στα ήδη κριθέντα με τις αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ. Επομένως, με βάση τις γενικές αρχές ανάκλησης διοικητικών πράξεων, επί σταδίων για τα οποία χωρεί ουσιαστική αξιολόγηση, η αναθέτουσα αρχή ουδόλως αποκλείεται από τη δυνατότητα νέας κρίσης επί στοιχείων που έλαβε υπόψη, κατ' εσφαλμένο όμως τρόπο, αρκεί οι όποιες νέες κρίσεις της να μην προσκρούουν στα κριθέντα με την προηγηθείσα απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Στην περίπτωση αυτή, πάντως, παράγεται νέα εκτελεστή πράξη, η οποία δεν τελεί σε συνέχεια με την προηγούμενη πράξη, καθ' ο μέρος αυτή περιλαμβάνει νέες επιπρόσθετες κρίσεις, και είναι παραδεκτά προσβλητή με προδικαστική προσφυγή κατά τα ειδικότερα αυτά κεφάλαιά της που συνιστούν νέες κρίσεις. (*ad hoc* βλ. σκ. 8 της με αρ. 790/2020 Απόφασης ΑΕΠΠ).

22. Επειδή, εν προκειμένω, με την υπ' αρ. 152/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ επί της προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας κατά της υπ' αρ. ../2022 απόφασης του Αναθέτοντος Φορέα, κρίθηκε ότι «...η προσβαλλόμενη απόφαση, ανεξαρτήτως νομιμότητας ή μη της αιτιολογίας της, πάσχει προεχόντως διότι εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και είναι προδήλως πλημμελής, επειδή ελήφθη χωρίς προηγούμενη γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού...» (σκ. 11). Η προσφεύγουσα αβάσιμα υποστηρίζει ότι ο Αναθέτων Φορέας δεν ηδύνατο να προβεί σε επαναξιολόγηση των προσφορών των συμμετεχόντων, τούτο διότι, όπως ρητά προβλέπεται στο άρ. 317, παρ. 3 του Ν. 4412/2016 «*Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί,*

μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.». Δηλαδή, ο Αναθέτων Φορέας δύναται, εφόσον διαπιστώσει σφάλματα ή παραλείψεις, να επιστρέψει σε οποιοδήποτε σημείο της διαγωνιστικής διαδικασίας και να αναμορφώσει το αποτέλεσμα της, όπως, εν προκειμένω, έπραξε. Επιπλέον, δοθέντος ότι η ως άνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ έκρινε επί της λήψης υπόψη της γνωμοδότησης του Νομικού Συμβούλου για την εξαγωγή της εκεί προσβαλλόμενης απόφασης ματαίωσης, το εκεί πραγματικό είναι διαφορετικό από την εδώ κρινόμενη περίπτωση. Κατά συνέπεια, αβάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως η εδώ προσβαλλόμενη δεν συμμορφώθηκε με την ως άνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, διότι ελήφθη υπόψη η γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου, καθώς, στη συγκεκριμένη περίπτωση, δεν εξετάζεται απόφαση ματαίωσης όπου ρητά ορίζεται ότι «εκδίδεται μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου», αλλά η αξιολόγηση των προσφορών των διαγωνιζομένων.

23. Επειδή, με τον έβδομο λόγο η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως η αιτιολογία της προσβαλλόμενης είναι ελλιπής, ότι είναι πλημμελής η θεμελίωση του αιτιολογικού ερείσματος και πως είναι αβάσιμη η επίκληση της γνωμοδότησης του νομικού συμβούλου και πως, μοναδικό γνωμοδοτικό όργανο αποτελεί η Επιτροπή Διαγωνισμού, συναφώς, ότι δεν συγκοινοποιήθηκε- αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ η επικαλούμενη αυτή γνωμοδότηση. Ειδικότερα, υποστηρίζει πως η ίδια ακριβώς πλημμέλεια είχε λάβει χώρα και στο πλαίσιο εκδόσεως της τελικώς ακυρωθείσας υπ' αριθμ. .../2022 αποφάσεως του Δ.Σ. του Αναθέτοντος Φορέα και πως, εν προκειμένω, αφενός κακώς αυτή ζητήθηκε και ελήφθη υπ' όψη, καθώς δεν προβλέπεται σχετικώς τοιαύτη δυνατότητα, αφετέρου εμφορείται από πρόδηλες πλημμέλειες κατά το ουσιαστικό αιτιολογικό της υπόβαθρο. Ειδικότερα, αναφέρει πως το μοναδικό γνωμοδοτικό όργανο, το οποίο εμφορείται με την εξουσία παροχής γνώμης προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής είναι αποκλειστικά και μόνο η Επιτροπή Διαγωνισμού, ενώ η εν λόγω εξουσία σε καμία περίπτωση δε δύναται να εκχωρείται σε τρίτο

πρόσωπο και πως δεν έλαβε γνώση του περιεχομένου της εν λόγω γνωμοδότησης.

24. Επειδή, ενόψει της αποδοχής των παραπάνω λόγων που οδηγούν στην απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και, συνακόλουθα, στην ακύρωση της προσβαλλόμενης, η εξέταση του εβδόμου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής παρέλκει ως αλυσιτελής.

25. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, το δε παράβολο να επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αρ. .../16.03.2023 απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικού της ... Συνεδρίασης) του Δ.Σ. του Αναθέτοντος Φορέα, κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 17.05.2023 και εκδόθηκε στις 06.06.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ