

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.04.2023 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) 567/21.04.2023 της προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει, κατά δήλωσή της, στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή») όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθ. πρωτ. 113431/7.04.2023 απόφασης του «...» περί έγκρισης του από 17.03.2023 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών σε συμμόρφωση με τις υπ' αριθμ. 2286/2022 και 2287/2022 απόφασεις του ΣτΕ (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά και ανακηρύσσεται ο παρεμβαίνων προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής.

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 παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 20.04.2023 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 21.900.000,00€ ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

2. Επειδή, με την από «...» Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων για το έργο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας ,από οικονομική άποψη, προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 29.100.320,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης. ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 31.12.2021 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 20.04.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 10.04.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε την 2.05.2023, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1703/2023 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει υποβάλει προσφορά στο διαγωνισμό και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

5. Επειδή, ο προσφεύγων στις 10.05.2023, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

6. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος τρεις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων και ο οικονομικός φορέας «...». Με τη με αριθμ. πρωτ. 179910/07.06.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ο παρεμβαίνων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού και ο προσφεύγων κατατάχθηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας. Κατά της εν λόγω απόφασης ο προσφεύγων άσκησε τη με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 881/2022 προδικαστική προσφυγή, η οποία έγινε εν μέρει δεκτή με την υπ' αριθμ.1162/2022 απόφαση αυτής, ειδικότερα δε κρίθηκε ότι *«...η αναθέτουσα αρχή όφειλε να μην αποδεχτεί την προσφορά του παρεμβαίνοντος αλλά αφενός μεν να διαπιστώσει ότι ο τρίτος φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο παρεμβαίνων για την πλήρωση του κριτηρίου 22.Δ.2β δεν πληροί το σχετικό κριτήριο και αφετέρου να καλέσει τον παρεμβαίνοντα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα»*, ακυρώθηκε η με αριθμ. πρωτ. 179910/07.06.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που κρίθηκε απόδεκτη η προσφορά του παρεμβαίνοντος και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να πράξει τα νόμιμα. Με τις υπ' αριθμ. 2286/2022 και 2287/2022 αποφάσεις του ΣΤΕ απορρίφθηκαν οι αιτήσεις ακυρώσεως που είχαν ασκήσει ο παρεμβαίνων και ο προσφεύγων αντιστοίχως κατά της υπ' αριθμ. 1162/2022 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ. Σε συμμόρφωση με τις εν λόγω δικαστικές αποφάσεις, εν συνεχεία εκδόθηκε η με αριθμ. πρωτ. 17734/23.12.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία ακυρώθηκαν η με αριθμ. πρωτ. 179910/7.06.2022 απόφαση και το από 9.05.2022 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, αποφασίστηκε η αναθέτουσα αρχή να προσκαλέσει τον παρεμβαίνοντα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται και δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής, κατ' εφαρμογή του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης και να

συνεχιστεί ο διαγωνισμός από το στάδιο ελέγχου των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που ορίζονται στο άρθρο 22 της διακήρυξης. Κατόπιν δε αποστολής στον παρεμβαίνοντα της από 24.01.2023 πρόσκλησης, αυτός προσκόμισε την 21.02.2023 τα σχετικά έγγραφα. Σύμφωνα με το από 17.03.2023 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού, αφού έλεγξε τα δικαιολογητικά συμμετοχής που αφορούν το νέο τρίτο φορέα που δανείζει εμπειρία στον παρεμβαίνοντα, εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και την ανακήρυξή του ως προσωρινού αναδόχου. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

7. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν μη νόμιμη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

8. Επειδή, το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) (ΦΕΚ Α' 200/24.10.16) ορίζει 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».

9. Επειδή, το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73, περί λόγων αποκλεισμού και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού

φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. [...] Η αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, γίνεται κατόπιν πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή προς τον οικονομικό φορέα, εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα, για κάθε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης. [...]».

10. Επειδή, το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν,β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, [...] Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ίδιες πληροφορίες για τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. [...]».

11. Επειδή, το άρθρο 372 του ν. 4412/2016, ως ισχύει κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης, ορίζει ότι : «...12. Με μέριμνα του Προέδρου της, η Α.Ε.Π.Π. οφείλει να συμμορφώνεται δια των αρμοδίων οργάνων της, με τις δικαστικές αποφάσεις που λαμβάνονται δυνάμει του παρόντος, με τις οποίες ακυρώνονται εν όλω ή εν μέρει οι αποφάσεις της. Η συμμόρφωση συντελείται υποχρεωτικά εντός είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της δικαστικής απόφασης από το Δικαστήριο, την αναθέτουσα αρχή ή τα λοιπά διάδικα μέρη. Υποχρέωση συμμόρφωσης προς τις δικαστικές αποφάσεις κατά το μέρος των αρμοδιοτήτων τους έχουν και οι αναθέτουσες αρχές εντός της ίδιας προθεσμίας...».

12. Επειδή, στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «... 22.ΣΤ. Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία) Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και, εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 22.Α της παρούσας. Η αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρούσας, γίνεται κατόπιν πρόσκλησης προς τον οικονομικό φορέα, εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα, για κάθε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης. Ο φορέας με τον οποίο αντικαθίσταται ο φορέας του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου [...]23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής 23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως

προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας [...] Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ κάθε φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται.[...]». Κατά πάγια δε νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν, όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων. 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. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

13. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και έγινε δεκτή η αντικατάσταση του τρίτου φορέα διότι η αναθέτουσα αρχή δεν συμμορφώθηκε πλήρως εντός της προβλεπόμενης εικοσαήμερης προθεσμίας του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι απέστειλε την πρόσκληση σε χρόνο κατά πολύ μεταγενέστερο, λαμβάνοντας ως χρόνο εκκίνησης της προθεσμίας την 28.11.2022, οπότε τεκμαίρεται η κοινοποίηση της απόφασης του ΣΤΕ και πάντως την 23.12.2022, ημερομηνία εκδόσεως της με αριθμ. πρωτ. 17734/23.12.2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής. Η δε παραβίαση της ως άνω εικοσαήμερης προθεσμίας, κατά τον προσφεύγοντα, μονοσήμαντα συμπαράσχει και προκαλεί αιτιωδώς και παραβίαση της προθεσμίας των

τριάντα ημερών του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, εντός της οποίας οφείλει να αντικατασταθεί ο τρίτος, με αποτέλεσμα η προθεσμία των 50 ημερών να διευρύνθηκε, εν προκειμένω, σε 84 ημέρες άλλως σε 59 ημέρες ώστε, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης, του νόμου και της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, να χορηγείται στον προσφεύγοντα άπλετος χρόνος για την εύρεση κατάλληλου τρίτου φορέα, πέραν του προβλεπόμενου στα τεύχη δημοπράτησης χρόνου για τη διαμόρφωση της προσφοράς του, κατά καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 προς όφελος του παρεμβαίνοντος.

14. Επειδή, στον όρο 22.ΣΤ της διακήρυξης, που ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, προβλέπεται ότι η αντικατάσταση του τρίτου φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο συμμετέχων, λαμβάνει χώρα κατόπιν σχετικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, οπότε ο διαγωνιζόμενος οφείλει να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα εντός τριάντα ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης. Ωστόσο, ούτε στη διακήρυξη, ούτε στο νόμο τίθεται έτερη διαδικαστική προϋπόθεση για το ζήτημα της αντικατάστασης του τρίτου φορέα και ιδίως δεν τίθεται προθεσμία εντός της οποίας η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να αποστείλει την σχετική πρόσκληση στον υποψήφιο. Ως εκ τούτου, ο χρόνος αποστολής της πρόσκλησης για την αντικατάσταση του τρίτου φορέα αποτελεί ζήτημα αναγόμενο στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία ελέγχεται μόνον για υπέρβαση των άκρων ορίων της. Περαιτέρω, στην παρ. 12 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης, τίθεται αποκλειστική προθεσμία της ΕΑΔΗΣΥ να συμμορφωθεί στο ακυρωτικό διατακτικό δικαστικής απόφασης εντός είκοσι ημερών από την κοινοποίησή της, ενώ επίσης προβλέπεται υποχρέωση συμμόρφωσης των αναθετουσών αρχών προς τις δικαστικές αποφάσεις εντός της ίδιας προθεσμίας, χωρίς όμως να προκύπτει ότι η υπέρβαση της εν λόγω προθεσμίας καθιστά αναρμόδια την αναθέτουσα αρχή να προβεί στις απαιτούμενες συμμορφωτικές ενέργειες, άλλως οι συνέπειες της ακυρωτικής δικαστικής απόφασης θα καταλύονταν κατά το δοκούν έκαστης αναθέτουσας αρχής.

15. Επειδή, ο πρώτος λόγος της προσφυγής προβάλλεται, καταρχάς, αλυσιτελώς από τον προσφεύγοντα, διότι κατά πάγια νομολογία (βλ. ΣΤΕ 530/2003, 2917/2007), όταν προσβάλλεται πράξη που έχει εκδοθεί κατά δεσμία αρμοδιότητα και ο αιτών δεν αμφισβητεί τα πραγματικά περιστατικά, είναι αλυσιτελής η έρευνα λόγων περί μη τήρησης των τύπων που έχουν ταχθεί από το νόμο για την έκδοσή της, καθώς το αρμόδιο διοικητικό όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεστεί η προβαλλόμενη παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας θα όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο περιεχόμενο. Εν προκειμένω, ο προσφεύγων, αν και υποστηρίζει ότι η προθεσμία της παρ. 12 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 είναι «αποκλειστική» δεν αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης λόγω αναρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής να αποστείλει την πρόσκληση μετά την πάροδο της επίμαχης προθεσμίας, αλλά λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, όμως ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να συμμορφωθεί με τις υπ' αριθμ. 2286/2022 και 2287/2022 αποφάσεις του ΣΤΕ, ήτοι να αποστείλει πρόσκληση στον παρεμβαίνοντα να προβεί σε αντικατάσταση του τρίτου δανείζοντα εμπειρία φορέα. Ως εκ τούτου, ουδέν όφελος θα αποκόμιζε ο προσφεύγων, ακόμη και αν ήθελε κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου, ενώ προδήλως δεν νοείται για τον ως άνω λόγο ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως επικουρικώς αιτείται ο προσφεύγων, καθώς τούτο θα αποτελούσε υπέρμετρο και δυσανάλογο μέτρο θεραπείας της προβαλλόμενης από τον προσφεύγοντα πλημμέλειας της προσβαλλόμενης, πολλώ δε μάλλον εφόσον, εν προκειμένω, δεν συντρέχει καν περίπτωση παράτυπης διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Περαιτέρω, ο προσφεύγων δεν εξειδικεύει με συγκεκριμένους ισχυρισμούς τη βλάβη που υπέστη από την αποστολή της πρόσκλησης στον παρεμβαίνοντα πέραν της- κατά τους ισχυρισμούς του- αποκλειστικής εικοσαήμερης προθεσμίας από την γνώση των αποφάσεων του ΣΤΕ, παρά μόνον προδήλως αορίστως ισχυρίζεται ότι χορηγήθηκε στον παρεμβαίνοντα άπλετος χρόνος προς εύρεση κατάλληλου τρίτου φορέα κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, δοθέντος ότι δεν αποδεικνύει ότι ο παρεμβαίνων πράγματι

αναζητήσε και βρήκε το νέο τρίτο φορέα μετά την έκδοση των δικαστικών αποφάσεων, παραγνωρίζοντας άλλωστε ότι η υποχρέωση αντικατάστασης του τρίτου φορέα κρίθηκε με την υπ' αριθμ. 1162/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, την ορθότητα της οποίας επικύρωσαν οι αποφάσεις του ΣτΕ. Η δε απόπειρα του προσφεύγοντος να συνδέσει το χρόνο υποβολής των προσφορών με το χρόνο που οφείλει ο παρεμβαίνων να αναζητήσει τον τρίτο φορέα είναι παντελώς εσφαλμένη, άστοχη και μη ερειδόμενη στο νόμο και τη διακήρυξη. Εξάλλου, οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος αντικατάστασης τυγχάνουν απορριπτέες ως αβάσιμες, καθώς το εν λόγω δικαίωμα του παρεμβαίνοντος ασκήθηκε κατόπιν υποχρέωσης που επιβλήθηκε στην αναθέτουσα αρχή από την ΕΑΔΗΣΥ και επικυρώθηκε από το ΣτΕ, επισημαίνεται δε ότι ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί ότι ο παρεμβαίνων προσκόμισε τα σχετικά έγγραφα αντικατάστασης εμπροθέσμως, ενώ η μνεία της εισηγητικής έκθεσης του ν. 4782/2021 περί καταχρηστικής χρήσης της δυνατότητας αντικατάστασης αφορά έτερο ζήτημα, ήτοι την παροχή άπαξ του σχετικού δικαιώματος για κάθε τρίτο φορέα. Πέραν των ανωτέρω, ως βασίμως προβάλλει η αναθέτουσα αρχή, ανεπικαίρως ο προσφεύγων προβάλλει το σχετικό λόγο περί παράβασης προθεσμιών, δοθέντος ότι, μετά την έκδοση της με αριθμ. πρωτ. 17734/23.12.2022 απόφασης αυτής, η οποία κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες οπότε και ο προσφεύγων έλαβε γνώση ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει προβεί ακόμη σε αποστολή πρόσκλησης στον παρεμβαίνοντα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα, ο προσφεύγων δεν άσκησε προδικαστική προσφυγή αιτούμενος την ακύρωση της παράλειψης αυτής να συμμορφωθεί εντός της προβλεπόμενη προθεσμίας της παρ. 12 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, ως θα εδύνατο να πράξει, ανεξαρτήτως της όποιας εκτελεστότητας της με αριθμ. πρωτ. 17734/23.12.2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής. Σημειωτέον δε ότι την 2.03.2023 ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας επιστολή στην αναθέτουσα αρχή υποστηρίζοντας ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος διότι, μετά την έκδοση της με αριθμ. πρωτ. 17734/23.12.2022 απόφασής της δεν έχει προβεί εμπροθέσμως στην αντικατάσταση του τρίτου φορέα. Συνεπώς,

βάσει των προεκτεθέντων, ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

16. Επειδή, ο προσφεύγων με το δεύτερο λόγο της προσφυγής προβάλλει ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος διότι παρέλειψε να υποβάλλει νέο ΕΕΕΣ, στο οποίο να δηλώνει το νέο τρίτο φορέα, ενώ το υποβληθέν με την προσφορά του ΕΕΕΣ δεν είναι ισχυρό καθώς έχει ακυρωθεί η συμμετοχή του προηγούμενου τρίτου φορέα, με αποτέλεσμα ο έλεγχος της συνδρομής των κριτηρίων επιλογής να μην έλαβε χώρα σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης.

17. Επειδή, στο άρθρο 23.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι το ΕΕΕΣ υποβάλλεται με την προσφορά του οικονομικού φορέα, προς προκαταρκτική απόδειξη της μη συνδρομής καταστάσεων αποκλεισμού, πλήρωσης των σχετικών κριτηρίων επιλογής και τήρησης αντικειμενικών κανόνων και κριτηρίων που έχουν καθοριστεί στη διακήρυξη. Εντούτοις, ουδόλως τίθεται στη διακήρυξη ή προβλέπεται στις ισχύουσες εν προκειμένω διατάξεις του ν. 4412/2016 υποχρέωση της εκ νέου υποβολής ΕΕΕΣ σε περίπτωση αντικατάστασης του τρίτου φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο συμμετέχων και δη όταν συντρέχει υποχρεωτική αντικατάσταση, συνεπεία διαπίστωσης, μετά την υποβολή της προσφοράς, ότι ο τρίτος δανείζων φορέας δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 του ν. 4412/2016.

18. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων υπέβαλε με την προσφορά του ΕΕΕΣ στο οποίο δήλωσε ως τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται τον οικονομικό φορέα «...». Με τη με αριθμ. πρωτ. 179910/07.06.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ολοκληρώθηκε ο έλεγχος των δικαιολογητικών συμμετοχής του προσφεύγοντος και του παρεμβαίνοντος, η εν λόγω δε απόφαση, ως έχει ήδη εκτεθεί, ακυρώθηκε από την ΕΑΔΗΣΥ μόνον κατά το σκέλος που αφορά την πλήρωση από τον τρίτο φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε ο παρεμβαίνων, του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 22.Δ.2β της διακήρυξης και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή

προκειμένου να καλέσει τον παρεμβαίνοντα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα. Ουδόλως με τις προαναφερόμενες αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ ή/και του ΣΤΕ κρίθηκε ότι το ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος πάσχει οιαδήποτε πλημμέλειας ώστε να χρήζει νέας υποβολής, κατόπιν αντικατάστασης του τρίτου φορέα. Ως εκ τούτου, δεδομένου ότι, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, η διακήρυξη ή/και ο νόμος δεν απαιτεί την προσκόμιση ΕΕΕΣ του συμμετέχοντος σε περίπτωση αντικατάστασης του τρίτου φορέα, ούτε τέτοια υποχρέωση επιβλήθηκε από τις αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ ή/και του ΣΤΕ, ουδόλως ο παρεμβαίνων υποχρεούτο, συγχρόνως με την αντικατάσταση του τρίτου φορέα και την υποβολή των σχετικών με αυτόν εγγράφων, να προσκομίσει εκ νέου δικό του ΕΕΕΣ, μόνον προς τον σκοπό δήλωσης του νέου τρίτου φορέα, στην οποία δήλωση άλλωστε προέβη υποχρεωτικώς, κατόπιν της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα. Εξάλλου, η υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής στις αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ και του ΣΤΕ αφορά, πέραν της αποστολής πρόσκλησης στον παρεμβαίνοντα προς αντικατάσταση του τρίτου φορέα, μόνον τον έλεγχο της πλήρωσης από το νέο τρίτο φορέα και συνεπεία τούτου και τον παρεμβαίνοντα του κριτηρίου 22.Δ.2β της διακήρυξης, με αποτέλεσμα τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος, πλην τα σχετικά με το εν λόγω κριτήριο, να εξακολουθούν να είναι ισχυρά και να δεσμεύουν όχι μόνον τον παρεμβαίνοντα αλλά και την αναθέτουσα αρχή. Πέραν των ανωτέρω, στην από 24.01.2023 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται ότι « ...*σας καλούμε όπως εντός τριάντα (30) ημερών από τη λήψη του παρόντος εγγράφου και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης, να προβείτε στην αντικατάσταση της εταιρείας «...» με άλλο οικονομικό φορέα, στις ικανότητες του οποίου θα στηριχτείτε για την κάλυψη του κριτηρίου του άρθρου 22.Δ.2(β) της Διακήρυξης και ο οποίος οφείλει να πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, ενώ επίσης δεν πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπό του οι λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην Διακήρυξη του έργου. Προς εκπλήρωση των ανωτέρω και προκειμένου να συνεχιστεί η διαγωνιστική διαδικασία,*

καλείστε εντός της ανωτέρω προθεσμίας να υποβάλετε νομίμως και με τον

τρόπο που ορίζεται στην Διακήρυξη, τα απαιτούμενα έγγραφα....» και άρα ουδόλως ζητήθηκε η αντικατάσταση του ήδη υποβληθέντος από το παρεμβαίνοντα ΕΕΕΣ, παρά μόνον η υποβολή των εγγράφων του νέου τρίτου δανείζοντα εμπειρία οικονομικού φορέα, ο δε παρεμβαίνων ανταποκρίθηκε πλήρως στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής προσκομίζοντας τα απαιτούμενα για το νέο τρίτο φορέα έγγραφα, γεγονός το οποίο εξάλλου δεν αμφισβητεί ο προσφεύγων. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς η αναθέτουσα αρχή έκρινε αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και να καταπέσει υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου ποσού υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 9 Ιουνίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ