

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 8-12-2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/344/11-12-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/61/11-12-2017 της ένωσης εταιριών με την επωνυμία ««.....» που απαρτίζεται κατά το 2792017 συμφωνητικό σύστασής της από την «...» και τον δ.τ. “...” και την «...» και τον δ.τ. «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ΝΑΞΟΥ ΚΑΙ ΜΙΚΡΩΝ ΚΥΚΛΑΔΩΝ», νομίμως εκπροσωπούμενης

Και του παρεμβαίνοντος, ..., νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών οικονομικός φορέας ζητά την ακύρωση της υπ’ αριθμ. 378/2017 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής αυτής, με την οποία εγκρίθηκε το από 20-11-2017 πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την Υπηρεσία «ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΧΥΤΑ ΝΑΞΟΥ» και κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στην «...» και περαιτέρω αίτημα να κηρυχθεί ο ως άνω οικονομικός φορέας και προσωρινός ανάδοχος έκπτωτος και να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στον προσφεύγοντα. Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων, ο οποίος λαμβάνεται υπόψη, κατ' άρ. 19 και 363 Ν. 4412/2016 και άρ. 5 ΠΔ 39/2017, ως ένας και ενιαίος, ασχέτως τυχόν επιμερισμού μεταξύ των μελών του που ο ίδιος επιχειρεί με τυχόν αυτοτελή ανά μέλος της κοινοπραξίας επιμερισμένα παράβολα (ζήτημα άσχετο με την εκ του Κλιμακίου διαδικασία ελέγχου του παραδεκτού όσον αφορά το καταβληθέν παραβόλο, στην οποία εξετάζεται το συνολικώς καταβληθέν από την κοινοπραξία-ένωση εταιριών παράβολο με συνάθροιση κάθε επιμέρους παραβόλου, κάποιιο, περισσότερα ή κάθε μέλος της κατέβαλε), επισύναψε στο έντυπο της δύο παράβολα, το ένα με στοιχεία 17785999595802050018 και ποσού ευρώ 495,00 και αποδεικτικό περί πληρωμής του παραβόλου μέσω της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος την 7-12-2017, το δεύτερο με στοιχεία 17779874095802050054 και ποσού ευρώ 495,00 με αποδεικτικό περί πληρωμής του μέσω της Τραπέζης Πειραιώς την 6-12-2017, και συνολικά κατά συνάθροισή τους παράβολο ύψους 990,00 ευρώ που έχει ολοσχερώς πληρωθεί, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει τον έλεγχο και τη δέσμευση του συνολικού παραβόλου.

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 8-12-2017 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα απόφασης οριστικής κατακύρωσης αποτελέσματος διαγωνισμού, με ειδικότερο αίτημα ακύρωσής της κατά το σκέλος με το οποίο ανακήρυξε τον προσωρινό ανάδοχο ως οριστικό, την απόρριψη της προσφοράς του (ως, κατ' άρ. 107 παρ. 20 Ν. 4497/2017, αντικαταστάθηκε από 13.11.2017, κατά νομοτεχνική βελτίωση η πρότερη και ληφθείσα υπόψη κατά την κατάρτιση της διακήρυξης, αντίστοιχη διατύπωση του άρ. 103 Ν. 4412/2016 περί κήρυξης του προσωρινού αναδόχου ως «εκπτώτου») και περαιτέρω την κατακύρωση του διαγωνισμού στον προσφεύγοντα κατ' άρ. 103 Ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται πρώτον ότι ο ανάδοχος κατά παράβαση των όρων 2.2.6 και 2.2.8 της διακήρυξης και του άρ. 78 Ν. 4412/2016, δεν προσκόμισε κατάλληλα έγγραφα που αποδεικνύουν τη σχέση του μηχανικού ειδικότητας Π.Ε. που

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

δήλωσε ότι θα διαθέσει για την εκτέλεση της σύμβασης και τη δέσμευσή του για τη συμμετοχή σε αυτήν. Ειδικότερα, ότι δεδομένου πως ο εν τέλει δηλωθείς μηχανικός είναι τρίτος οικονομικός φορέας επί των ικανοτήτων του οποίου στηρίζεται κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 και όχι προσωπικό απασχολούμενο από κάποιο εκ των μελών της αναδόχου κοινοπραξίας, ως μη περιλαμβανόμενος στον πίνακα προσωπικού που αυτά τα μέλη υπέβαλαν, όφειλε να υποβληθεί ΤΕΥΔ υπογεγραμμένο από αυτόν για την απόδειξη μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού και να αποδείξει της δέσμευσής του να διαθέσει τους πόρους του στην κοινοπραξία και το συμβατικό αντικείμενο που αναλαμβάνει ενώ εν προκειμένο τίποτε σχετικό δεν υπεβλήθη. Εξάλλου, πριν την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης ήταν αδύνατο να προβληθεί ο ως άνω ισχυρισμός, καθώς δεν είχε αναφερθεί το όνομα του μηχανικού Π.Ε. που θα απασχολείτο για την πλήρωση του σχετικού όρου της διακήρυξης και επομένως ήταν πιθανό αυτός να άνηκε στο προσωπικό των μελών της κοινοπραξίας, οπότε και δεν υπήρχαν οι ως άνω υποχρεώσεις, οι οποίες φάνηκαν ως εξαρχής αναγκαίες, μόνο μετά τον προσδιορισμό του προσώπου αυτού. Περαιτέρω, στο πλαίσιο του ίδιου πρώτου λόγου, ισχυρίζεται ότι από κανένα από τα έγγραφα του αναδόχου δεν προκύπτει η κατ' άρ. 2.2.6 της διακήρυξης απαιτούμενη εμπειρία του παραπάνω διπλωματούχου μηχανικού, καθώς η ανάδοχος κοινοπραξία υπέβαλε μόνο βεβαίωση της 2^{ης} Διαχειριστικής Ενότητας Νομού Αιτωλοακαρνανίας-Αναγκαστικός Σύνδεσμος Διαχείρισης Στερεών Αποβλήτων και αντίγραφο του βιογραφικού και των τίτλων σπουδών του, στοιχεία που όμως ουδόλως αποδεικνύουν ότι έχει εμπειρία δύο ετών σε λειτουργία ΧΥΤΑ ανάλογης δυναμικότητας με τον ΧΥΤΑ Νάξου, όπως ο παραπάνω όρος 2.2.6 της διακήρυξης. Τούτο, αφού η παραπάνω βεβαίωση δεν αναγράφει αναλυτικά τα στοιχεία του έργου όπου απασχολήθηκε ο μηχανικός και ειδικότερα δεν προσδιορίζει τον ανάδοχο του έργου, ενώ περαιτέρω αναφέρει μόνο ότι ο συγκεκριμένος μηχανικός ήταν επιβλέπων των εργασιών που αναφέρονται στο έγγραφο, αλλά όχι εμπειρία στη λειτουργία της μονάδας, την οποία δύναται να βεβαιώσει η υπηρεσία στον ανάδοχο του έργου. Δεύτερον, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση του όρου 2.2.6 της διακήρυξης περί εξοπλισμού τον οποίο πρέπει να αποδείξει ότι διαθέτει ο ανάδοχος, ο τελευταίος προσκόμισε την από

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

29/9/2017 υπεύθυνη δήλωση του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου του Μέλους του, ..., με την οποία αορίστως βεβαιώνεται ότι είτε έχει στη διάθεσή της η κοινοπραξία είτε προτίθεται να μισθώσει τον απαιτούμενο εξοπλισμό, απλώς αντιγράφοντας τις προδιαγραφές που θέτει η διακήρυξη, χωρίς να εξειδικεύει αν πλέον και κατά το παρόν στάδιο, όντως διαθέτει ποιο από τα μηχανήματα και ποια προτίθεται να μισθώσει και από ποιον εκμισθωτή, ενώ αναφέρει ότι θα έχει στη διάθεσή της μηχανήματα με τις οικείες ή ισοδύναμες τους προδιαγραφές, χωρίς να αναφέρει ειδικά χαρακτηριστικά των μηχανημάτων εκ των οποίων δύναται να ελεγχθεί το ισοδύναμό τους. Επιπλέον, ότι η παραπάνω αοριστία δεν θεραπεύεται από τα τεχνικά εγχειρίδια που προσκομίζει η ανάδοχος κοινοπραξία, αφού είναι συνταγμένα εξ ολοκλήρου στην αγγλική ή γερμανική γλώσσα. Περαιτέρω, ότι τα τεχνικά αυτά εγχειρίδια ούτως ή άλλως δεν διευκρινίζουν αν η ανάδοχος κοινοπραξία διαθέτει ή προτίθεται να μισθώσει τα οχήματα-μηχανήματα ώστε να ελεγχθεί αν πράγματι αυτά φέρουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά, τα οποία παρότι έχουν συνταχθεί σε ξένη γλώσσα, δεν φέρουν μετάφραση. Τρίτον, ότι καμία από τις δύο εταιρίες-μέλη της αναδόχου κοινοπραξίας δεν προσκομίζουν και δη κατά παράβαση του όρου 2.2.3.4 της διακήρυξης, βεβαίωση του Εφετείου της έδρας τους, δηλαδή του Εφετείου Αθηνών περί μη κατάθεσης αίτησης περί ενάρξεως διαδικασιών των άρ. 44 και 45 Ν. 1892/1990 και των άρ. 46, 46^α, 46β και 46γ του ιδίου Νόμου. Περαιτέρω, ότι το ένα μέλος της αναδόχου κοινοπραξίας και συγκεκριμένα η ... δεν προσκόμισε πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ εκ του οποίου προκύπτει η εκπροσώπησή της, το δε έγγραφο περί κατάθεσης αίτησης για έγκριση αλλαγής του ΔΣ της, το οποίο προσκομίζει, να μεν έχει υποβληθεί στο ΓΕΜΗ, αλλά φαίνεται πως δεν έχει τύχει επεξεργασίας ή οριστικοποιημένης καταχώρησης, αλλά ότι τελεί ακόμη ως εκκρεμότητα μέχρι και το παράβολο κατάθεσης της οικείας αίτησης.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις με αρ. πρωτ. 28301 και από 18-12-2017 Απόψεις την ενώπιον της ΑΕΠΠ ισχυρίζεται τα ακόλουθα. Ότι με την 172/2-5-2017 βεβαίωση του Αναγκαστικού Συνδέσμου Διαχείρισης Στερεών Αποβλήτων 2^{ης} Διαχειριστικής Ενότητας Νομού Αιτωλοακαρνανίας βεβαιώνεται ο μηχανικός ... επέβλεψε τις εργασίες υγειονομικής ταφής απορριμμάτων, λειτουργίας μονάδας επεξεργασίας στραγγισμάτων του

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

συστήματος συλλογής και καύσης βιοαερίου, την τήρηση προγράμματος περιβαλλοντικής παρακολούθησης του έργου, όπως και όλων των υπολοίπων εγκαταστάσεων αρμοδιότητας πολιτικού μηχανικού του ΧΥΤΑ 2^{ης} ΓΕΝ Ν. Αιτωλοακαρνανίας για το διάστημα από 1-1-2011 έως 28-2-2017, με τη δε με αρ. πρωτ. Δ15/28599/7-3-2017 βεβαίωσης Διεύθυνσης Μητρώων-Τμήμα ΜΕ.ΕΠ. της ΓΓΡ Υποδομών του ΥΠΟΜΕΔΙ και στη σελ. 2 αυτού εμφανίζεται ως στέλεχος της εταιρίας ..., μέλους της αναδόχου κοινοπραξίας, η δε βεβαίωση είχε ισχύ ως και την 31-12-2019, ενώ με το με αρ. πρωτ. 446381.633893/1-9-2017 πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης της παραπάνω εταιρίας εμφανίζεται ως μέλος του ΔΣ αυτής. Ότι η παραπάνω εταιρία, όπως φαίνεται με τη με αρ. πρωτ. 172/2-5-2017 βεβαίωση του Αναγκαστικού Συνδέσμου Διαχείρισης Στερεών Αποβλήτων 2^{ης} Διαχειριστικής Ενότητας Νομού Αιτωλοακαρνανίας βεβαιώνεται ότι για το διάστημα από 1-1-2011 έως και 28-2-2017 παρείχε ολοκληρωμένες ΧΥΤΑ, ενώ με τη δε με αρ. πρωτ. 173/2-5-2017 βεβαίωση του ίδιου Αναγκαστικού Συνδέσμου η ίδια εταιρία έχει εκτελέσει σύμβαση παροχής ολοκληρωμένων υπηρεσιών για τη λειτουργία ΧΥΤΑ 2^{ης} ΔΕΝ Νόμου Αιτωλοακαρνανίας με ετήσια δυναμικότητα 56.000 τόνους και με διάρκεια από 1-1-2011 έως και 28-2-2017. Ότι ο μηχανικός ... ως μέλος ΔΣ του μέλους της αναδόχου κοινοπραξίας ... συνιστά στέλεχος αυτές και έτσι η τεχνική ικανότητά του αφορά την τελευταία, άρα την κοινοπραξία και όχι τρίτο φορέα και συνεπώς δεν απαιτείται χωριστό ΤΕΥΔ, ενώ κατά τα παραπάνω τόσο αυτός όσο και η εταιρεία έχουν αποδεδειγμένη εμπειρία σε υπηρεσίες όμοιες με αυτές του διαγωνισμού και πληροίται έτσι ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης. Ότι αμφότερες οι εταιρίες-μέλη της αναδόχου κοινοπραξίας έχουν καταθέσει τις ψηφιακά υπογεγραμμένες από τους νόμιμους εκπροσώπους τους, δεσμεύσεις διάθεσης ή μίσθωσης του απαιτούμενου μηχανικού και τεχνικού εξοπλισμού, στις δε οικείες υπεύθυνες δηλώσεις ρητά αναφέρεται ότι τα αναγραφόμενα στα τεχνικά φυλλάδια στοιχεία του εξοπλισμού ταυτίζονται με αυτά του κατασκευαστικού οίκου, τα οποία φυλλάδια έχουν κατατεθεί, ενώ η διακήρυξη δεν απαιτούσε επιπλέον στοιχεία απόδειξης ύπαρξης του ως άνω εξοπλισμού πλην των ως άνω υπευθύνων δηλώσεων ούτε υποχρέωση μετάφρασης ξενόγλωσσων φυλλαδίων ούτε διάθεσή τους στην ελληνική γλώσσα, ενώ κατ' άρ. 92 παρ. 4 Ν. 4412/2016, κατά την αναθέτουσα προβλέπεται ότι τα τεχνικά φυλλάδια

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

μπορούν να υποβάλλονται σε άλλη γλώσσα αμετάφραστα, δεν προβλέπεται δε στη διακήρυξη ποινή αποκλεισμού για το αναφερόμενο ζήτημα. Ότι τα μέλη της αναδόχου κοινοπραξίας ανήρτησαν στο ΕΣΗΔΗΣ το σύνολο των απαιτούμενων από τη διακήρυξη στοιχείων, τα δε άρ. 44-46 Ν. 1892/1990 έχουν καταργηθεί με τον Ν. 3588/2007. Η δε εταιρία ..., μέλος της αναδόχου κοινοπραξίας, κατέθεσε το από 21-8-2017 πρακτικό της ΓΣ της, το από 1-9-2017 πρακτικό ΔΣ του και το με αρ. πρωτ. 914389/1-9-2017 αίτημα ηλεκτρονικής καταχώρησης των μεταβολών της νομιμοποίησης του στο ΓΕΜΗ, έγγραφα που καλύπτουν τις απαιτήσεις του άρ. 2.2.9.2 παρ. Β4 εδ. 1 της διακήρυξης. Η δε παρεμβαίνουσα κοινοπραξία ισχυρίζεται ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ο,τι και η αναθέτουσα κατά τα παραπάνω, επικαλείται δε ότι κατά την ενωσιακή νομολογία, στην εμπειρία οικονομικού φορέα προσμετράται και συνυπολογίζεται η εμπειρία οντοτήτων, φυσικών και νομικών προσώπων, που βρίσκονται στη διάθεση της εταιρίας. Στην κατηγορία αυτή ανήκει ο ως άνω μηχανικός, ως μέλος του ΔΣ της εταιρίας ..., μέλους της κοινοπραξίας, ως στέλεχος της παραπάνω εταιρίας και ουδόλως ως εξωτερικός συνεργάτης, με αποτέλεσμα η τεχνική του ικανότητα να συνιστά ικανότητα της ίδιας της κοινοπραξίας και όχι τρίτου φορέα. Περαιτέρω, ότι στην εμπειρία των στελεχών μιας εργοληπτικής επιχείρησης προσμετράται και αυτή των στελεχών της, δεδομένου ότι η κατάταξή της στο ΜΕΕΠ στηρίζεται και στο στοιχείο αυτό και συνεπώς η εμπειρία μιας εταιρίας ταυτίζεται με την εμπειρία των στελεχών της, πόσο μάλλον όταν εν προκειμένω ο μηχανικός είναι μέλος του ΔΣ και μέτοχός της. Επιπλέον, για την ειδικότητα της εμπειρίας του αναφέρει ο,τι και η αναθέτουσα και είναι ακριβώς η ζητούμενη από τη διακήρυξη, ενώ ανακριβώς η προσφυγή υποστηρίζει ότι δεν αναγράφονται τα στοιχεία του έργου, τα οποία και αναγράφονται στις οικείες ως άνω βεβαιώσεις, μαζί με τα στοιχεία της αναθέτουσας αρχής. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ότι προσκομίστηκε ο,τι ακριβώς προέβλεπε η διακήρυξη και ότι η αρχή της τυπικότητας σε συνδυασμό με την αρχή της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης συνεπάγονται ότι δεν μπορεί να ζητούνται από τους διαγωνιζόμενους προϋποθέσεις εκτός του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης. Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής, μνημονεύεται το σύνολο των δικαιολογητικών περί τη συνδρομή των νομικών καταστάσεων που απαιτεί η διακήρυξη, για

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

αμφότερα τα μέλη της κοινοπραξίας, ενώ τα οικεία άρθρα του Ν. 1892/1990 που μνημονεύει η προσφυγή έχουν καταργηθεί και αντικατασταθεί, τα δε υποβληθέντα πιστοποιητικά καλύπτουν κάθε προϋπόθεση της διακήρυξης. Περαιτέρω, μνημονεύεται η σύνθεση του ΔΣ της ... σύμφωνα με το με αρ. πρωτ. 496070.705378/4-12-2017 πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ.

4. Επειδή, η από 8-12-2017 Προσφυγή αφορά διαδικασία κάτω των ορίων που προκηρύχθηκε (CPV 90500000-2) με τη 18335/2017 διακήρυξη προϋπολογισμού 198.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC001915928 την 8-9-2017 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 7-9-2017 με συστημικό α/α 45709. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευσης της τελευταίας στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα την 8-12-2017, κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης μέσω ΕΣΗΔΗΣ την 1-12-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον ορισθέντα εκ του από 27-9-2017 κοινοπρακτικού συμφωνητικού, και δη του σημείου 13 αυτού, νόμιμο εκπρόσωπό της ένωσης. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού μετείχε στον διαγωνισμό με προσφορά, η οποία έφθασε έως και το στάδιο των οικονομικών προσφορών, έχοντας κριθεί έως και εκεί αποδεκτή, σύμφωνα και με τη με αρ. 354/2017 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας και μάλιστα ως μόνη έτερη αποδεκτή προσφορά στο στάδιο οικονομικών προσφορών πλην της αναδόχου κοινοπραξίας, πλην όμως η τελευταία, έχοντας προσφέρει χαμηλότερο τίμημα, αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος, με τον προσφεύγοντα ως δεύτερο μειοδότη και επομένως πρώτο και μόνο επιλαχόντα ανάδοχο (κατά τη διατύπωση του άρ. 103 Ν. 4412/2016 «προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά») και έτσι ευνοείται από την απόρριψη του νυν αναδόχου, αφού, κατ' αποτέλεσμα αυτής, θα καταλάβει δεσμίως τη θέση του και θα καταστεί αυτός, καταρχάς προσωρινός ανάδοχος (βλ. και Απόφαση

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

ΑΕΠΠ 96/2017), ασχέτως δε αν η τελευταία αυτή συνέπεια επέλθει απευθείας εξ Αποφάσεως της ΑΕΠΠ κατ' αποδοχή του επιμέρους αιτητικού του για ανακήρυξη του ως προσωρινού αναδόχου ή με περαιτέρω πράξη της αναθέτουσας, σε κάθε περίπτωση πάντως, κατά δεσμία αρμοδιότητά αυτής και σε συμμόρφωσή της, κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016, με τυχόν ακυρωτική της προσβαλλόμενης, Απόφαση της ΑΕΠΠ. Περαιτέρω, η από 21-12-2017 Παρέμβαση ασκήθηκε από την ανάδοχο κοινοπραξία εντός του κατ' άρ. 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 δεκαήμερου από την από 11-12-2017 κοινοποίηση της προσφυγής μέσω ΕΣΗΔΗΣ, νομίμως υπογεγραμμένη ομού από τους διευθύνοντες συμβούλους νομίμους εκπροσώπους κάθε μέλους της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας, με αντικείμενό της την αντίκρουση της προσφυγής και μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος. Συνεπώς, τόσο η Προσφυγή όσο και η Παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστεί περαιτέρω η υπόθεση κατ' ουσία.

5. Επειδή, κατά τον όρο 2.2.6 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι *“Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να αποδείξουν με στοιχεία, την ειδική τεχνική και επαγγελματική τους ικανότητα: Όποιος συμμετέχει οφείλει: 1) Την τελευταία πενταετία να έχει εκτελέσει όμοιες εργασίες σε ΧΥΤΑ, ετήσιας δυναμικότητας τουλάχιστον ισοδύναμης με τον δημοπρατούμενο, δηλ. δυναμικότητας άνω των 15.000 τόνων/έτος, για τουλάχιστον 24 μήνες, επί ποινή αποκλεισμού. Η συνολική εμπειρία μπορεί να προκύψει και αθροιστικά από περισσότερα του ενός έργα. 2) Να διαθέτει επιπλέον το κατ' ελάχιστον απαραίτητο προσωπικό για τη λειτουργία του έργου που είναι: Ένας Μηχανικός Πανεπιστημιακής Εκπαίδευσης (Χημικός Μηχανικός ΠΕ, ή Πολιτικός Μηχανικός ΠΕ, ή Μηχανολόγος Μηχανικός ΠΕ, ή Μηχανικός Περιβάλλοντος ΠΕ), ως επικεφαλής – προϊστάμενος του έργου, ο οποίος θα καλύπτει τις πάγιες ανάγκες και απαιτήσεις του έργου, καθώς και την πλήρη τήρηση όλων των προδιαγραφών της λειτουργίας του, όπως αυτές αναλυτικά περιγράφονται στην εγκεκριμένη μελέτη. Θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτει τουλάχιστον 2 –ετή εμπειρία σε λειτουργία ΧΥΤΑ, ανάλογης δυναμικότητας με το ΧΥΤΑ Νάξου. Επίσης, θα πρέπει να διαθέτουν τον παρακάτω εξοπλισμό: Ένα ερπυστριοφόρο φορτωτή τύπου 963DWHΑ ή*

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

Ισοδύναμο (θα πρέπει να είναι διαθέσιμος από τον ανάδοχο για άμεση χρησιμοποίησή του, σε περίπτωση βλάβης του προωθητή - συμπιεστή - τεμαχιστή απορριμμάτων (κασικοπόδαρο) και έως ότου αποκατασταθεί η βλάβη). Ένα ελαστικοφόρο φορτωτή εκσκαφέα τύπου JCB ή ισοδύναμο. Ένα φορτηγό ανατρεπόμενο, του οποίου το μέγιστο επιτρεπόμενο βάρος θα είναι από 3.500 χιλγ. και άνω. Ένα τεμαχιστή-καταστροφέα ξύλων, με μαχαίρια. Θα πρέπει να είναι τριφασικός με ισχύ(μοτέρ), τουλάχιστον 30hp και με παραγωγή, τουλάχιστον 9m³/hr θρυμματισμένου υλικού, με διάμετρο ξύλου εισαγωγής τουλάχιστον 15 εκ. και άνω και αντίστοιχο παραγόμενο υλικό. Ο ανάδοχος με μέριμνα κι έξοδά του θα λειτουργεί και θα διαχειρίζεται κατάλληλα το θρυμματιστή για αυτά τα υλικά (ξύλινα αντικείμενα κλπ), που θα μεταφέρονται στο χώρο από το δήμο. Σε περίπτωση Κ/Ξ οι παραπάνω απαιτήσεις μπορούν να ικανοποιούνται αθροιστικά από τα μέλη της Κ/Ξ. Κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β6 της Διακήρυξης “Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.6. (απόδειξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας) οι υποψήφιοι ανάδοχοι οφείλουν να προσκομίσουν: α) Υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη από κατάλογο των παρόμοιων υπηρεσιών, που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, από τον μεμονωμένο διαγωνιζόμενο ή από κάθε μέλος της διαγωνιζόμενης ένωσης ή κοινοπραξίας, με αναφορά στη δυναμικότητα του κάθε ΧΥΤΑ, τη χρονική διάρκεια και τον εργοδότη, συνοδευόμενη από πιστοποιητικά του εργοδότη - δημοσίου φορέα, που να πιστοποιούν την έντεχνη, επιτυχή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης, ώστε να καλύπτονται οι ελάχιστες απαιτήσεις της παρ. 2.2.6. Ο κατάλογος των περαιωμένων αντίστοιχων υπηρεσιών θα πρέπει να συνοδεύεται από βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης εργασιών των αντίστοιχων αρμοδίων υπηρεσιών του δημοσίου. β) Υπεύθυνη δήλωση με το μηχανικό/(ούς) που διαθέτει ο οικονομικός φορέας για την κάλυψη της τεχνικής ικανότητας συνοδευόμενη με βιογραφικά σημειώματα, τίτλους σπουδών, πιστοποιητικά εμπειρίας, καθώς και οτιδήποτε που να αποδεικνύει την ικανότητά τους, ώστε να καλύπτονται οι ελάχιστες απαιτήσεις της παρ. 2.2.6. Η σχετική προϋπηρεσία, εμπειρία πρέπει να αποδεικνύεται από βεβαιώσεις των αντίστοιχων αρμοδίων φορέων του δημοσίου. γ) Υπεύθυνη δήλωση στην οποία θα αναφέρονται τα τεχνικά μέσα και ο τεχνικός εξοπλισμός που έχει στη διάθεσή της ή προτίθεται να μισθώσει,

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

η επιχείρηση για την εκτέλεση της σύμβασης, συνοδευόμενη από τεχνικά/ ενημερωτικά φυλλάδια (prospectus) που να αποδεικνύει την ικανοποίηση των ελάχιστων απαιτήσεων εξοπλισμού της παρ. 2.2.6. Τα ως άνω φυλλάδια θα πρέπει να είναι ψηφιακά υπογεγραμμένα από τον κατασκευαστικό οίκο. Σε αντίθετη περίπτωση, στην αναφερόμενη υπεύθυνη δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον προσφέροντα θα δηλώνεται ότι τ' αναγραφόμενα σε αυτά στοιχεία ταυτίζονται με τα στοιχεία των τεχνικών φυλλαδίων (prospectus), του κατασκευαστικού οίκου. Σε περίπτωση κοινοπραξίας κάθε επιχείρηση που κοινοπρακτεί πρέπει στην υπόψη δήλωση να δηλώνει ρητά εκτός των ως άνω αναφερομένων ότι τα ως άνω τεχνικά μέσα, ο μηχανικός και τεχνικός εξοπλισμός που μνημονεύονται σε αυτή διατίθεται τελικά στην κοινοπραξία για την παροχή των συγκεκριμένων υπηρεσιών.”

6. Επειδή, κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β6 περ. γ' της διακήρυξης, θεσπίζεται ως επαρκές αποδεικτικό στοιχείο του όρου 2.2.6 η προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης ψηφιακά υπογεγραμμένης περί του ότι τα στους ανωτέρω όρους αναφερόμενα τεχνικά μέσα βρίσκονται στη διάθεση του προσφέροντος ή προτίθεται αυτός να τα μισθώσει χωρίς να απαιτείται προσδιορισμός ούτε των ειδικών τεχνικών στοιχείων ούτε του εκμισθωτή στην παραπάνω δήλωση, ενώ για τη συγκεκριμενοποίηση και διασταύρωση της ακρίβειας των δηλουμένων ζητούνται και τα τεχνικά φυλλάδια του κατασκευαστή κάθε τεχνικού μέσου. Τα παραπάνω πληρούνται με την από 29-9-2017 προσκομισθείσα υπεύθυνη δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον νόμιμο εκπρόσωπο της, μέλους της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας, όπως και ίδια αντίστοιχη δήλωση του έτερου μέλους, όπου όλα τα τεχνικά μέσα που απαιτούνταν από τη διακήρυξη μνημονεύθηκαν ένα προς ένα ότι βρίσκονται στη διάθεσή της κοινοπραξίας ή αυτή προτίθεται να τα μισθώσει, ότι διατίθενται στην κοινοπραξία και ότι τα αναγραφόμενα στα συνοδευτικά τεχνικά φυλλάδια στοιχεία ταυτίζονται με αυτά του κατασκευαστικού οίκου, όπως ακριβώς ζητούσε η διακήρυξη. Ούτε είναι δυνατόν να χρησιμοποιηθεί κατά του παρεμβαίνοντος το γεγονός ότι περιέλαβε στην προσκομισθείσα δήλωσή του κατά λέξη όσα ζητούσε η διακήρυξη. Εξάλλου, η διακήρυξη ουδόλως ζητούσε να βρίσκονται τα τεχνικά μέσα στη διάθεση του αναδόχου κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, άλλως δεν θα αρκείτο στη δήλωση

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

πρόθεσης μίσθωσης τους, τα δε περί αντιθέτου επικαλούμενα από τον προσφεύγοντα δεν βρίσκουν έρεισμα στη διακήρυξη και αν τυχόν γίνονταν δεκτά θα συνιστούσαν ανεπίτρεπτη μεταβολή των, αποδεκτών ανεπιφυλάκτως εξάλλου από τον ίδιο, όρων της διακήρυξης κατά το στάδιο πλέον της οριστικοποίησης της κατακύρωσης κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας, της τυπικότητας και της δέσμευσης της αναθέτουσας και των συμμετεχόντων από τον κανονιστικό χαρακτήρα της διακήρυξης. Περιλαμβάνονται δε στα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης τεχνικά φυλλάδια πρώτον για ερπυστριοφόρο φορτωτή, δεύτερον ελαστιχοφόρου φορτωτή, τρίτον φορτηγού και τέταρτον θρυμματιστή κλαδιών-ξύλων. Πλην όμως, εκτός από το φυλλάδιο του τέταρτου μέσου (θρυμματιστή), όλα τα υπόλοιπα τεχνικά φυλλάδια είναι συνταγμένα σε ξένες γλώσσες και συγκεκριμένα για το πρώτο και το δεύτερο στην αγγλική, για το τρίτο στη γερμανική.

7. Επειδή, ναι μεν το άρ. 80 παρ. 10 και το άρ. 92 παρ. 4 Ν. 4412/2016 προβλέπουν ότι τα ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια ή άλλα εταιρικά ή μη έντυπα με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο “μπορεί να ορίζεται” (από τα έγγραφα της σύμβασης) ότι μπορούν να υποβάλλονται σε άλλη γλώσσα αμετάφραστα, πλην όμως τούτο θεσπίζεται ως απλή ευχέρεια της αναθέτουσας. Αυτή η ευχέρεια ενεργοποιείται ως όρος της διακήρυξης δια σχετικής προβλέψεως στα έγγραφα της σύμβασης και όχι ως μια άνευ ετέρου αυτοδίκαιη δυνατότητα των οικονομικών φορέων ή αντίστροφα ως απόλυτη ελευθερία της αναθέτουσας να αποφαινεται το πρώτον για την αποδοχή τέτοιων εγγράφων αμετάφραστων, κατά το στάδιο της αξιολόγησης, γεγονός που θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή του παγιωθέντος κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης και της έναντι όλων, και της αναθέτουσας και των μετεχόντων, δεσμευτικότητας της τελευταίας (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 236/2017). Εν προκειμένω, όμως η αναθέτουσα δεν προέβη σε χρήση της παραπάνω ευχέρειας, αλλά με τον όρο 2.1.4 της διακήρυξης όρισε αδιακρίτως ότι όλα τα έγγραφα της προσφοράς συντάσσονται στην ελληνική, άλλως, αν είναι ξενόγλωσσα συνοδεύονται από επίσημη, ήτοι επικυρωμένη μετάφρασή τους στην ελληνική, η δε απλή παραπομπή δια υποσημείωσης στο άρ. 92 παρ. 4 Ν. 4412/2016 δεν δύναται να θεωρηθεί ότι έχει το νόημα περί καθιέρωσης της

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

ως άνω ευχέρειας. Περαιτέρω, (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 208 και 231/2017) κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 παρέχεται στην αναθέτουσα ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση. Η δε ως άνω διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας ελέγχεται τόσο ως προς την εκ μέρους της άσκηση, όσο και παράλειψη άσκησης, βάσει των κανόνων του άρ. 102 Ν. 4412 και ως προς τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων που την προσδιορίζουν (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187 και 208/2017). Η δε παράλειψη άσκησης τέτοιας ευχέρειας, προϋποθέτει την καταρχήν διάθεσή της από την αναθέτουσα, η οποία όμως, κατά τους ορισμούς του άρ. 102 δεν υφίσταται για κάθε έλλειψη και σφάλμα, αλλά μόνο για τον στενό κύκλο που ορίζει η παρ. 2 αυτού και δη για απλές ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες και πρόδηλα τυπικά σφάλματα. Ο δε διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017). Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης η κατοχή της οποίας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς δεν είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη ως βεβαία ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι ιδιαίτερα έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και δη των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ' άρ. 102 παρ. 1 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Εξάλλου, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, περαιτέρω κριτήρια για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης συνίστανται στο αντικείμενο, περιεχόμενο και οικονομικό μέγεθος της διαδικασίας επί των οποίων λαμβάνουν χώρα, η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης, όπως και το αντικείμενο, έγγραφο, δικαιολογητικό επί του οποίου το σφάλμα έλαβε χώρα, της τυχόν περιπλοκότητας συντάξεώς του, του πλήθους των πληροφοριών που περιλαμβάνει, του μεγάλου μεγέθους του, της αποδεικτικής του σημασίας ως προς τη συνολική διαδικασία, του γενικού όγκου πληροφοριών και αποδεικτικών εγγράφων που απαιτεί η διαδικασία και της εν γένει επιμέλειας που επέδειξε ο προσφέρων ως προς τις λοιπές αποδεικτικές υποχρεώσεις του και όλα τα παραπάνω μαζί σε σχέση με το εύρος και περιεχόμενο της έλλειψης. Σε κάθε περίπτωση, η ευχέρεια του άρ. 102 Ν. 4412/2016 δεν είναι δυνατό να χρησιμοποιηθεί για τη θεραπεία μιας σοβαρής ολιγωρίας του οικονομικού φορέα ή για τη διάσωση μιας προσφοράς που τελεί σε πλήρη αοριστία και πλήρη έλλειψη και δη όχι απλώς επί μεμονωμένου στοιχείου της προσφοράς, αλλά συγκροτήματος και ενότητας τέτοιων στοιχείων τα οποία αποτελούν προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της συμμετοχής του οικονομικού φορέα. Άλλως, η χρήση αυτής της ευχέρειας από την αναθέτουσα θα προσέκρουε στο άκρο όριο που κατοχυρώνει το άρ. 102 παρ. 3 Ν. 4412/2016. Εν προκειμένω, η παραπάνω επουσιώδης καταρχήν παράλειψη εκ μέρους του έτερου διαγωνιζομένου να επισυνάψει επικυρωμένη μετάφραση του περιεχομένου των ως άνω τριών τεχνικών φυλλαδίων παρίσταται ως συμπληρωτέα και διορθώσιμη. Τούτο

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

διότι, εκτός του ότι η διακήρυξη δεν θέσπισε τις σχετικές περί γλώσσας σύνταξης προϋποθέσεις, επί ποινή αποκλεισμού, ο παρεμβαίνων (ανάδοχος κοινοπραξίας) σε κάθε περίπτωση προσκόμισε πλήθος εγγράφων και αποδεικτικών στοιχείων για την τεκμηρίωση του παραδεκτού της προσφοράς του και την εκ μέρους πλήρωση κάθε όρου, αλλά και λοιπά έγγραφα συνταγμένα στα ελληνικά, με αποτέλεσμα η προσφορά του να μην προκύπτει ως εν γένει αόριστη και επομένως καθιστώντας αδύνατη την αξιολόγηση πληρότητας των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά απλώς να χρήζει συμπλήρωσης και αντιπαραβολής με τα τεχνικά δεδομένα που αφορούν τα παραπάνω 3 έγγραφα. Εξάλλου, σε μεγάλο βαθμό η κατανόηση των παραπάνω εγγράφων, ιδίως όσων συντάχθηκαν στην αγγλική δεν είναι δυσχερής, καθώς κατά το μεγαλύτερο μέρος τους αυτά τα έγγραφα περιέχουν τεχνική ορολογία, η οποία σε κάθε περίπτωση είναι κυρίως γνωστή στην αγγλική της διατύπωση όσον αφορά την οικεία αγορά των οχημάτων και μηχανημάτων, η οποία ορολογία σε πολλές περιπτώσεις συνιστά τη σύντομη περιγραφή κάποιων επιδόσεων και τιμών του μηχανήματος εκφρασμένη σε μονάδες μέτρησης, οι οποίες ομοίως κατά κανόνα και σύμφωνα με την κοινή πείρα χρησιμοποιούνται συνήθως στην ξενόγλωσση εκδοχή τους και μόνες τους δύνανται να καταστήσουν, μετά των συχνών συνοδευτικών διαγραμμάτων και φωτογραφιών, κατανοητό και αυτό καθαυτό το συνοδευτικό και σύμφωνα με τα παραπάνω σύντομο και περιγραφικό κάποιων τιμών, ξενόγλωσσο κείμενο, ενώ εξάλλου τα φυλλάδια αυτά εν πολλοίς συνίστανται από εικόνες και φωτογραφίες. Αυτός είναι και ο δικαιολογητικός σκοπός της πρόβλεψης του άρ. 80 παρ. 10 Ν. 4412/2016 περί δυνατότητας στις αναθέτουσες να προβλέπουν μη μετάφραση των τεχνικών φυλλαδίων και των εγγράφων με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο, την οποία όμως η αναθέτουσα παρέλειψε να χρησιμοποιήσει σύμφωνα με τα ανωτέρω. Ούτως, η εκ μέρους του παρεμβαίνοντος, προσκόμιση δια κλήσεως της αναθέτουσας για διευκρινίσεις, απλής επικυρωμένης μετάφρασης των παραπάνω αρχείων, ουδόλως συνιστά μεταβολή της προσφοράς, παράβαση της ισότητας και της διαφάνειας, απόδοση σε αυτόν ευκαιρίας πλήρωσης προδιαγραφής που δεν πληρούσε ή απόκτησης προσόντος που δεν είχε, ενώ αφορά απλώς κάποια από τα περισσότερα ειδικά τεχνικά έγγραφα της τεχνικής προσφοράς και όχι κάποιο τυχόν άνευ ετέρου ουσιώδες έγγραφο και δικαιολογητικό της

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

προσφοράς του όπως το ΕΕΕΣ, ενώ ουδόλως η παρεμβαίνουσα κοινοπραξία κατέστη άνευ ετέρου αποκλειστέα απλώς και μόνο δια της μη προσκόμισης της επικυρωμένης μετάφρασης των παραπάνω τεχνικών φυλλαδίων, όρος μη ουσιώδης και μη επαγόμενος άνευ ετέρου αποκλεισμό. Συνεπώς, η αναθέτουσα έσφαλε με την εκ μέρους της παράλειψη άσκησης της διακριτικής της ευχέρειας προς αναζήτηση διευκρινίσεων από τον έτερο διαγωνιζόμενο, η οποία θα συνίστατο στην προσκόμιση των ως άνω 3 εγγράφων σε επικυρωμένη μετάφραση, προ της εγκρίσεως των δικαιολογητικών κατακύρωσης και οριστικοποίησης αυτής. Και τούτο ιδίως, διότι ακόμη και αν η αναθέτουσα δεν εμποδίστηκε δια του αμετάφραστου των εγγράφων να κατανοήσει το περιεχόμενό τους, σε κάθε περίπτωση αυτή η συνθήκη καθιστά αμφισβητήσιμο το δικαίωμα τρίτου διαγωνιζομένου και εν προκειμένω του προσφεύγοντος να αξιολογήσει την οικεία κρίση της και κατ' αποτέλεσμα να ασκήσει τα κατ' άρ. 360 Ν. 4412/2016 δικαιώματά του σε προδικαστική του ενώπιον της ΑΕΠΠ προστασίας με πληρότητα και αποτελεσματικότητα. Ως εκ των ως άνω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός ο δεύτερος λόγος της προσφυγής και δη αποκλειστικά κατά το μέρος του με το οποίο βάλλει κατά της έγκρισης της κατακύρωσης άνευ ζήτησης από τον τότε προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει δια διευκρινίσεων, μετάφραση αυτών των τριών εγγράφων.

8. Επειδή, κατά τον όρο 2.2.3.4 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι *“Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (β) εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα ο οποίος βρίσκεται σε μία εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση αυτή, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεικνύει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας”*,

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

ενώ κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β1 ως δικαιολογητικό κατακύρωσης πρέπει να προκομιστεί και “γ) για την παράγραφο 2.2.3.4 περίπτωση β΄ πιστοποιητικό αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που θα έχει εκδοθεί το πολύ έξι (6) μήνες πριν από την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης.”. Περαιτέρω, κατά την παρ. Β4 του ως άνω όρου “Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο, προσκομίζει τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, συγκρότηση Δ.Σ. σε σώμα, σε περίπτωση Α.Ε., κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του διαγωνιζομένου). Από τα ανωτέρω έγγραφα πρέπει να προκύπτουν η νόμιμη σύστασή του, όλες οι σχετικές τροποποιήσεις των καταστατικών, το/τα πρόσωπο/α που δεσμεύει/ουν νόμιμα την εταιρία κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού (νόμιμος εκπρόσωπος, δικαίωμα υπογραφής κλπ.), τυχόν τρίτοι, στους οποίους έχει χορηγηθεί εξουσία εκπροσώπησης, καθώς και η θητεία του/των ή/και των μελών του οργάνου διοίκησης/νόμιμου εκπροσώπου.”. Εν προκειμένω, το μέλος της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας ..., ναι μεν δεν προσκόμισε πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ περί τρέχουσας εκπροσώπησης, πλην όμως προσκόμισε το από 21-8-2017 πρακτικό τακτικής ΓΣ της με το οποίο εξελέγη νέο ΔΣ με θητεία ως την 1-9-2022 (Θέμα 8ο), το από 1-9-2017 πρακτικό ΔΣ της περί συγκροτήσεώς του σε σώμα και το με αρ. πρωτ. 914389/1-9-2017 αίτημα ηλεκτρονικής καταχώρησης των ως άνω μεταβολών που επήλθαν δια της ως άνω ΓΣ και της ως άνω απόφασης ΔΣ επί της συγκρότησης του ΔΣ του στο ΓΕΜΗ. Τα ως άνω στοιχεία είναι όλως επαρκή για την απόδειξη νόμιμης σύστασης και εκπροσώπησης του οικονομικού φορέα, ουδέποτε δε η διακήρυξη έθεσε ως ρητή προϋπόθεση την ολοκλήρωση συντέλεσης όποιας καταχώρησης στο ΓΕΜΗ, πράγμα αδύνατο πρακτικά εξάλλου, εάν επρόκειτο για όλως πρόσφατη μεταβολή, περίπτωση στην οποία αφενός ο οικονομικός φορέας όφειλε να δηλώσει και να προσκομίσει κάθε σχετικό έγγραφο, αφετέρου είναι αναμενόμενο ότι ενδέχεται η διαδικασία ολοκλήρωσης της καταχώρησης στο ΓΕΜΗ να μην έχει συντελεστεί κατά τον χρόνο υποβολής των οικείων δικαιολογητικών. Εν προκειμένω, ο οικονομικός φορέας προσκόμισε οτιδήποτε ήταν δυνατό εκ του

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

νόμου και μάλιστα απεδείχθη ότι με επιμέλεια προέβη σε κάθε νόμιμη ενέργεια αμέσως μετά τη συντέλεση των μεταβολών προκειμένου αυτές να καταχωρηθούν στο ΓΕΜΗ, η δε ολοκλήρωση της καταχώρησης δεν εξαρτάτο από αυτόν, αλλά από την ενώπιον της δημόσιας αρχής όλως τυπική οικεία διαδικασία. Περαιτέρω, κατέθεσε η παρεμβαίνουσα κοινοπραξία στο ΕΣΗΔΗΣ, όσον αφορά το μέλος της ... το με αρ. πρωτ. 29656/1-8-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης δικογράφου πτωχεύσεων το οποίο καλύπτει και την ανυπαρξία αίτησης για πτωχευτικό συμβιβασμό και απόφασης περί κήρυξης σε πτώχευση, το με αρ. πρωτ. 7129/8-8-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης αίτησης και μη έκδοσης απόφασης περί θέσης σε αναγκαστική διαχείριση, το με αρ. πρωτ. 29658/1-8-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης δικογράφου και μη έκδοσης απόφασης για υπαγωγή σε ειδική εκκαθάριση, το με αρ. πρωτ. 916/28-7-2017 πιστοποιητικό Ειρηνοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης αίτησης και μη έκδοσης απόφασης για διορισμό ή αντικατάσταση εκκαθαριστού ή συνεκκαθαριστού (για το διάστημα από 1-3-2013 έως και 31-12-2015 όταν η αρμοδιότητα άνηκε στα Ειρηνοδικεία), το με αρ. πρωτ. 29654/1-8-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης δικογράφου και μη έκδοσης απόφασης για διορισμό ή αντικατάσταση εκκαθαριστού ή συνεκκαθαριστού για το διάστημα έως και την προηγούμενη της εκδόσεως του πιστοποιητικού πλην της περιόδου όταν η αρμοδιότητα άνηκε στο Ειρηνοδικείο, το με αρ. πρωτ. 16999/4-8-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κηρύξεως σε πτώχευση, το με αρ. πρωτ. 29649/1-8-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης δικογράφου και μη έκδοσης απόφασης περί συνδιαλλαγής-εξυγίανσης, το με αρ. πρωτ. 29655/1-8-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης και μη έκδοσης απόφασης αίτησης έγκρισης σχεδίου αναδιοργάνωσης, ως και το με αρ. πρωτ. 29652/1-8-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης δικογράφου και μη έκδοσης απόφασης περί λύσεως της εταιρίας. Για το έτερο μέλος της ... υπέβαλε το με αρ. πρωτ. 1150/28-9-2017 πιστοποιητικό Ειρηνοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης αίτησης και μη έκδοσης απόφασης για διορισμό ή αντικατάσταση εκκαθαριστού ή συνεκκαθαριστού (για το διάστημα από 1-3-2013 έως και 31-12-2015 όταν η αρμοδιότητα άνηκε στα Ειρηνοδικεία), το με

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

αρ. πρωτ. 18698/7-9-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κηρύξεως σε πτώχευση, το με αρ. πρωτ. 7922/5-9-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης αίτησης και μη έκδοσης απόφασης περί θέσης σε αναγκαστική διαχείριση, το με αρ. πρωτ. 33282/18-9-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης και μη έκδοσης απόφασης αίτησης έγκρισης σχεδίου αναδιοργάνωσης, το με αρ. πρωτ. 33281/18-9-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης δικογράφου και μη έκδοσης απόφασης περί συνδιαλλαγής-εξυγίανσης, το με αρ. πρωτ. 33280/18-9-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης δικογράφου και μη έκδοσης απόφασης για υπαγωγή σε ειδική εκκαθάριση, το με αρ. πρωτ. 33279/18-9-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης δικογράφου και μη έκδοσης απόφασης για διορισμό ή αντικατάσταση εκκαθαριστού ή συνεκκαθαριστού για το διάστημα έως και την προηγούμενη της εκδόσεως του πιστοποιητικού πλην της περιόδου όταν η αρμοδιότητα άνηκε στο Ειρηνοδικείο, το με αρ. πρωτ. 33277/18-9-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης δικογράφου και μη έκδοσης απόφασης περί λύσεως της εταιρίας, το με αρ. πρωτ. 33275/18-9-2017 πιστοποιητικό Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη κατάθεσης δικογράφου πτωχεύσεων το οποίο καλύπτει και την ανυπαρξία αίτησης για πτωχευτικό συμβιβασμό και απόφασης περί κήρυξης σε πτώχευση. Όλα τα ως άνω έγγραφα για αμφότερα τα μέλη της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας καλύπτουν διάστημα έως και την προηγούμενη της εκδόσεως τους, ήτοι εντός του εξαμήνου από την προσκόμιση τους σε κάθε περίπτωση. Ήτοι, με τα ως άνω δικαιολογητικά καλύπτεται το σύνολο των απαιτούμενων προς απόδειξη προϋποθέσεων κατά τον όρο 2.2.3.4 περ. β', σύμφωνα και με τα οριζόμενα αποδεικτικά μέσα του όρου 2.2.9.2 παρ. Β1 της διακήρυξης. Περαιτέρω, ουδέποτε ζητήθηκαν ούτε ήταν δυνατόν να ζητηθούν πιστοποιητικά των άρ. 44-46γ Ν. 1892/1990, καθώς οι ως άνω διατάξεις έχουν καταργηθεί με τον Ν. 3588/2007, τα δε παραπάνω πιστοποιητικά καλύπτουν τις πιθανές περιπτώσεις που υφίστανται βάσει της νυν ισχύουσας νομοθεσίας. Συνεπώς, ο παρεμβαίνων οικονομικός φορέας κατέθεσε οτιδήποτε απαιτείτο κατά τον νόμο και τη διακήρυξη ως προς τους όρους που επικαλείται με τον τρίτο λόγο του ο προσφεύγων, ο οποίος λόγος είναι απορριπτός ως προς αμφότερα τα ως άνω σκέλη του ως

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

νόμω και ουσία αβάσιμος.

9. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα εξής. Όπως αναφέρεται στη σκ. 5, για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια, απαιτείται μεταξύ άλλων, ο προσφέρων να διαθέτει ως ελάχιστο προσωπικό και δη με ρόλο κάλυψης των παγίων αναγκών του έργου και τη διαφύλαξη τήρησης των προδιαγραφών λειτουργίας του, πολιτικό μηχανικό ΠΕ με διετή τουλάχιστον εμπειρία σε λειτουργία ΧΥΤΑ, ανάλογης δυναμικότητας με τον ΧΥΤΑ Νάξου, η πλήρωση δε της παραπάνω απαίτησης αποδεικνύεται με υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος για τον/τους μηχανικό/ούς που διαθέτει, μετά των βιογραφικών τους, των τίτλων σπουδών τους, τα πιστοποιητικά εμπειρίας τους και οτιδήποτε άλλο πρόσφορο για την απόδειξη των παραπάνω, η δε προϋπηρεσία αποδεικνύεται από βεβαιώσεις των αντίστοιχων δημοσίων φορέων. Κατά τη δε Μελέτη που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης, στον όρο Ε.1 προβλέπεται ότι ο Προϊστάμενος Μηχανικός πρέπει να έχει τα ακόλουθα προσόντα *“Μηχανικός, Πανεπιστημιακής Εκπαίδευσης (Χημικός Μηχανικός ΠΕ ή Μηχανολόγος Μηχανικός Π.Ε. ή Μηχανικός Περιβάλλοντος Π.Ε. ή Πολιτικός Μηχανικός Π.Ε.), που θα προϊστάται και θα κατευθύνει όλους τους εργαζόμενους του Χ.Υ.Τ.Α. Θα είναι υπεύθυνος για τον έλεγχο των υλικών που εισέρχονται στο χώρο του ΧΥΤΑ, για τη σωστή λειτουργία της εγκατάστασης επεξεργασίας στραγγισμάτων και του συστήματος συλλογής βιοαερίου. Θα προγραμματίζει, παρακολουθεί και επεμβαίνει στο πρόγραμμα ημερήσιας λειτουργίας του Χ.Υ.Τ.Α. Ο προϊστάμενος θα πρέπει να έχει γνώση ηλεκτρονικών υπολογιστών, ώστε να εφαρμόζει το πρόγραμμα περιβαλλοντικής παρακολούθησης, καταγράφοντας στη βάση δεδομένων όλες τις ημερήσιες και μηνιαίες τιμές καθώς και τη λειτουργία λογισμικών προγραμμάτων που προσφέρονται. Επιφορτίζεται με τη διενέργεια ελέγχων όλων των εγκαταστάσεων, τις δειγματοληψίες επιφανειακών, υπόγειων υδάτων και στραγγισμάτων, μετρήσεις με τους φορητούς αναλυτές βιοαερίου, δειγματοληψίες του βιοαερίου και εργαστηριακούς ελέγχους. Εκτός από μετρήσεις και την παρακολούθηση παραμέτρων τις οποίες, θα πραγματοποιεί στο εργαστήριο του Χ.Υ.Τ.Α., για όλα τα υπόλοιπα, οφείλει να συνεργάζεται με*

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

πιστοποιημένο εργαστήριο, το κόστος του οποίου θα επιβαρύνεται ο Ανάδοχος. Ο Προϊστάμενος θα είναι υπεύθυνος Πυρασφάλειας του Χώρου και θα θεωρείται κατά το νόμο υπεύθυνος σε περίπτωση πυρκαγιάς. Ο Προϊστάμενος θα λειτουργεί το σύστημα πυρασφάλειας και πυρόσβεσης του Χώρου και θα τηρεί τα προβλεπόμενα για την πυρασφάλεια στο σχετικό τεύχος τη Μελέτης Εφαρμογής. Πριν από την υπογραφή της σύμβασης ο ανάδοχος θα πρέπει να προσκομίσει σύμβαση και πτυχίο με το συνεργαζόμενο μηχανικό.”. Δεδομένων των προσκομισθέντων βεβαιώσεων και εγγράφων που μνημονεύονται και παραπάνω στη σκ. 3, παρίσταται αβάσιμος ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι δεν απεδείχθη η απαιτούμενη εμπειρία του παραπάνω διπλωματούχου μηχανικού, καθώς τα υποβληθέντα στοιχεία αντίστροφα αποδεικνύουν ότι ο μηχανικός ..., με πτυχίο πολιτικού μηχανικού ΠΕ έχει εμπειρία πολλαπλάσια χρονικά της από τη διακήρυξη απαιτούμενη σε ΧΥΤΑ πολλαπλάσιας δυναμικότητας (56.000 τόνοι ετησίως) από τον ΧΥΤΑ Νάξου (15.000 τόνοι ετησίως) και σε αντικείμενο αντίστοιχο με το προκείμενο, ήτοι του προϊστασασταμένου μηχανικού όπως παραπάνω περιγράφεται στη Μελέτη, αφού από την οικεία Βεβαίωση του Αναγκαστικού Συνδέσμου Διαχείρισης Στερεών Αποβλήτων 2^{ης} ΔΕΝ Αιτωλοακαρνανίας προκύπτει ότι ήταν υπεύθυνος για την επίβλεψη της υγειονομικής ταφής, της λειτουργίας μονάδας επεξεργασίας στραγγισμάτων, συστήματος συλλογής και καύσης βιοαερίου, ως και για την τήρηση του προγράμματος περιβαλλοντικής παρακολούθησης του έργου, αλλά και για όλες τις υπόλοιπες εγκαταστάσεις που εμπίπτουν στην αρμοδιότητα πολιτικού μηχανικού του ΧΥΤΑ 2^{ης} ΓΕΝ Ν. Αιτωλοακαρνανίας. Από τον συνδυασμό δε αυτής της βεβαίωσης περί του φυσικού του προσώπου με την αντίστοιχη ταυτόχρονη βεβαίωση περί της ... προκύπτει και η δυναμικότητα του παραπάνω ΧΥΤΑ, όπως και η διάρκεια της απασχόλησης του παραπάνω μηχανικού, ήτοι για 6 έτη και 2 μήνες (74 μήνες) στο παραπάνω αντικείμενο. Τόσο, εξάλλου, το παραπάνω έργο, όσο και η βεβαιούσα αναθέτουσα, προκύπτουν ευχερώς από τα παραπάνω έγγραφα, που προσδιορίζουν και ως ανάδοχο του έργου κοινοπραξία στην οποία μετείχε η Περαιτέρω, προσκομίστηκε πανεπιστημιακό πτυχίο, βεβαίωση Μητρώου Εμπειρίας Κατασκευαστών, άδεια ασκήσεως επαγγέλματος, βιογραφικό Συνεπώς, κάθε οικείος ισχυρισμός του προσφεύγοντος, βλ. παραπάνω σκ. 2, είναι όλως και προδήλως αβάσιμος,

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

ενώ η τυχόν ζήτηση κατά το στάδιο της αξιολόγησης δικαιολογητικών, πληροφοριών, στοιχείων και εγγράφων πέραν του κανονιστικού πλαισίου των εκ της διακήρυξης θεσπιζόμενων απαιτήσεων, σε κάθε περίπτωση θα παραβίαζε την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης.

10. Επειδή, κατ' άρ. 18 Ν. 2190/1920 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ορίζεται ότι *“1. Η ανώνυμος εταιρεία εκπροσωπείται επί δικαστηρίου και εξωδίκως υπό του Διοικητικού αυτής Συμβουλίου, ενεργούντος συλλογικώς.”*. Το δε άρ. 22 προβλέπει ότι *“1. Το Διοικητικόν Συμβούλιον είναι αρμόδιον ν' αποφασίζη πάσαν πράξιν αφορώσαν εις την διοίκησιν της εταιρίας, εις την διαχείρισιν της περιουσίας αυτής και εις την εν γένει επιδίωξιν του σκοπού της εταιρίας. 3...Το καταστατικό μπορεί επίσης να επιτρέπει στο διοικητικό συμβούλιο ή να το υποχρεώνει να αναθέτει τον εσωτερικό έλεγχο της εταιρείας σε ένα ή περισσότερα πρόσωπα, μη μέλη του ή, εάν ο νόμος δεν το απαγορεύει, και σε μέλη του διοικητικού συμβουλίου. Τα πρόσωπα αυτά μπορούν, εφόσον δεν το απαγορεύει το καταστατικό και προβλέπεται από τις αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου, να αναθέτουν περαιτέρω την άσκηση των εξουσιών που τους ανατέθηκαν ή μέρους τούτων σε άλλα μέλη ή τρίτους. Κατά την ίδρυση της εταιρείας ο διορισμός προέδρου, αντιπροέδρου, διευθύνοντος ή εντεταλμένου συμβούλου ή προσώπων με άλλη ιδιότητα και αρμοδιότητες για το πρώτο διοικητικό συμβούλιο μπορεί να γίνει και με το καταστατικό. Το διοικητικό συμβούλιο μπορεί οποτεδήποτε να προβεί σε διαφορετική κατανομή των ανωτέρω ιδιοτήτων μεταξύ των μελών του.»* Το άρ. 23 παρ. 1 προβλέπει ότι *“Απαγορεύεται στους Συμβούλους που συμμετέχουν με οποιονδήποτε τρόπο στη διεύθυνση της εταιρείας, καθώς και στους διευθυντές αυτής, να ενεργούν, χωρίς άδεια της γενικής συνέλευσης για δικό τους λογαριασμό ή για λογαριασμό τρίτων, πράξεις που υπάγονται σε κάποιον από τους σκοπούς που επιδιώκει η εταιρεία και να μετέχουν ως ομόρρυθμοι εταίροι σε εταιρείες που επιδιώκουν τέτοιους σκοπούς.”*, ενώ το άρ. 23Α παρ. 1 ορίζει πως *“α) Με την επιφύλαξη των διατάξεων που εκάστοτε διέπουν τις συναλλαγές πιστωτικών και χρηματοδοτικών ιδρυμάτων με πρόσωπα τα οποία έχουν ειδική σχέση με αυτά, καθώς και του άρθρου 16α του παρόντος νόμου, δάνεια της εταιρείας προς τα πρόσωπα της παραγράφου 5 του παρόντος άρθρου απαγορεύονται και είναι απολύτως άκυρα. Η απαγόρευση του*

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

προηγούμενου εδαφίου ισχύει και για την παροχή πιστώσεων προς τα πρόσωπα αυτά με οποιονδήποτε τρόπο ή την παροχή εγγυήσεων ή ασφαλειών υπέρ αυτών προς τρίτους. β) Κατ' εξαίρεση, η παροχή εγγύησης ή άλλης ασφάλειας υπέρ των προσώπων της παραγράφου 5 επιτρέπεται μόνο εφόσον: αα) η εγγύηση ή η ασφάλεια υπηρετεί το εταιρικό συμφέρον, ββ) η εταιρεία έχει δικαίωμα αναγωγής κατά του πρωτοφειλέτη ή του προσώπου υπέρ του οποίου παρέχεται η ασφάλεια, γγ) προβλέπεται ότι οι λαμβάνοντες την εγγύηση ή την ασφάλεια θα ικανοποιούνται μόνο μετά την πλήρη εξόφληση ή τη συναίνεση όλων των πιστωτών με απαιτήσεις που είχαν ήδη γεννηθεί κατά το χρόνο της υποβολής σε δημοσιότητα, σύμφωνα με την επόμενη περίπτωση γ' και δδ) ληφθεί προηγουμένως άδεια της γενικής συνέλευσης, η οποία όμως δεν παρέχεται, εάν στην απόφαση αντιτάχθηκαν μέτοχοι εκπροσωπώντας τουλάχιστον το ένα δέκατο (1/10) του εκπροσωπούμενου στη συνέλευση μετοχικού κεφαλαίου ή το ένα εικοστό (1/20), εάν πρόκειται για εταιρείες με μετοχές εισηγμένες σε χρηματιστήριο. Το διοικητικό συμβούλιο υποβάλλει στη γενική συνέλευση έκθεση για τη συνδρομή των προϋποθέσεων της παρούσας υποπαραγράφου. γ) Η απόφαση της γενικής συνέλευσης, που λαμβάνεται σύμφωνα με την προηγούμενη υποπερίπτωση δδ', η οποία περιέχει τα βασικά στοιχεία της εγγύησης ή της ασφάλειας, και ιδίως το ύψος και τη διάρκεια τους, καθώς και την έκθεση του διοικητικού συμβουλίου, υπόκειται στη δημοσιότητα του άρθρου 7β. Η ισχύς της εγγύησης ή της ασφάλειας αρχίζει μόνο από τη δημοσιότητα αυτή. 2. Απαγορεύεται και είναι άκυρη η σύναψη οποιωνδήποτε άλλων συμβάσεων της εταιρείας με τα πρόσωπα της παραγράφου 5 χωρίς ειδική άδεια της γενικής συνέλευσης. Η απαγόρευση αυτή δεν ισχύει προκειμένου για πράξεις που δεν εξέρχονται των ορίων των τρεχουσών συναλλαγών της εταιρείας με τρίτους.... 3. Η άδεια της γενικής συνέλευσης κατά την προηγούμενη παράγραφο 2 δεν παρέχεται, εάν στην απόφαση αντιτάχθηκαν μέτοχοι εκπροσωπώντας τουλάχιστον το ένα τρίτο (1/3) του εκπροσωπούμενου στη συνέλευση μετοχικού κεφαλαίου.... 4. Η άδεια της παραγράφου 2 μπορεί να παρασχεθεί και μετά τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν στην απόφαση αντιτάχθηκαν μέτοχοι που εκπροσωπούν τουλάχιστον το ένα εικοστό (1/20) του εκπροσωπούμενου στη συνέλευση μετοχικού κεφαλαίου.... 5. Οι απαγορεύσεις των παραγράφων 1 και 2 ισχύουν

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

για τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου, τα πρόσωπα που ασκούν έλεγχο επί της εταιρείας, τους συζύγους και τους συγγενείς των προσώπων αυτών εξ αίματος ή εξ αγχιστείας μέχρι του τρίτου βαθμού, καθώς και τα νομικά πρόσωπα που ελέγχονται από τους ανωτέρω. Ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο θεωρείται ότι ασκεί έλεγχο επί της εταιρείας, εάν συντρέχει μια από τις περιπτώσεις της παραγράφου 5 του άρθρου 42ε. Το καταστατικό μπορεί να επεκτείνει την εφαρμογή του παρόντος άρθρου και σε άλλα πρόσωπα, όπως ιδίως στους γενικούς διευθυντές και διευθυντές της εταιρείας.... 6. Οι απαγορεύσεις των παραγράφων 1 και 2 ισχύουν και στις συμβάσεις που συνάπτουν τα πρόσωπα της παραγράφου 5 με νομικά πρόσωπα ελεγχόμενα από την εταιρεία κατά την έννοια της παραγράφου 5 του άρθρου 42ε ή με ομόρρυθμες ή ετερόρρυθμες εταιρείες, στις οποίες ομόρρυθμο μέλος είναι η εταιρεία, καθώς και στις συμβάσεις εγγυήσεων ή ασφαλειών που παρέχονται από τα πρόσωπα αυτά. 7. Συμβάσεις της παραγράφου 2 που συνάπτονται μεταξύ του μοναδικού μετόχου και της εταιρείας, την οποία αυτός εκπροσωπεί, καταχωρίζονται στα πρακτικά της γενικής συνέλευσης ή του διοικητικού συμβουλίου ή καταρτίζονται εγγράφως επί ποινή ακυρότητας. Η διάταξη του προηγούμενου εδαφίου δεν εφαρμόζεται στις τρέχουσες συναλλαγές της εταιρείας.". Τα δε Μέλη Δ.Σ. Ανώνυμης Εταιρείας, λαμβάνουν αμοιβές κατ'άρ. 24 Ν. 2190/1920 που προβλέπει ότι "1. Πάσα επί των κερδών χορηγουμένη εις μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου αμοιβή, δέον να λαμβάνηται εκ του απομένοντος υπολοίπου των καθαρών κερδών μετά την αφαίρεσιν των κρατήσεων διά τακτικών Αποθεματικών και του απαιτουμένου ποσού προς διανομήν του πρώτου μερίσματος υπέρ των μετόχων, ίσου τουλάχιστον προς 6 % επί του καταβεβλημένου εταιρικού κεφαλαίου. 2. Πάσα ετέρα, μη καθοριζόμενη κατά ποσόν υπό του Καταστατικού, χορηγουμένη δε εξ οιουδήποτε λόγου εις σύμβουλον αμοιβή ή αποζημίωσις, θεωρείται βαρύνουσα την Εταιρείαν, μόνον, εάν εγκριθή δι' ειδικής αποφάσεως της τακτικής Γενικής Συνελεύσεως. Αύτη δύναται να μειωθή υπό του δικαστηρίου εάν κατ' αγαθήν κρίσιν είναι υπέρογκος και αντετάχθησαν κατά της ληφθείσης αποφάσεως μέτοχοι εκπροσωπούντες το 1/10 του εταιρικού κεφαλαίου. 3. Η διάταξις της προηγούμενης παραγράφου δεν εφαρμόζεται προκειμένου περί αμοιβών οφειλομένων εις μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου δι' υπηρεσίας αυτών παρεχομένας εις

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

την Εταιρείαν επί τη βάσει ειδικής σχέσεως μισθώσεως εργασίας ή εντολής.”.

11. Επειδή, κατά τα ανωτέρω, το Διοικητικό Συμβούλιο είναι το διαχειριστικό και εκπροσωπευτικό συλλογικό όργανο του νομικού προσώπου της ανώνυμης εταιρείας, που εκφράζει τη βούληση αυτού και οι διαχειριστικές και εκπροσωπευτικές πράξεις του είναι πράξεις του νομικού προσώπου της εταιρείας. Το Δ.Σ. είναι αρμόδιο να αποφασίζει για οποιαδήποτε πράξη η οποία αφορά τη διοίκηση της εταιρείας, τη διαχείριση της περιουσίας της και γενικά την επιδίωξη του σκοπού αυτής. Τα μέλη του Δ.Σ. ευθύνονται έναντι της εταιρείας κατά τη διοίκηση των εταιρικών υποθέσεων για οποιοδήποτε πταίσμα και υπέχουν προς αυτήν υποχρέωση πίστης και μη ανταγωνισμού. Η υποχρέωση αυτή όμως δεν συνεπάγεται και άνευ ετέρου καθήκον παροχής εργασίας κάθε είδους και μορφής, υπηρεσιών πέραν των καθηκόντων διαχείρισης και εκπροσώπησης, οικονομικής, επιστημονικής ή κάθε άλλου είδους συνδρομής ή δωρεάν ή μετ’ ανταλλάγματος απασχόλησης ούτε το νομικό πρόσωπο της εταιρείας τελεί σε οιαδήποτε ταύτιση με τα πρόσωπα των μελών Δ.Σ. Τα Μέλη Δ.Σ. δεν συνιστούν καταρχήν εργαζόμενους της Ανώνυμης Εταιρείας ούτε καταρχήν υποχρεούνται ή θεωρείται αυτονόητη η παροχή εργασίας κάθε μορφής στην εταιρία, πέραν των αρμοδιοτήτων τους για διαχείριση και εκπροσώπησή της, η οποία καταρχήν δεν θεωρείται εργασία. Όμως, είναι δυνατόν να παρέχεται από αυτά υπηρεσία προς την εταιρία επί τη βάσει είτε σχέσεως εξαρτημένης εργασίας είτε παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών, για την οποία καταβάλλεται σε αυτά τα πρόσωπα αμοιβή κατ’ άρ. 24 παρ. 3. Η δε φορολογική και ασφαλιστική μεταχείριση αυτής της αμοιβής είναι αυτή της νομικής φύσης του τρόπου παροχής της, ήτοι αναλόγως του νομικού πλαισίου στο οποίο λαμβάνει χώρα, δηλαδή ως σύμβαση παροχής υπηρεσιών ή εξαρτημένης εργασίας και ουδόλως συνέχεται με τις λοιπές αμοιβές που τυχόν λαμβάνει ένα μέλος Δ.Σ. εκ της ιδιότητάς του. Η δε νομική σχέση του με την εταιρία ως προς την παροχή των ως άνω υπηρεσιών, οι οποίες βαίνουν εκτός του πλαισίου καθηκόντων του προσώπου ως Μέλους Δ.Σ. είναι εντελώς αυτοτελής από την τελευταία αυτή ιδιότητα, ενώ εξάλλου συνάπτεται βάσει της ελεύθερης βούλησης των μερών, ήτοι της εταιρείας και του προσώπου που τυγχάνει να είναι μέλος του Δ.Σ. της, όπως κάθε άλλη σύμβαση εργασίας ή παροχής υπηρεσιών, χωρίς η σύναψη

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

της να συγχέεται με τη διαχειριστική και εκπροσωπευτική αρμοδιότητα επί της Α.Ε. ούτε να αποτελεί κάποιου είδους υποχρέωση του προσώπου έναντι της Α.Ε. στο πλαίσιο της παραπάνω ιδιότητάς του ως μέλους Δ.Σ.. Και ναι μεν, όσον αφορά την ιδιότητα και τα καθήκοντα, ως και τις αρμοδιότητες του μέλους ΔΣ το πρόσωπο-μέλος ταυτίζεται με την Α.Ε., τούτο όμως δεν ισχύει για κάθε έτερη υπηρεσία παρέχει σε αυτήν. Εξάλλου, στην προκείμενη περίπτωση, το ίδιο το άρ. 26^ο του υποβληθέντος στο ΕΣΗΔΗΣ Καταστατικού του μέλους της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας, προβλέπει ότι κάθε σύμβαση εργασίας ή εντολής μέλους ΔΣ με την εταιρία ή τροποποίησή της απαιτεί προηγούμενη άδεια από τη ΓΣ, η οποία δεν παρέχεται αν αντιταχθούν μέτοχοι εκπροσωπούντες τουλάχιστον το 1/3 του εκπροσωπούμενου στη ΓΣ μετοχικού κεφαλαίου, ενώ πουθενά δεν προβλέπεται υποχρέωση παροχής προσωπικής εργασίας των μετόχων ή μελών ΔΣ για την επίτευξη των εταιρικών σκοπών. Συνεπώς, μόνη η ιδιότητα του μετόχου ή μέλους του ΔΣ μιας Α.Ε. ουδόλως, καταρχήν, συνεπάγεται παροχή εργασίας και υπηρεσιών στην τελευταία ως προς την εκτέλεση των εργασιών που αυτή αναλαμβάνει στο πλαίσιο της επιχειρηματικής της δραστηριότητας. Η δε απασχόληση σε αυτήν είναι δυνατή μεν, όχι όμως αυτονόητη.

12. Επειδή, ως τρίτος οικονομικός φορέας του άρ. 78 Ν. 4412/2016, νοείται κάθε οικονομικός φορέας στο πλαίσιο του άρ. 2 παρ. 1 περ. 11 Ν. 4412/2016, ήτοι, *“κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή/και φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή/και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών”*, ο οποίος παρέχει τις ικανότητές του προς στήριξη στον προσφέροντα, αρκεί ο τελευταίος να δύναται να αποδείξει ότι τις έχει στη διάθεσή του, ασχέτως των δεσμών του με αυτόν. Ούτως, ο τρίτος οικονομικός φορέας συνιστά ανεξάρτητη νομική οντότητα, η οποία δύναται να είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο και η οποία, παρότι δεν ταυτίζεται με τον προσφέροντα, παρέχει τις ικανότητές του σε αυτόν προς στήριξη. Το διαχωριστικό δε στοιχείο μεταξύ του οικονομικού αυτού φορέα και του προσφέροντος, άρα και το διαχωριστικό στοιχείο περί του πότε οι επίμαχες ικανότητες θεωρούνται ως προερχόμενες εκ τρίτου οικονομικού φορέα και η επίκλησή τους πρέπει να λαμβάνει τη

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

μορφή και να υπόκειται στις διατυπώσεις περί στήριξης σε ικανότητες τρίτου ή αντίθετα, λογίζονται ως ικανότητες αυτού καθαυτού του προσφέροντος, ανάγεται ακριβώς στην έννοια του «τρίτου», η οποία εκλαμβάνεται με βάση το στοιχείο της ανεξαρτησίας (ή αντίστροφα της εξάρτησης) του τελευταίου από τον προσφέροντα κατά την άσκηση της επίμαχης δραστηριότητας. Δηλαδή, αν ο οικονομικός φορέας ασκεί τη δραστηριότητά του υπό καθεστώς, συγχρόνως νομικής και διαχειριστικής ανεξαρτησίας ως προς τον προσφέροντα, ασχέτως δε νομικών δεσμών με αυτόν ή μονιμότητας της μεταξύ τους συνεργασίας συνιστά «τρίτο οικονομικό φορέα» κατά την έννοια του άρθρου 78 Ν. 4412/2016. Σε περιπτώσεις νομικών προσώπων, η αυτοτελής νομική προσωπικότητα καθιστά τον οικονομικό φορέα αυτομάτως «τρίτο», ακόμη και εάν υφίσταται πλήρης διαχειριστική εξάρτηση από τον προσφέροντα, υπό τη μορφή ελέγχου του κεφαλαίου ή διορισμού των μελών του διαχειριστικού οργάνου του τρίτου από τον προσφέροντα. Αντίθετα, η διαχειριστική αυτοτέλεια στο πλαίσιο τυχόν χωριστής οργανικής μονάδας εντός του ιδίου νομικού προσώπου δεν συνιστά στοιχείο που προσδιορίζει ιδιότητα «τρίτου». Τούτο δε, διότι η αυτοτελής νομική προσωπικότητα, κατά το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 11 Ν. 4412/2016 συνιστά προϋπόθεση της ίδιας της καταρχήν ιδιότητας του «οικονομικού φορέα». Στις περιπτώσεις φυσικών προσώπων, όπου αυτονόητα υφίσταται αυτοτέλεια προσωπικότητας, το διαχωριστικό στοιχείο ανάγεται στο στοιχείο της εξάρτησης κατά την εκτέλεση της οικείας, ήτοι το σχετικό με τις δανειζόμενες ικανότητες, δραστηριότητας. Η εξάρτηση αυτή τεκμαίρεται με την ύπαρξη σχέσης εξαρτημένης εργασίας μεταξύ φυσικού προσώπου και προσφέροντος (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 247/2017), όμως δύναται ανά περίπτωση να προκύπτει και στο πλαίσιο συμβάσεων παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών ή έργου. Τούτο διότι ο χαρακτηρισμός μιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών ως σύμβασης εξαρτημένης εργασίας ή έργου ή ανεξαρτήτων υπηρεσιών αποτελεί ζήτημα ουσίας, το οποίο κρίνεται από το αρμόδιο δικαιοδοτικό όργανο, το οποίο δεν δεσμεύεται από το χαρακτηρισμό που έχουν προσδώσει σε αυτή τα συμβαλλόμενα μέρη, δεδομένου ότι η έννοια της εξάρτησης είναι έννοια νομική. Το εξετάζον δε όργανο θα λάβει υπόψη του το σύνολο του περιεχομένου της καθώς και τους όρους και τις πραγματικές συνθήκες και περιστατικά κάτω από τα οποία λειτούργησε η εργασιακή σχέση, αφού ληφθούν υπόψη η καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη καθώς

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

και το άρθρο 173 του Α.Κ. (ΑΠ 629/1979 - ΑΠ 81/1987 - ΑΠ 82/1987- ΑΠ 985/1974 - ΑΠ 451/1959 - ΑΠ 103/1980 - ΑΠ 1199/1979 - Εφ. Αθ. 15364/88-2389/78- 1381/87-9852/89-5048/92-754/91-Μ.Π. Παρ.156/93 κ.λ.π.).

13. Επειδή, σχέση εξαρτημένης εργασίας υπάρχει όταν κατά τους όρους της σχετικής συμφωνίας μεταξύ των συμβαλλομένων μερών (εργοδότης-μισθωτός) υποχρεούται ο μισθωτός να παρέχει την εργασία του αυτοπροσώπως στον εργοδότη για ορισμένο ή αόριστο χρόνο έναντι καταβολής μισθού, ανεξαρτήτως του τρόπου καθορισμού-προσδιορισμού και καταβολής αυτού χωρίς περαιτέρω ευθύνη αυτού (μισθωτού) για την επίτευξη ορισμένου δια αυτής αποτελέσματος, υποκείμενος κατά την εκτέλεσή της σε νομική και προσωπική εξάρτηση έναντι του εργοδότη, η οποία εκδηλώνεται με το δικαίωμα του τελευταίου να καθορίζει τον τόπο, τον χρόνο, τον τρόπο και την έκταση της παροχής της, μέσα στα νόμιμα ή συμβατικά πλαίσια, κατά τρόπο δεσμευτικό για τον μισθωτό, δίνοντας σ' αυτόν τις αναγκαίες για τον σκοπό αυτό εντολές και οδηγίες τις οποίες είναι υποχρεωμένος να ακολουθεί και εκτελεί, ως και με το δικαίωμα να ασκεί εποπτεία και έλεγχο για τη διαπίστωση συμμορφώσεως του μισθωτού προς αυτές και της επιμέρους εν γένει εκτέλεσης της εργασίας που του ανατέθηκε. Κύριος λοιπόν σκοπός της συμβάσεως εξαρτημένης εργασίας είναι η παροχή εργασίας αυτή καθ' αυτή και σ' αυτή καθ' αυτή αποβλέπουν οι συμβαλλόμενοι (ΟΛ.ΑΠ 19/1987 - ΑΠ 278/1989 -ΑΠ 602/1988 - ΑΠ 333/1988 - ΑΠ 122/1987 ΑΠ 740/1984 - ΑΠ 1396/1982 ΑΠ 827/1982 - ΑΠ 882/1982 - ΑΠ 646/1982 - ΑΠ 460/1986 - ΑΠ 1858/1988 - ΑΠ 526/1971 - ΑΠ 74/1979 - ΑΠ 329/1990 - ΑΠ 1365/1990 - ΑΠ 706/1990 - ΑΠ 1822/1990 - ΑΠ 1984/1990 - ΑΠ 1871/1988 - ΑΠ 355/1990 - ΑΠ 1898/1987 - ΑΠ 767/1987 - ΑΠ 473/1994 κ.λ.π.). Η σύμβαση μισθώσεως παροχής εξαρτημένης εργασίας δεν αποβάλλει τον χαρακτήρα της ως τοιαύτης και όταν ο μισθωτός κατά την εκτέλεση της ανατεθείσας σ' αυτόν εργασίας αναπτύσσει μεν πρωτοβουλίες ως προς τον τρόπο παροχής της εργασίας, που πολλές φορές θεωρούνται αυτονόητες λόγω των γνώσεων του και ενδείκνυνται από την φύση της εργασίας και την ιδιότητα του μισθωτού και οι οποίες ενίοτε δεν μπορούν να ελεγχθούν από τον εργοδότη ,υποχρεούται όμως να ακολουθεί τις οδηγίες και τις εντολές του εργοδότη, ως προς το

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

χρόνο και τον τόπο παροχής αυτής, ήτοι να τελεί στη διάθεση του εργοδότη, καθ' όλη τη συμβατική ή νόμιμη διάρκεια της εργασίας και στον τόπο που υποδεικνύει ως κατάλληλο ο εργοδότης του τελευταίου δικαιούμενου να ασκεί έλεγχο για την τήρηση των υποχρεώσεων αυτών. Ομοίως δεν έχει σημασία για τον χαρακτηρισμό της έννομης σχέσης παροχής εργασίας ως σύμβαση εξηρημένης εργασίας εάν η εργασία παρέχεται μέσα στους χώρους της επαγγελματικής εγκατάστασης του εργοδότη (γραφείο, κατάστημα, εργοστάσιο) ή εκτός αυτών (ΑΠ 893/1986 - ΑΠ 107/1987 - ΑΠ 460/1986 - ΑΠ 1855/1988 - ΑΠ 528/1971- ΑΠ 74/1979 - ΑΠ 707/1971 -Εφ.ΑΘ. 4291/70 Α ΑΠ 868/1989 - ΑΠ 1457/1984 ΑΠ 525/1987 - ΑΠ 914/1987 - Μ.Π.Θ.1116/85 - Εφ.Θεσ/κης 1093/94 ΑΠ 69/1965 - ΑΠ 669/1985 Μ.Πρ.Ηρ..1572/71). Επίσης, σύμβαση εξαρτημένης εργασίας μπορεί να συναφθεί και από ανεξάρτητο επαγγελματία, αφού δεν απαιτείται να παρέχεται αυτή κατά κύριο επάγγελμα (ΑΠ 460/1986 - ΑΠ 597/1973). Δεν έχει σημασία για τον χαρακτηρισμό της σύμβασης παροχής εργασίας ως εξαρτημένη το γεγονός της κατάταξης των αμοιβών του εργαζόμενου στη φορολογική τάξη των εισοδημάτων εξ' ελευθεριών επαγγελματιών αφού με τις διατάξεις αυτές(N.3223/1955) σκοπείται απλώς η συστηματοποίηση της φορολογικής μεταχείρισης συγκεκριμένης φορολογητέας ύλης και όχι ο αναγκαστικός προκαθορισμός της φύσης των παρεχόμενων υπηρεσιών (Εφ.ΑΘ. 1558/82 6368/89) ούτε και το γεγονός ότι ο μισθωτός για την πληρωμή του μισθού του εκδίδει αποδείξεις παροχής υπηρεσιών (ΑΠ 43/1997 -Μ.Π.Θ. 10545/1996). Τέλος, η ασφαλιστική υπαγωγή του μισθωτού λαμβάνεται υπόψη ως στοιχείο που δύναται να υποδηλώνει το χαρακτήρα της εργασιακής σχέσης σε συνδυασμό όμως πάντα με άλλα πραγματικό περιστατικό χωρίς εν τούτοις να αποτελεί κρίσιμο στοιχείο για τον προσδιορισμό της αφού πρόκειται για πρόσθετο κριτήριο που δεν έχει σχέση με τους όρους και τις συνθήκες παροχής εργασίας (ΑΠ 995/1975 - ΑΠ 1396/1982 ΑΠ 24/1984 - Εφ.Θρακ.604/92- Εφ.Θεσ. 166/84- Μ.Π.Αθ. 2603/86 - Μ.Π.Θεσ.157/72 - ΑΠ 43/1997 - Εφ.Πειραιώς 994/95- Μ.Π.Θ. 10545/96). Σύμβαση μισθώσεως παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών, επί της οποίας δεν έχουν εφαρμογή οι διατάξεις του εργατικού δικαίου, υπάρχει όταν σε μία σχέση εργασίας ο εργαζόμενος παρέχει τις υπηρεσίες του με αμοιβή, χωρίς όμως να συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις και τα στοιχεία εξαρτήσεως. Ειδικότερα, ο φορέας της εργασίας

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

διατηρεί πρωτοβουλία και ελευθερία ενέργειας καθορίζοντας ο ίδιος τις συνθήκες εργασίας του, δηλαδή τον τόπο, τον χρόνο, τον τρόπο και την έκταση της παροχής, μη υποκείμενος στον έλεγχο, στην εποπτεία και στην εξάρτηση του εργοδότη ως προς τον τόπο, τον χρόνο και τον τρόπο παροχής της εργασίας που του έχει ανατεθεί χωρίς όμως και στην σύμβαση αυτή να αποκλείεται κάποια χαλαρή εξάρτηση του εργαζομένου από τον εργοδότη (ΑΠ 1898/1987 - ΑΠ 1095/1983 - ΑΠ 1396/1982 - Π.Π.ΚΑΛ.62/84 - Μ.Π.ΑΘ.2583/86 - ΑΠ 800/1987- ΑΠ 869/1989 - ΑΠ 1855/1988 -ΑΠ 329/1990 - ΑΠ 1586/1987 ΑΠ 333/1988 - ΑΠ 360/1969 - ΑΠ 669/1985 - ΑΠ 1337/1977 κ.λπ.). Σύμβαση μισθώσεως έργου (εργολαβία) υπάρχει σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 681 κ. Ε.Π. Α.Κ. όταν αναλαμβάνει κάποιος (εργολάβος) να κατασκευάσει, να εκτελέσει ή να φέρει σε πέρας και παραδώσει με αμοιβή ένα έργο, που αποτελεί το προϊόν της εργασίας του, αδιαφόρως του χρόνου που θα απαιτηθεί για το σκοπό αυτό, ώστε μετά το τέλος της εκτέλεσης του να μη δεσμεύεται πλέον έναντι του αντισυμβαλλομένου του (εργοδότη), αλλά να υποχρεούται στην παράδοση αυτού και χωρίς να έχει υποχρέωση, όπως κατά την εκτέλεση του έργου, συμμορφώνεται με τις εντολές και τις οδηγίες του εργοδότη, ευθυνόμενος όμως έναντι αυτού για τυχόν υφιστάμενα ελαττώματα του έργου. Αντικείμενο δηλαδή της σύμβασης αυτής είναι το αποτέλεσμα της εργασίας και όχι η εργασία καθεαυτή, καθ' όλο το χρόνο της εκτέλεσης του έργου. Στη σύμβαση αυτή ο εργολάβος ενεργεί με δική του πρωτοβουλία και με δικό του κίνδυνο και έχει αυτός την ευθύνη της οργάνωσης της εργασίας για την επίτευξη του αποτελέσματος (έργου), τη δε εργασία μπορεί να εκτελέσει είτε ο ίδιος είτε άλλος που αυτός προσλαμβάνει, ενώ ο συμβατικός δεσμός τερματίζεται, συνήθως όταν πραγματοποιείται το τελικό αποτέλεσμα (Καρακατσάνης: Εργ.Δικ. Τόμος Α' σελ.97-Κουκιάδης Εργ.Δικ. Ατομ. Συμβάσεις σελ. 243 -ΑΠ 588/1973 ΑΠ 218/1974 - ΑΠ 755/1987 - ΑΠ 1457/1984 - ΑΠ 363/1983 - Εφ.ΑΘ. 4291/70- Εφ.ΑΘ.2861/72-Εφ.ΑΘ.7726/73 -Π.Θηβ.49/61 και 7/91 - ΑΠ 122/1977 - ΑΠ 799/1978- ΑΠ 1337/1977 κ.λ.π.). Το δε δικαίωμα του εργοδότη να δίνει εντολές και οδηγίες ως προς τον τρόπο, χρόνο και τόπο παροχής των υπηρεσιών, να ελέγχει τη συμμόρφωση του παρέχοντος προς αυτές και η έκταση των αντιστοίχων υποχρεώσεων του τελευταίου, ως και η διάθεση από τον εργοδότη των μέσων παραγωγής συνιστούν στοιχεία εξαρτημένης

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

εργασία, όμως για τη διάκριση μεταξύ παροχής εξαρτημένης εργασίας ή προσφοράς ανεξάρτητων υπηρεσιών αποφασιστικό κριτήριο δεν αποτελεί το ποσοτικό στοιχείο, δηλαδή η συγκέντρωση περισσότερων ενδείξεων δεσμεύσεως και εξαρτήσεως, αλλά το ποιοτικό, δηλαδή το είδος της δεσμεύσεως και εξαρτήσεως. Το εν λόγω ποιοτικό στοιχείο συνάγεται από την εκτίμηση των όρων της συμβάσεως και των εν γένει συνθηκών παροχής των υπηρεσιών ή της εργασίας, οπότε, κατά περίπτωση και ανάλογα με το είδος ή τη φύση αυτών, σε συνδυασμό με τις διαπιστούμενες ενδείξεις δεσμεύσεως και εξαρτήσεως, καθίσταται ασφαλέστερη η διάκριση της εξαρτημένης εργασίας από τις ανεξάρτητες υπηρεσίες (ΑΠ 1029/2012, ΟΛΑΠ 28/2005). Η δε αυτοπρόσωπη και κατ' αποκλειστικότητα ή έστω κατά κύριο λόγο παροχή υπηρεσιών στον ίδιο εργοδότη, όπως και η επιβάρυνση του εργοδότη με τον επιχειρηματικό κίνδυνο του έργου, συνιστούν περαιτέρω τεκμήρια σχέσης εξαρτημένης εργασίας.

14. Επειδή, η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα να μεν κατοχυρώνεται νομοθετικά από το άρ. 78 Ν. 4412/2016, ως μέσο προώθησης του ανταγωνισμού και της μικρομεσαίας επιχειρηματικότητας, πλην όμως δεν αίρει την υποχρέωση προς νόμιμη επίκληση και λήψη υπόψη των ικανοτήτων αυτών, ρητής αναφοράς της στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος και περαιτέρω την υποβολή εκ του προσφέροντος αυτοτελούς ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ συνταχθέντος και ψηφιακά υπογεγραμμένου εκ του τρίτου οικονομικού φορέα περί τη μη συνδρομή στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού και τη συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων, στην περίπτωση δε που οι παραπάνω προϋποθέσεις δεν πληρούνται ή δεν υποβληθεί το οικείο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα ήδη με την προσφορά, τότε οι ικανότητες του τρίτου δεν μπορούν να λογιστούν υπέρ του προσφέροντος, η δε προσφορά του τελευταίου, ως συνδυαζόμενη και συνεχόμενη με τις ικανότητες του τρίτου είναι επομένως αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96, 208, 231, 246/2017). Περαιτέρω, κατά τον συνδυασμό των ανωτέρω σκ. 10-13, μόνη η ιδιότητα ενός φυσικού προσώπου ως μετόχου ή μέλους ΔΣ του προσφέροντος δεν συνεπάγεται την ταύτιση των ικανοτήτων του με αυτόν ούτε άρση της καταρχήν ιδιότητάς του ως τρίτου οικονομικού φορέα, εφόσον

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

δεν υφίσταται περαιτέρω σχέση εν τοις πράγμασι εξαρτημένης εργασίας μεταξύ τους. Η δε ενωσιακή νομολογία την οποία ο παρεμβαίνων επικαλείται και η οποία αναφέρεται στη νομικά κατοχυρωμένη αρχή του άρ. 78 Ν. 4412/2016 περί στήριξης στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, ουδόλως επάγεται ότι οι ικανότητες άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων θεωρούνται ως άνευ ετέρου συντρέχουσες και ταυτιζόμενες με το ίδιο το πρόσωπο του οικονομικού φορέα, αλλά ότι ο τελευταίος δύναται να τις επικαλεστεί και να κάνει χρήση τους, εφόσον μάλιστα μπορεί να αποδείξει ότι βρίσκονται στη διάθεσή του τα σχετικά μέσω των ως άνω προσώπων που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. ΔΕΕ, C-176/98, *Holst Italia* [1999] ECR I-8607, σκ. 31 “*Επομένως, η απάντηση που προσήκει στο προδικαστικό ερώτημα είναι ότι η οδηγία 92/50 έχει την έννοια ότι επιτρέπει σε παρέχοντα υπηρεσίες, ο οποίος καλείται να αποδείξει ότι πληροί τις οικονομικές, χρηματοδοτικές και τεχνικές προϋποθέσεις συμμετοχής του σε διαδικασία προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, με σκοπό τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών, να κάνει χρήση των ικανοτήτων άλλων οντοτήτων, ανεξάρτητα από τη νομική φύση των δεσμών που διατηρεί με αυτές, υπό την προϋπόθεση ότι είναι σε θέση να αποδείξει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οντοτήτων που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως. Εναπόκειται στον εθνικό δικαστή να εκτιμήσει αν έχει προσκομιστεί, στο πλαίσιο της κύριας δίκης, το αποδεικτικό αυτό στοιχείο.*”, C-389/92 *Ballast Nedam Groep* κατά Βελγίου [1994] ECR I-1289, σκ. 17 “*Εν προκειμένω, μια εταιρία, οσάκις επικαλείται τις θυγατρικές της, για να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητες της, προκειμένου να περιληφθεί στον επίσημο πίνακα των αναγνωρισμένων εργοληπτών, οφείλει, οποιαδήποτε και αν είναι η φύση των δεσμών που τη συνδέουν με τις θυγατρικές της εταιρίες, να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεση της τα μέσα των εταιριών αυτών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων δημοσίων έργων. Στο εθνικό δικαστήριο εναπόκειται να κρίνει, λαμβανομένων υπόψη των πραγματικών περιστατικών και των κειμένων διατάξεων, αν αποδεικτικά στοιχεία αυτού του είδους έχουν προσκομιστεί στο πλαίσιο της κύριας δίκης.*”, C-5/97 *Ballast Nedam Groep* κατά Βελγίου [1997] ECR I-7549, σκ. 13-14 “13. Όπως προκύπτει από το σύνολο των προηγουμένων σκέψεων, μια εταιρία

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

χαρτοφυλακίου, μη εκτελούσα η ίδια έργα, δεν μπορεί να αποκλειστεί από τις διαδικασίες συμμετοχής της στις συμβάσεις δημοσίων έργων και, συνακόλουθα, από την εγγραφή της σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων εργοληπτών, εφόσον αποδεικνύει ότι βρίσκονται όντως στη διάθεσή της τα μέσα των θυγατρικών εταιριών της που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων δημοσίων έργων, εκτός και αν οι εν λόγω θυγατρικές δεν ανταποκρίνονται οι ίδιες στα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των άρθρων 23 έως 28 της οδηγίας 71/305. 14. Επομένως, η απάντηση επί του υποβληθέντος ερωτήματος είναι ότι οι οδηγίες 71/304 και 71/305 έχουν την έννοια ότι η αρχή που είναι αρμόδια να αποφαινεται επί αιτήσεως αναγνώρισεως υποβαλλομένης από δεσπόζον νομικό πρόσωπο ενός ομίλου είναι υποχρεωμένη, οσάκις αποδεικνύεται ότι βρίσκονται όντως στη διάθεση του εν λόγω νομικού προσώπου τα μέσα των ανηκουσών στον όμιλο εταιριών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων, να λαμβάνει υπόψη τις ανωτέρω εταιρίες, προκειμένου να εκτιμήσει την ικανότητα του ενδιαφερομένου νομικού προσώπου σύμφωνα με τα κριτήρια των άρθρων 23 έως 28 της οδηγίας 71/305.”.). Επομένως, από την παραπάνω νομολογία προκύπτει ότι ο προσφέρων δύναται να στηριχθεί στις ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα και όχι ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας λογίζεται ως ενιαίο πρόσωπο με τον προσφέροντα, απαλλασσομένου ούτως του προσφέροντος από τις κατά τον νόμο και τη διακήρυξη προϋποθέσεις επίκλησης αυτής της ικανότητας, μεταξύ των οποίων και η υποβολή στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης αυτοτελούς ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ νομίμως υπογεγραμμένου ψηφιακά από τον τρίτο οικονομικό φορέα, κατ’ άρ. 79 παρ. 1 και 4 σε συνδυασμό με άρ. 78 Ν. 4412/2016. Το δε άρ. 78 Ν. 4412/2016 ενσωματώνει, εξάλλου, στο εθνικό δίκαιο το άρ. 63 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ περί στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων, ενώ σημειωτέον το άρ. 59 της ίδιας οδηγίας περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας προβλέπει ότι «...Όταν ο οικονομικός φορέας εξαρτάται από τις ικανότητες άλλων φορέων σύμφωνα με το άρθρο 63, το ΕΕΕΠ περιέχει επίσης τις πληροφορίες του πρώτου εδαφίου της παρούσης παραγράφου όσον αφορά τις οντότητες αυτές. Το ΕΕΕΠ αποτελείται από τυπική δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος για τον αποκλεισμό δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

από την αναθέτουσα αρχή”, ουδόλως ούτως εξαιρώντας τον τρίτο οικονομικό φορέα από την υποχρέωση υποβολής (από τον προσφέροντα για λογαριασμό του στο πλαίσιο της εν γένει προσφοράς) της οικείας δήλωσης, πρόβλεψη που δεν δύναται προφανώς να εκληφθεί ως μέσο αποκλεισμού της στήριξης σε ικανότητες τρίτων, αλλά μέσο για τη διασφάλιση τήρησης των λοιπών ενωσιακών κανόνων της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων από την εισαγωγή των ικανοτήτων του τρίτου οικονομικού φορέα στην εν γένει προσφορά και την αξιολόγησή της.

15. Επειδή, όμως, η λήψη υπόψη για την κατάταξη εργοληπτικής επιχείρησης στο ΜΕΕΠ των προσόντων των στελεχών της, συνεπάγεται ότι για αυτά αίρεται η ιδιότητα του τρίτου οικονομικού φορέα, ανεξαρτήτως της τυπικής νομικής μορφής της απασχόλησης. Και αυτό διότι κατ’ άρ. 96 παρ. 1 εδ. β’ Ν. 3669/2008, προκειμένου τα προσόντα τους και δη τα στοιχεία Μ.Ε.Κ. των προσώπων αυτών να αξιολογηθούν υπέρ της επιχείρησης, αυτά θα πρέπει να αποτελούν όχι εν γένει, αλλά «κατά αποκλειστικότητα» στελέχη της, δηλώνεται δε τούτο υπευθύνως, ενώ κατ’ άρ. 92 παρ. 5 του ίδιου Νόμου, οι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΚ επιτρέπεται να στελεχώνουν μόνο μια εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ. Εξάλλου, κατ’ άρ. 7 παρ. 4-5 ΠΔ 472/85 *“Όλες οι επιχειρήσεις του ΜΕΕΠ πρέπει να έχουν τουλάχιστον τεχνικό διευθυντή που είναι το ένα από τα στελέχη τους τα εγγεγραμμένα στο ΜΕΚ. Από αυτά τα στελέχη της πρέπει επίσης να είναι ο ένας τουλάχιστον των διαχειριστών, αν πρόκειται για ΕΠΕ και τρία από τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου αν πρόκειται για ανώνυμη εταιρεία ή συνεταιρισμό. 5. Τα στελέχη της επιχείρησης των παραγρ. 1 και 2 πρέπει να έχουν αποκλειστική απασχόληση σ’ αυτή. Τα στελέχη μπορεί να συνδέονται με την επιχείρηση με σύμβαση εργασίας ή έργου ή να αμείβονται απ’ αυτή κατά άλλο νόμιμο τρόπο ή να συμμετέχουν σ’ αυτή ως εταίροι αν πρόκειται για επιχείρηση που ασκείται με τη μορφή προσωπικής εταιρείας ή ΕΠΕ.”*. Τούτο σημαίνει, βάσει και όσων αναφέρθηκαν στις σκ. 10-13, ότι τα πρόσωπα αυτά, ήτοι τα στελέχη της εργοληπτικής επιχείρησης, είτε εργάζονται στην επιχείρηση με σύμβαση εξαρτημένης εργασίας είτε με σύμβαση παροχής (ονομαστικά) ανεξαρτήτων υπηρεσιών είτε έχουν συγχρόνως πρώτον την ιδιότητα του εταίρου σε προσωπικές εταιρίες ή ΕΠΕ ή του μέλους ΔΣ σε Α.Ε. και δεύτερον του

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

δηλωθέντος ως “αποκλειστικού στελέχους” της, σε κάθε περίπτωση, δεν συνιστούν τρίτους οικονομικούς φορείς, αλλά ταυτίζονται με την επιχείρηση. Και αυτό, διότι αποκλειστικότητα της απασχόλησης συνεπάγεται άρση της ανεξαρτησίας του στελεχούντος προσώπου, το οποίο δεν δύναται να αναπτύξει ίδια λοιπή δραστηριότητα στο εν γένει αντικείμενο, με αποτέλεσμα η προσωπική του δραστηριότητα να εξαντλείται αποκλειστικά στη συγκεκριμένη εργολήπτρια επιχείρηση και κατ’ αποτέλεσμα να επέρχεται ταύτιση δραστηριότητας μεταξύ του στελέχους και αυτής, άρα και οι όποιες ικανότητες του τελευταίου να λογίζονται αυτονόητα ως ικανότητες της πρώτης (εργολήπτριας επιχείρησης) κατ’ αντίστοιχο τρόπο με τον οποίο λογίζονται ως ικανότητες αυτής για την κατάταξή της στο ΜΕΕΠ οι οικείες κατατάξεις και στοιχεία εγγραφής στο ΜΕΚ των στελεχών της. Αυτό όμως δεν συνιστά απόρροια τυχόν της καταρχήν μετοχικής ιδιότητας ή ιδιότητας μέλους ΔΣ μιας εργολήπτριας Α.Ε. αλλά αποκλειστικά της ιδιότητας του αποκλειστικού στελέχους κατά τα ανωτέρω, όπως αυτή αναπτύσσεται δια ειδικών διατάξεων επί των εργοληπτικών επιχειρήσεων. Επομένως, τα κατά την έννοια του νόμου “αποκλειστικά στελέχη” των εργοληπτικών επιχειρήσεων, ανεξαρτήτως περαιτέρω ιδιότητας και σχέσης με την επιχείρηση, βάσει της οποίας λογίζονται και καταγράφονται στα οικεία Μητρώα ως τέτοια μέλη της στελέχωσης, ταυτίζονται ως προς τις ικανότητές τους με την εργολήπτρια την οποία στελεχώνουν και δεν δύνανται να θεωρηθούν τρίτοι οικονομικοί φορείς ως προς αυτήν, σε σχέση πάντα με τα όποια εν γένει προσόντα τους, ικανότητες και εν δραστηριότητές τους, σχετίζονται με τη δραστηριότητα της εργολήπτριας που στελεχώνουν.

16. Επειδή, το μέλος της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας έχει υποβάλει ήδη με την προσφορά της ΤΕΥΔ ψηφιακά υπογεγραμμένο από το σύνολο των μελών ΔΣ της, μεταξύ των οποίων και ο ..., ο οποίος δια της συνυπογραφής του στο σύνολο του ΤΕΥΔ, δηλώνει ούτως υπευθύνως ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο του οι λόγοι αποκλεισμού του Μέρους III του ΤΕΥΔ. Στο Μέρος IV συνυπογράφει ότι το μέλος της κοινοπραξίας του οποίου είναι μέλος Δ.Σ. πληροί τα οικεία κριτήρια ποιοτικής επιλογής, μεταξύ των οποίων και αυτά που εισφέρει ο ίδιος. Περαιτέρω, το ως άνω μέλος της κοινοπραξίας δεν δήλωσε στο Μέρος II Ενότητα Β’ του ΤΕΥΔ του ότι θα

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων. Αντίθετα, επικαλείται ως πληρούμενο από την ίδια (την εταιρεία ...) κριτήριο ποιοτικής επιλογής τη διάθεση πολιτικού μηχανικού ΠΕ για τις οικείες εργασίες που προβλέπει κατά τα ως άνω η διακήρυξη. Όμως, το ως άνω μέλος ΔΣ και μηχανικός συνιστά «στέλεχος» που κατά την έννοια του άρ. 96 Ν. 3669/2008, σύμφωνα και με την ανωτέρω σκ. 15, οι ικανότητές του και τα στοιχεία του στο ΜΕΚ, όπου αυτός έχει καταχωρηθεί με αρ. μητρώου ..., συνυπολογίστηκαν για την κατάταξη της παραπάνω εταιρίας στο ΜΕΕΠ, όπως φαίνεται και από την οικεία και δη ενήμερη ως και 8-5-2018 μερίδα της τελευταίας με αρ. μητρώου ... στα δημόσια αρχεία του ΜΕΕΠ. Συνεπώς, σύμφωνα και με τα αναφερθέντα στη σκ. 15, ο παραπάνω μηχανικός δν συνιστά τρίτο οικονομικό φορέα ως προς την παραπάνω εργολήπτρια, η οποία νομίμως επικαλέστηκε τις ικανότητές του ως δικές της στο ΤΕΥΔ της και ομοίως νομίμως πλέον κατά το στάδιο της κατακύρωσης δηλώνει αυτόν ως τον αρμόδιο μηχανικό που θα εκτελέσει τα οικεία κατά τη διακήρυξη προβλεπόμενα, παρότι δεν υπέβαλε ΤΕΥΔ του κατά την υποβολή της προσφοράς. Επομένως, σε συνδυασμό και με όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω στη σκ. 9, ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι εν όλω απορριπτός.

17. Επειδή, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, μόνο κατά εν μέρει αποδοχή του δεύτερου λόγου της και συγκεκριμένα μόνο για το μέρος του κατά το οποίο προσβάλλει την παράλειψη της αναθέτουσας να ζητήσει από την παρεμβαίνουσα κοινοπραξία να προσκομίσει δια διευκρινίσεων, μετάφραση των τριών τεχνικών φυλλαδίων που αναφέρονται στη σκ. 7. Επομένως, πρέπει η προσβαλλόμενη να ακυρωθεί κατά το σκέλος της με το οποίο ενέκρινε την κατακύρωση, παραλείποντας δε, κατ' ενάσκηση της οικείας διακριτικής της ευχέρειας, να ζητήσει από τον τότε προσωρινό και νην οριστικό ανάδοχο και παρεμβαίνοντα, δια διευκρινίσεων, την προσκόμιση επικυρωμένων μεταφράσεων για τα 3 έγγραφα που αναφέρονται ανωτέρω ήτοι για τα τεχνικά φυλλάδια κατασκευαστή για τον ερπυστριοφόρο φορτωτή, τον ελαστικοφόρο φορτωτή και το φορτηγό. Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να ζητήσει δια κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεων από την παρεμβαίνουσα κοινοπραξία την προσκόμιση

Αριθμός Απόφασης: 253/2017

επικυρωμένης μετάφρασης (σύμφωνα με τους όρους και διατυπώσεις περί μετάφρασης που επιβάλλει η διακήρυξη) των συνταχθέντων σε ξένη γλώσσα, τεχνικών φυλλαδίων κατασκευαστή για τα ως άνω τρία (3) τεχνικά μέσα. Υπομνήσκειται δε ότι εάν από τη μετάφραση αυτών των τεχνικών φυλλαδίων προκύψει μη συμμόρφωση των ως άνω τριών (3) τεχνικών μέσων με τις οικείες προδιαγραφές και όρους που η διακήρυξη επιβάλλει για τα μέσα αυτά, η οικεία τυχόν εγκριτική πράξη της αναθέτουσας περί της προσφοράς είναι αυτοτελώς εκτελεστή και προσβλητή με προδικαστική προσφυγή ειδικώς και αποκλειστικώς όσον αφορά τις τυχόν ελλείψεις των παραπάνω τεχνικών μέσων. Κατ' αποτέλεσμα, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί κατά τους λοιπούς λόγους και αιτητικό της και αντίστοιχα η Παρέμβαση να γίνει εν μέρει δεκτή.

18. Επειδή, κατόπιν της σκ. 17, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ποσού εννιακοσίων ενενήντα (990,00) ευρώ που κατέθεσε ο προσφεύγων. Να αποδοθεί δε σε έκαστο εκ των μελών της κοινοπραξίας, κατά το ποσό που αυτοί κατέβαλαν μέρος του παραβόλου, ήτοι τετρακόσια ενενήντα πέντε (495,00) ευρώ καθ' έκαστον, σύμφωνα με τα ανωτέρω στη σκ. 1.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη κατά το σκέλος της με το οποίο ενσωματώνει παράλειψη της αναθέτουσας να ζητήσει από την παρεμβαίνουσα κοινοπραξία να προσκομίσει δια διευκρινίσεων, μετάφραση των τριών συνταχθέντων σε ξένη γλώσσα τεχνικών φυλλαδίων που αναφέρονται στις σκ. 7 και 17.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να προβεί σε άρση αυτής της παράλειψης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη σκ. 17.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού εννιακοσίων ενενήντα (990,00) ευρώ στην προσφεύγουσα κοινοπραξία κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στη σκ. 18.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22-12-2017 και εκδόθηκε την 29-12-2017.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ