

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜΟΝ 94 / 2017

Το 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, συνεδρίασε στην έδρα της Αρχής στις 18 Οκτωβρίου 2017, δυνάμει της Πράξης του Προέδρου του με αριθμό 17/2017 με την εξής σύνθεση: Στυλιανό Μαυρίδη, Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη μέλος και Εισηγητή, και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, μέλος.

Για να εξετάσει την από 19-09-2017 Προδικαστική Προσφυγή (με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 95/19-09-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙ /16/19-09-2017) της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στην (οδός αρ. ..) και εκπροσωπείται νόμιμα από τον Πρόεδρο του ΔΣ και Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτής (εφεξής προσφεύγουσα) κατά του Δήμου (εφεξής Αναθέτουσα Αρχή ή ΑΑ).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα ζητεί α) να ακυρωθεί η με αρ. 291/2017 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής με θέμα «Έγκριση Πρακτικού Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών του διεθνή, ανοικτού διαγωνισμού με τίτλο «Προμήθεια σωλήνων κλπ υλικών άρδευσης της» (εφεξής προσβαλλόμενη), η οποία κάνει δεκτή την προσφορά της, β) να ακυρωθεί η προσφορά της και γ) να συνεχίσει στον διαγωνισμό μόνον η προσφορά της ίδιας ως η μόνη έγκυρη και σύμφωνη με την διακήρυξη υποβληθείσα προσφορά.

Προς απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης η Αναθέτουσα Αρχή κατέθεσε στις 29-09-2017 μέσω της «επικοινωνίας» στον ηλεκτρονικό τόπο διενέργειας του διαγωνισμού (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:) και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας στην ΑΕΠΠ το με αρ. πρωτ. 16117/29-09-2017 έγγραφο με τις απόψεις της, επιπλέον δε ενώπιον της ΑΕΠΠ ασκήθηκε η από 02-10-2017 με ΓΑΚ ΠΑΡ13 και Ειδ Αρ.Κατ. 95 / 02-10-2017 του έτερου οικονομικού φορέα, της Ετερόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία

..... (εφεξής παρεμβαίνουσα), που κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ την 02-10-2017 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από την παρεμβαίνουσα.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Νικολάου Σαββίδη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 (εφεξής Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ή Κανονισμός) και τα άρθρα 363 παρ. 2 και 376 παρ.2 του Ν. 4412/2016 (ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ ελληνικού δημοσίου με κωδικό), που πληρώθηκε εμπρόθεσμα και δεσμεύτηκε αρμοδίως, σύμφωνα με την από 18-09-2017 και με αρ. πρωτ. 280 οικ/18-09-2017 βεβαίωση της αρμόδιας υπαλλήλου της ΑΕΠΠ ότι ήλεγξε και δέσμευσε το πιο πάνω παράβολο και της από 19-09-2017 εκτυπωμένης σελίδας της ΓΓΠΣ που εμφανίζει το ως άνω παράβολο δεσμευμένο, ποσού χιλίων εξακοσίων εξήντα Ευρώ (1.660,00 €), δεδομένου ότι ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού, στα πλαίσια του οποίου ασκείται η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, ανέρχεται στο ποσό των 332.000,00 €, χωρίς ΦΠΑ.

2. Επειδή, κατά της προσβαλλόμενης απόφασης με θέμα «Έγκριση Πρακτικού Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών του διεθνή, ανοικτού διαγωνισμού με τίτλο «Προμήθεια σωλήνων κλπ υλικών άρδευσης της» που προκήρυξε ο καθού Δήμος και διενεργήθηκε ηλεκτρονικά (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:), η προσφεύγουσα εταιρεία άσκησε, δια του νόμιμου εκπροσώπου της, Προέδρου του ΔΣ και Διευθύνοντος Συμβούλου αυτής (βλ. την με Αριθ.Πρωτ.: /3-10-2017 Ανακοίνωση καταχώρισης στην Υπηρεσία ΓΕΜΗ του τμήματος Μητρώου του Επιμελητηρίου του από 25-09-2017 Πρακτικού Δ.Σ. της προσφεύγουσας, σε συνδυασμό με την Αριθ.Πρωτ.: /20-07-2017 Ανακοίνωση καταχώρισης στην Υπηρεσία ΓΕΜΗ του τμήματος Μητρώου του Επιμελητηρίου του από 17-07-2017 Πρακτικού Δ.Σ. της προσφεύγουσας, όλα δημοσιευμένα και αναρτημένα στα ηλεκτρονικά τηρούμενα στοιχεία δημοσιότητας της προσφεύγουσας στο ΓΕΜΗ), με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού, την υπό κρίση

Προδικαστική Προσφυγή της. Ήδη με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα, η οποία υπέβαλε προσφορά για τον υπόψη διαγωνισμό και δια της προσβαλλόμενης έγινε δεκτή και εγκρίθηκε η συμμετοχή της στα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού, βάλλει κατά του σκέλους αυτής με το οποίο γίνεται δεκτή, πλην της δικής της, και η προσφορά του έτερου Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία που υπέβαλε και με την προσβαλλόμενη έγινε δεκτή η προσφορά του και εγκρίθηκε η συμμετοχή του στα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού, επικαλούμενη ότι α) το υπό του έτερου οικονομικού φορέα υποβληθέν Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (εφεξής ΕΕΕΣ) δεν έφερε τις υπογραφές όλων των διαχειριστών του, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης (σελ. 11) και του άρθρου 73 περ. ββ του Ν. 4412/2016, β) έλλειπε μία από τις δύο υπογραφές που έπρεπε να φέρει η οικονομική προσφορά του εν λόγω έτερου φορέα, ως όριζε το καταστατικό του, γ) κατά παράβαση των διατάξεων του αρ. 310 Ν. 4412/2016 η Επιτροπή ζήτησε τον αποχαρακτηρισμό απαραδέκτως χαρακτηρισμένων ως εμπιστευτικών εγγράφων που συνόδευαν την προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα, προκειμένου να αποσφραγιστούν και δ) εξέλειπαν υποχρεωτικά στοιχεία από την προσκομισθείσα από τον έτερο οικονομικό φορέα εγγυητική επιστολή, κατά παράβαση των όρων 2.1.5 (σελ. 9 περί εγγυήσεων) της διακήρυξης.

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης αυτής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (την 02-08-2017 με αρ. 2017/S) και στο ΚΗΜΔΗΣ (την 28-07-2017), 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, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 αντικατασταθέντος προσφάτως με το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι, όπως προκύπτει από τις καταχωρίσεις πράξεων και εγγράφων στην λίστα επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:), η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην Προσφεύγουσα την 13-09-2017 και η τελευταία άσκησε την υπό κρίση προσφυγή στις 19-09-2017, ήτοι επομένως

εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 19-09-2017.

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση Προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης πράξης, αιτούμενη την ακύρωση με αρ. 291/2017 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής με θέμα «Έγκριση Πρακτικού Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών του διεθνή, ανοικτού διαγωνισμού με τίτλο «Προμήθεια σωλήνων κλπ υλικών άρδευσης της», η οποία κάνει δεκτή την προσφορά της , β) να ακυρωθεί η προσφορά της και γ) να συνεχίσει στον διαγωνισμό μόνον η προσφορά της ίδιας ως η μόνη έγκυρη και σύμφωνη με την διακήρυξη υποβληθείσα, επομένως ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό της προσφοράς του έτερου οικονομικού φορέα στα επόμενα στάδια.

6. Επειδή, η ασκηθείσα Παρέμβαση ασκήθηκε εμπρόθεσμα (02-10-2017), όπως προκύπτει από τις καταχωρίσεις πράξεων και εγγράφων στην λίστα επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:) και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, με χρήση του τυποποιημένου εγγράφου, σκοπεί δε στην απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης, βάλλοντας κατά της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των λόγων της υπό κρίση Προσφυγής, η παρεμβαίνουσα δε έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από την επιβεβαίωση της αποδοχής της προσφοράς της.

Επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και η Παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 (59 της οδηγίας 2014/24) προβλέπεται η χρήση του ΕΕΕΣ που συνίσταται σε ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση σύμφωνα με τα όσα εκτίθενται αναλυτικά κατωτέρω. Με τον τρόπο αυτό είναι δυνατή η επαλήθευση των πληροφοριών για τον οικονομικό φορέα με σκοπό την επίτευξη του συμβατικού αντικειμένου και την επιλογή του πληρούντος τα τεθέντα κριτήρια επιλογής. Το ΕΕΕΣ συνίσταται σε υπεύθυνη δήλωση των οικονομικών φορέων προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη και αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 79 ότι: α)

δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 λόγω της οποίας αποκλείεται ή μπορεί να αποκλεισθεί από τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με το άρθρο 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθορισθεί σύμφωνα με το άρθρο 84 για τον περιορισμό του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που θα κληθούν να συμμετάσχουν. [...]. Σε όλες τις περιπτώσεις όπου περισσότερα από ένα φυσικά πρόσωπα είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό, κάθε άτομο πρέπει να υπογράψει το ίδιο ΕΕΕΣ σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον οικονομικό φορέα συμπεριλαμβανομένων των διατάξεων περί προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Η υποχρέωση υπογραφής αφορά ιδίως τα άτομα που αναφέρονται στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του αρ. 73 του ν. 4412/2016 για τις εταιρικές μορφές της Ο.Ε., Ε.Ε., Ε.Π.Ε και Α.Ε. και σε ότι αφορά τις ΟΕ ή τις ΕΕ στους διαχειριστές αυτής (βλ. Απόφαση 66/2017 ΑΕΠΠ και τις στην σκέψη 9 αυτής παραπομπές). Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 6 του αρ. 96 του Ν. 4412/2016 περί του χρόνου και τρόπου υποβολής προσφορών οι προσφορές και οι αιτήσεις συμμετοχής υπογράφονται και μονογράφονται ανά φύλλο από τον οικονομικό φορέα ή, σε περίπτωση νομικών προσώπων, από το νόμιμο εκπρόσωπο αυτών.

8. Επειδή από το συνδυασμό των άρθρων 18, 19, 22 ΕμπΝ και 748 παρ.1, 749 παρ.1, 754 παρ.1, 756, 760 και 724 ΑΚ, όπως εκείνες περί ομόρρυθμης εταιρείας ίσχυαν πριν από την αντικατάστασή τους με τα άρθρα 249-270 του ν.4072/2012, αλλά και σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις που δεν διαφοροποιούνται εν προκειμένω από τις καταργηθείσες προκύπτει ότι στις προσωπικές εταιρείες, όπως η ομόρρυθμη, α) δικαίωμα και υποχρέωση διαχείρισης έχουν όλοι οι εταίροι, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στην εταιρική σύμβαση, η εξουσία διαχείρισης μάλιστα καταλαμβάνει καταρχήν όλες τις πράξεις συνήθους διοίκησης της εταιρείας, β) η εξουσία (και το καθήκον) διαχείρισεως είναι συνδεδεμένη με την εταιρική ιδιότητα και για τον λόγο αυτό δεν μπορεί να ανατεθεί με το καταστατικό ή μεταγενέστερη απόφαση των εταίρων σε τρίτο, όπως επιτρεπώς συμβαίνει με τις κεφαλαιουχικές εταιρείες. Με σύμβαση εντολής ή εργασίας μπορεί να ανατεθεί από τους εταίρους σε τρίτο, μη εταίρο, η διεξαγωγή και ενέργεια διαχειριστικών πράξεων, χωρίς όμως αυτός να γίνεται διαχειριστής της ομόρρυθμης εταιρείας κατά την έννοια του νόμου ούτε όργανο του νομικού προσώπου αυτής (βλ. ΟΛΑΠ 13/1997

ΝΟΜΟΣ) και όταν αυτή έχει νομική προσωπικότητα, εφαρμόζονται ως προς αυτόν, στις μεν σχέσεις του προς τα έσω οι διατάξεις για την εντολή ή τη σύμβαση εργασίας, στις δε σχέσεις του προς τα έξω οι διατάξεις για την πληρεξουσιότητα. Τούτο σημαίνει ειδικότερα ότι η ανάθεση της "διαχείρισεως" σε μη εταίρο, συμφωνούμενη από όλους τους εταίρους, δεν αντιβαίνει με κανόνα δικαίου, οπωσδήποτε, όμως, δεν αποτελεί ανάθεση της διαχείρισεως κατά την έννοια των άρθρων 748 επ ΑΚ, ούτε ο τρίτος γίνεται διαχειριστής της εταιρίας με την τεχνική έννοια του όρου (Πρβλ. ΑΠ 476/1990). Έτσι, διαχειριστές παραμένουν οι εταίροι που τον διόρισαν από τους οποίους και μπορεί να ανακληθεί, η δε σχέση των εταίρων με αυτόν δεν είναι εταιρική. Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 271 παρ. 2 του ν. 4072/2012, στην ετερόρρυθμη εταιρία, εφόσον δεν υπάρχει ειδική ρύθμιση εφαρμόζονται οι διατάξεις για την ομόρρυθμη εταιρία, ενώ σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 274 παρ. 1 του ίδιου Νόμου ο ετερόρρυθμος εταίρος δεν συμμετέχει στη διαχείριση των εταιρικών υποθέσεων, ούτε στη λήψη των αποφάσεων, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στην εταιρική σύμβαση. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 278 του Ν. 4072/2012 ο ετερόρρυθμος εταίρος δεν έχει εξουσία εκπροσώπησης της εταιρείας, αν όμως με την εταιρική σύμβαση ανατίθεται σε ετερόρρυθμο εταίρο η εκπροσώπηση της εταιρείας ευθύνεται ο ίδιος ως ομόρρυθμος, εκτός αν ο τρίτος που συναλλάχθηκε μαζί του γνώριζε ότι είναι ετερόρρυθμος εταίρος. Τέλος, σύμφωνα με τις διατάξεις του αρ. 1 και του αρ. 16 Ν. 3419/2005, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 251, 257, 273 και 274 του Ν. 4072/12, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, μεταξύ των πράξεων και στοιχείων για τα οποία επιβάλλεται υποχρέωση δημοσιότητας, η Ετερόρρυθμη εταιρεία υποχρεούται να δημοσιεύσει στο διαδικτυακό τόπο του Γ.Ε.ΜΗ. από την Υπηρεσία Γ.Ε.ΜΗ. ή, κατά περίπτωση, το Τμήμα Γ.Ε.ΜΗ, το καταστατικό αυτής, άλλως την εταιρική σύμβαση και κάθε μεταβολή ή τροποποίηση αυτών. Από την καταχώριση κατά Νόμο των εγγράφων αυτών ολοκληρώνονται οι διατυπώσεις δημοσιότητας σχετικά με την διαχείριση και εκπροσώπηση της Ετερόρρυθμης Εταιρείας και έναντι των τρίτων ότι με την εταιρική σύμβαση μπορεί να ανατίθεται σε ετερόρρυθμο εταίρο η εκπροσώπηση της εταιρείας.

Στο πλαίσιο αυτό δεν αποκλείεται ο διορισμός ετερόρρυθμου εταίρου ως εξωτερικού διαχειριστή, ακόμα και κατ' αποκλεισμό των υπολοίπων ομορρύθμων εταίρων, αφού ο ετερόρρυθμος εταίρος είναι εταίρος και εφόσον διοριστεί ως εξωτερικός διαχειριστής ευθύνεται ως ομόρρυθμος (βλ. Η. Σουφλερό, Η νομική θέση του ετερόρρυθμου εταίρου. Διαχείριση και Εκπροσώπηση παρ. 136 σε «Το Δίκαιο των Προσωπικών Εταιρειών» Τόμος

II - Νομική Βιβλιοθήκη, 2001) Τέτοια περίπτωση υφίσταται όταν βάσει του δημοσιευμένου καταστατικού έχουν ανατεθεί στον ετερόρρυθμο εταίρο εξουσίες εκπροσώπησης της εταιρείας (είτε έχει διοριστεί διαχειριστής είτε γενικός πληρεξούσιος), οπότε όταν αυτός προβεί στη διενέργεια πράξης εκπροσώπησης, αφενός η εταιρεία δεσμεύεται, με περαιτέρω συνέπεια προς προστασία των καλόπιστων τρίτων, αφετέρου, και οι ομόρρυθμοι εταίροι και ο ετερόρρυθμος να ευθύνονται απεριόριστα και εις ολόκληρο με την εταιρεία (ΠΠρΚω 157/73, ΕΕμπΔ 1990, 245, ΕφΠειρ 811/1997 ΕπισκΕμπΔ 1998,2002). Στην περίπτωση αυτή, επομένως, η εταιρεία θα έχει είτε αποκλειστικό διαχειριστή τον ετερόρρυθμο εταίρο αυτής είτε διαχειριστές, ενεργούντες από κοινού ή χωριστά έκαστος, τον ομόρρυθμο και τον ετερόρρυθμο εταίρο αυτής, ανάλογα με τις προβλέψεις του καταστατικού.

9. Επειδή, κατά το αρ. 91 παρ. 1 Ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης ..., κατά δε το άρθρο 93 περί του περιεχομένου του φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει: α) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ του άρθρου 79 ...». Εξάλλου, στην διακήρυξη του διαγωνισμού, στο άρθρο 2.4.3.1 αυτής προβλέπεται ότι «...Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και ...», ενώ στο άρθρο 2.4.6 αυτής ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), ...»

10. Επειδή, περαιτέρω, κατά το αρ. 102 (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016 «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να

συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, ... 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ... που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία ... το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή ήσσοнос σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές...». Απεναντίας, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Το ίδιο αφορά προφανώς και τη συνδρομή τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες προβλέπονται σε κάθε περίπτωση από τη διακήρυξη. Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, όπως και τα οικεία δικαιολογητικά εξάλλου, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο περαίωσης

της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφοράς (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 21 παρ. 3. Του Ν. 4412/2016 «... 3. Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. 4. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της. ...» Η εν λόγω διάταξη δεν δίδει το δικαίωμα στον οικονομικό φορέα να μην υποβάλει τις κατά το Νόμο και την διακήρυξη απαιτούμενες πληροφορίες και έγγραφα, αλλά επιβάλλει από τους άλλους την τήρηση των όρων προστασίας τεχνικού και εμπορικού απορρήτου που τυχόν επικαλείται, επιπλέον το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα αυτά των άλλων οικονομικών φορέων ασκείται, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 1 του άρθρου πρώτου του Π.Δ. 28/2015. Τέλος, η διακήρυξη του διαγωνισμού στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου 3.1 αναφέρει «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016», το άρθρο 2.4.6 δε αυτής, περί των λόγων αποκλεισμού των προσφορών των οικονομικών φορέων ουδόλως αναφέρει ότι αποκλείεται οικονομικός φορέας εφόσον έχει προσκομίσει μεν τα σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3. έγγραφα και στοιχεία, αλλά εκ παραδρομής ή αναιτιολόγητα έχει χαρακτηρίσει αυτά ως εμπιστευτικά.

11. Επειδή εξάλλου, σύμφωνα με το αρ. 93 του Ν. 4412/2016, ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει: α) ... και την εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72, το οποίο ορίζει «... 1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό ... [2. ...] 3. Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του

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

4. Οι εγγυήσεις του παρόντος άρθρου περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται (ή τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής στις περιπτώσεις δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών), δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση, ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης ή πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης, ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται και ια) στην περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης.

5. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. Σύμφωνα, τέλος, με το αρ. 2.1.5 της διακήρυξης «Οι εγγυητικές επιστολές των παραγράφων 2.2.2 και 4.1. εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα. Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή

των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου. Οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται, δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση (στην περίπτωση ένωσης αναγράφονται όλα τα παραπάνω για κάθε μέλος της ένωσης), ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης και την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης, ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται και ια) στην περίπτωση των εγγυήσεων 5 καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης». Όπως, όμως, έχει επικρατήσει στη θεωρία και τη νομολογία, ως προς τις υπό στοιχεία ζα και ι προϋποθέσεις, ενώ στην εγγύηση που παρέχεται με εγγυητική επιστολή, ο εγγυητής (Τράπεζα) εγγυάται υπέρ του οφειλέτη, δυνάμενος να αντιτάξει κατά του δανειστή όλες τις μη προσωποπαγείς ενστάσεις του πρωτοφειλέτη, στην εγγυοδοτική παρακαταθήκη ο ίδιος ο οφειλέτης εγγυάται για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων του και για την εξασφάλιση του δανειστή, καταβάλλοντος ο ίδιος το χρηματικό ποσό για δικό του λογαριασμό. Στο γραμμάτιο σύστασης παρακαταθήκης δεν αναγράφεται η ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης, ολικά ή μερικά, εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται, παραιτούμενος από το δικαίωμα διαιρέσεως και διζήσεως διότι, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 34/1992 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, με την κατάθεση εγγυήσεως στο Τ. Π. και Δανείων καταρτίζεται εγγυοδοτική παρακαταθήκη, σύμβαση, δηλαδή, που επειδή α) είναι αυτοτελής και έχει σαν περιεχόμενο την εξασφάλιση που παρέχεται με μετρητά ή χρεώγραφα κ.α. από ένα πρόσωπο για την καλή εκπλήρωση των καθηκόντων του ή από τον οφειλέτη για την εκπλήρωση των υποχρεώσεών του (εγγυοδοσία) και διαφέρει της εγγυήσεως, της ανάληψης δηλαδή, από τον εγγυητή της υποχρεώσεως απέναντι στο δανειστή, να εκπληρώσει την παροχή του πρωτοφειλέτου, αν δεν το κάνει ο τελευταίος (βλ. σε ΓΕΩΡΓΙΑΔΗ-ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΥ ΕρμΑΚ σελ. 368, ΖΕΠΟ Ειδ. Ενοχ. Δικ. σελ. 534) και β)

στην οποία οφειλέτης είναι ο θεματοφύλακας και στην προκειμένη περίπτωση το Τ. Π. και Δανείων και δανειστής ο παρακαταθέτης (ορ. ΖΕΠΟΣ Ειδ. Ενοχ. Δικ. σελ, 431) και ως εκ τούτου δε νοείται άσκηση από το Τ. Π. και Δανείων της ένστασης διζήσεως, άρνηση δηλαδή καταβολής της οφειλής, μέχρις ότου ο δανειστής προβεί σε αναγκαστική εκτέλεση κατά του πρωτοφειλέτου και αυτή καταστεί ατελέσφορος, και κατ'ακολουθίαν και παραίτηση από το δικαίωμα διζήσεως, το οποίο παρέχεται από το νόμο μόνο στον εγγυητή. Επομένως, στην περίπτωση κατάπτωσης του ποσού της εγγύησης, το ποσό αυτό αποδίδεται στον υπέρ ου η κατάπτωση άμεσα μετά από σχετικό έγγραφο και με την προσκόμιση ή την αποστολή του γραμματίου παρακαταθήκης. Επίσης όσον αφορά το χρόνο ισχύος του Γραμματίου, βάσει του Ν. 3646/28, άρθρο 17, οι χρηματικές παρακαταθήκες παραγράφονται μετά από 15ετία από το χρόνο που κατέστησαν απαιτητές. Επομένως, στην περίπτωση κατάπτωσης του ποσού της εγγύησης, το ποσό αυτό αποδίδεται στον υπέρ ου η κατάπτωση άμεσα, μετά από σχετικό έγγραφο και με την προσκόμιση ή την αποστολή του γραμματίου παρακαταθήκης. Συνεπώς, οι υπό στοιχεία ζα και ι προϋποθέσεις της διακήρυξης και του νόμου υπό τους οποίους παρέχεται η εγγύηση, ως μη συνάδοντες με τη φύση και το χαρακτήρα της εγγυοδοσίας, δεν απαιτείται να αναγράφονται στα σχετικά γραμμάτια εγγυοδοτικών παρακαταθηκών (βλ. το Π.Δ. της 30ης Δεκεμβρίου 1962/3 Ιανουαρίου 1927 «Περί συστάσεως και αποδόσεως παρακαταθηκών παρά τω Ταμείων Παρακαταθηκών και Δανείων» σε συνδυασμό με το υπ' αριθ. πρωτ.. 2756/23.5.2017 έγγραφο Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ).

12. Επειδή, όπως προβάλλει στην υπό κρίση Προσφυγή της η προσφεύγουσα και δεν αντιλέγει ούτε η αναθέτουσα Αρχή στις περιεχόμενες στο με αρ. πρωτ. 16117/29-09-2017 έγγραφό της απόψεις της, ούτε και η παρεμβαίνουσα στην υπό κρίση από 02-10-2017 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ ΠΑΡ13 και Ειδ Αρ.Κατ. 95 / 02-10-2017 Παρέμβασή της, στην προσφορά της παρεμβαίνουσας που με την προσβαλλόμενη έγινε δεκτή περιέχονταν τα στην υπό κρίση Προσφυγή έγγραφα σεσημασμένα ως εμπιστευτικά, χωρίς αιτιολόγηση, προφανώς εκ παραδρομής, για τα οποία, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η Αναθέτουσα Αρχή μέσω του πεδίου ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ του ΕΣΗΔΗΣ, ζήτησε διευκρινίσεις από την παρεμβαίνουσα και αφού τις έλαβε, για την ακρίβεια η παρεμβαίνουσα δεν υπέβαλε κάποια δικαιολογητικά περί του εμπιστευτικού χαρακτήρα των υποβληθέντων εγγράφων, κατόπιν αυτού, η Επιτροπή Αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών προέβη στον αποχαρακτηρισμό των κρίσιμων εγγράφων από εμπιστευτικά σε μη εμπιστευτικά. Λαμβανομένου υπόψη ότι το γεγονός

της σήμανσης ως εμπιστευτικών εγγραφών, χωρίς την επίκληση των δικαιολογητικών εγγράφων, τα οποία, εν τέλει, δεν ήταν εμπιστευτικά και, σε κάθε περίπτωση, αποχαρακτηρίστηκαν ως τέτοια, δε θεμελιώνει κάποιον από τους ρητά αναφερόμενους στο Νόμο και τη Διακήρυξη (παρ. 2.4.6 της Διακήρυξης) λόγους αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας από την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, η δε διάταξη του άρθρου 100 § 3 του Ν. 4412/2016 δεν περιέχει οποιαδήποτε αναφορά σε ακυρότητα της προσφοράς, η Αναθέτουσα Αρχή νόμιμα άσκησε την διακριτική της ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις σχετικά, όπως αναλύουμε και στην σκέψη 10 της παρούσας. Η συγκεκριμένη ενέργεια της Αναθέτουσας δεν εισάγει διακρίσεις, ούτε άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της προκείμενης δημόσιας σύμβασης, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αφού εξάλλου η αυτή συμπεριφορά, ήτοι ο αποχαρακτηρισμός εγγράφου από εμπιστευτικού ως μη εμπιστευτικού, σημειώθηκε από την Αναθέτουσα και προς τον έτερο οικονομικό φορέα που υπέβαλε προσφορά, εταιρεία με την επωνυμία «Build and Bond Τεχνική Κατασκευαστική Ε.Π.Ε.», έπειτα από ανάλογη επικοινωνία μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, συμπεριφορά που πάντως δεν βάλλεται από την προσφεύγουσα. Απεναντίας, μπορεί κανείς βάσιμα να ισχυριστεί ότι απέβλεπε στην ενίσχυση της διαφάνειας του διαγωνισμού και την επίτευξη του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού. Είναι επομένως αβάσιμος ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής και πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή, περαιτέρω, όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, η παρεμβαίνουσα στα πλαίσια του υπόψη διαγωνισμού υπέβαλε Γραμμάτιο Σύστασης Παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, που περιέχει την ημερομηνία έκδοσης: 21/8/2017, τον Εκδότη: Ταμείο Παρακαταθηκών & Δανείων (.....-Γραφείο), τον αριθμό της εγγύησης: Νο: 2071, το ποσό που καλύπτει η εγγύηση: 3.320,00 Ευρώ, την Αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνεται: τον Δήμο, τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης και την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, καθώς και την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση: “.....” με έδρα και ΑΦΜ, τα οποία αναγράφονται στο σώμα του Γραμματίου κάτω από τον τίτλο ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΑΚΑΤΩ ΑΙΤΙΑ, ότι συνιστά εγγύηση συμμετοχής για τον υπόψη διαγωνισμό, περιέχει δε μνεία όπισθεν του γραμματίου α) πως «Η εξόφληση των παρ/κων υποβάλλεται σε τέλη χαρτοσήμου σύμφωνα με τον Νόμο.» και β) περί του χρόνου ισχύος της εγγύησης, συγκεκριμένα: «Οι χρηματικές παρακαταθήκες παραγράφονται μετά 15ετία από το χρόνο που

κατέστησαν απαιτητές (αρθ. 17 Ν.3646/28)». Περιέχει, επομένως, όλα τα στοιχεία που το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 2.1.5 της διακήρυξης επιβάλλουν, εκτός από τους όρους ότι η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, ρητή ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης και ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται, όροι που όπως αναλυτικά αναφέρουμε και στην σκέψη 11 της παρούσας, ως μη συνάδοντες με τη φύση και το χαρακτήρα της εγγυοδοσίας, δεν απαιτείται να αναγράφονται στα σχετικά γραμμάτια εγγυοδοτικών παρακαταθηκών (βλ. το Π.Δ. της 30ης Δεκεμβρίου 1962/3 Ιανουαρίου 1927 «Περί συστάσεως και αποδόσεως παρακαταθηκών παρά τω Ταμείων Παρακαταθηκών και Δανείων» σε συνδυασμό με το υπ' αριθ. πρωτ.. 2756/23.5.2017 έγγραφο Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). Είναι επομένως αβάσιμος και ο τρίτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής και πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, τέλος, σε σχέση με τον πρώτο και τέταρτο λόγους της υπό κρίση Προσφυγής, όπως προκύπτει από το κωδικοποιημένο καταστατικό της παρεμβαίνουσας που μετά την από 14-07-2017 τροποποίησή του καταχωρίστηκε στις 19-07-2017 δυνάμει της με αρ./19-07-2017 Ανακοίνωση της υπηρεσίας ΓΕΜΗ του Τμήματος Μητρώου του Επιμελητηρίου, διαχειριστές και εκπρόσωποι της εταιρείας, σύμφωνα με το κωδικοποιημένο άρθρο 8 του καταστατικού της ορίζονται: ο, ο οποίος εκπροσωπεί την εταιρία και ενεργεί στο όνομά της κάθε πράξη που αφορά στη διοίκηση της και την εν γένει επιδίωξη του σκοπού της, αλλά και ο και, οι οποίοι στα πλαίσια της διαχείρισης της περιουσίας της εταιρείας, την οποία δια του ίδιου ως άνω άρθρου και δη την παρ. 3 αυτού ο και οι λοιποί εταίροι τους αναθέτουν ανεκκλήτως και αποκλειστικά και στην οποία περιλαμβάνεται η εσωτερική διαχείριση των εν γένει και πάσης φύσεως οικονομικών στοιχείων αυτής, η εποπτεία, ο έλεγχος και διαχείριση ακόμη και του ταμείου αυτής, συμπεριλαμβάνεται όμως και η εκπλήρωση των οικονομικών υποχρεώσεων της εταιρείας έναντι τρίτων, αλλά και η λήψη αμοιβών τις οποίες δικαιούται η εταιρεία από την εκτέλεση των έργων συμφώνως με τον σκοπό της, η έκδοση και υπογραφή όλων των σχετικών παραστατικών που θα εκδίδονται από την εταιρεία, αλλά και των επιταγών, συναλλαγματικών, γραμματίων εις διαταγήν, εγγυητικών επιστολών και λοιπών αξιογράφων τα οποία θα εκδίδονται από την εταιρεία προς εκπλήρωση των υποχρεώσεων της και θα φέρουν την υπογραφή του

..... ή του ομού ή κεχωρισμένως. Επιπλέον, οι ως άνω και δύνανται να αιτούνται και παραλαμβάνουν τους τραπεζικούς κωδικούς e – banking (i μπάνκινγκ) από κάθε Ελληνική ή ξένη τράπεζα και να διαχειρίζονται αυτούς, σημειώνεται δε ότι οι παραπάνω αρμοδιότητες απαριθμούνται ενδεικτικά και όχι περιοριστικά. Τέλος, ρητώς συμφωνείται ότι η εταιρεία δεσμεύεται και αναλαμβάνει έγκυρα υποχρεώσεις οιαδήποτε ποσού μόνο όταν κάτω από την εταιρική επωνυμία υπογράφει πλέον του διαχειριστή (νοουμένου του) ή του πιο πάνω ειδικού πληρεξουσίου του και ο του ή ο του Οι και, συνεπώς, εκτός της μεταξύ των εταίρων και εντός εταιρείας (εσωτερικής) διαχείρισης, αναλαμβάνουν και εξουσίες εξωτερικής διαχείρισης έναντι τρίτων και εκπροσώπησης της παρεμβαίνουσας, για άλλες πράξεις αποκλειστικά οι δύο τους, ενώ για άλλες ένας από τους δύο μαζί με τον, με όλες τις συνέπειες για την εταιρεία, τους ομόρρυθμους εταίρους και τους ίδιους, όπως αναλυτικά γίνονται δεκτά στη σκέψη 8 της παρούσας. Και μπορεί πράγματι η ανάθεση της «διαχείρισης» στον, ως τρίτο, μη εταίρο, συμφωνούμενη από όλους τους εταίρους, να μην αποτελεί ανάθεση της διαχείρισεως κατά την έννοια των άρθρων 748 επ ΑΚ, ούτε ο τρίτος να γίνεται διαχειριστής της εταιρίας με την τεχνική έννοια του όρου (Πρβλ. ΑΠ 476/1990), ο ετερόρρυθμος εταίρος όμως του δύναται να διοριστεί ως εξωτερικός διαχειριστής, ακόμα και κατ' αποκλεισμό των υπολοίπων ομορρύθμων εταίρων, αφού ο ετερόρρυθμος εταίρος είναι εταίρος και εφόσον διοριστεί ως εξωτερικός διαχειριστής ευθύνεται ως ομόρρυθμος (βλ. Η. Σουφλερό, Η νομική θέση του ετερόρρυθμου εταίρου. Διαχείριση και Εκπροσώπηση παρ. 136 σε «Το Δίκαιο των Προσωπικών Εταιρειών» Τόμος ΙΙ - Νομική Βιβλιοθήκη, 2001). Στην προκειμένη περίπτωση βάσει του δημοσιευμένου καταστατικού έχουν ανατεθεί στον ετερόρρυθμο εταίρο του βαρύνουσας σημασίας εξουσίες διαχείρισης και εκπροσώπησης της εταιρείας (είτε ήθελε θεωρηθεί ότι έχει διοριστεί διαχειριστής είτε γενικός πληρεξούσιος), οπότε, σε κάθε περίπτωση, όταν αυτός προβεί στη διενέργεια πράξης εκπροσώπησης, αφενός εταιρεία δεσμεύεται, με περαιτέρω συνέπεια προς προστασία των καλόπιστων τρίτων, αφετέρου, και οι ομόρρυθμοι εταίροι και ο ετερόρρυθμος να ευθύνονται απεριόριστα και εις ολόκληρο με την εταιρεία (ΠΠρΚω 157/73, ΕΕμπΔ 1990, 245, ΕφΠειρ 811/1997 ΕπισκΕμπΔ 1998,2002). Εξάλλου, οι διατυπώσεις δημοσιότητας, σχετικά με την διαχείριση και εκπροσώπηση της Ετερόρρυθμης Εταιρείας και έναντι των τρίτων, επομένως ο νόμιμος διορισμός διαχειριστών της εταιρείας, ολοκληρώνεται από την καταχώριση της δημοσίευσης στο διαδικτυακό τόπο του Γ.Ε.ΜΗ. από την Υπηρεσία Γ.Ε.ΜΗ.

ή, κατά περίπτωση, το Τμήμα Γ.Ε.ΜΗ, του καταστατικού αυτής, άλλως της εταιρικής σύμβασης και κάθε μεταβολής ή τροποποίησης αυτών, σύμφωνα με τις διατάξεις του αρ. 1 και του αρ. 16 Ν. 3419/2005, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 251, 257, 273 και 274 του Ν. 4072/12, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, από τα οποία προκύπτει η γνώση των τρίτων σχετικά με τους διαχειριστές και εκπροσώπους της Ετερόρρυθμης Εταιρείας και όχι από την δήλωση διορισμού διαχειριστή και εκπροσώπου που καταχωρίζεται όπου παραπάνω, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα Αρχή κατ' άρθρο 63 Ν. 4072/12 που αναφέρεται στην Ιδιωτική Κεφαλαιουχική Εταιρεία ούτε από την τυχόν βεβαίωση που μπορεί να εκδίδει η ως άνω Υπηρεσία.

Το ΕΕΕΣ, επομένως, της παρεμβαίνουσας, συμφώνως με τις διατάξεις του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του αρ. 73 του ν. 4412/2016 για τις εταιρικές μορφές της Ο.Ε. και Ε.Ε. θα έπρεπε να υπογραφεί εκτός του και από τον έτερο διαχειριστή της, του, και εφόσον τούτο δεν έλαβε χώρα, θα έπρεπε η Αναθέτουσα Αρχή να απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας σύμφωνα με το συνδυασμό των διατάξεων των αρ. 91 παρ. 1, 93, 79 παρ. 1 και 3 και 73 παρ. 1 Ν. 4412/2016, γιατί σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην σκέψη 9 της παρούσας, καθόσον το ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας δεν υπεβλήθη νομίμως υπογεγραμμένο, η προσφορά της αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 του Ν. 4412/2016, υποβλήθηκε δε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης και συγκεκριμένα των άρθρων 2.4.3.1, 2.4.6 2.4.1 και 2.4.3 αυτής. Την προσφορά, ωστόσο, που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα δεν είχαν υποχρέωση κατά τα άνω να υπογράψουν και οι δύο ως άνω διαχειριστές και εκπρόσωποι αυτής, καθώς η υποβολή και υπογραφή προσφοράς σε διαγωνισμό για την ανάληψη δημόσιας σύμβασης δεν περιλαμβάνεται στις εξουσίες που σύμφωνα με το καταστατικό της παρεμβαίνουσας ρητά ανατίθενται στους και, καθώς δεν αφορά ούτε την διαχείριση των οικονομικών στοιχείων αυτής, την εποπτεία, τον έλεγχο αυτών, ούτε και του ταμείου αυτής, ούτε συνιστά εκπλήρωση οικονομικών υποχρεώσεων της, ούτε τέλος αναλαμβάνεται οικονομική υποχρέωση από την εταιρεία, ώστε να απαιτείται συνυπογραφή του εκ των διαχειριστών Απεναντίας, ο εξ αυτών ομόρρυθμος εταίρος και διαχειριστής με την καταστατική ιδιότητά του ως διαχειριστή και νομίμου εκπροσώπου της για κάθε πράξη που αφορά στη διοίκηση της και την εν γένει επιδίωξη του σκοπού της είχε την εξουσία μόνος αυτός να

υποβάλει και υπογράψει την εν λόγω προσφορά, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 6 του αρ. 96 του Ν. 4412/2016 περί του χρόνου και τρόπου υποβολή προσφορών. Είναι επομένως, αβάσιμος και ο τέταρτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής και πρέπει να απορριφθεί, αλλά είναι βάσιμος ο πρώτος αυτής και πρέπει να γίνει δεκτός.

15. Επειδή, επομένως η με αρ. 291/2017 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής με θέμα «Έγκριση Πρακτικού Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών του διεθνή, ανοικτού διαγωνισμού με τίτλο «Προμήθεια σωλήνων κλπ υλικών άρδευσης της» κατά το σκέλος που κάνει δεκτή την προσφορά της του έτερου οικονομικού φορέα που συμμετείχε στον διαγωνισμό Ετερόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», ενώ θα έπρεπε να την ακυρώσει, έσφαλλε και είναι ακυρωτέα. Προφανώς, ακυρωτέα, είναι και κάθε προηγούμενη και επόμενη της προσβαλλομένης πράξη ή απόφαση του καθού Δήμου που ερείδεται (στο βαθμό και στο μέτρο που ερείδεται) στην προσβαλλόμενη και ακυρωτέα πράξη. Σύμφωνα, τέλος, με το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4440/2016, το παράβολο που κατατίθεται για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής επιστρέφεται στον προσφεύγοντα σε περίπτωση ολικής ή μερικής αποδοχής της προσφυγής του.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή και να απορριφθεί η Παρέμβαση.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

1. Δέχεται εν μέρει την υπό κρίση Προσφυγή και απορρίπτει την Παρέμβαση.

2. Ακυρώνει εν μέρει την με αρ. 291/2017 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου με θέμα «Έγκριση Πρακτικού Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών του διεθνή, ανοικτού διαγωνισμού με τίτλο «Προμήθεια σωλήνων κλπ υλικών άρδευσης της» κατά το σκέλος που κάνει δεκτή την προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα που συμμετείχε στον διαγωνισμό, Ετερόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», ως και κάθε προηγούμενη και επόμενη της προσβαλλομένης πράξη ή απόφαση του καθού Δήμου που ερείδεται (στο βαθμό και στο μέτρο που ερείδεται) στην προσβαλλόμενη και ακυρωθείσα πράξη.

3. Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου στην Προσφεύγουσα.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και δημοσιεύτηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 24-10-2017.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΣΤΥΛΙΑΝΟΣ Δ. ΜΑΥΡΙΔΗΣ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ