

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη (Πράξη Προέδρου ΑΕΠΠ 75/2020).

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 1155/21-08-2020 προδικαστική προσφυγή του Οικονομικού Φορέα (ένωση εταιρειών) με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην οδό «...», «...», τ.κ. «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο «...», «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή επιδιώκεται η ακύρωση της υπ' αριθ. 405/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...» με την οποία αποφασίστηκε η διενέργεια της διαδικασίας της παρ. 3 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016.

Με την οικεία παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με τίτλο «Περιβαλλοντική αναβάθμιση και απόδοση σε κοινή χρήση του «...», με τη με αρ. πρωτ.: «...»/03-03-2020 και με ΑΔΑΜ: «...», Διακήρυξη η οποία δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 03/04/2020 και έλαβε Α/Α ΕΣΗΔΗΣ «...» προϋπολογισμού δεκαπέντε εκατομμυρίων οκτακόσιων σαράντα έξι χιλιάδων επτακοσίων εβδομήντα τεσσάρων ευρώ και δέκα εννέα λεπτών

(15.846.774,19 €), μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%. Το έργο αφορά στη διαμόρφωση ενιαίας περιφράξης του χώρου του πρώην Στρατοπέδου «...» και οργανώνονται έξι συνολικά είσοδοι ανθρώπων-πεζών. Η οικεία μελέτη προβλέπει τη δημιουργία βασικών τυπολογιών κατασκευών για την υποστήριξη των δραστηριοτήτων του Πάρκου όπως αναψυκτήρια, πέργκολες, ξύλινες πλατφόρμες, κέντρο νερού και κέντρου ρεύματος.

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό «...», εξοφληθέν δυνάμει του από 19.08.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της «...» Τράπεζας), ύψους 15.000,00 €.

3. Επειδή, η εξεταζόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή, συναφώς η προσφυγή ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργίας της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 12/08/2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 20.08.2020, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν.

6. Επειδή, εν συνεχεία στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν επτά (7) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η («...»), η οποία κατετάγη δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας (με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 51,83%), ενώ, πρώτη κατετάγη η ένωση εταιρειών α) «...» με δτ. «...» β) «...» και το διακριτικό τίτλο «...» (προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 54,64%), τρίτη η κοινοπραξία «...» (47,81%), τέταρτη η ένωση οικονομικών φορέων «...» (46,74%), πέμπτη η ένωση οικονομικών φορέων «...» (46,00%), έκτη η προσφεύγουσα κοινοπραξία «...» (45,23%) και έβδομη η ένωση οικονομικών φορέων «...» (42,86%), σύμφωνα με τον Πίνακα Συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας του υπόψη Διαγωνισμού. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, στο από 08-05-2020 Πρακτικό της, μεταξύ άλλων, απέρριψε την προσφορά της πρώτης σε σειρά μειοδοσίας ένωσης οικονομικών φορέων, επειδή δεν προσδιοριζόταν η έκταση και το είδος συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, ούτε η κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους, ούτε ο εκπρόσωπος συντονιστής της ένωσης, κατά παράβαση του άρθρου 3.1 της διακήρυξης. Η Επιτροπή Διαγωνισμού απέρριψε, και την προσφορά της δεύτερης σε σειρά μειοδοσίας, επειδή δεν προσδιορίζεται η κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών της κοινοπραξίας της και στο ΕΕΕΣ δεν προσδιορίζεται ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης. Με το ίδιο πρακτικό της, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε και την απόρριψη των προσφορών άλλων τεσσάρων (4) διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων για τους αναφερόμενους στο πρακτικό της λόγους και την ανάδειξη της έκτης σε σειρά μειοδοσίας διαγωνιζόμενης ένωσης προσφεύγουσας «...», που ήταν η μία από τις δύο διαγωνιζόμενες ενώσεις που, κατά τις απόψεις της Επιτροπής Διαγωνισμού, υπέβαλε παραδεκτή προσφορά, ως προσωρινής αναδόχου. Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου «...» στην οποία διαβιβάσθηκε το 1ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού με την υπ' αριθμ. 375/2020 προσβαλλόμενη απόφασή της ενέκρινε το πρακτικό ως υπεβλήθη, απέρριψε την προσφορά της παρεμβαίνουσας και τις προσφορές άλλων τεσσάρων (4) διαγωνιζόμενων και ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την προσφεύγουσα κοινοπραξία «...». Αντίγραφο της άνω υπ' αριθμ. 375/2020 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...» κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στους συμμετέχοντες στις 3.8.2020.

Ειδικότερα απέρριψε την προσφορά της παρεμβαίνουσας με την αιτιολογία ότι «δεν πληρεί τα αναφερόμενα του άρθρου 15.2 της Διακήρυξης: «Οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής περιλαμβάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία:» και πιο συγκεκριμένα τα στην παράγραφο «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)», καθώς μία εκ των δύο ποσοκομισθέντων Εγγυητικών Επιστολών (e-72042) δεν αναγράφει και τα δύο μέλη της Ένωσης. αυτή η προσφορά δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή». Το ανωτέρω Πρακτικό εγκρίθηκε, με τη με αριθμό 375/21-07-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής και ανακηρύχθηκε ως προσωρινή μειοδότηρια η έκτη σε σειρά μειοδοσίας, προσφεύγουσα κοινοπραξία «...». Με το από 4.8.2020 έγγραφό της (το οποίο διαβιβάστηκε στην Οικονομική Επιτροπή του Δήμου «...» με το υπ' αριθ. πρωτ. 10275/10.8.2020 έγγραφο του Προέδρου της Επιτροπής Διαγωνισμού και γνωστοποιήθηκε με το υπ' αριθ. πρωτ. 32974/10.8.2020 έγγραφο της αν. Προϊσταμένης της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου «...») η αποκλεισθείσα Ένωση οικονομικών φορέων «...», ισχυριζόμενη ότι ο αποκλεισμός της οφείλεται σε «σφάλμα», ζήτησε την επανάληψη «της διαδικασίας του διαγωνισμού από το σημείο που αυτό εμφιλοχώρησε», επικαλούμενη τη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, ήτοι η παρεμβαίνουσα ζήτησε από την Οικονομική Επιτροπή δια του κειμένου της ως άνω επιστολής της την επανάληψη της διαδικασίας του διαγωνισμού από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα τόσο της Επιτροπής Διαγωνισμού όσο και της ίδιας της Οικονομικής Επιτροπής που δέχθηκε το πρακτικό της Επιτροπής χωρίς να ελέγξει ως όφειλε και μπορούσε το σώμα της υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητικής επιστολής της προκειμένου να διαπιστώσει αν σ' αυτήν αναγράφονταν ή όχι τα στοιχεία και των δύο (2) μελών της ενώσεως της παρεμβαίνουσας. Πέραν του ανωτέρω από 4.8.2020 εγγράφου της Ένωσης «...», ο Πρόεδρος της Επιτροπής Διαγωνισμού έθεσε υπόψη της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...» το υπ' αριθ. πρωτ. 12318/2020/7.8.2020 έγγραφο

του Τμήματος Μητρώου Πιστούχων Χορήγησης Εγγυητικών Επιστολών και Εκκαθάρισεως Οφειλών Πρόσθετων Ασφαλειών του ΤΜΕΔΕ, σύμφωνα με το οποίο η επίμαχη εγγυητική επιστολή εκδόθηκε «λόγω συστημικού λάθους» του ίδιου του ΤΜΕΔΕ. Η προσφεύγουσα ένωση διαφωνώντας με την εισαγωγή του ζητήματος προς συζήτηση στην Οικονομική Επιτροπή, όπως προκύπτει από το σώμα της προσβαλλομένης αποφάσεως, με το από 11.8.2020 υπόμνημά της παρέθεσε τους λόγους της διαφωνίας της. Με την υπ' αριθ. 405/11.8.2020 απόφασή της η Οικονομική Επιτροπή της Αναθέτουσας Αρχής αποφάσισε: «Α) Την επανάληψη της διαδικασίας του Διαγωνισμού έργου "Περιβαλλοντική αναβάθμιση και απόδοση σε κοινή χρήση του «...» από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, δηλαδή από το σημείο αξιολόγησης της με αριθμό e-7242 ηλεκτρονικής εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, η οποία εν συνεχεία θα αποστείλει εκ νέου το 1ο πρακτικό στην Οικονομική Επιτροπή για να αποφασίσει περί της έγκρισης (ή μη) αυτού. Β) Την μη αποδοχή του αιτήματος απόρριψης του από 04.08.2020 εγγράφου (αρ. πρωτ. εισερχ. 32154/05.08.2020) της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» για τους παρακάτω λόγους: α) το έγγραφο υποβλήθηκε μέσω της λειτουργικότητας "Επικοινωνία" του συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. ως απαιτείται, β) το περιεχόμενο του εγγράφου δεν περιλαμβάνει διευκρίνιση ή συμπλήρωση υποβληθέντος δικαιολογητικού, αλλά επισήμανση σφάλματος της επιτροπής διαγωνισμού όσον αφορά την μη αποδοχή προσκομισθείσας εγγυητικής επιστολής, γ) δεν πρόκειται για σφάλμα της διαγωνιζόμενης Ένωσης, εφόσον πρόκειται για έγκυρη εξ αρχής εγγυητική επιστολή και επομένως τυγχάνει εφαρμογής της διάταξης της παρ. 3 του αρ. 106 του ν. 4412/2016, δ) πρόκειται για διαπίστωση σφάλματος κατά τη διαδικασία ανάθεσης, του οποίου η αντιμετώπιση προβλέπεται από την νομοθεσία και ε) δεν πρόκειται για εκ παραδρομής σφάλμα το άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και κατά συνέπεια η αναθέτουσα αρχή δεν ζήτησε εκ των υστέρων καμία συμπλήρωση ή διευκρίνιση, εφόσον η υποβληθείσα εγγυητική επιστολή ή γίνεται αποδεκτή ως νόμιμη ή δεν γίνεται αποδεκτή όταν θεωρείται (στην εν λόγω περίπτωση εσφαλμένα) μη νόμιμη».

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον ασκείται η οικεία παρέμβαση, εφόσον η εν θέματι προσφυγή κοινοποιήθηκε σε αυτήν μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 21/08/2020 και αυτή άσκησε την παρέμβαση δια του αυτού τρόπου στις 31/08/2020. Προς αντίκρουση της εν λόγω παρέμβασης κατετέθη το από 07/09/2020 υπόμνημα της προσφεύγουσας,.

8. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 35963/2020 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε στην Α.Ε.Π.Π. μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 27/08/2020, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Οι εν λόγω απόψεις κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα αυθημερόν μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

9. Επειδή, στην παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων...»*. Σύμφωνα με τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 53 του Ν. 4412/2016 2016 *«1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως:... ιβ) τους. όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την*

οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων...ιζ) τους απαραίτατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς...». Στο άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «...2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλειστούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77...». Το δε άρθρο 96 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «...7. Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υπογράφεται υποχρεωτικά είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση είτε από εκπρόσωπό τους νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά απαραίτητως πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους) κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής». Περαιτέρω, το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, με τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» αναφέρει τα κάτωθι: «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, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα

τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, 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 όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων...ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς...». Στο άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «...2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77...». Το δε άρθρο 96 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «...7. Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υπογράφεται υποχρεωτικά είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση είτε από εκπρόσωπό τους νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά απαραίτητως πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους) κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής». Περαιτέρω, το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, με τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και

δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» αναφέρει τα κάτωθι: «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, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, 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. 2. 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. 3. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή

οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος 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. 4. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς. Σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, «Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη».

10. Επειδή, στο άρθρο 3 της οικείας διακήρυξης, με τίτλο «Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς», ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι «3.1... Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής». Με το άρθρο 15 της Διακήρυξης ορίστηκε ότι «15.1. Για την συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείται η κατάθεση από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, κατά τους όρους της παρ. 1 α) του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των 316.950,00 ευρώ. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. 15.2. Οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής περιλαμβάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. του ν. 4412/2016, κατ' ελάχιστον

τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης 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)». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 24.2. ορίζεται ότι «Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος Δικαιολογητικά Συμμετοχής πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: - α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) - β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας....».

11. Επειδή, με την εν θέματι προσφυγή υποστηρίζεται ότι «Από τις διατάξεις του άρθρου 36 Ν. 4412/2016 και της ΚΥΑ 56902/215/02.06.2017 (ΦΕΚ Β΄ 1924) προκύπτει ότι καθιερώνεται η ηλεκτρονική διεξαγωγή των δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών μέσω της πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Ειδικότερα, από τη διάταξη του άρθρου 8 της ανωτέρω ΚΥΑ, όπως αυτή ενσωματώνεται στο κανονιστικό πλαίσιο της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα στα άρθρα 3 και 4.2 β) της Διακήρυξης, προκύπτει ότι η επικοινωνία κατά τη διάρκεια αυτής διενεργείται υποχρεωτικά ηλεκτρονικώς και στον (ηλεκτρονικό) τόπο του διαγωνισμού, αποκλειστικά μέσω της πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» αυτού, μέσω της οποίας και υποβάλλονται όλα τα σχετικά έγγραφα των προσφορών, καθώς και τα έγγραφα του προσωρινού αναδόχου. Στην προκειμένη περίπτωση έως και σήμερα το από 4.8.2020 έγγραφο της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» δεν εμφανίζεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 9 της Διακήρυξης, «Συμπλήρωση – αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, να καλέσει τους οικονομικούς φορείς, μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, συμπεριλαμβανομένης και της οικονομικής τους προσφοράς, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του

ν. 4412/2016 και του άρθρου 13 της υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη». Στην προκειμένη περίπτωση το από 4.8.2020 έγγραφο της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» και το υπ' αριθ. πρωτ. 12318/2020-ε/7.8.2020 έγγραφο του ΤΜΕΔΕ υποβλήθηκαν στην αναθέτουσα αρχή χωρίς να έχει προηγηθεί σχετική πρόσκλησή της και συνεπώς, κατ' εφαρμογή της δεσμευτικής διάταξης του άρθρου 9 της Διακήρυξης, δεν έπρεπε να ληφθούν υπόψη. Σημειωτέον ότι δεν είναι ορθός ο ισχυρισμός της προσβαλλόμενης υπ' αριθ. 405/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής ότι «το περιεχόμενο του εγγράφου δεν περιλαμβάνει διευκρίνιση ή συμπλήρωση υποβληθέντος δικαιολογητικού, αλλά επισήμανση σφάλματος της επιτροπής διαγωνισμού όσον αφορά την μη αποδοχή προσκομισθείσας εγγυητικής επιστολής» αφού, όπως σημειώνεται στο υπ' αριθ. πρωτ. 12318/2020-ε/7.8.2020 έγγραφο του ΤΜΕΔΕ, το «σφάλμα» της επίμαχης εγγυητικής επιστολής οφείλεται σε «συστημικό λάθος» του και όχι, βεβαίως, σε σφάλμα της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία απλώς διαπίστωσε ότι η εγγυητική επιστολή δεν είχε τα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη και τον Νόμο, επί ποινή αποκλεισμού, στοιχεία». Όπως σαφώς προκύπτει από την ανωτέρω διάταξη, ουσιώδης όρος της διαδικασίας εκδόσεως της απόφασης περί επαναλήψεως της διαδικασίας «από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα» αποτελεί η προηγούμενη παροχή γνώμης του αρμόδιου οργάνου, δηλαδή, σύμφωνα με το άρθρο 221 του Ν. 4412/2016, της Επιτροπής Διαγωνισμού. Στην προκειμένη περίπτωση, η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 405/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...», με την οποία αποφασίστηκε η «επανάληψη της διαδικασίας του Διαγωνισμού έργου "Περιβαλλοντική αναβάθμιση και απόδοση σε κοινή χρήση του «...» από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα» εκδόθηκε χωρίς την τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας εκδόσεώς της και, συγκεκριμένα, χωρίς να προηγηθεί η γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού. Αντίθετα, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου «...» αποφάσισε την επανάληψη της διαδικασίας «από το σημείο αξιολόγησης της με αριθμό e-7242 ηλεκτρονικής εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της Ένωσης

οικονομικών φορέων «...» και ανέθεσε στην Επιτροπή Διαγωνισμού την εκ νέου αποστολή του 1ου Πρακτικού της, σπεύδοντας να προκαταλάβει το αποτέλεσμα της ως άνω αξιολόγησης αφού επισήμανε ότι «η υποβληθείσα εγγυητική επιστολή ή γίνεται αποδεκτή ως νόμιμη ή δεν γίνεται αποδεκτή όταν θεωρείται (στην εν λόγω περίπτωση εσφαλμένα) μη νόμιμη. Στην προκειμένη περίπτωση, η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου «...», επικαλούμενη μεταγενέστερο στοιχείο που δεν είχε περιληφθεί στην προσφορά της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» και, συγκεκριμένα, το υπ' αριθ. πρωτ. 12318/2020-ε/07.08.2020 έγγραφο του ΤΜΕΔΕ («όπως προκύπτει από το ως άνω έγγραφο του Προέδρου της Επιτροπής Διαγωνισμού, υπήρξε ενημέρωση από το ΤΜΕΔΕ δυνάμει του υπ' αρ. 12318/2020-ε/07.08.2020 εγγράφου, ότι η συγκεκριμένη μορφή της με αριθμό e-7242 ηλεκτρονικής εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» προέκυψε από συστημικό λάθος....»), αποφάσισε την επανάληψη της διαδικασίας του διαγωνισμού αποδίδοντας όλως αυθαίρετα «σφάλμα» στην Επιτροπή Διαγωνισμού. Με το περιεχόμενο αυτό στερείται ειδικής, επαρκούς και εντέλει νόμιμης αιτιολογίας αφού ουδέν στοιχείο παραθέτει που να καταδεικνύει «σφάλμα» της Επιτροπής Διαγωνισμού κατά τον έλεγχο της προσφοράς της ανωτέρω Ένωσης και κατά τη σύνταξη του 1ου Πρακτικού της. Όπως προκύπτει από το υπ' αριθ. πρωτ. 12318/2020-ε/7.8.2020 έγγραφο του ΤΜΕΔΕ η επίμαχη εγγυητική επιστολή εκδόθηκε «λόγω συστημικού λάθους». Πρόκειται, συνεπώς, για «σφάλμα» της ένωσης οικονομικών φορέων «...» αφού δεν έλεγξε την εγγυητική επιστολή ούτε κατά την παραλαβή της ούτε κατά την υποβολή της και όχι της αναθέτουσας αρχής ώστε να τύχει εφαρμογής η διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 (βλ. ΑΕΠΠ 833/2020). Η ως άνω διαδικασία προβολής αντιρρήσεων κατά του αποκλεισμού από τη διαγωνιστική διαδικασία μέσω ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ είναι αποκλειστική. Εν προκειμένω, ο προβαλλόμενος με το από 4.8.2020 έγγραφο ισχυρισμός της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» αποτελεί ισχυρισμό που βάλλει κατά του αποκλεισμού της και έπρεπε να προβληθεί με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ και όχι μέσω αιτήματος προς την αναθέτουσα αρχή (βλ. ΑΕΠΠ 1044/2018: «..... 45.

Επειδή δεν προβλέπεται στο ισχύον θεσμικό πλαίσιο η υποβολή υπομνημάτων ενώπιον των αναθετουσών αρχών από οικονομικούς φορείς κατά το στάδιο αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων παρά μόνο το δικαίωμα ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής κατά εκτελεστών πράξεων αυτών.....»). Θα έπρεπε, συνεπώς, να απορριφθεί το αίτημα της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» περί επανάληψης της διαδικασίας του Διαγωνισμού, η δε προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής που δέχθηκε το παρανόμως υποβληθέν αίτημα πρέπει να ακυρωθεί και για τον λόγο αυτό.Στην προκειμένη περίπτωση η επίμαχη υπ' αριθ. e-72042 εγγυητική επιστολή του ΤΜΕΔΕ δεν περιέχει, σε κανένα μορφότυπό της, αμφότερες τις αποτελούσες την Ένωση εταιρίες «...», με αποτέλεσμα αφενός να απουσιάζουν η επωνυμία, ο ΑΦΜ και η διεύθυνση του ενός εκ των δύο μελών αφετέρου να μην έχει ισχύ ο απαιτούμενος όρος του άρθρου 15.1 της Διακήρυξης ότι «Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση» (βλ. Ελεγκτικό Συνέδριο/Στ Κλ. 62/2014: «Μη νομίμως.....έγινε αποδεκτή η κοινή προσφορά των εταιρειών «..», με δ.τ. «...» και «.....», με δ.τ. «....», που δεν συνοδεύονταν από εγγυητική επιστολή συμμετοχής εκδοθείσα υπέρ της μόνης συμμετέχουσας στο διαγωνισμό προσωρινής αυτής ένωσης προμηθευτών, αλλά από εγγυητικές επιστολές εκδοθείσες χωριστά υπέρ εκάστου των ανωτέρω νομικών προσώπων-μελών της ένωσης προμηθευτών...»-ΣτΕ 600/2011: «...η εγγύηση συμμετοχής, ανεξάρτητα από το όργανο που την εκδίδει, είτε δηλαδή πρόκειται για πιστωτικό ίδρυμα είτε για άλλο νομικό πρόσωπο που λειτουργεί νόμιμα σε κράτος-μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης και έχει, σύμφωνα με τα ισχύοντα, το δικαίωμα αυτό, απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς, να αναγράφει τα στοιχεία του προμηθευτή υπέρ του οποίου εκδίδεται, στα στοιχεία δε αυτά περιλαμβάνεται και η διεύθυνση αυτού. Εξάλλου, σε περίπτωση υποβολής στο διαγωνισμό κοινής προσφοράς από ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς, η εγγύηση συμμετοχής να καλύπτει όλα τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα που υποβάλλουν την κοινή προσφορά (ΣτΕ 4355/1997 Ολομ.), και, επομένως, να αναγράφει τα

στοιχεία αυτών.....Ο λόγος, όμως, αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, εφόσον, κατά τα προαναφερθέντα, τέτοια διάκριση δεν γίνεται από τις ανωτέρω διατάξεις (άρθρ. 25 π.δ. 118/2007, άρθρ. 6 διακηρύξεως), οι οποίες απαιτούν ως αναγκαίο στοιχείο της εγγύησης συμμετοχής στο διαγωνισμό, ανεξάρτητα από το όργανο έκδοσής της, την αναγραφή της διεύθυνσης του προμηθευτή υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση ή, στην περίπτωση ένωσης προμηθευτών, της διεύθυνσης των προμηθευτών - μελών της ένωσης, υπέρ των οποίων εκδίδεται η εγγύηση....» - ΣτΕ (Ολομ.) 4355/1997: «.... σε περίπτωση υποβολής συλλογικής προσφοράς από ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων, απαιτείται με ποινή αποκλεισμού της προσφοράς η εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό να καλύπτει όλα τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα που υποβάλλουν την κοινή προσφορά, δεδομένου ότι είναι απαραίτητη η σύμπραξη όλων για την ανάληψη της προκηρυχθείσας υπηρεσίας. 5. Επειδή στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, οι δύο αιτούσες εταιρείες υπέβαλαν κοινή προσφορά, ως (άτυπη) ένωση νομικών προσώπων.....Ως εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό προσκομίστηκε η υπ' αριθ. 040/20/69658-7/6.6.1996 εγγυητική επιστολή ύψους 5.500.000 δρχ. της «... Τράπεζας» , η οποία αφορά τις υποχρεώσεις για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό μέχρι την υπογραφή της σχετικής συμβάσεως μόνον της εταιρείας ".....". Εφόσον όμως η εγγυητική επιστολή δεν καλύπτει και τη δεύτερη αιτούσα εταιρεία....., της οποίας η σύμπραξη θα ήταν απαραίτητη σε περίπτωση ανάληψης της προκηρυχθείσας υπηρεσίας, νομίμως αποκλείστηκε η κοινή προσφορά των αιτουσών, σύμφωνα με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη. Επομένως πρέπει ν' απορριφθούν ως αβάσιμοι όλοι οι λόγοι ακυρώσεως που προβάλλουν τα αντίθετα....». Συνεπώς, ορθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε, ομόφωνα, ότι η προσφορά της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» «δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή» αφού υπέβαλλε εγγυητική επιστολή που «δεν πληροί τα αναφερόμενα του άρθρου 15.2 της Διακήρυξης» και ορθώς η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου «...» ενέκρινε, με την υπ' αριθ. 375/2020 απόφασή της, το σχετικό από 8.5.2020 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και απέκλεισε την ανωτέρω Ένωση από τη συνέχεια του Διαγωνισμού. Στην προκειμένη περίπτωση η υποβληθείσα από την Ένωση

οικονομικών φορέων «...» υπ' αριθ. e-72042/29.04.2020 εγγυητική επιστολή δεν περιέχει τα στοιχεία αμφότερων των μελών της Ένωσης και συνεπώς είναι απορριπτέα. Το «σφάλμα» αυτό δεν ταυτίζεται με την έννοια του εκ παραδρομής σφάλματος του άρθρου 102 του Ν.4412/2016 αλλά πρόκειται για «σφάλμα» της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» που επισύρει τον αποκλεισμό της αφού παρέλειψε τόσο κατά τη λήψη της εγγυητικής επιστολής όσο και κατά την υποβολή της να ελέγξει την ορθότητα των στοιχείων της».

12. Επειδή, με τις ως άνω απόψεις της επί της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, ότι «Η ύπαρξη ή μη δυνατότητας των οικονομικών φορέων να λαμβάνουν γνώση των μηνυμάτων/αιτημάτων άλλων οικονομικών φορέων, σχετίζεται με τα χαρακτηριστικά της εφαρμογής του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. και τις ρυθμίσεις που τη διέπουν. Δεν υπήρξε εν προκειμένω εσφαλμένη ενέργεια εκ μέρους του Δήμου «...» ως αναθέτουσα Αρχή. Άλλωστε, η προσφεύγουσα έχει τη δυνατότητα να απευθυνθεί στην Τεχνική Υποστήριξη Εφαρμογής και Χρηστών για το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. Δημόσια Έργα (PW Help Desk) και να ζητήσει επιβεβαίωση εάν η εν λόγω υποβολή του αιτήματος της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» έγινε στο σύστημα ή όχι. Το περιεχόμενο του εγγράφου αιτήματος της Ένωσης οικονομικών φορέων «...» δεν περιλαμβάνει κάποια διευκρίνιση ή συμπλήρωση υποβληθέντος δικαιολογητικού, αλλά επισήμανση τυχόν σφάλματος της επιτροπής διαγωνισμού όσον αφορά την μη αποδοχή προσκομισθείσας (έγκυρης κατά τους ισχυρισμούς της Ένωσης) εγγυητικής επιστολής. Η επίμαχη εγγυητική επιστολή δεν έγινε αποδεκτή σύμφωνα με το αρχικό πρακτικό της επιτροπής Διαγωνισμού καθώς μία εκ των δύο προσκομιζόμενων Εγγυητικών Επιστολών (e-72042) δεν αναγράφει και τα δύο μέλη της Ένωσης (Κατατέθηκαν δύο εγγυητικές, η e-72073: 194.670,69 € και η e-72042: 122.279,31€). Κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής ενδεχομένως διέφυγε της προσοχής της επιτροπής Διαγωνισμού η ιδιαιτερότητα της επίμαχης εγγυητικής, ότι δηλαδή εκδόθηκε ως δίφυλλη (τετρασέλιδη) αντί της συνηθισμένης μονόφυλλης (δισέλιδης), ως προϊόν συστημικού λάθους, όπως διευκρίνισε στην απάντησή του το ΤΜΕΔΕ (δηλαδή από σφάλμα του συστήματος της εφαρμογής έκδοσης ηλεκτρονικών εγγυητικών επιστολών διαδικτυακά του ΤΜΕΔΕ). Η εν λόγω εγγυητική αναγράφει στο πρώτο

φύλλο (1^η σελίδα) τα στοιχεία του 1^{ου} μέλους της Ένωσης, ενώ στο δεύτερο φύλλο (3^η σελίδα) αναγράφει τα στοιχεία του 2ου μέλους της Ένωσης, ενώ φέρει τον ίδιο αριθμό Εγγυητικής Επιστολής (e-72042) και στα δύο φύλλα και την ψηφιακή σήμανση (όχι σταμπάρισμα αυτής, αλλά ψηφιακή σήμανση υπό μορφή ψηφιακής υπογραφής) του ΤΜΕΔΕ. Με τον τρόπο αυτό πιστοποιείται ότι δεν πρόκειται για επεξεργασμένο μετέπειτα αρχείο pdf. Για το λόγο αυτό δεν πρόκειται για σφάλμα της διαγωνιζόμενης Ένωσης, εφόσον πρόκειται για έγκυρη εξ αρχής εγγυητική επιστολή και επομένως τυγχάνει εφαρμογής της διάταξης της παρ. 3 του αρ. 106 του ν. 4412/2016. Πρόκειται για διαπίστωση σφάλματος κατά τη διαδικασία ανάθεσης, του οποίου η αντιμετώπιση προβλέπεται από την νομοθεσία και όχι για εκ παραδρομής σφάλμα το άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Κατά συνέπεια ορθώς ως αναθέτουσα αρχή δεν ζητήσαμε εκ των υστέρων καμία συμπλήρωση ή διευκρίνιση, εφόσον η υποβληθείσα εγγυητική επιστολή είτε γίνεται αποδεκτή ως νόμιμη είτε δεν γίνεται αποδεκτή όταν θεωρείται (στην εν λόγω περίπτωση εσφαλμένα) μη νόμιμη. Εξάλλου, γι' αυτό το λόγο ζητήθηκε και η σχετική γνωμοδότηση επί του θέματος και εκ νέου αξιολόγηση του αρμοδίου οργάνου αξιολόγησης (επιτροπής Διαγωνισμού) με νέο πρακτικό όπως προβλέπεται. Τέλος θα πρέπει να επισημανθεί ότι η αναφερόμενη ως σχετική υπόθεση στην ένδικη προσφυγή, όπου η συμπλήρωση/διόρθωση δικαιολογητικού (διόρθωση ονόματος σε πιστοποιητικό Πρωτοδικείου) δεν εντάσσονταν στην περίπτωση του αρ. 102 ν.4412/2016 ως εκ παραδρομής πλημμέλεια, είναι παντελώς διαφορετική από την επίδικη. Αυτό διότι η εγγυητική επιστολή της ένωσης «...» ήταν εξ' αρχής έγκυρη σύμφωνα με τη βεβαίωση του ΤΜΕΔΕ και δεν πρόκειται επομένως για εκ των υστέρων συμπλήρωση/διόρθωση υποβληθέντος δικαιολογητικού».

13. Επειδή, συναφώς η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει, ότι «Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της η προσφεύγουσα ένωση ζητά την ακύρωση της υπ' αριθμ. 405/2020 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής ισχυριζόμενη ότι κακώς ελήφθη υπόψη το από 4.8.2020 έγγραφό μας, το οποίο δήθεν δεν υπεβλήθη ηλεκτρονικά στον ιστότοπο του διαγωνισμού. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος δεδομένου ότι η ένωσή μας το από 4/8/2020 έγγραφό της ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ και στον ιστότοπο του διαγωνισμού

στις 5/8/2020 και ώρα 11:17:08 όπως πλήρως αποδεικνύεται από την επικαλούμενη και προσκομιζόμενη ενώπιον Σας «εκτύπωση μηνυμάτων συζητήσεων online (Διαγωνισμός 86022)» και υπεβλήθη μέσω της «επικοινωνίας» από τον Πρόεδρο της Επιτροπής Διαγωνισμού στην οικονομική επιτροπή. Το ότι το συγκεκριμένο έγγραφό μας υπεβλήθη μέσω της λειτουργικότητας της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ αναφέρεται και στην προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, ως αιτιολογία απόρριψης του σχετικού ισχυρισμού που υπέβαλε η προσφεύγουσα με το από 11.8.2020 υπόμνημά της. Η προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων επικαλούμενη το άρθρο 9 της διακήρυξης ισχυρίζεται ότι κακώς ελήφθη υπόψη το από 4.8.2020 έγγραφό μας γιατί υπεβλήθη χωρίς πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής. Και ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Ειδικότερα το άρθρο 9 της διακήρυξης του επίμαχου έργου ορίζει κατά λέξη τα εξής: «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά η διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, να καλέσει τους οικονομικούς φορείς, μέσω της λειτουργικότητας της "Επικοινωνίας" του υποσυστήματος, να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, συμπεριλαμβανομένης και ης οικονομικής τους προσφοράς, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από ην ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 13 ης υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.». Από την άνω διάταξη προκύπτει με σαφήνεια ότι δεν λαμβάνονται υπόψη, και ορθά, διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις δικαιολογητικών που παρέχονται από τον διαγωνιζόμενο χωρίς να κληθεί προς τούτο από την αναθέτουσα αρχή. Εν προκειμένω με το από 4.8.2020 έγγραφό μας δεν παρείχαμε ούτε κάποια διευκρίνιση επί των υποβληθέντων δικαιολογητικών μας ούτε συμπληρώσαμε τα υποβληθέντα στο διαγωνισμό δικαιολογητικά μας. Ενημερώσαμε την αναθέτουσα αρχή για το πρόδηλο σφάλμα της Επιτροπής Διαγωνισμού να εξετάσει και τις τέσσερις (4) σελίδες από τις οποίες

αποτελείται η υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητική επιστολή μας. Εάν η Επιτροπή Διαγωνισμού, ως όφειλε, είχε ελέγξει και τις τέσσερις σελίδες της άνω εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας ευχερώς θα διαπίστωνα ότι σ' αυτήν αναφέρονται και τα πλήρη στοιχεία και των δύο μελών της ενώσεώς μας. Εν όψει των ανωτέρω ορθά η Οικονομική Επιτροπή με την υπ' αριθμ. 405/2020 απόφασή της δέχθηκε ότι «...το περιεχόμενο του εγγράφου δεν περιλαμβάνει διευκρίνιση ή συμπλήρωση υποβληθέντος δικαιολογητικού, αλλά επισήμανση σφάλματος της Επιτροπής Διαγωνισμού, όσον αφορά τη μη αποδοχή προσκομισθείσας εγγυητικής επιστολής» και όσα περί του αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού έχει εκδοθεί κατά πλάνη περί τα πράγματα με βάση δηλ. προφανώς εσφαλμένη αντίληψη που προκύπτει από αναμφισβήτητα στοιχεία του φακέλου, και συγκεκριμένα την υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητική επιστολή, για τη συνδρομή των πραγματικών δεδομένων τα οποία αποτελούν την προϋπόθεση εκδόσεώς του. Ήτοι η Επιτροπή Διαγωνισμού θεώρησε, κατά πλάνη περί τα πράγματα και μάλιστα ουσιώδη, ότι στην υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητική επιστολή δεν αναφέρονται τα στοιχεία και των δύο μελών της ενώσεώς μας, ουσιώδη πλάνη που είχε επίδραση στην κρίση της Επιτροπής Διαγωνισμού, ενώ από την ευρισκόμενη στο φάκελο e-72042 εγγυητική επιστολή αποδεικνύεται πλήρως και εμπροθέσμως, η υποχρέωση για το μείζον (φυσική υποβολή εντύπου) δεν νοείται αποκλεισμός εξαιτίας της μη πρότερης υποβολής του ιδίου αυτού εντύπου ηλεκτρονικά, στο μέτρο μάλιστα που η φυσική υποβολή έλαβε χώρα εντός της προθεσμίας των δέκα ημερών που ορίζονται με την πρόσκληση. Περαιτέρω και σε κάθε περίπτωση λεκτέα και τα εξής : Το άρθρο 103 ν. 441§2/2016 κατά την αρχική μορφή της κρίσιμης διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016, όριζε πως εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώσει «ότι δεν προσκομισθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης» ή «πως υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν», τότε οφείλει αυτή να παράσχει στον προσωρινό ανάδοχο, δια σχετικής έγγραφης ειδοποίησής του, αρχικά 5ήμερη προθεσμία (δυνάμενη να παραταθεί μάλιστα κατ' ανώτατο όριο για 15 επιπλέον ημέρες εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς) «προκειμένου να τα προσκομίσει ή να τα

συμπληρώσει». Κατά το χρονικό διάστημα εκείνο, η επίμαχη διάταξη συνιστούσε, σύμφωνα με τις νομικές σταθμίσεις που κράτησαν στη σκέψη του νομοθέτη του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων, «κάμψη της αρχής της τυπικότητας κατά το στάδιο αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωση κατά νομοθετική θέληση, και στροφή στην αρχή της επιείκειας υπέρ του προσφέροντος εκείνου η (Τεχνική και η Οικονομική) Προσφορά του οποίου είχε -ήδη, να τονιστεί- κριθεί ως «η πλέον συμφέρουσα» κατά το επιλεγέν κριτήριο ανάθεσης του άρθρου 86 Ν. 4412/2016». Η επίμαχη διάταξη της παρ. 2, τροποποιήθηκε εν συνεχεία με το άρθρο 43 παρ. 12β Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α 52) (το οποίο καταλαμβάνει την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία) ως έχει κριθεί δε, προκύπτει ρητά πλέον, υπό το φως και πάλι σταθμίσεων επιείκειας που υιοθετεί ο διοικητικός νομοθέτης των δημοσίων συμβάσεων επιλέγοντας κατά το διαγωνιστικό στάδιο αυτό την κάμψη της αρχής της τυπικότητας, ότι εφεξής εφόσον, αφενός υποβληθεί προς την Επιτροπή Διαγωνισμού «εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1», ήτοι εντός της 10ήμερης προθεσμίας περί υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αίτημα από τον προσωρινό ανάδοχο περί παράτασης της προθεσμίας αυτής, αφετέρου συνοδεύεται «με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να χωρίς καμία εύλογη αμφιβολία ότι σ' αυτήν αναφέρονται και τα δύο μέλη της ενώσεώς μας. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εν προκειμένω υπάρχει σφάλμα αλλά το σφάλμα δεν είναι της Επιτροπής Διαγωνισμού για να τύχει εφαρμογής το άρθρο 106§3 του Ν. 4412/2016 αλλά του ΤΜΕΔΕ κατά την έκδοση της εγγυητικής επιστολής γεγονός που δήθεν συνομολογεί το ΤΜΕΔΕ στο με αρ. πρωτ. 12318/2020-ε/7.8.2020 έγγραφό του αναφέροντας ότι «Λόγω συστημικού λάθους εκδόθηκαν δύο εγγυητικές επιστολές με τον ίδιο αριθμό και με την ίδια ημερομηνία για το ίδιο έργο υπέρ «...» και «...». Το ΤΜΕΔΕ στο άνω έγγραφο του δεν αναφέρει ότι η προσκομισθείσα από την ένωσή μας e-72042 εγγυητική επιστολή δεν έχει τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη στοιχεία ή ότι δεν αναφέρει τα στοιχεία και των δύο μελών της ένωσης, όπως προδήλως εσφαλμένα δέχθηκε η Επιτροπή Διαγωνισμού, αλλά ότι εκδόθηκε υπέρ της ένωσής μας και των μελών της εγγυητική επιστολή αποτελούμενη από τέσσερις (4) σελίδες, αντί των δύο (2) που είναι το συνήθως συμβαίνον. Αυτό θεωρεί ως «συστημικό λάθος» το ΤΜΕΔΕ και

σ' αυτό αναφέρθηκε. Συνεπώς το σφάλμα είναι της Επιτροπής Διαγωνισμού που παρέλειψε να ελέγξει και τις τέσσερις (4) σελίδες της εγγυητικής επιστολής και όχι του ΤΜΕΔΕ, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Με τον επόμενο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της υπ' αριθμ. 405/2020 αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής ισχυριζόμενη ότι εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, ήτοι χωρίς προηγούμενη γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού. Ο συγκεκριμένος λόγος προβάλλεται αλυσιτελώς από την προσφεύγουσα. Ειδικότερα: Κατά την παγιωμένη άποψη νομολογίας και επιστήμης όταν προσβάλλεται διοικητική πράξη που έχει εκδοθεί κατά δεσμία αρμοδιότητα και ο αιτών δεν αμφισβητεί τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά, εφ' όσον, στα πλαίσια της παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, πιθανολογείται σοβαρώς ότι, από πλευράς εσωτερικής νομιμότητας, η πράξη αυτή βάλλεται αβασίμως, τότε, και υπό την προϋπόθεση ότι δεν πρόκειται για περίπτωση ανυποστάτου πράξεως, παρέλκει ως αλυσιτελής η έρευνα τυπικών λόγων, όπως είναι οι λόγοι ανυπόστατου πράξεως, παρέλκει ως αλυσιτελής η έρευνα τυπικών λόγων, όπως είναι οι λόγοι περί αναρμοδιότητας, μη νόμιμου συγκροτήσεως ή κακής συνθέσεως του συλλογικού οργάνου που εξέδωσε την πράξη, ή οργάνου που γνωμοδότησε κατά την διαδικασία εκδόσεώς της, καθώς και οι λόγοι περί μη τηρήσεως των τύπων που έχουν ταχθεί από το νόμο για την έκδοσή της. Και τούτο, διότι το διοικητικό όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, θα όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (πρβλ. Σ.Τ.Ε. 530/2003 Ολομ., 2916/2007, Ε.Α. 63/2012, 949, 671/2011 κ.ά.). Εν προκειμένω η προσφεύγουσα ένωση δεν αμφισβητεί ότι, σε αντίθεση με όσα δέχθηκε προδήλως εσφαλμένα η Επιτροπή Διαγωνισμού, στην υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητική επιστολή μας αναγράφονται τα ονόματα και των δύο μελών της ενώσεώς μας και συνεπώς ότι δεν συντρέχει ο μοναδικός λόγος αποκλεισμού μας που διέγνωσε η Επιτροπή Διαγωνισμού, διαφωνεί με το μορφότυπο της εγγυητικής επιστολής και το ότι τα στοιχεία των εταιριών μελών της ενώσεώς σας δεν αναγράφονται στην ίδια σελίδα. Εν όψει των ανωτέρω αλυσιτελώς

προβάλλονται αιτιάσεις περί μη γνωμοδότησης της Επιτροπής Διαγωνισμού για την εφαρμογή του άρθρου 106§3 του Ν. 4412/2016, εφόσον η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί, ως προς την πραγματική βάση, ότι η εγγυητική επιστολή που προσκομίσαμε αναφέρει τα στοιχεία και των δύο μελών της ενώσεώς μας, πραγματικό γεγονός που διέλαθε της προσοχής της επιτροπής διαγωνισμού. Εκτός των ανωτέρω ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος και για τον εξής λόγο: Το άρθρο 106§3 του Ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής: «3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.» Από την άνω διάταξη προκύπτει ότι η γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού είναι απλή από την οποία και δεν δεσμεύεται ο αποδέκτης της, ήτοι η Οικονομική Επιτροπή. Το άρθρο 20§1 του Ν. 2690/1999 ορίζει τα εξής: «1. Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της.» Από την άνω διάταξη προκύπτει ότι οι γνωμοδοτήσεις (απλές ή σύμφωνες) διατυπώνονται ύστερα από ερώτημα του αποφασίζοντος οργάνου, ενώ η γνώμη υποβάλλεται με πρωτοβουλία του οργάνου που γνωμοδοτεί. Τέλος στο άρθρο 20§4 του Ν. 2690/1999 ορίζονται τα εξής: «4. Αν η απλή γνώμη δεν υποβληθεί μέσα στην προθεσμία που έχει ταχθεί προς τούτο από το νόμο ή από το αποφασίζον όργανο ή, σε κάθε περίπτωση, μέσα σε εύλογο χρόνο, η διοικητική πράξη μπορεί να εκδοθεί και χωρίς αυτήν.» Από την άνω διάταξη προκύπτει ότι στην περίπτωση της απλής γνώμης το έχον την αποφασιστική αρμοδιότητα όργανο μπορεί νομίμως να εκδώσει την απόφαση του χωρίς την γνωμοδότηση του γνωμοδοτούντος οργάνου, εάν την έχει ζητήσει και αυτό (γνωμοδοτικό όργανο) δεν θέλησε να ασκήσει την αρμοδιότητά του. Εν προκειμένω το έγγραφο της ένωσής μας με την επισήμανση του πρόδηλου

σφάλματος της Επιτροπής Διαγωνισμού και την δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 106§3 του Ν. 4412/2016 τέθηκε υπόψη της Επιτροπής Διαγωνισμού. Όπως προκύπτει από το με αρ. πρωτ. 10275/10.8.2020 (αρ. εισερχ. 32919/10.8.2020) έγγραφο του Προέδρου της Επιτροπής Διαγωνισμού, αυτή αρκέσθηκε να το διαβιβάσει στην Οικονομική Επιτροπή για τις δικές της ενέργειες αποφεύγοντας να γνωμοδοτήσει για την εφαρμογή ή μη της διάταξης του άρθρου 106§3 του Ν.4412/2016. Εν όψει των ανωτέρω και δεδομένου ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού ενημερώθηκε και απείχε να γνωμοδοτήσει νομίμως η Οικονομική Επιτροπή προχώρησε στην λήψη απόφασης για εφαρμογή του άρθρου 106§3 χωρίς την γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού και όσα περί παράβασης ουσιώδους τύπου κατά τη διαδικασία έκδοσης της 405/2020 απόφασης αναφέρει η προσφεύγουσα είναι απορριπτικά. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ένωσή μας όφειλε να προσβάλλει με προδικαστική προσφυγή την υπ' αριθμ. 375/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής και να μην επισημάνει το πρόδηλο σφάλμα της Επιτροπής Διαγωνισμού στην αναθέτουσα αρχή ώστε να κινηθεί η διαδικασία του άρθρου 106§3 του Ν. 4412/2016. Εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή διέγνωσε το πρόδηλο σφάλμα της Επιτροπής Διαγωνισμού και κίνησε την διαδικασία του άρθρου 106§3 του Ν. 4412/2016 πριν παρέλθει η προθεσμία προσβολής της υπ' αριθμ. 375/2020 αποφάσεως με προδικαστική προσφυγή, η οποία παρήρχεται στις 13.8.2020, δεδομένου ότι όπως προκύπτει από τη λειτουργία της επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ, η άνω 375/2020 απόφασή μας κοινοποιήθηκε στις 3.8.2020. Συνεπώς μετά την εν τοις πράγμασι ανάκληση της υπ' αριθμ. 375/2020 αποφάσεως αυτή έπαψε να υφίστατο στο νομικό κόσμο και δεν ήταν δυνατή η προσβολή της. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσκομισθείσα από την ένωσή μας e-72042 εγγυητική επιστολή «....δεν περιέχει σε κανέναν μορφότυπό της, αμφότερες τις αποτελούσες την ένωση εταιρίες «...» με αποτέλεσμα να απουσιάζουν η επωνυμία, ΑΦΜ, και η διεύθυνση του ενός εκ των δύο μελών, αφετέρου να μην έχει ισχύ ο απαιτούμενος όρος του άρθρου 15.1 της διακήρυξης που ορίζει ότι «Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση....».

Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και αναληθής και για την απόρριψή του επαγόμεθα τα εξής: Το άρθρο 15 της διακήρυξης του επίμαχου έργου ορίζει: «Άρθρο 15: Εγγύηση συμμετοχής 15.1 Για την συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείται η κατάθεση από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, κατά τους όρους της παρ. 1 α) του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των 316.950,00 ευρώ. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής περιλαμβάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία α : α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) τον κύριο του έργου ΔΗΜΟ «...» προς τον οποίο απευθύνοντας 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 διακήρυξης (αριθμός, έτος, τίτλος έργου) και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, 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. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της παρούσας, ήτοι μέχρι 05/02/2021 άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής. Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη

διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 72 του ν. 4412/2016». Το άρθρο 72 § 4 του Ν.4412/2016 που διέπει την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ορίζει ότι: «4. Οι εγγυήσεις του παρόντος άρθρου περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης. β) τον εκδότη, ν) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται (ή τον 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, τα ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης ή πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και την «καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών», 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». Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι για το παραδεκτό της προσφοράς τους οφείλουν με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής τους να υποβάλλουν εγγυητική επιστολή συμμετοχής, ποσού 316.950,00€. Περαιτέρω από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι, σε περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, απαιτείται για το παραδεκτό της προσφοράς, η εγγυητική

συμμετοχής στον διαγωνισμό να καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων της ένωσης και να αναγράφει την πλήρη επωνυμία, τον ΑΦΜ και την διεύθυνση των οικονομικών φορέων μελών της ένωσης που υποβάλλουν την κοινή προσφορά, δεδομένου ότι είναι απαραίτητη η σύμπραξη όλων για την ανάληψη του προκηρυχθέντος έργου (ΣτΕ 4355/1997, 784/2007, 32/2010). Με την έκδοση της εγγυητικής επιστολής στο όνομα των οικονομικών φορέων που απαρτίζουν την ένωση καθορίζεται με ακρίβεια η έκταση της ευθύνης του εκδότη της και διασφαλίζεται πλήρως η εξυπηρέτηση του σκοπού, στον οποίο απέβλεψε ο κανονιστικός νομοθέτης με την θέσπιση της εγγυητικής επιστολής ως μέσου παροχής εγγυήσεως εκ μέρους του υποψηφίου αναδόχου, σκοπού ο οποίος συνίσταται όχι μόνο στην απρόσκοπτη καταβολή στον κύριο του έργου του ποσού της εγγυητικής επιστολής στην περίπτωση αθετήσεως από τον μετέχοντα στον διαγωνισμό και στην περίπτωση που μειοδότης είναι ένωση στον εξαναγκασμό όλων των μελών της στην υπογραφή της συμβάσεως (ΣτΕ 2513/1993). Συνεπώς το εάν η προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή καλύπτει τις απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης θα κριθεί από το εάν μ' αυτήν εξασφαλίζεται ο εργοδότης, ότι θα καταβληθεί υπέρ του το ποσό της εγγυήσεως, απροφασίστως και αναντιρρήτως εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας, από το εάν με την χορηγηθείσα εγγυητική δεσμεύεται ο εκδώσας αυτήν ότι θα καταβάλλει το ποσό της εγγυήσεως στην περίπτωση πλήρωσης των όρων για τους οποίους χορηγείται η εγγύηση απροφασίστως και αναντιρρήτως εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας στην περίπτωση που οι υπέρ η χορηγηθείσα εγγυητική επιστολή αθετήσουν τις υποχρεώσεις τους ή αρνηθούν να υπογράψουν την σύμβαση στην περίπτωση αναδείξεως των ως αναδοχών εκτέλεσης του έργου. Στην παρούσα περίπτωση η ένωση των εταιριών μας για την παραδεκτή συμμετοχή της στο διαγωνισμό υπέβαλε με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της α) την υπ' αριθμ. e-72073 εγγυητική επιστολή του ΤΜΕΔΕ ποσού 194.670, 69 € και β) την υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητική επιστολή του ΤΜΕΔΕ, ποσού 122.279, 31€, ήτοι υπέβαλε εγγυητικές επιστολές συμμετοχής συνολικού ποσού 316.950,00€ (194.670,69 + 122.279,31), όπως απαιτείτο από τη διακήρυξη. Οι άνω προσκομισθείσες εγγυητικές επιστολές είναι πλήρεις και καθ' όλα νόμιμες και

πληρούν τους όρους της διακήρυξης. Το άρθρο 15.2 εδ. στ που επικαλέσθηκε η Επιτροπή για την απόρριψη της προσφοράς μας, όπως και ανωτέρω αναφέραμε ορίζει κατά λέξη τα εξής: 15.2 Οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής περιλαμβάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία «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)...». Ως προς την υπ' αριθμ. e-72073 εγγυητική επιστολή που υποβάλαμε και αποτελείτο από δύο σελίδες η Επιτροπή δεν διαπίστωσε καμία έλλειψη και έκρινε ότι πληροί τους όρους της διακήρυξης. Ως προς την υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητική επιστολή που υποβάλαμε η Επιτροπή Διαγωνισμού προδήλως εσφαλμένα και εκ παραδρομής και κατά ουσιώδη πλάνη περί τα πράγματα έκρινε ότι δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης γιατί στο σώμα της δεν αναφέρονται δήθεν τα στοιχεία και των δύο εταιριών μελών της ένωσής μας, αλλά μόνο της μίας. Το πρόδηλο σφάλμα της Επιτροπής Διαγωνισμού έγκειται στο εξής: Η υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητική επιστολή που εκδόθηκε από το ηλεκτρονικό σύστημα εγγυητικών επιστολών του ΤΜΕΔΕ, αποτελείται από τέσσερις (4) σελίδες, και τούτο διότι αντί τα στοιχεία των εταιριών μελών της ένωσής μας να περιλαμβάνονται σε μία σελίδα, όπως στην υπ' αριθμ. e-72073 εγγυητική επιστολή, περιλαμβάνονται σε δύο (2) ξεχωριστές σελίδες και έτσι υπεβλήθη εγγυητική επιστολή αποτελούμενη από τέσσερις σελίδες. Αυτό είναι το συστημικό λάθος που αναφέρει το ΤΣΜΕΔΕ και έκανε σημαία της προσφυγής της η προσφεύγουσα. Δεν πρόκειται για δύο ξεχωριστές εγγυητικές επιστολές αλλά για μία ενιαία εγγυητική επιστολή με αριθμό e-72042 και με μία ψηφιακή επισήμανση-υπογραφή στην πρώτη σελίδα, ως πράττει παγίως το ΤΜΕΔΕ, που περιλαμβάνει τα πλήρη στοιχεία και των δύο (2) εταιριών μελών της ένωσής μας και όλα τα υπόλοιπα για την εγκυρότητά της στοιχεία του άρθρου 15 της διακήρυξης και του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016. Τούτο αποδεικνύεται από το ότι τόσο η αναφερόμενη στο μέλος της ενώσεώς μας «...» σελίδα φέρει τον αριθμό e-72042, όσο και η σελίδα η αναφερόμενη στο μέλος της ένωσής μας «...» φέρει τον ίδιο αριθμό e- 72042. Η προσκομισθείσα από την ένωσή μας e-72042 εγγυητική

επιστολή αναφέρει την ημερομηνία εκδόσεώς της, τον εκδότη της (ΤΜΕΔΕ), τον αριθμό της εγγυητικής επιστολής και το ποσό που καλύπτει, απευθύνεται στον κύριο του έργου, περιέχει τους όρους της ανεπιφύλακτης εγγύησης, της παραίτησης από το δικαίωμα της διζήσεως και διαιρέσεως, καθώς και τον όρο της καταβολής του ποσού της εγγυήσεως απροφασίστως και αναντίρρητους εντός πέντε (5) ημερών στον Δήμο «...», τα πλήρη στοιχεία των μελών της ένωσης (επωνυμία, έδρα, ΑΦΜ) για τα οποία εγγυάται το ΤΜΕΔΕ, το χρόνο ισχύος της, τον τίτλο του έργου για το οποίο χορηγείται και τον αριθμό ΑΔΑΜ και την δήλωση σε κάθε φύλλο ότι «Η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση». Πρόκειται επομένως για μια εγγυητική επιστολή που πληροί όλες τις απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης εξασφαλίζοντας τον εργοδότη Δήμο «...», δεσμεύοντας τον εγγυητή ΤΜΕΔΕ και υποχρεώνοντας την ένωσή μας να τηρήσει τις υποχρεώσεις της από τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Η μη αναγραφή των στοιχείων των εταιριών μελών της ένωσής μας σε μία σελίδα προφανώς δεν επηρεάζει ούτε την πληρότητα, ούτε τη νομιμότητα της εγγυητικής επιστολής, ούτε αίρει την υποχρέωση του ΤΜΕΔΕ να καταβάλει το ποσό της εγγυήσεως στο Δήμο «...» αν η ένωσή μας παραβεί τους όρους του διαγωνισμού. Συνεπώς όσα αναφέρει η προσφεύγουσα ότι στην εγγυητική επιστολή δεν αναφέρονται τα στοιχεία και των δύο εταιριών της ένωσής μας και ότι δεν καλύπτεται ο όρος του άρθρου 15.1 της διακήρυξης είναι απορριπτέα ως αβάσιμα και αναληθή. Εν όψει των ανωτέρω και δεδομένου ότι η υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητική επιστολή το ΤΜΕΔΕ που προσκομίσαμε καλύπτει πλήρως τους όρους της διακήρυξης και τις διατάξεις του νόμου δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής η υπ' αριθμ. 833/2020 απόφαση που επικαλείται η προσφεύγουσα. Δεν υπάρχει κάποιο σφάλμα στην υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητική επιστολή που να παρέλειψε να ελέγξει η ένωσή μας. Η εγγυητική επιστολή είναι πλήρης. Το σφάλμα είναι της Επιτροπής Διαγωνισμού που παρέλειψε να ελέγξει και τις τέσσερις (4) σελίδες της εγγυητικής επιστολής που προσκομίσαμε».

14. Επειδή με το ως άνω υπόμνημα της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «Επισημαίνουμε στο υπόδειγμα της εγγυητικής επιστολής της διακήρυξης προβλέπεται ότι στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων

γίνεται ρητή αναφορά σε αυτή, καθώς και στην ιδιότητα των οικονομικών φορέων που την αποτελούν ως μελών της. Εξάλλου, με την υποσημείωση υπ' αριθ. 5 του υποδείγματος γίνεται σαφής υπόμνηση ότι το κείμενο της εγγυητικής πρέπει να συμπληρώνεται, στο ίδιο σημείο (δηλαδή στο σημείο που πρέπει να σημειώνονται τα πρόσωπα υπέρ των οποίων εκδίδεται), με όλα τα μέλη της ένωσης. Σε αντίθεση με το υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής η Ένωση οικονομικών φορέων «...» υπέβαλε την υπ' αριθ. e-72042 εγγυητική επιστολή του ΤΜΕΔΕ, στην οποία ουδεμία αναφορά περιλαμβάνεται ότι οι οικονομικοί φορείς «...» και «...» έχουν την ιδιότητα μελών ένωσης, ενώ δεν περιλαμβάνονται από κοινού σε κάποιο σημείο της. Ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας Ένωσης οικονομικών φορέων «...» ότι η ανωτέρω υπ' αριθ. e- 72042 εγγυητική επιστολή είναι ορθή διαψεύδεται από το ίδιο το ΤΜΕΔΕ που την εξέδωσε αφού, σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. 12318/2020^Λ/7. 8. 2020 έγγραφο του Τμήματος Μητρώου Πιστούχων Χορήγησης Εγγυητικών Επιστολών και Εκκαθάρισεως Οφειλών Πρόσθετων Ασφαλειών του ΤΜΕΔΕ, η επίμαχη εγγυητική επιστολή εκδόθηκε «λόγω συστημικού λάθους» του ίδιου του ΤΜΕΔΕ. Σημειωτέον ότι η ίδια Ένωση υπέβαλε στον Διαγωνισμό και την υπ' αριθ. Θ- 72073 εγγυητική επιστολή του ΤΜΕΔΕ, με περιεχόμενο σύμφωνο με το ανωτέρω υπόδειγμα της αναθέτουσας αρχής. Οι διαφορές μεταξύ των δύο εγγυητικών επιστολών (Θ-72042 και Θ-72073) είναι εμφανέστατες και θα έπρεπε να γίνουν άμεσα αντιληπτές από την παρεμβαίνουσα ώστε να συμπληρωθεί ορθά η επίμαχη υπ' αριθ. Θ-7242 εγγυητική επιστολή πριν την υποβολή της. 2. Με την υπ' αριθ. 9/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκαν, μεταξύ άλλων, τα εξής: «43. Επειδή, στον ν. 4412/2016 και ίδια στο άρθρο 72 «Εγγυήσεις» παρ. 1 ορίζονται οι βασικές απαιτήσεις που διέπουν τις εγγυητικές επιστολές που εκδίδονται στο πλαίσιο σύναψης δημοσίων συμβάσεων, μεταξύ των οποίων το ύψος αυτών, η διάρκεια τους και ο όρος ότι στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Η ίδια εν προκειμένω υποχρέωση περί συμπερίληψης στην εγγυητική επιστολή συμμετοχής του επίμαχου όρου στην περίπτωση ένωσης, ρητά αναφέρεται αυτολεξεί και στην παρ. 1 του άρθρου 15 της Διακήρυξης η οποία αποτελεί το

κανονιστικό πλαίσιο, που διέπει την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους προσφέροντες, κατά τα ανωτέρω αναλυτικά εκτεθέντα στη σκέψη 33 της παρούσας. Επομένως, από τις ανωτέρω ρητές, ακριβείς, σαφείς και λεπτομερειακές διατάξεις της διακήρυξης του επίμαχου διαγωνισμού (άρθρα 15.1 και 15.2), προκύπτει ότι οι εγγυητικές επιστολές που καταθέτουν οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς σε περίπτωση ένωσης, όπως εν προκειμένω, πρέπει, να περιλαμβάνουν και τον επίμαχο όρο (πρβλ. Ε.Α. 95/2009), χωρίς να δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι αρκεί η αναγραφή των στοιχείων των μελών της Ένωσης, η οποία ρυθμίζεται από έτερη διάταξη της διακήρυξης και ήτοι την αμέσως επόμενη της επίμαχης. Αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή της σχετικής διάταξης της Διακήρυξης θα παραβίαζε την αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των δημόσιων διαγωνισμών, αλλά και τις θεμελιώδεις αρχές της διαφάνειας και της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, αφού θα ισοδυναμούσε με την αποδοχή Εγγυητικών Επιστολών από τους διαγωνιζόμενους, που έχουν εκδοθεί με διαφορετικούς όρους από τους οριζόμενους και απαιτούμενους από τη διακήρυξη, εξ' ου και δεν τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, και τούτο, διότι μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, (βλ. και σκέψη 36 της παρούσας), όπως άλλωστε ρητά ορίζει και η παρ. 2 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, την οποία παρά ταύτα, ο προσφεύγων, επικαλείται. 44. Επειδή, εν προκειμένω, από την εξέταση της εκ μέρους του παρεμβαίνοντος κατατεθείσας εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, προέκυψε ότι ελλείπει ο οικείος επίμαχος όρος, γεγονός που ουδείς αμφισβητεί. Επομένως, σε συνέχεια των αναλυτικά εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη και βάσει των στοιχείων του φακέλου, προκύπτει ότι δεν πληρούνται ούτε οι απαιτήσεις του νόμου, ούτε της διακήρυξης, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, απορριπτόμενων ως αβάσιμων των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας αρχής η οποία μάλιστα είχε δέσμια αρμοδιότητα (βλ. σκέψη 41 της παρούσας) ως προς την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Εξάλλου, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί, στο πλαίσιο εφαρμογής της

αρχής της τυπικότητας που διέπει παγίως τις διαγωνιστικές διαδικασίες, ότι βάσει των όρων της οικείας διακήρυξης, το γεγονός της αναγραφής των στοιχείων και των δύο οικονομικών φορέων που αποτελούν την ένωση, καλύπτει την έλλειψη αναγραφής του επίμαχου και απαιτούμενου όρου, και τούτο διότι, η εν λόγω αναγραφή απαιτείται από το άρθρο 15 παρ. 2 της διακήρυξης, χωρίς ουδόλως να προκύπτει ότι η οικεία απαίτηση τίθεται διαζευκτικά σε σχέση με τον επίμαχο όρο του άρθρου 15 παρ.1 της διακήρυξης. Έτι δε περαιτέρω, ακόμη και εάν ήθελε υποθεθεί ότι ο παρεμβαίνων αμφισβητεί εμμέσως τους όρους της διακήρυξης, τούτο θα ελάμβανε χώρα απαραδέκτως, διότι με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στον διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, αποδέχθηκε πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης και δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπόπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση ΣΤ Απόφαση 1620/15). Εν πάσει περιπτώσει ο επίμαχος όρος έχει διατυπωθεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του Διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε, να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό του (βλ. σκέψη 34 της παρούσας), αποτελεί ουσιώδη όρο της διακήρυξης, λαμβάνοντας υπόψη αφενός τη ρητή απαίτηση της διακήρυξης αλλά και τις διατάξεις του ν. 4412/2016 που διέπει ρητά την οικεία διαγωνιστική διαδικασία, και απαιτεί την συμπερίληψη του εν λόγω όρου στο άρθρο 72 αλλά και του άρθρου 19 του εν λόγω νόμου που ρητά ορίζει ότι στις περιπτώσεις υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, όπως εν προκειμένω, όλα τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον. Συνεπώς, δοθέντος ότι στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, απαιτείται από τη διακήρυξη, η συμπερίληψη όρου στην εγγύηση συμμετοχής αναφορικά με την κάλυψη όλων των φυσικών ή νομικών προσώπων που υποβάλλουν την κοινή προσφορά (βλ. *ad hoc* ΣτΕ ΕΑ 600/2011, ΣτΕ 4355/1997 Ολομ.), μη αρκούντως της αναγραφής της επωνυμίας, διεύθυνσης και ΑΦΜ, ενός εκάστου εξ' αυτών, ζητήματα τα οποία ρυθμίζονται από έτερο όρο (15.2) της διακήρυξης, ο οικείος λόγος της προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος». Στην προκειμένη περίπτωση, η υποβληθείσα από την Ένωση οικονομικών φορέων

«...» υπ' αριθ. e- 72042/29.04.2020 εγγυητική επιστολή δεν εκδόθηκε υπέρ της ανωτέρω Ένωσης αλλά υπέρ της εταιρίας «...», καθώς και υπέρ της εταιρίας «...» χωρίς καμία αναφορά σε ιδιότητά τους ως μέλος ένωσης ή κοινοπραξίας, με αποτέλεσμα τα στοιχεία της εγγυητικής επιστολής να μην ταυτίζονται με τα στοιχεία της διαγωνιζόμενης ένωσης οικονομικών φορέων. 3. Κύριο χαρακτηριστικό της εγγυητικής επιστολής είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα (και εν προκειμένω το ΤΜΕΔΕ) στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του και μάλιστα ανεξάρτητα από το κύρος ή την ελαττωματικότητα της σχέσης μεταξύ αφενός του υπέρ ου η επιστολή και του λήπτη και αφετέρου μεταξύ του εγγυητή και του υπέρ ου η επιστολή. Με την εγγυητική επιστολή οι συναλλασσόμενοι δεν αποβλέπουν στην απόκτηση πρόσθετης φερεγγυότητας, αλλά στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του καλυπτομένου με αυτήν ποσού, με απλή ειδοποίηση του τελευταίου, χωρίς την ανάγκη προσφυγής στα δικαστήρια. Επιπλέον, η εγγυητική επιστολή αποτελεί έγγραφη υπόσχεση τράπεζας προς οφειλέτη πελάτη της ότι θα εκπληρώσει ορισμένη χρηματική οφειλή του πελάτη της προς τον δανειστή του, είτε στην περίπτωση που ο πελάτης δεν εκπληρώσει την παροχή του (εγγυητική επιστολή υπό όρο), είτε στην περίπτωση που ο δανειστής δηλώσει ότι ο πελάτης της τράπεζας δεν εκπλήρωσε την παροχή του (εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση ή χωρίς όρους). Με τη σύμβαση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι του δανειστή να του καταβάλει οφειλή τρίτου, λόγω δε του ενδοτικού χαρακτήρα των περί εγγυήσεως διατάξεων, δεν αποκλείεται να περιληφθεί στη σύμβαση ρήτρα, κατά την οποία ο εγγυητής θα καταβάλει το ποσό της εγγυήσεως σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το υπαρκτό και το νόμιμο του χρέους και να προβάλλει την ένσταση διζήσεως. Το συνηθισμένο περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής περιλαμβάνει τα εξής: α) ημερομηνία έκδοσης, β) την επωνυμία της εκδότριας τράπεζας, γ) αναφορά του προσώπου που καθίσταται δικαιούχος της εγγυητικής επιστολής (δέκτης ή λήπτης), δ) αναφορά του προσώπου υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγυητική επιστολή (υπέρ ου εγγυητική

επιστολή), ε) ρήτρα περί ανάληψης από την τράπεζα της ευθύνης ανεπιφύλακτα, χωρίς δηλαδή όρους ή αιρέσεις, στ) ρήτρα περί παραιτήσεως από την ένσταση διζήσεως, ζ) ποσό της εγγυητικής επιστολής, η. αναφορά του λόγου εκδόσεως της εγγυητικής επιστολής π.χ για τη συμμετοχή σε διαγωνισμό, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, θ.) διάρκεια ισχύος της εγγυητικής επιστολής και ι) υπόσχεση της τράπεζας ότι θα καταβάλει το ποσό αμέσως ή μέσα σε ελάχιστο χρονικό διάστημα. Ειδικά δια της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σε διαγωνισμό η τράπεζα εγγυάται έναντι αυτού που προκηρύσσει τον διαγωνισμό την καταβολή ορισμένου ποσού για την περίπτωση που ο συμμετέχων στη διαδικασία δεν εκπληρώσει ή εκπληρώσει πλημμελώς τις υποχρεώσεις που πηγάζουν από τη συμμετοχή του. Σκοπός της εγγυητικής επιστολής αυτού του είδους είναι η εξασφάλιση της αναθέτουσας αρχής από τυχόν επιζήμιες ενέργειες των διαγωνιζομένων κατά το προσυμβατικό στάδιο (αδικαιολόγητη υπαναχώρηση ή καθυστέρηση σύναψης της σχετικής σύμβασης από υπαιτιότητα του διαγωνιζομένου, διότι η προσφορά του δεν πληρούσε τους όρους της διακήρυξης). Το ποσό που καταβάλλεται με τη κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής καλύπτει, συνήθως, τις δαπάνες του διαγωνισμού που ματαιώθηκε καθώς και τα έξοδα προκήρυξης νέου διαγωνισμού ενώ πολλές φορές η εγγυητική επιστολή συμμετοχής χορηγείται για την εξασφάλιση ποινικής ρήτρας, που συνομολογείται για τη περίπτωση που δεν προσαχθεί εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης ή δεν καταρτισθεί η σύμβαση. Το περιεχόμενο που θα πρέπει να έχει εκάστοτε η εγγυητική επιστολή συμμετοχής προσδιορίζεται στους όρους προκήρυξης του διαγωνισμού, η κατάθεση δε εγγυητικής επιστολής, με το περιεχόμενο που προβλέπεται στην προκήρυξη, αποτελεί ουσιώδη προϋπόθεση για το παραδεκτό της συμμετοχής (ΣΤΕ 480/1990). Σε περίπτωση, δε, υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων απαιτείται η εγγύηση συμμετοχής να έχει εκδοθεί υπέρ του συνόλου των μελών της ένωσης, διαφορετικά συνεπάγεται τον αποκλεισμό της από τα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού, ενώ δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστά έλλειψη επουσιώδους τυπικής προϋπόθεσης της αντίστοιχης προσφοράς, δεκτικής συμπλήρωσης, και τούτο διότι με τη μνεία στην εγγυητική επιστολή των στοιχείων της διαγωνιζομένης ένωσης καθορίζεται με ακρίβεια η έκταση της

ευθύνης του εκδότη της και διασφαλίζεται η εξυπηρέτηση του σκοπού, στον οποίο απέβλεπε ο κανονιστικός νομοθέτης με τη θέσπιση της εγγυητικής επιστολής ως μέσου παροχής εγγυήσεως εκ μέρους του υποψηφίου αναδόχου, σκοπού που συνίσταται όχι μόνο στην άμεση και απρόσκοπτη καταβολή στον κύριο του έργου του ποσού της εγγυητικής επιστολής σε περίπτωση αθετήσεως, εκ μέρους του μετέχοντος στη δημοπρασία, των συναφών υποχρεώσεών του, αλλά και στον εξαναγκασμό του μειοδότη (και στην περίπτωση που ο μειοδότης είναι κοινοπραξία, όλων των κοινοπρακτούντων) στην υπογραφή της συμβάσεως και την ανάληψη της υποχρεώσεως εκτελέσεως του έργου, με την κατάπτωση, σε βάρος του και υπέρ του κυρίου του έργου, της εγγύησης συμμετοχής του στη δημοπρασία (ΣτΕ 963/2000). Στην προκειμένη περίπτωση, με το περιεχόμενο που έχει η επίμαχη υπ' αριθ. e-72042Z29.04.2020 εγγυητική επιστολή, η οποία ΔΕΝ περιείχε όλα τα στοιχεία που απαιτεί ο Ν. 4412/2016 και η Διακήρυξη και ΔΕΝ συντάχθηκε σύμφωνα με το υπόδειγμα της αναθέτουσας αρχής, καθιστά τουλάχιστον αμφισβητήσιμη τη δυνατότητα που θα είχε η αναθέτουσα αρχή να εισπράξει το ποσό της εγγυητικής σε περίπτωση κατάπτωσής της σε βάρος της παρεμβαίνουσας ένωσης αφού δεν εξασφαλίζεται με απόλυτη ασφάλεια η ταυτότητα του υπέρ ου η εγγυητική. Εν κατακλείδι, είναι βέβαιον ότι, γνωρίζοντας τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και τους όρους της Διακήρυξης, ουδείς νομικός θα αποδεχόταν ότι η επίμαχη εγγυητική επιστολή διασφάλιζε τη δυνατότητα είσπραξης της σε περίπτωση που αυτή καταπέσει σε βάρος της παρεμβαίνουσας ένωσης. 4. Όπως έχει κριθεί με την υπ' αριθ. 10/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ, «... έχει κριθεί (πρβλ. ΑΕΠΠ 102/2017, 829/2018, 843/2018, ΕΣ Τμ. VI 1328, 1330/2018, 1876/2017) ότι συνιστούν επουσιώδη σφάλματα της εγγυητικής επιστολής που δεν επιδρούν στο κύρος της, ελλείψεις ή σφάλματα στο περιεχόμενό της, όταν δεν γεννάται σύγχυση ως προς την ταυτότητα του υπέρ ου η εγγύηση και γενικά από το περιεχόμενο της δεν καταλείπεται αμφιβολία ως προς τη δέσμευση του εγγυητή (βλ. ΣτΕ 1073/1993) και άλλα ήσσονος σημασίας σφάλματα. Τέτοιες ελλείψεις και σφάλματα, κατά τη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου και τη διοικητική νομολογία της ΑΕΠΠ έχει κριθεί ότι συνιστούν η παράλειψη αναγραφής του Αριθμού Φορολογικού Μητρώου (Α.Φ.Μ.) ή η

πλημμελής αναγραφή της διεύθυνσης του προσφέροντος στο σώμα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η παράλειψη αναγραφής του αριθμού πρωτοκόλλου της διακήρυξης και η παράλειψη αναγραφής της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών στο σώμα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής Στην προκειμένη περίπτωση με την επίμαχη υπ' αριθ. e-72042/29.04.2020 εγγυητική επιστολή γεννάται, τουλάχιστον, σύγχυση ως προς την ταυτότητα του υπέρ ου η εγγύηση. Πρόκειται για ουσιώδη έλλειψη, μη δυνάμενη να θεωρηθεί ως έλλειψη «επουσιώδους τυπικής προϋποθέσεως», δεν είναι δεκτική συμπληρώσεως εκ των υστέρων και καθιστά υποχρεωτικό τον αποκλεισμό της προσφοράς. Συνεπώς, η εκ των υστέρων διευκρίνηση ή αντικατάσταση της επίμαχης εγγυητικής θα εισήγαγε αναμφίβολα διάκριση υπέρ της παρεμβαίνουσας ένωσης σε σχέση με τους λοιπούς οικονομικούς φορείς και θα είχε ως συνέπεια αθέμιτη ευνοϊκή μεταχείρισή της (βλ. ΑΕΠΠ 278 /2020: « 40. Επειδή, επομένως, *de minimis* πλημμέλειες της εγγυητικής επιστολής ή εγγυοδοσίας του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων δύνανται να συμπληρωθούν/διορθωθούν υπό τους όρους και προϋποθέσεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, τηρουμένης της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και της χρηστής διοίκησης (Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις, Ερμηνεία κατ' άρθρον, Σχετικές διατάξεις - Νομολογία, Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ. 657- 658). Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να καλεί τους προσφέροντες να διευκρινίσουν ή να συμπληρώσουν έγγραφα της προσφοράς τους προς άρση ασαφειών ή προδήλων τυπικών σφαλμάτων, όταν επίκειται αποκλεισμός τους για τον λόγο αυτό από τη διαγωνιστική διαδικασία (Ε Κλιμ. 380, 406/2017). 41. Επειδή, έχει έτι κριθεί - κατ' αναλογίαν της προκείμενης περίπτωσης - ότι κρίσιμο είναι εν πάση περιπτώσει εάν θίγονται οι εγγυητικές ή εγγυοδοτικές δεσμεύσεις σε σχέση με την ανωτέρω συμμετέχουσα καθώς και οι ταυτότητα των υπέρ ου ή υπέρ ων συστήνεται η εγγυοδοσία. Οπότε σε αντίθετη περίπτωση οφείλει η αναθέτουσα αρχή - εφόσον δεν τίθεται ζήτημα καταφανούς παραβίασης ουσιώδους όρου της διακήρυξης - να καλέσει την ανωτέρω διαγωνιζομένη να άρει την πλημμέλεια αυτήν, η οποία συνιστά πρόδηλο τυπικό

σφάλμα που δεν επιδρά στο περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς (βλ. Ε τμήμα Ελ. Συν. Πράξη 366/2018, πρβλ. Ελ.Συν. Τμ. Μείζ. Επταμ. Σύνθ. 3148/2012, βλ. Ε' Κλιμ. 406/2017). 42. Επειδή, η παρεμβαίνουσα έχει υποβάλει γραμμάτιο σύστασης χρηματικής παρακαταθήκης με ν. 787208 ποσού 29.593,00 στο οποίο εμφανίζεται ως καταθέτης η εταιρεία [...] ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΑΚΑΤΩ ΑΙΤΙΑ : ΕΓΓΥΗΣΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΣΤΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ...[...]ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΟΓΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ: "ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗΧΥΤΑ ΔΗΜΟΥ...», ΩΣ ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ: 1) αφμ ..., 2) ΑΜ ... Η ΕΓΓΥΗΣΗ ΔΙΕΠΕΤΑΙ ΑΠΟ ΟΤΙ ΟΡΙΖΕΤΑΙ ΣΤΙΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ Ν. 4412/2016 ΑΡ ΔΙΑΚ....[.]»." 43. Επειδή, τα μέλη της κοινοπραξίας «.....» έχουν υπογράψει και υποβάλει εντός της οικείας προσφοράς το από 4/10/2019 ιδιωτικό συμφωνητικό σύστασης κοινοπραξίας ως αυτό τροποποιήθηκε με το από 10/10/2019 ιδιωτικό συμφωνητικό. Προκύπτει, επομένως, από τη νομική φύση και το περιεχόμενο των ως άνω εγγράφων ότι πρόκειται για συμφωνία «άτυπης» κοινοπραξίας, που εξομοιούται στις συναλλαγές με την ένωση προσώπων, άλλως ότι δεν έχει καταρτισθεί συμβολαιογραφική πράξη σύστασης κοινοπραξίας με ξεχωριστό ΑΦΜ, ούσα αυτοτελώς φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων. Εξάλλου, κατ' άρ. 293 Ν. 4072/2012 ορίζεται ότι «1. Η κοινοπραξία είναι εταιρεία χωρίς νομική προσωπικότητα. Εφόσον καταχωρισθεί στο Γ.Ε.ΜΗ. ή εμφανίζεται προς τα έξω, αποκτά, ως ένωση προσώπων, ικανότητα δικαίου και πτωχευτική ικανότητα. 2. Στην κοινοπραξία που συστήθηκε με σκοπό το συντονισμό της δραστηριότητας των μελών της εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις για την αστική εταιρεία. Η σύμβαση κοινοπραξίας μπορεί να προβλέπει ότι για τις υποχρεώσεις της κοινοπραξίας έναντι τρίτων τα κοινοπρακτούντα μέλη θα ευθύνονται εις ολόκληρον. 3. Εφόσον η κοινοπραξία ασκεί εμπορική δραστηριότητα, καταχωρίζεται υποχρεωτικά στο Γ.Ε.ΜΗ. και εφαρμόζονται ως προς αυτήν αναλόγως οι διατάξεις για την ομόρρυθμη εταιρεία. 4. Οι ως άνω διατάξεις εφαρμόζονται και στις ειδικά ρυθμιζόμενες κοινοπραξίες, εκτός αν υπάρχει αντίθετη πρόβλεψη στην ειδική ρύθμιση.". 44. Επειδή, το άρθρο 15 της διακήρυξης προβλέπει ρητώς ότι πρέπει να περιλαμβάνεται όρος ότι καλύπτονται όλες οι υποχρεώσεις των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση και

περαιτέρω προφανώς να αναφέρονται επί του «σώματος» της εγγύησης (εγγυοδοσίας εν προκειμένω) τα πλήρη στοιχεία όλων των μελών υπέρ των συστήνεται η εγγυοδοσία. 45. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει - όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319). 46. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191). 47. Επειδή, εν προκειμένω, προκύπτει εναργώς ότι υφίσταται παράβαση του οικείου κανονιστικού πλαισίου ως προς το *ad hoc* περιεχόμενο της εγγυοδοσίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 195/2010), λαμβάνοντας υπόψη ότι η παρακαταθήκη πρέπει να έχει συσταθεί υπέρ αμφοτέρων και ενός εκάστου των μελών της επίμαχης κοινοπραξίας και το γεγονός αυτό να αναγράφεται στο έγγραφο της Παρακαταθήκης. Περαιτέρω, δεδομένης της αναφοράς ως αιτία της σύστασης του γραμματίου της συμμετοχής του μέλους της κοινοπραξίας και καταθέτη στο σώμα του γραμματίου και της παράλειψης αναφοράς ότι συστήνεται υπέρ των μελών της κοινοπραξίας ή έστω υπέρ της κοινοπραξίας, εν προκειμένω, με τη γραμματική ερμηνεία του περιεχομένου του υπό εξέταση γραμματίου του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, δεν προκύπτει - ως έδει - ότι η εγγυοδοσία καλύπτει τις υποχρεώσεις των μελών της κοινοπραξίας κι επομένως υφίσταται ανεπίτρεπτος περιορισμός της έκτασης της ευθύνης του Ταμείου καταρχήν στο ένα μέλος της κοινοπραξίας που φέρεται ως καταθέτης άλλως το περιεχόμενο του γραμματίου εγγυοδοσίας δημιουργεί

αμφιβολία περί της ταυτότητας του οικονομικού φορέα, υπέρ του οποίου παρέχεται η εγγύηση και δεν διασφαλίζει ότι το προσκομισθέν γραμμάτιο εγγυοδοσίας συνδέεται μονοσήμαντα και πέραν πάσης αμφιβολίας με αμφοτέρους- ξεχωριστά - τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν μέλη της άτυπης κοινοπραξίας, κατά τρόπο ώστε, να δύναται να καταπέσει καλύπτοντας τις υποχρεώσεις ενός εκάστου αυτών, ήτοι και του μέλους «.....», επί τω τέλει η αναθέτουσα αρχή να δύναται να ασκήσει απρόσκοπτα τα εξ αυτής δικαιώματά της και να ικανοποιηθεί, χωρίς περαιτέρω διατυπώσεις, εισπράττοντας άμεσα το ποσό της εγγυοδοσίας (βλ. ΑΕΠΠ 9/2019, 56/2019, πρβλ. Εα ΣτΕ 201/2008 και *a contrario* ΔεφΘεσ Ν. 149/2016) 5. Τέλος, σε συνέχεια του ισχυρισμού μας ότι ουσιώδης όρος της διαδικασίας εκδόσεως της απόφασης περί επαναλήψεως της διαδικασίας «από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα» αποτελεί η προηγούμενη παροχή γνώμης του αρμόδιου οργάνου, δηλαδή, σύμφωνα με το άρθρο 221 του Ν. 4412/2016, της Επιτροπής Διαγωνισμού και προς αντίκρουση των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας σημειώνουμε την ακόλουθη υπ' αριθ. 2746/2014 απόφαση του ΣτΕ: «6. Επειδή, το άρθρο 20 του κυρωθέντος, με το άρθρο πρώτο του ν.2690/1999 (Α' 45), Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Κ.Δ.Δ.) ορίζει ότι: «1. Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη), ... η ... γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα ... Η γνώμη ... πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. 2. ... 4. Αν η απλή γνώμη δεν υποβληθεί μέσα στην προθεσμία που έχει τυχόν ταχθεί προς τούτο από το νόμο ή από το αποφασίζον όργανο ή, σε κάθε περίπτωση, μέσα σε εύλογο χρόνο, η διοικητική πράξη μπορεί να εκδοθεί και χωρίς αυτήν». 7. Επειδή, με την κρινόμενη αίτηση προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία, κατά τα ανωτέρω, τροποποιούνται διατάξεις του αρχικού Κανονισμού Προπονητών Κανόε-Καγιάκ, είναι μη νόμιμη, διότι εκδόθηκε χωρίς την απαιτούμενη προς τούτο, από την εξουσιοδοτική διάταξη του άρθρου 31 παρ. 9 του ν.2725/1999, προηγούμενη γνώμη της Ομοσπονδίας Προπονητών ή του Συνδέσμου Προπονητών Κανόε-Καγιάκ και συγκεκριμένα του αιτούντος Πανελληνίου Συνδέσμου Προπονητών του αθλήματος αυτού, ως μόνου

αναγνωρισμένου επαγγελματικού σωματείου των εν λόγω προπονητών. Συναφώς προβάλλεται ότι, κατά παράβαση του άρθρου 20 παρ. 1 του Κ.Δ.Δ., ο Υφυπουργός Πολιτισμού δεν ζήτησε τη γνώμη του αιτούντος Συνδέσμου πριν από την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασής του και ότι, για τον λόγο αυτό, η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί για παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας έκδοσής της. Εν προκειμένω, κατά τα προεκτεθέντα, η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατόπιν της προβλεπόμενης από την ως άνω εξουσιοδοτική διάταξη προηγούμενης γνώμης της Ελληνικής Ομοσπονδίας Κανόε-Καγιάκ, η οποία περιέχεται στο αναφερόμενο στο προοίμιο της προσβαλλόμενης απόφασης Φ.11/64/ΑΝ- γγ/23.1.2009 έγγραφο της Ομοσπονδίας. Όπως όμως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και συνομολογείται από τη Διοίκηση, της έκδοσης της απόφασης αυτής δεν προηγήθηκε η επίσης προβλεπόμενη από την ίδια εξουσιοδοτική διάταξη γνώμη της Ομοσπονδίας Προπονητών ή του Συνδέσμου Προπονητών Κανόε-Καγιάκ (βλ. τα από 24.9.2009 και 1.3.2010 εισηγητικά σημειώματα του Τμήματος Υγρού Στίβου και Βαρέων Αθλημάτων του Υπουργείου Πολιτισμού και Τουρισμού καθώς και τα 14309/9.4.2010 και 23163/1.6.2010 έγγραφα της Διεύθυνσης Αγωνιστικού Αθλητισμού του αυτού Υπουργείου). Ούτε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι ζητήθηκε, πριν από την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, η υποβολή της γνώμης αυτής, με σχετικό έγγραφο ερώτημα, από τον αρμόδιο για την έκδοσή της (δυνάμει του άρθρου 31 παρ. 9 του ν.2725/1999 και του άρθρου μόνου παρ. 1 και 2 περ. ε' της 303/2007 κ.υ.α. του Πρωθυπουργού και του Υπουργού Πολιτισμού, Β' 2241) Υφυπουργό Πολιτισμού, όπως αυτός όφειλε σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ. 1 του Κ.Δ.Δ. Η μη τήρηση δε του εν λόγω ουσιώδους τύπου της διαδικασίας έκδοσης της προσβαλλόμενης υ.α., όσον αφορά την προηγούμενη κλήση της Ομοσπονδίας Προπονητών ή του Συνδέσμου Προπονητών Κανόε-Καγιάκ προς διατύπωση της ως άνω γνώμης, ενόψει και του δικαιολογητικού λόγου θέσπισης του τύπου αυτού που αποσκοπεί στη λήψη υπόψη των οικείων γνωμοδοτήσεων από το αποφασίζον όργανο πριν από την έκδοση της πράξης, δεν θεραπεύεται με την εκ των υστέρων κίνηση εκ μέρους της οικείας υπηρεσίας της διαδικασίας προς διατύπωση των απόψεων, επί του ήδη τροποποιημένου και

ισχύοντος ως άνω Κανονισμού Προπονητών, του αιτούντος Συνδέσμου, όπως και της Ελληνικής Ομοσπονδίας Κανόε-Καγιάκ, καθώς και την υποβολή των επιμέρους παρατηρήσεών τους (βλ. το 4400/21.2.2012 έγγραφο του Γενικού Γραμματέα Αθλητισμού με τις απόψεις της Διοίκησης επί της υποθέσεως). Συνεπώς, ενόψει των προεκτεθέντων, πρέπει, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υ.α. λόγω παραβάσεως του, κατά τα ανωτέρω, ουσιώδους τύπου της διαδικασίας έκδοσής της, παρέλκει δε ως αλυσιτελής η εξέταση των έτερου προβαλλόμενου λόγου ακυρώσεως περί αντιθέσεως στο Σύνταγμα (άρθρα 5 παρ. 1 και 23 παρ. 1) των τροποποιητικών διατάξεων, και ιδίως εκείνων του άρθρου 5 παρ. 5.1 και 5.2, της προσβαλλόμενης υ.α». Στην προκειμένη περίπτωση, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου «...» εξέδωσε την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 405/2020 απόφασή της χωρίς προηγουμένως να ζητήσει από την Επιτροπή Διαγωνισμού τη γνώμη της. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε χωρίς την τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας εκδόσεώς της και πρέπει να ακυρωθεί».

15. Επειδή, ειδικότερα, έχει παγίως κριθεί ότι δέον είναι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002Λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

16. Επειδή από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι η προσφεύγουσα βάλει με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κατά της πληττόμενης αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής διά της οποίας αποφασίστηκε ότι πρέπει να ενεργοποιηθεί η διαδικασία του άρθρου 106§3 του Ν. 4412/2016. Πλην όμως, η προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει το έννομο συμφέρον

της για την προσβολή της προσβαλλόμενης και δη κατά τι η εν λόγω απόφαση είναι βλαπτική για τα έννομα συμφέροντά της και ποια είναι η προκαλούμενη εξ αυτής βλάβη. Τούτο διότι κατά τα παγίως γενόμενα αποδεκτά από τη νομολογία, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώς. Ενεστώς έννομο συμφέρον πρέπει να υπάρχει κατά το χρόνο άσκησης του ενδίκου βοηθήματος και κατά το χρόνο εξέτασής του (πρβλ. ΣτΕ Ολ. 2153,2154,3050, 3768/2015). Ενεστώς είναι το συμφέρον, όταν ερείδεται επί υπαρχούσης ήδη κατά το χρόνο άσκησης του ενδίκου βοηθήματος εννόμου καταστάσεως του αιτούντος (ΣτΕ 2162/1968) και εφόσον η βλάβη που προκαλείται στον προσφεύγοντα από την προσβαλλόμενη έχει ήδη επέλθει (ΣτΕ 1433, 1823/1956) ή τουλάχιστον είναι λογικά αναπόφευκτη (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 260-261). Επίσης το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο υπό την έννοια ότι απαιτείται η παραδοχή των προβαλλόμενων ισχυρισμών να συνεπάγεται ευθέως ευμενή μεταβολή στη θιγείσα από την πληττόμενη πράξη νομική ή πραγματική κατάσταση του προσφεύγοντος. Κρίνεται, επομένως, με βάση το σύνδεσμο μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της επικαλούμενης από τον προσφεύγοντα ιδιότητας ή συγκεκριμένης νομικής κατάστασης. Εξάλλου, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο προσφεύγων βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Εν προκειμένω η προσφεύγουσα δεν προβάλλει οιοδήποτε ισχυρισμό προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός της στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, δεν επικαλείται οιαδήποτε ζημία ή βλάβη εκ της προσβαλλομένης πράξεως αυτής (κατά το σκέλος που τη πλήττει), ούτε οιαδήποτε σύνδεση της προσβαλλομένης πράξεως με οιαδήποτε ζημία αυτής ή την ανατροπή μιας ευμενούς γι' αυτήν νομικής καταστάσεως. Ωσαύτως από την επισκόπηση του φακέλου παρέπεται ότι εκ της προσβαλλομένης πράξεως ουδεμία ζημία ή βλάβη επέρχεται άμεσα στην προσφεύγουσα, αφού η δια της προσβαλλόμενης

απόφασης δεν κρίνεται ως παραδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας μεν αλλά καλείται να γνωμοδοτήσει η Επιτροπή Διαγωνισμού περί του παραδεκτού αυτής, αφού εξετάσει το σύνολο των σελίδων της υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητικής επιστολής της παρεμβαίνουσας και ειδικότερα περί του εάν αυτή πληροί ή όχι τους όρους της διακήρυξης. Συνεπώς παρέπεται, ότι ουδεμία δε βλάβη ή ζημία ή ανατροπή της ευνοϊκής αυτής καταστάσεως για την προσφεύγουσα, δύναται να επέλθει εκ μόνης της προσβαλλομένης αποφάσεως. Ενδεχόμενη δε αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ως αποτέλεσμα της ενδεχόμενης μελλοντικής κρίσης ότι η υπ' αριθμ. e-72042 εγγυητική επιστολή της παρεμβαίνουσας είναι σύννομη, δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την προσβολή της αποφάσεως της Οικονομικής Επιτροπής με την οποία αποφασίσθηκε η κίνηση της διαδικασίας του άρθρου 106§3 του Ν. 4412/2016 αφού, όπως ήδη σημειώθηκε, δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον ο επικαλούμενος μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία *sine qua non* αυτόθροη συνέπεια της ακύρωσης της πράξης. Επομένως, μόνη η κίνηση της διαδικασίας του άρθρου 106§3 δεν επιφέρει οιαδήποτε ζημία ή βλάβη στην προσφεύγουσα, η οποία δεν νομιμοποιείται εξ' απόψεως εννόμου συμφέροντος να προσβάλλει την προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία απλώς εκρίθη ότι πρέπει να κινηθεί η διαδικασία του άρθρου 106§3 του Ν. 4412/2016 για διόρθωση σφάλματος της Επιτροπής Διαγωνισμού. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η προσφεύγουσα άνευ εννόμου συμφέροντος αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, οι δε ισχυρισμοί περί παράβασης ουσιώδους τύπου της διοικητικής διαδικασίας κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης απορρίπτονται ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως ασκηθείσα άνευ εννόμου συμφέροντος.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το κατατεθέν παράβολο της προσφεύγουσας ύψους 15.000,00 € πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση επ' αυτής.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ύψους 15.000,00 € με κωδικό «...» που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 17 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 07 Οκτωβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΜΙΧΟΛΙΤΣΗ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ