

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Φεβρουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος – Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.01.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 30/14.01.2020 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ... .., αρ. ... Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της Παρεμβαίνουσας Κοινοπραξίας «...», με διεύθυνση : ...- ..., Τ.Κ. ..., όπως αυτή νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η υπ' αριθμ. 553/2019 Απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ... με την οποία εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ως συμπροσβαλλόμενο και αναγκάιως συνεχόμενο, να ακυρωθεί και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη και να διαταχθεί η επιστροφή (απόδοση) του κατατεθέντος παραβόλου.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και την διατήρηση σε ισχύ της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παραβόλο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους ευρώ 10.568,55 [βλ. α) Παράβολο με αριθμό ..., β) Αποδεικτικό ηλεκτρονικής καταβολής της Εθνικής Τράπεζας προς εξόφληση του ανωτέρω παραβόλου στις 13/1/2020, γ) εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως αυτόματης δέσμευσης και αναφέρει ως κατάσταση «δεσμευμένο»].

2. Επειδή, με την με αριθμό μελέτης ... Διακήρυξη του ...προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός διαγωνισμός με ανοικτή διαδικασία για τη σύναψη ηλεκτρονικών δημοσίων συμβάσεων έργου κάτω των ορίων του Ν. 4412/2016, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου με τίτλο «Αποκατάσταση ΧΥΤΑ Δήμου ...», εκτιμώμενης αξίας 2.113.709,68 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%). Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 12.09.2019 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (δημόσια έργα) με Συστημικό Αριθμό Στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων – σύμφωνα με την από 1/11/2019 αναδειχθείσα σειρά μειοδοσίας- η παρεμβαίνουσα με την με α/α συστήματος 131771 προσφορά της, η ένωση οικονομικών φορέων «...» με την με α/α συστήματος 133296 προσφορά της και η προσφεύγουσα με την α/α συστήματος 132568 προσφορά της.

3. Επειδή, σε συνέχεια αποσφράγισης των προσφορών την 1.11.2020 κατόπιν μετάθεσης της ημερομηνίας αποσφράγισης με την με αριθμό 477/22-10-2019 (ΑΔΑ: ...) απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κοινοποιήθηκε αυθημερόν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) ο κατάλογος συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας. Εν συνεχεία, με το 1^ο πρακτικό της η αρμόδια Επιτροπή διενέργειας διαγωνισμού κρίνοντας παραδεκτές και τις πέντε (5) προσφορές εισηγήθηκε την ανάθεση της σύμβασης στην παρεμβαίνουσα ως μειοδότη με ποσοστό έκπτωσης 45,01 % επί των τιμών της μελέτης. Με την με αριθμό 553/2019 Απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε 1. Η έγκριση του Πρακτικού Ι της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού για τον διαγωνισμό του

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

έργου με τίτλο «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΧΥΤΑ ΔΗΜΟΥ ...», εκτιμώμενης αξίας 2.113.709,68 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%)», το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της απόφασης. 2. Η ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της σύμβασης έργου της μειοδότης «....» με συνολικό ποσό προσφοράς 1.162.356,19€ (πλέον ΦΠΑ 24%) και μέση έκπτωση 45,01%. Η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση μετά του συμπροσβαλλόμενου πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την 3.01.2020.

4. Επειδή, η υπό εξέταση 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. 39/2018, 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 στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και 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 λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 3/1/2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 13.01.2020. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατετάγη 3η σε σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής η οποία στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης που αφορά στην έγκριση των προσφορών και στην ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, καθόσον ευλόγως προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), στρεφόμενη κατά αμφοτέρων

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

των συνυποψηφίων της που προηγούνται στη σειρά κατάταξης από πλευράς μειοδοσίας (ΕΑ ΣΤΕ 228, 436/2011). Απαραδέκτως, ωστόσο, αιτείται την τροποποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης από την ΑΕΠΠ, καθόσον το αίτημα εκφεύγει από τις αρμοδιότητες της ΑΕΠΠ βάσει του οικείου κανονιστικού πλαισίου (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 54/2018). Περαιτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή κατά το μέρος που στρέφεται κατά κάθε άλλης προγενέστερης ή μεταγενέστερης συναφούς πράξης ή παράλειψης είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη εκτίμησης και πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη (βλ. ΙΙ Ε. Συν. 3220,3200,2822,2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016).

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της ως άνω προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 14.01.2020. Συνεπώς, η παρέμβαση αν και ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, κατά το μέρος που με αυτήν έγινε δεκτή η προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος, έχει ασκηθεί εκπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 27.01.2020, ημέρα Δευτέρα, ενώ η προθεσμία για την άσκηση παρέμβασης έληξε την 24.01.2020. Επισημαίνεται ότι η ίδια η παρεμβαίνουσα προς θεμελίωση του παραδεκτού της άσκησης της παρέμβασής της αναφέρει ρητώς ότι η κοινοποίηση της προσφυγής προς αυτήν έλαβε χώρα την 14.01.2020. Επομένως, η παρέμβαση δεν λαμβάνεται υπόψη ως απαραδέκτως ασκηθείσα.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το από 23.1.2020 με αριθμό πρωτ. 957 έγγραφό της υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής προς την ΑΕΠΠ μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 9 του ΠΔ 39/2017. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της την επομένη ημέρα (24.01.2020) στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού. Επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 13.02.2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το

από 13.02.2020 Υπόμνημα, νομίμως και εμπροθέσμως σύμφωνα με το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 παρ. 3605/2019.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει με την προσφυγή της σχετικώς τα ακόλουθα: «..[.].Λόγος Προσφυγής

11. ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΟΣ

Το δημόσιο συμφέρον αποτελεί κεντρική και θεμελιακή αρχή για την οργάνωση και λειτουργία της δημόσιας διοίκησης. Το δημόσιο συμφέρον βρίσκεται στον πυρήνα της ίδιας της νομιμοποίησης του κράτους, ταυτιζόμενο με το συμφέρον του συνόλου των πολιτών, καθώς αφορά την ικανοποίηση θεμελιωδών αναγκών του, όπως πχ. παιδεία, εθνική άμυνα, δημόσια τάξη, κοινωνική ειρήνη, οικονομική ανάπτυξη και κοινωνική πρόοδος. Στη συνταγματικά κατοχυρωμένη (π.χ. 17 και 106 Σ) έννοια του δημοσίου συμφέροντος εμπίπτει πρωτίστως το συμφέρον των πολιτών για την κατασκευή υποδομών και την παροχή από το κράτος υπηρεσιών κοινής ωφελείας κατά το βέλτιστο δυνατό τρόπο. Τούτο δε το συμφέρον, ιδίως στην περίπτωση που το Κράτος επιλέγει να αξιοποιήσει τις δυνατότητες ιδιωτικών φορέων για τον παραπάνω σκοπό συνδέεται άρρηκτα με τη θεσμοθέτηση διαφανών και αξιοκρατικών διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων.

12. ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΔΙΑΦΑΝΕΙΑΣ

Βασική αρχή που διέπει όλο το πλέγμα των δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών είναι η αρχή της διαφάνειας.

Η αρχή της διαφάνειας αποτελεί το επιστέγασμα της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και έχει στην ουσία ως σκοπό να αποκλείει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και καταχρήσεως εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός, να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον εκ μέρους της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του αν προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση.

Από την αρχή της διαφάνειας προκύπτουν οι παρακάτω υποχρεώσεις για τις αναθέτουσες αρχές :

α) ότι κατά την σύνταξη των προκηρύξεων των συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να θέτουν όρους αποδοχής ή αποκλεισμού των προσφορών σαφείς, κατανοητούς και όχι διφορούμενους και

β) ότι εφόσον οι όροι τεθούν, πρέπει και να τηρούνται αυστηρά. Οι αναθέτουσες αρχές δεν δικαιούνται να υποχωρούν από τους τεθέντες όρους και προϋποθέσεις, αλλά πρέπει να τους τηρούν αυστηρά, διότι σε αντίθετη περίπτωση παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης (λόγω της αυτής αντιμετώπισης των κανονικών και παράτυπων προσφορών).

13. ΠΑΡΑΒΑΣΗ ΝΟΜΟΥ - ΠΑΡΑΒΑΣΗ ΟΡΩΝ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ

13.1. ΕΛΛΙΠΕΣ ΤΟ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΤΗΣ ΕΓΓΥΗΣΗΣ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΠΟΥ ΠΡΟΣΚΟΜΙΣΕ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΩΣ ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ΥΠΟ ΣΥΣΤΑΣΗ Κ/ΞΙΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ΕΠΩΝΥΜΙΑ

13.1.1. Κατά το άρθρο 72 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (με δική μας υπογράμμιση) «Εγγυήσεις: 1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων:

α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης «μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης», εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση.

Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τμημάτων.

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 εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

έγγραφα της σύμβασης. 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. [...]

Ομοίως, κατά το άρθρο 15.1 παρ. 2 της Διακήρυξης του Διαγωνισμού ορίζεται 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» και κατά το άρθρο 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) [...]».

Δηλαδή, όταν δύο ή περισσότερα φυσικά ή νομικά πρόσωπα ενώνονται και συμμετέχουν σε διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης υποβάλλοντας κοινή προσφορά, υποχρεούνται να προσκομίσουν εγγυητική επιστολή συμμετοχής εκδοθείσα υπέρ της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό προσωρινής ένωσης, αναγράφοντας τα στοιχεία κάθε μέλους της, που να καλύπτει τις υποχρεώσεις, όλων των φυσικών ή νομικών προσώπων που υποβάλλουν την κοινή προσφορά, περιλαμβάνοντας ειδικό προς τούτο όρο. Η προσωρινή ένωση οικονομικών φορέων, προκειμένου να συμμετέχει στον διαγωνισμό, υποχρεούται να πληροί κάποιες ελάχιστες απαιτήσεις για την νομιμότητα της συμμετοχής της και την διασφάλιση της διαδικασίας του διαγωνισμού, όπως είναι η κατάθεση με συγκεκριμένο περιεχόμενο εγγύησης συμμετοχής.

13.1.2. Εν προκειμένω, το μέλος της υπό σύσταση Κοινοπραξίας με την επωνυμία «....» και το διακριτικό τίτλο «....», προσκόμισε ως εγγύηση συμμετοχής για τη συμμετοχή της στον ώδε διαγωνισμό, το με αριθμό ... Γραμμάτιο Συστάσεως Χρηματικής Παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων το περιεχόμενο του οποίου έχει ως εξής:

ΠΑΡΑΤΙΘΕΤΑΙ ΑΝΤΙΓΡΑΦΟ ΤΗΣ ΕΓΓΥΗΣΗΣ

[..] 13.1.3. Από την απλή επισκόπηση και ανάγνωση του άνω εγγράφου προδήλως προκύπτει ότι η εγγύηση συμμετοχής έχει εκδοθεί μόνο υπέρ του οικονομικού φορέα «....» και το διακριτικό τίτλο «....» ως μέλος της υπό σύστασης Κοινοπραξίας με την επωνυμία «....». Πλην όμως, ελλείπουν

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

όροι που έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού (κατά τα προαναφερθέντα άρθρα 72 παρ. 1 α) του Ν.4412/2016 και 15.1 παρ. 2 της Διακήρυξης), ήτοι ότι η εγγύηση εκδίδεται υπέρ της υπό σύσταση Κοινοπραξίας και υπέρ κάθε μέλους αυτής ατομικά και τα πλήρη στοιχεία εκάστου των μελών, όπως και ο ως άνω όρος ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην υπό σύσταση Κοινοπραξία.

Εξάλλου, αναφέρεται ρητά στα Υποδείγματα εγγυητικών Επιστολών Συμμετοχής και Καλής Εκτέλεσης, τα οποία έχει εκδώσει η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) (βλ. τη με αριθμό πρωτοκόλλου 5838/30.12.2015, Κατευθυντήρια Οδηγία 12, Απόφαση 290/2015 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., με θέμα: «Υποδείγματα Εγγυητικών Επιστολών Συμμετοχής και Καλής Εκτέλεσης»). Όμως, στην επίμαχη Εγγυητική Επιστολή, αναγράφεται μόνο ότι η εγγύηση κατατέθηκε από την εταιρεία ... « ... ως μέλος της κοινοπραξίας : 1. ... ΑΦΜ ..., 2. ... ΑΦΜ ...» παραλείποντας ωστόσο να αναφέρει τον ρητά απαιτούμενο από το άρθρο 72 παρ. 1, στοιχ. α) του Ν. 4412/2016 και την παρ. 15.1 της διακήρυξης, όρο, περί κάλυψης από την Εγγυητική Επιστολή συμμετοχής, των υποχρεώσεων όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση.

Επομένως ο υποψήφιος οικονομικός φορέας δεν πληροί ούτε τις απαιτήσεις του νόμου, ούτε αυτές της διακήρυξης, παραβαίνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο ουσιώδεις όρους και διατάξεις της Διακήρυξης, που έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Η δε παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από την διαγωνιζόμενη υπό σύσταση Κοινοπραξία καθιστά απαράδεκτη και την υποβληθείσα προσφορά τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Αντίστοιχα, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993).

Ωστε η Επιτροπή του Διαγωνισμού όφειλε να γνωμοδοτήσει για τον αποκλεισμό της διαγωνιζόμενης υπό σύσταση Κοινοπραξίας με την επωνυμία «.....» από τον Διαγωνισμό, διότι η τελευταία παρέβη ουσιώδεις διατάξεις της

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

διακήρυξης, αντίστοιχα δε η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να μην εγκρίνει το από 4.12.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού.

13.1.4. Προς επίρρωση των ισχυρισμών μας παραθέτουμε απόσπασμα από την υπ' αριθμ. 9/2019 Απόφαση του 7ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) η οποία δέχεται 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 δημοσίων 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 πλαγίως 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 παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση αυτών (βλ μεταξύ άλλων ΣτΕ Τμήμα ΣΤ Απόφαση 1620/15). Εν πάσει [sic] 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 αρκούτως 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. Επικουρικά αναφέρεται ότι, ουδόλως αποδεικνύεται από τα στοιχεία του φακέλου ότι τα πρόσωπα που αποτελούν την ένωση, είχαν συστήσει, πράγματι, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους κοινοπραξία, η οποία εξομοιώνεται με την «ανώμαλη» ή «εν τοις πράγμασι» ομόρρυθμη εμπορική εταιρία, η οποία δημιουργεί την εις ολόκληρον ευθύνη των εμφανών εταίρων έναντι των τρίτων [(άρθρο 22 του ΕμπΝ), βλ μεταξύ άλλων ΟλομΑΠ 22/1998, ΑΠ 680/2014), ή ότι είχαν περιβληθεί συγκεκριμένη νομική μορφή, γεγονός που βέβαια δεν απαιτείτο κατά εκείνον τον χρόνο. Παρά ταύτα, στην παρέμβαση του σε έτερα σημεία αυτοαποκαλείται ως ένωση και σε άλλα ως Κοινοπραξία, ενώ σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου η εγγύηση εκδόθηκε υπέρ της Κ/Π.».

13.1.4.1. Η δε υπ' αριθμ. 56/2019 Απόφαση του 7ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) η οποία δέχεται τα εξής: «23. Επειδή, μετά από ενδελεχή έρευνα του φακέλου της υπόθεσης, η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα υπ' αριθμ. 010/A 6714/31.10.2018 Εγγυητική Επιστολή, εκδοθείσα από τη ..., της συμμετέχουσας στον διαγωνισμό ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία « » και ήδη ανακηρυχθείσας προσωρινής αναδόχου, δυνάμει της προσβαλλόμενης, πράγματι παραβιάζει την αρχή της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

διαγωνισμούς, καθώς δεν συμμορφώνεται με τα οριζόμενα στις προαναφερθείσες διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης, αναφορικά με το ελάχιστο περιεχόμενο της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής, σε περίπτωση που ο συμμετέχων φορέας είναι ένωση προσώπων, όπως εν προκειμένω. Συγκεκριμένα, η επίμαχη Εγγυητική Επιστολή, έχει εκδοθεί στο όνομα και για λογαριασμό της Κοινοπραξίας με την επωνυμία « », χωρίς ωστόσο να προκύπτει από κανένα σημείο της προσφοράς του εν λόγω οικονομικού φορέα, ότι πράγματι η συμμετέχουσα ένωση προσώπων, προχώρησε σε σύσταση Κοινοπραξίας, η οποία έλαβε οποιαδήποτε εταιρική μορφή ή τηρήθηκαν για αυτήν οι διατυπώσεις δημοσιότητας του άρθρου 293 του Ν. 4072/2012 ή τέλος, ότι αυτή έλαβε αυτοτελώς Αριθμό Φορολογικού Μητρώου (Α.Φ.Μ.), απολύτως διακριτό από τους επιμέρους Α.Φ.Μ. των μελών (φυσικών ή νομικών προσώπων) που την απαρτίζουν (πρβλ. και άρθρο 2 παρ. 2 του ΠΔ 186/1992 «Κώδικας Βιβλίων και Στοιχείων»). Ως εκ τούτου, η υπό κρίση Εγγυητική Επιστολή, φαίνεται να έχει κατ' αρχήν εκδοθεί υπέρ μίας Κοινοπραξίας, η οποία δεν υφίσταται στον νομικό κόσμο και σε καμία περίπτωση δεν ταυτίζεται με τα απαρτίζοντα την ένωση οικονομικών φορέων με την επωνυμία « » μέλη.

Άλλωστε, όπως αναντίρρητα προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, η εν λόγω ένωση οικονομικών φορέων, συμμετείχε στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, ως ένωση, η οποία θα λάμβανε τη μορφή της Κοινοπραξίας, εφόσον αναδεικνυόταν ανάδοχος αυτού, κατά τα οριζόμενα στη διάταξη της παρ. 21.3 του άρθρου 21 της διακήρυξης, με τίτλο: «Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης», αλλά και της παρ. 3 του άρθρου 19 του Ν. 4412/2016, γεγονός που δεν αμφισβητεί ούτε η ίδια η αναθέτουσα αρχή. Εξάλλου, τα ανωτέρω προκύπτουν και από το γεγονός ότι όλα τα υποβληθέντα έγγραφα του ανακηρυχθέντος προσωρινού αναδόχου, υπογράφονταν από τους εκπροσώπους των επιμέρους μελών της συμμετέχουσας ένωσης, όπως επίσης και τα υποβληθέντα από τα μέλη της ένωσης, Τυποποιημένα Έντυπα Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), τα οποία αφορούσαν έκαστο μέλος της ένωσης χωριστά, χωρίς οποιαδήποτε αναφορά σε συσταθείσα Κοινοπραξία (πρβλ. Α.Ε.Π.Π. 9/2019, ιδίως σκ. 43-44). Αντίστοιχα, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής επί του ανωτέρω

προβαλλόμενου λόγου, προβάλλεται όλως αβάσιμα, καθώς η επικαλούμενη από αυτήν, διατύπωση της υποβληθείσας Εγγυητικής Επιστολής, δεν καλύπτει σε καμία περίπτωση την ελλείπουσα δέσμευση εκ μέρους της εκδούσας τράπεζας, ήτοι ότι η Εγγυητική Επιστολή της ανωτέρω ένωσης, καλύπτει πράγματι τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν σε αυτήν. Αντιθέτως, σκοπό έχει να διακρίνει σαφώς ότι η επίμαχη Εγγυητική Επιστολή καλύπτει μόνο τις υποχρεώσεις εκείνου υπέρ του οποίου εκδίδεται, όπως αυτές απορρέουν από τη συμμετοχή του τελευταίου στον διαγωνισμό και δεν μπορεί να εκληφθεί σε καμία περίπτωση και ως εγγύηση καλής εκτέλεσης. Προς επίρρωση, των ανωτέρω, τονίζεται εξάλλου, ότι γίνεται αναφορά «...σε απορρέουσες υποχρεώσεις του ανωτέρω...», χωρίς όμως να υπάρχει σαφής και ρητή αναφορά αν ο «ανωτέρω» υπόχρεος εκ της Εγγυητικής Επιστολής, είναι η ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχος, ένωση, η (μη συσταθείσα) Κοινοπραξία ή κάποιος εκ των συμμετεχόντων στην ένωση οικονομικών φορέων, μεμονωμένα. Και αυτό συνιστά αθεράπευτη πλημμέλεια της επίμαχης Εγγυητικής Επιστολής και κατάφωρη παραβίαση των αρχών της δεσμευτικότητας και της τυπικότητας των όρων της διακήρυξης, αλλά και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος λόγος προσφυγής κρίνεται νόμω και ουσία βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός και αντίστοιχα να απορριφθούν οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

24. Επειδή, περαιτέρω, σχετικά με τον δεύτερο και τελευταίο, προβαλλόμενο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εν λόγω Εγγυητική Επιστολή της συμμετέχουσας στον διαγωνισμό ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία « », δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις της παρ. 4 του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 και της παρ. 15.2 της διακήρυξης, καθώς σε αυτήν δεν περιλαμβάνονται τα ελάχιστα απαιτούμενα, επί ποινή απαραδέκτου της Εγγυητικής, στοιχεία. Ειδικότερα, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δεν αναγράφονται στην υποβληθείσα Εγγυητική Επιστολή, τα πλήρη στοιχεία για κάθε ένα μέλος της συμμετέχουσας ένωσης, αλλά μόνο η επωνυμία και η διεύθυνση της (μη) συσταθείσας μεταξύ τους Κοινοπραξίας. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, από τα αναγραφόμενα στοιχεία της Εγγυητικής Επιστολής,

προκύπτει αδυναμία ταυτοποίησης των οικονομικών φορέων, υπέρ των οποίων παρέχεται η εγγύηση. Το γεγονός αυτό, συνεχίζει η προσφεύγουσα, δύναται να οδηγήσει σε παραβίαση των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, καθώς δεν προκύπτουν μονοσήμαντα τα στοιχεία των οικονομικών φορέων, υπέρ των οποίων παρέχεται η εγγύηση και ως εκ τούτου, η έλλειψη αναγραφής στην Εγγυητική Επιστολή των στοιχείων όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση, συνιστά ουσιώδη παράβαση των όρων της διακήρυξης, η οποία επιφέρει συνέπειες και κατ' επέκταση η αναθέτουσα αρχή, όφειλε να απορρίψει την προσφορά της προσωρινής αναδόχου ένωσης, κατ' εφαρμογή του άρθρου 91 του Ν. 4412/2016. Αντίστοιχα, η αναθέτουσα αρχή, αναφορικά με τον εδώ εκτεθέντα, δεύτερο προβαλλόμενο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, στις προαναφερθείσες απόψεις της, ισχυρίζεται ότι: «[...]. Διαπιστώθηκε η έλλειψη αναγραφής των Α.Φ.Μ. για κάθε ένα μέλος της ένωσης, καθώς και η ταχυδρομική διεύθυνση του 2ου μέλους της ένωσης στην Εγγυητική Επιστολή που υπεβλήθη. Άποψή μας είναι ότι, οι παραλείψεις δεν είναι ουσιώδεις καθώς τα στοιχεία αυτά αναγράφονται και στα Τ.Ε.Υ.Δ. των συμμετεχόντων της ένωσης του φορέα, που υποβλήθηκαν για την συμμετοχή τους στο διαγωνισμό. (Ελ Συν. Κλιμάκιο Ε' Πράξη 366/2018).».

25. Επειδή, εντούτοις, σε αντίθεση με όσα, όλως αβάσιμα, υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και σε συνέχεια των αναλυτικά εκτεθέντων ανωτέρω στη σκέψη 23 της παρούσας, η υποβληθείσα Εγγυητική Επιστολή, σκοπό έχει να καλύψει τις απορρέουσες υποχρεώσεις του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται, από τη συμμετοχή του σε μία διαγωνιστική διαδικασία, όπως στα πλαίσια του υπό κρίση διαγωνισμού, της συμμετέχουσας ένωσης. Κατά συνέπεια, σκοπεί στο να συνδέσει την εκδοθείσα Εγγυητική Επιστολή μονοσήμαντα και πέραν πάσης αμφιβολίας περί της ταυτότητάς του, με έναν και μόνο συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, κατά τρόπο ώστε, σε περίπτωση κατάπτωσης της, η αναθέτουσα αρχή να μπορεί να ασκήσει απρόσκοπτα τα εξ αυτής δικαιώματά της και να ικανοποιηθεί, χωρίς περαιτέρω διατυπώσεις, εισπράττοντας άμεσα το ποσό της εγγύησης. Αποτελεί δηλαδή η Εγγυητική Συμμετοχής, ένα μέσο πρόνοιας για την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, απέναντι σε ελλειπείς ή πλημμελείς προσφορές υποψηφίων που καταλείπουν μετέωρη τη σοβαρότητα της υποψηφιότητάς

τους και εν τέλει την κατάρτιση της ίδιας της σύμβασης, σε περίπτωση που ανακηρυχθούν ανάδοχοι. Υπό αυτή την έννοια, δεν είναι ανεκτό, να συντρέχει οποιαδήποτε περίπτωση αμφιβολίας, περί της ταυτότητας του οικονομικού φορέα, φυσικού ή νομικού προσώπου, υπέρ του οποίου παρέχεται η εγγύηση. Στην προκειμένη όμως περίπτωση, όπως ήδη ειπώθηκε και ανωτέρω, η εν λόγω Εγγυητική Επιστολή έχει δοθεί υπέρ μίας μη συσταθείσας Κοινοπραξίας, ενώ ελλείπουν περαιτέρω προσδιοριστικά και εξατομικευτικά στοιχεία των συμμετεχόντων μελών της ένωσης, ώστε να συνδέεται κατ' απόλυτη ακριβολογία και ταύτιση, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, όπως έχει λάβει μέρος στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία με τη μορφή της ένωσης με την επωνυμία « », με τον οικονομικό φορέα, ο οποίος εμφανίζεται ως υπόχρεος έναντι της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το περιεχόμενο της εκδοθείσας Εγγυητικής Επιστολής. Ως εκ περισσού δε επισημαίνεται ότι το περιεχόμενο της υποβληθείσας Εγγυητικής Επιστολής, από καθ' έναστο προσφέροντα, βασίζεται σε ρητές, ακριβείς, σαφείς και λεπτομερειακές διατάξεις της διακήρυξης του επίμαχου διαγωνισμού (παρ. 15.1 και 15.2 της διακήρυξης), από τις οποίες προκύπτει ότι οι εγγυητικές επιστολές που καταθέτουν οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς σε περίπτωση ένωσης, όπως εν προκειμένω, πρέπει, να περιλαμβάνουν το ελάχιστο προβλεπόμενο [sic] από τον νόμο και τη διακήρυξη, περιεχόμενο (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 95/2009 και 9/2019 Α.Ε.Π.Π., σκ. 43-44). Ως εκ τούτου, συνάγεται ότι η επίμαχη Εγγυητική Επιστολή, όπως προσκομίστηκε και έγινε δεκτή από την αναθέτουσα αρχή, έχει εκδοθεί κατά τα ανωτέρω, με το συγκεκριμένο περιεχόμενο κατά κατάφωρη παραβίαση των αρχών της δεσμευτικότητας και της τυπικότητας των όρων της διακήρυξης, αλλά και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Ο ισχυρισμός δε της αναθέτουσας αρχής, ότι τα ελλείποντα από το σώμα της Εγγυητικής Στοιχεία των μελών της ένωσης, αναπληρώνονται καθ' οιονδήποτε τρόπο, από το περιεχόμενο των υποβληθέντων Τ.Ε.Υ.Δ. ή οποιουδήποτε άλλου εγγράφου της προσφοράς της ένωσης, δεν βρίσκει έρεισμα σε καμία διάταξη του Ν. 4412/2016 ή της διακήρυξης και επομένως, απορρίπτεται ως νόμω και ουσία αβάσιμος. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων και ο δεύτερος λόγος προσφυγής

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

κρίνεται νόμω και ουσία βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός και αντίστοιχα να απορριφθούν οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.».

Εκ των ως άνω προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση που έκρινε παραδεκτή τη συμμετοχή της υπό σύσταση κοινοπραξίας με την επωνυμία «.....» είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί.

Συνεπώς πρέπει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 553/2019 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ..., δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε ομόφωνα το από 4.12.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού.

13.1.5. Σε κάθε περίπτωση, παγίως έχει κριθεί ότι σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαίικου πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕΛΣυν 78/2007).

Περαιτέρω, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

Υπό το πρίσμα των ανωτέρω αρχών, πρέπει η προσφορά της υπό σύσταση κοινοπραξίας «.....» να είχε απορριφθεί, διότι η εγγύηση συμμετοχής με αριθμό ... που προσκόμισε το μέλος της άνω ένωσης «...» δεν πληροί τις

απαιτήσεις της Διακήρυξης και του Νόμου, μάλιστα οι όροι που ελλείπουν μόνο ουσιώδεις μπορούν να θεωρηθούν, ώστε ουδεμία διευκρίνιση ή συμπλήρωση θα χωρούσε.

Συνεπώς η προσβαλλόμενη απόφαση, προδήλως έσφαλε και πρέπει να ακυρωθεί και για την αιτία αυτή, όπερ αιτούμαι, που προτείνεται επικουρικώς του άνω λόγου.

13.2. ΔΕΝ ΠΛΗΡΕΙΤΑΙ [sic] Η ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 22.Δ. Β ΟΣΟΝ ΑΦΟΡΑ ΤΗΝ «...»

13.2.1. Σύμφωνα με το άρθρο 22.Δ υπό β της Διακήρυξης «β) Επίσης οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν εκτελέσει κατά τα τελευταία 5ετία τουλάχιστον μια (1) σύμβαση που αφορά εργασίες αποκατάστασης ΧΥΤΑ έκτασης άνω των 40 στρεμμάτων, βεβαιωμένης της καλής εκτέλεσης της σύμβασης από τις αναθέτουσες αρχές.»

13.2.2. Η εταιρεία με την επωνυμία «...» ως μέλος της ένωσης με την επωνυμία «...» αναφέρει στο υποβληθέν Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) στη σελ. 12 αυτού «Η εταιρία ..., μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων ..., εκτέλεσε κατά την τελευταία 5ετία, μία σύμβαση έργου με τίτλο «Έργα Αποκατάστασης Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων στις θέσεις "...", "... & "... ή ..." του ...» - «Έργα Αποκατάστασης Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων στις θέσεις "...", "... ή ..." & ..." του ... της ...», φορέας του έργου η ..., ποσό σύμβασης χωρίς ΦΠΑ : 2.534.502,00 € και προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 5.200.000,00 € - ημερομηνία σύμβασης 16/09/2015 & ημερομηνία περαίωσης 04/07/2018 - έκτασης 247,50 στρεμμάτων, με ποσοστό συμμετοχής στην κατασκευή 100%.»

13.2.3. Για να είναι παραδεκτή η προσφορά των υποψήφιων οικονομικών φορέων, θα πρέπει να πληρούν μεταξύ άλλων τα ορισθέντα στην διακήρυξη κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (άρθρου 22Δ).

Από τη γραμματική ερμηνεία του άνω όρου της διακήρυξης (22Δ.β.) προκύπτει ότι η απαιτούμενη εμπειρία που απαιτεί ο διαγωνισμός να έχουν αποκτήσει οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς πρέπει να προκύπτει από την εκτέλεση κατά τα τελευταία πέντε (5) έτη τουλάχιστον μίας (1) σύμβασης που αφορά εργασίες αποκατάστασης ΧΥΤΑ έκτασης άνω των 40 στρεμμάτων.

13.2.4. *Εν προκειμένω, το μέλος της ανωτέρω ένωσης «...» επικαλείται στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε ότι έχει εκτελέσει κατά την τελευταία πενταετία μία σύμβαση έργου με τίτλο «Έργα Αποκατάστασης Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων στις θέσεις '...', '...' & '... ή ...' του ...» - «Έργα Αποκατάστασης Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων στις θέσεις "...", "... & ..." του ... της ...», ήτοι επικαλείται την εκτέλεση σύμβασης που αφορά εργασίες αποκατάστασης Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων και όχι εργασίες αποκατάστασης ΧΥΤΑ.*

Η σύμβαση δηλαδή που επικαλείται, αφορά ουσιαδώς διαφορετικές εργασίες από αυτές που απαιτεί η διακήρυξη στο άρθρο 22.Δ υπό β. Γιατί, είναι σαφής η διάκριση μεταξύ των Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων και των Χώρων Υγειονομικής Ταφής Απορριμμάτων. Η αποκατάσταση ενός ΧΥΤΑ έχει σημαντικές διαφορές από την αποκατάσταση ενός ΧΑΔΑ όπως αναλύεται ακολούθως για αυτό και απαιτείτο από την διακήρυξη η εμπειρία σε έργα αποκατάστασης ΧΥΤΑ.

Ειδικότερα, σύμφωνα με την ΚΥΑ 114218/1997 (ΦΕΚ 1016 Β/17-11-1997), άρθρο 8, τα έργα αποκατάστασης (τελικής κάλυψης) σε ένα Χώρο Υγειονομικής Ταφής Απορριμμάτων (ΧΥΤΑ) αποτελούνται από ένα στρώμα πολλαπλής λειτουργίας και σύνθετης διατομής υλικών, φυσικών ή συνθετικών με σκοπό την:

- Προστασία του όγκου των απορριμμάτων από την ανεξέλεγκτη εισροή επιφανειακών υδάτων για την αποτροπή ή μείωση παραγωγής νέων όγκων στραγγισμάτων μετά το πέρα λειτουργίας του.*
 - Επιτρέπει την ελεγχόμενη άντληση και ροή του παραγόμενου βιοαερίου μόνο προς τις εγκαταστάσεις διαχείρισής του.*
 - Αποτρέπει την ανεξέλεγκτη διαφυγή και διάχυση του βιοαερίου προς τα ανώτερα στρώματα και τις ρίζες της φυτοκάλυψης*
 - Αποτρέπει την οποιαδήποτε εκπομπή οσμών*
 - Δημιουργεί το κατάλληλο υπόστρωμα που επιτρέπει την ανάπτυξη κατάλληλης βλάστησης*
 - Δημιουργεί σταθερό έδαφος*
- Για την τήρηση των ανωτέρω απαιτήσεων κατασκευάζονται :*
- Στρώση εξομάλυνσης*

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

- Στρώση εκτόνωσης βιοαερίου (χαλίκι)
- Στρώση φραγμού (αδιαπέρατο στρώμα με άργιλο)
- Ζώνη αποστράγγισης (χαλίκι)
- Έδαφος προστασίας
- Εδαφικό υλικό φυτοκάλυψης

Οι παραπάνω στρώσεις έχουν συνολικό πάχος 2,30 -2,60 μ

Σε κάθε περίπτωση στο χώρο κατασκευάζονται εγκαταστάσεις ελέγχου - διάθεσης βιοαερίου και στραγγισμάτων καθώς και φρεάτια ελέγχου των υπόγειων υδάτων.

Αντιθέτως η αποκατάσταση ενός Χώρου Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων (ΧΑΔΑ) σύμφωνα με την ανωτέρω ΚΥΑ (ΚΥΑ 114218/1997 (ΦΕΚ 1016 Β/17-11-1997) άρθρο 12 επιτυγχάνεται με τεχνικές παρεμβάσεις τεχνικά απλές και οικονομικά εφικτές.

Οι τεχνικές παρεμβάσεις αναπτύσσονται ως εξής:

- Εξομάλυνση του απορριμματικού ανάγλυφου
- Δημιουργία σημειακών σημείων συλλογής πλευροδιηθημάτων
- Στρώση στεγάνωσης
- Στρώση ανάπτυξης πρασίνου Μέσο πάχος στρώσεων 1,50-

2,00μ

Η βασική όμως διαφορά ανάμεσα στις δύο αποκαταστάσεις είναι ότι στον ΧΑΔΑ δεν πραγματοποιείται άντληση και διαχείριση βιοαερίου, καθώς η κατασκευή έργων σύλληψης και απαγωγής βιοαερίου θα λειτουργούσε ως σύστημα οξυγόνωσης και δημιουργίας εστιών καύσης.

Επιπλέον στους ΧΑΔΑ δεν κατασκευάζονται εγκαταστάσεις ελέγχου - διάθεσης βιοαερίου και στραγγισμάτων καθώς και φρεάτια ελέγχου των υπόγειων υδάτων.

13.2.5. Συνεπώς, η ένωση με την επωνυμία «...» δεν πληροί όλα τα κριτήρια για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτεί η διακήρυξη στην παράγραφο 22.Δ υπό β, διότι επικαλείται την εκτέλεση σύμβασης με διαφορετικού είδους εργασίες από τις απαιτούμενες. ..[.].».

17. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται συναφώς τα εξής: «...[.].Αναφορικά με τον λόγο προσφυγής της παραγράφου

13.1 για ελλιπές περιεχόμενο της εγγύησης συμμετοχής που προσκόμισε η εταιρεία ... ως μέλος της υπό σύσταση κ/ξιας με την επωνυμία ...

Στο πλαίσιο της αρμοδιότητας της Αρχής για τη σύνταξη Κατευθυντήριων Οδηγιών με αποδέκτες αρμόδιους δημόσιους φορείς και αναθέτουσες αρχές (αρ. 8 παρ. 2 περ. β' υποπ. γγ' του π.δ/τος 123/2012), συντάχθηκαν Υποδείγματα Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής και Καλής Εκτέλεσης, που αφορούν στις εγγυήσεις που οι αναθέτουσες αρχές / αναθέτοντες φορείς ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά τη διενέργεια της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης. Σύμφωνα με το διευκρινιστικό έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ με αρ. πρωτ.:2756/23.05.2017 (ΑΔΑ: 7ΝΣΡΟΞΤΒ-975) επισημαίνεται ότι η Κατευθυντήρια Οδηγία 12 με θέμα "Υποδείγματα Εγγυητικών Επιστολών Συμμετοχής και Καλής Εκτέλεσης" της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων αφορά σε υποδείγματα εγγυητικών επιστολών (συμμετοχής και καλής εκτέλεσης) που εκδίδονται από Πιστωτικά Ιδρύματα ή από το Ε.Τ.Α.Α.-Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. και όχι από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων. Τα γραμμάτια σύστασης χρηματικής παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, για την παροχή εγγυήσεων συμμετοχής και καλής εκτέλεσης (εγγυοδοτική παρακαταθήκη) συστήνονται σύμφωνα με την ειδική νομοθεσία που διέπει αυτό και ειδικότερα βάσει του άρθρου 4 του π.δ. της 30 Δεκεμβρίου 1926/3 Ιανουαρίου 1927 ("Περί συστάσεως και αποδόσεως παρακαταθηκών και καταθέσεων παρά τω Ταμείω Παρακαταθηκών και Δανείων"). Τούτων δε προηγείται η Γνωμοδότηση του ΝΣΚ 34/1992.

Προσέτι, σύμφωνα με τον όρο 15.1 της επίμαχης διακήρυξης: «....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..».

Επομένως από καμία κανονιστική διάταξη (ν. 4412/16 αρ.72 και 15 της διακήρυξης) δεν δύναται, πολλώ δε μάλλον δεν υποχρεώνεται συμμετέχουσα ένωση να προσκομίσει εγγυητική επιστολή συμμετοχής εκδοθείσα στο όνομά της (ΑΕΠΠ 56/2019), αλλά αρκεί εκ του σώματος αυτής να προκύπτει ότι εξεδόθη υπέρ των μελών της ένωσης.

Εν προκειμένω, στην επίμαχη εγγυητική επιστολή γίνεται ρητή αναφορά ότι: «*Η ΕΓΓΥΗΣΗ ΔΙΕΠΕΤΑΙ ΑΠΟ ΟΤΙ (sic) ΟΡΙΖΕΤΑΙ ΣΤΙΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ Ν. 4412/2016 ΑΡ.ΔΙΑΚ. ... Α/ΑΔ...*», εκχωρώντας, εκ τούτου, άπασες τις υπέρ της αναθέτουσας αρχής, προβλέψεις των κείμενων διατάξεων και της διακηρύξεως, ενώ αναφέρεται ότι αφορά την επιλογή αναδόχου «*.ΩΣ ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ.*». Εξ ου και ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται για τις δυνατότητες ημών, ως αναθέτουσας, κατάπτωσης της εν λόγω εγγυητικής επιστολής δι' αμφοτέρα τα μέλη της κοινοπραξίας.

Άλλωστε, η απόφαση υμών 56/2019 που επικαλείται η προσφεύγουσα δεν είναι *ad hoc*, καθώς, εν προκειμένω, αποδεικνύεται από τα στοιχεία του φακέλου ότι η συμμετέχουσα είναι κοινοπραξία, προσκομίστηκε Ιδιωτικό Προσύμφωνο Σύστασης Κοινοπραξίας, φέρον ψηφιακή υπογραφή των νομίμων εκπροσώπων εκάστου μέλους της, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, η οποία εξομοιώνεται με την «ανώμαλη» ή «εν τοις πράγμασι» ομόρρυθμη εμπορική εταιρία, η οποία δημιουργεί την εις ολόκληρον ευθύνη των εμφανών εταίρων έναντι των τρίτων [(άρθρο 22 του ΕμπΝ), βλ. μεταξύ άλλων Ολομ.ΑΠ 22/1998, ΑΠ 680/2014.

Ειδικότερα, στο από 4-10-2019 συμφωνητικό αναφέρεται ρητά:

«*ΗΔΗ ΜΕ ΤΟ ΠΑΡΟΝ τα μέρη συμφωνούν τα ακόλουθα:*

1. Να υποβάλουν από κοινού ως υπό σύσταση κοινοπραξία προσφορά στον εν λόγω Διαγωνισμό, σύμφωνα με τους όρους της με ΑΔΑ ... Διακήρυξης Ανοικτής Διαδικασίας μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ του ... για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «*ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΧΥΤΑ ΔΗΜΟΥ ...*». Σε περίπτωση κήρυξης τους ως αναδοχών εκτέλεσης του ως άνω Έργου, να συστήσουν Κοινοπραξία, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις της Ελληνικής Νομοθεσίας, τους όρους της ως άνω Διακήρυξης του ... και σύμφωνα με τους κατωτέρω βασικούς όρους.

2. Τα συμβαλλόμενα μέρη ευθύνονται αλληλεγγύως, αδιαρέτως και εις ολόκληρο έναντι του ..., για κάθε θέμα σχετικό με την Σύμβαση Έργου που θα συναφθεί και για την εκτέλεση του Έργου μέχρι και την ολοκλήρωση αυτού.

3. Τα μέρη αναλαμβάνουν ρητώς την υποχρέωση σε περίπτωση διαδοχής τους, ειδικής ή οιονεί καθολικής, να έχουν δεσμεύσει τους διαδόχους

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

τους ότι θα συνεχίσουν να συμμετέχουν στην Κοινοπραξία με τους ίδιους όρους.

4. Η συμμετοχή των μερών στο κεφάλαιο, τα έξοδα, τα κέρδη, τις ζημιές και στις εν γένει υποχρεώσεις και δικαιώματα της υπό σύσταση Κοινοπραξίας ορίζεται για κάθε συμβαλλόμενη εταιρεία σε ποσοστό ως ακολούθως:

A): - Τριάντα επί τοις εκατό (30,00 %)

B): - Εβδομήντα τοις εκατό (70,00 %)

5. Η επωνυμία της υπό σύσταση Κοινοπραξίας είναι: «...».

6. Η έδρα της υπό σύσταση Κοινοπραξίας είναι η ...και συγκεκριμένα τα γραφεία της εταιρείας «...», επί της οδού ... ΤΚ ..., τηλ. ..., fax ..., e-mail: ...·

7. Κοινός εκπρόσωπος της υπό σύσταση Κοινοπραξίας για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό και την εκπροσώπηση της Κοινοπραξίας και των μελών αυτής έναντι του ... ορίζεται ο κ. ..., Πρόεδρος & Διευθύνων Σύμβουλος της «...» και Αναπληρωτής αυτού ο κ.

8. Το παρόν συμφωνητικό τίθεται σε ισχύ από την ημερομηνία υπογραφής του από τα συμβαλλόμενα μέρη και παραμένει σε ισχύ μέχρι την επέλευση οποιουδήποτε γεγονότος από αυτά που αναφέρονται παρακάτω:«...»

Η εγγυητική δεν εξεδόθη υπέρ της υπό συστάσεως κοινοπραξίας, ορθώς και κατά την σχετική νομολογία Υμών, ωστόσο, η συμμετοχή και ανάρτηση στον σχετικό ιστότοπο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στον διαγωνισμό έλαβε χώρα ως Κοινοπραξία -και ουχί απλά ως ένωση- έχοντας προβεί, δια της ηλεκτρονικής υπογραφής των νομίμων εκπροσώπων τους, σε δεσμεύσεις περί της αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης των μελών αυτής, ορίζοντας επωνυμία, νόμιμο εκπρόσωπο, έδρα, συμμετοχή στα κέρδη και τις ζημιές κοκ.

Η άποψη της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι η προσφορά της υπό σύσταση κοινοπραξίας «...» ορθώς έγινε δεκτή, διότι η εγγύηση συμμετοχής με αριθμό ... που προσκόμισε το μέλος της άνω ένωσης «...» όπως αναγράφεται πληροί τις απαιτήσεις της Διακήρυξης ..., Α/ΑΔ ..., απόφαση 390/03-09-2019 Εκτελεστικής επιτροπής ... και του Νόμου Ν.4412/2016.

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

2) Αναφορικά με τον λόγο προσφυγής της παραγράφου 13.2 ότι δεν πληρείται η τεχνική και επαγγελματική του άρθρου 22.Δ. β όσον αφορά την «....»

Σύμφωνα με το άρθρο 22.Δ υπό β της Διακήρυξης «β) Επίσης οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν εκτελέσει κατά τα τελευταία 5ετία τουλάχιστον μια (1) σύμβαση που αφορά εργασίες αποκατάστασης ΧΥΤΑ έκτασης άνω των 40 στρεμμάτων, βεβαιωμένης της καλής εκτέλεσης της σύμβασης από τις αναθέτουσες αρχές.».

Σύμφωνα με το άρθρο 11.3 της Διακήρυξης οι τεχνικές παρεμβάσεις και οι εργασίες που θα εκτελεστούν για την αποκατάσταση του υπό μελέτη χώρου αφορούν σε:

•Χωματουργικές εργασίες διαμόρφωσης και εξομάλυνσης του ανάγλυφου

- Έργα τελικής κάλυψης του απορριμματικού αναγλύφου
- Έργα διαχείρισης βιοαερίου
- Έργα διαχείρισης ομβρίων
- Έργα επεξεργασίας στραγγισμάτων
- Έργα πρασίνου και άρδευσης
- Έργα περιβαλλοντικής παρακολούθησης Χ.Υ.Τ.Α.
- Η/Μ εργασίες •Λοιπά Έργα Υποδομής

Η εταιρεία με την επωνυμία «...» ως μέλος της ένωσης με την επωνυμία «.....» αναφέρει στο υποβληθέν Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) στη σελ. 12 αυτού «Η εταιρία, μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων, εκτέλεσε κατά την τελευταία 5ετία, μία σύμβαση έργου με τίτλο «Έργα Αποκατάστασης Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων στις θέσεις "...", "... & "... ή ..." του ...» - «Έργα Αποκατάστασης Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων στις θέσεις "...", "... ή ..." & "... του ... της ...», φορέας του έργου η, ποσό σύμβασης χωρίς ΦΠΑ : 2.534.502,00 € και προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 5.200.000,00 €- ημερομηνία σύμβασης 16/09/2015 & ημερομηνία περαίωσης 04/07/2018 - έκτασης 247,50 στρεμμάτων, με ποσοστό συμμετοχής στην κατασκευή 100%.».

Η άποψη της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι η σύμβαση που επικαλείται το μέλος της ανωτέρω ένωσης «...» αφορά ουσιωδώς παρόμοιες εργασίες με

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

αυτές που απαιτεί η διακήρυξη στο άρθρο 22.Δ.β και συνεπώς η ένωση με την επωνυμία «...» πληροί όλα τα κριτήρια για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτεί η διακήρυξη..[.].».

18. Επειδή, με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα επισημαίνει, έτι περαιτέρω τα κάτωθι : « Α. Όσον αφορά την υπό σύσταση Κοινοπραξία με την επωνυμία «...» και την εγγύηση που προσκόμισε το μέλος ...

1. Η αναθέτουσα αρχή στις από 23.01.2020 απόψεις της αναφέρει:

«Επομένως από καμία κανονιστική διάταξη (ν. 4412/16 αρ.72 και 15 της διακήρυξης) δεν δύναται, πολλώ δε μάλλον δεν υποχρεώνεται συμμετέχουσα ένωση να προσκομίσει εγγυητική επιστολή συμμετοχής εκδοθείσα στο όνομά της (ΑΕΠΠ 56/2019), αλλά αρκεί εκ του σώματος αυτής να προκύπτει ότι εξεδόθη υπέρ των μελών της ένωσης. Εν προκειμένω, στην επίμαχη εγγυητική επιστολή γίνεται ρητή αναφορά ότι: «Η ΕΓΓΥΗΣΗ ΔΙΕΠΕΤΑΙ ΑΠΟ ΟΤΙ (sic) ΟΡΙΖΕΤΑΙ ΣΤΙΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ Ν. 4412/2016 ΑΡ.ΔΙΑΚ. ... Α/ΑΔ...», εκχωρώντας, εκ τούτου, άπασες τις υπέρ της αναθέτουσας αρχής, προβλέψεις των κείμενων διατάξεων και της διακηρύξεως, ενώ αναφέρεται ότι αφορά την επιλογή αναδόχου «...ΩΣ ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ...». Εξ ου και ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται για τις δυνατότητες ημών, ως αναθέτουσας, κατάπτωσης της εν λόγω εγγυητικής επιστολής δι' αμφότερα τα μέλη της κοινοπραξίας».

Κατά το άρθρο 15.2 της Διακήρυξης μεταξύ άλλων απαιτείται να περιλαμβάνεται στην εγγύηση συμμετοχής η πλήρης επωνυμία, ο ΑΦΜ και η διεύθυνση όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση, ώστε να προκύπτει με σαφήνεια ότι η εγγύηση έχει εκδοθεί υπέρ όλων των μελών της ένωσης.

Από το περιεχόμενο της υπ' αριθμ. ... εγγύησης που προσκόμισε το μέλος ... ουδόλως προκύπτει ότι τούτη εξεδόθη υπέρ των μελών της ένωσης / υπό σύσταση κοινοπραξίας «...».

Τούτο διότι, στην άνω εγγύηση περιλαμβάνεται η εξής δήλωση-όρος: «ΕΓΓΥΗΣΗ ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΣΤΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΠΟΥ ΘΑ ΓΙΝΕΙ ΑΠΟ ..., ..., ΤΚ ... ΣΤΙΣ 17-10-2019 ΜΕ ΚΑΤ/ΚΗ ΗΜ/ΝΙΑ ΥΠΟΒΟΛΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ: 11-10-2019 ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΟΓΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΚΑΤΑΣΚΕΥΗΣ ΕΡΓΟΥ: "ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΧΥΤΑ ΔΗΜΟΥ ..." ΩΣ ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ:

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

1) ... ΑΦΜ ..., 2) ... ΑΦΜ ... [...] ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΚΑΤΑΘΕΤΗ: ..., ... ΤΚ ...
ΥΠΕΡ: ».

Ωστε, δεδομένου ότι δεν αναφέρεται ούτε η επωνυμία της κοινοπραξίας, ούτε τα πλήρη στοιχεία των μελών της, παρά μόνο η επωνυμία εκάστου των μελών και η διεύθυνση της καταθέτριας εταιρείας, ούτε ότι η εγγύηση εκδίδεται υπέρ της υπό σύσταση κοινοπραξίας, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι προκύπτει από το περιεχόμενο της εγγύησης πως αυτή εξεδόθη υπέρ των μελών της ένωσης/υπό σύσταση Κοινοπραξίας, πόσο μάλλον ότι καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των μελών αυτής.

Περαιτέρω, εκθέτει η Αναθέτουσα Αρχή την άποψη, ότι εφόσον η εταιρεία με την επωνυμία ως μέλος της υπό σύσταση κοινοπραξίας «...» αναφέρει στην εγγύηση που υπέβαλε για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, ότι τούτη διέπεται από όσα ορίζει ο Νόμος και η Διακήρυξη, θεωρείται ότι πληροί τις απαιτούμενες προϋποθέσεις.

Πλην όμως, τόσο το άρθρο 72 Ν. 4412/2016, όσο και το άρθρο 15.1 της Διακήρυξης απαιτούν, μεταξύ άλλων, ότι σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, δηλαδή σε περίπτωση που περισσότεροι του ενός οικονομικοί φορείς συμμετέχουν στον Διαγωνισμό, η εγγύηση συμμετοχής πρέπει απαραίτητως να περιλαμβάνει τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Τούτο έχει την έννοια ότι, είναι απαραίτητος ο όρος αυτός, πρέπει να αναγράφεται με σαφήνεια στην εγγύηση συμμετοχής και δεν αρκεί στο περιεχόμενο της εγγύησης να αναφέρεται ότι αυτή διέπεται από όσα ορίζει ο Νόμος και η Διακήρυξη. Γιατί, με τη μη σαφή και ρητή αναγραφή του όρου αυτού στην εγγύηση συμμετοχής, δεν προκύπτει χωρίς αμφιβολία ότι καλύπτονται οι υποχρεώσεις όλων των μελών της ένωσης και της υπό σύσταση κοινοπραξίας.

Εντύπωση προκαλεί ο ισχυρισμός αυτός της Αναθέτουσας Αρχής, διότι στην ουσία εκφράζει την άποψη ότι οι πλημμέλειες και οι ελλείψεις στις εγγυήσεις συμμετοχής θεραπεύονται, εάν σε αυτές περιλαμβάνεται η δήλωση ότι διέπονται από όσα ορίζονται στον Νόμο και την Διακήρυξη, γεγονός που δεν είναι ορθό και δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό. Σε καμία περίπτωση δεν είναι δυνατό να θεωρηθεί ότι η παραπομπή στον νόμο και την διακήρυξη καθίσταται

ισότιμη και μπορεί να αντικαταστήσει τον εν λόγω όρο, που απαραίτητως πρέπει με σαφήνεια να περιλαμβάνεται στην εγγύηση συμμετοχής.

2. Και ακολούθως η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι: «Η εγγυητική δεν εξεδόθη υπέρ της υπό συστάσεως κοινοπραξίας, ορθώς και κατά την σχετική νομολογία Υμών, ωστόσο, η συμμετοχή και ανάρτηση στον σχετικό ιστότοπο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στον διαγωνισμό έλαβε χώρα ως Κοινοπραξία -και ουχί απλά ως ένωση- έχοντας προβεί, δια της ηλεκτρονικής υπογραφής των νομίμων εκπροσώπων τους, σε δεσμεύσεις περί της αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης των μελών αυτής, ορίζοντας επωνυμία, νόμιμο εκπρόσωπο, έδρα, συμμετοχή στα κέρδη και τις ζημίες κοκ.».

Επιδιώκει η Αναθέτουσα Αρχή να τεκμηριώσει την εσφαλμένη και όλως αβάσιμη άποψή της, ότι το περιεχόμενο της εγγυητικής που υπέβαλε η εταιρεία είναι πλήρες, χωρίς ελλείψεις και πλημμέλειες εκθέτοντας την άποψη ότι δεδομένης της υπογεγραμμένης δέσμευσης των δύο αυτών εταιρειών που απαρτίζουν την ένωση/υπό σύσταση Κοινοπραξία, με την οποία αναλαμβάνουν την αλληλέγγυα και εις ολόκληρον ευθύνη των μελών και με τον ορισμό επωνυμίας και εκπροσώπου, η εγγύηση συμμετοχής δεν απαιτείται να περιλαμβάνει τον επίμαχο όρο περί κάλυψης των υποχρεώσεων όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση.

Η ως άνω ερμηνεία της Αναθέτουσας Αρχής είναι προδήλως εσφαλμένη και ενάντια στους όρους της Διακήρυξης, αλλά και του Νόμου. Η απαιτούμενη δέσμευση των μελών της ένωσης/υπό σύσταση Κοινοπραξίας για την αλληλέγγυα και εις ολόκληρον ευθύνη, τον ορισμό επωνυμίας, έδρας κλπ, συνιστά προϋπόθεση καθ' όλα διακριτή από τους απαραίτητους όρους που πρέπει να περιλαμβάνει η εγγύηση συμμετοχής στον διαγωνισμό. Είναι αδύνατη και ανεπίτρεπτη η ερμηνεία αυτή της Αναθέτουσας Αρχής, ότι δηλαδή η έγγραφη δέσμευση των μελών της ένωσης καλύπτει και τους επί ποινή αποκλεισμού όρους που θέτει ο Νόμος και η Διακήρυξη ότι πρέπει να περιλαμβάνονται στην εγγύηση συμμετοχής.

Εξάλλου, είναι προφανές ότι η ένωση/υπό σύσταση κοινοπραξία οφείλει με έγγραφη δέσμευση των μελών της να αναλάβει την από κοινού ευθύνη αυτών, δεδομένου ότι δεν έχει αποκτήσει ακόμα νομική προσωπικότητα και δεν συμμετέχει ως ένα νομικό πρόσωπο, αλλά ως σύμπραξη περισσοτέρων

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

που ακόμα διατηρούν την αυτοτέλειά τους. Εξ αυτού δε του λόγου απαιτεί το άρθρο 72 Ν. 4412/2016 και η Διακήρυξη να περιλαμβάνεται απαραίτητως στην εγγύηση ο όρος ότι αυτή καλύπτει όλους τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στην ένωση.

Τέλος, προς επίρρωση των ανωτέρω, δέον να σημειωθεί ότι στην εγγυητική επιστολή με αριθμό ... που υπέβαλε η εταιρεία ... ως το έτερο μέλος της ανωτέρω υπό σύσταση κοινοπραξίας, περιλαμβάνει τον άνω όρο, κατά τον οποίο «Η παρούσα εγγύηση καλύπτει μόνο τις από τη συμμετοχή στην ανωτέρω απορρέουσες υποχρεώσεις όλων των ως άνω μελών της κοινοπραξίας ατομικά για κάθε ένα από αυτά και ως αλληλέγγυα και εις ολόκληρο υπόχρεων μεταξύ τους καθ' όλο τον χρόνο ισχύος της», περιλαμβάνονται δε και τα πλήρη στοιχεία κάθε ενός από τα μέλη της υπό σύσταση κοινοπραξίας, πληρώντας έτσι τους όρους της διακήρυξης, αλλά και τις απαιτήσεις που θέτει το άρθρο 72 Ν. 4412/2016. Ωστε είναι προφανές ότι η μη ρητή αναφορά του όρου ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση / υπό σύσταση κοινοπραξία, καθώς και ότι η εγγύηση εκδόθηκε και υπέρ της υπό σύσταση κοινοπραξίας, συνιστά πλημμέλεια και η εγγύηση αυτή συμμετοχής δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή.

Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και των όσων αναφέρουμε στην υπό κρίση Προσφυγή μας, η υπ' αριθμ. 553/2019 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής δέον να ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί και η διαγωνιζόμενη υπό σύσταση Κοινοπραξία «...» να αποκλεισθεί από τον διαγωνισμό.

Β. Όσον αφορά ένωση με την επωνυμία «...» και την επικαλούμενη εμπειρία για την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του διαγωνισμού.

Η Αναθέτουσα Αρχή, όσον αφορά την «...» εκθέτει την άποψη ότι οι εργασίες που λαμβάνουν χώρα σε Χώρο Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων και οι εργασίες σε Χώρο Υγειονομικής Ταφής Απορριμμάτων είναι ουσιαδώς παρόμοιες.

Όμως, όπως εκθέσαμε και στην κρινόμενη προσφυγή μας υφίσταται διαφορετικό κανονιστικό - νομοθετικό πλαίσιο, που έκαστο εξ αυτών καθορίζει

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

τις εργασίες που πραγματοποιούνται σε ΧΑΔΑ και σε ΧΥΤΑ. Οι εργασίες αυτές και ο τρόπος που εκτελούνται, όπως προκύπτει από τα αναλυτικώς αναφερόμενα στην κρινόμενη προσφυγή μας, όπου παραπέμπουμε προς αποφυγή επαναλήψεων, είναι ουσιωδώς διαφορετικές. Συνάγεται λοιπόν το συμπέρασμα ότι είναι εσφαλμένη και αβάσιμη η άποψη που εκθέτει η Αναθέτουσα Αρχή, ότι οι εργασίες αυτές και ο τρόπος εκτέλεσής τους είναι ουσιωδώς παρόμοιες.

Ως εκ τούτου, η ένωση οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» δεν πληροί την απαιτούμενη εμπειρία που απαιτείται για την κάλυψη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του εν θέματι διαγωνισμού, δέον να ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να αποκλεισθεί η ως άνω διαγωνιζόμενη από τον διαγωνισμό.

Επειδή με την προσβαλλόμενη απόφαση και τις απόψεις της η Αναθέτουσα Αρχή παραβιάζει την αρχή της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων μερών, ώστε πρέπει αυτή να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί.

Επειδή η εγγύηση που προσκόμισε η εταιρεία ... ως μέλος της υπό σύσταση Κοινοπραξίας με την επωνυμία «...» αντίκειται στους όρους της διακήρυξης και στο άρθρο 72 Ν. 4412/2016.

Επειδή η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που επικαλείται η ένωση με την επωνυμία «...» δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης. ».

22. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] 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.[...].».

23. Επειδή το άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής «1. Οι όροι των

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

24. Επειδή το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 με τίτλο « Εγγυήσεις» προβλέπει τα εξής : «1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης «μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης», εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση.

Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τμημάτων.

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 εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. 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.

Δεν απαιτείται εγγύηση συμμετοχής για τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης συμφωνιών- πλαίσιο, δυναμικού συστήματος αγοράς, σε συνοπτικό διαγωνισμό, σε διαδικασίες απευθείας ανάθεσης ή σε διαδικασία επιλογής από κατάλογο, εκτός αν άλλως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης.

Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης.

Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. 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 μετά:

αα) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής, ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης και ββ) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης «ενδίκων βοηθημάτων προσωρινής δικαστικής Προστασίας», ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, και γγ) την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με το άρθρα 35 και 36 του Ν. 4129/2013 (Α` 52), εφόσον απαιτείται.

Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες «στις κάτωθι περιπτώσεις: α) λήξης του χρόνου ισχύος της προσφοράς και μη ανανέωσης αυτής και β) απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ενδίκων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως. [...]

3. Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β` και γ` της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α`13) που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα.

4. Οι εγγυήσεις του παρόντος άρθρου περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται (ή τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής στις περιπτώσεις δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών), δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση, ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, 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.

5. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους.

6. Για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, πέραν των ανωτέρω, ισχύουν ειδικότερα τα εξής:

α) Οι κρατήσεις της παρ. 12 του άρθρου 152 μπορεί να αντικατασταθούν οποτεδήποτε από τον ανάδοχο, μερικά ή ολικά, με ισόποση εγγυητική επιστολή. Οι εγγυήσεις αυτές περιορίζονται κατά ποσοστό πέντε τοις εκατό (5%) επί της αξίας των εργασιών που περιλαμβάνονται στις εγκεκριμένες από την υπηρεσία επιμετρήσεις. Η μείωση αποφασίζεται από τη διευθύνουσα υπηρεσία, ύστερα από αίτηση του αναδόχου, συνοδευόμενη από ειδικό απολογισμό των εργασιών των οποίων έχουν εγκριθεί οι επιμετρήσεις.

β) Η εγγύηση καλής εκτέλεσης, όπως αυτή διαμορφώθηκε κατόπιν τροποποιήσεων της σύμβασης, κατά το άρθρο 132, μειώνεται αμέσως μετά την

έγκριση του Πρωτοκόλλου Προσωρινής Παραλαβής, σε ποσοστό είκοσι τοις εκατό (20%). Το σύνολο των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης επιστρέφεται χωρίς καθυστέρηση, αμέσως μετά την έγκριση του Πρωτοκόλλου Οριστικής Παραλαβής και την έγκριση του τελικού λογαριασμού του έργου.

[...].».

25. Επειδή, το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 με τίτλο « Κριτήρια επιλογής» και το άρθρο 76 του αυτού Νόμου με τίτλο «Κριτήρια επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου» προβλέπουν τα εξής « Άρθρο 75 ..1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.

2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α` ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό.

Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων υπηρεσιών, εφόσον οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ειδική έγκριση ή να είναι μέλη συγκεκριμένου οργανισμού για να μπορούν να παράσχουν τη σχετική υπηρεσία στη χώρα καταγωγής τους, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να τους ζητεί να αποδείξουν ότι διαθέτουν την έγκριση αυτή ή ότι είναι μέλη του εν λόγω οργανισμού.

Με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων που εκδίδεται μετά από γνώμη του Τεχνικού Επιμελητηρίου Ελλάδος ή με κοινή

απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, που εκδίδεται μετά από γνώμη επιτροπής που συστήνουν και στην οποία εκπροσωπούνται τα οικεία επαγγελματικά επιμελητήρια, προσδιορίζεται το αντικείμενο κάθε κατηγορίας μελέτης του Παραρτήματος Ι του Προσαρτήματος Γ . Με την ίδια απόφαση καθορίζεται η αντιστοιχία κάθε κατηγορίας μελέτης με το επιστημονικά πεδίο απασχόλησης των εγγεγραμμένων στο «Μητρώο Μελετητών», καθώς και στο «Μητρώο Γραφείων Μελετών» του Παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α ` , σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με γνώμονα την εφαρμογή του Κανονισμού ΕΚ 2195/2002. Με όμοια απόφαση μπορούν να διαιρούνται ή ενοποιούνται εν γένει οι παραπάνω κατηγορίες.

3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων.

Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341.

Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων.

Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως.

Εάν οι συμβάσεις βάσει συμφωνίας-πλαίσιο πρόκειται να ανατεθούν μετά από προκήρυξη νέου διαγωνισμού, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που θα εκτελεστούν ταυτοχρόνως ή , εάν αυτό δεν είναι γνωστό, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της συμφωνίας-πλαίσιο. Στην περίπτωση δυναμικών συστημάτων αγορών, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που πρόκειται να ανατεθούν στο πλαίσιο του εν λόγω συστήματος.

4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης.

Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.

5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος. Άρθρο 76 ...1. Πέραν των οριζόμενων στην παρ. 2 του άρθρου 75, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, ισχύουν τα ακόλουθα: α) Στο Μ.Ε.ΕΠ. ή τα νομαρχιακά μητρώα, εγγράφονται οικονομικοί φορείς κατά κατηγορίες ή εξειδικευμένες επιχειρήσεις. β) Όταν το έργο ανήκει αποκλειστικά σε μια κατηγορία του Μ.Ε.ΕΠ., δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στην κατηγορία αυτή. Ένα έργο θεωρείται ότι ανήκει αποκλειστικά σε μια κατηγορία αν ανήκουν στην κατηγορία αυτή πλέον του ενενήντα τοις εκατό (90%) των εργασιών του όλου έργου. Για τον υπολογισμό του ποσοστού αυτού δεν λαμβάνονται υπόψη τα απρόβλεπτα.

γ) Αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες διαφόρων κατηγοριών που καμιάς το ποσοστό δεν ξεπερνά το όριο της προηγούμενης παραγράφου, δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι για όλες τις κατηγορίες του έργου, καθώς και ενώσεις οικονομικών φορέων που να καλύπτουν τις κατηγορίες αυτές. Κατηγορία με ποσοστό εργασιών λιγότερο του δέκα τοις εκατό (10%) δεν λαμβάνεται υπόψη, μπορούν όμως τα έγγραφα της σύμβασης να ορίσουν διαφορετικά.

δ) Αν το έργο περιλαμβάνει αποκλειστικά αντικείμενο εξειδικευμένων οικονομικών φορέων του Μ.Ε.ΕΠ., δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στην αντίστοιχη κατηγορία και εξειδικευμένοι οικονομικοί φορείς, αν υπάρχουν, σε αντίστοιχες τάξεις. Τα δύο τελευταία εδάφια της περίπτωσης β` εφαρμόζονται και στην περίπτωση αυτή.

Σε κάθε άλλη περίπτωση οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν.

ε) Σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτής, πρέπει να είναι εγγεγραμμένα στην κατηγορία του έργου που δημοπρατείται ή,

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες περισσότερων κατηγοριών, τουλάχιστον σε μία από τις κατηγορίες του έργου που δημοπρατείται.

2. Πέραν των οριζομένων στις παρ. 4 και 5 του άρθρου 75, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις ειδικών έργων των οποίων η κατασκευή απαιτείται να πραγματοποιηθεί από εξειδικευμένους οικονομικούς φορείς, μπορεί στα έγγραφα της σύμβασης να ορίζονται πρόσθετες απαιτήσεις για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία. Κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, με απόφαση του Υπουργού Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων, ύστερα από γνώμη του Τμήματος Κατασκευών του Συμβουλίου Δημόσιων Έργων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών, μπορεί να προστίθενται στη διακήρυξη επιπλέον όροι, όταν τούτο ενδείκνυται από το είδος ή την πολυπλοκότητα του προς ανάθεση έργου.

3. Πέραν των οριζομένων στις παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 75, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, ισχύουν συμπληρωματικά τα ακόλουθα:

α) Αν το έργο ανήκει σε μια κατηγορία του Μ.Ε.ΕΠ. κατά την παράγραφο 1 περίπτωση β', η τάξη, στην οποία πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι οι οικονομικοί φορείς, προσδιορίζεται από την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης. Για την εφαρμογή του προηγούμενου εδαφίου τα ποσοστά των απρόβλεπτων δαπανών (απρόβλεπτα), όπως αυτά καθορίζονται στην περίπτωση α' της παρ. 3 του άρθρου 156, λαμβάνονται υποχρεωτικά υπόψη. Αν το έργο ανήκει σε περισσότερες κατηγορίες του Μ.Ε.ΕΠ. κατά την παράγραφο 1 περίπτωση γ', η τάξη για κάθε κατηγορία, στην οποία πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι οι οικονομικοί φορείς, προσδιορίζεται από το αντίστοιχο μέρος της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Τα πιο πάνω εφαρμόζονται ανάλογα και για τις εξειδικευμένες επιχειρήσεις.

Σε κάθε άλλη περίπτωση οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν.

β) Ενώσεις οικονομικών φορέων εγγεγραμμένων στην ίδια τάξη και κατηγορία έργου του Μ.Ε.ΕΠ. μέχρι και την πέμπτη τάξη, επιτρέπεται να αναλάβουν έργα εκτιμώμενης αξίας μεγαλύτερης από το ανώτατο όριο της τάξης τους μέχρι το είκοσι πέντε τοις εκατό (25%) της διαφοράς μεταξύ του ανώτατου ορίου της τάξης τους και του ανώτατου ορίου της επόμενης τάξης, υπό την προϋπόθεση ότι τουλάχιστον δύο από τους οικονομικούς φορείς αυτούς συμμετέχουν στην

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

κατανομή της κατασκευής του έργου ή στα κέρδη και τις ζημίες της ένωσης, με ποσοστό τουλάχιστον τριάντα τοις εκατό (30%) ο καθένας. Όταν η ένωση αποτελείται από οικονομικούς φορείς εγγεγραμμένους στην έκτη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. για την ίδια κατηγορία εργασιών, το ανώτατο όριο της εκτιμώμενης αξίας των έργων που επιτρέπεται να αναλάβει η ένωση διαμορφώνεται στα εξήντα εκατομμύρια (60.000.000) ευρώ, υπό την προϋπόθεση ότι το ποσοστό συμμετοχής του καθενός στα κέρδη και τις ζημίες, ανέρχεται τουλάχιστον σε είκοσι πέντε τοις εκατό (25%). Τα όρια της παραγράφου αυτής μπορεί να επανακαθορίζονται με απόφαση του Υπουργού Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων, λαμβανομένου υπόψη του δείκτη αναθεώρησης των τιμών των δημοσίων έργων, όπως καθορίζεται, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις.

Σε κάθε άλλη περίπτωση οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν.

4. Επιπλέον των επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες σε τάξεις των μητρώων, επιχειρήσεις που εκπληρώνουν τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 μπορούν να συμμετέχουν σε διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργων, μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών ανεξαρτήτως της εγγραφής τους σε τάξεις. Οποιαδήποτε αναφορά αντίθετη στο προηγούμενο εδάφιο καταργείται».

26. Επειδή το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» προβλέπει ότι «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102. δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις

ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης. ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. στ) Προσφορά υπό αίρεση. [...]».

27. Επειδή, το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» προβλέπει ρητώς ότι « 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. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία 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. 5. 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».

28. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης

μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970

Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

29. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

30. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑΘ 271/2011). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012,

SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

31. Επειδή, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

32. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται ουσιώδη έλλειψη στο περιεχόμενη της εγγύησης συμμετοχής που υπεβλήθη από την παρεμβαίνουσα, η οποία δεν χωρεί κατά την κρίση της διευκρίνιση και θα έπρεπε να οδηγήσει σε αποκλεισμό της.

33. Επειδή, αντιστοίχως, ο οικείος όρος της διακήρυξης ορίζει τα εξής
« i) *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 σαράντα δύο χιλιάδων διακοσίων εβδομήντα ευρώ (42.270 €).

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.

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

15.2 Οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής περιλαμβάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία :

α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη,

γ) τον κύριο του έργου ή το φορέα κατασκευής του έργου «...» προς τον

οποίο απευθύνονται,

δ) τον αριθμό της εγγύησης,

ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση,

στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση (στην περίπτωση ένωσης αναγράφονται όλα τα παραπάνω για κάθε μέλος της ένωσης),

ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου,

η) τα στοιχεία της 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.

15.3 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 27/07/2020 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.

15.4 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.

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

15.5 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, ii) Άρθρο 17Α: Έκδοση εγγυητικών

17.A.1. Οι εγγυητικές επιστολές των άρθρων 15, 16 και 17 εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/2016 (Α'13) που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη- μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού.

Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα.

17.A.2 Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή του οικονομικού φορέα/ αναδόχου από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου, ανεξαρτήτως του ύψους των.

Εάν η εγγύηση εκδοθεί από αλλοδαπό πιστωτικό ίδρυμα μπορεί να συνταχθεί σε μία από τις επίσημες γλώσσες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αλλά θα συνοδεύεται απαραίτητα από μετάφραση στην ελληνική γλώσσα, σύμφωνα και με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 6.3. της παρούσας.

Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους, iii) οι σχετικές, δε, υποσημειώσεις που συνοδεύουν τα ανωτέρω άρθρα είναι οι εξής «44 Το ποσοστό της εγγύησης συμμετοχής δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς το Φ.Π.Α., με ανάλογη στρογγυλοποίηση μη συνυπολογιζομένων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης (Πρβ άρθρο 72 παρ. 1 περ. α, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 5α του άρθρου 43 ν. 4605/2019 (Α' 52).

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

45 Πρβ. άρθρο 72 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με την περ. 4 του άρθρου 107 του ν. 4497/2017 (Α' 171) και την παρ. 5 περ. β, γ και δ του άρθρου 43 του ν. 4605/2019

46 Εφόσον συντρέχει περίπτωση, κατά το άρθρο 149 του ν. 4412/2016, οπότε μνημονεύονται και οι απαραίτητες λεπτομέρειες.

47 Τα γραμμάτια σύστασης χρηματικής παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, για την παροχή εγγυήσεων συμμετοχής και καλής εκτέλεσης (εγγυοδοτική παρακαταθήκη) συστήνονται σύμφωνα με την ειδική νομοθεσία που διέπει αυτό και ειδικότερα βάσει του άρθρου 4 του π.δ της 30 Δεκεμβρίου 1926/3 Ιανουαρίου 1927 (“Περί συστάσεως και αποδόσεως παρακαταθηκών και καταθέσεων παρά τω Ταμείω Παρακαταθηκών και Δανείων”). Πρβλ. Το με αρ. πρωτ. 2756/23-5-2017 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (ΑΔΑ: 7ΝΣΡΟΞΤΒ-975).

48 Πρβλ. και τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.1.ζ. της παρούσας, ως προς τις εγγυήσεις συμμετοχής».

34. Επειδή, η σύμβαση της εγγυητικής επιστολής μεταξύ της εκδότριας τράπεζας και του λήπτη της επιστολής αυτής δεν ρυθμίζεται ειδικά σε κάποιο νόμο, αλλά καθορίζεται στα πλαίσια της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων όπως αυτή περιγράφεται στο άρθρο 361 ΑΚ και ως εκ τούτου τα μέρη έχουν μεγάλη διακριτική ευχέρεια ρύθμισης των μεταξύ τους σχέσεων, με ακροτελεύτιο όριο διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, από τις οποίες δεν μπορούν να παρεκκλίνουν. Η τριγωνική σχέση που δημιουργείται μεταξύ δανειστή, οφειλέτη και τράπεζας με αφορμή την εγγυητική επιστολή που εκδίδει η τελευταία, αποτελεί ιδιόμορφη σύμβαση, που καταρτίζεται στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΠ 1403/2008). Η εγγυητική επιστολή διέπεται αφενός από τις γενικές διατάξεις που ρυθμίζουν τις συμβάσεις και αφετέρου από τις αναλογικά εφαρμοζόμενες, λόγω έλλειψης άλλων ειδικότερων διατάξεων, διατάξεις του ΑΚ, που ρυθμίζουν την εγγύηση (αρ. 847 επ. ΑΚ), εφόσον οι διατάξεις για την εγγύηση συμβιβάζονται με την εν λόγω σχέση. Ειδικότερα, οι παρά των τραπεζών συνήθως εκδιδόμενες εγγυητικές επιστολές, αποτελούν ιδιαίτερο είδος και τύπο εγγυήσεως, δημιούργημα της συναλλακτικής πρακτικής (ΑΚ 361), που διέπεται από τις διατάξεις περί παραγγελίας του ΕμπΝ και τις διατάξεις περί

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

εντολής (714 επ.) του ΑΚ (ΑΠ862/1996), κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του (ΑΠ 1793/2008, 983/1999, 1433/1998, 48/1996) 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 (ΕΣ 134/2013 Ζ΄ Κλιμάκιο-Πράξη, Σπ. Ψυχομάνη «Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων» τ. Ι Γενικό Μέρος σελ. 353). Χαρακτηριστικό της εγγυητικής επιστολής είναι ότι με αυτήν οι συναλλασσόμενοι δεν αποβλέπουν στην απόκτηση προσθέτου φερεγγυότητας, αλλά στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στο δανειστή του καλυπτομένου με αυτήν ποσού με απλή ειδοποίηση του δανειστού, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει στα δικαστήρια και στη χρονοβόρο συνήθως διαδικασία, τους (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1273/2014, 1884/2013). 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 (βλ. σχετ. ΕφΑθ 7798/2006, ΑΠ 1433/1998 ΕΛΛΔ 1999, 633, ΑΠ 48/1996 ΕΛΛΔ 1996, 1332, ΑΠ 210/1993 ΝοΒ 1994, 399, ΑΠ 467/ 1992 ΕΛΛΔ 1993, 1075, ΑΠ 10/1992 ΝοΒ 1993, 70, ΑΠ 5593/1989 ΕΛΛΔ 1990, 1252, ΑΠ 585/1989 ΝοΒ 1990, 820, ΕφΑθ 8188/2003 ΕΛΛΔ 2004, 852, ΕφΑθ 6281/ 2002 ΕΛΛΔ 2004, 1071, ΕφΑθ 11349/1995 ΕΕμπΔ 1996, 51, Λ. Γεωργακόπουλου, Χρηματιστηριακό και Τραπεζικό Δίκαιο,

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

1999, σελ. 402-407, Σπ. Ψυχομάνη, Τραπεζικό Δίκαιο -Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, 1999, σελ. 297-366, Απ. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σελ. 135-198).

35. Επειδή, στο με αριθμό πρωτ. (0) 39447_17 της 24.4.2017 έγγραφο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με θέμα «Εγγυοδοτικές Παρακαταθήκες Τ.Π. & Δανείων» αναφέρεται μεταξύ άλλων ρητά ότι «2α.Σύμφωνα με την ειδική νομοθεσία που διέπει το Τ. Π. και Δανείων, (άρθρο 4

Π.Δ. της 30 12.1926 /3 1. 1927, «Περί συστάσεως και αποδόσεως παρακαταθηκών και καταθέσεων παρά τω Ταμείω Παρακαταθηκών και Δανείων»), συστήνονται εγγυοδοτικές παρακαταθήκες για την παροχή Εγγυήσεων συμμετοχής, καλής εκτέλεσης κ.λ.π. για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος. 2β. Σε εφαρμογή των ανωτέρω, το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων από της ιδρύσεώς του εκδίδει εγγυοδοτικές παρακαταθήκες με τις οποίες παρέχονται εγγυήσεις συμμετοχής σε διαγωνισμούς για την κατασκευή δημοσίων έργων ή για προμήθειες δημοσίου τομέα και εγγυήσεις για την καλή εκτέλεση όρων των συμβάσεων, με το εξής περιεχόμενο:

2γ . Στο Γραμματίο Εγγυοδοτικής Παρακαταθήκης αναγράφονται:

1. ο αριθμός του γραμματίου σύστασης παρακαταθήκης,
2. η ημερομηνία έκδοσης του γραμματίου σύστασης παρακαταθήκης,
3. ο εκδότης (Τ .Π. και Δανείων),
4. η υπηρεσία προς την οποία απευθύνεται,
5. το ποσό που καλύπτει η εγγύηση,
6. η πλήρης επωνυμία και η διεύθυνση του καταθέτη (προμηθευτή), ο οποίος συστήνει την παρακαταθήκη ως εγγύηση συμμετοχής,
7. ο αριθμός της διακήρυξης,
8. ο ακριβής τίτλος του διαγωνισμού και η ημερομηνία διεξαγωγής του (εγγύηση συμμετοχής) και ο αριθμός της σύμβασης όταν πρόκειται για εγγύηση καλής εκτέλεσης, με την προϋπόθεση ότι υπάρχει.

...[...] Επίσης όσον αφορά το χρόνο ισχύος του Γραμματίου, σας επισημαίνουμε ότι οι χρηματικές παρακαταθήκες παραγράφονται μετά από 15ετία από το χρόνο που κατέστησαν απαιτητές βάσει του Ν. 3646/28, άρθρο

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

17. παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ότι ο εκδότης παραιτείται από την ένσταση της διζήσεως, της θα καταβληθεί άνευ αντιρρήσεων και απροφασίστως, χρόνος ισχύος κ.λ.π. αφορούν μόνο τις παρεχόμενες από τις Τράπεζες εγγυητικές επιστολές και όχι τις εγγυοδοτικές παρακαταθήκες που εκδίδει το Ταμείο Παρακαταθηκών & Δανείων».

36. Επειδή, στο με αριθμό πρωτ. 2756/23-5-2017 (ΑΔΑ 7ΝΣΡΟΞΤΒ975) έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «Διευκρινίσεις επί της Κατευθυντήριας Οδηγίας 12, ως προς τα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης», αναφέρει μεταξύ άλλων «Ειδικότερα, το άρθρο 72 παρ. 3 του ν. 4412/2016 (Α' 147) ορίζει: "3. Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέλη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα....[...] Τα γραμμάτια σύστασης χρηματικής παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, για την παροχή εγγυήσεων συμμετοχής και καλής εκτέλεσης (εγγυοδοτική παρακαταθήκη) συστήνονται σύμφωνα με την ειδική νομοθεσία που διέπει αυτό και ειδικότερα βάσει του άρθρου 4 του π.δ της 30 Δεκεμβρίου 1926/3 Ιανουαρίου 1927 (Περί συστάσεως και αποδόσεως παρακαταθηκών και καταθέσεων παρά τω Ταμείω Παρακαταθηκών και Δανείων».

37. Επειδή, με βάση τα ως άνω καθίσταται σαφές ότι ως ορίζεται ρητώς στο Νόμο (άρθρο 72 Ν. 4412/2016) και στην οικεία διακήρυξη είναι καταρχήν νόμιμη και σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης η προσκόμιση γραμματίου του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων ως εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό.

38. Επειδή, ως συνάγεται από τα ως άνω εκτεθέντα, η παροχή εγγύησης υπό μορφή σύστασης παρακαταθήκης (εγγυοδοτική

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

παρακαταθήκη) και έκδοσης σχετικού γραμματίου από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων διαφοροποιείται από την εγγύηση των άρθρων 866-7 ΑΚ και διέπεται από τις διατάξεις του ΠΔ της 30/12/3.1.1927 σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 427-435, 410 επ. και 822 ΑΚ (βλ. ΓΝΜ ΝΣΚ 34/1992).

39. Επειδή, ειδικότερα το επίμαχο άρθρο 4 του ΠΔ 30/1926 ορίζει τα κάτωθι *«Αί εγγυοδοτικάί παρακαταθήκαι, δυνάμεναι νά συσταθώσιν έκ μετρητών ή τίτλων ουχί δέ έξ άλλων τιμαλφών κινητών καί αποφέρουσαι τόκον μόνον έφ' όσον εδόθησαν ώς εγγυήσεις παρ' υπολόγων του Δημοσίου, καί των νομικών έν γένει προσώπων Δημοσίου Δικαίου, ενεργούνται έκ διατάξεως νόμου ή διοικητικών Αρχών πρός εξυπηρέτησιν Δημοσίου συμφερόντος καί είνε ειδικώτερον αί εξής, ενδεικτικώς αναφερόμεναι.*

1) *Αί είς τό Δημόσιον παραχωρούμεναι εγγυήσεις είς χρήματα ή τίτλους παραστατικούς χρημάτων παρά των δημοσίων υπαλλήλων, των αναλαμβανόντων δημοσίαν τινά διαχείρισιν είτε χρημάτων είτε υλικού, διά τήν ακριβή εκτέλεσιν της διαχειρίσεως ταύτης, αί ειδικώς ονομαζόμεναι εγγυοδοσίαι δημοσίων υπολόγων.*

2) *Αί κατά νόμον υπέρ του Δημοσίου εγγυήσεις διά καταθέσεως μετρητών ή χρηματικών τίτλων, παρά προμηθευτών του Δημοσίου, μισθωτών δημοσίων κτημάτων ή νομημάτων ή δημοσίας υπηρεσίας ή επιχειρήσεις, διά τήν ακριβή εκτέλεσιν των ανειλημμένων απέναντι του Δημοσίου υποχρεώσεων.*

3) *Αί συμφώνως τώ νόμω καταθέσεις μετρητών ή χρηματικών τίτλων πρός τόν σκοπόν της συμμετοχής είς τούς Δημοσίους συναγωνισμούς διά τήν εκτέλεσιν Δημοσίων έργων, μίσθωσιν ακινήτων διά δημοσίαν χρήσιν, μίσθωσιν δημοσίων νομημάτων ή κτημάτων ή χορήγησιν υπηρεσίας τινός, καί*

4) *Αί είς μετρητά ή χρηματικούς τίτλους παρακαταθέσεις, δυνάμει του Νόμου.*

α') *Λόγω εγγυήσεως υπέρ του Δημοσίου διά πάσαν άλλην αιτίαν εκτός των ανωτέρω περιπτώσεων καί της έκ δικαστικής αιτίας.*

β') *Υπέρ νομικών προσώπων δημοσίου Δικαίου παρά των παρ' αύτοις διοριζομένων υπαλλήλων, αναλαμβανόντων διαχείρισιν, καί*

γ') *Υπό ασφαλιστικών Εταιρειών αλλοδαπών καί ημεδαπών, λόγω εγγυήσεως διά τήν εκτέλεσιν των όρων των μετά του κοινού συναπτομένων συμβάσεων ασφαλίσεως».*

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 : “ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΧΥΤΑ 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 οποίων 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.

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

ΑΕΠΠ 9/2019, 56/2019, πρβλ. Εα ΣτΕ 201/2008 και a contrario ΔεφΘεσ Ν. 149/2016).

48. Επειδή, περαιτέρω, η γενική αναφορά στο Ν. 4412/2016 δεν δύναται να υποκαταστήσει την υποχρέωση σύστασης παρακαταθήκης υπέρ αμφοτέρων των μελών της κοινοπραξίας και ρητής πρόβλεψης αμφοτέρων των οικονομικών φορέων υπέρ των οποίων έχει συσταθεί και ισχύει. Εξάλλου, από τις διατάξεις των άρθρων 741 ΑΚ. 18, 20 ΕμπΝ και 2 του δ/τος της 2/14.5.1835 "περί αρμοδιότητας των εμποροδικείων" συνάγεται ότι η κοινοπραξία, που με ιδιαίτερη επωνυμία, ή με τα ονόματα όλων των μελών της αναλαμβάνει την εκτέλεση έργου, το οποίο συνιστά αντικειμενικά εμπορική πράξη, εφόσον δεν προκύπτει κάτι άλλο, έχει το χαρακτήρα ομόρρυθμης εμπορικής εταιρίας. Εάν όμως δεν υποβλήθηκε στις διατυπώσεις δημοσιότητας που προβλέπουν τα άρθρα 42-45 του ΕμπΝ για τις ομόρρυθμες εταιρίες, λειτουργεί ως ομόρρυθμη εμπορική εταιρία "εν τοις πράγμασι" (ΟΛΑΠ 22/1998 ΕλλΔνη 1998.532, ΑΠ 36/2011 ΕλλΔνη 2011.1389, ΑΠ 654/2010 Αρμ 2011.1177, ΑΠ 362/2009 ΕΕμπΔ 2010.63, ΕφΘεσ 1704/2011 ΕπισκΕμπΔ 2012.457, ΕφΠατρ 88/2008 ΑχαΝομ 2009.571) με όλες τις συνέπειες που απορρέουν από το γεγονός αυτό, δηλαδή εφαρμόζεται το δίκαιο της ομόρρυθμης εταιρίας σε όλη του την έκταση, ως προς τη διαχείριση της εταιρίας, την ευθύνη των εταίρων, τη λύση και τις συνέπειες αυτής (ΑΠ 36/2011 ΕλλΔνη 2011.1389, ΑΠ 654/2010 Αρμ 2011.1177, ΑΠ 362/2009 ΕΕμπΔ 2010.63, ΕφΔωδ 125/2012 ΝΟΜΟΣ, ΕφΘεσ 1704/2011 ΕπισκΕμπΔ 2012.457). Επομένως, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας περί της λειτουργίας της άτυπης κοινοπραξίας ως de facto ομόρρυθμης εταιρίας προβάλλονται εν προκειμένω αλυσιτελώς προεχόντως καθώς η σχετική νομολογία αποτελεί αντικείμενο κατά περίπτωση κρίσης και αφορά τις ευθύνες δραστηριοποιούμενης εμπορικά κοινοπραξίας έναντι τρίτων. Επομένως, σε καμία περίπτωση δεν συμπαρασύρεται αναπόφευκτα η δέσμευση του εγγυοδοτούντος Ταμείου. Επομένως, ο πρώτος λόγος κρίνεται βάσιμος.

49. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δεν πληρούται η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του άρθρου 22.Δ. από την ένωση οικονομικών φορέων «...», καθώς το

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

επικαλούμενο από το μέλος της ένωσης «...Ε.» έργο με το προσκομισθέν ΤΕΥΔ του δεν αφορά – ως ισχυρίζεται – σε εργασίες αποκατάστασης ΧΥΤΑ (Χώρων Υγειονομικής Ταφής Αποβλήτων) έκτασης άνω των 40 στρεμμάτων αλλά σε αποκατάσταση ΧΑΔΑ (Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων, που διαφοροποιούνται (βλ. σκ. 9).

50. Επειδή, το άρθρο 22 Δ της οικείας διακήρυξης αναφέρει επιλέξει τα εξής «22.Δ. *Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα*

α) Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα οι οικονομικοί φορείς πρέπει να περιλαμβάνουν στην στελέχωση τους τουλάχιστον:

- έναν (1) τεχνικό Μ.Ε.Κ. Δ' βαθμίδας και έναν (1) τεχνικό Μ.Ε.Κ. Γ' βαθμίδας στην κατηγορία των ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ έργων*
- δύο (2) τεχνικούς Μ.Ε.Κ. Α' βαθμίδας και έναν (1) τεχνικό Μ.Ε.Κ. Β' βαθμίδας ή δύο (2) τεχνικούς Μ.Ε.Κ. Β' βαθμίδας ή έναν (1) τεχνικό Μ.Ε.Κ. Γ' βαθμίδας στην κατηγορία των έργων ΠΡΑΣΙΝΟΥ*

β) Επίσης οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν εκτελέσει κατά τα τελευταία 5ετία τουλάχιστον μια (1) σύμβαση που αφορά εργασίες αποκατάστασης ΧΥΤΑ έκτασης άνω των 40 στρεμμάτων, βεβαιωμένης της καλής εκτέλεσης της σύμβασης από τις αναθέτουσες αρχές.».

51. Επειδή, οι προϋποθέσεις συμμετοχής στους Διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, αποτυπώνονται προκειμένου για συμβάσεις κάτω των ορίων, στο Τυποποιημένο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ), το οποίο αποτελεί Υπεύθυνη Δήλωση των οικονομικών φορέων, προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη και παρέχει προκαταρκτική απόδειξη για το ότι ο οικονομικός φορέας: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις που συνεπάγεται υποχρεωτικώς ή μπορεί να έχει ως συνέπεια τον αποκλεισμό του από τη διαδικασία και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής που έχουν καθοριστεί από την αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, το Τ.Ε.Υ.Δ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών, με βάση το νέο, ενοποιημένο πλέον, νομοθετικό πλαίσιο που εισάγει ο Ν. 4412/2016 και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων, τα οποία απαιτούνταν από το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, ιδίως προς τον σκοπό της διευκόλυνσης της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων και της μείωσης του χρόνου προετοιμασίας των προσφορών.

52. Επειδή, εν προκειμένω, η εταιρεία «...» στο από 10.10.2019 ΤΕΥΔ στο τμήμα IV Κριτήρια ποιοτικής επιλογής και δη στο πεδίο «α: Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής, Όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής (ενότητα α ή ενότητες Α έως Δ του παρόντος μέρους), ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι: Πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής» η απάντηση είναι «ΝΑΙ». Στο δε, τμήμα V. Περιορισμός του αριθμού των (προ)επιλεγμένων υποψηφίων, στο πεδίο όπου αναφέρεται «Πληροί τα εφαρμοστέα αντικειμενικά και χωρίς διακρίσεις κριτήρια ή τους κανόνες, ώστε να περιορίζεται ο αριθμός των υποψηφίων με τον ακόλουθο τρόπο: Σε περίπτωση που απαιτούνται ορισμένα πιστοποιητικά ή άλλες μορφές αποδεικτικών εγγράφων, να αναφέρετε για κάθε ένα αν ο οικονομικός φορέας έχει τα απαιτούμενα έγγραφα:» έχει απαντήσει «ΝΑΙ», υπό τον τίτλο, δε, «Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν» έχει συμπληρώσει τα κάτωθι « Η εταιρία, μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων, εκτέλεσε κατά την τελευταία 5ετία, μία σύμβαση έργου με τίτλο «Έργα Αποκατάστασης Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων στις θέσεις "...", "... & "... ή ..." του ...» - «Έργα Αποκατάστασης Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων στις θέσεις "...", "... ή ..." & ..." του ... της ...», φορέας του έργου η, ποσό σύμβασης χωρίς ΦΠΑ : 2.534.502,00 € και προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ : 5.200.000,00 € - ημερομηνία σύμβασης 16/09/2015 & ημερομηνία περαίωσης 04/07/2018 - έκτασης 247,50 στρεμμάτων, με ποσοστό συμμετοχής στην κατασκευή 100%». Το ίδιο περιεχόμενο έχει και το από 10.10.2019 ΤΕΥΔ του έτερου μέλους της ένωσης «...».

53. Επειδή, με την από 6 Οκτωβρίου 2005 απόφαση του ΔΕΚ Επιτροπή Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελληνικής Δημοκρατίας (C-502/03) κρίθηκε ότι « Η Ελληνική Δημοκρατία, μη λαμβάνοντας όλα τα αναγκαία μέτρα για να διασφαλίσει την τήρηση των άρθρων 4, 8 και 9 της οδηγίας 75/442/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 15ης Ιουλίου 1975, περί των στερεών αποβλήτων, όπως

τροποποιήθηκε με την οδηγία 91/156/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Μαρτίου 1991, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από την εν λόγω οδηγία». Αντικείμενο της προσφυγής ήταν η λειτουργία 1.125 μη ελεγχόμενων χώρων ταφής αποβλήτων στην Ελλάδα (βλ. Εγκύκλιο ΥΠΕΚΑ-ΥΠΕΣΔΑ Α.Π. 3882/13-04-2010 «Εκτέλεση Απόφασης ΔΕΚ στην υπόθεση C-502/03 – Παύση λειτουργίας ΧΑΔΑ» , Εγκύκλιο 19/08.12.2011 «Επείγον πρόγραμμα παύσης λειτουργίας ΧΑΔΑ», Εγκύκλιο 16/10.11.2011 «Διευκρινίσεις σχετικά με κατάργηση αδειών διαχείρισης αποβλήτων σύμφωνα με το άρθρο 12 του ν. 4014/2011»). Στα πλαίσια, δε, θεσμοθέτησης των Χώρων Υγειονομικής Ταφής Αποβλήτων (βλ. ΚΥΑ 114218/1997 (ΦΕΚ 1016 Β'/17.11.97) «Κατάρτιση πλαισίου Προδιαγραφών και γενικών προγραμμάτων διαχείρισης στερεών αποβλήτων») υφίσταται σχετική πρόβλεψη στο άρθρο 8 ως προς την τελική κάλυψη ΧΥΤΑ με σκοπό την αποκατάσταση και δυνατότητα νέων χρήσεων, κατά τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα από την προσφεύγουσα.

54. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή επικαλούμενη το άρθρο 11.3. της διακήρυξης που αφορά το αντικείμενο των εργασιών αποκατάστασης υποστηρίζει ότι κατά την κρίση της οι δηλωθείσες στο σχετικό ΤΕΥΔ εργασίες συνιστούν ουσιωδώς παρόμοιες με αυτές που αποτελούν αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης.

55. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κα βλ. και ΕΑ 228/2013, 111/2006, 597/2007 κα) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σε. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

56. Επειδή, ωστόσο, η ως άνω κρίση της σκέψης 54 ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι η πρόβλεψη του οικείου όρου παρέπεμπε γενικώς σε παρόμοιο ή συναφές αντικείμενο σύμβασης και όχι σε αποκατάσταση ΧΥΤΑ ως εν προκειμένω και άνευ σχετικής πρόβλεψης

δυνατότητας εναλλακτικής κάλυψης της συγκεκριμένης απαίτησης [επί παραδείγματι με φράσεις ως «ή άλλου παρόμοιου έργου»].

57. Επειδή, σε κάθε περίπτωση δεν θα ηδύνατο να αμφισβητήσει στο παρόν στάδιο οικονομικός φορέας 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 της παρεμπόμπουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση αυτών (βλ. μεταξύ άλλων ΣτΕ Τμήμα ΣΤ Απόφαση 1620/15).

58. Επειδή, επομένως, κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων, με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστηματική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τεολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140).⁶⁴ Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

59. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, στο παρόν στάδιο της αξιολόγησης η αναθέτουσα αρχή, κατ' αρχήν κατά δέσμια αρμοδιότητα κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης (Διακήρυξης) στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης. Έχει, δε, έτι περαιτέρω, κριθεί (ΕΛΣυν 524/2012 Τμ. VI), ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣΤΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υπόθ. C-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.6.2007).

60. Επειδή ως διδάγματα της κοινής πείρας θεωρούνται γενικές αρχές που συνάγονται επαγωγικά από την καθημερινή παρατήρηση της εμπειρικής πραγματικότητας, τη συμμετοχή στις συναλλαγές και τις γενικές τεχνικές ή επιστημονικές γνώσεις, οι οποίες έχουν γίνει κοινό κτήμα και χρησιμοποιούνται από το δικαστήριο για την εξειδίκευση των αορίστων νομικών εννοιών και για έμμεση απόδειξη κρίσιμων γεγονότων, ή την εκτίμηση της αποδεικτικής αξίας των αποδεικτικών μέσων, που προσκομίστηκαν (ΟΛΑΠ 8/2005, ΣΤΕ 414/2006, ΔΕφ Θεσ. 2632/2015).

61. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά *«Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια»* (βλ.

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνιακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι *«Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνιακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία»* [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΡΙ) σκ. 71].

62. Επειδή, καθίσταται σαφές και δεν καταλείπεται αμφιβολία ότι με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και με προσήλωση στην γραμματική ερμηνεία, η απαιτούμενη βάσει της διακήρυξης εμπειρία αφορά περιοριστικώς σε ΧΥΤΑ.

63. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία καθόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση Pizzo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τήρσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών Δικαστηρίων).

64. Επειδή, αλυσιτελώς προβάλλονται ισχυρισμοί περί συνάφειας των εργασιών της υπό ανάθεση σύμβασης με την δηλωθείσα καθώς δεν βρίσκουν έρεισμα στην οικεία κανονιστική πράξη (βλ. Ε. Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως του ΣΤΕ», ΕΔΔ, 2, 2015, σελ. 249).

Αριθμός απόφασης: 278 /2020

65. Επειδή στην εισαγωγή των προβαλλόμενων λόγων η προσφεύγουσα υποστηρίζει την παράβαση της αρχής προστασίας του δημοσίου συμφέροντος χωρίς να συνεχονται κατά τρόπο σαφή οι εικαζόμενες παραβάσεις με συγκεκριμένους επιμέρους λόγους που αφορούν τις επίμαχες προσφορές άλλως και όλως επικουρικώς η επίκληση της εν θέματι αρχής γίνεται αορίστως. Σε κάθε περίπτωση, απαραδέκτως γίνεται επίκληση του δημοσίου συμφέροντος από την προσφεύγουσα ως λόγος προσφυγής ως εκ συμφέροντος τρίτου (βλ. ΕΑ ΣτΕ 212/2018, 96, 156/2017, 388/2016, 285/2011).

66. Επειδή, εκ των ως άνω προκύπτει ότι η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και η παρέμβαση να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα.

67. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το κεφάλαιο που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και της ένωσης «....».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους 10.568,55 ευρώ με κωδικό στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 19 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε στις 10 Μαρτίου στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ευαγγελία Μιχολίτση

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Φωτεινή Μαραντίδου