

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 4-5-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/405/7-5-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου (δεύτερη προσφυγή)

Κατά του αναθέτοντος φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά να ακυρωθεί η κοινοποιηθείσα από 24.4.2018 Απόφαση της 940/19.4.2018 Συνεδρίασης Συμβουλίου Διεύθυνσης του αναθέτοντος, στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης της διακήρυξης με αρ. Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής (CPV:), εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 383.870,96 ευρώ που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 28-12-2017 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α την 2-1-2018, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του έτερου μόνου αποδεκτού μετέχοντος, ήτοι της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....». Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής κατεβλήθη το οικείο παράβολο και επισυνήφθηκε αυτό με στοιχεία ποσού 1.940,00 ευρώ, πληρώθηκε δε με έμβασμα μέσω Τραπέζης Πειραιώς της 4-5-2018.

2. Επειδή, η από 4-5-2018 Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά απόφασης περατώσεως σταδίου δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών. Ειδικότερα, ο προσφεύγων που εκρίθη, δια της προσβαλλομένης, ως αποδεκτός, στρέφεται κατά της αποδοχής του μόνου έτερου αποδεκτού διαγωνιζομένου. Με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του αιτιάται ότι ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος απαραδέκτως προσκόμισε το υπ' αρ. Γραμμάτιο Σύστασης Παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανειών διότι δεν ακολουθεί το υπόδειγμα του παραρτήματος ΙΙΙ της διακήρυξης και δεν περιλαμβάνει τους εκεί όρους και τα στοιχεία κατά το άρ. 2.1.5 αυτής και συγκεκριμένα ότι η εγγύηση υφίσταται ατομικά και για κάθε ένα από τα μέλη της ένωσης και ως αλληλέγγυα και εις ολόκληρο υπόχρεα μεταξύ τους, εκ της ιδιότητάς τους ως μελών της ένωσης, ότι το οικείο ποσό τηρείται στη διάθεσή της αναθέτοντος και θα καταβληθεί ολικά ή μερικά χωρίς αντίρρηση, αμφισβήτηση ή ένσταση και χωρίς έρευνα του βασίμου ή μη της απαίτησης εντός 5 ημερών από απλή έγγραφη ειδοποίηση του αναθέτοντος, ότι σε περίπτωση κατάπτωσης της εγγύησης το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου και ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που μετέχουν στην ένωση. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του αιτιάται ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος κατά παράβαση του όρου 2.2.1.3 της διακήρυξης υπέβαλε το από 15-1-2018 συμφωνητικό σύστασής της, όπου αναφέρεται ότι σε περίπτωση που μέλος της ένωσης δεν μπορεί να αποκριθεί στις υποχρεώσεις της τελευταίας, τότε οι συμβατικές υποχρεώσεις θα εκπληρωθούν από το εναπομείναν μέλος με τους ίδιους όρους, προϋποθέσεις και τιμή που προβλέπονται στη σύμβαση, χωρίς να αναγράφεται ότι όλα τα μέλη ευθύνονται έναντι του αναθέτοντος αλληλεγγύως και εις ολόκληρον, με αποτέλεσμα να μην καταλαμβάνονται οι υποχρεώσεις από αδικοπραξία και κάθε άλλη δυνάμενη να προκύψει αξίωση. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων επικαλείται με τον πρώτο ειδικότερο ισχυρισμό του, ότι το μέλος της έτερης διαγωνιζομένης ενώσεως, «.....» δεν έχει την απαιτούμενη εμπειρία σε συναφή έργα κατά παράβαση του όρου 2.2.6 της διακήρυξης, ενώ με τον δεύτερο ειδικότερο ισχυρισμό προβάλλει ότι το ίδιο μέλος κατά

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

την υπ' αρ. Ανακοίνωση ΓΕΜΗ προκύπτει ότι δεν περιλαμβάνεται το ειδικότερο αντικείμενο της παρούσας σύμβασης στον σκοπό του καταστατικού του και συνεπώς δεν πληροί τον οικείο κατά το άρ. 2.2.4 της διακήρυξης όρο καταλληλότητας.

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, κάτω των ορίων περί ανάθεσης γενικής υπηρεσίας του Βιβλίου II, και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης την 24-4-2018, και άσκηση την 4-5-2018, ήτοι την δέκατη ημέρα από την κοινοποίηση), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπό του. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής του, αφού εκρίθη ως αποδεκτός δια της προσβαλλομένης και συνεπώς, προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό του μόνου έτερου αποδεκτού διαγωνιζομένου. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

4. Επειδή (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 94, 202/2017 και 195/2018), σχετικά με τις εγγυήσεις που παρέχονται δια γραμματίου παρακατάθεσης στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, έχουν παγίως κριθεί από την ΑΕΠΠ τα ακόλουθα. Κατά το άρ. 72 παρ. 3 Ν. 4412/2016 *“Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα.”*. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι κατά νόμον αναγνωρίζονται δύο διακριτής νομικής φύσης, πλην ισοδύναμοι προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρόποι παροχής εγγύησης υπέρ των οικονομικών φορέων ως προς τις διαδικασίες ανάθεσης

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων. Ο πρώτος είναι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, η οποία συνιστά υπόσχεση τρίτου (πιστωτικά/χρηματοδοτικά ιδρύματα και ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ) προς καταβολή ορισμένου ποσού στον προς ου απευθύνεται σε πρώτη ζήτηση του τελευταίου που εκδίδεται από πιστωτικά/χρηματοδοτικά ιδρύματα και το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ και ο δεύτερος η σύσταση εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, δηλαδή η εκ μέρους του οικονομικού φορέα κατάθεση ποσού στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων υπέρ της αναθέτουσας, κατ' άρ. 4 ΠΔ 30/12/3.1.1927. Η δε εγγύηση, δηλαδή η ανάληψη εκ του εγγυητού της υποχρέωσης απέναντι στον δανειστή να εκπληρώσει την παροχή του πρωτοφειλέτη, εφόσον δεν το πράξει ο τελευταίος, διαφέρει από την εγγυοδοσία, ήτοι την εξασφάλιση δια της παροχής μετρητών και χρεογράφων ή την παρακατάθεση στη φύλαξη τρίτου, ενός προσώπου περί την καλή εκπλήρωση των καθηκόντων του ή από οφειλέτη προς τρίτο για την εκπλήρωση των υποχρεώσεών του (βλ. Γεωργιάδη Σταθόπουλο, ΑΚ 847). Οι δε διατάξεις περί σύμβασης εγγύησης δεν εφαρμόζονται επί της εγγυοδοσίας, η οποία διέπεται από τις ειδικές ανά περίπτωση διατάξεις που αφορούν (αν πρόκειται για συμβατική εγγυοδοσία, δηλαδή εγγυοδοσία που παρέχεται με χρήση συγκεκριμένου τύπου σύμβασης) τη σύμβαση βάσει της οποίας παρέχεται (βλ. Βαθρακοκοίλη «*ΕΡΝΟΜΑΚ Ερμηνεία Νομολογία Αστικού Κώδικα*», Τόμος Γ', Ειδικό Ενοχικό, Αθήνα, 2006, σελ. 544). Η δε μη αναφορά στο Γραμμάτιο του ΤΠΔ των όρων ότι η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται της ένστασης διζήσεως και διαιρέσεως, ουδόλως επηρεάζει τη νομιμότητά του και τη χρήση του προς τον σκοπό παροχής εγγυοδοσίας και εξασφάλισης της αναθέτουσας. Και τούτο διότι, κατά τα ανωτέρω, με την κατάθεση στο ΤΠΔ καταρτίζεται σύμβαση εγγυοδοτικής παρακαταθήκης με τον παρακαταθέτη οικονομικό φορέα ως δανειστή, το ΤΠΔ ως οφειλέτη και τον τρίτο χάριν του οποίου έγινε η κατάθεση (και ασχέτως αν η causa της είναι η εξασφάλιση εκ μέρους του δανειστή των συμφερόντων της αναθέτουσας) και όχι σύμβαση εγγυήσεως, το δε ΤΠΔ οφείλει ούτως ή άλλως να αποδώσει στον υπέρ ου η κατάθεση, χωρίς κατά τις διατάξεις ΑΚ 427435 και 822 επ. ως και την ειδική νομοθεσία που το διέπει, να έχει δυνατότητα και δικαίωμα να αρνηθεί την απόδοση. Επομένως, δεν υφίσταται λόγος να αναφέρεται στο γραμμάτιο εγγυοδοτικής παρακαταθήκης το ανέκκλητο και το ανεπιφύλακτο της απόδοσης, αφού το ΤΠΔ δεν είναι εγγυητής που θα καλύψει την υποχρέωση του πρωτοφειλέτη, αλλά θεματοφύλακας με υποχρέωση απόδοσης έναντι του τρίτου. Εξάλλου η ένσταση διζήσεως, δηλαδή το δικαίωμα του εγγυητή να αρνηθεί να καταβάλει έως ο δανειστής

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

επιχειρήσει αναγκαστική εκτέλεση κατά του πρωτοφειλέτη και αυτή αποβεί άκαρπη προβλέπεται αποκλειστικά και μόνο για τις συμβάσεις εγγύησης κατά την ΑΚ 854, το δε δικαίωμα διαιρέσεως κατά το οποίο καθένας από τους περισσότερους συνεγγυητές μπορεί να απαιτήσει από το δανειστή την κατανομή της απαίτησής του μεταξύ όλων των αξιόχρεων συνεγγυητών (αν υπάρχει προς τούτο πρόβλεψη σχετική στη σύμβαση της εγγύησης), ομοίως αφορά αποκλειστικά τη σύμβαση εγγύησης κατά την ΑΚ 854. Αμφότερα δε τα δικαιώματα δεν σχετίζονται με την περίπτωση παρακαταθήκης, αφού το ΤΠΔ, ως μη έχων την ιδιότητα του εγγυητή δεν διαθέτει τέτοια δικαιώματα εξαρχής, οπότε δεν υφίσταται και λόγος ή και δυνατότητα παραίτησης από αυτήν. Εξάλλου, όσον αφορά το χρόνο ισχύος του Γραμματίου και της εξ αυτού παρεχόμενης εγγυοδοσίας, βάσει του άρ. 17 Ν. 3646/28, άρθρο 17, οι χρηματικές παρακαταθήκες παραγράφονται μετά από 15ετία από το χρόνο που κατέστησαν απαιτητές. Επομένως, στην περίπτωση κατάπτωσης του ποσού της εγγύησης, το ποσό αυτό αποδίδεται στον υπέρ ου η κατάπτωση άμεσα, μετά από σχετικό έγγραφο και με την προσκόμιση ή την αποστολή του γραμματίου παρακαταθήκης, ενώ ούτως ή άλλως δεν ισχύει όπως στις εγγυητικές επιστολές, χρόνος λήξης ισχύος της εγγύησης καθοριζόμενος μεταξύ του εγγυητή και του πρωτοφειλέτη, αλλά η λήξη της εγγυοδοτικής λειτουργίας της παρακαταθήκης προκύπτει εκ του νόμου και είναι προκαθορισμένη και σε κάθε περίπτωση πολύ μεγαλύτερη από τη διάρκεια της προκείμενης συμβάσεως. Τα ως άνω εξάλλου, προκύπτουν και από το έγγραφο με αρ. πρωτ. 2756/23-5-2017 της ΕΑΑΔΗΣΥ “Διευκρινίσεις επί της Κατευθυντήριας Οδηγίας 12 ως προς τα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης” (βλ. και ΤΠΔ Έγγραφο με αρ. πρωτ. 39447/17/24.4.2017 με Θέμα “Εγγυοδοτικές Παρακαταθήκες ΤΠ & Δανείων” και ΝΣΚ Γνμδ 34/1992). Περαιτέρω, το περιεχόμενο του γραμματίου εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, που εκδίδεται βάσει προδιατυπωμένου από το ΤΠΔ δελτίου συστάσεως της, είναι συγκεκριμένο, όμοιο και προκαθορισμένο και δεν δύναται να μεταβληθεί ανά περίπτωση, οπότε ούτως ή άλλως είναι αδύνατη νομικά και τεχνικά η προσαρμογή του στις ανά περίπτωση απαιτήσεις και υποδείγματα κάθε αναθέτουσας επί κάθε διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Κατ’ αποτέλεσμα, όλων των παραπάνω και όπως ήδη είχε γνωμοδοτήσει το ΝΣΚ (ΝΣΚ Γνμδ 34/1992) επί του άρ. 25 του Κανονισμού Προμηθειών Δημοσίου (ΠΔ 173/90) είναι σαφές πως επί του γραμματίου σύστασης εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, δεν είναι εφαρμοστέο το άρ. 72 παρ. 4 Ν. 4412/2016 περί του ελαχίστου περιεχομένου των εγγυήσεων, αφού η εγγυοδοτική παρακαταθήκη δεν συνιστά κατά την έννοια του νόμου “εγγύηση”, αλλά

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

διαφορετική και αυτοτελή, από τη σύμβαση εγγυήσεως, σύμβαση. Εξάλλου, ούτε αναλογική εφαρμογή του άρ. 72 παρ. 4 επί των εγγυοδοτικών παρακαταθηκών στο ΤΠΔ είναι δυνατή, καθώς η διάταξη αυτή από το περιεχόμενό της είναι σαφές πως αναφέρεται στις συμβάσεις εγγυήσεως, αφού αφενός αποκρίνεται σε διατάξεις που τις διέπουν (και για τις οποίες υφίσταται ανάγκη ανεκκλήτου και ανεπιφυλάκτου και παραιτήσεως από το δικαίωμα διζήσεως και διαιρέσεως, αλλά και ο χρόνος διαρκείας της εγγύησης εξαρτάται από τη συμβατική βούληση), αφετέρου η εφαρμογή του άρ. 72 παρ. 4 αφορά ένα τροποποιήσιμο περιεχόμενο (που δύναται να συμπεριλάβει κάποια συγκεκριμένα στοιχεία ή αντίστροφα ενδέχεται να μην τα συμπεριλαμβάνει), το οποίο δεν διαθέτει το προκαθορισμένο και κοινό για κάθε περίπτωση οικείο γραμμάτιο του ΤΠΔ. Σημειωτέον δε, ότι και η παρ. 3 του άρ. 72 Ν. 4412/2016 στην περίπτωση του γραμματίου παρακατάθεσης δεν αναφέρεται σε “έκδοση εγγύησης” όπως για τα πιστωτικά και χρηματοδοτικά ιδρύματα και το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ, αλλά σε “παροχή εγγύησης”, διατύπωση που έχει την έννοια της παροχής εγγυοδοσίας μέσω παρακαταθήκης, περίπτωση που κατά τα παραπάνω διαφέρει νομικά από την έκδοση εγγυητικής επιστολής βάσει συμβάσεως εγγύησης. Περαιτέρω, αντίθετη ως προς τα παραπάνω άποψη θα οδηγούσε στην αδυναμία χρήσης του θεσμού της εγγυοδοτικής παρακαταθήκης στο ΤΠΔ προς τον σκοπό εξασφάλισης και εγγυοδοτικής κάλυψης της συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και ανάληψης δημοσίων συμβάσεων, αφού κάθε γραμμάτιο του ΤΠΔ θα θεωρείτο απαράδεκτη εγγύηση κατά τα απαιτούμενα του άρ. 72 παρ. 4 και τις οικείες διατάξεις των διακηρύξεων που ενσωματώνουν την παραπάνω διάταξη, εκδοχή όμως αντίθετη στο ρητό γράμμα του άρ. 72 παρ. 3 Ν. 4412/2016, το οποίο με σαφήνεια προβλέπει τα γραμμάτια παρακατάθεσης του ΤΠΔ ως άνευ ετέρου νόμιμο και παραδεκτό μέσο εγγυοδοσίας (δεδομένου εξάλλου ότι η παροχή υπηρεσιών εγγυοδοτικής παρακαταθήκης για συμμετοχή σε διαγωνισμούς και ανάληψη δημοσίων συμβάσεων, συνιστά βασικό σκοπό ίδρυσης και λειτουργίας του ΤΠΔ εκ της συστάσεώς του). Πολλώ δε μάλλον, αφού τα γραμμάτια αυτά ως έχοντα πάγιο περιεχόμενο και ως αφορώντα μια παρακαταθήκη και μια διαδικασία κατάπτωσης του ποσού, διεπόμενη από πάγιους και γνωστούς σε όλους κανόνες αναγκαστικού δικαίου, μη εξαρτώμενους από τη βούληση των μερών, παρέχουν και μια ακόμη μεγαλύτερη εξασφάλιση στις αναθέτουσες. Σημειωτέον δε, ότι ακόμη και αν τυχόν διακήρυξη περιείχε αντίθετη πρόβλεψη, δηλαδή ορίζει ρητά πως δεν γίνονται δεκτά ως μέσο παροχής εγγυοδοσίας τα ως άνω γραμμάτια και οι παρακαταθήκες στο ΤΠΔ ή ορίζει ειδικώς για αυτά (και όχι γενικώς για

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

τις “εγγυήσεις”, που νομικά διαφέρουν από την εγγυοδοτική παρακαταθήκη, βλ. και ανωτέρω) προϋποθέσεις, στοιχεία που πρέπει να φέρουν και χαρακτηριστικά, τα οποία είναι αδύνατον να τεθούν στα γραμμάτια αυτά, ο όρος αυτός της διακήρυξης δεν δύναται να θεωρηθεί ως ισχυρός και αποκλείων τη δυνατότητα των οικονομικών φορέων να παρέχουν την απαιτούμενη εγγυοδοσία μέσω παρακαταθήκης στο ΤΠΔ, καθώς θα προσκρούει στο ως άνω αναγκαστικού δικαίου και πάγιο πλαίσιο, ως και τους καταστατικούς και πάγιους, δημοσίου ενδιαφέροντος, σκοπούς του ΤΠΔ. Η δε διατύπωση “μπορούν” στο εδ. β’ του άρ. 72 παρ. 3 Ν. 4412/2016 δεν καθιερώνει τυχόν διακριτική ευχέρεια των αναθέτουσών (δηλαδή η διατύπωση “μπορούν” δεν αναφέρεται στις αναθέτουσες) να αποδέχονται ή όχι τις εγγυητικές από το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ ή τα γραμμάτια παρακαταθήκης στο ΤΠΔ, αλλά ευχέρεια των οικονομικών φορέων να προσκομίζουν είτε εγγυητικές από τα πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα κατά το α’ εδ. της διάταξης είτε εγγυητικές από το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ είτε γραμμάτια παρακαταθήκης στο ΤΠΔ, στις δε αναθέτουσες επιβάλλεται εκ της ως άνω διατάξεως, να αποδέχονται και τα τρία αυτά μέσα ως απολύτως ισοδύναμα.

5. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 49/2018), ναι μεν ο κανονιστικός χαρακτήρας της διακήρυξης (ΣΤΕ ΕΑ 352/2016) δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα όσο και τους συμμετέχοντες, οι οποίοι οφείλουν να υποβάλουν τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχουν νομίμως στο διαγωνισμό. Αυτά όμως, προϋποθέτουν ρητό και σαφή όρο ή έστω σαφή παραπομπή σε σαφή έτερη διάταξη και όχι εκ των υστέρων και κατά την αξιολόγηση το πρώτον ερμηνεία της διακήρυξης με τρόπο ώστε να εισάγονται όροι αποκλεισμού και υποχρεώσεις των προσφερόντων, οι οποίες δεν προέκυπταν με σαφήνεια από την ίδια τη διακήρυξη (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2017). Εξάλλου, ουσιώδης όρος της διακήρυξης, η παράβαση του οποίου συνιστά λόγο αποκλεισμού, είναι αυτός ο οποίος ρητά προκύπτει ως τέτοιος από το ίδιο το κανονιστικό κείμενο αυτής και τίθεται ούτως ή ως επί ποινή αποκλεισμού ή όποιος συνέχεται αυτονόητα με το εν όλω παραδεκτό και σαφές της προσφοράς και σε κάθε περίπτωση επάγεται έννομες συνέπειες (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 236 και 246/2017 και 69/2018). Εξάλλου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 173/2018), σε κάθε περίπτωση, κατά πάγια αρχή του εθνικού και κοινοτικού δικαίου οι όροι μιας διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται αυστηρά. Ωστόσο, η αυστηρή αυτή

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται με τη σαφήνεια της διακήρυξης, λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία 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 τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA). 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 υποχρεώσεών του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μηκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, 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). Τα ως άνω σημαίνουν, όπως προκύπτει δε και από παγία πρακτική της ΑΕΠΠ (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 132, 233, 234, 237, 246/2017 και 18, 80/2018), ότι δεν επιτρέπεται όρος τεθείς επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται διασταλτικά, δημιουργικά και διευρυντικά των υποχρεώσεων των προσφερόντων, ώστε να συνάγονται έτσι το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης νέοι λόγοι αποκλεισμού και να προκύπτουν βάσεις απόρριψης της προσφοράς τους, οι οποίες όμως ουδόλως προέκυπταν με σαφήνεια από το ίδιο το ρητό κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης.

6. Επειδή, εξάλλου, εν προκειμένω, η διακήρυξη στον όρο 2.1.5 αυτής (που

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

απλώς αντιγράφει το οικείο κοινό πρότυπο της ΕΑΑΔΗΣΥ) αφενός ρητώς προέβλεπε δυνατότητα παροχής γραμματίου παρακαταθήκης του ΤΠΔ με παρακατάθεση του αντίστοιχου ποσού και κατά τα λοιπά αναγραφή ο,τι άλλου σχετικού ορίζει περί του γραματίου αυτού το άρ. 72 παρ. 3 Ν. 4412/2016, αφετέρου όρισε ελάχιστο περιεχόμενο αποκλειστικά και μόνο για τις «εγγυήσεις» και όχι τυχόν για τα γραμμάτια παρακαταθήκης του ΤΠΔ. Οι υπόλοιποι δε όροι του ως άνω άρ. 2.1.5 αναφέρεται στις εγγυητικές επιστολές, δηλαδή τις εκδιδόμενες από πιστωτικά ιδρύματα ή το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ. Τούτο προκύπτει από την ίδια τη διατύπωση του ως άνω άρθρου της διακήρυξης, αφενός διότι το πρώτο έως δεύτερο εδάφιο του αναφέρεται σε «εγγυητικές επιστολές των άρ. 2.2.2 και 4.1», οι οποίες είτε «εκδίδονται» από πιστωτικά ιδρύματα ή «εκδίδονται» από το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ ή δεν εκδίδονται αλλά ισοδυνάμως «παρέχονται» με γραμμάτιο του ΤΠΔ, περί του οποίου ειδικότερα προβλέπει το τέταρτο εδάφιο. Επομένως, αντιδιαστέλλεται ρητά η έκδοση εγγυητικής επιστολής από την παροχή εγγύησης, δηλαδή την ισοδύναμη λύση δια γραμματίου του ΤΠΔ. Αφετέρου, το ίδιο άρθρο ορίζει ότι *«Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου. Οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α)... ια)...»*, διατύπωση εκ της οποίας προκύπτει ότι τα στοιχεία α-ια που περιλαμβάνει αναφέρονται σε εγγυητικές επιστολές *stricto sensu*, ήτοι εκδιδόμενες από πιστωτικά ιδρύματα ή το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ. Το δε άρ. 2.2.2.1 της διακήρυξης, όπως προκύπτει και από το άρ. 2.1.5, αναφέρεται σε εγγυητικές επιστολές συμμετοχής και όχι σε γραμμάτια σύστασης εγγυοδοτικής παρακαταθήκης προς τον σκοπό κάλυψης των εγγυητικών υποχρεώσεων περί τη συμμετοχή στη διαδικασία, τούτο δε προκύπτει και από το ότι αναφέρει χρόνο διαρκείας και δυνατότητα παρατάσεως διαρκείας, όρος ο οποίος έχει νόημα αποκλειστικά στις εγγυητικές επιστολές, αφού το γραμμάτιο σύστασης παρακαταθήκης (που κατά τις ανωτέρω σκέψεις δεν συνιστά ούτε εγγυητική επιστολή ούτε «εγγύηση», αλλά εγγυοδοτική παρακαταθήκη που κατά το άρ. 73 παρ. 3 Ν. 4412/2016 ως και τον όρο 2.1.5 της διακήρυξης καθιερώνεται ως ισοδύναμο με τις «εγγυήσεις» μέσο εξασφάλισης της αναθέτουσας) και η εγγυοδοτική στο ΤΠΔ παρακαταθήκη δεν έχουν ημερομηνία λήξης, αλλά οι εξ αυτής απαιτήσεις παραγράφονται κατόπιν 15ετίας, διάστημα που πάντως υπερκαλύπτει τον ελάχιστο χρόνο διάρκειας μιας εγγυητικής εκδιδόμενης από πιστωτικά/χρηματοδοτικά ιδρύματα ή το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ και συνεπώς τόσο ο ως άνω όρος 2.2.2.1 της διακήρυξης όσο και η διάταξη του άρ. 73 παρ. 1 Ν. 4412/2016 περί ελαχίστου χρόνου ισχύος εγγυητικών

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

συμμετοχής δεν έχουν ούτως ή άλλως εφαρμογή στην περίπτωση του γραμματίου παρακαταθήκης, καθώς μάλιστα ο παρακαταθέτης αν δεν αναλάβει το γραμμάτιο παρακαταθήκης από την αναθέτουσα, δεν έχει τη δυνατότητα να λύσει την παρακαταθήκη και να αναλάβει το ποσό που παρακατέθεσε στο ΤΠΔ ως εγγυοδοσία συμμετοχής. Συνεπώς, ούτε ο όρος 2.2.2.1 της διακήρυξης, καθ' όλο το περιεχόμενό του, αφορά το περιεχόμενο των γραμματίων σύστασης εγγυοδοτικής παρακαταθήκης. Περαιτέρω, στο Παράρτημα ΙΙΙ «ΥΠΟΔΕΙΓΜΑΤΑ ΕΓΓΥΗΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΟΛΩΝ», η διακήρυξη προέβλεπε υπόδειγμα αποκλειστικά και μόνο για «Εγγυητική Επιστολή» (Συμμετοχής και Καλής Εκτέλεσης), στο δε υπόδειγμα εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ανέφερε ως δυνητικό εκδότη πιστωτικό ίδρυμα ή το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ. Είναι σαφές από τα ανωτέρω ότι ούτε το υπόδειγμα αυτό αναφερόταν στο κατά τον όρο 2.1.5 της διακήρυξης αποδεκτό γραμμάτιο του ΤΠΔ, αφού το υπόδειγμα αναφέρεται σε εγγυητική επιστολή συμμετοχής, η οποία δεν εκδίδεται ούτως ή άλλως από το ΤΠΔ και δεν αναφέρει ως δυνητικό εκδότη (και ορθά) το ΤΠΔ, με αποτέλεσμα ούτε το υπόδειγμα ή τα οριζόμενα σε αυτό να αφορούν το γραμμάτιο του ΤΠΔ. Αβασίμως δε επικαλείται ο προσφεύγων ότι η ευχέρεια προσκόμισης γραμματίου παρακατάθεσης δεν αναιρεί ότι το ελάχιστο περιεχόμενο των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής καταλαμβάνει και το γραμμάτιο αυτό ή ότι η διακήρυξη δεν επιφυλάσσει διαφορετική αντιμετώπιση ή δεν ιδρύει εξαίρεση ως προς τους όρους των εγγυητικών επιστολών επί των γραμματίων ΤΠΔ. Τούτο διότι δεν είναι ούτως ή άλλως δυνατόν ο αναθέτων και η διακήρυξη να θέσουν όρους και απαιτήσεις για τη μορφή και το περιεχόμενο των γραμματίων αυτών, τα οποία εκδίδονται με βάση το υποχρεωτικό, αποκλειστικό και अपαράλλακτο περιεχόμενο που προβλέπει η οικεία περί αυτών νομοθεσία και διαδικασία του ΤΠΔ. Ούτε πρόκειται για «εξαίρεση» αφού τα στοιχεία α-ια του όρου 2.1.5 της διακήρυξης εκ φύσεως, εκ του νόμου, εκ της ίδιας της λειτουργίας των γραμματίων και της έννοιας της παρακαταθέσεως ως και της λογικής δεν δύνανται να διέπουν τα γραμμάτια αυτά, ήτοι εν τοις πράγμασι τη σύμβαση παρακαταθήκης μεταξύ μετέχοντος και ΤΠΔ. Ούτως ούτε οι όροι α-ια ούτε το κείμενο του υποδείγματος εγγυητικής επιστολής εντός της διακήρυξης συνιστούν διάταξη της διακήρυξης και δη ειδική που διέπει καθ' αποκλειστικό τρόπο το ζήτημα του περιεχομένου των εγγυητικών επιστολών, καθώς τα γραμμάτια παρακαταθήκης του ΤΠΔ δεν συνιστούν εγγυητική επιστολή ούτε αφορούν σύμβαση εγγύησης, όπως αναλυτικά αναφέρθηκε στη σκ. 4, ενώ εν προκειμένω ουδόλως από τους ίδιους τους όρους της διακήρυξης και το οικείο υπόδειγμα, προκύπτει ότι αυτό αφορούσε τα γραμμάτια παρακαταθήκης του ΤΠΔ,

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

αλλά αποκλειστικά τις εγγυητικές επιστολές των πιστωτικών/χρηματοδοτικών ιδρυμάτων και του ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ. Σε κάθε δε περίπτωση, δεδομένου ότι εκ της ίδιας της φύσης και της λειτουργίας της παρακατάθεσης στο ΤΠΔ, δεν έχει ούτως ή άλλως έννομη σημασία η μνεία σε υπόσταση της παρακατάθεσης ατομικά για κάθε μέλος της ένωσης ως αλληλεγγύως και εις ολόκληρων υποχρέων, άνευ ενστάσεων και υπέρ καλύψεως των υποχρέωσεων όλων των μελών της ένωσης, αφού ούτως ή άλλως το ποσό καταπίπτει αυτόματα υπέρ του αναθέτοντος με απλή προσκόμιση του γραμματίου, χωρίς δυνατότητα ενστάσεων, αμφισβητήσεων, αντιρρήσεων ή ελέγχου εκ μέρους του ΤΠΔ της αιτίας και περί του τυχόν οικονομικού φορέα του οποίου η ευθύνη καλύπτεται εκ της καταπτώσεως. Αλυσιτελώς δε, προβάλλεται ότι ο αναθέτων αφιέρωσε ένα άρθρο περί του ειδικότερα απαιτούμενου περιεχομένου, αφού αυτό αφορούσε εγγυητικές επιστολές και όχι παρακαταθήκες στο ΤΠΔ, ενώ η παραπομπή του γραμματίου που υπέβαλε ο έτερος διαγωνιζόμενος στη διακήρυξη και στον Ν. 4412/2016 αφορούσε τις διατάξεις που αφορούν αυτό καθαυτό το γραμμάτιο και την εγγυοδοτική παρακαταθήκη και όχι τις εγγυητικές επιστολές. Ομοίως, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται ότι το όργανο έκδοσης της εγγύησης συμμετοχής δεν επιφέρει διαφοροποιήσεις ως προς το ελάχιστο περιεχόμενο της εγγύησης συμμετοχής, καθώς το προκείμενο ζήτημα δεν αφορά απλώς το πρόσωπο του εγγυητή, αλλά το είδος της σύμβασης βάσει της οποίας παρέχεται εγγυοδοσία και δεν υφίσταται καν «εγγύηση», αλλά εγγυοδοτική παρακαταθήκη. Οι δε ερμηνείες και ισχυρισμοί που προβάλλει ο προσφεύγων, αν ίσχυαν θα είχαν την έννοια ότι εν τοις πράγμασι θα αποκλειόταν η ρητά θεσπισθείσα από τη διακήρυξη δυνατότητα παρακατάθεσης στο ΤΠΔ, αφού τα ως άνω στοιχεία που επικαλείται στην προσφυγή του είναι αδύνατον να τεθούν και δεν τίθενται στα οικεία γραμμάτια του ΤΠΔ και κατ' αποτέλεσμα η διακήρυξη θα αυτοαναιρείτο και θα ήταν αντιφατική και ασαφής, εκδοχή η οποία και πάλι δεν θα δύνατο να αντιταχθεί και να οδηγήσει στον αποκλεισμό του έτερου διαγωνιζόμενου. Εξάλλου, ουδόλως είναι δυνατό το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών να λάβει χώρα διασταλτική ερμηνεία των όρων της διακήρυξης με αποτέλεσμα να παράγονται το πρώτον νέες απαιτήσεις που ουδόλως ήταν δυνατό να συναχθούν με σαφήνεια εκ του ίδιου του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, όπως εν προκειμένω η υπαγωγή του γραμματίου παρακαταθήκης στις ίδιες ρυθμίσεις της διακήρυξης που διέπουν τις εγγυητικές επιστολές και τις συμβάσεις εγγυήσεως, καθώς τούτο, δηλαδή αν, το πρώτον πλέον και άνευ καμίας συγκεκριμένης μνείας της διακήρυξης, η διακήρυξη ερμηνευόταν ως έχουσα θεσπίσει απαίτηση περί

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

υποβολής συγκεκριμένου εγγράφου ή εντύπου που δεν προέκυπτε από το γράμμα της και δη επί ποινή αποκλεισμού, ούτως ή άλλως θα προσέκρουε στην αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης (βλ. παραπάνω σκ. 5) και μάλιστα, επιπλέον και ανεξαρτήτως όσων αναφέρθηκαν ήδη στη σκ. 4. Αβάσιμα δε επικαλείται ο προσφεύγων ότι δήθεν ήταν δυνατή η προσαρμογή του περιεχομένου του γραμματίου που υπέβαλε ο έτερος διαγωνιζόμενος εκ του γεγονότος ότι σε αυτό ανεγράφη με επαρκή σαφήνεια και ειδικότητα απλώς και μόνο η αιτία σύστασης του γραμματίου («ΕΓΓΥΗΣΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΣΕ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΠΟΥ ΘΑ ΓΙΝΕΙ ΑΠΟ ΤΑ ΕΛΛΗΝΙΚΑ ΤΑΔΥΧΡΟΜΕΙΑ ΑΕ ΣΤΙΣ 26-1-18 (22-1-18 ΚΑΤΑΛΗΚΤΙΚΗ ΗΜ/ΝΙΑ ΥΠΟΒΟΛΗΣ) ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΟΓΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΠΑΡΟΧΗΣ ΤΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ ΜΕ ΤΙΤΛΟ: ΠΑΡΟΧΗ Η ΕΓΓΥΗΣΗ ΔΙΕΠΕΤΑΙ ΑΠΟ ΟΤΙ ΟΡΙΖΕΤΑΙ ΣΤΙΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ Ν. 4412/2016 ΚΑΙ ΣΤΗΝ ΔΙΑΚ. ΜΕ ΑΡ. 6717. ΙΣΧΥΕΙ ΚΑΙ ΓΙΑ ΤΥΧΟΝ ΕΠΑΝΑΛΗΨΕΙΣ»). Όπως δε προκύπτει από το ίδιο το με αρ. πρωτ. 39447/2017/24.4.2017 Έγγραφο του ΤΠΔ με θέμα «ΕΓΓΥΟΔΟΤΙΚΕΣ ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΕΣ ΤΠ & ΔΑΝΕΙΩΝ», στο κεφ. 2γ αυτού αναφέρεται το αποκλειστικό περιεχόμενο και τα μόνα πεδία που εισάγονται και εισέρχεται σε αυτά αντίστοιχο περιεχόμενο στα γραμμάτια εγγυοδοτικής παρακαταθήκης και συγκεκριμένα αυτά είναι ο αριθμός του γραμματίου σύστασης παρακαταθήκης, η ημερομηνία έκδοσης του γραμματίου σύστασης παρακαταθήκης, ο εκδότης (Τ .Π. και Δανείων), η υπηρεσία προς την οποία απευθύνεται, το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, η πλήρης επωνυμία και η διεύθυνση του καταθέτη (προμηθευτή), ο οποίος συστήνει την παρακαταθήκη ως εγγύηση συμμετοχής, ο αριθμός της διακήρυξης, 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. Προφανώς δε, η αιτία έκδοσης δηλαδή η περιγραφή του διαγωνισμού και η αναφορά του αναθέτοντος υπέρ του οποίου συστήνεται η παρακαταθήκη δεν έχουν οιαδήποτε σχέση με τους όρους που πρέπει να φέρουν οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής κατά τον όρο 2.1.5 της διακήρυξης και τον Ν. 4412/2016 ούτε εξάλλου η δυνατότητα ειδικής διαμόρφωσης του περιεχομένου στο πεδίο της αιτίας και της περιγραφής του υπέρ ου και του διαγωνισμού σημαίνουν ότι οι οικονομικοί φορείς δύνανται να εισάγουν στα οικεία γραμμάτια ο,τι ανά περίπτωση επιθυμούν, τα αντίστοιχα δε προκύπτουν από το ως άνω αναλυτικό έγγραφο του ΤΠΔ που αποσαφηνίζει μάλιστα τόσο ότι δεν είναι δυνατόν στα οικεία γραμμάτια που εκδίδει να εισαχθούν μεταβλητοί όροι και προβλέψεις περί διάρθρωσης των όρων έκδοσης και κατάπτωσης, όσο και ότι δεν

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

υφίσταται έννομη σημασία και πρόβλημα ως προς τη μη συμπερίληψη τέτοιων όρων στα γραμμάτια, ως εκ της φύσεως της εγγυοδοτικής παρακαταθήκης. Συνεπώς, και κατ' ακολουθία, όσων αναλυτικά αναφέρθηκαν στην παραπάνω σκ. 4, αλλά και στην παρούσα σκέψη, ο πρώτος λόγος της προσφυγής περί παραβίασης των ελαχίστων απαιτούμενων στοιχείων κατά τον όρο 2.1.5 και το οικείο υπόδειγμα της διακήρυξης είναι απορριπτέος.

7. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, καταρχάς προκύπτει ότι ναι μεν ο όρος 2.2.1 παρ. 3 της διακήρυξης προβλέπει ότι *«Στις περιπτώσεις υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων όλα τα μέλη της ένωσης ευθύνονται έναντι του αναθέτοντος φορέα αλληλέγγυα και εις ολόκληρον. Σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης στην ένωση, η ευθύνη αυτή εξακολουθεί μέχρι πλήρους εκτέλεσης της σύμβασης (άρθρο 254 παρ.5).»* πλην όμως ουδόλως απαιτεί ότι οι μετέχουσες ενώσεις οφείλουν να υποβάλουν και δη μετά της προσφοράς τους μάλιστα, οιοδήποτε σχετικό αποδεικτικό έγγραφο περί πληρώσεως του ως άνω όρου, ο οποίος ούτως ή άλλως δεσμεύει τα μέλη τους και τις ίδιες δια μόνης της υποβολής προσφοράς, χωρίς πρόβλεψη πανηγυρικής προς τούτο δηλώσεως. Επιπλέον, κατά το άρ. 254 παρ. 2 εδ. β' Ν. 4412/2016 και τον όρο 2.2.1 παρ. 2 της διακήρυξης, η συμμετοχή της ένωσης οικονομικών φορέων δεν υπόκειται σε απαίτηση περιβολής συγκεκριμένης νομικής μορφής. Εξάλλου, κατά τον όρο 2.4.3 της διακήρυξης τα μόνα στοιχεία που απαιτούνται για τη συμμετοχή στη διαδικασία, είναι όσον αφορά τα δικαιολογητικά το ΤΕΥΔ και η εγγύηση συμμετοχής και περαιτέρω η τεχνική προσφορά. Περαιτέρω, κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β5 της διακήρυξης προβλέπεται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, η προσκόμιση νομιμοποιητικών περί των προσώπων που δεσμεύουν τον προσφέροντα, σε κανένα όμως σημείο δεν προβλέπεται ως υποβαλλόμενο δικαιολογητικό, ακόμη και κατακύρωσης, τυχόν δήλωση, συμφωνητικό και σε κάθε περίπτωση έγγραφο περί ανάληψης ευθύνης αλληλεγγύως και εις ολόκληρο. Περαιτέρω, κατά τον όρο 2.4.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι *“Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει προσφορά, η οποία υπογράφεται υποχρεωτικά ηλεκτρονικά είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά απαραίτητως πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους) κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και ο*

εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής.”, πράγμα που σημαίνει ότι σε οιοδήποτε έγγραφο της προσφοράς αρκεί να ορίζεται η συμμετοχή και η έκταση αυτής των τυχών μελών της ένωσης, χωρίς να ορίζεται ότι πρέπει να αναγράφεται ειδικός όρος περί εις ολόκληρον και αλληλέγγυας ευθύνης τους. Επομένως ο δεύτερος λόγος της προσφυγής, ως επικαλούμενος δήθεν παραβίαση απαίτησης ελαχίστου περιεχομένου δικαιολογητικού, ερείδεται καταρχάς επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι απαιτείτο τέτοιο δικαιολογητικό. Επιπλέον των ανωτέρω, εν προκειμένω η έτερη διαγωνιζόμενη ένωση υπέβαλε με την υπογεγραμμένη από τους εκπροσώπους αμφοτέρων των μελών της προσφορά της, καίτοι δεν απαιτείτο, αφενός υπεύθυνες δηλώσεις εκάστου των μελών της περί ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων της διακήρυξης και συνεπώς και του ως άνω όρου 2.2.1 της διακήρυξης, δεδομένου ότι τίποτε ειδικότερο δεν προέβλεπε η διακήρυξη, αφετέρου το από 15-1-2018 ιδιωτικό συμφωνητικό συστάσεώς της με το οποίο συμφωνήθηκε από τα μέλη της μεταξύ άλλων και πέραν του προσδιορισμού των της έκτασης και του είδους της συμμετοχής του καθενός και του ορισμού και της νομιμοποίησης εκπροσώπου της ένωσης, επιπλέον και τα εξής (εκ περισσού, κατά τα ως άνω) κατ' άρ. 6-7 , ότι «6. Δεσμεύονται έναντι του φορέα, ότι σε περίπτωση που, εξ αιτίας ανικανότητας για οποιοδήποτε λόγο, μέλος της ένωσης δεν μπορεί να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις της ένωσης κατά το χρόνο εκτέλεσης της Σύμβασης, τότε οι απορρέουσες από την Σύμβαση υποχρεώσεις θα εκπληρωθούν από το εναπομείναντα μέλη της ένωσης, με τους ίδιους όρους, προϋποθέσεις και τιμή που προβλέπονται από την Σύμβαση, εφόσον προηγηθεί σχετική απόφαση από τον φορέα 7. Σε αντίθετη περίπτωση μετά από σχετική απόφαση του φορέα τα εναπομείναντα μέλη της ένωσης δεσμεύονται έναντι του φορέα να ορίσουν αντικαταστάτη με προσόντα αντίστοιχα του μέλους που αξιολογήθηκε στην αντίστοιχη φάση του διαγωνισμού, και να εκπονήσουν το έργο με τους αυτούς όρους, προϋποθέσεις και τιμή, μετά από σχετική έγκριση του φορέα». Κατά τα ανωτέρω, τα μέλη της ένωσης δεσμεύονται ότι θα καλύψουν τις υποχρεώσεις του άλλου μέλους σε περίπτωση αδυναμίας του τελευταίου χωρίς καμία δυσμενή μεταβολή εις βάρος του αναθέτοντος, με μόνη επιφύλαξη τυχόν αίτημα του ίδιου του αναθέτοντος, περί του αντιθέτου. Εξάλλου, ο ως άνω όρος 2.1.1 και το άρ. 254 παρ. 5 Ν. 4412/2016 που ενσωματώνει αυτός στη διακήρυξη και αναφέρονται σε προσυμβατική και ενδοσυμβατική ευθύνη των μελών της ένωσης αλληλεγγύως και εις ολόκληρον, έχει την έννοια ότι η συμμετοχή των οικονομικών φορέων ως ένωση δεν δύναται να απαλλάξει αυτούς από την ευθύνη εκπλήρωσης του συνόλου των

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

υποχρεώσεων της εν όλω ένωσης (ασχέτως επιμερισμού μεταξύ των μελών, ζήτημα που αφορά αποκλειστικά τις μεταξύ τους σχέσεις και δεν μπορεί να προταχθεί κατά του αναθέτοντος), ήτοι ακριβώς όσα προκύπτουν από τον ως άνω όρο του συμφωνητικού. Όσα δε ο προσφεύγων επικαλείται περί αδικοπρακτικής ευθύνης είναι νόμω αβάσιμα, αφού ούτως ή άλλως η μόνη σχέση μεταξύ αναθέτοντος και μετέχοντος/αναδόχου θα είναι συμβατική και η όποια τυχόν ευθύνη ενδοσυμβατική, ενώ και όποια αδικοπρακτική ευθύνη τυχόν προκύψει στο πλαίσιο της σύμβασης θα συρρέει ούτως ή άλλως με ενδοσυμβατική. Εξάλλου, η διακήρυξη ως και η ως άνω διάταξη νόμου ορίζουν αυτονόητα το πλαίσιο των υποχρεώσεων και όρων που διέπουν την ανάθεση του συμβατικού αντικειμένου και της εν γένει συμβατικής σχέσης μεταξύ αναθέτοντος και οικονομικών φορέων και προφανώς δεν θεσπίζουν όρους περί κάθε άλλης εκ του νόμου ευθύνης, όπως η εν γένει αδικοπρακτική, η οποία δε κατ'άρ. 914 επ. ΑΚ συντρέχει στο πρόσωπο του όποιου αδικοπρακτούντος και δεν δύναται να κατανεμηθεί με ισχύ προς τους τρίτους, με τυχόν εκ των προτέρων συμφωνία των μη εισέτι αδικοπρακτησάντων. Περαιτέρω, οι περιπτώσεις αδικοπρακτικής ευθύνης περισσότερων προσώπων ρυθμίζονται από την ΑΚ 926, ήτοι αφορούν κοινή πράξη περισσότερων, παράλληλη ευθύνη περισσότερων αυτοτελώς και διαζευκτική αιτιότητα, σε κάθε όμως περίπτωση η αδικοπρακτική ευθύνη όταν συντρέχει στο πρόσωπο περισσότερων είναι εκ εκ του νόμου εις ολόκληρον έναντι του φέροντος την αξίωση βάσει της αδικοπρακτικής ευθύνης περισσότερων, η δε μεταξύ τους κατανομή της όποιας εκτάσεως αφορά αποκλειστικά τα μεταξύ τους αναγωγικά δικαιώματα (ΑΚ 926-927). Επομένως, ούτως ή άλλως το ως άνω ιδιωτικό συμφωνητικό ουδόλως αναιρεί την αλληλέγγυα και εις ολόκληρον ευθύνη των μελών της έτερης διαγωνιζομένης ένωσης, πολλώ δε μάλλον δεδομένου ότι ουδόλως απαιτείτο προσκόμιση κάποιου δικαιολογητικού περί αποδείξεως αυτής και δη κατά το στάδιο υποβολής προσφορών και του ότι αυτή συντρέχει ούτως ή άλλως, και εκτός των άλλων και όσον αφορά το νυν, προσυμβατικό, στάδιο, δια μόνης της ανεπιφύλακτης συμμετοχής στη διαδικασία και της ρητής δηλώσεως περί ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων της διακήρυξης. Συνεπώς, είναι σε κάθε περίπτωση απορριπτέος και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.

8. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής, όρος 2.2.4 της διακήρυξης ορίζει ότι *“Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης*

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν επαγγελματική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της παρεχόμενης υπηρεσίας. ... Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού.", ενώ ο όρος 2.2.6 ως κριτήρια περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, κατ' άρ. 75 παρ. 4, κατά παραπομπή από το άρ. 305 παρ. 2 Ν. 4412/2016, ορίζονται τα εξής "Κατάλογο στον οποίο να αναφέρονται τα κυριότερα έργα παροχής συναφών υπηρεσιών των τριών τελευταίων ετών, με μνεία για κάθε υλοποίηση έργου: του αναθέτοντα φορέα, είτε εμπίπτει στο δημόσιο είτε στον ιδιωτικό τομέα, της ημερομηνίας υλοποίησης του έργου, του ποσού του συμβατικού τιμήματος. Οι ενώσεις και οι κοινοπραξίες οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω κατά περίπτωση δικαιολογητικά για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση ή κοινοπραξία.". ¹¹⁷⁰ ~~1170~~ δε προσφεύγων, οι λόγοι της προσφυγής του οποίου, ορίζουν το αποκλειστικό πεδίο ελέγχου εκ μέρους της ΑΕΠΠ, χωρίς το Κλιμάκιο, σύμφωνα και με το άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, να έχει αρμοδιότητα προς εξέταση τυχόν ελλείψεων των προσφορών που δεν προκύπτουν εκ των πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής, ισχυρίζεται ειδικότερα κατά τον πρώτο ειδικότερο ισχυρισμό του, ότι, όπως συγκεκριμένα προκύπτει από το έγγραφο "ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ" της έτερης διαγωνιζομένης ενώσεως, το μέλος αυτής "....." δεν διαθέτει την απαιτούμενη εμπειρία σε συναφή έργα, ενώ κατά τον δεύτερο ειδικότερο ισχυρισμό του και όπως προκύπτει και από την οικεία ανακοίνωση ΓΕΜΗ δεν περιλαμβάνει στον σκοπό δραστηριότητάς της το ειδικότερο αντικείμενο της προκείμενης προς ανάθεση συμβάσεως. Στο εν λόγω έγγραφο ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ της έτερης διαγωνιζομένης, σελ. 48 αυτού, περιλαμβάνεται ως κεφ. 3.5 κατάλογος εμπειρίας σε όμοια ή παρεμφερή έργα όσον αφορά την, ενώ σημειωτέον ότι το έγγραφο υπογράφεται και από τον νόμιμο εκπρόσωπο της τελευταίας. Εντός του καταλόγου αυτού περιλαμβάνεται και το έργο "....." με χρόνο έναρξης εκτέλεσης από 1-1-2018 και μετά, με αναθέτοντα φορέα τις και «φορέα υλοποίησης» την, χωρίς να προσδιορίζεται αν μετέχει ως μέλος ένωσης ή υπεργολάβος η, Το σύνολο των λοιπών δηλούμενων ως συναφών έργων με φορέα υλοποίησης της, ασχέτως σχετικότητας του αντικειμένου τους, έχουν περατωθεί το αργότερο έως τον Μάιο 2014, ήτοι πριν την έναρξη της τριετίας από τον χρόνο προκήρυξης του προκείμενου διαγωνισμού.

9. Επειδή, ο ως άνω όρος 2.2.6 της διακήρυξης, δεν ορίζει πάντως ελάχιστο όριο εμπειρίας και προτέρων έργων ούτε αναφέρει απαίτηση το έργο να έχει ήδη υλοποιηθεί, μόνο δε ζητούμενο είναι η δήλωση της συναφούς με το προκείμενο αντικείμενο εμπειρίας εντός των τριών τελευταίων ετών. Επιπλέον, προβλέπεται η υποβολή των οικειων δικαιολογητικών του όρου 2.2.6 από κάθε μέλος της τυχόν μετέχουσας ένωσης. Εξάλλου, κατ' άρ. 254 παρ. 3 Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι *“ Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τα κριτήρια και τις απαιτήσεις σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, που αναφέρονται στα άρθρα 303 έως 309, εφόσον αυτό αιτιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας. Όροι που αφορούν την εκτέλεση της σύμβασης από τέτοιου είδους ενώσεις οικονομικών φορέων, διαφορετικοί από εκείνους που επιβάλλονται σε μεμονωμένους συμμετέχοντες, πρέπει επίσης να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας. ”*. Πλην όμως (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 269/2018), όπως προκύπτει και από την ως άνω διάταξη νόμου, αυτή η επιμέρους αυτοτελής πλήρωση, απαιτούσε ειδική, σαφή και ρητή πρόβλεψη στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και όχι εκ των υστέρων κατά διασταλτική ερμηνεία της, μεταβολή των όρων της. Από τον δε παραπάνω όρο της διακήρυξης δεν ορίζεται, τουλάχιστον με σαφήνεια, ότι σε περίπτωση ενώσεως οικονομικών φορέων, θα πρέπει το σύνολο των μελών της αυτοτελώς να διαθέτουν ειδική εμπειρία επί συναφών υπηρεσιών και να έχουν εκτελέσει ή μετάσχει στην εκτέλεση έργων συναφούς αντικειμένου, ενώ εξάλλου, δεδομένου ότι δεν ορίζεται ούτε ελάχιστο όριο σχετικής εμπειρίας ή των απαιτούμενων έργων δεν προκύπτει, τουλάχιστον με σαφήνεια, ότι απαιτείται τέτοια εμπειρία ούτε καν για τη συμμετοχή μεμονωμένου οικονομικού φορέα. Και τούτο διότι ο ως άνω όρος προσδιορίζει μεν έναν κατάλογο κυριοτέρων έργων, χωρίς όμως να θέτει ένα οποιοδήποτε όριο που πρέπει να επιτευχθεί για την πλήρωση του οικείου κριτηρίου επιλογής. Εξάλλου, κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β4 ο ως άνω κατάλογος προσκομίζεται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, πλην όμως και σε κάθε περίπτωση ακόμη και στο στάδιο της υποβολής της προσφοράς δεν προκύπτει ένα συγκεκριμένο κριτήριο, του οποίου η κάλυψη ή μη δύναται να αξιολογηθεί και να τύχει εκτιμήσεως ως προαπαιτούμενο για τον αποκλεισμό ή την αποδοχή προσφοράς ήδη κατά το στάδιο των δικαιολογητικών. Ούτε ο όρος περί του ότι *«Οι ενώσεις και οι κοινοπραξίες οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω*

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

κατά περίπτωση δικαιολογητικά για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση ή κοινοπραξία”, δύναται να ερμηνευθεί ως έχων την έννοια ότι ιδρύεται ένα συγκεκριμένο αντίστοιχο κριτήριο προτέρων ή ήδη εκτελούμενων ή εκτελεσθέντων έργων και εν γένει εμπειρίας όσον αφορά τις ενώσεις και τα μέλη τους, ιδίως δεδομένου ότι τίποτα τέτοιο δεν προβλέπεται ούτε καν για μεμονωμένους προσφέροντες. Ούτως και μεν η, όλως αόριστη και ασαφής στο ως άνω σημείο της, διακήρυξη θεσπίζει μια εν γένει υποχρέωση υποβολής καταλόγου ως κριτηρίου επιλογής, ο οποίος κατάλογος μάλιστα συνιστά δικαιολογητικό κατακύρωσης, χωρίς όμως να προκύπτει κάποιο αληθές περιεχόμενο του οικείου κριτηρίου επιλογής η πλήρωση ή μη του οποίου μπορεί να δηλωθεί από τους προσφέροντες, ενώσεις μετά των μελών τους ή μεμονωμένους προσφέροντες, κατά το στάδιο υποβολής προσφορών, αλλά και, κατ’ αποτέλεσμα να αξιολογηθεί ως προς τον αποκλεισμό προσφοράς. Τούτο προκύπτει και από το άρ. 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016 που ορίζει ότι “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.”. Εν προκειμένω, όμως, ο όρος 2.2.6 δεν επέβαλε καμία απαίτηση διάθεσης συγκεκριμένου επιπέδου εμπειρίας και πολύ περισσότερο δεν επέβαλε τέτοια αυτοτελή απαίτηση για κάθε επιμέρους μέλος μιας τυχόν μετέχουσας ένωσης, υπό την έννοια ότι έκαστο μέλος της θα πρέπει τουλάχιστον να πληροί συγκεκριμένο επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο δια της εκτέλεσως ενός ελαχίστου ορίου συναφών έργων. Ούτε μπορεί να θεωρηθεί ότι ο όρος αυτός ερμηνεύεται διασταλτικά ως υποχρέωση εκτέλεσης ενός συναφούς έργου και δη ανά κάθε μέλος της διακήρυξης εντός της τριετίας, διότι τούτο θα συνιστούσε δημιουργική υποχρεώσεων και απαιτήσεων, το πρώτον κατά την αξιολόγηση εφαρμογή του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, η αοριστία του οποίου δεν δύναται να θεωρηθεί ως καταλείπουσα περιθώριο για τη συναγωγή λόγων αποκλεισμού εις βάρος των μετεχόντων, οι οποίοι λόγοι δεν προέκυπταν μετά

επαρκούς σαφήνειας από το ίδιο το γράμμα της. Εξάλλου, ελλείπει δε τέτοιου ειδικότερου όρου περί απαιτήσεων που πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο εκάστου μέλους ένωσης, η εισαγωγή του οποίου θα ήταν μεν κατά τα ως άνω επιτρεπτή εφόσον ήταν δικαιολογημένη, αν βέβαια προβλεπόταν στη διακήρυξη (οπότε και τυχόν θα μπορούσε να προσβληθεί και να ελεγχθεί ως προς τη νομιμότητά της, πράγμα που δια της ως άνω αοριστίας δεν κατέστη δυνατό, δεδομένου ότι δεν ήταν δυνατό να υποληφθεί ότι υφίστατο κάποιο τυχόν τέτοιο όριο), και ασχέτως του ότι ούτε καν για μεμονωμένο προσφέροντα δεν προκύπτει απαίτηση και κριτήριο με συγκεκριμένο περιεχόμενο προς έλεγχο και αξιολόγηση, προκύπτει ότι καταρχήν η προσφορά των ενώσεων στην προκείμενη διαδικασία έπρεπε να αντιμετωπιστεί ως μία και ενιαία όσον αφορά τις ενώσεις οικονομικών φορέων. Περαιτέρω, η μνεία περί “κατά περίπτωση” υποβολής του καταλόγου από τα επιμέρους μέλη, ουδόλως δύναται να καταλείψει τυχόν στην αναθέτουσα απεριόριστη ευχέρεια, όπως ανά περίπτωση και κατά το στάδιο της αξιολόγησης το πρώτον κρίνει, άνευ ρητής πρόβλεψης ποια στοιχεία θα πρέπει να συντρέχουν αυτοτελώς στο πρόσωπο εκάστου οικονομικού φορέα ή αθροιστικά. Αντίθετα έχει τη σαφή έννοια ότι όταν υποβάλλεται κοινή προσφορά, δηλαδή προσφορά ένωσης οικονομικών φορέων, όπως εν προκειμένω, τα κριτήρια επιλογής καταρχήν αρκεί να παρέχονται από ένα τουλάχιστον μέλος, ενώ μόνο και ειδικώς εφόσον, κατά περίπτωση, απαιτείται από τη δομή της προσφοράς ή των απαιτήσεων της διακήρυξης, δηλαδή όπου υπάρχει σαφής μνεία, ενδέχεται να πρέπει να πληρούνται από κάθε μέλος αυτοτελώς ή και αθροιστικά. Κατ’ αποτέλεσμα όλων των ανωτέρω, δεδομένης της ασάφειας του οικείου ως άνω όρου της διακήρυξης περί του περιεχομένου του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, η πλήρωση εξάλλου του οποίου αρκεί να δηλώνεται κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και δη τις διπλής αοριστίας του, ήτοι τόσο όσον αφορά το καταρχήν περιεχόμενο του κριτηρίου αυτού, όσο και σε σχέση με το αν απαιτείται αυτοτελώς και συγκεκριμένα τι από έκαστο μέλος ενώσεως, και ασχέτως του ότι από τον παραπάνω κατάλογο που υπέβαλε η έτερη διαγωνιζόμενη, δεν προκύπτει αν εκτελεί ή εκτέλεσε το μέλος της συναφές έργο εντός της πρόσφατης τριετίας, πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος ειδικότερος ισχυρισμός του τρίτου λόγου της προσφυγής.

10. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο ειδικότερο ισχυρισμό του τρίτου λόγου της προσφυγής, προκύπτει ότι ο όρος 2.2.4 της διακήρυξης περί κριτηρίου επιλογής

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

ως προς την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας θεσπίζεται σύμφωνα με το γράμμα του για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στη διαδικασία, αδιακρίτως αν μετέχουν σε ένωση με έτερους οικονομικούς φορείς ή μη. Σημειωτέον δε, ότι, βλ. ανωτέρω σκ. 9, η πρόβλεψη του άρ. 254 παρ. 3 Ν. 4412/2016 περί ευχέρειας του αναθέτοντος να θεσπίσει όρους περί των απαιτήσεων που κάθε μέλος ένωσης πρέπει να πληροί αφορά αποκλειστικά τα κριτήρια ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ενώ και η αντίστοιχη διάταξη του άρ. 19 παρ. 2 εδ. β' του Βιβλίου Ι αφορά τα κριτήρια αυτά ως και τα κριτήρια περί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (σημειωτέον δε ότι ακόμη και για τις διαδικασίες σύναψης σύμβασης μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών υπηρεσιών, όπου ρητά ορίζεται ότι τα υπόλοιπα κριτήρια επιλογής αρκεί να συντρέχουν στο πρόσωπο κάποιου εκ των μελών, άνευ ευχέρειας της αναθέτουσας να αποφασίσει αντιθέτως, και πάλι τα κριτήρια του άρ. 75 παρ. 2, ήτοι περί καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας θα πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο κάθε μέλους). Περαιτέρω, ακόμη και η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 προβλέπεται αποκλειστικώς για τα κριτήρια ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Σε κανένα δε σημείο του Ν. 4412/2016 δεν υφίσταται περίπτωση και πρόβλεψη συμμετοχής προσφέροντος σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, χωρίς τα οικεία κριτήρια ειδικώς ως προς την καταλληλότητα του για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας κατ' άρ. 75 παρ. 2 Ν. 4412/2016, να απαιτείται να συντρέχουν απευθείας στο πρόσωπό του. Εξυπακούεται πάντως, ότι η επαγγελματική δραστηριότητα για την οποία οι προσφέροντες, άρα και τα μέλη ένωσης πρέπει να είναι κατάλληλοι, είναι αυτή του συμβατικού αντικειμένου και ειδικότερα, όταν αυτό αναλύεται σε περισσότερες επιμέρους εργασίες, του μέρους του συμβατικού αντικειμένου στο οποίο θα αναμιχθούν και το οποίο θα εκτελέσουν. Κατά το δε Παράρτημα 1-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΝ ΕΡΓΟΥ, άρ. 1 και 4 της διακήρυξης ορίζεται ότι *“αντικείμενο του έργου είναι η υποστήριξη των εργασιών της παραλαβής και επίδοσης, καθώς και η εκτέλεση των λοιπών συναφών εργασιών που σχετίζονται με την λειτουργία της Υπηρεσίας, ενώ επιπλέον η περιγραφή του έργου συνίσταται στα εξής “Παραλαβή σάκων και εμπορευματοκιβωτίων από τα σημεία παραγωγής. Αποσφράγιση αποστολών. Καταχώρηση δεδομένων. Φυσικοί έλεγχοι αντικειμένων. Επιστροφές. Τηλεφωνική εξυπηρέτηση πελατών. Υλοποίηση διαλογής δεμάτων εντός*

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

των Μονάδων Παραγωγής. Παραλαβή και προετοιμασία Υψηλεσιακού Οχήματος Μέριμνα για ορθή φόρτωση σάκων και εμπορευματοκιβωτίων στο υπηρεσιακό όχημα, στη βάση της δυναμικότητάς του. Εκφόρτωση και παράδοση των σάκων και εμπορευματοκιβωτίων σε Μονάδες Παραγωγής, υλοποίηση έργου διαμετακόμισης και αποσφράγισης αποστολών, όπου και όταν απαιτείται, εντός του προβλεπόμενου ωραρίου εργασίας. Έργο οδήγησης, παραλαβής και επίδοσης από και στην έδρα των πελατών. Επιστροφή και παράδοση αντικειμένων. Παράδοση οχήματος.”. Η δε έτερη διαγωνιζόμενη μετέχει ως ένωση προσφερόντων, περίπτωση κατά την οποία δηλαδή, τα μέλη αυτής μετέχουν τα ίδια στη διαδικασία ανάθεσης ως προσφέροντες, υποβάλλουν κοινή προσφορά και εν τέλει αναλαμβάνουν ευθέως εκ της κοινής προσφοράς τους και της κοινής συμμετοχής τους στη διαδικασία υποχρεώσεις έναντι της αναθέτουσας, οι οποίες υποχρεώσεις ανάγονται πάντως στην εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, την ανάληψη του οποίου από κοινού διεκδικούν δια της κοινής προσφοράς τους (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 237, 269/2018 περί της διακρίσεως ένωσης προσφερόντων, υπεργολάβου και τρίτου οικονομικού φορέα). Δια του δε ιδιωτικού συμφωνητικού συστάσεως της ένωσης, βλ. ανωτέρω σκ. 7, τα μέλη αυτής, άρ. 4 συμφωνητικού, ανέλαβαν να συνεργαστούν για την εκτέλεση του έργου κατά τους όρους της διακήρυξης και της υπογραφησόμενης τυχόν σύμβασης και να διαθέσουν τα κατάλληλα εξειδικευμένα άτομα που κρίνονται αναγκαία για την επιτυχή υλοποίηση του έργου. Ούτε όμως από τα οικεία ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης αυτής ούτε από την τεχνική προσφορά της, κατέστη δυνατό να εντοπιστεί τι ακριβώς θα εκτελέσει, αν η ένωση καταστεί ανάδοχος, το μέλος αυτής, πράγμα που σε κάθε περίπτωση δεν προβάλλεται μεν δια της προκείμενης προσφυγής, πλην όμως συνιστά αναγκαίο προαπαιτούμενο για την εξέταση της εκ μέρους της πλήρωσης του όρου 2.2.4 της διακήρυξης ως προς την καταλληλότητα για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας και ειδικότερα αν ασκούν επαγγελματική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της παρεχόμενης υπηρεσίας. Αναφέρει δε στο ΤΕΥΔ του το ως άνω μέλος την εγγραφή του στο ΓΕΜΗ, πλην όμως στο Μέρος II Ενότητα Α αυτού, όπου ερωτάται για τον ρόλο του στην ένωση απαντά “Υπεύθυνος φια συγκεκριμένα καθήκοντα”, χωρίς εξ αυτής της απάντησης να προκύπτει ποιες εργασίες του συμβατικού αντικειμένου θα εκτελέσει. Και ναι μεν, κατά τα ανωτέρω δεν απαιτείται μέλος ένωσης προσφερόντων που θα εκτελέσει συγκεκριμένες εργασίες από το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου, να πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας προς άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, ήτοι συννόμως να ασκεί την οικεία

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

δραστηριότητα για το σύνολο των εργασιών, ήτοι και για εργασίες που δεν θα εκτελέσει, πλην όμως θα πρέπει προφανώς να τα πληροί για τα συγκεκριμένα καθήκοντα και μέρη του συμβατικού αντικείμενου που θα αναλάβει στο πλαίσιο της κοινής ανάληψης της σύμβασης, κατ' αποτέλεσμα της κοινής προσφοράς, άρα θα πρέπει να προκύπτει το αντικείμενο και η έκταση που θα αναλάβει. Εξάλλου, κατά το προσκομισθέν από τον προσφεύγοντα πιστοποιητικό ΓΕΜΗ του μέλους της έτερης διαγωνιζομένης ένωσης, "....." προκύπτει μεταξύ άλλων ως καταστατικός του σκοπός υπό ζ'η παοχή υπηρεσιών υποστήριξης της επιχειρηματικότητας, η οποία έχει σχέση με το προκείμενο συμβατικό αντικείμενο μεν, πλην όμως δεν συνδέεται πρόδηλα με κάποια από τις εργασίες του, ως ανωτέρω αναλύθηκαν, οι οποίες συνίστανται σε ταχυδρομικές και εν γένει μεταφορικές υπηρεσίες, ως και τηλεφωνική εξυπηρέτηση. Και ναι μεν, η προσκόμιση των οικείων αποδεικτικών δεν απαιτείτο μετά της υποβολής της προσφοράς, αλλά αφορούσε κατ' άρ. 2.2.9.2 παρ. Β2 δικαιολογητικό κατακύρωσης, κατά το δε τρέχον στάδιο αρκεί να δηλώνεται η συνδρομή του οικείου κριτηρίου επιλογής στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης κατά τον όρο 2.2.9.1. της διακήρυξης. Πλην όμως (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017), η παραπάνω επιταχυμένη διαδικασία προκαταρκτικής απόδειξης, που τίθεται ιδίως για τη διευκόλυνση της συμμετοχής και την ενίσχυση του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον υποβάλλοντα το ΤΕΥΔ και δια αυτού προβαίνοντα σε υπεύθυνες δηλώσεις και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Όμως, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη και η κατά τα ως άνω οπισθοβαρής καταρχήν διάρθρωση της ελεγκτικής διαδικασίας, δεν μπορεί να αποκλείσει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων στην περίπτωση που αυτά αμφισβητούνται και δη με επίκληση συγκεκριμένων περί του αντιθέτου λόγων από έτερο διαγωνιζόμενο δια προδικαστικής προσφυγής αυτού, πολλώ δε μάλλον, χωρίς αυτό όμως να είναι και αναγκαίο, όταν αυτός αποδεικνύει δια προσκομιζόμενων εγγράφων ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. το ενδεχόμενο βασιμότητας της αμφισβήτησής του, άρα και την ενδεχόμενη αναλήθεια ή το προδήλως ανέφικτο και μη πραγματικό των δηλουμένων και της ίδιας της προσφοράς. Σε αντίθετη περίπτωση η διαδικασία θα κατέληγε σε παράλογα αποτελέσματα, επιτρέποντας τη συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που είτε ψεύδονται με την προσφορά τους είτε είναι προδήλως μη ικανοί να την υλοποιήσουν είτε η

Αριθμός Απόφασης: 373/2018

προσφορά τους είναι εν τέλει μη νόμιμη και ως εκ τούτου δεν θα είναι σε θέση και δεν θα επιτραπεί να αναλάβουν τη σύμβαση, άρα και να οριστικοποιηθεί η τυχόν κατακύρωση σε αυτούς. Μια τέτοια εξέλιξη εκτός ότι επιβαρύνει καταρχήν του αναθέτοντες αλλά και τους ίδιους τους διαγωνιζομένους, δεδομένου του ατελέσφορου της συνέχισης της συμμετοχής τους στον διαγωνισμό, βλάπτει προεχόντως το ίδιο το συμφέρον του αναθέτοντος δια αναποτελεσματικών χρονοτριβών και δια της προσβολής των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων και ως προς την υποβολή και αξιολόγηση των προσφορών τους, εξισώνοντας φορείς δυνάμενους να αναλάβουν τη σύμβαση με τους μη δυνάμενους και νομίμως προσφέροντες με μη νομίμους προσφέροντες, επιτρέποντας τη δημοσιοποίηση στο ευρύ κοινό των οικονομικών προσφορών φορέων που δεν θα έπρεπε να μετέχουν σε μεταγενέστερο στάδιο και ατελεσφόρως μετέχουν, νοθεύοντας ούτως τον υγιή και αποτελεσματικό ανταγωνισμό και δημιουργώντας επιπλοκές, φόρτο και κινδύνους κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών με την ανάγκη κλήσης αναπληρωματικών επιλαχόντων μειοδοτών, αν τυχόν υπάρχουν τέτοιοι κατ' άρ. 103 παρ. 2 έως και 5 Ν. 4412/2016, με πιθανότητα ματαίωσης, ελλείψει άλλων αποδεκτών υποψηφίων αναδόχων, να ανακύπτει στο τελικό αυτό στάδιο ενώ θα μπορούσε να προκύψει σε προγενέστερο στάδιο εξοικονομώντας χρόνο και χρήμα για την αναθέτουσα. Επομένως, μια τέτοια ερμηνεία εκτός του ότι είναι όλως αντίθετη στην ίδια τη λογική και τον σκοπό καθιέρωσης του συστήματος προκαταρκτικής, πλην σε κάθε περίπτωση μαχητής, απόδειξης, λειτουργεί περαιτέρω εις βάρος της οικονομίας της διαδικασίας, της αποτελεσματικότητας, ταχύτητας και του ίδιου του συμφέροντος του αναθέτοντος, εκθέτοντας περαιτέρω σε βλάβη αυτόν και τους μετέχοντες και ιδίως προσβάλλοντας θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και έτσι, δεν δύναται να γίνει δεκτή.

11. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, προκύπτει πάντως, ότι δεν αποκλείεται η ως άνω νόμιμη δραστηριότητα του παραπάνω μέλους της έτερης διαγωνιζομένης να είναι σχετική με το αντικείμενο που αυτό θα αναλάβει στο πλαίσιο της ένωσης, πλην όμως λόγω σχετικής ασάφειας της προσφοράς της έτερης διαγωνιζομένης ένωσης, είναι αδύνατη η συναγωγή κρίσης εάν όντως πληροί το μέλος αυτό ή όχι το οικείο κατ' άρ. 2.2.4 κριτήριο επιλογής, ασχέτως της δηλώσεως στο ΤΕΥΔ του ότι το πληροί και λαμβάνοντας υπόψη το πιστοποιητικό ΓΕΜΗ που

προσκομίζει ο προσφεύγων. Συνεπώς, η ασάφεια περί του μέρους του συμβατικού αντικειμένου για το οποίο το παραπάνω μέλος της έτερης διαγωνιζομένης ενώσεως μετέχει συνιστά αυτόθροα ασάφεια και περί την εκ μέρους του, και κατ' αποτέλεσμα την εκ μέρους της ενώσεως εν όλω, πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής του άρ. 2.2.4 της διακήρυξης. Επομένως, η προσβαλλομένη έσφαλε καθ' ο μέρος έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτή την ως άνω προσφορά παρά την ως άνω ασάφεια και άνευ προηγούμενης ζήτησης διευκρινίσεων για την τυχόν άρση αυτής. Ούτως, πρέπει, βάσει του όρου 3.1.1. της διακήρυξης και της εκεί παραπομπής στο άρ. 102 Ν. 4412/2016, αλλά και της αντιστοίχου διάταξης του Βιβλίου ΙΙ ήτοι του άρ. 310 Ν. 4412/2016, αμφότερες οι οποίες καθιερώνουν δεσμία αρμοδιότητα του αναθέτοντος να ζητήσει διευκρινίσεις προς άρση τυχόν ασάφειας της προσφοράς, εφόσον επίκειται αποκλεισμός προσφέροντος, να ακυρωθεί, κατά εν μέρει αποδοχή του δεύτερου ειδικότερου ισχυρισμού του τρίτου λόγο της προσφυγής, η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της ως άνω ενώσεως άνευ ετέρου και κατά παράλειψη ζήτησης κατ' άρ. 310 παρ. 5 και του όρου 3.1.1 της διακήρυξης, διευκρινίσεων την ένωση αυτή, όσον αφορά το ειδικότερο αντικείμενο που θα αναλάβει το μέλος της, σύμφωνα με την προσφορά της, ώστε περαιτέρω ο αναθέτων και λαμβάνοντας υπόψη την οικεία διευκρίνιση να εξετάσει εάν το μέλος αυτό και κατά συνέπεια η ένωση στην οποία μετέχει πληρούν το οικείο κριτήριο επιλογής του όρου 2.2.4, κατ' αντιπαραβολή του ως άνω αντικειμένου με τις δραστηριότητες τις οποίες ασκεί νομίμως βάσει της όποιας ισχύουσας καταχώρησης περί την εταιρεία στο ΓΕΜΗ. Τυχάνει δε απορριπτέο το ειδικότερο αίτημα άνευ ετέρου αποκλεισμού της έτερης διαγωνιζομένης ενώσεως, δεδομένης της ως άνω παρ. 5 του άρ. 310, ως και του κατά παραπομπή από τη διακήρυξη άρ. 102 Ν. 4412/2016, κατά το οποίο ασάφεια εγγράφου της προσφοράς δεν οδηγεί άνευ ετέρου σε αποκλεισμό, αλλά ο αναθέτων προ αυτού, οφείλει να ζητά από τον προσφέροντα σχετικές διευκρινίσεις.

12. Επειδή, ύστερα από τα παραπάνω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το ειδικότερο μέρος και τα ειδικότερα οριζόμενα της αμέσως προηγούμενης σκέψης και να αναπεμφθεί η υπόθεση στον αναθέτοντα, προκειμένου αυτός να προβεί σε όσα ορίζονται στην αμέσως προηγούμενη σκέψη.

13. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 1.940,00 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την Απόφαση της 940/19.4.2018 Συνεδρίασης Συμβουλίου Διεύθυνσης του αναθέτοντος, καθ' ο μέρος αυτή έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτή την προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....» και κατά παράλειψη ζήτησης διευκρίνισης προς άρση της ασάφειας περί του αν το μέλος αυτής «.....» πληροί το οικείο κατ' άρ. 2.2.4 κριτήριο επιλογής και κατ' αποτέλεσμα περί του μέρους του συμβατικού αντικειμένου για την εκτέλεση του οποίου αυτή μετέχει στην ως άνω κοινή προσφορά της παραπάνω διαγωνιζομένης ενώσεως οικονομικών φορέων.

Αναπέμπει στον αναθέτοντα, προκειμένου αυτός να ζητήσει κατ' άρ. 310 Ν. 4412/2016 ως προς το είδος της συμμετοχής του μέλους «.....» της ως άνω ένωσης οικονομικών φορέων και ώστε να αξιολογηθεί περαιτέρω η εκ μέρους του πλήρωση του όρου 2.2.4 της διακήρυξης, περί κριτηρίου επιλογής ως προς την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, σύμφωνα με τα αναλυτικότερα οριζόμενα στη σκ. 11.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 1.940,00 ευρώ, που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14-5-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ

