

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 12^η Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Μαρία Κάπαρη-Εισηγήτρια (αναπληρούμενη στη συνέχεια από την Ειρήνη Αψοκάρδου για τη σύνταξη της απόφασης δυνάμει της υπ'αριθμ. 77/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ) και Μιχαήλ Διαθεσόπουλο, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 05.10.2018 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (Γ.Α.Κ.) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (εφεξής Α.Ε.Π.Π.) 1046/12.10.2018 της Ένωσης οικονομικών φορέων, με την επωνυμία «...» (εφεξής Προσφεύγουσα), που εδρεύει στην ..., νομίμως εκπροσωπούμενης, καθώς και των Μελών της ως άνω αναφερόμενης Ένωσης ατομικώς: 1. ... και 2. ..., αρ. 40 & Ανων. Οδού.

Κατά του Δήμου Τριπόλεως (εφεξής Αναθέτουσα Αρχή), που εδρεύει στην Τρίπολη, επί της οδού Λαγοπάτη, αρ. 45 και Αταλάντης, νομίμως εκπροσωπούμενης και κατά

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφεξής Παρεμβαίνων), που εδρεύει στην ..., καθώς και των Μελών της ως άνω αναφερόμενης Ένωσης ατομικώς: 1. ... και 2.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία σωρεύθηκε και αίτημα αναστολής εκτέλεσης και λήψης προσωρινών μέτρων, η Προσφεύγουσα αιτείται: 1) την ακύρωση άλλως ανάκληση του συνόλου της υπ' αρ. 593/2018 (Α.Δ.Α.: Ψ941ΩΗΡ-ΛΓΨ) Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής (πρακτικό της 8/2018 Συνεδρίασης) με την οποία: α) εγκρίθηκε το από 20.07.2018 (20.08.2018) πρακτικό διεξαγωγής στο πλαίσιο Ηλεκτρονικού Δημόσιου Ανοιχτού Διαγωνισμού του έργου «Αποκατάσταση ζημιών αγροτικών δρόμων Δήμου Τρίπολης λόγω έντονων καιρικών φαινομένων και κατολισθήσεων από τη θεομηνία της 25^{ης} Ιουνίου 2016» εκτιμώμενης αξίας 1.532.258,06 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., β) δεν έγινε δεκτό το υπ' αρ. πρωτ. 28409/10.09.2018 υπόμνημα

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

αίτηση της Προσφεύγουσας, γ) απορρίφθηκαν οι προσφορές των οικονομικών φορέων που αναφέρονται στην Προσβαλλόμενη, και δ) η προσφορά της Προσφεύγουσας κατετάγη 2^η κατά σειρά μειοδοσίας, με ποσοστό έκπτωσης 66,04%, ενώ ως προσωρινός ανάδοχος αναδείχθηκε ο Παρεμβαίνων, 2) την απόρριψη της προσφοράς του Παρεμβαίνοντος και 3) την επιστροφή του νομίμως καταβληθέντος παραβόλου.

Με την Παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της Προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία Κάπαρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο, ύψους 7.661,29 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 237700541958 1204 0079, το από 5-10-2018 αποδεικτικό πληρωμής στην Τράπεζα Eurobank Ergasias A.E. την 05.10.2018 και εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών του e- παραβόλου περί αυτόματης δέσμευσης).

2. Επειδή με την υπ' αρ. πρωτ. 16533/2018 Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Δημόσιο Ανοιχτό Διαγωνισμό κάτω των ορίων του έργου «Αποκατάσταση ζημιών αγροτικών δρόμων Δήμου Τρίπολης λόγω έντονων καιρικών φαινομένων και κατολισθήσεων από τη θεομηνία της 25ης Ιουνίου 2016» εκτιμώμενης αξίας 1.532.258,06 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε την 20.06.2018 στο ΚΗΜΔΗΣ, με Α.Δ.Α.Μ.: 18PROC003293526, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.: 74510.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η κρινόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα στις 5-10-2018 δοθέντος ότι κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους δια της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 26^η-09-2018, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή η προσφεύγουσα θεμελιώνει, ως προσφέρων του οποίου η υπ' αριθμ. 83754 προσφορά έγινε αποδεκτή αλλά κατετάγη στη δεύτερη θέση στη σειρά κατάταξης κι επιδιώκει να απορριφθεί η προσωρινή ανάδοχος επί τω τέλει όπως αναδειχθεί ο ίδιος ανάδοχος της σύμβασης, έχοντας υποβάλει την αμέσως επόμενη, κατά σειρά, αποδεκτή οικονομική προσφορά βάσει τιμής, προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης. Σχετικά δε, έχει γίνει *ad hoc* δεκτό από την νομολογία ότι αιτούσα η οποία κατατάχθηκε σε χαμηλότερες κατά σειρά μειοδοσίας θέσεις σε διαγωνισμό «*με έννομο συμφέρον ασκεί την κρινόμενη αίτηση, καθόσον, με αυτή προβάλλει αιτιάσεις, οι οποίες αναφέρονται στο περιεχόμενο των οικονομικών προσφορών των προτασόμενων αυτής, κατά σειρά κατάταξης, εταιρειών, η αποδοχή των οποίων (αιτιάσεων), θεμελιώνει προσδοκία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης σε αυτή*» (ΔΕΦΑΘ 711/2013, ΔΕΦΑΘ 873/2012), επικαλούμενη άμεση βλάβη από την παραβίαση, κατά τους ισχυρισμούς της, των κανόνων που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης (πρβλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95, ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ. 846- 7). Περαιτέρω, η Προσφεύγουσα απαραδέκτως αιτείται την ανάκληση της Προσβαλλόμενης καθόσον το εν λόγω αίτημα εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ με βάση τα ειδικότερα οριζόμενα στον Ν. 4412/2016 και στο ΠΔ 39/2017. Ειδικότερα στην παρ. 2 του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΠΠ» προβλέπεται ρητώς το εξής: «2. *Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην*

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

οφειλόμενη ενέργεια».

7. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή απέστειλε την 16-10-2018 με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο καθώς και μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις Απόψεις της στην Αρχή επί της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής.

8.Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό έλαβαν μέρος δώδεκα (12) οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και ο παρεμβαίνων καταθέτοντας τις υπ' αριθμ. 83754 και 82087 αντίστοιχα.

9. Επειδή στις 28-08-2018 κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «Επικοινωνίας» καθώς και αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το Πρακτικό της Επιτροπής Διεξαγωγής του Διαγωνισμού σύμφωνα με το οποίο εισηγήθηκε στην Οικονομική Επιτροπή της Αναθέτουσας Αρχής, όπως, μεταξύ άλλων, κάνει αποδεκτή, τόσο την προσφορά της Προσφεύγουσας όσο και του Παρεμβαίνοντος, αναδεικνύοντας τον τελευταίο ως προσωρινό ανάδοχο του έργου, με ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 66,23%, τη δε Προσφεύγουσα ως δεύτερη κατά σειρά κατάταξης μειοδότη με έκπτωση 66,04%.

10. Επειδή στις 10-09-2018 η Προσφεύγουσα υπέβαλε το υπ'αριθμ. πρωτ. 28409 υπόμνημά της προς την Οικονομική Επιτροπή της Αναθέτουσας Αρχής, με το οποίο αιτούνταν όπως της γίνει γνωστό εάν η προσφορά της αναδειχθείσας ως πρώτης κατά σειρά κατάταξης μειοδότης «πληροί τις από το άρθρο 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3.1 της διακήρυξης ειδικά τασσόμενες για τις Ενώσεις Οικονομικών Φορέων απαιτήσεις αναφορικά, με την επί ποινή απαραδέκτου υποχρέωση προσδιορισμού της έκτασης και του είδους της συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης στο συνολικό έργο, ίδια του ρητού προσδιορισμού του τρόπου κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της και ορισμού εκπροσώπου/συντονιστή αυτής», καθώς και να προβεί «σε οίκοθεν διόρθωση τυχόν παραβιάσεων της νομιμότητας της διενεργηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας και να απέχει της επικύρωσης τυχόν εισηγήσεων κειμένων εκτός των ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αποφασιστικής δικαιοδοσίας της».

11. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, αφού εξέτασε το υπόμνημα της Προσφεύγουσας, ενέκρινε με την προσβαλλόμενη το ως άνω Πρακτικό της

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

Επιτροπής Διεξαγωγής του Διαγωνισμού, με την αιτιολογία ότι: «[...] η προσφορά της πρώτης μειοδότης Κοινοπραξίας πληροί τις από το άρθρο 96 παρ. 7 νόμου 4412/2016 και άρθρου 3.1 της διακήρυξης ειδικά τασσόμενες για τις Ενώσεις Οικονομικών Φορέων απαιτήσεις αναφορικά με την επί ποινή απαραδέκτου υποχρέωση προσδιορισμού της έκτασης και του είδους της συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης στο συνολικό έργο, ιδία και του ρητού προσδιορισμού του τρόπου κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της και ορισμού εκπροσώπου/συντονιστή αυτής και δεν απαιτείται διόρθωση της διαγωνιστικής διαδικασίας».

12. Επειδή κατά της άνω πράξης ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή με κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 5-10-2018.

13. Επειδή στις 11-10-2018 η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην προβλεπόμενη από το άρθρο 9 παρ. 1 α κοινοποίηση του ΠΔ 39/2017 της υπό κρίση Προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους οικονομικούς φορείς στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού που μπορεί να θίγονται από την αποδοχή της.

14. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε εμπροθέσμως στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την από 18-10-2018 παρέμβαση δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 11-10-2018 της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, ο οποίος με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της επίμαχης απόφασης με την οποία και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος.

15. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω νομίμως και παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και υποβάλλεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

16. Επειδή διά της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, η Προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθρα 91 και 96 παρ. 7 του Ν.4412/2016, το άρθρο 3.1 της επίμαχης Διακήρυξης καθώς και την Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ 18, στρέφεται κατά της Προσβαλλόμενης, προβάλλοντας ως πρώτο λόγο ακύρωσης την «Παράβαση Νόμου» και υποστηρίζοντας αυτολεξεί τα εξής: «σε κανένα σημείο της προσφοράς της μειοδότης Ένωσης δεν έχει γίνει ο κατά τον νόμο προσδιορισμός ούτε της κατανομής του ποσοστού αμοιβής μεταξύ των μελών αυτής ούτε του είδους της συμμετοχής

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

του κάθε μέλους στην εκτέλεση των εργασιών. Συγκεκριμένα: (α) Στα όμοιου περιεχομένου προσκομισθέντα Τ.Ε.Υ.Δ. των μελών της Ένωσης ...» και υπό το Μέρος ΙΙ. Α. Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα→ “Τρόπος συμμετοχής: Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους”, έχει απαντηθεί το “Ναι”, λόγω της υποβολής προσφοράς ως ένωσης, πλην όμως στη συνέχεια σε κανένα από τα δύο Τ.Ε.Υ.Δ. δεν έχει συμπληρωθεί σε κανένα πεδίο συμφωνία περί του τρόπου κατανομής αμοιβής. Σχετικά, δεν γίνεται η παραμικρή αναφορά ούτε στο σημείο όπου προσδιορίζονται οι άλλοι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, ούτε στο σημείο αναφορικά με τα τμήματα για τα οποία κάθε μέλος της ένωσης υποβάλει προσφορά. Περαιτέρω, καμία αναφορά στον τρόπο κατανομής αμοιβής δεν γίνεται ούτε και στην υποβληθείσα Οικονομική Προσφορά της Ένωσης, ώστε κατά τούτο η υποβληθείσα προσφορά να είναι πλήρως αόριστη και μη επιδεχόμενη διόρθωση ή ερμηνεία. (β) Επιπροσθέτως, δεν προσδιορίζεται ούτε και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους στην εκτέλεση των εργασιών, αφού σχετικώς, το μόνο που έχει δηλωθεί είναι ότι ο ... θα εκτελέσει το 50% των εργασιών του έργου και ο ... το 50% των εργασιών του έργου, χωρίς όμως περαιτέρω ειδικό προσδιορισμό σύμφωνα με τα απαιτούμενα από το άρθρο 3.1., ποιες ειδικότερα από αυτές θα εκτελέσει κάθε μέλος της ένωσης, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι στο αντικείμενο του έργου περιλαμβάνονται διάφορες εργασίες. Τέλος, είναι προφανές ότι ούτε η συμφωνία περί κατανομής αμοιβής, ούτε το είδος των εργασιών που θα εκτελέσει κάθε μέλος της Ένωσης αναπληρώνονται από την αναφορά περί του ότι κάθε μέλος θα εκτελέσει το 50% των εργασιών του έργου. Περαιτέρω, η άνω πλημμέλεια δεν είναι ούτε και επιδεκτική διόρθωσης διότι θα προϋπέθετε την αντικατάσταση των υποβληθέντων από την Ένωση Τ.Ε.Υ.Δ. όσον αφορά το επίμαχο πεδίο με την δήλωση, το πρώτον μετά το πέρας της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, των ελλειπόντων στοιχείων αναφορικά με τον τρόπο κατανομής της αμοιβής και το είδος της συμμετοχής στην εκτέλεση του έργου, ήτοι την τροποποίηση ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής και δη του Τ.Ε.Υ.Δ.. Επομένως η Αναθέτουσα ούτε είχε υποχρέωση ούτε και μπορούσε να καλέσει σε διόρθωση του Τ.Ε.Υ.Δ.. Κατά

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

συνέπεια και με δεδομένο ότι έχει υποβληθεί προσφορά που ξεκάθαρα παραβιάζει επί ποινή αποκλεισμού ταχθείσα υποχρέωση των διαγωνιζόμενων φορέων, αυτή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη». Περαιτέρω, ως δεύτερο λόγο ακύρωσης της Προσβαλλόμενης, προβάλλεται η «Παράβαση της Αρχής της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων» και συγκεκριμένα: «Η στάση της διοίκησης απέναντι στους διαγωνιζόμενους σε μια διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, κυρίως ενόψει δυσμενών για αυτούς πράξεων, υπαγορεύεται από την εν γένει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να μην αφήνει τις πράξεις και αποφάσεις της εκτεθειμένες σε υπόνοιες αυθαιρεσίας και αιφνιδιασμού σε βάρος των διαγωνιζομένων. Η επιταγή αυτή βρίσκεται, σε απόλυτη εναρμόνιση με την θεμελιώδη αρχή της διαφάνειας που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, οι αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που είναι απορριπτικές αιτημάτων των συμμετεχόντων σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας, υπηρεσιών κλπ., πρέπει να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένες.

Η υποχρέωση αιτιολογίας βαρύνει τη διοίκηση όταν αυτή δρα με το ρόλο της αναθέτουσας αρχής, ενώ τα χαρακτηριστικά της ορθής αιτιολογίας πρέπει και εδώ να είναι αυτά που διαγράφονται στον ΚΔΔ/σίας (άρθρο 17). Επομένως, η αιτιολογία πρέπει να είναι πλήρης, σαφής και ειδική, υπό την έννοια ότι πρέπει να εκτίθεται με πληρότητα και σαφήνεια τα πραγματικά περιστατικά και οι νομικοί λόγοι που οδήγησαν τη διοίκηση (αναθέτουσα αρχή κλπ.) στη συγκεκριμένη απόφαση, καθώς επίσης και οι σκέψεις με βάση τις οποίες το διοικητικό όργανο προέβη στην έκδοση ή την παράλειψη έκδοσης της οικείας πράξης.

Εν προκειμένω, καίτοι με υπόμνημά μας επικαίρως επισημάναμε την πιθανή έλλειψη της προσφοράς της προσωρινής μειοδότης Ένωσης αναφορικά με τα υπό (Α) κρίσιμα ζητήματα, τόσο η Επιτροπή Διαγωνισμού, όσο και η Οικονομική Επιτροπή, χωρίς καμία αιτιολογία, άλλως με όλως αόριστη αιτιολογία, απέρριψαν τις αιτιάσεις μας, αφού περιορίζονται στην επανάληψη των προβλέψεων της διακήρυξης και του νόμου, χωρίς ωστόσο να αναφέρουν έστω και ακροθιγώς, με ποιο τρόπο οι απαιτήσεις του νόμου πληρούνται από την συγκεκριμένη προσφορά, ώστε και για τον λόγο αυτό η

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

προσβαλλόμενη πράξη να καθίσταται ακυρωτέα λόγω παντελούς έλλειψης αιτιολογίας».

Τέλος, ως τρίτος λόγος ακύρωσης της Προσβαλλόμενης προβάλλεται η «Παράβαση της Αρχής της τυπικότητας» και, ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι: «Σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, που αφορά σε όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες για τις δημόσιες συμβάσεις, η αναθέτουσα αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως του όρους της διακήρυξης και να υποβάλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

Με βάση την αρχή της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης, που αφορούν τους τύπους, οι οποίοι πρέπει να τηρηθούν κατά τη διαδικασία αυτή, καθιερώνουν ουσιώδεις όρους (τύπους) με εξαίρεση εκείνους για τους οποίους προκύπτει το αντίθετο, η δε παράβαση αυτών συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφοράς που υποβλήθηκε από τον υποψήφιο.

Η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους, τυχόν δε μη συμμόρφωση προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης επάγεται τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, ακόμα και αν η οικεία προκήρυξη δεν διαγράφει ρητά τη συνέπεια αυτή.

Ο αποκλεισμός του υποψηφίου, η προσφορά του οποίου δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης δεν καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία υποχρεούται να προβεί στην έκδοση της σχετικής πράξης αποκλεισμού. Επομένως, δεν μπορούν να προβληθούν βάσιμα λόγοι ότι ο αποκλεισμός του υποψηφίου από τον διαγωνισμό στην περίπτωση αυτή έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας, ή έγινε καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας και κατά κατάχρηση εξουσίας των οργάνων του διαγωνισμού.

Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την ρητή και σαφή διατύπωση

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

του όρου 3.1 της διακήρυξης, στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος συντονιστής αυτής.

Κατά συνέπεια με δεδομένο ότι εν προκειμένω ο όρος αυτός παραβιάστηκε με την προκήρυξη, αντίθετα με τα όσα έγιναν δεκτά, δεν καταλείπεται η ευχέρεια στην Αναθέτουσα να κάμψει την σχετική πρόβλεψη της διακήρυξης και να μην εκδώσει την πράξη αποκλεισμού της πρώτης κατά σειρά μειοδοσίας Ένωσης οικονομικών φορέων και επομένως η προσβαλλόμενη πράξη είναι άνευ ετέρου ακυρωτέα [...].».

17. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή με τις από 16-10-2018 απόψεις της αναφέρει αυτολεξεί τα εξής: “[...] Α. Παράβαση Νόμου. 1. Σύμφωνα με την παρ. 7 του άρθρου 96 του Ν. 4412/2016: [...]. 2. Επίσης, στην Κατευθυντήρια Οδηγία 18 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. δίνονται Οδηγίες για τη συμπλήρωση των προτύπων τευχών διακήρυξης ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργου και συγκεκριμένα στο άρθρο 3.7, επαναλαμβάνονται τα αναφερόμενα ανωτέρω (παρ. 7 του άρθρου 96 του Ν. 4412/2016), όπου για συμβάσεις του Παραρτήματος Β (συμβάσεις κάτω των ορίων), τα ανωτέρω θα πρέπει να συμπληρώνονται στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.). 3. Εξετάζοντας τα Τ.Ε.Υ.Δ. των δύο Ενώσεων οικονομικών φορέων, ήτοι της 1^{ης} Κ/ξίας: “...” και της 2^{ης} Κ/ξίας: “...”, διαπιστώθηκε ότι έχουν καταθέσει ξεχωριστό Τ.Ε.Υ.Δ., ψηφιακά υπογεγραμμένο και οι δύο οικονομικοί φορείς, που συμμετέχουν από κοινού στην καθεμία από τις ανωτέρω ενώσεις (Κ/ξίες). Στη συνέχεια, αναφέρθηκε στα Τ.Ε.Υ.Δ. και των δύο Κ/ξιών ο ρόλος του κάθε οικονομικού φορέα, δηλαδή ποιος είναι ο Επικεφαλής/Συντονιστής και ποιος το Μέλος της κάθε Κ/ξίας. Προσδιορίστηκε επίσης, από το κάθε μέλος της κάθε Κ/ξίας και ο άλλος οικονομικός φορέας, που από κοινού συμμετέχει στην ίδια Κ/ξία, όπως και η επωνυμία της κάθε Κ/ξίας. Όσον αφορά στον προσδιορισμό της έκτασης και στο είδος της συμμετοχής (συμπεριλαμβανομένης και της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους), οι οικονομικοί φορείς της 2^{ης} Κ/ξίας, αναφέρουν στα Τ.Ε.Υ.Δ. τους, ως ποσοστό συμμετοχής (κατανομή αμοιβής) του καθενός, το 50%, ενώ οι οικονομικοί φορείς της 1^{ης} Κ/ξίας, αναφέρουν στα Τ.Ε.Υ.Δ. τους, σε άλλο

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

σημείο, ότι η προσφορά του ενός αφορά στο 50% των εργασιών του έργου και του άλλου στο 50% των εργασιών του έργου. Σύμφωνα με την παρ. 3β του άρθρου 76 του Ν. 4412/16 [...]. Σύμφωνα με το άρθρο 19 του Ν. 4412/16 και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2, 3 και 4 [...]. Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, καθώς και το ότι η καλούμενη κατηγορία στη Δημοπρασία είναι μία, η σύσταση Κ/ξίας αφορά στην αναβάθμιση πτυχίου, θεωρούμε ότι το 50% των εργασιών, αντιστοιχεί στο 50% του οικονομικού αντικειμένου (κατανομή αμοιβής) και το 50% του οικονομικού αντικειμένου, αντιστοιχεί στο 50% των εργασιών. Βάσει των ανωτέρω, η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε και η Οικονομική Επιτροπή στη συνέχεια, αποδέχτηκε ότι οι προσφορές των 2 ανωτέρω ενώσεων (Κ/ξιών), πληρούν τις διατάξεις της παρ. 7 του άρθρου 96 του Ν. 4412/16, όπως αυτές εμπεριέχονται στο άρθρο 3.1 της διακήρυξης του διαγωνισμού, οπότε και τις έκανε δεκτές, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 593/18 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής.

Β. Παράβαση της Αρχής της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων. Όσον αφορά στις αιτιάσεις που αναφέρονται στην ανωτέρω Προσφυγή, περί μη πλήρους αιτιολόγησης της αναθέτουσας αρχής των λόγων απόρριψης του Υπομνήματος που κατατέθηκε ενώπιον της Οικονομικής Επιτροπής, έχουμε να δηλώσουμε ότι, παρόλο που δεν προβλέπεται στις διατάξεις του Ν. 4412/16 η κατάθεση Υπομνήματος-Αίτησης, προ της λήψης απόφασης από την Οικονομική Επιτροπή, θέλοντας να τηρήσει την αρχή της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αναλογικότητας, εξέτασε την ουσία του ανωτέρω Υπομνήματος-Αίτησης, μελέτησε το σύνολο του φακέλου του διαγωνισμού, όπως αυτός προσκομίστηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού και κατόπιν ελέγχου αυτών, κατέληξε, ομόφωνα στη λήψη της υπ' αριθμ. 593/18 απόφασής της.

Γ. Παράβαση της Αρχής της τυπικότητας. Όσον αφορά στις αιτιάσεις που αναφέρονται στην ανωτέρω Προσφυγή, περί παράβασης της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τη διενέργεια των διαγωνισμών και εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους, έχουμε να δηλώσουμε ότι η προσφορά της πρώτης κατά σειρά μειοδοσίας Κ/ξίας: "...", ήταν σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης, αλλά και τις διατάξεις του Ν.

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

4412/16, όπως αναφέρθηκε αναλυτικότερα ανωτέρω, κι ως εκ τούτου ορθά έγινε δεκτή ως ανωτέρω».

18. Επειδή ο Παρεμβαίνων στην παρέμβασή του ισχυρίζεται αυτολεξεί τα κάτωθι: «[...] ΙΙ. ΛΟΓΟΙ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ. 1. Η υπό κρίση προσφυγή είναι απορριπτέα ως νόμω και ουσία αβάσιμη για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στο από 20.8.2018 πρακτικό αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και την εγκριτική αυτού υπ' αριθμ. 593/11.9.2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Τρίπολης, στα οποία αναφερόμαστε. Συμπληρωματικά επισημαίνουμε τα ακόλουθα: 1.1. Με τις διατάξεις του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α'147) ορίζεται ότι: [...]. Με τις διατάξεις του άρθρου 102 του ιδίου Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: [...]. Με τις διατάξεις του άρθρου 2.3.1. με τίτλο «Τα πεδία του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ είναι δεκτικά διευκρινήσεων ή/και συμπληρώσεων» της Κατευθυντήριας Οδηγίας 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., με τίτλο «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ και του ΕΕΕΣ» ορίζεται ότι: [...]. Με τις διατάξεις του άρθρου 3.1 της με αριθμό 16533/20.6.2018 διακήρυξης, που αποτυπώνουν το γράμμα και το πνεύμα των ανωτέρω διατάξεων του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: [...] Με τις διατάξεις του άρθρου 9 της ανωτέρω διακήρυξης ορίζεται ότι: [...]. 1.2. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται αβιάστως ότι προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφοράς ένωσης οικονομικών φορέων είναι ο προσδιορισμός το μεν της έκτασης και του είδους συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης, η οποία περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης, με την έννοια ότι η έκταση συμμετοχής κάθε μέλους αφορά υποχρεωτικά και την κατανομή της αμοιβής του, το δε του εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης. Συνεπώς, ο προσδιορισμός από το μέλος ένωσης οικονομικών φορέων της έκτασης και του είδους συμμετοχής του εμπεριέχει δήλωση περί κατανομής της αμοιβής του και δεν απαιτείται ξεχωριστή μνεία ως προς την κατανομή της αμοιβής του. Με άλλα λόγια, σκοπός του εθνικού νομοθέτη είναι να υπομνήσει στον υποψήφιο ότι προσκομίζοντας την έκταση και το είδος συμμετοχής του στην ένωση οικονομικών φορέων προσδιορίζει και την κατανομή της αμοιβής του, από την οποία και δεσμεύεται, και όχι να τον υποχρεώσει να προσδιορίσει ξεχωριστά και την αμοιβή του. Η εν λόγω δε τελολογική ερμηνεία εξυπηρετείται από τη

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

γραμματική διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων με την χρήση της λέξης “συμπεριλαμβανομένης”. Διαφορετική ερμηνεία θα υπαγόρευε την ακόλουθη γραμματική διατύπωση: “Στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, η κατανομή αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής”. Σε κάθε περίπτωση, η Αναθέτουσα Αρχή, υποχρεούται να υποβάλει ερώτηση προς διευκρίνιση τυχόν ασάφειας ως προς το ανωτέρω ζήτημα, δηλαδή ως προς το αν το αναγραφόμενο στο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (εφεξής Τ.Ε.Υ.Δ.) ποσοστό συμμετοχής των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων αφορά και καταλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής τους, κάτι τέτοιο δε δεν συνεπάγεται τροποποίηση της προσφοράς τους και δεν παραβιάζει τις αρχές της τυπικότητας και της διαφάνειας (Α.Ε.Π.Π. 224/2017). 1.3. Εν προκειμένω, στο Τ.Ε.Υ.Δ. του ..., μέλους της ένωσής μας, που αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του επίμαχου έργου, και δη στο Μέρος II με τίτλο “Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα”, όσον αφορά στον τρόπο συμμετοχής του στον διαγωνισμό, καλείται να προσδιορίσει αν συμμετέχει μαζί με άλλους, στο πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “ΝΑΙ”, και σε περίπτωση καταφατικής απάντησης καλείται να προσδιορίσει: (α) τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα), το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “ΕΠΙΚΕΦΑΛΗΣ/ΣΥΝΤΟΝΙΣΤΗΣ, ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ”, (β) τους άλλους οικονομικούς φορείς, που συμμετέχουν από κοινού στον διαγωνισμό, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “...”, (γ) την κατά περίπτωση επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “...”, και (δ) κατά περίπτωση, το τμήμα ή τα τμήματα, για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “... 50,00% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ, ... 50,00% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ”. Περαιτέρω, στο Τ.Ε.Υ.Δ. ..., έτερου μέλους της Ένωσής μας, και δη στο Μέρος II με τίτλο “Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα”, όσον αφορά στον τρόπο συμμετοχής του στον διαγωνισμό, καλείται να προσδιορίσει αν συμμετέχει μαζί με άλλους, στο πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “ΝΑΙ”, και σε

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

περίπτωση καταφατικής απάντησης καλείται να προσδιορίσει: (α) τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα), το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ”, (β) τους άλλους οικονομικούς φορείς, που συμμετέχουν από κοινού στον διαγωνισμό, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “...”, (γ) την κατά περίπτωση επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “Κ/ΞΙΑ ...”, και (δ) κατά περίπτωση, το τμήμα ή τα τμήματα, για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “... 50,00% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ, ... 50,00% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ”. Περαιτέρω, στα Τ.Ε.Υ.Δ. των ... και ..., μελών της προσφεύγουσας ένωσης, και δη στο Μέρος ΙΙ με τίτλο “Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα”, τα πεδία, που αφορούν κατά περίπτωση, το τμήμα ή τα τμήματα, για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά, συμπληρώθηκαν με την ένδειξη “Για το συνολικό έργο, ως μέλος κ/ξίας με ποσοστό συμμετοχής (κατανομής αμοιβής) σε αυτήν 50%”. 1.4. Υπό τα δεδομένα αυτά, και ενόψει όσων προεκτέθηκαν, η προσφορά της ένωσής μας είναι πλήρης και σύμφωνη με τις διατάξεις των άρθρων 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και 3.1. της διακήρυξης, που προβλέπουν ότι στην προσφορά, επί ποινή απόρριψής της, πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος συμμετοχής των μελών της ένωσης συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής, και συνεπώς, οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως νόμω και ουσία αβάσιμοι. Ουδεμία δε περί του αντιθέτου ασκεί επιρροή ότι η προσφεύγουσα ένωση, επαναλαμβάνοντας την διατύπωση του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, δήλωσε ότι το ποσοστό συμμετοχής σε αυτήν των μελών της περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής τους, θέτοντας σε παρένθεση την φράση “κατανομή αμοιβής”, διότι τούτο συνάδει και επιβεβαιώνει την άποψη της Επιτροπής του Διαγωνισμού και του Δήμου Τρίπολης ότι η έκταση συμμετοχής των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων σε αυτήν περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής τους. Έτσι, το γεγονός ότι η ένωσή μας, όπως άλλωστε και οι λοιποί συμμετέχοντες, των οποίων οι προσφορές έγιναν δεκτές, δεν θέσαμε σε

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

παρένθεση την φράση “κατανομή αμοιβής”, δεν καθιστά απαράδεκτη την προσφορά μας, αφού από την συμμετοχή μας στον διαγωνισμό τεκμαίρεται ότι γνωρίζουμε και αποδεχόμαστε τους όρους των συμβατικών τευχών, μεταξύ δε αυτών και τον επίμαχο όρο 3.1 της διακήρυξης, που αποτυπώνει τις διατάξεις του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, και, συνεπώς, καθιστάμεθα κοινωνοί του ότι η δήλωση του ποσοστού συμμετοχής μας σε ένωση οικονομικών φορέων, που καλούμαστε να αναγράψουμε στο Τ.Ε.Υ.Δ., αφορά και περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής μας. 1.5. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι στα Τ.Ε.Υ.Δ. των μελών της ένωσής μας δεν προσδιορίζεται το είδος συμμετοχής μας στην εκτέλεση του έργου και ειδικότερα ποιες από τις εργασίες του έργου θα εκτελέσει κάθε μέλος “λαμβανομένου υπόψη ότι στο αντικείμενο του έργου περιλαμβάνονται διάφορες εργασίες...αφού σχετικώς το μόνο που έχει δηλωθεί είναι ότι ο ... θα εκτελέσει το 50% των εργασιών του έργου και ο ... το 50% των εργασιών του έργου”, είναι απορριπτέος προεχόντως ως αλυσιτελής και απαράδεκτος, διότι ούτε στα Τ.Ε.Υ.Δ. των μελών της προσφεύγουσας γίνεται ειδικός προσδιορισμός, αλλά αντιθέτως αναγράφεται η συμμετοχή τους σε ποσοστό 50% “για το συνολικό έργο”, σε κάθε δε περίπτωση ως νόμω αβάσιμος, διότι με τον τρόπο αυτόν προσδιορίζεται η εξ ημισείας συμμετοχή μας στην εκτέλεση του συνόλου των εργασιών του έργου, που είναι εργασίες οδοποιίας και καλύπτονται πλήρως από τα πτυχία μας (ΜΕΕΠ). 1.6. Σε κάθε περίπτωση, οι αποδιδόμενες από την προσφεύγουσα πλημμέλειες στα Τ.Ε.Υ.Δ. των μελών της ένωσής μας δεν συνεπάγονται αυτομάτως τον αποκλεισμό της προσφοράς μας ως απαράδεκτης, αφού θα έπρεπε να κληθούμε να διευκρινίσουμε αν το αναγραφόμενο ποσοστό συμμετοχής των μελών μας στην ένωση-κοινοπραξία μας αφορά και καταλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους. Κάτι τέτοιο, όμως, δεν έγινε, διότι, όπως προεκτέθηκε, αυτό ορίζεται ρητώς από τις διατάξεις των άρθρων 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και 3.1. της διακήρυξης, που δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους υποψηφίους, και, ως εκ τούτου, η σχετική αναγραφόμενη διευκρίνιση στο Τ.Ε.Υ.Δ. της προσφεύγουσας τίθεται ως εκ περισσού. Συνεπώς, οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. 1.7. Κατ’ ακολουθία των ανωτέρω, και λαμβανομένου υπ’ όψιν ότι με το υπ’ αριθμ. πρωτ.

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

28409/10.9.2018 “υπόμνημα-αίτηση” της προσφεύγουσας δεν αποδίδονται συγκεκριμένες πλημμέλειες στην διεξαγωγή της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά όμως αορίστως γίνεται αναφορά σε “τυχόν παραβάσεις της νομιμότητας”, η υπ’ αριθμ. 593/11.9.2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Τρίπολης φέρει επαρκή και νόμιμη αιτιολογία, η οποία, άλλωστε, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, μπορεί να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν είναι απαραίτητο να περιέχεται στο σώμα αυτής, και, συνεπώς, οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως νόμω και ουσία αβάσιμοι [...]».

19. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]».

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 19 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Οι οικονομικοί φορείς οι οποίοι, δυνάμει της νομοθεσίας του κράτους - μέλους στο οποίο είναι εγκατεστημένοι, έχουν δικαίωμα να παρέχουν τη συγκεκριμένη υπηρεσία δεν απορρίπτονται με μοναδική αιτιολογία το γεγονός ότι, δυνάμει της νομοθεσίας του κράτους - μέλους στο οποίο πραγματοποιείται η ανάθεση της σύμβασης, θα έπρεπε να είναι είτε φυσικά είτε νομικά πρόσωπα.

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

Ωστόσο, στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών και έργων, καθώς και των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών που καλύπτουν, επιπλέον, εργασίες ή υπηρεσίες τοποθέτησης και εγκατάστασης, είναι δυνατόν να απαιτείται από τα νομικά πρόσωπα να αναφέρουν, στην προσφορά ή στην αίτηση συμμετοχής τους, τα ονόματα και τα επαγγελματικά προσόντα των μελών του προσωπικού που επιφορτίζονται με την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης.

2. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής.

Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας.

Ειδικά, στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, η πλήρωση των απαιτήσεων της παρ. 2 του άρθρου 75, καθώς και του άρθρου 77 πρέπει να ικανοποιείται από όλα τα μέλη της ένωσης. Η πλήρωση των απαιτήσεων των παραγράφων 3 και 4 του άρθρου 75, αρκεί να ικανοποιείται από ένα εκ των μελών της ένωσης.

Επιπλέον, πάγιοι όροι, όσον αφορά τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων ικανοποιούν τις απαιτήσεις του άρθρου 75 τίθενται στα άρθρα 76 και 77, όσον αφορά σε δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, καθώς και σε πρότυπα εγγράφων σύμβασης.

Όροι που αφορούν την εκτέλεση της σύμβασης από 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.

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

3. Ανεξαρτήτως της παρ. 2, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτήσουν από τις ενώσεις οικονομικών φορέων να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή εφόσον τους ανατεθεί η σύμβαση, στο μέτρο που η περιβολή αυτής της νομικής μορφής είναι αναγκαία για την ικανοποιητική εκτέλεση της σύμβασης. Ειδικά, στην περίπτωση δημοσίων συμβάσεων έργου, η νομική μορφή της αναδόχου - ένωσης, πρέπει να είναι τέτοια ώστε να εξασφαλίζεται η ύπαρξη ενός και μοναδικού αριθμού φορολογικού μητρώου για την ένωση (π.χ. κοινοπραξία συσταθείσα δια συμβολαιογραφικού εγγράφου).

4. Στις περιπτώσεις υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, όλα τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον. Σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης στην ένωση, η ευθύνη αυτή εξακολουθεί μέχρι πλήρους εκτέλεσης της σύμβασης».

21. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 53 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.

2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως:[...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),[...].».

22. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 76 παρ. 3 περ. β του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «3. Πέραν των οριζομένων στις παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 75, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, ισχύουν συμπληρωματικά τα ακόλουθα: [...]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 κατανομή της κατασκευής του έργου ή στα κέρδη και τις ζημίες της ένωσης, με ποσοστό τουλάχιστον τριάντα τοις εκατό (30%) ο

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

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 ζημιές, 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.[...].».

23. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν,

β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77

γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το ΕΕΕΣ

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά.

Όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να λάβει τα σχετικά δικαιολογητικά απευθείας με πρόσβαση σε βάση δεδομένων, σύμφωνα με την παρ. 6, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις πληροφορίες που απαιτούνται για τον συγκεκριμένο σκοπό, όπως την ηλεκτρονική διεύθυνση της βάσης δεδομένων, τυχόν δεδομένα αναγνώρισης και, κατά περίπτωση, την απαραίτητη δήλωση συναίνεσης.

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν να χρησιμοποιήσουν εκ νέου ΕΕΕΣ το οποίο έχει ήδη χρησιμοποιηθεί σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον επιβεβαιώνουν ότι οι πληροφορίες του εγγράφου εξακολουθούν να είναι αληθείς.

2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν,

β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77,

γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 και

δ) εφόσον η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεσης σύμβασης υπερβαίνει το ένα εκατομμύριο (1.000.000) ευρώ εκτός ΦΠΑ, ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (Α' 30).

Τα δεύτερο έως πέμπτο εδάφια της παραγράφου 1 εφαρμόζονται αναλόγως και στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων. [...]

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

4. Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53, μπορεί να εκδίδει αντίστοιχο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης, όπου απαιτείται, κατά τις διατάξεις του παρόντος. Μέχρι την έκδοση του τυποποιημένου εντύπου του προηγούμενου εδαφίου, γίνεται δεκτή υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986.

5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας.

Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, εξαιρουμένων των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α' της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82 [...].».

24. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 91 του Ν.4412/2016 προβλέπεται 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 [...].».

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

25. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 96 παρ. 7 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «7. Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υπογράφεται υποχρεωτικά είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση είτε από εκπρόσωπό τους νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά απαραίτητως πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους) κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής».

26. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 ορίζεται 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

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

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 σσοςνος 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».

27. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

28. Επειδή οι σχετικοί όροι της επίμαχης Διακήρυξης ορίζουν τα εξής: «[...] Άρθρο 3: Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς

3.1. Οι προσφορές υποβάλλονται από τους ενδιαφερομένους ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας διακήρυξης, σε ηλεκτρονικό φάκελο του υποσυστήματος

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

[...]. Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής [...]. Άρθρο 9: Συμπλήρωση – αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, να καλέσει τους οικονομικούς φορείς, μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, συμπεριλαμβανομένης και της οικονομικής τους προσφοράς, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 13 της υπ’ αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη[...].».

29. Επειδή, 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 (ΟΛΣΤΕ 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).

30. 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

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

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).

31. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

32. . Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, 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 και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C- 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*,

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, 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).

33. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) 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.

34. Επειδή περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγματεύση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, 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). Συγκεκριμένα, αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 37). Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει κρίνει επίσης ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει τη διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή της ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, υπό τον όρο ωστόσο ότι θα τηρηθούν ορισμένες προϋποθέσεις [βλ., συναφώς, στο πλαίσιο διαδικασιών προκήρυξης κλειστού διαγωνισμού εμπιππουσών στην οδηγία 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114), αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, ΕΥ:C:2012:191, σκέψεις 35 έως 45, όσον αφορά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, ΕΥ:C:2013:647, σκέψεις 30 έως 39, όσον αφορά το στάδιο προεπιλογής των προσφερόντων]. Επιπλέον, η αίτηση διευκρίνισης δεν δύναται να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, ΕΥ:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, ΕΥ:C:2013:647, σκέψη 36). Τέλος, και γενικά, κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, ΕΥ:C:2012:191, σκέψη 41, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, ΕΥ:C:2013:647, σκέψη 37). Ωστόσο, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η γνωστοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, ΕΥ:C:2013:647, σκέψη 40).

35. .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 (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, Νομική

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣΤΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣΤΕ 4720/2012).

36. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου...*», «*οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

37. Επειδή σύμφωνα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής η Προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι σε κανένα σημείο της προσφοράς του Παρεμβαίνοντος δεν έχει γίνει ο προσδιορισμός ούτε του ποσοστού αμοιβής μεταξύ των μελών αυτής ούτε του είδους της συμμετοχής του κάθε μέλους στην εκτέλεση των εργασιών. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι θεωρεί ότι το 50% των εργασιών αντιστοιχεί στο 50% της κατανομής αμοιβής και αντιστρόφως και για το λόγο αυτό έκανε δεκτές τις προσφορές και της Προσφεύγουσας και του Παρεμβαίνοντος.

38. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, στο ΤΕΥΔ εκάστου των μελών της ένωσης του Παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα αναφέρεται μόνο το ποσοστό της κατανομής των εργασιών σε ποσοστό 50% καθώς και ο συντονιστής της κοινοπραξίας και όχι η κατανομή της αμοιβής τους, γεγονός που δεν αμφισβητεί ούτε ο ίδιος ο Παρεμβαίνων.

39. Επειδή, ωστόσο, ως ρητώς και σαφώς αναφέρει η επίμαχη Διακήρυξη στο άρθρο 3.1, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, πρέπει να προσδιορίζεται και η κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης, και κατά την Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ, ο εν λόγω προσδιορισμός πρέπει να γίνεται στο ΤΕΥΔ για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, όπως εν προκειμένω, ως βασίμως ισχυρίζεται η Προσφεύγουσα.

40. Επειδή ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι η κατανομή των εργασιών σε ποσοστό 50% μεταξύ των μελών της ένωσης συνεπάγεται και

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

την αντίστοιχου ποσοστού κατανομή αμοιβής και αντιστρόφως δυνάμει των άρθρων 19, 76 παρ. 3β και 96 παρ. 7 του Ν.4412/2016, της Κατευθυντήριας Οδηγίας 18 της ΕΑΑΔΗΣΥ και λαμβάνοντας υπόψη ότι η καλούμενη κατηγορία στη Δημοπρασία είναι μία και για τους λόγους αυτούς έκρινε ότι η προσφορά του Παρεμβαίνοντος πληροί τις διατάξεις του άρθρου 96 παρ. 7 όπως αυτές εμπεριέχονται στο άρθρο 3.1 της Διακήρυξης πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος δόθεντος του ότι απαιτείται ρητώς και σαφώς από την επίμαχη Διακήρυξη η υποχρέωση δήλωσης και του ποσοστού κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης ανεξαρτήτως του ύψους αυτού ή της σύνδεσής του ή μη με το ποσοστό κατανομής των εργασιών μεταξύ των μελών της ένωσης. Σε κάθε δε περίπτωση, ο ισχυρισμός αυτός παρίσταται και αβάσιμος διότι σε καμία από τις ως άνω διατάξεις που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή δεν προκύπτει ότι το ποσοστό της κατανομής των εργασιών αντιστοιχεί υποχρεωτικά σε εκείνο της κατανομής της αμοιβής δεδομένου ότι η τελευταία μπορεί να εξαρτάται από το είδος ή τη δυσκολία των εργασιών ή ακόμα και από τη συμφωνία μεταξύ των μελών της ένωσης και, σε κάθε περίπτωση, από παράγοντες που δεν συνδέονται με το ποσοστό κατανομής των εργασιών μεταξύ των μελών της ένωσης. Εξάλλου, η αλληλέγγυα και εις ολόκληρον ευθύνη των μελών της ένωσης έναντι της αναθέτουσας αρχής ουδόλως συνδέεται με την κατανομή αμοιβής τους, η οποία αφορά όμως διαφορετικό ζήτημα σχετικά με τις αξιώσεις των μετεχόντων στην ένωση ως προς την αναθέτουσα, αν τυχόν αναδειχθεί η ένωση ανάδοχος, ενώ σε κάθε περίπτωση η ως άνω κατανομή της αμοιβής θα αποτελέσει και αντικείμενο της εν συνεχεία συμβάσεως. Το δε γεγονός ότι η Προσφεύγουσα στο υποβληθέν από έκαστο μέλος αυτής ΤΕΥΔ δηλώνει ρητώς το ίδιο ποσοστό ως κατανομή αμοιβής με αυτό της κατανομής των εργασιών μεταξύ των μελών της, ουδόλως επιδρά στο γεγονός της μη δήλωσης του ποσοστού αμοιβής από τον Παρεμβαίνοντα ούτε οδηγεί στο συμπέρασμα ότι και για τον Παρεμβαίνοντα ισχύει η αυτή κατανομή αμοιβής.

41. Επειδή ο ισχυρισμός του Παρεμβαίνοντος ότι ο προσδιορισμός της έκτασης της συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής του και δεν απαιτείται ξεχωριστή μνεία αυτής κατά τεολογική ερμηνεία των οικείων διατάξεων, πρέπει να απορριφθεί ως

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

αβάσιμος διότι ούτε ο νομοθέτης ούτε η διακήρυξη, πολλώ δε μάλλον ούτε η αναθέτουσα κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών δύνανται να προκαθορίσουν ότι το ποσοστό συμμετοχής των μελών της ένωσης ταυτίζεται υποχρεωτικά με αυτό της κατανομής της αμοιβής δοθέντος ότι η κατανομή αυτή εξαρτάται από τη βούληση των μελών της ένωσης και του νομικού δεσμού που τους συνδέει ή της μεταξύ τους συμφωνίας. Αντίθετα, η ρητή αναφορά στον προσδιορισμό και της κατανομής της αμοιβής των μελών της ένωσης, εκτός της έκτασης και του είδους συμμετοχής τους στην ένωση, καταδεικνύει ακριβώς την ανάγκη να καταστεί απαραίτητως γνωστό στην αναθέτουσα αρχή με την υποβολή της προσφοράς και το στοιχείο αυτό. Επισημαίνεται δε ότι στην παρ. 7 του άρθρου 96 του Ν.4412/2016 η αναφορά στην κατανομή αμοιβής τίθεται εντός παρενθέσεως επεξηγηματικά, δηλαδή, προκειμένου να μην παραλειφθεί από τους οικονομικούς φορείς ως αναγκαίο στοιχείο, ενώ στο άρθρο 3.1 της επίμαχης Διακήρυξης, αναφέρεται χωρίς παρένθεση. Ωστόσο, ο ισχυρισμός της Προσφεύγουσας ότι η οικονομική προσφορά του Παρεμβαίνοντος είναι αόριστη λόγω μη αναφοράς στον τρόπο κατανομής αμοιβής αλλά και του είδους της συμμετοχής κάθε μέλους στην εκτέλεση των εργασιών πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως προβαλλόμενος. Και τούτο διότι το συμφέρον είναι έννομο όταν: α) δεν αντίκειται στο δίκαιο β) αναγνωρίζεται από το δίκαιο και γ) αποσκοπεί στη διατήρηση των ισχυουσών ρυθμίσεων, οι οποίες διασφαλίζουν μια ευνοϊκή για τον αιτούντα κατάσταση και οι ως άνω προϋποθέσεις πρέπει να συντρέχουν αθροιστικώς (Δ. Θ. ΠΥΡΓΑΚΗΣ, *ΤΟ ΕΝΝΟΜΟ ΣΥΜΦΕΡΟΝ ΣΤΗ ΔΙΚΗ ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 81 και 84). Επομένως, η προβολή από την Προσφεύγουσα της οποίας η προσφορά έχει γίνει αποδεκτή, ισχυρισμού κατά άλλου συνδιαγωνιζόμενου με σκοπό τον αποκλεισμό του από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, ο οποίος συντρέχει και για την ίδια, αντίκειται στην αρχή του ίσου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, αλλά και στην καλή πίστη και πρέπει να απορριφθεί ως अपαράδεκτος. Εξάλλου και σε κάθε περίπτωση, ο παρεμβαίνων όχι μόνο δεν δήλωσε στο ΤΕΥΔ του την

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

κατανομή της αμοιβής, αλλά δεν δήλωσε αυτήν σε οιοδήποτε εν γένει έγγραφο της προσφοράς του, οπότε εν όλω και εν γένει παρέλειψε να συμμορφωθεί με οιοδήποτε τυχόν υποβαλλόμενο εξ αυτού έγγραφο σε απαράβατο όρο της διακήρυξης (άρ. 3.1 αυτής), που έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού και τον οποίο με ουδένα εν γένει τρόπο τήρησε. Επιπλέον, απαραδέκτως ο παρεμβαίνων επικαλείται την Απόφαση ΑΕΠΠ 224/2017, αφού ουδεμία σχέση έχει με την προκείμενη υπόθεση και αφορά διαφορετικά νομικά και πραγματικά περιστατικά σε σχέση με τα εν προκείμενω κρινόμενα ζητήματα.

42. Επειδή ο ισχυρισμός του Παρεμβαίνοντος ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να του υποβάλει ερώτηση προς διευκρίνιση για το αν το αναγραφόμενο στο υποβληθέν από έκαστο μέλος της ΤΕΥΔ ποσοστό συμμετοχής των μελών της ένωσης αφορά και καταλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής τους διότι κάτι τέτοιο δεν συνεπάγεται τροποποίηση της προσφοράς τους και δεν παραβιάζει τις αρχές της τυπικότητας και της διαφάνειας, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Και τούτο διότι, ως βασίμως ισχυρίζεται η Προσφεύγουσα, η οικεία πλημμέλεια στη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ ουσιώδους στοιχείου, ήτοι στοιχείου που ρητώς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη, δεν είναι επιδεκτική διόρθωσης ή συμπλήρωσης σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις παρ. 2 και 5 του άρθρου 102 του Ν.4412/2016 (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 89, 96, 120/2017). Εξάλλου, ούτε ασάφεια προκύπτει, αφού υφίσταται εν όλω έλλειψη δήλωσης της κατανομής αμοιβής και όχι απλώς τυχόν δήλωση χαρακτηριζόμενη από επιμέρους ασάφειες, ενώ και η τυχόν δια διευκρινίσεων συμπλήρωση της ως άνω έλλειψης θα αποτελούσε απαγορευμένη κατ' άρ. 102 παρ. 3 και 4 Ν. 4412/2016, το πρώτον προσκόμιση κατά την αξιολόγηση δήλωσης που εξ αρχής έπρεπε να υποβληθεί με την προσφορά κατά ρητή απαίτηση της διακήρυξης και όχι συμπλήρωση ή διευκρίνιση έστω και με νέο έγγραφο τυχόν ήδη υποβληθείσας δηλώσεως, περαιτέρω δε θα συνιστούσε ευνοϊκή μεταχείριση υπέρ του παραβιάσαντος τον ως άνω επί ποινή αποκλεισμού όρο οικονομικού φορέα. Επομένως, η Αναθέτουσα Αρχή όχι μόνο δεν όφειλε να καλέσει τον Παρεμβαίνοντα να συμπληρώσει το υποβληθέν ΤΕΥΔ, αλλά η εκ

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

των υστέρων συμπλήρωση του ΤΕΥΔ θα ερχόταν σε αντίθεση και με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

43. Επειδή ο ισχυρισμός του Παρεμβαίνοντος ότι η Προσφεύγουσα έθεσε σε παρένθεση τη φράση «κατανομή αμοιβής» στο υποβληθέν από αυτή ΤΕΥΔ δηλώνοντας ότι το ποσοστό συμμετοχής των μελών της περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής στο αυτό ποσοστό επιβεβαιώνει την άποψη ότι η έκταση συμμετοχής των μελών περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής τους πρέπει να απορριφθεί και ως ερειδόμενος επί της εσφαλμένης προϋποθέσεως ότι η πλημμέλεια της προσφοράς της οφείλεται στο ύψος του ποσοστού της κατανομής της αμοιβής και όχι στη ρητή και ξεχωριστή αναφορά αυτού μαζί με το ποσοστό της έκτασης συμμετοχής των μελών, η οποία πάντως κατανομή αμοιβής σε κάθε περίπτωση στο ΤΕΥΔ της προσφεύγουσας αναγράφεται και προκύπτει με σαφήνεια. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

44. Επειδή σύμφωνα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η Προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη καθίσταται ακυρωτέα λόγω έλλειψης αιτιολογίας διότι δεν απάντησε σαφώς, ειδικώς και πλήρως στις αιτιάσεις της που είχαν διατυπωθεί με το από 10-09-2018 υποβληθέν από αυτή υπόμνημα. Περαιτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι παρόλο που δεν προβλέπεται από το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο η κατάθεση υπομνήματος, εξέτασε στην ουσία του το οικείο υπόμνημα και κατόπιν αυτού προέβη στην έκδοση της προσβαλλόμενης. Εξάλλου, ο Παρεμβαίνων αναφέρει σχετικά ότι οι αιτιάσεις της Προσφεύγουσας στο ως άνω υπόμνημα είναι αόριστες και η προσβαλλόμενη φέρει επαρκή αιτιολογία, η οποία μπορεί να προκύπτει και από τα στοιχεία του φακέλου.

45. Επειδή δεν προβλέπεται στο ισχύον θεσμικό πλαίσιο η υποβολή υπομνημάτων ενώπιον των αναθετουσών αρχών από οικονομικούς φορείς κατά το στάδιο αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων παρά μόνο το δικαίωμα ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής κατά εκτελεστών πράξεων αυτών, όπως βάσιμα υποστηρίζουν η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της και ο Παρεμβαίνων στην παρέμβασή του. Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί αναιτιολόγητης απόρριψης του υπομνήματός της από την Αναθέτουσα Αρχή προβάλλεται αβασίμως. Σε κάθε περίπτωση, η

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

Αναθέτουσα Αρχή έχει τη δυνατότητα δυνάμει της παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν.4412/2016 να παραθέσει στις απόψεις της αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία. Επομένως, ακόμα και αν ήθελε υποθεθεί ότι όφειλε να απαντήσει αιτιολογημένα στους ισχυρισμούς του υπομνήματος της Προσφεύγουσας, το έπραξε επαρκώς με τις απόψεις της, μολονότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της παρίστανται απορριπτέοι.

46. Επειδή σύμφωνα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η Προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, η Αναθέτουσα Αρχή δεσμεύεται και η ίδια από τους όρους που έχει θεσπίσει με τη Διακήρυξη και ότι όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να απορρίψει την προσφορά του Παρεμβαίνοντος η οποία παραβίασε ρητό όρο της Διακήρυξης που έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Περαιτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι η προσφορά του Παρεμβαίνοντος πληροί τους όρους της Διακήρυξης και για το λόγο αυτό έγινε αποδεκτή.

47. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, και σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ από κάθε μέλος της ένωσης του Παρεμβαίνοντος δεν αναφέρεται η κατανομή αμοιβής μεταξύ τους παρά μόνο η έκταση της συμμετοχής τους και ο εκπρόσωπος της ένωσης.

48. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να απορρίψει την προσφορά του Παρεμβαίνοντος ως απαράδεκτη σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας η οποία διασφαλίζει και την αρχή της διαφάνειας κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, και να κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης, απορρίπτοντας την προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης, όπως βασίμως υποστηρίζει η Προσφεύγουσα. Επομένως, ο τρίτος λόγος της Προσφυγής, για την ταυτότητα του νομικού και πραγματικού λόγου με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής, ο οποίος εξάλλου επί της ουσίας έχει ταυτόσημο περιεχόμενο, πρέπει να γίνει δεκτός.

49. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή. Να απορριφθεί η παρέμβαση. Να ακυρωθεί η

Αριθμός Απόφασης: 1044/2018

προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή του προσφορά του παρεμβαίνοντος.

50. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ποσού 7.661,29 €, που κατέθεσε η Προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ.5 Ν.4412/2016).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 593/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος.

Ορίζει την επιστροφή στην Προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού επτά χιλιάδων εξακοσίων εξήντα ένα ευρώ και είκοσι εννέα λεπτών (7.661,29 €).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 12-11-2018 και εκδόθηκε στις 3-12-2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΚΚΑΛΗΣ