

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αφοκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Μέλη (δυνάμει της υπ' αριθμ. 15/2021 Πράξης Αναπλήρωσης του Προέδρου ΑΕΠΠ).

Για να εξετάσει την από 21.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1963/22.12.2020 της προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων αποτελούμενη από α) τον οικονομικό φορέα «...» που κατοικεί ... και β) τον οικονομικό φορέα «...» που κατοικεί ... (εφεξής ο «προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 241/11.12.2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του από 30.11.2020 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που κατοικεί

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία απορρίπτεται η προσφορά του και κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και να συμμετάσχει στα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό να ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος .

Με την παρέμβαση ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής καθώς και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης .

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 806 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 21.12.2020 πληρωμή στην ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 161.026,16 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με τη με αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο «Αποκομιδή απορριμάτων και καθαρισμός κοινόχρηστων χώρων Δήμου ...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 199.672,44 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 10.11.2020 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 21.12.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 11.12.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν . 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στον υπό κρίση διαγωνισμό, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣτΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη

εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Επομένως, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

Ωστόσο, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος οι ισχυρισμοί του περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος η οποία κρίθηκε αποδεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατ' αρχήν, προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος, διότι, κατά τα μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣΤΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230).

Επίσης, έχει προσφάτως κριθεί -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης

διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 *Fastweb SpA* και C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*], όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 -ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76)-, αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, *Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik*), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ'. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα). Ωστόσο, εν προκειμένω, ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν επικαλείται την προσδοκία του να ματαιωθεί η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, έστω και επικουρικώς στην περίπτωση που κριθεί ότι η προσφορά του ορθώς απορρίφθηκε, ούτε την πρόθεσή του να συμμετάσχει κατά την ενδεχόμενη επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο και όρους στο μέλλον.

7. Επειδή την 22.12.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2310/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 30.12.2020 μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

10. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 22.01.2021 στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 306/2021 παρέμβασή του, η οποία όμως ασκήθηκε πέραν της προβλεπόμενης από τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 3 και 365 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 αποκλειστικής δεκαήμερης νόμιμης προθεσμίας που εκκινεί από την κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, η οποία έλαβε χώρα την 22.12.2020. Συνεπώς, η παρέμβαση ασκήθηκε εκπροθέσμως και τυχάνει απορριπτέα ως απαράδεκτως ασκηθείσα.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το από 30.11.2020 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και την απόρριψη των προσφορών των έτερων δυο συμμετεχόντων. Ειδικότερα, ο προσφεύγων κρίθηκε απορριπτέος με την αιτιολογία ότι «... υπέβαλε στην τεχνική του προσφορά ως μέλος ... (με αναφορά για την ένωση) με ιδιαίτερο έγγραφο, μέρος των ειδικών δικαιολογητικών του Ν 3863/2010 και δεν υπάρχει αναφορά i) Στο ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων ii) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά..

Το μέλος ... δεν αναφέρει στην τεχνική προσφορά σε χωριστό κεφάλαιο, τα ειδικά δικαιολογητικά του Ν. 3863/2010 τα οποία ήταν υποχρεωτικά επί ποινή αποκλεισμού σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.4.3.3 (σελ. 25) της διακήρυξης και σύμφωνα με το σχετικό υπόδειγμα της τεχνικής προσφοράς. Επίσης δεν προέκυψε συνυπογραφή στην υποβολή των ειδικών δικαιολογητικών του άρθρου 68 του Ν3863/2010 όπως αυτό υποβλήθηκε από το έτερο μέλος

Πέρα των παραπάνω διαπιστώθηκε η υποβολή στο σύστημα διακριτών ΤΕΥΔ των δύο μελών της ένωσης (ΕΝΩΣΗ ΕΤΑΙΡΙΩΝ ... - ...) σύμφωνα με την παρ. II-B (Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα), όπου το κάθε μέλος δήλωσε ότι εκπροσωπεί την εταιρεία του. Από τον συνδυασμό των αναφερόμενων στο Μέρος II-A και των αναφερόμενων στο Μέρος II-B, των ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης προκύπτει ότι οι εκπρόσωποι οι οποίοι αναφέρονται, είναι εκπρόσωποι της ένωσης για τους σκοπούς της παρούσας διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης. Στην παρούσα περίπτωση η ένωση οικονομικών φορέων αφορά ένωση προσώπων της παρ. 2 του άρθρου 293 του Ν. 4072/2012 με μοναδικό σκοπό τον συντονισμό των μελών της για υποβολή κοινής προσφοράς και όλα τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον». Κατόπιν δε αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, η Επιτροπή διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

13. Επειδή ο προσφεύγων επικαλούμενος τον όρο 2.4.1 της διακήρυξης ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...] Εν προκειμένω στο από 26.11.2020 Ιδιωτικό Συμφωνητικό Ένωσης Εταιριών, νομίμως υπογεγραμμένο και από τα δύο μέλη, ... και ..., που υποβάλαμε για τη νόμιμη συμμετοχή μας στον εν λόγω διαγωνισμό ορίζεται ρητά στο άρθρο 7° «Εκπρόσωπος της Ένωσης- Αναπληρωτής» ότι: «7.1. Κοινός εκπρόσωπος της Ένωσης για την συμμετοχή στο διαγωνισμό ορίζεται ο κ. ..., Αναπληρωτής αυτού σε περίπτωση απουσίας ή αδυναμίας ή κωλύματος του ο κ. 7.2. Ο εκπρόσωπος της Ένωσης ή οι αναπληρωτές αυτού έχει την εξουσία όπως υποβάλει την προσφορά και να παραστεί και να εκπροσωπήσει την Ένωση κατά τη συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό, ενώπιον οποιασδήποτε επιτροπής ή οργάνου, σε όλες τις φάσεις του σχετικού διαγωνισμού.» Σύμφωνα με τα ανωτέρω ορθώς υπογράφηκαν τα στοιχεία του άρθρου 68 Ν. 3863/2010, τα οποία υποβλήθηκαν για την ένωση, από τον νομίμως ως άνω εξουσιοδοτημένο για υποβολή της προσφοράς κοινό εκπρόσωπο της ένωσης

..., με αποτέλεσμα να καθίσταται μη νόμιμος ο αποκλεισμός μας και να πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση ως προς το μέρος αυτό.

Β. ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΗ Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΟΥ ΑΝΑΔΕΙΧΘΕΝΤΟΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ... - ΑΠΟΚΑΛΥΨΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ ΠΡΙΝ ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΠΟΣΦΡΑΓΙΣΗ ΤΩΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ [...]

Γ. ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΟΥ ΑΝΑΔΕΙΧΘΕΝΤΟΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ... - ΔΕΝ ΥΠΕΒΑΛΕ ΤΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 68 ν. 3863/2010 ΣΕ ΞΕΧΩΡΙΣΤΟ ΦΑΚΕΛΟ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΟΥ [...]

Δ. Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΟΥ ... ΕΙΝΑΙ ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ ΔΙΟΤΙ ΠΑΡΑΒΙΑΖΕΙ ΤΗΝ ΕΡΓΑΤΙΚΗ ΚΑΙ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ[...]».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται τα εξής : « [...] Εν προκειμένω, η οικονομική προσφορά της εν λόγω Ένωσης υπογράφηκε και από τους δυο συμμετέχοντες στην ένωσης ενώ διαπιστώθηκε η υποβολή στο σύστημα διακριτών ΤΕΥΔ των δύο μελών της ένωσης (ΕΝΩΣΗ ΕΤΑΙΡΙΩΝ ... - ...) σύμφωνα με την παρ. II-B (Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα), όπου το κάθε μέλος δήλωσε ότι εκπροσωπεί την εταιρεία του.

Επιπλέον υποβλήθηκε ιδιωτικό συμφωνητικό των μελών της ένωσης ΕΝΩΣΗ ΕΤΑΙΡΙΩΝ ... - ... όπου αναφέρεται (Άρθρο 7 - Εκπρόσωπος της Ένωσης - Αναπληρωτής) ότι ο «εκπρόσωπος της ένωσης ή οι αναπληρωτές αυτού έχει την εξουσία όπως υποβάλει την προσφορά, και να παραστεί και να εκπροσωπήσει την ένωση κατά την συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό», χωρίς να υπάρχει ρητή αναφορά για την εξουσιοδότηση υπογραφής των δικαιολογητικών συμμετοχής στο διαγωνισμό. Σε κανένα δε διακριτό ΤΕΥΔ των μελών της «ΕΝΩΣΗΣ ΕΤΑΙΡΙΩΝ ... - ...» δεν γίνεται αναφορά - δήλωση περί κοινού εκπροσώπου. Κατά τον έλεγχο λοιπόν των δικαιολογητικών, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι: α) η αναφορά στα ειδικά δικαιολογητικά του άρθρου 68 του Ν.3 863/2010 ως ιδιαίτερο έγγραφο της τεχνικής προσφοράς εκ μέρους

του μέλους της ένωσης ... είναι ελλιπής ως προς τα απαραίτητα στοιχεία συμπλήρωσης. Ειδικότερα, δεν υπάρχει αναφορά ι) Στο ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ιι) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά, β) Το μέλος ... δεν αναφέρει στην τεχνική προσφορά σε χωριστό κεφάλαιο, τα ειδικά δικαιολογητικά του Ν. 3863/2010 τα οποία ήταν υποχρεωτικά επί ποινή αποκλεισμού σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.4.3.3 (σελ. 25) της διακήρυξης και σύμφωνα με το σχετικό υπόδειγμα της τεχνικής προσφοράς. Επίσης δεν προέκυψε συνυπογραφή στην υποβολή των ειδικών δικαιολογητικών του άρθρου 68 του Ν3863/2010 όπως αυτό υποβλήθηκε από το έτερο μέλος Συνεπώς, στην περίπτωση της ένωσης «ΕΝΩΣΗ ΕΤΑΙΡΙΩΝ ... - ...» που υπέβαλλε κοινή προσφορά, διαπιστώθηκε η - υποχρεωτικά - ηλεκτρονική υπογραφή από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση σε όλα τα έγγραφα της τεχνικής - οικονομικής προσφοράς (σύμφωνα με την 2.4.1 παρ. της διακήρυξης) πλην, του ειδικού τεύχους των ειδικών δικαιολογητικών του άρθρου 68 του Ν3863/2010 που υπογράφηκε μόνο από το μέλος ... (Για την ένωση) και δεν διαπιστώθηκε υποβολή αντίστοιχου τεύχους από το μέλος ..., που αποτέλεσε εν τελεί ένα από τους λόγους αποκλεισμού [...].».

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

16. Επειδή το άρθρο 19 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «[...]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. [...] 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. [...] 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».

17. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει 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 σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : ... ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης ,[...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από

τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)[...].»

18. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει 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[...].»

19. Επειδή, το άρθρο 92 του νόμου 4412/2016 ορίζει ότι: « [...]5. Ειδικά κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης και ανεξάρτητα από το είδος της διαδικασίας που επιλέγεται από την αναθέτουσα αρχή: α) η αναθέτουσα αρχή, ζητά από τους οικονομικούς φορείς να αναφέρουν υποχρεωτικά στα έγγραφα της σύμβασης, στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τις πληροφορίες/στοιχεία των σημείων α΄ έως στ΄ της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 και β) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, στην προσφορά τους να περιλαμβάνουν τις πληροφορίες/στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010.[...].»

20. Επειδή, το άρθρο 94 του νόμου 4412/2016 ορίζει ότι: « [...] 4.. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης».

21. Επειδή το άρθρο 96 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] 7. Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υπογράφεται

υποχρεωτικά είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση είτε από εκπρόσωπό τους νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά απαιτητήτως 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».

22. Επειδή το άρθρο 140 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] 2. Τα μέλη της αναδόχου κοινοπραξίας ευθύνονται έναντι του κυρίου του έργου εις ολόκληρο για κάθε υποχρέωση που απορρέει από τη σύμβαση ή από το νόμο. 3. Όλα τα μέλη της κοινοπραξίας οφείλουν κατά την κατάρτιση και υπογραφή της σύμβασης να καταθέσουν συμβολαιογραφική πράξη διορισμού κοινού εκπροσώπου της κοινοπραξίας έναντι του κυρίου του έργου και των υπηρεσιών. Με την ίδια πράξη ορίζεται υποχρεωτικά και ο αναπληρωτής του εκπροσώπου.[...]. Ο διορισμός του εκπροσώπου και του αναπληρωτή του και οι δηλώσεις αποδοχής πρέπει να είναι χωρίς αίρεση ή όρους και να εκτείνονται σε όλα τα θέματα που αφορούν την εκτέλεση της σύμβασης, στα οποία περιλαμβάνεται και η είσπραξη του εργολαβικού ανταλλάγματος και ο διορισμός αντικλήτου.[...]».

23. Επειδή το άρθρο 293 του Ν. 4072/2012 ορίζει ότι : «1. Η κοινοπραξία είναι εταιρεία χωρίς νομική προσωπικότητα. Εφόσον καταχωρισθεί στο Γ.Ε.ΜΗ. ή εμφανίζεται προς τα έξω, αποκτά, ως ένωση προσώπων, ικανότητα δικαίου και πτωχευτική ικανότητα. 2. Στην κοινοπραξία που συστήθηκε με σκοπό το συντονισμό της δραστηριότητας των μελών της εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις για την αστική εταιρεία. Η σύμβαση κοινοπραξίας μπορεί να προβλέπει ότι για τις υποχρεώσεις της κοινοπραξίας έναντι τρίτων τα κοινοπρακτούντα μέλη θα ευθύνονται εις ολόκληρον. 3. Εφόσον η κοινοπραξία ασκεί εμπορική δραστηριότητα, καταχωρίζεται υποχρεωτικά στο Γ.Ε.ΜΗ. και εφαρμόζονται ως προς αυτήν αναλόγως οι διατάξεις για την ομόρρυθμη εταιρεία. 4. Οι ως άνω διατάξεις εφαρμόζονται και στις ειδικά ρυθμιζόμενες κοινοπραξίες, εκτός αν υπάρχει αντίθετη πρόβλεψη στην ειδική ρύθμιση».

24. Επειδή στα άρθρα 107, 741 και 748 του ΑΚ ορίζεται ότι : «107. Ένωση προσώπων για την επιδίωξη σκοπού, όταν δεν αποτελεί σωματείο, εφόσον δεν ορίζεται διαφορετικά, διέπεται από τις διατάξεις για την εταιρία. [...] 741. Με τη σύμβαση της εταιρίας δύο ή περισσότεροι έχουν αμοιβαίως υποχρέωση να επιδιώκουν με κοινές εισφορές κοινό σκοπό και ιδίως οικονομικό. [...] 748. Η διαχείριση των εταιρικών υποθέσεων ανήκει, αν δεν συμφωνήθηκε διαφορετικά, σε όλους μαζί τους εταίρους. Για κάθε πράξη χρειάζεται η Συναίνεση όλων των εταίρων. Αν κατά την εταιρική σύμβαση η απόφαση λαμβάνεται κατά πλειοψηφία, σε περίπτωση αμφιβολίας η πλειοψηφία υπολογίζεται με βάση το συνολικό αριθμό των εταίρων»

25. Επειδή το άρθρο 68 «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών» του Ν. 3863/2010, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (ΦΕΚ 88/ Α), ορίζει ότι: «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούνται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής:

- α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο.
- β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας.
- γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι.
- δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων.
- ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά
- στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων

Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι [...]».

26. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « [...]

1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης
Αντικείμενο της σύμβασης είναι Η αποκομιδή απορριμμάτων και ο καθαρισμός των κοινόχρηστων χώρων στο Δήμο ... για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους.[...]

2.2.1 Δικαίωμα συμμετοχής

[...] Οι ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και των προσωρινών συμπράξεων, δεν απαιτείται να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς. Στις περιπτώσεις υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, όλα τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον [...]

2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής

2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών

[...]Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης.

2.4 Κατάρτιση - Περιεχόμενο Προσφορών

2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών

Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στα σχετικά Παραρτήματα της Διακήρυξης, για όλες τις περιγραφόμενες υπηρεσίες. [...]

Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή 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.[...]

2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα:

(α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα.[...]

2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά»

2.4.3.1 [....] Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν το Τ.Ε.Υ.Δ. για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση.

2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στα Παραρτήματα Ι, ΙΙ και V της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στα ως άνω Παραρτήματα.. [...]

2.4.3.3 Οι συμμετέχουσες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης (εργολάβοι), επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής (Ν. 3863/2010):

- α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο.
- β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας.

γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι.

δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων.

ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά.

στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων.

Τα ανωτέρω στοιχεία, επί ποινή αποκλεισμού, εξειδικεύονται σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους όπως αναφέρεται στο Παράρτημα V. [...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), [...] 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 την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης.[...] ε) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.[...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V – Υπόδειγμα Τεχνικής Προσφοράς

ΕΡΓΑΣΙΕΣ

1) Αποκομιδή απορριμμάτων σε όλες τις Δημοτικές Ενότητες του Δήμου

2) Καθαριότητα των δρόμων

Οι εργασίες θα εκτελεστούν από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης και για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών.

ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΙ

Ο αριθμός εργαζομένων στην καθαριότητα θα ανέρχεται στους οκτώ (8), δύο (2) εκ των οποίων θα είναι οδηγοί απορριμματοφόρου και έξι (6) θα είναι εργάτες (δύο ανά απορριμματοφόρο και δύο για την καθαριότητα των δρόμων με εκ περιτροπής απασχόληση).

ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ [...]

ΜΕΘΟΔΟΛΟΓΙΑ ΥΛΟΠΟΙΗΣΗΣ [...]

ΕΙΔΙΚΟ ΧΩΡΙΣΤΟ ΚΕΦΑΛΑΙΟ- ΕΙΔΙΚΑ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ Ν. 3863/2010 [...]».

27. 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 (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, 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 τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

28. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25

και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). 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).

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

30. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, είχε κριθεί κατά το προγενέστερο θεσμικό καθεστώς ότι όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Απόφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

31. 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).

32. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. 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).

33. Επειδή όπως έχει κριθεί (βλ. Γνωμ. ΝΣΚ 259/2017, 223/2017) με τις διατάξεις του ν.4072/2012, η κοινοπραξία (consortium) αποτελεί δημιούργημα των συναλλαγών και υποδηλώνει τη σύμπραξη περισσότερων (φυσικών ή νομικών) προσώπων προς επιδίωξη κοινού σκοπού, γεγονός που της προσδίδει τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της σύμβασης εταιρίας του άρθρου 741 ΑΚ. Με το ν. 4072/2012 η κοινοπραξία δεν ρυθμίζεται ως νέος εταιρικός τύπος, αλλά τίθενται ορισμένοι κανόνες που εφαρμόζονται σ' αυτήν ενόψει και της αβεβαιότητας που υπάρχει στη νομολογία.

34. Επειδή στον όρο 2.4.1 της διακήρυξης προβλέπεται ρητώς ότι σε περίπτωση που ο συμμετέχων αποτελεί ένωση οικονομικών φορέων τότε τα υποβαλλόμενα με την προσφορά έγγραφα πρέπει να υπογράφονται ψηφιακά είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στην ένωση είτε από νομίμως εξουσιοδοτημένο προς τον σκοπό αυτό εκπρόσωπό τους. Περαιτέρω, στον ίδιο όρο αναφέρεται ότι, επί ποινή αποκλεισμού στην

προσφορά πρέπει να προσδιορίζεται, μεταξύ άλλων και ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης. Επομένως, εκ της σαφούς διατύπωσης του εν λόγω όρου προκύπτει ότι προκειμένου τα έγγραφα της προσφοράς μιας ένωσης οικονομικών φορέων να υπογράφονται ψηφιακά από ένα μόνο πρόσωπο, θα πρέπει το εν λόγω πρόσωπο να έχει ρητώς και νομίμως εξουσιοδοτηθεί από όλα τα μέλη της ένωσης για την υπογραφή των εγγράφων της προσφοράς της ένωσης. Εφόσον δε ο δηλωθείς με την προσφορά ως κοινός εκπρόσωπος της ένωσης υπογράφει τα έγγραφα της προσφοράς τότε, σύμφωνα με τον όρο 2.4.1 της διακήρυξης, θα πρέπει αφενός μεν να έχει νομίμως εξουσιοδοτηθεί προς τον σκοπό αυτό, αφετέρου να προσκομίζεται η παροχή της σχετικής εξουσιοδότησης κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών προκειμένου να δύναται να ελεγχθεί το σύννομον της υπογραφής (βλ. ΑΕΠΠ 1242/2019, 987/2020). Σε διαφορετική περίπτωση, σύμφωνα με τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη, έκαστο έγγραφο της προσφοράς θα πρέπει να υπογράφεται από όλους τους οικονομικούς φορείς που μετέχουν στην ένωση, ως εκπροσωπούνται νομίμως.

35. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 2.4.3.3 της διακήρυξης οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να υποβάλουν με την τεχνική τους προσφορά διακριτό έγγραφο που θα περιλαμβάνει τα στοιχεία του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 κατά τις απαιτήσεις του Παραρτήματος V της διακήρυξης.

36. Επειδή, όπως προκύπτει από στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων συμμετέχει στον υπό κρίση διαγωνισμό ως ένωση οικονομικών φορέων αποτελούμενη από τον οικονομικό φορέα «...» και τον οικονομικό φορέα «...». Έχει δε υποβάλει με την τεχνική του προσφορά, μεταξύ άλλων, αρχείο υπό τίτλο «ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΑΡΘΡΟΥ 68», το οποίο δεν περιλαμβάνει αναφορά στο ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων καθώς και στο ύψος των ασφαλιστικών εισφορών, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή. Το δε επίμαχο έγγραφο έχει υπογραφεί από τον κ. ... για λογαριασμό

της συμμετέχουσας ένωσης. Επιπροσθέτως, έχει συνυποβληθεί το από 26.11.2020 ιδιωτικό συμφωνητικό ένωσης εταιρειών, το οποίο έχει υπογραφεί από τους νομίμους εκπροσώπους και των δυο οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Ειδικότερα, στο άρθρο 7 του εν λόγω συμφωνητικού αναφέρεται ότι «7.1. Κοινός εκπρόσωπος της Ένωσης για την συμμετοχή στο διαγωνισμό ορίζεται ο κ. ..., Αναπληρωτής αυτού σε περίπτωση απουσίας ή αδυναμίας ή κωλύματος του ο κ. 7.2. Ο εκπρόσωπος της Ένωσης ή οι αναπληρωτές αυτού έχει την εξουσία όπως υποβάλει την προσφορά και να παραστεί και να εκπροσωπήσει την Ένωση κατά τη συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό, ενώπιον οποιασδήποτε επιτροπής ή οργάνου, σε όλες τις φάσεις του σχετικού διαγωνισμού.». Επομένως, εκ των προαναφερθέντων όρων του από 26.11.2020 συμφωνητικού προκύπτει σαφώς ότι η χορηγηθείσα στο ορισθέντα ως κοινό εκπρόσωπο της ένωσης κ. ... εξουσιοδότηση αφορά μόνον την υποβολή της προσφοράς και ουδόλως παρέχεται εξουσιοδότηση προς τον κ. ... σχετικά με την υπογραφή των εγγράφων της προσφοράς. Πέραν των ανωτέρω, επισημαίνεται ότι αφενός μεν στο Μέρος II- Πληροφορίες για τον οικονομικό φορέα του υποβληθέντος ΤΕΥΔ του μέλους της ένωσης «...» δηλώνεται ότι «*A) ΣΥΜΜΕΤΕΧΩ ΣΤΟΝ ΕΝ ΛΟΓΩ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΩΣ ΕΝΩΣΗ ΤΩΝ ΕΤΑΙΡΙΩΝ «... –...». B) ΟΙ 2 ΕΤΑΙΡΙΕΣ ΣΥΜΜΕΤΕΧΟΥΝ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 50% Η ΚΑΘΕΜΙΑ. ΚΑΙ ΟΙ ΔΥΟ ΑΠΟΤΕΛΟΥΝ ΑΤΟΜΙΚΕΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΥΠΟΓΡΑΦΗΣ ΘΑ ΕΧΟΥΝ ΚΑΙ ΤΑ ΔΥΟ ΦΥΣΙΚΑ ΠΡΟΣΩΠΑ :... ΚΑΙ ...»*, στο δε αντίστοιχο μέρος του υποβληθέντος ΤΕΥΔ του έτερου μέλους της ένωσης «...» δηλώνεται μόνον ότι συμμετέχει με ποσοστό 50% ως μέλος της ένωσης, ενώ δεν περιλαμβάνει καμία αναφορά σε κοινό εκπρόσωπο και δικαίωμα υπογραφής. Συνεπώς, εκ των υποβληθέντων με την προσφορά του προσφεύγοντος εγγράφων δεν προκύπτει ότι ο ... έχει νομίμως εξουσιοδοτηθεί για την υπογραφή των εγγράφων της προσφοράς, όπως απαιτείται στον όρο 2.4.1 της διακήρυξης. Δεδομένου όμως ότι ο προσφεύγων δεν έχει συσταθεί ακόμα ως κοινοπραξία αλλά τούτο θα συμβεί

σε μεταγενέστερο στάδιο, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 33, αποτελεί ένωση προσώπων για τη διαχείριση και εκπροσώπηση της οποίας χρειάζεται εξουσιοδότηση από όλα τα μέλη αυτής. Κατά συνέπεια, το υποβληθέν με την τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος έγγραφο υπό τίτλο «ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΑΡΘΡΟΥ 68» έπρεπε να φέρει ψηφιακή υπογραφή και από τα δύο του μέλη της ένωσης και όχι μόνον από το μέλος «...». Ως εκ τούτου, δοθέντος ότι στην τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος δεν κατατέθηκε έγγραφο με τα στοιχεία του άρθρου 68 του ν. 3863/2020 το οποίο να έχει νομίμως υπογραφεί και από το μέλος της ένωσης «...», ορθώς και κατά δέσμια αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος. Συνακόλουθα, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

37. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 6, δοθέντος ότι νομίμως ο προσφεύγων αποκλείστηκε από το διαγωνισμό, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος κατ' αρχήν, υπό την προϋπόθεση ότι υφίσταται παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία στοιχειοθετείται μόνον εφόσον προβάλλεται παραδεκτώς ότι προσφορά έτερου συμμετέχοντος έγινε δεκτή παρόλο που παρουσίαζε τα αυτά ακριβώς προβλήματα με την προσφορά του προσφεύγοντος για παράδειγμα, έγινε δεκτή τεχνική προσφορά παρόλο που εμφανίζει την ίδια απόκλιση από τις προδιαγραφές της διακήρυξης, εξ αιτίας της οποίας απορρίφθηκε η δική του τεχνική προσφορά (ΣτΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004). Διευκρινίζεται ότι κρίσιμο εν προκειμένω είναι εάν χώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (ΕΑ 274/2012). Σε κάθε περίπτωση, ο σχετικός λόγος πρέπει να είναι ο ίδιος και όχι ανάλογος ή παρόμοιος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 311, 1132/2009, Φίλης Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3386/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 100). Στην υπό κρίση περίπτωση όμως, οι επικαλούμενες πλημμέλειες

της προσφοράς του παρεμβαίνοντος αφορούν προδήλως σε διαφορετικούς όρους της διακήρυξης και σε διαφορετικούς λόγους από εκείνους που οδήγησαν στην απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος. Δεν υφίσταται, επομένως, διαφορετική αξιολόγηση προσφορών με την ίδια πλημμέλεια, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και ως εκ τούτου δεν χωρεί νομίμως εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης και άρα απαραδέκτως ο προσφεύγων στρέφεται κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος

38. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

39. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

40. Επειδή, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 10, η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί

41. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 39, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 211/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε την 2^η Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**