

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ

[(άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 136 του ν. 4782/2021 (36 Α)]

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Δεκεμβρίου 2021 υπό την Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλος ΑΕΠΠ κατόπιν της με αρ. 2866/2021 Πράξης.

Για να εξετάσει την από 19.11.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2168/22-11-2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο, .., αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων «.....» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), με έδρα το, οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. της υπ' αριθμ. υπ' αριθμ. 358/05.11.2021 πράξη της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που με αυτήν κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και να κατακυρωθεί το αποτέλεσμα αυτού στην ίδια.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, το από 19/11/2021 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της Γενικής Γραμματείας

Αριθμός απόφασης: 84/2022

Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης για την τραπεζική πληρωμή και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 80.645,16 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. ΑΔΑΜ Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 80.645,16 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 16-04-2021 με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

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 ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 19-11-2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 10.11.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα 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 ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, ως προσφέρουσα του εν θέματι διαγωνισμού της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενη, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και προτασσομένης σε σειρά μειοδοσίας, ερειδόμενο στη

Αριθμός απόφασης: 84/2022

ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Σχετικά, έχει γίνει σχετικά δεκτό από την νομολογία ότι η 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 προσφορών των προτασόμενων αυτής, κατά σειρά κατάταξης, εταιρειών, η αποδοχή των οποίων (αιτιάσεων), θεμελιώνει προσδοκία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης σε αυτή (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 111/2020 σκ.14, 1216/2006 σκ. 5 και ΔΕφΑθ 711/2013, 311/2013, 873/2012).

Περαιτέρω, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης καθόσον το εν λόγω αίτημα εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, η οποία, επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018 και βλ. ενδεικτικά αποφάσεις 6ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ 93-94/2020, 1224/2020).

7. Επειδή στις 22.11.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής στους ενδιαφερόμενους τρίτους μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

8. Επειδή η παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως την από 26-11-2021 με αρ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ ΠΑΡ. 7607/2021 παρέμβαση δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 22-11-2021 της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης καθώς η προσφορά της έχει γίνει αποδεκτή και έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος και ως εκ τούτου, τυχόν αποδοχή της υπό

Αριθμός απόφασης: 84/2022

κρίση προσφυγής είναι βλαπτική για αυτήν (ΣΤΕ 1936/2014, βλ. και εξ αντιδιαστολής ΑΕΠΠ 1047/2019, σκ. 8).

9. Επειδή με την με αριθμό 2866/2021 Πράξη Μονομελούς Κλιμακίου, ορίσθηκε ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

10. Επειδή στις 26-11-2021 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, επί της υπό εξέταση προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν.

11. Επειδή η προσφεύγουσα στις 30.11.2021, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού Υπόμνημά της αντικρούοντας τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Μονομελούς Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360 και 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

13. Επειδή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία έλαβαν μέρος επτά οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, υποβάλλοντας τις υπ' αριθμ. συστήματος και προσφορές τους αντίστοιχα.

Με την υπ' αριθμ. 237/2021 απόφαση η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής ενέκρινε το από 27/05/2021 1ο πρακτικό διενέργειας του διαγωνισμού και ανακήρυξε την παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος με την προσφεύγουσα να έχει καταταγεί δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας. Κατόπιν προσφυγής της προσφεύγουσας, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1306/2021 της ΑΕΠΠ με την οποία ακυρώθηκε η ως άνω απόφαση καθ' ο μέρος με αυτήν είχε κριθεί ως άνευ ετέρου αποδεκτή η συμμετοχή της παρεμβαίνουσας και η υπόθεση αναπέμφθηκε στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να ζητήσει κατ' άρθρον 102 ν. 4412/2016 διευκρινίσεις με αντικείμενο την διερεύνηση αν υφίστατο προϋπάρχουσα του διαγωνισμού συμφωνία μεταξύ των μελών της ως άνω ενώσεως περί κατανομής της αμοιβής μεταξύ τους. Σε συμμόρφωση

Αριθμός απόφασης: 84/2022

με την με αριθμό 1306/2021 απόφαση ΑΕΠΠ, με την υπ'αριθμ. 282/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής ακυρώθηκε η υπ'αριθμ. 237/2021 απόφαση και αποφασίστηκε να ζητηθούν κατ' άρθρο 102 ν. 4412/2016, διευκρινίσεις από την ως άνω ένωση οικονομικών φορέων, ως προς την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της με υπεύθυνη δήλωση. Οι εν λόγω διευκρινίσεις υποβλήθηκαν εμπροθέσμως από την παρεμβαίνουσα στις 24/08/2021 με Υπεύθυνες Δηλώσεις και των δύο μελών της ενώσεως ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ του ΕΜΜΑΝΟΥΗΛ - ΧΑΡΙΚΛΕΙΑ του ΓΕΩΡΓΙΟΥ, φέρουσες ημερομηνία 24/08/2021.

Ακολούθως εξεδόθη η προσβαλλομένη με την οποία εγκρίθηκε το από 10.09.2021 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού σύμφωνα με το οποίο λαμβάνοντας υπόψη τις ως άνω διευκρινίσεις της παρεμβαίνουσας ως προς την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της, ο πίνακας των διαγωνιζομένων των οποίων οι προσφορές κρίθηκαν παραδεκτές δεν μεταβάλλεται σε σχέση με το 1ο πρακτικό και αναδείχθηκε εκ νέου η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

14. Επειδή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ειδικότερα, στην προσφυγή της ότι: *«[...].Εν προκειμένω σε κανένα από τα ΤΕΥΔ των ατομικών επιχειρήσεων – μελών της ενώσεως «..... Ευαγγελία –.....Χαρίκλεια» ΔΕΝ προσδιορίζεται το ποσοστό κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της ενώσεως.*

Με την υπ' αριθμ. 1306/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε επί λέξει ότι «..ναι μεν, δεν αναφέρεται ρητά η κατανομή αμοιβής, πλην όμως, ουδόλως προκύπτει έλλειψη συμφωνίας κατανομής αμοιβής, που το πρώτον θα συναφθεί κατά τον χρόνο της αξιολόγησης...».

Συναφώς, όπως προελέχθη, με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρώθηκε η με αρ. 237/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτή την ως άνω ένωση στον διαγωνισμό και διέταξε την αναπομπή της υποθέσεως στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να ζητήσει διευκρινίσεις κατά το άρθρο 102 ν. 4412/2016 ως προς την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ενώσεως.

Ακολούθως, η ως άνω ένωση προσκόμισε τις από 24.08.2021 (ψηφιακώς υπογραφείσες) υπεύθυνες δηλώσεις των μελών της περί της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους. Είναι ωστόσο προφανές ότι οι ως άνω –

Αριθμός απόφασης: 84/2022

μεταγενέστερες της υποβολής της προσφοράς της ενώσεως –δηλώσεις των μελών της τελευταίας ΟΥΔΟΛΩΣ θεραπεύουν την ελλείπουσα κατά τον χρόνο συμμετοχής στον διαγωνισμό, και δη επί ποινή αποκλεισμού προβλεπόμενη από την διακήρυξη (όρος 3.1), συμφωνία περί κατανομής αμοιβής μεταξύ τους. Ειδικότερα: Όπως είναι γνωστό, η τυπικότητα που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες οδηγεί στον κανόνα της απόρριψης μίας προσφοράς η οποία δεν συμμορφώνεται στους όρους της διακήρυξης. Ο κανόνας αυτός κάμπτεται κατ' εφαρμογήν της αρχής της αναλογικότητας μόνον σε περιπτώσεις ήσσονος σημασίας ελλείψεων / σφαλμάτων, η διόρθωση /συμπλήρωση των οποίων δεν άγει σε ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς. Συναφώς, κατά την νομολογία του ΔΕΕ, η ενωσιακή νομοθεσία δεν αντιτίθεται στη διόρθωση ή τη συμπλήρωση, σε επιμέρους σημεία, των δεδομένων που αφορούν στην προσφορά, ιδίως όταν χρήζουν, προφανώς, μιας απλής διευκρινίσεως, ή για να απαλειφθούν πρόδηλα εκ παραδρομής σφάλματα, εφόσον τηρούνται ορισμένες επιταγές που οριοθετούν αυτή την ευχέρεια να ζητηθεί εγγράφως από τους διαγωνιζόμενους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, συνιστάμενες ιδίως στην υποχρέωση να τηρείται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και να μην καταλήγει η διαδικασία σε ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς του διαγωνιζομένου [1].

Έχει, επίσης, κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί η αίτηση αυτή να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, όπως ο δημοσιευμένος ισολογισμός, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας, υπό την προϋπόθεση περαιτέρω ότι τα τεύχη δημοπράτησης δεν προέβλεπαν επί ποινή αποκλεισμού την υποβολή του ελλείποντος / εσφαλμένου στοιχείου [2].

Με το ίδιο σκεπτικό διαμορφώθηκε και η εθνική νομολογία, σύμφωνα με την οποία, υπό προϋποθέσεις, η αρχή της τυπικότητας -η οποία εξ ορισμού εφαρμόζεται αυστηρά- κάμπτεται με βάση την αρχή της επιείκειας, η οποία επιτρέπει την παροχή διευκρινίσεων και συμπληρώσεων σε ήδη συννόμως υποβληθέντα δικαιολογητικά, όχι όμως σε αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων στοιχείων [3].

Αριθμός απόφασης: 84/2022

[1] Απόφαση ΔΕΕ της 29ης Μαρτίου 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψεις 40, 42 έως 44, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, υπόθεση C-336/12, Manona A/S, σκέψεις 31 έως 36.

[2] Απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, υπόθεση C-336/12, Manona A/S, σκέψεις 39 και 40. [3] ΣΤΕ 3550/2011, 1415, 1344, 1203, 1118/2010].

Εν προκειμένω, ωστόσο, σε αντίθεση με όσα προηγήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτές δηλώσεις καταρτισθείσες ΜΕΤΑ ΤΗΝ ΥΠΟΒΟΛΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ της ως άνω ενώσεως, σε αναπλήρωση στοιχείου ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ προβλεπόμενου από την διακήρυξη (κατανομής αμοιβής μεταξύ των μελών της ενώσεως, όρος 3.1 της διακήρυξης), πράγμα ανεπίτρεπτο, ακόμη και υπό την νέα διατύπωση του άρθρου 102 ν. 4412/2016 (όπως αυτό αντικαταστάθηκε με τον ν. 4782/2021). Και αυτό γιατί, προϋπόθεση για την αποδοχή της διευκρίνισης / συμπλήρωσης / αντικατάστασης ελλείποντος δικαιολογητικού και υπό την νέα διάταξη του άρθρου 102 ν. 4412/2016 είναι ο αντικειμενικά εξακριβώσιμος προϋπάρχων χαρακτήρας των στοιχείων που διευκρινίζονται (πρβλ. υπόθεση C-336/12, Manona A/S, σκέψεις 39 και 40). Δηλαδή για να γίνει δεκτή μια διευκρίνιση θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι το περιεχόμενό της προϋπήρχε της προσφοράς και αυτό να είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμο. Και επιπλέον το προς διευκρίνιση / διόρθωση στοιχείο της προσφοράς να μην είναι επί ποινή αποκλεισμού.

[βλ. κατευθυντήρια οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ σχετικά με την έκθεση συνεπειών του νόμου (αντίστοιχο της αιτιολογικής έκθεσης): «Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας»].

Εν προκειμένω, σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν, δεν πληρούται καμία από τις ως άνω προϋποθέσεις που είναι αναγκαίες για το παραδεκτό

Αριθμός απόφασης: 84/2022

διευκρινίσεως / συμπληρώσεως προσφοράς. Τούτο διότι, πρώτον, η κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών της ενώσεως επιβάλλεται από την διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού και, δεύτερον, όπως απεδείχθη, ΔΕΝ υφίστατο προγενέστερη της συμμετοχής της ενώσεως στον διαγωνισμό συμφωνία μεταξύ των μελών της περί κατανομής της αμοιβής μεταξύ τους, αλλά αντίθετως οι εκ μέρους τους υποβληθείσες δηλώσεις, φέρουσες ημερομηνία 24/08/2021, είναι μεταγενέστερες του διαγωνισμού, με αποτέλεσμα τυχόν αποδοχή τους να ισοδυναμεί με αποδοχή ανεπίτρεπτης εκ των υστέρων μεταβολής της προσφοράς της υποψηφίας ενώσεως.

Συνεπώς, η προσβαλλομένη πράξη της αναθέτουσας αρχής, κρίνοντας τα αντίθετα και αναδεικνύοντας ως προσωρινή μειοδότηρια την ένωση «..... Ευαγγ. –.....Χαρ.», πάσχει ακυρότητα [...].».

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει αυτολεξεί τα κάτωθι: «[...]Σύμφωνα με τον όρο 3.1 της διακήρυξης, 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. Περαιτέρω, κατά το άρθρο του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει στη νυν διαδικασία, που εκκίνησε μετά τη 9-3-2021, ορίζεται ότι κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Κρίθηκε επίσης από την Αρχή σας, με την με αριθμό 1306/2021 απόφαση, ότι, καίτοι στα ΤΕΥΔ που υποβλήθηκαν από την προσωρινή ανάδοχο ένωση, δεν αναφέρεται ρητά η κατανομή αμοιβής, πλην όμως, ουδόλως προκύπτει

Αριθμός απόφασης: 84/2022

έλλειψη συμφωνίας κατανομής αμοιβής κατά τον κρίσιμο χρόνο, δηλαδή προ της υποβολής των προσφορών, η οποία θα συναφθεί για πρώτη φορά κατά τον χρόνο της αξιολόγησης. Εξάλλου, η συμφωνία αυτή, η οποία, όπως προελέχθη, θα πρέπει να έχει ήδη καταρτισθεί κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς, δεν περιβάλλεται συγκεκριμένο τύπο, συνεπώς δύναται να έχει συνομολογηθεί και προφορικά, πολλώ δε μάλλον που ούτε στη διακήρυξη προβλέπεται η υποχρέωση υποβολής, με την προσφορά, συμφωνητικού σύστασης ένωσης. Από τα παραπάνω συνάγεται ότι οι οικείες περί κατανομής αμοιβής δηλώσεις, λαμβάνουν χώρα μέσω των απαντήσεων στα ως άνω ερωτήματα στα ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης, τα οποία, συνεπώς δύναται να συμπληρώσουν, να αποσαφηνίσουν ή να ολοκληρώσουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση που περιέχονται σε αυτές τις απαντήσεις, τα δε, προϋπάρχοντα της υποβολής των προσφορών στοιχεία και πληροφορίες είναι η, έστω και άτυπη, συμφωνία μεταξύ των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων, η οποία συνομολογήθηκε προ της υποβολής της προσφοράς και αποδεικνύεται και διευκρινίζεται με τις επίμαχες υπεύθυνες δηλώσεις, οι οποίες, καίτοι φέρουν ημερομηνία μεταγενέστερη της υποβολής της προσφοράς, ουσιαστικά επιβεβαιώνουν πραγματικά περιστατικά αναγόμενα σε παρελθόντα χρόνο και δη προ της αξιολόγησης των προσφορών. Τέλος, σημειώνεται ότι, εφόσον δεν επέρχεται ουσιώδης μεταβολή της προσφοράς δια της διευκρίνισης που επήλθε με την υποβολή των υπεύθυνων δηλώσεων, δεν υφίσταται παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας [...].».

16. Επειδή η προσφεύγουσα στο υπόμνημά της υποστηρίζει ότι: «[...] αντίκρουση των υπ' αριθμ. 13564/25.11.2021 απόψεων της αναθέτουσας αρχής επαγόμαστε τα ακόλουθα:

Με την ΑΕΠΠ 1306/2021 κρίθηκε ότι πρέπει να διερευνηθεί αν, παρά την μη αναφορά συμφωνίας κατανομής αμοιβής στο ΤΕΥΔ της ένωσης, υφίσταται σχετική συμφωνία. Επειδή η σχετική συμφωνία, βάσει της διακηρύξεως (όρου 3.1) απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού, η μέσω της διαδικασίας των διευκρινίσεων (κατ' άρθρον 102 ν. 4412/2016) κάλυψη του κενού της μη αναφοράς της συγχωρείται μόνον εφόσον αποδεικνύεται πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η σχετική συμφωνία κατανομής αμοιβής προϋπήρχε της συμμετοχής στον διαγωνισμό.

Αριθμός απόφασης: 84/2022

Εν προκειμένω, ωστόσο, ΟΥΔΟΛΩΣ απεδείχθη η ύπαρξη σχετικής συμφωνίας πριν την συμμετοχή της ενώσεως στον διαγωνισμό. Αντιθέτως, οι προσκομισθείσες δηλώσεις των μελών της ενώσεως φέρουν ημερομηνία 24/08/2021 και, συνεπώς, δεν συνιστούν ικανή απόδειξη περί της υπάρξεως σχετικής συμφωνίας πριν την συμμετοχή στον διαγωνισμό (Μάιος 2021).

Όπως αναπτύξαμε δε με την προσφυγή μας, οι ως άνω – μεταγενέστερες της υποβολής της προσφοράς της ενώσεως – δηλώσεις των μελών της τελευταίας ΟΥΔΟΛΩΣ θεραπεύουν την ελλείπουσα (ή την μη ασφαλώς αποδεικνυόμενη) κατά τον χρόνο συμμετοχής στον διαγωνισμό, και δη επί ποινή αποκλεισμού προβλεπόμενη από την διακήρυξη (όρος 3.1), συμφωνία περί κατανομής αμοιβής μεταξύ τους.

Απαιτήσεις της διακήρυξης προβλεπόμενες ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ, όπως η παρούσα αναφορικά με την συμφωνία των μελών της ενώσεως για την κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους, αποτελούν ΟΥΣΙΩΔΗ στοιχεία της προσφοράς, τα οποία ΔΕΝ δύνανται να αναπληρωθούν εκ των υστέρων, μέσω της διαδικασίας των διευκρινίσεων. Μέσω της τελευταίας καθίσταται δυνατή μόνον η προσκόμιση στοιχείων προϋφισταμένων της υποβολής της προσφοράς και όχι η το πρώτον αναπλήρωση/συμπλήρωσή τους.

Όπως αναπτύξαμε στην προσφυγή μας, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί η αίτηση αυτή να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, όπως ο δημοσιευμένος ισολογισμός, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας, υπό την προϋπόθεση περαιτέρω ότι τα τεύχη δημοπράτησης δεν προέβλεπαν επί ποινή αποκλεισμού την υποβολή του ελλείποντος / εσφαλμένου στοιχείου.

Καμία από τις ως άνω προϋποθέσεις δεν πληρούται εν προκειμένω, οι δε απόψεις της αναθέτουσας αρχής ελέγχονται ως αβάσιμες στο σύνολό τους.

Επειδή κατά τα λοιπά αναφερόμαστε στην προσφυγή μας και ζητούμε όπως σε αυτήν».

17. Επειδή η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της αναφέρει ότι: «[...] Σύμφωνα με την απόφαση 1306/2021 της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, κρίθηκε ότι από τα ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης, δεν αναφέρεται

Αριθμός απόφασης: 84/2022

ρητά η κατανομή αμοιβής, όμως σε κάθε περίπτωση οι απαντήσεις και δηλώσεις των μελών στα ΤΕΥΔ τους είναι αποσαφηνιστές κατά το αρ. 102 του Ν4412/16, όπως ισχύει και ασχέτως ότι αφορούν δηλώσεις στο ΕΕΕΣ, οι οποίες πλέον κατά νόμο ρητά επιτρέπεται να αποσαφηνιστούν, συμπληρωθούν, διευκρινιστούν χωρίς να συντρέχει λόγος άνευ ετέρου απόρριψης της προσφοράς. Για το λόγο αυτό, ακυρώθηκε η απόφαση 237/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του και με μήνυμα μέσω της Λειτουργίας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ μας ζητήθηκε στις 17/08/2021 από την Επιτροπή Διαγωνισμού να διευκρινίσουμε με υπεύθυνη δήλωση του Ν1599/1986 εντός δέκα (10) ημερών την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης. Στις 24/08/2021 απαντήσαμε με τις υπεύθυνες δηλώσεις των μελών μας.

Από τις υπεύθυνες δηλώσεις δεν προκύπτει ότι επέρχεται μεταβολή της προσφοράς μας, καθώς όπως είχαμε αναφέρει και στην τότε παρέμβαση μας : Ο προϋπολογισμός της μελέτης δημοπράτησης περιλαμβάνει δύο κατηγορίες εργασιών, τα έργα οδοποιίας και τις εργασίες Η/Μ. Στο ΤΕΥΔ του μέλους της ένωσης: Ευαγγελία του Εμμανουήλ αναφέρεται ότι θα είναι ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ -100% ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ και η.....Χαρίκλεια του Γεωργίου στο αντίστοιχο μέρος του ΤΕΥΔ αναφέρει ότι θα είναι ΥΠΕΥΘΥΝΗ Η/Μ ΕΡΓΑΣΙΩΝ- 100% Η/Μ ΕΡΓΑΣΙΩΝ. Στην υπεύθυνη δήλωση του κάθε μέλους αναφέρεται ότι η Ευαγγελία θα εκτελέσει τις εργασίες οδοποιίας, οι οποίες αντιστοιχούν σε ποσοστό 66% του συνόλου του έργου και η.....Χαρίκλεια θα εκτελέσει τις Η/Μ εργασίες, οι οποίες αντιστοιχούν σε ποσοστό 34% του συνόλου του έργου. Διευκρινίζουμε δηλαδή τα όσα αναφέραμε στα ΤΕΥΔ μας με υπεύθυνη δήλωση, που μας ζητήθηκε από την Επιτροπή του Διαγωνισμού. Προφανώς και οι εν λόγω υπεύθυνες δηλώσεις φέρουν ημερομηνία μεταγενέστερη της υποβολής της προσφοράς, καθώς μας ζητήθηκε διευκρίνιση των όσων αναφέρουμε στα ΤΕΥΔ.

Συνεπώς, με βάση και τα παραπάνω η επίδικη προδικαστική προσφυγή είναι αβάσιμη και αιτούμαστε την απόρριψη της».

18. Επειδή στο άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου

Αριθμός απόφασης: 84/2022

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 [...].».

19. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 «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 : [.....] ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...].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, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, σύμφωνα με τα άρθρα 86 και 87, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.) [...]».

20. Επειδή στο άρθρο 79 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες

Αριθμός απόφασης: 84/2022

αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (EE- ΕΣ), 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 καθορισθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77

γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 [...]».

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 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».

22. Επειδή στο άρθρο 102 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης».

23. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής

Αριθμός απόφασης: 84/2022

νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

24. Επειδή στο άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 ορίζεται 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.

2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.

3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

25. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «[...]Άρθρο 3: Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς 3.1. [...]Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής [...] Άρθρο 9: Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών

Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους

Αριθμός απόφασης: 84/2022

οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών 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 [...].»

26. 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).

27. 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 επιτυχανόταν 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).

28. 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,

Αριθμός απόφασης: 84/2022

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 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*, 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).

30. 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, 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

Αριθμός απόφασης: 84/2022

διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

31. Επειδή οι αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν να καθορίζονται σαφώς στην διακήρυξη οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό καθώς και τα κριτήρια ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης (βλ. ΕΣ 133/2008, Πράξη, Τμ. VI) με στόχο την επίτευξη πλήρους διαφάνειας και προστασίας του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2263/2011, 2016/2010, Τμ. VI).

32. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης.

33. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (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 (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). Επομένως και βάσει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, δεν μπορούν να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίσθηκαν επί ποινή αποκλεισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C 496/99 P, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 115).

34. 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

Αριθμός απόφασης: 84/2022

απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

35. 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, ελλείπει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 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.

36. Επειδή περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγμάτευση 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). Συνεπώς, οποιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού και συνακόλουθα την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11^{ης} Μαΐου 2017, *Archus and Gama*, C-131/2016, της 29^{ης} Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κλπ, C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Ειδικότερα, η αίτηση και παροχή διευκρίνησης 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, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Σε κάθε περίπτωση, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης

Αριθμός απόφασης: 84/2022

εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση 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, EU:C:2013:647, σκέψη 40).

37. Επειδή η ρύθμιση του άρθρου 42 του ν. 4782/2021 με την οποία τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 οφείλει να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα του δικαίου της ΕΕ, καθώς το άρθρο αυτό συνιστά μεταφορά του άρθρου 56 παρ. 3 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εξάλλου όπως αναφέρεται και στην αιτιολογική έκθεση της νέας διάταξης: «*Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί*». Συναφώς, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) έχει εκδώσει πλείστες αποφάσεις σε σχέση με το κατά πόσο είναι δυνατόν να γίνουν αποδεκτές διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις των προσφορών κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. ενδεικτικά, αποφάσεις του ΔΕΕ της 29.3.2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκ. 40•της 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, σκ. 63, *Pizzo*, C-27/15, *Lavorgna*, C-309/18, EU:C:2019:350, σκ. 22, *Archus και Gama*, C-131/16, όπ.αν., σκ. 37, C- 927/2019, «*Klajpėdos regiono atliekų tvarkymo centras*» *UAB*, σκ. 93-94, ECLI:EU:C:2021:700). Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μια υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ (βλ. ενδεικτικά, την απόφαση του ΔΕΕ της 29.4.2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκ. 108-111), η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, συνεπάγονται τον αποκλεισμό του οικείου διαγωνιζόμενου (*Manova*, C-336/12, σκ. 39).

Υπό την έννοια των ανωτέρω, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη

Αριθμός απόφασης: 84/2022

διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 1517/2021, σκ.34, εισηγήτρια Ε. Αφοκάρδου και 1386/2021, σκ.46, μειοψηφία Χρ. Ζαράρη). Συναφώς, έχει κριθεί ότι τα κράτη μέλη, εφόσον κάνουν χρήση της δυνατότητας που προβλέπεται στο άρθρο 56 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, «οφείλουν να μεριμνούν ώστε να μη διακυβεύεται η επίτευξη των σκοπών που επιδιώκει η οδηγία αυτή και να μη θίγεται η πρακτική αποτελεσματικότητα των διατάξεων της ούτε των άλλων συναφών διατάξεων και αρχών του δικαίου της Ένωσης, ειδικότερα των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, *ΜΑ.Τ.Ι. SUD*, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49).

38. Επειδή στην υπό εξέταση προσφυγή η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να έχει απορριφθεί διότι, κατόπιν της αποφάσεως της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε διευκρινίσεις ως προς την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ενώσεως και η παρεμβαίνουσα υπέβαλε υπεύθυνες δηλώσεις με ημερομηνία μεταγενέστερη της ημερομηνίας υποβολής της προσφοράς με αποτέλεσμα να μην θεραπεύουν την ελλείπουσα κατά τον χρόνο συμμετοχής στον διαγωνισμό, και δη επί ποινή αποκλεισμού προβλεπόμενη από την διακήρυξη οικεία απαίτηση.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι, σύμφωνα με την υπ'αριθμ. 1306/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, καίτοι στα ΤΕΥΔ που υποβλήθηκαν από την προσωρινή ανάδοχο ένωση, δεν αναφέρεται ρητά η κατανομή αμοιβής, πλην όμως, ουδόλως προκύπτει έλλειψη συμφωνίας κατανομής αμοιβής κατά τον κρίσιμο χρόνο, δηλαδή προ της υποβολής των προσφορών, η οποία θα συναφθεί για πρώτη φορά κατά τον χρόνο της αξιολόγησης. Εξάλλου, η συμφωνία αυτή δεν περιβάλλεται συγκεκριμένο τύπο, συνεπώς δύναται να έχει συνομολογηθεί και προφορικά, πολλώ δε μάλλον που ούτε στη διακήρυξη προβλέπεται η υποχρέωση υποβολής, με την προσφορά, συμφωνητικού σύστασης ένωσης. Επομένως, οι οικείες περί κατανομής αμοιβής δηλώσεις, λαμβάνουν χώρα μέσω των απαντήσεων στα ως άνω ερωτήματα στα ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης, τα οποία, συνεπώς δύναται να συμπληρώσουν, να αποσαφηνίσουν ή να

Αριθμός απόφασης: 84/2022

ολοκληρώσουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση που περιέχονται σε αυτές τις απαντήσεις, τα δε, προϋπάρχοντα της υποβολής των προσφορών στοιχεία και πληροφορίες είναι η, έστω και άτυπη, συμφωνία μεταξύ των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων, η οποία συνομολογήθηκε προ της υποβολής της προσφοράς και αποδεικνύεται και διευκρινίζεται με τις επίμαχες υπεύθυνες δηλώσεις, οι οποίες, καίτοι φέρουν ημερομηνία μεταγενέστερη της υποβολής της προσφοράς, ουσιαστικά επιβεβαιώνουν πραγματικά περιστατικά αναγόμενα σε παρελθόντα χρόνο και δη προ της αξιολόγησης των προσφορών. Κατά την αναθέτουσα αρχή, εφόσον δεν επέρχεται ουσιώδης μεταβολή της προσφοράς δια της διευκρίνισης που επήλθε με την υποβολή των υπεύθυνων δηλώσεων, δεν υφίσταται παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

Προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα στο υπόμνημά της ισχυρίζεται ότι με την απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε ότι πρέπει να διερευνηθεί αν, παρά την μη αναφορά συμφωνίας κατανομής αμοιβής στο ΤΕΥΔ της ένωσης, υφίσταται σχετική συμφωνία, η οποία απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού. Επομένως, η μέσω της διαδικασίας των διευκρινίσεων κάλυψη του κενού της μη αναφοράς της συγχωρείται μόνον εφόσον αποδεικνύεται πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η σχετική συμφωνία κατανομής αμοιβής προϋπήρχε της συμμετοχής στον διαγωνισμό, το οποίο ουδόλως απεδείχθη δοθέντος ότι οι προσκομισθείσες δηλώσεις των μελών της ενώσεως φέρουν ημερομηνία 24/08/2021 και, συνεπώς, δεν συνιστούν ικανή απόδειξη περί της υπάρξεως σχετικής συμφωνίας πριν την συμμετοχή στον διαγωνισμό καθώς τα ουσιώδη στοιχεία της προσφοράς, δεν δύνανται να αναπληρωθούν εκ των υστέρων, μέσω της διαδικασίας των διευκρινίσεων. Μέσω της τελευταίας καθίσταται δυνατή μόνον η προσκόμιση στοιχείων προϋφισταμένων της υποβολής της προσφοράς και όχι η το πρώτον αναπλήρωση/συμπλήρωσή τους.

Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της υποστηρίζει ότι, σύμφωνα με την απόφαση της ΑΕΠΠ, κρίθηκε ότι από τα ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης, δεν αναφέρεται ρητά η κατανομή αμοιβής, όμως σε κάθε περίπτωση οι απαντήσεις και δηλώσεις των μελών στα ΤΕΥΔ τους είναι αποσαφηνιστέες κατά το αρ. 102 του Ν4412/16, και για τον λόγο αυτό, ακυρώθηκε η απόφαση της αναθέτουσας αρχής και της ζητήθηκε να

Αριθμός απόφασης: 84/2022

διευκρινίσει με υπεύθυνη δήλωση του Ν1599/1986 εντός δέκα (10) ημερών την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης, το οποίο και έπραξε. Ως διατείνεται η παρεμβαίνουσα, από τις υπεύθυνες δηλώσεις δεν προκύπτει ότι επέρχεται μεταβολή της προσφοράς της διευκρινίζοντας τα όσα αναφέρονταν στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ των μελών της. Και προφανώς οι υπεύθυνες δηλώσεις φέρουν ημερομηνία μεταγενέστερη της υποβολής της προσφοράς, καθώς της ζητήθηκε διευκρίνιση των όσων αναφέρονται στα ΤΕΥΔ.

39. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, με την απόφαση 1306/2021 της ΑΕΠΠ κρίθηκε ότι από την παράλειψη σχετικής αναφοράς στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ *«ουδόλως προκύπτει και δη με σαφήνεια, [...] σε κάθε περίπτωση, πως ελλείπει μεταξύ τους, προ της υποβολής της προσφοράς συμφωνίας κατανομής αμοιβής, η οποία το πρώτον πρέπει να συναφθεί»* καθώς και ότι *«οι ως άνω απαντήσεις και δηλώσεις στα ΤΕΥΔ των μελών της παρεμβαίνουσας είναι ούτως αποσαφηνιστέες κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016»*. Περαιτέρω, συμμορφούμενη με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ, με το από 17-08-2021 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από την παρεμβαίνουσα αυτολεξεί τα κάτωθι: *«σας καλούμε σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 όπως διευκρινίσετε με υπεύθυνη δήλωση του Ν.1599/1986 εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας:*

ι. Την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της οικονομικής ένωσης». Οι δε υπεύθυνες δηλώσεις κατατέθηκαν στις 24-08-2021 και φέρουν την ίδια ημερομηνία στις οποίες αναφέρεται ότι μέλος της ένωσης Ευαγγελία του Εμμανουήλ θα εκτελέσει τις εργασίες οδοποιίας που αντιστοιχούν σε ποσοστό 66% του συνόλου του έργου και η.....Χαρίκλεια του Γεωργίου θα εκτελέσει η/μ εργασίες που αντιστοιχούν σε ποσοστό 34% του συνόλου του έργου καθώς και ότι η κατανομή αμοιβής των μελών της ένωσης *«..... Ευαγγελία του Εμμανουήλ –.....Χαρίκλεια του Γεωργίου»* είναι Ευαγγελία 66% και.....Χαρίκλεια 34%.

40. Επειδή, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα υπό σκέψη 37, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών και να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ και των

Αριθμός απόφασης: 84/2022

αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας αλλά να εξασφαλίζει την πρακτική αποτελεσματικότητα των διατάξεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και των άλλων συναφών διατάξεων και αρχών του δικαίου της Ένωσης, ειδικότερα των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας. Εξάλλου, και σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του άρθρου 42 Ν. 4782/2021 « [...] Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ'αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα [...]». Επομένως, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι, κατά την έννοια της υπ'αριθμ. 1306/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ, καθίσταται δυνατή μόνον η προσκόμιση στοιχείων προϋφισταμένων της υποβολής της προσφοράς και όχι η το πρώτον αναπλήρωση/συμπλήρωσή τους, τα οποία σημειωτέον απαιτούνται κατά τη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού, καθώς, σε αντίθετη περίπτωση, θα παραβιάζονταν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ, όφειλε να ζητήσει από την παρεμβαίνουσα στοιχεία ή έγγραφα των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας, προκειμένου η παρεμβαίνουσα να θεραπεύσει την παράλειψη της αναφοράς στην προσφορά της της κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της, η οποία δεν αντιστοιχεί υποχρεωτικά στο ποσοστό κατανομής των εργασιών μεταξύ των μελών της ένωσης, δεδομένου ότι 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

Αριθμός απόφασης: 84/2022

εργασιών μεταξύ των μελών της ένωσης (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ 1044/2018 και ΔΕφΤρίπολης Ν8/2019). Στη δε περίπτωση που η συμφωνία μεταξύ των μελών της παρεμβαίνουσας ένωσης έλαβε χώρα προφορικά ή εγγράφως σε χρονικό διάστημα μετά την υποβολή της προσφοράς, δεν θα ήταν δυνατή η εκ των υστέρων συμπλήρωση της προσφοράς της με έγγραφα μεταγενέστερης της υποβολής της προσφοράς ημερομηνίας καθώς τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς της λόγω μη υφιστάμενης, και πάντως μη δυνάμενης να αποδειχθεί, προγενέστερης της συμμετοχής της παρεμβαίνουσας ενώσεως στον διαγωνισμό κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης και, συνακόλουθα, η δυνατότητα υποβολής παραδεκτής προσφοράς σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Ωστόσο, βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι υπέβαλε τις υπεύθυνες δηλώσεις που της ζήτησε η αναθέτουσα αρχή οι οποίες αυτονοήτως είχαν ημερομηνία μεταγενέστερη της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητα διότι εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι με την υποβολή υπεύθυνων δηλώσεων, με τις οποίες προσδιορίζεται εκ των υστέρων η κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών της παρεμβαίνουσας ένωσης, ήτοι με έγγραφα που δεν καθιστούν αντικειμενικά εξακριβώσιμη την προγενέστερη μεταξύ τους συμφωνία, θεραπεύθηκε η έλλειψη της αναφοράς στην προσφορά της παρεμβαίνουσας της έκτασης της αμοιβής μεταξύ των μελών της. Συνακόλουθα, ο μόνος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

41. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

42. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 84/2022

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 358/05.11.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού εξακοσίων (600) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 18 Ιανουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Το Μέλος
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Η Γραμματέας
ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ