

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση - Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 8.11.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π.1609/9.11.2020 της προσφεύγουσας Κοινοπραξίας «...», νομίμως εκπροσωπούμενης ως και των μελών αυτής, ήτοι των οικονομικών φορέων: 1) εταιρείας «...», που εδρεύει ..., 2) ατομικής επιχείρησης «...», που εδρεύει ... .

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

Της Παρεμβαίνουσας Κοινοπραξίας οικονομικών φορέων «...», νομίμως εκπροσωπούμενης ως και των μελών αυτής, ήτοι των οικονομικών φορέων 1) της ατομικής επιχείρησης «...», με έδρα ..., 2) της ατομικής επιχείρησης «...», ... .

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει α) Να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, β) Να ακυρωθεί υπ' αρ. 256/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας και γ) Να επιστραφεί το υποβληθέν παράβολο.

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

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

ΠΔ 39/2017, ύψους ευρώ 3.588,71 [βλ. α) Παράβολο με αριθμό ..., β) αποδεικτικό πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου ... στις 6.11.2020, γ) εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»]. Δεδομένου ότι ο προϋπολογισμός του έργου άνευ ΦΠΑ ανέρχεται στο ποσό των 714.455 ευρώ, σε κάθε περίπτωση, το απαιτούμενο παράβολο ανέρχεται στο ποσό των 3.572,27 ευρώ κι επομένως, το υπερβάλλον ποσό των 16,44 ευρώ είναι σε κάθε περίπτωση επιστρεπτέο.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. Αρ. Πρ.: ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για το έργο με τίτλο «Παρεμβάσεις Ενεργειακής αναβάθμισης Λυκείου ... ...», συνολικού προϋπολογισμού 890.000 € (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 4.09.2020 με ΑΔΑΜ: ... 2020-09-4, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Δημόσια Έργα) (Συστημικός Αριθμός ...). Στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν αρχικά κατά σειρά μειοδοσίας α) η «ΕΝΩΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ «...» αρ. συστήματος προσφοράς 165005) με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 45,85 %, β) η παρεμβαίνουσα (αρ. συστήματος προσφοράς ...) με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 41,72%, γ) η προσφεύγουσα (αρ. συστήματος προσφοράς ...) με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 32,80% και δ) η εταιρεία την επωνυμία «...» (αρ. συστήματος προσφοράς ...) με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 5%. Σε συνέχεια αξιολόγησης και αποσφράγισης των προσφορών, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη με αριθμό 256/2020 (της αριθ. 29/2020 Συνεδριάσεως της Οικονομικής Επιτροπής) απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία αποφάσισε την έγκριση του σχετικού υπ' αριθ. 1 πρακτικού της Επιτροπής διαγωνισμού, απέρριψε την προσφορά του οικονομικού φορέα «...», έκρινε αποδεκτές τις λοιπές προσφορές και ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο την «ΕΝΩΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ «...». Κατά της ως άνω απόφασης, η οποία μετά του εισηγητικού πρακτικού κοινοποιήθηκε προς τους συμμετέχοντες – πλην του προσωρινού αναδόχου – στις 29.10.2020 μέσω

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, ασκήθηκε την 8.11.2020 η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 29.10.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 8.11.2020. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

5. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε κατ' αρχήν η προδικαστική προσφυγή, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου αλλά και της παρεμβαίνουσας, η οποία προηγείται της ίδιας σε κατάταξη, προκειμένου να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της ως άνω προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 13.11.2020.

7. Επειδή, η παρέμβαση, η οποία κατατέθηκε στις 26.11.2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, ως απάντηση στο μήνυμα κοινοποίησης της προσφυγής, ασκήθηκε εκπροθέσμως κι επομένως απαραδέκτως. Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει, επικαλούμενη το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016, ότι δεν της κοινοποιήθηκε η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή αλλά έλαβε γνώση αυτής στις 18.11.2020 εισερχόμενη στο

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού. Επισημαίνεται ότι στο άρθρο 8 της ΥΑ 117384/2017 (ΦΕΚ Β' 3821/31.10.2017) με τίτλο «Επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων», προβλέπεται το εξής «1. Η διαδικασία επικοινωνίας, ενημέρωσης και διακίνησης εγγράφων πραγματοποιείται μέσω του υποσυστήματος κατά περίπτωση, με :

α. Την αποστολή ή κοινοποίηση σχετικών στοιχείων με μηνύματα δια της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» της εκάστοτε ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης ή της εκάστοτε ηλεκτρονικής πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών/αίτησης συμμετοχής. β. Την ανάρτηση σχετικών στοιχείων από τις Αναθέτουσες Αρχές/Αναθέτοντες Φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού» της εκάστοτε ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης. γ. Την υποβολή σχετικών στοιχείων από τους Οικονομικούς Φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικής Προσφοράς», της εκάστοτε διαδικασίας σύναψης σύμβασης και σε χωριστό σχετικό ηλεκτρονικό χώρο για κάθε Οικονομικό Φορέα, ο οποίος περιλαμβάνει κατά περίπτωση τους (υπό)φακέλους :i. «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» .ii. «Τεχνική Προσφορά». iii. «Οικονομική Προσφορά». δ. Την ανάρτηση σχετικών στοιχείων από τις Αναθέτουσες Αρχές/Αναθέτοντες Φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικής Πρόσκλησης Υποβολής Δικαιολογητικών/Αίτησης Συμμετοχής» της εκάστοτε ηλεκτρονικής πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών. ε. Την υποβολή σχετικών στοιχείων από τους Οικονομικούς Φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικής Υποβολής Δικαιολογητικών/Αίτησης Συμμετοχής» της εκάστοτε ηλεκτρονικής πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών/αίτησης συμμετοχής και σε χωριστό σχετικό ηλεκτρονικό χώρο για κάθε Οικονομικό Φορέα.2. Τα σχετικά στοιχεία αποστολής, κοινοποίησης, υποβολής ή ανάρτησης που αποτυπώνονται στις αντίστοιχες οθόνες της διεπαφής του χρήστη, και ειδικότερα ο καταγεγραμμένος χρόνος αυτών, αποτελούν απόδειξη επικοινωνίας και διακίνησης εγγράφων μέσω του υποσυστήματος. Οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας της προαναφερθείσας κατά περίπτωση αποστολής, κοινοποίησης ή υποβολής και λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη.3. Οι Οικονομικοί Φορείς υποβάλλουν μέσω του υποσυστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα που

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους υπογεγραμμένα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό, το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/EK (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της παρούσας. 4. Οι Αναθέτουσες Αρχές/Αναθέτοντες Φορείς, τα Γνωμοδοτικά Όργανα και οι Εποπτικοί και Ελεγκτικοί Μηχανισμοί υποβάλλουν και αναρτούν μέσω του υποσυστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014, τα άρθρα 3 και 5 της αριθμ. ΥΑΠ/Φ. 40.4/3/1031 Ρυθμίσεις για το Ηλεκτρονικό Δημόσιο Έγγραφο (ΦΕΚ Β 1317/2012) και τις διατάξεις της παρούσας» (βλ. και άρθρο 3.1. της διακήρυξης όπου υπάρχει ρητή αναφορά στην εφαρμογή της εν λόγω Κοινής Υπουργικής Απόφασης). Από την επισκόπηση της λειτουργικότητας «επικοινωνία» αλλά και από το γεγονός ότι η παρεμβαίνουσα απαντά στο αποσταλέν μήνυμα προκύπτει ότι έχει κοινοποιηθεί κατά τα ειδικώς οριζόμενα στο οικείο κανονιστικό πλαίσιο η κατατεθείσα προσφυγή προς την παρεμβαίνουσα στις 13.11.2020, οπότε όλως αβασίμως προβάλλει η τελευταία ότι δεν της έχει κοινοποιηθεί η προσφυγή. Εξάλλου, τυχόν πλημμελής σύνδεση της λειτουργικότητας «επικοινωνία» με διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (email) της παρεμβαίνουσας, ή/και τυχόν αστοχία λειτουργία αυτής (της ηλεκτρονικής διεύθυνσης), καταρχήν δεν εντάσσεται στον ορισμό της κοινοποίησης, και δευτερευόντως εμπίπτει στην σφαίρα ευθύνης του οικονομικού φορέα (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 209/2020), ο οποίος έτι περαιτέρω, ουδέν σχετικό αναφέρει, πολλώ, δε, μάλλον αποδεικνύει ενώπιον της ΑΕΠΠ. Σε κάθε περίπτωση, απαραδέκτως, υπεβλήθη, υπόμνημα της παρεμβαίνουσας, πρώτον δεδομένης της απαράδεκτης άσκησης της παρέμβασης και δευτερευόντως, καθώς δεν εξυπηρετείται η αρχή της αντιμωλίας (ΣΤΕ 780/2020) κατά το μέρος που το υπόμνημα – και δη χωρίς να έχει προβάλει ουδέν σχετικό με παρέμβαση – υποστηρίζει την προσβαλλόμενη ως προς την αποδοχή της προσφοράς του, ενώ εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή δεν υπέβαλε απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής.

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

Εξάλλου, λαμβάνοντας υπόψη ότι εν τοις πράγμασι το τιτλοφορούμενο ως «υπόμνημα» συνιστά παρέμβαση του αυτού παρεμβαίνοντος, ασκείται σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως ως δεύτερη παρέμβαση. Όσον αφορά, δε, την υποστήριξη της προσφυγής, κατά το μέρος που στρέφεται κατά της συμμετοχής της προσωρινής αναδόχου, όλως απαραδέκτως κατ' άρθρο 362 του Ν. 4412/2016, προβάλλονται οι σχετικοί ισχυρισμοί με παρέμβαση, πολλώ, δε, μάλλον το πρώτον με υπόμνημα παρεμβαίνουσας, ενώ δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο προδικαστικής προσφυγής. Ειδικότερα, η προβολή καταρχήν με την παρέμβαση λόγων με τους οποίους επιδιώκεται η ακύρωση της προσβαλλόμενης με προδικαστική προσφυγή πράξης και η εξέταση αυτών, θα συνιστούσε *contra legem* ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου 362 παρ. 3 του Ν.4412/2016, σύμφωνα με το οποίο παρέμβαση ασκείται μόνο με σκοπό τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. Επαλλήλως, δε, κατά το μέρος που με παρέμβαση προσβάλλεται απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η παρέμβαση συνιστά στην πραγματικότητα προδικαστική προσφυγή, για την παραδεκτή άσκηση της οποίας, πλην της συνδρομής του εννόμου συμφέροντος απαιτείται και δη προεχόντως, η τήρηση της εκ του νόμου προβλεπόμενης προθεσμίας άσκησής της, αλλά και η καταβολή του εκ του νόμου προβλεπόμενου παραβόλου, προϋποθέσεις οι οποίες ελλείπουν εν προκειμένω, ως προς το τιτλοφορούμενο ως «υπόμνημα» της παρεμβαίνουσας.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει με την προσφυγή της τα ακόλουθα: «1) Στην προσφορά της προσωρινής αναδόχου Ένωσης Οικονομικών φορέων ...» και συγκεκριμένα στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ των οικονομικών φορέων της προσωρινής αναδόχου Ένωσης Οικονομικών φορέων ...», υπάρχουν ουσιώδεις ελλείψεις για τους παρακάτω λόγους.

Και στα δυο ΤΕΥΔ των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων που απαρτίζουν την ένωση και συγκεκριμένα στο:

*Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα*

*A: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα Τρόπος συμμετοχής:*

*Στην ΕΡΩΤΗΣΗ*

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): αναγράφονται οι παρακάτω ΑΠΑΝΤΗΣΕΙΣ:

Στο ΤΕΥΔ της ...:

"α) ΜΕΛΟΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ΜΕΛΟΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ 1. ΕΡΓΑ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ: ... 100% 2. ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ 00% 2. ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ΕΡΓΑ: ... 100%, ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ ΕΡΓΑ: ... 100%

3. ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΕΡΓΑ: ...: 100% β) ... "

Στο ΤΕΥΔ του ...:

"α) ΜΕΛΟΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ΜΕΛΟΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ 1. ΕΡΓΑ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ: ... 100% 2. ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ 00% 2. ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ΕΡΓΑ: ... 100%, ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ ΕΡΓΑ: ... 100%

3. ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΕΡΓΑ: ...: 100%

β) ...'

Στο άρθρο 3 παρ. 3.1 της διακήρυξης του έργου, ορίζεται:

"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"

Στο άρθρο 96, παρ 7. του Ν.4412/2016, ορίζεται:

"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"

Στο άρθρο 24 παρ. 24.2 της διακήρυξης του έργου αναφέρεται ρητά ότι:

Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού να περιέχει τα ακόλουθα:

α) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας

Στο Κεφάλαιο 2 παρ. 2.1 της ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ που αφορά «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)», αναγράφεται ότι: "Το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, αντικαθιστώντας την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών.

Κατά συνέπεια, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, και την παράλληλη υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών/δικαιολογητικών, διότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο ως άνω κανόνας της προαπόδειξης, που εισάγει ο ν. 4412/2016, με την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων.

Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι εάν οι οικονομικοί φορείς υποβάλουν αυτοβούλως στον φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» - πέραν του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ- ένα ή περισσότερα από τα σχετικά πιστοποιητικά/δικαιολογητικά, η εν λόγω υποβολή δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς και αποκλεισμού του προσφέροντος, η δε αναθέτουσα αρχή δεν ελέγχει τα εν λόγω δικαιολογητικά στην παρούσα φάση»

Στο άρθρο 91 του Ν 4412/2016, αναφέρεται ότι:

«Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και αξιολόγησης 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 του Ν 4412/2016.

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι πέραν των άλλων, οι προσφέρουσες ενώσεις όφειλαν να ορίσουν επί ποινή αποκλεισμού με την προσφορά τους, την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών τους, καθώς και τον εκπρόσωπο/συντονιστή αυτής.



## Αριθμός απόφασης: 9/2021

Η ένωση οικονομικών φορέων ...", δια των απαντήσεων που εμπεριέχονται στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ των μελών της, δεν προσδιόρισε ως όφειλε με την προσφορά της, τον «εκπρόσωπο /συντονιστή» και την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της. Η μόνη αναφορά που γίνεται στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ των μελών της ένωση οικονομικών φορέων ...", Στην ΕΡΩΤΗΣΗ α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...):, είναι στα ποσοστά που αφορούν την συμμετοχή τους στην κατασκευή του έργου.

Όπως έχει κριθεί όμως (βλ. ad hoc Δ/κό Εφετείο Τρίπολης Ν8/2019), τόσο κατά τη γραμματική όσο και κατά τη λογική ερμηνεία της, η διάταξη του άρθρου 96 παρ. 7 του ν. 4412/2016 έχει την έννοια ότι η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει, με ποινή το απαράδεκτο, να περιλαμβάνει την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους στην ένωση και να συμπεριλαμβάνει την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης (κατανομή), η οποία ως μέγεθος διακριτό από την έκταση συμμετοχής, δεν περιλαμβάνεται κατά νόμο σε αυτήν, δεδομένου, άλλωστε ότι είναι δυνατό να μη συμπίπτει, κατά ποσοστό, με αυτήν.

Επομένως, όπως προκύπτει από τα ΤΕΥΔ των μελών της καθ' ης Ένωσης σε απάντηση των πιο πάνω πεδίων στο κεφάλαιο Α του μέρους ΙΙ αυτών, δεν αναφέρονται ούτε τα ποσοστά κατανομής της αμοιβής των μελών της ένωσης μεταξύ τους, ούτε και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής, όπως απαιτείτο επί ποινή αποκλεισμού στο άρθρο 3.1 της διακήρυξης.

Η υποβολή του συμπληρωμένου ΤΕΥΔ στα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πεδία, όπως ανά περίπτωση απαιτείται, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του κανόνα αυτού εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, δηλαδή υποβολή ελλιπούς κατά περιεχόμενο δήλωσης, συνιστά ουσιώδη παράλειψη συνεπαγόμενη αποκλεισμό του υποψηφίου μη δυνάμενη να αναπληρωθεί με παροχή διευκρινήσεων, η οποία κατ' άρθ. 102 Ν. 4412/2016 παρέχεται μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση και όχι για τροποποίηση που συνεπάγεται ουσιώδη μεταβολή, πολλώ μάλλον για

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

συμπλήρωση εκ των υστέρων παντελούς έλλειψης αναφοράς για ρητή απαίτηση της Διακήρυξης.

Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων κάθε διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας και, σε περίπτωση ένωσης, κάθε μέλος αυτής, προκειμένου να υποβάλει παραδεκτή προσφορά, δεν απαιτείτο να υποβάλει επιπλέον της οικονομικής προσφοράς και της εγγυητικής επιστολής κανένα άλλο έγγραφο ή δικαιολογητικό, πλην και μόνον του ΤΕΥΔ, συμπληρωμένου κατά το πρότυπο που είχε περιληφθεί στα έγγραφα της σύμβασης. Λαμβανομένου υπόψη δε ότι από τη φύση του ΤΕΥΔ, ως ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής, το οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, επέχει θέση υπευθύνου δηλώσεως, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι η εν λόγω ένωση οικονομικών φορέων πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζονται στην οικεία προκήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία, συνάγεται ότι δεν είναι επιτρεπτή η υποκατάστασή του από άλλα στοιχεία της προσφοράς τους μη έχοντα τον αυτό δεσμευτικό χαρακτήρα.

Κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος Ελ. Συν. 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

Επειδή, οι ανωτέρω ουσιώδεις ελλείψεις στην επίμαχη προσφορά συνιστούν παράβαση των όρων της διακήρυξης που επιφέρει έννομες συνέπειες, η αναθέτουσα αρχή για τους ανωτέρω λόγους και κατ' εφαρμογή των προβλεπομένων στο άρθρο 91 του ν.4412/2016, όφειλε να απορρίψει την προσφορά της Ένωσης Οικονομικών φορέων "...- ...".

Αντίθετα κατά παράβαση του νόμου την έκανε δεκτή.

Η παράβαση του νόμου οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και κατ' επέκταση των κατακυρωτικών

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

αυτού πράξεων, που στην προκειμένη περίπτωση είναι η προσβαλλομένη απόφαση.

2) Στην προσφορά της δεύτερης κατά σειρά μειοδοσίας ..., υπάρχουν ουσιώδεις ελλείψεις για τους παρακάτω λόγους.

2.1 Και στα δυο ΤΕΥΔ των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων που απαρτίζουν την κοινοπραξία και συγκεκριμένα στο:

Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα Α:  
Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα Τρόπος συμμετοχής:

Στην ΕΡΩΤΗΣΗ

α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...):  
αναγράφονται οι παρακάτω ΑΠΑΝΤΗΣΕΙΣ:

Στο ΤΕΥΔ του ...:

α) [ΜΕΛΟΣ και ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ΤΗΣ ... - ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΕΣ & Η/Μ ΕΡΓΑΣΙΕΣ] β) [ΜΕΛΟΣ ... «...»- ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΓΕΩΤΡΗΣΕΩΝ] Στο ΤΕΥΔ του ...:

α) [ΜΕΛΟΣ ... ...-ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΓΕΩΤΡΗΣΕΩΝ

β) [ΜΕΛΟΣ & ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ... «...» - ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΕΣ ΚΑΙ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ]

Εκ των απαντήσεων που εμπεριέχονται στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων της Κοινοπραξίας, ουδόλως προκύπτει η κατανομή αμοιβής μεταξύ τους, όπως αυτό απαιτούνταν από τους όρους της διακήρυξης, να αναγράφεται επί ποινή αποκλεισμού. Η μόνη αναφορά που γίνεται στα ΤΕΥΔ των μελών της ..., στην ΕΡΩΤΗΣΗ α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...):, , είναι στα ποσοστά που αφορούν την συμμετοχή τους στην κατασκευή του έργου . Η κατανομή αμοιβής όμως προαναφέρθηκε, δεν συμπίπτει πάντα με την συμμετοχή στην κατασκευή, αποτελεί μέγεθος διακριτό και αποτελεί αντικείμενο συμφωνίας μεταξύ των μελών της ένωσης.

Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα ΤΕΥΔ των μελών της καθ' ης Κοινοπραξίας σε απάντηση των πιο πάνω πεδίων στο κεφάλαιο Α του μέρους II αυτών, δεν αναφέρονται τα ποσοστά κατανομής της αμοιβής των μελών της κοινοπραξίας μεταξύ τους.

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

Επομένως, η αναθέτουσα αρχή για τους λόγους που αναφέρονται ανωτέρω και συγκεκριμένα στο εδάφιο 10.1 της παρούσας και κατ' εφαρμογή των προβλεπομένων στο άρθρο 91 του ν.4412/2016, όφειλε να απορρίψει την προσφορά της "...".

Αντίθετα κατά παράβαση του νόμου έκανε δεκτή την εν λόγω προσφορά.

Η παράβαση του νόμου οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και κατ' επέκταση των κατακυρωτικών αυτού πράξεων, που στην προκειμένη περίπτωση είναι η προσβαλλομένη απόφαση.

2.2 Στην υποβληθείσα στον διαγωνισμό εγγυητική επιστολή συμμετοχής, υπάρχουν ουσιώδεις ελλείψεις και σφάλματα για τους παρακάτω λόγους.

Στην υποβληθείσα με την προσφορά, υπ' αρ. 8073 εγγυητική επιστολή συμμετοχής της ..., μεταξύ άλλων αναγράφεται ότι:

"Με την παρούσα σας εγγυώμεθα ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, παραιτούμενοι από το δικαίωμα της διαιρέσεως και διζήσεως υπέρ της ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ ... με ΑΦΜ:... - ... με ΑΦΜ....., ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ... .."

Στο άρθρο 19 «Οικονομικοί φορείς», παρ. 2-4 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι:

«2. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής 3. Ανεξαρτήτως της παρ. 2, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτήσουν από τις ενώσεις οικονομικών φορέων να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή εφόσον τους ανατεθεί η σύμβαση, στο μέτρο που η περιβολή αυτής της νομικής μορφής είναι αναγκαία για την ικανοποιητική εκτέλεση της σύμβασης. Ειδικά, στην περίπτωση δημοσίων συμβάσεων έργου, η νομική μορφή της αναδόχου - ένωσης, πρέπει να είναι τέτοια ώστε να εξασφαλίζεται η ύπαρξη ενός και μοναδικού αριθμού φορολογικού μητρώου για την ένωση (π.χ. κοινοπραξία συσταθείσα δια συμβολαιογραφικού εγγράφου).

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

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».

Στο άρθρο 72 «Εγγυήσεις», παρ. 1 και 3-5 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τημημάτων. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση.

Στο άρθρο 15 της Διακήρυξης, με τίτλο «Εγγύηση συμμετοχής», ορίζεται ότι:

«15.1 [...].Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση.

Στο υπόδειγμα της Κατευθυντήριας Οδηγίας 12 της ΕΑΑΔΗΣΥ που αφορά την εγγυητικές επιστολές συμμετοχής αλλά και στο υπόδειγμα των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής που εκδίδει το ΤΜΕΔΕ, όταν πρόκειται για εγγυητική υπέρ Κ/Ξ ή ένωσης συμμετεχόντων, αναγράφεται ότι "η εγγύηση παρέχεται ατομικά και για κάθε ένα από τους ανωτέρω ως αλληλέγγυους και εις ολόκληρον υπόχρεους μεταξύ τους, εκ της ιδιότητάς τους ως μελών της Κ/Ξ η ένωσης".

Στο άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

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.

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι, σε περίπτωση υποβολής οικονομικής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, στην εγγυητική επιστολή συμμετοχής, η εγγύηση οφείλει να παρέχεται υπέρ όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση, ατομικά και για κάθε έναν από αυτούς.

Στην επίμαχη Εγγυητική Επιστολή όμως, δεν τηρούνται τα ανωτέρω.

Συγκεκριμένα, η Εγγυητική Επιστολή, έχει εκδοθεί υπέρ της «ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ ... με ΑΦΜ:... - ... με ΑΦΜ:..., ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ...», χωρίς ωστόσο να προκύπτει από κανένα σημείο της προσφοράς του εν λόγω οικονομικού φορέα, ότι πράγματι η συμμετέχουσα ένωση προσώπων, προχώρησε σε σύσταση Κοινοπραξίας, η οποία έλαβε οποιαδήποτε εταιρική μορφή ή τηρήθηκαν για αυτήν οι διατυπώσεις δημοσιότητας του άρθρου 293 του Ν. 4072/2012 ή τέλος, ότι αυτή έλαβε αυτοτελώς Αριθμό Φορολογικού Μητρώου (Α.Φ.Μ.), απολύτως διακριτό από τους επιμέρους Α.Φ.Μ. των μελών (φυσικών ή νομικών προσώπων) που την απαρτίζουν (πρβλ. και άρθρο 2 παρ. 2 του ΠΔ 186/1992 «Κώδικας Βιβλίων και Στοιχείων»). Επομένως η Κοινοπραξία στερείται νομικής προσωπικότητας και δεν μπορεί να είναι υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων (άρθρα 61 και 34 του Α.Κ.) Ολομ. Αρ. Παγ. Αποφ. 22/1998. Ως εκ τούτου, η υπό κρίση Εγγυητική Επιστολή, έχει εκδοθεί υπέρ μίας Κοινοπραξίας, η οποία δεν υφίσταται στον νομικό κόσμο και σε καμία περίπτωση δεν ταυτίζεται με τα απαρτίζοντα μέλη την κοινοπραξία με την επωνυμία "ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ... - ...". Άλλωστε, όπως αναντίρρητα προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, η εν λόγω ένωση οικονομικών φορέων, συμμετείχε στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, ως ένωση, η οποία θα λάμβανε την μορφή Κοινοπραξίας, εφόσον αναδεικνυόταν ανάδοχος αυτού.

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

Η επίμαχη εγγυητική επιστολή δεν καλύπτει σε καμία περίπτωση ως όφειλε, τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν σε αυτήν ατομικά και για κάθε έναν από αυτούς.

Επομένως από το περιεχόμενό της εν λόγω εγγυητικής επιστολής, δεν προκύπτει η δέουσα έκταση ευθύνης του εγγυητή.

Επειδή έχει κριθεί ότι πλημμέλειες της εγγυητικής είναι ουσιώδης, όταν από το περιεχόμενό της καταλείπονται αμφιβολίες σχετικά με την έκταση της δέσμευσης του εγγυητή (ΑΕΠΠ 279/2020) και δεν διασφαλίζεται η εξυπηρέτηση του σκοπού, στον οποίο αποβλέπει η θέσπιση της εγγυητικής επιστολής ως μέσου παροχής εγγυήσεως εκ μέρους του υποψηφίου αναδόχου, σκοπού που συνίσταται στην άμεση και απρόσκοπτη καταβολή στον κύριο του έργου του ποσού της εγγυητικής επιστολής σε περίπτωση αθετήσεως, εκ μέρους του μετέχοντος στην δημοπρασία, των συναφών υποχρεώσεών του.

Επειδή δεν είναι ανεκτό, να συντρέχει οποιαδήποτε περίπτωση αμφιβολίας, περί της ταυτότητας του οικονομικού φορέα, φυσικού ή νομικού προσώπου, υπέρ του οποίου παρέχεται η εγγύηση.

Επειδή στην προκειμένη περίπτωση, όπως ήδη ειπώθηκε και ανωτέρω, η εν λόγω Εγγυητική Επιστολή έχει εκδοθεί υπέρ μίας μη συσταθείσας Κοινοπραξίας και όχι υπέρ όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν σε αυτήν ατομικά και για κάθε έναν από αυτούς που την απαρτίζουν, ως όφειλε.

Ως εκ τούτου, συνάγεται ότι η επίμαχη Εγγυητική Επιστολή, με το συγκεκριμένο περιεχόμενο όπως προσκομίστηκε και έγινε δεκτή από την αναθέτουσα αρχή, δεν συμμορφώνεται με τα οριζόμενα στις προαναφερθείσες διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης, αναφορικά με το ελάχιστο περιεχόμενο της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής, σε περίπτωση που ο συμμετέχων φορέας είναι ένωση προσώπων, όπως εν προκειμένω.

Τα ανωτέρω συνιστούν ουσιώδη παράβαση των όρων της διακήρυξης που επιφέρει έννομες συνέπειες και δεν μπορεί να συμπληρωθούν εκ των υστέρων, διότι θα επρόκειτο για υποβολή νέου μη υποβληθέντος εγγράφου, σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης.

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

Κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος Ελ. Συν. 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

Επομένως, η αναθέτουσα αρχή για τους ανωτέρω λόγους και κατ' εφαρμογή των προβλεπόμενων στο άρθρο 91 του ν.4412/2016, όφειλε να απορρίψει την προσφορά της "...".

Αντίθετα κατά παράβαση του νόμου έκανε δεκτή την εν λόγω προσφορά.

Η παράβαση του νόμου οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και κατ' επέκταση των κατακυρωτικών αυτού πράξεων, που στην προκειμένη περίπτωση είναι η προσβαλλομένη απόφαση.».

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: « 1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.[...]». Περαιτέρω, το άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών». Περαιτέρω, το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Εγγυήσεις» αναφέρει ρητώς « 1. Οι αναθέτουσες αρχές



## Αριθμός απόφασης: 9/2021

ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τμημάτων. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής. [...] Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης. Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Η ένσταση του αναδόχου κατά της απόφασεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά: [...]». Επίσης, το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» προβλέπει ότι «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102. δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης. ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. στ) Προσφορά υπό αίρεση. [...]». Περαιτέρω, στην παράγραφο 7 του άρθρου 96 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «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». Τέλος, το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» προβλέπει ρητώς ότι «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους,

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

10. Επειδή, οι οικείοι όροι της διακήρυξης αναφέρουν τα εξής «i)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 ii) Άρθρο 15: Εγγύηση συμμετοχής

15.1 Για την συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείται η κατάθεση από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, κατά τους όρους της παρ. 1 α) του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των δέκα τεσσάρων χιλιάδων διακοσίων ογδόντα εννιά ευρώ και δέκα λεπτών (14.289,10) ευρώ.

Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση.

15.2 Οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής περιλαμβάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία :α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη,

γ) τον κύριο του έργου ή το φορέα κατασκευής του έργου προς τον οποίο απευθύνονται,

δ) τον αριθμό της εγγύησης,

ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση,

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

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

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

η) τα στοιχεία της διακήρυξης (αριθμός, έτος, τίτλος έργου) και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών,

θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης,

ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται.

(Στο σημείο αυτό γίνεται παραπομπή στα σχετικά υποδείγματα, εφόσον υπάρχουν).

15.3 Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της παρούσας, ήτοι μέχρι 24/04/2021, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής.

15.4 Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας. Η ένσταση του αναδόχου κατά της απόφασης δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως.

15.5 Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης.

Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 72 του ν. 4412/2016..iii) Άρθρο 24 : Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς

24.1 Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφακέλους:

(α) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής»

(β) υποφάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» σύμφωνα με τα κατωτέρω:

24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα:

- α) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης ( ΤΕΥΔ )
- β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας.

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

24.3 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Οικονομική Προσφορά» περιέχει το ψηφιακά υπογεγραμμένο αρχείο pdf, το οποίο παράγεται από το υποσύστημα, αφού συμπληρωθούν καταλλήλως οι σχετικές φόρμες.

24.4 Στην περίπτωση που με την προσφορά υποβάλλονται ιδιωτικά έγγραφα, αυτά γίνονται αποδεκτά είτε κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του Ν. 4250/2014 (Α' 94) είτε και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση, στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους και η οποία φέρει υπογραφή μετά την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (ήτοι μετά την ημερομηνία ανάρτησης της προκήρυξης της σύμβασης στο Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ.)».

11. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μηκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

12. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011,

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

13. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕΦΑΘ 271/2011). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10,



## Αριθμός απόφασης: 9/2021

ΕΥ:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, ΕΥ:C:2013:647, σκέψη 36).

14. Επειδή, με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα επικαλείται ως προς την προσφορά της προσωρινής αναδόχου ότι δεν περιλαμβάνει την απαιτούμενη διακριτή αναφορά στο ποσοστό συμμετοχής στην αμοιβή των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων αλλά και τον εκπρόσωπο/συντονιστή αυτής (βλ. σκ. 8), παράλειψη η οποία δεν δύναται κατά την κρίση της να θεραπευθεί νομίμως δια διευκρινίσεως.

15. Επειδή, προκύπτει από την γραμματική διατύπωση του οικείου όρου του άρθρου 3.1. της διακήρυξης ότι απαιτείται η αναφορά τόσο της έκτασης και του είδους της συμμετοχής κάθε μέλους, όσο και της κατανομής της αμοιβής των μελών αλλά και του εκπροσώπου/ συντονιστή της ένωσης. Περαιτέρω, στο Τμήμα «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του «Μέρους II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του Τ.Ε.Υ.Δ. του διαγωνισμού, περιλαμβάνονται προς συμπλήρωση τα ακόλουθα πεδία: «Τρόπος συμμετοχής: Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους; Εάν ναι, μεριμνήστε για την υποβολή χωριστού εντύπου ΤΕΥΔ από τους άλλους εμπλεκόμενους οικονομικούς φορείς. Εάν ναι: α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): β) Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: γ) Κατά περίπτωση, επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας.». Στο, δε, Τμήμα «Β: Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» του ίδιου Μέρους II του Τ.Ε.Υ.Δ., υπάρχει προς συμπλήρωση διακριτό πεδίο προς συμπλήρωση των στοιχείων που αφορούν στην εκπροσώπηση.

16. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3.1 της Διακήρυξης, συνάγεται ότι το εδάφιο α' της επίμαχης παραγράφου ρυθμίζει τον τρόπο υποβολής της προσφοράς από τις ενώσεις οικονομικών φορέων και διαλαμβάνει ότι η προσφορά είτε υπογράφεται από όλους τους συμμετέχοντες φορείς είτε από εκπρόσωπο που έχει νομίμως εξουσιοδοτηθεί προς τούτο από το σύνολο των

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Αντιθέτως, το εδάφιο β΄ της επίμαχης παραγράφου έχει όλως διακριτό ρυθμιστικό πεδίο από αυτό του εδαφίου α΄ και ρυθμίζει τα του περιεχομένου της προσφοράς από τις ενώσεις οικονομικών φορέων και ουδόλως συσχετίζεται με τον τρόπο και χρόνο υποβολής αυτής (προσφοράς). Ειδικότερα, στο εδάφιο β΄ διαλαμβάνεται ότι στην προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει «απαραιτήτως» (κατά την οικεία Διακήρυξη «επί ποινή αποκλεισμού») να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης, η κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους «καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής». Συνεπώς, και η σχετική νομοθετική διάταξη (άρθ. 96 παρ. 7) και η οικεία Διακήρυξη (άρθ. 3.1) είναι σαφείς, αφού στο εδάφιο α΄ καθορίζεται - σε περίπτωση που η προσφορά δεν υπογράφεται από το σύνολο των οικονομικών φορέων της ένωσης - το νομίμως εξουσιοδοτημένο πρόσωπο που καταθέτει, εκπροσωπώντας τους φορείς της κοινοπραξίας, την προσφορά, δηλαδή αποδέχεται την κατά τα άρθρα 185 και 189 ΑΚ δημόσια πρόταση, που έγινε από την αναθέτουσα αρχή με τη Διακήρυξη, και δεσμεύει με την αποδοχή της για τους επόμενους, τουλάχιστον έξι μήνες (άρθ. 97 παρ. 3 του ν. 4412/2016), τα μέλη της κοινοπραξίας. Αντιθέτως, στο εδάφιο β΄, ενόψει του γεγονότος ότι μια κοινοπραξία ενδέχεται να αποτελείται από ικανό αριθμό οικονομικών φορέων και προκειμένου ο κύριος του έργου (Διευθύνουσα Υπηρεσία) να μην είναι υποχρεωμένος, επί ζημία της ομαλής εκτέλεσης της σύμβασης, να έρχεται σε συνεννόηση με τον καθένα χωριστά από τους κοινοπρακτούντες εταίρους, διαλαμβάνεται ότι η συμμετέχουσα κοινοπραξία οφείλει να υποδείξει έναν εκ των μελών της ένωσης, το οποίο αναλαμβάνει την ευθύνη της εκπροσώπησης και του διοικητικού και τεχνικού συντονισμού των μελών για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας. Πρόκειται, δηλαδή, για επέκταση, με το νέο νομοθετικό πλαίσιο, και στις συμβάσεις δημοσίων έργων του θεσμού του «εκπροσώπου της σύμπραξης» που, κατά το προϋσχύσαν δίκαιο, προβλεπόταν αποκλειστικά κατά τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων μελετών (βλ. άρθρο 1 περ. 21 του ν. 3316/2005, με το οποίο οριζόταν ότι: «Εκπρόσωπος της σύμπραξης» είναι το φυσικό πρόσωπο που ορίζεται με κοινή δήλωση των μελών της και έχει την ευθύνη της εκπροσώπησης και του διοικητικού και τεχνικού συντονισμού των

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

μελών για την παραγωγή σύνθετης μελέτης ή υπηρεσίας»). Κατά τούτο, ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης έχει την έννοια του «επικεφαλής εταίρου» (lead partner) και ταυτίζεται εννοιολογικά με τον όρο «επικεφαλής» (leader) που αναφέρεται στο ΕΕΕΣ, όρος που στον Εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 (ΕΕ) της Επιτροπής (ΕΕ L 3/6.1.2016), όπως διορθώθηκε για την ελληνική έκδοση με το C/2018/0225 «Διορθωτικό» (ΕΕ L 17/65/23.1.2018), αναφέρεται πλέον ως «συντονιστής», διασφαλίζοντας έτσι την ενότητα της ορολογίας. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η έννοια του εκπροσώπου της ένωσης οικονομικών φορέων που υποβάλλει την προσφορά, - ο οποίος δύναται να είναι οποιοδήποτε φυσικό πρόσωπο που έχει νομίμως εξουσιοδοτηθεί προς τούτο από τα μέλη της ένωσης -, είναι όλως διάφορη και διακριτή από την έννοια του εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης, ο οποίος είναι μέλος της ένωσης και, επομένως, δεν επιτρέπεται ούτε η δήλωση περισσότερων φορέων ως επικεφαλής, ούτε η απόδοση της ιδιότητας αυτής σε φυσικό πρόσωπο που δεν συμμετέχει αυτοτελώς στην ένωση, όπως οι εκπρόσωποι των συμμετεχουσών επιχειρήσεων (βλ. Ε.Σ. Τμήμα Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 590/2019, Α.Ε.Π.Π. 423/2020, 279/2020, 29/2020).

17. Επειδή, εν προκειμένω, στο ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης της προσωρινής αναδόχου αναφέρεται «α) ΜΕΛΟΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ 1. ΕΡΓΑ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ: ... 1 00% 2. ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ΕΡΓΑ: ... 100%, ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ ΕΡΓΑ: ... 100% 3. ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΕΡΓΑ: ...: 100%». Επίσης, έχει υποβληθεί με την οικεία προσφορά το από 23.09.2020 ιδιωτικό συμφωνητικό της ένωσης οικονομικών φορέων, που αναφέρει μεταξύ άλλων «5. ΠΟΣΟΣΤΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ

*Η συμμετοχή των συμβαλλομένων στην κατανομή της κατασκευής του έργου ορίζεται ως ακολούθως:*

*A. ΕΡΓΑ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ*

*...*

*100%*

*B. ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ΕΡΓΑ*

*...*

*100%*

*Γ. ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΕΡΓΑ*

...

100%

Στις ως ανωτέρω ομάδες εργασιών θα εφαρμοστούν οι επιλεχθείσες εκπτώσεις και θα προστεθούν τα γενικά έξοδα και το εργολαβικό όφελος της Ένωσης για να προκύψει η τελική προσφορά προς την Υπηρεσία.

Κατά το ίδιο ως άνω ποσοστό συμμετοχής επί του συνόλου είναι υποχρεωμένοι οι συμβαλλόμενοι για την εισφορά του απαιτούμενου κατά την ίδρυση της Ένωσης κεφαλαίου.

Οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής θα εκδοθούν σύμφωνα με τα ποσοστά συμμετοχής της κάθε εταιρίας στις αντίστοιχες κατηγορίες εργασιών.

Οπότε η συμμετοχή της εταιρίας «...» είναι σε ποσοστό 100% σε έργα οδοποιίας καθώς επίσης και σε ποσοστό 100% στα οικοδομικά έργα. Το συνολικό ποσό των προαναφερθέντων εργασιών σύμφωνα με τον προϋπολογισμό του έργου είναι:  $27.536,20\text{€} + 407.959,89\text{€} = 453.496,09\text{€}$ . Που συνεπάγεται ποσοστό 82,72% του συνόλου των εργασιών. ( $453.496,09/526.496,09=0,8272$ ).

Αντίστοιχα η συμμετοχή της εταιρίας «...» είναι σε ποσοστό 100% σε υδραυλικά έργα. Το συνολικό ποσό των προαναφερθέντων εργασιών σύμφωνα με τον προϋπολογισμό του έργου είναι: 91.000,00€. Που συνεπάγεται ποσοστό 17,28% του συνόλου των εργασιών. ( $91.000,00\text{€}/526.496,09\text{€}=0,1728$ ).

Επομένως από το ποσό των 14.289,10€ του συνόλου της απαιτούμενης εγγυητικής συμμετοχής που απαιτείται σύμφωνα με το άρθρο 15 της διακήρυξης του έργου η εταιρία «...» θα εκδώσει εγγυητική επιστολή ποσού:  $82,72\% \times 14.289,10\text{€} = 11.820,00\text{€}$ . Ενώ η εταιρία «...» θα εκδώσει εγγυητική επιστολή ποσού:  $17,28\% \times 14.289,10\text{€} = 2.470,00\text{€}$ . Ακόμη και αν ήθελε ληφθεί, επομένως, υπόψη η ως άνω αναφορά στο υποβληθέν ιδιωτικό συμφωνητικό, από τα ανωτέρω, συνδυαστικά θεώμενα στοιχεία της προσφοράς, προκύπτει το εύρος του αντικειμένου που αναλαμβάνει ένας έκαστος εκ των μελών και δια της ανάλυσης που εμπεριέχεται στο οικείο συμφωνητικό για τον υπολογισμό του ποσού της εγγυητικής που θα εκδώσει για την ένωση ένα έκαστο των μελών, το ποσοστό συμμετοχής του στα αντικείμενα του έργου εν είδει κατανομής στο φυσικό αντικείμενο, το οποίο δια

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

των ανωτέρω διαλαμβανομένων υπό το πρίσμα και του ειδικότερου περιεχομένου της οικείας προσφοράς δεν συμπίπτει απαραίτητως με την κατανομή της αμοιβής του έργου. Επιπροσθέτως, δεν υπάρχει ρητή αναφορά στην ομοίως επί ποινή απόρριψης της προσφοράς απαίτηση ορισμού κοινού εκπροσώπου/συντονιστή. Εξάλλου, από τις ανωτέρω διατάξεις, ερμηνευόμενες σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τη διενέργεια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, συνάγεται ότι όταν το περιεχόμενο της προσφοράς παρουσιάζει ελλείψεις κατά παράβαση όρου διακήρυξης που έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού δεν παρέχεται ούτε στο διαγωνιζόμενο ούτε στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα άρσης της παράβασης κατά το στάδιο του ελέγχου των προσφορών (πρβλ. ΔεφΑθ 284/2020, ΣΤΕ 1490/2019, ΕΑ ΣΤΕ159/2019, 30/2019, 184/2017 κ.α.). Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής μεθερμηνευόμενος κατά τα ως άνω, κρίνεται ως βάσιμος.

18. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα επικαλείται παράλειψη της παρεμβαίνουσας αναφοράς της κατανομής αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης λαμβάνοντας υπόψη τα υποβληθέντα ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης.

19. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ, 319).

20. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

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

22. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, στο παρόν στάδιο της αξιολόγησης η αναθέτουσα αρχή, κατ' αρχήν κατά δεσμία αρμοδιότητα κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης (Διακήρυξης) στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δεσμία αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης. Έχει, δε, έτι περαιτέρω, κριθεί (ΕΛΣυν 524/2012 Τμ. VI), ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣΤΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υπόθ. C-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.6.2007).

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

24. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C--19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι «Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

«όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία» [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΡΙ) σκ. 71].

25. Επειδή, από την επισκόπηση του οικείου φακέλου προκύπτει ότι, κατά τα ορθώς προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, τα ΤΕΥΔ που υπέβαλαν τα μέλη της ένωσης ουδόλως αναφέρονται ρητώς σε επιμερισμό αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης. Ωστόσο, εντός της αυτής προσφοράς έχει υποβληθεί και το από 24.09.2020 ιδιωτικό συμφωνητικό, που στην παρ. 7 αναφέρει την κατανομή του φυσικού αντικείμενου του έργου μεταξύ των μελών ενώ στην παρ. 10 αναφέρει επιπροσθέτως *«Η ως άνω κατανομή της συμμετοχής των συμβαλλομένων στις κερδοζημίες του έργου δεν θίγει βεβαίως τις ρυθμίσεις του νόμου για την εις ολόκληρον ευθύνη έναντι στον κύριο του έργου, την οποία αποδέχονται ήδη αυτοί»*. Επομένως, ερμηνευτικά κατά τρόπο εναργή προκύπτει με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας η ταύτιση εν προκειμένω της κατανομής των εργασιών με την κατανομή αμοιβής εφόσον στην παρ. 10 περιλαμβάνεται και η έννοια του όρου κέρδους που παραπέμπει προφανώς και στην αμοιβή ενός εκάστου των μελών. Εξάλλου, αντίθετη ερμηνεία θα απέβαινε εξεχόντως φορμαλιστική και έβαινε πέραν του σκοπού της εν θέματι διάταξης.

26. Επειδή, έτι περαιτέρω, ουδόλως προκύπτει από τον οικείο όρο της διακήρυξης ή/και από το *ad hoc* περιεχόμενο του επίμαχου πεδίου του ΤΕΥΔ (βλ. σκ 10), ότι η εν θέματι κατανομή αμοιβής όφειλε να περιληφθεί επί ποινή απαραδέκτου στο τελευταίο, καθιστώντας αλυσιτελή την αναφορά της στο ιδιωτικό συμφωνητικό και *de facto* απορριπτέα την προσφορά της παρεμβαίνουσας (βλ. ΔεφΑθ 179/2020). Επομένως, ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος.

27. Επειδή, με τον τελευταίο λόγο που αφορά την προσφορά της παρεμβαίνουσας, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η εγγυητική επιστολή της τελευταίας κατά παράβαση της οικείας νομοθεσίας και των όρων της διακήρυξης έχει εκδοθεί υπέρ Κοινοπραξίας, η οποία δεν υφίσταται και δεν



## Αριθμός απόφασης: 9/2021

αναφέρει ρητώς ότι έχει εκδοθεί υπέρ αμφότερων των μερών της (άτυπης) κοινοπραξίας άλλως ένωσης οικονομικών φορέων.

28. Επειδή, η εγγυητική επιστολή, ως αυτοτελής σύμβαση, αποτελεί την υπόσχεση του πιστωτικού ιδρύματος για καταβολή ορισμένου ποσού προς εκείνον που απευθύνεται προς εξασφάλισή του από τους κινδύνους της συναλλακτικής σχέσης του με το πρόσωπο υπέρ του οποίου δίνεται η επιστολή. Σύμφωνα με τη θεωρία του αστικού δικαίου, η περί της χορήγησης εγγυητικής επιστολής σύμβαση μεταξύ της εκδότριας τράπεζας και του υπέρ ου η εγγύηση/λήπτη της επιστολής δε ρυθμίζεται σε κάποιο ειδικότερο νομοθέτημα αλλά αποτελεί προϊόν διαμόρφωσης μεταξύ των μερών στα πλαίσια της συμβατικής ελευθερίας τους σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 361 ΑΚ και 5 παρ. 1 Σ υπό την επιφύλαξη των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου. Ως προς τη νομική φύση της, η τριγωνική σχέση που δημιουργείται μεταξύ δανειστή-οφειλέτη-τράπεζας, με αφορμή την εγγυητική επιστολή που εκδίδει η τελευταία, αποτελεί ιδιόμορφη σύμβαση που καταρτίζεται, ομοίως, στο πλαίσιο της ελευθερίας των συμβάσεων. Η εγγυητική επιστολή επομένως διέπεται αφενός από τις διατάξεις που ρυθμίζουν τις συμβάσεις και αφετέρου από τις αναλογικά εφαρμοζόμενες, λόγω έλλειψης άλλων ειδικότερων διατάξεων, διατάξεις του Αστικού Κώδικα που ρυθμίζουν την εγγύηση (άρθρα 847 επ. ΑΚ), εφόσον οι διατάξεις για την εγγύηση συμβιβάζονται με την εν λόγω σχέση. Ειδικότερα, οι παρά των τραπεζών συνήθως εκδιδόμενες εγγυητικές επιστολές αποτελούν ιδιαίτερο είδος και τύπο εγγυήσεως, δημιούργημα της συναλλακτικής πρακτικής που διέπεται από τις διατάξεις περί παραγγελίας του ΕμπΝ και τις διατάξεις περί εντολής (714 επ.) του ΑΚ, κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του και μάλιστα ανεξάρτητα από το κύρος ή την ελαττωματικότητα της σχέσης μεταξύ αφενός του υπέρ ου η επιστολή και του λήπτη και αφετέρου μεταξύ του εγγυητή και του υπέρ ου η επιστολή. Επιπλέον, η εγγυητική επιστολή αποτελεί έγγραφη υπόσχεση τράπεζας προς οφειλέτη πελάτη της ότι θα εκπληρώσει ορισμένη χρηματική οφειλή του

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

πελάτη προς τον δανειστή του, είτε στην περίπτωση που ο πελάτης δεν εκπληρώσει την παροχή του, είτε στην περίπτωση που ο δανειστής δηλώσει ότι ο πελάτης της τράπεζας δεν εκπλήρωσε την παροχή του. Με τη σύμβαση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι του δανειστή να του καταβάλει οφειλή τρίτου, λόγω δε του ενδοτικού χαρακτήρα των περι εγγυήσεως διατάξεων δεν αποκλείεται να περιληφθεί στη σύμβαση ρήτρα, κατά την οποία ο εγγυητής θα καταβάλει το ποσό της εγγύησης σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το υπαρκτό και το νόμιμο του χρέους και να προβάλλει την ένσταση διζήσεως (βλ. [https://www.eaadhsy.gr/images/docs/2020\\_1-Eidiki\\_Ekthesi\\_EAADHSY.pdf](https://www.eaadhsy.gr/images/docs/2020_1-Eidiki_Ekthesi_EAADHSY.pdf)).

29. Επειδή, το άρθρο 15 της διακήρυξης (βλ. σκ. 10) αναφέρει ρητώς ότι σε περίπτωση ένωσης πρέπει να αναφέρονται στην εγγυητική επιστολή συμμετοχής τα στοιχεία ενός εκάστου των μελών αυτής καθώς και να περιλαμβάνεται ο όρος ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση.

30. Επειδή, η παρεμβαίνουσα έχει υποβάλει την με αρ. 011/A 8073 εγγυητική επιστολή συμμετοχής ποσού 14.289,10 ευρώ της ..., η οποία αναφέρει ότι έχει εκδοθεί «ΥΠΕΡ ΤΗΣ ... με ΑΦΜ ... ..-... με ΑΦΜ ....., ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ..., ...» και κατωτέρω αναφέρει ότι καλύπτει μόνο τις απορρέουσες από την συμμετοχή στο διαγωνισμό υποχρεώσεις της ανωτέρω [εννοώντας Κοινοπραξίας]...[...]. Όπως έχει, δε, κριθεί (ΣΤΕ 1667/2011 Ολομ.), με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές. Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπόμπουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, την οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου, όπως σε κανόνες του συντάγματος ή του κοινοτικού δικαίου (ΣΤΕ 964/1998 Ολομ.,

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008 και άλλες, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, *Universale-Bau AG*, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, *Santex SpA*, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66) ή αντιβαίνουν σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της κοινής νομοθεσίας. Τούτο δε, δηλαδή η αδυναμία παρεμπόπτουσας αμφισβήτησης της νομιμότητας όρων της διακήρυξης, η οποία δεν έχει προσβληθεί ευθέως, ισχύει, κατά λογική ακολουθία, και στο μεταγενέστερο στάδιο της εκτέλεσης της συναφθείσης με τον ανάδοχο σύμβασης, οπότε οι όροι της διακήρυξης έχουν πλέον καταστεί όροι της σύμβασης διότι, πέραν των ανωτέρω, η αντίθετη άποψη θα είχε και ως συνέπεια την, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ανεπίτρεπτη, εκ των υστέρων, ανατροπή των όρων με βάση τους οποίους αναπτύχθηκε ο ανταγωνισμός, διαμορφώθηκαν οι προσφορές των διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκε ο ανάδοχος (πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, *CAS Succhi di Frutta SpA*, C-496/99 P, σκέψεις 106 έως 125 και απόφαση της 19.6.2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, C-454/06, σκέψεις 55 και επόμενες και ιδίως 59 και 60). Επομένως, καταρχήν προκύπτει ότι, εν προκειμένω, δεν πληρούνται οι ως άνω αναφερθέντες όροι της διακήρυξης ως προς το κατ' ελάχιστον περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής.

31. Επειδή, ωστόσο και όλως επικουρικώς, *de minimis* πλημμέλειες της εγγυητικής επιστολής δύνανται να συμπληρωθούν/διορθωθούν υπό τους όρους και προϋποθέσεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, τηρουμένης της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και της χρηστής διοίκησης (Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις, Ερμηνεία κατ' άρθρον, Σχετικές διατάξεις – Νομολογία, Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ. 657-658). Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να καλεί τους προσφέροντες να διευκρινίσουν ή να συμπληρώσουν έγγραφα της προσφοράς τους προς άρση ασαφειών ή προδήλων τυπικών σφαλμάτων, όταν επίκειται αποκλεισμός τους για τον λόγο αυτό από τη διαγωνιστική διαδικασία (Ε' Κλιμ. 380, 406/2017).

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

32. Επειδή, έχει, έτι, κριθεί ότι κρίσιμο είναι εν πάση περιπτώσει εάν θίγονται οι εγγυητικές δεσμεύσεις καθώς και η ταυτότητα των υπέρ ου ή υπέρ ων συστήνεται η εγγύηση. Οπότε σε αντίθετη περίπτωση οφείλει η αναθέτουσα αρχή-εφόσον δεν τίθεται ζήτημα καταφανούς παραβίασης ουσιώδους όρου της διακήρυξης -να καλέσει την ανωτέρω διαγωνιζομένη να άρει την πλημμέλεια αυτήν, η οποία συνιστά πρόδηλο τυπικό σφάλμα που δεν επιδρά στο περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς (βλ. Ε τμήμα Ελ. Συν. Πράξη 366/2018, πρβλ. Ελ.Συν. Τμ. Μείζ. Επταμ. Σύνθ. 3148/2012, βλ. Ε΄ Κλιμ. 406/2017).

33. Επειδή, εν προκειμένω, προκύπτει εναργώς ότι υφίσταται παράβαση του οικείου κανονιστικού πλαισίου ως προς το *ad hoc* περιεχόμενο της σύμβασης εγγύησης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 195/2010), λαμβάνοντας υπόψη ότι καταρχήν ως υπέρ ου αναφέρεται η άτυπη κοινοπραξία και δεν προκύπτει από το υπόλοιπο «σώμα» της εγγυητικής επιστολής η δέσμευση της Τράπεζας – παρά την αναφορά αμφότερων των ΑΦΜ των οικονομικών φορέων που την απαρτίζουν – για ένα έκαστο εκ των μελών ξεχωριστά ως και η εις ολόκληρον και αλληλέγγυα μεταξύ τους ανάληψη ευθύνης (βλ. όρο υποδείγματος εγγυητικής επιστολής συμμετοχής «ατομικά και για κάθε μία από αυτές και ως αλληλέγγυα και εις ολόκληρο υπόχρεων μεταξύ τους, εκ της ιδιότητάς τους ως μελών της ένωσης ή κοινοπραξίας» σε [https://www.eaadhsy.gr/images/docs/Ypodeigma\\_EGGYHTIKHS\\_EPISTOLH\\_S\\_SYMMETOXHS.doc](https://www.eaadhsy.gr/images/docs/Ypodeigma_EGGYHTIKHS_EPISTOLH_S_SYMMETOXHS.doc), Κατευθυντήρια Οδηγία 12 ΕΑΑΔΗΣΥ σε [https://www.eaadhsy.gr/images/docs/20151230\\_5838\\_Kateythyntiria\\_Odigia\\_12-2015.pdf](https://www.eaadhsy.gr/images/docs/20151230_5838_Kateythyntiria_Odigia_12-2015.pdf), Πρότυπο Τεύχος Διακήρυξης Ανοιχτής Διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργων κάτω των ορίων του ν. 4412/2016). Επομένως, δεν αναφέρεται ρητά ούτε προκύπτει ερμηνευτικά άνευ αμφιβολίας, καθόσον ούτε έχει εκδοθεί υπέρ όλων των συμπραττόντων νομικών προσώπων, ούτε περιέχει όρο ότι καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των μελών της συλλογικής προσφοράς, ότι η επίμαχη εγγυητική επιστολή καλύπτει τις υποχρεώσεις των μελών της κοινοπραξίας, με αποτέλεσμα να μην ικανοποιείται ο σκοπός της διακήρυξης, εφόσον γεννάται αμφιβολία ως προς τα πρόσωπα εκ μέρους των οποίων παρέχεται η εγγύηση και την έκταση της υποχρέωσής τους, που δεν προσδιορίζονται επαρκώς από τα

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

προαναφερόμενα στοιχεία που μνημονεύονται στο σώμα της. Ειδικότερα, δεν διασφαλίζεται ότι η προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή συνδέεται μονοσήμαντα και πέραν πάσης αμφιβολίας με αμφοτέρους-ξεχωριστά -τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν μέλη της άτυπης κοινοπραξίας, κατά τρόπο ώστε, να δύναται να καταπέσει καλύπτοντας τις υποχρεώσεις ενός εκάστου αυτών, επί τω τέλει η αναθέτουσα αρχή να δύναται να ασκήσει απρόσκοπτα τα εξ αυτής δικαιώματά της και να ικανοποιηθεί, χωρίς περαιτέρω διατυπώσεις, εισπράττοντας άμεσα το ποσό της εγγυητικής αλλά ταυτόχρονα εξασφαλίζοντας και τον εξαναγκασμό του αναδόχου (και στην περίπτωση που ο ανάδοχος είναι ένωση οικονομικών φορέων, όλων των συμπραττόντων φυσικών ή νομικών προσώπων) στην υπογραφή της συμβάσεως και στην ανάληψη της προκηρυχθείσης σύμβασης με την απειλή καταπτώσεως εις βάρος του και υπέρ της αναθετούσης αρχής της εγγυήσεως συμμετοχής στον διαγωνισμό (πρβλ. ΣΕ 963/2000 (7μ, βλ. Πράξη 413/2018 Ε΄Κλιμ. ΕΣ, Πράξη 62/2014, Στ΄ Κλιμ. ΕΣ, βλ. ΕΑ ΣτΕ 843/2003, ΑΕΠΠ 278/2020, 9/2019, 56/2019, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 201/2008 και a contrario ΔεφΑθ 664/2012, ΔεφΘεσ Ν. 149/2016).

34. Επειδή, από τις διατάξεις των άρθρων 741 ΑΚ. 18, 20 ΕμπΝ και 2 του δ/τος της 2/14.5.1835 "περί αρμοδιότητας των εμποροδικείων" συνάγεται ότι η κοινοπραξία, που με ιδιαίτερη επωνυμία, ή με τα ονόματα όλων των μελών της αναλαμβάνει την εκτέλεση έργου, το οποίο συνιστά αντικειμενικά εμπορική πράξη, εφόσον δεν προκύπτει κάτι άλλο, έχει το χαρακτήρα ομόρρυθμης εμπορικής εταιρίας. Εάν όμως δεν υποβλήθηκε στις διατυπώσεις δημοσιότητας που προβλέπουν τα άρθρα 42-45 του ΕμπΝ για τις ομόρρυθμες εταιρίες, λειτουργεί ως ομόρρυθμη εμπορική εταιρία "εν τοις πράγμασι" (ΟΛΑΠ 22/1998 ΕλλΔνη 1998.532, ΑΠ 36/2011 ΕλλΔνη 2011.1389, ΑΠ 654/2010 Αρμ 2011.1177, ΑΠ 362/2009 ΕΕμπΔ 2010.63, ΕφΘεσ 1704/2011 ΕπισκΕμπΔ 2012.457, ΕφΠατρ 88/2008 Αχα Νομ 2009.571) με όλες τις συνέπειες που απορρέουν από το γεγονός αυτό, δηλαδή εφαρμόζεται το δίκαιο της ομόρρυθμης εταιρίας σε όλη του την έκταση, ως προς τη διαχείριση της εταιρίας, την ευθύνη των εταίρων, τη λύση και τις συνέπειες αυτής (ΑΠ 36/2011 ΕλλΔνη

## Αριθμός απόφασης: 9/2021

2011.1389, ΑΠ 654/2010 Αρμ 2011.1177, ΑΠ 362/2009 ΕΕμπΔ 2010.63, ΕφΔωδ 125/2012 ΝΟΜΟΣ, ΕφΘεσ 1704/2011 ΕπισκΕμπΔ 2012.457). Επομένως, από την ερμηνεία της ρητής αναφοράς σε κοινοπραξία και την παράλειψη λοιπών αναφορών στα επιμέρους μέρη, που θα μπορούσαν να συντείνουν στην ερμηνεία της κάλυψης των υποχρεώσεων ενός εκάστου αυτών, προκύπτει ότι η εν θέματι πλημμέλεια της εγγυητικής επιστολής είναι ουσιώδης, μη δυνάμενη να διορθωθεί με διευκρίνιση κατ' άρθρο 102 του Ν 4412/2016, καθώς κάτι τέτοιο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς με σκοπό να καταστεί αυτή επιγενομένως παραδεκτή (πρβλ. ενδεικτικώς βλ. Δ.Εφ. Χανίων 13/2019 σκ. 14, βλ. Δεφ Χαν 10/2019). Επομένως, ο τρίτος λόγος της προσφυγής κρίνεται βάσιμος.

35. Επειδή, εκ των ως άνω προκύπτει ότι η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και η παρέμβαση να απορριφθεί.

36. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί (αρ. 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το κεφάλαιο που δέχεται τις προσφορές της ΈΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ «...» και της παρεμβαίνουσας και ανακηρύσσει προσωρινή ανάδοχο την πρώτη.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με κωδικό ..., ύψους 3.588,71 ευρώ στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 4 Ιανουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Μιχαήλ Οικονόμου**

**Μαρία Κατσαρού**