

**Προς:**

Ειδικό Διαβαθμιδικό Σύνδεσμο Νομού Αττικής

**Υπ' όψιν:**

Της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ

Της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού (ΕΔΔ)

**Γ Ν Ω Μ Ο Δ Ο Τ Η Σ Η**

**ΘΕΜΑ:** Αξιολόγηση προδικαστικών προσφυγών που υπεβλήθησαν και αφορούν το 1<sup>ο</sup> στάδιο ελέγχου (δικαιολογητικά συμμετοχής) του ηλεκτρονικού διεθνή ανοιχτού διαγωνισμού για τις “Υπηρεσίες επέκτασης- λειτουργίας - συντήρησης Μονάδας Επεξεργασίας Στραγγισμάτων του ΧΥΤΑ (τμήμα II) Α. Λιοσίων και του ΧΥΤΑ Α’ Φάση του 2ου τμήματος του ΧΥΤΑ Δυτ. Αττικής”

**I. Συνοπτικό Ιστορικό Διαγωνιστικής Διαδικασίας - Ερώτημα.**

Με την υπ’ αριθ. πρωτ. 2145/26.2.2016 (16PROC003910501) Διακήρυξη, ο Ειδικός Διαβαθμιδικός Σύνδεσμος Νομού Αττικής (ΕΔΣΝΑ) προκήρυξε ηλεκτρονικό διεθνή ανοιχτό διαγωνισμό για τις “Υπηρεσίες επέκτασης- λειτουργίας- συντήρησης Μονάδας Επεξεργασίας Στραγγισμάτων του ΧΥΤΑ (τμήμα II) Α. Λιοσίων και του ΧΥΤΑ Α’ Φάση του 2ου τμήματος του ΧΥΤΑ Δυτ. Αττικής”. Αρχική ημερομηνία για την υποβολή ηλεκτρονικών προσφορών είχε οριστεί η 21.4.2016. Με τις υπ’ αριθ. 145/11<sup>η</sup> Συν/1.4.2016 και 263/20<sup>η</sup> Συν/31.5.2016 αποφάσεις της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ παρατάθηκε η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών αρχικώς για τις 6.6.2016 και εν συνεχεία για τις 21.7.2016. Με τις ίδιες αποφάσεις, καθώς και με την υπ’ αριθ. 342/23<sup>η</sup> Συν/13.7.2016 απόφαση του ίδιου οργάνου χορηγήθηκαν διευκρινήσεις επί της διακήρυξης και των τευχών. Κατά την τελευταία αυτή ημερομηνία κατατέθηκαν οι ηλεκτρονικές προσφορές των υποψηφίων.

Συγκεκριμένα, οι οικονομικοί φορείς που υπέβαλλαν εμπρόθεσμα προσφορά και έλαβαν τους αντίστοιχους αριθμούς πρωτοκόλλου από την υπηρεσία του Ε.Δ.Σ.Ν.Α και το Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ ήταν οι κάτωθι:

1. Η κοινοπραξία «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ» (υπ. αρ. 9693/22.07.2016/Ε.Δ.Σ.Ν.Α, 38506/ Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ).
2. Η κοινοπραξία ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ (υπ. αρ. 9694/22.07.2016/Ε.Δ.Σ.Ν.Α, 29173/ Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ).
3. Η κοινοπραξία «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ» (υπ. αρ. 9732/25.07.2016/Ε.Δ.Σ.Ν.Α, 33705/ Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ).

4. Η ένωση εταιρειών «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ» (υπ. αρ. 9807/26.07.2016/Ε.Δ.Σ.Ν.Α, 39322/ Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) .

5. Η εταιρεία «ΔΑΜΩΝ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΚΑΤΑΣΚΕΥΩΝ» (υπ. αρ. 32006/ Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) .

6. Η εταιρεία «ΕΤΜΕΚΑΤ ΦΩΤΗΣ ΓΡΙΒΑΣ ΚΑΙ ΥΙΟΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΜΕΛΕΤΗΤΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ ΕΞΑΓΩΓΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» (υπ. αρ. 36187/ Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ).

Στις 27.7.2016 η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού συνεδρίασε και προέβη στην αποσφράγιση των φακέλων των προσφορών, τόσο των ηλεκτρονικών, όσο και των φυσικών φακέλων που κατατέθηκαν στο πρωτόκολλο του ΕΔΣΝΑ. Η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού ξεκίνησε τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζόμενων, που βάσει της Διακήρυξης αποτελεί το πρώτο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Λόγω του όγκου των δικαιολογητικών δεν κατέστη εφικτός ο έλεγχός τους αυθημερόν. Εντέλει, στις 10.10.2016 συνετάγη το 1<sup>ο</sup> Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο:

1. Εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της κοινοπραξίας «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ», της εταιρείας «ΔΑΜΩΝ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΚΑΤΑΣΚΕΥΩΝ» και της εταιρείας «ΕΤΜΕΚΑΤ ΦΩΤΗΣ ΓΡΙΒΑΣ ΚΑΙ ΥΙΟΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΜΕΛΕΤΗΤΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ ΕΞΑΓΩΓΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ». Επισημαίνεται ότι οι δύο τελευταίες δεν υπέβαλαν κανένα δικαιολογητικό και η προσφορά τους ήταν εκ προοιμίου απαράδεκτη.

2. Εισηγήθηκε τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με τις κοινοπραξίες «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ», «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ» και ένωση εταιρειών «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ».

Το ως άνω 1<sup>ο</sup> Πρακτικό κοινοποιήθηκε μέσω της Πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στους διαγωνιζόμενους αυθημερόν. Κατά του Πρακτικού ασκήθηκε ένσταση εμπροθέσμως και παραδεκτώς στις 11.10.2016 και από τους τέσσερις (4) διαγωνιζόμενους που υπέβαλαν «πραγματική» προσφορά. Οι ενστάσεις κοινοποιήθηκαν με μέριμνα της ΕΔΔ στις 12.10.2016 σε αυτούς κατά των οποίων στρέφονταν και μέχρι τις 13.10.2016 αναρτήθηκαν μέσω της πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. υπομνήματα αντίκρουσης από τους διαγωνιζόμενους και συγκεκριμένα ένα (1) υπόμνημα από την «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ», δύο (2) υπομνήματα από την κοινοπραξία «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ» και ένα (1) υπόμνημα από την ένωση εταιρειών «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ». Από τα στοιχεία που μου τέθηκαν υπ' όψιν

προκύπτει ότι η κοινοπραξία «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ» δεν κατέθεσε υπόμνημα αντίκρουσης.

Η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε την εισήγησή της επί των ενστάσεων την οποία έθεσε υπ' όψιν της αναθέτουσας αρχής (Εκτελεστική Επιτροπή) και η οποία με τη σειρά της την έκανε δεκτή με την υπ' αριθ. 524/41<sup>η</sup> Συν./11.11.2016 απόφασή της, με την οποία αποφάσισε τα εξής:

*«...Εγκρίνει το Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης του διαγωνισμού για τις «Υπηρεσίες επέκτασης-λειτουργίας-συντήρησης Μονάδας Επεξεργασίας Στραγγισμάτων ΧΥΤΑ (Τμήμα ΙΙ) Α. Λιοσίων και του ΧΥΤΑ Α' Φάσης του 2<sup>ου</sup> τμήματος του ΧΥΤΑ Δυτ. Αττικής», όπως τροποποιήθηκε μετά την εισήγηση επί των ενστάσεων. Αποδέχεται τον πρώτο λόγο της ένστασης που υπέβαλε στις 11.10.2016 η διαγωνιζόμενη «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ» και την απόρριψη των λοιπών λόγων ένστασης ως αβάσιμων. Απορρίπτει τις ενστάσεις που υπέβαλαν στις 11.10.2016 οι διαγωνιζόμενοι «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ», «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ» και «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ» στο σύνολό τους ως αβάσιμες. Αποκλείει την κοινοπραξία «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ -ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ» από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας μόνο για τον λόγο ότι δεν πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 8 της διακήρυξης και ειδικότερα τη λειτουργία ΧΥΤ δυναμικότητας τουλάχιστον 100.000 ετησίως την τελευταία τριετία για 3 μήνες, σύμφωνα με όσα αναφέρονται στο εισηγητικό της παρούσης. Αποφασίζει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας στο επόμενο στάδιο (αξιολόγηση τεχνικών προσφορών) με τις διαγωνιζόμενες «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ», «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ» και «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ»...».*

Έτσι, με την απόφαση επί του 1<sup>ου</sup> Πρακτικού αποκλείστηκαν οι τρεις (3) διαγωνιζόμενοι και δη η κοινοπραξία «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ», για έναν μόνο λόγο (κάνοντας αποδεκτή την ένσταση της μόνο ως τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού), η εταιρεία «ΔΑΜΩΝ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΚΑΤΑΣΚΕΥΩΝ» και η εταιρεία «ΕΤΜΕΚΑΤ ΦΩΤΗΣ ΓΡΙΒΑΣ ΚΑΙ ΥΙΟΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΜΕΛΕΤΗΤΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ ΕΞΑΓΩΓΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και συνεχίστηκε η διαγωνιστική διαδικασία με τις κοινοπραξίες «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ», «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ» και ένωση εταιρειών «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ».

Κατά της απόφασης αυτής, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στους διαγωνιζόμενους στις 14.11.2016, ασκήθηκαν τέσσερις (4) προδικαστικές προσφυγές και συγκεκριμένα:

1. Η προδικαστική προσφυγή της κοινοπραξίας «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ», η οποία κατατέθηκε στο πρωτόκολλο του ΕΔΣΝΑ και έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου 15822/24.11.2016.
2. Η από 24.11.2016 προδικαστική προσφυγή της κοινοπραξίας «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ», η οποία καταχωρήθηκε αυθημερόν στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ.
3. Η από 24.11.2016 προδικαστική προσφυγή της κοινοπραξίας «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ», η οποία καταχωρήθηκε αυθημερόν στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ
4. Η από 24.11.2016 προδικαστική προσφυγή της ένωσης εταιρειών «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΘΗΣ ΑΕ», η οποία καταχωρήθηκε αυθημερόν στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ.

Οι προδικαστικές προσφυγές γνωστοποιήθηκαν στους διαγωνιζομένους την 1<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2016. Σε αντίκρουση των παραπάνω προσφυγών αναρτήθηκαν στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ έως τις 6.12.2016 τρία (3) υπομνήματα από την ένωση εταιρειών «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΘΗΣ ΑΕ» και δύο (2) υπομνήματα από την κοινοπραξία «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ». Με βάση τα στοιχεία που μου τέθηκαν υπ' όσιν, οι λοιπές διαγωνιζόμενες δεν κατέθεσαν υπόμνημα αντίκρουσης.

Κατά την συνεδρίαση της Εκτελεστικής Επιτροπής που λήφθηκε η υπ' αριθ. 524/41<sup>η</sup> Συν./11.11.2016 απόφασή της μου ζητήθηκε – σε περίπτωση άσκησης προδικαστικών προσφυγών – να συντάξω σχετική γνωμοδότηση. Περαιτέρω, με την υπ' αριθ. 278/8.6.2016 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ μου ανατέθηκε να συνδράμω τις Υπηρεσίες του ΕΔΣΝΑ, την Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού και την Εκτελεστική Επιτροπή του ΕΔΣΝΑ, επί νομικών θεμάτων που θα ανακύψουν σε όλα τα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι κατά το στάδιο υποβολής ερωτημάτων επί της διακήρυξης, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και αντιμετώπισης τυχόν ενστάσεων και κατά το στάδιο αντιμετώπισης των προδικαστικών προσφυγών. Με βάση τα παραπάνω και επί των προδικαστικών προσφυγών που έχουν ήδη κατατεθεί καλούμαι να εκφράσω τη γνώμη μου επί των νομικών ζητημάτων που τίθενται, προς επικουρία και όχι προς υποκατάσταση της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ.

Για την εξέταση των νομικών ζητημάτων θα πρέπει πρώτα να εξετασθεί το θεσμικό πλαίσιο που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία.

## II. Κανονιστικό Πλαίσιο.

Η παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, λόγω του προϋπολογισμού της, διέπεται από τις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK και τις διατάξεις του π.δ. 60/2007 *«Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK "περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών", όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2005/51/EK της Επιτροπής και την Οδηγία 2005/75/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Νοεμβρίου 2005»* (Α' 64).

Συμπληρωματικά των ως άνω και δεδομένου ότι πρόκειται για σύμβαση παροχής υπηρεσιών Συνδέσμου Ο.Τ.Α. ισχύουν και οι διατάξεις του π.δ. 28/1980 *«Περί εκτελέσεως έργων και προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοικήσεως»* (Α' 11), σύμφωνα με τη μεταβατική διάταξη του άρθρου 273 παρ. 1 του Ν. 3463/2006 *«Κύρωση Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων»* (Α' 114).

Πέραν των ως άνω διατάξεων, το κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας διέπεται από την οικεία Διακήρυξη και τα τεύχη της. Ως γνωστόν, η διακήρυξη αποτελεί την αφετηρία της διαγωνιστικής διαδικασίας και τη βάση διενέργειας της δημοπρασίας για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας<sup>1</sup>. Συγκεκριμένα, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την Αρχή που διενεργεί το διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζομένους<sup>2</sup>, και για το λόγο ακριβώς αυτό επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σ' αυτή τα προσόντα που απαιτούνται για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της αίτησης συμμετοχής, δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία.

Το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης αποτελείται από το σύνολο των κειμένων που τη συνθέτουν, δηλαδή από την αρχική διακήρυξη και ενδεχομένως από συμπληρωματικές διακηρύξεις ή διευκρινήσεις, καθώς και τα λοιπά τεύχη της δημοπρασίας, όπως είναι λ.χ. τα τεχνικά συμβατικά τεύχη, δηλαδή σχέδια και κείμενα που δίνουν την εικόνα του έργου που πρόκειται να κατασκευασθεί και των υποχρεώσεων που αναλαμβάνει ο ανάδοχος με τη σύμβαση (τεχνική περιγραφή, συγγραφές υποχρεώσεων κλπ.)<sup>3</sup>.

Περαιτέρω, στο άρθρο 3 του π.δ. 60/2007 ορίζεται ότι *«Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις ενεργώντας με διαφάνεια»*. Μια ειδική έκφανση της αρχής της διαφάνειας είναι και αυτή της τυπικότητας. Σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, που αφορά

<sup>1</sup> βλ. Α. Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ.314.

<sup>2</sup> ΕΑ ΣτΕ 637/2012.

<sup>3</sup> Βλ. Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 315.

όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες για τις δημόσιες συμβάσεις και όχι μόνο για τις διοικητικές<sup>4</sup>, η αναθέτουσα αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού<sup>5</sup>. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς<sup>6</sup>.

Με βάση την αρχή της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης, που αφορούν τους τύπους, οι οποίοι πρέπει να τηρηθούν κατά τη διαδικασία αυτή, καθιερώνουν ουσιώδους όρους (τύπους) με εξαίρεση εκείνους για τους οποίους προκύπτει το αντίθετο, η δε παράβαση αυτών συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφοράς που υποβλήθηκε από τον υποψήφιο<sup>7</sup>.

Η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών εξυπηρετεί της ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους, τυχόν δε μη συμμόρφωση προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης επάγεται τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, ακόμη και αν η οικεία προκήρυξη δεν διαγράφει ρητά τη συνέπεια αυτή<sup>8</sup>.

Ο αποκλεισμός του υποψηφίου, η προσφορά του οποίου δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης δεν καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία υποχρεούται να προβεί στην έκδοση της σχετικής πράξης αποκλεισμού. Επομένως, δεν μπορούν να προβληθούν βάσιμα λόγοι ότι ο αποκλεισμός του υποψηφίου από τον διαγωνισμό στην περίπτωση αυτή έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας, ή έγινε καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας και κατά κατάχρηση εξουσίας των οργάνων του διαγωνισμού<sup>9</sup>.

Η προσφορά των διαγωνιζομένων συνοδεύεται πάντα από ορισμένα δικαιολογητικά («τυπικά δικαιολογητικά» ή αλλιώς, «δικαιολογητικά συμμετοχής»), που αποδεικνύουν την προσωπική - επαγγελματική

---

<sup>4</sup> Α. Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 323.

<sup>5</sup> Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2014, σελ. 194-196

<sup>6</sup> Κ. Καφτάνη, Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς. Ακραιφνής τυπολατρία ή αναγκαίος όρος της ισότητας και της διαφάνειας, ΔιΔικ 2012, σ. 545 επ. (546).

<sup>7</sup> ΣτΕ 1971, 1970, 1969/2013, ΕΑ ΣτΕ 689/2011, ΕΣ Τμημ. VI 2495/2009, 1949/2009 κ.α. Βλ. και παρακάτω υπό εκθέτη VII Δ 1.

<sup>8</sup> ΣτΕ 1971, 1970, 1969/2013, 3231/2012.

<sup>9</sup> ΣτΕ 2889/2011.

καταλληλότητα, την χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ικανότητα. Υπό μία ευρεία έννοια, λοιπόν, ο όρος προσφορά σημαίνει, καταρχήν, το σύνολο των δικαιολογητικών που υποβάλλουν οι ενδιαφερόμενοι, δηλαδή τυπικά δικαιολογητικά μαζί με την οικονομική και κατά περίπτωση τεχνική προσφορά. Η αρμοδιότητα για την αποσφράγιση, εξέταση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών των διαγωνιζομένων, τα οποία προβλέπονται στο νόμο και τη διακήρυξη, ανήκει στην Επιτροπή του διαγωνισμού<sup>10</sup>.

Η παράλειψη υποβολής ενός και μόνον δικαιολογητικού ή εγγράφου δικαιολογεί τον αποκλεισμό από τη διαγωνιστική διαδικασία, καθώς επίσης και την επιβολή περαιτέρω διοικητικών ποινών στον υποψήφιο. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού πρέπει να ερευνά τον φάκελο ενός εκάστου των διαγωνιζομένων και αν από τον σχετικό έλεγχο διαπιστώσει ότι ελλείπει παντελώς δικαιολογητικό, που προβλέπεται από το νόμο ή από τους όρους της διακήρυξης, οφείλει να προβεί, άνευ ετέρου, στον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου.

Τα ζητήματα του παραδεκτού της προσφοράς σε δημόσια σύμβαση αποτελούν ζητήματα ως προς τα οποία δεν παρέχεται διακριτική ευχέρεια στη διοίκηση, αλλά καθιερώνεται δέσμια αρμοδιότητα αυτής για τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, ο οποίος δεν συμμορφώνεται με τις διατάξεις της οικείας προκήρυξης για την υποβολή της προσφοράς του. Από την άλλη πλευρά, αν κάποια δικαιολογητικά δεν ζητούνται από την διακήρυξη, δεν είναι υποχρεωτικό να προσκομίζονται από τον υποψήφιο, ούτε αποτελεί λόγο αποκλεισμού η μη προσκόμισή τους. Επιπλέον, υπό το πρίσμα της αρχής της τυπικότητας, γίνεται παγίως δεκτό ότι ασάφειες της διακηρύξεως δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων και δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός υποψηφίου για λόγους που οφείλονται σε ασάφεια της διακήρυξης<sup>11</sup>.

Η αρχή της τυπικότητας και της αυστηρότητας των διαγωνιστικών διαδικασιών κάμπτεται από την αρχή της επιείκειας, η οποία επιτρέπει -υπό προϋποθέσεις- την παροχή διευκρινίσεων και συμπληρώσεων σε ήδη συννόμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (βλ. άρθρο 49 ΠΔ 60/2007, άρθρο 150 ν. 3669/2008, άρθρο 12 παρ. 5 ΠΔ 118/2007). Ωστόσο, η κλήση του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα για την παροχή διευκρινίσεων, μετά την κατάθεση της προσφοράς, αναφέρεται αφενός σε σχετική ευχέρεια, και όχι σε

---

<sup>10</sup> Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2014, σελ. 439

<sup>11</sup> ΣτΕ ΕΑ 424, 425/2011

υποχρέωση της διοίκησης να καλέσει προς τούτο διαγωνιζόμενο, αφετέρου σε διευκρινίσεις νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντων στοιχείων και όχι σε αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων στοιχείων<sup>12</sup>. Άλλωστε, με βάση την αρχή της χρηστής διοίκησης, η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να λάβει υπ' όψιν δικαιολογητικό που κατατίθεται επ' ευκαιρία άσκησης ένστασης ή προσφυγής, εφόσον το αρχικώς υποβληθέν ήταν ελλιπές, εξαιτίας εκ παραδρομής σφάλματος που δεν οφειλόταν στον υποψήφιο, αλλά στην δημόσια αρχή που το εξέδωσε<sup>13</sup>.

Ως προς το παραδεκτό των λόγων προσφυγής, γίνεται παγίως δεκτό ότι όταν αποκλείεται ένας διαγωνιζόμενος καθίσταται τρίτος ως προς τον διαγωνισμό και δεν έχει, ως εκ τούτου, κατ' αρχήν έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου<sup>14</sup>. Ως εκ τούτου, λόγοι προσφυγής που προβάλλει διαγωνιζόμενος που κρίνεται ότι πρέπει να αποκλειστεί δεν είναι υποχρεωτικό να εξετασθούν στην ουσία τους, αλλά μπορεί να απορριφθούν ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι. Κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσεως, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, δύναται ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος να προβάλλει με έννομο συμφέρον ισχυρισμούς αναφερομένους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του<sup>15</sup>.

Με βάση όλα τα παραπάνω και με δεδομένο, λοιπόν, ότι ο εν θέματι διαγωνισμός διέπεται από την αρχή της διαφάνειας, οι προσφυγές των υποψηφίων και εν γένει η νομιμότητα της προσφοράς τους ή μη θα πρέπει να εξετασθούν υπό το πρίσμα της αρχής της τυπικότητας, λαμβανομένου υπ' όψιν και του γεγονότος ότι σύμφωνα με την οικεία Διακήρυξη όλα τα δικαιολογητικά του άρθρου 10 ζητούνται επί ποινή αποκλεισμού.

### **III. Εξέταση των προδικαστικών προσφυγών.**

#### **1. Προσφυγή της κοινοπραξίας «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ»:**

Η εν θέματι κοινοπραξία αρχικώς στρέφεται κατά της απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ ως προς τον αποκλεισμό της και εν

---

<sup>12</sup> ΣτΕ 3550/2011, 1415, 1344, 1203, 1118/2010.

<sup>13</sup> ΣτΕ ΕΑ 277/2006

<sup>14</sup> ΣτΕ ΕΑ 66/2012 κ.α.

<sup>15</sup> ΣτΕ 1156/2010, Ε.Α. 695, 311/2009, 66/2012 κ.ά.



συνεχεία στρέφεται κατά της συμμετοχής της ένωσης εταιρειών «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ» και της κοινοπραξίας «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ».

Στο άρθρο 15 της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Οι διοικητικές προσφυγές / ενστάσεις υποβάλλονται ηλεκτρονικά από τους οικονομικούς φορείς επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή .pdf, το οποίο φέρει ψηφιακή υπογραφή, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 20 του π.δ. 28/1980 και στο άρθρο 4 του Ν. 3886/2010 και εξετάζονται από την Εκτελεστική Επιτροπή του ΕΑΣΝΑ. Σε περίπτωση που το εν λόγω έγγραφο δεν φέρει ψηφιακή υπογραφή, ο οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να το υποβάλει και σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) εντός τριών εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή...».

Περαιτέρω, στο άρθρο 12 της με αριθ. Π1/2390/2013 απόφασης του Υπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» (Β' 2677) ορίζεται ότι «Ο οικονομικός φορέας υποβάλλει τις ενστάσεις - προσφυγές ηλεκτρονικά, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα από την κείμενη νομοθεσία και την περίπτωση β της παραγράφου 2 του άρθρου 6 του ν. 4155/2013, συμπληρώνοντας την ειδική φόρμα του Συστήματος και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή αρχείου τύπου .pdf το οποίο φέρει ψηφιακή υπογραφή. Σε περίπτωση που το εν λόγω έγγραφο δεν φέρει ψηφιακή υπογραφή ο οικονομικός φορέας το υποβάλλει και σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή. Σε περίπτωση αποστολής με ταχυδρομείο ως ημερομηνία αποστολής λογίζεται η ημερομηνία που φέρει η σφραγίδα του ταχυδρομείου. Σε κάθε περίπτωση, η ημερομηνία άσκησης της ένστασης είναι η ημερομηνία της ηλεκτρονικής υποβολής, εκτός εάν υπάρχει περίπτωση διάστασης μεταξύ του κειμένου της ένστασης, όπως αυτή έχει υποβληθεί ηλεκτρονικά, και της ένστασης, όπως έχει προσκομισθεί από τον οικονομικό φορέα, οπότε ως ημερομηνία άσκησης της ένστασης λογίζεται η ημερομηνία αποστολής.».

Από το συνδυασμό των παραπάνω διατάξεων προκύπτει με σαφήνεια ότι οι προδικαστικές προσφυγές πρέπει επί ποινή απαραδέκτου να αναρτώνται στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ και η κρίσιμη ημερομηνία υποβολής θεωρείται αυτή της ηλεκτρονικής ανάρτησης. Τούτο είναι απολύτως λογικό, δεδομένου ότι κατά την κείμενη νομοθεσία περί ηλεκτρονικών διαγωνισμών η πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ αποτελεί το πεδίο εντός του οποίου καταχωρούνται όλα τα έγγραφα. Έγγραφο που δεν καταχωρείται στην πλατφόρμα δεν μπορεί να γίνει

δεκτό. Προϋπόθεση, λοιπόν, για την παραδεκτή άσκηση προσφυγής είναι η ανάρτησή της στην ηλεκτρονική πλατφόρμα.

Όπως προαναφέρθηκε, η προδικαστική προσφυγή της κοινοπραξίας «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ» κατατέθηκε στο πρωτόκολλο του ΕΔΣΝΑ και έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου 15822/24.11.2016. Μαζί με την προδικαστική προσφυγή υποβλήθηκε η από 20.10.2016 υπεύθυνη δήλωση του κ. Maurizio Suzzi, με συνημμένη μετάφραση, προς συμπλήρωση της δήλωσης που είχε ήδη υποβάλει προς απόδειξη της τεχνικής της επάρκειας. Με βάση, λοιπόν, τα παραπάνω η προδικαστική προσφυγή δεν μπορεί να ληφθεί υπ' όψιν ως απαραδέκτως ασκηθείσα, εφόσον δεν υποβλήθηκε ηλεκτρονικά κατά παράβαση ρητών διατάξεων της διακήρυξης και του νόμου. Για τον ίδιο λόγο και ανεξάρτητα από το αν μπορεί να θεωρηθεί ή όχι νόμιμη συμπλήρωση ήδη προσκομισθέντος εγγράφου, δεν μπορεί να γίνει δεκτή η από 20.10.2016 υπεύθυνη δήλωση του κ. Maurizio Suzzi, ως μη υποβληθείσα μέσω της πλατφόρμας.

Κατόπιν παραπάνω εκφράζω τη γνώμη ότι η προδικαστική προσφυγή της της κοινοπραξίας «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ» πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και παρέλκει η εξέτασή των λοιπών λόγων της, τόσο ως προς τον αποκλεισμό της, όσο και ως προς τις αιτιάσεις κατά λοιπών διαγωνιζομένων, εφόσον καθίσταται τρίτη προς το διαγωνισμό και άνευ εννόμου συμφέροντος αμφισβητεί την αποδοχή των προσφορών άλλων υποψηφίων<sup>16</sup>. Πάρα ταύτα και προκειμένου η Αναθέτουσα Αρχή να έχει πλήρη γνώση των ζητημάτων που εγείρονται και επειδή ενδέχεται να οδηγηθεί σε διαφορετική κρίση ως το παραδεκτό ή όχι της προδικαστικής προσφυγής, αμέσως παρακάτω εξετάζονται και οι λόγοι προσφυγής της εν λόγω κοινοπραξίας.

**ι. Ως προς τον αποκλεισμό της δέον να επισημανθούν τα εξής:**

Η προσφορά της κοινοπραξίας κρίθηκε απορριπτέα για τον λόγο ότι «... δεν πληροί τις απαιτήσεις τις απαιτήσεις του άρθρο 8 της διακήρυξης και ειδικότερα τη λειτουργία ΧΥΤ δυναμικότητας τουλάχιστον 100.000 ετησίως την τελευταία τριετία για 3 μήνες. Η κξια «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ» λαμβάνει ως δάνεια εμπειρία την τεχνική ικανότητα της εταιρείας «TECNOLOGIE AMBIENTALLI SRL» η οποία δεν τεκμηριώνεται επαρκώς. Συγκεκριμένα στη σύμβαση δανεισμού εμπειρίας (σελ. 333-341) περιέχεται οι αναφορές α) σε «Εγκατάσταση συμπίεσης αστικών απορριμμάτων με υγρασία» δυναμικότητας

---

<sup>16</sup> ΣτΕ ΕΑ 850/2005, 7/2004, 524/2003, 2254/2002.

48.409 τον/χρόνο χωρίς να έχει υποβληθεί αντίστοιχη βεβαίωση και β) σε «εργασίες συντήρησης και υποστήριξης στην εσωτερική διαχείριση της χωματερής με συνεχή προσαρμογή της νέας νομοθεσίας διαχείρισης χωματερών του Δήμου CIVITELLA PAGANICO GROSSETO» με υπολειπόμενη χωρητικότητα το 2015, 795.000 m<sup>3</sup> ισοδύναμο με 755.250 τον, η οποία συνοδεύεται από αντίστοιχη βεβαίωση (σελ. 348-350), χωρίς όμως να προσδιορίζεται με σαφήνεια η ετήσια δυναμικότητα του XYT. Από τα σχετικά έγγραφα που αφορούν την τεχνική ικανότητα δεν τεκμηριώνεται η απαιτούμενη εμπειρία σε λειτουργία XYT δυναμικότητας τουλάχιστον 100.000 τον ετησίως την τελευταία τριετία για 3 μήνες του άρθρου 8 της διακήρυξης...».

Στο άρθρο 8 της οικείας διακήρυξης ορίζεται μεταξύ άλλων ότι «Οι τεχνικές ικανότητες του παρόχου σύμφωνα με την οδηγία 2004/18/EK οι οποίες ζητούνται στον διαγωνισμό περιλαμβάνουν: 1) την εμπειρία από την εκτέλεση παρόμοιων υπηρεσιών που έλαβαν χώρα ή λαμβάνουν χώρα την τελευταία 3ετία και τουλάχιστον για 3 μήνες, και δη α) σε λειτουργία XYT δυναμικότητας τουλάχιστον 100.000 τόνων ετησίως, που περιλαμβάνει διαχείριση στραγγισμάτων...».

Στην προσφυγή της η κοινοπραξία ισχυρίζεται ότι όφειλε η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού να την καλέσει προς διευκρινήσεις και ισχυρίζεται ότι από τα προσκομισθέντα έγγραφα προκύπτει η τεχνική της επάρκεια. Όπως προαναφέρθηκε στο κεφάλαιο II της παρούσης, είναι στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής να καλεί για διευκρινήσεις τους διαγωνιζόμενους και δεν υποχρεώνεται. Σχετικά υφίσταται και όρος στο άρθρο 10 της Διακήρυξης που αναφέρει ότι «Μετά την κατάθεση της προσφοράς, επί νομίμως υποβληθέντων δικαιολογητικών, οι διαγωνιζόμενοι παρέχουν διευκρινίσεις μόνο όταν αυτές ζητούνται από αρμόδιο όργανο είτε κατά την ενώπιόν του διαδικασία, είτε κατόπιν εγγράφου της Υπηρεσίας, μετά την σχετική γνωμοδότηση του οργάνου. Από τις διευκρινίσεις, οι οποίες παρέχονται, σύμφωνα με τα παραπάνω, λαμβάνονται υπόψη μόνο εκείνες που αναφέρονται στα σημεία για τα οποία υποβλήθηκε σχετικό αίτημα από το αρμόδιο όργανο.».

Άλλωστε, είναι στη διακριτική της ευχέρεια να κάνει αποδεκτές τυχόν διευκρινήσεις, πάντοτε υπό τον όρο ότι πρόκειται πράγματι για διευκρινίσεις νομίμως, κατ' αρχήν, υποβληθέντων στοιχείων και όχι σε αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων στοιχείων<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> ΣτΕ 1415, 1344 επταμ., 1203, 1118 επταμ., 781/2010 επταμ., ΣτΕ ΕΑ 305/2007, 520/2007

Θα μπορούσε, πάντως, η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με την αρχή της χρηστής διοίκησης, να κάνει δεκτές τις νομίμως προσκομισθείσες επ' ευκαιρία της προσφυγής διευκρινήσεις, εφόσον το αρχικώς υποβληθέν δικαιολογητικό ήταν ελλιπές, εξαιτίας προφανούς εκ παραδρομής σφάλματος της εκδούσας αρχής και όχι του προσφέροντος.

Εν προκειμένω, κατ' αρχάς ορθώς έπραξε η Αναθέτουσα Αρχή και απέκλεισε την υποψήφια κοινοπραξία, εφόσον από την προσκομισθείσα βεβαίωση εμπειρίας δεν προέκυπτε η εμπειρία της δανείζουσας «TECNOLOGIE AMBIENTALLI SRL» σε XYT δυναμικότητας 100.000 τόνων. Σύμφωνα δε με όσα αναπτύχθηκαν παραπάνω δεν υφίστατο υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει διευκρινήσεις.

Επ' ευκαιρία της προδικαστικής προσφυγής, η κοινοπραξία υπέβαλε την από 20.10.2016 υπεύθυνη δήλωση του κ. Maurizio Suzzi, νομίμου εκπροσώπου της «TECNOLOGIE AMBIENTALLI SRL» στην οποία δηλώνονται, επιπλέον των όσων αναφέρονται στην αρχικώς προσκομισθείσα βεβαίωση εμπειρίας της CITIVELLA PAGANICO 2000 SRL, ότι η ετήσια χωρητικότητα της χωματερής υπερβαίνει τους 100.000 τόνους και ότι η έγκριση για τη διαχείριση του χώρου διάθεσης των απορριμμάτων δεν προβλέπει μέγιστα ετήσια όρια για τα εισερχόμενα απόβλητα.

Αρχικώς, ανακύπτει ένα ζήτημα στο κατά πόσο η συμπλήρωση αυτή υπάγεται στις περιπτώσεις νόμιμης συμπλήρωσης δικαιολογητικού. Ακόμη, όμως, και αν ήθελε θεωρηθεί ότι το νέο αυτό στοιχείο υπάγεται στις περιπτώσεις αυτές, λόγω της ελλιπούς αναγραφής των πλήρων στοιχείων στο αρχικό δικαιολογητικό που δεν οφειλόταν σε σφάλμα της προσφεύγουσας αλλά της εταιρείας που το εξέδωσε, δημιουργείται ένα ακόμη ζήτημα ως προς το νέο δικαιολογητικό. Συγκεκριμένα, στο άρθρο 10.iv της Διακήρυξης ορίζεται ότι *«Για την απόδειξη της ζητούμενης από το άρθρο 8 ειδικής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας οι υποψήφιοι θα πρέπει να προσκομίσουν τα ακόλουθα δικαιολογητικά έγγραφα (επί ποινή αποκλεισμού): 1. Υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη από κατάλογο σχετικών, με των ζητούμενων στο Άρθρο 8, υπηρεσιών που εκτελέστηκαν ή εκτελούνται την τελευταία 3ετία από τον υποψήφιο, με αναφορά στη δυναμικότητα του XYT ανά έτος, στη δυναμικότητα της Μονάδας Αντίστροφης Όσμωσης, τη χρονική διάρκεια εκτέλεσης των συμβάσεων, τους εργοδότες, τα ποσοστά συμμετοχής στον ανάδοχο της σύμβασης, συνοδευόμενη εάν μεν ο αποδέκτης είναι αναθέτουσα αρχή, με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή, εάν δε (ο αποδέκτης) είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του φορέα αυτού*

συνοδευόμενη από αντίγραφο της σχετικής Σύμβασης...» ενώ πιο κάτω αναφέρεται ότι «Εφ' όσον οι Υποψήφιοι στηρίζονται στις δυνατότητες άλλων φορέων τότε στον Υποφάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής θα πρέπει να περιληφθούν τα ακόλουθα δικαιολογητικά για κάθε φορέα που διαθέτει την χρηματοοικονομική ή επαγγελματική / τεχνική ικανότητα στον Υποψήφιο, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 8 της παρούσης: 4. Τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο άρθρο 10.Α.ιγ, εφόσον ο τρίτος διαθέτει στον υποψήφιο τεχνική ικανότητα.».

Εν προκειμένω, το νέο έγγραφο που προσκομίστηκε, δηλαδή η υπεύθυνη δήλωση, υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο της δανείζουσας εμπειρία και όχι από τον αποδέκτη των υπηρεσιών (εργοδότη), σε αντίθεση με το αρχικό έγγραφο. Ως εκ τούτου δεν έχει την έννοια βεβαίωσης του αποδέκτη που ζητείται από τη διακήρυξη και για τον λόγο αυτό δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Ούτε και δικαιολογείται η αδυναμία προσκόμισης σχετικής βεβαίωσης από τον αποδέκτη των υπηρεσιών, ώστε να μπορούσε να θεωρηθεί ότι η υπεύθυνη δήλωση υποβάλλεται σε αντικατάσταση δικαιολογητικού που δεν εκδίδεται. Άλλωστε δεν θα μπορούσε να συμβεί κάτι τέτοιο, εφόσον έχει ήδη προσκομισθεί βεβαίωση του αποδέκτη των υπηρεσιών. Βάσει, λοιπόν, των παραπάνω έχω τη γνώμη ότι το δικαιολογητικό αυτό, ακόμη και αν είχε υποβληθεί νομοτύπως, δεν μπορεί να γίνει δεκτό και συνεπώς εξακολουθεί να συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού της κοινοπραξίας.

## **ii. Κατά της συμμετοχής της κοινοπραξίας «WATT AE - ΤΟΞΟΤΗΣ AE»:**

(α) Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι στις υπεύθυνες δηλώσεις της κοινοπρακτούσης εταιρείας Watt AE σχετικά με τον μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών (άρθρο 10.iii.3) και με το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό (άρθρο 10.iv.2) δεν έχει τεθεί ημερομηνία ηλεκτρονικής υπογραφής και ότι δεν εμφανίζεται η χειρόγραφη ημερομηνία σύνταξης, κατά παράβαση των όρων της Διακήρυξης.

Ως προς το ζήτημα της ψηφιακής υπογραφής, ναι μεν στο κείμενο της πρώτης υπεύθυνης δήλωσης δεν εμφανίζεται η ημερομηνία ψηφιακής υπογραφής, πλην όμως από τις ιδιότητες του εγγράφου εμφανίζεται ως ημερομηνία δημιουργίας και τροποποίησης η 21<sup>η</sup> Ιουλίου 2016. Στις ιδιότητες του αρχείου μάλιστα και δη στην «signed version» εμφανίζεται ότι η ψηφιακή υπογραφή έχει τεθεί στις 21.7.2016 και ώρα 01:54:59, και συνεπώς δεν υφίσταται αμφιβολία ως προς το χρόνο θέσης της ψηφιακής υπογραφής. Ως προς τη δεύτερη υπεύθυνη δήλωση εμφανίζεται η θέση της ψηφιακής

υπογραφής στο ίδιο το κείμενο της υπεύθυνης δήλωσης. Ως προς τη χειρόγραφη αναγραφή, εκτός του ότι είναι παντελώς αδιάφορη στην περίπτωση των υπευθύνων δηλώσεων που υπογράφονται ψηφιακά και η τυχόν αναγραφή – ακόμη και εσφαλμένη - ουδεμία συνέπεια επιφέρει, σε κάθε περίπτωση έχει αναγραφεί η ορθή ημερομηνία και απλώς δεν είναι ευδιάκριτη.

(β) Περαιτέρω, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η εταιρεία Watt AE δεν έχει προσκομίσει τιμολόγια ή άλλα ισοδύναμα έγγραφα για την απόδειξη του μέσου ετήσιου κύκλου εργασιών στον τομέα του αντικειμένου της σύμβασης, αλλά βεβαίωση ορκωτού ελεγκτή, κατά παράβαση του άρθρου 10.iii.3 της διακήρυξης. Για το συγκεκριμένο ζήτημα αναφέρομαι παρακάτω, στο Κεφάλαιο III.2.δ.

(γ) Επικαλείται η προσφεύγουσα ότι η διαγωνιζόμενη δεν έχει προσκομίσει καταστάσεις προσωπικού που να αποδεικνύει τα αναφερόμενα στην υπεύθυνη δήλωση περί μέσου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού προσωπικού.

Γίνεται παγίως δεκτό ότι οι αρχές των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, επιβάλλουν σαφή και ακριβή μνεία στη διακήρυξη των απαιτούμενων προσόντων και των υποβλητέων δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων<sup>18</sup>. Με βάση τα παραπάνω, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη διακήρυξη<sup>19</sup>.

Στο συγκεκριμένο χωρίο της Διακήρυξης αναφέρεται ότι οι ενδιαφερόμενοι θα πρέπει να προσκομίσουν για την απόδειξη της τεχνικής τους επάρκειας *«Υπεύθυνη Δήλωση ότι το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών, συνδεδεμένο με σχέση εξαρτημένης εργασίας, ήταν κατά την τελευταία τριετία τουλάχιστον 50 άτομα»*. Βάσει των παραπάνω, κανένα άλλο δικαιολογητικό δεν ζητείται και συνεπώς – σύμφωνα και με την αρχή της τυπικότητας – δεν είναι δυνατός ο αποκλεισμός διαγωνιζόμενου για την μη προσκόμιση δικαιολογητικού που δεν ζητείται ρητώς στη διακήρυξη.

(δ) Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι στοιχεία της τεχνικής προσφοράς της διαγωνιζόμενης δεν φέρουν ψηφιακή υπογραφή. Ανεξαρτήτως της βασιμότητας ή μη του σχετικού ισχυρισμού, αυτός προβάλλεται απαραδέκτως,

<sup>18</sup> ΣτΕ ΕΑ Ολ 136/2013, ΕΑ 53/2011, 862/2010, απόφαση ΔΕΚ Universale Bau AG, C-470/99, σκ. 98

<sup>19</sup> ΣτΕ ΕΑ 382, 384/2015, 18, 19/2011, 3703/2010, 1616, 254/2008

εν όψει της αυτοτέλειας του κάθε σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας και της αρχής του επίκαιρου ως προς την προσβολή των βλαπτικών πράξεων της αναθέτουσας αρχής<sup>20</sup>, δεδομένου ότι στην παρούσα φάση εξετάζονται μόνο τα δικαιολογητικά συμμετοχής και όχι οι τεχνικές προσφορές. Σύμφωνα δε με την αρχή του επίκαιρου, ο ενδιαφερόμενος έχει υποχρέωση να στραφεί αμέσως (επί ποινή απαραδέκτου μεταγενέστερης προσβολής επ' αφορμή εκδόσεως επόμενης πράξης του ίδιου διαγωνισμού) κατά κάθε μίας από τις επιμέρους εκτελεστές διοικητικές πράξεις που συγκροτούν τη σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού, προβάλλοντας συγκεκριμένους λόγους που αφορούν αποκλειστικώς και μόνον την πράξη αυτή<sup>21</sup>. Συνεπώς, δεν μπορεί να προβάλλει λόγους που ανάγονται σε προγενέστερο στάδιο, πολλώ δε μάλλον λόγους που ανάγονται σε μεταγενέστερο στάδιο, το οποίο δεν έχει αποτελέσει ακόμη αντικείμενο ελέγχου από την Αναθέτουσα Αρχή.

(ε) Τέλος, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι μη νομίμως έχουν χαρακτηριστεί στοιχεία της τεχνικής προσφοράς της διαγωνιζόμενης ως εμπιστευτικού χαρακτήρα. Ανεξαρτήτως της βασιμότητας του συγκεκριμένου λόγου, αλλά και της επίπτωσης που έχει ο χαρακτηρισμός των εγγράφων ως εμπιστευτικών (κατά τη διακήρυξη αν συντρέχει λόγος ζητείται υποχρεωτικά πρώτα η άρση του εμπιστευτικού χαρακτήρα), ο συγκεκριμένος λόγος προβάλλεται απαραδέκτως, σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν αμέσως παραπάνω. Άλλωστε, σε κάθε περίπτωση, μετά την έκδοση της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής που αφορούσε το πρώτο στάδιο του διαγωνισμού και με την έναρξη της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, ήδη ζητήθηκε από την Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού και ήρθη ο εμπιστευτικός χαρακτήρας των εγγράφων αυτών.

### iii. Κατά της συμμετοχής της κοινοπραξίας «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ»:

Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι δεν προσκομίστηκε δήλωση σύστασης κοινοπραξίας. Για το συγκεκριμένο ζήτημα αναφέρομαι παρακάτω στο Κεφάλαιο ΙΙΙ.4.δ.

Εν κατακλείδι, καταλήγω στην άποψη ότι η προσφυγή της κοινοπραξίας «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ» πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως ως απαράδεκτη και δευτερευόντως ως αβάσιμη.

<sup>20</sup> ΣτΕ ΕΑ 319/2010 48/2010, 1242/2007, 722/2007, 1120/2006, 118/2006 κ.ά.

<sup>21</sup> ΣτΕ ΕΑ 197/1988, 662/1998, 75/1999, 101/2000

## **2. Προσφυγή της κοινοπραξίας «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ»:**

Η εν θέματι κοινοπραξία στρέφεται κατά της συμμετοχής της ένωσης εταιρειών «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ», της κοινοπραξίας «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ» και της κοινοπραξίας «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ».

### **i. Κατά της συμμετοχής της κοινοπραξίας «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ»:**

(α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ως προς τα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών της εταιρείας WATT ΑΕ: αα) ότι υπάρχει αναντιστοιχία στους αριθμούς των μετοχών μεταξύ του υπ' αριθ. πρωτ. 221248.313572/24.6.2016 Γενικού Πιστοποιητικού του ΓΕΜΗ και της από 21.7.2016 αναλυτικής κατάστασης μετοχών και αβ) ότι είναι ανεπίκαιρες και ανυπόγραφες οι βεβαιώσεις που αφορούν τις αλλοδαπές εταιρείες που συμμετέχουν στο μετοχικό της κεφάλαιο.

Στη διάταξη του άρθρου 8 παρ. 7 του Ν. 3310/2005 «*Μέτρα για τη διασφάλιση της διαφάνειας και την αποτροπή καταστρατηγήσεων κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων*» (Α' 30), όπως αντικαταστάθηκαν με τις παρ.5 και 6 του άρθρου 8 Ν.3414/2005 (Α' 279), ορίζεται ότι «*Τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 1 του παρόντος δικαιολογητικά υποβάλλονται από την ανάδοχο εταιρεία στην Αναθέτουσα Αρχή πριν από την υπογραφή της σχετικής δημόσιας σύμβασης. Η αναλυτική κατάσταση της παραγράφου 2β' του άρθρου 1 περιέχει τα στοιχεία του βιβλίου μετόχων και του ειδικού μετοχολογίου της αναδόχου εταιρείας, όπως αυτά είναι καταχωρημένα, το αργότερο τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή των στοιχείων στην αναθέτουσα αρχή. Οι διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2, 3 και 4 εφαρμόζονται και στην περίπτωση του άρθρου αυτού.*».

Περαιτέρω, στη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 2 του π.δ. 82/1996 «*Ονομαστικοποίηση των μετοχών Ελληνικών Ανωνύμων Εταιρειών που μετέχουν στις διαδικασίες ανάληψης έργων ή προμηθειών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα*» (Α' 66) ορίζεται ότι «*2. Η υποχρέωση για την ανωτέρω ονομαστικοποίηση των μετοχών εταιρείας που εμπίπτει στις διατάξεις της παραγράφου 1 του άρθρου 15 του Ν.2328/95 (η Εταιρία) θεωρείται ότι εκπληρώθηκε εφόσον η Εταιρεία, κατά την υποβολή της προσφοράς για τη συμμετοχή της στις διαδικασίες ανάληψης έργων ή προμηθειών, εκτός των άλλων στοιχείων που προβλέπονται από άλλες διατάξεις νόμων ή από την προκήρυξη του διαγωνισμού, υποβάλλει στον αρμόδιο φορέα:*  
*α) Πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής, που εποπτεύει σύμφωνα με τις διατάξεις του Κ.Ν.2190/1920 την Εταιρεία, από το οποίο προκύπτει ότι οι μετοχές της,*



με βάση το ισχύον καταστατικό της, είναι ονομαστικές. Προκειμένου περί Εταιρείας της οποίας οι μετοχές ήταν στο παρελθόν, βάσει του Καταστατικού, ανώνυμες, πρέπει κατά την υποβολή της προσφοράς να έχει ολοκληρωθεί η τροποποίηση του Καταστατικού της Εταιρείας, ώστε το σύνολο των μετοχών της Εταιρείας να έχει μετατρεπεί σε ονομαστικές, με την καταχώρηση στο οικείο Μητρώο Ανωνύμων Εταιρειών της απόφασης της εποπτεύουσας αρχής για την έγκριση της τροποποίησης του Καταστατικού της Εταιρείας. Το Διοικητικό Συμβούλιο της Εταιρείας πρέπει επίσης να έχει προσκαλέσει τους μετόχους της, κατόχους ανωνύμων μετοχών οιασδήποτε κατηγορίας και μορφής (τίτλοι ανωνύμων μετοχών ή και ανώνυμα αποθετήρια έγγραφα) όπως προσέλθουν και καταθέσουν τις ανώνυμες μετοχές τους στην Εταιρεία, προκειμένου αυτή να καταρτίσει το μετοχολόγιο και να τις αντικαταστήσει με ονομαστικές. Η πρόσκληση πρέπει να αναφέρει επίσης και τις συνέπειες της μη συμμόρφωσης προς την ως άνω πρόσκληση, σύμφωνα με την παράγρ. 3 του άρθρου 2. β) Αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της Εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της Εταιρείας, το πολύ "τριάντα εργάσιμες ημέρες" πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς».

Στο άρθρο 10.ι.6 της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Για συμμετοχή στο διαγωνισμό Ανωνύμων Εταιρειών (για τις ανώνυμες εταιρείες που αυτό απαιτείται) αναγκαία προϋπόθεση είναι η ονομαστικοποίηση των μετοχών τους μέχρι φυσικού προσώπου (άρθρο 8 παρ.4 του Ν.3310/2005). Η συνδρομή της προϋπόθεσης αυτής αποδεικνύεται με την προσκόμιση μαζί με την προσφορά των εξής δικαιολογητικών: α) Πιστοποιητικού της αρμόδιας αρχής που εποπτεύει, σύμφωνα με τις διατάξεις του Κ.Ν. 2190/1920, την εταιρεία, από την οποία προκύπτει ότι οι μετοχές της με βάση το ισχύον καταστατικό της είναι ονομαστικές και β) Αναλυτικής κατάστασης με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο Βιβλίο Μετόχων της εταιρείας, το πολύ τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς (άρθρο 1 παρ.2 Π.Δ. 82/96, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 109 του Ν. 2533/97). Σε περίπτωση που μέτοχοι Α.Ε. που συμμετέχει στο διαγωνισμό είναι άλλες Α.Ε., με ποσοστό συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο τουλάχιστον 1% απαιτείται και των εταιρειών αυτών οι μετοχές να είναι ονομαστικές στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου και επίσης οι εταιρείες αυτές πρέπει να προσκομίζουν τα προαναφερόμενα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών και για τις Α.Ε. μετόχους της Α.Ε. που λαμβάνει μέρος στο διαγωνισμό. Αν συμμετέχει στο

διαγωνισμό εταιρεία άλλης νομικής μορφής πλην των Α.Ε., στις οποίες συμμετέχουν ή κατέχουν εταιρικά μερίδια Ανώνυμες Εταιρείες με ποσοστό συμμετοχής στο εταιρικό κεφάλαιο 1%, οι μετοχές πρέπει να είναι ονομαστικές μέχρι φυσικού προσώπου (άρθρο 8 παρ. 1-3 του Ν. 3310/2005 και 8 παρ. 1 του Ν. 3414/2005). Σε περίπτωση μη υποβολής των παραπάνω δικαιολογητικών ή επί υποβολής μη νόμιμων ή ανεπίκαιρων (πέραν των τριάντα (30) ημερών), η προσφορά αποκλείεται ως απαράδεκτη.

Για τις αλλοδαπές Ανώνυμες Εταιρείες ισχύει η παρ.2 του άρθρου 8 του Ν.3310/2005, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 8 παρ.1 του Ν.3414/2005, στην οποία ορίζεται ότι: «Οι υποχρεώσεις της παρ.1 του άρθρου αυτού, ισχύουν και για τις αλλοδαπές ανώνυμες εταιρείες, ανεξαρτήτως της συμμετοχής τους ή μη σε ελληνικές ανώνυμες εταιρείες, υπό την προϋπόθεση ότι το δίκαιο της χώρας στην οποία έχουν την έδρα τους, επιβάλλει για το σύνολο της δραστηριότητάς τους ή για τη συγκεκριμένη δραστηριότητα, την ονομαστικοποίηση των μετοχών τους μέχρι φυσικού προσώπου. Εφόσον δεν επιβάλλεται υποχρέωση ονομαστικοποίησης των μετοχών κατά το δίκαιο της χώρας, στην οποία έχουν την έδρα τους, προσκομίζεται σχετική βεβαίωση από αρμόδια αρχή της χώρας αυτής, εφόσον υπάρχει σχετική πρόβλεψη, διαφορετικά προσκομίζεται υπεύθυνη δήλωση του υποψηφίου. Στην περίπτωση που δεν επιβάλλεται υποχρέωση ονομαστικοποίησης, η αλλοδαπή ανώνυμη εταιρεία υποχρεούται να προσκομίσει στην Αναθέτουσα Αρχή έγκυρη και ενημερωμένη κατάσταση των μετόχων της, που κατέχουν τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου της Α.Ε. Σε περίπτωση που η εταιρεία δεν τηρεί ενημερωμένη κατάσταση μετόχων να προσκομίσει σχετική κατάσταση μετόχων, που κατέχουν τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου, σύμφωνα με την τελευταία Γενική Συνέλευση, εφόσον οι μέτοχοι αυτοί είναι γνωστοί στην εταιρεία. Σε αντίθετη περίπτωση, η εταιρεία οφείλει να αιτιολογήσει τους λόγους για τους οποίους δεν είναι γνωστοί οι ως άνω μέτοχοι η δε Αναθέτουσα Αρχή δεν διαθέτει διακριτική ευχέρεια κατά την κρίση της αιτιολογίας αυτής. Εναπόκειται στην Αναθέτουσα Αρχή να αποδείξει τη δυνατότητα της εταιρείας να υποβάλει την προαναφερόμενη κατάσταση των μετόχων της διαφορετικά ή μη υποβολή της σχετικής κατάστασης δεν επιφέρει έννομες συνέπειες σε βάρος της εταιρείας». Η υποχρέωση περαιτέρω ονομαστικοποίησης μέχρι φυσικού προσώπου δεν ισχύει ως προς τις εισηγμένες στα Χρηματιστήρια κρατών –μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Οργανισμού Συνεργασίας και Ανάπτυξης (Ο.Ο.Σ.Α.) εταιρείες...».

Τέλος, στην υπ' αριθ. 342/13.7.2016 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ, με την οποία χορηγήθηκαν οι τελικές διευκρινήσεις, επί ερωτήματος που τέθηκε σε ερώτηση ενδιαφερόμενου και αφορούσε την ημερομηνία ισχύος των δικαιολογητικών συμμετοχής αναφέρονται τα εξής: *«Τα έγγραφα που θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να λαμβάνουν τις νέες ημερομηνίες είναι αυτά που, βάσει της οικείας διακήρυξης, ο χρόνος έκδοσης ή ισχύος τους συνδέεται με την καταληκτική ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, όπως οι εγγυήσεις συμμετοχής, οι υπεύθυνες δηλώσεις και τα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης. Λοιπά έγγραφα που η ημερομηνία έκδοσής τους ή ισχύος τους δεν συνδέεται με την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, δεν απαιτείται να αναφέρουν την τελευταία αυτή ημερομηνία και θα γίνονται δεκτές, αν προκύπτει ότι αφορούν τον παρόντα διαγωνισμό.»*

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, στην περίπτωση της ονομαστικοποίησης μετοχών ανωνύμων εταιρειών, η σχετική υποχρέωση υποβολής των οικείων δικαιολογητικών απορρέει ευθέως από τις ειδικές αυτές κανονιστικές διατάξεις οι οποίες προβλέπουν και τις συνέπειες της μη υποβολής των δικαιολογητικών αυτών. Εξάλλου, η υποβολή των σχετικών δικαιολογητικών συνιστά ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό και, συνεπώς, αν δεν υποβληθούν τα δικαιολογητικά αυτά, καθίσταται απαράδεκτη η προσφορά και απαράδεκτη η συμμετοχή στον διαγωνισμό<sup>22</sup>. Τα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών των ανωνύμων εταιρειών μέχρι φυσικού προσώπου, αποτελούν αφενός το πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής, από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές τους είναι (με βάση το ισχύον καταστατικό τους) ονομαστικές και αφετέρου αναλυτική κατάσταση των μετόχων τους (μέχρι φυσικού προσώπου) με τον αριθμό μετοχών εκάστου εξ αυτών, καθώς και τα αντίστοιχα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης μέχρι φυσικού προσώπου των ανωνύμων εταιρειών που ενδεχομένως είναι μέτοχοι αυτών<sup>23</sup>. Η εν λόγω δε αναλυτική κατάσταση των μετόχων των ανωνύμων εταιρειών μέχρι φυσικού προσώπου απαιτείται, ενόψει των διαρκών μεταβολών ως προς την κατάσταση των εμπλεκόμενων στην επιχειρηματική δραστηριότητα προσώπων και εταιρειών, να έχει εκδοθεί εντός ευλόγου χρόνου προ της υποβολής της προσφοράς των συμμετεχουσών στο διαγωνισμό ημεδαπών Α.Ε.

---

<sup>22</sup> βλ. ΕΑ ΣτΕ 755/2007, 1064, 1058/2005, 26/2004, Πρακτικά της Ολομ. του Ε.Σ. της 27ης Γενικής Συνεδρίασης της 29.11.2000 και της 9ης Γενικής Συνεδρίασης της 28.3.2001, Πράξεις VI Τμ. 16, 231/2006

<sup>23</sup> βλ. ΣτΕ 1095, 2361/2009, ΕΑ 1238/2010, 343/2010

ώστε να απεικονίζει επικαίρως, στα πλαίσια της διαφάνειας και του υγιούς ανταγωνισμού, τα στοιχεία της μετοχικής σύνθεσης των ανωνύμων αυτών εταιρειών<sup>24</sup>. Ενόψει των ανωτέρω, ελληνική ανώνυμη εταιρεία που συμμετέχει μεμονωμένα ή ως μέλος κοινοπραξίας στην ένδικη διαδικασία<sup>25</sup> και δεν υποβάλλει μαζί με την προσφορά της, νομότυπα και επικαιροποιημένα, τα οριζόμενα παραπάνω δικαιολογητικά, όχι μόνο για την ίδια, αλλά και για τη συνεργαζόμενη με αυτή ανώνυμη εταιρεία - μέλος της κοινοπραξίας, όπως ενδεχομένως και για τις ανώνυμες εταιρείες - μετόχους της<sup>26</sup> ή μετόχους μετόχων της κ.λπ., αποκλείεται από το διαγωνισμό<sup>27</sup>. Οι ως άνω υποχρεώσεις ονομαστικοποίησης μετοχών αφορούν ανώνυμες εταιρείες και όχι άλλα εταιρικά μορφώματα<sup>28</sup>.

αα) Εν προκειμένω, ως προς την πρώτη αιτίαση που τίθεται με την προδικαστική προσφυγή, δηλαδή την αναντιστοιχία μεταξύ του πιστοποιητικού του ΓΕΜΗ και της κατάστασης μετόχων πρέπει να επισημανθούν τα εξής: Η εταιρεία WATT ΑΕ, μέλος της υποψήφιας ένωσης, προσκόμισε το από 24.6.2016 Γενικό πιστοποιητικό το ΓΕΜΗ, στο οποίο αναφέρεται αριθμός μετοχών 780.000 και ως τελευταία καταχώριση αυτής της 13.7.2015 (387526) και την από 21.7.2016 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου, η οποία αναφέρει αριθμό μετοχών 1.080.000.

Από τα παραπάνω στοιχεία προκύπτει ότι υφίσταται πράγματι αναντιστοιχία μεταξύ του αριθμού μετοχών που αναφέρονται στο πιστοποιητικό ΓΕΜΗ και της κατάστασης μετόχων. Και ναι μεν η κατάσταση μετόχων είναι αυτό το δικαιολογητικό που αποδεικνύει τον αριθμό των μετοχών, πλην όμως εφόσον από το πιστοποιητικό προκύπτει αναντιστοιχία, οφείλει η Αναθέτουσα Αρχή να ερευνήσει την αντίθεση αυτή. Έχει συναφώς κριθεί ότι η αντίφαση μεταξύ του μετοχολογίου και του βιβλίου μετόχων δεν οδηγεί άνευ ετέρου στον αποκλεισμό του υποψηφίου<sup>29</sup>, πλην όμως ενδέχεται

---

<sup>24</sup> Βλ. ΔΕφΛαρ 33/2014

<sup>25</sup> βλ. ΕΑ ΣτΕ 755/2007

<sup>26</sup> βλ. ΣτΕ 2361, 1095/2009, ΕΑ 1238/2010 κ.ά.

<sup>27</sup> βλ. ΕΑ ΣτΕ, 1386/2008, 252, 324, 1017/2009, ΣτΕ 2361/2009

<sup>28</sup> Βλ. ΔΕφΑθ 45/2015 με την οποία κρίθηκε υποστηρίξιμη η άποψη ότι εταιρεία της Κίνας έχει τη μορφή εταιρείας περιορισμένης ευθύνης και εξ αυτού του λόγου δεν απαιτείτο προσκόμιση δικαιολογητικών ονομαστικοποίησης. Με την 1383/2012 απόφαση του Τμήματος Μείζονος Σύνθεσης του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι οι ετερόρρυθμες εταιρείες των Η.Π.Α. δεν επιβάλλεται να κατέχουν ονομαστικά μερίδια, ενώ, με την 148/2007 πράξη του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν απορρίφθηκε ως αβάσιμος, αλλά ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, λόγος που αναφερόταν στην μη υποχρέωση ονομαστικοποίησης μετοχών κυπριακής εταιρείας περιορισμένης ευθύνης (ltd).

<sup>29</sup> Βλ. ΕλΣυν Τμ.Μειζ.Συνθ. 1383/2012.

να γεννά υποχρέωση του φορέα διεξαγωγής του διαγωνισμού να εξετάσει αν ο υποψήφιος υπέβαλε ψευδή βεβαίωση μετόχων<sup>30</sup>.

Προς διερεύνηση της αντίφασης αυτής και του γεγονότος αν ο υποψήφιος έχει υποπέσει σε ψευδή βεβαίωση η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει διευκρινήσεις ή να εξετάσει συνυποβληθέντα από τον υποψήφιο στοιχεία. Εν προκειμένω, η υποψήφια ένωση προσκόμισε με την προσφορά της, εκτός των προαναφερθέντων δικαιολογητικών, και αντίγραφο του βιβλίου μετοχών, όπως αυτό ίσχυε κατά την 19.7.2016, θεωρημένο από τον νόμιμο εκπρόσωπό της, στο οποίο αναγράφεται ως τελευταία καταχώριση αυτή της 21<sup>ης</sup> Απριλίου του 2015, σχετικά με την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου στις 1.080.000, βάσει της από 16.02.2015 απόφασης της Γενικής Συνέλευσης.

Επιπλέον, παρά το γεγονός ότι η αύξηση μετοχικού κεφαλαίου δεν αναγράφεται το γενικό πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ, εντούτοις αναφέρεται η ανακοίνωση για την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου (αριθμός καταχώρισης 387526). Από έλεγχο των στοιχείων του ΓΕΜΗ διαπιστώνεται ότι πράγματι ο πραγματικός αριθμός των μετοχών είναι 1.080.000 και όχι 780.000, όπως εσφαλμένως αναφέρεται στο πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ<sup>31</sup>. Προφανώς η μη αναγραφή ρητώς στο κείμενο οφείλεται σε ελλιπή ενημέρωση του πιστοποιητικού και σαφέστατα όχι σε ψευδή δήλωση του υποψηφίου. Ως εκ τούτου, δεν υφίσταται κάποιο ζήτημα ψευδούς δήλωσης και κατ' επέκταση δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της υποψηφίας ένωσης.

αβ) Περαιτέρω, ως προς τα δικαιολογητικά των αλλοδαπών εταιρειών που συμμετέχουν στο μετοχικό κεφάλαιο της W.A.T.T. A.E. πρέπει να αναφερθούν τα εξής:

Από την υποψήφια Ένωση προσκομίστηκαν τα παρακάτω δικαιολογητικά: (i) Το από 4 Απριλίου 2016 πιστοποιητικό του Τμήματος Εφόρου Εταιρειών στην Κύπρο που αφορά στην εταιρεία MESTROLIO INVESTMENTS LIMITED δυνάμει του οποίου πιστοποιούνται οι μέτοχοι αυτής και οι αριθμοί μετοχών τους, (ii) Το από 25 Απριλίου 2016 πιστοποιητικό του Τμήματος Εφόρου Εταιρειών στην Κύπρο που αφορά στην εταιρεία MEDERA ENTERPRISES LTD (εταιρεία - μέτοχος της MESTROLIO INVESTMENTS

---

<sup>30</sup> ΕΛΣυν 251/2012 Τμήμα VI, με την οποία είχε κριθεί μη νόμιμη η συμμετοχή υποψηφίου, λόγω της αναντιστοιχίας. Επισημαίνεται ότι η απόφαση αυτή αναθεωρήθηκε με την ως άνω απόφαση Τμήματος Μείζονος Σύνθεσης και κρίθηκε νόμιμη η συμμετοχή του υποψηφίου.

<sup>31</sup> Στην ηλεκτρονική ιστοσελίδα του ΓΕΜΗ υφίστανται μεταξύ άλλων οι εξής καταχωρίσεις: α) Ανακοίνωση τροποποίησης καταστατικού, με ημερομηνία απόφασης οργάνου 16.2.2015, ημερομηνία καταχώρισης 13.7.2015 και αριθμό πρωτοκόλλου ανακοίνωσης 52439/21.7.2015 και β) Καταχώριση απόφασης Διοικητικού Συμβουλίου για την πιστοποίηση καταβολής αρχικού μετοχικού κεφαλαίου, με ημερομηνία απόφασης οργάνου 2.4.2015 και αριθμό πρωτοκόλλου ανακοίνωσης 52738/21.7.2015.

LIMITED) δυνάμει του οποίου πιστοποιούνται οι μέτοχοι αυτής και οι αριθμοί μετοχών τους, (iii) Το από 15 Απριλίου 2016 πιστοποιητικό του Τμήματος Εφόρου Εταιρειών στην Κύπρο που αφορά στην εταιρεία CHAPALACO LIMETED (εταιρεία – μέτοχος της MESTROLIO INVESTMENTS LIMITED) δυνάμει του οποίου πιστοποιούνται οι μέτοχοι αυτής και οι αριθμοί μετοχών τους, (iv) Το από 15 Απριλίου 2016 πιστοποιητικό του Τμήματος Εφόρου Εταιρειών στην Κύπρο που αφορά στην εταιρεία EMMA ALPHA HOLDING LTD (μοναδική μέτοχο της εταιρείας CHAPALACO LIMETED) δυνάμει του οποίου πιστοποιούνται οι μέτοχοι αυτής και οι αριθμοί μετοχών τους, (v) Το από 15 Απριλίου 2016 πιστοποιητικό του Τμήματος Εφόρου Εταιρειών στην Κύπρο που αφορά στην εταιρεία MEF HOLDINGS LIMITED (εταιρεία - μέτοχος της EMMA ALPHA HOLDING LTD) δυνάμει του οποίου πιστοποιούνται οι μέτοχοι αυτής και οι αριθμοί μετοχών τους, (vi) Το από 15 Απριλίου 2016 πιστοποιητικό του Τμήματος Εφόρου Εταιρειών στην Κύπρο που αφορά στην εταιρεία EMMA CAPITAL LIMITED (εταιρεία - μέτοχος της EMMA ALPHA HOLDING LTD) δυνάμει του οποίου πιστοποιούνται οι μέτοχοι αυτής και οι αριθμοί μετοχών τους, (vii) Το από 4 Απριλίου 2016 πιστοποιητικό του Τμήματος Εφόρου Εταιρειών στην Κύπρο που αφορά στην εταιρεία NESAVA LIMITED (εταιρία – μέτοχος της W.A.T.T. A.E) δυνάμει του οποίου πιστοποιούνται οι μέτοχοι αυτής και οι αριθμοί μετοχών τους, (viii) Το από 30 Μαρτίου 2016 πιστοποιητικό του Ειρηνοδικείου Αμβούργου που αφορά στην εταιρεία H-U-T Umwelt and Technologien GmbH (εταιρία - μέτοχος της W.A.T.T. A.E) δυνάμει του οποίου πιστοποιούνται οι μέτοχοι αυτής και οι αριθμοί μετοχών τους, (ix) Το από 4 Απριλίου 2016 πιστοποιητικό του Τμήματος Εφόρου Εταιρειών στην Κύπρο που αφορά στην εταιρεία KOLPIC TRADING LIMITED (εταιρία - μέτοχος της H-U-T Umwelt and Technologien GmbH) δυνάμει του οποίου πιστοποιούνται οι μέτοχοι αυτής και οι αριθμοί μετοχών τους.

Ανεξαρτήτως του αν ο όρος του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παραγράφου του επίμαχου άρθρου της διακήρυξης αφορά το σύνολο των δικαιολογητικών ονομαστικοποίησης ή μόνο τις καταστάσεις των μετόχων, η πρώτη παράγραφος αναφέρεται στις ημεδαπές εταιρείες. Αντιθέτως, ως προς τις αλλοδαπές ανώνυμες εταιρείες ισχύουν τα όσα αναφέρονται στη δεύτερη παράγραφο, στην οποία δεν γίνεται καμία παραπομπή στην πρώτη παράγραφο, αλλά στην κείμενη νομοθεσία. Όπως προαναφέρθηκε, όμως, βάσει της κείμενης νομοθεσίας η υποχρέωση προσκόμισης επίκαιρων εγγράφων, αφορά μόνο τις καταστάσεις μετόχων, ενώ αντιθέτως, το πιστοποιητικό της αρμόδιας

αρχής δεν απαιτείται να είναι επίκαιρο. Ως εκ τούτου τα δικαιολογητικά αυτά πληρούν τους όρους της διακήρυξης και δεν απαιτείτο να είναι επίκαιρα.

Αλλωστε, η διατύπωση του συγκεκριμένου χωρίου της υπ' αριθ. 342/2016 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ δεν επηρεάζει την άποψη αυτή, αφού δια της αποφάσεως αυτής, που λήφθηκε μόλις οχτώ (8) ημέρες πριν τη διενέργεια του διαγωνισμού, δεν τροποποιήθηκε η διακήρυξη, αλλά η αναφορά αυτή έχει την έννοια ότι πρέπει να είναι επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά που εκ της διακηρύξεως προκύπτει σχετική υποχρέωση.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει να επισημανθεί ότι η παραδοχή ότι εν γένει όλα τα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης, συμπεριλαμβανομένων και αυτών της δεύτερης παραγράφου, πρέπει να φέρουν ημερομηνία προ τριάντα (30) ημερών από την καταληκτική ημερομηνία διαγωνισμού, θα είχε ως συνέπεια ότι το αυτό ισχύει και για τα δικαιολογητικά που προσκομίζουν ανώνυμες εταιρείες που είναι εισηγμένες στο χρηματιστήριο, για τις οποίες γίνεται αναφορά στο τελευταίο εδάφιο της δεύτερης παραγράφου. Συνακόλουθα, θα έπρεπε να αποκλειστεί και η υποψήφια «ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ - ΙΝΤΡΑΚΑΤ», καθώς το υπ' αριθ. 2315/13.6.2016 πιστοποιητικό του Χρηματιστηρίου Αθηνών φέρει ημερομηνία έκδοσης μεγαλύτερη από τριάντα (30) ημέρες προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών.

Περαιτέρω, όπως προαναφέρθηκε, προϋπόθεση για τη συμμετοχή ανώνυμης εταιρείας στον επίδικο διαγωνισμό, είναι, μεταξύ άλλων, και η υποβολή δικαιολογητικού στο οποίο να αποτυπώνεται η κατάσταση μετόχων και μετοχών της εταιρείας όπως είχε το πολύ τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς<sup>32</sup>. Για την κατάρτιση της κατάστασης αυτής δεν προβλέπεται κάτι συγκεκριμένο, αν δηλαδή πρέπει να υπογράφεται και από ποιον, ει μη μόνο τα στοιχεία που πρέπει να περιλαμβάνει. Τα μοναδικά κρίσιμα στοιχεία που πρέπει να αναφέρονται στην αναλυτική αυτή κατάσταση είναι τα στοιχεία μετόχων / μετοχών και η ημερομηνία στην οποία αναφέρεται. Για τον λόγο αυτό, άλλωστε, από επισκόπηση της νομολογίας το ζήτημα που έχει απασχολήσει τα Δικαστήρια είναι η ημερομηνία των καταστάσεων και όχι ο τύπος τους.

Με βάση τα παραπάνω και δεδομένης της έλλειψης ρητής αναφοράς στην κείμενη νομοθεσία και στη διακήρυξη ότι το συγκεκριμένο έγγραφο πρέπει να υπογράφεται, αλλά και το γεγονός ότι παγίως η Αναθέτουσα Αρχή έχει δεχθεί ανυπόγραφες καταστάσεις χωρίς να δημιουργηθεί κανένα ζήτημα, δεν μπορεί

---

<sup>32</sup> ΣτΕ, ΕΑ, 867/2009, 613, 164/2007, 373/2003, 323/2001

να συναχθεί το ασφαλές συμπέρασμα ότι η έλλειψη υπογραφής τους μπορεί να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού.

Υπό όλα τα παραπάνω δεδομένα και ανεξαρτήτως του αν τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης έπρεπε να υποβληθούν λόγω της νομικής μορφής των εταιρειών, σε κάθε περίπτωση εκφράζω τη γνώμη ότι δεν συντρέχει κάποιος προφανής λόγος αποκλεισμού.

**(β)** Ακολουθως, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η βεβαίωση εμπειρίας που έχει χορηγηθεί από το Κοινό Συμβούλιο Υπηρεσιών για τη διαχείριση των στερεών αποβλήτων της Χεβρώνας – Βηθλεέμ (JSC – H&B) δεν είναι προσηκόντως επικυρωμένη, διότι δεν φέρει επικύρωση της αρμόδιας Προξενικής Αρχής, και ως εκ τούτου δεν μπορεί να ληφθεί υπ' όψιν.

Συγκεκριμένα, η ένωση WATT ΑΕ – Τοξότης ΑΕ, για την απόδειξη της εμπειρίας της, προσκόμισε την από 1.10.2015 βεβαίωση εμπειρίας που έχει χορηγηθεί από το Κοινό Συμβούλιο Υπηρεσιών για τη διαχείριση των στερεών αποβλήτων της Χεβρώνας – Βηθλεέμ (JSC – H&B), επικυρωμένη από το Υπουργείο Εξωτερικών Υποθέσεων της Παλαιστίνης και επιπλέον συνοδευόμενη από επίσημη μετάφραση από δικηγόρο. Επιπλέον, προσκόμισε την υπ' αριθ. 51346/26.2.2016 ένορκη βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου της ενώπιον της συμβολαιογράφου κας Ειρήνη Βασιλικάκη, στην οποία αναφέρονται τα εξής:

*«...Το έγγραφο αυτό δεν δύναται να τύχει θεώρησης ως προς τη γνησιότητά του ούτε φέροντας τη σφραγίδα της σύμβασης της Χάγης (APOSTILLE), ούτε φέροντας θεώρηση από την ελληνική Προξενική Αρχή της χώρας προέλευσής του ή από την Προξενική Αρχή της χώρας αυτής στην Ελλάδα, ως έγγραφο εκδοθέν από αλλοδαπή δημόσια Αρχή, αφού δεν προέρχεται από αρχή χώρας συμβεβλημένης στην Σύμβαση της Χάγης, το δε «Κράτος της Παλαιστίνης» «τελεί υπό ιδιότυπο καθεστώς κατά το Διεθνές Δίκαιο, δεν αναγνωρίζεται ως ανεξάρτητο και κυρίαρχο κράτος από σημαντικό αριθμό χωρών σε διεθνές επίπεδο, μεταξύ των οποίων και η Ελληνική Δημοκρατία (οπότε και οι «Προξενικές Αρχές» του στην Ελλάδα δεν θεωρούνται ως «Προξενεία» ή «Πρεσβείες», αλλά ως «Αποστολές») αλλά και το Ισραήλ (οπότε ούτε οι Προξενικές Αρχές του τελευταίου στην Ελλάδα ούτε οι ελληνικές προξενικές αρχές στο Ισραήλ προβαίνουν σε θεώρηση γνησιότητας επί εγγράφων που εκδίδονται από «δημόσιες» παλαιστινιακές αρχές. Ενόψει τούτων το έγγραφο αυτό ισοδυναμεί με αλλοδαπό ιδιωτικό έγγραφο, ως προς την προσκόμιση του οποίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών τυγχάνουν εφαρμογής τα*



από την εφαρμοστέα νομοθεσία σχετικώς προβλεπόμενα καθώς και τα περί νόμιμης μετάφρασής του στην ελληνική γλώσσα...».

Από την πλευρά της η προσφεύγουσα επικαλείται μεταξύ άλλων τα εξής: «...η εν λόγω βεβαίωση εκδοθείσα από το Κοινό Συμβούλιο Υπηρεσιών για τη Διαχείριση Στερεών Αποβλήτων Κυβερνήσεων Χεβρόνα - Βηθλεέμ του Υπουργείου Τοπικής Κυβέρνησης του Κράτους της Παλαιστίνης, ως καθ' όλα δημόσιο, αλλοδαπό έγγραφο, προκειμένου να υποβληθεί νομίμως στην Αναθέτουσα Αρχή, στα πλαίσια του παρόντος διαγωνισμού και να θεωρηθεί ισχυρό και αξιολογήσιμο σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, με την (αυξημένη) αποδεικτική δύναμη (αλλοδαπών) δημόσιων εγγράφων, θα έπρεπε να είχε νομίμως και προσηκόντως επικυρωθεί από την οικεία ελληνική προξενική αρχή στην Παλαιστίνη [η οποία, όπως προκύπτει από την ιστοσελίδα του Υπουργείου Εξωτερικών (<http://www.mfa.gr/dimereis-sheseis-tis-ellados/palaistine/skheseis-elladospalaistines.html>), είναι το Γενικό Προξενείο Ιεροσολύμων], κατόπιν της επικύρωσής του από το Υπουργείο Εξωτερικών της Παλαιστίνης, εναλλακτικά, από το Τμήμα Επικυρώσεων του ΚΕΠΠΑ του ΥΠ.ΕΞ. εφόσον μετά την επικύρωσή του από το Υπουργείο Εξωτερικών της οικείας χώρας, είχε επικυρωθεί από την Προξενική Αρχή του Κράτους της Παλαιστίνης στην Ελλάδα (σύμφωνα μάλιστα με πληροφορίες από την εν λόγω Προξενική Αρχή στην Ελλάδα για το συγκεκριμένο και άλλα δημόσια έγγραφα από την Παλαιστίνη). ...».

Με βάση τα παραπάνω το πρώτο ζήτημα που πρέπει να εξετασθεί ως προς το συγκεκριμένο έγγραφο είναι αν αποτελεί δημόσιο έγγραφο, που προέρχεται δηλαδή από Αρχή ενός Κράτους. Ως Κράτος νοείται το πρόσωπο διεθνούς δικαίου, το οποίο πρέπει να περιέχει τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α) μόνιμο πληθυσμό, β) ορισμένη εδαφική περιοχή, γ) Κυβέρνηση και δ) ικανότητα να συνάψει σχέσεις με άλλα Κράτη<sup>33</sup>. Επιπλέον, στοιχείο για τον προσδιορισμό ενός Κράτους είναι η αναγνώρισή του από άλλα Κράτη και από τη διεθνή κοινότητα. Συγκεκριμένα, ως αναγνώριση, σύμφωνα με το διεθνές δίκαιο, νοείται η μονομερής πράξη ενός Κράτους, με την οποία επιβεβαιώνεται ότι δεν πρόκειται να αμφισβητηθεί η νομιμότητα των καταστάσεων ή πράξεων, που αποτελούν αντικείμενό της. Τα Κράτη υποχρεούνται, κατά την ορθότερη άποψη, να μεταχειρίζονται ως Κράτος, σε ορισμένο μέτρο, μία οντότητα που διαθέτει τις προϋποθέσεις να αναγνωρισθεί ως τέτοιο, εκτός αν συντρέχει

<sup>33</sup> Ο ως άνω ορισμός έχει τεθεί στο άρθρο 1 της Συνθήκης του Μοντεβιδео «περί των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των πολιτειών» (1933).

λόγος υποχρεωτικής μη αναγνώρισης. Ένα Κράτος που δεν αναγνωρίζει ένα άλλο δεν υποχρεούται να αποδεχθεί όλες τις συνέπειες της κρατικής ιδιότητας (π.χ. την ιθαγένεια πολίτη μη αναγνωριζόμενου κράτους) παρά μόνο εκείνες που είναι σεβαστές για το συμφέρον της διεθνούς κοινότητας<sup>34</sup>.

Ως προς την Παλαιστίνη, σε διεθνές επίπεδο, η Γενική Συνέλευση του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών (ΟΗΕ), με την υπ' αριθ. 67/19 της 29<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2012 απόφασή της, αναγνώρισε την Παλαιστίνη ως Κράτος – Παρατηρητή, μη μέλος του ΟΗΕ, αναβαθμίζοντας την από οντότητα παρατηρητή, μη μέλους. Τον Δεκέμβριο του 2014 το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο ψήφισε ψήφισμα με το οποίο «...υποστηρίζει καταρχήν την αναγνώριση παλαιστινιακής κρατικής οντότητας και τη λύση των δύο κρατών και εκτιμά ότι οι ενέργειες αυτές θα πρέπει να συμβαδίζουν με την εξέλιξη των ειρηνευτικών συνομιλιών, στις οποίες θα πρέπει να σημειωθεί πρόοδος...». Σήμερα, πάνω από το 60% των χωρών έχουν αναγνωρίσει την Παλαιστίνη ως Κράτος. Άλλωστε, η Παλαιστίνη δεν έχει συμβληθεί στη Συνθήκη της Χάγης, ώστε να τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις της ως προς τα έγγραφα που εκδίδονται από τις δημόσιες αρχές της.

Σε επίπεδο διμερών σχέσεων, η Ελλάδα δεν έχει αναγνωρίσει την Παλαιστίνη ως Κράτος. Πρόσφατα η Ολομέλεια της Βουλής των Ελλήνων και συγκεκριμένα στις 22.12.2015 ψήφισε ειδική απόφαση σχετικά με την Παλαιστίνη. Όπως προκύπτει από τα Πρακτικά της Συνεδρίασης της 22.12.2015 της Βουλής κλήθηκε η Ελληνική Κυβέρνηση «...να προωθήσει όλες τις απαραίτητες διαδικασίες για να αναγνωρίσει κράτος της Παλαιστίνης και να καταβάλλει κάθε διπλωματική προσπάθεια για την άμεση επανέναρξη απευθείας μεταξύ των δύο πλευρών αξιόπιστων ειρηνευτικών συνομιλιών...». Μέχρι σήμερα η Ελληνική Κυβέρνηση δεν έχει αναγνωρίσει την Παλαιστίνη ως ανεξάρτητο Κράτος. Για τον λόγο αυτό στην Αθήνα λειτουργεί Διπλωματική Αντιπροσωπεία της Παλαιστίνης, ενώ αρμόδιο για τις σχέσεις της Ελλάδος με την Παλαιστίνη είναι το Γενικό Προξενείο Ιεροσολύμων<sup>35</sup>.

Με δεδομένο ότι, όπως προαναφέρθηκε, η Παλαιστίνη δεν έχει αναγνωριστεί επίσημα ως Κράτος από την Ελλάδα, οι διπλωματικές σχέσεις των δύο (2) Κρατών διενεργούνται μέσω της Διπλωματικής Αντιπροσωπείας στην Παλαιστίνη. Πάρα ταύτα, από διερεύνηση του ζητήματος και κατόπιν

<sup>34</sup> Βλ. Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο, Οι Φορείς Δικαιωμάτων και Υποχρεώσεων στην Διεθνή Έννομη Τάξη, Κ. Ιωάννου – Κ. Οικονομίδη – Χ. Ροζάκη – Α. Φατούρου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή 1990, σελ. 54 – 55.

<sup>35</sup> <http://www.mfa.gr/dimereis-sheseis-tis-ellados/palaistine/skheseis-ellados-palaistines.html>

επικοινωνίας με αρμοδίους υπαλλήλους του Υπουργείου Εξωτερικών που έθεσαν υπ' όψιν ότι η Παλαιστίνη, παρά την μη επίσημη αναγνώρισή της, αντιμετωπίζεται ως Κράτος, εφόσον έχουν συναφθεί διπλωματικές σχέσεις μεταξύ των δύο χωρών. Μου αναφέρθηκε, μάλιστα, ότι τα έγγραφα που προέρχονται από την Παλαιστίνη επικυρώνονται από το Προξενείο των Ιεροσολύμων ή τη διπλωματική αποστολή της Παλαιστίνης στην Ελλάδα. Είναι δε χαρακτηριστικό ότι το Ελληνικό Κράτος αποδέχεται λ.χ. την ιθαγένεια των πολιτών που προέρχονται από την Παλαιστίνη. Μάλιστα, υπό τις συνθήκες αυτές, θα μπορούσε να υποστηριχθεί η άποψη ότι η αναγνώριση του χαρακτήρα της δημόσιας αρχής στις υπηρεσίες του Παλαιστινιακού Κράτους αποτελεί υποχρέωση της Ελλάδος βάσει κανόνων του διεθνούς δικαίου που έχουν τεθεί για το συμφέρον της διεθνούς κοινότητας, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η πλειοψηφία των Κρατών έχει αναγνωρίσει την Παλαιστίνη ως Κράτος.

Ως προς το ποια προξενική αρχή θα προβεί στην επικύρωση, κατά την άποψή μου, όμως, και δεδομένης της σύναψης διπλωματικών σχέσεων των δύο (2) χωρών η ορθότερη είναι η άποψη ότι τόσο η διπλωματική αποστολή λειτουργεί ως «οιονεί Προξενική Αρχή» της Παλαιστίνης στην Ελλάδα, όσο και το Προξενείο των Ιεροσολύμων λειτουργεί ως Προξενική Αρχή της Ελλάδος στην Παλαιστίνη, ανεξαρτήτως του ιδιότυπου καθεστώτος που επικρατεί στην περιοχή.

Με βάση όλα τα παραπάνω, εκφράζω τη γνώμη ότι η Παλαιστίνη, λόγω των διπλωματικών σχέσεων που έχει συνάψει με την Ελλάδα, αλλά και της διεθνούς αναγνώρισής της, θα πρέπει να θεωρηθεί ως υποκείμενο σχέσεων δημοσίου διεθνούς δικαίου και άρα κρατική οντότητα. Κατ' επέκταση, τα έγγραφα που εκδίδονται από τις δημόσιες αρχές της Παλαιστίνης πρέπει να εκληφθούν ως δημόσια έγγραφα, όπως το επίμαχο έγγραφο.

Από τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι η αιτίαση της προσφυγής ότι πρόκειται για δημόσιο, και ουχί ιδιωτικό έγγραφο, είναι βάσιμη και εσφαλμένως δηλώνει ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας WATT AE ότι δεν είναι δυνατή η επικύρωσή του. Περαιτέρω, όμως, θα πρέπει να εξετασθεί ο τρόπος επικύρωσης του συγκεκριμένου εγγράφου και δη αν αυτό πληρούσε τους όρους της διακήρυξης: Στο άρθρο 10 της Διακήρυξης στο σημείο που φέρει τίτλο «Γενικές Επισημάνσεις επί των φακέλων προσφοράς» (σελ. 22) αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι «Αναφορικά με το θέμα της επικύρωσης αντιγράφων εγγράφων, για το σύνολο των απαιτούμενων από την παρούσα διακήρυξη δικαιολογητικών και στοιχείων της προσφοράς, ισχύουν οι διατάξεις

του άρθρου 1 του Ν.4250/2014 (ΦΕΚ Α' 74/26-03-14). Σημειωτέον ότι η παραπάνω ρύθμιση δεν καταλαμβάνει τα συμβολαιογραφικά έγγραφα (π.χ. πληρεξούσια, ένορκες βεβαιώσεις κ.ο.κ.), για τα οποία εξακολουθεί να υφίσταται η υποχρέωση υποβολής κυρωμένων αντιγράφων. Επίσης γίνονται αποδεκτά ευκρινή φωτοαντίγραφα από αντίγραφα εγγράφων που έχουν εκδοθεί από αλλοδαπές αρχές, υπό την προϋπόθεση ότι αυτά είναι νομίμως επικυρωμένα από την αρμόδια αρχή της χώρας αυτής, και έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 36 παρ. 2 β) του Κώδικα Δικηγόρων (Ν 4194/2013) σε κάθε δε περίπτωση να συνοδεύονται από νομίμως επικυρωμένη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Σημειώνεται ότι δεν τίγονται και εξακολουθούν να ισχύουν, οι απαιτήσεις υποβολής δημοσίων εγγράφων με συγκεκριμένη επισημείωση (APOSTILLE), οι οποίες απορρέουν από διεθνείς συμβάσεις της χώρας (Σύμβαση της Χάγης) ή άλλες διακρατικές συμφωνίες. Όλα τα δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά, που αφορούν σε αλλοδαπά πρόσωπα και θα κατατεθούν από τους Υποψηφίους στην παρούσα διαδικασία, θα είναι νόμιμα επικυρωμένα είτε από το αρμόδιο Προξενείο του οικείου κράτους του Υποψηφίου ή των Μελών αυτού, σε περίπτωση Ένωσης προσώπων, είτε με την επίθεση της Επισημείωσης ("Apostile") σύμφωνα με τη Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με το Ν. 1497/84, ώστε να πιστοποιείται η γνησιότητά τους και θα συνοδεύονται από επίσημη μετάφραση στα ελληνικά. Διευκρινίζεται ότι η διατύπωση αυτή εφαρμόζεται σε όσα έγγραφα και δικαιολογητικά θεωρούνται ως δημόσια έγγραφα κατά το άρθρο 1 της ως άνω Συνθήκης και δη: (i) τα έγγραφα που προέρχονται από αρχή ή δημόσιο υπάλληλο δικαιοδοτικού οργάνου του κράτους, (ii) τα διοικητικά έγγραφα, (iii) τα συμβολαιογραφικά έγγραφα και (iv) οι επίσημες βεβαιώσεις, όπως βεβαιώσεις καταχώρησης, θεωρήσεις για βέβαιη χρονολογία και επικυρώσεις γνησίου υπογραφής που τίθενται σε ιδιωτικό έγγραφο.». Στο ίδιο άρθρο της διακήρυξης (σελ. 17) αναφέρεται ότι «Δικαιολογητικά που εκδίδονται σε Κράτος εκτός της Ελλάδας, θα συνοδεύονται υποχρεωτικά και με ποινή αποκλεισμού από επίσημη μετάφρασή τους στην Ελληνική γλώσσα, η οποία θα συμπεριλαμβάνεται υποχρεωτικά στον (υπο)φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» του Υποψήφιου Αναδόχου.». Σύμφωνα δε με τις διατάξεις του «Ν. 1497/1984 Κύρωση Σύμβασης που καταργεί την υποχρέωση επικύρωσης των αλλοδαπών δημόσιων εγγράφων» (Α' 108) «Η Σύμβαση δεν εφαρμόζεται ωστόσο: (α) στα έγγραφα που εκδόθηκαν από διπλωματικούς ή προξενικούς πράκτορες. (β) στα διοικητικά έγγραφα που στηρίζονται άμεσα με εμπορική ή τελωνειακή πράξη.».».

Στη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 2 του Ν. 4250/2014 (Α' 74) ορίζεται μεταξύ άλλων ότι «Ομοίως, υποβάλλονται και γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά ευκρινή φωτοαντίγραφα από αντίγραφα εγγράφων που έχουν εκδοθεί από αλλοδαπές αρχές και έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο». Στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4250/2014 αναφέρεται ότι «...με την ίδια νομοθετική πρωτοβουλία, θα γίνονται αποδεκτά από τη Διοίκηση και τους φορείς που εμπίπτουν σε αυτή και απλά, ευανάγνωστα φωτοαντίγραφα ιδιωτικών ή αλλοδαπών εγγράφων, υπό την προϋπόθεση ότι τα έγγραφα αυτά (ιδιωτικά ή αλλοδαπά) έχουν επικυρωθεί αρχικά από δικηγόρο. Στις περιπτώσεις προσκόμισης αναληθών ή πλαστών εγγράφων επιβάλλονται οι ποινικές κυρώσεις του ν. 1599/1986 και η διοικητική ή άλλη πράξη ανακαλείται. Καθίσταται σαφές ότι με τις προτεινόμενες διατάξεις δεν τίγονται και εξακολουθούν να ισχύουν, οι απαιτήσεις υποβολής δημοσίων εγγράφων με συγκεκριμένη επισημείωση, οι οποίες απορρέουν από διεθνείς συμβάσεις της χώρας (π.χ. Σύμβαση της Χάγης) και άλλες διακρατικές συμφωνίες...».

Περαιτέρω, στην προσφυγή γίνεται παραπομπή σε οδηγίες του τμήματος οργάνωσης και απλούστευσης διαδικασιών και εθιμοτυπίας της Γενικής Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών και Διοικητικής Υποστήριξης του Υπουργείου Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης, βάσει των οποίων προκειμένου για έγγραφα που προέρχονται από Κράτος, μη μέλος της Σύμβασης της Χάγης ή από Κράτος για το οποίο η χώρα μας έχει εγείρει αντιρρήσεις, ισχύουν τα εξής:

Προκειμένου ένα τέτοιο έγγραφο να γίνει αποδεκτό από ελληνικές δημόσιες υπηρεσίες, απαιτείται η προξενική επικύρωσή του. Η προξενική επικύρωση μπορεί να τεθεί σε αλλοδαπό δημόσιο έγγραφο που εκδίδεται από Αρχές χώρας μη συμβαλλόμενης στη Σύμβαση της Χάγης από την οικεία ελληνική προξενική αρχή στη χώρα προέλευσης, εφόσον έχει προηγηθεί η επικύρωσή του από το Υπουργείο Εξωτερικών της χώρας προέλευσης του εγγράφου. Εναλλακτικά, το αλλοδαπό δημόσιο έγγραφο μπορεί να επικυρωθεί από το Τμήμα Επικυρώσεων του Κέντρου Εξυπηρέτησης και Πληροφόρησης Πολιτών και Απόδημων Ελλήνων (ΚΕΠΠΑ) του Υπουργείου Εξωτερικών, εφόσον μετά την επικύρωσή του από το Υπουργείο Εξωτερικών της οικείας χώρας, επικυρωθεί από την Προξενική Αρχή της χώρας αυτής στην Ελλάδα. Ειδικά για έγγραφα προέλευσης από τα κράτη μη-μέλη της Σύμβασης της Χάγης, ΑΙΘΙΟΠΙΑ, ΑΛΓΕΡΙΑ, ΑΦΓΑΝΙΣΤΑΝ, ΓΚΑΝΑ, ΕΡΥΘΡΑΙΑ, ΙΝΔΟΝΗΣΙΑ, ΙΡΑΚ, ΙΡΑΝ, ΚΕΝΥΑ, Λ.Δ. ΚΟΝΓΚΟ, ΛΙΒΥΗ, ΜΑΛΙ, ΜΑΡΟΚΟ, ΜΠΑΓΚΛΑΝΤΕΣ, ΝΙΓΗΡΙΑ, ΠΑΚΙΣΤΑΝ, ΣΕΝΕΓΑΛΗ,

ΣΟΥΔΑΝ, ΣΡΙ ΛΑΝΚΑ, ΦΙΛΙΠΠΙΝΕΣ, η επικύρωση γίνεται μόνο μέσω της αρμόδιας ελληνικής προξενικής Αρχής, στις οικείες χώρες.(ΥΠΕΞ).

Επιπλέον, γίνεται παραπομπή σε οδηγίες του Υπουργείου Εξωτερικών ως προς την επικύρωση εγγράφων. Συγκεκριμένα, η περίπτωση Γ1 που αφορά Κράτη μη συμβεβλημένα στη Σύμβαση της Χάγης αναφέρει τα εξής: «η προξενική επικύρωση μπορεί να τεθεί σε αλλοδαπό δημόσιο έγγραφο που εκδίδεται από Αρχές χώρας μη συμβαλλόμενης στη Σύμβαση της Χάγης από την οικεία ελληνική προξενική αρχή στη χώρα προέλευσης, εφόσον έχει προηγηθεί η επικύρωσή του από το Υπουργείο Εξωτερικών της χώρας προέλευσης του εγγράφου. Εναλλακτικά, το αλλοδαπό δημόσιο έγγραφο μπορεί να επικυρωθεί από το Τμήμα Επικυρώσεων του ΚΕΠΠΑ του ΥΠ.ΕΞ. εφόσον μετά την επικύρωσή του από το Υπουργείο Εξωτερικών της οικείας χώρας, επικυρωθεί από την Προξενική Αρχή της χώρας αυτής στην Ελλάδα.».

Από την διάταξη του άρθρου 10 της Διακήρυξης προκύπτει ότι επικύρωση της γνησιότητας της υπογραφής με την επίθεση της επισημειώσεως της Χάγης απαιτείται μόνον για τα προσκομιζόμενα από τους διαγωνιζομένους αλλοδαπά έγγραφα, επί των οποίων έχει εφαρμογή, κατά το άρθρο 1 αυτής, η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, δηλαδή, τα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα ή τις επίσημες βεβαιώσεις, θεωρήσεις και επικυρώσεις υπογραφής που έχουν τεθεί σε ιδιωτικά έγγραφα<sup>36</sup>. Για τα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα που υφίσταται κάποια άλλη Διεθνής Συνθήκη ή διακρατική συμφωνία απαιτείται η προξενική επικύρωση. Τέλος, για τα λοιπά αλλοδαπά δημόσια έγγραφα απαιτείται η επικύρωση από την αρμόδια αρχή του Κράτους από το οποίο προέρχεται το έγγραφο και επιπλέον να είναι επικυρωμένο από δικηγόρο και να συνοδεύεται με μετάφραση.

Εν προκειμένω, η επίμαχη βεβαίωση φέρει επικύρωση από το Υπουργείο Εξωτερικών Υποθέσεων της Παλαιστίνης, από δικηγόρο και συνοδεύεται από μετάφραση. Ως εκ τούτου εμφανίζεται ότι κατ' αρχάς φέρει τον απαιτούμενο από τη διακήρυξη τύπο, αφού η Παλαιστίνη δεν έχει συμβληθεί στην Συνθήκη της Χάγης, ούτε προκύπτει ότι υφίσταται κάποια ειδική διακρατική συμφωνία, ούτε καν αναφέρεται στις ειδικές περιπτώσεις των οδηγιών των Υπουργείων Εσωτερικών και Εξωτερικών. Άλλωστε, και από την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 1 του Ν. 4250/2014 δεν προκύπτει σαφώς η υποχρέωση προξενικής επικύρωσης, ενώ σε κάθε περίπτωση η διακήρυξη δεν παραπέμπει στις οδηγίες που επικαλείται η προσφεύγουσα, ώστε να αποτελέσουν αναπόσπαστο τμήμα

<sup>36</sup> Αντίστοιχες περιπτώσεις στις ΣτΕ ΕΑ 949/2011, 374/2013, 417/2013.

της, και να συναχθεί το ασφαλές συμπέρασμα ότι απαιτείται υποχρεωτικά προξενική επικύρωση.

Επιπλέον, αξίζει να αναφερθεί ότι η ένωση εταιρειών «W.A.T.T. A.E. – ΤΟΞΟΤΗΣ Α.Ε.» στο από 30.11.2016 υπόμνημά της επικαλείται το υπ' αριθ. 20/2016 Πρακτικό Συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Ηπείρου έγινε αποδεκτή η ως άνω βεβαίωση διότι αφενός μεν δεν υφίσταται αμφιβολία για την ισχύ του εν λόγω πρωτότυπου εγγράφου και επιπλέον λήφθηκε υπ' όψιν η ένορκη βεβαίωση, λόγω της ιδιαιτερότητας της περίπτωσης που καθιστούσε προβληματική τη ρητή ικανοποίηση του όρου της διακήρυξης.

Λαμβάνοντας όλα τα παραπάνω υπ' όψιν, και δεδομένης της ιδιαιτερότητας της περίπτωσης, λόγω του καθεστώτος της Παλαιστίνης, αλλά και του γεγονότος ότι δεν αμφισβητείται η γνησιότητα του επίμαχου εγγράφου δεν προκύπτει κάποιος προφανής λόγος αποκλεισμού της υποψήφιας ένωσης.

(γ) Ακολουθώντας, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν υποβλήθηκε το σύνολο των τροποποιήσεων του καταστατικού της εταιρείας W.A.T.T. A.E.. Συγκεκριμένα, στο άρθρο 10.Α.ι παρ. 5 της διακήρυξης του Διαγωνισμού (σελ. 16) ορίζεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να προσκομίσουν «...5. Τα νομιμοποιητικά έγγραφα κάθε συμμετέχοντος, όπως το Φ.Ε.Κ. ίδρυσης και οι τροποποιήσεις του (για διαγωνιζόμενους με μορφή Α.Ε. και Ε.Π.Ε.), ευκρινές φωτοαντίγραφο ή απόσπασμα του καταστατικού του διαγωνιζόμενου και των εγγράφων τροποποιήσεων του (για Ο.Ε. και Ε.Ε.)». Περαιτέρω, στο άρθρο 2 του Ν. 4250/2014 «Διοικητικές Απλουστεύσεις-Καταργήσεις, Συγχωνεύσεις Νομικών Προσώπων και Υπηρεσιών του Δημοσίου Τομέα - Τροποποίηση Διατάξεων του π.δ. 318/1990 (Α' 161) και λοιπές ρυθμίσεις» (Α' 74) ορίζεται ότι «1. Όπου στην κείμενη νομοθεσία για τις ανώνυμες εταιρίες, τις εταιρίες περιορισμένης ευθύνης, τις ευρωπαϊκές εταιρίες, τις ευρωπαϊκές συνεταιριστικές εταιρίες και τα αναφερόμενα στις περιπτώσεις στ, ζ και η της παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3419/2005 υποκαταστήματα αλλοδαπών εταιριών στην ημεδαπή, υπάρχει υποχρέωση δημοσίευσης στο ΦΕΚ/ΤΑΕ-ΕΠΕ και Γ.Ε.ΜΗ. είτε πράξης ή στοιχείου είτε ανακοίνωσης περί της καταχώρισης πράξης ή στοιχείου στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο, η υποχρέωση υποβολής σχετικής αίτησης καταργείται από την 1.1.2015, ανεξάρτητα αν η δημοσίευση πραγματοποιείται από την Υπηρεσία Γ.Ε.ΜΗ. ή με επιμέλεια του υπόχρεου. Η σχετική υποχρέωση αντικαθίσταται με υποχρέωση δημοσίευσης στο διαδικτυακό τόπο του Γ.Ε.ΜΗ.. Ειδικά, για τις περιπτώσεις όπου η δημοσίευση πραγματοποιείται με επιμέλεια του υπόχρεου, αυτή θα πραγματοποιείται

αποκλειστικά με ηλεκτρονικά μέσα... 4. Από την 1.1.2015 το προβλεπόμενο στο άρθρο 7 παρ. 7 του ν. 3469/ 2006 Τεύχος ΑΕ, ΕΠΕ και Γ.Ε.ΜΗ. της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως μετονομάζεται σε «Τεύχος Καταχώρισης πράξεων και στοιχείων λοιπών φορέων δημοσίου και ιδιωτικού τομέα»...».

Από την παραπάνω διάταξη του Ν. 4250/2014 προκύπτει σαφέστατα ότι από 1.1.2015 καταργήθηκε η υποχρέωση δημοσίευσης στο Φύλλο Εφημερίδας Κυβερνήσεως των αποφάσεων των ανωνύμων εταιρειών και υποκαταστάθηκε με υποχρέωση δημοσίευσης στο διαδικτυακό τόπο του Γ.Ε.ΜΗ. Συνεπώς, η αναφορά σε ΦΕΚ ίδρυσης και τροποποιήσεις έχει την έννοια ότι από 1.1.2015 αρκεί η δημοσίευση στο Γ.Ε.ΜΗ..

Εν προκειμένω, η ένωση εταιρειών με την επωνυμία «W.A.T.T. Α.Ε. – ΤΟΞΟΤΗΣ Α.Ε.» υπέβαλε για το μέλος της W.A.T.T. Α.Ε., προς συμμόρφωση με τα ανωτέρω, αρχικό καταστατικό υπό την αρχική της επωνυμία, καθώς και καταστατικό μετά την τροποποίηση που επέφερε η από 26-08-2013 απόφαση της Γενικής Συνέλευσης των μετόχων της, όπως αυτό θεωρήθηκε από το ΕΒΕΑ της Υπηρεσίας ΓΕ.ΜΗ, αλλά δεν προσκόμισε την τελευταία τροποποίηση του Καταστατικού της ως άνω εταιρείας, έλαβε χώρα την 13-07-2015 με κωδικό αριθμό καταχώρησης 387526, όπως προκύπτει από υπ' αρ. πρωτ. 221248.313572/24-06-2016 Γενικό πιστοποιητικό ΓΕ.ΜΗ.. Η ένωση εταιρειών με την επωνυμία «W.A.T.T. Α.Ε. – ΤΟΞΟΤΗΣ Α.Ε.» ισχυρίζεται, με το από 30.11.2016 υπόμνημά της, ότι εφόσον από 1.1.2015 καταργήθηκε η υποχρέωση δημοσίευσης των καταστατικών και των τροποποιήσεών τους στο ΦΕΚ, αρκούσε η προσκόμιση του πιστοποιητικού ΓΕ.ΜΗ. περί τροποποιήσεων του καταστατικού. Ενισχύει δε τον ισχυρισμό αυτό με το επιχείρημα ότι στο πιστοποιητικό ΓΕ.ΜΗ. αναγράφονται τα στοιχεία καταχώρισης της πράξης και αυτή είναι ελεύθερη στο διαδίκτυο προς κάθε ενδιαφερόμενο. Επιπλέον, αναφέρει ότι το καταστατικό που εκ του περισσού προσκόμισε είναι το τελευταίο δημοσιευμένο στο ΓΕ.ΜΗ. και ότι δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί το πλήρες κείμενό του, μετά την τροποποίηση της 13<sup>ης</sup> Ιουλίου 2015.

Κατ' αρχάς, ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί απόκλισης των αναφερόμενων στο πιστοποιητικό ΓΕ.ΜΗ. με αυτά στις υπ' αριθ. 51476, 51514, 51349 και 51350 ένορκες δηλώσεις ενώπιον της συμβολαιογράφου Αθηνών κας Ειρήνης Βασιλικάκη, αυτός δεν προβάλλεται βασίμως, καθώς πρόκειται για την αυτή καταχώριση που έλαβε χώρα στις 13.7.2015 και ανακοινώθηκε στις 21.7.2015 και αφορά την τροποποίηση του καταστατικού και αύξηση μετοχικού κεφαλαίου της εταιρείας W.A.T.T. Α.Ε., που



αναπτύχθηκε παραπάνω στην αντίκρουση της προσφυγής ως προς τα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης<sup>37</sup>.

Ως προς το αν αρκούσε η υποβολή του Γενικού Πιστοποιητικού ΓΕ.ΜΗ., αντί του κειμένου της τροποποίησης του καταστατικού, όπως δημοσιεύεται στο ΓΕ.ΜΗ., θα πρέπει να αναφερθεί το εξής. Η διακήρυξη αναφέρεται σε νομιμοποιητικά έγγραφα, όπως ΦΕΚ ίδρυσης και οι τροποποιήσεις του. Εφόσον έπαψε η υποχρέωση δημοσίευσης στο ΦΕΚ, είναι εύλογος ο ισχυρισμός ότι οι ανώνυμες εταιρείες οφείλουν να προσκομίσουν την αντίστοιχη, δημοσιευμένη στο ΓΕ.ΜΗ., πράξη τροποποίησης του καταστατικού.

Πάρα ταύτα και δεδομένης της διατύπωσης της διακήρυξης και δη της ρητής αναφοράς σε ΦΕΚ, παρά το ότι είναι εν γνώσει του συντάκτη της διακήρυξης ότι έχει καταργηθεί η σχετική υποχρέωση, και με δεδομένο ότι έχει προσκομισθεί το – κατά τους ισχυρισμούς της ένωσης – τελευταίο κωδικοποιημένο και δημοσιευμένο καταστατικό στο ΓΕ.ΜΗ. (όπως προέκυψε μετά την από 26-08-2013 απόφαση της Γενικής Συνέλευσης των μετόχων της), αλλά και το γεγονός ότι από το σύνολο των προσκομισθέντων εγγράφων προκύπτει ότι η τροποποίηση που ανακοινώθηκε στις 21.7.2015 αφορούσε την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, μπορεί να υποστηριχθεί η άποψη ότι η προσφορά πληροί τους όρους της διακήρυξης, ακολουθώντας τη γραμματική της διατύπωση, και δεν προκύπτει λόγος αποκλεισμού.

(δ) Περαιτέρω, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η εταιρεία W.A.T.T. A.E., μέλος της ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «W.A.T.T. A.E. – ΤΟΞΟΤΗΣ Α.Ε.», δεν έχει προσκομίσει τιμολόγια ή άλλα ισοδύναμα έγγραφα για την απόδειξη του μέσου ετήσιου κύκλου εργασιών στον τομέα του αντικειμένου της σύμβασης, αλλά βεβαίωση ορκωτού ελεγκτή, κατά παράβαση του άρθρου 10.iii.3 της διακήρυξης. Για το συγκεκριμένο ζήτημα είχα αναφερθεί και στην από 26.9.2016 γνωμοδότησή μου προς την Ε.Δ.Δ., στην οποία ανέφερα μεταξύ άλλων τα εξής:

«...Στο άρθρο 45 του π.δ. 60/2007 ορίζεται ότι «1. Η Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) Κατάλληλες τραπεζικές

---

<sup>37</sup> Στην ηλεκτρονική ιστοσελίδα του ΓΕΜΗ αναγράφεται η καταχώριση για την ανακοίνωση τροποποίησης καταστατικού, με ημερομηνία απόφασης οργάνου 16.2.2015, ημερομηνία καταχώρισης 13.7.2015, ημερομηνία ανακοίνωσης 21.7.2015 και αριθμό πρωτοκόλλου ανακοίνωσης 52439/21.7.2015, ενώ στο υπ' αρ. πρωτ. 221248.313572/24-06-2016 Γενικό πιστοποιητικό ΓΕ.ΜΗ. αναγράφεται η καταχώριση 387526, η οποία όμως αφορά την αυτή πράξη, με ημερομηνία καταχώρισης επίσης 13.7.2015.

βεβαιώσεις ή πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων.  
β) Ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών, στην περίπτωση που η δημοσίευση των ισολογισμών απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας. γ) Δήλωση περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, ενδεχομένως, του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, σε συνάρτηση προς την ημερομηνία δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή την έναρξη των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών.

2. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον παραστεί ανάγκη και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτές. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεση του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών. Τα ειδικότερα αποδεικτικά έγγραφα ορίζονται με την προκήρυξη του διαγωνισμού.

3. Υπό τις ίδιες συνθήκες, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων από τις αναφερόμενες στο άρθρο 39 μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες των μετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων.

4. Οι αναθέτουσες αρχές υποδεικνύουν, στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στην πρόσκληση υποβολής προσφορών, ποιο ή ποια από τα αναφερόμενα στην παράγραφο 1 δικαιολογητικά επέλεξαν καθώς και ποια άλλα δικαιολογητικά πρέπει να προσκομισθούν.

5. Αν ο οικονομικός φορέας, για σοβαρό λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο στοιχείο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει αιτιολογημένα ως πρόσφορο.».

Εν προκειμένω, στο άρθρο 7 της οικείας Διακήρυξης ορίζεται ότι «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στον παρόντα διαγωνισμό ο προσφέρων ο οποίος δεν αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του Αναδόχου έχει σημαίνουσα αξία καθώς ο Ανάδοχος θα κατασκευάσει και θα μισθώσει με ίδια κεφάλαια πρόσθετες εγκαταστάσεις εντός τετραμήνου από την υπογραφή της σύμβασης. Αναλυτικότερα, α) ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών της τελευταίας τριετίας πρέπει να είναι κατ' ελάχιστον 3.500.000 ευρώ και να αφορά αντικείμενο

παρεχόμενο από υπηρεσίες διαχείρισης αποβλήτων, και β) η πιστοληπτική του ικανότητα πρέπει να είναι τουλάχιστον 1.200.000 ευρώ...».

Περαιτέρω, στο άρθρο 10 iii της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Για την απόδειξη της ζητούμενης από το άρθρο 7 οι υποψήφιοι θα πρέπει να προσκομίσουν τα ακόλουθα δικαιολογητικά έγγραφα (**επί ποινή αποκλεισμού**): [...] **3. Υπεύθυνη δήλωση περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών και του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί αντικείμενο της σύμβασης** για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, σε συνάρτηση προς την ημερομηνία δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή την έναρξη των δραστηριοτήτων του. Για την απόδειξη του ελάχιστου απαιτούμενου κύκλου εργασιών στο αντικείμενο της διαχείρισης των αποβλήτων η δήλωση θα πρέπει να συνοδεύεται από αποδεικτικά στοιχεία (τιμολόγια ή άλλα ισοδύναμα αποδεικτικά έγγραφα)...».

Τέλος, στην υπ' αριθ. 145/2016 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ, με την οποία χορηγήθηκαν διευκρινήσεις επί ερωτημάτων, αναφέρονται τα εξής επί τεθέντος ερωτήματος: «**4<sup>ο</sup> Ερώτημα:** Στις σελίδες 11 - 12 του άρθρου 7 της διακήρυξης αναφέρεται ότι «Αναλυτικότερα, α) ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών της τελευταίας τριετίας πρέπει να είναι κατ' ελάχιστον 3.500.000 ευρώ και να αφορά αντικείμενο παρεχόμενο από υπηρεσίες διαχείρισης αποβλήτων, και ...»

Επίσης, στην σελίδα 18 του άρθρου 10 της διακήρυξης αναφέρεται ότι «Υπεύθυνη δήλωση περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών και του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί αντικείμενο της σύμβασης για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, σε συνάρτηση προς την ημερομηνία δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή την έναρξη των δραστηριοτήτων του. Για την απόδειξη του ελάχιστου απαιτούμενου κύκλου εργασιών στο αντικείμενο της διαχείρισης των αποβλήτων η δήλωση θα πρέπει να συνοδεύεται από αποδεικτικά στοιχεία (τιμολόγια ή άλλα ισοδύναμα αποδεικτικά έγγραφα). Σε περίπτωση Σύμπραξης ή Κ/ξ η υπεύθυνη δήλωση θα πρέπει να υπογράφεται από το φυσικό πρόσωπο ή τον νόμιμο εκπρόσωπο, σε περίπτωση νομικού προσώπου, του μέλους που προσφέρει την σχετική επάρκεια.». Σε περίπτωση συμμετοχής αλλοδαπής εταιρείας, ποια είναι τα έγγραφα που πρέπει να προσκομιστούν στον διαγωνισμό προς απόδειξη του κύκλου εργασιών στο αντικείμενο της διαχείρισης αποβλήτων;

**Απάντηση:** Η ως άνω διατύπωση της Διακήρυξης είναι σαφής. Μία αλλοδαπή εταιρεία προφανώς και εκδίδει φορολογικά παραστατικά, αντίστοιχα των τιμολογίων, τα οποία δύναται να προσκομίσει. Ως ισοδύναμα έγγραφα, τόσο

για ημεδαπές όσο και για αλλοδαπές επιχειρήσεις θα μπορούσαν να θεωρηθούν και εγκεκριμένοι λογαριασμοί - πιστοποιήσεις από συμβάσεις.».

Από το συνδυασμό των παραπάνω διατάξεων προκύπτουν τα παρακάτω. Για την απόδειξη της χρηματοοικονομικής τους επάρκειας οι υποψήφιοι και δη του κύκλου εργασιών στο αντικείμενο της σύμβασης πρέπει να προσκομίσουν επί ποινή αποκλεισμού υπεύθυνη δήλωση του υποψηφίου, στην οποία να αναγράφεται ο συνολικός κύκλος εργασιών, καθώς και αυτός στο αντικείμενο της σύμβασης. Επιπροσθέτως, προς διασφάλιση της Αναθέτουσας Αρχής και προς απόδειξη του γεγονότος ότι πράγματι ο συμμετέχων έχει τον απαιτούμενο κύκλο εργασιών στο αντικείμενο της σύμβασης, ζητείται επί ποινή αποκλεισμού η προσκόμιση τιμολογίων ή άλλων ισοδύναμων αποδεικτικών εγγράφων.

Με τη διευκρίνιση που χορηγήθηκε με την υπ' αριθ. 145/2016 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής επί ερωτήματος που αφορούσε μόνο τις αλλοδαπές επιχειρήσεις, δεν προσδιορίστηκε με τρόπο περιοριστικό η έννοια των ισοδύναμων εγγράφων, αλλά εξειδικεύτηκε ένα εκ των πιθανών ισοδύναμων εγγράφων. Τούτο προκύπτει από την ίδια τη διατύπωση της απάντησης *«Ως ισοδύναμα έγγραφα, τόσο για ημεδαπές όσο και για αλλοδαπές επιχειρήσεις θα μπορούσαν να θεωρηθούν και εγκεκριμένοι λογαριασμοί - πιστοποιήσεις από συμβάσεις.»*. Αν η πρόθεση της Αναθέτουσας Αρχής ήταν να εξειδικεύσει τα *«ισοδύναμα αποδεικτικά έγγραφα»*, γεγονός το οποίο άλλωστε θα μπορούσε να έχει πράξει εξ αρχής, η διατύπωση της φράσης θα ήταν η παρακάτω: *«Ως ισοδύναμα έγγραφα θεωρούνται εγκεκριμένοι λογαριασμοί»*. Η χρήση της λέξης «και» καθιστά ξεκάθαρο ότι εγκεκριμένοι λογαριασμοί αποτελούν ένα από τα ισοδύναμα έγγραφα, όχι το μοναδικό. Άλλωστε, η απάντηση αυτή χορηγήθηκε επί ερωτήματος που αφορούσε τα έγγραφα που μπορεί να προσκομίσει αλλοδαπή εταιρεία και δεν ζητήθηκε η εξειδίκευση γενικώς της έννοιας των ισοδύναμων εγγράφων. Από την ίδια ως άνω διατύπωση της διευκρίνισης, αλλά και από την αρχική διατύπωση της διακήρυξης, προκύπτει ότι τα *«ισοδύναμα αποδεικτικά έγγραφα»* μπορούν να προσκομιστούν τόσο από ημεδαπές, όσο και από αλλοδαπές εταιρείες.

Στην προκειμένη περίπτωση, η έννοια των *«ισοδύναμων αποδεικτικών εγγράφων»* δεν προσδιορίζεται από λειτουργική σκοπιά, δηλαδή ισοδύναμο δεν είναι ένα φορολογικό στοιχείο που χρησιμοποιείται αντί τιμολογίου, αλλά βάσει της αποδεικτικής του ισχύος. Τούτο αποδεικνύεται από το γεγονός ότι στη διευκρίνιση δόθηκε η δυνατότητα προσκόμισης λογαριασμού, ο οποίος όμως δεν συνιστά φορολογικό στοιχείο. Στην ουσία, με την ως άνω διατύπωση

της διακήρυξης, δίνεται η δυνατότητα επίκλησης άλλων πρόσφορων αποδεικτικών στοιχείων, κατά την έννοια του άρθρου 45 παρ. 5 του π.δ. 60/2007, χωρίς όμως να απαιτείται – σε περίπτωση μη προσκόμισης τιμολογίων – η επίκληση σοβαρού λόγου περί μη προσκόμισής τους, αφού η ίδια η διακήρυξη δίνει τη δυνατότητα αυτή στους υποψηφίους.

Βάσει, λοιπόν, των παραπάνω κρίσιμο στοιχείο για να κριθεί αν τα επικαλούμενα από τον οικονομικό φορέα έγγραφα μπορούν να γίνουν δεκτά είναι η προσφορότητά τους, δηλαδή η αποδεικτική τους ισχύς η δε κρίση περί της προσφορότητας ή μη των επικαλούμενων στοιχείων ανήκει στην Αναθέτουσα Αρχή. Τυχόν δε απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής περί μη αποδοχής των επικαλούμενων από οικονομικό φορέα στοιχείων θα πρέπει να αιτιολογείται προσηκόντως<sup>38</sup>.

Εν προκειμένω, όπως προαναφέρθηκε, οι δύο (2) διαγωνιζόμενες προσκόμισαν αντί τιμολογίων έγγραφα που αναφέρονται στον κύκλο εργασιών των εταιρειών, που υπογράφονται από τον Ορκωτό Ελεγκτή τους. Το θεσμικό πλαίσιο που διέπει τον έλεγχο των οικονομικών καταστάσεων των ανωνύμων εταιρειών είναι αυτό του Κ.Ν. 2190/1920 «Περί Ανωνύμων Εταιρειών», όπως ισχύει, του Ν. 3693/2008 «Εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας με την Οδηγία 2006/43/EK περί υποχρεωτικών ελέγχων των ετήσιων και των ενοποιημένων λογαριασμών, για την τροποποίηση των Οδηγιών 78/660/ΕΟΚ και 83/349/ΕΟΚ του Συμβουλίου και για την κατάργηση της Οδηγίας 84/253/ΕΟΚ του Συμβουλίου και άλλες διατάξεις» (Α' 174) και αυτές του Ν. 4336/2015 «Συνταξιοδοτικές διατάξεις - Κύρωση του Σχεδίου Σύμβασης Οικονομικής Ενίσχυσης από τον Ευρωπαϊκό Μηχανισμό Σταθερότητας και ρυθμίσεις για την υλοποίηση της Συμφωνίας Χρηματοδότησης» (Α' 94).

Περαιτέρω, με το π.δ. 226/1992 «Περί συστάσεως οργανώσεως και λειτουργίας του Σώματος Ορκωτών Ελεγκτών, καθώς και περί των όρων εγγραφής σε Ειδικό Μητρώο και ασκήσεως του επαγγέλματος του Ορκωτού Ελεγκτή» (Α' 120) συνεστήθη Σώμα Ορκωτών Ελεγκτών. Στο άρθρο 2 αναφέρεται ο σκοπός του Σώματος και συγκεκριμένα αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «1. Η σύσταση και η λειτουργία του Σώματος Ορκωτών Ελεγκτών αποβλέπει στην άσκηση του ελέγχου της οικονομικής διαχειρίσεως των πάσης φύσεως δημοσίων και ιδιωτικών οργανισμών και επιχειρήσεων ή εκμεταλλεύσεων, ανεξαρτήτως της νομικής τους μορφής (ιδρύματος,

---

<sup>38</sup> βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2014, σελ. 404 και εκεί υποσημείωση 299 S. Arrowsmith, op. Cit. p. 143.

εταιρείας ή άλλου νομικού προσώπου δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου), από πρόσωπα με αυξημένα επαγγελματικά προσόντα, που ασκούν το έργο τους με διαφάνεια και υπευθυνότητα, έτσι ώστε να διασφαλίζεται η εγκυρότητα και αξιοπιστία των πορισμάτων των διενεργουμένων ελέγχων, σύμφωνα με τα διεθνώς αναγνωρισμένα Ελεγκτικά πρότυπα και τους όρους που τίθενται από την εσωτερική και την κοινοτική νομοθεσία. 2. Για την πραγματοποίηση του παραπάνω σκοπού οι Ορκωτοί Ελεγκτές απολαμβάνουν προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας, υποκείμενοι πάντως στις υποχρεώσεις και τις ευθύνες που προσδιορίζονται από τις διατάξεις του παρόντος. 3. Στους σκοπούς του Σώματος Ορκωτών Ελεγκτών περιλαμβάνεται και η προαγωγή της Λογιστικής και Ελεγκτικής επιστήμης».

Από το σύνολο των κείμενων διατάξεων, όπως ίσχυαν μέχρι τις 31.12.2015, αλλά και από αυτές του άρθρου 2 του Ν. 4336/2015, προκύπτει ότι οι ελεγκτές είναι αποκλειστικώς αρμόδιοι για την άσκηση του τακτικού ελέγχου της οικονομικής διαχείρισης και των οικονομικών καταστάσεων των ανωνύμων εταιρειών. Οι ελεγκτές οφείλουν κατά τη διάρκεια της χρήσης να παρακολουθούν τη λογιστική και διαχειριστική κατάσταση της εταιρίας και έχουν το δικαίωμα να λάβουν γνώση οποιουδήποτε βιβλίου, λογαριασμού ή εγγράφου, περιλαμβανομένων και των πρακτικών της ΓΣ και του ΔΣ. Υποχρεούνται να κάνουν κάθε αναγκαία υπόδειξη προς το ΔΣ και, στην περίπτωση που διαπιστώνουν παράβαση των διατάξεων του νόμου ή του καταστατικού, να αναφέρονται στον Υπουργό Εμπορίου, που ασκεί την εποπτεία. Μετά τη λήξη της χρήσης είναι υποχρεωμένοι να ελέγξουν τον ισολογισμό και το λογαριασμό των αποτελεσμάτων της χρήσης και να υποβάλουν προς την τακτική ΓΣ έκθεση με το πόρισμα του ελέγχου τους. Από αυτή την έκθεση πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια, μετά από έλεγχο της ακρίβειας και νομιμότητας των εγγραφών στα βιβλία της επιχείρησης, αν ο ισολογισμός απεικονίζει την οικονομική κατάσταση της επιχείρησης κατά την ημερομηνία της λήξης της χρήσης που ελέγχθηκε, ο δε λογαριασμός αποτελεσμάτων χρήσης τα πραγματικά αποτελέσματα.

Είναι, λοιπόν, σαφές ότι οι ελεγκτές, η λειτουργία των οποίων διέπεται από κοινοτικές οδηγίες, αποτελούν θεσμικά όργανα, στα οποία έχουν ανατεθεί από τον νομοθέτη αρμοδιότητες ελέγχου των οικονομικών καταστάσεων των ανωνύμων εταιρειών. Τα στοιχεία που βεβαιώνουν οι ελεγκτές τεκμαίρονται ως αληθή και δεδομένου ότι εκδίδονται από πρόσωπα που ασκούν δημόσια ελεγκτική λειτουργία, θεωρούνται κατά την έννοια του άρθρου 438 ΚΠολΔ ως δημόσια έγγραφα, αποτελώντας πλήρη απόδειξη προς όλους για όσα

βεβαιώνονται και τα οποία μπορούν να προσβληθούν μόνο ως πλαστά<sup>39</sup>. Είναι, λοιπόν, σαφές ότι μία βεβαίωση ορκωτού ελεγκτή έχει μεγαλύτερη αποδεικτική ισχύ από το ίδιο το τιμολόγιο, που αποτελεί ιδιωτικό έγγραφο, διότι ενσωματώνει και τον έλεγχο στον οποίο έχει προβεί ο ορκωτός ελεγκτής, ως δημόσιος λειτουργός.

Χαρακτηριστικό του κύρους των βεβαιώσεων των ορκωτών ελεγκτών είναι ότι, βάσει νομικών διατάξεων, σε πληθώρα εκφάνσεων εμπορικών δραστηριοτήτων απαιτείται η προσκόμιση βεβαίωσης ορκωτού ελεγκτή, ως μέσο απόδειξης της αληθείας των οικονομικών στοιχείων που επικαλείται ο ενδιαφερόμενος. Στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων είναι χαρακτηριστικό ότι, σύμφωνα με τις διατάξεις του Κώδικα Δημοσίων Έργων που κυρώθηκε με τον Ν. 3669/2008 (Α' 116), και ειδικότερα του άρθρου 97, οι αιτήσεις αναθεώρησης των εργοληπτικών επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. συνοδεύονται υποχρεωτικά από βεβαιώσεις ορκωτού ελεγκτή, ως επαρκές αποδεικτικό στοιχείο για την οικονομική κατάσταση και τον κύκλο εργασιών των επιχειρήσεων αυτών. Ο ίδιος, λοιπόν, ο νομοθέτης έχει αναγάγει τις βεβαιώσεις των ορκωτών ελεγκτών ως επαρκές αποδεικτικό μέσο για τον κύκλο εργασιών επιχειρήσεων.

Εκ των ως άνω συνάγεται το συμπέρασμα ότι οι βεβαιώσεις των ορκωτών ελεγκτών έχουν την έννοια του ισοδύναμου αποδεικτικού εγγράφου των τιμολογίων, αποτελώντας επαρκές στοιχείο για την απόδειξη του κύκλου εργασιών των διαγωνιζομένων στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης. Για τον λόγο αυτό γνωμοδοτώ υπέρ της αποδοχής των εν θέματι βεβαιώσεων...».

Συμπληρωματικά των όσων αναφέρω παραπάνω αναφέρω ότι η επίκληση του π.δ. 166/2003 ως προς τα έγγραφα που συνιστούν τον χρόνο έναρξης της υποχρέωσης πληρωμής είναι άνευ σημασίας, δεδομένου ότι το κρίσιμο ζητούμενο από την Αναθέτουσα Αρχή δεν είναι η απόδειξη εκ μέρους του διαγωνιζόμενου ότι έχει γεννηθεί απαίτηση του διαγωνιζόμενου. Κρίσιμο στοιχείο είναι η απόδειξη της αληθείας της υπεύθυνης δήλωσης περί του κύκλου εργασιών στο αντικείμενο της διαχείρισης των απορριμμάτων. Η επιβεβαίωση δε του περιεχομένου της υπεύθυνης δήλωσης από τον Ορκωτό Ελεγκτή, ο οποίος είναι αρμόδιο όργανο για τον έλεγχο των οικονομικών στοιχείων της εταιρείας, διασφαλίζει την Αναθέτουσα Αρχή ως προς την αλήθεια των αναφερομένων στην υπεύθυνη δήλωση. Μάλιστα, στα καθήκοντα

---

<sup>39</sup> ΑΠ (Πολυ) 241/2011, Α' ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΝΟΜΟΣ, ΠΟΙΝΔ/ΝΗ 2012/218

του Ορκωτού Ελεγκτή είναι και ο έλεγχος αυτών καθ' εαυτών των τιμολογίων, λχ αν είναι πλαστά ή εικονικά και αν διαπιστώσει κάτι μεμπτό οφείλει να ενεργήσει τα νόμιμα. Συνεπώς, με τη βεβαίωση του Ορκωτού Ελεγκτή παρέχεται πρόσθετη εγγύηση προς την Αναθέτουσα Αρχή σε σχέση με τα τιμολόγια, καθώς επιβεβαιώνεται αρμοδίως και η ορθότητα των επικαλούμενων στοιχείων.

Επιπροσθέτως, ως προς το αν οι Ορκωτοί Ελεγκτές είναι αρμόδια όργανα, όπως προελέχθη έχουν αρμοδιότητα να διενεργούν κάθε έλεγχο που αφορά τα οικονομικά στοιχεία των εταιρειών που ελέγχουν, συμπεριλαμβανομένων και των τιμολογίων. Ελέγχουν αν η εταιρεία διενεργεί συναλλαγές εντός του σκοπού της. Στο σημείο αυτό θα πρέπει να σημειωθεί ότι η δραστηριότητα μίας επιχείρησης δηλώνεται στις αρμόδιες Δ.Ο.Υ., μέσω της δήλωσης συγκεκριμένου Κ.Α.Δ.. Άρα, ο έλεγχος αν μία επιχείρηση διενεργεί συναλλαγές εντός των δραστηριοτήτων που έχει δηλώσει, αποτελεί αντικείμενο πρωτίστως λογιστικού ελέγχου, ο οποίος διενεργείται από τους Ορκωτούς Ελεγκτές. Επιπλέον, οι οικονομικές καταστάσεις των εταιρειών, όπως οι ισολογισμοί, συνυπογράφονται από τους Ορκωτούς Ελεγκτές. Ως εκ τούτου, οι ορκωτοί ελεγκτές είναι πλέον αρμόδιοι για να βεβαιώσουν στοιχεία που αφορούν τον κύκλο εργασιών μίας ανώνυμης εταιρείας και το αντικείμενο της δραστηριότητάς του.

Κλείνοντας, θα ήθελα να αναφέρω ότι στην από 26.9.2016 γνωμοδότησή μου αναφέρομαι σε δύο διαγωνιζόμενες που έχουν προσκομίσει βεβαίωση ορκωτού ελεγκτή. Πράγματι, βεβαίωση ορκωτού ελεγκτή προσκόμισε και η εταιρεία Ηλέκτωρ ΑΕ, μέλος της προσφεύγουσας, προς απόδειξη της οικονομικής της επάρκειας. Η βασική διαφοροποίηση έγκειται στο ότι η βεβαίωση που προσκομίστηκε από την προσφεύγουσα δεν αφορά το σύνολο του αντικειμένου της (και άρα των σύνολο των τιμολογίων), αλλά αναφέρεται σε συγκεκριμένα τιμολόγια και λογαριασμούς δημοσίων συμβάσεων, χωρίς όμως να επισυνάπτονται. Η διαφοροποίηση αυτή ουδεμία νομική αξία έχει και τα έγγραφα αυτά πρέπει να αντιμετωπισθούν με τον ίδιο τρόπο, εφόσον από τη διακήρυξη δεν προβλέπεται συγκεκριμένος τύπος για τις βεβαιώσεις αυτές, ώστε να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η μία βεβαίωση μπορεί να γίνει δεκτή και η άλλη όχι.

Σε κάθε δε περίπτωση, υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες και λόγω του τεράστιου όγκου των συγκεκριμένων δικαιολογητικών (δηλαδή του συνόλου των τιμολογίων τη εταιρείας), που ρητώς ζητήθηκαν από τη διακήρυξη, ήταν πρακτικά αδύνατο ή έστω εξαιρετικά χρονοβόρο, κοστοβόρο και επίπονο να



επικυρωθεί το σύνολο των εγγράφων αυτών, σε σημείο που να καθίσταται εξαιρετικώς δυσχερής η δυνατότητα υποβολής προσφοράς. Υπό τη σκοπιά αυτή και με δεδομένο ότι η ίδια η προσφεύγουσα, αντί των τιμολογίων προσκόμισε βεβαίωση ορκωτού ελεγκτή, ως ισοδύναμο έγγραφο, έχω τη γνώμη ότι τυχόν αποκλεισμός της διαγωνιζόμενης για τον λόγο αυτό παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης. Συνεπώς, η βεβαίωση του ορκωτού ελεγκτή θα μπορούσε να γίνει αποδεκτή ως ισοδύναμο έγγραφο τιμολογίων και κατ' εφαρμογή των αρχών της χρηστής διοίκησης και της επιείκειας.

Εν κατακλείδι, εμμένω στην άποψη που είχα διατυπώσει με την από 26.9.2016 γνωμοδότησή μου, δηλαδή υπέρ της αποδοχής των βεβαιώσεων των ορκωτών ελεγκτών ως ισοδύναμων εγγράφων των τιμολογίων.

(ε) Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν έχουν προσκομιστεί αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας του ΕΤΑΑ – ΤΣΜΕΔΕ από την εταιρεία W.A.T.T. A.E., καίτοι είναι εγγεγραμμένη στο μητρώο εργοληπτικών επιχειρήσεων.

Στο άρθρο 10.ι.3 της Διακήρυξης ορίζεται μεταξύ άλλων ότι οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να προσκομίσουν επί ποινή αποκλεισμού: *«Υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 (Α'75), όπως εκάστοτε ισχύει, στην οποία αναγράφονται τα στοιχεία του παρόντος διαγωνισμού και στην οποία δηλώνεται ότι, μέχρι και την ημέρα υποβολής της προσφοράς τους, οι προσφέροντες : ... δ. Είναι ενήμεροι ως προς τις υποχρεώσεις τους, που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης (κυρίας και επικουρικής), αναφέροντας όλους τους φορείς στους οποίους καταβάλουν εισφορές κυρίας και επικουρικής ασφάλισης, καθώς και ότι είναι ενήμεροι ως προς τις φορολογικές υποχρεώσεις τους...».*

Η εταιρεία W.A.T.T. A.E. προσκόμισε σχετική υπεύθυνη δήλωση των νομίμων εκπροσώπων της, στην οποία αναφέρει ότι είναι ενήμερη προς το ΙΚΑ – ΕΤΑΜ, το οποίο αποτελεί τον φορέα που ασφαλίζει το προσωπικό της. Μάλιστα, επιπροσθέτως και προς απόδειξη της αληθείας, προσκόμισε βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας του ΙΚΑ και βεβαίωση του ΤΣΜΕΔΕ, η οποία μάλιστα ήταν εν ισχύ κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, από την οποία προκύπτει ότι δεν απασχολεί μηχανικούς και δεν έχει υποχρεώσεις προς το Ταμείο.

Από την ως άνω διατύπωση της Διακήρυξης προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να προσκομίσουν υπεύθυνη δήλωση σχετική με την ασφαλιστική τους ενημερότητας μόνο από τους ασφαλιστικούς φορείς που

έχουν ασφαλισμένο το προσωπικό τους, όπως και εν προκειμένω έπραξε η εταιρεία. Το γεγονός ότι η εταιρεία είναι εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων δεν είναι αρκετό για να κάμψει την νομιμότητα της βεβαίωσης του ΤΣΜΕΔΕ, για την οποία μάλιστα, εν όψει του τεκμηρίου νομιμότητας, δεν επιτρέπεται να ελεγχθεί κατά την διαδικασία του διαγωνισμού, η πληρότητα ή η ακρίβεια των στοιχείων που υπεβλήθησαν από την διαγωνιζόμενη για την έκδοση της πράξεως αυτής<sup>40</sup>.

Μάλιστα, δεν ζητείται και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού η προσκόμιση πιστοποιητικού από το ΕΤΑΑ – ΤΣΜΕΔΕ, σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος δεν απασχολεί μηχανικούς, από το οποίο να προκύπτει το γεγονός αυτό. Συνεπώς, η εταιρεία W.A.T.T. Α.Ε. εκ του περισσού έθεσε στον φάκελο της προσφοράς της το συγκεκριμένο έγγραφο του ΕΤΑΑ ΤΣΜΕΔΕ, αφού δεν υπήρχε απαίτηση από τη Διακήρυξη, ούτε και η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η εταιρεία W.A.T.T. Α.Ε. έχει υποχρεώσεις προς το Ταμείο αυτό. Η στελέχωση του εργοληπτικού πτυχίου της είναι αδιάφορη και από τη διακήρυξη δεν ζητείται ενημερότητα και των μηχανικών που στελεχώνουν το πτυχίο της, ώστε να τίθεται ζήτημα ελλειπούς περιεχομένου στην υπεύθυνη δήλωση<sup>41</sup>.

Άλλωστε, εν προκειμένω ο συγκεκριμένος διαγωνισμός αφορά την εκτέλεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών και διέπεται από τις διατάξεις του π.δ. 28/1980 και δεν πρόκειται για διαγωνισμό που να διέπεται από την νομοθεσία περί δημοσίων έργων (Ν.3669/2008), ώστε να υφίσταται εκ του νόμου σχετική υποχρέωση προσκόμισης ενημερότητας πτυχίου ή ελλείψει αυτής βεβαίωση του ΕΤΑΑ ΤΣΜΕΔΕ, η οποία σε κάθε περίπτωση προσκομίστηκε.

Βάσει, λοιπόν, των παραπάνω και σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας και την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, δεν είναι κατ' αρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για το λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα, και μάλιστα δικαιολογητικά που απαιτούνται από διατάξεις, στις οποίες η διακήρυξη δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στον διαγωνισμό δίκαιο<sup>42</sup>, ενώ υφίσταται adhoc νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας για το συγκεκριμένο ζήτημα των βεβαιώσεων του ΕΤΑΑ ΤΣΜΕΔΕ, η οποία καταλήγει στο αυτό συμπέρασμα, ότι δηλαδή εφόσον δεν προβλέπεται η

---

<sup>40</sup> ΣτΕ 2405/2008.

<sup>41</sup> ΣτΕ 3155/2003.

<sup>42</sup> ΣτΕ 1208/2010, 1329, 1616, 1619/2008.

υποχρέωση από τη διακήρυξη ή την νομοθεσία που διέπει το διαγωνισμό είναι μη νόμιμος ο αποκλεισμός<sup>43</sup>. Πολλώ δε μάλλον δεν μπορεί να αμφισβητηθεί το περιεχόμενο της εκ του περισσού προσκομισθείσας βεβαίωσης του ΤΣΜΕΔΕ.

**ii. Κατά της συμμετοχής της κοινοπραξίας «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ»:**

Η προσφεύγουσα επικαλείται ότι στην από 8.7.2016 απόφαση του διοικητικού συμβουλίου της δανείζουσας τεχνική επάρκεια εταιρείας «Thalis E.S. S.A.», δεν συγκεκριμενοποιούνται, ούτε αναφέρονται λεπτομερώς, οι πόροι και ο τρόπος διάθεσης αυτών προς την υποψήφια κοινοπραξία. Μάλιστα, επικαλείται ότι σε αντίστοιχη περίπτωση ο ΕΔΣΝΑ είχε λάβει διαφορετική απόφαση, που είχε οδηγήσει σε αποκλεισμό υποψηφίου.

Γίνεται δεκτό ότι είναι θεμιτό ο διαγωνιζόμενος που δεν πληροί αφεαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης να επικαλεσθεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους υπολογίζει να προσφύγει αν του ανατεθεί η σύμβαση. Η προσφυγή αυτή σε αποδεικτικά στοιχεία τρίτων δεν μπορεί να γίνει δεκτή άνευ όρων και εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να χωρήσει στον έλεγχο της ικανότητας των παρεχόντων υπηρεσίες, σύμφωνα με τα απαριθμούμενα κριτήρια<sup>44</sup>.

Η επαλήθευση αυτή σκοπεί ιδίως στο να διασφαλίσει την αναθέτουσα αρχή ότι ο υποβάλλων προσφορά πρόκειται όντως να κάνει χρήση των οποιασδήποτε φύσεως μέσων που επικαλείται κατά την καλυπτόμενη από τη σύμβαση χρονική περίοδο. Έτσι, οσάκις μια εταιρεία επικαλείται, προκειμένου να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητες της για να γίνει δεκτή σε διαδικασία υποβολής προσφορών, τις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τις οποίες συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, ανεξάρτητα από τη νομική φύση τους, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν της ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης. Περαιτέρω εναπόκειται στον εθνικό δικαστή να εκτιμήσει την λυσιτέλεια των προσκομισθέντων συναφώς αποδεικτικών στοιχείων<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> ΣτΕ ΕΑ 18/2011

<sup>44</sup> Απόφαση της 2.12.1999 του ΔΕΚ, Υπόθεση C-176/1998, Holst Italia SpA κατά Comune di Cagliari, παρισταμένης της Ruhrwasser AG International Water Management. .

<sup>45</sup> C-176/1998, ΝΔΕ τ. 3 λ. 16/60 με σημείωση Κ. Μαρκάκη, λ. 16/88.

Έχει περαιτέρω κριθεί ότι επιτρέπεται κατ' αρχήν, σε μια επιχείρηση που μετέχει σε διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, να επικαλεσθεί, προκειμένου να κριθεί ότι πληροί τα κριτήρια που απαιτούνται για την προεπιλογή (σε περίπτωση κλειστής διαδικασίας) ή την ανάθεση του έργου (σε περίπτωση ανοικτής διαδικασίας ή διαδικασίας με διαπραγμάτευση), τις χρηματοοικονομικές και τεχνικές ικανότητες άλλων επιχειρήσεων, ανεξάρτητα από τη νομική φύση των μεταξύ τους σχέσεων, υπό την προϋπόθεση όμως, ότι αποδεικνύει, με συγκεκριμένα αποδεικτικά στοιχεία, ότι έχουν όντως τεθεί στη διάθεσή της τα μέσα (χρηματοοικονομικά και τεχνικά) που είναι αναγκαία για την εκτέλεση του έργου, χωρίς να υφίσταται τεκμήριο ότι η διαγωνιζόμενη επιχείρηση διαθέτει τα μέσα αυτά, εκ μόνου του γεγονότος ότι ανήκουν όλες στον ίδιο όμιλο επιχειρήσεων ή πρόκειται για συνδεδεμένες επιχειρήσεις κατά το άρθρο 42 του Ν. 2190/1920, δηλαδή ότι υπάρχει σχέση μητρικής επιχείρησης προς θυγατρικές<sup>46</sup>.

Από τη συστηματική ερμηνεία τόσο των διατάξεων του κοινοτικών οδηγιών όσο και της νομολογίας του ΔΕΚ και του ΣτΕ προκύπτει ότι ναι μεν επιτρέπεται η επίκληση εμπειρίας ή και μέσων, οσάκις ενδείκνυται και για δεδομένη σύμβαση, όπως η παροχή και χρήση των ικανοτήτων αυτών οφείλει αφενός να αποδεικνύεται αφετέρου να είναι απολύτως δεσμευτική για τα συμβαλλόμενα μέρη αλλά και επιπλέον να παρέχονται ικανές εγγυήσεις στην αναθέτουσα αρχή ώστε λυσιτελώς να εξασφαλίζεται αυτή για την έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση της σύμβασης. Η απαίτηση αυτή καθίσταται ακόμη πιο επιτακτική στην περίπτωση διαφορετικών επιχειρήσεων, οι οποίες δεν λειτουργούν στο πλαίσιο μιας συγκεκριμένης νομικής δομής εξάρτησης. Άλλωστε η εξασφάλιση της εντέχνου, προσήκουσας και άρτιας εκτέλεσης της σύμβασης συνιστά άμεσο και ενεργό συμφέρον και του προσφέροντος οικονομικού φορέα, ο οποίος σε κάθε περίπτωση οφείλει να ενεργεί με σκοπό την προστασία του, ούτως ώστε να θεμελιώνεται σαφής και εξειδικευμένος συμβατικός δεσμός, ο οποίος λυσιτελώς να εξασφαλίζει πλήρως τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τον προσφέροντα οικονομικό φορέα. Ανεξαρτήτως όμως του νομικού δεσμού των οικονομικών φορέων, δηλαδή είτε αφορούν εταιρείες του αυτού ομίλου είτε όχι, τόσο οι σχετικές κοινοτικές οδηγίες όσο και η νομολογία απαιτούν στενό δεσμό, πρόσθετες εγγυήσεις και πλήρη εξασφάλιση της αναθέτουσας αρχής αναφορικά με την καλή και έγκαιρη εκτέλεση του έργου. Ειδικότερα η

---

<sup>46</sup> ΣτΕ ΕΑ 466/2002.

δυνατότητα της επίκλησης των πόρων μιας οντότητας διαφορετικής από την υποψήφια επιχείρηση είναι δυνατόν να γίνει ανεκτή και επιτρεπτή αποκλειστικά και μόνο στην περίπτωση κατά την οποία αποδεικνύεται πλήρως η ύπαρξη μιας σαφούς, δεσμευτικής και ρητής συμφωνίας, που συνδέει τον υποψήφιο προσφέροντα με τον διαθέτοντα τις αναγκαίες για την εκτέλεση της σύμβασης ικανότητες τρίτου οικονομικό φορέα.

Έτσι, ο προσφέρων οφείλει να αποδείξει την άμεση, ενεργή και απολύτως δεσμευτική συμβατική υποχρέωση του τρίτου φορέα για τη διάθεση της επικαλούμενης εμπειρίας ή και των μέσων του για το σύνολο της χρονικής διάρκειας της σύμβασης, μετά των τυχόν επεκτάσεων αυτής και η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να προχωρήσει όχι μόνον στον έλεγχό της, εκ της σχέσεως αυτής, απορρέουσας ικανότητας του διαγωνιζόμενου, αλλά και στον έλεγχο των χορηγούμενων προς αυτήν εγγυήσεων. Η απόδειξη αυτή προϋποθέσει την προσκόμιση συγκεκριμένων, εξατομικευμένων και εξασφαλιστικών δεσμεύσεων των τρίτων φορέων προς την αναθέτουσα αρχή, και δεν αρκεί η επίκληση δεσμεύσεων εμπορικής φύσης, ώστε να επιτευχθεί ο απαιτούμενος έλεγχος και να διασφαλισθεί η αναθέτουσα αρχή όσον αφορά την ικανότητα, την αξιοπιστία αλλά και την ευθύνη της υποψήφιας επιχείρησης για την καλή και έγκαιρη εκτέλεση της σύμβασης. Τούτων έπεται ότι πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνον αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησεως αυτών των ικανοτήτων<sup>47</sup>.

Συνεπώς η δυνατότητα επίκλησης ικανότητας τρίτου φορέα, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να επιτρέπει στον τρίτο την «ανάμειξή του» σε δημόσια σύμβαση, όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής τα οποία απαιτούνται για τον ίδιο τον προσφέροντα, γιατί αυτό θα σήμαινε την ευθεία παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, και όταν δεν αποδεικνύεται η σοβαρότητα και η δεσμευτικότητα των προθέσεων τόσο του τρίτου όσο και του προσφέροντα καθώς και η συνακόλουθη παροχή εγγυήσεων προς την αναθέτουσα αρχή.

Από την τεολογική ερμηνεία των σχετικών διατάξεων και τη νομολογία προκύπτει ότι το ειδικότερο περιεχόμενο του συμβατικού δεσμού μεταξύ του παρέχοντος και του προσφέροντος, αλλά και του αναγκαστικά ιδρυομένου

---

<sup>47</sup> ΣτΕ ΕΑ 284/2013, απόφαση της 18.3.2004, C-314/01, Siemens και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή 2004, σ. I-02549

δεσμού μεταξύ του παρέχοντος και της αναθέτουσας αρχής, οφείλει να παρέχεται όχι σε φαινομενικές (εικονικές) συμβάσεις, δηλαδή σε συμβάσεις, των οποίων ο σκοπός είναι η δημιουργία στους τρίτους της εντύπωσης μεταβολής της νομικής κατάστασης, χωρίς να υπάρχει ή να αποδεικνύεται πρόθεση πραγματικής μεταβολής, αλλά σε γνήσια και απολύτως εξασφαλιστική σύμβαση υπέρ τρίτου, διαφορετικά η αναθέτουσα αρχή ως μη δυνάμενη να στραφεί έναντι του τρίτου «παρόχου εμπειρίας ή/ και μέσων» δεν μπορεί να διασφαλίσει τον αντικειμενικό σκοπό της, δηλαδή την προσήκουσα, έγκαιρη και έντεχνη εκτέλεση του έργου και, συνακόλουθα, την προστασία του δημοσίου συμφέροντος. Ειδικότερα το περιεχόμενο αυτών των συμβάσεων οφείλει να διαλαμβάνει εγγυήσεις υπέρ της αναθέτουσας αρχής και συμβατικές δεσμεύσεις μεταξύ του τρίτου παρόχου και του προσφέροντος, ώστε να εξασφαλίζεται η υλοποίηση της υποχρέωσης του τρίτου για παροχή και διάθεση των ικανοτήτων του καθ' όλη τη συμβατική διάρκεια. Κατά τη νομολογία εναπόκειται στον εθνικό δικαστή να εκτιμήσει την επάρκεια, τη σαφήνεια και το περιεχόμενο των αποδεικτικών στοιχείων και ειδικότερα την ύπαρξη σαφούς συμβατικού δεσμού με συγκεκριμένο και ειδικό περιεχόμενο<sup>48</sup>. Η θέση αυτή ενισχύεται και από την απόφαση της 15.3.2004 του ΔΕΚ, η οποία αναφέρει ρητά ότι το βάρος της απόδειξης για την πραγματική δυνατότητα χρησιμοποίησης των ικανοτήτων των τρίτων φορέων το φέρει ο διαγωνιζόμενος και η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβεί στον αποκλεισμό του από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, αν κριθεί με βάση τα αποδεικτικά στοιχεία που έχει προσκομίσει ότι οι δεσμεύσεις των μερών δεν θεωρούνται ικανοποιητικές και συντρέχει ο κίνδυνος της μη εμπρόθεσμης και αποτελεσματικής εκτέλεσης της σύμβασης, ενώ το ΣτΕ απαιτεί την ύπαρξη ρητής συμφωνίας με τον τρίτο ακόμη και όταν ο τρίτος αναφέρεται ως μητρική εταιρεία. Η διακριτική αυτή ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής υπόκειται στον δικαστικό έλεγχο όσον αφορά την τήρηση των θεμελιωδών αρχών που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις και η

---

<sup>48</sup> Η δέσμευση του τρίτου καλύπτεται μόνον εάν η συμφωνία τρίτου-προσφέροντος έχει τον χαρακτήρα γνήσιας σύμβασης υπέρ τρίτου (της αναθέτουσας αρχής), πράγμα που πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια, διαφορετικά πρόκειται για μη γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου. βλ. Μ. Σταθόπουλος, Ενοχικό δίκαιο, 4η έκδοση, παρ. 25 αρ. 6, ο οποίος επισημαίνει ότι «έχει και από οικονομική άποψη νόημα να μπορεί η ίδια η αναθέτουσα αρχή να ασκεί απευθείας κατά του τρίτου τα δικαιώματα εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων του παρά να τα ασκεί διά της τεθλασμένης, δηλαδή μέσω των προσφέροντος αξιώσεών της, οδός που θα ήταν περισσότερο χρονοβόρος και λιγότερο αποτελεσματική» (γνwm. της 4.5.2006, σελ. 5). Για τη χρησιμότητα και τα πλεονεκτήματα της γνήσιας σύμβασης υπέρ τρίτου, με την κατάρτιση της οποίας δημιουργείται τριμερής τριγωνική σχέση- βλ. Α. Γεωργιάδης, σε: ΑΚ. Κατ' άρθρο ερμηνεία, 1979, σελ. 426 επ.

σχετική απόφαση πρέπει να συνοδεύεται από πλήρη, νόμιμη και επαρκή αιτιολογία<sup>49</sup>.

Ο δανεισμός της ικανότητας μπορεί να έχει ως νομική βάση οποιαδήποτε έννομη σχέση εταιρικής εξάρτησης, αλλά και οποιαδήποτε άλλη έννομη σχέση, αρκεί να αποδεικνύεται στην πράξη η συνεργασία μεταξύ των δύο οικονομικών φορέων και η διάθεση των πόρων του ενός προς τον άλλον κλπ. Η τελική κρίση περί του αν αποδεικνύεται τούτο από τα στοιχεία που επικαλείται ο διαγωνιζόμενος φορέας ανήκει στα εθνικά δικαστήρια<sup>50</sup>.

Γίνεται, όμως, δεκτό από την νομολογία ότι ο υποψήφιος θα πρέπει να αποδεικνύει επαρκώς τη σοβαρή και πραγματοποιήσιμη δέσμευση των τρίτων φορέων να παράσχουν την οικονομική ικανότητά τους σε αυτόν και τη δυνατότητα του τελευταίου να κάνει χρήση αυτών κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Τα σχετικά πρακτικά των διοικητικών συμβουλίων των τρίτων εταιρειών θα πρέπει να είναι αρκούντως ορισμένα και ως προς τον τρόπο με τον οποίο οι ως άνω συγκεκριμένοι πόροι θα διατεθούν για την κάλυψη των χρηματοοικονομικών αναγκών της σύμβασης<sup>51</sup>.

Συνακόλουθα, η μη διασφάλιση της σοβαρότητας και δεσμευτικότητας των προθέσεων τόσο του τρίτου όσο και του προσφέροντα καθώς και η μη παροχή εγγυήσεων προς την αναθέτουσα αρχή για τη διάθεση συγκεκριμένων πόρων θα ισοδυναμούσε με ευθεία παραβίαση της οδηγίας, που επιτάσσει ότι οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, και δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί ο αντικειμενικός σκοπός που είναι η προσήκουσα, έγκαιρη και έντεχνη εκτέλεση του έργου. Στην περίπτωση που ο τρίτος πάροχος ικανοτήτων απευθύνει δήλωση προς την αναθέτουσα αρχή ότι θα διαθέσει πραγματικά τα μέσα και την εμπειρία του για την εκτέλεση του έργου, η

---

<sup>49</sup> Απ. Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2009, σελ. 406 – 413.

<sup>50</sup> Δημήτριος Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2014, σελ. 435, 436.

<sup>51</sup> Βλ. ΣτΕ 2747/2014. Στην περίπτωση αυτή, που αφορούσε διαγωνισμό της ίδιας Αναθέτουσας Αρχής, είχαν κριθεί ως στοιχεία ικανά να αποδείξουν τη σοβαρή και πραγματοποιήσιμη δέσμευση Πρακτικά ΔΣ που ανέφεραν μεταξύ άλλων τα εξής: Εγκρίνει τη συνεργασία με τον Υποψήφιο και την παροχή προς αυτόν της χρηματοοικονομικής της ικανότητας, ώστε να είναι στη διάθεση του Υποψηφίου για την εκτέλεση της Σύμβασης Σύμπραξης, και δεσμεύεται ρητά για τη διάθεση των πόρων αυτών στην εν λόγω Ένωση Προσώπων κατά τη διάρκεια της Σύμβασης Σύμπραξης. Η παροχή της χρηματοοικονομικής ικανότητας αφορά το σύνολο των ιδίων Κεφαλαίων, καθώς και στο σχετικό συνολικό κύκλο εργασιών, που θα διατεθούν εξ ολοκλήρου για το σύνολο του έργου 100%. Συγκεκριμένα, όλα τα οικονομικά στοιχεία του «Φορέα» (ίδια κεφάλαια, κύκλος εργασιών κ.λπ.) θα χρησιμοποιηθούν στο σύνολό τους με κάθε τρόπο, ώστε προστιθέμενα στο ακέραιο να ενδυναμώσουν τα οικονομικά στοιχεία της διαγωνιζόμενης εν λόγω Ένωσης Προσώπων.

δήλωση αυτή θα πρέπει να περιέχει α) παροχή των αναγκαίων εγγυήσεων β) εξειδικευμένη αναγραφή των μέσων που ο τρίτος προτίθεται να διαθέσει κατά τη διάρκεια της σύμβασης γ) ρητή και ανεπιφύλακτη δέσμευση του τρίτου αναφορικά με τις διατάξεις της διακήρυξης και των συμβατικών τευχών<sup>52</sup>.

Στην προκειμένη περίπτωση, στο άρθρο 8 της οικείας διακήρυξης αναφέρεται ότι «...Για την πλήρωση των ελαχίστων απαιτήσεων που αναφέρονται στα άρθρα 7 και 8, ο Υποψήφιος δύναται να στηρίζεται και να κάνει χρήση της χρηματοοικονομικής ή/και τεχνικής ή/και επαγγελματικής ικανότητας άλλων φορέων, κατά τα αναφερόμενα στα άρθρα 47 παρ.2 και 48 παρ.3 της οδηγίας 2004/18/EK, ανεξάρτητα από την νομική φύση των δεσμών μεταξύ αυτού και των εν λόγω φορέων. Στην περίπτωση αυτή, η επίκληση των σχετικών στοιχείων εμπειρίας θα πρέπει να αποδεικνύεται ότι πράγματι μεταφέρεται προς τον Συμμετέχοντα Υποψήφιο μέσω δεσμευτικής Σύμβασης που καθορίζει τους αναγκαίους πόρους που θα διαθέσει ο Δανείζων την εμπειρία του κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Επιπρόσθετα ο Δανείζων την εμπειρία του, υποχρεούται να δηλώνει προς την Αναθέτουσα αρχή ότι εγγυάται την παροχή των υπηρεσιών του προς τον Υποψήφιο σε περίπτωση αναδείξεως του ως Αναδόχου καθ' όλη τη διάρκεια της Συμβάσεως σε τρόπο που να επιτυγχάνεται η εύρυθμη λειτουργία της εγκατάστασης στο σύνολο της.», ενώ στο άρθρο 10 αναφέρεται ότι «...Εφ' όσον οι Υποψήφιοι στηρίζονται στις δυνατότητες άλλων φορέων τότε στον Υποφάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής θα πρέπει να περιληφθούν τα ακόλουθα δικαιολογητικά για κάθε φορέα που διαθέτει την χρηματοοικονομική ή επαγγελματική / τεχνική ικανότητα στον Υποψήφιο, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 8 της παρούσης:

1. Τα νομιμοποιητικά έγγραφα που αναφέρονται στο Άρθρο 10.A.i.5.
2. Τα έγγραφα αναφορικά με την προσωπική κατάσταση που αναφέρονται στο Άρθρο 10.A.i.2, 10.A.i.3 και 10.A.i.4.
3. Τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Άρθρο 10.A.iii, σε περίπτωση που ο τρίτος διαθέτει στον υποψήφιο χρηματοοικονομική επάρκεια.
4. Τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο άρθρο 10.A.iv, εφόσον ο τρίτος διαθέτει στον υποψήφιο τεχνική ικανότητα.
5. Απόφαση του διοικητικού συμβουλίου ή του αρμοδίου καταστατικού οργάνου διοίκησής του, με την οποία ή σε περίπτωση φυσικού προσώπου υπεύθυνη δήλωση με την οποία:

---

<sup>52</sup> Απόφαση 295/2015 Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, Κατευθυντήρια Οδηγία 14



- θα εγκρίνεται η συνεργασία με τον Υποψήφιο και η παροχή προς τον Υποψήφιο της χρηματοοικονομικής ή/και τεχνικής ή/και επαγγελματικής ικανότητας του φορέα, ώστε αυτή να είναι στη διάθεση του Υποψηφίου για την εκτέλεση της Σύμβασης. Η σχετική αναφορά θα πρέπει να είναι λεπτομερής και να αναφέρεται κατ' ελάχιστον στους συγκεκριμένους πόρους που θα είναι διαθέσιμοι για το Έργο και τον τρόπο δια του οποίου θα χρησιμοποιηθούν αυτοί για την εκτέλεση του Έργου.

- θα δεσμεύεται ρητά να διαθέσει στον Υποψήφιο τους συγκεκριμένους πόρους κατά τη διάρκεια της Σύμβασης,

- θα δηλώνεται το πρόσωπο που θα έχει την εξουσία να υπογράψει δεσμευτικά για τον οικονομικό φορέα όλα τα έγγραφα που απαιτούνται για το Διαγωνισμό, περιλαμβανομένων και των εγγράφων που αποδεικνύουν τη δέσμευση του οικονομικού φορέα έναντι του Υποψηφίου.

θα δεσμεύεται, σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος «...» αναδειχθεί ανάδοχος, να συνεργαστεί αποκλειστικά μαζί του, σύμφωνα με τους όρους της παρούσας Διακήρυξης...».

Εν προκειμένω, εκ μέρους της διαγωνιζόμενης κοινοπραξίας προσκομίστηκε η από 08.07.2016 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της «THALIS E.S. S.A.», και ιδιωτικό συμφωνητικό, που έχει καταρτιστεί μεταξύ αυτής της διαγωνιζόμενης και της ίδιας ως άνω δανείζουσας τεχνική επάρκεια εταιρείας. Από τα στοιχεία του φακέλου της προσφοράς της διαγωνιζόμενης προκύπτει ότι η δανείζουσα εμπειρία είναι θυγατρική του μέλους της κοινοπραξίας εταιρείας ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ.

Στο από 21.7.2016 συμφωνητικό μεταξύ της συμμετέχουσας και της δανείζουσας εμπειρία αναφέρονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα «...*Η τρίτη συμβαλλόμενη θα δανείσει την εμπειρία της (τεχνική ικανότητα) όπως αυτή περιγράφεται ως άνω στα δύο πρώτα συμβαλλόμενα μέρη. ... Η Εταιρεία **THALIS ES SA** θα διαθέσει αποκλειστικά στις εταιρείες ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ και INTRAKAT, μέλη της διαγωνιζόμενης κοινοπραξίας "**Κ/ΕΙΑ INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ**" και κατ' επέκταση στην κοινοπραξία, όλους τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης και συγκεκριμένα την ως άνω τεχνογνωσία, εμπειρία, εξειδικευμένη τεχνική υποστήριξη μέσω έμπειρων Μηχανικών της. Η **THALIS ES SA** θα συνεργαστεί αποκλειστικά με τις εταιρείες ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ και INTRAKAT, μέλη της διαγωνιζόμενης κοινοπραξίας "**Κ/ΕΙΑ INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ**" και σε περίπτωση που η κοινοπραξία αναδειχθεί ανάδοχος θα διαθέσει τους ανωτέρω αναφερόμενους πόρους προς τις εταιρείες, και κατ' επέκταση στην κοινοπραξία, καθ' όλη τη*

*διάρκεια της σύμβασης με τρόπο που να επιτυγχάνεται η εύρυθμη λειτουργία της εγκατάστασης στο σύνολό της σύμφωνα με τους όρους της σχετικής Διακήρυξη...». Παρόμοιο περιεχόμενο έχει και το από 8.7.2016 Πρακτικό του ΔΣ της εταιρείας.*

Κατ' αρχάς, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι σε άλλο διαγωνισμό ο ΕΔΣΝΑ είχε απορρίψει αντίστοιχη προσφορά είναι μη νόμιμος, δεδομένου ότι κάθε διαγωνισμός είναι αυτοτελής και, ως εκ τούτου, ουδεμία ασκεί επιρροή το γεγονός ότι σε άλλο διαγωνισμό υπήρξε διαφορετική αντιμετώπιση του θέματος<sup>53</sup>.

Επιπροσθέτως, είναι και αβάσιμος, καθώς στις περιπτώσεις που αναφέρεται δεν είχαν αντιμετωπιστεί ίδια θέματα. Συγκεκριμένα, και οι δύο περιπτώσεις αφορούσαν την υπ' αριθ. 334/2013 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ επί του Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού για το έργο: «Μελέτη, Χρηματοδότηση, Κατασκευή, Συντήρηση, Τεχνική Διαχείριση και Λειτουργία της Μονάδας Επεξεργασίας Αστικών Απορριμμάτων στην Ολοκληρωμένη Εγκατάσταση Διαχείρισης Απορριμμάτων Δυτικής Αττικής (Φυλή), με ΣΔΙΤ». Με την ως άνω απόφαση είχαν αποκλειστεί δύο (2) διαγωνιζόμενοι, οι οποίοι προσέφυγαν ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας ασκώντας αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων, οι οποίες απορρίφθηκαν με τις υπ' αριθ. 410 και 411 / 2013 αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας.

Συγκεκριμένα, οι περιπτώσεις αυτές, κατά το σκέλος που αναφέρονταν την αμφισβήτηση εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής της εξειδίκευσης των αναγκαίων πόρων δάνειας επάρκειας, αφορούσαν την εξειδίκευση χρηματοοικονομικής και όχι τεχνικής επάρκειας. Μάλιστα, εκτός αυτού, στην πρώτη περίπτωση αν και αρχικώς η Επιτροπή Αναστολών είχε κρίνει ορθή την κρίση της Εκτελεστικής Επιτροπής, εντέλει μετά την άσκηση αίτησης ακύρωσης, με την υπ' αριθ. 2747/2014 του Συμβουλίου της Επικρατείας, έγινε δεκτή αίτηση ακύρωσης της ίδιας ένωσης που είχε αποκλειστεί και κρίθηκε ότι τα έγγραφα που είχε επικαλεστεί πληρούσαν τους όρους της Διακήρυξης, ανατρέποντας την απόφαση της Επιτροπής Αναστολών. Κατά τα λοιπά, στην απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής αναφέρονταν και έτεροι λόγοι αποκλεισμού που αφορούσαν την τεχνική επάρκεια, όχι όμως από τη σκοπιά της εξειδίκευσης των πόρων, ζητήματα τα οποία όμως δεν εξετάστηκαν από την

---

<sup>53</sup> ΣτΕ ΕΑ 1200/2007, 861/2007, 623/2007, 313/2006, 857/2003

Επιτροπή Αναστολών, η οποία αρκέστηκε στην απόρριψη των αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων εξετάζοντας μόνο τη χρηματοοικονομική επάρκεια.

Επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφυγής, τίθεται ζήτημα ως προς το αν είναι αρκούντως ορισμένη η δήλωση της δανείζουσας τεχνική επάρκεια εταιρείας. Η δάνεια τεχνική επάρκεια έγκειται στην διάθεση εμπειρίας στο συγκεκριμένο τομέα. Η εμπειρία σε ένα συγκεκριμένο τομέα είναι άυλη και δεν συνδέεται με την παροχή τεχνικών μέσων. Ο μοναδικός τρόπος δανεισμού της εμπειρίας αυτής είναι η διάθεση γνώσεων, προφανώς μέσω του κατάλληλου προσωπικού. Τέτοια δήλωση διάθεσης της εμπειρίας μέσω του εξειδικευμένου προσωπικού υπάρχει στα Πρακτικά του Δ.Σ. της δανείζουσας εταιρείας. Το αν απαιτείται να εξειδικευθούν περαιτέρω οι πόροι, δηλαδή με αναφορά σε συγκεκριμένα άτομα, δεν καθορίζεται με σαφήνεια στη διακήρυξη, οπότε εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να διαπιστώσει αν καλύπτεται από τη συγκεκριμένη δήλωση.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει να αναφερθεί ότι στην υπ' αριθ. 145/2016 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ, με την οποία χορηγήθηκαν διευκρινήσεις, επί του 10<sup>ου</sup> ερωτήματος το οποίο είχε ως εξής «*Σύμφωνα με το τεύχος της Τεχνικής Συγγραφής Υποχρεώσεων, άρθρο 11.2, σελ. 146-147, απαιτείται να δηλωθεί επί ποινή αποκλεισμού ελάχιστο απαιτούμενο προσωπικό. Παρακαλούμε όπως μας διευκρινιστεί αν απαιτείται ονομαστική καταγραφή του προσωπικού αυτού, δηλαδή ονοματεπώνυμο των ατόμων που απαρτίζουν το προσωπικό.*» δόθηκε η κάτωθι απάντηση: «*Στην αναλυτική περιγραφή δεν απαιτείται ονομαστική καταγραφή του προσωπικού.*». Με βάση το δεδομένο ότι ούτε για τους ίδιους του υποψήφιους ζητείτο η αναγραφή των στοιχείων του επιστημονικού προσωπικού που θα διατεθεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης είναι υποστηρίξιμη η άποψη ότι δεν απαιτείτο περαιτέρω εξειδίκευση των διαθέσιμων πόρων, λαμβανομένου μάλιστα υπ' όψιν και του γεγονότος ότι η στενή σχέση δανείζουσας και υποψήφιας (θυγατρική / μητρική) παρέχει τα εχέγγυα στην αναθέτουσα αρχή για την πραγματική και υλοποιήσιμη διάθεσή τους.

**(β)** Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν έχουν προσκομιστεί αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας του ΕΤΑΑ – ΤΣΜΕΔΕ από την εταιρεία ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ, καίτοι είναι εγγεγραμμένη στο μητρώο εργοληπτικών επιχειρήσεων.

Για το συγκεκριμένο ζήτημα αναφέρομαι παραπάνω στο Κεφάλαιο ΙΙΙ.2.ι.ε.

iii. Κατά της συμμετοχής της κοινοπραξίας «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ»:

Με δεδομένο ότι η ως άνω διαγωνιζόμενη έχει αποκλειστεί με την υπ' αριθ. 524/2016 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ και δεν άσκησε παραδεκτώς προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν παραπάνω στο Κεφάλαιο ΙΙΙ.1, ο αποκλεισμός της έχει οριστικοποιηθεί και συνεπώς παρέλκει η εξέταση των λόγων που προβάλλονται κατά του αποκλεισμού της, έχοντας καταστεί άνευ αντικειμένου. Σε κάθε περίπτωση και επειδή ενδέχεται η κρίση της Αναθέτουσας Αρχής να είναι διαφορετική, επί των λόγων της προσφυγής αναφέρω τα εξής:

(α) Η προσφεύγουσα επικαλείται ότι δεν πρέπει να ληφθούν υπ' όψιν τα στοιχεία που αποδεικνύουν τον κύκλο εργασιών της δανείζουσας εμπειρία Alpha Green ABEE και δη τα τιμολόγια, διότι ως ιδιωτικά έγγραφα δεν φέρουν επικύρωση, κατά τις διατάξεις του άρθρου 1 του Ν. 4250/2014.

Έχει κριθεί νομολογιακά πως, σε περίπτωση εφαρμογής του Ν. 4250/2014, ο κάθε διαγωνιζόμενος όφειλε να υποβάλει, επί ποινή απαραδέκτου, τα ιδιωτικά έγγραφα σε αντίγραφο ή ευκρινές φωτοαντίγραφο, εφόσον το πρωτότυπο έφερε θεώρηση από υπηρεσίες και φορείς της περιπτώσεως α' του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 ή επικύρωση από δικηγόρο. Μάλιστα, ακόμη και στην περίπτωση που η Διακήρυξη αναγράφει «αντίγραφα», κατά την ορθή έννοια της Διακήρυξης, ενόψει των διατάξεων του νόμου 4250/2014, τα προσκομιζόμενα σε φωτοαντίγραφα δικαιολογητικά πρέπει να πληρούν τις προϋποθέσεις του νόμου, σύμφωνα με τα ανωτέρω<sup>54</sup>.

Στην συγκεκριμένη περίπτωση, στο άρθρο 10 της οικείας διακήρυξης (σελ. 22) αναφέρεται ρητώς η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 1 του Ν. 4250/2014, αναφορικά με το ζήτημα της επικύρωσης των εγγράφων. Και στο συγκεκριμένο χωρίο δεν υπάρχει κάποια εξαίρεση ως προς συγκεκριμένα έγγραφα. Συνεπώς, τα τιμολόγια τα οποία δεν φέρουν επικύρωση από δικηγόρο (έστω και σε φωτοτυπία) κατ' αρχήν δεν μπορούν να γίνουν δεκτά.

Περαιτέρω, στη διάταξη του άρθρου 11 παρ. 3 του Ν. 2690/1999 «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις» (Α' 54), όπως ίσχυε πριν την κατάργησή του με τον Ν. 4250/2014, οριζόταν «Τα επικυρωμένα κατά τα ανωτέρω αντίγραφα εγγράφων που εξέδωσε διοικητική αρχή, καθώς και τα απλά αντίγραφα εγγράφων που εξέδωσε διοικητική αρχή που συνοδεύονται από την κατά την παρ. 5 του άρθρου 3 υπεύθυνη δήλωση, στην οποία ο

---

<sup>54</sup> βλ. μεταξύ άλλων ΣτΕ 4043/2015

*ενδιαφερόμενος βεβαιώνει την ακρίβεια των στοιχείων, γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά από τη Διοίκηση, όπως τα πρωτότυπα.»*

Η εν λόγω διάταξη καταργήθηκε εφόσον με τον Ν. 4250/2014 (Α' 74) και προς απλοποίηση των διαδικασιών δόθηκε πλέον η δυνατότητα της μη προσκόμισης αντιγράφων επικυρωμένων εγγράφων, αντί της μέχρι τούδε υποχρέωσης συνεχούς επικύρωσης των ίδιων εγγράφων. Με το προΐσχύσαν νομικό καθεστώς και για την αποφυγή της συνεχούς επικύρωσης πληθώρας εγγράφων είχε χορηγηθεί η δυνατότητα στους ενδιαφερόμενους να συνυποβάλλουν απλά αντίγραφα, συνοδευόμενα με υπεύθυνη δήλωση των στοιχείων. Και ναι μεν η επίκληση καταργηθεισών διατάξεων δεν είναι νομικά δυνατή, πλην όμως υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες και σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν παραπάνω στο Κεφάλαιο III.2.δ, λόγω του τεράστιου όγκου των συγκεκριμένων δικαιολογητικών, που ρητώς ζητήθηκαν από τη διακήρυξη, τυχόν αποκλεισμός της διαγωνιζόμενης για τον λόγο αυτό παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης. Προς αποφυγή, λοιπόν, ενός τέτοιου άδικου – κατά τη γνώμη μου – αποκλεισμού, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να εξετάσει το σύνολο των προσκομισθέντων εγγράφων. Εφόσον, λοιπόν, προσκομίστηκε η από 19.07.2016 υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου της εταιρείας Alpha Green A.B.E.E. γίνεται μνεία περί συνυποβολής των στοιχείων που αποδεικνύουν τον κύκλο εργασιών στο αντικείμενο της διαχείρισης αποβλήτων, αλλά και υπεύθυνες δηλώσεις των κοινοπρακτουςών εταιρειών περί της πιστότητας των εγγράφων, και δεδομένων των συνεπειών της ψευδούς υπεύθυνης δήλωσης, έχω τη γνώμη ότι υπό τις συγκεκριμένες προϋποθέσεις και εφόσον δεν καταλείπεται αμφιβολία ως προς τη γνησιότητα των εγγράφων αυτών, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να τα κάνει δεκτά, εφαρμόζοντας την αρχή της επιείκειας.

**(β)** Για το συγκεκριμένο λόγο προσφυγής αναφέρομαι παραπάνω στο Κεφάλαιο III.2.α.

### **3. Προσφυγή της κοινοπραξίας «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ»:**

Η εν θέματι κοινοπραξία στρέφεται κατά της συμμετοχής της ένωσης εταιρειών «W.A.T.T. Α.Ε. - ΤΟΞΟΘΗΣ Α.Ε.». Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι η κοινοπρακτούσα εταιρεία W.A.T.T. Α.Ε. δεν έχει προσκομίσει τιμολόγια ή άλλα ισοδύναμα έγγραφα για την απόδειξη του μέσου ετήσιου κύκλου εργασιών στον τομέα του αντικειμένου της σύμβασης, αλλά βεβαίωση ορκωτού ελεγκτή, κατά παράβαση του άρθρου 10.iii.3 της διακήρυξης. Για το

συγκεκριμένο ζήτημα αναφέρομαι παραπάνω στο Κεφάλαιο III.2.i.δ., εκφράζοντας την άποψη ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή.

#### **4. Προσφυγή της ένωσης εταιρειών «WATT ΑΕ - ΤΟΞΟΤΗΣ ΑΕ»:**

Η εν θέματι ένωση εταιρειών στρέφεται κατά της συμμετοχής της κοινοπραξίας «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ» και της κοινοπραξίας «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ».

##### **i. Κατά της συμμετοχής της κοινοπραξίας «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ»:**

(α) Η προσφεύγουσα επικαλείται ότι στην από 8.7.2016 απόφαση του διοικητικού συμβουλίου της δανείζουσας τεχνική επάρκεια εταιρείας «Thalis E.S. S.A.», δεν συγκεκριμενοποιούνται, ούτε αναφέρονται λεπτομερώς, οι πόροι και ο τρόπος διάθεσης αυτών προς την υποψήφια κοινοπραξία.

Για το συγκεκριμένο ζήτημα αναφέρομαι παραπάνω στο Κεφάλαιο III.2.ii.α.

(β) Περαιτέρω, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι στη βεβαίωση που αφορά τον ΧΥΤΑ Πέρα Γαληνών δεν αποδεικνύεται η απαιτούμενη εμπειρία σε ΧΥΤΑ δυναμικότητας 100.000 τόνων, διότι σε αυτήν αναφέρεται ότι ο ΧΥΤΑ δύναται να δέχεται 120.000 τόνους.

Στο άρθρο 8 της Διακήρυξης αναφέρονται μεταξύ άλλων τα παρακάτω: *«Οι τεχνικές ικανότητες του παρόχου σύμφωνα με την οδηγία 2004/18/ΕΚ οι οποίες ζητούνται στον διαγωνισμό περιλαμβάνουν: 1) την εμπειρία από την εκτέλεση παρόμοιων υπηρεσιών που έλαβαν χώρα ή λαμβάνουν χώρα την τελευταία 3ετία και τουλάχιστον για 3 μήνες, και δη α) σε λειτουργία ΧΥΤ δυναμικότητας τουλάχιστον 100.000 τόνων ετησίως, που περιλαμβάνει διαχείριση στραγγισμάτων».*

Από την ως άνω διατύπωση της διακήρυξης δεν καθίσταται σαφές αν η ζητούμενη δυναμικότητα του ΧΥΤΑ καθορίζεται βάσει της αδειοδότησης του έργου ή βάσει συγκεκριμένων ποσοτικών στοιχείων, δηλαδή βάσει εισερχομένων ποσοτήτων.

Αξίζει να σημειωθεί ότι οι αδειοδοτήσεις των παρόμοιων έργων ποικίλουν ως προς το αν τίθεται plafond στην ετήσια δυναμικότητά τους. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι ο ΧΥΤΑ Δυτικής Αττικής, ένα από τα βασικά έργα του Συνδέσμου. Συγκεκριμένα, στην αρχική υπ' αριθ. 76548/21.3.1997 κοινή απόφαση του Υπουργού ΠΕ.ΧΩ.ΔΕ. και του Υφυπουργού Εσωτερικών, Δημόσιας Διοικήσεως και Αποκεντρώσεως σχετικά με την έγκριση περιβαλλοντικών όρων του ΧΥΤΑ Άνω Λιοσίων προβλεπόταν

ότι «...ο Χώρος Υγειονομικής Ταφής Απορριμμάτων (Χ.Υ.Τ.Α.) θα λειτουργεί για τουλάχιστον είκοσι δύο (22) χρόνια (σύμφωνα με την ΜΠΕ) και θα δέχεται 3.500 τόνους απορριμμάτων την ημέρα κατά τα τρία (3) πρώτα χρόνια λειτουργίας του Χ.Υ.Τ.Α., 2.900 τόνους την ημέρα για τα επόμενα δύο χρόνια και 500 τόνους από τον έκτο χρόνο λειτουργίας...», δηλαδή υπήρχε όριο ημερήσιας και κατ' επέκταση ετήσιας λειτουργίας. Αντιθέτως, στην υπ' αριθ. 135831/3.12.2003 κοινή υπουργική απόφαση «Έγκριση Περιβαλλοντικών Όρων του έργου: “Κατασκευή, λειτουργία και αποκατάσταση 2<sup>ου</sup> ΧΥΤΑ Δυτικής Αττικής στην θέση Σκαλιστήρι του Δήμου Φυλής”» δεν γίνεται μνεία σε ημερήσιες και κατ' επέκταση ετήσιες ποσότητες, αλλά στη συνολική χωρητικότητα του ΧΥΤΑ.

Με βάση, λοιπόν, το δεδομένο αυτό και δη την έλλειψη πάγιας τακτικής στις αδειοδοτήσεις των έργων αυτών ως προς την ετήσια δυναμικότητα, γεννάται ζήτημα ερμηνείας του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης. Σε αντίθεση με μία εργοστασιακή εγκατάσταση που περιλαμβάνει συγκεκριμένο εξοπλισμό ανάλογα με τη δυναμικότητά της και που συνεπώς ο πάροχος αποκτά εμπειρία από τη λειτουργία της στο σύνολο του εξοπλισμού ανεξαρτήτως του φορτίου εισερχομένων απορριμμάτων, στην περίπτωση των ΧΥΤΑ η λειτουργία έχει τελείως διαφορετική φύση και το μέγεθος της εμπειρίας που αποκτάται συνδέεται με τις ποσότητες των προς διαχείριση απορριμμάτων. Διότι, η κατά την άδεια δυναμικότητα συνδέεται με παραμέτρους περιβαλλοντικές κλπ., αλλά η πραγματική δυναμικότητα είναι αυτή που δίνει στον ανάδοχο την ουσιαστική εμπειρία. Από τις πραγματικά εισερχόμενες ποσότητες προκύπτουν αντιστοίχως ποσότητες στραγγισμάτων και όχι από τις θεωρητικές ποσότητες. Άρα, έχω τη γνώμη ότι κατά την ερμηνεία του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης η συγκεκριμένη απαίτηση εμπειρίας συνδέεται με την πραγματική και όχι τη θεωρητική δυναμικότητα ενός ΧΥΤΑ.

Πλην όμως η διατύπωση της διακήρυξης δεν οδηγεί στο συμπέρασμα αυτό με τρόπο κατηγορηματικό. Για τον λόγο αυτό έχω την άποψη ότι δεν μπορεί η βεβαίωση αυτή να αποτελέσει άνευ άλλου λόγου αποκλεισμού του υποψηφίου, εφόσον κατά τα παγίως νομολογηθέντα ασάφειες της διακήρυξης δεν μπορούν να οδηγούν στον αποκλεισμό των υποψηφίων. Αν, λοιπόν, γίνει δεκτή η ερμηνεία που ανέπτυξα παραπάνω και η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί αμφιβολίες για την εμπειρία της διαγωνιζόμενης, οφείλει να ζητήσει διευκρινήσεις ως προς την πραγματική δυναμικότητα του εν θέματι ΧΥΤΑ και αναλόγως να πράξει.

(γ) Ακολούθως, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι: α) από τη βεβαίωση που προσκόμισε η διαγωνιζόμενη και αφορά την σύμβαση της δανείζουσας εμπειρία «Thalis E.S. S.A.» και αφορά τη λειτουργία της μονάδας επεξεργασίας στραγγισμάτων του ΧΥΤΥ Ηλείας δεν προκύπτει η δυναμικότητα της Μονάδας Αντίστροφης Όσμωσης αλλά ολόκληρης της Μονάδας Επεξεργασίας Στραγγισμάτων, β) από τη βεβαίωση που προσκόμισε η διαγωνιζόμενη για το έργο με τίτλο «Αποκατάσταση Χώρου Ταφής Απορριμμάτων (ΧΥΤΑ) στην θέση Καλαμάκι του δ.δ. Ταγαράδων του Δήμου Θέρμης Νομού Θεσσαλονίκης» δεν αποδεικνύεται η τεχνική της επάρκεια σε λειτουργία Μονάδας Αντίστροφης Όσμωσης, διότι αφορά σε δοκιμαστική και όχι κανονική λειτουργία.

Στο άρθρο 8 της οικείας Διακήρυξης αναφέρεται ότι «Οι τεχνικές ικανότητες του παρόχου σύμφωνα με την οδηγία 2004/18/EK οι οποίες ζητούνται στον διαγωνισμό περιλαμβάνουν: 1) την εμπειρία από την εκτέλεση παρόμοιων υπηρεσιών που έλαβαν χώρα ή λαμβάνουν χώρα την τελευταία 3ετία και τουλάχιστον για 3 μήνες, και δη ... β) λειτουργία Μονάδας αντίστροφης Όσμωσης δυναμικότητας τουλάχιστον 50 m<sup>3</sup>/ημέρα. Διευκρινίζεται ότι η ανωτέρω εμπειρία μπορεί να προέρχεται από σύμβαση υπηρεσίας που περιλαμβάνει και τα δύο ζητούμενα σκέλη ή από δύο τουλάχιστον ανεξάρτητες συμβάσεις που είτε η κάθε μία ικανοποιεί ένα από τα ζητούμενα α) και β) ανωτέρω στοιχεία εμπειρίας αντιστοίχως, είτε σωρευτικώς καλύπτουν τα ζητούμενα στοιχεία εμπειρίας».

Από την ως άνω γραμματική διατύπωση της διακήρυξης εμφανίζεται ότι απαιτείται η εμπειρία να προκύπτει από σύμβαση υπηρεσιών και όχι έργου και μάλιστα η εμπειρία αυτή να συνδέεται με την δυναμικότητα αυτής καθ' εαυτής της Μονάδας Αντίστροφης Όσμωσης και όχι με τη δυναμικότητα του συνόλου των μονάδων επεξεργασίας στραγγισμάτων.

Με βάση τα δεδομένα αυτά, ως προς την πρώτη βεβαίωση, φρονώ ότι χρήζει διευκρίνησης ως προς τη δυναμικότητα της συγκεκριμένης Μονάδας Αντίστροφης Όσμωσης του ΧΥΤΥ Ηλείας. Διότι εκ της βεβαίωσης δεν εξάγεται το ασφαλές συμπέρασμα ότι περιλαμβάνει Μονάδα Αντίστροφης Όσμωσης άνω των 50 m<sup>3</sup> / ημέρα, αλλά ούτε και το αντίθετο, ώστε να μπορέσει – χωρίς να ζητηθεί σχετική διευκρίνιση – να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού.

Αν η πρώτη βεβαίωση καλύπτει αυτοτελώς τις απαιτήσεις της διακήρυξης παρέλκει η εξέταση της δεύτερης βεβαίωσης, ως εκ του περισσού προσκομισθείσης. Σε διαφορετική περίπτωση θα πρέπει να εξετασθεί στην



ουσία της η δεύτερη βεβαίωση. Όπως προαναφέρθηκε, από το γράμμα της διακήρυξης προκύπτει ότι η εμπειρία πρέπει να προκύπτει από συμβάσεις υπηρεσιών. Κατά τη γνώμη μου, κατά την ερμηνεία του ως άνω όρου της διακήρυξης, η έννοια της σύμβασης υπηρεσίας δεν είναι ταυτόσημη με τη σύμβαση παροχής υπηρεσιών του π.δ. 60/2007. Το κρίσιμο εν προκειμένω στοιχείο είναι η απόδειξη της εμπειρίας, η οποία μπορεί να προκύπτει και από μικτές συμβάσεις, συμβάσεις παραχώρησης έργου που υποχρεωτικά περιλαμβάνουν εκμετάλλευση και άρα λειτουργία, ή ακόμη και ιδιωτικά έργα. Άρα, έχω τη γνώμη ότι σύμβαση έργου που περιλαμβάνει δοκιμαστική λειτουργία μπορεί να ληφθεί κατ' αρχήν υπ' όψιν, η οποία άλλωστε στα συγκεκριμένα έργα, κατά τα ειωθότα, συνιστά κανονική λειτουργία επί πραγματικών συνθηκών. Σε κάθε δε περίπτωση, αν η Αναθέτουσα Αρχή έχει αμφιβολίες ως προς τις συνθήκες της δοκιμαστικής λειτουργίας, οφείλει κατά τη γνώμη μου να ζητήσει διευκρινήσεις ως προς το δοκιμαστική λειτουργία γίνεται σε πραγματικές συνθήκες και υπό όρους κανονικής λειτουργίας.

Επισημαίνω και προς αποφυγή παρεξηγήσεων ότι στο συγκεκριμένο λόγο προσφυγής, ως και στον αμέσως προηγούμενο, αναφέρομαι σε υποχρέωση (και όχι διακριτική ευχέρεια) της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει διευκρινήσεις πριν αχθεί σε κρίση περί αποκλεισμού διότι σε αντίθεση με ότι συμβαίνει στην περίπτωση της κοινοπραξίας «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ» τα δικαιολογητικά που έχει προσκομίσει η κοινοπραξία «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ» κατ' αρχήν καλύπτουν τους όρους της διακήρυξης και αναφέρουν όλα τα απαιτούμενα στοιχεία. Συνεπώς, αν δεν κριθεί σκόπιμο να ζητηθούν διευκρινήσεις η προσφορά θα πρέπει να γίνει δεκτή και τυχόν αποκλεισμός της θα ήταν μη νόμιμος.

(δ) Τέλος, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης δεν προσκομίστηκε υπεύθυνη δήλωση της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «Thalis E.S. S.A.» ως προς το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό.

Στο άρθρο 10 της Διακήρυξης ορίζεται μεταξύ άλλων ότι: *«Εφ' όσον οι Υποψήφιοι στηρίζονται στις δυνατότητες άλλων φορέων τότε στον Υποφάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής θα πρέπει να περιληφθούν τα ακόλουθα δικαιολογητικά για κάθε φορέα που διαθέτει την χρηματοοικονομική ή επαγγελματική / τεχνική ικανότητα στον Υποψήφιο, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 8 της παρούσης: ... Τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο άρθρο 10.Α.iv, εφόσον ο τρίτος διαθέτει στον υποψήφιο τεχνική ικανότητα».* Στο άρθρο 10.Α.iv αναφέρεται ότι *«Για την απόδειξη της ζητούμενης από το άρθρο*

8 ειδικής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας οι υποψήφιοι θα πρέπει να προσκομίσουν τα ακόλουθα δικαιολογητικά έγγραφα (**επί ποινή αποκλεισμού**):

**1.** Υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη από κατάλογο σχετικών, με των ζητούμενων στο Άρθρο 8, υπηρεσιών που εκτελέστηκαν ή εκτελούνται την τελευταία 3ετία από τον υποψήφιο, με αναφορά στη δυναμικότητα του ΧΥΤ ανά έτος, στη δυναμικότητα της Μονάδας Αντίστροφης Όσμωσης, τη χρονική διάρκεια εκτέλεσης των συμβάσεων, τους εργοδότες, τα ποσοστά συμμετοχής στον ανάδοχο της σύμβασης, συνοδευόμενη εάν μεν ο αποδέκτης είναι αναθέτουσα αρχή, με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή, εάν δε (ο αποδέκτης) είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του φορέα αυτού συνοδευόμενη από αντίγραφο της σχετικής Σύμβασης. **2.** Υπεύθυνη Δήλωση ότι το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών, συνδεδεμένο με σχέση εξαρτημένης εργασίας, ήταν κατά την τελευταία τριετία τουλάχιστον 50 άτομα.». Περαιτέρω, στο άρθρο 8 ορίζεται μεταξύ άλλων ότι «Περαιτέρω διευκρινίζεται ότι είναι αποδεκτή η επίκληση της τεχνικής ικανότητας από διαφορετικά μέλη του κοινοπρακτικού σχήματος εφόσον έκαστο εκ των μελών αυτών συμμετέχει στο κοινοπρακτικό με το ως άνω κατ' ελάχιστον ποσοστό». Τέλος, στην υπ' αριθ. 145/2016 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ με την οποία χορηγήθηκαν διευκρινήσεις επί της διακήρυξης, στην απάντηση του 8<sup>ου</sup> ερωτήματος αναφέρονται ρητά τα παρακάτω: «Στα άρθρα 6, 7 και 8 γίνεται ρητή αναφορά ότι τα αντίστοιχα κριτήρια καταλληλότητας μπορούν να συντρέχουν – σε περίπτωση κοινοπραξίας ή ένωσης προσώπων – σε ένα ή και σε περισσότερα μέλη του συμμετέχοντος. Συνεπώς, τα αντίστοιχα δικαιολογητικά που προβλέπονται στο άρθρο 10 ii, iii και iv υποβάλλονται από το μέλος / μέλη που εισφέρει / εισφέρουν στο υποψήφιο σχήμα την σχετική επάρκεια.».

Από το συνδυασμό των παραπάνω προκύπτει σαφέστατα ότι την υποχρέωση απόδειξης της τεχνικής ή χρηματοοικονομικής επάρκειας την έχει αυτός που την επικαλείται, προσκομίζοντας τα αντίστοιχα έγγραφα. Το αυτό ισχύει σαφέστατα και στην περίπτωση της δάνειας τεχνικής ή χρηματοοικονομικής επάρκειας. Άρα, ο δανείζων τεχνική επάρκεια οφείλει να προσκομίσει μόνο εκείνα τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την τεχνική επάρκεια που επικαλείται και όχι όλα τα δικαιολογητικά τεχνικής επάρκειας, όπως ακριβώς ισχύει και στην περίπτωση των μελών ένωσης εταιρειών. Θα ήταν άλλωστε παράλογο να ζητείται από κάποιον να αποδείξει κάτι το οποίο δεν επικαλείται ότι διαθέτει.

Εν προκειμένω, η δανείζουσα τεχνική επάρκεια εταιρεία «Thalis E.S. S.A.» εισέφερε στην προσφέρουσα μόνο το πρώτο σκέλος της τεχνικής επάρκειας, δηλαδή την εμπειρία από παρόμοιες συμβάσεις και όχι το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό, το οποίο καλύπτεται από την ίδια τη προσφέρουσα κοινοπραξία και προς απόδειξη του γεγονότος αυτού έχει προσκομίσει υπεύθυνες δηλώσεις των νομίμων εκπροσώπων των κοινοπρακτουσών εταιρειών.

**ii. Κατά της συμμετοχής της κοινοπραξίας «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ»:**

(α) Η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η διαγωνιζόμενη δεν αποδεικνύει την τεχνική της επάρκεια για τη συμμετοχή στον εν θέματι διαγωνισμό, όπως αυτή προσδιορίζεται από το άρθρο 8 της οικείας διακήρυξης.

Στο άρθρο 8 της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Οι τεχνικές ικανότητες του παρόχου σύμφωνα με την οδηγία 2004/18/ΕΚ οι οποίες ζητούνται στον διαγωνισμό περιλαμβάνουν: 1) την εμπειρία από την εκτέλεση παρόμοιων υπηρεσιών που έλαβαν χώρα ή λαμβάνουν χώρα την τελευταία 3ετία και τουλάχιστον για 3 μήνες, και δη α) σε λειτουργία ΧΥΤ δυναμικότητας τουλάχιστον 100.000 τόνων ετησίως, που περιλαμβάνει διαχείριση στραγγισμάτων και β) λειτουργία Μονάδας αντίστροφης Όσμωσης δυναμικότητας τουλάχιστον 50 m<sup>3</sup>/ημέρα. Διευκρινίζεται ότι η ανωτέρω εμπειρία μπορεί να προέρχεται από σύμβαση υπηρεσίας που περιλαμβάνει και τα δύο ζητούμενα σκέλη ή από δύο τουλάχιστον ανεξάρτητες συμβάσεις που είτε η κάθε μία ικανοποιεί ένα από τα ζητούμενα α) και β) ανωτέρω στοιχεία εμπειρίας αντιστοίχως, είτε σωρευτικώς καλύπτουν τα ζητούμενα στοιχεία εμπειρίας...».

Περαιτέρω, με την υπ' αριθ. 263/31.5.2016 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ χορηγήθηκε η εξής διευκρίνηση στους υποψηφίους: «Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο 1<sup>ο</sup> εδάφιο του άρθρου 8 της οικείας Διακήρυξης εμπειρία των υποψηφίων θα πρέπει να εξασφαλίζεται: α) από σύμβαση λειτουργίας ΧΥΤ, ο οποίος ΧΥΤ θα έχει δυναμικότητα 100.000 τόνων (που περιλαμβάνει επεξεργασία στραγγισμάτων) και β) από σύμβαση λειτουργίας Μονάδας Αντίστροφης Όσμωσης 50 m<sup>3</sup> / ημέρα, και δεν μπορεί η ως άνω δυναμικότητα να σωρευθεί από πολλές επιμέρους συμβάσεις, δηλαδή λ.χ. από δύο (2) συμβάσεις λειτουργίας ΧΥΤ δυναμικότητας έκαστος 50.000 τόνων / ετησίως. Η δυνατότητα σώρευσης σε συμβάσεις των ζητούμενων στοιχείων εμπειρίας, που προβλέπεται στο προηγούμενο εδάφιο, αναφέρεται

σαφέστατα στη σώρευση σε περισσότερες συμβάσεις των υπό στοιχεία α' και β' στοιχείων εμπειρίας και όχι σε σώρευση της δυναμικότητας των Μονάδων.

Δηλαδή, δεν απαιτείται κατ' ανάγκη ο υποψήφιος να έχει στην ίδια σύμβαση λειτουργία ΧΥΤ 100.000 τόνων ετησίως, με μονάδα αντίστροφης όσμωσης 50 m<sup>3</sup> ημερησίως, αλλά δύναται να έχει άλλη σύμβαση για τη λειτουργία ΧΥΤ (με επεξεργασία στραγγισμάτων οποιαδήποτε τεχνολογίας) και άλλη για τη λειτουργία της Μονάδας Αντίστροφης Όσμωσης (χωρίς κατ' ανάγκη να συνδέεται με λειτουργία ΧΥΤ).

Επίσης, δύναται με δύο ξεχωριστές συμβάσεις να έχει αφενός μεν τη λειτουργία ενός ΧΥΤ (δυναμικότητας τουλάχιστον 100.000 τόνων) χωρίς στη σύμβαση να περιλαμβάνεται η επεξεργασία στραγγισμάτων και αφετέρου την λειτουργία της Μονάδας Επεξεργασίας Στραγγισμάτων με τεχνολογία Αντίστροφης Όσμωσης (δυναμικότητας τουλάχιστον 50 m<sup>3</sup>/ ημέρα), εφόσον όμως οι δύο αυτές συμβάσεις αφορούν τον ίδιο ΧΥΤ και το ίδιο χρονικό διάστημα (ή έστω να συμπίπτουν χρονικά για 3 μήνες κατά την τελευταία τριετία).

Αντιθέτως, δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις της Διακήρυξης περιπτώσεις που λ.χ. οι υποψήφιοι επικαλούνται δύο (2) συμβάσεις λειτουργίας ΧΥΤ με επεξεργασία στραγγισμάτων, δυναμικότητας έκαστος 50.000 τόνων ετησίως ή πέντε (5) συμβάσεις Μονάδων Αντίστροφης Όσμωσης δυναμικότητας από 10m<sup>3</sup> / ημέρα η κάθε μία, αφού η δυναμικότητα των Μονάδων δεν μπορεί να σωρεύεται σε περισσότερες συμβάσεις».

Η προσφεύγουσα επικαλείται στην προσφυγή της ότι η εταιρεία Ηλέκτωρ ΑΕ, μέλος της κοινοπραξίας «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ», αφενός μεν δεν διαθέτει εμπειρία σε λειτουργία ΧΥΤ, αλλά η υπ' αριθ. πρωτ. 4728/04.06.2015 βεβαίωση καλής εκτέλεσης του Ε.Δ.Σ.Ν.Α. που επικαλείται αφορά σύμβαση την οποία έχει συνάψει με την ίδια την Αναθέτουσα Αρχή και η οποία έχει ως αντικείμενο τις υποστηρικτικές υπηρεσίες λειτουργίας του ΧΥΤΑ Δυτικής Αττικής και αφετέρου ότι σε κάθε περίπτωση η σύμβαση αυτή δεν περιλαμβάνει διαχείριση στραγγισμάτων.

Ως προς το δεύτερο ισχυρισμό, η απάντηση δίδεται από τη διευκρίνιση που χορηγήθηκε με την υπ' αριθ. 263/31.5.2016 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝΑ, στην οποία αναφέρεται ρητώς ότι «...δύναται με δύο ξεχωριστές συμβάσεις να έχει αφενός μεν τη λειτουργία ενός ΧΥΤ (δυναμικότητας τουλάχιστον 100.000 τόνων) χωρίς στη σύμβαση να περιλαμβάνεται η επεξεργασία στραγγισμάτων και αφετέρου την λειτουργία της Μονάδας Επεξεργασίας Στραγγισμάτων με τεχνολογία Αντίστροφης Όσμωσης

*(δυναμικότητας τουλάχιστον 50 m<sup>3</sup>/ ημέρα), εφόσον όμως οι δύο αυτές συμβάσεις αφορούν τον ίδιο ΧΥΤ και το ίδιο χρονικό διάστημα (ή έστω να συμπίπτουν χρονικά για 3 μήνες κατά την τελευταία τριετία) ...». Συνεπώς, δεν δημιουργείται κανένα ζήτημα από το γεγονός ότι η συγκεκριμένη σύμβαση δεν περιλαμβάνει τη διαχείριση των στραγγισμάτων, εφόσον με την υπ' αριθ. 5619/15.7.2016 βεβαίωση καλής εκτέλεσης του ΕΔΣΝΑ προκύπτει ότι κατά το ίδιο χρονικό διάστημα που η εταιρεία είχε σύμβαση με τον ΕΔΣΝΑ για τις υποστηρικτικές λειτουργίες του ΧΥΤΑ είχε συνάψει και σύμβαση για τη λειτουργία των Μονάδων Αντίστροφης Όσμωσης που είναι αντικείμενο του εν θέματι διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, ο εν λόγω ισχυρισμός είναι αβάσιμος.*

Ως προς το ζήτημα του αν καλύπτεται από τη σύμβαση των υποστηρικτικών λειτουργιών η απαιτούμενη εμπειρία σε λειτουργία ΧΥΤ θα πρέπει να αναφερθούν τα εξής: Το αντικείμενο του διαγωνισμού συνίσταται στις υπηρεσίες λειτουργίας και συντήρησης των Μονάδων Αντίστροφης Όσμωσης, καθώς και στην επέκταση αυτών, ως και στις υπηρεσίες διαχείρισης της άλμης, παραπροϊόντος της επεξεργασίας των στραγγισμάτων. Τέλος, ένα μικρό αντικείμενο της σύμβασης συνίσταται στη διευθέτηση των υγρών που βρίσκονται στην περιοχή του αρχαίου τείχους «Δέμα». Αντιθέτως, αντικείμενο της σύμβασης δεν είναι η λειτουργία του ΧΥΤ και μόνο έμμεσα συνδέεται η επίμαχη σύμβαση με τη λειτουργία του ΧΥΤ.

Οι λόγοι για τους οποίους διατυπώθηκε με αυτόν τον τρόπο η ζητούμενη τεχνική επάρκεια συνίστανται στα εξής: Η Αναθέτουσα Αρχή απέβλεψε στην τεχνική επάρκεια των υποψηφίων από διαχείριση στραγγισμάτων και από Μονάδες Αντίστροφης Όσμωσης. Αν η εμπειρία αυτή ζητείτο από μία σύμβαση θα περιοριζόταν σημαντικά ο αριθμός των δυνητικών υποψηφίων, εφόσον μόνο μεγάλοι ΧΥΤ διαθέτουν Μονάδες τριτοβάθμιας επεξεργασίας στραγγισμάτων με τεχνολογία Αντίστροφης Όσμωσης. Συνήθως στους μικρότερους ΧΥΤ η διαχείριση των στραγγισμάτων γίνεται με μεθόδους δευτεροβάθμιας – βιολογικής επεξεργασίας. Θέλοντας, λοιπόν, η αναθέτουσα αρχή να αυξήσει τον αριθμό των δυνητικών υποψηφίων ξεχώρισε την εμπειρία στην τεχνολογία της Αντίστροφης Όσμωσης, χωρίς κατ' ανάγκη να προέρχεται από ΧΥΤ. Η συγκεκριμένη τεχνολογία είναι ευρέως διαδεδομένη σε άλλες δραστηριότητες, όπως λ.χ σε αφαλατώσεις. Έτσι, ξεχωρίζοντας την εμπειρία, με το δεύτερο σκέλος της τεχνικής επάρκειας επιτυγχάνεται η γνώση του υποψηφίου στην τεχνολογία της αντίστροφης όσμωσης.

Περαιτέρω, επειδή η γνώση στην τεχνολογία αυτή δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της εν θέματι σύμβασης, εφόσον γίνεται εύκολα αντιληπτό στον

κοινό νου ότι άλλες είναι οι απαιτήσεις καθαρισμού αλμυρού ή υφάλμυρου νερού και άλλες οι απαιτήσεις διαχείρισης στραγγισμάτων, τα οποία αποτελούν υγρά απόβλητα, ιδιαίτερα επιβαρυνμένα, η Αναθέτουσα Αρχή με το πρώτο σκέλος της τεχνικής επάρκειας απέβλεψε πρωτίστως στην γνώση των υποψηφίων της διαχείρισης στραγγισμάτων. Η στόχευση, λοιπόν, του συγκεκριμένου όρου είναι η γνώση αυτή και παρεμπιπτόντως μόνο η γνώση λειτουργίας ΧΥΤ. Με δεδομένο ότι αντικείμενο της σύμβασης δεν είναι η λειτουργία ΧΥΤ, ο λόγος για τον οποίο διατυπώθηκε κατ' αυτόν τον τρόπο η διακήρυξη έγκειται στο γεγονός ότι κρίθηκε σκόπιμο, λόγω της ιδιαιτερότητας της σύμβασης (ο ΧΥΤΑ Φυλής είναι από τους μεγαλύτερους παγκοσμίως) οι υποψήφιοι να έχουν τη γνώση της λειτουργίας ενός ΧΥΤ, όχι υπό την έννοια της πλήρους λειτουργίας του, αλλά υπό την έννοια ότι γνωρίζουν τις συνθήκες που επικρατούν στο χώρο, ώστε να έχουν μία πολυδιάστατη γνώση ως προς τα ζητήματα που ενδεχομένως να κληθούν να αντιμετωπίσουν. Μέσω, λοιπόν, της παροχής υπηρεσιών λειτουργίας ο ανάδοχος έχει ιδία αντίληψη των συνθηκών που επικρατούν δεδομένου ότι εκτελεί ο ίδιος εργασίες διαχείρισης απορριμμάτων με μέθοδο υγειονομικής ταφής.

Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε, κρίσιμο ζητούμενο στην εν λόγω σύμβαση είναι η διαχείριση στραγγισμάτων και όχι απορριμμάτων. Εφόσον, λοιπόν, από τα προσκομισθέντα έγγραφα προκύπτει ότι κατά το ίδιο χρονικό διάστημα η ως άνω εταιρεία είχε την πλήρη ευθύνη της λειτουργίας των Μονάδων Αντίστροφης Όσμωσης και της διαχείρισης των στραγγισμάτων, ενώ παράλληλα λειτουργούσε και ΧΥΤΑ καθίσταται σαφές ότι διαθέτει την απαιτούμενη εμπειρία για την εκτέλεση της σύμβασης.

Αλλωστε, το γεγονός ότι η Διακήρυξη αναφέρεται γενικώς σε λειτουργία, δεν θα μπορούσε να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι αποκλείονται συγκεκριμένες λειτουργίες και μάλιστα κρίσιμες για την προσήκουσα λειτουργία του ΧΥΤΑ, όπως εν προκειμένω. Η οικεία Διακήρυξη δεν περιγράφει τι ακριβώς περιλαμβάνει η έννοια της λειτουργίας, ώστε να αποκλειστεί η δυνατότητα εξειδικευμένων υπηρεσιών λειτουργίας ΧΥΤΑ. Διότι όπως προαναφέρθηκε τυχόν ασάφειες της διακήρυξης δεν μπορούν να οδηγήσουν σε αποκλεισμό των υποψηφίων. Εφόσον, λοιπόν, από την προσκομισθείσα βεβαίωση προκύπτει η εκτέλεση εργασιών που συνδέονται με τη λειτουργία ΧΥΤΑ (ταφή απορριμμάτων) δεν τίθεται ζήτημα παράβασης του σχετικού όρου της Διακήρυξης, ιδίως αν αναλογιστεί κανείς ότι από το συνδυασμό των δύο βεβαιώσεων του ΕΔΣΝΑ προκύπτει η πλήρης ευθύνη του αναδόχου στο ζήτημα της διαχείρισης των στραγγισμάτων.

Η οποιαδήποτε διαφορετική εκδοχή που προσδίδει στην εμπειρία σε εργασίες λειτουργίας ΧΥΤΑ τον κύριο και αποφασιστικό ρόλο την εκτέλεση της σύμβασης θα οδηγούσε στο συμπέρασμα ότι η ζητούμενη τεχνική επάρκεια από το συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης είναι εκτός του αντικειμένου της σύμβασης και θα ετίθετο σοβαρό ζήτημα νομιμότητάς του, οδηγώντας ενδεχομένως στην ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Είναι, λοιπόν, σαφές ότι το πρώτο εδάφιο της ζητούμενης τεχνικής επάρκειας αφορά πρωτίστως τη γνώση του υποψηφίου στη διαχείριση στραγγισμάτων, μέσω της λειτουργίας ΧΥΤΑ και δευτερευόντως αυτήν καθ' εαυτήν τη λειτουργία του ΧΥΤΑ.

Η άποψη αυτή ενισχύεται από το γεγονός ότι αν γίνει δεκτή η άποψη αυτή, οδηγούμαστε στην αμφισβήτηση της νομιμότητας της συμμετοχής της εταιρείας που έχει αυταπόδεικτα την απαιτούμενη τεχνική επάρκεια για την εκτέλεση της εν θέματι σύμβασης. Συγκεκριμένα, οι δύο (2) από τις τρεις (3) υφιστάμενες Μονάδες που καλείται ο ανάδοχος να λειτουργήσει κατασκευάστηκαν στο πλαίσιο της υπ' αριθ. πρωτ. 8938/31.12.2002 εργολαβικής σύμβασης για την Κατασκευή Χώρου Υγειονομικής Ταφής (Τμήμα ΙΙ) Δυτικής Αττικής, με αρχικό ανάδοχο την Κοινοπραξία «Τομή ΑΤΕ – Γεώργιος Λουδοβίκου Μπούμπουκας», και ακολούθως – κατόπιν υποκατάστασης – την «Τομή ΑΒΕΤΕ – Ηλέκτωρ ΑΕ». Η τρίτη Μονάδα κατασκευάστηκε από την ως άνω κοινοπραξία «Τομή ΑΒΕΤΕ – Ηλέκτωρ ΑΕ», στο πλαίσιο της από 12.7.2007 σύμβασης για την κατασκευή της Α' Φάσης 2<sup>ου</sup> ΧΥΤΑ Δυτικής Αττικής στην θέση Σκαλιστήρι του Δήμου Φυλής.

Οι τρεις αυτές Μονάδες λειτούργησαν συνδυασμένα από το έτος 2010, στο πλαίσιο της υπ' αριθ. 2758/26.3.2010 σύμβασης παροχής υπηρεσιών για τη «ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ - ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΜΟΝΑΔΑΣ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΣΤΡΑΓΓΙΣΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΧΥΤΑ (τμήμα ΙΙ) Α. ΛΙΟΣΙΩΝ ΚΑΙ ΤΟΥ ΧΥΤΑ Α' ΦΑΣΗ ΤΟΥ 2ου ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΤΟΥ ΧΥΤΑ Δ. ΑΤΤΙΚΗΣ», με ανάδοχο πάλι την εταιρεία Ηλέκτωρ ΑΕ. Η σύμβαση αυτή έληξε στις 18.3.2015.

Στην αδόκητη, λοιπόν, περίπτωση που αχθούμε στο συμπέρασμα ότι η ανάδοχος κατασκευής και λειτουργίας των συγκεκριμένων μονάδων δεν διαθέτει την απαιτούμενη τεχνική επάρκεια για την εκτέλεση της εν θέματι σύμβασης, καθίσταται σαφές ότι ο συγκεκριμένος όρος τεχνικής επάρκειας είναι μη νόμιμος, ως άσχετος με το αντικείμενο της σύμβασης και συνακόλουθα η Αναθέτουσα Αρχή θα πρέπει να εξετάσει το ενδεχόμενο ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, λόγω σφάλματος, κατ' εφαρμογή του άρθρου 20 παρ. 1 περ. β' της οικείας Διακήρυξης.

Εν κατακλείδι έχω τη γνώμη ότι η προσφεύγουσα ερμηνεύει εσφαλμένως το συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, θεωρώντας κρίσιμο το στοιχείο της εμπειρίας σε λειτουργία ΧΥΤ, ενώ το κρίσιμο στοιχείο είναι η διαχείριση των στραγγισμάτων, ως κομμάτι της λειτουργίας ενός ΧΥΤΑ, εμπειρία την οποία αποδεικνύει ότι σε κάθε περίπτωση διαθέτει η κοινοπραξία «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ».

**(β)** Περαιτέρω, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι από 21.7.2016 υπεύθυνη δήλωση της εταιρείας Ηλέκτωρ ΑΕ ως προς τα στοιχεία της κατάστασης των μετόχων αναφέρεται σε χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των τριάντα (30) εργάσιμων ημερών από τη διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη στις 7.6.2016, κατά παράβαση του άρθρου 10 παρ. Α σημείο 6 της Διακήρυξης.

Στο άρθρο 10.ι.6 της διακήρυξης ορίζεται ότι *«Για συμμετοχή στο διαγωνισμό Ανωνύμων Εταιρειών (για τις ανώνυμες εταιρείες που αυτό απαιτείται) αναγκαία προϋπόθεση είναι η ονομαστικοποίηση των μετοχών τους μέχρι φυσικού προσώπου (άρθρο 8 παρ.4 του Ν.3310/2005). Η συνδρομή της προϋπόθεσης αυτής αποδεικνύεται με την προσκόμιση μαζί με την προσφορά των εξής δικαιολογητικών: α) Πιστοποιητικού της αρμόδιας αρχής που εποπτεύει, σύμφωνα με τις διατάξεις του Κ.Ν. 2190/1920, την εταιρεία, από την οποία προκύπτει ότι οι μετοχές της με βάση το ισχύον καταστατικό της είναι ονομαστικές και β) Αναλυτικής κατάστασης με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο Βιβλίο Μετόχων της εταιρείας, το πολύ τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς (άρθρο 1 παρ.2 Π.Δ. 82/96, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 109 του Ν. 2533/97) ...»*.

Σύμφωνα με τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να ερευνήσει με βάση τα λοιπά στοιχεία της προσφοράς, κατά πόσον τα εσφαλμένα αναγραφόμενα στοιχεία οφείλονται μόνο σε τυπογραφικό λάθος ή σε παραδρομή και στην περίπτωση αυτή είναι δυνατή η υποβολή διορθωτικών στοιχείων<sup>55</sup>.

Εν προκειμένω, στην υπεύθυνη δήλωση της εταιρείας Ηλέκτωρ ΑΕ (δικαιολογητικό 13) αναφέρει στον τίτλο της «ΔΗΛΩΣΗ Ν.1599/86 ΜΕΤΟΧΟΛΟΓΙΟΥ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΣΤΙΣ 21/07/2016», ενώ παρακάτω – πριν από τις υπογραφές – αναφέρεται η φράση «Αθήνα, 7/6/2016». Η συγκεκριμένη υπεύθυνη δήλωση φέρει ημερομηνία ψηφιακής υπογραφής την 21.7.2016 και ώρα 07:46:49.

---

<sup>55</sup> ΣτΕ ΕΑ 450/2005, 38/2004.



Εν προκειμένω, υφίσταται μεν μία αναντιστοιχία στις δύο (2) ημερομηνίες που αναφέρει η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση, χωρίς όμως να προκύπτει με σαφήνεια αν η προγενέστερη ημερομηνία συνδέεται με τα στοιχεία του μετοχολογίου. Διότι ο τίτλος «*ΔΗΛΩΣΗ Ν.1599/86 ΜΕΤΟΧΟΛΟΓΙΟΥ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΣΤΙΣ 21/07/2016*» προφανώς και δεν έχει την έννοια του χρόνου σύνταξης της δήλωσης (για την οποία υφίσταται ημερομηνία υπογραφής και άρα σύνταξης), αλλά την έννοια του κρίσιμου χρονικού σημείου που αφορά η κατάσταση μετόχων. Συνεπώς, η αναγραφή της ημερομηνίας 7.6.2016 οφείλεται σε προφανή παραδρομή, όπως άλλωστε αναφέρεται και στα από 6.12.2016 και 13.10.2016 υπομνήματα αντίκρουσης της υποψήφιας, και η ημερομηνία αυτή έχει παραμείνει από παλαιότερη φόρμα υπεύθυνης δήλωσης, η οποία είναι συντεταγμένη με ηλεκτρονικά μέσα (μέσω ηλεκτρονικού υπολογιστή). Υπό τα δεδομένα αυτά είναι ευλόγως υποστηρίξιμη η άποψη ότι η εσφαλμένη αυτή αναγραφή ημερομηνίας οφείλεται σε παραδρομή δεν δημιουργεί σύγχυση στην Αναθέτουσα Αρχή, ώστε να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού.

(γ) Η προσφεύγουσα επικαλείται ότι οι εγγυητικές επιστολές της κοινοπραξίας δεν αναφέρουν ότι έχουν εκδοθεί υπέρ αυτής, αλλά υπέρ των μελών της, κατά παράβαση του άρθρου 13 της Διακήρυξης.

Στο άρθρο 13 παρ. 4 της οικείας Διακήρυξης ορίζεται ότι «*Στην περίπτωση ένωσης προσώπων ή κοινοπραξίας μπορούν να εκδίδονται περισσότερες από μία εγγυητικές επιστολές υπέρ του υποψηφίου, υπό τον όρο ότι οι εγγυήσεις καλύπτουν τις υποχρεώσεις όλων των μελών της ένωσης / κοινοπραξίας.*».

Γίνεται παγίως δεκτό ότι από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 34, 61, 741 του ΑΚ, 2 του διατάγματος της 2/14.5.1835 "*περί της αρμοδιότητας των εμποροδικείων*", 20, 23, 42, 47, 50, 680 του ΕμπΝ και 62 του ΚΠολΔ, συνάγεται ότι η κοινοπραξία, η οποία είναι μη προβλεπόμενη από το νόμο, αλλά γνωστή στη συναλλακτική πρακτική ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων για την ανάπτυξη εμπορικής δραστηριότητας, εφόσον δεν έχει υποβληθεί στις διατυπώσεις δημοσιότητας του άρθρου 42 του ΕμπΝ, δεν αποκτά νομική προσωπικότητα και γι' αυτό δεν μπορεί να είναι υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, αλλά έχει μόνον τη δικονομικού χαρακτήρα ικανότητα να ενάγει ή ενάγεται, υποκείμενα δε της ουσιαστικής έννομης σχέσης είναι τα μέλη της κοινοπραξίας<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Ολ. ΑΠ 22/1998, Ολ. ΣτΕ 1934/1998, ΑΠ 654/2010.

Με δεδομένο ότι μία ένωση προσώπων ή μία υπό σύσταση κοινοπραξία δεν δύναται να έχει νομική προσωπικότητα, για τον λόγο αυτό στο άρθρο 13 παρ. 4 της οικείας διακήρυξης αναφέρεται ότι στην περίπτωση αυτή η εγγυητική επιστολή θα πρέπει να καλύπτουν τις υποχρεώσεις όλων των μελών της ένωσης προσώπων ή κοινοπραξίας. Με τον τρόπο αυτό καλύπτεται η αναθέτουσα αρχή, ενώ η αναγραφή ενός μορφώματος που δεν είναι φορέας ουσιαστικών δικαιωμάτων ουδεμία επιρροή έχει στο κύρος της. Από το περιεχόμενο δε της εγγυητικής επιστολής προκύπτει σαφέστατα ότι αυτή έχει χορηγηθεί υπέρ της αναθέτουσας αρχής για τη συγκεκριμένη σύμβαση και συνεπώς προκύπτει κατά τρόπο μη επιδεχόμενο εύλογη αμφιβολία ότι οι συγκεκριμένες εγγυητικές επιστολές καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης και ότι σε περίπτωση συνδρομής λόγου κατάπτωσης η αναθέτουσα αρχή θα ικανοποιηθεί. Με βάση, λοιπόν, τα παραπάνω έχω τη γνώμη ότι η μη ρητή αναφορά στην εγγυητική επιστολή ότι έχει εκδοθεί υπέρ της υπό σύσταση κοινοπραξίας αλλά υπέρ των μελών της δεν συνιστά ουσιώδη απόκλιση.

(δ) Η προσφεύγουσα επικαλείται ότι δεν έχει υποβληθεί δήλωση σύστασης κοινοπραξίας, ούτε και συμφωνητικό, στο οποίο να δηλώνεται η κοινή και ταυτόχρονη δήλωση των εταιρειών που την απαρτίζουν και οι ειδικοί όροι της συνεργασίας (εκπροσώπηση κλπ.).

Στο άρθρο 4 της διακήρυξης ορίζεται ότι «Στην περίπτωση των ενώσεων ή κοινοπραξιών δεν απαιτείται να έχουν λάβει συγκεκριμένη νομική μορφή προκειμένου να υποβάλουν προσφορά. Υποχρεούνται όμως να το πράξουν σε περίπτωση επιλογής, πριν την υπογραφή των σχετικών συμβάσεων ενώ η αναθέτουσα αρχή διατηρεί το δικαίωμα να υποχρεώσει την επιλεγείσα κοινοπραξία να περιβληθεί συγκεκριμένης νομικής μορφής, εάν της ανατεθεί η σύμβαση, στο μέτρο που η περιβολή αυτής της νομικής μορφής είναι αναγκαία για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης», ενώ στο άρθρο 10.1.7 αναφέρεται ότι «Οι ενώσεις και οι κοινοπραξίες που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα ως άνω δικαιολογητικά για κάθε πρόσωπο που συμμετέχει στην ένωση ή κοινοπραξία. Από κάθε φορέα – μέλος που συμμετέχει στην ένωση απαιτείται πρακτικό απόφασης Δ.Σ. ή άλλου αντίστοιχου οργάνου ή σε περίπτωση φυσικού προσώπου υπεύθυνη δήλωση που εγκρίνει τη σύμπραξη με τα άλλα μέλη της ένωσης, το ποσοστό της κάθε μίας στον προϋπολογισμό του έργου, την αποδοχή της αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης.».

Από το συνδυασμό των ως άνω διατάξεων της διακήρυξης προκύπτει ότι δεν απαιτείται να προσκομισθεί δήλωση σύστασης κοινοπραξίας, αλλά πρακτικά δ.σ. των αρμοδίων καταστατικών οργάνων. Η διαγωνιζόμενη, σε

συμμόρφωση με την απαίτηση της διακήρυξης, έχει προσκομίσει πρακτικά δ.σ. των εταιρειών που κοινοπρακτούν. Συνεπώς, η τυχόν αποδοχή του ισχυρισμού περί υποχρέωσης υποβολής σχετικής δήλωσης σύστασης κοινοπραξίας θα οδηγούσε σε μη νόμιμο αποκλεισμό, ένεκα μη προσκόμισης δικαιολογητικού που δεν ζητείται από τη διακήρυξη, κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας.

Η συμμετέχουσα έχει προσκομίσει τα ζητούμενα στο άρθρο 10.ι.7 της Διακήρυξης Πρακτικά ΔΣ των εταιρειών, τα οποία περιέχουν όλα τα κατά τη διακήρυξη ουσιώδη στοιχεία της συνεργασίας τους. Επιπροσθέτως, αναφέρω ότι στο άρθρο 10 της Διακήρυξης (σελ. 24) ορίζεται ότι *«Σε περίπτωση υποβολής Προσφοράς από Ένωση Εταιρειών, η τεχνική και οικονομική προσφορά θα πρέπει να υπογράφεται επί ποινή αποκλεισμού από όλα τα μέλη της Ένωσης ή από κοινό εκπρόσωπό τους ειδικά εξουσιοδοτημένο με συμβολαιογραφική πράξη, η οποία θα συμπεριλαμβάνεται υποχρεωτικά στα νομιμοποιητικά έγγραφα του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής»*. Ως εκ τούτου, η διακήρυξη ορίζει ότι ο ορισμός κοινού εκπροσώπου είναι δυνητικός και όχι υποχρεωτικός και αν δεν υπάρχει δήλωση εκπροσώπησης, η προσφορά υπογράφεται από τα μέλη της Ένωσης, όπως αυτά εκπροσωπούνται. Εν προκειμένω, από το από 18.7.2016 Πρακτικό του ΔΣ της ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ (δικαιολογητικό 60) προκύπτει ότι έχει εξουσιοδοτηθεί ο Πρόεδρος του ΔΣ κ. Δημήτριος Κούτρας να εκπροσωπήσει την εταιρεία στο διαγωνισμό και να υπογράψει όλα τα απαιτούμενα έγγραφα, προσφορές κλπ. Το αυτό περιεχόμενο έχει και το από 18.7.2016 Πρακτικό του ΔΣ της Ηλέκτωρ ΑΕ (δικαιολογητικό 21), δυνάμει του οποίου έχει εξουσιοδοτηθεί ο Πρόεδρος και διευθύνων σύμβουλος της εταιρείας κ. Λεωνίδα Μπόμπολας. Ως εκ τούτου, δεν τίθεται κανένα ζήτημα στην εκπροσώπηση της ένωσης.

(ε) Η προσφεύγουσα επικαλείται ότι δεν έχει υποβληθεί εκ μέρους της εταιρείας ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ, μέλους της κοινοπραξίας «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ», απόφαση Γενικής Συνέλευσης που να ορίζει το διοικητικό συμβούλιο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, καθώς και Πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου, δυνάμει του οποίου συγκροτήθηκε σε Σώμα και εξέλεξε τον Πρόεδρο του Δ.Σ., σε αντίθεση με την εταιρεία Ηλέκτωρ ΑΕ που προσκόμισε τα σχετικά δικαιολογητικά.

Στο άρθρο 10.Α.ι παρ. 5 της διακήρυξης του Διαγωνισμού (σελ. 16) ορίζεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να προσκομίσουν *«...5. Τα νομιμοποιητικά έγγραφα κάθε συμμετέχοντος, όπως το Φ.Ε.Κ. ίδρυσης και οι τροποποιήσεις του (για διαγωνιζόμενους με μορφή Α.Ε. και Ε.Π.Ε.), ευκρινές*

*φωτοαντίγραφο ή απόσπασμα του καταστατικού του διαγωνιζόμενου και των εγγράφων τροποποιήσεων του (για Ο.Ε. και Ε.Ε.). Στοιχεία και έγγραφα από τα οποία πρέπει να προκύπτουν ο Πρόεδρος και ο Διευθύνων Σύμβουλος ΑΕ, τα υπόλοιπα πρόσωπα που έχουν δικαίωμα να δεσμεύουν με την υπογραφή τους το νομικό πρόσωπο και τα έγγραφα της νομιμοποίησης αυτών, αν αυτό δεν προκύπτει ευθέως από το καταστατικό αναλόγως με τη νομική μορφή των εταιρειών ή κάθε άλλου νομικού προσώπου και σε περίπτωση φυσικού προσώπου έναρξη επιτηδεύματος από την αντίστοιχη Δ.Ο.Υ.. Σε περίπτωση νομικού προσώπου θα πρέπει να προσκομιστεί απόφαση του αρμοδίου οργάνου εκάστου οικονομικού φορέα για έγκριση της συμμετοχής του στο παρόντα διαγωνισμό».*

Σε συμμόρφωση με τον ως άνω όρο της Διακήρυξης η εταιρεία ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ προσκόμισε τα υπ' αριθ. πρωτ. 226131.320451/4.7.2016 και 226131.320452/4.7.2016 πιστοποιητικά του ΓΕ.ΜΗ (δικαιολογητικά 52 και 53) από τα οποία προκύπτει η εκπροσώπηση της εταιρείας κατά το χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού. Στο δεύτερο ως άνω πιστοποιητικό επισυνάπτεται ως αναπόσπαστο μέρος του η υπ' αριθ. πρωτ. 105/7.2.2016 ανακοίνωση του ΓΕ.ΜΗ. στην οποία αναγράφονται αναλυτικά τα στοιχεία εκπροσώπησης της εταιρείας ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ. Επιπλέον, προσκομίστηκε το από 18.7.2016 Πρακτικό του ΔΣ της ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ (δικαιολογητικό 60), δυνάμει του οποίου έχει εξουσιοδοτηθεί ο Πρόεδρος του ΔΣ κ. Δημήτριος Κούτρας να εκπροσωπήσει την εταιρεία στο διαγωνισμό και να υπογράψει όλα τα απαιτούμενα έγγραφα, προσφορές κλπ.

Με δεδομένο, λοιπόν, ότι από την οικεία διακήρυξη δεν ζητείται συγκεκριμένα και μονοσήμαντα η προσκόμιση των σχετικών πράξεων των καταστατικών οργάνων των εταιρειών για την εκπροσώπηση, αλλά στοιχεία και έγγραφα, καθίσταται σαφές ότι τα προσκομισθέντα πιστοποιητικά από το καθ' ύλην αρμόδιο ΓΕ.ΜΗ. καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης.

#### **IV. Συμπεράσματα.**

Εν κατακλείδι, με βάση τα όσα προαναφέρθηκαν, εκφράζω την εξής γνώμη: 1) Η προδικαστική προσφυγή της κοινοπραξίας «ΕΛΤΕΡΓΑ ΑΕ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΕ» πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως ως απαράδεκτη και δευτερευόντως ως αβάσιμη. 2) Ως προς τις αιτιάσεις που περιλαμβάνονται στις προδικαστικές προσφυγές της κοινοπραξίας «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - ΗΛΕΚΤΩΡ ΑΕ», της κοινοπραξίας «INTRAKAT - ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΑΕ» και της ένωσης εταιρειών «W.A.T.T. Α.Ε. - ΤΟΞΟΤΗΣ Α.Ε.», έχω τη γνώμη ότι η Αναθέτουσα

Αρχή ορθώς έχει κρίνει μέχρι τώρα και έχει αποδεχθεί και τις τρεις (3) προσφορές, καθώς δεν παρατηρούνται ουσιώδεις αποκλίσεις από τη διακήρυξη και οι όποιες παρατηρούμενες πλημμέλειες είναι ήσσονος σημασίας, μη δυνάμενες να οδηγήσουν σε ασφαλές συμπέρασμα περί αποκλεισμού κάποιου εκ των υποψηφίων, λαμβανομένης υπ' όψιν και της πρόνοιας της Αναθέτουσας Αρχής για την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, ιδίως σε ένα τόσο εξειδικευμένο αντικείμενο.

Αθήνα, 7 Δεκεμβρίου 2016.

Ο γνωμοδοτών δικηγόρος

Δικηγόρος στον Άρειο Πάγο

**ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ Ε. ΧΑΤΖΗΓΙΑΝΝΑΚΗΣ**

**ΔΙΚΗΓΟΡΟΣ**

ΒΗΣΣΑΡΙΩΝΟΣ 8 – ΑΘΗΝΑ

ΤΗΛ: 210 3620216 ΦΑΞ: 210 3620194

ΑΦΜ 105659173 – ΔΟΥ ΙΘ' ΑΘΗΝΩΝ

email: chatzigiannakis@edsna.gr