

**ΕΙΔΙΚΑ ΝΟΜΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑ ΤΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ
ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΣΤΙΣ ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ¹**

Θωμάς Ν. Σταυρόπουλος

Δικηγόρος, Μ.Δ.Ε. Δημοσίου Δικαίου, Visiting Fellow (Harvard), Υποψήφιος Δ.Ν.

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

- την περασμένη φορά μίλησα για το πώς τα περιβαλλοντικά κριτήρια εισέρχονται στις δημόσιες συμβάσεις. Αυτή τη φορά θα ασχοληθώ με επιμέρους ζητήματα που αφορούν στο στάδιο της προαπόδειξης και παρουσιάζουν πρακτικό ενδιαφέρον από νομικής άποψης. Τα θέματα που θα θίξω δεν αφορούν αποκλειστικά τις πράσινες δημόσιες συμβάσεις, αλλά απαντώνται και σε αυτές. Δύο θέματα: ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και εγγυητική συμμετοχής.

- δεν θα ασχοληθώ με το θέμα της κατάρτισης της διακήρυξης. Ας ειπωθεί σε γενικές γραμμές ότι η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τους εμπλεκόμενους στο διαγωνισμό, δηλαδή τους διαγωνιζόμενους αλλά κυρίως την αναθέτουσα αρχή. Από τη στιγμή που δεν αμφιβητούνται επίκαιρα οι όροι της διακήρυξης δεσμεύουν άνευ ετέρου τους εμπλεκόμενους. Ειδικά η αναθέτουσα αρχή έχει δέσμια αρμοδιότητα και όχι διακριτική ευχέρεια να ακολουθήσει τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη. Δεν υπάρχει δυνατότητα εκ των υστέρων αμφισβήτησης των όρων, ακόμη και αν αντίκεινται στο ενωσιακό δίκαιο, γιατί απαγορεύεται η παρεμπίπτουσα εκ των υστέρων κρίση επί της νομιμότητάς τους. Υπόψη πάντως ότι ο διαγωνιζόμενος μπορεί να μετάσχει με επιφύλαξη στο διαγωνισμό και να αμφισβητήσει κάποιον όρο παρεμπιπτόντως, εφόσον επικαλεστεί και αποδείξει ότι ο σχετικός όρος καθιστά αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Πλέον λόγω προτύπων της ΕΑΑΔΗΣΥ οι διακηρύξεις είναι κατά βάση παρόμοιες.

¹ Το παρόν κείμενο δεν αποδίδει με ακρίβεια το περιεχόμενο της ομιλίας, δεδομένου ότι αυτό (το κείμενο) δομήθηκε με τη λογική των σημειώσεων. Παρακαλώ να μην χρησιμοποιηθεί ευρέως και για σκοπούς άσχετους του GPP4Growth. Από το κείμενο έχουν αφαιρεθεί για επαγγελματικούς λόγους οι αποφάσεις, στις οποίες έγινε παραπομπή κατά τη διάρκεια της ομιλίας.

- ως γνωστόν, μετά τον 4412/2016 για τη συμμετοχή απαιτείται μόνο η υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, εγγυητική συμμετοχής και τεχνική προσφορά (στις κάτω των ορίων θέλουμε ακόμη νομιμοποιητικά και παρασταστικό εκπροσώπησης).

ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ

- το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ αποτελεί μέσο προκαταρκτικής απόδειξης προς αποφυγή γραφειοκρατίας. Πρόκειται για μια υπεύθυνη δήλωση του υποψήφιου αναδόχου επί όλων των θεμάτων που σχετίζονται με την εκ μέρους του ικανότητα προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης.

- για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, απαιτείται να υποβάλει με την προσφορά του το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ που αφορά τον ίδιο (όσο και χωριστό έντυπο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ για καθένα από τους οικονομικούς φορείς, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται), το οποίο απαιτείται να είναι «δεόντως» συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από τους νόμιμους εκπροσώπους όλων των εμπλεκόμενων φορέων. Η υποβολή του πιο πάνω δικαιολογητικού συνιστά ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και, συνεπώς, αν το δικαιολογητικό αυτό δεν υποβληθεί ή υποβληθεί μη νομότυπα, η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Ενόψει αυτών, οικονομικός φορέας ο οποίος συμμετέχει στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον δεν υποβάλει με την προσφορά το πιο πάνω δικαιολογητικό ή το υποβάλει μη νομότυπα, όχι μόνο για τον ίδιο, αλλά και για τους τρίτους οικονομικούς φορείς, στις ικανότητες των οποίων αυτός στηρίζεται, αποκλείεται αυτόματα από το διαγωνισμό.

- πάγια νομολογία: επί παραλείψεως υποβολής δικαιολογητικού ή υποβολής του με ελλιπές περιεχόμενο, η αναθέτουσα αρχή ούτε οφείλει, ούτε δύναται να ζητήσει διευκρινίσεις, αφού είναι δυνατή μόνον η συμπλήρωση ή διευκρίνιση υποβληθέντος δικαιολογητικού και όχι η αναπλήρωση μη υποβληθέντος ή μη νομίμως υποβληθέντος. Συνεπώς, σε περίπτωση μιας τέτοιας διαπίστωσης, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή η απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα.

- τα παραπάνω είναι απόρροια της αρχής της τυπικότητας. Οι όροι της διακήρυξης αποτελούν έκφανση αυτής της αρχής, η οποία διέπει την συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο σύνταξης, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενέργειας των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή τους, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς σύγκρισης αυτών μεταξύ τους, η μη συμμόρφωσή της προς τους σαφείς όρους της διακήρυξης αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς της, έστω και αν αυτό δεν προβλέπεται ρητώς. Αυτή τη θέση υιοθετεί και η ΑΕΠΠ. Συνεπεία της αρχής της τυπικότητας, επιβάλλεται στη Διοίκηση να προσδιορίζει επακριβώς δια της διακήρυξης τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, προκειμένου μια προσφορά να κριθεί παραδεκτή και να απαιτεί από τους διαγωνιζόμενους να υποβάλλουν υποχρεωτικά τα αξιούμενα ρητώς δικαιολογητικά και στοιχεία, ειδικά να απορρίπτει την προσφορά τους ως απαράδεκτη.

- ιστορική αναφορά με αξία: Στην εθνική έννομη τάξη επικράτησε αρχικά μια αυστηρή αντίληψη της αρχής της τυπικότητας. Ωστόσο, σταδιακά έγινε δεκτό ότι κάμπτεται από τις αρχές της επιείκειας, της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας που διέπουν όλη τη διοικητική δράση και είναι απόρροια της αρχής του κράτους δικαίου. Στο πλαίσιο της διαδικασίας των δημόσιων διαγωνισμών και σύμφωνα με πάγια πλέον νομολογία, όταν μια προσφορά παρουσιάζει εποσιώδεις ελλείψεις, τότε η Διοίκηση είναι δυνατόν να αναζητήσει διευκρινίσεις από το διαγωνιζόμενο που την υπέβαλλε υπό τον όρο ότι δεν τροποποιείται ουσιωδώς η προσφορά με την προσκόμιση νέων στοιχείων ή αναπλήρωση ήδη υποβληθέντων με νέα.

- Ουσιαστικά αυτή η νομολογιακή θέση απηχεί τη διαμορφωθείσα από τον κοινοτικό δικαστή νομολογία. Αυτή έχει αναδείξει την ελαστική έννοια της αρχής της τυπικότητας. Πιο συγκεκριμένα, κατά το πρώην ΔΕΚ η υπέρμετρη προσήλωση στην αρχή της απαρέγκλιτης εφαρμογής όλων των όρων της διακήρυξης μπορεί να οδηγήσει σε αντίθετα από τα επιδιωκόμενα αποτελέσματα και δη στον αποκλεισμό των διαγωνιζομένων για ασήμαντους λόγους. Έτσι έχει υιοθετηθεί η διάκριση των όρων της σε ουσιώδεις και εποσιώδεις, καθώς και η θεραπεία των εποσιωδών παραλείψεων με τη δυνατότητα παροχής διευκρινίσεων με απώτερο στόχο το

άνοιγμα τη εσωτερικής αγοράς στον ελεύθερο ανταγωνισμό. Ως διευκρίνιση νοείται η κοινοποίηση λεπτομερειών που επιτρέπουν την περιγραφή ή τον καθορισμό με μεγαλύτερη ευκρίνεια και ακρίβεια ενός συγκεκριμένου θέματος, ενώ ως νόμιμη συμπλήρωση η κατάθεση συμπληρωματικών στοιχείων που δεν ήταν διαθέσιμα προηγουμένως.

- Πλέον ο ν. 4412 δίνει δυνατότητα για παροχή διευκρινίσεων υπό τις παραπάνω προϋποθέσεις στο άρθρο 102. Αναφέρονται περιοριστικά οι περιπτώσεις αποδεκτής διευκρίνισης.

- νομολογιακά παραδείγματα: δεν μπορεί να αναπληρωθεί η έλλειψη απάντησης σε συγκεκριμένο ερώτημα που υπάρχει στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, γιατί επιβάλλεται ακρίβεια και σαφήνεια των δηλωθέντων - αποτελεί αντικειμενική προϋπόθεση για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, άλλως οδηγεί σε αποκλεισμό. Δεν μπορεί να αναπληρωθεί η απόκρυψη πληροφοριών στην ερώτηση περί παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας, όταν υφίσταται η εις βάρος του υποψηφίου αναδόχου πράξη επιβολής προστίμου του ΣΕΠΕ.

- αντίθετα, μπορεί να διευκρινιστεί μια παύλα στο κομμάτι που αφορά στο ανεκτέλεστο. Ακόμη, θεωρήθηκε ότι νόμιμα κλήθηκε για διευκρινίσεις υποψήφιος ανάδοχος που απάντησε όχι στην ερώτηση αν συμπεριλαμβάνεται σε επίσημο κατάλογο και λίγο παρακάτω απάντησε θετικά στην ερώτηση αν είναι μέλος επαγγελματικού σωματείου. Το θέμα εδώ ήταν ότι η πληροφορία περιεχόταν ήδη στο ΤΕΥΔ, άρα είχε παρασχεθεί εγκαίρως, και απλώς αποσαφηνίστηκε.

- ελλείψει ειδικής διάταξης της διακήρυξης, δεν θα πρέπει να ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή να συμπληρώνονται πεδία που δεν αναφέρονται στο νομοθετικά προβλεπόμενο πρότυπο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ. Πρόσφατη απόφαση του ΔΕφΠατρών, η οποία έκρινε ότι κακώς απερρίφθη προσφορά, επειδή στις τελικές δηλώσεις του ΤΕΥΔ δεν αναγραφόταν ο CPV και ο ΑΔΑΜ, γιατί αφενός κάτι τέτοιο δεν ζητείτο, αφετέρου δεν δημιουργείτο σύγχυση στην αναθέτουσα αρχή, ενόψει της συνοπτικής περιγραφής του έργου.

- δεν αρκεί η υποβολή ΤΕΥΔ όταν η διακήρυξη απαιτεί ΕΕΕΣ.

- μονογραφή ανά φύλλο μόνο αν προβλέπεται από τη διακήρυξη.

- Ειδικά ως προς τους τρίτους, για τη νομιμότητα της συμμετοχής του υποψήφιου αναδόχου δεν αρκεί ο τρίτος να έχει αποδεχθεί την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας μόνο έναντι του διαγωνιζόμενου, αλλά επιβάλλεται να εγγυηθεί αυτή και έναντι της Αναθέτουσας Αρχής, με την προβλεπόμενη σχετική υπεύθυνη δήλωση / έγγραφο δέσμευσης περί του ότι οι αναγκαίοι πόροι θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου για την εκτέλεση της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 που εφαρμόζονται συμπληρωματικώς, εφόσον το θέμα αυτό δεν ρυθμίζεται από τη διακήρυξη του διαγωνισμού. Η μη προσκόμιση βεβαίωσης δέσμευσης δεν μπορεί να αναπληρωθεί ούτε από το ΤΕΥΔ.
- Στην περίπτωση κοινοπραξίας πρέπει να υποβάλλουν όλα τα μέρη ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, γιατί πρόκειται για ένωση υποψηφίων αναδόχων με κοινή προσφορά. Βέβαια βάσει άρθρου 293 ν. 4072/2012 η κοινοπραξία που έχει αναγγελθεί στο ΓΕΜΗ έχει νομική προσωπικότητα, άρα και νόμιμο εκπρόσωπο. Το θέμα διευθετήθηκε με τη νομοθετική πρόβλεψη του 79Α του ν. 4412/16. Επομένως, μπορεί να υποβάλει αυτός το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ.
- Υπόψη ότι και τα ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ των τρίτων πρέπει να υπογράφονται ψηφιακά σε ηλεκτρονικό διαγωνισμό, αν δεν ορίζεται διαφορετικά. Με τον αποκλειστικό δε αυτό τρόπο υπογραφής, αναλαμβάνεται, έναντι της Αναθέτουσας Αρχής, η ευθύνη για την αλήθεια και την ακρίβεια των δηλουμένων και υφίσταται βεβαιότητα ότι η περιεχόμενη στο ΤΕΥΔ δήλωση προέρχεται πράγματι από το πρόσωπο που το υπογράφει.
- επί ενός διαδικαστικού ζητήματος: διαπιστώνεται μετά από καταγγελία ότι ο τάδε υποψήφιος υπέβαλε ανακριβές ΕΕΕΣ, γιατί στα έγγραφα που ανέβασε στο ΕΣΗΔΗΣ φαίνεται ότι δεν έχει εκτελέσει αυτός τη σύμβαση που επικαλείται για την απόδειξη εμπειρίας, αλλά τρίτος φορέας, στον οποίο δεν γίνεται καμία αναφορά στο ΕΕΕΣ και δεν υπέβαλε ξεχωριστό ΕΕΕΣ. Πώς πρέπει να κινηθεί η αναθέτουσα αρχή; Καταγγελία, πρόσκληση σε όλους τους διαγωνιζόμενους για υποβολή αποδεικτικών εγγράφων (αρχή ίσης μεταχείρισης, αποφυγής υπόνοιας μεροληψίας), έλεγχος δικαιολογητικών και αποκλεισμός. Στην ίδια κατεύθυνση φαίνεται να είναι και η Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ.

ΕΓΓΥΗΤΙΚΗ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ

- τα σχετικά ζητήματα ρυθμίζονται πλέον από το 72 του ν. 4412/2016.
- ναι πούμε βέβαια ότι συνήθως η διακήρυξη του διαγωνισμού, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του, ορίζει ότι οι εγγυητικές επιστολές που καταθέτουν οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να είναι συντεταγμένες και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, σύμφωνα με το συνημμένο στην διακήρυξη οικείο υπόδειγμα. Το κείμενο αυτό του υποδείγματος αποτελεί διάταξη της διακηρύξεως ειδική και λεπτομερή, η οποία διέπει κατά τρόπο αποκλειστικό το ζήτημα του ακριβούς περιεχομένου των εγγυητικών αυτών επιστολών. Επομένως, δεν μπορεί ούτε να συμπληρωθεί ούτε να τροποποιηθεί από διατάξεις περιλαμβανόμενες σε νομοθετήματα που μηνμονεύονται στην διακήρυξη ως εφαρμοστέα, όπως εν προκειμένω ο ν. 4412/2016. Και τούτο διότι, κατά τη νομολογία, η αναφορά σε νομοθετικές ρυθμίσεις νοείται ότι γίνεται μόνον προς ρύθμιση ζητημάτων μη ρυθμιζομένων κατά τρόπο ολοκληρωμένο από την διακήρυξη. Έτσι, όταν δεν ζητείται αναγραφή ΑΦΜ, τότε παράνομα αποκλείεται ο διαγωνιζόμενος που δεν το αναφέρει στην εγγυητική του. Και εδώ δηλαδή αρχή της τυπικότητας.
- ο κανόνας ως προς τη μεταχείριση των εγγυητικών συμμετοχής είναι ότι όταν εντοπίζονται ουσιώδεις πλημμέλειες της εγγυητικής, δηλαδή όταν από το περιεχόμενό της δεν προκύπτει η δέουσα έκταση ευθύνης του εγγυητή, θα πρέπει ο υποψήφιος να αποκλείεται. Τέτοιες ουσιώδεις πλημμέλειες είναι η λήξη της ισχύος της εγγυητικής, αλλά όχι η λανθασμένη, αλλά πάντως σαφής, αναγραφή του τίτλου του έργου ή της αναθέτουσας αρχής, η μη αναγραφή πατρώνυμων των υποψηφίων αναδόχων.
- ζήτημα η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής, ενόψει του ότι προβλέπεται πλέον σε διάφορες περιπτώσεις, όπως πχ όταν διαπιστωθεί η υποβολή ψευδούς ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ: η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής επιβάλλεται σε περίπτωση παροχής ψευδών στοιχείων ή πληροφοριών που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78 του ως άνω νόμου και, στη συγκεκριμένη περίπτωση, το ακριβές ή μη των δηλώσεων του διαγωνιζόμενου στην επίμαχη παράγραφο του ΕΕΕΣ του

διαγωνισμού δεν κατέστη δυνατό να ελεγχθεί, εφόσον αυτός δεν προσκόμισε τα στοιχεία που ζητήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή, αφού δεν προηγήθηκε κλήση της, ενώ η διαπίστωση του ψευδούς των εν λόγω δηλώσεων δεν μπορεί να στηριχθεί στα παλιότερα στοιχεία που τηρούνται στο αρχείο της αναθέτουσας αρχής και δεν επικαιροποιήθηκαν στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία. Έτσι, θεωρήθηκε ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής δεν στηρίζεται στο νόμο.

- χρόνος ισχύος εγγυητικής: ουσιαστικά πρέπει να ταυτίζεται με το χρόνο ισχύος της προσφοράς. Έτσι, η ισχύς της εγγυητικής επιστολής για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό θα πρέπει να ισχύει κατά το χρόνο αποσφράγισης οικονομικών προσφορών. Αν είχε λήξει εκείνο το χρονικό σημείο, δεν είναι δυνατή η εκ των υστέρων αναβίωση της αρχικής εγγύησης και παράταση της ισχύος αυτής.

- τα ζητήματα που αφορούν στα ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και στις εγγυητικές είναι πάρα πολλά. Έχω την αίσθηση ότι κάλυψα ένα μεγάλο όγκο εξ αυτών και ευελπιστώ σε επόμενη συνάντηση να συζητήσουμε ζητήματα που αφορούν στα δικαιολογητικά που καταθέτει ο προσωρινός μειοδότης, από τα οποία αποδεικνύεται όσα ισχυρίζεται στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ.