

## **ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ**

### **Ε΄ ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

#### **ΠΡΑΞΗ 455/ 2014**

Αποτελούμενο από τους Βασιλική Ανδρεοπούλου, Σύμβουλο, Πρόεδρο του Ε΄ Κλιμακίου, Γεώργιο Παπαϊσιδώρου, Πάρεδρο και κωλυομένων των λοιπών Παρέδρων, Ελένη Καραγιάννη, Εισηγήτρια.

Συνεδρίασε στην αίθουσα διασκέψεων του Καταστήματός του στις 10 Δεκεμβρίου 2014, για να ελέγξει τη νομιμότητα της διαδικασίας κατακυρώσεως και του σχεδίου συμβάσεως του έργου «...», ο φάκελος με τα στοιχεία της οποίας υποβλήθηκε στο Ελεγκτικό Συνέδριο στις 14.11.2014 (αρ. πρωτ. Ελ.Συν. ..), με το .../.../12.11.2014 έγγραφο του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και συμπληρώθηκε με στοιχεία που περιήλθαν σε αυτό στις 9.12.2014 με το .../18210 (αρ. πρωτ. Ελ.Συν. ...) έγγραφο του ιδίου ως άνω Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου.

Άκουσε την εισήγηση της Εισηγήτριας Ελένης Καραγιάννη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά το Νόμο**

**I.** Με το .../.../12.11.2014 έγγραφο του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της εταιρείας με την επωνυμία «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «... Α.Ε.» επανυποβάλλεται προς έλεγχο το σχέδιο

συμβάσεως του έργου «Ενίσχυση – αποκατάσταση φέροντος οργανισμού και αναβάθμιση του 3<sup>ου</sup> και 6<sup>ου</sup> Γυμνασίου ... – οικοδομικές εργασίες και Η/Μ εγκαταστάσεις», το οποίο δημοπρατήθηκε με την .../.../7.10.2011 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της εταιρείας ... Α.Ε. (... Α.Ε.). Η εταιρεία «... Α.Ε.», συνεστήθη με τις διατάξεις του άρθρου 132 του ν. 4199/2013 (ΦΕΚ Α' 216), ως οιοονεί καθολική διάδοχος της ανώνυμης εταιρείας .... Α.Ε. [βλ. το άρθρο 132 του ν. 4199/2013 (ΦΕΚ Α' 216) και την .../.../.../.../11.11.2013 (ΦΕΚ Β' 2856/11.11.2013) διαπιστωτική πράξη συγχωνεύσεως των αρμοδίων Υπουργών, δυνάμει των οποίων οι εταιρείες ... Α.Ε., ... Α.Ε. και ... Α.Ε. συγχωνεύθηκαν στην συσταθείσα ως άνω νέα εταιρεία]. Περαιτέρω, η «... Α.Ε.», αποκλειστικός μέτοχος της οποίας είναι το Ελληνικό Δημόσιο (βλ. άρθρο 132 παρ. 2.3.β του ιδρυτικού της ν. 4199/2013), λειτουργεί χάριν του δημοσίου συμφέροντος κατά τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας (βλ. άρθρα 132 παρ.1.1 του ιδρυτικού της ν. 4199/2013 και 1 του καταστατικού της), διέπεται δε από τις διατάξεις του ν. 3429/2005 «Δημόσιες Επιχειρήσεις και Οργανισμοί (Δ.Ε.Κ.Ο.)» (ΦΕΚ Α' 314), όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Ως εκ τούτου, το σχέδιο της συμβάσεως με το φάκελο της διαδικασίας για την ανάδειξη αναδόχου του ανωτέρω έργου, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 6.250.000,00 ευρώ (με αναθεώρηση και Φ.Π.Α.), παραδεκτώς επανεισάγεται ενώπιον του Κλιμακίου τούτου για άσκηση ελέγχου νομιμότητας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 35 του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο (κύρωση με άρθρο πρώτο του ν. 4129/2013, ΦΕΚ Α' 52/28.2.2013, βλ. Ελ. Συν. VI Τμ. 2031/2014, Ε' Κλιμ. 408, 404, 395, 326/2014).

**II. Α.** Η κυρωθείσα με το άρθρο πρώτο του ν. 3669/2008 κωδικοποίηση της νομοθεσίας κατασκευής δημόσιων έργων (ΚΔΕ) (ΦΕΚ Α΄ 116), στο άρθρο 25 ορίζει ότι: «Ενστάσεις κατά του κύρους των δημοπρασιών μπορεί να υποβληθούν μόνο από επιχειρήσεις που συμμετέχουν στο διαγωνισμό ή αποκλείστηκαν από αυτόν σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας του. Οι ενστάσεις μπορεί να υποβληθούν μόνο για τα στάδια προεπιλογής, κατάθεσης προσφορών και αξιολόγησης και για λόγους που ανακύπτουν κατά το αντίστοιχο στάδιο. Οι ενστάσεις υποβάλλονται μέσα σε πέντε (5) ημέρες από την ανακοίνωση του αποτελέσματος του αντίστοιχου σταδίου και απευθύνονται στην προϊσταμένη αρχή η οποία και αποφασίζει», στο άρθρο 25Α, όπως η διάταξη αυτή προστέθηκε με το άρθρο 59 παρ. 4 του ν. 4146/2013 (ΦΕΚ Α΄ 90/18.4.2013), ότι: «1. Για το παραδεκτό της άσκησης ένστασης του άρθρου 25, προσκομίζεται, με την υποβολή της ένστασης, παράβολο κατάθεσης υπέρ του Δημοσίου ποσού ίσου με το 0,05 επί τοις χιλίοις (0,05 0/00) επί της προϋπολογισμένης αξίας του έργου (χωρίς αναθεώρηση και ΦΠΑ), το ύψος του οποίου δεν μπορεί να είναι μικρότερο των διακοσίων πενήντα (250) ευρώ και μεγαλύτερο των πενήντα χιλιάδων (50.000) ευρώ. Το παράβολο αυτό αποτελεί δημόσιο έσοδο. Το παράβολο επιστρέφεται με πράξη της Προϊσταμένης Αρχής, αν γίνει αποδεκτή η ένσταση από το αποφασίζον διοικητικό όργανο. 2. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων μπορεί να αναπροσαρμόζονται το ποσοστό του παραβόλου και το ύψος των ανωτέρω ποσών», στο άρθρο 26 παρ. 1 ότι: «Η ανάθεση της κατασκευής των δημοσίων

έργων γίνεται υποχρεωτικά στην εργοληπτική επιχείρηση ή κοινοπραξία η οποία προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή, υπό τον όρο ότι καλύπτει όλες τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό. Αν η ισχύς της προσφοράς του αναδειχθέντος μειοδότη έχει λήξει και δεν συμφωνεί στην παράταση ισχύος της προς το σκοπό σύναψης της σύμβασης, η προϊσταμένη αρχή απευθύνεται στο δεύτερο κατά σειρά μειοδότη, στον οποίο κατακυρώνει το διαγωνισμό αν αυτός συμφωνεί στην παράταση και ούτω καθεξής, υπό την επιφύλαξη και στην περίπτωση αυτή, των διατάξεων του άρθρου 27 του παρόντος» και στο άρθρο 65 υπό τον τίτλο «Υποκατάσταση» ότι: «1. Η υποκατάσταση του αναδόχου από τρίτο στην κατασκευή μέρους ή όλου του έργου (εκχώρηση του έργου) απαγορεύεται χωρίς έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου. Η έγκριση της υποκατάστασης γίνεται από την προϊσταμένη αρχή, μετά από πρόταση της διευθύνουσας υπηρεσίας, εφόσον η εργοληπτική επιχείρηση, που θα υποκαταστήσει τον ανάδοχο, έχει τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάληψη του έργου από τον ανάδοχο και παρέχει τα απαραίτητα εγγύηματα για την κατασκευή του έργου, κατά την κρίση της προϊσταμένης αρχής που λαμβάνει υπόψη της και τα σχετικά στοιχεία του Μ.Ε.ΕΠ. Αν διαπιστωθεί καθ' οιονδήποτε τρόπο ότι έχει γίνει άμεση ή έμμεση υποκατάσταση του αναδόχου από άλλη εργοληπτική επιχείρηση, ο κύριος του έργου ή ο φορέας κατασκευής κηρύσσει έκπτωτο τον ανάδοχο, μετά γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. 2. Σε κάθε περίπτωση υποκατάστασης ο ανάδοχος ευθύνεται μαζί με τον υποκατάστατο εις ολόκληρον προς τον κύριο του έργου, το προσωπικό του έργου και οποιονδήποτε τρίτο. Κατ' εξαίρεση μπορεί να εγκριθεί η

υποκατάσταση με απαλλαγή του αναδόχου από την ευθύνη του προς τον κύριο του έργου, αν αυτό επιβάλλεται από το συμφέρον του έργου και ο ανάδοχος βρίσκεται σε προφανή αδυναμία να περατώσει το έργο. 3. Για να εγκριθεί η υποκατάσταση με απαλλαγή από την ευθύνη του αρχικού αναδόχου, στην αίτηση του αναδόχου προσδιορίζεται το τμήμα της εργολαβίας, για το οποίο ζητείται η υποκατάσταση με απαλλαγή από την ευθύνη και η πιστοποίηση μετά την οποία όλες οι πληρωμές θα διενεργούνται απευθείας στον νέο ανάδοχο. Μαζί με την αίτηση υποβάλλεται και δήλωση του νέου αναδόχου ότι αποδέχεται το περιεχόμενο της αίτησης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου αυτού. Με την απόφαση έγκρισης της υποκατάστασης με απαλλαγή καθορίζεται το τμήμα της εργολαβίας για το οποίο ισχύει η υποκατάσταση, αν η υποκατάσταση δεν γίνεται για το σύνολο του έργου, η πιστοποίηση μετά την οποία οι πληρωμές θα διενεργούνται στον νέο ανάδοχο, οι εγγυήσεις του νέου αναδόχου και κάθε αναγκαία λεπτομέρεια. Στις περιπτώσεις της παραγράφου αυτής ο υποκατάστατος του αναδόχου επέχει στο εξής θέση αναδόχου και αναλαμβάνει όλες τις ευθύνες για το σύνολο του έργου ή για τα τμήματα του έργου που προσδιορίζονται με την απόφαση έγκρισης της υποκατάστασης με απαλλαγή της ευθύνης του αρχικού αναδόχου. Επίσης αναλαμβάνει και τις υποχρεώσεις του αρχικού αναδόχου προς το προσωπικό που εργάστηκε στο έργο τους τελευταίους τρεις (3) μήνες πριν από την υποκατάσταση. Οι εγγυήσεις επ' ονόματι του αρχικού αναδόχου ή το μέρος τους που ορίζεται με την εγκριτική απόφαση αποδίδονται, αφού προηγουμένως κατατεθούν νέες ισόποσες εγγυήσεις από τον νέο ανάδοχο. Μόνο μετά την κατάθεση αυτή

επέρχεται η απαλλαγή του αρχικού αναδόχου από την ευθύνη του. 4. Σε περίπτωση αναδόχου κοινοπραξίας που την υποκατάσταση ζητεί μέλος της, απαιτείται η συναίνεση όλων των μελών της κοινοπραξίας και κατά τα λοιπά εφαρμόζονται ανάλογα οι προηγούμενες παράγραφοι. 5. Σε κάθε περίπτωση υποκατάστασης γίνεται ανακοίνωση στο Μ.Ε.ΕΠ. για να ληφθεί υπόψη κατά την κρίση της εκχωρούσας επιχείρησης σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις».

**Β.** Από τις ανωτέρω διατάξεις των άρθρων 25 και 25Α της ΚΔΕ προκύπτει ότι οι ενστάσεις κατά των πράξεων της διαδικασίας του διαγωνισμού για την ανάθεση δημοσίων έργων υποβάλλονται από επιχειρήσεις που συμμετέχουν στον διαγωνισμό ή αποκλείστηκαν από αυτόν σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας του, εντός πενθημέρου από την ανακοίνωση του αποτελέσματος του αντίστοιχου σταδίου. Για το παραδεκτό δε της ενστάσεως προσκομίζεται, με την υποβολή της, παράβολο καταθέσεως υπέρ του Δημοσίου, κατά τα ειδικότερον οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 25Α. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 1 της ίδιας ως άνω ΚΔΕ, αν η ισχύς της προσφοράς του αναδειχθέντος μειοδότη έχει λήξει και δεν συμφωνεί στην παράταση της ισχύος της, προκειμένου να συναφθεί η σχετική σύμβαση, η αναθέτουσα αρχή απευθύνεται στο δεύτερο κατά σειρά μειοδότη, στον οποίο κατακυρώνει το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, αν αυτός συμφωνεί στην παράταση, της ισχύος της προσφοράς του και ούτω καθεξής. Η νέα κατακυρωτική απόφαση, καθώς και το νέο σχέδιο σύμβασης υποβάλλονται για έλεγχο νομιμότητας στο Ελεγκτικό Συνέδριο (βλ. και Τμ.Μειζ.Συνθ.Ελ.Συν. 2823/2011 και πρ. Ε΄ Κλιμ. 272, 82/2014, 235, 24/2013,

425, 277, 205/2012 561, 509, 464/2011). Τέλος, όπως συνάγεται από το άρθρο 65 της ΚΔΕ, η νομοθεσία η σχετική με τις συμβάσεις δημόσιων έργων προβλέπει, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, την υποκατάσταση μέλους κοινοπραξίας, η οποία έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος σε σχετικό διαγωνισμό. Η υποκατάσταση αυτή, πάντοτε ύστερα από έγκριση του φορέα κατασκευής του έργου, προβλέπεται μόνο κατά το στάδιο της εκτελέσεως του έργου, δηλαδή το στάδιο που ακολουθεί την υπογραφή της συμβάσεως μεταξύ αναδόχου και κυρίου του έργου. Συνεπώς, σε περίπτωση που σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημοσίου έργου έλαβε μέρος κοινοπραξία, η ανάθεση του έργου σ' αυτήν είναι δυνατή μόνον υπό τη συγκεκριμένη σύνθεση υπό την οποία έλαβε μέρος στον διαγωνισμό, ενώ δεν είναι δυνατή η μεταβολή της συνθέσεώς της μετά την υποβολή των προσφορών (βλ. ΣτΕ 971/1998 Ολομ., 1339/2014, 2073/2012, 3562/2010, 1042/2005, ΕπΑν 282/2005, Ελ.Συν. Ε' Κλιμ. 390, 16/2011, πρβλ. VI Τμ. 4999/2013). Εξάλλου, με την απόφαση του ΔΕΚ της 23.1.2003, C-57/01, Κοινοπραξία «...» και «... Α.Ε.» κατά Ελληνικού Δημοσίου, κρίθηκε ότι δεν αντίκειται στο κοινοτικό δίκαιο εθνική κανονιστική ρύθμιση, η οποία απαγορεύει την μεταβολή της συνθέσεως μιας κοινοπραξίας που μετέχει σε διαγωνισμό για τη σύναψη συμβάσεως δημοσίων έργων μετά την υποβολή της προσφοράς.

**III.** Στην προκειμένη περίπτωση, από το σύνολο των στοιχείων του φακέλου προκύπτουν τα εξής: Με την .../.../7.10.2011 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της εταιρείας ... Α.Ε. (... Α.Ε.) εγκρίθηκαν τα συμβατικά τεύχη και η δημοπράτηση του ελεγχόμενου έργου με ανοικτή

διαδικασία και σύστημα προσφοράς αυτό της ελεύθερης συμπλήρωσης τιμολογίου για το μέρος των εργασιών που αποτιμώνται με κατ' αποκοπήν τιμήματα, σε συνδυασμό με τα συστήματα επί μέρους ποσοστών εκπτώσεως και μειοδοσίας στο ποσοστό οφέλους απολογιστικών εργασιών. Ενόψει της προϋπολογισθείσας αξίας των απαιτούμενων για την υλοποίηση του έργου οικοδομικών και ηλεκτρομηχανολογικών εργασιών (3.781.562,28 ευρώ για οικοδομικές και 1.145.975,00 ευρώ για ηλεκτρομηχανολογικές εργασίες, χωρίς αναθεώρηση και Φ.Π.Α.), με το άρθρο 21 της διακηρύξεως εκλήθησαν να συμμετάσχουν στην διαγωνιστική διαδικασία εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στην 4<sup>η</sup> ή 5<sup>η</sup> τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. για την κατηγορία των οικοδομικών έργων και στη 2<sup>η</sup> ή 3<sup>η</sup> τάξη για την κατηγορία των ηλεκτρομηχανολογικών έργων. Περαιτέρω, με το ίδιο ως άνω άρθρο, ορίστηκε ότι στον εν λόγω διαγωνισμό δύνανται να συμμετάσχουν και κοινοπραξίες εργοληπτικών επιχειρήσεων που καλύπτουν τις άνω καλούμενες κατηγορίες και τάξεις, καθώς και κοινοπραξίες επιχειρήσεων εγγεγραμμένων στην 3<sup>η</sup> τάξη για έργα οικοδομικά με τις προϋποθέσεις της παρ. 10 του άρθρου 16 της ΚΔΕ (αναβάθμιση ορίου λόγω κοινοπραξίας). Στο διαγωνισμό, ο οποίος διενεργήθηκε στις 2.4.2013, συμμετείχαν, μεταξύ άλλων, η κοινοπραξία «... Α.Ε. – ... Α.Τ.Ε.Ε. – ... Α.Τ.Ε.» και η εργοληπτική επιχείρηση «... Α.Ε.». Όσον αφορά, ειδικότερα, στην συμμετασχούσα κοινοπραξία «... Α.Ε. – ... Α.Τ.Ε.Ε. – ... Α.Τ.Ε.», όπως προκύπτει από την από 29.3.2013 κατατεθείσα δήλωση συστάσεως κοινοπραξίας και τις συνημμένες σε αυτήν σχετικές αποφάσεις των Διοικητικών Συμβουλίων των μελών της, η εταιρεία «... Α.Τ.Ε.» (εγγεγραμμένη



στη 2<sup>η</sup> τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. για την κατηγορία των Η/Μ έργων) θα αναλάμβανε την εκτέλεση του συνόλου των ηλεκτρομηχανολογικών εργασιών, ενώ την εκτέλεση του συνόλου των οικοδομικών εργασιών θα αναλάμβαναν από κοινού (50% + 50%) οι εταιρείες «... Α.Ε.» και «... Α.Τ.Ε.Ε.» (αμφότερες εγγεγραμμένες στην 3<sup>η</sup> τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. για την κατηγορία των οικοδομικών έργων), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 16 παρ. 10 της ΚΔΕ, ήτοι με αναβάθμιση ορίου λόγω κοινοπραξίας. Η άνω κοινοπραξία αναδείχθηκε προσωρινή μειοδότη με προσφερθείσα μέση γενική έκπτωση 40,57%, πλην, κατόπιν ενστάσεως της δεύτερης κατά σειρά μειοδοσίας εταιρείας «... Α.Ε.», με την .../17.9.2013 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... Α.Ε. (549<sup>η</sup> Συνεδρίαση), η προσφορά της ανωτέρω κοινοπραξίας απορρίφθηκε ως απαράδεκτη, με την αιτιολογία ότι μεταξύ των δικαιολογητικών συμμετοχής της δεν περιλαμβανόταν ξεχωριστή δήλωση συστάσεως της αναβαθμισμένης κοινοπραξίας των εργοληπτικών επιχειρήσεων «... Α.Ε.» και «...Α.Τ.Ε.Ε.» για την κατηγορία των οικοδομικών εργασιών, ώστε να είναι νόμιμη η εν συνεχεία σύσταση της διακατηγοριακής κοινοπραξίας «... Α.Ε. – ... Α.Τ.Ε.Ε. – ... Α.Τ.Ε.». Περαιτέρω, με την ίδια απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... Α.Ε., το αποτέλεσμα του διαγωνισμού κατακυρώθηκε στην δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας εταιρεία «... Α.Ε.», η οποία προσέφερε γενική μέση έκπτωση 38,45%. Με την .../2014 πράξη του Κλιμακίου τούτου κρίθηκε ότι ο αποκλεισμός της πρώτης κατά σειρά μειοδοσίας κοινοπραξίας δεν ήταν νόμιμος, καθόσον στην υποβληθείσα δήλωση συστάσεως της διακατηγοριακής κοινοπραξίας ενσωματώνονται και οι δηλώσεις βουλήσεως των νομίμων

εκπροσώπων των εταιρειών για τη σύσταση της αναβαθμισμένης κοινοπραξίας. Ως εκ τούτου, το Κλιμάκιο έκρινε ότι δεν ήταν νόμιμη η κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού στη δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας εταιρεία «... Α.Ε.». Επιπλέον, με την ίδια πράξη κρίθηκε ότι η υπογραφή του υποβληθέντος προς έλεγχο σχεδίου συμβάσεως κωλύετο και για τον πρόσθετο λόγο ότι μεταξύ των στοιχείων του φακέλου δεν περιλαμβάνονταν στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι έχει εξασφαλισθεί επαρκής χρηματοδότηση για την εκτέλεση του έργου. Κατά της πράξεως αυτής του Κλιμακίου ασκήθηκαν αιτήσεις ανακλήσεως ενώπιον του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου από τις εταιρείες «... Α.Ε.» και «... Α.Ε.», οι οποίες, όμως, απερρίφθησαν με την .../2014 απόφαση του Τμήματος αυτού. Ειδικότερα, με την εν λόγω απόφαση του Τμήματος κρίθηκε ότι στην από 29.3.2013 σχετική δήλωση συστάσεως της διακατηγοριακής κοινοπραξίας «... Α.Ε. – ... Α.Τ.Ε.Ε. – ... Α.Τ.Ε.» εμπεριέχονταν ταυτόχρονα και οι εκφραζόμενες δια των νομίμων εκπροσώπων των εταιρειών «... Α.Ε.» και «... Α.Τ.Ε.Ε.» δηλώσεις βουλήσεως των καταστατικών οργάνων τους για τη σύσταση της αναβαθμισμένης μεταξύ τους κοινοπραξίας. Με βάση την παραδοχή αυτή το VI Τμήμα δέχθηκε περαιτέρω ότι η κατατεθείσα στο διαγωνισμό δήλωση συστάσεως κοινοπραξίας πληρούσε τους όρους του νόμου και της διακήρυξης, με συνέπεια ο αποκλεισμός της πρώτης κατά σειρά μειοδοσίας κοινοπραξίας «... Α.Ε. – ... Α.Τ.Ε.Ε. – ...Α.Τ.Ε.» να μην παρίσταται νόμιμος. Επιπλέον, όσον αφορά στη δεύτερη διαπιστωθείσα από το Κλιμάκιο πλημμέλεια, με την ίδια ως άνω απόφαση του Τμήματος κρίθηκε ότι, από τα

στοιχεία που προσκομίσθηκαν ενώπιόν του, προέκυπτε η εξασφάλιση επαρκούς χρηματοδότησεως για την εκτέλεση του έργου, με συνέπεια να μην υφίσταται πλέον ο διακωλυτικός αυτός λόγος. Αίτηση αναθεωρήσεως της εργοληπτικής επιχειρήσεως «... Α.Ε.» κατά της αποφάσεως αυτής, απορρίφθηκε με την .../2014 απόφαση του Τμήματος Μείζονος-Επταμελούς Συνθέσεως, με την ίδια ως άνω αιτιολογία. Κατόπιν των ανωτέρω, και δεδομένου ότι η ισχύς της προσφοράς και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της πρώτης μειοδότης κοινοπραξίας είχαν λήξει, με το .../.../27.5.2014 έγγραφο του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της «... Α.Ε.» ζητήθηκε από την εν λόγω κοινοπραξία, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 1 της ΚΔΕ, να παρατείνει, εφόσον συμφωνούσε, την ισχύ της προσφοράς της και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της στον διαγωνισμό. Το εν λόγω έγγραφο απεστάλη στη μειοδότη με τηλεομοιοτυπικό μήνυμα (fax), στις 27.5.2014, στον αριθμό τηλεφωνικής και τηλεομοιοτυπικής σύνδεσης που είχε δηλωθεί, με την από 29.3.2013 δήλωση περί συστάσεως κοινοπραξίας, ως αριθμός τηλεφώνου-fax της έδρας της κοινοπραξίας, χωρίς, ωστόσο, να υπάρξει ανταπόκριση στο αίτημα αυτό. Ακολούθως, με το .../.../19.6.2014 έγγραφο του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της αναθέτουσας αρχής, η μειοδότη κοινοπραξία εκλήθη εκ νέου να παρατείνει την ισχύ της προσφοράς της και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της στον διαγωνισμό έως τις 8.7.2014, το έγγραφο δε αυτό απεστάλη σ' αυτήν επίσης με τηλεομοιοτυπικό μήνυμα στον ίδιο ως άνω αριθμό τηλεφώνου-fax στις 19.6.2014. Σε απάντηση του ανωτέρω αιτήματος, η

εργοληπτική επιχείρηση «... Α.Τ.Ε.Ε.», με την από 4.7.2014 αίτηση-υπεύθυνη δήλωση του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της, η οποία κατετέθη στα γραφεία της αναθέτουσας αρχής αυθημερόν (αρ. πρωτ. της «... Α.Ε.» .../4.7.2014), δήλωσε ότι δεν επιθυμούσε πλέον την παράταση της ισχύος της οικονομικής προσφοράς της και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της στον διαγωνισμό, καθώς δεν επιθυμούσε πλέον να αναλάβει το δημοπρατηθέν έργο. Κατόπιν τούτου, η αναθέτουσα αρχή, με το .../.../30.7.2014 έγγραφο του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της, ζήτησε από την εργοληπτική επιχείρηση «... Α.Ε.», η οποία, κατά τα εκτιθέμενα ανωτέρω, είχε καταταγεί στη δεύτερη θέση του πίνακα μειοδοσίας με μέση γενική έκπτωση 38,45%, την παράταση της ισχύος της οικονομικής προσφοράς της και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της στον διαγωνισμό. Η εν λόγω επιχείρηση ανταποκρίθηκε στο αίτημα αυτό και ειδικότερα, με την από 30.7.2014 επιστολή του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της, που έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου της αναθέτουσας αρχής .../30.7.2014, δήλωσε ότι συναινεί στην παράταση της ισχύος της οικονομικής προσφοράς της, μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού και την υπογραφή της συμβάσεως, ενώ κατέθεσε και την από 30.7.2014 επιστολή της Τράπεζας ..., με την οποία η ως άνω Τράπεζα παρατείνει την ισχύ της Νο .../27.3.2013 εγγυητικής επιστολής της ποσού 100.600,00 ευρώ, έως τις 30.12.2014. Ακολούθως, με την από 1.8.2014 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (Πρακτικό της 26<sup>ης</sup> Συνεδριάσεως - Θέμα 24<sup>ο</sup>) κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην «... Α.Ε.», η απόφαση δε αυτή κοινοποιήθηκε στις

εργοληπτικές επιχειρήσεις που παρέμεναν στον διαγωνισμό, καθώς επίσης και στην κοινοπραξία «... Α.Ε. – ... Α.Τ.Ε.Ε. – ... Α.Τ.Ε.», στις 17.8.2014. Κατά της αποφάσεως αυτής ασκήθηκε ένσταση από τις εργοληπτικές επιχειρήσεις «... Α.Ε.» και «... Α.Τ.Ε.» (αρ. πρωτ. .../2.9.2014), με την οποία οι εν λόγω επιχειρήσεις ζητούσαν, αφενός μεν την ανάκληση της προσβληθείσας αποφάσεως, με την οποία κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας εργοληπτική επιχείρηση, αφετέρου δε την επανεκκίνηση της διαδικασίας επικαιροποίησης της προσφοράς τους, προκειμένου να ανατεθεί σε αυτές η εκτέλεση του έργου, με υποκατάσταση, εφόσον κρινόταν αναγκαία, του υπαναχωρήσαντος μέλους της κοινοπραξίας «... Α.Τ.Ε.Ε.». Ειδικότερα, οι ενιστάμενες επιχειρήσεις προέβαλαν ότι οι ίδιες έλαβαν γνώση της προσβληθείσας κατακυρωτικής αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, καθώς και της από 4.7.2014 δηλώσεως της «... Α.Τ.Ε.Ε.» ότι δεν επιθυμεί την παράταση της ισχύος της προσφοράς της, μόλις στις 27.8.2014. Περαιτέρω, ότι η αναθέτουσα αρχή ευλόγως μεν απέστειλε το αίτημα περί παρατάσεως της ισχύος της οικονομικής προσφοράς και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της κοινοπραξίας στον διαγωνισμό στη δηλωθείσα έδρα της κοινοπραξίας, η οποία συμπίπτει με την έδρα της «... Α.Τ.Ε.Ε.», πλην όμως η δήλωση της τελευταίας ότι δεν επιθυμεί την κατά τα ανωτέρω παράταση της προσφοράς της και, επομένως, και την ανάληψη του έργου, δεν δεσμεύει τα λοιπά μέλη του κοινοπρακτικού σχήματος. Τούτο δε, διότι ουδέποτε κατέστη οιοσδήποτε εκ των τριών εκπροσώπων των κοινοπρακτούντων νομικών προσώπων κοινός εκπρόσωπος, πληρεξούσιος ή

αντίκλητος της κοινοπραξίας. Επιπλέον, οι ενιστάμενες προέβαλαν ότι η αποχώρηση της «... Α.Τ.Ε.Ε.» από το κοινοπρακτικό σχήμα δεν καθιστά προβληματική την προσφορά της κοινοπραξίας στο σύνολό της, καθόσον είναι δυνατή η υποκατάσταση του αποχωρήσαντος μέλους, εφόσον τα λοιπά δύο εκ των τριών μελών της επιθυμούν την ανάληψη του έργου. Η εν λόγω ένσταση δεν συνοδευόταν από το προβλεπόμενο από τις διατάξεις του άρθρου 25Α της ΚΔΕ παράβολο, το οποίο κατετέθη από τις ενιστάμενες στις 10.9.2014 (.../9.9.2014 διπλότυπο είσπραξης τύπου Α΄ της Δ.Ο.Υ. ...). Το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής, με την από 25.9.2014 απόφασή του (Πρακτικό της 30<sup>ης</sup> Συνεδριάσεως - Θέμα 15<sup>ο</sup>), υιοθετώντας τις εισηγήσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού, του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου, καθώς και τις απόψεις που εξέθεσε ο Νομικός της Σύμβουλος, απέρριψε την ένσταση των επιχειρήσεων «... Α.Ε.» και «... Α.Τ.Ε.Ε.», με την αιτιολογία ότι: α) η ένσταση ασκήθηκε εκπροθέσμως, ήτοι μετά την παρέλευση της πενθήμερης προθεσμίας που προβλέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 25 της ΚΔΕ, από την κοινοποίηση της κατακυρωτικής αποφάσεως στην δηλωθείσα διεύθυνση της κοινοπραξίας, επιπλέον δε δεν προσκομίσθηκε το προβλεπόμενο από τις διατάξεις του άρθρου 25Α του ιδίου νόμου παράβολο, η καταβολή του οποίου προβλέπεται από τις κείμενες διατάξεις επί ποινή απαραδέκτου της ενστάσεως, β) η αποχώρηση του μέλους της κοινοπραξίας «... Α.Τ.Ε.Ε.» έχει ως συνέπεια την ανεπίτρεπτη μεταβολή της συνθέσεως της διαγωνισθείσας κοινοπραξίας και γ) τα εναπομείναντα μέλη της κοινοπραξίας δεν δύνανται να αναλάβουν το υπό ανάθεση έργο, αφού αυτό είναι ανώτερης κατηγορίας αυτής στην οποία

ανήκουν οι ενιστάμενες επιχειρήσεις, ενώ δεν είναι δυνατή η υποκατάσταση του αποχωρήσαντος μέλους στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού. Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε σε όλους τους διαγωνιζομένους που παρέμεναν στο διαγωνισμό στις 13.10.2014. Όπως δε προκύπτει από το .../.../29.10.2014 έγγραφο του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της αναθέτουσας αρχής, κατά της αποφάσεως αυτής δεν έχουν ασκηθεί ένδικα μέσα.

**IV.** Με τα δεδομένα αυτά και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στις νομικές σκέψεις που προηγήθηκαν, το Κλιμάκιο κρίνει ότι η ένσταση των επιχειρήσεων «... Α.Ε.» και «... Α.Τ.Ε.» απορρίφθηκε από την αναθέτουσα αρχή με νόμιμη αιτιολογία. Τούτο δε, διότι ούτε από τις διατάξεις της νομοθεσίας που διέπει τους διαγωνισμούς δημοσίων έργων ούτε από τις διατάξεις της διακηρύξεως του συγκεκριμένου διαγωνισμού προβλέπεται δυνατότητα μεταβολής της συνθέσεως κοινοπραξίας που έλαβε μέρος σε διαγωνιστική διαδικασία ή υποκαταστάσεως μέλους της μετά την υποβολή και αξιολόγηση της προσφοράς της και πριν από τη σύναψη της συμβάσεως. Ειδικότερα, δεν είναι δυνατόν προσφορά που υποβλήθηκε επ' ονόματι κοινοπραξίας να επανεξετασθεί, μετά την υποβολή και αξιολόγησή της, για λογαριασμό μερικών μόνον εκ των συμμετεχουσών στην κοινοπραξία αυτή εργοληπτικών επιχειρήσεων, καθώς επίσης και να κατακυρωθεί το αποτέλεσμα του διαγωνισμού σ' αυτές. Επιπλέον, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις του άρθρου 65 της ΚΔΕ προβλέπεται, υπό προϋποθέσεις, η υποκατάσταση μέλους κοινοπραξίας, η οποία έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος σε σχετικό διαγωνισμό. Η υποκατάσταση, όμως, αυτή προβλέπεται μόνο κατά το στάδιο της εκτελέσεως

του έργου, δηλαδή το στάδιο που ακολουθεί την υπογραφή της συμβάσεως μεταξύ αναδόχου και κυρίου του έργου, όχι δε και κατά το στάδιο που προηγείται της κατακυρώσεως του διαγωνισμού. Κατόπιν τούτων, στην προκειμένη περίπτωση, μετά την μεταβολή της συνθέσεως της κοινοπραξίας «... Α.Ε. – ... Α.Τ.Ε.Ε. – ... Α.Τ.Ε.», με την αποχώρηση από το κοινοπρακτικό σχήμα της εργοληπτικής επιχειρήσεως «... Α.Τ.Ε.Ε.», ύστερα από την υποβολή και αξιολόγηση των προσφορών των διαγωνιζομένων και πριν από την κατακύρωση, δεν ήταν δυνατή η ανάθεση του δημοπρατηθέντος έργου στις δύο μόνο εκ των συμμετεχουσών στην κοινοπραξία εργοληπτικές επιχειρήσεις. Επιπλέον, δεν ήταν δυνατή ούτε και η υποκατάσταση του αποχωρήσαντος μέλους της κοινοπραξίας από άλλη εργοληπτική επιχείρηση, καθόσον, σύμφωνα με τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω, δεν είναι δυνατή η υποκατάσταση μέλους κοινοπραξίας κατά το στάδιο που προηγείται της κατακυρώσεως του διαγωνισμού. Τα ανωτέρω δε ισχύουν ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι τα λοιπά δύο μέλη της κοινοπραξίας δεν πληρούσαν τις προϋποθέσεις για την ανάληψη του δημοπρατηθέντος έργου, αφού δεν διέθεταν πτυχίο που να καλύπτει την καλούμενη τάξη της κύριας κατηγορίας εργασιών, ήτοι πτυχίο 4<sup>ης</sup> τάξεως του Μ.Ε.ΕΠ. και άνω για έργα κατηγορίας Οικοδομικών, ενόψει του προϋπολογισμού του έργου, ο οποίος για τη συγκεκριμένη κατηγορία εργασιών ανέρχεται στο ποσό των 3.781.562,28 ευρώ (άρθρα 16 παρ. 1, 2, 3 και 6 και 102 παρ. 1 της ΚΔΕ). Κατόπιν τούτων, η αναθέτουσα αρχή, μετά την υποβολή της από 4.7.2014 δηλώσεως της εργοληπτικής επιχειρήσεως «... Α.Τ.Ε.Ε.» ότι δεν επιθυμεί πλέον την παράταση της ισχύος της οικονομικής προσφοράς της



και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της στον διαγωνισμό, δεν είχε υποχρέωση να απευθυνθεί στα λοιπά μέλη της κοινοπραξίας προκειμένου να διαπιστωθεί εάν αυτά επιθυμούσαν την ανάληψη του έργου, αφού, σε κάθε περίπτωση, δεν ήταν δυνατή η ανάθεση του έργου σ' αυτά. Περαιτέρω, δοθέντος ότι με την από 29.3.2013 δήλωση των εταιρειών «... Α.Ε.», «... Α.Τ.Ε.Ε.» και «... Α.Τ.Ε.» περί συστάσεως κοινοπραξίας, είχε δηλωθεί συγκεκριμένος αριθμός τηλεφωνικής και τηλεομοιοτυπικής σύνδεσης ως αριθμός επικοινωνίας με την έδρα της κοινοπραξίας, νομίμως η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την από 1.8.2014 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της (Πρακτικό της 26<sup>ης</sup> Συνεδριάσεως - Θέμα 24<sup>ο</sup>), με την οποία κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην «... Α.Ε.», με αποστολή τηλεομοιοτυπίας στον κατά τα ανωτέρω δηλωθέντα αριθμό τηλεφώνου-fax, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι ο αριθμός αυτός, κατά τους ισχυρισμούς των ενισταμένων, ανήκε στην επιχείρηση «... Α.Τ.Ε.Ε.». Ως εκ τούτου, η ένσταση των ενισταμένων εργοληπτικών επιχειρήσεων, η οποία υποβλήθηκε μετά την παρέλευση της προβλεπόμενης από τις διατάξεις του άρθρου 25 της ΚΔΕ πενθήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβληθείσας αποφάσεως, ήταν εκπρόθεσμη, χωρίς να ασκεί επιρροή τυχόν μη έγκαιρη ενημέρωσή τους, όπως ισχυρίζονται, από το μέλος της κοινοπραξίας «... Α.Τ.Ε.Ε.», καθόσον τυχόν τέτοια παράλειψη, αναγόμενη στην εσωτερική σχέση των κοινοπρακτούντων μελών, δεν επιφέρει παράταση της προθεσμίας για την υποβολή ενστάσεως από τα μέλη που δεν έλαβαν εγκαίρως γνώση της κοινοποιήσεως που έλαβε χώρα. Τέλος, δοθέντος ότι, σύμφωνα με τις

διατάξεις του άρθρου 25Α της ΚΔΕ (όπως προστέθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 59 παρ. 4 του ν. 4146/2013, ΦΕΚ Α' 90), για το παραδεκτό της ενστάσεως που ασκείται κατά πράξεως της διαγωνιστικής διαδικασίας απαιτείται η καταβολή παραβόλου υπέρ του Δημοσίου, η μη προσκόμιση παραβόλου από τις ενιστάμενες επιχειρήσεις με την υποβολή της ενστάσεώς τους έχει ως συνέπεια το απαράδεκτο αυτής. Η έλλειψη, εξάλλου, αυτή δεν δύναται να θεραπευθεί με την εκ των υστέρων προσκόμιση του παραβόλου, έστω και αν αυτή εχώρησε πριν από την εξέταση της ενστάσεως, καθόσον οι σχετικές διατάξεις προβλέπουν την προσκόμισή του, επί ποινή απαραδέκτου, με την υποβολή της ενστάσεως, χωρίς ρητή πρόβλεψη δυνατότητας για την εκ των υστέρων υποβολή του. Τούτο δε, σε συνδυασμό με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τη διεξαγωγή των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, έχει ως συνέπεια την απόρριψη της ενστάσεως που υποβάλλεται κατά πράξεως της διαδικασίας του διαγωνισμού, χωρίς να συνοδεύεται από το αναλογούν παράβολο. Κατόπιν των ανωτέρω, νομίμως απορρίφθηκε με την από 25.9.2014 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (Πρακτικό της 30<sup>ης</sup> Συνεδριάσεως - Θέμα 15<sup>ο</sup>), η από 2.9.2014 ένσταση των εργοληπτικών επιχειρήσεων «... Α.Ε.» και «... Α.Τ.Ε.». Περαιτέρω, δοθέντος ότι η δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας εργοληπτική επιχείρηση παρέτεινε την ισχύ της οικονομικής προσφοράς και της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της στον διαγωνισμό, νομίμως κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού σ' αυτήν.

**V.** Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το Κλιμάκιο κρίνει ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος προς έλεγχο σχεδίου συμβάσεως μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της εργοληπτικής επιχειρήσεως «...Α.Ε.», το οποίο επισυνάπτεται στην παρούσα πράξη και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου συμβάσεως του έργου «...» μεταξύ της "... Α.Ε." και της "... Α.Ε.".

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΑΝΔΡΕΟΠΟΥΛΟΥ**

**Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ**

**ΕΛΕΝΗ ΚΑΡΑΓΙΑΝΝΗ**