

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 2 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 24/3/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 417/27-3-2023 του οικονομικού φορέα «...» που εδρεύει στην ..., ... - ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά της ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης, και

-Κατά της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ..., οδός ... και ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθούν: α) η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 561/2023 και με θέμα 104ο «Έγκριση του Πρακτικού ΙΙ για την Παροχή Υπηρεσίας ‘...’» και β) η απόφαση του ίδιου ως άνω οργάνου με αριθμό 312/2023 και με Θέμα 63ο «Έγκριση του από 31-1-2023 Πρακτικού Ι για την Παροχή Υπηρεσίας: ‘...’».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 15.000,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 6.451.612,90 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής που εγκρίθηκε με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με αριθμό .../2022 (ΑΔΑ: ...) προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της

σύμβασης παροχής υπηρεσιών «...», εκτιμώμενης αξίας 6.451.612,90 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 07/12/2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13/12/2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 17/1/2023.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς και ενώσεις οικονομικών φορέων. Με το Πρακτικό Ι με ημερομηνία 17/1/2023 η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών της προσφεύγουσας, της ... και της ... λόγω μη πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, την αποδοχή των προσφορών της παρεμβαίνουσας και της ... και, τέλος, την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας, η οποία προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή, ως προσωρινής αναδόχου. Το πρακτικό αυτό επικυρώθηκε με τη δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Με το Πρακτικό ΙΙ με ημερομηνία 2/3/2023 η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και την ανάδειξή της ως οριστικής αναδόχου. Με την πρώτη προσβαλλόμενη πράξη, στην οποία ενσωματώνεται η προαναφερθείσα απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, εγκρίθηκε το Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα. Οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 15/3/2023.

4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (παροχή υπηρεσιών), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.

5. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγους κατά του αποκλεισμού της από τον

διαγωνισμό. Δεδομένου δε ότι ο αποκλεισμός της δεν έχει ακόμα καταστεί οριστικός, η προσφεύγουσα προβάλλει με έννομο συμφέρον λόγους ακύρωσης των προσβαλλόμενων, κατά το μέρος τους με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης και της κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού.

6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στον θιγόμενο οικονομικό φορέα στις 28/3/2023 και υπέβαλε στις 7/4/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, απόψεις επ' αυτής. Κατόπιν αυτού, στις 12/4/2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα, νόμιμα και παραδεκτά.

7. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε παρέμβαση στις 6/4/2023 νόμιμα, εμπρόθεσμα και με έννομο συμφέρον, υπέρ της διατήρησης ισχύος των προσβαλλομένων αποφάσεων, με τις οποίες έγινε δεκτή η προσφορά της και αναδείχθηκε ανάδοχος της σύμβασης.

8. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣτΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣτΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζει στις κρίσιμες για την επίλυση της διαφοράς τα εξής: «1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης. Αντικείμενο της παρούσας σύμβασης είναι ο καθαρισμός υφιστάμενων ρεμάτων που εμπίπτουν στη χωρική δικαιοδοσία της Περιφέρειας ... / Περιφερειακή Ενότητα 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2020,2021,2022), να έχουν εκτελέσει αθροιστικά συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων συνολικής δαπάνης ίσης με το 70% του προϋπολογισμού μελέτης της παροχής υπηρεσιών χωρίς Φ.Π.Α, από τον μεμονωμένο οικονομικό φορέα ή σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων τουλάχιστον από ένα μέλος της ένωσης. ... 2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης

δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016. ... Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης. Στο ΕΕΕΣ απαραιτήτως πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους) κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής ... Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: 1) α. Συμβάσεις σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.6.Α και αφορούν καθαρισμό ρεμάτων β. Πίνακα που θα περιλαμβάνει κατάλογο των κυριότερων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών που περιλαμβάνουν καθαρισμό ρεμάτων (όπου θα αναφέρεται η δαπάνη κλπ.) οι οποίες εκτελεστήκαν την τελευταία τριετία (2020,2021,2022) από τον μεμονωμένο διαγωνιζόμενο ή σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων τουλάχιστον από ένα μέλος αυτής. Στον πίνακα θα αναφέρονται λεπτομερώς ο τίτλος και το ποσό των αντίστοιχων συμβάσεων που εκτελέστηκαν, η χρονική διάρκεια και ο Εργοδότης (δημόσιος ή ιδιωτικός φορέας), ο Ανάδοχος της σύμβασης (εφόσον πρόκειται περί Υπεργολαβίας). Ο πίνακας οφείλει να συνοδεύεται από πιστοποιητικά του εργοδότη δημοσίου φορέα, είτε από βεβαίωση του ιδιώτη εργοδότη, από τα οποία θα πιστοποιείται η έντεχνη, επιτυχής και αποτελεσματική παροχή της υπηρεσίας ... 2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου 'Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά'

2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής. Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), όπως προβλέπεται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις πληροφορίες που παρέχει με το ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 9 του ίδιου άρθρου, β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό υπόδειγμα ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας διακήρυξης ως Παράρτημα αυτής. ... 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε

περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2. (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλιπείς, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα το άρθρο του ν. 4412/2016 και την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας διακήρυξης ... ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης ... 3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών. 3.1.2.1 Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών, μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο ΕΣΗΔΗΣ οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. Η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής

προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα».

9. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των προσβαλλόμενων, κατά το μέρος τους με τον οποίο η προσφορά της αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό με την αιτιολογία ότι «*δεν γίνεται κάλυψη της απαίτησης της Τεχνικής & Επαγγελματικής ικανότητας της Διακήρυξης του άρθρου 2.2.6 παρ. α), καθώς το έργο με τίτλο '...', αφορά Έργο Διευθέτησης ρέματος και δεν είναι παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων όπως απαιτείται από το σχετικό άρθρο*». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι προαπέδειξε, ως όφειλε, με τη δήλωσή της στο ΕΕΕΣ ότι, κατά τη διάρκεια της απαιτούμενης περιόδου αναφοράς (2020, 2021 και 2022), είχε εκτελέσει στο πλαίσιο της σύμβασης δημοσίου έργου «...» συνολικού συμβατικού αντικείμενου 44.624.377,29 ευρώ, υπηρεσίες καθαρισμού ρεμάτων συνολικής δαπάνης 11.824.797,97 ευρώ που υπερκαλύπτει το 70% του προϋπολογισμού μελέτης της υπό ανάθεση σύμβασης. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ενόψει του αντικείμενου της υπό ανάθεση σύμβασης, κρίσιμο στοιχείο για την απόδειξη της εμπειρίας είναι η εκτέλεση συμβάσεων που περιλαμβάνουν εργασίες καθαρισμού ρεμάτων, και όχι η εκτέλεση συμβάσεων με αποκλειστικό αντικείμενο τον καθαρισμό ρεμάτων. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από το περιεχόμενο των τευχών δημοπράτησης δεν προκύπτει ότι η υπό ανάθεση σύμβαση αφορά αμιγώς σε παροχή υπηρεσιών καθαρισμού, αλλά αντιθέτως το αντικείμενό της ανήκει στην ευρύτερη κατηγορία των κατασκευαστικών εργασιών. Τέλος, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει να διευκρινίσει τη δήλωσή της στο ΕΕΕΣ, ώστε να προσκομίσει τα στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται η συνάφεια της εμπειρίας της με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης.

10. Σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 2.2.6.α' της Διακήρυξης, για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό, οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να έχουν εκτελέσει, κατά την τριετία 2020-2022, συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων συνολικής αθροιστικής αξίας ίσης με το 70% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ποσού 4.516.129,03 ευρώ. Περαιτέρω, για την απόδειξη της εμπειρίας το

άρθρο 2.2.9.2.B.4 της Διακήρυξης απαιτεί την προσκόμιση καταλόγου των κυριότερων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών που περιλαμβάνουν καθαρισμό ρεμάτων και τις αντίστοιχες συμβάσεις. Τέλος, στην Ενότητα Γ' «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» του Μέρους IV του αναρτημένου στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού υποδείγματος ΕΕΕΣ που αποτελεί, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 2.2.9.1 της Διακήρυξης, αναπόσπαστο μέρος της, περιέχεται ερώτημα σχετικά με την προηγούμενη παροχή υπηρεσιών, ως εξής: *«Για τις συμβάσεις υπηρεσιών: παροχή υπηρεσιών είδους που έχει προσδιοριστεί. Μόνο για δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει παράσχει τις ακόλουθες κυριότερες υπηρεσίες του είδους που έχει προσδιοριστεί: Κατά τη σύνταξη του σχετικού καταλόγου αναφέρετε τα ποσά, τις ημερομηνίες και τους δημόσιους ή ιδιωτικούς παραλήπτες. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν έως τρία έτη και να επιτρέπουν την τεκμηρίωση πείρας που υπερβαίνει τα τρία έτη»*. Από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 2.2.6.α' της Διακήρυξης και τα λοιπά στοιχεία των εγγράφων της σύμβασης προκύπτει ότι η Διακήρυξη επιτρέπει ρητά την επίκληση εμπειρίας των οικονομικών φορέων από την εκτέλεση συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, και όχι από εργασίες που εκτελέστηκαν στο πλαίσιο σύμβασης κατασκευής δημοσίου έργου. Εξάλλου, για την απόδειξη της πλήρωσης του παραπάνω κριτηρίου επιλογής, η Διακήρυξη απαιτεί την προσκόμιση του αποδεικτικού μέσου της περ. β' του Μέρους II του Παραρτήματος XII «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» ν. 4412/2016, δηλαδή την προσκόμιση καταλόγου υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν κατά την τελευταία τριετία, και όχι το αποδεικτικό μέσο της περ. α', ήτοι κατάλογο εργασιών συνοδευόμενο από βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης που εκτελέστηκαν εντός της τελευταίας πενταετίας.

11. Στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα, δήλωσε στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ, σχετικά με την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, τα εξής: *«Για την κάλυψη της απαίτησης της παραγράφου 2.2.6.α της διακήρυξης, η εταιρεία ... διαθέτει: ΤΙΤΛΟΣ ΕΡΓΟΥ: ..., ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΕΡΓΟΥ: Οι εργασίες που εκτελέστηκαν στο έργο και αφορούν τον καθαρισμό των υφιστάμενων ρεμάτων ..., ... και ... είναι οι πιο κάτω: 1. Κοπή και απομάκρυνση των μη υγιών δέντρων, όπου αυτό είναι*

απαραίτητο, κατόπιν σχετικής αδείας από το Δασαρχείο, τα οποία βρίσκονται στα πρηνή και την κοίτη των ρεμάτων. 2. Εκθάμνωση εδάφους ή εκκρίζωση δενδρυλλίων σε ύψος 0,40 μ από την επιφάνεια του φυσικού εδάφους. 3. Απομάκρυνση από την κοίτη και τα πρηνή των ρεμάτων, των φερτών υλικών, ήτοι αργών λίθων εν γένει, σκύρων, χαλικιών, άμμου, ξύλων, σκουπιδιών, κορμών δέντρων, καθώς και κοπής εκκριζωμένων δέντρων, τα οποία μεταφέρονται με το νερό και φράζουν κρίσιμα σημεία των ρεμάτων (πλακοσκεπείς οχετοί, γέφυρες και στενά σημεία). 4. Καθαρισμός οχετών (τεχνικά έργα), δηλαδή απομάκρυνση φερτών υλικών και απορριμμάτων, απελευθέρωση της διατομής για την απρόσκοπτη ροή των ομβρίων και διαχείριση Α.Ε.Κ.Κ. 5. Παρεμβάσεις καθαρισμού κοίτης από φερτές ύλες, μπάζα κ.λ.π. 6. Απομάκρυνση από την κοίτη και τα πρηνή των ρεμάτων οικιακών απορριμμάτων και διαχείριση αποβλήτων, ΑΝΑΔΟΧΟΣ: ... με δ.τ. "...", ΠΟΣΟ (2020,2021&2022): Αθροιστικά κατά την τελευταία τριετία 2020, 2021 & 2022 έχουν εκτελεστεί συνολικά εργασίες ύψους 24.973.740,47 € σύμφωνα με τον από 9.12.2022, 25ος εγκεκριμένος Λογαριασμός σε σύνολο συμβάσεων 44.624.377,29 €. Σε αυτές περιλαμβάνονται και έχουν εκτελεστεί εργασίες συναφείς με το αντικείμενο καθαρισμού ρεμάτων (εκσκαφές, καθαρισμοί, απομάκρυνση απορριμμάτων, παρεμβάσεις υποστήριξης πρηνών κ.α.) με πιστοποιημένη δαπάνη ύψους : 11.824.797,97 €, ΧΡΟΝΙΚΗ ΔΙΑΡΚΕΙΑ: 30/10/2020 - υπό εκτέλεση (είχαν εκτελεστεί και πιστοποιηθεί εργασίες συναφείς με το αντικείμενο καθαρισμού ρεμάτων μέχρι και την 9/12/2022 (25^{ος} εγκεκριμένος Λογαριασμός)), ΕΡΓΟΔΟΤΗΣ: ... (...) Τμήμα Κατασκευών Έργων Ποσό 11824797.97 EUR. Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 30.10.2020 - 09.12.2022. Αποδέκτες: Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι».

12. Με το παραπάνω περιεχόμενο η εμπειρία της προσφεύγουσας, ανεξαρτήτως του εάν παρίσταται ή όχι συναφής της με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Και τούτο, διότι, για την απόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6.α' της Διακήρυξης, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ούτε προσκομίζει την εκτέλεση εντός της τριετίας 2020-2022 συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων, όπως ρητά απαιτεί η Διακήρυξη, αλλά την πραγματοποίηση εργασιών στο

πλαίσιο εκτέλεσης σύμβασης κατασκευής δημοσίου έργου. Ενόψει τούτου, απορριπτέοι ως αλυσιτελείς είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με τη συνάφεια των εργασιών του έργου «...», διότι, και αληθείς υποτιθέμενοι, δεν αίρουν το γεγονός ότι η επικαλούμενη σύμβαση δεν συνιστά σύμβαση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων, όπως απαιτεί η Διακήρυξη.

13. Επίσης, απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης δεν αφορά αμιγώς σε παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων, αλλά ανήκει στην ευρύτερη κατηγορία των κατασκευαστικών εργασιών, καθώς επίσης και ότι ο χαρακτήρας της υπό ανάθεση σύμβασης είναι προεχόντως κατασκευαστικός. Και τούτο, διότι οι όροι της Διακήρυξης, με την οποία δημοπρατήθηκε η υπό ανάθεση σύμβαση με τους κανόνες ανάθεσης των συμβάσεων γενικών υπηρεσιών, δεν αμφισβητήθηκαν επίκαιρα από την προσφεύγουσα. Ειδικότερα, ανεξαρτήτως της νομιμότητας του αποκλεισμού με τη Διακήρυξη της δυνατότητας επίκλησης συναφούς εμπειρίας από την εκτέλεση σύμβασης δημοσίου έργου, η προσφεύγουσα, η οποία συμμετείχε στον διαγωνισμό ανεπιφύλακτα και χωρίς να κάνει χρήση της δυνατότητας παροχής διευκρινίσεων σχετικά με το επίμαχο κριτήριο επιλογής, αποδέχθηκε το σύνολο των όρων της Διακήρυξης, μεταξύ των οποίων και η σαφής απαίτηση προηγούμενης εκτέλεσης συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων, με αποτέλεσμα να αμφισβητεί πλέον ανεπίκαιρα, και άρα απαράδεκτα τη φύση της επίμαχης σύμβασης. Επομένως, ενόψει του σαφούς όρου του άρθρου 2.2.6.α' της Διακήρυξης, του οποίου η νομιμότητα δεν αμφισβητήθηκε από την προσφεύγουσα, ο αποκλεισμός της με την αιτιολογία ότι δεν έχει εκτελέσει εντός της τελευταίας τριετίας σύμβαση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων είναι σύμφωνος με τη Διακήρυξη. Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

14. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης έπρεπε να έχει απορριφθεί, διότι στα ΕΕΕΣ των μελών της δεν ορίζεται κάποιο από αυτά ως συντονιστής/leader/επικεφαλής της ένωσης (...), αλλά αντιθέτως και τα δύο μέλη της ένωσης έχουν δηλώσει ότι αποτελούν απλά μέλη της ένωσης (...). Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ο ορισμός με το συμφωνητικό του φυσικού προσώπου ..., με αναπληρωτή τον ..., ως

εκπροσώπο/συντονιστή της ένωσης δεν αναπληρώνει την έλλειψη ορισμού ενός εκ των δύο μελών της ένωσης ως leader.

15. Η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει ότι, σύμφωνα με τη δήλωση σύστασης κοινοπραξίας με ημερομηνία 16/1/2023, εκπρόσωπος/συντονιστής της παρεμβαίνουσας ένωσης ορίστηκε ο ..., με αναπληρωτή τον ..., πράγμα από το οποίο συνάγεται ότι καθήκοντα εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης θα ασκεί η εταιρία ... δια του ορισμένου για το σκοπό αυτό νόμιμου εκπροσώπου της

16. Η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι στις εφαρμοστέες διατάξεις των άρθρων 19 και 79 ν. 4412/2016 δεν ορίζεται, ούτε συνάγεται από αυτές, ότι οι προσφέρουσες ενώσεις οικονομικών φορέων υποχρεωτικά προσδιορίζουν τον επικεφαλής ή συντονιστή της ένωσης ή ότι υποχρεωτικά καθορίζουν υπεύθυνο για συγκεκριμένα καθήκοντα ήδη κατά το στάδιο της υποβολής προσφοράς στη διαγνωστική διαδικασία. Κατά τους ισχυρισμούς της, οι έννοιες αυτές δεν έχουν προκαθορισμένο κανονιστικό περιεχόμενο, με αποτέλεσμα οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν σε ένωση για την υποβολή προσφοράς να είναι ελεύθεροι να εξειδικεύσουν το περιεχόμενο της συμφωνίας τους. Επιπρόσθετα, ισχυρίζεται ότι από το άρθρο 2.4.1 της Διακήρυξης και το οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ προκύπτει ότι ο ορισμός εκπροσώπου μπορεί να ισχύει και ως ορισμός συντονιστή ή το αντίστροφο, και ότι, συνακόλουθα, για το παραδεκτό της προσφοράς της ένωσης οικονομικών φορέων, αρκεί να οριστεί είτε εκπρόσωπος είτε συντονιστής, χωρίς να στοιχειοθετείται παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης σε περίπτωση που ο ορισμός αφορά στη μία από τις δύο ιδιότητες. Περαιτέρω, κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, από το άρθρο 2.4.1 της Διακήρυξης δεν προκύπτει ότι η προσφέρουσα ένωση πρέπει να ορίσει και εκπρόσωπος και συντονιστή/επικεφαλής, ούτε ότι ως εκπρόσωπος ορίζεται αποκλειστικά ένα πρόσωπο, αποκλεισμένης της δυνατότητας η εκπροσώπηση της ένωσης να ανήκει σε περισσότερα πρόσωπα, που ενεργούν είτε από κοινού είτε χωριστά ως εκπρόσωποι της, κατά την ελεύθερη βούληση των οικονομικών φορέων που συνεργάζονται για την υποβολή προσφοράς στο διαγωνισμό ως ένωση, αντίστοιχα δε ισχύουν και για τον επικεφαλής/συντονιστή. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι από τα δικαιολογητικά της ένωσης συνάγεται ότι καθήκοντα εκπροσώπου/συντονιστή

της ένωσης θα ασκεί η εταιρία ..., μέσω του ορισμένου για τον σκοπό αυτόν Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παράλειψη δήλωσης συντονιστή στο ΕΕΕΣ μπορεί να συμπληρωθεί σύμφωνα με το άρθρο 102 ν. 4412/2016.

17. Σύμφωνα με το προπαρατεθέν άρθρο 2.2.9.1 της Διακήρυξης, το οποίο επαναλαμβάνει τις όμοιες διατάξεις του άρθρου 96 παρ. 7 ν. 4412/2016, στην περίπτωση συμμετοχής ένωσης οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, το ΕΕΕΣ υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης και σε αυτό πρέπει απαραίτητα να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους) κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής. Περαιτέρω, στο Μέρος ΙΙ του υποδείγματος ΕΕΕΣ, το οποίο αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ως υπόδειγμα για τους συμμετέχοντες και αποτελεί, σύμφωνα με το παραπάνω άρθρο της Διακήρυξης, αναπόσπαστο μέρος της, περιέχεται πεδίο για την παροχή πληροφοριών σχετικά με την συμμετοχή ένωσης στον διαγωνισμό, με το εξής περιεχόμενο: *«Ο ΟΦ συμμετάσχει στη διαδικασία μαζί με άλλους Οικονομικούς Φορείς. Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης από κοινού με άλλους; Απάντηση: Ναι / Όχι. Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση (συντονιστής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα...): Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης σύμβασης: ... Κατά περίπτωση, επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης: ...»*. Ακολουθούν, στο Κεφάλαιο Β' «Πληροφορίες σχετικά με τους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» του ίδιου μέρους, πεδία προς συμπλήρωση με τα στοιχεία των εκπροσώπων της προσφέρουσας ένωσης.

18. Από τον παραπάνω όρο της Διακήρυξης σε συνδυασμό με το ερώτημα του υποδείγματος του ΕΕΕΣ, οι οικονομικοί φορείς που μετέχουν στη διαδικασία σε ένωση οικονομικών φορέων οφείλουν να δηλώσουν, μεταξύ άλλων, τον ρόλο τους στην ένωση είτε ως απλά μέλη είτε ως συντονιστές και, επιπρόσθετα, να παράσχουν στοιχεία σχετικά με τους εκπροσώπους τους. Ειδικότερα, στην οικεία διάταξη του άρθρου 2.2.9.1 της Διακήρυξης, η οποία αντιστοιχεί στο άρθρο 96 παρ. 7 ν. 4412/2016, προβλέπονται: α) στο μεν πρώτο εδάφιο η δυνατότητα της ένωσης να χρησιμοποιεί νομίμως εξουσιοδοτημένο κοινό εκπρόσωπο για την υποβολή της προσφοράς, διάταξη η οποία, κατά λογική αναγκαιότητα, αναφέρεται σε φυσικό πρόσωπο το οποίο

έχει εξουσιοδοτηθεί προκειμένου να εκπροσωπεί κατά τούτο την ένωση στη διαγωνιστική διαδικασία, β) στο δε δεύτερο εδάφιο, το οποίο ρυθμίζει τις σχέσεις των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων (είδος, έκταση συμμετοχής, κατανομή αμοιβής) και τον ρόλο τους στην ένωση, η υποχρέωση της ένωσης να ορίζει 'εκπρόσωπο/συντονιστή', όρος ο οποίος αναφέρεται, όπως προκύπτει από το εννοιολογικό του περιεχόμενο, στον συντονιστή της ένωσης, δηλαδή στο μέλος που είναι επιφορτισμένο να συντονίζει, διά του επιστημονικού και τεχνικού του προσωπικού, τεχνικά και οργανωτικά τα λοιπά μέλη της κατά την εκτέλεση της σύμβασης και να εκπροσωπεί κατά τούτο την ένωση έναντι της αναθέτουσας αρχής. Αντίστοιχα, στο οικείο ερώτημα της Ενότητας Α' του Μέρους II του ΕΕΕΣ σαφώς ζητείται να αναφερθεί ο ρόλος του οικονομικού φορέα στην ένωση (συντονιστής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα...), σε αντιδιαστολή με το ερώτημα της Ενότητας Β' του ίδιου μέρους του ΕΕΕΣ, όπου ζητούνται πληροφορίες με τους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα.

19. Όπως παγίως κρίνεται (βλ. ΕΑ ΣτΕ 163, 165/2020, ΔΕΦΑΘ 731/2023, 727/2022, 533/2022, σκ. 8-9, 348/2020, ΔΕΦΠάτρας 138/2022, ΕΛΣυν Μειζ. 590/2019, Τμ. VI 826/2019, ΕΑΔΗΣΥ 454/2022 κ.α.), κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων της Διακήρυξης, σε συνδυασμό με το περιεχόμενο του υποδείγματος του ΕΕΕΣ, ο ορισμός εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης πρέπει να γίνεται στο ίδιο το ΕΕΕΣ σε απάντηση του ειδικού ερωτήματος σχετικά με τον ρόλο του κάθε οικονομικού φορέα στην ένωση. Παράλειψη δε δήλωσης του εκπροσώπου/συντονιστή της συμμετέχουσας ένωσης στο ΕΕΕΣ παραβιάζει τους όρους του άρθρου 2.2.9.1 της Διακήρυξης, καθιστά το περιεχόμενο του ΕΕΕΣ ελλιπές και αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς, βάσει του άρθρου 2.4.6 περ. α', β' και ι' της Διακήρυξης, τον οποίο, μάλιστα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διαγνώσει κατά δέσμια αρμοδιότητα (ΔΕΦΑΘ 727/2022).

20. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα ένωση υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς τα ΕΕΕΣ των δύο μελών της. Σε αμφότερα τα ΕΕΕΣ, και συγκεκριμένα στο ερώτημα της Ενότητας Α' του Μέρους II σχετικά με τις σχέσεις μεταξύ των μελών της ένωσης, τα δύο μέλη της απάντησαν ότι είναι απλά μέλη αυτής (GM – group member), ενώ

κανένα από τα δύο δεν δήλωσε ότι έχει ρόλο συντονιστή (LE – leader). Επιπρόσθετα, η ένωση υπέβαλε κοινή δήλωση των μελών της σχετικά με τη σύστασή της με ημερομηνία 16/1/2023, στην οποία δηλώνεται ότι *«εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης/κοινοπραξίας ορίζεται ο κος ... με αναπληρωτή αυτού τον κο ...»*.

21. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις, η παράλειψη δήλωσης συντονιστή της ένωσης στα ΕΕΕΣ των μελών της συνιστά λόγο αποκλεισμού, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, απορριπτομένου του ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας ότι από το κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης δεν προκύπτει υποχρέωση δήλωσης ενός από τα μέλη της ένωσης ως συντονιστή της. Ομοίως, απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας ότι ο ρόλος του συντονιστή (leader) της ένωσης προκύπτει από την συνυποβληθείσα με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς δήλωση σύστασης της ένωσης, όπου ορίζεται ως εκπρόσωπος/συντονιστής ο νόμιμος εκπρόσωπος της ..., με αναπληρωτή τον νόμιμο εκπρόσωπο της Και τούτο, διότι η Διακήρυξη και το οικείο ερώτημα της Ενότητας Α' του ΕΕΕΣ, στο οποίο αμφότερα τα μέλη της παρεμβαίνουσας δήλωσαν ότι είναι απλά μέλη της (GM), αναφέρονται στον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση, και όχι σε φυσικό πρόσωπο εξουσιοδοτημένο να εκπροσωπεί την ένωση κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, τα στοιχεία του οποίου ζητούνται στην Ενότητα Β' του ΕΕΕΣ. Επομένως, πέραν του ότι κατ' αρχήν το στοιχείο του συντονιστή απαιτείται να δηλώνεται στο ΕΕΕΣ, και όχι να προκύπτει από άλλα στοιχεία της προσφοράς, η δήλωση φυσικού προσώπου ως εκπροσώπου/συντονιστή στη δήλωση σύστασης της κοινοπραξίας δεν καλύπτει τον προπαρατεθέντα όρο του άρθρου 2.2.9.1 της Διακήρυξης (βλ. ΕΑ ΣτΕ 163, 165/2020 κ.α και ΣτΕ 892/2022, σκ. 9-10, εξ αντιδιαστολής). Επίσης πρέπει να απορριφθεί ο περί ασάφειας των όρων της Διακήρυξης ισχυρισμός της προσφεύγουσας, διότι η χρήση της διατύπωσης «εκπρόσωπος/συντονιστής», τόσο στη σχετική νομοθετική διάταξη όσο και στη Διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού, σε συνδυασμό με το προπαρατεθέν ερώτημα του ΕΕΕΣ, καθιστούν σαφή την υποχρέωση της προσφέρουσας ένωσης να ορίσει το μέλος της που έχει τον ρόλο του συντονιστή της, στοιχείο που διαφοροποιείται από αυτό του φυσικού προσώπου που εξουσιοδοτείται να εκπροσωπεί την ένωση κατά τη

Αριθμός απόφασης: 750/2023

διαγωνιστική διαδικασία, τα στοιχεία του οποίου ζητούνταν σε διαφορετικά πεδία (βλ. ΕΑ ΣτΕ 163, 165/2020, ΔΕφΑΘ 731/2023 κ.α.). Τέλος, η διαπιστωθείσα πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν είναι ιάσιμη σύμφωνα με τα άρθρα 102 ν. 4412/2016 και 3.1.2.1 της Διακήρυξης, αφού τυχόν συμπλήρωση του ελλείποντος στοιχείου που ρητά απαιτείτο από τη Διακήρυξη θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς (βλ. ΔΕφΑΘ 727/2022). Για όλους τους παραπάνω λόγους, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

22. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις, η πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της και, επομένως, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων λόγων αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007).

22. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει μερικώς δεκτή, η παρέμβαση να απορριφθεί και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται μερικώς την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 22 Μαΐου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ