

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 1430/08-10-2020 προδικαστική προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας με την επωνυμία «****, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. **** απόφαση της ***** *****, και κάθε άλλη συναφής πράξη και παράλειψη, ρητή ή σιωπηρή, μεταγενέστερη ή προγενέστερη, να απορριφθεί η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «*****» και να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Με την εν θέματι παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της οικείας προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, στις 29-07-2020 δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ από την αναθέτουσα αρχή, διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού μειοδοτικού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου της εκτέλεσης του δημοσίου έργου με τίτλο «ΕΠΙΣΚΕΥΗ *****» συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 107.258,06 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (α/α ΕΣΗΔΗΣ: ****, ΑΔΑΜ: *****, υπ' αριθμ. πρωτ.*****). Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 28-08-2020.

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό *****, εξοφληθέν και δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 600,00 ΕΥΡΩ.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχε υποβάλλοντας προσφορά στις 26-08-2020, ο προσφεύγων. Πέραν αυτής, προσφορά υπέβαλε μεταξύ άλλων και η παρεμβαίνουσα ένωση οικονομικών φορέων με την επωνυμία «*****». Μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών και των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζόμενων συντάχθηκε το υπ' αρ. ***** πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού. Δυνάμει αυτού, η ως άνω επιτροπή γνωμοδότησε υπέρ της ανάδειξης της παρεμβαίνουσας «*****» ως προσωρινής μειοδότης με ποσοστό έκπτωσης 44,67%. Δεύτερος στη σειρά μειοδοσίας αναδείχθηκε ο προσφεύγων με ποσοστό έκπτωσης 44,00%. Κατόπιν, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. ***** απόφαση της ***** του ***** (ΑΔΑ:*****), δια της οποίας εγκρίθηκε το προαναφερθέν πρακτικό. Πλήρη γνώση της ως άνω απόφασης έλαβε ο προσφεύγων στις 28-09-2020, οπότε η αναθέτουσα αρχή προέβη στην κοινοποίησή της στον ιστότοπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία».

5.Επειδή, συνεπώς η από 08/10/2020 υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017. Εξάλλου, ασκεί την υπό κρίση προσφυγή, παραδεκτά και με προφανές έννομο συμφέρον, καθώς έχει

καταταχθεί δεύτερος σε σειρά μειοδοσία. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από τον προσφεύγοντα στις 08.10.2020 και από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα στις 09/10/2020 μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

6.Επειδή, συνεπώς παραδεκτώς, εμπροθέσμως και με προφανές έννομο συμφέρον ασκήθηκε η από 16/10/2020 οικεία παρέμβαση μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

7.Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. ***** το οποίο διαβιβάστηκε τόσο στην Α.Ε.Π.Π. μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 16.10.2020, όσο και προς «όλους τους συμμετέχοντες» μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της προσφυγής στην ΑΕΠΠ και τις κοινοποίησε δι' αυτού του τρόπου στον προσφεύγοντα. Επ' αυτών κατετέθη νομίμως το από 22/10/2020 υπόμνημα του προσφεύγοντος.

8.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 19 του ν.4412/2016: «1.... 2. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής. Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας....». Επέκεινα, σύμφωνα με τα οριζόμενα της παραγράφου 7 του άρθρου 96 «χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής» του ν.4412/2016, γίνεται αναφορά σε εκπρόσωπο/συντονιστή της προσφέρουσας ένωσης ορίζοντας ότι «Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υπογράφεται υποχρεωτικά είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση είτε από εκπρόσωπό τους νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά

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».

9.Επειδή, στο άρθρο 3 της οικείας διακήρυξης ορίζεται ότι «Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς: 3.1 [...] Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής. 3.2 Στον ηλεκτρονικό φάκελο προσφοράς περιέχονται: (α) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», (β) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά». 3.3. [...]. Άρθρο 4 ... 4.2 - Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης: (α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί... τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει ... τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης (β) [...] Άρθρο 23 - Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής: 23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση...ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22.Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22.Β-Ε της παρούσας. [...] Κατά την υποβολή του ΤΕΥΔ, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22.Α.1 της παρούσας, για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη

του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα, για την εφαρμογή του παρόντος, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης. [...]. Άρθρο 24 - Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς: 24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: (α) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας. 24.3 [...].».

10.Επειδή, ο προσφεύγων προβάλλει, ότι «Από τους όρους της διακήρυξης και τις διατυπώσεις του σχεδίου ΤΕΥΔ συνάγεται ότι τα έγγραφα, τα οποία κάθε συμμετέχων οφείλει να υποβάλει με την προσφορά του, είναι το ΤΕΥΔ, η εγγυητική επιστολή συμμετοχής και η οικονομική προσφορά και ότι, εφ' όσον δεν προβλέπεται με την προσφορά η υποβολή άλλου εγγράφου, στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων η έκταση και το είδος της συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους), καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής πρέπει επί ποινή απαραδέκτου να δηλώνεται στο ΤΕΥΔ και δη σε απάντηση των σχετικών ερωτημάτων στο Μέρος II Α αυτού. Αν, αντίθετα, ο εκπρόσωπος/συντονιστής δεν δηλώνεται στο οικείο πεδίο του ΤΕΥΔ, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, εν όψει των αρχών της τυπικότητας, διαφάνειας και δημοσιότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, να απορρίψει την προσφορά. Εξάλλου, από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 3.1 της διακήρυξης, σε συνδυασμό με την περιεχόμενη στο ΤΕΥΔ διατύπωση «Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα...)», προκύπτει ότι ο επικεφαλής/συντονιστής της ένωσης είναι μέλος

Αριθμός Απόφασης: 1511/2020

της και δεν μπορεί να είναι τρίτο πρόσωπο φυσικό ή νομικό σε περίπτωση που αυτό δεν συμμετέχει αυτοτελώς στην ένωση και ότι η έννοια του επικεφαλής/συντονιστή, η οποία αναφέρεται στο μέλος που συντονίζει διοικητικά και τεχνικά την ένωση και επικοινωνεί με την αναθέτουσα αρχή, διαφοροποιείται από την έννοια του νομίμως εξουσιοδοτημένου εκπροσώπου που υποβάλλει κοινή προσφορά εκ μέρους της ένωσης και μπορεί να είναι οποιοδήποτε φυσικό πρόσωπο επιλέξουν τα μέλη της. Στην ερμηνεία δε αυτή ήχθη και η υπ' αριθμ. 590/2019 απόφαση του Τμήματος Μείζονος συνθέσεως του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία ήρθη αμφιβολία που ανέκυψε στο VI Τμήμα σχετικά με την ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 96 παρ. 7 του ν. 4412/2016 ως προς την έννοια του όρου «εκπρόσωπος/συντονιστής» και τον υποχρεωτικό ορισμό του κατά την υποβολή προσφοράς ενώσεως οικονομικών φορέων σε διαγωνιστική διαδικασία. Συγκεκριμένα, με την ως άνω απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου έγινε κατά πλειοψηφία δεκτό ότι στο εδάφιο α' της ανωτέρω παραγράφου ρυθμίζεται ο τρόπος υποβολής της προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων και η δυνατότητα ορισμού κοινού εκπροσώπου, ήτοι φυσικού προσώπου εξουσιοδοτημένου να υποβάλει την προσφορά και να δεσμεύει κατά τούτο την ένωση με την υπογραφή του, ενώ στο εδάφιο β' ρυθμίζονται ζητήματα σχετικά με το περιεχόμενο της προσφοράς και ζητείται, μεταξύ άλλων, επί ποινή αποκλεισμού, η υπόδειξη εκ μέρους της ένωσης ενός εκ των μελών της, το οποίο αναλαμβάνει την ευθύνη της εκπροσώπησης και του διοικητικού και τεχνικού συντονισμού των μελών για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας, κατά τούτο δε ο εκπρόσωπος/συντονιστής έχει την έννοια του επικεφαλής εταίρου (lead partner) και ταυτίζεται εννοιολογικά με τον όρο «επικεφαλής» (leader) που αναφέρεται στο υπόδειγμα ΤΕΥΔ. Εξάλλου, και το ίδιο το ΤΕΥΔ διακρίνει τον ρόλο του οικονομικού φορέα που θα οριστεί «επικεφαλής», ως αναφέρει (έννοια που ταυτίζεται με την έννοια «συντονιστής» που αναφέρει η διακήρυξη), από τον, σε άλλη στήλη, αιτούμενο «εκπρόσωπο». Συγκεκριμένα, στο Τμήμα «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του «Μέρους II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του ΤΕΥΔ περιλαμβάνονται προς συμπλήρωση τα ακόλουθα πεδία: «Τρόπος συμμετοχής:

Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους; Εάν ναι, μεριμνήστε για την υποβολή χωριστού εντύπου ΤΕΥΔ από τους άλλους εμπλεκόμενους οικονομικούς φορείς. Εάν ναι: α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): β) Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: γ) Κατά περίπτωση, επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας». Στο, δε, Τμήμα «β: Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» του ίδιου Μέρους II του ΤΕΥΔ υπάρχει προς συμπλήρωση διακριτό πεδίο προς συμπλήρωση των στοιχείων που αφορούν στην εκπροσώπηση. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, το μέλος ***** της ανταγωνίστριας «*****», στα επίμαχα πεδία του Τμήματος «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του «Μέρους II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του ΤΕΥΔ έχει απαντήσει ως εξής: Στο ερώτημα «Τρόπος συμμετοχής: Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους;» έχει απαντήσει «Ναι» και στο ερώτημα «Εάν ναι: α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): β) Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: γ) Κατά περίπτωση, επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας», έχει απαντήσει «α) *****». Περαιτέρω, στα πεδία του Τμήματος «β: Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» του Μέρους II του ΤΕΥΔ έχει απαντήσει ως εξής: «Ονοματεπώνυμο συνοδευόμενο από την ημερομηνία και τον τόπο γέννησης εφόσον απαιτείται: *****... Θέση/Ενεργών υπό την ιδιότητα: ΝΟΜΙΜΟΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ.....Τέλος, στο ερώτημα του Τμήματος «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του «Μέρους II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του ΤΕΥΔ όπου φέρει τον τίτλο «Τμήματα» και ερωτάται «Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλλει προσφορά» έχει απαντήσει

«ΕΡΓΑ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ 100% ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ. Η ΑΜΟΙΒΗ ΤΟΥ ΚΑΘΕ ΜΕΛΟΥΣ ΘΑ ΚΑΘΟΡΙΣΤΕΙ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΙΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΠΟΥ ΤΟ ΚΑΘΕ ΜΕΛΟΣ ΕΧΕΙ ΑΝΑΛΑΒΕΙ ΝΑ ΕΚΤΕΛΕΣΕΙ». Επίσης, το έτερο μέλος ***** της ανταγωνίστριας «*****», στα επίμαχα πεδία του Τμήματος «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του «Μέρους ΙΙ: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του ΤΕΥΔ έχει απαντήσει ως εξής: Στο ερώτημα «Τρόπος συμμετοχής: Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους;» έχει απαντήσει «Ναι» και στο ερώτημα «Εάν ναι: α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): β) Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: γ) Κατά περίπτωση, επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας», έχει απαντήσει «α) ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ***** ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΑΠΟ 26/8/2020 ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΣΥΣΤΑΣΗΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ, ΝΟΜΙΜΟΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ΤΗΣ ***** β) ***** 100% ΓΙΑ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ, γ) *****..... Περαιτέρω, στα πεδία του Τμήματος «Β: Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» του Μέρους ΙΙ του ΤΕΥΔ έχει απαντήσει ως εξής: «Ονοματεπώνυμο συνοδευόμενο από την ημερομηνία και τον τόπο γέννησης εφόσον απαιτείται.*****.... Θέση/Ενεργών υπό την ιδιότητα: ΝΟΜΙΜΟΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ.....Τέλος, στο ερώτημα του Τμήματος «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του «Μέρους ΙΙ: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του ΤΕΥΔ όπου φέρει τον τίτλο «Τμήματα» και ερωτάται «Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλλει προσφορά» έχει απαντήσει «ΕΡΓΑ Η/Μ 100% ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ. Η ΑΜΟΙΒΗ ΤΟΥ ΚΑΘΕ ΜΕΛΟΥΣ ΘΑ ΚΑΘΟΡΙΣΤΕΙ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΙΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΠΟΥ ΤΟ ΚΑΘΕ ΜΕΛΟΣ ΕΧΕΙ ΑΝΑΛΑΒΕΙ ΝΑ ΕΚΤΕΛΕΣΕΙ». Εκ των ανωτέρω προκύπτουν οι εξής πλημμέλειες των ΤΕΥΔ των μελών της ανταγωνίστριας: Πρώτον, κατά παράβαση των ρητών, σαφών και επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενων απαιτήσεων της διακήρυξης, τα μέλη της ανταγωνίστριας και ιδίως *****δεν έχουν

δηλώσει στα υποβληθέντα εκ μέρους τους ΤΕΥΔ συντονιστή της κοινοπραξίας. Τούτο, διότι, ο συντονιστής της κοινοπραξίας δηλώνεται, όπως προαναφέρθηκε, στο οικείο πεδίο του Τμήματος Α' του Μέρους ΙΙ του ΤΕΥΔ. Ωστόσο, στο οικείο πεδίο αφενός ***** είχε προβεί μόνο σε δήλωση «νομίμου εκπροσώπου» της ανταγωνίστριας ένωσης και αφετέρου ***** έχει δηλώσει απλώς τον «υπεύθυνο» της ένωσης χωρίς όμως να προσδιορίζει με συγκεκριμένο και ειδικό τρόπο τα καθήκοντα που αυτός θα εκτελεί. Σημειώνω ότι, όπως προκύπτει ιδίως από τη λεκτική διατύπωση του οικείου πεδίου του ΤΕΥΔ, η έννοια του υπευθύνου διακρίνεται σαφώς από την έννοια του επικεφαλής, αφού ο υπεύθυνος ασκεί συγκεκριμένα καθήκοντα, τα οποία δεν ταυτίζονται κατ' ανάγκη με το σύνολο των καθηκόντων εκπροσώπησης και διοικητικού και τεχνικού συντονισμού των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας, για τα οποία, όπως προαναφέρθηκε, είναι υπεύθυνος ο οριζόμενος επικεφαλής/συντονιστής. Κατά τούτο, δεν προκύπτει ο συντονιστής της ανταγωνίστριας, κατά παράβαση όρου που τάσσεται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς της. Εκ περισσού σημειώνω ότι προς ευδοκίμηση αυτού του ισχυρισμού μου αρκεί η παράλειψη οποιαδήποτε δήλωσης σχετικά με τον συντονιστή εκ μέρους του ***** . Δεύτερον, στο διακριτό πεδίο Τμήμα Β' του Μέρους ΙΙ του ΤΕΥΔ, το οποίο, όπως προαναφέρθηκε, αφορά την εκπροσώπηση, έχουν δηλώσει το νόμιμο εκπρόσωπο της κοινοπραξίας, ο οποίος όμως δεν είναι το ίδιο πρόσωπο. Συγκεκριμένα, ο ***** αναφέρει ως «νόμιμο εκπρόσωπο» τον ίδιο, ενώ ο ***** από την άλλη δηλώνει ως νόμιμο εκπρόσωπο της ένωσης τον εαυτό του. Περαιτέρω, σε άλλο σημείο του ΤΕΥΔ του ***** και συγκεκριμένα στο Τμήμα «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του «Μέρους ΙΙ: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του ΤΕΥΔ αναφέρεται ως νόμιμος εκπρόσωπος της κοινοπραξίας ο ***** . Είναι προφανής η αντίφαση στις αναφορές των μελών της ανταγωνίστριας ως προς τον νόμιμο εκπρόσωπο αυτής. Αυτή η ουσιώδης ασάφεια καθιστά την προσφορά της ανταγωνίστριας αναξιόπιστη, ανακριβή και τελικά ανεπίδεκτη εκτίμησης, επομένως απορριπτέα. Τρίτον, κατά παράβαση των ρητών, σαφών και επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενων απαιτήσεων της

διακήρυξης, τα μέλη της ανταγωνίστριας ένωσης δεν έχουν δηλώσει στα υποβληθέντα εκ μέρους τους ΤΕΥΔ ούτε την κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους, αλλά μόνο ποσοστά που αφορούν τη συμμετοχή τους. Τα μέλη της ανταγωνίστριας καταλείπουν τον προσδιορισμό της αμοιβής που θα λάβει έκαστο εξ αυτών στο απώτατο μέλλον, όπως προκύπτει σαφέστατα από τη διατύπωση «*Η ΑΜΟΙΒΗ ΤΟΥ ΚΑΘΕ ΜΕΛΟΥΣ ΘΑ ΚΑΘΟΡΙΣΤΕΙ...*». Ωστόσο, κατ' αυτόν τον τρόπο δεν προκύπτει στο παρόν διαγωνιστικό στάδιο η κατανομή αμοιβής, όπως απαιτεί η διακήρυξη επί ποινή απόρριψης. Εξάλλου, μόνη η αναφορά στο τμήμα εργασιών που θα εκτελέσει έκαστος εκ των μελών της ανταγωνίστριας ένωσης δεν αρκεί για τον ζητούμενο προσδιορισμό της κατανομής αμοιβής, αφού αυτή αποτελεί μέγεθος διακριτό από την έκταση της συμμετοχής του κάθε μέλους (ΑΕΠΠ 423/2020, σκ. 36). Τέλος, σημειώνω ότι προς προκαταρκτική απόδειξη πλήρωσης όλων των ανωτέρω απαιτήσεων δεν ζητείτο άλλο έγγραφο πλην του ΤΕΥΔ, ενώ σε κάθε περίπτωση, η επίκληση άλλου, πλην του ΤΕΥΔ, εγγράφου δεν θα μπορούσε να θεραπεύσει τη μη ορθή κατά τις ρητές, σαφείς και επί ποινή αποκλεισμού οριζόμενες απαιτήσεις της διακήρυξης, συμπλήρωση του ΤΕΥΔ (ΕΑ ΣτΕ 163/2020, ΑΕΠΠ 279/2020, 884,885/2019). Περαιτέρω, δεδομένης της δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει προσφορά που παραβιάζει υποχρεωτικό όρο της διακήρυξης, δεν χωρεί εν προκειμένω εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 (ΔΕφΧαν 13/2019 σκ. 14, ΔΕφΧαν 10/2019, ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΑΕΠΠ 702/2019, 668/2019, 242/2019, 36/2019). Ενόψει των ανωτέρω, τα δικαιολογητικά συμμετοχής της ανταγωνίστριας δεν είναι σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, και κατά τούτο η προσφορά της είναι απορριπτέα».

11.Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις ως άνω απόψεις της προβάλλει ότι «α) Τόσο στις Τ.Ε.Υ.Δ. των Οικονομικών φορέων «*****» και «*****», όσο και στο «*ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ ΣΥΣΤΑΣΗΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ*», δηλώνεται με σαφήνεια ότι νόμιμος εκπρόσωπος της ***** είναι ***** β) Το τμήμα των εργασιών που θα εκτελέσει κάθε μέλος της Κ/ξίας και η κατανομή της αμοιβής τους καθορίζονται σαφώς (το 100% των οικοδομικών εργασιών θα εκτελεστεί από τον οικονομικό φορέα «*****» και το 100% των

ηλεκτρομηχανολογικών εργασιών θα εκτελεστεί από τον οικονομικό φορέα «****» και η κατανομή της αμοιβής θα είναι αντίστοιχη. γ) Τα δηλωθέντα στο Μέρος II, τμήμα Β των ΤΕΥΔ, δεν δημιουργούν ασάφειες, καθότι στην ΤΕΥΔ του «****» δηλώνεται νόμιμος εκπρόσωπος **** και στην ΤΕΥΔ του «****» δηλώνεται νόμιμος εκπρόσωπος ****. Από τα παραπάνω προκύπτει, ότι δεν υπάρχουν ελλείψεις και ασάφειες στα υποβληθέντα από τον οικονομικό φορέα «*****» στα πλαίσια του διαγωνισμού (α/α ΕΣΗΔΗΣ ****) του έργου «*****» τα οποία εξετάστηκαν από την Επιτροπή Διαγωνισμού σύμφωνα με το 1^ο Πρακτικό του διαγωνισμού, που να οδηγούν στην απόρριψη της προσφοράς και στην ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης ****της Ο.Ε.».

12.Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι «Ο ισχυρισμός ότι ο οικονομικός φορέας **** δεν αναφέρει τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή την κοινοπραξία, είναι έωλος καθώς στο ΤΕΥΔ του οικονομικού φορέα **** στο Τμήμα Α του Μέρους II δηλώνεται σαφώς ότι «ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ 100% ΓΙΑ ΕΡΓΑ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ, ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ***** - ΝΟΜΙΜΟΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ΤΗΣ *****». Δηλαδή εκτός του ότι το μέλος της υπό σύσταση Κ/Ξ δηλώνει ότι είναι Νόμιμος εκπρόσωπος και Υπεύθυνος της Κ/Ξ, είναι και υπεύθυνος για το 100% της εκτέλεσης των οικοδομικών εργασιών. Ενώ στη συνέχεια κατά τη δήλωση του στο τμήμα Α του ΤΕΥΔ «Α. Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό Φορέα» στο οποίο περιλαμβάνονται προς συμπλήρωση όλα τα ακόλουθα πεδία: «Τρόπος Συμμετοχής: β) προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, Δηλώνει «β)*****ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΣΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 100% ΓΙΑ ΕΡΓΑ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ». Και γ) Κατά περίπτωση επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας ο οικονομικός Φορέας ***** δηλώνει την επωνυμία της υπό σύσταση Κοινοπραξίας: «γ)*****». Όσον αφορά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος για τις πλημμέλειες των μελών της ανταγωνίστριας που απαριθμούνται από την σελίδα 12 της προσφυγής. Έχουμε να σας αναφέρουμε τα εξής : Για τον Πρώτο ισχυρισμό .. τα μέλη της ανταγωνίστριας και ιδίως ο **** δεν έχουν δηλώσει συντονιστή της κοινοπραξίας.. έχουμε να σας αναφέρουμε ότι, στην ΤΕΥΔ του προσφέροντος

Αριθμός Απόφασης: 1511/2020

μέλους της Κοινοπραξίας **** αναφέρεται, στο Μέρος II, τμήμα Α του ΤΕΥΔ «Α. Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό Φορέα» περιλαμβάνονται προς συμπλήρωση όλα τα ακόλουθα πεδία: «Τρόπος Συμμετοχής : Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους; Εάν ναι: α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή την κοινοπραξία, β) προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, γ) Κατά περίπτωση επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας», ο **** δηλώνει: «Α. ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ****, ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΑΠΟ 26/08/2020 ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ ΣΥΣΤΑΣΗΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ (το οποίο έχει κατατεθεί μαζί με τα δικαιολογητικά συμμετοχής στο ΕΣΗΔΗΣ), ΝΟΜΙΜΟΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ΤΗΣ ****,». Επομένως αναφέρεται και ο ρόλος του **** στην Κοινοπραξία Και δηλώνεται ο νόμιμος εκπρόσωπος της Κοινοπραξίας στην ΤΕΥΔ του **** (ο οποίος ορίζεται ως *****) και παρακάτω στα «Τμήματα» της ΤΕΥΔ αναγράφεται το τμήμα των εργασιών που αφορά τον ****. Ο προσφεύγων χρησιμοποιεί την διατύπωση συντονιστής αντί του εκπροσώπου για να στηρίξει τον έωλο ισχυρισμόν του ενώ πρόκειται για το ίδιο ρόλο (βλέπε διακήρυξη άρθρο 3.1). Για τον δεύτερο ισχυρισμό του προσφεύγοντος «****» που αναφέρει στην σελίδα 13 της προσφυγής του:... στο πεδίο Τμήμα Β ' του μέρους II του ΤΕΥΔ, το οποίο όπως προαναφέρθηκε, αφορά την εκπροσώπηση, έχουν δηλώσει το νόμιμο εκπρόσωπο της κοινοπραξίας, ο οποίος όμως δεν είναι το ίδιο πρόσωπο. Συγκεκριμένα **** αναφέρει ως νόμιμο εκπρόσωπο τον ίδιο, ενώ **** από την άλλη δηλώνει ως νόμιμο εκπρόσωπο της ένωσης τον εαυτό του. Έχουμε να αναφέρουμε τα παρακάτω : Στο Μέρος II τμήμα Β του ΤΕΥΔ αναφέρει: «Β: Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα. Κατά περίπτωση, αναφέρετε το όνομα και τη διεύθυνση του προσώπου ή των προσώπων που είναι αρμόδια/εξουσιοδοτημένα να εκπροσωπούν τον οικονομικό φορέα για τους σκοπούς της παρούσας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης». Κάθε μέλος της **** είναι ατομική επιχείρηση και στο πεδίο αυτό αναφέρουν τα προσωπικά στοιχεία τα οποία ζητούνται, όπως ονοματεπώνυμο, ημερομηνία γέννησης διεύθυνση κτλ. Στο

πεδίο Β του Μέρους ΙΙ, ο οικονομικός φορέας ***** δηλώνει ότι είναι νόμιμος εκπρόσωπος της δικής του ατομικής επιχείρησης, η οποία έχει δικό της ***** και αντίστοιχα ο οικονομικός φορέας ***** ο δηλώνει ότι είναι νόμιμος εκπρόσωπος της δικής του ατομικής επιχείρησης, η οποίος έχει το δικό του *****.

Δηλαδή ο προσφεύγων με δόλιο τρόπο προσπαθεί να παραπλανήσει την επιτροπή διαγωνισμού καθώς και την επιτροπή εκδίκασης προδικαστικών προσφυγών αναφέροντας οφθαλμοφανείς ανακρίβειες στο θέμα των νόμιμων εκπροσώπων και ταυτίζοντας τους νόμιμους εκπροσώπους των δυο ατομικών εργοληπτικών επιχειρήσεων που αναφέρονται στο Μέρος ΙΙ πεδίο «Β» με τον οριζόμενο νόμιμο εκπρόσωπο την προσφέρουσα κοινοπραξία που έχει ορισθεί στο Μέρος ΙΙ πεδίο «Α» και από τους δύο συμμετέχοντες κοινοπρακτούντες και είναι *****.

Στην προδικαστική προσφυγή αναφέρεται στη σελίδα 12 ότι τα μέλη της υπό σύσταση Κ/Ξ δεν έχουν δηλώσει συντονιστή-εκπρόσωπο της Κ/Ξ, ενώ στη σελίδα 13 κατηγορούμαστε για το αντίθετο. Αυτό και μόνο το γεγονός δείχνει ότι ο οικονομικός φορέας ***** με την προσφυγή του αυτή πέφτει σε αντιφάσεις και έωλους ισχυρισμούς, στην προσπάθεια του να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης. Για τον τρίτο ισχυρισμό του προσφεύγοντος στην σελίδα 13 της προσφυγής όπου αναφέρει : τα μέλη της ανταγωνίστριας ένωσης δεν έχουν δηλώσει στα υποβληθέντα εκ μέρους τους ΤΕΥΔ ούτε την κατανομή αμοιβής μεταξύ τους, αλλά μόνο τα ποσοστά που αφορούν τη συμμετοχή τους. Αυτός ο ισχυρισμός δεν ισχύει καθώς στο Ερώτημα του Τμήματος Α «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό Φορέα» του Μέρους ΙΙ «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό Φορέα» του ΤΕΥΔ όπου αναφέρει το Τίτλο «Τμήματα» ερωτάται: «Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων που ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά», ο οικονομικός Φορέας ***** δηλώνει στο αντίστοιχο τμήμα του ΤΕΥΔ: «ΕΡΓΑ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ 100% ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ, Η ΑΜΟΙΒΗ ΤΟΥ ΚΑΘΕ ΜΕΛΟΥΣ ΘΑ ΚΑΘΟΡΙΣΤΕΙ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΙΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΠΟΥ ΤΟ ΚΑΘΕ ΜΕΛΟΣ ΕΧΕΙ ΑΝΑΛΑΒΕΙ ΝΑ ΕΚΤΕΛΕΣΕΙ», ενώ στο αντίστοιχο πεδίο ο οικονομικός φορέας ***** δηλώνει: «ΕΡΓΑ Η/Μ 100% ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ, Η ΑΜΟΙΒΗ ΤΟΥ ΚΑΘΕ ΜΕΛΟΥΣ ΘΑ ΚΑΘΟΡΙΣΤΕΙ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΙΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΠΟΥ ΤΟ ΚΑΘΕ

ΜΕΛΟΣ ΕΧΕΙ ΑΝΑΛΑΒΕΙ ΝΑ ΕΚΤΕΛΕΣΕΙ». Δηλαδή καθορίζεται το τμήμα των εργασιών που θα εκτελέσει κάθε μέλος του οικονομικού φορέα το και βεβαίως σε συνδυασμό με την υποβληθείσα οικονομική προσφορά η κατανομή της αμοιβής του κάθε μέλους.».

13.Επειδή, με το ως άνω υπόμνημα του, ο προσφεύγων υποστηρίζει, ότι «Τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα επιδιώκουν την ταύτιση της έννοιας του «νομίμου εκπροσώπου» με αυτήν του «συντονιστή» της ένωσης οικονομικών φορέων, έτσι ώστε να περισώσουν το κύρος της προσφοράς, κατά της οποίας βάλλω. Αυτή η προσπάθεια όμως δεν έχει νόμιμη βάση, ιδίως ενόψει της σαφούς διάκρισης μεταξύ των δύο εννοιών από τη νομολογία (παραπέμπω ιδίως στην υπ' αριθμ. 590/2019 απόφαση του Τμήματος μείζονος συνθέσεως του Ελεγκτικού Συνεδρίου και στις λοιπές αποφάσεις που αναφέρω στο σημείο Β της κρινόμενης προσφυγής). Η αναθέτουσα αρχή εμμέσως συνομολογεί ότι τα μέλη της ανταγωνίστριας ένωσης οικονομικών φορέων δεν έχουν ορίζει συντονιστή κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης. Γίνεται αναφορά μόνο στον ορισμό νομίμου εκπροσώπου, ο οποίος όμως δεν αρκεί για να ικανοποιήσει της απαιτήσεις της διακήρυξης που έχουν τεθεί επί ποινή απόρριψης της προσφοράς της ανταγωνίστριας. Τη μη αναφορά συντονιστή της ανταγωνίστριας τουλάχιστον εκ μέρους του ***** συνομολογεί και η ίδια παρεμβαίνουσα, αφού καμία σχετική αναφορά δεν προκύπτει από το υποβληθέν ΤΕΥΔ της, όπως αναλυτικά αναφέρω στην κρινόμενη προσφυγή. Άρα, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής μου προσφυγής είναι βάσιμος. Όσον αφορά στον ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας ότι προς κάλυψη των ελλείψεων των υποβληθέντων ΤΕΥΔ αρκεί η επίκληση του ιδιωτικού συμφωνητικού σύστασης κοινοπραξίας που προσκόμισε ανεπίκαιρα η παρεμβαίνουσα σημειώνω ότι ούτε από το συγκεκριμένο έγγραφο προκύπτει ο ορισμός συντονιστή της ανταγωνίστριας ένωσης. Σε κάθε περίπτωση, παραπέμπω στην προσκομιζόμενη ΕΑ ΣτΕ 163/2020, η οποία έκρινε επί διατάξεων πανομοιότυπων προς τις εδώ κρίσιμες ότι: «η διακήρυξη ορίζει ότι η προσφορά που υποβάλλεται από τους οικονομικούς φορείς απαρτίζεται από τους (υπο)φακέλους των δικαιολογητικών συμμετοχής και της οικονομικής

προσφοράς, εκ των οποίων ο πρώτος περιέχει το ΕΕΕΣ και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Το δε ΕΕΕΣ αποτελεί το ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τους όρους που καθορίζονται στη διακήρυξη. Συνεπώς, εφ' όσον η διακήρυξη δεν προβλέπει ειδικώς την προσκόμιση άλλου δικαιολογητικού κατά την υποβολή της προσφοράς σχετικά με τον ορισμό εκπροσώπου/συντονιστή, ο ορισμός αυτού πρέπει να περιλαμβάνεται στο ΕΕΕΣ, σε απάντηση του ειδικού, άλλωστε προς τούτο, πεδίου του Μέρους II Κεφάλαιο Α σχετικά με τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση, μη ούσης επιτρεπτής της υποκατάστασης του προβλεπόμενου από τη διακήρυξη (προ)αποδεικτικού εγγράφου (ΕΕΕΣ) με την υποβολή άλλων εγγράφων που είτε δεν προβλέπονται στη διακήρυξη είτε η προσκόμισή τους προβλέπεται μεν αλλά σε επόμενο στάδιο της διαδικασίας (πρβλ. Ε.Α. 145/2019). Εν όψει των ανωτέρω, πιθανολογείται σοβαρώς ότι δεν μπορούσε στο προβλεπόμενο από τη διακήρυξη στάδιο της προκαταρκτική ο απόδειξης να ληφθεί υπ' όψιν είτε συμπληρωματικώς είτε διορθωτικώς, το από 26.8.2020 συμφωνητικό σύστασης της ένωσης, με το οποίο τα μέλη της αφού σας όριζαν ως συντονιστή ένα εκ των εταιρειών μελών της -ορισμός που ερχόταν άλλωστε σε αντίθεση με τη δήλωση στο ΤΕΥΔ της εταιρείας αυτής ως απλού μέλους και όχι ως συντονιστή-, αφού το έγγραφο αυτό δεν αποτελούσε κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη περιεχόμενο της προσφοράς που έπρεπε να υποβλητέα εντός της οριζόμενης καταληκτικής προθεσμίας, αντιθέτως η προσκόμισή του προβλεπόταν μόνον από τον προσωρινό ανάδοχο στο μεταγενέστερο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και των αποδεικτικών εγγράφων νομιμοποίησης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 4.2. Ομοίως δε η ΑΕΠΠ, ορθώς αιτιολόγησε την κρίση της, όσα δε ανωτέρω προβάλλονται δεν πιθανολογούνται σοβαρώς ως βάσιμα». Κατά τούτο, ακόμη και αν το προσκομιζόμενο ιδιωτικό συμφωνητικό είχε κάποια αναφορά σε ορισμό συντονιστή, αυτή δεν θα μπορούσε να συμπληρώσει τις ελλείψεις των υποβληθέντων ΤΕΥΔ. Σε σχέση με την ασάφεια των ΤΕΥΔ της ανταγωνίστριας ως προς τον οριζόμενο νόμιμο εκπρόσωπο

αυτής, εμμένω σε όσα αναλυτικά αναφέρω στην κρινόμενη προσφυγή. Σημειώνω μόνο ότι η παρεμβαίνουσα πεπλανημένα θεωρεί ότι στο οικείο πεδίο συμπληρώνεται ο νόμιμος εκπρόσωπος του εκάστοτε μέλους της κοινοπραξίας, ενώ το ορθό είναι ότι στο συγκεκριμένο πεδίο συμπληρώνεται ο νόμιμος εκπρόσωπος της διαγωνιζόμενης ένωσης. Από εκεί και πέρα, είναι προφανές ότι για τη σαφήνεια της προσφοράς της ανταγωνίστριας είναι επιβεβλημένο τα μέλη της να ορίζουν τον ίδιο ακριβώς νόμιμο εκπρόσωπο, χωρίς η σχετική έλλειψη να μπορεί να διορθωθεί κατ' επίκληση του ιδιωτικού συμφωνητικού σύστασης κοινοπραξίας που προσκομίζεται ανεπίκαιρα κατά τα ειδικότερα κριθέντα στην ΕΑ ΣτΕ 163/2020 απόφαση. Σε σχέση με τον τρίτο ισχυρισμό μου περί μη κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της ανταγωνίστριας εμμένω σε όσα αναφέρω στην κρινόμενη προδικαστική προσφυγή».

14.Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού, η οποία εκδίδεται κατ' εφαρμογή διατάξεων δημοσίου δικαίου και τείνει στην κατάρτιση διοικητικής σύμβασης, έχει κανονιστικό χαρακτήρα, αφού ο θεσπιζόμενος κανόνας δικαίου απευθύνεται σε αόριστο αριθμό προσώπων, εφόσον αυτά συγκεντρώνουν τις νόμιμες προϋποθέσεις. Ως εκ τούτου, η διακήρυξη, από την οποία διέπεται ο διαγωνισμός, δεσμεύει τόσο την Αναθέτουσα Αρχή όσο και τους διαγωνιζομένους (ΣτΕ 2772/1986). Επιπροσθέτως, η διακήρυξη του διαγωνισμού, η οποία συνιστά στο σύνολό της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, καθώς και συνακόλουθα και οι όροι αυτής που έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, αφού περιλαμβάνουν γενικούς και αφηρημένους κανόνες, ελέγχονται ως προς την πιστή τήρησή τους από τα δικαστήρια (ΣτΕ 2992/1983, 4607/1986, 1127 και 4052/1990, 3306/1991, 1616 και 1619/2008). Εξ' αυτής της παραδοχής συνάγεται ότι η διακήρυξη δεσμεύει απολύτως την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν το διαγωνισμό παράλληλα όμως, η δεσμευτική ισχύς των όρων της διακήρυξης εκτείνεται και στους διαγωνιζομένους. Επιπλέον, η αρχή της προσήλωσης των διαγωνιζομένων στους όρους της διακήρυξης κατοχυρώνεται με ιδιαίτερη αυστηρότητα στο ενωσιακό δίκαιο, όπου γίνεται δεκτό ότι κάθε απόκλιση από τις υποχρεωτικές προβλέψεις της διακήρυξης συνιστά παράβαση του ενωσιακού δικαίου και

κυρίως της αρχής της ισότητας μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η οποία αποτελεί και τη βάση των ενωσιακών κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις και συνδέεται άμεσα με την αρχή της διαφάνειας, οι οποίες αρχές αμφότερες αποσκοπούν στη διασφάλιση ότι όλοι οι υποψήφιοι έχουν σε όλα τα στάδια της διαδικασίας του διαγωνισμού ίσες ευκαιρίες όταν υποβάλουν τις προσφορές τους (ΔΕΚ C-243/89 “Storebaelt”, Επιτροπή κατά Δανίας, Συλλογή 1993, I σελ. 3353, ΔΕΚ C-87/94, “Wallon Buses”, Επιτροπή κατά Βελγίου, ΔΕΚ C-19/2000, Construction versus County Council of the County of Mayo (2001), Συλλογή I-7725, υπόθεση T-203/96, Embassy Limousine and Services versus Parliament (1998), Συλλογή II-4239, ΔΕΚ C-470/99, Universale Bau versus EBS (2002), Συλλογή I-11617, ΔΕΚ C-16/98 Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή I-8315, σκ. 103-109 όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων εφαρμόζεται σε όλες τις φάσεις της διαγωνιστικής διαδικασίας και όχι μόνο κατά το χρονικό σημείο υποβολής των προσφορών).

15.Επειδή, το ΤΕΥΔ συνιστά το ουσιώδες εκείνο δικαιολογητικό συμμετοχής, το οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζονται στην οικεία προκήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία (πρβλ. Ε.Α. 135/2018, Δ.Εφ.Θεσ/νίκης Ν166/2018).

16.Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Από τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και του οικείου άρθρου της Διακήρυξης συνάγεται ότι από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 3.1 της διακήρυξης, σε συνδυασμό με την περιεχόμενη στο ΤΕΥΔ διατύπωση «Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα...)», προκύπτει ότι ο επικεφαλής/συντονιστής της ένωσης είναι μέλος της και δεν μπορεί να είναι τρίτο πρόσωπο φυσικό ή νομικό σε περίπτωση που αυτό δεν συμμετέχει αυτοτελώς στην ένωση και ότι η έννοια του επικεφαλής/συντονιστή, η οποία αναφέρεται στο μέλος που συντονίζει διοικητικά και τεχνικά την ένωση και επικοινωνεί με την αναθέτουσα αρχή,

διαφοροποιείται από την έννοια του νομίμως εξουσιοδοτημένου εκπροσώπου που υποβάλλει κοινή προσφορά εκ μέρους της ένωσης και μπορεί να είναι οποιοδήποτε φυσικό πρόσωπο επιλέξουν τα μέλη της. Συνεπώς παγίως γίνεται δεκτό ότι η συμμετέχουσα κοινοπραξία οφείλει να υποδείξει έναν εκ των μελών της ένωσης, το οποίο αναλαμβάνει την ευθύνη της εκπροσώπησης και του διοικητικού και τεχνικού συντονισμού των μελών για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας. Πρόκειται, δηλαδή, για επέκταση, με το νέο νομοθετικό πλαίσιο, και στις συμβάσεις δημοσίων έργων του θεσμού του «εκπροσώπου της σύμπραξης» που, κατά το προϊσχύσαν δίκαιο, προβλεπόταν αποκλειστικά κατά τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων μελετών (βλ. άρθρο 1 περ. 21 του ν. 3316/2005, με το οποίο οριζόταν ότι: «Έκπρόσωπος της σύμπραξης» είναι το φυσικό πρόσωπο που ορίζεται με κοινή δήλωση των μελών της και έχει την ευθύνη της εκπροσώπησης και του διοικητικού και τεχνικού συντονισμού των μελών για την παραγωγή σύνθετης μελέτης ή υπηρεσίας»). Κατά τούτο, ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης έχει την έννοια του «επικεφαλής εταίρου» (lead partner) και ταυτίζεται εννοιολογικά με τον όρο «επικεφαλής» (leader) που αναφέρεται στο ΕΕΕΣ, όρος που στον Εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 (ΕΕ) της Επιτροπής (ΕΕ L 3/6.1.2016), όπως διορθώθηκε για την ελληνική έκδοση με το C/2018/0225 «Διορθωτικό» (ΕΕ L 17/65/23.1.2018), αναφέρεται πλέον ως «συντονιστής», διασφαλίζοντας έτσι την ενότητα της ορολογίας. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η έννοια του εκπροσώπου της ένωσης οικονομικών φορέων που υποβάλλει την προσφορά, - ο οποίος δύναται να είναι οποιοδήποτε φυσικό πρόσωπο που έχει νομίμως εξουσιοδοτηθεί προς τούτο από τα μέλη της ένωσης -, είναι όλως διάφορη και διακριτή από την έννοια του εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης, ο οποίος είναι μέλος της ένωσης και, επομένως, δεν επιτρέπεται ούτε η δήλωση περισσότερων φορέων ως επικεφαλής, ούτε η απόδοση της ιδιότητας αυτής σε φυσικό πρόσωπο που δεν συμμετέχει αυτοτελώς στην ένωση, όπως οι εκπρόσωποι των συμμετεχουσών επιχειρήσεων (βλ. Ε.Σ. Τμήμα Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 590/2019, Α.Ε.Π.Π. 279/2020, 29/2020). Τούτο, διότι, ο συντονιστής της κοινοπραξίας δηλώνεται, όπως προαναφέρθηκε, στο οικείο

πεδίο του Τμήματος Α' του Μέρους ΙΙ του ΤΕΥΔ. Ωστόσο, στο οικείο πεδίο αφενός ***** είχε προβεί μόνο σε δήλωση «νομίμου εκπροσώπου» της παρεμβαίνουσας ένωσης και αφετέρου ***** έχει δηλώσει απλώς τον «υπεύθυνο» της ένωσης χωρίς όμως να προσδιορίζει με συγκεκριμένο και ειδικό τρόπο τα καθήκοντα που αυτός θα εκτελεί. Ενόψει, λοιπόν, όσων έγιναν δεκτά παραπάνω στη μείζονα σκέψη και ενόψει του προαναφερθέντος περιεχομένου της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ένωσης, η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα καθώς μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της. Εξάλλου, η υπό σύσταση κοινοπραξία νοείται ως «άτυπη» κοινοπραξία, που εξομοιούται στις συναλλαγές με την ένωση προσώπων (Α.Ε.Π.Π. 278/2020). Περαιτέρω, δε, από τους όρους της Διακήρυξης και από την επισκόπηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι προς προκαταρκτική απόδειξη πλήρωσης των επίμαχων απαιτήσεων δεν ζητείτο άλλο έγγραφο πλην του ΤΕΥΔ., ενώ ούτε στην προσφορά της προσφεύγουσας περιλαμβάνεται τέτοιο έγγραφο, ανεξαρτήτως του αν η τυχόν προσκόμιση άλλου, πλην του ΤΕΥΔ., εγγράφου θα μπορούσε και υπό ποιες προϋποθέσεις, σύμφωνα και με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, να θεραπεύσει τη μη ορθή κατά τις ρητές, σαφείς και επί ποινή αποκλεισμού οριζόμενες απαιτήσεις της Διακήρυξης, συμπλήρωση του ΤΕΥΔ (πρβλ. ΑΕΠΠ 279/2020, 884,885/2019). Εξάλλου, ως ήδη προδιελήφθη στο από 26/8/2020 ιδιωτικό συμφωνητικό της παρεμβαίνουσας διαλαμβάνεται ότι εκπρόσωπος της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «***** ορίζεται *****», χωρίς όμως να ορίζεται σύμφωνα με τα κριθέντα στην απόφαση 590/2019 του ΕλΣυν, ποιος θα είναι ο συντονιστής αυτής, ο οποίος θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να είναι διακριτό πρόσωπο από τον εκπρόσωπο της ένωσης. Κατόπιν των ανωτέρω, ο ως άνω λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 423/2020) .

17. Επειδή, δεδομένης της αποδοχής του προγενέστερου λόγου προσφυγής που οδηγεί αυτοτελώς στην απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, παρέπεται ότι ουδόλως δύναται να μεταβληθεί η έννομη

κατάστασης αυτής ή οποία αποκλείεται διά της αποδοχής του συγκεκριμένου λόγου προσφυγής (ΕΑ ΣΤΕ 308/2020).

18. Επειδή, ως παγίως έχει κριθεί, όταν η διακήρυξη ρητά προβλέπει την απόρριψη της προσφοράς σε περίπτωση που τα υποβληθέντα δικαιολογητικά δεν αποδεικνύουν τους όρους και τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, δεν είναι δε δυνατό, κατά παράκαμψη της αρχής της τυπικότητας, η προσφορά της συμμετέχουσας, η οποία, ήταν απορριπτέα κατά τη διακήρυξη, να γίνει δεκτή κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας και κατόπιν εκτίμησης στοιχείων που δεν υποβλήθηκαν σύμφωνα με τις διατάξεις της διακήρυξης (πρβλ. ΕπΑνΣΤΕ 240/2019, ΔΕφΘεσς. 74/2020).

19.Επειδή, κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων- με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστηματική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τελολογική- του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140).

20. Επειδή, επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

21.Επειδή, όλως επικουρικώς ως προς τους λοιπούς λόγους που εξάλλου συνέχονται εννοιολογικώς μεταξύ τους κρίνονται τα εξής. Σε συνέχεια των ανωτέρω, παρέλκει η εξέταση των λοιπών ισχυρισμών ισχυρισμού της προσφεύγουσας, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενων, καθώς με την αποδοχή του πρώτου ισχυρισμού της προσφεύγουσας, ακόμα και εάν ήθελε υποτεθεί ότι οι λοιποί οικείοι ισχυρισμοί της είναι αβάσιμοι, οι διαπιστωθείσες πλημμέλειες στην προσφορά της παρεμβαίνουσας παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της και ως εκ τούτου παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση της επάλληλης αιτιολογικής βάσης του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007 κ.α.). Επικουρικώς τέλος, κατά παράβαση των ρητών, επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενων απαιτήσεων της διακήρυξης, τα μέλη της παρεμβαίνουσας ένωσης δεν έχουν δηλώσει στα υποβληθέντα εκ μέρους τους ΤΕΥΔ ούτε την κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους, αλλά μόνο ποσοστά που αφορούν τη συμμετοχή τους, καθώς όπως προκύπτει σαφέστατα από τη διατύπωση του υποβληθέντος ΤΕΥΔ «Η ΑΜΟΙΒΗ ΤΟΥ ΚΑΘΕ ΜΕΛΟΥΣ ΘΑ ΚΑΘΟΡΙΣΤΕΙ...». Άλλοις λόγους, κατ' αυτόν τον τρόπο δεν προκύπτει στο παρόν διαγωνιστικό στάδιο η κατανομή αμοιβής, όπως απαιτεί η διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού. Εξάλλου, μόνη η αναφορά στο τμήμα εργασιών που θα εκτελέσει έκαστος εκ των μελών της ανταγωνίστριας ένωσης δεν παρίσταται νόμιμη για τον ζητούμενο προσδιορισμό της κατανομής αμοιβής, αφού αυτή αποτελεί μέγεθος διακριτό από την έκταση της συμμετοχής του κάθε μέλους (ΑΕΠΠ 423/2020, σκ. 36).

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση, υπ' αριθ. *** της **** του ****, κατά το μέρος που με αυτήν έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας «*****».

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα με κωδικό *****, ύψους 600,00 ΕΥΡΩ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 11 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 24 Νοεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ