

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 30 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρήστος Σώκος, Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/1442/25.11.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του δημοσίου νομικού προσώπου με την επωνυμία «ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΎΔΡΕΥΣΗΣ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ .....» [εφεξής «ΔΕΥΑ .....» ή «αναθέτων φορέας»].

Της από 06.12.2019 παρεμβαίνουσας ένωσης νομικών προσώπων με την επωνυμία «.....» όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και των αποτελούντων αυτή μελών της: α) εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται, β) «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η Απόφαση .../2019 του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα [εφεξής ΔΣ] κατά το μέρος που, κατ' έγκριση του από 14.11.2019 ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ 1 που συνέταξε η Επιτροπή Διενέργειας του δημόσιου Διαγωνισμού για την εκτέλεση του δημοσίου έργου «Διαδικτυακή υδροδότηση τοπικών κοινοτήτων ΔΕ .....» (Διακήρυξη ...../18.10.2019), ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την παρεμβαίνουσα ένωση, καθώς και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη προγενέστερη ή μεταγενέστερη.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το υπ' αριθμ. .... ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (€15.000) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) [εφεξής ο Κανονισμός].

2. Επειδή, με την, εγκριθείσα δυνάμει της Απόφασης ΔΣ .../2019 της «ΔΕΥΑ ....., Διακήρυξη ...../18.10.2019, όπως διακρίνεται στα Κεφάλαια Α-Δ αυτής, που εξέδωσε ο Πρόεδρος της, επιδιώχθηκε από τον αναθέτοντα φορέα η διενέργεια, σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΟ ΙΙ (άρθρα 222-338) και με τη χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ (Α/Α .....), ανοιχτού Διαγωνισμού για την εξεύρεση κατασκευαστικού αναδόχου ο οποίος θα αναλάμβανε την εκτέλεση του, χρηματοδοτούμενου από το Πρόγραμμα «.....», δημοσίου έργου «Διαδικτυακή υδροδότηση τοπικών κοινοτήτων Δ.Ε. ....» (Κωδικός CPV: .....), εντός συνολικής προθεσμίας 24 μηνών από την ημέρα υπογραφής της αντίστοιχης δημόσιας σύμβασης έργου (άρθρα 8 σελ. 15 και 12 σελ. 18 της Διακήρυξης. Η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη του έργου εκτιμήθηκε στα €3.790.000 με\_απαλλαγή ΦΠΑ αναλυόμενη σε: α) Δαπάνη Εργασιών €2.777.753,08 β) Γενικά έξοδα και Όφελος εργολάβου (Γ.Ε. + Ο.Ε.) €499.995,55 γ) Απρόβλεπτα (ποσοστού 15% επί της δαπάνης εργασιών και του κονδυλίου Γ.Ε.+Ο.Ε.) €491.662,29 (άρθρο 156 παρ. 3(α) Ν. 4412/2016) και δ) αναθεώρηση τιμών €20.589,08 (άρθρο 153 του Ν. 4412/2016) (άρθρο 11.1. σελ. 15, βλ. αναλυτικά το Τεύχος Δημοπράτησης «Προϋπολογισμός Μελέτης»). Συνοπτικά περιγραφόμενος, ο μικτός Διαγωνισμός αυτός αφορούσε, κατά το κύριο μέρος αυτού [ΣΤΕ ΕΑ 179/2019

και ΑΕΠΠ 583-584/2019- ΑΕΠΠ 1352/2019], τη μεταφορά πόσιμου νερού από τη γεώτρηση στη θέση «.....» μέσω του υφιστάμενου δικτύου σε νέα δεξαμενή (αντλιοστάσιο) στη θέση «.....» και στη συνέχεια μέσω νέου δικτύου στις ΤΚ ....., ....., ....., ....., ....., ....., ....., ....., ..... και ..... για την υδροδότησή τους, καθώς οι υφιστάμενες υδροληψίες στις τοπικές κοινότητες της ΔΕ ....., δεν καλύπτουν πλήρως τις υδρευτικές ανάγκες αυτών, μέσω της κατασκευής 2 δικτύων («.....» και «..... – .....»), το δε συνολικό μήκος των αγωγών ανερχόταν σε 28.734m., επίσης θα κατασκευαζόταν φρεάτια εκκένωσης, πιεζοθραυστικά και λοιπά φρεάτια και θα γινόταν εγκατάσταση συστημάτων αυτοματισμού και τηλεελέγχου (άρθρα 11.2.-11.3. σελ. 16-17 βλ. αναλυτικά, ως προς το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο της επίμαχης δημόσιας σύμβασης έργου το Τεύχος Δημοπράτησης «Τεχνική Έκθεση-Τεχνική Περιγραφή»). Κριτήριο κατακύρωσης αποφασίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, ήτοι η χαμηλότερη τιμή (άρθρο 14 σελ. 18). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των ηλεκτρονικών προσφορών ορίστηκε η 07.11.2019 και ημερομηνία ανοίγματος-αποσφράγισης των (υπο)φακέλων «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών» η 13.11.2019 (άρθρο 18 σελ. 20).

3. Επειδή, δυνάμει της Απόφασης ΔΣ .../2019, εκ του αποσπάσματος πρακτικού της με αριθμ. .../15.11.2019 τακτικής συνεδρίασής του (Θέμα 1ο), με την οποία επικυρώθηκε ομόφωνα το από 14.11.2019 ΠΡΑΚΤΙΚΟ 1 που συνέταξε η ορισθείσα 7μελής Επιτροπή Διαγωνισμού, προκύπτει ότι στον επίμαχο Διαγωνισμό συμμετείχαν, μεταξύ άλλων, η προσφεύγουσα «.....» με την από 07.11.2019 Προσφορά 134379 προσφέροντας έκπτωση 44,45% και η παρεμβαίνουσα ένωση «..... – .....» δια της από 07.11.2019 Προσφοράς 135476 με 44,87% αντίστοιχα, η δε Επιτροπή αφού διενήργησε τον προβλεπόμενο από τα άρθρα 95 και 98 Ν. 4412/2016 έλεγχο ομαλότητας με βάση τη «μέση έκπτωση προσφοράς (Εμ)» εξέτασε, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη, τα υποβληθέντα, κατά το άρθρο 24.2. της Διακήρυξης, δικαιολογητικά συμμετοχής, συνέχισε τον έλεγχο των Τεχνικών Προσφορών των

συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας και γνωμοδότησε υπέρ της προσωρινής ανάθεσης της επίμαχης κατασκευαστικής σύμβασης στην παρεμβαίνουσα.

4. Επειδή, κατά της τελευταίας Απόφασης ΔΣ, στράφηκε η αιτούσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 25.11.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της επισυνάπτοντας τα σχετικά έγγραφα 1-6, αξιώνοντας την απαρέγκλιτη τήρηση της αρχής της τυπικότητας την οποία παρέβλεψε ο αναθέτων φορέας με την έγκριση του ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ, διότι (σελ. 11επ. υπό 1.18.-1.19): «... [Η] ως άνω Κοινοπραξία συμμετείχε στον Διαγωνισμό και αμφότερα τα μέλη της κατέθεσαν ΤΕΥΔ. Πλην όμως, αμφότερα τα εν λόγω ΤΕΥΔ, είναι πλημμελή αφού ουδόλως προσδιορίζουν, κατά παράβαση ρητού και επί ποινή αποκλεισμού όρου της Διακήρυξης, τόσο την κατανομή της μεταξύ τους αμοιβής όσο και τον ΕΝΑΝ ΚΑΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΟ εκπρόσωπο/συντονιστή της εν λόγω Κοινοπραξίας (βλ. ad hoc απόφαση ΑΕΠΠ 884-885/2019, 62/2018, 745/2018 και 1044/2018) προς εξυπηρέτηση της λειτουργικής σκοπιμότητας θέσης της απαίτησης στην Διακήρυξη».

5. Επειδή, η εξεταζόμενη Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής Απόφασης η οποία εξεδόθη κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίου Διαγωνισμού που υπάγεται, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως προς το ρυθμιστικό του πλαίσιο στο ΒΙΒΛΙΟ ΙΙ του Ν. 4412/2016 για τους εξαιρούμενους τομείς (κύρια δραστηριότητα της «ΔΕΥΑ .....» η ύδρευση και η αποχέτευση) (Οδηγία 2014/25/ΕΕ, ΕΕ L 94), συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης €3.790.000 με απαλλαγή ΦΠΑ, ανώτερης του ορίου που θεσπίζεται στα άρθρα 345 Ν. 4412/2016 και 1 α) Π.Δ. 39/2017 για την καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ συντρέχει επιπρόσθετα η κατά χρόνο αρμοδιότητα της Αρχής όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 α) Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε, σύμφωνα με τα άρθρα 61 παρ. 4 και 120 παρ. 1 Ν. 4412/2016 με την καταχώριση της

αντίστοιχης Προκήρυξης σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ (κατά το άρθρο 20 σελ. 21 της Διακήρυξης), μετά τις 26.06.2017, συγκεκριμένα στις 18.10.2019 όπως αποδεικνύεται από τον ΑΔΑΜ: ..... 2019-10-18 που έλαβε.

6. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή της κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά, όπως ομολογεί η ίδια (σελ. 5 Πεδίο Δ της Προσφυγής της), την 15.11.2019, ώστε η Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 25.11.2019, ήτοι εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

7. Επειδή, η αιτούσα, βάλλουσα κατά της επίμαχης Απόφασης ως προς το μέρος που αποδέχθηκε την Προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης αναδεικνύοντάς της σε προσωρινή ανάδοχο, ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή της με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον [ΣτΕ (Γ΄ Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ΄ Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε΄ Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996], καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον χώρο όπου υπάγεται η επίμαχη δημόσια σύμβαση έργου, συμμετείχε στον Διαγωνισμό καταθέτοντας την από 07.11.2019 Προσφορά 134379, πλέον δε μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης Απόφασης υφίσταται βλάβη όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτά παρεμβαίνει προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, η ένωση νομικών προσώπων «.....» καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 06.12.2019, την Παρέμβασή της, επιδιώκοντας, δια της ουσιαστικής αντίκρουσης όλων των προβαλλόμενων από την προσφεύγουσα νομικών αιτιάσεων κατά της ανακήρυξης σε προσωρινή ανάδοχο του κρίσιμου Διαγωνισμού, τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης σύμφωνα με τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 7 Κανονισμού, ήτοι εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση σε αυτή της Προδικαστικής

Προσφυγής της αιτούσας, η οποία έγινε από τον αναθέτοντα φορά ηλεκτρονικά την 26.11.2019, αντιτείνοντας επί λέξει τα εξής (σε. 6επ.): «Δεν απαιτεί η Διακήρυξη τον ορισμό κοινού εκπροσώπου μέσω των ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης, όταν την Προσφορά υπογράφουν όλα τα μέλη της ενώσεως όπως αβασίμως αναφέρει η προσφεύγουσα ... Ορισμός κοινού εκπροσώπου απαιτείται όταν τα έντυπα της Προσφοράς υπογράφει μόνο ένα εκ των μελών της ενώσεως. Τότε ναι και ορθά απαιτείται προκειμένου να είναι εξασφαλισμένη η αναθέτουσα αρχή ο ορισμός κοινού εκπροσώπου από όλα τα μέλη της ενώσεως. Σε όλες τις άλλες περιπτώσεις η Διακήρυξη και ο νόμος αρκούνται στο η εκπροσώπηση της ένωσης και Κοινοπραξίας να προκύπτουν από τα ΤΕΥΔ των μελών και αδιαφορεί αν θα είναι συλλογική ή ατομική. Για το λόγο αυτό και στο τελευταίο χωρίο του άρθρου 3.1. [της Διακήρυξης] δεν αναφέρεται “κοινός” εκπρόσωπος/συντονιστής... [στις σελ. 6-7 της Παρέμβασής της η ένωση επικαλείται απόσπασμα Απόφασης της ΑΕΠΠ δίχως τον αριθμό και το έτος έκδοσής της] ... Στην παρούσα περίπτωση η ένωση οικονομικών φορέων ... δεν έχει καταχωρηθεί στο ΓΕΜΗ ... και πρόκειται για ένωση προσώπων της παρ. 2 του άρθρου 293 του Ν. 4072/2012 με μοναδικό σκοπό τον συντονισμό των μελών της για υποβολή κοινής προσφοράς. Επομένως ως προς τη διαχείριση και εκπροσώπηση της Κοινοπραξίας εφαρμόζονται οι διατάξεις περί αστικής εταιρίας άνευ νομικής προσωπικότητας που προβλέπουν τη συλλογική εκπροσώπηση δηλαδή τη σύμπραξη από κοινού όλων των μελών της. Εν προκειμένω στο ΤΕΥΔ που έχει υποβάλλει η εταιρία “.....” αναφέρεται ότι νόμιμος εκπρόσωπός της στην ένωση είναι ο κ. “.....”, Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος. Ομοίως στο ΤΕΥΔ που έχει υποβάλλει το μέλος της ένωσης μας “.....” αναφέρεται ότι νόμιμος εκπρόσωπός της στην ένωση είναι ο κ. “.....”, Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος αυτής. Οι ανωτέρω ορισμένοι μέσω των ΤΕΥΔ των μελών της ενώσεώς μας νόμιμοι εκπρόσωποι των εταιριών μελών μας είναι και εκπρόσωποι της ένωσης “.....” σύμφωνα με όσα ανωτέρω αναφέραμε περί συλλογικής εκπροσώπησης της Κοινοπραξίας, ενεργούντες από κοινού... Επισημαίνουμε ότι τα ανωτέρω έχουν γίνει δεκτά από την Επιτροπή Σας με την υπ' αριθμ. .../2019 Απόφαση της ...

που δέχθηκε στη σκέψη 34 κατά λέξη τα εξής: ... [Επιπρόσθετα] Από τις περιεχόμενες στα ΤΕΥΔ των μελών της ενώσεώς μας δηλώσεις αποδεικνύεται ότι αναφέρονται και το είδος της συμμετοχής έκαστου μέλους, η “.....” συμμετέχει κατά ποσοστό 70% και η “.....” συμμετέχει κατά ποσοστό 30%, ο εκπρόσωπος της κάθε εταιρίας μέλους της ενώσεώς μας στην ένωση (υπό σύσταση Κοινοπραξία) και η επωνυμία της ενώσεώς (υπό σύσταση Κ/ξία)... Η κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών μας εφόσον δεν προκύπτει κάτι διαφορετικό ούτε η προσφεύγουσα επικαλείται κάτι διαφορετικό είναι 70% για τη “.....” και 30% για τη “.....”, ταυτίζεται δηλαδή με τα ποσοστά συμμετοχής τους στην Κοινοπραξία. Εκτός των ανωτέρω η συμμετοχή των μελών μας στην ένωση (υπό σύσταση Κ/ξία) που καθορίζει και την συμμετοχή τους στις κερδοζημίες, ελλείπει αντίθετης ρύθμισης, καθώς και η από κοινού αλληλέγγυα και αδιαίρετη ευθύνη τους απέναντι στον κύριο του έργου για κάθε υποχρέωση που απορρέει από τη σύμβαση ή το νόμο προκύπτουν και από την από 7.11.2019 κοινή δήλωση συστάσεως Κοινοπραξίας που έχει υπογραφεί προς της υποβολής της Προσφοράς με ηλεκτρονική υπογραφή και φέρουσα έτσι την εκ του νόμου απαιτούμενη χρονοσήμανση, και η οποία είχε υποβληθεί στον επίμαχο διαγωνισμό ηλεκτρονικά με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής μας, Συνεπώς η προσφορά της ενώσεής μας είναι σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης και όσα περί του αντιθέτου αναφέρει η προσφεύγουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα...».

9. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη που διέπει τον κρίσιμο δημόσιο Διαγωνισμό αποτελώντας το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους [ΣτΕ ΕΑ: 16-17/2011, 348/2010 και 613/2009], οριζόταν στα άρθρα: Α] 3 «Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς» (σελ. 5-6): «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: ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη “Δικαιολογητικά Συμμετοχής”, ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη “Οικονομική Προσφορά” και ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη “Τεχνική Προσφορά-Μελέτη”... 3.5 Ο χρήστης-οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του υποσυστήματος, όπως περιγράφεται κατωτέρω: α) Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη “Δικαιολογητικά Συμμετοχής” είναι τα οριζόμενα στο άρθρο 24.2 της παρούσας και υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου .PDF και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της υπ’ αρ ...../26-10-2017 ΚΥΑ...». Β] 4 «Διαδικασία ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/Κατακύρωση/ Σύναψη σύμβασης/ Προδικαστικές προσφυγές/Προσωρινή δικαστική προστασία» ... 4.1. «Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/Αξιολόγηση/Έγκριση Πρακτικού» (σελ. 8): «... η) Η περιγραφόμενη διαδικασία καταχωρείται στο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ή σε Παράρτημά του, που υπογράφεται από τον Πρόεδρο και τα μέλη της. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού Πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας), και υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, μέσω της λειτουργίας “Επικοινωνία” του υποσυστήματος, προς έγκριση. θ) Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση έγκρισης του Πρακτικού σε όλους τους προσφέροντες και παρέχει πρόσβαση στα υποβληθέντα στοιχεία των λοιπών συμμετεχόντων. Κατά της απόφασης αυτής χωρεί ένσταση, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 4.3 της παρούσης... 4.3. “Προδικαστικές Προσφυγές / Προσωρινή δικαστική προστασία”: Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή



πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, δικαιούται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, προσδιορίζοντας ειδικώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά του...». Γ] 9 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» (σελ. 15): «Ο αναθέτων φορέας μπορεί, κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, να καλέσει τους οικονομικούς φορείς, μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος, να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, συμπεριλαμβανομένης της τεχνικής και οικονομικής τους προσφοράς, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από 7 ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 310 και 103 του Ν. 4412/2016, δυνάμει του άρθρου 315 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 13 της ΚΥΑ 117384/26.10.2017. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από τον αναθέτοντα φορέα, δεν λαμβάνεται υπόψη». Δ] 21 «Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης» (σελ. 22): «21.1. Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται σε ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ή ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ έργα... 21.2. Οικονομικός φορέας συμμετέχει είτε μεμονωμένα είτε ως μέλος ένωσης...». Ε] 24 «Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς» (σελ. 35): «24.1. Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς (υπο)φακέλους: (α) (υπο)φάκελο με την ένδειξη “Δικαιολογητικά Συμμετοχής” (β) (υπο)φάκελο με την ένδειξη “Οικονομική Προσφορά” σύμφωνα με τα κατωτέρω: 24.2 Ο ηλεκτρονικός (υπο)φάκελος “Δικαιολογητικά Συμμετοχής” πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: α) το ΤΕΥΔ β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας...».

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν [ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.], όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης, μεταξύ των οποίων και αυτές που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων [ΕΣ VI Τμήμα Πράξη 10/2018 σκέψη III], οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού [ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ], αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους.

11. Περαιτέρω, ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για την επιχειρηματική συμμετοχή του σε αυτόν, ώστε να μην είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από τη σε εξέλιξη διαδικασία, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα [ΣΤΕ 53, 18, 19/2011, 3703/2010, 1329,1616, 1619/2008]. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

12. Η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προσφέροντες να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν το πρώτον μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά [ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/2009, 738/2009, 180/2009, 567/2008, 3075/2008, 307/2007, 929/2005 σκέψη 5, ΣΤΕ 963/2000, 2854/1997, ΕΑ 849 και 787/2005· βλ. και ΔΕφΘεσ

99/2017 σκέψη 14, ΔΕΦΑΘ 271/2011, ΑΕΠΠ 489/2019 σκέψη 18], ειδικότερα έχει γίνει δεκτό ότι η εκκίνηση της διαδικασίας παροχής διευκρινίσεων νοείται αποκλειστικά και μόνο όταν γεννάται αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο της προσφοράς και όχι όταν αυτό είναι σαφές, δοθέντος ότι στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για αθέμιτη τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς των διαγωνιζομένων [ΣΤΕ 90/2010 σκέψη 6].

13. Περαιτέρω, η απόκλιση προσφοράς υποψηφίου από απαραίτατους όρους της Διακήρυξης, συνεπάγεται αυτομάτως τον αποκλεισμό του υποψηφίου κατ' ενάσκηση δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής (ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009 σκέψη 5), καθώς δεν επιτρέπεται η συμπλήρωσή τους με την παροχή διευκρινίσεων κατ' άρθρα 102 και 310 του Ν. 4412/2016 [ΑΕΠΠ 1/2018 σκέψη 31, 20/2018 κ.ά.]. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, η κλήση από την αναθέτουσα αρχή για παροχή διευκρινίσεων είναι ανεπίτρεπτη, όταν με αυτή δεν επέρχεται συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων, αλλά τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς διαγωνιζομένου [ΔΕΦΘεσ 99/2017 σκέψη 14 κ.ά.].

14. Επειδή, ο αναθέτων φορέας απέστειλε, δια του από 05.12.2019 ηλεκτρονικού μηνύματός του στο κρίνον Κλιμάκιο, μετά του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου της υπόθεσης, την αναρτηθείσα στο ΕΣΗΔΗΣ Έκθεση Απόψεων 1602/05.12.2019 (εκ σελ. 1-3), όπως υπογράφεται από όλα τα μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού, όπου σε απόρριψη της Προσφυγής αντιτείνουν τα εξής: «Αμφότερες οι συμμετέχουσες στη μειοδοτούσα κοινοπραξία ΑΕ έχουν καταθέσει τα ΤΕΥΔ, κάθε εταιρεία-μέλος της κοινοπραξίας το δικό του, πρότυπο των οποίων έχει δημοσιευθεί με την προκήρυξη και αποτελεί έγγραφο της σύμβασης κατά την έννοια της περ. 14 της παρ. 1 του άρθρου 2 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 2 της Διακήρυξης), η οποία (περίπτωση) αναφέρει: “Άρθρο 2 Ορισμοί (άρθρο 2 και άρθρο 33 παρ. 1 εδάφιο β΄ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ...”. Συνεπώς, το ΤΕΥΔ το οποίο δημοσιεύθηκε μαζί με την Προκήρυξη αποτελεί μέρος της Διακήρυξης και ως εκ τούτου, η συμπλήρωση του σχετικού κεφαλαίου από τις συμμετέχουσες με την

αναγραφή των εκπροσώπων των οικονομικών φορέων καλύπτει τις προϋποθέσεις που θέτει τόσο η Διακήρυξη όσο και ο Ν. Για την εκπροσώπηση του οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, δεν υφίσταται άλλο πεδίο στο πρότυπο του ΤΕΥΔ. Συνεπώς, οι συμμετέχουσες και θιγόμενες από την επίδικη Προσφυγή ενώσεις, συμπληρώνοντας το συγκεκριμένο πεδίο όρισαν τον εκπρόσωπό τους για τη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, όπως προβλέπεται από τη Διακήρυξη. Πέραν των ως άνω, στην κατατεθείσα από τη μειοδοτούσα κοινή δήλωση συστάσεως κοινοπραξίας μνημονεύεται ρητά το ποσοστό συμμετοχής εκάστης εταιρείας σε αυτή, γεγονός που καθιστά απολύτως σαφή την αμοιβή αμοιτέρων. Για τους παραπάνω λόγους, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί». (βλ. και το μεταγενέστερο, ομοίως αναρτηθέν ηλεκτρονικό έγγραφο του 1675/24.12.2019).

15. Επειδή, από την επισκόπηση των ΤΕΥΔ αμοιτέρων των, αποτελούντων την παρεμβαίνουσα ένωση «.....», κατασκευαστικών εταιρειών (βλ. ηλεκτρονικά αρχεία «ΤΕΥΔ.pdf» και «ΤΕΥΔ .....\_signed.pdf» αντίστοιχα) προκύπτει ότι στο «Μέρος ΙΙ. / Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», επί της σελ. 5 του προδιατυπωμένου κειμένου .word όπως είχε αναρτηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού, επί του πεδίου «α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...)» δηλώθηκε: αφενός ότι η μεν «.....» συμμετείχε στην υπό σύσταση κοινοπραξία αυτή (πρβλ. άρθρο 19 παρ. 3 εδ. β', 140, 175, 205Α όπως τροποποιήθηκε, και 254 παρ. 4 εδ. β' Ν. 4412/2016) σε ποσοστό 70% Υδραυλικά και η «.....» σε ποσοστό 30% Υδραυλικά, όπως ζητούνταν από το άρθρο 21 Διακήρυξης), αφετέρου πως εκπρόσωπος της Κοινοπραξίας ορίζεται για τη «.....» ο κ. «.....» [Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος] και για τη «.....» ο κ. «.....» [Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος ομοίως].

16. Επειδή, κατ' ενσωμάτωση του άρθρου 96 «Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής» παρ. 7 Ν. 4412/2016 του ΒΙΒΛΙΟΥ Ι, τέθηκε από τον αναθέτοντα φορέα η όμοια διάταξη του άρθρου 3.1.

της Διακήρυξης (σελ. 5) το ρυθμιστικό πλαίσιο της οποίας υπάγεται στο ΒΙΒΛΙΟ ΙΙ αυτού, μάλιστα κατά την ακυρωτικώς ανέλεγκτη κρίση του δημοσίου νομικού προσώπου αυτού [ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ 1566/2016], η εκ του εδ. β΄ αμφοτέρων των διατάξεων υποχρέωση προσδιορισμού αφενός «της έκτασης και του είδους της συμμετοχής του –συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους– κάθε μέλους της ένωσης» αφετέρου «του εκπρόσωπου/συντονιστή αυτής», περαιτέρω δε ετέθη, προς άρση πιθανής αμφιβολίας ως προς το νομικό αποτέλεσμα σε περίπτωση που στην αντίστοιχη δήλωση ουδόλως προέβαινε προσφέρων, η διαγωνιστική κύρωση του «αποκλεισμού» της υποβληθείσας προσφοράς, προς προάσπιση των συμφερόντων της «ΔΕΥΑ .....» όπως κυριαρχικά αποφάσισε. Από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η Διακήρυξη (βλ. άρθρο 2.1.β) σελ. 4 αυτής), ως ενιαίο κανονιστικό κείμενο επί της οποίας βάσισαν οι ενδιαφερόμενες να συμμετάσχουν στον επίμαχο Διαγωνισμό κατασκευαστικές εταιρείες την υποβολή των Προσφορών τους, συμμετέχοντας είτε ατομικά είτε υπό τη μορφή της ένωσης εργοληπτικών εταιρειών, ουδόλως προσβλήθηκε σε προδικαστικό (άρθρα 345επ. Ν. 4412/2016 και 3επ. Κανονισμού για την προδικαστική προσφυγή) ή, πολύ περισσότερο, σε δικαστικό επίπεδο (άρθρο 372 Ν. 4412/2016 για την αίτηση αναστολής/ακύρωσης) και, επί τη βάση του απρόσβλητου αυτού, διεξήχθη η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία από τον αναθέτοντα φορέα ο οποίος στην παρούσα περίπτωση συνιστά τον «Εργοδότη ή Κύριο του Έργου», τη δε «Διευθύνουσα ή Επιβλέπουσα Υπηρεσία» η Τεχνική Υπηρεσία αυτού (άρθρο 1 σελ. 4 της Διακήρυξης), κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 2 Ν. 4412/2016. Εκ τούτου παρέπεται ότι ουδέν έννομο συμφέρον διαθέτει η προσωρινή ανάδοχος στο παρόν διαγωνιστικό στάδιο να αμφισβητήσει τον επίμαχο κανονιστικό όρο [ΣτΕ ΕΑ: 245/2011 σκέψη 7, 225/2009, 671/2005, 525/2002, 820/2010· εντελώς ενδεικτικά ΑΕΠΠ (4ο Κλιμάκιο) 763/2018 σκέψεις 12, 14, (6ο Κλιμάκιο) 4/2019 σκέψη 33], τον οποίο, ως τονίστηκε στην παρούσα σκέψη, επέλεξε κυριαρχικά ο αναθέτων φορέας να διαμορφώσει «επί ποινή αποκλεισμού», ούτε όμως από το κείμενο της

Παρέμβασής της προκύπτει ότι η παρεμβάσα εργοληπτική ένωση, αμυνόμενη επί της Προσφυγής της αιτούσας, αμφισβητεί τη δεσμευτικότητά του.

17. Επειδή, κατά την ορθή ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων (άρθρου 96 παρ. 7 Ν. 4412/2016 και 3.1. της Διακήρυξης), προκύπτει ότι: ο «εκπρόσωπος / συντονιστής» της ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει να αποτελεί μέλος ο οποίος συμμετέχει σε αυτή, και, πράγματι, ταυτίζεται εννοιολογικά με τον όρο «επικεφαλής» (“leader”) όπως χρησιμοποιείται στο «Μέρος II. / Α. / α)» σελ. 3 του αναρτημένου στο ΕΣΗΔΗΣ ηλεκτρονικού αρχείου «ΤΕΥΔ.word», όροι οι οποίοι στη διεθνή κατασκευαστική σκηνή αποδίδονται ως “lead partner”. Προς την ερμηνεία αυτή συνηγορούσα η δημοσίευση του «Διορθωτικού C/2018/0225 στον εκτελεστικό κανονισμό (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής, της 5ης Ιανουαρίου 2016, για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας» στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης L17 της 23.01.2018 όπου στη σελ. 77 από 87 αυτού, ο ως άνω όρος «επικεφαλής» (“leader”) διορθώνεται πλέον σε «συντονιστή», την έννοια αυτή προσλαμβάνοντας στις ως άνω διατάξεις. Εν προκειμένω, βασίμως επισημαίνεται από την προσφεύγουσα εργοληπτική εταιρεία, πως η κρίσιμη έννοια του «εκπροσώπου / συντονιστή» της ένωσης οικονομικών φορέων, η οποία επιθυμεί να συμμετάσχει στην ανοιγείσα δημόσια διαγωνιστική διαδικασία με υποβολή Προσφοράς, περιστρέφεται γύρω από την εξουσία εκπροσώπησης ως προς καθόλα δεσμευτικές πράξεις της ένωσης προς τρίτους με τους οποίους συναλλάσσεται, πρωτίστως, για τον σκοπό ομαλής εκτέλεσης και παράδοσης του δημοσίου έργου, με τον αναθέτοντα φορέα να συνιστά τον «Εργοδότη ή Κύριο του Έργου», δηλαδή αφορά την «εκπροσώπηση ή διαχείριση προς τα έξω» (η οποία αντιδιαστέλλεται με την «εκπροσώπηση ή διαχείριση προς τα έσω»). Ο δημόσιος σκοπός λοιπόν που επιδιώκει να ικανοποιήσει ο αναθέτων φορέας με την προσφυγή σε εξωτερικό ανάδοχο ο οποίος θα ολοκληρώσει ομαλώς το κρίσιμο έργο επιτάσσει, να οριστεί –«επί ποινή αποκλεισμού» κατά θέληση της «ΔΕΥΑ .....»– από την προσφέρουσα ένωση ένας εκ των μελών της ως «επικεφαλής» ή πλέον «εκπρόσωπος /

συντονιστής», ο οποίος, συντονίζοντας διοικητικά και τεχνικά την ένωση και τα μέλη της, θα επικοινωνεί με την Τεχνική Υπηρεσία της «ΔΕΥΑ .....» ως «Διευθύνουσα ή Επιβλέπουσα Υπηρεσία» και τον ίδιο τον αναθέτοντα φορέα ως «Εργοδότη ή Κύριο του Έργου», έτσι ώστε οι τελευταίοι να μην αναγκάζονται να έρχονται σε επιμέρους συνεννοήσεις με έκαστο μέλος αυτής (ήτοι το πρόσωπο αυτό διαμορφώνει ενιαία δικαιοπρακτική βούληση εκ μέρους της προσφέρουσας ένωσης και συμβάλλεται με τη «ΔΕΥΑ .....»). Επισημαίνεται εν προκειμένω, πως ο γνωστός, κατά το προϊσχύον δίκαιο, θεσμός του «εκπροσώπου της σύμπραξης» ο οποίος προβλεπόταν αποκλειστικά επί των διαδικασιών ανάθεσης των μελετητικών συμβάσεων δυνάμει του άρθρου 1 περ. 21 του Ν. 3316/2005 (ΦΕΚ Α΄ 42) επεκτείνεται λοιπόν, με το νέο νομοθετικό πλαίσιο, και στα δημόσια έργα.

18. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, από τις επιγραμματικές και ρητές διατάξεις των άρθρων 96 παρ. 7 Ν. 4412/2016 και 3.1. της Διακήρυξης προκύπτει ότι: α) Το μεν εδ. α΄ ρυθμίζει τον τρόπο υποβολής της προσφοράς από τις ενώσεις οικονομικών φορέων (πρβλ. άρθρο 97 παρ. 3 Ν. 4412/2016) προβλέποντας ότι σε περίπτωση που η προσφέρουσα ένωση δεν υποβάλλει κοινή προσφορά ψηφιακά υπογεγραμμένη «από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση» τότε η υποβολή της γίνεται από «εκπρόσωπο που έχει νομίμως εξουσιοδοτηθεί προς τούτο από το σύνολο των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων», β) Το δε εδ. β΄ καταλαμβάνει το περιεχόμενο της κοινής προσφοράς της ένωσης οικονομικών φορέων ορίζοντας ότι σε αυτή πρέπει υποχρεωτικά να προσδιορίζεται αφενός «η έκταση και το είδος της συμμετοχής εκάστου μέλους αυτής, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους» αφετέρου ο, κατά τα ανωτέρω, «εκπρόσωπος/συντονιστής» της προσφέρουσας ένωσης. Δηλαδή, τα 2 επίμαχα εδάφια διακρίνονται σαφώς ως προς το ρυθμιστικό τους εύρος, με την έννοια του «εκπροσώπου νομίμως εξουσιοδοτημένου να υποβάλλει κοινή προσφορά εκ μέρους της ένωσης», ο οποίος δύναται να είναι οποιοδήποτε φυσικό πρόσωπο έχουν επιλέξει τα μέλη της, να διαφοροποιείται από τον

«εκπρόσωπο / συντονιστή της ένωσης», ο οποίος απαραιτήτως πρέπει να είναι μέλος της ήτοι συμμετέχων οικονομικός φορέας, έτσι ώστε «να μην 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 [ad hoc ΕΣ (Τμήμα Μείζονος-Αυξημένης Σύνθεσης) 590/2019 ως προς την ερμηνεία που αποφάσισαν οι ανώτατοι δημοσιονομικοί Δικαστές για την επίμαχη διάταξη του άρθρου 96 παρ. 7 Ν. 4412/2016]. Αυτή είναι η κρατούσα ερμηνεία ως προς τις ως άνω σαφώς διακρινόμενες μεταξύ τους έννοιες όπως απαντώνται στα κατασκευαστικά εγχειρήματα, νομική διαφοροποίηση η οποία αποτυπώνεται και στο ΤΕΥΔ όπως διαμορφώθηκε από τον αναθέτοντα φορέα και αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού (.word), δηλαδή, στη σελ. 3 του «Μέρους II / Α. / α)» αναφέρεται στον ρόλο του οικονομικού φορέα που θα οριστεί «επικεφαλής», ενώ στο αμέσως επόμενο τμήμα υπό «Β. Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» στη σελ. 5 αναφέρεται σε «πρόσωπο-α που είναι αρμόδια/εξουσιοδοτημένα να εκπροσωπούν τον οικονομικό φορέα για τους σκοπούς της παρούσας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης».

19. Επειδή, κατ' αναλογία προς τα ανωτέρω, δύναμι των ως άνω διατάξεων του άρθρου 96 παρ. 7 Ν. 4412/2016 και 3.1. της Διακήρυξης τέθηκε, περαιτέρω, επί ποινή αποκλεισμού η διαγωνιστική υποχρέωση να «προσδιοριστεί η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης» με ιδιαίτερη επισήμανση όσον αφορά «την κατανομή [εργολαβικής] αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης», η οποία, όπως συνάγεται με βάση τη γραμματική ερμηνεία, σαφώς διακρίνεται από την «επιχειρηματική συμφωνία των μελών της ως προς τα ακριβή ποσοστά συμμετοχής τους στην ένωση», λογικώς δε, εξ όσων είναι γνωστά από την κατασκευαστική πρακτική, δε συμπύπτει πάντοτε από ποσοστιαία άποψη με αυτή (κρίσιμο είναι τι αποφάσισαν μεταξύ τους τα μέλη της κατασκευαστικής ένωσης).



20. Επειδή, από την ανωτέρω σκέψη 15 προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα ένωση ουδόλως προέβη, κατά τη συμπλήρωση του Πεδίου «II. / Α. / α)» του, διαμορφωμένου από τον αναθέτοντα φορέα προς συμπλήρωση και, περιλαμβανόμενου εντός του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικής Προσφοράς», ΤΕΥΔ, όπως σαφώς προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 3.2., 3.5., 23.1. και 24 της Διακήρυξης (βλ. σελ. 5-6, 27 και 35 αντίστοιχα), στον ορισμό ενός εκ των 2 μελών της «ως αποκλειστικού εκπροσώπου / συντονιστή της ένωσης» ούτε στον προσδιορισμό «της κατανομής της επιχειρηματικής αμοιβής μεταξύ τους», παραβιάζοντας ρητή και επί ποινή αποκλεισμού διάταξη της Διακήρυξης όπως αποφασίστηκε από τον αναθέτοντα φορέα. Περιοριζόμενη αυτή να αναφέρει μόνο ότι αφενός η μεν «.....» συμμετείχε στην υπό σύσταση κοινοπραξία αυτή σε ποσοστό 70% Υδραυλικά αντίστοιχα δε η «.....» σε ποσοστό 30%», αφετέρου «εκπρόσωπος της Κοινοπραξίας ορίζεται για τη «.....» ο Πρόεδρος και Διευθύνον Σύμβουλος της ομοίως και για τη «.....» αντίστοιχα.

21. Επειδή, λαμβανομένου υπόψη των όσων εκτέθηκαν στις ως άνω σκέψεις 10-13 της παρούσας, αφής στιγμής η Επιτροπή Διαγωνισμού έπρεπε κανονικά να διαπιστώσει αμφότερες τις επίμαχες πλημμέλειες στα Δικαιολογητικά Συμμετοχής της ένωσης –μην αρκούσης της προσκόμισης εντός του αντίστοιχου (υπο)φακέλου της από 07.11.2019 κοινής δήλωσης περί συστάσεων κοινοπρακτικού σχήματος (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο «ΚΟΙΝΗ ΔΗΛΩΣΗ ΣΥΣΤΑΣΗΣ ΚΞ\_01\_signed.pdf») στην οποία ουδόλως αναφέρονται αμφότερα τα ως άνω στοιχεία– όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα, δίχως άλλο δηλαδή, να προβεί στην απόρριψη της υποβληθείσας Προσφοράς της δυνάμει του άρθρου 91 παρ. 1 α)-β) Ν. 4412/2016, χωρίς τη νομική δυνατότητα προσφυγής στη διάταξη του άρθρου 310 (όμοιο το 102) Ν. 4412/2016 προς ίαση των παραβάσεων, η διαπίστωση δε εκάστης εξ αυτών (των πλημμελειών) συνιστά αυτοτελή λόγο υποχρεωτικού αποκλεισμού από τη συνέχιση της διαδικασίας ανάθεσης του κρίσιμου Διαγωνισμού [ΣΤΕ (Β΄ Τμήμα) 2333/2016 Αρμ 2016, σελ. 2136 σκέψη 15 και ΑΕΠΠ (8ο Κλιμάκιο) 64/2019 σκέψη 24,

98/2019 σκέψη 13, 918/2019 σκέψη 19, 1003/2019 σκέψη 18 και 1352/2019 σκέψη 26], η οποία θα οδηγούσε έτσι στην αναγνώριση διαγωνιστικού πλεονεκτήματος στην παρεμβαίνουσα ένωση με υποβολή ουσιωδώς τροποποιημένης, μετά τον αρχικό χρόνο κατάθεσής της στις 07.11.2019, Προσφοράς [ΔΕΕ C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., Απόφαση της 29.03.2002 και C 336/12, Manona, Απόφαση της 10.10.2013] «απαλλαγμένης» από την παράβαση ρητού όρου της Διακήρυξης ο οποίος ετέθη «επί ποινή αποκλεισμού» [ΣτΕ ΕΑ 79/2009 και 26/2007· ΑΕΠΠ (2ο Κλιμάκιο) 585/2019 και (7ο Κλιμάκιο) 1044/2018].

22. Επειδή, το κρίνον Κλιμάκιο επισημαίνει, τέλος, ότι για τη συναγωγή της κρίσης του εξέτασε το επίμαχο νομικό θέμα όπως ετέθη στην Προσφυγή της αιτούσας υπό το φως της αρχής της τυπικότητας, ήτοι έλεγξε εάν η υποβολή κατά περιεχόμενο των δικαιολογητικών συμμετοχής της παρεμβαίνουσας ένωσης ανταποκρίνονταν στον Ν. 4412/2016 και τη Διακήρυξη. Ουδόλως ετέθη λοιπόν από τη σκοπιά αυτή του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων, ζήτημα έρευνας «της νόμιμης εκπροσώπησης της παρεμβαίνουσας ένωσης κατά την υπογραφή του εκάστου υποβληθέντος ΤΕΥΔ από τα μέλη της» ούτε εάν «η συγκεκριμένη ένωση συστάθηκε για την επιδίωξη οικονομικού σκοπού, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στο άρθρο 1 παρ. 2 εδ. γ' του Ν. 3419/2005, όχι όμως εμπορικού, κατά τα οριζόμενα αντίστοιχα στο άρθρο 1 παρ. 1 εδ. β', αφού η σύσταση ένωσης προσώπων προς τον σκοπό της ανάληψης σύμβασης εκτέλεσης δημοσίου έργου, όπως είναι η προκείμενη, συνιστά μεν ένωση προσώπων με οικονομικό σκοπό, όπως προεχόντως είναι κάθε συμμετοχή σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, πλην όμως η εκτέλεση δημοσίου έργου ... δεν εντάσσεται στις απαριθμούμενες στον Εμπορικό Νόμο (Β.Δ. της 19ης Απριλίου/1ης Μαΐου 1835) πράξεις και ως εκ τούτου, δεν συνιστά «εμπορική πράξη» κατά το αντικειμενικό σύστημα ... Η παραπάνω δε ένωση προσώπων δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως εμπορική ούτε κατά το υποκειμενικό κριτήριο, διότι ουδαμού στο νόμο ορίζεται ως τέτοια, ενόψει και της αρχής του κλειστού αριθμού (numerus clausus) των εταιριών του

Εμπορικού Νόμου, συμφώνως με την οποία αποκλείεται η υιοθέτηση άλλου τύπου εταιρίας διαφορετικού από εκείνης που το εμπορικό δίκαιο αναγνωρίζει (ΑΠ 1266/1996 Ελλη Δ/νη 38, 1116)», ζητήματα τα οποία αντιμετώπισε ειδικώς, υπό τη σκοπιά του Δίκαιου των Εταιρειών όμως, η επικαλούμενη από την παρεμβαίνουσα ένωση ΑΕΠΠ 168/2019 σκέψη 34 (βλ. σελ. 8-10), ανεξαρτήτως της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών.

23. Επειδή, κατ' ακολουθία, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η Παρέμβαση.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την Απόφαση .../2019 του Διοικητικού Συμβουλίου της «ΔΕΥΑ .....» κατά το μέρος που ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο του δημόσιου Διαγωνισμού «Διαδικτυακή υδροδότηση τοπικών κοινοτήτων Δ.Ε. ....» (Διακήρυξη ...../18.10.2019) την ένωση νομικών προσώπων «.....».

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου ..... ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (€15.000).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30.12.2019 και εκδόθηκε στις 08.01.2020.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Βασιλική Κωστή .**