

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 06.06.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 846/07.06.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και με τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» και ειδικότερα κατά της με αριθ. 150/2023 απόφασης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, διά της οποίας, κατ' αποδοχήν του σχετικού πρακτικού, εγκρίθηκε η ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 21,00%.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 8.630,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του

Αριθμός απόφασης: 1160/2023

Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς. Περαιτέρω, εμπροθέσμως και παραδεκώς η αναθέτουσα αρχή, διά του με αριθμ. πρωτ. 18004/20.06.2023 εγγράφου της, διατυπώνει τις απόψεις της επί της προκείμενης προσφυγής, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις 20.06.2023, ομοίως δε, εμπροθέσμως και παραδεκώς υποβάλλει η προσφεύγουσα το υπόμνημα της, επί των κατά τα ως άνω απόψεων της αναθέτουσας αρχής, στις 26.06.2023, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

4. Επειδή, με την από «...» Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «...» με κριτήριο ανάθεσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας 1.725.806,45 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 25.04.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά τέσσερις (4) διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς, διά της προσβαλλομένης δε και κατ' αποδοχήν του Ι πρακτικού της επιτροπής, αναδείχθηκε ο οικονομικός φορέας «...» ως προσωρινός μειοδότης, με μέσο ποσοστό έκπτωσης 21,00%. Κατά της ανωτέρω απόφασης, στρέφεται η προσφεύγουσα διά της υπό κρίση προσφυγής της, μετ' εννόμου συμφέροντος, δοθέντος ότι η προσφορά της έγινε αποδεκτή, είναι δε δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας (με μέσο ποσοστό έκπτωσης 18,94%) και επομένως, θεμελιώνει άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενη, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της αναδειχθείσας

Αριθμός απόφασης: 1160/2023

προσωρινής αναδόχου, ερειδόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

5. Επειδή, πιο συγκεκριμένα, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι ακυρωτέα, καθ' ο μέρος έκανε αποδεκτή τη προσφορά της έτερης διαγωνιζόμενης ένωσης και αναδειχθείσας αναδόχου, κατά παράβαση του οικείου νομοθετικού και κανονιστικού πλαισίου. Στην προκείμενη περίπτωση, και κατά τα ιστορούμενα στη προσφυγή, η διαγωνιζόμενη «...» υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής της τα ΕΕΕΣ των δύο μελών της, σε αμφότερα δε τα ΕΕΕΣ και συγκεκριμένα στο ερώτημα της Ενότητας Α' του Μέρους ΙΙ 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). Ενόψει των ανωτέρω, ισχυρίζεται η ώδε προσφεύγουσα ότι η εν λόγω παράλειψη δήλωσης συντονιστή της ένωσης στα ΕΕΕΣ των μελών της συνιστά λόγο αποκλεισμού και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση που έκανε αποδεκτή την προσφορά της ανωτέρω ένωσης είναι ακυρωτέα ως μη νόμιμη.

6. Επειδή, στο άρθρο 19 παρ. 2 του ν. 4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" (άρ. 19 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι «2.Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. [...] Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής ή 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. [...]». Στο δε άρθρο 96 «Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών» του ν.4412//2016,

Αριθμός απόφασης: 1160/2023

ορίζεται ότι «1. [...] 7. 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 απαραίτητως 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». Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ίδιου νόμου: «1. Κατά [...] την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) το οποίο αποτελείται από 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 μια από τις καταστάσεις [...] για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθοριστεί [...], γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84. [...] Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. [...] 2. [...] 3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή. 4. [...]». Τέλος, στο Παράρτημα Ι «Οδηγίες» του Εκτελεστικού Κανονισμού 2016/7 (ΕΕ) της Επιτροπής (L 3) προβλέπεται ότι «[...] όταν σε μια διαδικασία [ανάθεσης δημόσιας σύμβασης] συμμετέχουν από κοινού όμιλοι οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων προσωρινών ενώσεων, πρέπει να δίδεται, για καθέναν συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, χωριστό ΕΕΕΣ, στο οποίο παρατίθενται οι πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τα μέρη ΙΙ έως V [...]». Στο δε Παράρτημα ΙΙ, που περιλαμβάνει το «Τυποποιημένο Έντυπο για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης

Αριθμός απόφασης: 1160/2023

(ΕΕΕΣ)», στο Μέρος ΙΙ Κεφάλαιο Α «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», στο σημείο που αφορά στον «Τρόπο συμμετοχής» ζητούνται πληροφορίες σχετικά με το αν «Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία προμήθειας από κοινού με άλλους», σε περίπτωση δε καταφατικής απάντησης, ζητείται η συμπλήρωση παρεπόμενων πληροφοριών για το προσφέρον σχήμα και συγκεκριμένα: «α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στον όμιλο (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...), β) Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία προμήθειας, γ) Κατά περίπτωση, επωνυμία του συμμετέχοντος ομίλου». Ακολουθούν στο Κεφάλαιο Β «Πληροφορίες σχετικά με τους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» του ίδιου μέρους, πεδία προς συμπλήρωση με τα στοιχεία των εκπροσώπων. Η ελληνική έκδοση του εν λόγω Κανονισμού διορθώθηκε με το C/2018/0225 «Διορθωτικό» (L 17/65/23.1.2018). Συνεπεία δε της διορθώσεως, η λέξη «επικεφαλής» που ετίθετο στην παρένθεση του πεδίου «α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση» αντικαταστάθηκε από τη λέξη «συντονιστής» (“leader” στην αγγλική έκδοση του κειμένου).

7. Επειδή, εξάλλου, οι κρίσιμες για την επίλυση της διαφοράς διατάξεις της υπόψη διακήρυξης ορίζουν τα εξής: «Άρθρο 3: Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς [...] Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται, σύμφωνα με τα ανωτέρω, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, 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. Η εν λόγω δήλωση περιλαμβάνεται είτε στο ΕΕΕΣ (Μέρος ΙΙ. Ενότητα Α) είτε στη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση που δύναται να υποβάλλουν τα μέλη της ένωσης. [...] Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής 23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν.

Αριθμός απόφασης: 1160/2023

1599/1986 (Α'75), 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 καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. [...] Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης. [...] 23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα) Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/16, και στο άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας.»

8. Επειδή, όπως έχει κριθεί (ΕΑ 163,165/2020, ΣΤΕ 892/2022, Ε.Σ. Τμήμα Μείζονος Συνθέσεως 590/2019) με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 19 παρ. 2 του ν.4412/2016, με τις οποίες μεταφέρθηκε στο εσωτερικό δίκαιο το περιεχόμενο του άρθρου 19 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέφθηκε η δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να εισάγουν ειδικούς όρους σχετικά με τον τρόπο πλήρωσης των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και τον τρόπο εκτέλεσης της σύμβασης από ενώσεις οικονομικών φορέων, όπως για παράδειγμα, σύμφωνα με τις επεξηγήσεις της οικείας αιτιολογικής σκέψης (15) της οδηγίας 2014/24, «η απαίτηση να ορισθεί κοινός εκπρόσωπος ή επικεφαλής εταίρος [όρος που αποδίδεται ως lead partner στην αγγλική έκδοση της οδηγίας] για τους σκοπούς της διαδικασίας των προμηθειών ή η απαίτηση λήψης πληροφοριών σχετικά με τη σύνθεση των ενώσεων». Στις απαιτήσεις αυτές αντιστοιχούν και τα πεδία που περιελήφθησαν στο υπόδειγμα ΕΕΕΣ του κανονισμού 2016/7 της Επιτροπής,

Αριθμός απόφασης: 1160/2023

όπου οι οικονομικοί φορείς που μετέχουν στη διαδικασία από κοινού με άλλους καλούνται, μεταξύ άλλων, να δηλώσουν τον ρόλο τους στην ένωση, μεταξύ άλλων, ως απλά μέλη ή «επικεφαλής» -και ήδη «συντονιστές», κατά τα εκτεθέντα ανωτέρω- και να παράσχουν στοιχεία σχετικά με τους εκπροσώπους τους. Συναφώς, το άρθρο 96 παρ. 7 του ν. 4412/2016, οι διατάξεις του οποίου επαναλαμβάνονται με το άρθρο 3.1. της οικείας διακήρυξης, περιέχει ειδικούς όρους σχετικά με οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία από κοινού με άλλους. Συγκεκριμένα, στην παράγραφο αυτή προβλέπεται 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· 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, και ταυτίζεται με τον όρο «επικεφαλής εταίρος», όπως αυτός χρησιμοποιείται στην προεκτεθείσα αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και με τον όρο «συντονιστής», όπως αυτός χρησιμοποιείται στο πεδίο του ΕΕΕΣ που αναφέρεται στον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση και αντιστοιχεί στην απαίτηση της διακήρυξης περί ορισμού εκπροσώπου/συντονιστή.

9. Επειδή, εξάλλου, το περιεχόμενο της προσφοράς και ο τρόπος απόδειξης των προϋποθέσεων συμμετοχής που πρέπει να πληρούν οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς δεν εναπόκεινται στη διακριτική ευχέρεια των διαγωνιζομένων, αλλά καθορίζονται, κατ' επιταγή των αρχών της

Αριθμός απόφασης: 1160/2023

διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων που διέπουν τη διαγωνιστική διαδικασία, βάσει δεσμευτικών διατάξεων της διακήρυξης. Εν προκειμένω, η υπόψη 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, ως γνωστόν, 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. Σύμφωνα δε με την ρητή πρόβλεψη της παρ. 3.1. της διακήρυξης ο ορισμός εκπροσώπου/ συντονιστή της ενώσεως, θα πρέπει να γίνεται στο ίδιο το ΕΕΕΣ σε απάντηση του ειδικού, άλλωστε προς τούτο, πεδίου του Μέρους II Κεφάλαιο Α σχετικά με τον ρόλο του κάθε οικονομικού φορέα στην ένωση (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 163/2020, 145/2019), είτε στη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση που δύνανται να υποβάλλουν τα μέλη της ένωσης. Παράλειψη δε δήλωσης του εκπροσώπου/ συντονιστή της συμμετέχουσας ένωσης στο ΕΕΕΣ, και μάλιστα υπό την έννοια που αυτός μπορεί να έχει κατά τα εκτιθέμενα στην προηγούμενη σκέψη, καθιστά το περιεχόμενο του ΕΕΕΣ ελλιπές και αποκλίνον από συγκεκριμένο όρο του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού και συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς βάσει του άρθρου 24.2. της διακήρυξης, που η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διαγνώσει κατά δέσμια αρμοδιότητα.

10. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της προκείμενης υπόθεσης και ειδικότερα της προσφοράς της διαγωνιζόμενης και αναδειχθείσας διά της προσβαλλομένης προσωρινής αναδόχου του έργου ένωσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. «...») εμφανίζεται ότι έχει υποβάλει αυτοτελή ΕΕΕΣ και συγκεκριμένα το ΕΕΕΣ του μέλους της ένωσης «...» και το ΕΕΕΣ του έτερου μέλους της ένωσης «...». Ως εμφανίζεται, στο ΕΕΕΣ του μέλους της ένωσης «...» και στο σχετικό πεδίο «Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση (συντονιστής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...):» δηλώνει “GM” δηλαδή μέλος

Αριθμός απόφασης: 1160/2023

της ένωσης και στο επόμενο πεδίο του ΕΕΕΣ: «Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης σύμβασης:» δηλώνει «...». Αντιστοίχως στο υποβληθέν από το μέλος της ένωσης «...» ΕΕΕΣ και στο πεδίο αυτού, όπου αναφέρεται ο ρόλος του οικονομικού φορέα στην ένωση, δηλώνει ομοίως “GM” και στο επόμενο πεδίο του ΕΕΕΣ: «Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης σύμβασης:» δηλώνει «...». Με αυτά τα δεδομένα, βασίμως ισχυρίζεται η ύδω προσφεύγουσα ότι εν προκειμένω δεν συνάγεται ποιο εκ των δύο μελών της διαγωνιζόμενης ένωσης είναι ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής, ως εντούτοις απαιτείται (ΕΛΣυν, Τμήμα Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 590/2019, ΕΛΣυν, Τμήμα VI, 826/2019). Όπως γίνεται νομολογιακά δεκτό και προελέχθη, ο όρος «εκπρόσωπος/συντονιστής» αναφέρεται όπως προκύπτει από το εννοιολογικό του περιεχόμενο, στο συντονιστή της ένωσης, δηλαδή στο μέλος που είναι επιφορτισμένο να συντονίζει, δια 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 του αναθέτοντος φορέα για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας, και ταυτίζεται με τον όρο “επικεφαλής εταίρος”, όπως αυτός χρησιμοποιείται στην αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/25/ΕΕ και με τον όρο “συντονιστής”, όπως αυτός χρησιμοποιείται στο πεδίο του ΕΕΕΣ που αναφέρεται στο ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση και αντιστοιχεί στην απαίτηση της διακήρυξης περί ορισμού εκπροσώπου/συντονιστή (ΕΑ ΣτΕ 163/2020). Αν, αντίθετα, στα ΕΕΕΣ που υποβάλλουν τα μέλη συμμετέχουσας ένωσης δεν περιλαμβάνεται εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής, ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, αλλά και προκειμένου να είναι ευχερής η εξέταση και αξιολόγηση των προσφορών, αλλά και η σύγκριση αυτών μεταξύ τους (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 79/2009, 1285/2008, 1229/2007), ο αναθέτων φορέας πρέπει να απορρίψει την προσφορά αυτή, επειδή δεν θα έχει συνταχθεί σύμφωνα με τις υποδείξεις της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣτΕ 816/2007, 26/2007). Εξάλλου, ως προκύπτει

Αριθμός απόφασης: 1160/2023

από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, τα ανωτέρω προαπαιτούμενα δεν συνάγονται ούτε από το συμφωνητικό της σύστασης ένωσης που υποβάλλει η διαγωνιζόμενη ένωση με την προσφορά της, όπου συγκεκριμένα δηλώνεται η σύσταση της ένωσης με ποσοστά συμμετοχής 50%-50% μεταξύ των δύο μελών καθώς και ο κοινός εκπρόσωπος αυτής. Τούτων δοθέντων οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι δηλαδή η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα διότι η ως άνω διαγωνιζόμενη ένωση παρέλειψε πλημμελώς και δη επί ποινή αποκλεισμού να δηλώσει στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ των μελών της τον επικεφαλής εταίρο της ένωσης πρέπει να γίνουν δεκτοί.

11. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής στο έγγραφο των απόψεων της ότι δηλαδή από τη συνδυαστική εφαρμογή των δηλωθέντων στα ΕΕΕΣ των μελών της ένωσης και του ειδικότερου περιεχομένου του συμφωνητικού σύστασης της ένωσης προκύπτει η κάλυψη των ορισθισών απαιτήσεων. Και τούτο ειδικότερα διότι, ενόψει του διαφορετικού και διακριτού εννοιολογικού και ρυθμιστικού περιεχομένου που επιφυλάσσουν, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, οι κρίσιμες κανονιστικές διατάξεις ως προς τον κοινό εκπρόσωπο της ένωσης αφενός, και τον εκπρόσωπο/συντονιστή μέλος της ένωσης αφετέρου, για τον ορισμό του οποίου το υπόδειγμα ΕΕΕΣ που κλήθηκαν οι προσφέροντες να υποβάλουν περιείχε ειδικό πεδίο που σαφώς ζητούσε τον προσδιορισμό του ρόλου του οικονομικού φορέα στην ένωση, μεταξύ άλλων προκαθορισμένων επιλογών, και ως συντονιστή, γεγονός το οποίο δεν κατέλειπε κανένα περιθώριο αμφιβολιών ως προς το ότι η υποχρέωση ορισμού εκπροσώπου/συντονιστή που απαιτούσε η διακήρυξη αναφερόταν στον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση και όχι σε φυσικό πρόσωπο εξουσιοδοτημένο να εκπροσωπεί την ένωση κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, όπερ άλλωστε δηλώνεται στο συμφωνητικό σύστασης της ένωσης. Άλλοις λόγοις, ρητώς προκύπτει από το κανονιστικό πλαίσιο της υπόψη διακήρυξης η διάκριση μεταξύ του εκπροσώπου της ένωσης που υποβάλλει την προσφορά και του εκπροσώπου/συντονιστή αυτής που πρέπει να δηλώνεται είτε στο ΕΕΕΣ (Μέρος ΙΙ. Ενότητα Α) είτε στη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση που δύνανται να υποβάλλουν τα μέλη της ένωσης, όπου ρητώς ορίζεται ότι

Αριθμός απόφασης: 1160/2023

πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους. Επιπροσθέτως δε, απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός ότι η παραπάνω παράλειψη δεν έχει -κατά τη διακήρυξη και τον νόμο- ως συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς, καθώς η χρήση του όρου «υποχρεωτικά» στις ανωτέρω ρυθμίσεις της διακήρυξης και του νόμου, υποδηλώνουν την ποινή του αποκλεισμού, που σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στο άρθρο 24.1. της διακήρυξης, συνιστούν λόγο απόρριψης της προσφοράς, όπερ η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διαγνώσει κατά δέσμια αρμοδιότητα αυτής. Εξάλλου η ως άνω παράλειψη του ΕΕΕΣ, που είχε ως συνέπεια να μην ανταποκριθεί η διαγωνιζόμενη ένωση στην επί ποινή αποκλεισμού υποχρέωσή της να ορίσει με την προσφορά της εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης, δεν θα μπορούσε να αρθεί με την παροχή διευκρινίσεων, καθώς τούτο θα προϋπέθετε την αντικατάσταση του περιεχομένου αφενός του ΕΕΕΣ που υπέβαλε μία εκ των εταιρειών μελών της ένωσης, αφετέρου του από 11.05.2023 υποβληθέντος από την ένωση (μαζί με την προσφορά της) ιδιωτικού συμφωνητικού, που, όμως, συνιστά αντικατάσταση εγγράφων και δε ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς προς συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, που ωστόσο δεν είναι επιτρεπτή ούτε κατά το προϊσχύον πλαίσιο του άρθρου 102 του ν.4412/2016 (πρβλ. Ε.Α. 135/2018, 204/2019, 239/2019), ούτε από το νυν εφαρμοζόμενο.

12. Επειδή, κατόπιν τούτων, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθ' ο μέρος έκανε αποδεκτή τη προσφορά της διαγωνιζόμενης ένωσης με την επωνυμία «...» και την ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο του έργου. Τέλος, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί, κατά το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 1160/2023

Ακυρώνει την με αριθ. 150/2023 προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 1 Αυγούστου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
Βασιλική Καραδήμα

Η Γραμματέας
Αναστασία Ρουμελιώτη