

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 10 Οκτωβρίου 2023, με την εξής σύνθεση:  
Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 14.08.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1261/17.08.2023 προσφυγή της ατομικής επιχείρησης, με την επωνυμία «...» (εφ' εξής ο «προσφεύγων»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ένωσης οικονομικών φορέων «...» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα» ή η «παρεμβαίνουσα...»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αρ. .../2023-08-02, απόφαση της αναθέτουσας, δια της οποίας (α) εγκρίθηκε το Πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου, που υποβλήθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού, και (β) κατακυρώθηκε η ένδικη σύμβαση του έργου στην ένωση οικονομικών φορέων «...».

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα ζητεί την απόρριψη της προσφυγής.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια**

**Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, 1.782,26€ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 14.08.2023 (δεδομένου ότι η 12<sup>η</sup>.08.2023 ήταν Σάββατο η δε 13<sup>η</sup>-8-2023 ήταν Κυριακή, ημέρα εξαιρετέα), καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 02.08.2023, (β) ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς ο προσφεύγων (2ος στην σειρά μειοδοσίας) βάλλει κατά της προσφοράς της οριστικής αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η σύμβαση.

3.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 16.08.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4.Επειδή η παρεμβαίνουσα άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, στις 25.08.2023, την παρέμβασή της έχει δε αυτή πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος.

5.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 29.08. 2023, τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής.

6.Επειδή, με την διακήρυξη, υπό Α.Δ.Α.Μ. ... προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου του έργου: «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας €356.451,62, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 31.05.2023, υπό Α.Δ.Α.Μ..., καθώς και στην διαδικτυακή

πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

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

8.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και η παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη απόφαση οριστική ανάδοχος αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα. Κατά της ανωτέρω απόφασης στρέφεται ο προσφεύγων για τους ειδικότερους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή.

9.Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα Ένωση δεν έχει δηλώσει, στην προσφορά της, την κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών, που την αποτελούν. Πιο αναλυτικά, ο προσφεύγων ισχυρίζεται, ότι *«Έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 765/2021, σκ.22 επ., ΑΕΠΠ Σ 1855/2021, με παραπομπή σε περαιτέρω νομολογία που θεωρείται πλέον παγιωμένη) «(..) από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι τόσο ο νόμος όσο και η διακήρυξη απαιτούν ρητώς και σαφώς, σε περίπτωση υποβολής προσφοράς εκ μέρους ένωσης οικονομικών φορέων, να προσδιορίζεται στην προσφορά, επί ποινή απόρριψής της, μεταξύ άλλων, η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους. Επίσης, όπως έχει κριθεί, τόσο κατά τη γραμματική, όσο και κατά τη λογική ερμηνεία της, η διάταξη του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν 4412/2016 έχει την έννοια ότι η προσφορά ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει, με ποινή το απαράδεκτο, να περιλαμβάνει την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους στην ένωση και να συμπεριλαμβάνει την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης, (κατανομή) η οποία, ως μέγεθος διακριτό από την έκταση της συμμετοχής, δεν περιλαμβάνεται κατά νόμο σε αυτήν, δεδομένου άλλωστε ότι είναι δυνατό να μη συμπίπτει, κατά ποσοστό, με αυτήν (Δ.Εφ.Τρίπολης Ν8/2019, Α.Ε.Π.Π. 423/2020, 279/2020, 29/2020, 884,885/2019,*

1044/2018).». Δεν καταλείπεται, συνεπώς, ουδεμία αμφιβολία αναφορικά με το περιεχόμενο της διάταξης του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 --- Αριθμός απόφασης: ΑΕΠΠ Σ 1855/2021.».

10.Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, η παρεμβαίνουσα Ένωση αποτελείται από τρία μέλη, ήτοι την ατομική επιχείρηση «...», την εταιρεία «...» και την εταιρεία «...». Η δε παρεμβαίνουσα ... υπέβαλε ξεχωριστό ΕΕΕΣ για κάθε ένα από τα μέλη της. Περαιτέρω, στο Μέρος ΙΙ πεδίο Α του ΕΕΕΣ: (α) η ατομική επιχείρηση «...» έδωσε την εξής απάντηση: «1). Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ << ...>> . ΑΦΜ: ... , ΔΟΥ: ... , ΟΔΟΣ: ..., Τ.Κ. ... 2). Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ <<...>>. ΑΦΜ: ... , ΔΟΥ: ... , ΟΔΟΣ: ... , Τ.Κ. ... Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ... ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ ΣΤΗΝ ΕΝΩΣΗ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 49% , Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ <<... >> ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 49% ΚΑΙ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ <<...>>, ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 2%», (β) η εταιρεία «...» έδωσε την εξής απάντηση: «1). Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ<<...>> . ΑΦΜ: ... , ΔΟΥ: ... , ΟΔΟΣ: ... , Τ.Κ. ... 2). Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ <<... >>. ΑΦΜ: ... , ΔΟΥ: ... , ΟΔΟΣ: ... , Τ.Κ. .... Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ... ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ ΣΤΗΝ ΕΝΩΣΗ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 49% , Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ <<...>> ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 49% ΚΑΙ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ << ...>> , ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 2%», και (γ) η εταιρεία «...» έδωσε την εξής απάντηση: «1). Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ << ...>> . ΑΦΜ: ... , ΔΟΥ: ... , ΟΔΟΣ: ... , Τ.Κ. ... 2). Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ <<... >>. ΑΦΜ: ... , ΔΟΥ: ... , ΟΔΟΣ: ... , Τ.Κ. ... Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ <<...>> ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ ΣΤΗΝ ΕΝΩΣΗ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 2% , Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ <<...>> ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 49% ΚΑΙ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ <<...>> , ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 49%». Εν προκειμένω, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, ότι το ποσοστό της κατανομής των εργασιών αντιστοιχεί ευλόγως σ' εκείνο της κατανομής της αμοιβής, τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθώς τούτο δεν προκύπτει ούτε από τις διατάξεις της διακήρυξης ούτε από την προσφορά της παρεμβαίνουσας, δεδομένου ότι η κατανομή της αμοιβής μπορεί να εξαρτάται από το είδος ή την δυσκολία των εργασιών ή ακόμη και από την συμφωνία μεταξύ των μελών της ένωσης και, σε κάθε περίπτωση, από παράγοντες που δεν συνδέονται με το ποσοστό κατανομής των εργασιών μεταξύ των μελών της ένωσης ή της συμμετοχής τους στην υπό ίδρυση κοινοπραξία. Η δε ερμηνεία των οικείων διατάξεων από την παρεμβαίνουσα,

ότι ο προσδιορισμός της έκτασης της συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής του και δεν απαιτείται ξεχωριστή μνεία αυτής κατά τελεολογική ερμηνεία των οικείων διατάξεων, δεν παρίσταται βάσιμη, διότι ούτε ο νομοθέτης ούτε η διακήρυξη, πολλώ δε μάλλον ούτε η αναθέτουσα κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών δύναται να προκαθορίσουν, ότι το ποσοστό συμμετοχής των μελών της ένωσης ταυτίζεται υποχρεωτικά με αυτό της κατανομής της αμοιβής, δοθέντος ότι η κατανομή αυτή εξαρτάται από την βούληση των μελών της ένωσης και του νομικού δεσμού, που τους συνδέει, ή της μεταξύ τους συμφωνίας (βλ. ΑΕΠΠ 67/2021 και ΔΕφΤριπ Ν8/2019). Αντίθετα, η ρητή αναφορά στον προσδιορισμό και της κατανομής της αμοιβής των μελών της ένωσης, εκτός της έκτασης και του είδους συμμετοχής τους στην ένωση, καταδεικνύει ακριβώς την ανάγκη να καταστεί απαραίτητως γνωστό στην αναθέτουσα Αρχή, με την υποβολή της προσφοράς, και το στοιχείο αυτό. Επισημαίνεται δε, ότι, στην παράγραφο 7 του άρθρου 96 του Ν.4412/2016, η αναφορά στην κατανομή αμοιβής τίθεται εντός παρένθεσης επεξηγηματικά, δηλαδή, προκειμένου να μην παραλειφθεί από τους οικονομικούς φορείς ως αναγκαίο στοιχείο, ενώ, στο άρθρο 3.1 της επίμαχης διακήρυξης, αναφέρεται χωρίς παρένθεση (άρθρο 3.1 της διακήρυξης: «...*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.*»).

Σημειωτέον ότι το επίμαχο άρθρο 3.1 της διακήρυξης δεν περιέχει μεν πανηγυρική διατύπωση περί «απαράβατου» ή περί «επί ποινή αποκλεισμού», αλλά η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, οι οποίοι είναι προφανές, ότι θεωρούνται απαραίτατοι/επί ποινή αποκλεισμού («*υποβάλλει*», «*προσδιορίζεται*», «*περιλαμβάνεται*») και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (Δ.Εφ.Χανίων 120/2022, σκ. 21, ΑΕΠΠ 1212/2021, 557/2021). Περαιτέρω, η οικεία πλημμέλεια στην

συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας ουσιώδους στοιχείου, ήτοι στοιχείου που ρητώς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού από την διακήρυξη, δεν είναι επιδεκτική διόρθωσης ή συμπλήρωσης σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις παρ. 2 και 5 του άρθρου 102 του Ν.4412/2016. Η δε παρεμβαίνουσα, με την παρέμβασή της, συνομολογεί ότι ούτε το από 14.06.2023 ιδιωτικό συμφωνητικό, με τίτλο «...», το οποίο κατέθεσε με την προσφορά της, συμπεριλαμβάνει ρητώς την κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών της κοινοπραξίας της, θεωρώντας -αβασίμως όμως, βάσει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη- ότι η κατανομή της αμοιβής εξυπακούεται και ακολουθεί την διαμόρφωση των ποσοστών συμμετοχής ενός εκάστου μέλους της ... της. Επομένως, εν όψει όλων των ανωτέρω στην παρούσα σκέψη, η αναθέτουσα Αρχή όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας, κατ' αποδοχή του τρίτου λόγου της προσφυγής.

11.Επειδή η εξέταση των λοιπών λόγων της προδικαστικής προσφυγής παρέλκει ως αλυσιτελής, δεδομένου ότι η ανωτέρω πλημμέλεια - κατά τα εκτεθέντα στη σκέψη ... - στην προσφορά της παρεμβαίνουσας παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της και την ακύρωση της προσβαλλόμενης.

12.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, ν' απορριφθεί η παρέμβαση, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος, δι' αυτής, ανεδείχθη οριστική ανάδοχος η ένωση οικονομικών φορέων «...».

13. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Αριθμός Απόφασης: 1551 /2023

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 30 Οκτωβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**