

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 16/05/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 511/10.04.2023, της εταιρείας με την επωνυμία «... ΑΤΕΒΕ», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής «προσφεύγουσα»).

Κατά της αναθέτουσας «Δήμος ...» (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία ««Κ/Ξ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμό 86/2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., καθ' ο μέρος, δι' αυτής, έγινε αποδεκτή η προσφορά της ένωσης «Κ/Ξ» και ανεδείχθη η τελευταία προσωρινή ανάδοχος, να διαταχθεί δε η επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την υπό ΑΔΑΜ ... 23-01-16 Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός Διαγωνισμός κατασκευής του έργου, με τίτλο: «Αντικατάσταση Δικτύου Αποχέτευσης και κατασκευή Τμημάτων Δικτύου Ύδρευσης Κοινότητας ... Δήμου ...», με αναθέτουσα Αρχή τον Δήμο ..., εκτιμώμενης αξίας 2.805.020,70 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Αντικείμενο της σύμβασης είναι η αντικατάσταση του δικτύου αποχέτευσης του συνόλου των απαιτούμενων έργων συγκέντρωσης των λυμάτων του οικισμού ..., για την διάθεσή τους

Αριθμός Απόφασης:784/2023

στον αγωγό μεταφοράς των λυμάτων των οικισμών ... - ... - ... μέχρι το κεντρικό αντλιοστάσιο της Επίσης, θα κατασκευασθούν τμήματα του δικτύου ύδρευσης του οικισμού Η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού, συμμετείχε στον διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά. Στον ίδιο διαγωνισμό υπέβαλε προσφορά και η παρεμβαίνουσα «Κ/Ξ ...». Εν συνεχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού έλεγξε, εάν προσκομίσθηκαν οι απαιτούμενες πρωτότυπες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής. Από τον έλεγχο αυτόν προέκυψε, ότι όλες οι υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής είναι ηλεκτρονικής έκδοσης από το ΤΜΕΔΕ. Στη συνέχεια, από το σύστημα προέκυψε κατάλογος προσφερόντων, κατά σειρά μειοδοσίας, ο οποίος διαβιβάστηκε στην αναθέτουσα Αρχή και στους προσφέροντες, μέσω του συστήματος «Επικοινωνία», προκειμένου να λάβουν γνώση, και αναρτήθηκε και στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού», με δικαίωμα πρόσβασης μόνο στους προσφέροντες. Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη, κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης, βάσει της παραγωγής σχετικού ψηφιακού αρχείου, μέσα από το υποσύστημα. Όλες οι υποβληθείσες οικονομικές προσφορές κρίθηκαν παραδεκτές, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 95 και 98 του ν. 4412/2016. Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού προχώρησε στον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην οικεία διακήρυξη, κατά την σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου για το σύνολο των φακέλλων των προσφορών, που κατατέθηκαν, διαπιστώθηκε, ότι οι προσφορές και των δύο διαδίκων είναι παραδεκτές. Περαιτέρω, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανάθεση της σύμβασης στην ένωση «Κ/Ξ», η οποία προσέφερε ποσοστό έκπτωσης, ύψους 25,49%. Με την υπ' αριθμό 86/2023 και ήδη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, εγκρίθηκε το Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού.

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:784/2023

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

3. Επειδή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί νομοτύπως και εμπροθέσμως, στις 07/04/2023, λαμβανομένου υπ' όψη, ότι η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλομένης στις 28/03/2023.

4. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ..., αξίας 14.025,11 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ, όπου αναφέρεται, ως κατάσταση παραβόλου, «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

5. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «Στο Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών και ειδικότερα «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ Τ.Π. 10» (σελ. 53 του Τεύχους) προβλέπεται ότι: «Στο διαγωνισμό γίνονται δεκτοί υδρομετρητές που συμμορφώνονται πλήρως με την Ευρωπαϊκή οδηγία MID 2044/22/E.E. ή τη νεότερη MID 2014/32/E.E., υπό την προϋπόθεση ότι το εργοστάσιο κατασκευής φέρει πιστοποίηση σύμφωνα με τη συγκεκριμένη οδηγία (Παραρτήματα H1 ή B + Δ ή B + ΣΤ) η οποία θα πρέπει να υποβληθεί με την προσφορά...». Περαιτέρω, στο ίδιο ως άνω Τεύχος στο σημείο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ Τ.Π. 11» (σελ. 58 του Τεύχους) ορίζεται ότι: «...Στο διαγωνισμό γίνονται δεκτοί υδρομετρητές που συμμορφώνονται πλήρως με την Ευρωπαϊκή οδηγία MID 2004/22/E.E. ή τη νεότερη MID 2014/32/E.E., υπό την προϋπόθεση ότι το εργοστάσιο κατασκευής φέρει πιστοποίηση σύμφωνα με τη συγκεκριμένη οδηγία (Παραρτήματα H1 ή B+Δ ή B+ΣΤ) η οποία θα πρέπει να υποβληθεί με την προσφορά...». Κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα Αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους. Εν όψει τούτων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (ΣΤΕ 2635/2009, ΔΕφΧαν Ν23/2021 κ.ά.). Από τον συνδυασμό των προαναφερόμενων διατάξεων της διακήρυξης και του τεύχους «Τεχνικές Προδιαγραφές», τα οποία αποτελούν το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ενόψει και των αρχών της τυπικότητας και της διαφάνειας που διέπουν τους

Αριθμός Απόφασης:784/2023

δημόσιους διαγωνισμούς, συνάγεται ότι οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να συμπεριλάβουν στην τεχνική προσφορά τους τις πιστοποιήσεις από τις οποίες να προκύπτει ότι οι προσφερόμενοι υδρομετρητές συμμορφώνονται πλήρως με την Ευρωπαϊκή οδηγία MID 2004/22/E.E. ή τη νεότερη MID 2014/32/E.E.. Παρά ταύτα, στην προσφορά της ένωσης «Κ/Ξ ...» δεν συμπεριλήφθηκαν οι απαιτούμενες πιστοποιήσεις, ώστε να προκύπτει ότι οι υδρομετρητές που θα εγκατασταθούν στο επίμαχο έργο συμμορφώνονται με τις απαιτήσεις των ως άνω Οδηγιών. Παρ' ότι, λοιπόν, η ανωτέρω ένωση όφειλε να συμμορφωθεί με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και του Τεύχους των Τεχνικών Προδιαγραφών παρέλειψε να υποβάλει στην προσφορά της τα ως άνω ρητώς αξιούμενα έγγραφα για τους υδρομετρητές. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως και κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και των τευχών δημοπράτησης που τη συνοδεύουν αποδέχθηκε την προσφορά της ανωτέρω ένωσης. Για τον λόγο δε αυτό η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί και θα πρέπει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της εταιρίας μας». Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής προβάλλει, ότι το άρθρο 96 παρ. 7 του ν. 4412/2016 περιέχει ειδικούς όρους σχετικά με τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία από κοινού. Ειδικότερα η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «Συγκεκριμένα, στο μεν πρώτο εδάφιο αναφέρεται η δυνατότητα της ένωσης να χρησιμοποιεί νομίμως εξουσιοδοτημένο κοινό εκπρόσωπο για την υπογραφή και υποβολή της προσφοράς της, 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». Ο όρος αυτός αναφέρεται, όπως προκύπτει από το εννοιολογικό του περιεχόμενο, στον συντονιστή της ένωσης, δηλαδή στο μέλος της ένωσης, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο έχει επιφορτιστεί να συντονίζει, διά του επιστημονικού και τεχνικού προσωπικού του, τεχνικά και οργανωτικά τα μέλη της ένωσης κατά την εκτέλεση της σύμβασης και να εκπροσωπεί κατά τούτο την ένωση έναντι της αναθέτουσας αρχής για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας (ΣτΕ 1020/2022). Εν προκειμένω, η εταιρία «...» και ο οικονομικός φορέας «....» συμμετείχαν στον επίδικο διαγωνισμό από κοινού, ως ένωση οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...». Στο Μέρος II του ΕΕΕΣ:

Αριθμός Απόφασης:784/2023

Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, στο ερώτημα: «Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης από κοινού με άλλους;» και οι δυο ως άνω οικονομικοί φορείς στα δύο αυτοτελή ΕΕΕΣ που υπέβαλαν έδωσαν την απάντηση «Ναι». Ομοίως, στο ερώτημα «Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση (συντονιστής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα...)», αμφότερες οι εταιρίες έδωσαν την απάντηση: «GM», δηλαδή Group Member. Με τούτο τον τρόπο όμως, κανένα από τα μέλη της ένωσης δεν επέλεξε την απάντηση LD (LEADER), ως υποχρεούτο βάσει των επί ποινή αποκλεισμού όρων της διακήρυξης, σε συνδυασμό και με το άρθρο 96 παρ. 7 του ν. 4412/2016. Ούτε σε κάποιο άλλο σημείο του ΕΕΕΣ οι ανωτέρω οικονομικοί φορείς όρισαν τον εκπρόσωπο - συντονιστή της ένωσης. Πέραν τούτου, δεν συμπεριέλαβαν στα δικαιολογητικά συμμετοχής τους συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση από την οποία να προκύπτει ο εκπρόσωπος - συντονιστής της ένωσης. Η συμμετέχουσα, λοιπόν, στον διαγωνισμό ένωση παρέλειψε να ορίσει εκπρόσωπο/συντονιστή της, στο επίμαχο πεδίο των ΕΕΕΣ των δύο ως άνω εταιριών. ήτοι δεν ανταποκρίθηκε στην υποχρέωσή της αυτή, παρ' όλο που απαιτούνταν ρητά, υποχρεωτικά και επί ποινή αποκλεισμού τόσο από τους όρους του άρθρου 3 της διακήρυξης, όσο και από το άρθρο 96 παρ.7 ν.4412/2016 (βλ. ΣτΕ ΕΑ 164/2020, πρβλ. ΣτΕ 2020/2022, ΔΕφΧαν. 55/2021, ΑΕΠΠ 54/2021). Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, ο μη ορισμός στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ ενός εκ των μελών της ένωσης ως αποκλειστικού συντονιστή της ένωσης, ανεξαρτήτως του τυχόν προσδιορισμού της έκτασης συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, παραβιάζει ρητή διάταξη της οικείας διακήρυξης και του νόμου (βλ. και ΔΕφΠατρ 138/2022). Άλλως, και σε κάθε περίπτωση, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς συμπλήρωσαν κακώς και μη νομίμως τα ΕΕΕΣ τους, παραλείποντας να δηλώσουν ένα εκ των μελών ως εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης, επομένως υπέβαλαν ΕΕΕΣ τα οποία δεν ήταν σύμφωνα με τους όρους του νόμου και της διακήρυξης. Για τους λόγους αυτούς, υπό κάθε εκδοχή, συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς της ως άνω ένωσης, κατά το άρθρο 91 παρ. 1 ν.4412/2016, ώστε η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την απορρίψει, κατά δέσμια αρμοδιότητά της».

6. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, με τις από 13/04/2023 απόψεις της προς την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., υπεραμύνεται της νομιμότητας της προσβαλλόμενης.

Αριθμός Απόφασης:784/2023

Εξ άλλου, η «Κ/Ξ ...» άσκησε την από 20/04/2023 παρέμβασή της μετ' εννόμου συμφέροντος. Επέκεινα, απαραδέκτως η παρεμβαίνουσα προβάλλει λόγους αποκλεισμού της προσφοράς της προσφεύγουσας, διότι η εν λόγω προβολή τοιούτων ισχυρισμών θα μπορούσε να λάβει χώρα νομίμως μόνο με την κατάθεση σχετικής προδικαστικής προσφυγής, καθώς, ως παγίως γίνεται δεκτό, η προβολή λόγων προσφυγής, στα πλαίσια κατάθεσης παρέμβασης, συντελείται απαραδέκτως, διότι αφ' ενός η εξέτασή τους θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη διεύρυνση του αντικειμένου της διαφοράς, αφ' ετέρου η παρέμβαση ασκείται αποκλειστικώς προς υποστήριξη του κύρους της προσβαλλόμενης. Επί των από 18/04/2023 κοινοποιηθεισών απόψεων της αναθέτουσας Αρχής, νομίμως κατατέθηκε το από 21/04/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας. Πλην όμως το από 26/04/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας επί της από 21/04/2023 κοινοποιηθείσας παρέμβασης δεν λαμβάνεται υπ' όψη, ως μη προβλεπόμενο από τις οικείες διατάξεις.

7. Επειδή, κατά τα παγίως κρατούντα, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να υποβάλουν συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής στον διαγωνισμό, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη, ότι ο οικονομικός φορέας, που το έχει υποβάλει, πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής, που καθορίζονται από την διακήρυξη, και δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι κατά περίπτωση προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ειδικότερα, οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία, που εμπνίπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 204/2019 σκ.16, 40/2019 σκ. 17). Με την υποβολή, εξ άλλου, του ΕΕΕΣ και την εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής επαλήθευση της ακρίβειας των περιεχόμενων στο έντυπο αυτό δηλώσεων, τόσο κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, αφ' ενός εξασφαλίζονται επαρκώς τα συμφέροντα της αναθέτουσας Αρχής, αφ' ετέρου αποτρέπεται ο κίνδυνος καταστρατήγησης της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, με την έμμεση συμμετοχή σε διαγωνισμό, για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων,

Αριθμός Απόφασης:784/2023

οικονομικών φορέων, για τους οποίους συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού ή οι οποίοι δεν πληρούν τα ελάχιστα απαιτούμενα από την οικεία διακήρυξη κριτήρια καταλληλότητας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 292/2019 σκ.15, 115-4/2019 σκ. 15).

8. Επειδή, σε αντίθεση με την αυτοτελή υποχρέωση, που υπέχουν τα επιμέρους μέλη μιας ένωσης, να υποβάλλουν χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ., κατά τα ως άνω εκτεθέντα, η υποβαλλόμενη κοινή προσφορά αυτής, δύναται να υπογραφεί, κατά ρητή μάλιστα νομοθετική επιταγή, είτε απ' όλους τους οικονομικούς φορείς, που αποτελούν την ένωση, είτε από τον κοινό εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Ωσαύτως, σχετικά με την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής από μία συμμετέχουσα ένωση, εν όψει και της ρητής υποχρέωσης, που υπέχουν τα μέλη αυτής, να προσδιορίζουν, εντός της προσφοράς τους, την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους (βλ. σχετικά και α) ΔΕφΤριπ. 8/2019 και β) το άρθρο 187 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, όπου διαλαμβάνεται, ότι: «Ο πίνακας κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης που έχει υποβληθεί με την προσφορά, κατά το άρθρο 19, μπορεί να τροποποιηθεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης, μετά από έγκριση της Διευθύνουσας Υπηρεσίας.»), καθώς και - να προσδιορίζουν- τον εκπρόσωπο/συντονιστή αυτής (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 338/2020, σκέψη 30 και ΑΕΠΠ 33/2021), προκύπτει ότι έκαστο μέλος της ένωσης θα δηλώσει, εντός του υποβληθέντος από αυτό Ε.Ε.Ε.Σ., την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, τα οποία το ίδιο διαθέτει και συνεχονται με το τμήμα της σύμβασης, που αυτό θ' αναλάβει να εκτελέσει, σε περίπτωση που η ένωση ανακηρυχθεί ανάδοχος. Συγκεκριμένα, καίτοι, αναμφισβήτητα, η ίδια η ένωση, υπό την μορφή ενιαίου οικονομικού φορέα, αναλαμβάνει ως ανάδοχος την εκτέλεση της σύμβασης, η ίδια, εφ' όσον δεν διαθέτει χωριστό Α.Φ.Μ., δεν μπορεί και να εκδίδει νόμιμα παραστατικά για την καταβολή της αμοιβής απ' ευθείας σ' αυτήν.

9. Επειδή, όπως έχει κριθεί από την νομολογία (ad hoc ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνθεσης 590/2019, ΕΑ ΣΤΕ 163/2020, σκέψεις 11 και 13 και ΔΕφΑθ 2072/2021, ΑΕΠΠ 423/2020, 777-779/2020 και 557/2021), ο νομίμως εξουσιοδοτημένος εκπρόσωπος μιας, συμμετέχουσας σε δημόσιο διαγωνισμό, ένωσης οικονομικών φορέων κατέχει όλως προαιρετικό ρόλο, ο οποίος δύναται να ανατίθεται και σε φυσικό πρόσωπο, το οποίο δεν

Αριθμός Απόφασης:784/2023

συμμετέχει αυτοτελώς στην ένωση, (ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνθεσης 590/2019, η οποία φαίνεται να συνδέει εννοιολογικά τον εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης με τον θεσμό του «εκπροσώπου της σύμπραξης», όπως αναφέρετο στο άρθρο 1 περίπτωση 21 του Ν. 3316/2005 «Ανάθεση και εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων εκπόνησης μελετών και παροχής συναφών υπηρεσιών και άλλες διατάξεις»), ενώ μπορούν να εκπροσωπούν την ένωση και περισσότερα του ενός φυσικά πρόσωπα. Αντιθέτως, ο ρόλος του εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης προβλέπεται ως υποχρεωτικός για την ένωση και τυχόν παράλειψη ορισμού κάποιου φυσικού προσώπου, ως εκπροσώπου/συντονιστή, προκαλεί αθεράπευτη πλημμέλεια της προσφοράς και αναπόδραστα οδηγεί την προσφορά της ένωσης σε απόρριψη (ΣΤΕ 892/2022, ΔΕφΘεσσ/νικης 90/2021), Ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης έχει την έννοια του «επικεφαλής εταίρου» ή lead partner και ο συγκεκριμένος ρόλος ανατίθεται αναγκαστικά σε κάποιο εκ των μελών της ένωσης, ενώ, στην θέση αυτή, δεν μπορεί να διορίζονται περισσότερα του ενός πρόσωπα.

10. Επειδή, κατόπιν της επισκόπησης του φακέλλου και των εκατέρωθεν προβαλλομένων ισχυρισμών, λεκτέα τα κάτωθι. Η αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της αναφέρει, ότι οι οικονομικοί φορείς, σε περίπτωση που διεπίστωναν ασάφεια ή σφάλματα, μεταξύ των Τευχών Τεχνικών Προδιαγραφών και της διακήρυξης, μπορούσαν να ζητήσουν συμπληρωματικές πληροφορίες. Ωστόσο, η αναθέτουσα αναφέρει, ότι κανένας οικονομικός φορέας δεν ζήτησε συμπληρωματικές πληροφορίες. Πλην, όμως, ο ως άνω ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής είναι αβάσιμος. Τούτο δε, διότι ο όρος που περιέχεται στο Τεύχος των Τεχνικών Προδιαγραφών, σύμφωνα με τον οποίο στον φάκελλο των διαγωνιζομένων έπρεπε να συμπεριληφθούν οι απαιτούμενες πιστοποιήσεις σχετικά με τους υδρομετρητές, είναι απολύτως σαφής. Ειδικότερα, στο Τεύχος των Τεχνικών Προδιαγραφών αναφέρεται ρητά, ότι οι υδρομετρητές θα πρέπει να φέρουν πιστοποιήσεις, οι οποίες θα πρέπει να υποβληθούν με την προσφορά (βλ. σελ.53 και 56 του Τεύχους). Άλλωστε, το Τεύχος των Τεχνικών Προδιαγραφών έχει την ίδια δεσμευτική ισχύ με την διακήρυξη και επομένως οι όροι και προϋποθέσεις, που ορίζονται σ' αυτό, πρέπει να τηρούνται. Η ανωτέρω, λοιπόν, υποχρέωση των υποψηφίων αναδόχων απορρέει σαφώς

Αριθμός Απόφασης:784/2023

από συμβατικό τεύχος, το οποίο εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει τους διαγωνιζόμενους, εφ' όσον δεν προκύπτει, ότι αυτοί αμφισβήτησαν επικαίρως την νομιμότητά του (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 417/2013 σκ. 8, 284/2013 σκ. 11), η υποχρέωση δε αυτή ευχερώς μπορούσε να γίνει αντιληπτή από τον ευλόγως ενημερωμένο υποψήφιο (βλ. και ΔΕφΘεσ/νίκης Ν65/2021). Καθίσταται, δηλαδή, προφανές, ότι η απαίτηση περί υποβολής πιστοποιήσεων ήταν σαφής, έτσι ώστε μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας εφ' όσον αυτή δεν συμπεριέλαβε τις απαιτούμενες περιοριστικώς περιγραφόμενες απαιτήσεις. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί, ότι υπήρχε ασάφεια ως προς τα έγγραφα που όφειλαν να υποβάλουν οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς, παρ' ότι υπήρχε ρητός και σαφέστατος σχετικός όρος στο Τεύχος των Τεχνικών Προδιαγραφών, τότε και πάλι η προσφορά της παρεμβαίνουσας τυγχάνει απορριπτέα. Και τούτο διότι, όπως και η ίδια η αναθέτουσα Αρχή διαλαμβάνει στις απόψεις της, η ως άνω ένωση οικονομικών φορέων είχε την δυνατότητα να ζητήσει, κατ' εφαρμογή των όρων της διακήρυξης, διευκρινίσεις για τα έγγραφα, που όφειλε να συμπεριλάβει στα δικαιολογητικά συμμετοχής της, αλλά και να προσβάλει τους όρους της διακήρυξης, ως ασαφείς (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 204/2019, 117/2019, ΔΕφΘεσ/νίκης Ν148/2021, ΔΕφΑΘ ΕΑ 64/2020). Επέκεινα, ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής, η αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται, ότι η μη δήλωση εκπροσώπου της ένωσης δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού, διότι η νομική σύσταση αυτής θα γίνει σε επόμενο στάδιο. Πλην, όμως, ο ισχυρισμός αυτός της αναθέτουσας Αρχής είναι αβάσιμος και έρχεται σε αντίθεση με τις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης. Ειδικότερα, κατά τα προδιαληφθέντα στις σκέψεις 7,8 και 9 της παρούσας και από τις διατάξεις του άρθρου 96 παρ. 7 του ν. 4412/2016 προκύπτει, ότι στην προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει απαραίτητως να δηλώνεται ο εκπρόσωπος/συντονιστής της. Επιπρόσθετα, σύμφωνα με τον ρητό όρο 3 της επίμαχης διακήρυξης, η δήλωση περί εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης πραγματοποιείται στο Μέρος ΙΙ του ΕΕΕΣ ή με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, που υποβάλλουν τα μέλη της ένωσης. Στο δε ΕΕΕΣ, το οποίο επίσης αποτελεί έγγραφο της σύμβασης, σύμφωνα με το υπ' αριθμό 2.1. άρθρο της διακήρυξης, υπάρχει ξεχωριστό ερώτημα, σχετικά με τον ρόλο του

Αριθμός Απόφασης:784/2023

οικονομικού φορέα στην ένωση, καθώς και επιλογές απαντήσεων (leader και group member). Εκ των προαναφερθέντων προκύπτει, ότι τα μέλη της ανωτέρω ένωσης όφειλαν πράγματι να δηλώσουν ως εκπρόσωπο/συντονιστή ένα εξ αυτών. Δοθέντος όμως, ότι δεν το έπραξαν, γεγονός που ουδόλως αμφισβητεί αλλ' αντιθέτως επιβεβαιώνει η αναθέτουσα Αρχή, εν όψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των όρων συμμετοχής, που διέπουν τη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, αλλά και προκειμένου να είναι ευχερής η εξέταση και αξιολόγηση των προσφορών και η σύγκριση αυτών μεταξύ τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 79/2009, 1285/2008, 1229/2007), η τελευταία όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, ν' απορρίψει την προσφορά αυτή (βλ. ΑΕΠΠ 1154/2021). Κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως της νομικής σύστασης της ένωσης, η παρεμβαίνουσα όφειλε να ορίσει εκπρόσωπο/συντονιστή της, με το ΕΕΕΣ της ή με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 96 παρ. 7 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 της διακήρυξης, κατ' αποδοχή του σχετικού λόγου της προσφυγής.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτό, η δε προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα, κατά το σκεπτικό, πρέπει δε ν' απορριφθεί η παρέμβαση και να επιστραφεί το παράβολο στην προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16/05/2023 και εκδόθηκε στις 29/05/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ