

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος δυνάμει της με αριθμ. 111/2021 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή- Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 1.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1320/2.07.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «..... με διακριτικό τίτλο «.....», (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην, οδός, αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. 559/2021 απόφασης της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ:), με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό Ι του διαγωνισμού (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «.....», εφεξής «ο α' παρεμβαίνων», κάτοικος, οδός αρ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «.....», εφεξής «ο β' παρεμβαίνων», που εδρεύει στη, οδός αρ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο έγιναν δεκτές οι προσφορές απάντων των οικονομικών φορέων των οποίων οι προσφορές προηγούνται του προσφεύγοντος σε σειρά μειοδοσίας, ήτοι των οικονομικών φορέων: 1), 2), 3), 4) με δ.τ....., 5)

Με την παρέμβασή του ο α' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Με την παρέμβασή του ο β' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

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 παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 9.540,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 30.06.2021 πληρωμή στη Τράπεζα της Ελλάδος και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 1.907.258,06 ευρώ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δυνάμει της με αρ. πρωτ. διακήρυξης (στο εξής: «διακήρυξη») προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοιχτό διαγωνισμό, με τίτλο «ΕΡΓΟ ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗΣ ΚΑΙ ΟΙΚΟΛΟΓΙΚΗΣ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ Κ.Χ – ΤΜΗΜΑ 2» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει μόνο τιμής. Ο προϋπολογισμός της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 1.907.258,06 Ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α. 24%).

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 30-12-2020 με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 1.07.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 22.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6.Επειδή, ο προσφεύγων, καταρχήν, με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της αποδοχής των προσφορών απάντων των λοιπών συμμετεχόντων καθώς συμμετείχε στο διαγωνισμό, επικαλείται δε ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη αποδοχή όλων των λοιπών προσφορών και στο όφελος από την ανάθεση στον ίδιο της υπό κρίση σύμβασης. Η οριστική, ωστόσο, κρίση περί της ύπαρξης εννόμου συμφέροντος για την προβολή λόγων κατά ενός εκάστου των συνδιαγωνιζομένων του προσφεύγοντος θα κριθεί κατά την εξέταση ενός εκάστου των λόγων της υπό κρίση προσφυγής.

7. Επειδή στις 6.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1680/2021 Πράξη του αναπληρωτή Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου και την υπ'αριθμ. 1936/2021 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ απόψεις της επί της προσφυγής με α.π. 66668/6-7-2021.

10. Επειδή, ο α' παρεμβαίνων άσκησε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 4468/2021 παρέμβασή του νομίμως κι εμπροθέσμως στις 15-07-2021, ήτοι εντός δεκαήμερου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής. Ασκει δε την παρέμβασή του με έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

11. Επειδή, ο β' παρεμβαίνων άσκησε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 4439/2021 παρέμβασή του νομίμως κι εμπροθέσμως στις 14-07-2021, ήτοι εντός δεκαήμερου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

Ασκήει δε την παρέμβασή του με έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

13. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος εννέα οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων. Μετά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, απορρίφθηκαν οι προσφορές δύο οικονομικών φορέων και οι λοιποί επτά κατατάχθηκαν ως ακολούθως κατά σειρά μειοδοσίας: 1 41,35 % 1.129.697,16 € 2 41,13 % 1.133.918,53 € 3 36,84 % 1.214.618,55 € 4 με δ.τ. 35,38 % 1.242.096,33 € 5. 6 184274 25,28 % 1.431.961,17 €. Επομένως, ο προσφεύγων κατατάχθηκε έκτος σε σειρά μειοδοσίας και με την υπό κρίση προσφυγή του στρέφεται κατά των πέντε προσφορών που προηγούνται της δικής του.

14. Επειδή, με την προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα:[...] 10.1. Ως προς την προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....», σε κανένα σημείο των ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης δεν ορίζεται ποιο μέλος της ένωσης θα είναι «ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής», όπως κατά τα προαναφερθέντα απαιτείτο. Αντιθέτως, ως προς το ρόλο του κάθε οικονομικού φορέα στην ένωση, αναφέρεται ρητά ότι οι φορείς που απαρτίζουν την ένωση αποτελούν απλώς μέλη της. Ενώ, είναι νομικώς αδιάφορος ο ορισμός των νόμιμων εκπροσώπων (φυσικών προσώπων) των φορέων που απαρτίζουν την ένωση ως από κοινού εκπροσώπων της ένωσης στη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. σελ. 5/32 και 4/28 των υποβληθέντων ΤΕΥΔ). Συνεπώς, κατά παράβαση των προαναφερθέντων (βλ., ιδίως, ΣτΕ ΕΑ 163/2020, σκ. 13), ουδόλως ορίζεται ένα μέλος της εν λόγω ένωσης, ως «εκπρόσωπος/ συντονιστής αυτής» και η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....» έπρεπε να είχε απορριφθεί. Ήτοι, η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, στο μέτρο που έκρινε παραδεκτή την προσφορά της εν λόγω ένωσης, είναι παράνομη και ακυρωτέα. 10.2. Ως προς την προσφορά

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....», σε κανένα σημείο των ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης δεν ορίζεται ποιο μέλος της ένωσης θα είναι «ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής», όπως κατά τα προαναφερθέντα απαιτείτο. Αντιθέτως, ως προς το ρόλο του κάθε οικονομικού φορέα στην ένωση, αναφέρεται ρητά ότι οι φορείς που απαρτίζουν την ένωση αποτελούν απλώς μέλη της. Ενώ, είναι νομικώς αδιάφορος ο ορισμός των νόμιμων εκπροσώπων (φυσικών προσώπων) των φορέων που απαρτίζουν την ένωση ως από κοινού εκπροσώπων της ένωσης στη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. σελ. 4/29, 4/29, και 3-4/28 των υποβληθέντων ΤΕΥΔ). Συνεπώς, κατά παράβαση των προαναφερθέντων (βλ., ιδίως, ΣτΕ ΕΑ 163/2020, σκ. 13), ουδόλως ορίζεται ένα μέλος της εν λόγω ένωσης, ως «εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής» και η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....» έπρεπε να είχε απορριφθεί. Ήτοι, η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, στο μέτρο που έκρινε παραδεκτή την προσφορά της εν λόγω ένωσης, είναι παράνομη και ακυρωτέα. 10.3. Ως προς την προσφορά της κοινοπραξίας οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....», σε κανένα σημείο των ΤΕΥΔ των μελών της κοινοπραξίας δεν αναφέρονται τα ποσοστά «κατανομής αμοιβής μεταξύ» των μελών της και ο ρόλος του φορέα «.....» στην κοινοπραξία. Αντιθέτως, ορίζεται μόνο «ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής», καθώς και η έκταση της συμμετοχής κάθε μέλους της κοινοπραξίας, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται η κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της, (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 (βλ. ΔΕφΤριπ, σε Συμβ., 8/2019, η οποία επιβεβαίωσε την ορθότητα της ΑΕΠΠ 1044/2018). Τα ανωτέρω ενισχύονται από το γεγονός ότι στο ΤΕΥΔ κάθε μέλους της κοινοπραξίας αναφέρεται ότι έκαστος φορέας υποβάλλει προσφορά για το σύνολο του έργου και όχι μόνο για το ποσοστό στο οποίο συμμετέχει στην κοινοπραξία, καθιστώντας απολύτως αυθαίρετη οποιαδήποτε υπόθεση ότι το ποσοστό συμμετοχής των μελών στην κοινοπραξία ταυτίζεται με την κατανομή των αμοιβών τους. Στο τελευταίο συνηγορεί και η ταύτιση της κατηγορίας Πρασίνου (στο εξής: «ΠΡΣ») με μια εκ των επιμέρους ομάδων εργασιών της οικονομικής προσφοράς, δεδομένης της απαίτησης ύπαρξης

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

ομαλότητας των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης ανά ομάδα εργασιών. Αναλυτικότερα, το ποσοστό έκπτωσης στην κατηγορία ΠΡΣ, που αποτελεί επιμέρους ομάδα εργασιών της οικονομικής προσφοράς, αλλά και την κατηγορία στην οποία συμμετέχει κατά 100% το ένα εκ των μελών της κοινοπραξίας (άρα και το ποσοστό συμμετοχής του μέλους στην κοινοπραξία) επηρεάζεται από την απαίτηση ύπαρξης ομαλότητας εκπτώσεων μεταξύ των ομάδων εργασιών της οικονομικής προσφορά του έργου, λόγω εφαρμογής της παρ. 2α του άρθρου 95 του ν.4412/2016. Ως εκ τούτου, το ποσοστό συμμετοχής στο έργο του μέλους «.....» καθορίζεται από την έκπτωση στην ομάδα εργασιών ΠΡΣ και επηρεάζεται από τα ποσοστά έκπτωσης του έτερου μέλους της κοινοπραξίας στις κατηγορίες που καλύπτει. Σε αντίθεση με την αμοιβή του η οποία είναι μονοσήμαντη, καθορίζεται πριν την υποβολή της προσφοράς, και σε καμία περίπτωση δεν ταυτίζεται υποχρεωτικά με το ποσοστό συμμετοχής (άρα και την έκπτωση της κατηγορίας) του μέλους στην κοινοπραξία. Συνεπώς, κατά παράβαση των προαναφερθέντων, ουδόλως ορίζονται τα ποσοστά «κατανομής αμοιβής μεταξύ» των μελών της κοινοπραξίας και η προσφορά της «.....» έπρεπε να είχε απορριφθεί. Ήτοι, η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, στο μέτρο που έκρινε παραδεκτή την προσφορά της εν λόγω κοινοπραξίας, είναι παράνομη και ακυρωτέα. 10.4. Ως προς την προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....», σε κανένα σημείο των ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης δεν αναφέρονται τα ποσοστά «κατανομής αμοιβής μεταξύ» των μελών της. Αντιθέτως, ορίζεται μόνο «ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής» της ένωσης, καθώς και η έκταση και το είδος της συμμετοχής κάθε μέλους αυτής διευκρινίζοντας όμως ρητά ότι οι οριζόμενες κατανομές αφορούν αποκλειστικά την εκτέλεση των εργασιών και όχι την κατανομή της αμοιβής τους (βλ. σελ. 3-4/30 και 4/27 των υποβληθέντων ΤΕΥΔ). Τα ανωτέρω έχουν αναλυθεί και κριθεί προσφάτως στη σκ.4 των 1080 και 1081/2021 αποφάσεων της ΑΕΠΠ. Συνεπώς, κατά παράβαση των προαναφερθέντων, ουδόλως ορίζονται τα ποσοστά «κατανομής αμοιβής μεταξύ» των μελών της ένωσης και η προσφορά της «.....» έπρεπε να είχε απορριφθεί. 10.5. Ως προς την προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....», σε κανένα σημείο των ΤΕΥΔ των μελών της ένωσης δεν ορίζεται «ο

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής» της ένωσης. Αντιθέτως, παραλείπεται οποιαδήποτε αναφορά ως προς το ρόλο του κάθε οικονομικού φορέα στην ένωση. Ενώ, είναι νομικώς αδιάφορος ο ορισμός των νόμιμων εκπροσώπων (φυσικών προσώπων) των φορέων που απαρτίζουν την ένωση ως από κοινού εκπροσώπων/συντονιστών της ένωσης στη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. σελ. 4/30 και 4/29 των υποβληθέντων ΤΕΥΔ). Συνεπώς, κατά παράβαση των προαναφερθέντων (βλ., ιδίως, ΣτΕ ΕΑ 163/2020, σκ. 13), ουδόλως ορίζεται ένα μέλος της εν λόγω ένωσης, ως «εκπρόσωπος/ συντονιστής αυτής» και η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....» έπρεπε να είχε απορριφθεί[...]. Ως προς την προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....», το σύνολο των ψηφιακών υπογραφών του μέλους «.....» στα, επί ποινής αποκλεισμού, απαιτούμενα ΤΕΥΔ, έντυπο δικαιολογητικών συμμετοχής και έντυπο οικονομικής προσφοράς, δεν έχουν ασφαλή χρονοσήμανση. Συγκεκριμένα, δεν εμφανίζεται το πεδίο: «Timestamp Authority», όπου θα έπρεπε να αναγράφεται η ΑΠΕΔ, η οποία είναι η μόνη πιστοποιημένη αρχή χρονοσήμανσης στην εθνική έννομη τάξη. Ωστόσο, η χρονοσήμανση πρέπει να είναι ενσωματωμένη στην ψηφιακή υπογραφή και φυσικά να είναι έγκυρη, πρέπει δε και να προκύπτει η Αρχή η οποία την εξέδωσε. Επιπρόσθετα, εφόσον η χρονοσήμανση ήταν έγκυρη θα έπρεπε να αναγράφεται στο παράθυρο «Signature Properties» η ένδειξη: «Signature was validated as of the secure (timestamp) time:» ήτοι «Η υπογραφή επαληθεύτηκε ως προς την ακριβή ώρα (της χρονοσήμανσης)» και ακριβώς από κάτω θα έπρεπε να εμφανίζεται η ώρα χρονοσήμανσης του εγγράφου. Αντίθετα, στο αρχείο του ΤΕΥΔ του μέλους «.....», και στα έντυπα δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικής προσφοράς «.....», πατώντας επάνω στην υπογραφή του μέλους «.....», στο παράθυρο «Signature Properties» εμφανίζονται οι ενδείξεις «Signing time is from the clock on the signer's computer», ήτοι «Ο χρόνος υπογραφής προέρχεται από τον υπολογιστή του υπογράφοντος» και «Signature was validated as of the current time», ήτοι «Η υπογραφή επαληθεύτηκε ως προς την τρέχουσα ώρα», και ακριβώς από κάτω εμφανίζεται η εκάστοτε ώρα ανοίγματος του συγκεκριμένου αρχείου (δηλαδή δυνητικά εμφανίζονται άπειρα χρονικά σημεία, ανάλογα με το πότε ανοίγει

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

κανείς το αρχείο της οικονομικής προσφοράς), δεδομένου ότι δεν υπάρχει ασφαλής ώρα χρονοσήμανσης όπως θα έπρεπε και άρα δεν μπορεί και να επαληθευτεί, εφόσον δεν υπάρχει, η οποία να παρέχεται από την ΑΠΕΔ, η οποία είναι η προς τούτο αρμόδια στην Ελλάδα Αρχή[...].

15. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι: «[...]Από τις υποβληθείσες προσφορές προκύπτει ότι: (α) Η καταταγείσα στη 1η θέση «.....» συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους [X] Ναι στα δύο (2) ΤΕΥΔ, δηλώνει ότι εκπρόσωπος της ένωσης θα είναι από κοινού η και και υποβάλλει προσφορά με ποσοστά συμμετοχής : 100% ΕΠΙ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ – ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ-ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ-ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ & 100% ΣΤΙΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΠΡΑΣΙΝΟΥ, (β) Η καταταγείσα στην 2η θέση «.....» συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους [X] Ναι και στα τρία(3) ΤΕΥΔ και δηλώνει ότι - εκπρόσωπος της ένωσης θα είναι από κοινού η, ο και η και υποβάλλει προσφορά με ποσοστά συμμετοχής συμπεριλαμβανομένης και της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους: 5% ΕΠΙ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ –ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ-ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ, 95% ΕΠΙ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ –ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ-ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ & 100% ΣΤΙΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΠΡΑΣΙΝΟΥ (γ) Η καταταγείσα στην 3η θέση «.....» συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους [X] Ναι και στα δύο (2) ΤΕΥΔ, υποβάλλει προσφορά και δηλώνει ότι συντονιστής-εκπρόσωπος της κ'ξίας θα είναι η εταιρεία με ποσοστά συμμετοχής 100% ΕΠΙ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ –ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ-ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ-ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ, και η εταιρεία με ποσοστά συμμετοχής 100% ΣΤΙΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΠΡΑΣΙΝΟΥ. (δ) Η καταταγείσα στην 4η θέση «..... με δ.τ» συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους [X] Ναι και στα δύο (2) ΤΕΥΔ, υποβάλλει προσφορά και δηλώνει ότι συντονιστής εκπρόσωπος της ένωσης θα είναι η εταιρεία με δ.τ με ποσοστά συμμετοχής η εταιρεία με δ.τ 100% για τις εργασίες ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ –ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ-

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ και η εταιρεία το 100% τις εργασίες ΠΡΑΣΙΝΟΥ (ε) Η καταταγείσα στην 5η θέση «.....» συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους [X] Ναι και στα δύο (2) ΤΕΥΔ, υποβάλλει προσφορά και δηλώνει ότι συντονιστής εκπρόσωπος της ένωσης θα είναι από κοινού οι και καθώς και ότι θα εκτελέσει και θα λάβει αμοιβή η 100% ΕΠΙ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ –ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ-ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ και ο 100% ΣΤΙΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΠΡΑΣΙΝΟΥ Οι καταταγείσες στην 1 η , 2 η , 3 η , 4 η και 5 η θέση προσφέροντες οικονομικοί φορείς (εγγεγραμμένοι σε διαφορετικές κατηγορίες έργων του Μ.Ε.Ε.Π.), δύναται να υποβάλλουν την προσφορά τους υπό τη μορφή ένωσης χωρίς να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή και τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον, όπως άλλωστε αυτό φαίνεται και από τις έγκυρες υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής τους. Στη συνέχεια η αναθέτουσα αρχή θα απαιτήσει από την ένωση του οικονομικού φορέα να περιβληθούν συγκεκριμένη μορφή εφόσον της ανατεθεί η σύμβαση, στο μέτρο που η περιβολή αυτής της νομικής μορφής είναι αναγκαία για την ικανοποιητική εκτέλεση της σύμβασης. Επίσης το γεγονός ότι οι προσφέρουσες οικονομικές ενώσεις έχουν υποβάλλει έγκυρες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής υποδεικνύουν σοβαρότητα και δεσμευτικότητα των προθέσεων τους να καλύψουν τις απορρέουσες υποχρεώσεις του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδόθηκαν. Β. Όσον αφορά το λόγο της προσφυγής για την εγκυρότητα της ψηφιακής υπογραφής, προβήκαμε στον έλεγχο των ψηφιακών υπογραφών στα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν με τις προσφορές από τους διαγωνιζόμενους φορείς και διαπιστώσαμε τα εξής: (1) Ως προς την προσφορά της κοινοπραξίας οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....», η ψηφιακή υπογραφή του μέλους στο απαιτούμενο έντυπο οικονομικής προσφοράς έχει ασφαλή χρονοσήμανση, ενώ δεν ισχύει το ίδιο για το μέλος όπου σύμφωνα με την ακόλουθη εικόνα φαίνεται όμως ότι η ψηφιακή υπογραφή του έχει ισχύ έως 10/11/2021: (2) Ως προς την προσφορά της κοινοπραξίας οικονομικών φορέων με την επωνυμία «.....», η ψηφιακή υπογραφή του μέλους στο απαιτούμενο έντυπο ΤΕΥΔ ΚΑΙ οικονομικής προσφοράς έχει ασφαλή

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

χρονοσήμανση, ενώ δεν ισχύει το ίδιο και με το μέλος όπου σύμφωνα με την ακόλουθη εικόνα φαίνεται ότι η ψηφιακή υπογραφή έχει ισχύ έως 2/9/2021: Στο άρθρο 2 παρ. 49 του Ν. 4727/2020 (ΦΕΚ Α' 184/23.09.2020) αναφέρεται: «Προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή» ορίζεται η ηλεκτρονική υπογραφή που πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις: α) συνδέεται κατά τρόπο μοναδικό με τον υπογράφοντα, β) είναι ικανή να ταυτοποιεί τον υπογράφοντα, γ) δημιουργείται με δεδομένα δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής τα οποία ο υπογράφων μπορεί, με υψηλό βαθμό εμπιστοσύνης, να χρησιμοποιεί υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο, και δ) συνδέεται με τα δεδομένα που έχουν υπογραφεί σε σχέση με αυτή, κατά τρόπο ώστε να μπορεί να ανιχνευθεί οποιαδήποτε επακόλουθη τροποποίηση των εν λόγω δεδομένων.» Από τον ορισμό αυτό δεν τεκμηριώνεται επαρκώς, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντα περί μη χρήσης προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής, άρα και ο επαγόμενος ισχυρισμός περί έλλειψης αυτής. Η Επιτροπή Διαγωνισμού και η Υπηρεσία μας, θεωρεί τις εν λόγω υπογραφές πλημμελείς. Ύστερα από τα προαναφερόμενα και λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι: • Η συμπλήρωση των υποβληθέντων ΤΕΥΔ σύμφωνα και με την κατευθυντήρια οδηγία 15/2016 της ΕΑΔΗΣΥ, αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν. 1599/1986, ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέλη και επιβεβαιώνουν ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις που έχουν τεθεί από τη διακήρυξη, κατά συνέπεια κατά την υποβολή του ΤΕΥΔ δεν απαιτείται και η παράλληλη υποβολή σχετικών πιστοποιητικών/δικαιολογητικών, διότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο κανόνας προαπόδειξης που εισάγει ο Ν.4412/2016 με την υποβολή του ΤΕΥΔ και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων. Ωστόσο εάν υποβληθούν δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς και αποκλεισμού του προσφέροντος, η δε έλεγχός τους δεν πραγματοποιείται στην παρούσα φάση. • Από τη διακήρυξη δεν έχει προβλεφθεί ειδικός όρος ως προς την υποβολή δικαιολογητικού (π.χ. ιδιωτικό συμφωνητικό) ούτε συγκεκριμένο πρόσθετο απαιτούμενο δικαιολογητικό σχετικό για την μελλοντική ένωση, ενώ εφόσον της ανατεθεί η σύμβαση θα απαιτηθεί να έχει τέτοια μορφή που να εξασφαλίζεται η ύπαρξη ενός και

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

μοναδικού αριθμού φορολογικού μητρώου, κατ' επέκταση η οποιαδήποτε μεταξύ τους φορολογική ρύθμιση δεν διαφαίνεται από τη διακήρυξη να αποτελεί κριτήριο αποκλεισμού της στον παρόντα χρόνο. • Δεν διαπιστώθηκε από την Ε.Δ. έλλειψη ή παράλειψη δήλωσης στοιχείων στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ των μελών των προσφερόντων οικονομικών φορέων, δεδομένου ότι τα μέλη των ενώσεων ευθύνονται αλληλέγγυα και εις ολόκληρον έναντι της αναθέτουσας αρχής και σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης στην ένωση, η ευθύνη αυτή εξακολουθεί μέχρι πλήρους εκτέλεσης της σύμβασης. • Στη Διακήρυξη δεν αναφέρεται η ποινή απόρριψης της Προσφοράς για την περίπτωση που υπάρχουν πλημμέλειες, στη χρήση της προηγμένης υπογραφής, αλλά δεν προβλέπεται και ρητά από τις κείμενες διατάξεις η απόρριψη της Προσφοράς του διαγωνιζομένου οικονομικού φορέα για τους λόγους αυτούς. Για τους ανωτέρω αναφερόμενους λόγους, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή με αρ. ΓΑΚ-ΑΕΠΠ 1320/02-07-2021, κατά την άποψη μας πρέπει να απορριφθεί[...].».

16. Επειδή, σύμφωνα με τον α' παρεμβαίνοντα: «[...]Σύμφωνα με την αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της ευμενέστερης (επιεικέστερης) ρύθμισης, η οποία έχει το χαρακτήρα κανόνα διαχρονικού δικαίου, ο ευμενέστερος ή μη για τους διοικούμενους χαρακτήρας του νεότερου νόμου που προβλέπει κύρωση για ορισμένη διοικητική παράβαση δεν κρίνεται γενικώς, αλλά ενόψει της συγκεκριμένης περίπτωσης, κατόπιν σύγκρισης όλων των σχετικών νομοθετικών ρυθμίσεων που αφορούν στο χρονικό διάστημα από τη διάπραξη της παράβασης έως και την εκδίκαση της υπόθεσης από το διοικητικό δικαστήριο και εξέτασης ποια από τις ρυθμίσεις αυτές, εφαρμοζόμενη στο σύνολό της, άγει, κατ' εκτίμηση των συνθηκών της υπόθεσης, στην ελαφρύτερη κύρωση (βλ. ΣτΕ 351/2019 επταμ., 1438/2018 επταμ., 102/2015 εν συμβ., 4469/2014, 2957/2013 κ.ά.). Ο ανωτέρω κανόνας δεν είναι απόλυτος, αλλά μπορεί να καμφθεί από σαφή, αντίθετη νομοθετική διάταξη, η οποία είτε αποκλείει την αναδρομική εφαρμογή της νεότερης, ευμενέστερης για τον διοικούμενο, ρύθμισης είτε την προβλέπει, όχι όμως άνευ ετέρου, αλλά υπό προϋποθέσεις. Ωστόσο, τέτοια νομοθετική διάταξη, ως θεσπίζουσα απόκλιση από την ως άνω θεμελιώδη αρχή, πρέπει να δικαιολογείται επαρκώς (ενόψει και των αναφερόμενων στις

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

προπαρασκευαστικές εργασίες της θέσπισής της), ώστε να συνάδει προς τις συνταγματικές αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας (πρβλ. ΣΤΕ 351/2019 επταμ. 1438/2018 επταμ. κ.ά.). ε) Στην προκειμένη περίπτωση ισχύουν τα εξής : Στα ΤΕΥΔ που υπέβαλαν στο διαγωνισμό τα μέλη της Ένωσης μας δεν ορίζεται ποιο μέλος της ένωσης θα είναι ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής. Η έλλειψη αυτή, όμως, δεν καθιστά την προσφορά μας απαράδεκτη, αφού, σύμφωνα με την ισχύουσα σήμερα διάταξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή της από το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, όταν τα υποβαλλόμενα στο διαγωνισμό ΤΕΥΔ (ΕΕΕΣ) είναι ή εμφανίζονται ελλιπώς συμπληρωμένα, οι αναθέτουσες αρχές καλούν (οφείλουν να καλούν) τους προσφέροντες/υποψήφιους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Με άλλα λόγια, υπό το καθεστώς του νέου άρθρου 102 του ν. 4412/2016 (όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 42 του ν. 4782/2021) τυχόν πλημμέλεια στα δικαιολογητικά συμμετοχής, συμπεριλαμβανομένων και των υποβαλλομένων ΤΕΥΔ (ΕΕΕΣ), δεν οδηγεί σε αποκλεισμό των διαγωνιζομένων αλλά η (εκάστοτε) αναθέτουσα αρχή οφείλει να τους καλέσει να διευκρινίσουν/συμπληρώσουν τυχόν ελλείψεις στα δικαιολογητικά αυτά. Ο δικαιολογητικός λόγος της νέας αυτής ρύθμισης είναι πρόδηλος. Να μην αποκλείονται διαγωνιζόμενοι για ασήμαντους τυπικούς λόγους αλλά να τους δίνεται μία δεύτερη ευκαιρία, ώστε να καλύψουν τις τυπικές ελλείψεις της προσφοράς τους. Αυτό θα έχει θετικά αποτελέσματα και για τις ίδιες τις αναθέτουσες αρχές, αφού έτσι εντείνεται ο ανταγωνισμός και αυτές μπορούν να απολαμβάνουν υψηλότερες εκπτώσεις (οικονομικότερες προσφορές)[...] στ) Τέλος, επισημαίνουμε (εκ περισσού) ότι η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα στην προδικαστική προσφυγή της νομολογία έχει διαμορφωθεί υπό το παλαιό νομοθετικό καθεστώς, αυτό δηλαδή που ίσχυε πριν την αντικατάσταση του

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

άρθρου 102 του ν. 4412/2016 από το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, και, συνεπώς, η νομολογία αυτή δεν αποτελεί πρόκριμα για την έκβαση της παρούσας υπόθεσης.

Επειδή, σύμφωνα με τον β' παρεμβαίνοντα: «[...] Εν προκειμένω η υποβληθείσα προδικαστική προσφυγή δεν είναι πλήρης, αφού ελλείπει παντελώς η σελίδα 6 αυτής, με αποτέλεσμα η τελευταία να είναι άνευ ετέρου ακατάληπτη και ανεπίδεκτη δικαστικής εκτιμήσεως. Συνεπώς ελλείπει ουσιώδης διαδικαστική προϋπόθεση (αναγόμενη στην ακεραιότητα του υποβληθέντος δικογράφου προδικαστικής προσφυγής), η οποία αποτελεί και προϋπόθεση του παραδεκτού της τελευταίας. Σε κάθε δε περίπτωση, στην ελλείπουσα σελίδα πιθανολογείται ότι αναπτύσσεται ο νομικός συλλογισμός επί του οποίου (υποτίθεται ότι) θεμελιώνεται το αίτημα της προσφεύγουσας για τον αποκλεισμό της ενώσεώς μας, με αποτέλεσμα – λόγω της παντελούς ελλείψεως της σελίδας αυτής – να ελλείπει παντελώς ο εν λόγω νομικός συλλογισμός. Συνεπώς, πέραν του ότι το υποβληθέν δικόγραφο της προδικαστικής προσφυγής δεν είναι ακέραιο και, συναφώς, είναι απορριπτέο άνευ ετέρου, συντρέχει και δεύτερος λόγος απόρριψης της προσφυγής (λόγω ελλείψεως του νομικού συλλογισμού εφ' ου βασίζεται το αίτημα της προσφεύγουσας για απόρριψη της προσφοράς μας). Όπως δε παγίως γίνεται δεκτό, δεν τίθεται ζήτημα δυνατότητας εκ των υστέρων κλήσεως της προσφεύγουσας εκ μέρους της ΑΕΠΠ για αντικατάσταση του ελλιπούς και ανεπίδεκτου δικαστικής εκτιμήσεως δικογράφου προσφυγής, πρωτίστως διότι το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο δεν προβλέπει τέτοια δυνατότητα (πρβλ. ΔΕφΘεσ 26/2020, ΑΕΠΠ 757/2020), ενώ εξάλλου η προσπάθεια διάσωσης της προδικαστικής προσφυγής, δεν μπορεί να φτάσει μέχρι την υποκατάσταση του προσφεύγοντος από την ΑΕΠΠ και την εκ μέρους της τελευταίας συμπλήρωση της «τυπικής προϋπόθεσης παραδεκτού», αφού αυτό θα ισοδυναμούσε με παραβίαση της αρχής της ισότητας (βλ. ΣτΕ 935/2017, σχετικές αποφάσεις ΑΕΠΠ 178, 72, 140, 155/2017) που συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή (άρθρο 4 και 20 Συντ. και 6 ΕΣΔΑ) και της αρχής της αμεροληψίας, που πρέπει να διέπει την κρίση των κρίση των διοικητικών οργάνων. Συνεπώς, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη. 2. Σε κάθε περίπτωση: Αλυσιτελής και συνεπώς απορριπτέα

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

η επίδικη προδικαστική προσφυγή. Σύμφωνα με το άρθρο 102 ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 ν.4782/2021, ΦΕΚ Α` 36 και ισχύει από την δημοσίευση του νόμου αυτού (δηλ. από την 09.03.2021, σύμφωνα με το άρθρο 142 παρ.2 ν. 4782/2021) «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.». Με βάση την διάταξη αυτή, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, η αναθέτουσα αρχή οφείλει – κατά δέσμια αρμοδιότητα - να καλέσει τον προσφέροντα οικονομικό φορέα να παράσχει διευκρινίσεις ή να συμπληρώσει στοιχεία της προσφοράς του (συμπεριλαμβανομένου του ΕΕΕΣ, εφόσον οι πληροφορίες που παρέχονται σε αυτό είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή εσφαλμένες), τάσσοντας προθεσμία προς τούτο. Χωρίς προηγουμένως να δοθεί στον υποψήφιο η δυνατότητα συμπλήρωσης / διευκρίνισης της προσφοράς του κατά τα αμέσως ανωτέρω, τυχόν απόρριψη της τελευταίας είναι μη νόμιμη. Και αυτό γιατί, διαφορετικά, θα κατέληγε κενό γράμμα η προδιαληφθείσα ρύθμιση του άρθρου 102 ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 ν.4782/2021, κατά την αιτιολογική έκθεση του οποίου «Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρίας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος....». Συνεπώς, ακόμη και αν ευσταθούσε η υποτιθέμενη πλημμέλεια που μας καταλογίζει η προσφεύγουσα, πράγμα που αρνούμαστε, κατά τα αμέσως κατωτέρω, και πάλι η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε νομίμως να οδηγηθεί στον αποκλεισμό της προσφοράς μας, πριν

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

μας καλέσει να διευκρινίσουμε / συμπληρώσουμε το ΕΕΕΣ μας κατά το επίμαχο χωρίο του (δηλώσεως του επικεφαλής της ενώσεως). Στην περίπτωση που είχαμε κληθεί προς παροχή της σχετικής διευκρίνισης / συμπλήρωσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, θα είχαμε νομίμως διευκρινίσει / συμπληρώσει το ΕΕΕΣ μας, μέσω της δηλώσεως του μέλους «.....» ως επικεφαλής της ενώσεώς μας, βάσει της μεταξύ των μελών της ενώσεώς μας από 18.02.2021 σχετικής συμφωνίας. Ειδικότερα, δυνάμει του (φέροντος ψηφιακές υπογραφές όλων των μελών της ενώσεως) από 18.02.2021 ιδιωτικού συμφωνητικού, ρητώς προβλέφθηκε ότι «5.1 Ορισμός Υπεύθυνου Μέλους – Leader. Υπεύθυνη για τον Συντονισμό (LEADER) και την διοίκηση όλων των Μελών της ένωσης οικονομικών φορέων είναι η εταιρεία-οικονομικός φορέας «.....» η διεύθυνση της οποίας θα αποτελεί τη διεύθυνση της: στην ΒΙ.ΠΕ. ΟΔΟΣ Κ΄ & Σ΄ με τηλέφωνο επικοινωνίας Αρ. Τηλεφώνου : Αρ. Φαξ : e-mail :». Το εν λόγω ιδιωτικό συμφωνητικό συνυποβάλλεται με την παρούσα, είχε δε συναφθεί πριν την κατάρτιση της προσφοράς μας. Επομένως, η – βάσει αυτού – διευκρίνιση / συμπλήρωση του ΕΕΕΣ μας ουδόλως συνεπάγεται μεταβολή της προσφοράς μας. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή, σε κάθε περίπτωση, όφειλε να μας καλέσει σε διευκρινίσεις κατ' άρθρον 102 ν. 4412/2016 ενώ, αντιστρόφως, δεν θα μπορούσε νομίμως να απορρίψει την προσφορά μας χωρίς την προηγούμενη κλήση μας προς παροχή διευκρινίσεων. Ελλείψει δε κλητεύσεώς μας, νομίμως λαμβάνεται υπ' όψιν το συγκοινοποιούμενο με την παρούσα από 18.02.2021 ιδιωτικό συμφωνητικό, δια του οποίου νομίμως διευκρινίζεται / συμπληρώνεται το ΕΕΕΣ μας κατά το επίμαχο χωρίο του (ΕΑ ΣτΕ 37/2019). Επομένως, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή είναι, σε κάθε περίπτωση, απορριπτέα ως αλυσιτελής. 3. Επικουρικώς: Επί του νόμου και ουσία αβασίμου της προδικαστικής προσφυγής. Σε κάθε περίπτωση, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, στο βαθμό που είναι δυνατή η κατανόηση του ΕΛΛΕΙΠΟΥΣ και, συναφώς, ΑΚΑΤΑΛΗΠΤΟΥ περιεχομένου της (κατά τα ανωτέρω υπό 1), καταλήγει σε προδήλως εσφαλμένη ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 96 ν. 4412/2016 και 3.1 της διακήρυξης και είναι απορριπτέα. Ειδικότερα:

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

(α) Στο άρθρο 140 παρ. 2, 3 ν. 4412/2016 ρυθμίζεται το ζήτημα της εκπροσώπησης της κοινοπραξίας (ενώσεως οικονομικών φορέων) κατά τρόπο πανομοιότυπο με αυτόν που διαχρονικώς ίσχυε ήδη υπό το καθεστώς του π.δ. 609/1985 και εξής. Επί της ουσίας επαναλαμβάνεται αυτολεξεί η διάταξη του άρθρου 35 παρ. 4 π.δ. 609/1985, όπως αυτή κωδικοποιήθηκε ακολούθως με την διάταξη του άρθρου 39 παρ. 3, 4 ν. 3669/2008, προβλέπεται δε ότι η ένωση προσώπων εκπροσωπείται από ένα ή περισσότερα, -εφόσον αυτό ουδόλως απαγορεύεται-, φυσικό/ά πρόσωπο/α, ενεργούντα από κοινού ή χωριστά έναντι του κυρίου του έργου, εκφράζοντα την βούληση της ενώσεως και δεσμεύοντα την τελευταία τόσο ως προς τις εσωτερικές τους σχέσεις όσο και εξωτερικώς (έναντι του κυρίου του έργου, κατά τα ανωτέρω, αλλά και έναντι τρίτων, π.χ. προμηθευτών, υπεργολάβων κλπ). Ταύτα στην φάση της εκτελέσεως του έργου.

(β) Στην φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγείται της συνάψεως της συμβάσεως, τόσο υπό το προϊσχύον δίκαιο (άρθρο 17 παρ. 3 π.δ. 609/1985, όπως αυτό κωδικοποιήθηκε με την διάταξη του άρθρου 22 παρ. 2 ν. 3669/2008), όσο και υπό το ήδη ισχύον δίκαιο (άρθρο 96 παρ. 7 ν. 4412/2016) και πάλι ο «εκπρόσωπος» της ενώσεως συνδέεται με τον ορισμό φυσικού προσώπου, στο οποίο ανατίθεται για τις ανάγκες συμμετοχής στον διαγωνισμό εξουσία αντιπροσώπευσης της ένωσης, στο μέτρο δε που δεν απαγορεύεται ρητώς, οι συμμετέχοντες δύνανται να ορίσουν περισσότερους εκπροσώπους, ενεργούντες από κοινού ή χωριστά. Η προσφορά της ενώσεως, εξάλλου, δεν είναι υποχρεωτικό να υπογράφεται από κοινό εκπρόσωπο όλων των μελών της, αλλά δύναται να υπογράφεται ξεχωριστά από τους εκπροσώπους των οικονομικών φορέων που μετέχουν σε αυτήν, ομοίως δε και το ΕΕΕΣ υποβάλλεται και υπογράφεται κατά τον νόμο ξεχωριστά από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς.

Αν ο νομοθέτης ήθελε να εισαγάγει στο δίκαιο των δημοσίων έργων τον ρόλο του «συντονιστή / επικεφαλής» συμπράξεως οικονομικού φορέα, θα το έκανε ρητώς και, σε κάθε περίπτωση, θα αφιέρωνε έστω μια διάταξη, η οποία να εξηγεί τον ρόλο και τα καθήκοντά του στην φάση του διαγωνισμού και μετέπειτα στην φάση της κατασκευής του έργου, όπως ακριβώς έπραξε ο νομοθέτης στο δίκαιο των μελετών (άρθρο 1 περ. 21 ν. 3669/2008). Κάτι τέτοιο

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

ουδόλως έγινε. Εξ αυτού και μόνον συνάγεται ευχερώς το συμπέρασμα ότι η ερμηνεία που επιχειρεί η προσφεύγουσα δεν βρίσκει έρεισμα στον νόμο, αλλά απορρέει από την απλή ορολογική ασάφεια που πράγματι χαρακτηρίζει το άρθρο 96 παρ. 7 ν. 4412/2016 και είναι προφανώς απότοκη της μη επιτυχημένης μεταφοράς του πρωτότυπου ενωσιακού κειμένου της διατάξεως στην ελληνική. Ανεξαρτήτως, πάντως, της μη επιτυχημένης διατυπώσεως του ως άνω άρθρου, από την συστηματική ερμηνεία του εντός του πλαισίου των διατάξεων του ν. 4412/2016 και ειδικότερα από την συνδυαστική ερμηνεία του με το άρθρο 140 ν. 4412/2016 προκύπτει, πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι λειτουργικός ρόλος «συντονιστή / επικεφαλής» συμπράξεως προσώπων ουδόλως απαντάται στις διατάξεις του ισχύοντος πλαισίου ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων έργων. Συναφώς, η έννοια του «εκπροσώπου/συντονιστή της ενώσεως» που αναφέρεται στο άρθρο 96 παρ. 7 ν. 4412/2016 αφορά στην απαίτηση του νόμου να προσδιορίζεται από την ένωση οικονομικών φορέων αφ' ενός ποια συγκεκριμένα μέλη την αποτελούν και πώς αυτά εκπροσωπούνται [ή αν τυχόν έχει ορισθεί κοινός εκπρόσωπος αυτών, (φυσικό πρόσωπο) να δηλώνεται και το πρόσωπο αυτό] και αφ' ετέρου η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της σε αυτήν (ακριβώς προκειμένου να καθίσταται δυνατός ο έλεγχος του παραδεκτού της συμμετοχής τους στον διαγωνισμό). Αντιθέτως, η συγκεκριμένη αναφορά στον νόμο δεν αφορά στο ζήτημα του ορισμού νομικού προσώπου ως συντονιστή οικονομικού φορέα, διότι κάτι τέτοιο ουδέν λειτουργικό έρεισμα ευρίσκει σε αυτόν (δηλ. τον ν. 4412/2016), σύμφωνα με όσα προηγήθηκαν.

(γ) Τα ανωτέρω συνάδουν, εξάλλου, με την όλη οικονομία των διατάξεων του ενωσιακού και εθνικού δικαίου σε σχέση με την συμμετοχή των οικονομικών φορέων σε διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων. Ειδικότερα:

- Οι οικονομικοί φορείς είναι ε λ ε ύ θ ε ρ ο ι να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό σε ένωση, της οποίας το περιεχόμενο (δηλ. το πλαίσιο συνεργασίας, όπως αυτό προκύπτει από την εσωτερική συμφωνία των οικονομικών φορέων) είναι επίσης ελεύθεροι να διαμορφώνουν (ΑΚ 361), [άρθρα 18, 19 ν. 4412/2016].

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

- Είναι απολύτως νόμιμη και θεμιτή η συμφωνία οικονομικών φορέων ότι θα μετάσχουν σε δημόσιο διαγωνισμό μέσω ενώσεως, στην οποία θα συμμετέχουν κατά τρόπο *α π ο λ ύ τ ω ς ι σ ό τ ι- μ ο*, χωρίς κανένας να ορίζεται επικεφαλής ούτε στις εσωτερικές τους σχέσεις, αλλ' ούτε και στην (εξωτερική) σχέση της εκπροσωπήσεως της ενώσεως έναντι της αναθέτουσας αρχής. Ακριβώς στο πλαίσιο της ισότιμης συμμετοχής στην ένωση, οι οικονομικοί φορείς καθ' όλα νομίμως δύνανται να συμφωνήσουν ότι η ένωση θα συναλλάσσεται στις σχέσεις της με την αναθέτουσα αρχή (και τους τρίτους, προμηθευτές, υπεργολάβους κλπ.) μέσω των μελών της, ενεργούντων από κοινού, εκπροσωπούμενων δε (πλην αν άλλως ορίζεται) μέσω των καταστατικών τους εκπροσώπων.

- τυχόν παραδοχή ότι τα μέλη της ενώσεως είναι δήθεν υποχρεωμένα να ορίσουν έναν επικεφαλής / συντονιστή, θα αντέκειτο ευθέως στο άρθρο 19 ν. 4412/2016, το οποίο προβλέπει ελευθερία των οικονομικών φορέων ως προς την διαμόρφωση του καθεστώτος της μεταξύ τους ενώσεως και, αντιστοίχως, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να σέβεται την ελευθερία αυτή και να τους αντιμετωπίζει κατά τρόπο *ισότιμο* (άρθρο 18 ν. 4412/2016).

Συνεπώς, η προδικαστική προσφυγή, κατά το μέρος που με αυτήν φαίνεται να υποστηρίζεται το αντίθετο, περί δήθεν υποχρεωτικού ορισμού επικεφαλής / συντονιστή της ενώσεως ερείδεται επί προδήλως εσφαλμένης ερμηνείας των ως άνω διατάξεων και είναι αβάσιμη. Όπως προαναφέρθηκε, η ένωσή μας έχει ορίσει μεν ως επικεφαλής μέλος την «.....» πράγμα που ευχερώς θα είχαμε συμπληρώσει στο ΕΕΕΣ μας, αν είχαμε κληθεί προς τούτο από την αναθέτουσα αρχή, η οποία – κατά τα ανωτέρω υπό 2 – έχει δέσμια αρμοδιότητα να μας καλέσει προς παροχή της σχετικής διευκρίνισης / συμπλήρωσης, εφόσον κατ' αυτήν το σχετικό χωρίο του ΕΕΕΣ ερμηνεύεται προς την κατεύθυνση του υποχρεωτικού ορισμού επικεφαλής της συμπράξεως. Καθ' ημάς, ωστόσο, η εν λόγω ερμηνευτική εκδοχή δεν βρίσκει έρεισμα στο νόμο και την διακήρυξη, σύμφωνα με όσα προηγήθηκαν, με αποτέλεσμα τα υποβληθέντα ΕΕΕΣ μας να είναι άνευ ετέρου καθ' όλα νόμιμα. Πράγματι, με την υποβολή των ΕΕΕΣ (υπευθύνων δηλώσεων) των νομίμων εκπροσώπων των μελών της υπό σύσταση Κοινοπραξίας μας «.....» και «.....» και του ΕΕΕΣ του φυσικού προσώπου – μέλους της υπό σύσταση

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

κοινοπραξίας μας (.....), οι οποίες έχουν το ίδιο περιεχόμενο, και με τις οποίες βεβαιώνεται ρητώς και ανεπιφυλάκτως η βούληση των μελών για σύσταση Κοινοπραξίας, πληρούται η σχετική απαίτηση της διακήρυξης περί εγγράφου δηλώσεως των νομίμων εκπροσώπων των μελών για τη σύσταση της Κοινοπραξίας, με τα εκεί μνημονευόμενα ποσοστά συμμετοχής. Επιπλέον, η οικονομική προσφορά, η οποία είναι κοινή για τα μέλη της υπό σύσταση κοινοπραξίας μας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης (άρθρο 3.1 εδ. γ' και δ'), υπογράφεται και από τους δύο συνεκπροσώπους της εταιριών μελών της υπό σύσταση κοινοπραξίας καθώς και από το τρίτο μέλος (φυσικό πρόσωπο). Επομένως, ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται ούτε για την σαφή βούληση των μελών ως προς την σύσταση της συγκεκριμένης κ/ξ με τα συγκεκριμένα μέλη, τα συγκεκριμένα ποσοστά συμμετοχής, καθώς και τους κοινούς εκπροσώπους της.

(δ) Σε κάθε περίπτωση, όπως παγίως γίνεται δεκτό, τυχόν ατέλεια ή ασάφεια των τευχών δημοπράτησης δεν μπορεί να αποβαίνει σε βάρος των υποψηφίων, αλλά ερμηνεύεται σε βάρος του συντάκτη τους (*in dubio contra stipulatorem*). Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και η συναφής προς αυτήν αρχή της διαφάνειας, που διέπουν όλες τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, επιβάλλουν οι όροι συμμετοχής στο διαγωνισμό να έχουν διατυπωθεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην οικεία διακήρυξη, ώστε το μεν να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, το δε να καθιστούν εφικτό τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις του διαγωνισμού (αντί άλλων ΕΣ 3064/2014, μείζονος – επταμελούς, - από την ενωσιακή νομολογία βλ. όλως πρόσφατες αποφάσεις ΔΕΕ 4-4/2019, υπόθεση C-699/2017, σκ. 62, ΠρΕΕ, υπόθεση T-182/2015, σκ. 124, προσκομιζόμενες, ΔΕΕ απόφαση της 10ης Μαΐου 2012 στην υπόθεση C-368/10 Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, σκ. 109, επίσης Ε.Α. ΣτΕ 603 και 1148/2009). Συναφώς, ουδείς αποκλείεται νομίμως από δημόσιο διαγωνισμό βάσει ασαφούς κανονιστικού όρου (*in dubio contra stipulatorem*).

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

Εν προκειμένω, το προδιατυπωμένο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), με το οποίο καλούνται να μετάσχουν οι υποψήφιοι στον διαγωνισμό, κατά το άρθρο 79 ν. 4412/2016 και το οποίο έχει καθιερωθεί χάριν απλουστεύσεως της διαδικασίας και της «αποφυγής πιθανών αντιφατικών ενδείξεων στα διάφορα έγγραφα της διαγωνιστικής διαδικασίας» (εκτελεστ. Κανονισμός 2016/7, σκ. 1,3) είναι στο σημείο αυτό διατυπωμένο ατελώς. Και αυτό γιατί, σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας προτίθεται να μετάσχει στον διαγωνισμό μαζί με άλλους οικονομικούς φορείς, τότε καλείται να συμπληρώσει το πεδίο που έχει επί λέξει ως εξής: «α) Να αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στον όμιλο (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...)». Από μόνη την διατύπωση του συγκεκριμένου πεδίου προκύπτουν τα εξής: Πρώτον, ο συντάκτης του εν λόγω προδιατυπωμένου τεύχους προσανατολίζεται προς την περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς έχουν πράγματι κάνει κατανομή καθηκόντων μεταξύ τους και έχουν ορίσει κάποιον ως επικεφαλής της ενώσεως, χωρίς αντιθέτως να λαμβάνεται υπ' όψιν ότι οι οικονομικοί φορείς μπορεί κάλλιστα να έχουν συμφωνήσει ότι θα μετέχουν στην ένωση κατά τρόπο απολύτως ισότιμο και άρα ότι κανείς εξ αυτών δεν θα χρησθεί ιθύνων (επικεφαλής).

Δεύτερον, το πεδίο αυτό αναφέρεται στον ρόλο του ίδιου του οικονομικού φορέα, δηλαδή του νομικού προσώπου, στην ένωση και όχι στον ορισμό φυσικού προσώπου ως τυχόν κοινού εκπροσώπου της ενώσεως έναντι του κυρίου του έργου. Υπό αυτή την έννοια το συγκεκριμένο πεδίο του ΕΕΕΣ παρουσιάζει *δ ι ά σ τ α σ η* σε σχέση με τον όρο 3.1 της διακήρυξης: το μεν ΕΕΕΣ αναφέρεται σε τυχόν κατανομή ρόλων μεταξύ των οικονομικών φορέων της ενώσεως, η δε διακήρυξη αναφέρεται σε ορισμό φυσικού προσώπου ως κοινού εκπροσώπου. Αν αντιθέτως ήθελε θεωρηθεί ότι ο όρος 3.1 της διακήρυξης αναφέρεται σε νομικό πρόσωπο – μέλος της ενώσεως προσώπων, η εκδοχή αυτή κάθε άλλο παρά σαφές έρεισμα βρίσκει στο γράμμα του όρου της διακήρυξης. Τούτο διότι:

(δα) Πρώτον, με το προαναφερθέν περιεχόμενο, ο όρος «εκπρόσωπος / συντονιστής» αφίσταται τελείως από το νόημα του αυτού όρου που απαντάται στο αμέσως προηγούμενο εδάφιο της αυτής διατάξεως (άρθρο 96 παρ. 7 εδ. α' ν. 4412/2016). Άρα, στα δύο διαδοχικά εδάφια της αυτής διατάξεως

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

απαντάται ο αυτός όρος, με διάφορο κάθε φορά περιεχόμενο, χωρίς ουδόλως να επισημαίνεται (στην οικεία διάταξη ή έστω στην αιτιολογική έκθεση του νόμου) η εννοιολογική αυτή διάσταση, ώστε να είναι δυνατόν να γίνει αντιληπτή (ΚΑΙ ΔΗ ΑΠΟ ΜΗ ΝΟΜΙΚΟΥΣ).

(δβ) Δεύτερον, με το προαναφερθέν περιεχόμενο, ο όρος «εκπρόσωπος / συντονιστής» είναι ΚΑΙΝΟΦΑΝΗΣ στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, κατά το μέρος που με αυτόν εισάγεται ΤΟ ΠΡΩΤΟΝ η έννοια νομικού προσώπου ως «εκπροσώπου» ενώσεως οικονομικών φορέων και μάλιστα χωρίς ούτε ο νόμος, αλλά ούτε και η αιτιολογική του έκθεση να αφιερώνουν έστω μια διάταξη που να εξηγεί περί τίνος πρόκειται (που να δίνει δηλ. τον σχετικό ορισμό και να εξηγεί τα καθήκοντα του εκπροσώπου / συντονιστή νομικού προσώπου).

(δγ) Τρίτον, με το προαναφερθέν περιεχόμενο, ο όρος «εκπρόσωπος / συντονιστής» αφίσταται τελείως από το σύνηθες νόημα του νομικού όρου του «εκπροσώπου» νομικού προσώπου / ενώσεως προσώπων, ο οποίος αφορά στο φυσικό πρόσωπο που έχει την εξουσία να διαμορφώνει την βούληση του προσώπου / ενώσεως και την εξουσία να τα αντιπροσωπεύει έναντι τρίτων.

Στο σημείο αυτό τονίζεται ότι, ακόμη και ο συντονιστής της ενώσεως μελετητών του προϊσχύσαντος ν. 3316/2005, με τον οποίον επιχειρείται παραλληλισμός στην απόφαση της μείζονος συνθέσεως, είναι ΦΥΣΙΚΟ και όχι νομικό πρόσωπο αφ' ενός, αφ' ετέρου δε ο ρόλος του τόσο στο στάδιο της διαδικασίας του διαγωνισμού, όσο και στο στάδιο της εκτελέσεως της συμβάσεως περιγράφεται ρητώς στον ν. 3316/2005. Κάτι που ουδόλως συμβαίνει στον ν. 4412/2016.

[άρθρο 1 αρ. 21 "Εκπρόσωπος της σύμπραξης" είναι το φυσικό πρόσωπο που ορίζεται με κοινή δήλωση των μελών της και έχει την ευθύνη της εκπροσώπησης και του διοικητικού και τεχνικού συντονισμού των μελών για την παραγωγή σύνθετης μελέτης ή υπηρεσίας, άρθρο 6 παρ. 3 «Για την ανάθεση υποβάλλεται τεχνική προσφορά η οποία περιλαμβάνει: ...β) Το οργανόγραμμα με την ομάδα μελέτης και τον συντονιστή της, όπου παρουσιάζεται η κατανομή ευθυνών μεταξύ των μελών της και στοιχεία για την αποτελεσματικότητα της δράσης της σε εκπονηθείσες μελέτες και το βαθμό επιτυχίας της κατά τη φάση εκτέλεσης των αντίστοιχων έργων», βλ. επίσης

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

άρθρο 7 παρ. 6 και 8 παρ. 6 α για την ανάθεση συμβάσεων εκπόνησης μελετών και παροχής υπηρεσιών με συμφωνία πλαίσιο, καθώς και άρθρο 20 «1. Δικαίωμα συμμετοχής στους διαγωνισμούς έχουν συμπράξεις χωρίς ιδιαίτερη νομική μορφή και κοινοπραξίες.Με την αίτηση εκδήλωσης ενδιαφέροντος τα μέλη της σύμπραξης υποβάλλουν δήλωση περί ορισμού του κοινού εκπροσώπου της σύμπραξης και του αναπληρωτή του. Ο εκπρόσωπος της σύμπραξης είναι υποχρεωτικά και συντονιστής των μελών της, έχει δε έναντι της αναθέτουσας Αρχής την υποχρέωση να εκπροσωπεί και να συντονίζει, κατά τη διαδικασία της ανάθεσης αλλά και της εκτέλεσης, την από κοινού δράση των μελών της σύμπραξης, όπου αυτή απαιτείται κατά την κρίση της αναθέτουσας Αρχής.

5..... Σε περίπτωση αναδόχου σύμπραξης, ως έδρα του αναδόχου θεωρείται η έδρα του εκπροσώπου του», άρθρο 25 παρ. 4 «.... Ο συντονιστής του αναδόχου υποχρεούται, ύστερα από έγκαιρη ειδοποίηση της υπηρεσίας, να συνοδεύει τους επιβλέποντες στους χώρους εκπόνησης της μελέτης ή της παροχής της υπηρεσίας»].

Η διάσταση αυτή μεταξύ των τευχών δημοπράτησης και η ασάφεια στην διατύπωσή τους επ' ουδενί μπορεί να αποβεί σε βάρος των υποψηφίων. Με δεδομένο ότι οι τελευταίοι μετέχουν στον διαγωνισμό υποβάλλοντας κατ' αρχήν αποκλειστικώς και μόνον το ΕΕΕΣ, υποχρεούνται να συμπληρώσουν το ΕΕΕΣ και μόνον. Όπως εξάλλου ευχερώς διαπιστώνει κανείς, η ασάφεια του ΕΕΕΣ (και της διακήρυξης) στο σημείο αυτό, αναδεικνύεται κατά τρόπο πρόδηλο εκ του ότι τελικά όλοι οι υποψήφιοι συμπλήρωσαν το σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ κατά τρόπο διαφορετικό, από αυτόν που υποστηρίζει ως δήθεν προσήκοντα η προσφεύγουσα.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η προδικαστική προσφυγή στερείται νομικού συλλογισμού και είναι ακατάληπτη και απορριπτέα πρωτίστως για τον λόγο αυτόν, σύμφωνα με τα ανωτέρω υπό 1. Σε κάθε δε περίπτωση, το αίτημά της περί απορρίψεως της προσφοράς μας ελλείπει ορισμού επικεφαλής της ενώσεως είναι αντίθετο στα άρθρα 96 παρ. 7 ν, 4412/2016 και 3.1 της διακήρυξης και συνεπώς απορριπτέο.

4. Απόρριψη της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής για λόγους δημοσίου συμφέροντος.

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

Τέλος, η απόρριψη της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής επιβάλλεται πρωτίστως για λόγους δημοσίου συμφέροντος. Και αυτό γιατί τυχόν αποδοχή της θα οδηγούσε κατ' αποτέλεσμα σε «βουτιά» στον πίνακα κατάταξης των υποψηφίων, μέσω του αποκλεισμού των πέντε προηγούμενων κατά σειρά μειοδοσίας υποψηφίων -και δη για όλως τυπικό λόγο, ο οποίος (ακόμη και αν ευσταθούσε, *quod non*) κατ' εξοχήν αντιμετωπίζεται με την προσφυγή στην διαδικασία του άρθρου 102 ν. 4412/2016 -και στην ανάθεση της σύμβασης στην έκτη κατά σειρά μειοδοσίας εταιρία, της οποίας η προσφορά είναι σε κάθε περίπτωση ασύμφορη οικονομικώς (μόλις 25%, την στιγμή που σε όλα τα παρεμφερή έργα πανελληνίως οι συναφείς εκπτώσεις κυμαίνονται μεταξύ 40-45%)».

17. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...]».

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 19 παρ. 2, 3 και 4 μεταξύ άλλων αναφέρεται «2.Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή της προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής» «3. Ανεξαρτήτως της παρ. 2, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτήσουν από τις ενώσεις οικονομικών φορέων να περιβληθούν συγκεκριμένη μορφή εφόσον τους ανατεθεί η σύμβαση, στο μέτρο που η περιβολή αυτής της νομικής μορφής είναι αναγκαία για την ικανοποιητική εκτέλεση της σύμβασης. Ειδικά, στην περίπτωση δημοσίων συμβάσεων έργου, η νομική μορφή της αναδόχου-ένωσης, πρέπει να είναι τέτοια ώστε να εξασφαλίζεται η ύπαρξη ενός και μοναδικού αριθμού φορολογικού μητρώου για την ένωση (π.χ. κοινοπραξία συσταθείσα δια συμβολαιογραφικού εγγράφου). 4. Στις περιπτώσεις υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, όλα τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον. Σε

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης στην ένωση, η ευθύνη αυτή εξακολουθεί μέχρι πλήρους εκτέλεσης της σύμβασης το άρθρο.

19.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 96, παρ. 7, του Ν. 4412/2016, «...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».

20. Επειδή, ως προς την πολιτική ασφαλείας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στο άρθρο 37 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Το επίπεδο ασφαλείας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. πρέπει να είναι ανάλογο προς τους κινδύνους. 2. Στα εργαλεία και τις συσκευές για την ηλεκτρονική διαβίβαση και παραλαβή προσφορών, καθώς και για την ηλεκτρονική παραλαβή αιτήσεων συμμετοχής πρέπει: α) να είναι διαθέσιμες στους ενδιαφερομένους οι πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές για την ηλεκτρονική υποβολή προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, συμπεριλαμβανομένης της κρυπτογράφησης και της χρονοσήμανσης, β) [όπως το εδάφιο αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 107 παρ.2 του ν. 4497/2017 (Α' 171)] να απαιτούνται προηγμένες ηλεκτρονικές Αριθμός απόφασης: 1044/2021 73 υπογραφές, όπως ορίζονται στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014...». Κατ' επίκληση, μεταξύ άλλων, των ανωτέρω διατάξεων του ν. 4412/2016 εξεδόθη η υπ' αριθμ. 56902/215/19.5.2017 απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων» (Β' 1924). Στο άρθρο 8 της εν λόγω υπουργικής αποφάσεως (Υ.Α.) ορίζεται ότι «1. Η διαδικασία επικοινωνίας, ενημέρωσης και διακίνησης εγγράφων πραγματοποιείται μέσω του Συστήματος κατά περίπτωση, με: • την αποστολή ή κοινοποίηση σχετικών στοιχείων με μηνύματα δια της λειτουργικότητας “Επικοινωνία”. ... • την υποβολή σχετικών στοιχείων από τους οικονομικούς φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο “Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς”, ο οποίος περιλαμβάνει τους (υπό)φακέλους: - “Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά” - “Οικονομική Προσφορά” - “Δικαιολογητικά

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

Προσωρινού Αναδόχου”. 2. ... 3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μέσω του Συστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους υπογεγραμμένα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό, το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/ΕΚ (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της παρούσας. 4». Στο δε άρθρο 19 παρ. 1 της ίδιας Υ.Α. ορίζεται ότι «1.1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 2 του παρόντος, οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, κατατίθενται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας “Επικοινωνία” του Συστήματος, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη “Προδικαστική Προσφυγή” και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), το οποίο φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 ...».

21. Επειδή, στο άρθρο 36 του διέποντος τον επίμαχο διαγωνισμό ν. 4412/2016, [ΕΘΝΙΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ Αριθμός απόφασης: 1044/2021 74 ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ] ορίζεται ότι: « Υποχρέωση χρήσης - Λειτουργία ΕΣΗΔΗΣ 1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. 2. Το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. οφείλει να συμμορφώνεται με: α) τις απαιτήσεις του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Α' και β) τους κανόνες του παρόντος άρθρου και των άρθρων 22 και 37. Πέραν των ανωτέρω το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. οφείλει να τηρεί τα οριζόμενα: α) στο ν. 3979/2011 (Α' 138) και στην κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδοθείσα νομοθεσία, ιδίως στο Πλαίσιο Παροχής Υπηρεσιών Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (ΠΗΔ), το οποίο κυρώθηκε με την ΥΑΠ/Φ.40.4/1/989/2012 απόφαση του Υφυπουργού Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (Β' 1301) και β) στο π.δ.

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

25/2014 (Α' 44). 3. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων ρυθμίζονται τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν την ανάθεση και εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών σχετικά με: α) ...β) τους όρους και τις προϋποθέσεις για την υποβολή, τη γνωστοποίηση, τη διακίνηση εγγράφων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, τον τύπο και το περιεχόμενό τους, τον προσδιορισμό του χρόνου αποστολής ή παραλαβής και τον υπολογισμό των προθεσμιών, τα τεκμήρια γνωστοποίησης και απόκτησης πρόσβασης από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, καθώς και τον τρόπο και την απόδειξη πρόσβασης σε έγγραφα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και χορήγησης αντιγράφων, γ) ... δ) τη διαβάθμιση των χρηστών, τον τρόπο πρόσβασης και μελέτης των εγγράφων των διαγωνισμών και τη δημιουργία και χορήγηση αντιγράφων με χρήση Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών (ΤΠΕ), τα αντίστοιχα αναγνωριστικά και διαπιστευτήρια και τα ειδικότερα θέματα και μεθόδους συγγραφής, αυθεντικοποίησης, την πολιτική ασφάλειας του δικτυακού τόπου και την εφαρμογή της κείμενης νομοθεσίας για την προστασία προσωπικών δεδομένων των χρηστών του ΕΣΗΔΗΣ και ε) τους όρους και τις προϋποθέσεις που εξασφαλίζουν, σε τεχνικό επίπεδο, την αδιάλειπτη και ορθή λειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ στη Γενική Γραμματεία Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών..... Περαιτέρω, ως προς την πολιτική ασφάλειας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στο άρθρο 37 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι «1. Το επίπεδο ασφάλειας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. πρέπει να είναι ανάλογο προς τους κινδύνους. 2. Στα εργαλεία και τις συσκευές για την ηλεκτρονική διαβίβαση και παραλαβή προσφορών, καθώς και για την ηλεκτρονική παραλαβή αιτήσεων συμμετοχής πρέπει: α) να είναι διαθέσιμες στους ενδιαφερομένους οι πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές για την ηλεκτρονική υποβολή προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, συμπεριλαμβανομένης της κρυπτογράφησης και της χρονοσήμανσης, β) [όπως το εδάφιο αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 107 παρ.2 του ν. 4497/2017 (Α' 171)] να απαιτούνται προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές, όπως ορίζονται στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014. Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να αποδέχονται τις προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές που υποστηρίζονται από

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

αναγνωρισμένο πιστοποιητικό, λαμβάνοντας υπόψη αν τα πιστοποιητικά χορηγούνται από έναν πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην Απόφαση 2009/767/ΕΚ της Επιτροπής, ανεξάρτητα από το αν έχουν δημιουργηθεί με ή χωρίς ασφαλή διάταξη δημιουργίας υπογραφών, με την επιφύλαξη της συμμόρφωσης με τις ακόλουθες προϋποθέσεις: αα) οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να καθορίζουν τον απαιτούμενο μορφότυπο προηγμένων υπογραφών, βάσει των μορφοτύπων που έχουν θεσπιστεί με την Απόφαση 2011/130/ΕΕ της Επιτροπής και να θέτουν σε εφαρμογή τα αναγκαία μέτρα ώστε να είναι σε θέση να επεξεργαστούν τεχνικά τους εν λόγω μορφότυπους όταν χρησιμοποιείται διαφορετικός μορφότυπος ηλεκτρονικής υπογραφής, τότε η ηλεκτρονική υπογραφή ή ο φορέας του ηλεκτρονικού εγγράφου περιλαμβάνει πληροφορίες σχετικά με τις ισχύουσες δυνατότητες επικύρωσης, υπό την ευθύνη της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ). Οι δυνατότητες επικύρωσης επιτρέπουν στην αναθέτουσα αρχή να επικυρώνει, σε σύγχρονη σύνδεση, δωρεάν και κατά τρόπο κατανοητό για άτομα με διαφορετική μητρική γλώσσα, την ηλεκτρονική υπογραφή που έχει παραληφθεί, ως προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, υποστηριζόμενη από αναγνωρισμένο πιστοποιητικό. Η ΕΕΤΤ κοινοποιεί τις πληροφορίες σχετικά με τον πάροχο των υπηρεσιών επικύρωσης στην Επιτροπή, ββ) σε περίπτωση προσφορών που υπογράφονται με την υποστήριξη αναγνωρισμένου πιστοποιητικού που περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης, οι αναθέτουσες αρχές δεν πρέπει να εφαρμόζουν πρόσθετες απαιτήσεις που ενδέχεται να εμποδίσουν τη χρήση των εν λόγω υπογραφών από τους προσφέροντες. ...».

22.Επειδή, ο Κανονισμός (ΕΕ) 910/2014 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 23ης Ιουλίου 2014, σχετικά με την ηλεκτρονική ταυτοποίηση και τις υπηρεσίες εμπιστοσύνης για τις ηλεκτρονικές συναλλαγές στην εσωτερική αγορά και την κατάργηση της οδηγίας 1999/93/ΕΚ (ΕΕ L 257 της 28.8.2014) ορίζει στο άρθρο 25 ότι: «1. Δεν απορρίπτονται η νομική ισχύς και το παραδεκτό της ηλεκτρονικής υπογραφής ως αποδεικτικού στοιχείου σε νομικές διαδικασίες μόνο λόγω του γεγονότος ότι είναι σε ηλεκτρονική μορφή ή ότι δεν πληροί όλες τις απαιτήσεις για τις

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

εγκεκριμένες ηλεκτρονικές υπογραφές. 2. Η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή έχει νομική ισχύ ισοδύναμη με την ιδιόχειρη υπογραφή. 3. Εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή βασιζόμενη σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί σε ένα κράτος μέλος αναγνωρίζεται ως τέτοια σε όλα τα άλλα κράτη μέλη», στο άρθρο 26 ότι: «Μία προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις: α)συνδέεται κατά τρόπο μοναδικό με τον υπογράφοντα β)είναι ικανή να ταυτοποιεί τον υπογράφοντα γ)δημιουργείται με δεδομένα δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής τα οποία ο υπογράφων μπορεί, με υψηλό βαθμό εμπιστοσύνης, να χρησιμοποιεί υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο, και δ)συνδέεται με τα δεδομένα που έχουν υπογραφεί σε σχέση με αυτήν κατά τρόπο ώστε να μπορεί να ανιχνευθεί οποιαδήποτε επακόλουθη τροποποίηση των εν λόγω δεδομένων» και στο άρθρο 27 ότι: «1. ... 2. Εάν ένα κράτος μέλος απαιτεί προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που βασίζεται σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό για τη χρήση μιας επιγραμμικής υπηρεσίας που προσφέρεται από φορέα του δημόσιου τομέα ή για λογαριασμό του, το εν λόγω κράτος μέλος αναγνωρίζει τις προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές που βασίζονται σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό και τις εγκεκριμένες ηλεκτρονικές υπογραφές τουλάχιστον με τους μορφότυπους ή με τις μεθόδους που καθορίζονται στις εκτελεστικές πράξεις που αναφέρονται στην παράγραφο 5». 22. Επειδή, με το π.δ. 150/2001 (Α' 125) προσαρμόστηκε η ελληνική νομοθεσία προς τις διατάξεις της προγενέστερης Οδηγίας 1999/93/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με το κοινοτικό πλαίσιο για ηλεκτρονικές υπογραφές. Σύμφωνα με το άρθρο 2 του εν λόγω π.δ., «Για την εφαρμογή του παρόντος Διατάγματος νοούνται ως: 1. "ηλεκτρονική υπογραφή": δεδομένα σε ηλεκτρονική μορφή, τα οποία είναι συνημμένα σε άλλα ηλεκτρονικά δεδομένα ή συσχετίζονται λογικά με αυτά και τα οποία χρησιμεύουν ως μέθοδος απόδειξης της γνησιότητας. 2. "προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή" ή "ψηφιακή υπογραφή": ηλεκτρονική υπογραφή, που πληροί τους εξής όρους: α) συνδέεται μονοσήμαντα με τον υπογράφοντα, β)είναι ικανή να καθορίσει ειδικά και αποκλειστικά την ταυτότητα του υπογράφοντος, γ)δημιουργείται με μέσα τα οποία ο υπογράφων μπορεί να διατηρήσει υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο και δ)συνδέεται με τα δεδομένα στα οποία αναφέρεται κατά τρόπο, ώστε να

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

μπορεί να εντοπισθεί οποιαδήποτε μεταγενέστερη αλλοίωση των εν λόγω δεδομένων». Κατά δε το άρθρο 3 του ιδίου π.δ., «Έννομες συνέπειες των ηλεκτρονικών υπογραφών 1. Η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που βασίζεται σε αναγνωρισμένο πιστοποιητικό και δημιουργείται από ασφαλή διάταξη δημιουργίας υπογραφής επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής τόσο στο ουσιαστικό όσο και στο δικονομικό δίκαιο. 2. ...». Στη συνέχεια, με τον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23ης Ιουλίου 2014 ρυθμίστηκαν θέματα σχετικά με την ηλεκτρονική ταυτοποίηση και τις υπηρεσίες εμπιστοσύνης για τις ηλεκτρονικές συναλλαγές στην εσωτερική αγορά και καταργήθηκε, από την 1η Ιουλίου 2016 (άρθρο 50 του Κανονισμού), η Οδηγία 1999/93/ΕΚ. Στο Τμήμα 4 του Κανονισμού (άρθρα 25- 34) ρυθμίζονται τα των ηλεκτρονικών υπογραφών. Ειδικότερα, στο άρθρο 25 του Κανονισμού ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «1. ... 2. Η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή έχει νομική ισχύ ισοδύναμη με την ιδιόχειρη υπογραφή. 3. ...», σύμφωνα δε με το άρθρο 26 του Κανονισμού, «Μία προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις: α) συνδέεται κατά τρόπο μοναδικό με τον υπογράφοντα, β) είναι ικανή να ταυτοποιεί τον υπογράφοντα, γ) δημιουργείται με δεδομένα δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής τα οποία ο υπογράφων μπορεί, με υψηλό βαθμό εμπιστοσύνης, να χρησιμοποιεί υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο, και δ) συνδέεται με τα δεδομένα που έχουν υπογραφεί σε σχέση με αυτήν κατά τρόπο ώστε να μπορεί να ανιχνευθεί οποιαδήποτε επακόλουθη τροποποίηση των εν λόγω δεδομένων». Εξάλλου, στο Τμήμα 6 του Κανονισμού (άρθρα 41- 42) ρυθμίζονται τα των ηλεκτρονικών χρονοσφραγίδων. Ειδικότερα, στο άρθρο 41 του Κανονισμού ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «1. ... 2. Η εγκεκριμένη ηλεκτρονική χρονοσφραγίδα χαίρει του τεκμηρίου της ακρίβειας της ημερομηνίας και της ώρας που αναφέρει καθώς και της ακεραιότητας των δεδομένων με τα οποία συνδέονται η ημερομηνία και η ώρα. 3. ...», στο δε άρθρο 42 του Κανονισμού ορίζεται ότι: «1. Η εγκεκριμένη ηλεκτρονική χρονοσφραγίδα πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις: α) συνδέει την ημερομηνία και την ώρα με τα δεδομένα κατά τέτοιο τρόπο ώστε να αποκλείεται ευλόγως η δυνατότητα μη ανιχνεύσιμης τροποποίησης των δεδομένων· β) βασίζεται σε χρονική πηγή ακρίβειας συνδεδεμένη με τη Συντονισμένη Παγκόσμια Ώρα· και

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

γ) φέρει προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του εγκεκριμένου παρόχου υπηρεσιών εμπιστοσύνης ή έχει υπογραφεί με κάποια άλλη ανάλογη μέθοδο....». Άρθρο 3: Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς.

23. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: [...]1.3. «Οι ενώσεις οικονομικών φορέων συμμετέχουν υπό τους όρους των παρ. 2,3 και 4 του άρθρου 19 και της παρ. 1(ε) και 3(β) του άρθρου 76 του Ν. 4412/2016. Δεν απαιτείται από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς. Σε περίπτωση που η ένωση αναδειχθεί ανάδοχος η νομική της μορφή πρέπει να είναι τέτοια που να εξασφαλίζεται η ύπαρξη ενός και μοναδικού φορολογικού μητρώου για την ένωση (π.χ. κοινοπραξία)[...]

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...[...]

24.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005, 31/2003, ΣΤΕ Ε.Α. 523/2010), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007, IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

25. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία εφόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση Pippo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

26. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επ...γχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C27/15, Pippo Pizzo, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

27. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς.

28.Επειδή, από τον συνδυασμό των ανωτέρω παρατεθεισών διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 4 του π.δ. 39/2017 αφ' ενός και 36-37 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 3 και 19 παρ. 1 της Υ.Α. υπ' αριθμ. 56902/215/19.5.2017 αφ' ετέρου, προκύπτει ότι, προκειμένου περί διαγωνισμών που διενεργούνται ηλεκτρονικώς μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η προδικαστική προσφυγή κατά των πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, απαιτείται να φέρει, όπως και όλα τα έγγραφα που υποβάλλονται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς μέσω του Συστήματος, προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή (ΕΑ ΣΤΕ 48/2021 σκέψη 8 και ad hoc ΔΕφΘεσς 50/2021). Επειδή, περαιτέρω από τις ως άνω διατάξεις προκύπτει ότι ως «προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή» νοείται εκείνη που συνδέεται μονοσήμαντα με τον υπογράφο και είναι ικανή να καθορίσει ειδικά και αποκλειστικά την ταυτότητά του, έχει δε δημιουργηθεί με μέσα, που ο υπογράφων μπορεί να διατηρήσει υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο, και συνδέεται με τα δεδομένα, στα οποία αναφέρεται, με τέτοιο τρόπο, ώστε να μπορεί να εντοπισθεί οποιαδήποτε επακόλουθη αλλοίωση των δεδομένων αυτών. Περαιτέρω, ως «εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή» νοείται η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που δημιουργείται από εγκεκριμένη διάταξη δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής και η οποία βασίζεται σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό ηλεκτρονικής υπογραφής (βλ. Ε.Σ. VI Τμ 130/2020). Εξάλλου, η εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής, ήτοι εκπληρώνει το σκοπό και τις λειτουργίες της, τόσο στο ουσιαστικό, όσο και στο δικονομικό δίκαιο, και, ως εκ τούτου, αποτελεί, μέθοδο τεκμηρίωσης της γνησιότητας του ηλεκτρονικού εγγράφου (βλ. και Ε.Σ. VI Τμ. 760, 2513/2016). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 4 των «Κατευθυντήριων Οδηγιών για την Αναγνώριση Ψηφιακά Υπογεγραμμένων Εγγράφων με Αναγνωρισμένα Ψηφιακά Πιστοποιητικά Σκληρής Αποθήκευσης της ΑΠΕΔ και Ασφαλούς Χρονοσήμανσης από την Πύλη ΕΡΜΗΣ», ένα δημόσιο έγγραφο πρέπει να φέρει ασφαλή χρονοσήμανση από αναγνωρισμένο πάροχο υπηρεσιών

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

ασφαλούς χρονοσήμανσης σχετικά με την ώρα υπογραφής του και όχι την ώρα από το ρολόι του υπολογιστή του υπογράφοντος (βλ. Κίμων Τσακίρη-Ευθυμία Πραγιάννη, Η υποβολή ψηφιακά υπογεγραμμένων εγγράφων στο πλαίσιο δημόσιων διαγωνισμών ΘΠΔΔ, 4/2021, σελ 301-307).

29. Επειδή, αναφορικά με την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» που προηγείται σε σειρά μειοδοσίας του προσφεύγοντος καθώς κατατάχθηκε πέμπτος σε σειρά μειοδοσίας, σημειώνονται τα ακόλουθα: Από την επισκόπηση του οικείου φακέλου προκύπτει ότι η ψηφιακή υπογραφή του μέλους «.....» της ένωσης εταιρειών «.....» σε ΤΕΥΔ, έντυπο δικαιολογητικών συμμετοχής και έντυπο οικονομικής προσφοράς, δεν έχουν ασφαλή χρονοσήμανση. Συγκεκριμένα, δεν εμφανίζεται το πεδίο: «Timestamp Authority», όπου θα έπρεπε να αναγράφεται η ΑΠΕΔ, η οποία είναι η μόνη πιστοποιημένη αρχή χρονοσήμανσης στην εθνική έννομη τάξη. Ωστόσο, η χρονοσήμανση πρέπει να είναι ενσωματωμένη στην ψηφιακή υπογραφή και φυσικά να είναι έγκυρη, πρέπει δε και να προκύπτει η Αρχή η οποία την εξέδωσε. Επιπρόσθετα, εφόσον η χρονοσήμανση ήταν έγκυρη θα έπρεπε να αναγράφεται στο παράθυρο «Signature Properties» η ένδειξη: «Signature was validated as of the secure (timestamp) time:» ήτοι «Η υπογραφή επαληθεύτηκε ως προς την ακριβή ώρα (της χρονοσήμανσης)» και ακριβώς από κάτω θα έπρεπε να εμφανίζεται η ώρα χρονοσήμανσης του εγγράφου. Αντίθετα, στο αρχείο του ΤΕΥΔ του μέλους «.....», και στα έντυπα δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικής προσφοράς «.....», πατώντας επάνω στην υπογραφή του μέλους «.....», στο παράθυρο «Signature Properties» εμφανίζονται οι ενδείξεις «Signing time is from the clock on the signer's computer», ήτοι «Ο χρόνος υπογραφής προέρχεται από τον υπολογιστή του υπογράφοντος» και «Signature was validated as of the current time», ήτοι «Η υπογραφή επαληθεύτηκε ως προς την τρέχουσα ώρα», και ακριβώς από κάτω εμφανίζεται η εκάστοτε ώρα ανοίγματος του συγκεκριμένου αρχείου (δηλαδή δυνητικά εμφανίζονται άπειρα χρονικά σημεία, ανάλογα με το πότε ανοίγει κανείς το αρχείο της οικονομικής προσφοράς), δεδομένου ότι δεν υπάρχει ασφαλής ώρα χρονοσήμανσης όπως θα έπρεπε και άρα δεν μπορεί και να επαληθευτεί, εφόσον δεν υπάρχει,

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

η οποία να παρέχεται από την ΑΠΕΔ, η οποία είναι η προς τούτο αρμόδια στην Ελλάδα Αρχή

30. Επειδή, η προσήκουσα υποβολή της προσφοράς, απαιτεί τη θέση επ' αυτής αποκλειστικώς εγκεκριμένης προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής ή προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών. Τούτο δε προκειμένου να βεβαιώνεται η προέλευσή της, ότι δηλαδή η προσφυγή προέρχεται πράγματι από το πρόσωπο που φέρεται να την υπογράψει και να διασφαλίζεται η αυθεντικότητά της. Έτσι, πλήρης και ολοκληρωμένη καθίσταται η ηλεκτρονική υπογραφή μόνον εφόσον συνοδεύεται από πιστοποίηση αυτής, άλλως ουδόλως υφίσταται ως τοιαύτη κατά την έννοια των προμνησθεισών διατάξεων (ΔΕφΠειρ 33/2021). Τούτων δοθέντων, η εν λόγω ψηφιακή υπογραφή κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα δεν φέρει όλα τα εκ του νόμου απαιτούμενα στοιχεία για να θεωρηθεί έγκυρη. Άλλωστε ως εκρίθη (βλ. ο.π. ΕλΣυν 130/2020) «τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου, που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο (υπεύθυνες δηλώσεις, βεβαιώσεις κ.α.), δεν υποβλήθηκαν ορθώς, διότι, από τον έλεγχο που διενεργήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, προέκυψε ότι αυτά δεν είναι υπογεγραμμένα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 3.5 α' και ε' της διακήρυξης και του άρθρου 8 παρ. 3 της Αριθμ. 117384/2017 Κ.Υ.Α., β) όπως προέκυψε από τον έλεγχο στην ηλεκτρονική πλατφόρμα, η ψηφιακή υπογραφή του αναδόχου στα δικαιολογητικά συμμετοχής δεν φέρει ασφαλή χρονοσήμανση από αναγνωρισμένο πάροχο υπηρεσιών ασφαλούς χρονοσήμανσης, αλλά από το ρολόι του υπολογιστή του υπογράφοντος, κατά παράβαση της Αριθμ. ΥΑΠ/Φ.40.4/163/13 (Β' 401/22.2.2013) και του άρθρου 9 της αριθμ. 117384/2017 Κ.Υ.Α». Συνεπώς σύμφωνα με τα πορίσματα της εν λόγω απόφασης του ΕλΣυν, μόνη η λειτουργία «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, δεν προσφέρει αυτοτελώς, ασφαλή χρονοσήμανση. Συνεπώς, η χρήση μη προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής ισοδυναμεί με την έλλειψη αυτής κατά παράβαση του Νόμου και του οικείου κανονιστικού πλαισίου που δεν εισάγει, άλλωστε, κάποια εξαίρεση (βλ. ΑΕΠΠ 667/2020, 683/2019, 775/2020) και ως

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

εκ τούτου οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι στη διακήρυξη δεν αναφέρεται η ποινή απόρριψης της Προσφοράς για την περίπτωση που υπάρχουν πλημμέλειες, στη χρήση της προηγμένης υπογραφής, αλλά δεν προβλέπεται και ρητά από τις κείμενες διατάξεις η απόρριψη της Προσφοράς του διαγωνιζομένου οικονομικού φορέα για τους λόγους αυτούς πρέπει ν'απορριφθούν και να γίνει δεκτός ο σχετικός λόγος της προσφυγής.

31.Επειδή, αναφορικά με την προσφορά του οικονομικού φορέα «..... με δ.τ.», του οποίου η προσφορά κατατάχθηκε τέταρτη σε σειρά μειοδοσίας, σημειώνονται τα ακόλουθα: Στο άρθρο 3.1 της διακήρυξης ορίζεται ότι 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. Από την επισκόπηση των υποβληθέντων ΤΕΥΔ προκύπτει ότι δεν ορίζεται τίποτα σχετικά με κατανομή αμοιβής, πλην, όμως, κατά τον ως άνω όρο της διακήρυξης «επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους» και άρα, ακόμη και όταν δεν προσδιορίζεται διακριτά και ειδικά η κατανομή αμοιβής, αυτή θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να προκύπτει πως προσδιορίζεται και συμπεριλαμβάνεται στην κατανομή των εργασιών, πράγμα που δεν ισχύει εν προκειμένω. Άρα, η προσφορά της ως άνω ένωσης πρέπει ν'αποκλειστεί λόγω μη προσδιορισμού κανενός στοιχείου περί κατανομής αυτής καθαυτής της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης. Οι δε περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, οι οποίοι εκφέρονται γενικώς και αορίστως και όχι σε σχέση με συγκεκριμένη προσφορά, ότι «δεν διαπιστώθηκε από την Ε.Δ. έλλειψη ή παράλειψη δήλωσης στοιχείων στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ των μελών των προσφερόντων οικονομικών φορέων[...]» τυγχάνουν απορριπτέοι και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

32.Επειδή, αναφορικά με τον λόγο της προσφυγής που αφορά τον οικονομικό φορέα, ο οποίος κατατάχθηκε τρίτος σε σειρά μειοδοσίας σημειώνονται τα ακόλουθα: Από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η ψηφιακή υπογραφή του μέλους της ένωσης «.....» στην οικονομική προσφορά δεν φέρει ασφαλή χρονοσήμανση. Συγκεκριμένα, δεν εμφανίζεται το πεδίο: «Timestamp Authority», όπου θα έπρεπε να αναγράφεται η ΑΠΕΔ, η οποία είναι η μόνη πιστοποιημένη αρχή χρονοσήμανσης στην εθνική έννομη τάξη. Ωστόσο, η χρονοσήμανση πρέπει να είναι ενσωματωμένη στην ψηφιακή υπογραφή και φυσικά να είναι έγκυρη, πρέπει δε και να προκύπτει η Αρχή η οποία την εξέδωσε. Επιπρόσθετα, εφόσον η χρονοσήμανση ήταν έγκυρη θα έπρεπε να αναγράφεται στο παράθυρο «Signature Properties» η ένδειξη: «Signature was validated as of the secure (timestamp) time:» ήτοι «Η υπογραφή επαληθεύτηκε ως προς την ακριβή ώρα (της χρονοσήμανσης)» και ακριβώς από κάτω θα έπρεπε να εμφανίζεται η ώρα χρονοσήμανσης του εγγράφου. Αντίθετα, στο ως άνω αρχείο πατώντας επάνω στην υπογραφή στο παράθυρο «Signature Properties» εμφανίζονται οι ενδείξεις «Signing time is from the clock on the signer's computer», ήτοι «Ο χρόνος υπογραφής προέρχεται από τον υπολογιστή του υπογράφοντος» και «Signature was validated as of the current time», ήτοι «Η υπογραφή επαληθεύτηκε ως προς την τρέχουσα ώρα», και ακριβώς από κάτω εμφανίζεται η εκάστοτε ώρα ανοίγματος του συγκεκριμένου αρχείου (δηλαδή δυνητικά εμφανίζονται άπειρα χρονικά σημεία, ανάλογα με το πότε ανοίγει κανείς το αρχείο της οικονομικής προσφοράς), δεδομένου ότι δεν υπάρχει ασφαλής ώρα χρονοσήμανσης όπως θα έπρεπε και άρα δεν μπορεί και να επαληθευτεί, εφόσον δεν υπάρχει, η οποία να παρέχεται από την ΑΠΕΔ, η οποία είναι η προς τούτο αρμόδια στην Ελλάδα Αρχή[...]. Σύμφωνα, λοιπόν, με όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω, υπό σκέψη 30, η εν λόγω προσφορά έπρεπε ν'απορριφθεί και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

33. Επειδή, αναφορικά με τον λόγο της προσφυγής που αφορά τον οικονομικό φορέα «.....», ο οποίος κατατάχθηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας σημειώνονται τα κάτωθι:

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

Επειδή, ο όρος 3.1 της διακήρυξης ορίζει πως «*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.*» Άρα, πρώτον, ουδόλως είναι υποχρεωτική η δήλωση «κοινού εκπροσώπου», η οποία έχει την έννοια προσδιορισμού φυσικού προσώπου με εξουσία να υπογράψει την προσφορά για λογαριασμό όλων των μελών της ένωσης, αλλά τέτοιος κοινός εκπρόσωπος πρέπει να οριστεί μόνο αν η προσφορά δεν υπογράφεται από όλα τα μέλη της ένωσης. Δεύτερον, σε αντίθεση με τον κοινό εκπρόσωπο, απαιτείται πάντως, η δήλωση «εκπροσώπου/συντονιστή» της ένωσης, η οποία όμως, δεν ταυτίζεται με την έννοια του «κοινού εκπροσώπου»/φυσικού προσώπου με εξουσιοδότηση υπογραφής της προσφοράς, αλλά αφορά το μέλος της ένωσης-οικονομικό φορέα, ο οποίος συντονίζει και εκπροσωπεί την ένωση, όχι για την υπογραφή της προσφοράς, αλλά ενώπιον της αναθέτουσας, ως προς την εκτέλεση. Η απαίτηση για εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης, αφενός σημαίνει ότι ένα εκ των μελών θα πρέπει να επιτελεί τέτοιο ρόλο χωρίς να γίνεται δεκτό να μην υπάρχει επικεφαλής/συντονιστής ή να αποτελούν όλα τα μέλη από κοινού συντονιστές και να μην υπάρχει κανένας συντονιστής, αφετέρου η παραπάνω απαίτηση δεν αναπληρώνεται ούτε ταυτίζεται ούτε ισοδυναμεί με την απαίτηση για κοινό εκπρόσωπο της ένωσης, ήτοι φυσικό πρόσωπο που εκπροσωπεί, αλλά αφορά μέλος της ένωσης-οικονομικό φορέα που θα επιτελεί χρέη επικεφαλής της ένωσης (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 1080-1081/2021, 1066/2020). Εξάλλου, με τη ΣτΕ ΕΑ 163/2020, σκ. 13, κρίθηκε ότι «με το άρθρο 37 παρ. 2 της οδηγίας 2014/25 -το περιεχόμενο του οποίου αποδίδεται με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 254 παρ. 2 του ν. 4412/2016- προβλέφθηκε η δυνατότητα των αναθετόντων φορέων 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,

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

σύμφωνα με τις επεξηγήσεις της οικείας αιτιολογικής σκέψης της οδηγίας (18), «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, 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 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, διακριτού εννοιολογικού και ρυθμιστικού περιεχομένου που επιφυλάσσουν, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, οι κρίσιμες κανονιστικές διατάξεις ως προς τον κοινό εκπρόσωπο της ένωσης αφ' ενός, και τον εκπρόσωπο/συντονιστή μέλος της ένωσης αφ' ετέρου, 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, τα στοιχεία του οποίου ζητούνταν σε διαφορετικά πεδία.». Στην ίδια ως άνω απόφαση του ΣτΕ επί πανομοιότυπων όρων διακήρυξης, ως η προκείμενη, περαιτέρω κρίθηκε ότι «το περιεχόμενο της προσφοράς και ο τρόπος απόδειξης των προϋποθέσεων συμμετοχής που πρέπει να πληρούν οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς δεν εναπόκεινται στη διακριτική ευχέρεια

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

των διαγωνιζομένων, αλλά καθορίζονται, κατ' επιταγή των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων που διέπουν τη διαγωνιστική διαδικασία, βάσει δεσμευτικών διατάξεων της διακήρυξης. Εν προκειμένω, η διακήρυξη ορίζει ότι η προσφορά που υποβάλλεται από τους οικονομικούς φορείς απαρτίζεται από τους (υπο)φακέλους των δικαιολογητικών συμμετοχής και της οικονομικής προσφοράς, εκ των οποίων ο πρώτος περιέχει το ΕΕΕΣ και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Το δε ΕΕΕΣ αποτελεί το ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τους όρους που καθορίζονται στη διακήρυξη. Συνεπώς, εφ' όσον η διακήρυξη δεν προβλέπει ειδικώς την προσκόμιση άλλου δικαιολογητικού κατά την υποβολή της προσφοράς σχετικά με τον ορισμό εκπροσώπου/συντονιστή, ο ορισμός αυτού πρέπει να περιλαμβάνεται στο ΕΕΕΣ, σε απάντηση του ειδικού, άλλωστε προς τούτο, πεδίου του Μέρους ΙΙ Κεφάλαιο Α σχετικά με τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση, μη ούσης επιτρεπτής της υποκατάστασης του προβλεπόμενου από τη διακήρυξη (προ)αποδεικτικού εγγράφου (ΕΕΕΣ) με την υποβολή άλλων εγγράφων που είτε δεν προβλέπονται στη διακήρυξη είτε η προσκόμισή τους προβλέπεται μεν αλλά σε επόμενο στάδιο της διαδικασίας (πρβλ. Ε.Α. 145/2019). Εν όψει των ανωτέρω, δεν μπορούσε στο προβλεπόμενο από τη διακήρυξη στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης να ληφθεί υπ' όψιν, είτε συμπληρωματικώς είτε διορθωτικώς, το από ... συμφωνητικό σύστασης της ένωσης, με το οποίο τα μέλη της αιτούσας όριζαν ως συντονιστή ένα εκ των εταιρειών μελών της - ορισμός που ερχόταν άλλωστε σε αντίθεση με τη δήλωση στο ΕΕΕΣ της εταιρείας αυτής ως απλού μέλους και όχι ως συντονιστή-, αφού το έγγραφο αυτό δεν αποτελούσε κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη περιεχόμενο της προσφοράς που έπρεπε να υποβληθεί εντός της οριζόμενης καταληκτικής προθεσμίας, αντιθέτως η προσκόμισή του προβλεπόταν μόνον από τον προσωρινό ανάδοχο στο μεταγενέστερο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και των αποδεικτικών εγγράφων νομιμοποίησης.». Στην απόφαση αυτή, τέλος, κρίθηκε ότι «Η δε αιτούσα, παρά το γεγονός ότι είχε ορίσει με το από ... συμφωνητικό σύστασης ως

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

συντονιστή της την εταιρεία μέλος, στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ όπου ζητείτο να δηλωθεί ο ρόλος του οικονομικού φορέα στην ένωση, δεν δήλωσε την εταιρεία αυτή ως συντονιστή, αλλά ως απλό μέλος αυτής. Η ανακριβής αυτή δήλωση στο ΕΕΕΣ που είχε ως συνέπεια να μην ανταποκριθεί η αιτούσα στην επί ποινή αποκλεισμού υποχρέωσή της να ορίσει με την προσφορά της εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης». Συνεπώς, ρύθμιση περί εκπροσώπησης εκ φυσικού προσώπου-κοινού εκπροσώπου δεν αρκεί και ούτε η διαχείριση ή εκπροσώπηση της ένωσης έως το πέρας του διαγωνισμού ή μη συνεπάγεται ούτε δύναται να ερμηνευθεί ως ορισμός συντονιστή/επικεφαλής εταίρου/εκπροσώπου υπό την ανωτέρω έννοια, καθώς τέτοιες συναγωγές θα προκαταλάμβαναν τη βούληση των μελών της ένωσης και θα οδηγούσαν σε εκ της αναθέτουσας ή εκ της ΑΕΠΠ ορισμό και συντονιστή της ένωσης κατά την εκτέλεση, προς το πρώτον συμπλήρωση εξαρχής και ρητά επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενου, στοιχείου και δήλωσης της προσφοράς (βλ. και ΑΕΠΠ1080 και 1081/2021 49/2021 και 209/2021 και βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Επταμελούς Ε10/2021, σκ. 27). Οι δε περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, οι οποίοι εκφέρονται γενικώς και αορίστως και όχι σε σχέση με συγκεκριμένη προσφορά, ότι «δεν διαπιστώθηκε από την Ε.Δ. έλλειψη ή παράλειψη δήλωσης στοιχείων στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ των μελών των προσφερόντων οικονομικών φορέων[...]» τυγχάνουν απορριπτέοι. Αναφορικά δε με τους ισχυρισμούς του β' παρεμβαίνοντος ότι η προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί ως μη πλήρης αφού λείπει η σελίδα έξι (6) κάτι που την καθιστά ακατάληπτη είναι απορριπτέος προεχόντως ως αλυσιτελώς προσβαλλόμενος αφού ο λόγος της προσφυγής που αφορά τον β' παρεμβαίνοντα αναπτύσσεται πλήρως και με συγκεκριμένο τρόπο στις σελίδες 9 και 10 της προσφυγής. Περαιτέρω δε όσον αφορά τον ισχυρισμό του β' παρεμβαίνοντος ότι σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 102 του Ν.4412/2016, ως τροποποιημένη ισχύει, η αναθέτουσα αρχή όφειλε σε κάθε περίπτωση πριν απορρίψει την προσφορά του να τον καλέσει να συμπληρώσει το ΤΕΥΔ τυγχάνει απορριπτέος. Τούτο δε διότι σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο του υπό κρίση διαγωνισμού, όπως διαγράφεται από τη διακήρυξη, η οποία περιέχει ειδικότερη και συγκεκριμένη ρύθμιση για το ζήτημα, η αναθέτουσα αρχή είχε δυνατότητα και όχι υποχρέωση να τον

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

καλέσει σε διευκρινίσεις (βλ. Άρθρο 9: Συμπλήρωση –αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών. Η αναθέτουσα αρχή 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 και της οικονομικής τους προσφοράς, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 13 της υπ’ αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α.). Έτσι, ακόμα και αν δεχθούμε ότι υπό το νέο καθεστώς είναι δυνατή η συμπλήρωση και αυτής ακόμη της πλημμέλειας του ΤΕΥΔ που τέθηκε με ποινή τον αποκλεισμό, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή μπορούσε και δεν ήταν υποχρεωμένη να καλέσει τον συμμετέχοντα προς συμπλήρωση του ελλείποντος στοιχείου. Επιπλέον δε ενώ μπορούσε δεν το έπραξε ενώ η τυχόν αποδοχή από την ΑΕΠΠ του επικαλούμενου από μέρους του β’ παρεμβαίνοντος, το πρώτον με την παρέμβαση, από 18-02-2021 ιδιωτικού συμφωνητικού με το οποίο, κατά τους ισχυρισμούς του, ορίζεται επικεφαλής/συντονιστής, θα συνιστούσε κατά τρόπο νομικά απαράδεκτο υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής σε ο,τι αφορά τις δυνατότητες και αρμοδιότητές της. Όσον δε αφορά τους ισχυρισμούς του β’ παρεμβαίνοντος περί δημοσίου συμφέροντος τυγχάνουν απορριπτέοι ως άνευ νομίμου ερείσματος προβαλλόμενοι ενόψει της αρχής της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης και εν γένει της νομιμότητας που διέπει τη δημόσια διοίκηση. Συνεπώς και ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

34. Επειδή, αναφορικά με τον λόγο της προσφυγής που αφορά τον α’ παρεμβαίνοντα και ήδη αναδειχθέντα ως προσωρινό ανάδοχο, σημειώνονται τα ακόλουθα: ο α’ παρεμβαίνων συνομολογεί την πλημμέλεια της προσφοράς του αναφορικά με την ελλιπή συμπλήρωση του ΤΕΥΔ σε σχέση με τον ορισμό συντονιστή κατά το άρθρο 3.1 της διακήρυξης. Πλην, όμως, υποστηρίζει ότι η προσφορά του μπορούσε να συμπληρωθεί κατόπιν της υποχρεωτικής σχετικής κλήτευσής του από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016, ως τροποποιημένο ισχύει. Αναφορικά με την ύπαρξη

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

σχετικής πλημμέλειας τεθείσας επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του συμμετέχοντος ισχύουν όσα εκτέθηκαν στην προηγούμενη σκέψη. Περαιτέρω, αναφορικά με τον ως άνω ισχυρισμό του παρεμβαίνοντος τυγχάνει απορριπτέος και τούτο διότι, ως, ήδη, εκτέθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού τίθεται ως δυνητική η από μέρους της αναθέτουσας αρχής κλήτευση του συμμετέχοντος προς συμπλήρωση πλημμέλειας της προσφοράς (βλ. άρθρο 9 της διακήρυξης). Έτσι, ακόμα και αν δεχθούμε ότι υπό το νέο καθεστώς είναι δυνατή η συμπλήρωση και αυτής ακόμη της πλημμέλειας του ΤΕΥΔ που τέθηκε με ποινή τον αποκλεισμό, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή, ενόψει των αρχών της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης που διέπουν την διαγωνιστική διαδικασία, μπορούσε και δεν ήταν υποχρεωμένη να καλέσει τον συμμετέχοντα προς συμπλήρωση του ελλείποντος στοιχείου. Κατά τα λοιπά ισχύουν όσα ήδη εκτέθηκαν επί του ζητήματος στην προηγούμενη σκέψη. Συνεπώς, ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

35. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του έτερων λόγων της προσφυγής σε βάρος των οικονομικών φορέων δοθέντος ότι η προεκτεθείσα πλημμέλεια της προσφοράς εκάστου των ανωτέρω παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψή της και τη συνακόλουθη αποδοχή της προσφυγής (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007).

36. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή και ν'απορριφθούν οι ασκηθείσες παρεμβάσεις.

37 Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Απορρίπτει την α' παρέμβαση.

Απορρίπτει την β' παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης : 1408/2021

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9-08-2021 και εκδόθηκε στις 27.08.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΛΕΠΙΔΑ

α/α ως προς την υπογραφή

α/α Β.Γ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ

ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ