

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση - Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου (σε αναπλήρωση της Άννας Χριστοδουλάκου), Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.7.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1510/27.07.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», με δ.τ. «...», που εδρεύει στην ..., ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της παρεμβαίνουσας Ένωση οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», με διεύθυνση, ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει α) να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 965/14.7.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (από 27.14.7.2021 απόσπασμα Πρακτικού, θέμα 17ο), κατά το μέρος που με αυτήν, κατόπιν έγκρισης του 1^{ου} πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού η παρεμβαίνουσα και β) να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας και να αποκλειστεί αυτή από τη διαγωνιστική διαδικασία.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου του έργου με τίτλο «ΔΙΑΠΛΑΤΥΝΣΕΙΣ, ΤΕΧΝΙΚΑ ΚΑΙ ΑΣΦΑΛΤΟΣΤΡΩΣΗ ΕΠΑΡΧΙΑΚΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ... (...)», προϋπολογισμού 1.032.258,06€ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 14.5.2021 με ΑΔΑΜ:, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.- Δημόσια έργα) (Συστημικός Αριθμός ...).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., εξοφληθέν δυνάμει του από 26.7.2021 αποδεικτικού εξόφλησης της ... και δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 5.161,30 €.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικείμενου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 16.07.2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 26.07.2021, κοινοποιήθηκε, δε, στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν.

5. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, δεδομένου ότι με την προσβαλλόμενη πράξη η προσφορά της προσφεύγουσας έγινε δεκτή και κατετάγη δεύτερη, μετά την προσφορά της παρεμβαίνουσας, κατά της οποίας βάλλει με την προσφυγή της, επιδιώκοντας τον αποκλεισμό της και την ανάθεση της σύμβασης στην ίδια.

6. Επειδή, η παρέμβαση έχει ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 6.8.2021, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς τους λοιπούς διαγωνιζομένους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 27.7.2021. Περαιτέρω, ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Η ως άνω παρέμβαση κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα στις 9.8.2021 (ορθή επανάληψη).

7. Επειδή, μετά του υπ' αριθμ. πρωτ. 180536/507 εγγράφου της απεστάλησαν οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής προς την ΑΕΠΠ, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στις 19.8.2021 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σε προσφεύγουσα και παρεμβαίνουσα.

8. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την με ΑΔΑΜ Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου του έργου με τίτλο «ΔΙΑΠΛΑΤΥΝΣΕΙΣ, ΤΕΧΝΙΚΑ ΚΑΙ ΑΣΦΑΛΤΟΣΤΡΩΣΗ ΕΠΑΡΧΙΑΚΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ... (...)» . Στο διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορές τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα (δευτέρα σε κατάταξη) και η παρεμβαίνουσα (πρώτη σε κατάταξη). Με την υπ' αριθμ. 865/14.7.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκε το 1^ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, με το οποίο έγιναν αποδεκτές οι υποβληθείσες προσφορές και κατετάγησαν πρώτη σε σειρά μειοδοσίας η

παρεμβαίνουσα, δεύτερη η προσφεύγουσα, αναδείχθηκε, δε, προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα. Κατά της ως άνω υπ' αριθμ. 865/14.7.2021 απόφασης, κατά το μέρος που με αυτήν έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού, ασκήθηκε η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα, παραθέτοντας καταρχήν τα άρθρα 18, 53, 75, 76, 79, 83, 91,102, 103, 104, προβάλλει κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, τα εξής : «2. Σύμφωνα δε με την υπόψη διακήρυξη προβλέπονται τα εξής:«...Άρθρο 2: Έγγραφα της σύμβασης και τεύχη Τα έγγραφα της σύμβασης, κατά την έννοια της περιπτ. 14 της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, για τον παρόντα ηλεκτρονικό διαγωνισμό, είναι τα ακόλουθα: ... β) η παρούσα διακήρυξη, γ) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.)...

Προσφέρεται ελεύθερη, πλήρης, άμεση και δωρεάν ηλεκτρονική πρόσβαση στα έγγραφα της σύμβασης στον ειδικό, δημόσια προσβάσιμο, χώρο "ηλεκτρονικοί διαγωνισμοί" της πύλης www.promitheus.gov.gr, καθώς και στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής (www.pste.gov.gr στην επιλογή «Θέλω να δω προκήρυξη» & www.diafaniasterea.gr).

3.1. Οι προσφορές υποβάλλονται από τους ενδιαφερομένους ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας διακήρυξης, σε ηλεκτρονικό φάκελο του υποσυστήματος.

Για τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής και να εγγραφούν στο ηλεκτρονικό σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ- Διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr) ακολουθώντας τη διαδικασία εγγραφής του άρθρου 5 παρ. 1.2 έως 1.4 της Κοινής Υπουργικής Απόφασης με αρ. 117384/26-10-2017 (3821 Β') «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων έργων, μελετών, καί παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών

υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)».

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, καϋώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής.

3.2 Στον ηλεκτρονικό φάκελο προσφοράς περιέχονται:

(α) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής».

(β) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά»

Κριτήρια επιλογής (22.Β - 22.Δ)

... 22.Β. Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας

Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους. Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) ή στα Νομαρχιακά Μητρώα στην κατηγορία/-ies έργου του άρθρου 21 της παρούσας. Οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα Μητρώα του παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016.

22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

«α) Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς πρέπει να έχουν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ανά κατηγορία και τάξη ΜΕΕΠ, αντίστοιχη με την εκτιμώμενη αξία της Σύμβασης σύμφωνα με το άρθρο 76 παρ.3(α) του ν.4412/2016. β) Οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς πρέπει να έχουν οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια αντίστοιχη με την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 83 του ν. 4412/2016 και στην

παράγραφο 9 του παρόντος άρθρου. Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει».

22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης καθώς επίσης και οι αλλοδαποί(οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης κατά(τα οριζόμενα στο άρθρο 75 παρ.1 τελευταίο εδάφιο και άρθρο 75 παρ.4 του ν.4412/2016.

Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής

23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας.

Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας.

Το ΤΕΥΔ μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών.

Κατά την υποβολή του ΤΕΥΔ, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22.Α.1 της παρούσας, για

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν.

Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα, για την εφαρμογή του παρόντος, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπήσει τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης.

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΤΕΥΔ και το ΤΕΥΔ του υπεργολάβου.

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του το δικό του ΤΕΥΔ και το ΤΕΥΔ κάθε φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται.

Άρθρο 24: Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς

24.1 Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφακέλους:

(α) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής»

β) υποφάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» σύμφωνα με τα κατωτέρω:

24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: IV. ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΩΣΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗΣ ΠΡΑΞΗΣ

1. 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), 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 συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επιπλέον, 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 ECLI:EU:C:2015:228,OK. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,OK. 27).

Περαιτέρω, επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης, κατά τρόπο ενιαίο, για όλους τους προσφέροντες, κατά την υποβολή, αλλά και την αξιολόγηση των προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. 1-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. 1-2043, σκέψη 54). Η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του, αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις

- α) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ)
- β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας».

αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Zublin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, 27 C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, UniversaleBau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

Επειδή, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

Επειδή η αναθέτουσα αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης, αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣτΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση των προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. 1-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. 1-2043, σκέψη 54).

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

Επειδή, τέλος, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι, προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου, πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση, κατά τρόπο επιτακτικό, τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣτΕ 286/2012), περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣτΕ 4720/2012). Τούτων δοθέντων, επισημαίνουμε τις ακόλουθες πλημμέλειες στα υποβληθέντα και μη δικαιολογητικά συμμετοχής, των πρώτου

(ανακηρυχθείσα προσωρινή μειοδότηρια, κοινοπραξία) οικονομικού φορέα, που διέλαθαν της προσοχής της αναθέτουσας αρχής και οδήγησαν στην ακυρότητα της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά τα μέρη αυτά: 2. Όπως προαναφέραμε, η παρ. 7 του άρθρου 96 του ν. 4412/2016, όπως και το άρθρο 3.1 της διακήρυξης επιτάσσουν, μεταξύ άλλων, υποψήφιος στον υπόψη διαγωνισμό οικονομικός φορέας, με τη μορφή ένωσης οικονομικών φορέων/κοινοπραξίας, να υποβάλει κοινή προσφορά, στην οποία, απαραίτητως, πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης/κοινοπραξίας, στα οποία περιλαμβάνεται, καθώς και η κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και τον εκπρόσωπο/συντονιστή αυτής!· Κατά τη γραμματική, αλλά και κατά τη λογική ερμηνεία τους, οι ως άνω διατάξεις έχουν, λοιπόν, την έννοια ότι η προσφορά ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει, επί ποινή απαραδέκτου, να περιλαμβάνει την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους στην ένωση και να συμπεριλαμβάνει και την κατανομή αμοιβής, μεταξύ των μελών της ένωσης (κατανομή). Κατά την έννοια δε των διατάξεων του άρθρου 102 του ίδιου Νόμου, σε περίπτωση παράλειψης της ένωσης οικονομικών φορέων/κοινοπραξίας να συμπεριλάβει, κατ' ελάχιστον, αυτά τα στοιχεία στην προσφορά της, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να καλέσει την ένωση να διευκρινίσει ή να συμπληρώσει το σχετικό έγγραφο που έχει υποβληθεί, καθώς, η παράλειψη αυτή, δεν συνιστά ασάφεια, επουσιώδη πλημμέλεια ή πρόδηλο τυπικό σφάλμα που επιδέχεται διόρθωση ή συμπλήρωση, αλλά έλλειψη που συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, όπως ορίζεται στο άρθρο 91 παρ. 1 περ. β' του ίδιου Νόμου (βλ. ΔΕφΤρίπολης Ν8/2019, επικυρώνοντας τα κριθέντα από την Αρχή Σας, με την απόφαση ΑΕΠΠ 1044/2018. Όμοια έχει κριθεί, μεταγενεστέρως, και στις ΑΕΠΠ 884, 885/2019). Ειδικότερα δε, για το ζήτημα του εκπροσώπου, το Συμβούλιο της Επικράτειας, με τη με αρ. 163/2020 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών έκρινε 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, 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 πρώτο εδάφιο η δυνατότητα της ένωσης να χρησιμοποιεί νομίμως εξουσιοδοτημένο κοινό εκπρόσωπο για την υποβολή της προσφοράς, διάταξη η οποία, κατά λογική αναγκαιότητα, αναφέρεται σε φυσικό πρόσωπο το οποίο έχει εξουσιοδοτηθεί προκειμένου να εκπροσωπεί κατά τούτο την ένωση στη διαγωνιστική διαδικασία' στο δε δεύτερο εδάφιο, το οποίο ρυθμίζει τις ανέσεις των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων (είδος, έκταση συμμετοχής, κατανομή αμοιβής) και τον ρόλο τους στην ένωση, η υποχρέωση της ένωσης να ορίζει 'εκπρόσωπο/συντονιστή', όρος ο οποίος αναφέρεται, όπως προκύπτει από το εννοιολογικό του περιεχόμενο, στον συντονιστή της ένωσης, δηλαδή στο μέλος που είναι επιφορτισμένο να συντονίζει, διά του επιστημονικού και τεχνικού του προσωπικού, τεχνικά και οργανωτικά τα λοιπά μέλη της κατά την εκτέλεση της σύμβασης και να εκπροσωπεί κατά τούτο την ένωση έναντι του αναθέτοντας Φορέα για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας, και ταυτίζεται με τον όρο 'επικεφαλής εταίρος', όπως αυτός χρησιμοποιείται στην προεκτεθείσα αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/25/ΕΕ και με τον όρο

'συντονιστής', όπως αυτός χρησιμοποιείται στο πεδίο του ΕΕΕΣ που αναφέρεται στον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση και αντιστοιχεί στην απαίτηση της διακήρυξης περί ορισμού εκπροσώπου/συντονιστή. Κατόπιν τούτων, παρίσταται σοβαρώς υποστηρίξιμη η ερμηνεία που δόθηκε από την ΑΕΠΠ στον ανωτέρω όρο της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία ο εκπρόσωπος/συντονιστής, τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να ορίζουν με την προσφορά τους, πρέπει να είναι μέλος της, ήτοι συμμετέχων οικονομικός φορέας, ανεξαρτήτως της νομικής του μορφής, εάν δηλαδή είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλονται, ότι δηλαδή τέτοια υποχρέωση δεν προβλέπεται ρητώς από το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, δεν πιθανολογούνται σοβαρώς ως βάσιμα. Περαιτέρω, η χρήση της διατύπωσης 'εκπρόσωπος/συντονιστής', τόσο στη σχετική νομοθετική διάταξη όσο και στη διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού, δεν πιθανολογείται σοβαρά ότι ενέχει ασάφεια που μπορεί να δημιουργήσει αμφιβολία ή σύγχυση, όπως προβάλλει η αιτούσα, στον επιμελή διαγωνιζόμενο ως προς το συγκεκριμένο περιεχόμενο της υποχρέωσής του, δηλαδή ορισμού του μέλους της ένωσης που έχει τον ρόλο του συντονιστή και όχι φυσικού προσώπου μη μέλους που εκπροσωπεί την ένωση κατά τη διαγωνιστική διαδικασία. Τούτο, εν όψει του διαφορετικού και διακριτού εννοιολογικού και ρυθμιστικού περιεχομένου που επιφυλάσσουν, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, οι κρίσιμες κανονιστικές διατάξεις ως προς τον κοινό εκπρόσωπο της ένωσης 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. Η δε αιτούσα, παρά το γεγονός ότι είχε ορίσει με το από 25.2.2020

συμφωνητικό σύστασης ως 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, δεν μπορούσε να αρθεί με την παροχή διευκρινίσεων ή με την αποσαφήνιση του περιεχομένου της κατ' αντιπαραβολή άλλων εγγράφων ή δηλώσεων, αλλά προϋπέθετε την αντικατάσταση του ΕΕΕΣ που υπέβαλε μία εκ των εταιρειών μελών της, δηλαδή του ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής που αποτελεί το ΕΕΕΣ, κατά παράβαση του άρθρου 310 του ν. 4412/2016, στο οποίο παραπέμπει το άρθρο 9 της διακήρυξης και το οποίο ρητώς ορίζει ότι η συμπλήρωση ή διευκρίνιση υποβληθέντων δικαιολογητικών ή εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης (πρβλ. Ε.Α. 135/2018, 204/2019, 239/2019). Συνεπώς, όσα προβάλλει η αιτούσα, ότι δηλαδή η ανωτέρω διαπιστωθείσα πλημμέλεια της προσφοράς της δεν θα μπορούσε, πάντως, να οδηγήσει σε απόρριψή της, αλλά καθιστούσε αναγκαία, κατ' επιταγή της αρχής της αναλογικότητας, την κλήση της προς υποβολή συμπληρωματικών στοιχείων σχετικά με τον ορισμό μέλους της ως εκπρόσωπο/συντονιστή, δεν πιθανολογούνται σοβαρώς ως βάσιμα...» (ΕΑΣΤΕ 163/2020, σκ. 13).

Συνεπώς, τόσο η σχετική νομοθετική διάταξη (παρ. 7 του άρθρου 96) όσο και η οικεία Διακήρυξη (άρθρο 3.1) ορίζουν σαφώς ότι η συμμετέχουσα κοινοπραξία οφείλει να υποδείξει ένα εκ των μελών της ένωσης, το οποίο αναλαμβάνει την ευθύνη της εκπροσώπησης και του διοικητικού και τεχνικού συντονισμού των μελών, για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας. Πρόκειται, δηλαδή, για επέκταση, με το νέο νομοθετικό πλαίσιο, και στις συμβάσεις δημοσίων έργων του θεσμού του «εκπροσώπου της σύμπραξης» που, κατά το προϊσχύσαν δίκαιο, προβλεπόταν αποκλειστικά κατά τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων μελετών (βλ. άρθρο 1 περ. 21 του ν. 3316/2005, με το οποίο οριζόταν ότι: «"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»). Κατά τούτο, ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης έχει την έννοια του «επικεφαλής εταίρου» (lead partner) και ταυτίζεται, εννοιολογικά, με τον όρο «επικεφαλής» (leader) που αναφέρεται στο ΕΕΕΣ, όρος που στον Εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 (ΕΕ) της Επιτροπής (ΕΕ L 3/6.1.2016), όπως διορθώθηκε για την ελληνική έκδοση με το C/2018/0225 «Διορθωτικό» (ΕΕ L 17/65/23.1.2018), αναφέρεται πλέον ως «συντονιστής», διασφαλίζοντας έτσι την ενότητα της ορολογίας (βλ. ad hoc Ελ Συν 590/2019, Τμήμα Μείζονος - Επταμελούς Σύνθεσης).

Εν προκειμένω, στο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (ΤΕΥΔ) που υπέβαλαν τα μέλη της κοινοπραξίας με την επωνυμία «...» ουδόλως προσδιορίζεται «ο εκπρόσωπος/συντονιστής» της Κοινοπραξίας, παρά τα αντιθέτως και επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς, επιτασσόμενα, από τη διακήρυξη και το νόμο.

Ειδικότερα, στο ΤΕΥΔ (σελ. 4 αυτού) της εταιρείας «...» δηλώνεται στο επίμαχο Μέρος II Α: «Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): α) [Η ... ως μέλος της κοινοπραξίας «...» ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100% (σύμφωνα με την παράγραφο 3.1. της διακήρυξης ορίζεται ως εκπρόσωπος/συντονιστής της Κοινοπραξίας ο ...) και ευθύνομαι για το σύνολο του έργου έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρο το έργο] β) [... ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΑΟΓΙΚΩΝ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΕΤΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΑΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ ΤΟ ΕΡΓΟ]».

Επίσης, στο ΤΕΥΔ (σελ. 3 - 4 αυτού) του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», δηλώνεται στο αντίστοιχο Μέρος II Α (σελ. 3 - 4): «α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): α) [... : ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΑΝΑΠΛΗΡΩΤΗΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ Κ/Ξ ...- ..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ:

ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΟΜΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΥΑΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ] β) [... : ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΕΤΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΥΑΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ] |ή [...]».

Συνεπώς, στο πεδίο του ΤΕΥΔ που θα έπρεπε επί ποινή αποκλεισμού να δηλωθεί ο εκπρόσωπος/συντονιστής της κοινοπραξίας, δεν δηλώνεται τέτοιος και, συνεπώς, τόσο η μη ύπαρξη της απαιτούμενης δήλωσης, όσο και η πλημμελής συμπλήρωση των ΤΕΥΔ των μελών της Κοινοπραξίας θα έπρεπε να είχαν ως αποτέλεσμα τον αποκλεισμό της προσφοράς της κοινοπραξίας. Ειδικότερα, αμφότερα τα μέλη της κοινοπραξίας δηλώνονται σαφώς και ρητώς ως μέλη αυτής και ΚΑΝΕΙΣ ως εκπρόσωπος/συντονιστής (Leader). Όπως, όμως, επισημάναμε, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της παρ. 3 του όρου 3.1 της διακήρυξης, προκύπτει ρητά και αναντίρρητα η υποχρέωση της ένωσης να ορίζει «εκπρόσωπο/συντονιστή». Και τούτο διότι, ο όρος αυτός αναφέρεται στον συντονιστή της ένωσης, δηλαδή, στο μέλος που είναι επιφορτισμένο να συντονίζει, διά του επιστημονικού και τεχνικού του προσωπικού, τεχνικά και οργανωτικά τα λοιπά μέλη της, κατά την εκτέλεση της σύμβασης και να εκπροσωπεί, κατά τούτο, την ένωση, έναντι του αναθέτοντος φορέα, για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας. Ταυτίζεται δε με τον όρο «επικεφαλής εταίρος», όπως αυτός χρησιμοποιείται στην προεκτεθείσα αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/25/ΕΕ και με τον όρο «συντονιστής», όπως αυτός χρησιμοποιείται στο πεδίο του ΕΕΕΣ που αναφέρεται στον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση και αντιστοιχεί στην απαίτηση της διακήρυξης περί ορισμού εκπροσώπου/συντονιστή. Πλην όμως, η προσωρινή μειοδότηρα κοινοπραξία απόσχει από την υποχρέωσή της να δηλώσει «επικεφαλής εταίρο/συντονιστή», αποτυγχάνοντας, επομένως, να καλύψει την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση της διακήρυξης.

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

Μάλιστα, με τον τρόπο που έχει διατυπωθεί η δήλωση των δύο μελών της κοινοπραξίας στο ΤΕΥΔ εκάστου εξ αυτών, ότι ως εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής δηλώνεται το φυσικό πρόσωπο «Θεόδωρος Βαξεβάνος του Κωνσταντίνου» και ουχί κάποιος εκ των δύο, αποτελουσών την κοινοπραξία, οικονομικός φορέας, προκύπτει, δίχως αμφιβολία και χωρίς περιθώριο παρερμηνείας, η μη δήλωση Leader/εκπροσώπου/συντονιστή, κατά την αληθή και ακριβή έννοια της απαίτησης, όπως ήδη προεκθέσαμε και έχει επιβεβαιωθεί και νομολογιακώς. Εκ περισσού αναφέρεται ότι, η Αρχή σας, σε πολλές όμοιες περιπτώσεις, τόσο πριν όσο και μετά το Συμβούλιο της Επικράτειας, έχει κρίνει ανάλογα (βλ. ΑΕΠΠ 1162/2021, 1100/2021, 275/2021, 1066/2020, 423/2020, 884/2019, 885/2019 κ.ά).

Θα πρέπει δε να υπογραμμιστεί ότι τα ανωτέρω δεν συνιστούν κάποιο απλώς σφάλμα ή έλλειψη στο ΤΕΥΔ, υπό την έννοια της αποδεικτικής πλημμέλειας ή παράλειψης δήλωσης, ενός πάντως υφισταμένου, κατά τον χρόνο της προσφοράς, στοιχείου, αλλά έλλειψη ουσιώδους απαίτησης της πληρότητας της προσφοράς ενώσεων, άνευ της οποίας η προσφορά είναι ατελής και αόριστη, ιαε συνέπεια να είναι ανεπίδεκτη διορθώσεως κατ' άρθρο 102 ν. 4412/2016, όπως αυτό ισχύει μετά την τροποποίηση του με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, αφού τούτο θα οδηγούσε σε ανεπίτρεπτη μεταβολή της προσφοράς, μετά την επιλογή της και, το πρώτον, ολοκλήρωση της προσφοράς κατά την αξιολόγηση (βλ. ΑΕΠΠ 1162/2021, 1100/2021).

Άλλωστε, η διάταξη του άρθρου 102 τελεί σε κανονιστική ισοτιμία και νοήσει συνερμηνείας μετ' αυτής του άρθρου 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 που ορίζει ότι τα προσόντα και οι όροι συμμετοχής. όπως, εξάλλου, συνιστά η συμφωνία των μελών ένωσης, σε συγκεκριμένο συντονιστή και σχετικά ως τη μεταξύ τους κατανοώ αμοιβής, πρέπει ήδη να συντρέχουν κατά τον χρόνο της προσφοράς. Εν προκειμένω, δεν προκύπτει ούτε από έτερο στοιχείο της προσφοράς της κοινοπραξίας, η ύπαρξη τέτοιας συμφωνίας, μεταξύ των μελών της.

2.2. Εξάλλου, ο προαναφερθείς όρος 3.1 τα διακήρυξης ορίζει, όπως επισημάνθηκε ήδη, την υποχρέωση προσδιορισμού, πέραν της έκτασης και του είδους της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, και της κατανομής αμοιβής

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

μεταξύ τους. Άρα, ως απαραίτητο στοιχείο της προσφοράς επιβλήθηκε, στην περίπτωση ενώσεων/κοινοπραξιών, ο προσδιορισμός όχι μόνο της Φύσης των εργασιών που αναλαμβάνει το κάθε μέλος, αλλά - ειδικά και αυτοτελώς - και της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους (βλ. μεταξύ πολλών άλλων τις πλέον πρόσφατες αποφάσεις της ΑΕΠΠ, με αρ. 1162/2021 και 1100/2021). Όπως έχει δε κριθεί, τόσο κατά τη γραμματική, όσο και κατά τη λογική ερμηνεία της, η διάταξη του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν 4412/2016, έχει την έννοια ότι η προσφορά ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει, με ποινή το απαράδεκτο, να περιλαμβάνει πέραν της έκτασης και του είδους της συμμετοχής του κάθε μέλους στην ένωση και την κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους, η οποία (κατανομή), ως μέγεθος διακριτό από την έκταση της συμμετοχής, δεν περιλαμβάνεται κατά νόμο σε αυτήν, δεδομένου άλλωστε ότι είναι δυνατό να μη συμπίπτει, κατά ποσοστό, με αυτήν (Δ.Εφ.Τρίπολης Ν8/2019, ΑΕΠΠ 765/2021, 423/2020, 279/2020, 29/2020, 884,885/2019,1044/2018).

Όπως, ευχερώς και αυταπόδεικτα, προκύπτει από το οικείο πεδίο του ΤΕΥΔ (Μέρος II Α) αμφοτέρων των μελών της προσωρινής μειοδότης, τέτοιος προσδιορισμός, ήτοι, της κατανομής της αμοιβής, μεταξύ τους, δεν υφίσταται. Εξάλλου, ουδόλως οι απλές απαντήσεις περί «υπευθυνότητας» του κάθε μέλους, για συγκεκριμένες εργασίες, δύνανται να ερμηνευθούν ότι αφορούν και ειδικώς την κατανομή αμοιβής, η οποία ουδόλως αποκλείεται να διαφέρει εν τέλει, αφού δεν αναφέρεται ότι τυχόν γενικόλογα, ο καθένας αναλαμβάνει «ποσοστό συμμετοχής» επί ομάδων εργασιών ή της σύμβασης, αλλά ότι ο καθένας αναλαμβάνει ευθύνη για συγκεκριμένα έργα, διατύπωση παραπέμπουσα στην ευθύνη εκτέλεσης και όχι στην κατανομή αμοιβής (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 1511/2020, 1080,1081/2021, 9/2021,1162/2021). Συνεπώς, ούτε αυτή η απαίτηση του σαφή, ρητού και ανεπίδεκτου αμφισβήτησης όρου της διακήρυξης πληρείται, με την προσφορά της κοινοπραξίας. Πλην όμως, η εν λόγω απαίτηση έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού και, συνακόλουθα, η προσφορά της θα έπρεπε να έχει αποκλειστεί από τη συνέχεια του διαγωνισμού και όχι να της ανατεθεί η σύμβαση. Τέλος, επισημαίνεται πως ούτε η εν λόγω απαίτηση, όπως και αυτή για τη δήλωση εκπροσώπου/συντονιστή μπορεί να

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

διορθωθεί ή συμπληρωθεί μεταγενεστέρως, για τους λόγους που αναφέραμε και υπό παρ. IV.2.1, ανωτέρω, αλλά, αντιθέτως, επιφέρει παραχρήμα τον αποκλεισμό της ένωσης οικονομικών φορέων. Και τούτο διότι, αυτή (η τυχόν, συμπλήρωση/διόρθωση) θα συνιστούσε, το πρώτον, συναφή σχετικής συμφωνίας μεταξύ των μελών της, η οποία, όμως, δεν είναι επιτρεπτή ούτε κατά την πλέον ισχύουσα διάταξη του άρθρου 102 Ν. 4412/2016 (βλ. ΑΕΠΠ 1162/2021, 1100/2021).

Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η παράλειψη της προσωρινής μειοδότης κοινοπραξίας, αφενός να ορίσει τον εκπρόσωπο/συντονιστή και αφετέρου να δηλώσει, ρητώς και σαφώς, την κατανομή της αμοιβής, μεταξύ των μελών της, αποτελούν πλημμέλειες που εμπίπτουν στις ρητά οριζόμενες, επί ποινή αποκλεισμού, ελλείψεις της προσφοράς διαγωνιζόμενης κοινοπραξίας και θα έπρεπε, για τους λόγους αυτούς, να αποκλειστεί και όχι να της ανατεθεί η εν λόγω σύμβαση.

Εκ των ανωτέρω, επομένως, προκύπτει ακυρότητα της προσβαλλόμενης, με αρ. 965/14-07- 2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής που περιλήφθηκε στο 27/14-07-2021 απόσπασμα Πρακτικού, Θέμα 17°, κατά το μέρος που έκανε δεκτή την ως άνω κοινοπραξία και απεδέχθη τα δικαιολογητικά συμμετοχής της στον υπόψη διαγωνισμό, καθόσον ούτε από τα υποβληθέντα ΤΕΥΔ ούτε από κανένα άλλο έγγραφο της σύμβασης προκύπτει η πλήρωση των απαιτήσεων του άρθρου 3 της διακήρυξης και της παρ. 7 του άρθρου 96 του ν. 4412/2016, περί κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της, καθώς και προσδιορισμού του εκπροσώπου/συντονιστή αυτής και για τους λόγους αυτούς θα πρέπει να ακυρωθεί, άλλως να αναμορφωθεί, κατά τα ανωτέρω».

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της προβάλλει συναφώς, ότι «[...] Νομικό πλαίσιο

Με το Ν. 4412/2016 και την κατευθυντήρια Οδηγία 15, [Απόφαση 161/2016, με θέμα «Οδηγίες συμπλήρωσης για το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016»] και την κατευθυντήρια Οδηγία 23, [Απόφαση 3/24.1.2018, με θέμα « Ειδικά θέματα

συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Έντυπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εντύπου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)»] διαμορφώνεται το ρυθμιστικό πλαίσιο που διέπει τις Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών και την αξιολόγηση των αιτιάσεων των σχετικών ενστάσεων.

Περαιτέρω η Διακήρυξη της δημοπρασίας αποτελεί διοικητική κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τη δημοπρασία και δεσμεύει τόσο τη Διακηρύττουσα Αρχή, όσο και το διαγωνιζόμενο. Οι διατάξεις της σε συνδυασμό με τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις του νόμου επιβάλλεται να τηρούνται, άλλως η παράβαση αυτών επιφέρει ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και καθιστά απαράδεκτες τις προσφορές των διαγωνιζόμενων [ΓΝΜ 10/2008 ΝΣΚ, Ολ. ΣτΕ 1415/2000, Ολ. ΝΣΚ 117/2003, ΣτΕ 4343/2005, 1945/2001, ΝΣΚ 14/2007, 1/2006, 333/2003]. Επιπλέον, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, που διέπει τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενέργειας των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή των διαγωνισμών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους [ΣτΕ 279/2008], η προσκομιδή στο φάκελο της προσφοράς εκάστου διαγωνιζόμενου των οριζόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών απαιτείται να πραγματοποιείται με τον τρόπο που αυτή επακριβώς καθορίζει, μη επιδεχόμενης άλλης ερμηνείας. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας (ως ανωτέρω ορίζεται), της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής, που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό. [ΣτΕ 1329/2008].

Ειδικότερα δε, όπως ρητώς ορίζεται στην κατευθυντήρια Οδηγία 15, Απόφαση 161/2016, με θέμα «Οδηγίες συμπλήρωσης για το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016», το

ΤΕΥΔ συνίσταται σε Υπεύθυνη Δήλωση των οικονομικών φορέων προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, και αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 79. Περαιτέρω ορίζεται ρητά ότι: «...οι οικονομικοί φορείς είναι δυνατόν να αποκλείονται από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (άρθρο 73 παρ. 4 περιπτ. ζ) και υπόκεινται στις κυρώσεις που προβλέπονται από τις διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν. 1599/86 (ΦΕΚ 75/Α) σε περιπτώσεις σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά τη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ ή, γενικότερα, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, ή όταν οι οικονομικοί φορείς έχουν αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσουν τα σχετικά δικαιολογητικά εντός της ταχθείσας, από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, προθεσμίας».

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 23§1 της από 14 Μαΐου 2021 διακήρυξης της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων της Περιφερειακής Ενότητας Ευρυτανίας ορίζεται ρητά ότι: «Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις...», ενώ στο άρθρο 23§2 ορίζεται «...Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ)».

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

Σύμφωνα με το πνεύμα και το γράμμα του νόμου 4412/2016 και της κατευθυντήριας Οδηγία 15, [Απόφαση 161/2016], όπως συμπληρώθηκε με την κατευθυντήρια Οδηγία 23, [Απόφαση 3/24.1.2018], κατατείνει στη δημιουργία ενός πλαισίου με σκοπό την αποφυγή απόρριψης προσφορών οι οποίες πάσχουν από πρόδηλα σφάλματα ή επουσιώδεις παραλείψεις, παρέχοντας μάλιστα στο άρθρο 102 την δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να καλεί τους προσφέροντες/υποψηφίους κατά τη διαδικασία ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει.

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 με τίτλο "Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών" (Άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 Ν.4782/2021, ΦΕΚ Α' 36 και έναρξη ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 142 παρ.2 του αυτού νόμου, από την δημοσίευση του νόμου αυτού στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεων ήτοι την 8η Μαρτίου 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."

Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου, με το άρθρο 42 τροποποιείται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής. Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της

ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους 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 υποβάλουν, 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. Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί. 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. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα.

Η υπό κρίση περίπτωση

Αναφορικώς με τη συμπλήρωση του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.) στην υπό κρίση περίπτωση, στο ΤΕΥΔ (σελ. 4 αυτού) της εταιρείας «...» δηλώνεται στο επίμαχο Μέρος II Α: «Αναφέρετε τον ρόλο του

οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): α) [Η ... ως μέλος της κοινοπραξίας «...» ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100% (σύμφωνα με την παράγραφο 3.1. της διακήρυξης ορίζεται ως εκπρόσωπος/συντονιστής της Κοινοπραξίας ο ...) και ευθύνομαι για το σύνολο του έργου έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρο το έργο] β) [..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΕΤΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΥΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ ΤΟ ΕΡΓΟ]».

Περαιτέρω, στο ΤΕΥΔ (σελ. 3 - 4 αυτού) του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», δηλώνεται στο αντίστοιχο Μέρος II Α (σελ. 3 - 4): «α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): α) (... : ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΑΝΑΠΛΗΡΩΤΗΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ Κ/Ξ ...- ..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100% ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΟΜΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΥΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ] β) [... : ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΕΤΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΥΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ] γ) [Κ/Ξ ...- ...]».

- Όπως ήδη προελέχθη το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), που υποχρεούται να υποβάλει ο συμμετέχων στην διαγωνιστική διαδικασία, που κατατείνει στην σύναψη δημοσίας συμβάσεως, οικονομικός φορέας, αποτελεί ουσιαστικώς υπεύθυνη δήλωση του φορέως αυτού, περί μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγου ή λόγων αποκλεισμού του από την σύναψη της δημοσίας συμβάσεως, αποτελεί δηλαδή προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση πιστοποιητικών που εκδίδουν οι δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη ότι πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 79: "α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 και δ) εφόσον η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης υπερβαίνει το ένα εκατομμύριο (1.000.000) ευρώ εκτός ΦΠΑ, ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (Α' 30)".

- Περαιτέρω δε όπως επισημάνθηκε ήδη ανωτέρω, και στην Κατευθυντήρια Οδηγία 15, [Απόφαση 161/2016, με θέμα "Οδηγίες συμπλήρωσης για το "Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 (Α 147)"], ορίζεται ειδικώς, σχετικά με τις κυρώσεις που μπορούν να προκύψουν από την συμπλήρωση και την υποβολή του συγκεκριμένου εντύπου, ότι : «Οι οικονομικοί φορείς είναι δυνατόν να αποκλείονται από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (άρθρο 73 παρ. 4 περιπτ. ζ) και υπόκεινται στις κυρώσεις που προβλέπονται από τις διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν. 1599/86 (ΦΕΚ 75/Α) σε περιπτώσεις σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά τη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ ή, γενικότερα, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, ή όταν οι οικονομικοί φορείς έχουν αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσουν τα σχετικά δικαιολογητικά εντός της ταχθείσας, από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα Φορέα, προθεσμίας».

- Δυνάμει όλων των ανωτέρω προκύπτει απολύτως ότι η κύρωση του αποκλεισμού από τη διαδικασία του οικονομικού φορέα, αποτελεί αποτέλεσμα μιας σοβαρής παράβασης εκ μέρους του συμμετέχοντος και υπό το πρίσμα αυτό πρέπει να εξετασθεί η συμπλήρωσή από τα μέλη της κοινοπραξίας με την επωνυμία "... " των σχετικών πεδίων του ΤΕΥΔ.

- Με βάση τα όσα ήδη προελέχθησαν γίνεται αντιληπτό ότι η αρχή της τυπικότητας των διαγωνισμών (αυστηρότητα ως προς τους χρόνους προετοιμασίας και κατάθεσης προσφορών, τη συμπλήρωση των δικαιολογητικών, το ταυτόχρονο άνοιγμα των προσφορών κλπ), η οποία διέπει

τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενεργείας των δημοσίων διαγωνισμών, έρχεται ως επιστέγασμα και εγγύηση για τη λειτουργία των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας στους διαγωνισμούς.

- Η αυστηρότητα στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών καταλληλότητας, μειώνει τα επίπεδα ανταγωνισμού στο κρίσιμο για την επιλογή του καλύτερου αναδόχου στάδιο της ανάθεσης, όπου ανοίγονται και οι οικονομικές προσφορές, αφού μειώνει την προσέλευση των συμμετεχόντων. Αυτό μάλιστα λαμβάνοντας υπόψιν το ΔΕΚ, παγίως έχει κρίνει (C-226/2004 ΔΕΚ κλπ) ότι οι οριζόμενοι στις ανωτέρω Οδηγίες λόγοι αποκλεισμού δεν είναι δεσμευτικοί για τα Κράτη-Μέλη, τα οποία μπορεί να τις προσαρμόσουν προκειμένου να επιτευχθεί μεγαλύτερη προσέλευση προς τον σκοπό της αύξησης του ανταγωνισμού.

- Σταθμίζοντας τούτα ο νομοθέτης, στον νόμο 4412/2016 (εκδοθείς σε εφαρμογή της Οδηγίας 2014/24) είναι σαφώς επιεικέστερος από προγενέστερα νομοθετήματα ως προς τον αποκλεισμό των διαγωνιζομένων και για αυτό το λόγο προβλέπονται οι διατάξεις του άρθρου 102 του Νόμου 4412/2016.

- Άλλωστε, ο σκοπός που επιθυμεί να επιτύχει ο νομοθέτης με την πρόβλεψη και την εφαρμογή των διατάξεων για το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.) συνίστανται στην απλοποίηση της διαδικασίας προαπόδειξης της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων και την επίσπευση των διαδικασιών.

- Συμπέρασμα

Συμπερασματικά, στην υπό κρίση περίπτωση, η Επιτροπή του Διαγωνισμού και η Οικονομική Επιτροπή της ... έχουν ενεργήσει σύμφωνα με το νόμο και τους όρους της Διακήρυξης. Ενόψει της συζήτησης της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής που άσκησε η εταιρεία με την επωνυμία "...", ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., θα αξιολογηθεί συνολικά ο φάκελος και τα δικαιολογητικά που κατέθεσε η κοινοπραξία με την επωνυμία "...", προκειμένου να διαπιστωθεί, εάν η συμπλήρωση του Τ.Ε.Υ.Δ., όπως έγινε εν προκειμένω, οδηγεί σε λόγο αποκλεισμού του συμμετέχοντος, σύμφωνα με τα ανωτέρω ή αποτελεί

παράλειψη που σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 δύναται να συμπληρωθεί/διασαφηνιστεί και ακολούθως να ενεργήσει η Επιτροπή του Διαγωνισμού και η αρμόδια Οικονομική Επιτροπή. ».

11. Επειδή, η παρεμβαίνουσα, προβάλλει συναφώς ότι « Στο άρθρο 19§2 του Ν. 4412/2016 ορίζεται

«2. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής.

Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας.

Ειδικά, στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, η πλήρωση των απαιτήσεων της παρ. 2 του άρθρου 75, καθώς και του άρθρου 77 πρέπει να ικανοποιείται από όλα τα μέλη της ένωσης. Η πλήρωση των απαιτήσεων των παραγράφων 3 και 4 του άρθρου 75, αρκεί να ικανοποιείται από ένα εκ των μελών της ένωσης.

Επιπλέον, πάγιοι όροι, όσον αφορά τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων ικανοποιούν τις απαιτήσεις του άρθρου 75 τίθενται στα άρθρα 76 και 77, όσον αφορά σε δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, καθώς και σε πρότυπα εγγράφων σύμβασης.

Όροι που αφορούν την εκτέλεση της σύμβασης από ενώσεις οικονομικών φορέων, διαφορετικοί από εκείνους που επιβάλλονται σε μεμονωμένους συμμετέχοντες, πρέπει επίσης να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας.»

Ενόψει της προαναφερθείσας διάταξης συνάγεται κατ' αρχήν ότι οι ενώσεις οικονομικών φορέων δεν μπορούν να εξαναγκασθούν να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή προκειμένου να υποβάλλουν προσφορά, ωστόσο, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να επιβάλλουν κάποιες απαιτήσεις χάριν ευχερέστερης συμμετοχής τους στη διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον αυτές δικαιολογούνται βάσει της αρχής της αναλογικότητας. Ως παράδειγμα τέτοιων διαδικαστικής φύσεως ρυθμίσεων είναι η πρόβλεψη για ορισμό κοινού εκπροσώπου ή επικεφαλής εταίρου, οι έννοιες των οποίων, ως εκ της θέσης του διαζευκτικού συνδέσμου «ή» δεν ταυτίζονται και είναι διαφορετικές. Ευλόγως μάλιστα, διότι ο εκπρόσωπος είναι το φυσικό (κατά κανόνα) ή το νομικό πρόσωπο στο οποίο έχει ανατεθεί από το σύνολο των μελών της Ενώσεως η έναντι τρίτων εκπροσώπηση της Ενώσεως ενώ ο επικεφαλής εταίρος είναι αυτός που έχει τη διαχείριση των εσωτερικών υποθέσεων των μελών της Ενώσεως όπως των οικονομικών υποθέσεων της Ενώσεως και, κατά κανόνα, τη καθοριστική επιρροή στη λήψη αποφάσεων για λογαριασμό της Ενώσεως ή την επίλυση διαφωνιών μεταξύ των μελών της ενώσεως.

Στο άρθρο 3.1. της διακήρυξης ορίζεται ότι: «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.»

Περαιτέρω στο άρθρο 21.3 της διακήρυξης ορίζεται:

«21.3 Οι ενώσεις φορέων συμμετέχουν υπό τους όρους των παρ. 2,3 και 4 του άρθρου 19 και των 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).»

Σύμφωνα με το άρθρο 107 του ΑΚ, «Ένωση προσώπων για την επιδίωξη σκοπού, όταν δεν αποτελεί σωματείο, εφόσον δεν ορίζεται διαφορετικά, διέπεται από τις διατάξεις για την εταιρία.» (άρθρο 107 ΑΚ). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 741 του ΑΚ, «Με τη σύμβαση της εταιρίας δύο ή περισσότεροι έχουν αμοιβαίως υποχρέωση να επιδιώκουν με κοινές εισφορές κοινό σκοπό και ιδίως οικονομικό» και σύμφωνα με το άρθρο 748 «Η διαχείριση των εταιρικών υποθέσεων ανήκει, αν δεν συμφωνήθηκε διαφορετικά, σε όλους μαζί τους εταίρους».

Οι ανωτέρω διατάξεις καθίστανται εφαρμοστέες όταν μια ένωση συμμετέχει σε δημόσιο διαγωνισμό, υπό την έννοια της δικαιοπρακτικής σύμπραξης μεταξύ δύο τουλάχιστον προσώπων για την επιδίωξη κοινού οικονομικού σκοπού (βλ. Γ. Σωτηρόπουλο εις ΔικΠΕ, τόμος 1, 2001, παρ. 1, αριθμ. 13 και Ν. Ρόκα, Εμπορικές Εταιρείες, 4η Έκδοση, 2004, σελ. 2).

Κατά την ανωτέρω έννοια, τα τυπολογικά στοιχεία της ένωσης προσώπων είναι η δικαιοπρακτική φύση της ιδρυτικής πράξης, η σύμπραξη δύο τουλάχιστον προσώπων και η επιδίωξη κοινού σκοπού, χωρίς να απαιτείται για την κατάρτιση της η τήρηση συγκεκριμένου τύπου, ήτοι η σύστασή της με δημόσιο ή ιδιωτικό έγγραφο, καθώς ισχύει η αρχή του ατύπου των δικαιοπραξιών κατά το άρθρο 158 ΑΚ.

Εξάλλου, η ένωση προσώπων, στερείται κατ' αρχήν νομικής προσωπικότητας και κατά συνέπεια, δεν αποτελεί αυτοτελώς υποκείμενο δικαίου, δεν έχει αυτοτέλεια έναντι των μελών που την απαρτίζουν και ο εκπρόσωπος της ένωσης, συναλλάσσεται στο όνομα των μελών της ένωσης και όχι στο όνομα αυτής, με περαιτέρω συνέπεια, την ευθύνη των ίδιων των μελών της ένωσης, για τις έναντι τρίτων υποχρεώσεις που προκύπτουν από τη δραστηριότητά της (Ν. Ρόκα, ό.π., σελ. 11).

Απόρροια των ανωτέρω παραδοχών, είναι ότι η διοίκηση- εκπροσώπηση της ένωσης ασκείται, αν δεν ορίζεται άλλως, από κοινού, από το σύνολο των μελών της, όπως προκύπτει και από τον συνδυασμό των διατάξεων του άρθρου 107 και 748 ΑΚ (ΑΕΠΠ 168/2019, βλ. και Γ. Σωτηρόπουλο, ό.π.).

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

Από του άνω όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι αυτή επιβάλλει τη σύσταση Κοινοπραξίας.

Αυτό σημαίνει ότι εφόσον η Ένωση αναδειχθεί ανάδοχος και συστήσει κοινοπραξία, κατά τα ανωτέρω, θα ορίσει κοινό εκπρόσωπο με συμβολαιογραφική πράξη, προκειμένου να εκπροσωπεί την Ένωση για όλα τα θέματα που αφορούν στη συμβατική διαχείριση, έναντι του Κ.Τ.Ε, υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου 140 παρ. 3 ν. 4412/2016 όπου προβλέπεται ότι όλα τα μέλη της κοινοπραξίας οφείλουν κατά τη κατάρτιση και υπογραφή της σύμβασης να καταθέσουν συμβολαιογραφική πράξη διορισμού κοινού εκπροσώπου της κοινοπραξίας έναντι του κυρίου του έργου και των υπηρεσιών. Ειδικώς δε αναφέρεται στην εν λόγω διάταξη ότι «ο εκπρόσωπος ή ο αναπληρωτής του πρέπει να είναι φυσικό πρόσωπο από τα μέλη της κοινοπραξίας ή από τους νομίμους εκπροσώπους των εταιρειών που κοινοπρακτούν». Ευλόγως δε όταν γίνεται λόγος για «εκπρόσωπο» ενώσεως εταιρειών ο όρος αυτός νοείται ως αναφερόμενος στο φυσικό πρόσωπο στο οποίο έχει παρασχεθεί από τα μέλη η εξουσία εκπροσωπήσεως τόσο κατά τη φάση του διαγωνισμού για κάθε θέμα που αφορά στη διαγωνιστική διαδικασία έναντι της αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντος φορέα, όσο και κατά το στάδιο της εκτελέσεως αυτής, ότε και η ένωση θα έχει ικανοποιήσει την απαίτηση της Διακήρυξης για υιοθέτηση της νομικής μορφής της Κοινοπραξίας, ότε και ο εκπρόσωπος αυτός θα εκπροσωπεί τη νέα νομική οντότητα. Άλλωστε, ακριβώς επειδή το άρθρο 748 ΑΚ ορίζεται ότι η διαχείριση των εταιρικών υποθέσεων ανήκει, εάν δεν συμφωνήθηκε κάτι διαφορετικά, σε όλους μαζί τους εταίρους» δικαιολογείται ο ορισμός ενός εκπροσώπου για την διευκόλυνση των σχετικών διαδικασιών, ο οποίος είναι φυσικό πρόσωπο εφαρμοζομένων κατ' αναλογία ή ευθέως των διατάξεων του άρθρου 140 ν. 4412/2016.

Εκ των διατάξεων των άρθρων 96 παρ.7 ν. 4412/2016 και 3.1 της Διακήρυξης, οι διαγωνιζόμενες ενώσεις οφείλουν να προσδιορίσουν στην προσφορά τους τον «εκπρόσωπο/συντονιστή» της ενώσεως, χωρίς οιονδήποτε περαιτέρω προσδιορισμό ή περιορισμό. Ο όρος του «εκπροσώπου» εκλαμβάνεται, ελλείψει οιονδήποτε στοιχείων που να οδηγούν σε άλλο συμπέρασμα, ως αναφερόμενος

στο φυσικό πρόσωπο στο οποίο έχουν ανατεθεί από τα μέλη της ενώσεως τα καθήκοντα εκπροσωπήσεως αυτής έναντι της αναθέτουσας αρχής στη φάση του διαγωνισμού, και το οποίο θα είναι και ο εκπρόσωπος της Κοινοπραξίας που θα πρέπει να συσταθεί με συμβολαιογραφική πράξη στη φάση της εκτελέσεως της συμβάσεως και της εκπροσώπησης της Κοινοπραξίας κατά τους όρους του άρθρου 140 παρ. 3 ν. 4412/2016 που εφαρμόζεται ευθέως.

Η έννοια του συντονιστού που τίθεται συνδεδεμένη με πλάγια γραμμή με την έννοια του εκπροσώπου, δεν ορίζεται στο νόμο ή τη Διακήρυξη. Ως συντονιστής εκλαμβάνεται, από τον πλέον επιμελή άνθρωπο του οικείου κλάδου συναλλαγών και ελλείπει λοιπών προσδιοριστικών ή περιοριστικών κριτηρίων, ως το πρόσωπο το οποίο αναλαμβάνει τον τεχνικό και χρονικό συντονισμό των μελών της Ένωσης για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας. Όπως ορθώς κατ' αυτό επισημαίνει το Ελεγκτικό Συνέδριο στην με αριθμ. 590/2019 πράξη του Τμήματος μείζονος συνθέσεως «πρόκειται, δηλαδή, για επέκταση, με το νέο νομοθετικό πλαίσιο, και στις συμβάσεις δημοσίων έργων του θεσμού του «εκπροσώπου της σύμπραξης» που, κατά το προϊσχύσαν δίκαιο, προβλεπόταν αποκλειστικά κατά τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων μελετών (βλ. άρθρο 1 περ. 21 του ν. 3316/2005, με το οποίο οριζόταν ότι: «"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»).

Οι έννοιες του «εκπροσώπου/συντονιστή» εάν θεωρηθεί ότι συμπίπτουν τότε ικανοποιούν την απαίτηση διευκόλυνσης της εκτελέσεως της συμβάσεως. Ειδικότερα, ενόψει του γεγονότος ότι μια κοινοπραξία ενδέχεται να αποτελείται από ικανό αριθμό οικονομικών φορέων και προκειμένου ο κύριος του έργου (Διευθύνουσα Υπηρεσία) να μην είναι υποχρεωμένος, επί ζημιά της ομαλής εκτέλεσης της σύμβασης, να έρχεται σε συνεννόηση με τον καθένα χωριστά από τους κοινοπρακτούντες εταίρους, προβλέπεται ο ορισμός «εκπροσώπου/συντονιστή» ο οποίος αναλαμβάνει να εκπροσωπεί το ανάδοχο σχήμα έναντι του Κ.τ.Ε για κάθε θέμα σχετιζόμενο με την εκτέλεση της

συμβάσεως και το οποίο έχει την ευθύνη του συντονισμού των μελών της Ενώσεως χάριν επιτεύξεως του προσδοκώμενου ποιοτικού και χρονικού αποτελέσματος, ήτοι της εκτέλεσεως του έργου σύμφωνα με τις διατάξεις των συμβατικών τευχών.

Ωστόσο, η έννοια του συντονιστή δεν ταυτίζεται με την έννοια του επικεφαλής εταίρου, ήτοι του μέλους της ενώσεως στο οποίο ενδεχομένως τα μέλη έχουν αναγνωρίσει το δικαίωμα καθοριστικής επιρροής στη λήψη αποφάσεως, την άρση των αδιεξόδων εν αδυναμία λήψεως αποφάσεως από το σύνολο των μελών της Ενώσεως, της οικονομικής διαχειρίσεως και επιλύσεως εσωτερικών θεμάτων μεταξύ των μελών της Ενώσεως. Ο συντονισμός στον οποίο αφορά ο όρος του συντονιστή, ουδεμία σχέση έχει με την έννοια του «επικεφαλής εταίρου», αφού ο συντονιστής έχει το καθήκον του τεχνικού και χρονικού προγραμματισμού των εργασιών προς εκτέλεση και ολοκλήρωση του έργου, στο χρόνο και με τις προδιαγραφές των συμβατικών τευχών, ήτοι έχει διαφορετικής φύσεως και εκτάσεως καθήκοντα σε σχέση με αυτά του «επικεφαλής εταίρου».

Εκ των άνω αναφερομένων προκύπτει ότι ούτε ο νόμος ούτε η διακήρυξη επιβάλλουν ο «εκπρόσωπος/συντονιστής» να είναι είτε φυσικό είτε νομικό πρόσωπο, ωστόσο εκ των άνω παγιωμένων κανόνων ερμηνείας και την ακολουθούμενη έως σήμερα πρακτική και εμπειρία εκ της εκτέλεσεως συμβάσεων έργων και μελετών, ευλόγως συνάγεται το συμπέρασμα ότι «εκπρόσωπος/συντονιστής» ασφαλώς και επιτρέπεται να είναι φυσικό πρόσωπο, χάριν της ικανοποίησης του σκοπού στον οποίο αποβλέπουν οι εν λόγω διατάξεις, δηλαδή τον ορισμό ενός προσώπου ο οποίος θα εκπροσωπεί την ένωση έναντι του αναθέτοντος φορέα/Κ.Τ.Ε και θα έχει την ευθύνη του χρονικού και τεχνικού προγραμματισμού των μελών της Ενώσεως ώστε το έργο να εκτελεσθεί ως έχει συμβατικώς σχεδιασθεί. Είναι στο πλαίσιο αυτό μάλλον προφανές ότι ο σκοπός αυτός δεν θα εξυπηρετείτο εξίσου με τον ορισμό ενός νομικού προσώπου λ.χ μιας ανώνυμης εταιρείας ως «εκπροσώπου/συντονιστή» όπως αντιφατικώς δέχθηκαν οι επικαλούμενες από την προσφεύγουσα αποφάσεις του ΕΣ και του ΣτΕ, αφού σε αυτή τη περίπτωση τα εν λόγω καθήκοντα θα έπρεπε να ασκούνται από όλα τα μέλη του συλλογικού οργάνου

που κατά το καταστατικό έχουν την ευθύνη της διοικήσεως και διαχειρίσεως του νομικού προσώπου, *contra* στην βασική επιδίωξη του ορισμού ενός φυσικού προσώπου για την άσκηση των σχετικών καθηκόντων.

Ανεξαρτήτως αυτού, είναι προφανές ότι το τιθέμενο ζήτημα, εάν δηλαδή ο «εκπρόσωπος/συντονιστής» θα είναι νομικό ή φυσικό πρόσωπο είναι άνευ πρακτικής σημασίας και χρησιμότητας, ενώ πρόκειται περί ενός κατά κυριολεξία ψευδοδιλλήματος, που μάλιστα ετέθη χωρίς την ύπαρξη οιοδήποτε ερείσματος. Τούτο διότι οι δράσεις, οι εξουσίες, οι αρμοδιότητες, οι εξουσίες και τα καθήκοντα που επαφίενται σε ένα νομικό πρόσωπο ασκούνται και διεκπεραιώνονται διά φυσικών προσώπων, είτε όσων συμμετέχουν στα συλλογικά όργανα στα οποία έχει ανατεθεί η διοίκηση και η διαχείριση των εταιρικών υποθέσεων ή, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, η διαχείριση των υποθέσεων της Ένωσης ή της συσταθησομένης Κοινοπραξίας, είτε όσων φυσικών προσώπων έχουν ειδικώς εξουσιοδοτηθεί διά αποφάσεως των αρμοδίων καταστατικών και νομίμων οργάνων, να εκτελούν συγκεκριμένα καθήκοντα επ' ονόματι και για λογαριασμό των νομικών προσώπων ή των ενώσεων. Επομένως, ακόμη και αν εκληφθεί ως υπόθεση εργασίας ότι απαιτείτο ο ορισμός αποκλειστικά νομικού προσώπου ως «εκπροσώπου/συντονιστή» ή ως «συντονιστή», αυτό το νομικό πρόσωπο επιβάλλετο να ορίσει και υποδείξει ένα φυσικό πρόσωπο προκειμένου να ασκήσει τα εν λόγω καθήκοντα. Επομένως, όποια οδός και αν ήθελε επιλεγεί, δηλαδή του απευθείας ορισμού φυσικού προσώπου ως «εκπροσώπου/συντονιστή» ή του ορισμού ενός νομικού προσώπου ως συντονιστή, το οποίο υποδεικνύει συγκεκριμένο πρόσωπο να ασκήσει για λογαριασμό του τα καθήκοντα του συντονιστού στο όνομα και για λογαριασμό του, το αποτέλεσμα είναι ένα και το αυτό: ότι τα καθήκοντα του «εκπροσώπου/συντονιστή» θα ασκηθούν και διεκπεραιωθούν από συγκεκριμένο φυσικό/α πρόσωπο/α, τα οποία και οφείλουν να δηλώνονται «στην προσφορά».

Εφόσον, επομένως, ο ορισμός φυσικού προσώπου ως «εκπροσώπου/συντονιστή» δεν απαγορεύεται στο νόμο ή τη Διακήρυξη, ούτε επιτάσσεται ρητώς και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, ο ορισμός νομικού προσώπου, μέλους της διαγωνιζόμενης ενώσεως, ως

«εκπροσώπου/συντονιστή» δεν ήταν δυνατή, υπό το πρίσμα μάλιστα και των όσων επιτάσσονται από τις θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας (άρθρο 253 ν. 4412/2016), η απόρριψη προσφοράς διαγωνιζόμενης ενώσεως που εδήλωσε φυσικό πρόσωπο για την άσκηση των συγκεκριμένων καθηκόντων.

Συναφώς επιγραμματικώς σημειώνεται ότι εκ των ενωσιακών οδηγιών (και φυσικά και της εθνικής νομοθεσίας ενσωμάτωσης, ν. 4412/2016) και της εντεύθεν απορρέουσας υποχρεώσεως διαφάνειας, επιβάλλεται όπως οι εν δυνάμει προσφέροντες/υποψήφιοι να είναι σε θέση να γνωρίζουν, κατά τον χρόνο της προετοιμασίας των προσφορών τους την ύπαρξη και το ακριβές περιεχόμενο και νόημα των όρων που πρέπει να πληρούν οι προσφορές προκειμένου να κριθούν παραδεκτές. Αυτόματη συνέπεια των ανωτέρω είναι ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να εφαρμόζει όρους παραδεκτού των προσφορών, τους οποίους δεν έχει προηγουμένως γνωστοποιήσει στους προσφέροντες ή δεν έχει γνωστοποιήσει το ακριβές περιεχόμενο αυτών των όρων (βλ., κατ' αναλογία, ως προς τις συμβάσεις δημοσίων έργων, απόφαση *Universale-Bau* κ.λπ., προπαρατεθείσα, σκέψη 99). Υπό το πρίσμα της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως δεν θα ήταν επίσης επιτρεπτό, διά της ερμηνείας συγκεκριμένων εννοιών της διακήρυξης ή της εκάστοτε πρόσκλησης να εισάγονται κατ' ουσίαν νέοι όροι, ή να αλλοιώνονται οι ήδη τεθέντες όροι για τη παραδεκτή συμμετοχή στο διαγωνισμό, οι οποίοι όμως όφειλαν να τεθούν υπόψη των ενδιαφερομένων εξ αρχής, ώστε να δύνανται αυτοί να διαμορφώσουν την προσφορά τους/εκδήλωση του ενδιαφέροντός τους εν πλήρη επιγνώσει και με την απαραίτητη σαφήνεια των όρων αποκλεισμού ή παραδεκτού των προσφορών, δεδομένου ότι μόνον δι' αυτού του τρόπου μπορεί να θεωρηθεί ότι έχουν όλοι οι διαγωνιζόμενοι ίσες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των προσφορών τους. Επιπλέον, εφόσον οι όροι τίθενται στη Πρόσκληση ή τη Διακήρυξη με την απαιτούμενη σαφήνεια, πρέπει να εφαρμόζονται με τρόπο που να μην αλλοιώνεται ή μεταβάλλεται το νόημα ή περιεχόμενό τους ενώ απαγορεύεται η διά της «ερμηνείας» των ήδη τεθέντων όρων η προσθήκη

προσθέτων προϋποθέσεων ή όρων, μη προβλεφθέντων με σαφήνεια στη Πρόσκληση ή τη Διακήρυξη.

Είναι στο πλαίσιο αυτό πρόδηλο ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να υιοθετήσει λόγο αποκλεισμού ή απόρριψης της προσφοράς σε οποιαδήποτε φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας, εάν τούτος δεν δηλώνεται ρητά και με σαφήνεια στην ίδια τη διακήρυξη του διαγωνισμού ή την πρόσκληση ως τέτοιος και αν δεν έχει γνωστοποιηθεί στους υποψηφίους ή διαγωνιζομένους, ώστε αυτοί να λάβουν γνώση εγκαίρως και να διαμορφώσουν ανάλογα τον φάκελο της υποψηφιότητάς τους ή τη προσφορά τους. Κατά τον ίδιο τρόπο, απαγορεύεται ο αποκλεισμός υποψηφίου ή προσφέροντος επί τη βάση στοιχείων ή εννοιών που όμως ουδέποτε ετέθησαν υπόψη των ενδιαφερομένων σε κατάλληλο χρόνο (ιδ. απόφαση ΔΕΕ στην υπόθεση C-448/01 EVN AG, Wienstrom GmbH).

Στα ΤΕΥΔ που υπέβαλαν τα μέλη της ενώσεώς μας αναφέρονται, όπως δέχεται και η προσφεύγουσα τα εξής:

Ειδικότερα, στο ΤΕΥΔ (σελ. 4 αυτού) της εταιρείας «...» δηλώνεται στο επίμαχο Μέρος II Α: «Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): α) [Η ... ως μέλος της κοινοπραξίας «...» ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100% (σύμφωνα με την παράγραφο 3.1. της διακήρυξης ορίζεται ως εκπρόσωπος/συντονιστής της Κοινοπραξίας ο ...) και ευθύνομαι για το σύνολο του έργου έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρο το έργο] β) [..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΕΤΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ ΤΟ ΕΡΓΟ]». Επίσης, στο ΤΕΥΔ (σελ. 3 - 4 αυτού) του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», δηλώνεται στο αντίστοιχο Μέρος II Α (σελ. 3 - 4): «α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): α) (... : ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΑΝΑΠΛΗΡΩΤΗΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ Κ/Ε ...- ..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ, ΠΟΣΟΣΤΟ

ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΟΜΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΥΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ] β) [... : ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΕΤΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΥΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ] γ) [...]».

Η διαλαμβανόμενη στο ΤΕΥΔ κάθε μέλους μας δήλωση είναι ρητή και σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης αφού ως εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης ορίζεται ο ... μέλος του Δ.Σ. της εταιρίας «...» και αναπληρωτής εκπρόσωπος ο ...

Επομένως, ο ορισμός που έλαβε χώρα στα ΤΕΥΔ του άνω εκπροσώπου/συντονιστή και του αναπληρωτή του είναι καθ' όλα σύμφωνος με το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, είναι ακριβής και εξυπηρετεί το σκοπό για τον οποίο θεσπίσθηκε η εν λόγω πρόβλεψη κατά τα προαναφερθέντα. Ήτοι δηλαδή, ο ορισμός αυτός είναι σύμφωνος με τη μόνη δυνατή και πλήρως δικαιολογούμενη θεώρηση ότι ο ορισμός φυσικού προσώπου συνάδει με την άσκηση των καθηκόντων του εκπροσώπου και του συντονιστή ενώ υπηρετεί το σκοπό της διευκόλυνσης της επικοινωνίας του Κ.Τ.Ε και του αναδόχου για την καλύτερη εξυπηρέτηση των σκοπών της συμβάσεως.

Εξάλλου, η δήλωση αποκλειστικώς νομικού προσώπου ως συντονιστή/ εκπροσώπου της διαγωνιζόμενης ενώσεως ως και η υπόδειξη υποχρεωτικώς μέλους της Ενώσεως για τον ρόλο αυτό, ουδόλως προβλέπεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού ως όρος που πρέπει να πληρούν - και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού - οι προσφορές των διαγωνιζομένων. Στο πλαίσιο αυτό, η δήλωση των μελών της ενώσεώς μας, ως διατυπώθηκε στα υποβληθέντα ΤΕΥΔ, με την οποία έχουν οριστεί ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης και ο αναπληρωτής του αρκεί για τη πλήρωση της απαιτήσεως του άρθρου 3.1 της Διακήρυξεως (που ουδένα περιορισμό πράγματι προβλέπει αναφορικώς με το εάν ο υποδεικνυόμενος συντονιστής/εκπρόσωπος είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο, μέλος της Ενώσεως ή μη, καθιστώντας επιτρεπτή οιαδήποτε επιλογή), σύμφωνα με τα σχετικά άρθρα της Διακήρυξης και του νόμου.

Από την επισκόπηση των επίμαχων ρυθμίσεων του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού που αναφέρθηκαν ανωτέρω, καθίσταται εκτιμούμε σαφές ότι οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στον διαγωνισμό υπό τη μορφή ενώσεως/ κοινοπραξίας οφείλουν επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς τους, να προσδιορίσουν την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και τον εκπρόσωπο/συντονιστή αυτής, χωρίς διάκριση ή οιονδήποτε περιορισμό αναφορικός με το εάν ο εκπρόσωπος θα είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο, μέλος της Ενώσεως ή μη. Είναι προφανές ότι εάν ο συντάκτης της Διακηρύξεως και του νόμου είχε πράγματι επιδιώξει ο «εκπρόσωπος/συντονιστής» να είναι νομικό πρόσωπο και μάλιστα ως απαραίτητος όρος θα είχε προφανώς, κάνει σχετική μνεία και ρητή πρόβλεψη. Άλλως επιτρεπτός ορίζεται είτε φυσικό είτε νομικό πρόσωπο για την άσκηση των συγκεκριμένων καθηκόντων.

Εκ των ανωτέρω, προκύπτει ότι:

(α) Δεν υφίσταται ούτε από τη Διακήρυξη αλλά ούτε και από το νόμο υποχρέωση ορισμού νομικού προσώπου ως εκπροσώπου/ συντονιστή της συμμετέχουσας ενώσεως, αλλά απαιτείται και αρκεί σύμφωνα με το άρθρο 3.1 της Διακήρυξης ορισμός προσώπου, φυσικού ή νομικού, για την άσκηση των υπόψη καθηκόντων, χωρίς να ασκεί επιρροή ότι το τυχόν φυσικό πρόσωπο δεν είναι μέλος της Ενώσεως/Κοινοπραξίας. Επιπλέον, τα καθήκοντα του εκπροσώπου/συντονιστή της Ενώσεως είναι τέτοιας φύσεως που προκειμένου να μπορούν να εκτελούνται επιτυχώς, γρήγορα και με σαφήνεια περί των νομικών καταστάσεων (ώστε να επιτευχθεί και το ωφέλιμο αποτέλεσμα των σχετικών διατάξεων και τον σκοπό που απέβλεψε ο νομοθέτης αλλά και ο συντάκτης της Διακηρύξεως με τη θέσπιση της συγκεκριμένης απαιτήσεως) κρίνεται σκόπιμο να εκτελούνται εκ φυσικών κατά κύριο λόγο προσώπων. Πολύ περισσότερο, δεν προκύπτει εκ των διατάξεων να υφίσταται υποχρέωση ο συντονιστής που ορίζεται να είναι μέλος της ενώσεως.

(β) ουδεμία διάταξη ή όρος της Διακηρύξεως, τιθέμενος επί ποινή αποκλεισμού, παραβιάζεται από την ένωσή μας και

(γ) νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά μας στο διαγωνισμό από την αναθέτουσα αρχή καθώς τα υποβληθέντα ΤΕΥΔ των μελών της ενώσεώς μας έχουν συμπληρωθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη και το νομοθετικό πλαίσιο του διαγωνισμού.

Είναι εξάλλου άμοιρη νομικής επιρροής η επίκληση νομολογίας για διαφορετικές περιπτώσεις στα πλαίσια έτερων διαγωνιστικών διαδικασιών. Και τούτο διότι από τις επίμαχες προβλέψεις της διακηρύξεως της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι τα μέλη των ενώσεων οφείλουν απλώς να ορίσουν εκπρόσωπο/ συντονιστή χωρίς οιονδήποτε περιορισμό (φυσικό ή νομικό πρόσωπο, μέλος της ενώσεως ή μη).

Στο πλαίσιο αυτό, οι παραδοχές της επικαλούμενης ΕΑ ΣτΕ 163/2020 και με αριθμ. 590/2019 αποφάσεως του Τμήματος Μείζονος Συνθέσεως του ΕΛΣυν είναι αντιφατικές, στερούνται νομίμου αιτιολογίας και ερείδονται επί εσφαλμένης βάσεως. Ειδικότερα, το Τμήμα δέχεται ότι η πρόβλεψη περί ορισμού συντονιστή/εκπροσώπου ετέθη «ενόψει του γεγονότος ότι μια κοινοπραξία ενδέχεται να αποτελείται από ικανό αριθμό οικονομικών φορέων και προκειμένου ο κύριος του έργου (Διευθύνουσα Υπηρεσία) να μην είναι υποχρεωμένος, επί ζημιά της ομαλής εκτέλεσης της σύμβασης, να έρχεται σε συνεννόηση με τον καθένα χωριστά από τους κοινοπρακτούντες εταίρους, διαλαμβάνεται ότι η συμμετέχουσα κοινοπραξία οφείλει να υποδείξει έναν εκ των μελών της ένωσης, το οποίο αναλαμβάνει την ευθύνη της εκπροσώπησης και του διοικητικού και τεχνικού συντονισμού των μελών για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας. Πρόκειται, δηλαδή, για επέκταση, με το νέο νομοθετικό πλαίσιο, και στις συμβάσεις δημοσίων έργων του θεσμού του «εκπροσώπου της σύμπραξης» που, κατά το προϊσχύσαν δίκαιο, προβλεπόταν αποκλειστικά κατά τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων μελετών (βλ. άρθρο 1 περ. 21 του ν. 3316/2005, με το οποίο οριζόταν ότι: «"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»). Κατά τούτο, ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης έχει την έννοια του

«επικεφαλής εταίρου» (*lead partner*) και ταυτίζεται εννοιολογικά με τον όρο «επικεφαλής» (*leader*) που αναφέρεται στο ΕΕΕΣ, όρος που στον Εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 (ΕΕ) της Επιτροπής (ΕΕ L 3/6.1.2016), όπως διορθώθηκε για την ελληνική έκδοση με το C/2018/0225 «Διορθωτικό» (ΕΕ L 17/65/23.1.2018), αναφέρεται πλέον ως «συντονιστής», διασφαλίζοντας έτσι την ενότητα της ορολογίας».

Οι άνω κρίσεις διαλαμβάνουν φυσικά περισσότερες της μιας λογικές υπερβάσεις. Ενώ το Τμήμα και η προσβαλλόμενη απόφαση που υιοθέτησε πλήρως την άνω εσφαλμένη θεώρηση, θέτει στη βάση του συλλογισμού την ορθή παραδοχή ότι η απαίτηση τίθεται προκειμένου ο κύριος του έργου να μην είναι υποχρεωμένος, επί ζημία της ομαλής εκτέλεσης της σύμβασης, να έρχεται σε συνεννόηση με καθένα χωριστά εκ των κοινοπρακτούντων (σκοπός που με τα διδάγματα της κοινής πείρας υπηρετείται καλύτερα διά του ορισμού φυσικού προσώπου ως εκπροσώπου) ακολούθως οδηγείται στο αυθαίρετο συμπέρασμα (που δεν ερείδεται ούτε στο πνεύμα ούτε στο γράμμα, ούτε στο σκοπό των άνω διατάξεων) ότι τάχα η κοινοπραξία οφείλει να υποδείξει «ένα εκ των μελών της Ενώσεως» ως συντονιστή/εκπρόσωπο. Ακολούθως, και προς επίρρωση της αντιφατικότητας των σχετικών κρίσεων, το ΕΣ εδέχθη ότι η τοιαύτη πρόβλεψη αποτελεί τρόπον τινά επέκταση του θεσμού του εκπροσώπου συντονιστή της σύμπραξης προκειμένου περί συμβάσεων μελετών του ν. 3316/2005, όπου όμως ο εκπρόσωπος/συντονιστής συμπράξεων μελετητικών γραφείων και εταιρειών ήταν φυσικό πρόσωπο και μόνον. Η κρίση δε αυτή όχι μόνον δεν άγει σε υποστήριξη της θέσεως ότι συντονιστής/εκπρόσωπος πρέπει να είναι νομικό πρόσωπο μέλος της Ενώσεως αντιθέτως καταδεικνύει μόνον το αβάσιμο αυτής.

Επιπλέον, η ΕΑ του ΣτΕ και το ΕΣ προβαίνει και σε ακόμη περισσότερες λογικές υπερβάσεις και σύγχυση εννοιών, χωρίς προσπάθεια πρόσδοσης κάποιου ρεαλιστικού και σύμφωνου με τα κρατούντα νοήματος. Ειδικότερα επάγεται ότι τάχα η έννοια του Συντονιστού συμπίπτει με την έννοια του «επικεφαλής εταίρου» χωρίς όμως οιαδήποτε αιτιολόγηση αναφορικώς με τα καθήκοντα που υπάγονται στη μία και την άλλη έννοια κατά τα κρατούντα στις συναλλαγές, τα οποία, σύμφωνα με την ανάλυση που προηγήθηκε είναι εντελώς διαφορετικά.

Επιπλέον, ομοίως κατ' ανεπίτρεπτη λογική υπέρβαση εκρίθη ότι ο «κοινός εκπρόσωπος» είναι έννοια τάχα διαφορετική από τον «εκπρόσωπο/συντονιστή», χωρίς βεβαίως να προκύπτει από πουθενά ποια είναι η έννοια του εκπροσώπου που διαφοροποιείται από την έννοια του κοινού εκπροσώπου κλπ. Η άσκηση στην οποία επιδίδεται η προσφεύγουσα ενώπιον της ΑΕΠΠ - χάριν επιτεύξεως της απόρριψης της προσφοράς μας και αποφυγής του ελέγχου του παραδεκτού της προσφοράς και του ευλόγου του προσφερθέντος από την Κοινοπραξία τιμήματος - διά ενός ανούσιου παιχνιδιού λέξεων κενών πρακτικών συνεπειών, είναι αυθαίρετη κατ' ουσίαν και απορριπτέα ως ευθέως αντικείμενη στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και πρέπει να απορριφθεί.

2. Με το δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της η προσφεύγουσα ζητά την απόρριψη της προσφοράς μας γιατί δήθεν στα ΤΕΥΔ των μελών μας δεν αναφέρεται η κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών της ενώσεώς μας. Και ο λόγος αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και για την απόρριψη του αναφέρουμε τα εξής:

Όπως και ανωτέρω αναφέραμε στο ΤΕΥΔ των μελών της ενώσεώς μας αναφέρονται κατά λέξη τα εξής:

Ειδικότερα, στο ΤΕΥΔ (σελ. 4 αυτού) της εταιρείας «...» δηλώνεται στο επίμαχο Μέρος II Α: «Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): α) [Η ... ως μέλος της κοινοπραξίας «...» ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100% (σύμφωνα με την παράγραφο 3.1. της διακήρυξης ορίζεται ως εκπρόσωπος/συντονιστής της Κοινοπραξίας ο ...) και ευθύνομαι για το σύνολο του έργου έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρο το έργο] β) [..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΕΤΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ ΤΟ ΕΡΓΟ]».

Επίσης, στο ΤΕΥΔ (σελ. 3 - 4 αυτού) του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», δηλώνεται στο αντίστοιχο Μέρος II Α (σελ. 3 - 4): «α) Αναφέρετε τον ρόλο

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): α) (... : ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΑΝΑΠΛΗΡΩΤΗΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ Κ/Ξ ...- ..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΟΜΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΥΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ] β) [... : ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΕΤΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΥΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ] γ) [...]».

Από τα άνω λεπτομερώς αναφερόμενα προκύπτει ότι η αμοιβή της εταιρίας μέλος της ενώσεώς μας είναι το 100% της αξίας των εργασιών της κατηγορίας οδοποιίας και του μέλους μας ... το 100% των εργασιών της κατηγορίας Ηλεκτρομηχανολογικά.

Συνεπώς όσα περί του αντιθέτου αναφέρει η προσφεύγουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

3. Σε κάθε περίπτωση ακόμη κι' αν ήθελε θεωρηθεί ότι τα ΤΕΥΔ των μελών της ένωσής μας είναι ελλιπώς συμπληρωμένα γιατί δεν αναφέρουν ως εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης ένα εκ των μελών και δεν καθορίζουν την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών μας και πάλι η προσφορά της εταιρίας μας δεν δύναται να απορριφθεί χωρίς να κληθεί προηγουμένως η ένωσή μας να παράσχει διευκρινήσεις και να συμπληρώσει τις τυχόν ελλείψεις στα ΤΕΥΔ.
Συγκριμένα:

Το άρθρο 9 της διακήρυξης ορίζει ότι:

«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

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

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 42 του Ν. 4782/2021 και 103 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 13 της υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α.

Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.»

Περαιτέρω το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το Ν. 4782/2021 και ισχύει από 9.3.2021 και καταλαμβάνει τον επίμαχο διαγωνισμό η διακήρυξη του οποίου δημοσιεύθηκε στις 14.5.2021 ορίζει:

«Άρθρο 102

Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (Άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

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 την εν λόγω νομοθετική μεταρρύθμιση του αρ. 102 Ν. 4412/2016 κάμπτεται η εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας, καθώς εισάγεται η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής για την αποστολή πρόσκλησης παροχής διευκρινίσεων προς τον οικονομικό φορέα, κατά το στάδιο αξιολόγησης της προσφοράς, προκειμένου να συμπληρώσει τις ελλείψεις του φακέλου της προσφοράς. Εκ της γραμματικής δε, διατύπωσης της νέας ρύθμισης του αρ. 102 του Ν. 4412/2016 συνάγεται ότι η απόρριψη της προσφοράς επέρχεται μόνο πια στην περίπτωση

που κατόπιν της χορήγησης των διευκρινίσεων, ο οικονομικός φορέας εξακολουθεί να μην συμμορφώνεται με απαράβατο όρο της διακήρυξης.

Τα ως άνω επιρρωνύονται, άλλωστε από την ίδια τη ratio της τροποποίησης της επίμαχης διάταξης του άρθρου 102 Ν.4412/2016, ως αυτή αποτυπώνεται στη σχετική Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4782/2021 (ορ. σελ. 372-373 αυτής) και σύμφωνα με την οποία, ο νομοθέτης επεμβαίνοντας ούτως απέβλεψε στα εξής: «[...] αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής [...]. 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», ενώ επιπλέον, «{...} με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογίαν και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα.».

Επιπλέον και αναφορικά με τη νέα διάταξη του άρθρου 102, δέον όπως σημειώσουμε και τα εξής: Σχετικά με τον εν λόγω κανόνα δικαίου, που διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό δεδομένου ότι ισχύει από 9.3.2021 ο οποίος διαφοροποιείται σε πολλά σημεία σε σχέση με την προηγούμενη μορφή του, έχει

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

σημασία να τονίσουμε ότι είναι φανερό ότι με αυτόν διευρύνεται σαφώς το πεδίο των στοιχείων που επιδέχονται διευκρίνησης και η διαπίστωση αυτή είναι πιο κοντά στην αιτιολογική έκθεση για το συγκεκριμένο άρθρο, διότι αποτελεί μία περαιτέρω αναγνώριση για το πώς πρέπει να μεταχειρίζονται οι Αναθέτουσες Αρχές τα εκ παραδρομής και επουσιώδη σφάλματα/παραλείψεις των οικονομικών φορέων.

Συναφώς δε, καθίσταται σαφές ότι το ρυθμιστικό πεδίο της εν λόγω διάταξης διαφοροποιείται ουσιωδώς από το προϊσχύον δίκαιο, καθώς δεν καταλείπεται πλέον στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η αποστολή πρόσκλησης προς τους οικονομικούς φορείς για την αποσαφήνιση των προσφορών, επιπλέον δε καταργεί την σύνδεση της χορήγησης του εν λόγω δικαιώματος προς τους προσφέροντες με τον χαρακτηρισμό της πλημμέλειας ως επουσιώδους ή ουσιώδους.

Εν προκειμένω η διακήρυξη του έργου δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 14.5.2021 ήτοι κατά δύο μήνες μετά τις 9.3.2021 που είναι ο χρόνος έναρξης ισχύος του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021. Συνεπώς τόσο η Επιτροπή Διαγωνισμού, όσο και η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Διονύσου οφείλουν, στην περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι η συμπλήρωση των ΤΕΥΔ των μελών μας είναι ελλιπής πριν την απόρριψη της προσφοράς μας να μας καλέσουν να συμπληρώσουμε την όποια έλλειψη θεωρηθεί ότι έχει το ΤΕΥΔ μας και όχι να μας αποκλείσουν της συνέχειας του διαγωνισμού. Ειδικότερα οφείλουν να μας καλέσουν να διευκρινίσουμε - συμπληρώσουμε και ποιος είναι ο εκπρόσωπος συντονιστής της ένωσής μας και ποια η μεταξύ των μελών μας κατανομή της αμοιβής.

Συνεπώς στην περίπτωση που γίνει δεκτή η προσφυγή η Αρχή Σας με την απόφασή της θα πρέπει να αναπέμψει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να μας καλέσει να συμπληρώσουμε τις τυχόν διαπιστωθείσες ελλείψεις του ΤΕΥΔ μας.».

12. Επειδή, ο ν. 4412/2016 ορίζει, στο άρθρο 2 ότι: «1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: 1) ... 11) ως «οικονομικός φορέας» νοείται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή/και φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή/και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών. Στην έννοια αυτή περιλαμβάνεται και ο όρος «εργοληπτική επιχείρηση» του Τίτλου 1 του Κεφαλαίου ΙΙ του Μέρους Β΄ του παρόντος Βιβλίου, 12) ...», στο άρθρο 96 ότι: «1. ... 7. Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υπογράφεται υποχρεωτικά είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση είτε από εκπρόσωπό τους νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά απαραίτητως πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους) κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής» ...».

13. Επειδή, τέλος, στο άρθρο 107 του Αστικού Κώδικα ορίζεται ότι: «Ένωση προσώπων για την επιδίωξη σκοπού, όταν δεν αποτελεί σωματείο, εφόσον δεν ορίζεται διαφορετικά, διέπεται από τις διατάξεις για την εταιρία. ...». Ακόμη, στο άρθρο 741 του ίδιου Κώδικα ορίζεται ότι: «Με τη σύμβαση της εταιρίας δύο ή περισσότεροι έχουν αμοιβαίως υποχρέωση να επιδιώκουν με κοινές εισφορές κοινό σκοπό και ιδίως οικονομικό», ενώ στο άρθρο 748 ότι: «Η διαχείριση των εταιρικών υποθέσεων ανήκει, αν δεν συμφωνήθηκε διαφορετικά, σε όλους μαζί τους εταίρους. Για κάθε πράξη χρειάζεται η συναίνεση όλων των εταίρων...».

14. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007,

19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused

Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

15. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη

σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

16. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου....*», «*οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψή της.

17. Επειδή, με τον πρώτο λόγο η προσφεύγουσα βάλλει κατά της οικείας προσφοράς υποστηρίζοντας ότι δεν έχει δηλωθεί εκπρόσωπος / συντονιστής της ένωσης, ήτοι ένα εκ των μελών της βάσει του οικείου κανονιστικού πλαισίου ως έχει ερμηνευθεί και από την κείμενη νομολογία.

18. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι «Συναφώς, αφενός, πρέπει να

γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία» [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΡΙ) σκ. 71].

19. Επειδή, κατά τις προαναφερόμενες διατάξεις του Αστικού Κώδικα, η προσωρινή σύμπραξη οικονομικών φορέων με σκοπό τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (άρθρο 2 παρ. 1 περ. 11 ν. 4412/2016) αποτελεί ένωση φορέων χωρίς νομική προσωπικότητα που διέπεται, κατ' άρθρο 107 του Αστικού Κώδικα, από τις διατάξεις των άρθρων 741 και επ. του ίδιου Κώδικα, το δε άρθρο 748 του τελευταίου απαιτεί συλλογική διαχείριση των υποθέσεων, πλην αντίθετης συμφωνίας (ΔεφΘες90/2021).

20. Επειδή, στην παράγραφο 7 του άρθρου 96 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«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»*. Τα ως άνω οριζόμενα επαναλαμβάνονται ως απαιτήσεις της Διακήρυξης του διαγωνισμού στο άρθρο 3.1 αυτής, στο οποίο ρητώς ορίζεται ότι οι απαιτήσεις αυτές τίθενται *«επί ποινή απόρριψης της προσφοράς»*. Επίσης, στο άρθρο 24 «Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς» της Διακήρυξης, ορίζεται ότι *«24.1 Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφακέλους: (α) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» (β) υποφάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά», σύμφωνα με τα κατωτέρω: 24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: - α) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) - β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της*

παρούσας. 24.3 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Οικονομική Προσφορά» περιέχει το ψηφιακά υπογεγραμμένο αρχείο pdf, το οποίο παράγεται από το υποσύστημα, αφού συμπληρωθούν καταλλήλως οι σχετικές φόρμες.». Περαιτέρω, στο Τμήμα «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του «Μέρους II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του Τ.Ε.Υ.Δ. του διαγωνισμού, περιλαμβάνονται προς συμπλήρωση τα ακόλουθα πεδία: «Τρόπος συμμετοχής: Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους; Εάν ναι, μεριμνήστε για την υποβολή χωριστού εντύπου ΤΕΥΔ από τους άλλους εμπλεκόμενους οικονομικούς φορείς. Εάν ναι: α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): β) Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: γ) Κατά περίπτωση, επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας.». Στο, δε, Τμήμα «Β: Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» του ίδιου Μέρους II του Τ.Ε.Υ.Δ., υπάρχει προς συμπλήρωση διακριτό πεδίο προς συμπλήρωση των στοιχείων που αφορούν στην εκπροσώπηση.

21. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3.1 της Διακήρυξης, συνάγεται ότι το εδάφιο α' της επίμαχης παραγράφου ρυθμίζει τον τρόπο υποβολής της προσφοράς από τις ενώσεις οικονομικών φορέων και διαλαμβάνει ότι η προσφορά είτε υπογράφεται από όλους τους συμμετέχοντες φορείς είτε από εκπρόσωπο που έχει νομίμως εξουσιοδοτηθεί προς τούτο από το σύνολο των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Αντιθέτως, το εδάφιο β' της επίμαχης παραγράφου έχει όλως διακριτό ρυθμιστικό πεδίο από αυτό του εδαφίου α' και ρυθμίζει τα του περιεχομένου της προσφοράς από τις ενώσεις οικονομικών φορέων και ουδόλως συσχετίζεται με τον τρόπο και χρόνο υποβολής αυτής (προσφοράς). Ειδικότερα, στο εδάφιο β' διαλαμβάνεται ότι στην προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει «απαραιτήτως» (κατά την οικεία Διακήρυξη «επί ποινή απόρριψης») να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος συμμετοχής κάθε

μέλους της ένωσης, η κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους «καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής». Συνεπώς, ούτε η σχετική νομοθετική διάταξη (άρθ. 96 παρ. 7) ούτε η οικεία Διακήρυξη (άρθ. 3.1) πάσχουν ασάφειας, αφού στο εδάφιο α' καθορίζεται - σε περίπτωση που η προσφορά δεν υπογράφεται από το σύνολο των οικονομικών φορέων της ένωσης - το νομίμως εξουσιοδοτημένο πρόσωπο που καταθέτει, εκπροσωπώντας τους φορείς της κοινοπραξίας, την προσφορά, δηλαδή αποδέχεται την κατά τα άρθρα 185 και 189 ΑΚ δημόσια πρόταση, που έγινε από την αναθέτουσα αρχή με τη Διακήρυξη, και δεσμεύει με την αποδοχή της για τους επόμενους, τουλάχιστον έξι μήνες (άρθ. 97 παρ. 3 του ν. 4412/2016), τα μέλη της κοινοπραξίας. Αντιθέτως, στο εδάφιο β', ενόψει του γεγονότος ότι μια κοινοπραξία ενδέχεται να αποτελείται από ικανό αριθμό οικονομικών φορέων και προκειμένου ο κύριος του έργου (Διευθύνουσα Υπηρεσία) να μην είναι υποχρεωμένος, επί ζημιά της ομαλής εκτέλεσης της σύμβασης, να έρχεται σε συνεννόηση με τον καθένα χωριστά από τους κοινοπρακτούντες εταίρους, διαλαμβάνεται ότι η συμμετέχουσα κοινοπραξία οφείλει να υποδείξει έναν εκ των μελών της ένωσης, το οποίο αναλαμβάνει την ευθύνη της εκπροσώπησης και του διοικητικού και τεχνικού συντονισμού των μελών για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας. Πρόκειται, δηλαδή, για επέκταση, με το νέο νομοθετικό πλαίσιο, και στις συμβάσεις δημοσίων έργων του θεσμού του «εκπροσώπου της σύμπραξης» που, κατά το προϊσχύσαν δίκαιο, προβλεπόταν αποκλειστικά κατά τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων μελετών (βλ. άρθρο 1 περ. 21 του ν. 3316/2005, με το οποίο οριζόταν ότι: «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»). Κατά τούτο, ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης έχει την έννοια του «επικεφαλής εταίρου» (lead partner) και ταυτίζεται εννοιολογικά με τον όρο «επικεφαλής» (leader) που αναφέρεται στο ΕΕΕΣ, όρος που στον Εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 (ΕΕ) της Επιτροπής (ΕΕ L 3/6.1.2016), όπως διορθώθηκε για την ελληνική έκδοση με το C/2018/0225 «Διορθωτικό» (ΕΕ L 17/65/23.1.2018),

αναφέρεται πλέον ως «συντονιστής», διασφαλίζοντας έτσι την ενότητα της ορολογίας. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η έννοια του εκπροσώπου της ένωσης οικονομικών φορέων που υποβάλλει την προσφορά, - ο οποίος δύναται να είναι οποιοδήποτε φυσικό πρόσωπο που έχει νομίμως εξουσιοδοτηθεί προς τούτο από τα μέλη της ένωσης -, είναι όλως διάφορη και διακριτή από την έννοια του εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης, ο οποίος είναι μέλος της ένωσης και, επομένως, δεν επιτρέπεται ούτε η δήλωση περισσότερων φορέων ως επικεφαλής, ούτε η απόδοση της ιδιότητας αυτής σε φυσικό πρόσωπο που δεν συμμετέχει αυτοτελώς στην ένωση, όπως οι εκπρόσωποι των συμμετεχουσών επιχειρήσεων (βλ. ΕΑ ΣτΕ 163/2020, Ε.Σ. Τμήμα Μείζονος – Επταμελούς Σύθεσης 590/2019, Α.Ε.Π.Π. 279/2020, 29/2020).

22. Επειδή, τόσο κατά τη γραμματική, όσο και κατά τη λογική ερμηνεία της, η διάταξη του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν 4412/2016 έχει την έννοια ότι η προσφορά ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει, με ποινή το απαράδεκτο, να περιλαμβάνει την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους στην ένωση και να συμπεριλαμβάνει την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης, (κατανομή) η οποία, ως μέγεθος διακριτό από την έκταση της συμμετοχής, δεν περιλαμβάνεται κατά νόμο σε αυτήν, δεδομένου άλλωστε ότι είναι δυνατό να μη συμπίπτει, κατά ποσοστό, με αυτήν (Δ.Εφ. Τρίπολης Ν8/2019, Α.Ε.Π.Π. 279/2020, 29/2020, 884,885/2019, 1044/2018).

23. Επειδή, στο ΤΕΥΔ (σελ. 4 αυτού) της εταιρείας «...» δηλώνεται στο επίμαχο Μέρος II Α: «Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): α) [Η ... ως μέλος της κοινοπραξίας «...» ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100% (σύμφωνα με την παράγραφο 3.1. της διακήρυξης ορίζεται ως εκπρόσωπος/συντονιστής της Κοινοπραξίας ο ...) και ευθύνομαι για το σύνολο του έργου έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρο το έργο] β) [..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΕΤΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ ΤΟ ΕΡΓΟ]».

Επίσης, στο ΤΕΥΔ (σελ. 3 - 4 αυτού) του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», δηλώνεται στο αντίστοιχο Μέρος ΙΙ Α (σελ. 3 - 4): «α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...): α) (... : ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΑΝΑΠΛΗΡΩΤΗΣ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ Κ/Ξ ...- ..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΟΜΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ] β) [... : ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ..., ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ: ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΠΟΣΟΣΤΟ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 100%, ΚΑΙ ΕΥΘΥΝΕΤΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΕΝΑΝΤΙ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΑ ΚΑΙ ΕΙΣ ΟΛΟΚΛΗΡΟΝ] γ) [...]».

24. Επειδή, εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι κατά παράβαση των ρητών, σαφών και επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενων απαιτήσεων της Διακήρυξης, τα μέλη της παρεμβαίνουσας δεν έχουν δηλώσει στα υποβληθέντα εκ μέρους τους Τ.Ε.Υ.Δ. εκπρόσωπο/συντονιστή της κοινοπραξίας, αλλά μόνο φυσικό πρόσωπο ως εκπρόσωπο αυτής – και στο ένα εξ αυτών και αναπληρωτή αυτού - ο ρόλος του οποίου είναι διακριτός και δεν τίθεται ζήτημα υπερκάλυψης ή/και σύγχυσης των δύο εννοιών. Επίσης, προκύπτει ότι κατά παράβαση των ρητών, σαφών και επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενων απαιτήσεων της Διακήρυξης, τα μέλη της παρεμβαίνουσας δεν έχουν δηλώσει στα υποβληθέντα εκ μέρους τους Τ.Ε.Υ.Δ. ούτε την κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους, αλλά μόνο ποσοστά που αφορούν τη συμμετοχή τους και δη στα επιμέρους τμήματα του έργου. Κατόπιν, δε, των στις προηγούμενες σκέψεις διαλαμβανόμενων, είναι απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι τα δηλωθέντα ποσοστά συμμετοχής εν τοις πράγμασι ταυτίζονται με την κατανομή της αμοιβής. Εξάλλου, η υπό σύσταση κοινοπραξία νοείται ως «άτυπη» κοινοπραξία, που εξομοιούται στις συναλλαγές με την ένωση προσώπων (Α.Ε.Π.Π. 278/2020). Περαιτέρω, δε, από τους όρους της Διακήρυξης και από την επισκόπηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι προς προκαταρκτική απόδειξη πλήρωσης των επίμαχων απαιτήσεων δεν ζητείτο

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

άλλο έγγραφο πλην του Τ.Ε.Υ.Δ., ενώ ούτε στην προσφορά της παρεμβαίνουσας περιλαμβάνεται τέτοιο έγγραφο, ανεξαρτήτως του αν η τυχόν προσκόμιση άλλου, πλην του Τ.Ε.Υ.Δ., εγγράφου θα μπορούσε και υπό ποιες προϋποθέσεις, σύμφωνα και με τα διαλαμβανόμενα, να θεραπεύσει τη μη ορθή κατά τις ρητές, σαφείς και επί ποινή αποκλεισμού οριζόμενες απαιτήσεις της Διακήρυξης, συμπλήρωση του Τ.Ε.Υ.Δ. (πρβλ ΑΕΠΠ 279/2020, 884,885/2019). Επισημαίνεται, δε, ότι όλως αλυσιτελώς αμφισβητείται από την παρεμβαίνουσα η σκοπιμότητα της απαίτησης δήλωσης εκπροσώπου/συντονιστή οικονομικού φορέα και προβάλλεται η αναγκαιότητα ορισμού φυσικού προσώπου ως συντονιστή (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257).

25. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προεχόντως για την παράλειψη αναφοράς της κατανομής της αμοιβής επικαλείται την εφαρμογή του αρ. 102 του Ν. 4412/2016.

26. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016 ως διαμορφώθηκε με το Ν. 4782/2021 (αρ. 142) και ισχύει εν προκειμένω αναφέρει : «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».

27. Επειδή, στο άρθρο 9 της διακήρυξης με τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» προβλέπεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, να καλέσει τους οικονομικούς φορείς, μέσω τής

λειτουργικότητας τής "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, ή 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 τής υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη ».

28. Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

29. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση της οικείας διάταξης (102 του Ν. 4412/2016) «Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί». Γνώμονας εφαρμογής υπό οιαδήποτε ερμηνευτική οδό της διάταξης του άρθρου 102 ως τροποποιήθηκε με τον Ν. 4782/2021 είναι η απαρέγκλιτη τήρηση των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

των διακρίσεων (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49), που εξυπηρετείται με την τήρηση των οικείων κανονιστικών διατάξεων της διακήρυξης. Επομένως, δεν παρίσταται νόμιμη υπό το φως των αποφάσεων του ΔΕΕ η πλήρης παράβαση του οικείου κανονιστικού πλαισίου που θέτει όρους επί ποινή απόρριψης στον «βωμό» μιας ερμηνείας διάσωσης προσφοράς, η οποία είναι καθόλα ελλιπής και απαιτεί την το πρώτον δήλωση υποχρεωτικών στοιχείων σε χρόνο μεταγενέστερο της υποβολής προσφοράς και εν τοις πράγμασι την αντικατάσταση του ΤΕΥΔ, δηλαδή, του ουσιώδους εκείνου δικαιολογητικού συμμετοχής, το οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζονται στην οικεία προκήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία (πρβλ. Ε.Α. 135/2018, Δ.Εφ.Θεσ/νίκης Ν166/2018). Επομένως, δεδομένης της δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει προσφορά που παραβιάζει υποχρεωτικό όρο της διακήρυξης, δεν χωρεί εν προκειμένω εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 (πρβλ. Δ.Εφ. Χανίων 13/2019 σκ. 14, βλ. Δεφ Χαν 10/2019, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΑΕΠΠ 702/2019, 668/2019, 242/2019, 36/2019)

30. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

31. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Αριθμός Απόφασης: 1521/2021

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 965/14.7.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που αποδέχεται την προσφορά της παρεμβαίνουσας και την αναδεικνύει προσωρινή ανάδοχο.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 2 Σεπτεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 22 Σεπτεμβρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΜΙΧΑΛΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

α/α ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ
για την έκδοση της παρούσης

βάσει της με αρ. 136/14.09.2021
Πρ. της Προέδρου ΑΕΠΠ

Η Γραμματέας

ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ