

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου - Εισηγήτρια και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31.12.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 13/04.01.2021 της εταιρίας με την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του **** απόφασης της **** περί εγκρίσεως του από 08.12.2020 1^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με ΑΔΑΜ **** Διακήρυξη με αντικείμενο «ΕΡΓΑ ΥΠΟΔΟΜΗΣ *****».

Της παρεμβαίνουσας ένωσης «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ'αριθ. **** απόφασης της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που, κατόπιν εγκρίσεως του από 08.12.2020 Πρακτικού, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης η κοινοπραξία «*****».

2. Επειδή, με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ένωση επιδιώκει την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αναδεικνύεται η ίδια προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης και ως εκ τούτου την απόρριψη της υπόψη Προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης: 414 / 2021

3. Επειδή, ο **** με την υπ' αριθ. **** Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων με αντικείμενο την εκτέλεση του έργου με τίτλο «ΕΡΓΑ ΥΠΟΔΟΜΗΣ ****», συνολικής προϋπολογισθείσης 699.974,93 ευρώ, πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 11.11.2020 και αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 11.11.2020, με Α/Α ***. Στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά πέντε οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων, η προσφεύγουσα εταιρία, «****», και η παρεμβαίνουσα ένωση «****». Κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε το Πρακτικό 1 με το οποίο έγιναν αποδεκτές όλες οι προσφορές και συντάχθηκε ο πίνακας κατάταξης των διαγωνιζομένων κατά σειρά μειοδοσίας, όπου την πρώτη θέση έλαβε η παρεμβαίνουσα ένωση με ποσοστό έκπτωσης 45,00% και την δεύτερη θέση η προσφεύγουσα με ποσοστό έκπτωσης 38,55%. Τα αποτελέσματα της διαδικασίας αξιολόγησης επικυρώθηκαν με την προσβαλλόμενη με την παρούσα υπ' αριθ. 924/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης η κοινοπραξία «****».

4. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, ποσού 3.499,88 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ****), το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης.

5. Επειδή, ενόψει του αντικείμενου του επίμαχου διαγωνισμού (έργο), τη συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης ποσού 699.974,93 ευρώ, ήτοι ποσού άνω των 60.000 ευρώ, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, προκύπτει ότι ο επίμαχος διαγωνισμός εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω του Συστήματος «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την προσβαλλόμενη απόφαση στις 24.12.2020 οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, και η Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 31.12.2020, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας.

7. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας θεμελιώνεται στο γεγονός ότι η προσφορά της έλαβε την δεύτερη θέση κατάταξης στον διαγωνισμό και ως εκ τούτου η ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της κοινοπραξίας «****» ματαιώνει την προσδοκία της να αναλάβει η ίδια την εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της υπ' αριθ. 924/2020 απόφασης της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της κοινοπραξίας «****» και ως εκ τούτου αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης, προβάλλοντας τα εξής : Πρώτον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, κατά παράβαση των επί ποινή αποκλεισμού όρων της διακήρυξης, τα μέλη της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας δεν έχουν δηλώσει στα υποβληθέντα **** τους, και συγκεκριμένα στο Μέρος ΙΙ, Τμήμα Α' αυτού, τον συντονιστή της κοινοπραξίας, δήλωση η οποία δεν καλύπτεται από την δήλωση στα **** τους του νόμιμου εκπροσώπου της κοινοπραξίας. Δεύτερον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι τα μέλη της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας δεν έχουν δηλώσει στα **** τους, ως η διακήρυξη απαιτεί, την κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους, παρά μόνον τα ποσοστά συμμετοχής τους στο έργο. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας μόνον η αναφορά στο τμήμα εργασιών που θα εκτελέσει έκαστος εκ των μελών της ανταγωνίστριας ένωσης δεν αρκεί για τον ζητούμενο προσδιορισμό της κατανομής αμοιβής, αφού αυτή αποτελεί μέγεθος διακριτό από την έκταση της συμμετοχής του κάθε μέλους (ad hoc ΑΕΠΠ 1511/2020, σκ. 21 και ΑΕΠΠ 423/2020, σκ. 36). Επίσης, κατά την προσφεύγουσα καμία από τις

Αριθμός Απόφασης: 414 / 2021

παραπάνω πλημμέλειες δεν μπορεί να θεραπευθεί με την επίκληση άλλου, πλην του **** εγγράφου, ιδίως εκ των υστέρων προσκομιζόμενου. Τρίτον, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης, η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης υπογράφεται μόνον από το ένα εκ των μελών της, ήτοι από τον ****, παρότι για αυτό δεν έχει προσκομιστεί έγγραφο που να αποδεικνύει την νόμιμη εξουσία του να δεσμεύει με την υπογραφή του τα μέλη της ένωσης, και ως εκ τούτου, ελλείπει τέτοιας εξουσιοδότησης, η οικονομική προσφορά θα έπρεπε να υπογράφεται από όλα τα μέλη της ένωσης. Για όλους τους παραπάνω λόγους η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε με το υπ' αριθ. πρωτ. 14727/18.12.2020 έγγραφό της τις απόψεις της επί της Προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε στους συμμετέχοντες μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και με τις οποίες, κατά τα αναλυτικώς εκτεθέντα στο κείμενο των απόψεων, αντικρούει έναν προς έναν τους λόγους προσφυγής ως αβάσιμους, αιτούμενη την απόρριψη της υπόψη Προσφυγής.

10. Επειδή, επί της Προσφυγής παρεμβαίνει με προφανές έννομο συμφέρον η κοινοπραξία «*****» με την από 15.01.2021 Παρέμβασή της, η οποία κατατέθηκε εμπροθέσμως και δη σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, καθότι η υπόψη Προσφυγή κοινοποιήθηκε σε αυτήν μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 07.01.2020 και συνεπώς η Παρέμβαση ασκήθηκε εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου, με την οποία η κοινοπραξία «*****», κατά τα αναλυτικώς εκτεθέντα στο δικόγραφο της Παρεμβάσεως, αντικρούει ως αβάσιμους τους λόγους Προσφυγής και αιτείται την απόρριψη αυτής και ως εκ τούτου την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης, δυνάμει της οποίας αναδεικνύεται προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε παραδεκτώς και νομίμως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ το από 22.01.2021 Υπόμνημά της, προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και περαιτέρω

υποστήριξη των αιτιάσεων της Προσφυγής της, κατά τα όσα αναλυτικώς εκτίθενται σε αυτό. Κατά το μέρος δε που με το Υπόμνημά της αντικρούει τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, τούτο υποβάλλεται απαραδέκτως και δεν λαμβάνεται υπόψιν κατά την εξέταση της παρούσας, καθότι, κατά την διάταξη του άρθρου 365 παρ.1 του ν. 4412/2016, το Υπόμνημα κατατίθεται μόνον προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

12. Επειδή, η παρεμβαίνουσα κοινοπραξία «****» υπέβαλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ το από 29.01.2021 Υπόμνημά της, προς αντίκρουση των ισχυρισμών που η προσφεύγουσα προβάλλει με το από 22.01.2021 Υπόμνημά της. Παρόλα αυτά, το από 29.01.21 Υπόμνημα της παρεμβαίνουσας απαραδέκτως υποβλήθηκε και δεν λαμβάνεται υπόψιν κατά την εξέταση της παρούσας καθότι, κατά την διάταξη του άρθρου 365 παρ.1 του ν. 4412/2016, η δυνατότητα υποβολής Υπομνήματος παρέχεται μόνον προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και όχι των αιτιάσεων του προσφεύγοντος.

13. Επειδή, κατά τα ειδικώς προβαλλόμενα με τον πρώτο λόγο προσφυγής της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι σε κανένα από τα **** που υπέβαλαν τα μέλη της ένωσης δεν δήλωσαν το πρόσωπο του συντονιστή της ένωσης, το οποίο πρόσωπο πρέπει να είναι μέλος της ένωσης και όχι τρίτο εκτός αυτής πρόσωπο, ο δε ρόλος του αφορά στον συντονισμό διοικητικά και τεχνικά της ένωσης και στην επικοινωνία με την αναθέτουσα αρχή και ως εκ τούτου διαφοροποιείται από το πρόσωπο που νομίμως εξουσιοδοτεί η ένωση να υποβάλλει την κοινή προσφορά των μελών της στο διαγωνισμό (ΕΣ 590/2019) Εξάλλου, κατά την προσφεύγουσα, και το ίδιο το **** διακρίνει τον ρόλο του οικονομικού φορέα που θα οριστεί «επικεφαλής», ως αναφέρει (έννοια που ταυτίζεται με την έννοια «συντονιστής» που αναφέρει η διακήρυξη), από τον, σε άλλη στήλη, αιτούμενο «εκπρόσωπο». Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, εφόσον δεν δηλώνεται ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης στο οικείο πεδίο του ****, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, εν όψει των αρχών της τυπικότητας, διαφάνειας και δημοσιότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, να

Αριθμός Απόφασης: 414 / 2021

απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας. Κατά την άποψη όμως της αναθέτουσας αρχή η πλημμέλεια αυτή δεν συντρέχει διότι στα **** που κατατέθηκαν και τα οποία επέχουν θέση Υπεύθυνης Δήλωσης, στο μέρος II Παρ. Β : Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του Οικονομικού Φορέα, αμφότεροι όρισαν εκπρόσωπο της κοινοπραξίας τον *****.

Εξάλλου, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 140 του Ν.4412/2016, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν μόνον κατά την κατάρτιση και υπογραφή της σύμβασης να καταθέσουν συμβολαιογραφική πράξη διορισμού κοινού εκπροσώπου της κοινοπραξίας, έναντι του Κυρίου του έργου και των υπηρεσιών (νόμιμη εκπροσώπηση). Περαιτέρω, κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας, στα **** που έχουν υποβάλλει τα μέλη της ένωσης έχει γίνει δήλωση εκπροσώπου, η οποία και συνιστά νόμιμη εξουσιοδότηση του δηλούντος μέλους προς τον εκπρόσωπο (αφού το **** συνιστά βεβαιωμένο ως προς το γνήσιο της υπογραφής και τον χρόνο αυτής, έγγραφο υπευθύνου δηλώσεως κατ' άρ. 79 Ν. 4412/2016, καθώς σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 1, το **** έχει την αποδεικτική βαρύτητα της ενημερωμένης υπευθύνου δηλώσεως του ν. 1599/1986). Κατά την παρεμβαίνουσα, η διαζευκτική παράθεση των δύο όρων (εκπροσώπου/συντονιστή) καταδεικνύει ότι δεν είναι αναγκαίος ο ταυτόχρονος ορισμός και «εκπροσώπου» και «συντονιστή», αλλά ότι οι όροι αυτοί χρησιμοποιούνται αδιακρίτως για να προσδιορίσουν το πρόσωπο που δύνανται να εξουσιοδοτήσουν οι φορείς για την κοινή εκπροσώπησή τους.

Άλλωστε, και στα δύο **** δηλώνεται ως εκπρόσωπος της ένωσης ο ****, ήτοι και τα δύο μέλη της ένωσης δηλώνουν υπεύθυνα μέσω του **** ότι ορίζουν **** ως εκπρόσωπο. Μάλιστα προσδιορίζουν επακριβώς την έκταση του δικαιώματος εκπροσώπησης που δίνεται στον *** και αφορά διαδικασίες της διαγωνιστικής και της προσυμβατικής φάσης. Στην άνω δήλωση **** αναφέρεται επί λέξει ότι η εκπροσώπηση αφορά συγκεκριμένα τα κάτωθι: «να συντάσσει, υπογράψει, καταθέτει ή εμφανίζει την προσφορά μειοδοσίας επί του δημοπρατούμενου έργου, μετά των πάσης φύσεως δικαιολογητικών και το εργολαβικό του πτυχίο, να υπογράψει τα πρακτικά της δημοπρασίας, να υποβάλει τις τυχόν ενστάσεις του κατά τις δημοπρασίας να παραιτείται από του

δικαιώματος τοιούτων ενστάσεων και γενικά να ενεργήσει ότι απαιτείται για την περαίωση των άνω εντολών. Γενικά να ενεργεί και πράττει μέσα στα πλαίσια των ανωτέρω εντολών οτιδήποτε άλλο νόμιμο και αναγκαίο απαιτείται για την ολοκλήρωσή τους». Ως εκ τούτου, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης. Άλλωστε, κατά την παρεμβαίνουσα, η όποια ασάφεια ανακύπτει εκ του ότι μεταξύ των όρων «εκπρόσωπος» και «συντονιστής» παρεμβάλλεται πλάγια γραμμή (εκπρόσωπος/συντονιστής), το οποίο την οδήγησε να αντιληφθεί ότι δεν ζητούνται και τα δύο σωρευτικά, δεν θα μπορούσε να ερμηνευθεί σε βάρος της. Τέλος, επί του πρώτου λόγου Προσφυγής, η προσφεύγουσα με το Υπόμνημά της υποστηρίζει ότι εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή ταυτίζει την έννοια του «εκπροσώπο» της ένωσης με αυτήν του «συντονιστή», οι οποίες έννοιες σαφώς διακρίνονται στην 590/2019 απόφαση του ΕΣ. Η αναθέτουσα αρχή εμμέσως συνομολογεί ότι τα μέλη της παρεμβαίνουσας ένωσης δεν έχουν ορίσει συντονιστή, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης. Γίνεται αναφορά μόνο στον ορισμό νομίμου εκπροσώπου, ο οποίος όμως δεν αρκεί για να ικανοποιήσει της απαιτήσεις της διακήρυξης. Η δε παραπομπή στην πρόβλεψη του άρθρου 140 του ν. 4412/2016 είναι νομικά αδιάφορη, αφού το προσκομιζόμενο συμφωνητικό αφορά στον ορισμό νομίμου εκπροσώπου και όχι συντονιστή. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, ο πρώτος λόγος προσφυγής της προβάλλεται βασίμως.

14. Επειδή, με τους όρους της επίμαχης διακήρυξης, οι οποίοι θέτουν το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ορίζονται τα εξής : Στο άρθρο 3 με τίτλο : «Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς» προβλέπεται ότι : *«3.1 {...}Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής. 3.2 Στον ηλεκτρονικό φάκελο προσφοράς*

Αριθμός Απόφασης: 414 / 2021

περιέχονται: (α) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής». (β) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά. {...}». Στο άρθρο 4, παράγραφος 4.2 με τίτλο «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» προβλέπεται ότι : «4.2. (α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί ... τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει .. τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης (β) {...}». Εν συνέχεια, στο άρθρο 23 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» ορίζεται ότι : «23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το ***** του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση ... ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε 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. [...] Κατά την υποβολή του ****, 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 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 ****, υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης. {...}». Τέλος, στο άρθρο 24 με τίτλο «Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς» προβλέπεται ότι : «.....24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος

Αριθμός Απόφασης: 414 / 2021

«Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: (α) το **** (β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας. 24.3».

15. Επειδή, εκ των ως άνω όρων της διακήρυξης, οι οποίοι ενσωματώνουν τις οικείες ισχύουσες εν προκειμένω ρυθμίσεις του ν. 4412/2016 (άρθρα) προκύπτει ότι, στο στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων ισχύει ο κανόνας της προαπόδειξης, κατ' εφαρμογή του οποίου οι διαγωνιζόμενοι καλούνται μέσω της συμπλήρωσης και υποβολής του ****/****, το οποίο συνιστά προκαταρκτική υπεύθυνη δήλωση, να αποδεικνύουν τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, χωρίς περαιτέρω υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων αποδεικτικών εγγράφων. Τούτο υπαγορεύεται από τη φύση του ****/**** ως ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής, το οποίο επέχει θέση υπευθύνου δηλώσεως 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 διακήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία. Συνεπώς, δεν είναι επιτρεπτή η υποκατάστασή του από άλλα στοιχεία της προσφοράς του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα. Κατ' επιταγή της νομοθεσίας αυτής, η αναθέτουσα αρχή με τους όρους της επίμαχης διακήρυξης δεν απαιτεί, εντός του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς, να υποβάλλονται, πέραν του ****/****, και τα λοιπά αποδεικτικά έγγραφα περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και περί πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, διότι με τον τρόπο αυτόν θα παρακάμπτονταν ο κανόνας της προαπόδειξης που εισάγει ο ν. 4412/2016 και θα προκαλούνταν πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων. Μάλιστα, κατά την νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, έχει κριθεί ότι στον ως άνω σκοπό θα αντίκειτο η εκ των πραγμάτων διαμόρφωση υποχρέωσης των αναθετουσών αρχών, προκειμένου να διαπιστώσουν την συμμόρφωση της προσφοράς προς τους όρους της διακήρυξης, να ελέγχουν, πλην του ****/****, και αυτοβούλως υποβαλλόμενα δικαιολογητικά ή στοιχεία των υποχρεωτικώς

Αριθμός Απόφασης: 414 / 2021

μεν υποβαλλόμενων δικαιολογητικών και εγγράφων, πλην όμως μη απαιτούμενων κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού (ΔΕφΑθ 188/2018, ΔΕφΘεσ/νίκης 166/2018).

16. Επειδή, από την εξέταση του φακέλου προσφοράς της παρεμβαίνουσας ένωσης προκύπτουν τα εξής : Το μέλος της κοινοπραξίας «***» δήλωσε το Μέρος ΙΙ, Τμήμα Α του **** στο ερώτημα «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», «Τρόπος συμμετοχής: Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους;» την απάντηση «Ναι» και εν συνεχεία, στο ερώτημα «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», απάντησε τα εξής : «α) ****100,00% ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟ, ΗΤΟΙ 85,60% ΕΠΙ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΟΥ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ, β) **** 100,00% Η/Μ ΕΡΓΑΣΙΩΝ, ΗΤΟΙ 14,40% ΕΠΙ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΟΥ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ, γ) ****». Περαιτέρω, στα πεδία του Τμήματος «Β: Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» του Μέρους ΙΙ του ****, το μέλος της κοινοπραξίας, ****, απάντησε τα εξής : «Ονοματεπώνυμο συνοδευόμενο από την ημερομηνία και τον τόπο γέννησης εφόσον απαιτείται *****:..... Θέση/Ενεργών υπό την ιδιότητα: ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ Εάν χρειάζεται, δώστε λεπτομερή στοιχεία σχετικά με την εκπροσώπηση (τις μορφές της, την έκταση, τον σκοπό ...): Να συντάσσει, υπογράφει καταθέτει ή εμφανίζει την προσφορά μειοδοσίας επί του δημοπρατούμενου έργου, μετά των πάσης φύσεως δικαιολογητικών και το εργολαβικό του πτυχίο, να υπογράφει τα πρακτικά της δημοπρασίας, να υποβάλει τις τυχόν ενστάσεις του κατά της δημοπρασίας ή και να παραιτείται από του δικαιώματος τοιούτων ενστάσεων και γενικά να ενεργήσει ότι απαιτείται για την περαίωση των άνω εντολών. Γενικά να ενεργεί και πράττει μέσα στα πλαίσια των ανωτέρω εντολών οτιδήποτε άλλο νόμιμο και αναγκαίο απαιτείται για την ολοκλήρωσή τους». Εν συνεχεία, το έτερο μέλος της παρεμβαίνουσας

Αριθμός Απόφασης: 414 / 2021

κοινοπραξίας, ****, στο Τμήμα Α του Μέρους ΙΙ του **** : «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» και στα ερωτήματα : «Τρόπος συμμετοχής: Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους;» έχει απαντήσει «Ναι», εν συνεχεία δε στα ερωτήματα : «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» απάντησε : «α) **** 100,00% Η/Μ ΕΡΓΑΣΙΩΝ, ΗΤΟΙ 14,40% ΕΠΙ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΟΥ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ 6) **** 100,00% ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟ, ΗΤΟΙ 85,60% ΕΠΙ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΟΥ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ γ) ****». Τέλος, στα πεδία του Τμήματος Β Μέρους ΙΙ του **** : «Β: Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα» απάντησε ως εξής: «Ονοματεπώνυμο συνοδευόμενο από την ημερομηνία και τον τόπο γέννησης εφόσον απαιτείται: **** Θέση/Ενεργών υπό την ιδιότητα: ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ Εάν χρειάζεται, δώστε λεπτομερή στοιχεία σχετικά με την εκπροσώπηση (τις μορφές της, την έκταση, τον σκοπό ...): Να συντάσσει, υπογράψει καταθέτει ή εμφανίζει την προσφορά μειοδοσίας επί του δημοπρατούμενου έργου, μετά των πάσης φύσεως δικαιολογητικών και το εργολαβικό του πτυχίο, να υπογράψει τα πρακτικά της δημοπρασίας, να υποβάλει τις τυχόν ενστάσεις του κατά της δημοπρασίας ή και να παραιτείται από του δικαιώματος τοιούτων ενστάσεων και γενικά να ενεργήσει ότι απαιτείται για την περαίωση των άνω εντολών. Γενικά να ενεργεί και πράττει μέσα στα πλαίσια των ανωτέρω εντολών οτιδήποτε άλλο νόμιμο και αναγκαίο απαιτείται για την ολοκλήρωσή τους».

17. Επειδή, συνεπώς, από τις δηλώσεις που περιέχονται στα **** των δύο μελών της παρεμβαίνουσας ένωσης, ως παρατίθενται στην προηγούμενη σκέψη, σαφώς προκύπτει ότι κανένα από τα μέλη αυτής δεν δήλωσε στο πεδίο Α του Μέρους ΙΙ του **** το πρόσωπο του συντονιστή της ένωσης, παρά την ρητή απαίτηση του όρου 3.1 της διακήρυξης προς τούτο, παρά μόνον αμφότερα τα μέλη της ένωσης δήλωσαν στο πεδίο Β του Μέρους ΙΙ του **** τον νόμιμο

Αριθμός Απόφασης: 414 / 2021

εκπρόσωπο της ένωσης, ήτοι τον ****, τον οποίον, κατά τα εξίσου ρητώς δηλούμενα στο ****, η παρεμβαίνουσα ένωση εξουσιοδοτεί για να προβαίνει σε συγκεκριμένες ενέργειες, οι περιγράφονται στα **** των μελών, ως εξής : «Να συντάσσει, υπογράφει καταθέτει ή εμφανίζει την προσφορά μειοδοσίας επί του δημοπρατούμενου έργου, μετά των πάσης φύσεως δικαιολογητικών και το εργολαβικό του πτυχίο, να υπογράφει τα πρακτικά της δημοπρασίας, να υποβάλει τις τυχόν ενστάσεις του κατά της δημοπρασίας ή και να παραιτείται από του δικαιώματος τοιούτων ενστάσεων και γενικά να ενεργήσει ότι απαιτείται για την περαίωση των άνω εντολών. Γενικά να ενεργεί και πράττει μέσα στα πλαίσια των ανωτέρω εντολών οτιδήποτε άλλο νόμιμο και αναγκαίο απαιτείται για την ολοκλήρωσή τους». Όμως, στον ρόλο του συντονιστή της ένωσης αποδίδεται εντελώς διαφορετική έννοια από τον ρόλο του νομίμου εκπροσώπου της ένωσης. Ειδικότερα, ο συντονιστής της ένωσης είναι το πρόσωπο που επιφορτίζεται με τον συντονισμό των διοικητικών και τεχνικών ζητημάτων της ένωσης και αναλαμβάνει την επικοινωνία της ένωσης με την αναθέτουσα αρχή, εξ' ου και απαιτείται να μετέχει ο ίδιος στην ένωση ενώ ως νόμιμος εκπρόσωπος της ένωσης δύναται να επιλέγεται οποιοδήποτε πρόσωπο, ακόμα και εκτός της ένωσης, το οποίο λαμβάνει την νόμιμη εξουσιοδότηση να υποβάλλει την προσφορά εκ μέρους της ένωσης. Τα παραπάνω επιρρωνύονται και από την ad hoc απόφαση 590/2019 του Τμήματος μείζονος συνθέσεως του Ελεγκτικού Συνεδρίου, όπου ερμηνεύθηκαν τα οριζόμενα στο άρθρο 96 παρ. 7 του ν. 4412/2016 (άρθρο 96 παρ. 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») και δη η έννοια του εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης. Ως ορθώς επικαλείται η προσφεύγουσα, εν προκειμένω το Δικαστήριο έκρινε ότι στο εδάφιο α' της ανωτέρω παραγράφου ρυθμίζεται ο τρόπος υποβολής της προσφοράς από ένωση

Αριθμός Απόφασης: 414 / 2021

οικονομικών φορέων και η δυνατότητα ορισμού κοινού εκπροσώπου, ήτοι φυσικού προσώπου εξουσιοδοτημένου να υποβάλει την προσφορά και να δεσμεύει κατά τούτο την ένωση με την υπογραφή του, ενώ στο εδάφιο β' ρυθμίζονται ζητήματα σχετικά με το περιεχόμενο της προσφοράς και ζητείται, μεταξύ άλλων, επί ποινή αποκλεισμού, η υπόδειξη εκ μέρους της ένωσης ενός εκ των μελών της, το οποίο αναλαμβάνει την ευθύνη της εκπροσώπησης και του διοικητικού και τεχνικού συντονισμού των μελών για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας, κατά τούτο δε ο εκπρόσωπος/συντονιστής έχει την έννοια του επικεφαλής εταίρου (lead partner) και ταυτίζεται εννοιολογικά με τον όρο «επικεφαλής» (leader) που αναφέρεται στο υπόδειγμα ΤΕΥΔ. Τούτων δοθέντων διακρίνεται σαφώς ο ρόλος του νομίμου εκπροσώπου από τον ρόλο του συντονιστή της ένωσης, σε καμία δε περίπτωση η δήλωση μόνον του νομίμου εκπροσώπου δεν επαρκεί για να καλύψει την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση της διακήρυξης η συμμετέχουσα ένωση να προσδιορίζει με την προσφορά της τον συντονιστή της. Άλλωστε, εάν ο ρόλος του συντονιστή της ένωσης συνέπιπτε με αυτόν του νομίμου εκπροσώπου, δεν θα προβλεπόταν διαφορετικό πεδίο στο ****, όπου απαιτείται να συμπληρωθούν οι απαραίτητες πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους της ένωσης (Μέρος II, πεδίο Β), αλλά θα αρκούσε μόνον η συμπλήρωση των πληροφοριών που απαιτούνται σε σχέση με τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα, στο Μέρος II πεδίο Α του ****. Ούτε θα απαιτούνταν με ρητή, ξεχωριστή αναφορά στην διακήρυξη να δηλώνεται ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης. Σε κάθε δε περίπτωση, ούτε από τις ενέργειες στις οποίες δηλώνουν τα μέλη της ένωσης ότι έχει εξουσιοδοτηθεί να προβεί ο νόμιμος εκπρόσωπός καλύπτονται τα καθήκοντα του συντονιστή της ένωσης, ώστε να μπορούσε βάσιμα να υποστηριχθεί ότι το ίδιο πρόσωπο εκπληρώνει τους δύο διαφορετικούς ρόλους. Τούτων δοθέντων γίνεται δεκτός ως βάσιμος ο πρώτος λόγος προσφυγής, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

18. Επειδή, η διαλαμβανόμενη ως άνω πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της εν συνόλω. Κατά συνέπεια, η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής σε βάρος της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας - ανεξαρτήτως της βασιμότητάς των ή μη- παρέλκει ως αλυσιτελής (ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, 227, 83/2013, 344/2017, 102/2015, 82/2014, ΔΕφΑθ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 239/2019, 841/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

19. Επειδή, ως εκ τούτου, η υπόψη Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η ασκηθείσα Παρέμβαση.

20. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το παράβολο που κατέθεσε, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ****, ποσού 3.499,88 ευρώ.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. *** απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που με αυτήν εγκρίνεται το από 08.12.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και ως εκ τούτου αναδεικνύεται προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού με αντικείμενο «ΕΡΓΑ ΥΠΟΔΟΜΗΣ ΚΙΝΗΤΩΝ ****», η κοινοπραξία «****».

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού 3.499,88 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη την 1^η Μαρτίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου