

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 31 Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 29-4-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 913/5-5-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Την από 1-5-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 926/5-5-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής «δεύτερος προσφεύγων»).

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Του παρεμβαίνοντος προς απόρριψη της πρώτης προσφυγής, δεύτερου προσφεύγοντος.

Της παρεμβαίνουσας προς απόρριψη της πρώτης και της δεύτερης προσφυγής, ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...-...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής «πρώτη παρεμβαίνουσα»).

Της παρεμβαίνουσας προς απόρριψη της δεύτερης προσφυγής, ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...-...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής «δεύτερη παρεμβαίνουσα»).

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, οι προσφεύγοντες ζητούν την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 22-4-2021 με αριθμό ...-...Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος, ως προς την πρώτη προσφυγή απέκλεισε τον πρώτο προσφεύγοντα και ως προς τη δεύτερη, έκρινε αποδεκτές τις προσφορές του πρώτου και δεύτερου παρεμβαίνοντος, ως και της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...-...» στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την Ανάπλαση οδού Σταδίου από οδό Ικάρου έως οδό Διονυσίου, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 524.193,55 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 11-12-2020 ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 2.620,97 ευρώ και για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής παράβολο με αρ. ...και ποσού 2.621 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούνται οι από 29-4-2021 και από 1-5-2021 πρώτη και δεύτερη, αντίστοιχα, προσφυγές, στρεφόμενες κατά της από 22-4-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών και οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος, ως προς την πρώτη προσφυγή αποκλείσθηκε ο πρώτος προσφεύγων και ως προς τη δεύτερη προσφυγή του αποδεκτού δεύτερου προσφεύγοντος, κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των τριών προηγούμενων αυτού, διαγωνιζομένων. Εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούνται και οι από 15-5-2021 παρεμβάσεις του δεύτερου προσφεύγοντος και οι από 17-5-2021 παρεμβάσεις

του πρώτου και δεύτερου παρεμβαίνοντος, κατόπιν της από 5-5-2021 κοινοποίησης των προσφυγών. Η δε αναθέτουσα υποβάλλει τις από 18-5-2021 Απόψεις της και ο πρώτος προσφεύγων το από 25-5-2021 υπόμνημά του. Άρα, οι προσφυγές και οι παρεμβάσεις, πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων απεκλείσθη με την ακόλουθη αιτιολογία «Από τα παραπάνω αναφερόμενα και λαμβάνοντας υπόψη τα συνταχθέντα και υποβληθέντα Τ.Ε.Υ.Δ., διαπιστώνεται ότι ο συμμετέχων οικονομικός φορέας με επωνυμία “...” με το δ.τ. «...», εσφαλμένα στηρίζεται στις ικανότητες του οικονομικού φορέα «...» με δάνεια εμπειρία, προκειμένου να ικανοποιήσει το κριτήριο απαίτησης της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας , η οποία ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.) Διεύθυνση: Λεωφ. Θηβών 196 - 198, 182 33 Αγ. Ιωάννης Ρέντης, Κτίριο Κεράνης Τηλέφωνο: + 30 213 214 1216 e-mail: aepp@aepp-procurement.gr <http://www.aepp-procurement.gr> 8 υπολείπεται της κατηγορίας ΠΡΑΣΙΝΟΥ. Η Ε.Δ. διαπιστώνει ότι: 1) Ο συμμετέχων οικονομικός φορέας με επωνυμία “...” με το δ.τ. «...», δεν πληροί το κριτήριο καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, όπως προβλέπεται από τους όρους της διακήρυξης σύμφωνα με τα άρθρα 21 και 22.Β. καθώς υπολείπεται της κατηγορίας ΠΡΑΣΙΝΟΥ. Στηρίζεται εσφαλμένα στους τίτλους σπουδών και στα επαγγελματικά προσόντα τρίτου οικονομικού φορέα «...» με δάνεια εμπειρία, προκειμένου να ικανοποιήσει το κριτήριο άσκησης της επαγγελματικής του δραστηριότητας, ώστε να έχει το δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία του διαγωνισμού. Η στήριξη και η αναφορά των επαγγελματικών προσόντων του τρίτου φορέα, δεν δύναται να ληφθεί υπόψη σε αυτή την περίπτωση καθώς αξιολογείται από την Ε.Δ. το δικαίωμα συμμετοχής του στο διαγωνισμό, αλλά και στην περαιτέρω διαδικασία για την ανάθεση της σύμβασης (περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016 : σχετικό με αποδεικτικά στοιχεία τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016) . 2) Από τα ΤΕΥΔ του οικονομικού φορέα με επωνυμία «...”

με το δ.τ. «...» και του οικονομικού φορέα «...» δεν διαφαίνεται κάποια σχέση προσωρινής σύμπραξης (άρθρο 19 παρ. 2 του Ν.4412/2016). Αλλά και από το σύνολο των υποβληθέντων στοιχείων (ΤΕΥΔ, εγγυητική επιστολή, οικονομική προσφορά) της με α/α 177421 προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» με το δ.τ. «...» δεν διαφαίνεται κάποια σχέση προσωρινής σύμπραξης (άρθρο 19 παρ. 2 του Ν.4412/2016) ώστε από αυτή να εξασφαλίζεται το δικαίωμα συμμετοχής του οικονομικού φορέα με επωνυμία « ...» με το δ.τ. «...» στο διαγωνισμό.». Η δε διακήρυξη στο μεν άρ. 22.Β αυτής ορίζει ότι «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.), υπό το πρίσμα των μεταβατικών διατάξεων του άρθρου 65 παρ.1 του Π.Δ. 71/2019 (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το Ν.4635/2019) ή στα Νομαρχιακά Μητρώα στην κατηγορία/-ιες 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.», στο δε άρ. 21.1 ότι «21. 1 Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στις κατηγορίες ΟΔΟΠΟΙΪΑΣ - ΠΡΑΣΙΝΟΥ - ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ της περ. 7 της παρ. 1 του άρθρου 2 του Ν. 4412/2016». Συνεπώς, το δικαίωμα συμμετοχής περιορίζεται αποκλειστικά στους οικονομικούς φορείς που η εγγραφή τους στο ΜΕΕΠ καλύπτει σωρευτικά και τις τρεις ανωτέρω κατηγορίες έργων ή τις ενώσεις που συνδυαστικά τα μέλη τους πληρούν τις ανωτέρω 3 κατηγορίες, ενώ η κατ' άρ. 22Β ζητούμενη εγγραφή στο ΜΕΕΠ δεν αρκεί να υπάρχει γενικά και αόριστα, όπως εσφαλμένα επικαλείται ο μη έχων εξαρχής δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία, αλλά η εγγραφή του στο ΜΕΕΠ συναρτάται με το άρ. 21.1 της διακήρυξης και πρέπει να συντρέχει και να καλύπτει επί όλων των ανωτέρω κατηγοριών του έργου.

Αυτά άλλωστε, επιρρωνύονται και από το άρ. 76 παρ. 1 Ν. 4412/2016 που θεσπίζει την εγγραφή στις αρμόζουσες κατηγορίες του έργου ως επιπλέον κριτήριο καταλληλότητας σε σχέση με το κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας του άρ. 75 παρ. 2 Ν. 4412/2016 («1. Πέραν των οριζομένων στην παρ. 2 του άρθρου 75, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, ισχύουν τα ακόλουθα:

α) Στο Μ.Ε.ΕΠ. ή τα νομαρχιακά μητρώα, εγγράφονται οικονομικοί φορείς κατά κατηγορίες ή εξειδικευμένες επιχειρήσεις.

β) Όταν το έργο ανήκει αποκλειστικά σε μια κατηγορία του Μ.Ε.ΕΠ., δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στην κατηγορία αυτή. Ένα έργο θεωρείται ότι ανήκει αποκλειστικά σε μια κατηγορία αν ανήκουν στην κατηγορία αυτή πλέον του ενενήντα τοις εκατό (90%) των εργασιών του όλου έργου. Για τον υπολογισμό του ποσοστού αυτού δεν λαμβάνονται υπόψη τα απρόβλεπτα.

γ) Αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες διαφόρων κατηγοριών που καμιάς το ποσοστό δεν ξεπερνά το όριο της προηγούμενης παραγράφου, δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι για όλες τις κατηγορίες του έργου, καθώς και ενώσεις οικονομικών φορέων που να καλύπτουν τις κατηγορίες αυτές. Κατηγορία με ποσοστό εργασιών λιγότερο του δέκα τοις εκατό (10%) δεν λαμβάνεται υπόψη, μπορούν όμως τα έγγραφα της σύμβασης να ορίσουν διαφορετικά.

δ) Αν το έργο περιλαμβάνει αποκλειστικά αντικείμενο εξειδικευμένων οικονομικών φορέων του Μ.Ε.ΕΠ., δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στην αντίστοιχη κατηγορία και εξειδικευμένοι οικονομικοί φορείς, αν υπάρχουν, σε αντίστοιχες τάξεις. Τα δύο τελευταία εδάφια της περίπτωσης β' εφαρμόζονται και στην περίπτωση αυτή. Σε κάθε άλλη περίπτωση οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν.

ε) Σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτής, πρέπει να είναι εγγεγραμμένα στην κατηγορία του έργου που δημοπρατείται ή, αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες περισσότερων κατηγοριών, τουλάχιστον σε

μία από τις κατηγορίες του έργου που δημοπρατείται.»). Με το άρθρο 118 παρ.25 Ν.4472/2017,ΦΕΚ Α 74/19.5.2017,ορίζεται ότι "25. Με την έκδοση του προεδρικού διατάγματος της παραγράφου 20 καταργούνται τα άρθρα 80 έως 110 του ν. 3669/2008 που διατηρήθηκαν σε ισχύ με την περίπτωση 31 της παρ. 1 του άρθρου 377 του ν. 4412/2016 και τα άρθρα 39 και 40 του ν. 3316/2005, που διατηρήθηκαν σε ισχύ με την περίπτωση 40 της παρ. 1 του άρθρου 377 του ν. 4412/2016". Κατά το δε άρ. 45 ΠΔ 71/2019 ορίζεται ότι «Εγγραφή στο Τμήμα Ι του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. (άρθρο 75 παρ. 2 ν. 4412/2016) - καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας 1. Οι οικονομικοί φορείς εγγράφονται στο Τμήμα Ι του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. σε μια ή περισσότερες κατηγορίες έργων ή εξειδικευμένων εργασιών της παρ. 2 άρθρου, με αίτησή τους η οποία συντάσσεται σύμφωνα με υπόδειγμα που χορηγείται από την Υπηρεσία τήρησης του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.», κατά τη δε παρ. 2 του ίδιου άρθρου ορίζονται συγκεκριμένες κατηγορίες έργων, μεταξύ των οποίων και η κατηγορία πρασίνου. Εξάλλου, και κατ' άρ. 24 Ν. 4782/2021 που τροποποιεί το άρ. 76 Ν. 4412/2016, με έναρξη ισχύος πάντως, κατ' άρ. 142 παρ. 3 Ν. 4782/2021, για διαδικασίες που εκκινούν από 1-6-2021, εξακολουθεί και ορίζεται ότι «Κριτήρια επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου 1. Πέραν των οριζόμενων στην παρ. 2 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, ισχύουν τα ακόλουθα: α) Στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημόσιων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.) ή τα περιφερειακά μητρώα, εγγράφονται οικονομικοί φορείς κατά κατηγορίες ή εξειδικευμένες επιχειρήσεις. β) Όταν το έργο ανήκει αποκλειστικά σε μια κατηγορία του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε., δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στην κατηγορία αυτή. Ένα έργο θεωρείται ότι ανήκει αποκλειστικά σε μια κατηγορία, αν ανήκουν στην κατηγορία αυτή πλέον του ενενήντα τοις εκατό (90%) των εργασιών του όλου έργου. Για τον υπολογισμό του ποσοστού αυτού δεν λαμβάνονται υπόψη τα απρόβλεπτα. γ) Αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες διαφόρων κατηγοριών που καμιάς το ποσοστό δεν ξεπερνά το όριο της περ. β), δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι για

όλες τις κατηγορίες του έργου, καθώς και ενώσεις οικονομικών φορέων που να καλύπτουν τις κατηγορίες αυτές. Κατηγορία με ποσοστό εργασιών λιγότερο του δέκα τοις εκατό (10%) δεν λαμβάνεται υπόψη, μπορούν όμως τα έγγραφα της σύμβασης να ορίσουν διαφορετικά. δ) Αν το έργο περιλαμβάνει αποκλειστικά αντικείμενο εξειδικευμένων εργασιών οικονομικών φορέων, δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στην αντίστοιχη κατηγορία του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.. Τα δύο τελευταία εδάφια της περ. β) εφαρμόζονται και στην περίπτωση αυτή. Σε κάθε άλλη περίπτωση, οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής, μπορούν να συμμετέχουν. ε) Σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτής πρέπει να είναι εγγεγραμμένα στην κατηγορία του έργου που δημοπρατείται ή, αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες περισσότερων κατηγοριών, τουλάχιστον σε μία από τις κατηγορίες του έργου που δημοπρατείται.». Άρα, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του πρώτου προσφεύγοντος, ο οποίος εξάλλου δια των οικείων αιτιάσεων του ανεπικαίρως και απαραδέκτως αμφισβητεί τους ανεπιφύλακτα αποδεκτούς όρους της νυν διακήρυξης, περί υποχρέωσης εγγραφής του σε συγκεκριμένες κατηγορίες έργου, χωρίς δυνατότητα στήριξης σε τρίτους προς πλήρωση της οικείας προϋπόθεσης συμμετοχής, πάντως, ουδόλως δια των διατάξεων περί ΜΗΕΕΔΕ αναιρείται η συνάρτηση του κριτηρίου καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας με την εγγραφή σε συγκεκριμένες κατηγορίες, αντίθετα δε, επαναλαμβάνεται και επεξηγείται εισέτι περαιτέρω. Συνεπεία των ανωτέρω, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του, δεν συγχέει η αναθέτουσα την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα με την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, αλλά ο ίδιος, αποπειρώμενος να καλύψει την οικεία έλλειψη του με στήριξη σε τρίτο. Επιπλέον, ουδόλως η καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας αποδεικνύεται δια μόνης της εν γένει εγγραφής στο ΜΕΕΠ ή το ΜΗΕΕΔΕ, αλλά από την εγγραφή στις κατάλληλες σε σχέση με το έργο, κατηγορίες έργου που ορίζει η ανά περίπτωση διακήρυξη, ενώ οι τάξεις αφορούν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (Απόφαση ΑΕΠΠ 1013/2018).

Περαιτέρω, όσον αφορά την αιτίαση του πρώτου προσφεύγοντος ότι η εγγραφή στις κατηγορίες έργου δεν συνιστά κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγέλματος, διότι τέτοιο κριτήριο σε περίπτωση ένωσης πρέπει να συντρέχει επί κάθε μέλους ένωσης, ενώ στα έργα και στη νυν διακήρυξη, δύναται να καλύπτεται συνδυαστικά από τα μέλη της ένωσης, είναι αβάσιμη, διότι αγνοεί τη σαφή διαφοροποίηση του κριτηρίου καταλληλότητας μεταξύ προμηθειών/υπηρεσιών (όπου όντως ισχύει η μη συνδυαστική πλήρωση εκ των ενώσεων) και συμβάσεων έργου, όπου πέραν του γενικού άρ. 75 παρ. 2 Ν. 4412/2016, ισχύει η ειδική διάταξη του άρ. 76 παρ. 1 Ν. 4412/2016, που κατ' ειδικό τρόπο ρυθμίζει το κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας στις διαδικασίες ανάθεσης έργου, αλλά και τη συνδυαστική πλήρωση του σε περιπτώσεις ενώσεων. Ο δε προσφεύγων όπως και από το ΤΕΥΔ του προκύπτει είναι εγγεγραμμένος στο ΜΕΕΠ με ΑΡ. 13488 στις Τάξεις ΜΕΕΠ: ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ 2ης ΤΑΞΗΣ ΟΔΟΠΟΙΙΑ 2ης ΤΑΞΗΣ ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ 2ης ΤΑΞΗΣ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ 2ης ΤΑΞΗΣ και άρα, όχι στην απαιτούμενη σωρευτικά κατηγορία ΠΡΑΣΙΝΟΥ του έργου, με συνέπεια να μην έχει εξ αρχής δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων έργου με αντικείμενο που εμπλέκει κατηγορία ΜΕΕΠ Πρασίνου, όπως και η προκείμενη. Εξάλλου, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του, και ο ίδιος γνώριζε ότι το σχετικό κριτήριο καταλληλότητας και αναγκαίο προσόν για τη συμμετοχή του απαιτούσε εγγραφή και στην κατηγορία ΠΡΑΣΙΝΟΥ, εξ ου και στηρίχθηκε σε ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα ... ακριβώς για την κατηγορία αυτή, όπως προκύπτει και από το ΤΕΥΔ του ... με μόνη δηλούμενη κατηγορία ΜΕΕΠ, αυτήν του ΠΡΑΣΙΝΟΥ Α2 τάξης. Άρα, αν συνέτρεχαν οι αντίθετοι στο άρ. 76 Ν. 4412/2016 και τις διατάξεις του Ν. 3669/2008, ισχυρισμοί του προσφεύγοντα, ότι το κριτήριο επαγγελματικής δραστηριότητας ανάγεται μόνο στην εν γένει και ανεξαρτήτως κατηγορίας, εγγραφή στο ΜΕΕΠ, τότε δεν θα προέβαινε σε στήριξη σε τρίτο ούτε θα χρειαζόταν καν οιαδήποτε σχετικότητα οιασδήποτε κατηγορίας εγγραφής του με τις τρεις ζητούμενες, ο δε όρος 21.1 θα ήταν άνευ αντικειμένου και δεσμευτικότητας. Σε κάθε όμως περίπτωση, δεν νοείται στήριξη σε ικανότητες τρίτου προς πλήρωση κριτηρίου επιλογής καταλληλότητας

άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και τούτο αφενός κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 και τον όρο της διακήρυξης 22.ΣΤ («Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.»), που περιορίζουν τη στήριξη σε τρίτους αποκλειστικά σε κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Αφετέρου, διότι το ζήτημα της εγγραφής στις απαιτούμενες κατηγορίες έργου καθορίζει το εξαρχής θέμα του δικαιώματος συμμετοχής, το οποίο συνιστά προϋπόθεση για τον έλεγχο κάθε περαιτέρω πλήρωσης προσόντος και το δικαίωμα συμμετοχής κρίνεται επί του προσφέροντα ή της ένωσης προσφερόντων και δεν δύναται η έλλειψη τέτοιου δικαιώματος συμμετοχής του προσφέροντα να αναπληρωθεί από τρίτο (Απόφαση ΑΕΠΠ 1013/2018). Εξάλλου, το αβάσιμο των ισχυρισμών του πρώτου προσφεύγοντος επιρρωνύεται και από το γεγονός ότι δεδομένου πως δεν είναι εγγεγραμμένος γενικά στην κατηγορία ΠΡΑΣΙΝΟΥ, προφανώς δεν κατέχει και καμία τάξη στην κατηγορία ΠΡΑΣΙΝΟΥ και αν γινόταν δεκτό, ότι τυχόν καλύπτει τις απαιτήσεις περί κατηγορίας ΠΡΑΣΙΝΟΥ μέσω του τρίτου τότε πάντως θα έπρεπε ο τρίτος να εκτελέσει τις οικείες περί κατηγορίας ΠΡΑΣΙΝΟΥ εργασίες, αφού η εγγραφή στην οικεία κατηγορία συνιστά ειδικό προσωπικό προσόν του οικονομικού φορέα, πλην όμως ουδόλως ο πρώτος προσφεύγων, όπως προκύπτει από το ΤΕΥΔ του και το οικείο ερώτημα του ΜΕΡΟΥΣ IV ΕΝΟΤΗΤΑ Γ αυτού, ως και την εν γένει προσφορά του, αναθέτει, όπως επιβάλλει ο όρος 25.1 οιαδήποτε εργασία και υπεργολαβία στον Επιπλέον, η παραπάνω έλλειψη δεν είναι δεκτική διόρθωσης και δη ούτε υπό τη νέα, κατόπιν του άρ. 42 Ν. 4782/2021 μορφή του άρ. 102 Ν. 4412/2016 και ακόμη και αν αυτό θεωρείτο εφαρμοστέο στη νυν διαδικασία, παρόλο που αυτή δημοσιεύθηκε και οι προσφορές υποβλήθηκαν πριν την 9-3-2021, αφού τα παραπάνω δεν ανάγονται σε ένα τυπικό σφάλμα ή έλλειψη επί αποδεικτικού εγγράφου, αλλά ελλείπει εξαρχής κατά την υποβολή της προσφοράς και εξακολουθεί άλλωστε να ελλείπει, αναγκαίο ουσιαστικό προσόν συμμετοχής

που δεν κατείχε και δεν προκύπτει πως κατέχει ο πρώτος προσφεύγων (ο οποίος κατόπιν ελέγχου στη δημόσια βάση δεδομένων ΜΕΕΠ δεν εμφανίζεται εγγεγραμμένος στην κατηγορία ΠΡΑΣΙΝΟΥ), με συνέπεια απαραδέκτως να έχει μετάσχει. Άρα, μη νομίμως και απαραδέκτως αποπειράθηκε ο μεμονωμένος προσφέρων προσφεύγων να στηριχθεί σε ικανότητες τρίτου ως προς την κατηγορία ΜΕΕΠ Πρασίνου, προσόν που ο ίδιος δεν κατέχει και σε κάθε περίπτωση, η στήριξη στον τρίτο, δεν αναιρεί την εκ του προσφεύγοντος έλλειψη του απαραίτητου να συντρέχει στο πρόσωπο του προσόντος της εγγραφής στην κατηγορία ΜΕΕΠ Πρασίνου, τόσο ως κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, όσο και ως προϋπόθεση του δικαιώματος συμμετοχής του στη διαδικασία. Συνεπώς, κατ' απόρριψη των ισχυρισμών του πρώτου προσφεύγοντα, νομίμως αυτός απεκλείσθη και η πρώτη προσφυγή είναι απορριπτέα.

4. Επειδή, όσον αφορά τη δεύτερη προσφυγή, ο όρος 3.1 ορίζει πως «Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος /συντονιστής αυτής.» Άρα, πρώτον, ουδόλως είναι υποχρεωτική η δήλωση «κοινού εκπροσώπου», η οποία έχει την έννοια προσδιορισμού φυσικού προσώπου με εξουσία να υπογράφει την προσφορά για λογαριασμό όλων των μελών της ένωσης, αλλά τέτοιος κοινός εκπρόσωπος πρέπει να οριστεί μόνο αν η προσφορά δεν υπογράφεται από όλα τα μέλη της ένωσης. Δεύτερον, σε αντίθεση με τον κοινό εκπρόσωπο, απαιτείται πάντως, η δήλωση «εκπροσώπου/συντονιστή» της ένωσης, η οποία όμως, δεν ταυτίζεται με την έννοια του «κοινού εκπροσώπου»/φυσικού προσώπου με εξουσιοδότηση υπογραφής της προσφοράς, αλλά αφορά το μέλος της ένωσης-οικονομικό φορέα, ο οποίος συντονίζει και εκπροσωπεί την ένωση, όχι για την υπογραφή της προσφοράς, αλλά ενώπιον της αναθέτουσας, ως προς την εκτέλεση. Η

απαίτηση για εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης, αφενός σημαίνει ότι ένα εκ των μελών θα πρέπει να επιτελεί τέτοιο ρόλο χωρίς να γίνεται δεκτό να μην υπάρχει επικεφαλής/συντονιστής ή να αποτελούν όλα τα μέλη από κοινού συντονιστές και να μην υπάρχει κανένας συντονιστής, αφετέρου η παραπάνω απαίτηση δεν αναπληρώνεται ούτε ταυτίζεται ούτε ισοδυναμεί με την απαίτηση για κοινό εκπρόσωπο της ένωσης, ήτοι φυσικό πρόσωπο που εκπροσωπεί, αλλά αφορά μέλος της ένωσης-οικονομικό φορέα που θα επιτελεί χρέη επικεφαλής της ένωσης (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 1066/2020). Εξάλλου, με τη ΣτΕ ΕΑ 163/2020, σκ. 13, κρίθηκε ότι «με το άρθρο 37 παρ. 2 της οδηγίας 2014/25 -το περιεχόμενο του οποίου αποδίδεται με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 254 παρ. 2 του ν. 4412/2016- προβλέφθηκε η δυνατότητα των αναθετόντων φορέων να εισάγουν ειδικούς όρους σχετικά με τον τρόπο πλήρωσης των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και τον τρόπο εκτέλεσης της σύμβασης από ενώσεις οικονομικών φορέων, όπως για παράδειγμα, σύμφωνα με τις επεξηγήσεις της οικείας αιτιολογικής σκέψης της οδηγίας (18), «η απαίτηση να ορισθεί κοινός εκπρόσωπος ή επικεφαλής εταίρος [όρος που αποδίδεται ως lead partner στην αγγλική έκδοση της οδηγίας] για τους σκοπούς της διαδικασίας των προμηθειών ή η απαίτηση λήψης πληροφοριών σχετικά με τη σύνθεση των ενώσεων». Στις απαιτήσεις αυτές αντιστοιχούν και τα πεδία που περιελήφθησαν στο υπόδειγμα ΕΕΕΣ του κανονισμού 2016/7 της Επιτροπής, όπου οι οικονομικοί φορείς που μετέχουν στη διαδικασία από κοινού με άλλους καλούνται, μεταξύ άλλων, να δηλώσουν τον ρόλο τους στην ένωση, μεταξύ άλλων, ως απλά μέλη ή 'επικεφαλής' -και ήδη 'συντονιστές, κατά τα εκτεθέντα ανωτέρω- και να παράσχουν στοιχεία σχετικά με τους εκπροσώπους τους. Συναφώς, το άρθρο 96 παρ. 7 του ν. 4412/2016, οι διατάξεις του οποίου επαναλαμβάνονται με το άρθρο 3,1 της διακήρυξης, περιέχει ειδικούς όρους σχετικά με οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία από κοινού με άλλους. Συγκεκριμένα, στην παράγραφο αυτή προβλέπεται στο μεν πρώτο εδάφιο η δυνατότητα της ένωσης να χρησιμοποιεί νομίμως εξουσιοδοτημένο κοινό εκπρόσωπο για την υποβολή της προσφοράς, διάταξη η οποία, κατά λογική αναγκαιότητα,

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 σχέσεις 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 αναθέτοντος 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.». Στην ίδια ως άνω απόφαση του ΣΤΕ επί πανομοιότυπων όρων διακήρυξης, ως η προκείμενη, περαιτέρω κρίθηκε ότι «το περιεχόμενο της προσφοράς και ο τρόπος απόδειξης των προϋποθέσεων συμμετοχής που πρέπει να πληρούν οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς δεν εναπόκεινται στη διακριτική ευχέρεια των διαγωνιζομένων, αλλά καθορίζονται, κατ' επιταγή των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων που διέπουν τη διαγωνιστική διαδικασία, βάσει δεσμευτικών διατάξεων της διακήρυξης. Εν προκειμένω, η διακήρυξη ορίζει ότι η προσφορά που υποβάλλεται από τους οικονομικούς φορείς απαρτίζεται από τους (υπο)φακέλους των δικαιολογητικών συμμετοχής και της οικονομικής προσφοράς, εκ των οποίων ο πρώτος περιέχει το ΕΕΕΣ και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Το δε ΕΕΕΣ αποτελεί το ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τους όρους που καθορίζονται στη διακήρυξη. Συνεπώς, εφ' όσον η διακήρυξη δεν προβλέπει ειδικώς την προσκόμιση άλλου δικαιολογητικού κατά την υποβολή της προσφοράς σχετικά με τον ορισμό εκπροσώπου/συντονιστή, ο ορισμός αυτού πρέπει να περιλαμβάνεται στο ΕΕΕΣ, σε απάντηση του ειδικού, άλλωστε προς τούτο, πεδίου του Μέρους II Κεφάλαιο Α σχετικά με τον ρόλο του οικονομικού φορέα

στην ένωση, μη ούσης επιτρεπτής της υποκατάστασης του προβλεπόμενου από τη διακήρυξη (προ)αποδεικτικού εγγράφου (ΕΕΕΣ) με την υποβολή άλλων εγγράφων που είτε δεν προβλέπονται στη διακήρυξη είτε η προσκόμισή τους προβλέπεται μεν αλλά σε επόμενο στάδιο της διαδικασίας (πρβλ. Ε.Α. 145/2019). Εν όψει των ανωτέρω, πιθανολογείται σοβαρώς ότι δεν μπορούσε στο προβλεπόμενο από τη διακήρυξη στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης να ληφθεί υπ' όψιν, είτε συμπληρωματικώς είτε διορθωτικώς, το από ... συμφωνητικό σύστασης της ένωσης, με το οποίο τα μέλη της αιτούσας όριζαν ως συντονιστή ένα εκ των εταιρειών μελών της -ορισμός που ερχόταν άλλωστε σε αντίθεση με τη δήλωση στο ΕΕΕΣ της εταιρείας αυτής ως απλού μέλους και όχι ως συντονιστή-, αφού το έγγραφο αυτό δεν αποτελούσε κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη περιεχόμενο της προσφοράς που έπρεπε να υποβληθεί εντός της οριζόμενης καταληκτικής προθεσμίας, αντιθέτως η προσκόμισή του προβλεπόταν μόνον από τον προσωρινό ανάδοχο στο μεταγενέστερο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και των αποδεικτικών εγγράφων νομιμοποίησης». Στην απόφαση αυτή, τέλος, κρίθηκε ότι «Η δε αιτούσα, παρά το γεγονός ότι είχε ορίσει με το από ... συμφωνητικό σύστασης ως συντονιστή της την εταιρεία μέλος, στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ όπου ζητείτο να δηλωθεί ο ρόλος του οικονομικού φορέα στην ένωση, δεν δήλωσε την εταιρεία αυτή ως συντονιστή, αλλά ως απλό μέλος αυτής. Η ανακριβής αυτή δήλωση στο ΕΕΕΣ που είχε ως συνέπεια να μην ανταποκριθεί η αιτούσα στην επί ποινή αποκλεισμού υποχρέωσή της να ορίσει με την προσφορά της εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης». Συνεπώς, ρύθμιση περί εκπροσώπησης εκ φυσικού προσώπου-κοινού εκπροσώπου δεν αρκεί και ούτε η διαχείριση ή εκπροσώπηση της ένωσης έως το πέρας του διαγωνισμού ή μη συνεπάγεται ούτε δύναται να ερμηνευθεί ως ορισμός συντονιστή/επικεφαλής εταίρου/εκπροσώπου υπό την ανωτέρω έννοια, καθώς τέτοιες συναγωγές θα προκαταλάμβαναν τη βούληση των μελών της ένωσης και θα οδηγούσαν σε εκ της αναθέτουσας ή εκ της ΑΕΠΠ ορισμό και συντονιστή της ένωσης κατά την εκτέλεση, προς το πρώτον συμπλήρωση εξαρχής και ρητά επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενου, στοιχείου και δήλωσης της προσφοράς (βλ. και

Αποφάσεις ΑΕΠΠ 49/2021 και 209/2021 και βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Επταμελούς Ε10/2021, σκ. 27). Η ένωση «...-...», κατά το ΜΕΡΟΣ ΙΙ των ΤΕΥΔ των μελών της προκύπτει ότι αναφέρει τα εξής «α) ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΣΤΙΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΕΣ ΟΔΟΠΟΙΙΑ ΚΑΙ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 100%, ΕΙΝΑΙ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...με δ.τ. ... β) ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΣΤΗΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 100%, ΕΙΝΑΙ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ... γ) ...με δ.τ. ... – ...ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ/ΣΥΝΤΟΝΙΣΤΗΣ ΤΗΣ ... ΟΡΙΖΕΤΑΙ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...με δ.τ. ...». Άρα και συντονιστή ορίζει μέλος της και ορίζει την κατανομή εργασιών μεταξύ των μελών της. Πλην όμως, δεν ορίζει τίποτα σχετικά με κατανομή αμοιβής και αυτό ενώ ανωτέρω, ο κάθε οικονομικός φορέας δεν αναλαμβάνει γενικώς ένα ποσοστό επί εργασιών ή επί της σύμβασης, ώστε τυχόν να ερμηνευθεί ότι εννοεί ότι θα αναλάβει και την αναλογούσα αμοιβή, αλλά με ρητό τρόπο ορίζονται οι σχετικές κατανομές, ειδικά «για την εκτέλεση των εργασιών», χωρίς ούτως κάποιον προσδιορισμό, που θα επέτρεπε τη συναγωγή ότι αντιστοίχως και κατά την αξία των σχετικών προς εκτέλεση εργασιών, θα κατανεμηθούν και οι επιμέρους αμοιβές. Το δε γεγονός πως κατά λογική ακολουθία, θα ήταν εύλογο να κατανεμηθούν αντιστοίχως και τα ποσοστά αμοιβής, συνιστά μια υπόθεση, χωρίς έρεισμα πάντως στην ως άνω δήλωση και την προσφορά και επί της ουσίας αποτελεί ανεπίτρεπτη το πρώτον συμπλήρωση αυτών με νέο περιεχόμενο, ως και απαράδεκτη και ανεπίκαιρη πλέον και κατόπιν της ανεπιφυλάκτου συμμετοχής της ως άνω ένωσης, επί της ουσίας αμφισβήτηση του ρητού όρου της διακήρυξης περί συγκεκριμένης δήλωσης ως προς την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης. Εξάλλου, κατά τον ως άνω όρο της διακήρυξης «επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους» και άρα, ακόμη και όταν δεν προσδιορίζεται διακριτά και ειδικά η κατανομή αμοιβής, αυτή θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να προκύπτει πως προσδιορίζεται και συμπεριλαμβάνεται στην κατανομή των εργασιών, πράγμα που δεν ισχύει εν προκειμένω, λόγω σαφούς και ειδικής αναφοράς

αποκλειστικά σε ευθύνη για εκτέλεση συγκεκριμένων εργασιών. Άρα, η προσφορά της ως άνω ένωσης είναι αποκλειστέα, λόγω μη προσδιορισμού κανενός στοιχείου περί κατανομής αυτής καθαυτής της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης. Η «...-...», κατά τα ΤΕΥΔ των μελών της προκύπτει πως αμφότερα δηλώνουν στο ερώτημα περί του ρόλου τους στην ένωση, απλά «ΜΕΛΗ», χωρίς να έχουν ορίσει συντονιστή και χωρίς τούτο να προκύπτει καθ' οιονδήποτε τρόπο από την προσφορά της και άρα, η προσφορά της είναι αποκλειστέα. Περαιτέρω, αναφέρουν ότι η ...θα αναλάβει ποσοστό συμμετοχής 100% στα έργα οδοποιίας και 100% στα ηλεκτρομηχανολογικά έργα, ο δε ... 100% στα έργα πρασίνου. Επομένως, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του δεύτερου προσφεύγοντος, έχουν δηλώσει κατανομή εργασιών, αλλά και αμοιβής μεταξύ τους, αφού η δήλωση περί «ποσοστών συμμετοχής», όντας γενική και ουδόλως τυχόν αναφερόμενη ειδικώς επί της εκτέλεσης, καταρχήν προκύπτει πως αναφέρεται συνολικά στις εργασίες, ως φυσικό και οικονομικό αντικείμενο, αφού η αναφορά των ΤΕΥΔ τους ανάγεται σε εν γένει ποσοστά συμμετοχής επί ομάδων εργασιών και ενώ άλλωστε, δεδομένου του ως άνω στοιχείου που υπάρχει πάντως στην προσφορά, αν η αναθέτουσα αμφέβαλλε ή θεωρούσε ασαφές ότι προκύπτουν εκ των ανωτέρω δηλώσεων, εκτός των κατανομών ποσοστών επί εργασιών και οι κατανομές αμοιβής, δύνατο να ζητήσει κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 σχετικές διευκρινίσεις. Πλην όμως, κατά τα ανωτέρω, η ως άνω ένωση είναι αποκλειστέα δια μόνου του λόγου της μη δηλώσεως, αλλά και του μη ορισμού συντονιστή, η οποία δεν είναι το πρώτον και άνευ οιονδήποτε στην προσφορά ερείσματος να συμπληρωθεί, καθώς αυτό θα προϋπέθετε το πρώτον σχετική συμφωνία των μερών και άρα, μεταβολή της ρητής ιδιότητας ενός εξ αυτών, ως μέλους, με συνέπεια την ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς και την αλλαγή των καθηκόντων κάθε μέλους, εν μέσω της αξιολόγησης. Η «...-...», στα ΤΕΥΔ των μελών της αναφέρει, σχετικά με την κατανομή ρόλων στα μέλη της ένωσης τα εξής «α) Κάλυψη απαίτησης κατηγορίας εργασιών Οδοποιίας και Ηλεκτρομηχανολογικών στο Μ.Ε.ΕΠ. β) ..., ΑΦΜ ..., δ/νση ..., ..., με ΜΕΕΠ γ) ... α) ... με δ.τ. «...», ΑΦΜ ..., δ/νση ..., ..., β) ..., ΑΦΜ ..., δ/νση ..., ..., με διακριτικό τίτλο: «... ... – ...», ενώ με την

προσφορά της υπέβαλε και δήλωση των μελών περί σύστασης ένωσης που αναφέρει τα εξής «ην οποία συμμετέχουμε με ποσοστά: «...»: 100% των Εργασιών Οδοποιίας, 100% των Ηλεκτρομηχανολογικών, «...» 100% των Εργασιών Πρασίνου για τη συμμετοχή στη δημοπρασία για την κατασκευή του έργου «ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΟΔΟΥ ... ΑΠΟ ΟΔΟ ... ΕΩΣ ΟΔΟ ...», που θα διεξαχθεί ηλεκτρονικά μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, από το Δήμο ..., με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 29/12/2020, καθώς και για κάθε επανάληψη αυτής. Επιπλέον δηλώνουμε ότι: • Ο καθένας μας έχει τα υπό της διακήρυξης οριζόμενα προσόντα. • Ευθυνόμαστε εξ' ολοκλήρου και αλληλέγγυα απέναντι στον εργοδότη. • Κοινός εκπρόσωπος της ένωσης ορίζεται ο ..., νόμιμος εκπρόσωπος της «...» με Α.Δ.Τ. ... • Τα ποσοστά της ένωσης είναι: «...»: 100% των Εργασιών Οδοποιίας, 100% των Ηλεκτρομηχανολογικών, «...» 100% των Εργασιών Πρασίνου». Άρα και εν προκειμένω, υπάρχει το στοιχείο κατανομής ποσοστών των μελών επί ομάδων εργασιών, χωρίς να προκύπτει πως δεν καλύπτει την κατανομή αμοιβών και σε κάθε περίπτωση ενώ και αν υπήρχε προς τούτο αμφιβολία, δύνατο να διευκρινιστεί. Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο δεύτερος προσφεύγων, ουδόλως προκύπτει εξ οιουδήποτε εγγράφου, τυχόν ορισμός συντονιστή εκ των μελών της ένωσης, ενώ ουδόλως τούτο αναπληρώνεται από τον ορισμό κοινού εκπροσώπου και δη, ως κοινού εκπροσώπου του νόμιμου εκπροσώπου του μέλους ..., αφού ουδόλως αυτό δύναται να ερμηνευθεί ως ανάθεση στην ... καθηκόντων συντονιστή της ένωσης ούτε είναι δυνατόν να υποκατασταθεί η εντός του ίδιου του συμφωνητικού σύστασης της ένωσης, βούληση των μερών, ώστε να απονεμηθούν πρόσθετες ιδιότητες και εξουσίες σε έναν εκ των δύο οικονομικών φορέων και ενώ το γεγονός πως ο έχων την ιδιότητα νομίμου εκπροσώπου του ενός, με ιδιότητα ανωνύμου εταιρείας άλλωστε, θα αναλάβει κοινός εκπρόσωπος της ένωσης, δεν σημαίνει ότι το μέλος της ένωσης-ανώνυμη εταιρεία θα συντονίζει την ένωση και θα αποτελεί τον συντονιστή και της έτερης εταιρείας-μέλους της ένωσης. Σε αντίθεση δε με τους ισχυρισμούς της ως άνω ένωσης, αφενός η διαδικασία δεν καταλαμβάνεται από το άρ. 102 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρ. 42 Ν. 4782/2021, αφού και

προκηρύχθηκε και οι προσφορές υποβλήθηκαν με καταληκτικό χρόνο την 29-12-2020 και άρα, πριν την 9-3-2021, χωρίς ο Ν. 4782/2021 να περιλαμβάνει διάταξη περί αναδρομικής εφαρμογής και περί του ότι καταλαμβάνει εκκρεμείς κατά την έκδοση του διαδικασίες και δη, ενώ έχουν λήξει οι καταθέσεις προσφορές κατά τον χρόνο αυτό. Αφετέρου και ασχέτως των ανωτέρω και ακόμη και αν θεωρηθεί εφαρμοστέα η διάταξη του νέου άρ. 102, όπως τροποποιήθηκε, τούτο επιτρέπει τη διόρθωση σφαλμάτων και ελλείψεων επί των προσφορών, όχι όμως τη μεταβολή των προσφορών κατά την αξιολόγηση. Επομένως, δεν είναι δυνατή, ακόμη και υπό την ισχύ της οικείας διάταξης, η το πρώτον συμφωνία μεταξύ των μελών της ένωσης, χωρίς ουδέν επί της προσφοράς και στοιχείων που ίσχυαν κατά τον χρόνο υποβολής της, διάστημα, προς το πρώτον προσδιορισμό συντονιστή εκ των μελών της, καθώς τούτο θα συνιστούσε επί της ουσίας επανυποβολή προσφοράς και το πρώτον, όχι απλά δήλωση, αλλά και δημιουργία και συμφωνία, στοιχείου αναγκαίου να συντρέχει κατά τον χρόνο υποβολής της. Ουδόλως δε ο σκοπός της νέας διάταξης ήταν να μετατρέψει τις διευκρινίσεις σε τρόπο επανυποβολής προσφοράς, αλλά να αποτρέψει τον αποκλεισμό προσφορών για τυπικά σφάλματα και ελλείψεις επί αποδεικτικών εγγράφων, αποδεικτικών εγγράφων που πάντως ανατρέχουν στον χρόνο της προσφοράς. Άλλωστε, το νέο άρ. 102 Ν. 4412/2016 ισχύει παράλληλα με το άρ. 104 Ν. 4412/2016, κατά το οποίο, όπως εξακολουθεί και ισχύει, τα προσόντα συμμετοχής πρέπει ήδη να συντρέχουν κατά τον χρόνο της προσφοράς, ενώ το άρ. 102 ουδόλως διαθέτει κάποια υπέρτερη κανονιστική προτεραιοποίηση σε σχέση με τις λοιπές συνισχύουσες μετ' αυτού διατάξεις του Ν. 4412/2016. Επομένως, δια των διευκρινίσεων δεν είναι δυνατή η το πρώτον κτήση προσόντος συμμετοχής και η το πρώτον πλήρωση ουσιαστικού όρου συμμετοχής στη διαδικασία, όπως ακριβώς συνιστά η υποχρέωση, κατά τη διακήρυξη, ήδη κατά τον χρόνο της προσφοράς να έχει συμφωνηθεί και δηλωθεί συντονιστής εκ των μελών της ένωσης. Τούτο ενώ άλλωστε, ουδόλως επικαλείται η ως άνω ένωση ότι διαθέτει τυχόν απόδειξη ότι έχει συμφωνηθεί τέτοιος συντονιστής εκ των μελών της, πριν την προσφορά και ότι απλώς το έγγραφο απόδειξης τούτου δεν υπεβλήθη και άρα, αλυσιτελώς προβάλλονται οι

σχετικοί ισχυρισμοί της, αφού και αν ακόμη καλείτο να υποβάλει διορθωτικά σχετικά στοιχεία, θα υπέβαλλε το πρώτον συμφωνία ορισμού συντονιστή, ήτοι, σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως. Άρα, κατ' απόρριψη των ισχυρισμών της πρώτης παρεμβαίνουσας, η προσφορά της ως άνω ένωσης είναι απορριπτέα.

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η πρώτη Προδικαστική Προσφυγή, να γίνει δε δεκτή η δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνουν δεκτές οι στρεφόμενες κατά της πρώτης προσφυγής, παρεμβάσεις και να απορριφθούν οι κατά της δεύτερης προσφυγής, παρεμβάσεις. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτές τις προσφορές των ενώσεων «...-...», η «...-...» και η «...-...».

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το παράβολο με αρ. ... και ποσού 2.620,97 ευρώ και να επιστραφεί το παράβολο με αρ. ...και ποσού 2.621 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την πρώτη Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται τη δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται τις Παρεμβάσεις του δεύτερου προσφεύγοντα και της πρώτης παρεμβαίνουσας κατά της πρώτης Προσφυγής.

Απορρίπτει τις Παρεμβάσεις της πρώτης και δεύτερης παρεμβαίνουσας κατά της δεύτερης Προσφυγής.

Ακυρώνει τη με αριθμό ...-...Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτές τις προσφορές των ενώσεων «...-...», η «...-...» και η «...-...».

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με αρ. ... και ποσού 2.620,97 ευρώ και την επιστροφή του παραβόλου με αρ. ...και ποσού 2.621 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31-5-2021 και εκδόθηκε στις 14-6-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ**