

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 10 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Αικατερίνη Ζερβού, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.10.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1412/10.10.2022 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης αποτελούμενης από τους οικονομικούς φορείς α) ... με τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο ..., επί της οδού ..., αρ. ... και β) ... με τον διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ..., με τον διακριτικό τίτλο: «....» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «... ..» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στο ..., επί της ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, που άσκησε παρέμβαση στο πλαίσιο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί ολικά ή μερικά η υπ' αρ. 870/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...-...) (εφεξής η «προσβαλλομένη»), κατά το μέρος ως προς το οποίο τη βλάπτει, δηλαδή κατά το μέρος ως προς το οποίο, με αυτή, γίνονται δεκτές, μεταξύ άλλων, η προσφορά της παρεμβαίνουσας, που κατατάχθηκε σε καλύτερη θέση από τη θέση της προσφεύγουσας στη σειρά μειοδοσίας, και η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «... “... ..”», που κατατάχθηκε μετά από τη θέση της προσφεύγουσας στη σειρά μειοδοσίας, καθώς και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ ποσού 5.161.290,32 €.

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. πρωτ. .../07.06.2022 Διακήρυξης ανοικτής διαδικασίας μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Διαμόρφωση και οικολογική αναβάθμιση κοινόχρηστων χώρων ...» (Υποέργο1: «Δράσεις αστικής αναζωογόνησης στο» εκτιμώμενης αξίας 5.161.290,32 €, με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), σύμφωνα με το άρ. 14 αυτής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 07.06.2022, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στις 09.10.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, με τη

χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν, δοθέντος ότι η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στις 29.09.2022, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία». Μετ' εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή καθότι κατετάγη δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, στρέφεται δε τόσο κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, στην οποία ανατέθηκε η σύμβαση, δυνάμει της προσβαλλομένης, όσο και κατά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «....» που κατετάγη τρίτη στη σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνοντας ειδικότερα το έννομο συμφέρον της στη ζημία της από την τυχόν παράνομη συμμετοχή έτερων προσφερόντων (ΔΕΕ, απόφαση της 14.02.2019, C-54/18 - Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo, σκ. 35-37), επιδιώκοντας την ανάθεση της σύμβασης σε αυτήν.

5. Επειδή στις 12.10.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στους ενδιαφερόμενους, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 1994/2022 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να καταθέσει τις απόψεις της.

7. Επειδή στις 17.10.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α774/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ η οποία δέχθηκε το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας και διέταξε την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή στις 20.10.2022 η παρεμβαίνουσα άσκησε παρέμβαση εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, καθότι σε αυτήν ανατέθηκε η επίμαχη σύμβαση, αιτείται δε την απόρριψη της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

9. Επειδή στις 24.10.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις υπ' αρ. πρωτ. 105930/24.10.2022 απόψεις της.

10. Επειδή με την προσβαλλομένη με θέμα 15ο «Επικύρωση του πρακτικού Ι «Αξιολόγηση προσφορών - έλεγχος δικαιολογητικών συμμετοχής & οικονομικής προσφοράς» και «Αξιολόγηση των εξηγήσεων εκ μέρους του οικονομικού φορέα «...» για την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά με Α/Α 256240, του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού του έργου «Διαμόρφωση και οικολογική αναβάθμιση κοινόχρηστων χώρων ...» (Υποέργο1: «Δράσεις αστικής αναζωογόνησης στο»». (... ...).» η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε ομόφωνα ότι «Α. *Επικυρώνει το με χρονολογία 16-09-2022 πρακτικό Ι αποσφράγισης – αξιολόγησης προσφορών - έλεγχος δικαιολογητικών συμμετοχής & οικονομικής προσφοράς*» και «Αξιολόγηση των εξηγήσεων εκ μέρους του οικονομικού φορέα «...», του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού του έργου «Διαμόρφωση και οικολογική αναβάθμιση κοινόχρηστων χώρων ...» (Υποέργο1: «Δράσεις αστικής αναζωογόνησης στο»»), το οποίο περιλαμβάνεται στο συνημμένο στη παρούσα απόφαση παράρτημα. Β. Απορρίπτει την αιτιολόγηση του οικονομικού φορέα: «...», για την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά του για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά στο ανωτέρω πρακτικό και τον αποκλείει από τον διαγωνισμό. Γ. Ορίζει ως προσωρινό ανάδοχο τον 2ο μειοδότη οικονομικό φορέα: «... ... με το διακριτικό τίτλο: «...», ο οποίος προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο με βάσει τιμής, με μέση έκπτωση 20,08% και με δαπάνη 4.126.458,09€ (χωρίς ΦΠΑ 24%) ή 5.116.808,03€ (συμπερ. ΦΠΑ 24%).».

11. Επειδή η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής της υποστηρίζει ότι η επίκληση δάνειας εμπειρίας από την παρεμβαίνουσα για την κάλυψη των κριτηρίων της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τίτλους σπουδών και επαγγελματικά προσόντα είναι απαράδεκτη λόγω παράλειψης δήλωσης υπεργολαβίας στο ΕΕΕΣ της και επικουρικά υποστηρίζει ότι υπεβλήθη

ψευδές- ανακριβές ΕΕΕΣ. Ειδικότερα, παραθέτει διατάξεις της Διακήρυξης και του Ν. 4412/2016 από τις οποίες υποστηρίζει ότι προκύπτει πως παρέχεται η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων προς πλήρωση των κριτηρίων επιλογής των υποάρθρων 22.Γ και 22.Δ. της Διακήρυξης (θεσμός της «δάνειας εμπειρίας»), σε περίπτωση δε, που η εν λόγω στήριξη αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του προσωπικού, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες, για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Εν προκειμένω, ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα στο ΕΕΕΣ της δηλώνει ότι θα στηριχθεί στις ικανότητες άλλου φορέα για την κάλυψη των κριτηρίων της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τίτλους σπουδών και επαγγελματικά προσόντα της κατηγορίας Πρασίνου, αφετέρου αρνείται την υπεργολαβική ανάθεση της εκτέλεσης του αντίστοιχου τμήματος της σύμβασης στον εν λόγω φορέα, υποστηρίζει δε ότι, σε περίπτωση στήριξης σε τρίτο προς πλήρωση κριτηρίου, που αφορά τίτλους σπουδών και επαγγελματικά προσόντα, η στήριξη αυτή προϋποθέτει για το παραδεκτό της επίκλησής της και την ανάθεση στον τρίτο των οικείων εργασιών που σχετίζονται με τις ικανότητες που παρέχει ως στήριξη, χωρίς να αρκεί οποιασδήποτε άλλης μορφής επίκληση διάθεσης πόρων στον προσφέροντα και πως, συνεπώς, σε τέτοια περίπτωση, ως η προκείμενη, ο τρίτος παρέχων στήριξη είναι συγχρόνως αναγκαία και υπεργολάβος, σε αντίθετη δε περίπτωση, απαραδέκτως τυγχάνει επίκλησης προς πλήρωση του κριτηρίου επιλογής και δεν λαμβάνεται υπόψη η στήριξή του. Επιπλέον, αναφέρει ότι ενώ στο Μέρος II, τμήμα Γ του ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας δηλώνεται στήριξη στον τρίτο φορέα «...» για την κάλυψη του κριτηρίου της ελάχιστης βασικής στελέχωσης Πρασίνου, 1 ΜΕΚ Δ' ή 2 ΜΕΚ Γ' ή 1 ΜΕΚ Γ' και 2 ΜΕΚ Β', της Διακήρυξης, που προϋποθέτει την εκτέλεση των συγκεκριμένων εργασιών από τον παρέχοντα τη στήριξη (δηλαδή υπεργολαβική ανάθεση), παράλληλα, στο Μέρος IV, τμήμα Γ του ίδιου ΕΕΕΣ δηλώνεται ότι δεν θα ανατεθεί σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας κανένα μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης και πως το ιδιωτικό συμφωνητικό, το

οποίο προσκομίζει με τον δανείζοντα οικονομικό φορέα ... του ... είναι εντελώς ασαφές και αόριστο ως προς την έκταση των υποχρεώσεων του τελευταίου, χωρίς να αναφέρει ρητά την ιδιότητα του ως υπεργολάβου και την εκτέλεση εκ μέρους του συγκεκριμένου μέρους της σύμβασης. Ακόμη, υποστηρίζει ότι η παράλειψη αυτή στο ΕΕΕΣ δήλωσης της υπεργολαβίας και του συγκεκριμένου τμήματος των εργασιών που θα εκτελέσει ο υπεργολάβος καθιστά απαράδεκτη την επίκληση της δάνειας εμπειρίας του τρίτου και σε κάθε περίπτωση ανακριβές το Ε.Ε.Ε.Σ., εφόσον ο τρίτος είναι όντως υπεργολάβος της προσφέρουσας με συνέπεια η υπό κρίση προσφορά να είναι όλως ελλιπής και απαράδεκτη. Επί του λόγου αυτού η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι σε περίπτωση προσφυγής στην δάνεια εμπειρία, σε ό,τι αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τίτλους σπουδών και επαγγελματικά προσόντα, ο υποψήφιος πρέπει μεν να είναι σε θέση να αποδείξει ότι ο παρέχων σε αυτόν δάνεια εμπειρία θα εκτελέσει τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, πλην όμως η διακήρυξη, όπως εξάλλου και ο νόμος (άρθρο 78 ν. 4412/2016) ουδόλως απαιτούν αυτό να γίνει στο πλαίσιο υπεργολαβίας και πως ο δανείζων την εμπειρία μπορεί κάλλιστα να συνδέεται με τον υποψήφιο με σύμβαση συνεργασίας, στο πλαίσιο της οποίας ο πρώτος δεσμεύεται ότι θα παρέχει στον δεύτερο όλη την αναγκαία τεχνογνωσία / εμπειρία και ότι θα του διαθέτει το απαιτούμενο προσωπικό / εξοπλισμό κλπ., προκειμένου να εκτελέσουν από κοινού, υπό την επίβλεψη και καθοδήγηση του πρώτου, το επίμαχο τμήμα της σύμβασης, συναφώς, ισχυρίζεται ότι εάν ο συντάκτης της διακήρυξης αξίωνε την υποχρεωτική σύναψη συμβάσεως υπεργολαβίας στην περίπτωση αυτή, θα το έκανε ρητώς. Συνεπώς, υποστηρίζει ότι ουδόλως υποχρεούται να καταρτίσει σύμβαση υπεργολαβίας με τον παρέχοντα δάνεια εμπειρία σε έργα πρασίνου ούτε συναφώς να προβεί σε τέτοια δήλωση στο ΕΕΕΣ της, σε αντίθεση με όσα επικαλείται η προσφεύγουσα, μνημονεύει δε την υπ' αρ. 588/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ και αναφέρει ότι αν ο συντάκτης της διακήρυξης αξίωνε στην περίπτωση αυτή την κατάρτιση συμβάσεως υπεργολαβίας, όφειλε να το προβλέψει ρητώς στον όρο 23.10 της διακήρυξης, πράγμα που ουδόλως έγινε με αποτέλεσμα τυχόν ασάφεια να μην μπορεί να αποβεί σε βάρος της

και πως, σε κάθε περίπτωση, τέτοια πρόβλεψη θα ήταν προδήλως αντίθετη με το άρθρο 62 της οδηγίας 2014/24 (και το άρθρο 78 ν. 4412/2016).

12. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι παραβιάστηκε το άρ. 23.10 της Διακήρυξης και πως είναι αφηρημένος προσδιορισμός, στο ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ της παρεμβαίνουσας και τρίτου φορέα, των εργασιών που θα αναλάβει ο παρέχων στήριξη τρίτος φορέας και παράλειψη δήλωσης του τμήματος της σύμβασης που θα του ανατεθεί και θα εκτελέσει. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι δεν υφίσταται συμφωνία η οποία αφενός να συγκεκριμενοποιεί τον τρόπο που θα χρησιμοποιηθούν οι διαθέσιμοι πόροι για την εκτέλεση της σύμβασης και αφετέρου να δηλώνει το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει ο τρίτος φορέας και πως, σε ένα αόριστο σύμπλεγμα δανεισμού και αναθέσεων, ουδόλως προκύπτει αν ο τρίτος φορέας θα εκτελέσει ο ίδιος τελικά τις εργασίες, ομοίως και στον όρο 3 του συμφωνητικού αναφέρεται ότι ο τρίτος φορέας θα παράσχει κατά τη διάρκεια του έργου την εμπειρία και την τεχνογνωσία του για να εκτελεστεί το εν λόγω έργο, χωρίς όμως να προσδιορίζεται από ποιον. Συνεπώς, υποστηρίζει ότι, στο υποβληθέν συμφωνητικό παραμένουν αδιευκρίνιστοι τόσο οι ρόλοι και αρμοδιότητες των στελεχών ΜΕΚ Γ' του προσφέροντα και ΜΕΚ Δ' του τρίτου φορέα στην εκτέλεση των εργασιών πρασίνου της σύμβασης όσο και τα προκύπτοντα από την ανωτέρω σχέση ποσοστά συμμετοχής των δύο φορέων στη συνεργασία τους, ούτε προκύπτει ρητά εάν ο τρίτος θα εκτελέσει τελικά τις εργασίες Πρασίνου για τις οποίες δανείζει του πόρους του, ούτε βεβαίως προσδιορίζεται τμήμα και συγκεκριμένο ποσοστό της σύμβασης, στοιχεία που αποτελούν προϋπόθεση, για να ληφθεί υπόψη η απαιτούμενη στήριξή του. Επί του λόγου αυτού η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι από το προσκομισθέν εκ μέρους της ιδιωτικό συμφωνητικό προκύπτει με σαφήνεια ότι ο κ. Λουκάκης, της παρέχει δάνεια εμπειρία αναφορικά με το ελλείπον από την εταιρία της επαγγελματικό προσόν (ΜΕΚ Δ Πρασίνου), συμφωνεί δε και συναποδέχεται να συνεργασθεί μαζί της για την εκτέλεση των εργασιών πρασίνου του έργου, θέτοντας προς τούτο στην διάθεσή της όλους τους πόρους του (προσωπικό, εξοπλισμό, εμπειρία, τεχνογνωσία), τους οποίους

αντίστοιχα δεσμεύεται να χρησιμοποιήσει για την – κατ’ αποκλειστική συνεργασία με τον ως άνω οικονομικό φορέα και υπό την άμεση εποπτεία του – εκτέλεση των εργασιών πρασίνου της συγκεκριμένης σύμβασης, εφόσον η τελευταία της ανατεθεί και πως, ακόμη και αν υφίστατο ασάφεια ή ακόμη και αντίθεση με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή θα όφειλε να την καλέσει σε διευκρίνιση του υποβληθέντος συμφωνητικού κατά το άρθρο 102 ν. 4412/2016 ή ακόμη και σε αντικατάσταση του – παρέχοντας την εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα – κατά το άρθρο 78 παρ. 1 εδ. ε’ ν. 4412/2016 και, πάντως, όχι να την αποκλείσει από την συνέχεια του διαγωνισμού, όπως αβασίμως επικαλείται η προσφεύγουσα.

13. Επειδή με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το άρ. 96, παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και το άρ. 3.1 παραβιάστηκε από την προσφέρουσα «...», διότι υποστηρίζει ότι από τα υποβληθέντα ΕΕΕΣ από την προσφέρουσα ένωση διαπίστωσε ότι αφενός είναι ασαφής η «έκταση της συμμετοχής» του κάθε μέλους της ένωσης, αφετέρου σε κανένα σημείο των ΕΕΕΣ των μελών της ένωσης δεν αναφέρονται τα ποσοστά «κατανομής αμοιβής μεταξύ» των μελών της και πως, συγκεκριμένα, λόγω λανθασμένου, από την ένωση, υπολογισμού του ποσοστού κάθε κατηγορίας εργασιών (Οδοποιία, Οικοδομικά, Υδραυλικά, Ηλεκτρομηχανολογικά, Πράσινο) στο σύνολο του έργου, κάθε μέλος εμφανίζεται να συμμετέχει στην ένωση με δύο διαφορετικά πιθανά ποσοστά. Ειδικότερα αναφέρει ότι ο φορέας «...» ορίζεται ότι θα εκτελέσει α) το 50% των εργασιών Πρασίνου, δηλαδή το πηλίκο $(50\% \times \text{σύνολο κατηγορίας 5}) / (\text{σύνολο εργασιών}) = 0,5 \times 656.740,13\text{€} / 3.795.837,10\text{€} = 8,65\%$ του συνόλου των εργασιών του έργου και β) αμέσως μετά στο ίδιο ΕΕΕΣ το 8,63% του συνόλου των εργασιών του έργου, ομοίως, ο φορέας «....» ορίζεται ότι θα εκτελέσει το α) 8,65% και β) 8,63% του συνόλου των εργασιών του έργου και ο φορέας «...» ορίζεται ότι θα εκτελέσει το υπόλοιπο α) 82,70% και β) 82,74% του συνόλου των εργασιών του έργου. Δηλαδή, υποστηρίζει ότι, ενώ καθορίζεται το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους στην ένωση είναι απολύτως ασαφής η έκταση της συμμετοχής τους και πως, οι ανωτέρω οριζόμενες πιθανές κατανομές διευκρινίζεται ρητά ότι αφορούν αποκλειστικά

στην εκτέλεση των εργασιών και όχι στην κατανομή της αμοιβής τους (βλ. σελ. 4/15, 5/15 και 4/14 των υποβληθέντων ΕΕΕΣ), αναφέρει δε και τη σκ. 4 της απόφ. 1080 και 1081/2021 αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Συνεπώς, υποστηρίζει ότι, βάσει των ανωτέρω, η προσφορά της θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και πως τα ως άνω συνιστούν έλλειψη ουσιώδους απαίτησης, μη δυνάμενης να διορθωθεί, κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016.

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αναφέρει ότι «...Εκ παραδρομής η Προδικαστική Προσφυγή, δεν στρέφεται κατά της 870/2022 σε ορθή επανάληψη Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής, ενώ αυτή κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, στις 29-9-2022. Β.1.Όσον αφορά στα αναφερόμενα για την προσφορά του οικονομικού φορέα «... .. με το διακριτικό τίτλο «...», παραθέτουμε τα εξής: Στο υποβληθέν έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ του εν λόγω οικονομικού φορέα, στο μέρος II Τμήμα Γ, δηλώνεται στήριξη σε ικανότητες άλλων οντοτήτων για την κατηγορία των εργασιών Πρασίνου, συγκεκριμένα στον οικονομικό φορέα ... (ειδικότητα Γεωπόνου). Στο μέρος IV τμήμα Α και Γ καταλληλόλητα και τεχνική – επαγγελματική ικανότητα αντίστοιχα, δηλώνεται η εγγραφή στο επαγγελματικό μητρώο για τις εργασίες Πρασίνου, στην 2η Τάξη Μ.Ε.Ε.Π. Τα αντίστοιχα δηλώνονται και στο έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ του ΤΟΥ Η Επιτροπή Διαγωνισμού κατά τη διαδικασία ελέγχου του εντύπου ΕΕΕΣ, διαπίστωσε ότι ο οικονομικός φορέας με διακριτικό τίτλο «... ..» δραστηριοποιείται στην κατηγορία Πρασίνου και διαθέτει πτυχίο 2ης τάξης, όπως ορίζει η διακήρυξη του έργου στα άρθρα 21 και 23.4 αντίστοιχα. Επειδή στη 2η τάξη, κατατάσσεται εργοληπτική επιχείρηση αν διαθέτει τις ελάχιστες προϋποθέσεις που θέτει το ΠΔ71/19 δηλ. ΜΕΚ Δ', η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν προέβη σε περαιτέρω έλεγχο. Μετά την Προδικαστική Προσφυγή, η Υπηρεσία προχώρησε σε ποιο ενδεδειγμένο έλεγχο στη δημόσια βάση δεδομένων Μ.Ε.Ε.Π. (σχετική και η βεβαίωση Μ.Ε.Ε.Π. της εταιρείας, με αρ. πρωτ. Δ24/12174/2021) και διαπίστωσε ότι ναι μεν ο οικονομικός φορέας πληρούσε τα κριτήρια καταλληλόλητας για τη συμμετοχή του, δεν πληρούσε όμως τα κριτήρια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Ο οικονομικός φορέας με δ.τ «... ..» διαθέτει πτυχίο Μ.Ε.Ε.Π. 2ης τάξης, όμως ο Γεωπόνος που

στελεχώνει την εταιρεία διαθέτει Μ.Ε.Κ. Γ'. Προφανώς τούτο, οδήγησε το φορέα να επικαλεστεί τη δάνεια εμπειρία. Από τα παραπάνω και λαμβάνοντας υπόψη τα οριζόμενα στο άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης: Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια «..Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες..» , συνεπάγεται ότι ο οικονομικός φορέας θα έπρεπε να δηλώσει υπεργολαβία για την εκτέλεση της συγκεκριμένης κατηγορίας εργασιών και όχι δάνεια εμπειρία Β.2. Όσον αφορά στα αναφερόμενα για την προσφορά της ένωσης των οικονομικών φορέων «....», παραθέτουμε τα εξής: Η καταταγείσα στη 2η μεθοδική θέση ένωση «...», στο υποβληθέν έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ δηλώνει ότι συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης από κοινού με άλλους δύο οικονομικούς φορείς για τις εργασίες Πρασίνου: την ... και ... με ποσοστά συμμετοχής: ... 82,74% επί του συνόλου των εργασιών του έργου, ... 8,63% επί του συνόλου των εργασιών του έργου ή 50% των εργασιών Πρασίνου και ... 8,63% επί του συνόλου των εργασιών του έργου ή 50% των εργασιών Πρασίνου. Τα αντίστοιχα, δηλώνονται και στα έντυπα Ε.Ε.Ε.Σ των ... και Η Υπηρεσία, ελέγχοντας τα αναφερόμενα στη Προδικαστική Προσφυγή, διαπίστωσε ότι πράγματι έχει γίνει λάθος στον υπολογισμό των ποσοστών συμμετοχής, αφού τα ορθά είναι: 82,70%, ... 8,65% και ... 8,65% .($50\% \times 656.740.13 / 3.796.837,10 = 8,65\%$) Επίσης, ενώ δηλώνεται η κατανομή εργασιών δεν δηλώνεται πουθενά στα έντυπα Ε.Ε.Ε.Σ. η κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης. Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 96παρ7. του ν.4412/2016 και στο άρθρο 3.1 της διακήρυξης «Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά Στην προσφορά, 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. Η εν λόγω δήλωση περιλαμβάνεται είτε στο ΕΕΕΣ (Μέρος Ι (Μέρος ΙΙ. Ενότητα Α) είτε στη

συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση που δύναται να υποβάλλουν τα μέλη της ένωσης.» Όπως δε, έχει κριθεί, έχει κριθεί στις με αρ. 10801080--1081/21081/20021 και 21 και 1408/20211408/2021 σχετικές Αποφάσεις ΕΠΠ, η παράλειψη της δήλωσης αυτής, είναι λόγος αποκλεισμού. Μετά τα ανωτέρω και επειδή το Ε.Ε.Ε.Σ αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τους όρους που καθορίζονται στη διακήρυξη, θεωρούμε ότι οι αναφερόμενοι λόγοι στην Προδικαστική Προσφυγή με αρ. ΓΑΚ- Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1412/10-10-2022, ευσταθούν.».

15. 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).

16. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με το άρ. 22.Δ. «22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της Διακήρυξης «... Οι προσφέροντες Οικονομικοί Φορείς που δραστηριοποιούνται στην κατηγορία ΕΡΓΩΝ ΠΡΑΣΙΝΟΥ θα πρέπει να διαθέτουν κατ' ελάχιστον βασική στελέχωση 1ΜΕΚ Δ ή 2 ΜΕΚ Γ ή 1ΜΕΚ Γ και 2 ΜΕΚ Β...», το δε άρ. 22.ΣΤ «22.ΣΤ. Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια)» της Διακήρυξης ορίζει ότι «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. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. ...» και στο άρ. 25 «Υπεργολαβία» προβλέπεται ότι «25.1 Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Αν ο ανάδοχος πρότεινε συγκεκριμένους υπεργολάβους κατά την υποβολή της προσφοράς του, υποχρεούται, κατά την υπογραφή της σύμβασης εκτέλεσης, να προσκομίσει την υπεργολαβική σύμβαση. Η Διευθύνουσα Υπηρεσία μπορεί να χορηγήσει προθεσμία στον ανάδοχο κατ' αίτησή του, για την προσκόμιση της υπεργολαβικής σύμβασης με τον αρχικώς προταθέντα υπεργολάβο ή άλλον, που διαθέτει τα αναγκαία, κατά την κρίση της υπηρεσίας αυτής, προσόντα, εφόσον συντρέχει σοβαρός λόγος.». Σύμφωνα με το άρ. 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του Ν. 4412/2016, «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του

Προσαρτήματος Α' ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες....». Η παρεμβαίνουσα στο ΕΕΕΣ της έχει δηλώσει στο πεδίο Γ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» ότι «Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω; Απάντηση: Ναι Όνομα της οντότητας ΤΟΥ ... Ταυτότητα της οντότητας ... Τύπος ταυτότητας VAT Κωδικοί CPV ΠΡΑΣΙΝΟ» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ» (espd-response-v2 ... signed.pdf) σελ. 5/15), στο δε πεδίο «Δ: Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας» δηλώνει ότι «Δεν βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας; Απάντηση: Όχι» (espd-response-v2 ... signed.pdf) σελ. 5/15), συναφώς, στο υποβληθέν από τον ΕΕΕΣ αναφέρεται ότι «Τμήματα που συμμετάσχει ο ΟΦ Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά. Απάντηση: Συμμετέχω στο διαγωνισμό ως «ΤΡΙΤΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ» στηρίζοντας την εταιρεία με το διακριτικό τίτλο «...» παρέχοντας όλη την εμπειρία, την τεχνογνωσία και την τεχνική επάρκεια που απαιτείται για την εκτέλεση του παραπάνω έργου για τις εργασίες στην κατηγορία ΠΡΑΣΙΝΟ (αρ. Μ.Ε.Κ.15018 Δ' ΒΑΘΜΙΔΑΣ ΠΡΑΣΙΝΟ)». Σύμφωνα με το άρ. 22.ΣΤ εδ. γ' της Διακήρυξης, που αποδίδει το περιεχόμενο του άρ. 78, παρ. 1 εδ. β' του Ν. 4412/2016, η επίκληση της ικανότητας τρίτων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, είναι επιτρεπτή μόνο στην περίπτωση που οι εν λόγω οικονομικοί φορείς θα εκτελέσουν τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, δηλαδή αυτοί έχουν υποχρεωτικά τον χαρακτήρα υπεργολάβου,

όπως αυτός προσδιορίζεται στο άρ. 25 της Διακήρυξης, χωρίς να ασκεί επιρροή το είδος της σύμβασης που θα συνάψουν με τον ανάδοχο για την εκτέλεση των σχετικών εργασιών (βλ. ΣΤΕ 1612/2022, σκ. 7, πρβλ. ΕΑ 170/2020). Δηλαδή, από το συνδυασμό των ως άνω άρ. 22.ΣΤ και 25 της Διακήρυξης προκύπτει η υποχρέωση των οικονομικών φορέων να δηλώνουν στο ΕΕΕΣ το τμήμα (ποσοστό) της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσουν σε υπεργολάβο, στην επαγγελματική και τεχνική ικανότητα του οποίου στηρίζονται για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους, γεγονός που εκθέτει και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της. Δηλαδή, προκειμένου να καλυφθεί η σχετική απαίτηση της Διακήρυξης, έπρεπε να δηλωθεί η ανάληψη υποχρέωσης εκ μέρους του παρέχοντος στήριξη τρίτου για την εκτέλεση των συγκεκριμένων εργασιών της σύμβασης, ειδικότερα του τμήματος της σύμβασης που θα αναλάβει, κατά την απάντηση των οικείων ερωτημάτων στο ΕΕΕΣ (βλ. ΣΤΕ 1552/2022, σκ. 13, σκ. 1553/2022, σκ. 13). Συναφώς, ουδόλως από το προσκομισθέν «ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΜΕ ΤΡΙΤΟ ΦΟΡΕΑ» που η παρεμβαίνουσα προσκόμισε, το οποίο συνήφθη μεταξύ εκείνης και του ... προκύπτει η ανάληψη εκτέλεσης των επίμαχων εργασιών, δοθέντος ότι εκεί ρητά αναφέρεται, μεταξύ άλλων ότι *«Το σύνολο των εργασιών πρασίνου της υπό ανάθεση σύμβασης θα εκτελεσθεί με την διαρκή συνεργασία και υπό την άμεση εποπτεία και επίβλεψη του αφ ετέρου συμβαλλομένου»* (βλ. αρχείο με τίτλο «ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ», σελ. 1/2), διότι το ζητούμενο, όπως εξάλλου ρητά και σαφώς προκύπτει από τη Διακήρυξη, δεν είναι η συνεργασία, εποπτεία και επίβλεψη των σχετικών εργασιών, αλλά η εκτέλεση αυτών από τον τρίτο φορέα. Επιπλέον, ουδόλως εν προκειμένω συντρέχει περίπτωση εφαρμογής του άρ. 102 του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η παράλειψη δήλωσης υπεργολαβίας συνιστά ουσιώδη παράλειψη κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και όχι απλώς ελλιπή ή λανθασμένη συμπλήρωση αυτού και, άρα, δεν ήταν επιτρεπτή πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής προς διόρθωση του ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας, δηλαδή προς δήλωση υπεργολαβίας, καθόσον μια τέτοια διόρθωση θα συνιστούσε ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς της. Επομένως, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

17. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, όπως κρίθηκε στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, ουδόλως από το προσκομισθέν «ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΜΕ ΤΡΙΤΟ ΦΟΡΕΑ» που η παρεμβαίνουσα προσκόμισε, το οποίο συνήφθη μεταξύ εκείνης και του προκύπτει η ανάληψη εκτέλεσης των επίμαχων εργασιών. Ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η αναθέτουσα αρχή θα όφειλε να την καλέσει σε διευκρίνιση του συμφωνητικού κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016 ή και σε αντικατάστασή του, κατ' άρ. 78, παρ. 1 εδ. ε' του Ν. 4412/2016, απορρίπτεται ως αβάσιμος. Τούτο διότι, τυχόν κλήση, κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016, θα οδηγούσε σε μη νόμιμη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, κατά παράβαση της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Εξ ετέρου, ουδόλως εν προκειμένω δύναται να εφαρμοστεί τη διάταξη του άρ. 78 παρ. 1 εδ. ε' του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο *«Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.»*, που αποδίδεται και στο άρ. 22.ΣΤ εδ. ζ' της Διακήρυξης, διότι αυτή εφαρμόζεται στην περίπτωση που ο τρίτος φορέας δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού, ήτοι αφορά σε σαφώς διακριτή και διαφορετική, της κρινόμενης, περίπτωση. Επομένως, ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

18. Επειδή, επί του τρίτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με το άρ. 3.1 της Διακήρυξης *«...Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται, σύμφωνα με τα ανωτέρω, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, 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. Η εν λόγω δήλωση*

περιλαμβάνεται είτε στο ΕΕΕΣ (Μέρος ΙΙ. Ενότητα Α) είτε στη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση που δύναται να υποβάλλουν τα μέλη της ένωσης.», στο δε άρ. 96, παρ. 7 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.». Η ως άνω ένωση οικονομικών φορέων έχει υποβάλει με την προσφορά του τρία ΕΕΕΣ, όπου στο πρώτο, της «... ..» δηλώνεται στο οικείο πεδίο «Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης σύμβασης: 1)... .. ΤΟΥ ..., Μέλος της ένωσης, θα εκτελέσει το 50% των εργασιών ΠΡΑΣΙΝΟΥ δηλαδή το 8,63% του συνόλου του έργου και 2), Μέλος της ένωσης, θα εκτελέσει το 50% των εργασιών ΠΡΑΣΙΝΟΥ δηλαδή το 8,63% του συνόλου του» συναφώς, δηλώνει «Τμήματα που συμμετάσχει ο ΟΦ Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά. Απάντηση: Ως ένωση υποβάλουμε προσφορά για το σύνολο των εργασιών του έργου ως εξής: Ποσοστά συμμετοχής : 82,74% επί του συνόλου των εργασιών του έργου, 8,63% επί του συνόλου των εργασιών του έργου και 8,63% επί του συνόλου των εργασιών του έργου.» (βλ. αρχείο με τίτλο «espd-response-v2», σελ. 4-5/15), στο δεύτερο, της «... ..» δηλώνεται «Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης σύμβασης: 1)... .., ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ΤΗΣ ΕΝΩΣΗΣ, ΘΑ ΕΚΤΕΛΕΣΕΙ ΤΟ 100% ΤΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑ -ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ-ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ ΚΑΙ ΗΜ ΕΡΓΑΣΙΩΝ, ΔΗΛ ΤΟ 82,74% ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΚΑΙ 2)... .. ΤΟΥ ... ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ΕΝΩΣΗΣ ΚΑΙ ΘΑ ΕΚΤΕΛΕΣΕΙ ΤΟ 50% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΔΗΛΑΔΗ ΤΟ 8,63% ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ» και «Τμήματα που συμμετάσχει ο ΟΦ Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά.

Απάντηση: Ως ένωση υποβάλουμε προσφορά για το σύνολο των εργασιών του έργου ως εξής: Ποσοστά συμμετοχής : ... 82,74% επί του συνόλου των εργασιών του έργου, ... ΤΟΥ ... 8,63% επί του συνόλου των εργασιών του έργου και ... ΚΑΙ ... 8,63% επί του συνόλου των εργασιών του έργου.» (βλ. αρχείο με τίτλο «espd-response-v2 (2)—», σελ. 4-5/15) και στο τρίτο, του φορέα «... ΤΟΥ ...» δηλώνεται «Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης σύμβασης: 1)... ..., ΜΕΛΟΣ ΚΑΙ ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ ΤΗΣ ΕΝΩΣΗΣ, ΘΑ ΕΚΤΕΛΕΣΕΙ ΤΟ 100% ΤΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑ -ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ-ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ ΚΑΙ ΗΜ ΕΡΓΑΣΙΩΝ, ΔΗΛ ΤΟ 82,74% ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ ΚΑΙ 2)... ..., ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ΕΝΩΣΗΣ ΚΑΙ ΘΑ ΕΚΤΕΛΕΣΕΙ ΤΟ 50% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΔΗΛΑΔΗ ΤΟ 8,63% ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ.» και «Τμήματα που συμμετάσχει ο ΟΦ Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά.

Απάντηση: Ως ένωση υποβάλουμε προσφορά για το σύνολο των εργασιών του έργου ως εξής: Ποσοστά συμμετοχής : ... 82,74% επί του συνόλου των εργασιών του έργου, ... ΤΟΥ ... 8,63% επί του συνόλου των εργασιών του έργου και ... ΚΑΙ ... 8,63% επί του συνόλου των εργασιών του έργου.» (βλ. αρχείο με τίτλο «espd-response-v2 (1)_signed», σελ. 4/15). Εντούτοις, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, συνομολογεί δε και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, τα ως άνω δηλωθέντα ποσοστά παρουσιάζουν ασάφεια μεταξύ τους, δοθέντος ότι, ως προς τον φορέα «... ΤΟΥ ...» ενώ δηλώνει ότι θα εκτελέσει το 50% των εργασιών Πράσινου, αυτό αντιστοιχεί σε ποσοστό 8,65% του συνόλου των εργασιών του έργου και όχι στο 8,63%, όπως εσφαλμένα δηλώνει, διότι, όπως προκύπτει από τον Προϋπολογισμού του έργου (βλ. αρχείο με τίτλο «ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ.pdf»), το 50% της κατηγορίας έργων πράσινου αντιστοιχεί σε $50\% \times 656.740,13\text{€} = 328.370,08\text{€}$, το οποίο, επί του συνόλου εργασιών ύψους 3.796.837,10€, αντιστοιχεί στο 8,65% αυτού. Συναφώς, βάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ουδόλως δηλώνεται η κατανομή αμοιβής των μελών της ένωσης, κατά παράβαση των ως άνω διατάξεων. Συνεπώς, η προσφορά της καθίσταται απορριπτέα, κατά παράβαση των ως άνω διατάξεων. Οι ως άνω πλημμέλειες

ουδόλως δύνανται να διορθωθούν, δυνάμει του άρ. 102 του Ν. 4412/2016, διότι τούτο θα συνιστούσε μη νόμιμη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς της ως άνω ένωσης οικονομικών φορέων. Συνεπώς, και ο τρίτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και το παράβολο να επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη κατά το αντίστοιχο μέρος της, σύμφωνα με τα αναφερόμενα ειδικότερα στο σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10.11.2022 και εκδόθηκε στις 30.11.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ