

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 19-4-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 822/20-4-2021 της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» και των μελών της, νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Και της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 9-4-2021 κοινοποιηθείσας υπ' αρ. 85/2021 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΑΘΛΗΤΙΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΣΤΟ ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΑΘΛΗΤΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ ...», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 898.064,52 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 26-2-2021 και στο 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 Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 και αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 4.490,33 ευρώ.
2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω εκτιμώμενης αξίας και

χρόνου δημοσίευσης στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, μετ' εννόμου συμφέροντος και εμπροθέσμως ασκείται εκ της αποδεκτής και καταταγείσας δεύτερης κατά σειρά μειοδοσίας προσφεύγουσας, η από 19-4-2021 Προσφυγή κατά της από 9-4-2020 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών-οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτή η πρώτη μειοδότρια και προσωρινή ανάδοχος, που ασκεί την από 23-4-2021, κατόπιν της από 21-4-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, ομοίως εμπρόθεσμη και μετ' εννόμου συμφέροντος, παρέμβασή της, η δε αναθέτουσα υποβάλλει τις από 28-4-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 7-5-2021 υπόμνημά του. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατά τον όρο 3 της διακήρυξης ορίζεται ότι «Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής.». Επομένως, αφενός αυτοτελώς κάθε άλλης απαίτησης και επιπλέον της υποχρέωσης προσδιορισμού τυχόν κοινού εκπροσώπου περί της υπογραφής της προσφοράς (αν δεν υπογράφουν όλα τα μέλη) ή έκτασης, είδους συμμετοχής και κατανομής αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης, στην προσφορά θα πρέπει να ορίζεται και εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής και 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 (ΣτΕ ΕΑ 163/2020, σκ. 13), ο όρος «εκπρόσωπος/συντονιστής», σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, αναφέρεται «όπως προκύπτει από το εννοιολογικό του περιεχόμενο, στον συντονιστή της ένωσης, δηλαδή στο μέλος-οικονομικό φορέα 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». Τα παραπάνω είναι εξ αρχής σαφή, αφού εκ του ανωτέρω όρου διαχωρίστηκαν ρητά οι έννοιες του κοινού εκπροσώπου ειδικώς για την υπογραφή προσφοράς, ήτοι του υπογράφοντος αυτή φυσικού προσώπου και εφόσον δεν υπογράφουν αμφότερα τα μέλη της ένωσης και του «εκπροσώπου/συντονιστή» που αφορά το είδος των καθηκόντων που αναλαμβάνει συγκεκριμένο μέλος της ένωσης-οικονομικός φορέας και όχι μη οικονομικός φορέας-φυσικό πρόσωπο, στο πλαίσιο της εκτέλεσης κατά τα ανωτέρω κριθέντα και νομολογιακά. 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 εξ αρχής και ρητά επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενου, στοιχείου και δήλωσης της προσφοράς (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 49/2021 και 209/2021). Ουδεμία σχέση έχουν τα ανωτέρω με τον τυχόν οριζόμενο κοινό εκπρόσωπο για την υπογραφή και μόνο της προσφοράς ούτε με την έλλειψη υποχρέωσης περιβολής της ένωσης με συγκεκριμένο τύπο και νομική μορφή για τη συμμετοχή της ή την κατά την εκτέλεση το πρώτον σύσταση ειδικού νομικού προσώπου ή περιβολής νομικού τύπου και των διαχειριστικών ή εκπροσωπευτικών επιμέρους προβλέψεων που θα διέπουν τέτοιο νομικό μόρφωμα, η δε υποχρέωση ορισμού συντονιστή μέλους πρέπει να πληρούται ήδη κατά τους ανωτέρω όρους κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Περαιτέρω, ναι μεν δύνανται να ορίζονται φυσικά πρόσωπα ως κοινοί νομίμοι εκπροσώποι της ένωσης, πλην όμως αυτοί δεν ταυτίζονται αναγκαία με οικονομικούς φορείς-μέλη της ένωσης, αλλά απλώς

συνιστούν, εφόσον η ένωση δεν περιλαμβάνει ατομικές επιχειρήσεις, φυσικά πρόσωπα με εκπροσωπευτική αρμοδιότητα. Και ναι μεν, η ιδιότητα του φυσικού προσώπου δεν αποκλείει καταρχήν τη δυνατότητα ορισμού ως συντονιστή ένωσης, εφόσον όμως το πρόσωπο συνιστά ατομική επιχείρηση-οικονομικό φορέα και μέλος της ένωσης. Δεδομένου εξάλλου, ότι ρητά απαιτείται ο ορισμός συγκεκριμένου μέλους ως συντονιστή, δεν γίνεται δεκτή συναγωγή και δη, υπονοούμενη περί κοινών και εις ολόκληρον συντονιστικών καθηκόντων αμφοτέρων των μελών της παρεμβαίνουσας και τούτο ενώ ουδόλως εν προκειμένω η παρεμβαίνουσα δήλωσε καν οτιδήποτε τέτοιο είτε στα ΤΕΥΔ των μελών της είτε σε έτερο έγγραφο. Ειδικότερα, εν προκειμένω στα ΕΕΕΣ των μελών της καθ' ης ένωσης και δεύτερης παρεμβαίνουσας, ουδόλως ορίζεται οιοδήποτε εξ αυτών ως συντονιστής/leader/επικεφαλής, παρά αμφότερα τα μέλη ορίζουν τον εαυτό τους ως απλά μέλη («group members»). Τα δε μέλη της παρεμβαίνουσας ούτε εκ των ΤΕΥΔ τους ούτε εξ οιοδήποτε άλλου εγγράφου της προσφοράς τους, προκύπτει ότι προσδιόρισαν οιοδήποτε εξ αυτών μέλος ως συντονιστή της μεταξύ τους ένωσης, παρά προσδιόρισαν μόνο το μέρος των εργασιών που θα αναλάβει έκαστος, στοιχείο αποκρινόμενο σε αυτοτελή έτερη απαίτηση και την αλληλέγγυα και εις ολόκληρον ευθύνη τους έναντι της αναθέτουσας, στοιχείο που δεν έχει σχέση με την ιδιότητα του συντονιστή έναντι της αναθέτουσας. Απορριπτέος δε τυγχάνει ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας περί ταυτόσημης έλλειψης στην προσφορά της προσφεύγουσας, αφενός διότι ήδη στα ΤΕΥΔ των μελών της ορίζεται συγκεκριμένος οικονομικός φορέας-μέλος της ως «κοινός εκπρόσωπος», περαιτέρω πάντως ρητά με τη μετά της προσφοράς της προσφεύγουσας, συνυποβληθείσα δήλωση σύστασης ένωσης, προσδιορίζεται ο ως άνω οικονομικός φορέας ως «κοινός εκπρόσωπος-συντονιστής» και ενώ άλλωστε, αυτός ναι μεν συνιστά φυσικό πρόσωπο, πλην όμως, συγχρόνως συνιστά ατομική επιχείρηση που συμμετέχει ρητά ως αυτοτελές μέλος στην προσφεύγουσα ένωση με αυτοτελείς δικές του εργασίες και ποσοστό εργασιών και υποβάλλοντας αυτοτελές δικό του ΤΕΥΔ. Ουδόλως δε τέτοιος προσδιορισμός έλαβε χώρα με οιοδήποτε έγγραφο της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Συνεπώς, κατ' αποδοχή του ως άνω πρώτου λόγου της προσφυγής και δια μόνης της ως άνω επαρκούς για την απόρριψη της παρεμβαίνουσας πλημμέλειας, η τελευταία είναι αποκλειστέα, λόγω παράβασης σαφούς όρου της διακήρυξης περί αναγκαίου περιεχομένου της προσφοράς και ενώ

τέτοια έλλειψη δεν είναι το πρώτον συμπληρωτέα μετά την υποβολή της προσφοράς, πράγμα που θα επέτρεπε το πρώτον προσδιορισμό συντονιστή κατά την αξιολόγηση και σχετική το πρώτον απόφαση των μελών της ένωσης περί τέτοιου προσδιορισμού μετά την προσφορά, κατά ουσιώδη μεταβολή της και δη, το πρώτον προσδιορισμού κρίσιμης εξαρχής αοριστίας και απροσδιοριστίας αυτής (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 145 και 177/2018). Τούτο ασχέτως του απορριπτέου του δεύτερου λόγου της προσφυγής περί μη συμπλήρωσης εκ των μελών της παρεμβαίνουσας στο ΤΕΥΔ τους, των ερωτημάτων περί εγγραφής σε επίσημο κατάλογο, αφού τα μέλη της είναι εγγεγραμμένα αμφότερα έως και τη 2^η τάξη ΜΕΕΠ, ενώ το ΜΕΕΠ έχει τον χαρακτήρα επισήμου καταλόγου, υπό την έννοια της απαλλαγής από την υποβολή σχετικών δικαιολογητικών κατακύρωσης, από την 3^η τάξη και άνω εφόσον υφίσταται ενημερότητα πτυχίου, σύμφωνα με το άρ. 23.9.β της διακήρυξης περί επισήμων καταλόγων και το άρθρο 1 της υπ' αριθμ. Δ15/οικ/15658/4.9.2013 (Β' 2300) απόφασης του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και δικτύων με θέμα «Τροποποίηση της με αριθ. Δ15/οικ/24298/28.07.2005 (Β' 1105) Υπουργικής Απόφασης με θέμα «Έκδοση Ενημερότητας Πτυχίου και Βεβαιώσεων ανεκτέλεστου υπολοίπου συμβάσεων δημοσίων έργων, υποβολή Εκθέσεων δραστηριότητας ανωνύμων εταιρειών και Πιστοποιητικών εκτέλεσης έργων». Συνεπώς, η προσφορά της παρεμβαίνουσας μη νομίμως κατέστη αποδεκτή.

4. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτή την προσφορά της ως άνω παρεμβαίνουσας.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. ... και ποσού 4.490,33 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 85/2021 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτή την προσφορά της ως άνω παρεμβαίνουσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. ... και ποσού 4.490,33 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13-5-2021 και εκδόθηκε στις 24-5-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΚΟΣ ΧΡΗΣΤΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ