

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 3 Νοεμβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου- Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1458/26-09-2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας, με την επωνυμία «...», (εφ' εξής «προσφεύγουσα»), νομίμως εκπροσωπούμενης,

Κατά : «...», (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νομίμως εκπροσωπείται, και

Της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την εν θέματι προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. οικ. .../14.9.2023 απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, περί «ΜΗ ΧΟΡΗΓΗΣΗΣ ΤΗΣ ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΑΝΑΔΟΧΟΥ», και η παράλειψή της να της χορηγήσει την αιτιολόγηση αυτή, καθώς και η απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, κατά το μέρος της που, όπως γνωστοποιήθηκε στις 15.09.2023, δεν συνοδεύθηκε από πρόσβαση στα στοιχεία που έλαβε υπ' όψη για την έκδοσή της, για λόγους προστασίας προσωπικών δεδομένων, ώστε να υποχρεωθεί, με απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η αναθέτουσα Αρχή να της χορηγήσει τα στοιχεία αυτά, προκειμένου να καταστεί δυνατή η εκ μέρους της προσβολή των πλημμελειών της απόφασης της αναθέτουσας Αρχής ανάδειξης προσωρινού αναδόχου.

Με την οικεία παρέμβαση, επιδιώκεται η διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης πράξης.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή,**

**Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά το Νόμο**

## Αριθμός Απόφασης:1682/2023

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, έχει καταβληθεί από την ... το e-παράβολο ύψους 3.777,81 ευρώ με κωδικό ... , συνοδευόμενο από αντίγραφο της ΓΓΠΣ, με την ένδειξη δεσμευμένο το οποίο αντιστοιχεί στον οικείο προϋπολογισμό της σύμβασης, καθώς και από την ... το e-παράβολο ύψους 3.090,94 ευρώ με κωδικό ... συνοδευόμενο από αντίγραφο της ΓΓΠΣ, με την ένδειξη δεσμευμένο το οποίο αντιστοιχεί στον οικείο προϋπολογισμό της σύμβασης.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη, με ημερομηνία δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ τις 30/11/2020, και ΑΔΑΜ ... προκηρύχθηκε ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ... με εκτιμώμενη αξία 8.946.302,40 ευρώ (ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ). Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παρακολούθηση, με εργασίες πεδίου, των προστατευόμενων τύπων οικοτόπων και ειδών, εθνικού και κοινοτικού ενδιαφέροντος, με στόχο την εκτίμηση του καθεστώτος διατήρησής τους. Η εκτίμηση του καθεστώτος διατήρησης αποτελεί απαραίτητο εργαλείο για τον καθορισμό στόχων, προτεραιοτήτων και μέτρων διατήρησης των ειδών και οικοτόπων και για την επικαιροποίηση του σχεδιασμού και την ενίσχυση των εθνικών πολιτικών για την προστασία της φύσης. Τα αποτελέσματα του έργου θα χρησιμοποιηθούν από τις αρμόδιες Αρχές του ..., για την κάλυψη των υποχρεώσεων της χώρας στα θέματα της βιοποικιλότητας και των προστατευόμενων περιοχών και για την ενίσχυση της περιβαλλοντικής προστασίας των τύπων οικοτόπων και των ειδών κοινοτικού ενδιαφέροντος, συμβάλλοντας έτσι και στην διατήρησή τους σε ευρωπαϊκό επίπεδο. Αντικείμενο της Υπηρεσίας 1 (συντονιστής) είναι ο επιστημονικός και τεχνικός συντονισμός για την υλοποίηση των Υπηρεσιών 2 - 9, καθώς και η αξιολόγηση, η σύνθεση και η αξιοποίηση των αποτελεσμάτων του έργου τους. Με την υπ' αριθμ. οικ. ... Απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με θέμα «Έγκριση Πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής και βαθμολόγησης τεχνικών προσφορών της Υπηρεσίας 9 του διαγωνισμού, με τίτλο «Εποπτεία και αξιολόγηση του καθεστώτος διατήρησης προστατευόμενων ειδών και οικοτόπων στην Ελλάδα», αποφασίσθηκε η έγκριση του Πρακτικού 11 της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, που αφορά στην αποσφράγιση και

έλεγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και στην βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων αναδόχων της Υπηρεσίας 9- «...»- του διαγωνισμού «Εποπτεία και αξιολόγηση του καθεστώτος διατήρησης προστατευόμενων ειδών και οικοτόπων στην Ελλάδα». Σύμφωνα με το πρακτικό αυτό, «Η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με δ.τ. "...» απορρίπτεται σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.6. της Διακήρυξης. Η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «...» βαθμολογείται με 105,92. Η τεχνική προσφορά της ένωσης εταιρειών «...» - «...» βαθμολογείται με 113,2. Ειδικότερα, σύμφωνα με το Πρακτικό 11 της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, με το οποίο αξιολογήθηκαν οι Τεχνικές προσφορές των συμμετεχόντων διαπιστώθηκαν τα εξής: «Ακολουθώς η Επιτροπή εξέτασε το περιεχόμενο των τευχών Τεχνικής Έκθεσης, Μεθοδολογίας και Ομάδας Έργου που υπέβαλε η εταιρεία «...». Η Επιτροπή διαπίστωσε, ότι το περιεχόμενο των ανωτέρω τευχών υπερκαλύπτει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και ιδιαίτερα των τεχνικών προδιαγραφών της Υπηρεσίας 9. Η βαθμολογία των τευχών είναι όπως ακολουθεί: Τεχνική έκθεση - K1:104. Για την βαθμολογία η Επιτροπή έλαβε υπ' όψη της την πρόβλεψη για αξιοποίηση από τον υποψήφιο ανάδοχο συνεργειών με άλλα αντίστοιχα έργα. Μεθοδολογία - K2A: 109. Για την βαθμολογία, η Επιτροπή έλαβε υπ' όψη της την αναλυτική παρουσίαση των μεθόδων δειγματοληψίας, την πληρότητα του διαθέσιμου εξοπλισμού και την ύπαρξη πιστοποίησης κατά ISO 9001:2015. Ομάδα έργου - K2B: 106. Για την βαθμολογία η Επιτροπή έλαβε υπόψη της : • τον επιπλέον αριθμό των ατόμων στην ομάδα έργου πέρα των προδιαγραφόμενων στη Διακήρυξη και • Τα αναφερόμενα στο ΕΕΕΣ, Μέρος ΙΙ – Β. Αναλυτικά: στο ΕΕΕΣ, Μέρος ΙΙ - Β: Πληροφορίες σχετικά με τους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα #1, αναφέρονται τα στελέχη της ... , που θα συμμετέχουν στην ομάδα, όμως για την κάλυψη των απαιτήσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό αναφέρεται η «...», προκειμένου να καλυφθούν οι ακόλουθες απαιτήσεις της διακήρυξης: • απαίτηση της παραγράφου 2.2.6. α1) : «... θα δανείσει μία ολοκληρωμένη σύμβαση, στην οποία είχε συμμετάσχει ως ανάδοχος, όπως αναφέρεται ακολούθως, συνολικού ύψους μεγαλύτερου των 700.000,00...» • απαίτηση της

παραγράφου 2.2.6 γ.9.2 : «... θα διαθέσει τους υπαλλήλους/στελέχη της και συγκεκριμένα τους: ...» • απαίτηση της παραγράφου 2.2.6.δ. : «... θα διαθέσει τον εξοπλισμό της...» • απαίτηση της παραγράφου 2.2.6.γ.9.) : «... στήριξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ... των κ.κ ... ο οποίος θα καλύψει το βασικό στελεχιακό δυναμικό (παρ. 2.2.6. γ.9.1.) ... οι οποίοι θα καλύψουν το βασικό στελεχιακό δυναμικό (παρ. 2.2.6. γ.9.2.)». Τέλος αναφέρεται ότι «Η συμμετοχή των Δανειστών στην εκπόνηση της σύμβασης μέσω της παροχής κατάλληλης τεχνογνωσίας υπολογίζεται και συμφωνείται σε ποσοστά επί της σύμβασης ως εξής: ι)...: 43%,...» αθροιστικά το ποσοστό συμμετοχής των δανειστών ανέρχεται σε 65%. Δηλαδή η προσωπική συμμετοχή της ... στην εκπόνηση της σύμβασης ανέρχεται μόνο σε 35%, ούτε καν το 51% ως διεκδικητής της ανάληψης του έργου και επιπλέον μικρότερο και από το ποσοστό της ... , που θα μπορούσε να είναι ο επικεφαλής του σχήματος με 43%. Συμπέρασμα : η ίδια ... δεν διαθέτει την απαιτούμενη «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» και είναι υποχρεωμένη να επιλέξει την νόμιμη διαδικασία του «δανεισμού». Συνολική βαθμολογία :  $K2 = 0,4XK2A+0,6XK2B = 0,4X109+0,6X106=43,6+63,6 = 107,2$  B  
 $TP=0,4xK1+0,6xK2=0,4x104+0,6x107,2=41,6+64,32=105,92$ . Η συνολική βαθμολογία της Τεχνικής Προσφοράς της εταιρείας «...», σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παρ. 2.3.1 της Διακήρυξης, είναι 105,92. Στην συνέχεια, η Επιτροπή εξέτασε το περιεχόμενο των τευχών Τεχνικής Έκθεσης, Μεθοδολογίας και Ομάδας Έργου, που υπέβαλε η ένωση εταιρειών «...». Η Επιτροπή διαπίστωσε, ότι το περιεχόμενο των ανωτέρω τευχών υπερκαλύπτει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και ιδιαίτερα των τεχνικών προδιαγραφών της Υπηρεσίας 9. Η βαθμολογία των τευχών είναι όπως ακολουθεί: Τεχνική έκθεση - K1:112 Για την βαθμολογία η Επιτροπή έλαβε υπ' όψη της την θετική αντίληψη του υποψήφιου αναδόχου στην αποτύπωση του περιβάλλοντος, στο οποίο θα αναπτυχθεί το έργο, την καταγραφή των αντίστοιχων έργων, που είναι σε εξέλιξη αυτή την στιγμή, την πρόβλεψη για χρήση εφαρμογής κινητής τηλεφωνίας από την ομάδα έργου και την πρόθεσή της να εκπονήσει Σχέδιο οργάνωσης συμμετοχής φορέων και Σχέδιο προκαταρκτικής εκτίμησης

κινδύνου. Μεθοδολογία - K2A: 111 Για την βαθμολογία, η Επιτροπή έλαβε υπ' όψη της την ύπαρξη ... (...) στον διαθέσιμο εξοπλισμό, την πιστοποίηση των εταιρειών της ένωσης κατά ISO 9001:2015 και την πρόβλεψη για κεντρικό και χωρικά ενεργοποιημένο σύστημα διαχείρισης βάσεων δεδομένων. Ομάδα έργου - K2B: 116. Για την βαθμολογία η Επιτροπή έλαβε υπ' όψη της : • τον επιπλέον αριθμό των ατόμων στην ομάδα έργου πέραν των προδιαγραφόμενων στην Διακήρυξη. • στο ΕΕΕΣ, Μέρος II - Β: Πληροφορίες σχετικά με τους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα #1, αναφέρονται όλοι οι συμμετέχοντες στο σχήμα και δεν αναφέρεται η διαδικασία δανεισμού, προκειμένου να καλυφθούν οι απαιτήσεις της παρ. 2.2.6. Συνολική βαθμολογία:  $K2=0,4 \times K2A+0,6 \times K2B=0,4 \times 111+0,6 \times 116=44,4+69,6=114$  ΒΤΠ=0,4  $\times K1+0,6 \times K2=0,4 \times 112+0,6 \times 114=44,8+68,4=113,2$ . Η συνολική βαθμολογία της Τεχνικής Προσφοράς της ένωσης εταιρειών «...», σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παρ. 2.3.1 της Διακήρυξης, είναι 113,2. Σημειώνεται, ότι η απόφαση για την βαθμολογία του κριτηρίου K2B και το αντίστοιχο σκεπτικό για τις δύο ανωτέρω προσφορές ελήφθη κατά πλειοψηφία. Μειοψήφησε ο Πρόεδρος της Επιτροπής, σύμφωνα με τον οποίο «ο Δανεισμός Τεχνικής και Επαγγελματικής Επάρκειας είναι μία δυνατότητα, που αναφέρεται ρητά στην Διακήρυξη του έργου (παράγραφος 2.2.8). Εφ' όσον ο υποψήφιος ανάδοχος «...» κατέθεσε το σύνολο των σχετικών δικαιολογητικών, που προβλέπει η Διακήρυξη για τον Δανεισμό Τεχνικής και Επαγγελματικής Επάρκειας, δεν μπορεί να υπάρξει διαφορετική βαθμολογική αντιμετώπιση των δύο προσφορών, που να βασίζεται στο γεγονός και μόνο της χρήσης από τον ένα υποψήφιο ανάδοχο της ανωτέρω δυνατότητας. Πουθενά στην Διακήρυξη δεν αναφέρεται, ότι η χρήση ή μη της δυνατότητας για Δανεισμό Τεχνικής και Επαγγελματικής Επάρκειας προσφέρει προβάδισμα σε μία προσφορά, κατά την διαδικασία αξιολόγησης. Σύμφωνα με το σκεπτικό της μειοψηφίας, η βαθμολογία K2B και η αιτιολόγησή της θα πρέπει να διαμορφωθεί για τις δύο προσφορές, όπως ακολουθεί (με αντίστοιχη μεταβολή της συνολικής τους βαθμολογίας): [[Τεχνική Προσφορά της εταιρείας «...». Ομάδα έργου - K2B: 106. Για την βαθμολογία η Επιτροπή έλαβε υπόψη της τον επιπλέον αριθμό των ατόμων στην ομάδα έργου πέραν των

προδιαγραφόμενων στη Διακήρυξη. Τεχνική Προσφορά της ένωσης εταιρειών «...» Ομάδα έργου - K2B: 106. Για την βαθμολογία η Επιτροπή έλαβε υπόψη της τον επιπλέον αριθμό των ατόμων στην ομάδα έργου πέραν των προδιαγραφόμενων στη Διακήρυξη.]. Το περιεχόμενο της ως άνω απόφασης και του πρακτικού της Επιτροπής του διαγωνισμού κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, στις 28.04.2021. Η εν λόγω προσφυγή έγινε δεκτή από την ΑΕΠΠ (ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) με την 1181,1182/2021 απόφασή της και ακυρώθηκε η ανωτέρω πράξη της αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος, με το οποίο δέχθηκε, ως τεχνικά αποδεκτή, την προσφορά της παρεμβαίνουσας, με την αιτιολογία, ότι *«μη σύννομα θεωρήθηκε ότι το στέλεχος ... έγινε αποδεκτός ως ειδικός επιστήμονας για την κάλυψη του κριτηρίου της παραγράφου 2.2.6 (γ.9.2),...»* και απέρριψε τους λοιπούς λόγους ως αλυσιτελώς προβαλλόμενους. Η ήδη παρεμβαίνουσα άσκησε αίτηση ακύρωσης κατά της ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ (ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.), καθ' ό μέρος την αφορά, η οποία έγινε δεκτή με την υπ' αριθμ. 1711/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, το οποίο ανέπεμψε την υπόθεση στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκειμένου, ασκώντας αυτή την κατά νόμο αρμοδιότητά της, να αποφανθεί και επί των λοιπών λόγων που προβλήθηκαν κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, με την ΓΑΚ-ΑΕΠΠ 970/10.5.2021 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «...». Η εν λόγω απόφαση κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ στις 13/10/2022 και επ' αυτής εξεδόθη η Σ1544/2022 απόφασή της. Ακολούθως, το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, με την υπ' αρ. 721/2023 απόφασή του, απεφάνθη επί αίτησης ακύρωσης κατά της Σ1544/2022, ότι *«... Ακυρώνει την με αρ. 1544/2022 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., κατά το κεφάλαιο αυτής που αφορά την κρίση περί μη πλήρωσης εκ μέρους της αιτούσας του κριτηρίου επιλογής 2.2.6.δ της διακήρυξης (ανεπάρκεια εξοπλισμού). Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου να προβεί σε αναβαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών της αιτούσας και της παρεμβαίνουσας, ως προς τα κριτήρια K1, K2A και K2B, με πλήρη και κατάλληλη ειδική αιτιολογία, σύμφωνα τις κρίσεις που διατυπώθηκαν στις σκέψεις 12,14 και 16 της παρούσας απόφασης...»*. Επιλαμβανόμενη η

## Αριθμός Απόφασης:1682/2023

αναθέτουσα Αρχή εκ νέου της βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών και των δύο συμμετεχόντων, εξέδωσε την υπ' αρ. πρωτ. οικ... /2.6.2023 απόφασή της έγκρισης του Πρακτικού 35 της Επιτροπής Διαγωνισμού επαναβαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών, σύμφωνα με το οποίο: «- Η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «...» βαθμολογείται με 105,92. - Η τεχνική προσφορά της ένωσης εταιρειών «...» - «...» βαθμολογείται με 105,92.». Εν όψει μή άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της νέας αυτής απόφασης της αναθέτουσας Αρχής, κατά το σκέλος της επαναβαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών, η Επιτροπή Διαγωνισμού προχώρησε στο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών των δύο υποψηφίων και στην αξιολόγησή τους, εκδίδοντας το 36ο Πρακτικό της, σύμφωνα με το οποίο: *Η Επιτροπή κατέταξε τις προσφορές σύμφωνα με το κριτήριο ανάθεσης της διακήρυξης όπως αυτό περιγράφεται στην παράγραφο 2.3, ως κάτωθι:*

Κατάταξη	Προσφέρων	Συνολική
1		92,736
2		86,536

*Με βάση την ανωτέρω κατάταξη η Επιτροπή εισηγείται την ανάδειξη της εταιρείας «...» ως προσωρινού αναδόχου. Η Επιτροπή επισημαίνει ότι ανάμεσα στους δύο υποψήφιους αναδόχους υπάρχει μεγάλη διαφορά στην έκπτωση που προσέφεραν σε σχέση με την προεκτιμώμενη αμοιβή που αναφέρεται στην Διακήρυξη του έργου. Κατόπιν τούτου η Αναθέτουσα Αρχή καλείται να εξετάσει αν συντρέχουν οι λόγοι που αναφέρονται στην παράγραφο 3.1.2 της Διακήρυξης (σελ.35) περί εφαρμογής των άρθρων 88 και 89 του ν. 4412/2016 όπως ισχύει. Η Επιτροπή υποβάλλει το παρόν Πρακτικό στην Αναθέτουσα Αρχή, ώστε να προβεί στις νόμιμες διαδικασίες». Μετά ταύτα, εκδόθηκε η υπ'*

αρ. πρωτ. οικ.../... /21.8.2023 απόφαση του Υπηρεσιακού Γραμματέα του ..., με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό 36 της Επιτροπής Διαγωνισμού και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία .... Ωστόσο, όπως προκύπτει από το διατακτικό της απόφασης αυτής, πριν την έκδοσή της, διενεργήθηκε διαδικασία πρόσκλησης της εταιρείας αυτής προς αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της, ως ασυνήθιστα χαμηλής, στην οποία η τελευταία ανταποκρίθηκε, υποβάλλοντας την σχετική απάντησή της, εξ ου και στην ως άνω απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου αναφέρεται επί λέξει ότι: Βάσει της παρ. 2.3.2. της Διακήρυξης, η συνολική βαθμολογία της προσφοράς της ένωσης οικονομικών φορέων «...», ανέρχεται σε 86,536 ενώ εκείνη της προσφοράς της εταιρείας «...» ανέρχεται σε 92,736. Ως εκ τούτου και λαμβάνοντας υπ' όψη το αρ. πρωτ. .../... /3-8-2023 έγγραφο του οικονομικού φορέα ... , που προσκομίσθηκε κατ' εφαρμογή του αρ. 88 του Ν.4412/2016, ως ισχύει, η εταιρεία «...» κατατάσσεται πρώτη και αναδεικνύεται προσωρινός ανάδοχος της Υπηρεσίας 9 του διαγωνισμού. Πράγματι, ανατρέχοντας στα «ελήφθησαν υπόψη» έγγραφα της εν λόγω απόφασης, διαπιστώνεται, ότι, μεταξύ αυτών, μνημονεύονται δύο αγνώστου, στην προσφεύγουσα, περιεχομένου και αντικειμένου έγγραφα, τα οποία προφανώς αντηλλάγησαν μεταξύ της αναθέτουσας Αρχής και του προσωρινού αναδόχου, ήτοι τα υπ' αρ. 12 και 13 έγγραφα της απόφασης, που ακολούθησαν την έκδοση του Πρακτικού 36 της ΕΔ. 11. Το αρ.36 Πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού με αρ. πρ. .../... 17-7-2023. 12. Το .../... /18-7-2023 έγγραφο της Υπηρεσίας προς τον οικονομικό φορέα «...». 13. Το αρ. πρωτ. .../... /3-8-2023 έγγραφο του οικονομικού φορέα «...». Ωστε, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα υπέβαλε το σχετικό από 30.8.2023 αίτημα χορήγησης στοιχείων. Επί του αιτήματος αυτού, η αναθέτουσα Αρχή απάντησε αρνητικά, εκδίδοντας στις 14.9.2023, την οικ. .../... /14.9.2023 απόφασή της περί «ΜΗ ΧΟΡΗΓΗΣΗΣ ΤΗΣ ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΑΝΑΔΟΧΟΥ» και χορηγώντας της μόνο το προς αυτήν αίτημα-πρόσκληση αιτιολόγησης της προσφοράς της. Η απόφαση αυτή, η οποία κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικό μήνυμα στις 15.9.2023, συνιστά βλαπτική των εννόμων συμφερόντων της



προσφεύγουσας εκτελεστή πράξη της Διοίκησης περί άρνησης χορήγησης της αιτιολογίας της ως άνω με αρ. πρωτ. οικ.../... /21.8.2023 απόφασης του Υπηρεσιακού Γραμματέα του ... αποδοχής της αιτιολόγησης οικονομικής προσφοράς και ανάδειξης της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας ως προσωρινού μειοδότη.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε τις απόψεις της στις 10/10/2023, ήτοι εμπροθέσμως, δοθείσης της από 25/09/2023 κατάθεσης της ένδικης προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής. Επ' αυτών κατετέθη παραδεκτώς το από 16/10/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας, δοθέντος, ότι η η 5<sup>η</sup>, καταληκτική, ημέρα κατάθεσης του υπομνήματος, ήτοι η 15<sup>η</sup>/10/2023, ήταν ημέρα εξαιρετέα (Κυριακή).

5. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (βλ. ΣΤΕ Ολ 4022/2012, 1411/2003, 1532, 2018, 2327/1965), οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων, των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν. Συναφώς έχει κριθεί, ότι, «αν το διοικητικό όργανο διαθέτει διακριτική ευχέρεια, κατά την έκδοση της διοικητικής πράξης, το ακυρωτικό όργανο, που επιλαμβάνεται αυτής, μπορεί μόνο να την ακυρώσει («το επιλαμβανόμενο της προσφυγής διοικητικό δικαστήριο δεν έχει εξουσία να προβεί σε κατ' ιδίαν εκτίμηση, ενέχουσα κατά περιεχόμενο άσκηση ανηκούσης στην Διοίκηση διακριτικής εξουσίας, καθ' υποκατάσταση της Διοικήσεως, αλλά οφείλει, όπως επιβάλλει το άρθρο 79 παρ.3 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, σε συμφωνία προς την αρχή της διακρίσεως των εξουσιών, να ακυρώσει την πράξη και να την αναπέμψει στην Διοίκηση για σύννομη άσκηση της διακριτικής της εξουσίας» ΣΤΕ 1879/2008 σκ. 5). Συναφώς, σύμφωνα με την πάγια θέση της θεωρίας, όπως επιρρωνύεται από τα πορίσματα της νομολογίας (ΣΤΕ 1222/1979), σε περίπτωση διακριτικής ευχέρειας, ο ακυρωτικός έλεγχος περιορίζεται στην εξέταση των νομικών

συλλογισμών και στην τήρηση των νομικών ορίων. Σύμφωνα δε με την θεωρία, η πλήρης απουσία αιτιολογίας, στο σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης, παραβιάζει ευθέως την υποχρέωση της Διοίκησης να περιλαμβάνει αιτιολογία στις ατομικές διοικητικές πράξεις που εκδίδει, σύμφωνα με το άρθρο 10 παρ. 1 του Συντ. που ορίζει, ότι: *«Καθένας ή πολλοί μαζί έχουν το δικαίωμα, τηρώντας τους νόμους του Κράτους, να αναφέρονται εγγράφως στις αρχές, οι οποίες είναι υποχρεωμένες να ενεργούν σύντομα κατά τις κείμενες διατάξεις και να απαντούν αιτιολογημένα σε εκείνον που υπέβαλε την αναφορά, σύμφωνα με τον νόμο»,* αλλά και του άρθρου 17 παρ. 1 και 2 του ... που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του Ν. 2690/1999, το οποίο προβλέπει, ότι: *«1. Η ατομική διοικητική πράξη πρέπει να περιέχει αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της. 2. Η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική, επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εκτός αν προβλέπεται ρητώς στο νόμο ότι πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης. 3. [...]».*

6. Επειδή, άλλωστε, έχει κριθεί, ότι αιτιολογία μιας πράξης, ως έκφραση της αρχής της νομιμότητας της πράξης (ΣτΕ 171/2002), αποτελεί η έκθεση των πραγματικών και νομικών λόγων που οδήγησαν το αρμόδιο όργανο στην απόφασή του, καθώς και η παράθεση των κριτηρίων, βάσει των οποίων αυτό άσκησε την διακριτική του ευχέρεια. Η αιτιολογία αυτή, σύμφωνα με την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να είναι νόμιμη, δηλαδή επαρκώς εξειδικευμένη και πλήρης κατά τρόπο ώστε, αφ' ενός να μην καταλείπονται κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του αρμοδίου διοικητικού οργάνου και αφ' ετέρου να δημιουργεί δυνατότητα ελέγχου τόσο από τον διοικούμενο όσο και τον ακυρωτικό Δικαστή, κατά πόσον η σχετική αιτιολογία είναι σύμφωνη ή βρίσκεται σε αρμονία με τους κανόνες δικαίου, που καθορίζουν το πλαίσιο της νομιμότητας. Η απαιτούμενη ειδική αιτιολογία δεν μπορεί να αναπληρωθεί από την παρεχόμενη βαθμολογία, διότι η ελλείπουσα λεκτική διατύπωση της κρίσης της Επιτροπής είναι αναγκαία, τόσο για την υποβολή αντιρρήσεων από τον διαγωνιζόμενο, όσο και για τον έλεγχο του αιτιολογημένου της κρίσης από τον ακυρωτικό Δικαστή, (ΕΑ ΣτΕ 1080/2006, 305/2006, ΣτΕ 1292/2005 κ.α.).

7. Επειδή, στο άρθρο 21 του ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) ορίζεται : «1. Εκτός αν προβλέπεται άλλως στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) ή σε άλλες διατάξεις, ιδίως στο άρθρο 1 του π.δ. 28/2015 (Α' 34) και στο άρθρο 24 του Ν. 2121/1993 (Α' 25), και με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων σχετικά με τη δημοσιοποίηση των συναπτόμενων συμβάσεων και την ενημέρωση των υποψηφίων και των προσφερόντων, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 64 και 70, η αναθέτουσα αρχή δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές, συμπεριλαμβανομένων, ενδεικτικά, των τεχνικών ή εμπορικών απορρήτων και των εμπιστευτικών πτυχών των προσφορών. 2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις στους οικονομικούς φορείς, με σκοπό την προστασία του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών, τις οποίες παρέχουν οι αναθέτουσες αρχές καθ' όλη τη διαδικασία σύναψης συμβάσεων. Μπορούν επίσης να απαιτήσουν από τους οικονομικούς φορείς να διασφαλίζουν την τήρηση των απαιτήσεων αυτών από το προσωπικό τους, τους υπεργολάβους τους και κάθε άλλο τρίτο πρόσωπο που χρησιμοποιούν κατά την ανάθεση ή εκτέλεση της σύμβασης. 3. Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. 4. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της. 5. Το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα των προσφορών άλλων οικονομικών φορέων ασκείται, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 1 του άρθρου πρώτου του π.δ. 28/2015 (Α'34)». Εξ άλλου, στο άρθρο 70 παρ. 3 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι : «Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αποφασίζουν να μη γνωστοποιήσουν ορισμένες πληροφορίες που αναφέρονται στις παρ. 1 και 2 σχετικά με την ανάθεση των συμβάσεων, τη σύναψη συμφωνιών - πλαίσιο ή την αποδοχή σε ένα δυναμικό σύστημα αγορών, εάν η γνωστοποίηση των εν λόγω πληροφοριών μπορεί να

εμποδίσει την εφαρμογή των νόμων, να είναι αντίθετη, καθ' οιονδήποτε άλλον τρόπο, προς το δημόσιο συμφέρον ή να βλάψει τα νόμιμα εμπορικά συμφέροντα ενός συγκεκριμένου οικονομικού φορέα δημόσιου ή ιδιωτικού ή τις συνθήκες θεμιτού ανταγωνισμού μεταξύ οικονομικών φορέων.»

8. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλλου ως προς την εξεταζόμενη προσφυγή, λεκτέα τα κάτωθι. Στο πλαίσιο του ένδικου διαγωνισμού, η Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού εξέδωσε το αρ... πρακτικό, σχετικά με την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου. Εν συνεχεία, απέστειλε το υπ' αρ.πρωτ. .../... /18-7-2023 έγγραφο προς τον οικονομικό φορέα .... Με το έγγραφο αυτό, κατ' εφαρμογή του αρ.88 του Ν. 4412/2016, ζητήθηκε να αιτιολογηθεί η σημαντική έκπτωση του φορέα στην οικονομική του προσφορά. Ο φορέας ... απέστειλε, μέσω ΕΣΗΔΗΣ, δύο αρχεία (αρ. πρωτ .../... 3-8-2023), με τα οποία αιτιολόγησε την προσφερόμενη τιμή. Η αιτιολόγηση της προσφερόμενης τιμής έγινε δεκτή από την αναθέτουσα Αρχή, καθ' ότι εκρίθη, ότι εδράζεται α) στην καλή γνώση του αντικειμένου λόγω της εμπειρίας της ομάδας μελέτης του οικονομικού φορέα σε ανάλογα έργα, β) στην δυνατότητα εφαρμογής οικονομικών κλίμακος και γ) στα αναλυτικά στοιχεία με τα κόστη που προσκομίσθηκαν με τα δύο αρχεία. Η αναθέτουσα Αρχή έκρινε, ότι, καθώς τα αρχεία αυτά περιλαμβάνουν στοιχεία (π.χ. μισθοδοσίες) τα οποία αποτελούν προσωπικά δεδομένα, για αυτόν τον λόγο δεν προέβη σε αποστολή αυτών σε τρίτους φορείς. Εν συνεχεία, εκδόθηκε η υπ' αρ.πρωτ. ... /... 21-8-2023 Απόφαση του Υπηρεσιακού Γραμματέα του ..., για την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου. Η Απόφαση αυτή αναρτήθηκε στην ... και απεστάλη στις 22-8-2023 στους προσφέροντες του διαγωνισμού. Εντός του προβλεπόμενου από την Διακήρυξη χρονικού διαστήματος δεν υπεβλήθη προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης αυτής. Η ένωση οικονομικών φορέων «...» απέστειλε στην αναθέτουσα Αρχή το υπ' αρ. πρωτ. .../... /31-8-2023 έγγραφο, αιτούμενη την αλληλογραφία με τον οικονομικό φορέα ... για την τεκμηρίωση της οικονομικής προσφοράς του καθώς και την χορήγηση παράτασης για άσκηση κάθε νόμιμου δικαιώματός της. Με το υπ' αρ. πρωτ.

.../... /14-9-2023 έγγραφο, η αναθέτουσα Αρχή δεν έκανε δεκτά τα αιτήματα της προσφεύγουσας.

9. Επειδή, σε επίπεδο ενωσιακής νομολογίας (Απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-54/21 ANTEA POLSKA κ.λπ), προσφάτως εκρίθη, ότι «Τουναντίον, η οδηγία 2014/24 αντιτίθεται σε συστήματα τα οποία δεν περιλαμβάνουν επαρκές σύνολο κανόνων βάσει των οποίων οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αρνηθούν κατ' εξαίρεση την αποκάλυψη πληροφοριών οι οποίες, μολονότι δεν εμπíπτουν στην έννοια του εμπορικού απορρήτου, δεν πρέπει εντούτοις να καταστούν προσβάσιμες. Προκειμένου να καταλήξει στο συμπέρασμα αυτό, το Δικαστήριο διαπιστώνει ότι η προστασία της εμπιστευτικότητας βάσει της οδηγίας 2014/24 είναι ευρύτερη από την προστασία που καλύπτει μόνον τα εμπορικά απόρρητα. ...θυμίζει, ωστόσο, ότι, σύμφωνα με την οδηγία αυτή, η απαγόρευση αποκάλυψης διαβιβασθεισών πληροφοριών εμπιστευτικού χαρακτήρα ισχύει εκτός αν προβλέπεται άλλως στο εθνικό δίκαιο στο οποίο υπόκειται η αναθέτουσα αρχή. Κατά συνέπεια, κάθε κράτος μέλος έχει την ευχέρεια να προβαίνει σε στάθμιση της εμπιστευτικότητας στην οποία αναφέρεται η οδηγία αυτή με τους κανόνες του εθνικού δικαίου που επιδιώκουν άλλα νόμιμα συμφέροντα, μεταξύ των οποίων η πρόσβαση στην ενημέρωση, ώστε να διασφαλίζεται η μέγιστη διαφάνεια των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Τούτου δοθέντος, τα κράτη μέλη οφείλουν να απέχουν από τη θέσπιση συστημάτων τα οποία δεν διασφαλίζουν την ύπαρξη ανόθευτου ανταγωνισμού, θίγουν την ισορροπία μεταξύ της απαγόρευσης αποκάλυψης εμπιστευτικών πληροφοριών και της γενικής αρχής της χρηστής διοίκησης, από την οποία απορρέει η υποχρέωση αιτιολόγησης, διά της οποίας επιδιώκεται να διασφαλιστεί ο σεβασμός του δικαιώματος αποτελεσματικής προσφυγής του αποκλεισθέντος προσφέροντος, ή ακόμη αλλοιώνουν τόσο το καθεστώς δημοσιότητας όσον αφορά τις ανατιθέμενες συμβάσεις όσο και τους κανόνες σχετικά με την ενημέρωση των υποψηφίων και των προσφερόντων». Συνεπώς, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και την στάθμιση των αντιτιθέμενων αγαθών, μεταξύ προσφεύγουσας και παρεμβαίνουσας, προκύπτει, ότι η μη δημοσιοποίηση στην προσφεύγουσα των οικονομικών

στοιχείων της προσφοράς της παρεμβαίνουσας (π.χ. μισθοδοσίες) αποστερεί αυτήν πλήρως της δυνατότητας διοικητικής και εν συνεχεία δικαστικής προστασίας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην «οικονομική» οδηγία της Ε.Ε., περί παροχής προστασίας στον τομέα προ της σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Τούτο, διότι είναι αντικειμενικώς αδύνατο για την προσφεύγουσα- και άρα αποστερείται αυτή του εν θέματι ενωσιακής υφής και φύσης δικαιώματος-, να προβάλει συγκεκριμένους ισχυρισμούς για το σύννομο ή μη της αιτιολόγησης της αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, αν δεν έχει στην διάθεση της τα οικονομικά εκείνα στοιχεία, που αποτελούν την «ραχοκοκαλιά» της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Τούτων κριθέντων, τυγχάνει απορριπτέος, ως αβάσιμος, και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας Αρχής, ότι η κρινομένη προσφυγή είναι εκπρόθεσμη, καθώς, ως παγίως γίνεται δεκτό, η προθεσμία προσβολής της δυσμενούς διοικητικής πράξης εκκινεί από το σημείο που κοινοποιηθεί στον ενδιαφερόμενο η πλήρης αιτιολογία αυτής, γεγονός που εν προκειμένω, κατά τα προδιαληφθέντα, ουδέποτε έλαβε χώρα. Ως προς δε τον ισχυρισμό της παρεμβαίνουσας, ότι μη νόμιμα προσβάλλεται η απόφαση της αναθέτουσας Αρχής περί ανάδειξης της ως προσωρινής αναδόχου, κατά της οποίας χωρεί προδικαστική προσφυγή μόνο για λόγους, που ανάγονται στην νομιμότητα της κρίσης της αναθέτουσας Αρχής περί ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, και ότι τέτοιοι λόγοι δεν διαλαμβάνονται στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, αυτός απορρίπτεται ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Τούτο, διότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν προσβάλλεται μόνο για λόγους που ανάγονται στην νομιμότητά της, ως αυθαιρέτως υπολαμβάνει η παρεμβαίνουσα, αλλά επιπρόσθετα και για λόγους που ανάγονται στο παράνομο σκέλος της, περί χαρακτηρισμού ορισμένων πληροφοριών, στις οποίες στήριξε την έκδοσή της, ως εμπιστευτικών (βλ. ΣΤΕ 114/2020).

10. Επειδή, εκ των ως άνω προκύπτει, ότι πρέπει η υπό κρίση προσφυγή να γίνει δεκτή, να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, κατά το σκεπτικό, ενώ η επ' αυτής ασκηθείσα παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί σ' αυτήν (αρ. 363 Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων στα δύο μέρη της προσφεύγουσας ένωσης.

**Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 3 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 16 Νοεμβρίου στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.**

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**