

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.12.2022 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1827/21.12.2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» και δη κατά της υπ' αριθ. πρωτ. 63119/05.12.2022 (Απόσπασμα Πρακτικού Συνεδρίασης αριθμ. 231/16.11.2022) απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της διαγωνιζόμενης εταιρείας με την επωνυμία «...» καθώς και της εταιρείας με την επωνυμία «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων

Αριθμός απόφασης:260/2023

συμβάσεων. Ειδικότερα, στις διατάξεις του άρθρου 345 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζεται: «Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης και τροποποίησης συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των ορίων των άρθρων 118 και 328 περί απευθείας ανάθεσης, και των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ για τις συμβάσεις ενεργειών τεχνικής βοήθειας των άρθρων 119 και 329», συνεπώς παραδεκτώς ασκείται η υπό κρίση προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, καθώς στρέφεται κατά της προσβαλλομένης πράξης της αναθέτουσας αρχής που εκδόθηκε στις 05.12.2022 και κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 07.12.2022, ήτοι για διαφορά που ανέκυψε μετά την 01.03.2022, δοθέντος ότι ο κρίσιμος χρόνος προκειμένου για την εφαρμογή του δικονομικού καθεστώτος, ήτοι της εφαρμογής των άρθρων 345 έως 374 του Ν.4412/2016 (Βιβλίο IV Έννομη προστασία κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων) είναι ο χρόνος που προέκυψε η διαφορά και όχι ο χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης που διέπει τον επίδικο διαγωνισμό, ως αβασίμως και δη αλυσιτελώς προβάλλει η προσφεύγουσα.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, δεν έχει αποστείλει τις απόψεις της επί της προκείμενης προσφυγής, παρόλο που εκλήθη νομίμως προς τούτο, δοθέντος ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή «... β) Διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περ. α' της παρ. 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους και τις απόψεις της επί της προσφυγής. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. γ) Κοινοποιεί σε όλα τα μέρη τις απόψεις της, τις παρεμβάσεις και τα σχετικά έγγραφα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το αργότερο έως την επομένη εργάσιμη ημέρα από την κατάθεσή τους. [...] 2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την

Αριθμός απόφασης:260/2023

αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περ. β' της παρ. 1, η ΑΕΠΠ μπορεί να συναγάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος.»

4. Επειδή, με την με αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «...», εκτιμώμενης αξίας 40.322,58 ευρώ άνευ ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά από οικονομική άποψη βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, ο οποίος διαγωνισμός αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 09.02.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό «...». Διά της προσβαλλομένης δε, με αριθμ. πρωτ. 63119/2022 απόφασης (Απόσπασμα πρακτικού συνεδρίασης αριθμ. 231/16.11.2022) και κατ' αποδοχήν του πρακτικού αποσφράγισης αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτές τις τεχνικές προσφορές και των τριών συμμετεχόντων φορέων, ήτοι των εταιρειών «...», «...» και «...» με συνολική βαθμολογία τεχνικής προσφοράς και για τους τρεις ανωτέρω, 100 βαθμών. Προσέτι, η προσφεύγουσα, με πρόδηλο έννομο συμφέρον, στρέφεται κατά της ως άνω προσβαλλομένης, στρεφόμενη κατά της αποδοχής των προσφορών των έτερων συνδιαγωνιζόμενων της, δοθέντος ότι συμμετείχε στον εν λόγω διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά, η οποία και έγινε αποδεκτή διά της προσβαλλομένης, αιτούμενη την ακύρωσή της, καθ' ό μέρος έγινε αποδεκτή η προσφορά της ανωτέρω συμμετέχουσας, ως βλαπτόμενη, ερειδόμενο (το έννομο συμφέρον) στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

5. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα παραπονείται ότι εσφαλμένως και πλημμελώς έγινε δεκτή διά της προσβαλλομένης η προσφορά της εταιρείας «...», δοθέντος ότι δεν έχει υποβάλει τα ΕΕΕΣ των εξωτερικών συνεργατών της, μελών της ομάδας έργου καθώς επίσης, η τελευταία, υπέβαλε μη ψηφιακά υπογεγραμμένη υπεύθυνη δήλωση του συνεργάτη της

Αριθμός απόφασης:260/2023

«...», κατά παράβαση του κανονιστικού πλαισίου της υπόψη διακήρυξης. Αντιστοίχως, ως προς την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...», παραπονεείται η προσφεύγουσα ότι πλημμελώς έγινε αυτή αποδεκτή διά της προσβαλλομένης καθώς δεν έχει υποβάλει το ΕΕΕΣ εξωτερικού συνεργάτη της και μέλους της προτεινόμενης από αυτή ομάδας έργου. Με τον τρίτο δε λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι έχει εμφιλοχωρήσει παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, δοθέντος ότι έχει επέλθει η λήξη ισχύος των προσφορών καθόσον σύμφωνα με το άρθρο 2.4.5 της διακήρυξης «Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα διακοσίων σαράντα (240) ημερών από την επόμενη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών για τον διαγωνισμό», όπερ έχει παρέλθει και μέχρι την ημέρα άσκησης της προσφυγής, ως επικαλείται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει προβεί σε σχετικό αίτημα παράτασης της προσφοράς των συμμετεχόντων και υποψηφίων αναδόχων.

6. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει αμφίδρομα, τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους συμμετέχοντες, προβλέπονται τα εξής: «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η «...» σύμφωνα με την Αναλυτική Περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της Διακήρυξης. [...] 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς (υποψήφιοι ανάδοχοι) απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον ένα έργο που αφορά το σύνολο του προγράμματος συμμόρφωσης GDPR σε δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς με τουλάχιστον 1.000 άτομα προσωπικό, β) να διαθέτουν ομάδα έργου που να μπορεί να υλοποιήσει τις εργασίες που περιγράφονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι: ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΥΠΟ «...». Ειδικότερα όσον αφορά την ομάδα έργου, αυτή θα πρέπει να αποτελείται κατ' ελάχιστον από 3 άτομα, ως ακολούθως: α) ο υπεύθυνος-συντονιστής της ομάδας έργου (project manager) θα πρέπει να κατέχει πτυχίο Πανεπιστημιακής Εκπαίδευσης και να διαθέτει τουλάχιστον τριετή εμπειρία στη διοίκηση ή εκτέλεση έργων ασφάλειας πληροφοριών, β) ένα άτομο που θα υποστηρίζει τον Υπεύθυνο/η Προστασίας

Αριθμός απόφασης:260/2023

Δεδομένων (Data Protection Officer [DPO]) του «...» και θα πρέπει να διαθέτει την απαραίτητη πιστοποίηση από αναγνωρισμένο φορέα για την ανάληψη και εκτέλεση των καθηκόντων DPO, όπως αυτά ορίζονται στο Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων (GDPR), και γ) ένα άτομο που θα υποστηρίζει τον Υπεύθυνο Ασφάλειας Δεδομένων του «...», ο οποίος θα πρέπει να είναι ειδικός πληροφορικής με αποδεδειγμένη γνώση και εμπειρία στην ασφάλεια δεδομένων, πληροφοριών και πληροφοριακών συστημάτων. Για όλα τα μέλη της ομάδας έργου και για τους προτεινόμενους/ες για την υποστήριξη του DPO και του Υπευθύνου Ασφάλειας Δεδομένων του «...» απαιτείται η υποβολή αναλυτικών βιογραφικών σημειωμάτων επί ποινή απόρριψης της προσφοράς. Προσφορές που δεν θα συμπεριλαμβάνουν τα απαιτούμενα βιογραφικά σημειώματα θα απορρίπτονται. [...] 2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων – Υπεργολαβία 2.2.8.1 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους 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. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει αν

Αριθμός απόφασης:260/2023

οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν κατά περίπτωση τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3.. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η οποία απευθύνεται στον οικονομικό φορέα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Ο φορέας που αντικαθιστά φορέα του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου. [...] Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) ... β) Για την Ομάδα έργου του οικονομικού φορέα: - βιογραφικά σημειώματα, - αντίγραφα των τίτλων σπουδών, - άδειες ασκήσεως επαγγέλματος - βεβαιώσεις προϋπηρεσίας, - επιστημονικά άρθρα και πρακτικά συνεδρίων. - Για τον Υπεύθυνο Συντονιστή της ομάδας Έργου: Αντίγραφο του Πτυχίου, και Πιστοποιητικά με τα οποία αποδεικνύεται η απαιτούμενη εμπειρία και - Για το άτομο που προτείνεται για την υποστήριξη του Υπεύθυνου/ης Προστασίας Δεδομένων (Data Protection Officer [DPO]) του «...»: Πιστοποίηση από αναγνωρισμένο φορέα για την ανάληψη και εκτέλεση των καθηκόντων DPO, όπως αυτά ορίζονται στο Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων (GDPR). - Για το άτομο που προτείνεται για την υποστήριξη του Υπευθύνου Ασφάλειας Δεδομένων του «...»: Αντίγραφο του Πτυχίου, και Πιστοποιητικά με τα οποία αποδεικνύεται η απαιτούμενη εμπειρία. Σε περίπτωση κατά την οποία τα προτεινόμενα μέλη των ομάδων δεν είναι στελέχη μόνιμης συνεργασίας του οικονομικού φορέα (ανεξαρτήτως Ασφαλιστικού Ταμείου που ανήκει το στέλεχος), αλλά εξωτερικοί συνεργάτες, η πρόταση πρέπει να συνοδεύεται από υπεύθυνες δηλώσεις τους ότι υπάρχει συμφωνία συνεργασίας για όλη την προβλεπόμενη διάρκεια της σύμβασης και ότι είναι αποδεκτοί οι όροι του παρόντος διαγωνισμού [...] Β.9. Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζει, ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για τον

Αριθμός απόφασης:260/2023

σκοπό αυτό. Ειδικότερα, προσκομίζεται έγγραφο (συμφωνητικό ή σε περίπτωση νομικού προσώπου απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης αυτού ή σε περίπτωση φυσικού προσώπου υπεύθυνη δήλωση), δυνάμει του οποίου αμφότεροι, διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας και τρίτος φορέας, εγκρίνουν τη μεταξύ τους συνεργασία για την κατά περίπτωση παροχή προς τον διαγωνιζόμενο της χρηματοοικονομικής ή/και τεχνικής ή/και επαγγελματικής ικανότητας του φορέα, ώστε αυτή να είναι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου για την εκτέλεση της Σύμβασης. Η σχετική αναφορά θα πρέπει να είναι λεπτομερής και να αναφέρει κατ' ελάχιστον τους συγκεκριμένους πόρους που θα είναι διαθέσιμοι για την εκτέλεση της σύμβασης και τον τρόπο δια του οποίου θα χρησιμοποιηθούν αυτοί για την εκτέλεση της σύμβασης. Ο τρίτος θα δεσμεύεται ρητά ότι θα διαθέσει στον διαγωνιζόμενο τους συγκεκριμένους πόρους κατά τη διάρκεια της σύμβασης και ο διαγωνιζόμενος ότι θα κάνει χρήση αυτών σε περίπτωση που του ανατεθεί η σύμβαση. [...]

7. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΣτΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Εξάλλου, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των

Αριθμός απόφασης:260/2023

άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

8. Επειδή, από τους προδιαληφθέντες στη σκέψη 7 της παρούσας όρους της υπόψη διακήρυξης συνάγεται εναργώς ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους 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 δε ειδικότερα την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, οι οικονομικοί φορείς (υποψήφιοι ανάδοχοι) απαιτείται, μεταξύ άλλων, να διαθέτουν ομάδα έργου που να μπορεί να υλοποιήσει τις εργασίες που περιγράφονται στο Παράρτημα Ι της υπόψη διακήρυξης και η οποία πρέπει να αποτελείται κατ' ελάχιστον από 3 άτομα, ως εξής: α) ο υπεύθυνος-συντονιστής της ομάδας έργου (project manager), β) ένα άτομο που θα υποστηρίζει τον Υπεύθυνο/η Προστασίας Δεδομένων (Data Protection Officer [DPO]) του «...» και γ) ένα άτομο που θα υποστηρίζει τον Υπεύθυνο Ασφάλειας Δεδομένων του «...». Περαιτέρω ορίζεται συναφώς ότι σε περίπτωση κατά την οποία τα προτεινόμενα μέλη των ομάδων δεν είναι στελέχη μόνιμης συνεργασίας του οικονομικού φορέα (ανεξαρτήτως Ασφαλιστικού Ταμείου που ανήκει το στέλεχος), αλλά εξωτερικοί συνεργάτες, η πρόταση/ προσφορά θα πρέπει να συνοδεύεται από υπεύθυνες δηλώσεις τους ότι υπάρχει συμφωνία συνεργασίας για όλη την προβλεπόμενη διάρκεια της σύμβασης και ότι είναι αποδεκτοί οι όροι του παρόντος διαγωνισμού και επιπλέον στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, πρέπει να προσκομίζει, ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους για τον σκοπό αυτό. Από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης και δη της προσφοράς της συμμετέχουσας στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία εταιρείας «...», στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. «...») συνάγεται εν προκειμένω ότι στην προτεινόμενη ομάδα έργου της, δηλώνει,

Αριθμός απόφασης:260/2023

μεταξύ των λοιπών που απαρτίζουν την εν λόγω ομάδα, τους «...», «...» και «...», οι οποίοι είναι εξωτερικοί συνεργάτες, ως προκύπτει ειδικότερα από τα υποβληθέντα βιογραφικά σημειώματα τους, όπου δηλώνεται η τρέχουσα απασχόληση τους, είναι δε αντιστοίχως, ιδιοκτήτης της εταιρείας «...», σύμβουλος στην εταιρεία «...» και σύμβουλος σε φορείς και επιχειρήσεις της Ελλάδας και του εξωτερικού. Ενόψει των ανωτέρω και δοθέντος ότι οι ανωτέρω αποτελούν τρίτους, κατά την έννοια του άρθρου 2.2.8 της οικείας διακήρυξης καθώς και του άρθρου 78 του Ν.4412/2016, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η διαγωνιζόμενη εταιρεία έπρεπε να συμπληρώσει καταφατικά το σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ της, ήτοι όσον αφορά τη στήριξη σε τρίτους, αλλά και να έχει υποβάλλει με τη προσφορά της ξεχωριστά ΕΕΕΣ των τρίτων ως άνω φορέων, όπερ δεν έπραξε, κατά παράβαση των ορισθέντων στο οικείο κανονιστικό και νομοθετικό πλαίσιο, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Και τούτο διότι, ως γίνεται δεκτό, η καταρχήν δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου δεν αίρει την υποχρέωση ρητής αναφοράς στο ΕΕΕΣ του προσφέροντος ότι θα στηριχθεί σε τρίτο οικονομικό φορέα, ενώ η παράλειψη τοιαύτης δήλωσης στο ΕΕΕΣ του προσφέροντος περί στήριξης στις ικανότητες συγκεκριμένου τρίτου φορέα δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι ενδεχομένως αναπληρώνεται από την ρητή δέσμευση του τρίτου στην υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση ότι θα διαθέσει τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση του έργου. Αντιθέτως η ρητή δήλωση του προσφέροντος στο ΕΕΕΣ του περί στήριξης του σε τρίτους ως επίσης και η υποβολή με τη προσφορά του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα ξεχωριστών ΕΕΕΣ των τρίτων δανειζόντων εμπειρία σε αυτόν, διά των οποίων καταρχήν αποδεικνύεται προκαταρκτικώς η μη συνδρομή στο πρόσωπο των τρίτων, των λόγων αποκλεισμού καθώς και η συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων, αποτελούν κανονιστικού περιεχομένου υποχρεώσεις, η παράβαση των οποίων συνιστά πλημμέλεια που δεν επιδέχεται θεραπείας κατά το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, αποτελεί δε, η έλλειψη συνδρομής των ανωτέρω, αυτοτελή λόγο απόρριψης της προσφοράς. Ενόψει τούτων, οι προβαλλόμενοι διά του πρώτου λόγου προσφυγής ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλομένης όσον αφορά την

Αριθμός απόφασης:260/2023

αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...» πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι.

9. Επειδή, εξάλλου, με τον δεύτερο λόγο κατά της της προσβαλλομένης σχετικά με την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...», ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι πλημμελώς στην προσφορά της η ανωτέρω έχει υποβάλει την υπεύθυνη δήλωση, του συνεργάτη της «...», μέλους της ομάδας έργου, η οποία ωστόσο δεν είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη αλλά μόνο ιδιοχείρως. Από το κανονιστικό περιεχόμενο της υπόψη διακήρυξης, εντούτοις, και τους σχετικούς με το τιθέμενο ζήτημα όρους αυτής, ως παρατίθενται στη σκέψη 6 της παρούσας, προκύπτει ότι η υπεύθυνη δήλωση των μελών της ομάδας έργου δεν αποτελεί προαπαιτούμενο στοιχείο της τεχνικής προσφοράς ή με άλλα λόγια υποχρέωση των συμμετεχόντων συμπερίληψής της στο φάκελο της τεχνικής τους προσφοράς, συνεπώς δεν ασκεί επιρροή η ως άνω αιτίαση της προσφεύγουσας και είναι απορριπτέα, δοθέντος επιπλέον ότι, ως γίνεται δεκτό, οι διαγωνιζόμενοι είναι υποχρεωμένοι σε συμμόρφωση με τα εκ της διακήρυξης σαφώς ορισθέντα και προς υποβολή ειδικότερα με την προσφορά τους των αξιωθέντων από την υπόψη διακήρυξη συγκεκριμένων στοιχείων και εγγράφων.

10. Επειδή, έτι περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι εσφαλμένως έγινε αποδεκτή διά της προσβαλλομένης η προσφορά της εταιρείας «...» διότι δεν έχει υποβάλλει με την προσφορά της ξεχωριστό ΕΕΕΣ του «...», ο οποίος είναι εξωτερικός συνεργάτης. Από την επισκόπηση ωστόσο της προσφοράς της ανωτέρω εταιρείας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. «...») εμφανίζεται ότι ο «...» δεν αποτελεί εξωτερικό συνεργάτη, αλλά είναι στέλεχος, σε μόνιμη συνεργασία με τη συμμετέχουσα στον υπόψη διαγωνισμό εταιρεία και δη από το 2015, ως προκύπτει από το υποβληθέν βιογραφικό του σημείωμα όπου δηλώνεται η ανωτέρω εταιρεία ως εργοδότης του, αλλά και στην υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση του, που επισυνάπτει μάλιστα η προσφεύγουσα στη προσφυγή της, δηλώνεται η μόνιμη συνεργασία του με την ανωτέρω. Ενόψει τούτων, πρέπει να γίνει δεκτό ότι το ανωτέρω στέλεχος, μέλος της προτεινόμενης ομάδας έργου, δεν αποτελεί τρίτο υπό την έννοια των διατάξεων του άρθρου 78 του

Αριθμός απόφασης:260/2023

N. 4412/2016, ως υπολαμβάνει εσφαλμένως η προσφεύγουσα. Και τούτο ειδικότερα διότι όταν πρόκειται για φυσικά πρόσωπα, όπου αυτονόητα υφίσταται αυτοτέλεια προσωπικότητας, το διαχωριστικό στοιχείο μεταξύ του τρίτου οικονομικού φορέα και του προσφέροντος ερείδεται στο στοιχείο της εξάρτησης κατά την εκτέλεση της σχετικής με τις δανειζόμενες ικανότητες, δραστηριότητας. Η εξάρτηση αυτή τεκμαίρεται με την ύπαρξη σχέσης εξαρτημένης εργασίας μεταξύ φυσικού προσώπου και προσφέροντος, όμως δύναται ανά περίπτωση να προκύπτει και στο πλαίσιο συμβάσεων παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών ή έργου, δοθέντος ότι το κριτήριο εν προκειμένω είναι ποιοτικό και όχι ποσοτικό. Σε κάθε περίπτωση, ο τρόπος απόδειξης της συγκεκριμένης εργασιακής σχέσης που υφίσταται μεταξύ του οικονομικού φορέα και των προσώπων αυτών καθορίζεται από τους όρους της εκάστοτε διακήρυξης του διαγωνισμού, δεδομένου ότι τα επίμαχα ζητήματα και αιτήματα των μερών πρέπει να επιλύονται επί τη βάση των ορισθέντων και αξιωθέντων από τη διακήρυξη, που, ως προελέχθη, ως ειδικότερο κανονιστικό πλαίσιο υπερισχύει κάθε αντίθετης διάταξης νόμου, το μόνο δε που δεν μπορεί να ρυθμίσει η διακήρυξη είναι το δικονομικό πλαίσιο επίλυσης των διαφορών. Στην προκειμένη περίπτωση, ως ρητώς και εναργώς προκύπτει από τη διακήρυξη οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν, μεταξύ άλλων, να διαθέσουν ομάδα έργου, η δήλωση των προσώπων της οποίας κατά τα ειδικότερα εν προκειμένω επιτασσόμενα στο ΕΕΕΣ του συμμετέχοντα και στο πεδίο σχετικά με το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, σε συνδυασμό με την υποβολή με την προσφορά αναλυτικών βιογραφικών σημειωμάτων των μελών της ομάδας έργου, αρκεί και ικανοποιεί τις ορισθείσες απαιτήσεις. Από τα δηλωθέντα δε στο ΕΕΕΣ της καθ' ης εταιρείας και εν γένει από το σύνολο των στοιχείων της τεχνικής της προσφοράς, συνάγεται ότι ικανοποιούνται οι σχετικές απαιτήσεις της οικείας διακήρυξης και είναι σε συμμόρφωση με τα ειδικότερα οριζόμενα για την προτεινόμενη ομάδα έργου, τα όσα δε περί αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα.

11. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της, άνευ εννόμου συμφέροντος και αλυσιτελώς προβάλλει η προσφεύγουσα ότι έχει εμφιλοχωρήσει εν προκειμένω παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας,

Αριθμός απόφασης:260/2023

διότι έχει επέλθει λήξη ισχύος των προσφορών, χωρίς να έχει προβεί η αναθέτουσα αρχή σε πρόσκληση των συμμετεχόντων για την παράταση ισχύος αυτών. Από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή αιτήθηκε, στις 10.01.2023, διά του με αριθμ. πρωτ. 1558/10.01.2023 διαβιβαστικού εγγράφου της και κατόπιν της με αριθμ. πρωτ. 67939/31.12.2022 σχετικής απόφαση της, την παράταση ισχύος προσφορών και εγγυητικών επιστολών συμμετοχής στον υπόψη διαγωνισμό, στο οποίο αίτημα ανταποκρίθηκαν, εμπροθέσμως, κατά την ταχθείσα σε αυτό προθεσμία, όλοι οι διαγωνιζόμενοι.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθ' ο μέρος, έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «...». Ενόψει τούτων, πρέπει να επιστραφεί στη προσφεύγουσα το παράβολο, κατά το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει τη προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθ. πρωτ. 63119/05.12.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 16 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
Βασιλική Καραδήμα

Η Γραμματέας
Αναστασία Ρουμελιώτη
α/α Βασιλική Παναγιωτίδου