

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 4 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 27/3/2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 441/31.3.2023 του οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), κατοίκου ... Κατά της ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στο ... , όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», κατοίκου ... (εφεξής ο «παρεμβαίνων»).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της υπ' αριθ. ... απόφασης της ... Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία επικυρώθηκε το με αριθ. ... Πρακτικό της Επιτροπής αξιολόγησης προσφορών, κατά το μέρος που με την απόφαση αυτή αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος των τμημάτων ... της υπό ανάθεση σύμβασης ο οικονομικός φορέας «...».

Υπέρ του κύρους και της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής άσκησε παρέμβαση ο άνω παρεμβαίνων, με αίτημα την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο, ποσού 610,00€, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, και με βάση την εκτιμώμενη, χωρίς Φ.Π.Α., αξία των τμημάτων της σύμβασης, για τα οποία ασκείται η προσφυγή, δηλαδή εν προκειμένω των τμημάτων ...

Αριθμός απόφασης: 773 /2023

ποσού (για τρία έτη) 66.123,00€, χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Η ... ως αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου «...», προϋπολογισμού 341.815,73€, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ... για τα έτη 2021, 2022 και 2023 στην Περιφερειακή Ενότητα ... Η σύμβαση υποδιαιρείται σε 17 διακριτά τμήματα, ενώ προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα τμήματα. Προκήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού, η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και τα στοιχεία της διακήρυξης, απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 22/4/2021, ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 22/4/2021 με μοναδικό ΑΔΑΜ ... καθώς και στο ΕΣΗΔΗΣ με τον συστημικό αριθμό ... Στο πλαίσιο του εν λόγω διαγωνισμού, με την υπ' αριθ. ... απόφαση της ... Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκαν και οι πέντε (5) υποβληθείσες προσφορές και αποφασίστηκε η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Προς τούτο, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ', υποπερ. (δδ) του ν. 4013/2011. Επί του αιτήματος αυτού χορηγήθηκε η με αριθ. Δ25/2021 σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. για την προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη προκήρυξη, σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016.

3. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή απηύθυνε διαδοχικά τέσσερις (4) προσκλήσεις σε διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σε όλους τους οικονομικούς φορείς που είχαν υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο της αρχικής Διακήρυξης. Η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο της με αριθ. πρωτ. ... Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης στο πλαίσιο του διεθνή ηλεκτρονικού ανοικτού μειοδοτικού διαγωνισμού για την ανάδειξη ... με τίτλο «...», προϋπολογισμού 139.349,34€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 13%. Κατά τα οριζόμενα στην υπόψη ... Πρόσκληση, προσφορές υποβάλλονται για τα τμήματα του διαγωνισμού για τα οποία δεν έχει αναδειχθεί μειοδότης, στο

Αριθμός απόφασης: 773 /2023

πλαίσιο των προηγηθεισών τριών προσκλήσεων, δηλαδή για τα Τμήματα ... ενώ ρητώς προβλέφθηκε ότι, για όσα θέματα δεν ρυθμίζονται στην Πρόσκληση αυτή, ισχύουν οι όροι της με ΑΔΑΜ ... Διακήρυξης. Η ... Πρόσκληση σε διαπραγμάτευση αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με μοναδικό ΑΔΑΜ ... καθώς και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ... Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 28/7/2022 και ώρα 08:59 π.μ. και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης αυτών η 28/7/2022 και ώρα 9:00 π.μ.

4. Στην υπόψη τέταρτη ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορά, δύο οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη με αριθμό ... απόφαση της ... Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το με αριθμό ... Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού, περατώθηκε το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και αναδείχθηκαν οι προσωρινοί ανάδοχοι των επιμέρους Τμημάτων. Ειδικότερα, στον παρεμβαίνοντα οικονομικό φορέα ... κατακυρώθηκαν προσωρινώς τα Τμήματα ... για το οικονομικό έτος 2023, ενώ στον προσφεύγοντα κατακυρώθηκαν προσωρινώς τα τμήματα ... ομοίως για το οικονομικό έτος 2023. Ως προς το Τμήμα ... , η διαδικασία απέβη άγονη, καθώς απορρίφθηκε η προσφορά τόσο του προσφεύγοντος όσο και του παρεμβαίνοντος. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης προσωρινής κατακύρωσης της αναθέτουσας αρχής στρέφεται ο προσφεύγων και ζητά την ακύρωσή της, κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και αναδείχθηκε ο τελευταίος προσωρινός ανάδοχος στα Τμήματα ... για τους λόγους και τις αιτίες που αναπτύσσονται στην προσφυγή.

5. Η επίμαχη ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της

Αριθμός απόφασης: 773 /2023

λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 17/3/2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 27/3/2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση. Αβασίμως δε υποστηρίζει ο παρεμβαίνων ότι η προσφυγή είναι εκπρόθεσμη λόγω κοινοποίησης της προσβαλλόμενης απόφασης στις 17/3/2023 και ώρα 12:34:49 και υποβολής της προσφυγής στις 27/3/2023 και ώρα 12:35:25, διότι από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 9 παρ. 2 και 18 της ΚΥΑ υπ' αριθ. 64233 περί Ρυθμίσεων τεχνικών ζητημάτων που αφορούν στην ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) (ΦΕΚ Β' 2453/9-6-2021), προκύπτει ότι η προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής λήγει *«όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και ώρα 23:59:59 και, αν είναι επίσημη αργία ή Σάββατο, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη και ώρα 23:59:59»*. Επιπλέον, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη. Τέλος, ο προσφεύγων, που έχει καταταγεί δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας στα Τμήματα ..., μετά τον παρεμβαίνοντα κατά του οποίου στρέφεται, ασκεί την προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον.

7. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 31/3/2023 στην προβλεπόμενη από το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στον έτερο συμμετέχοντα και θιγόμενο από τυχόν αποδοχή της.

8. Ο παρεμβαίνων, που αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος στα επίμαχα Τμήματα ... άσκησε παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 5/4/2023 την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή του και με πρόδηλο έννομο συμφέρον, καθώς με την προσφυγή ζητείται η απόρριψη της προσφοράς του.

9. Με την υπ' αριθμό 595/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της προσφυγής. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ απόψεις της επί της προσφυγής, αν και κλήθηκε προς τούτο σύμφωνα με τα ανωτέρω.

Αριθμός απόφασης: 773 /2023

10. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

11. Με τον **πρώτο** λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων προβάλλει ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος λόγω ουσιαστών πλημμελειών στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι **α)** μη νομίμως ο παρεμβαίνων δήλωσε στο ΕΕΕΣ του ότι δεν στηρίζεται σε τρίτους οικονομικούς φορείς για την πλήρωση της αξιούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, αν και από την προσφορά του προκύπτει ότι τα ... που θα χρησιμοποιήσει δεν ανήκουν κατά κυριότητα στον ίδιο, αλλά είναι ... και **β)** μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος, καθώς όφειλε να προσκομίσει διακριτό ΕΕΕΣ των τρίτων δανειοπαρόχων στους οποίους στηρίζεται, όπως και έγγραφη δέσμευση των τελευταίων. Κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος τα ..., που δηλώνει ο παρεμβαίνων ότι θα χρησιμοποιήσει, δεν ανήκουν στην κυριότητά του, αλλά στην κυριότητα τρίτων οικονομικών φορέων τους οποίους μνημονεύει στην τεχνική προσφορά του για τους οποίους – κατά ρητό όρο της Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση – όφειλε να υποβάλει διακριτό ΕΕΕΣ.

12. Σε σχέση με το τιθέμενο εν προκειμένω ζήτημα, στην 4^η Πρόσκληση σε διαπραγμάτευση προβλέπεται ότι «...*Επισημαίνεται ότι οι οικονομικοί φορείς που δεν διαθέτουν οι ίδιοι τα απαιτούμενα ... και στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων ως προς αυτά, **ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ** να προσκομίσουν εκτός από το ΕΕΕΣ που συμπληρώνεται από τους ίδιους επιπρόσθετα ΕΕΕΣ από τους τρίτους (οικονομικούς φορείς), το οποίο θα είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο από τους τρίτους και όχι από τον προσφέροντα. Προς διευκόλυνση των συμμετεχόντων έχει αναρτηθεί πρότυπο του ΕΕΕΣ το οποίο οι οικονομικοί φορείς δεσμευτικά και υποχρεωτικά οφείλουν να χρησιμοποιήσουν*». Περαιτέρω, στην Διακήρυξη του διαγωνισμού, οι όροι της οποίας εφαρμόζονται για όσα θέματα δεν ρυθμίζονται στην Πρόσκληση, προβλέπεται ότι: «2.2.6 *Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα: Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν τις προϋποθέσεις της ρήτρας 3 εκτέλεσης του*

Αριθμός απόφασης: 773 /2023

έργου». Προφανώς, στον άνω όρο της Διακήρυξης εννοείται η ρήτρα ... της σελίδας 51 της Διακήρυξης, δηλαδή ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν Πιστοποιητικό Γνώσεων Ορθολογικής Χρήσης Περαιτέρω, στο άρθρο 2.4.2.4 της Διακήρυξης καθορίζεται το επί αποκλεισμού περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς, ενώ στο άρθρο 2.2.9.2 ρητώς ορίζεται ότι «[...] Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση ...».

13. Από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα: Ο παρεμβαίνων στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του, στο ερώτημα του Τμήματος ΙΙ, Μέρος Γ «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος ΙV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» απάντησε αρνητικά («Όχι»). Εν συνεχεία, στο Μέρος ΙV του υποβληθέντος ΕΕΕΣ «Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», στο ερώτημα «Τεχνικός εξοπλισμός και μέτρα για την εξασφάλιση της ποιότητας. Ο οικονομικός φορέας χρησιμοποιεί τον ακόλουθο τεχνικό εξοπλισμό και λαμβάνει τα ακόλουθα μέτρα για την εξασφάλιση της ποιότητας: ..., εγκαταστάσεις και τεχνικός εξοπλισμός. Ο οικονομικός φορέας θα έχει στη διάθεσή του τα ακόλουθα ..., εγκαταστάσεις και τεχνικό εξοπλισμό για την εκτέλεση της σύμβασης. Παρακαλώ περιγράψτε», ο παρεμβαίνων έδωσε την ακόλουθη απάντηση: «ΔΙΑΤΙΘΕΤΑΙ ΟΛΟΣ Ο ΑΠΑΡΑΙΤΗΤΟΣ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΤΟ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΤΗΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ ΥΠΟΒΑΛΛΕΤΑΙ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΚΑΙ ΠΛΗΡΟΙ ΌΛΕΣ ΤΙΣ ΠΡΟΥΠΟΘΕΣΕΙΣ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΣΤΗΝ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ. ΑΡΙΘΜΟΙ ... ΠΟΥ ΘΑ ΧΡΗΣΙΜΟΠΟΙΗΘΟΥΝ: ... (ΛΟΙΠΕΣ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ ΣΤΙΣ ΑΝΑΛΥΤΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ ΤΩΝ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑΤΩΝ)». Περαιτέρω, από τις αναλυτικές καταστάσεις των συγκροτημάτων, όπως υποβλήθηκαν ως ηλεκτρονικά αρχεία με την τεχνική προσφορά, προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων για το Τμήμα ... θα χρησιμοποιήσει το ... , το οποίο είναι μισθωμένο από τον, για το Τμήμα ... θα χρησιμοποιήσει το με ... , το οποίο είναι μισθωμένο από τον ... , για το

Αριθμός απόφασης: 773 /2023

Τμήμα ... το ... , που είναι μισθωμένο από τον ... και τέλος για το Τμήμα ... το ... , το οποίο είναι μισθωμένο από τον ... Μάλιστα, στην τεχνική προσφορά του ο παρεμβαίνων ρητώς δηλώνει ότι οι άνω ... είναι κάτοχοι του αξιούμενου, στο άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης, Πιστοποιητικού Γνώσεων Ορθολογικής Χρήσης Άρα, όπως βασίμως προβάλλει ο προσφεύγων, δεδομένου ότι κατά ρητή δήλωση του παρεμβαίνοντος τα ... ανήκουν κατά κυριότητα σε τρίτους, ο τελευταίος όφειλε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ, που υπέβαλε, τη στήριξή του στους άνω τρίτους- κυρίους των ... και να υποβάλει, κατά την ρητή απαίτηση της Πρόσκλησης, διακριτά ΕΕΕΣ των ως άνω τρίτων οικονομικών φορέων στους οποίους ανήκουν κατά κυριότητα τα ... που θα χρησιμοποιηθούν και οι οποίοι είναι κάτοχοι του ζητούμενου Πιστοποιητικού Γνώσεων Ορθολογικής Χρήσης Όπως έχει ad hoc κριθεί (βλ. ΔΕφΑθηνών 1419/2022), σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος απαιτείται κατά τη διακήρυξη να κατέχει ειδικά ... για την εκτέλεση του έργου, θα πρέπει είτε να τα διαθέτει ο ίδιος είτε να τα εξασφαλίσει από τρίτο φορέα όπως π.χ. με σύμβαση μίσθωσης ή παραχώρησης. Ο παρεμβαίνων δεν προσκόμισε στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι είναι ιδιοκτήτης των, αντιθέτως δήλωσε ρητώς ότι τα ... που θα χρησιμοποιήσει είναι ..., το οποίο σημαίνει ότι, σε περίπτωση καταγγελίας για οποιονδήποτε λόγο της προϋπάρχουσας σύμβασης μίσθωσης από τον ... του σχετικού εξοπλισμού, ο παρεμβαίνων θα αδυνατεί να εκτελέσει την ένδικη σύμβαση (βλ. ad hoc ΔΕφΑθηνών 1419/2022). Με βάση τα ανωτέρω και δεδομένου ότι ο παρεμβαίνων στηρίζεται για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητά του αποκλειστικά σε τρίτους, όφειλε, αφενός μεν να υποβάλει ιδιαίτερο ΕΕΕΣ για τους τρίτους, αφετέρου δε να δηλώσει τη στήριξη στους άνω τρίτους στο ΕΕΕΣ που ο ίδιος υπέβαλε. Αβασίμως δε προβάλλει ο παρεμβαίνων ότι, κατόπιν σχετικού ερωτήματός του, η αναθέτουσα αρχή διευκρίνισε ότι εφόσον υφίσταται ενεργή μίσθωση (πριν την υποβολή της προσφοράς), δεν απαιτείται υποβολή ξεχωριστού ΕΕΕΣ για τους τρίτους – ... και κυρίους των Τούτο, διότι στον ηλεκτρονικό τόπο της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν υπάρχει αναρτημένη σχετική διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, απευθυνόμενη προς όλους τους οικονομικούς φορείς, ώστε να θεωρείται ότι έχει ενταχθεί στο κανονιστικό πλαίσιο της διαδικασίας, δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους συμμετέχοντες. Ενόψει των ανωτέρω, ο **πρώτος** λόγος της προσφυγής

Αριθμός απόφασης: 773 /2023

πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος στα Τμήματα ... της υπό ανάθεση σύμβασης.

14. Με τον **δεύτερο** λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι μη νομίμως έγινε η δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και τούτο, διότι η εγγυητική επιστολή του παρεμβαίνοντος ύψους 2.600,00€, η οποία καλύπτει το 2% της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης των τμημάτων για τα οποία υποβλήθηκε προσφορά (...) χωρίς ΦΠΑ, υπολείπεται του ορθού ποσού, το οποίο κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος ανέρχεται σε 2786,99€, δηλαδή στο 2% της προϋπολογισθείσας δαπάνης συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο προσφεύγων στηρίζει τον ισχυρισμό αυτό στην 4^η Πρόσκληση προς διαπραγμάτευση στην οποία προβλέπεται ότι *«Κάθε προσφορά θα συνοδεύεται από εγγύηση συμμετοχής, υπέρ του συμμετέχοντος, της οποίας το ποσό θα πρέπει να καλύπτει το 2% της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης με Φ.Π.Α.»*. Όμως, στην Διακήρυξη του διαγωνισμού, και συγκεκριμένα στον όρο 2.2.2.1. αυτής και στην υπ' αριθ. ... διευκρινιστική παραπομπή, ορίζονται τα εξής: *«Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερόμενου/ων τμήματος/τμημάτων (πρβλ. άρθρο 72 παρ. 1α Ν. 4412/2016)»*. Όπως γίνεται δεκτό, τυχόν ασάφεια ή αντίφαση των όρων της Διακήρυξης δεν μπορεί να προβληθεί σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου. Ενόψει των ανωτέρω, ορθώς ο παρεμβαίνων υπολόγισε την εγγυητική επιστολή συμμετοχής σε ύψος 2% επί των τμημάτων της σύμβασης στα οποία συμμετέχει, μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α., απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Άρα, ο **δεύτερος** λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

15. Κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, κατά το σκεπτικό, και συγκεκριμένα κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου αυτής, η δε παρέμβαση να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφυγή. Η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ακυρωθεί κατά το σκεπτικό και δη κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντα στα Τμήματα ... Το καταβληθέν

Αριθμός απόφασης: 773 /2023

παράβολο του προσφεύγοντα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 του ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση, κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αριθμό ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το σκεπτικό και συγκεκριμένα κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος στα Τμήματα ...

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 24 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ