

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 30 Ιανουαρίου 2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 22.12.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **2077/27.12.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (στο εξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην «...», επί της «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

- Του «...» (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.
- Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», (εφεξής: «ο α' παρεμβαίνων»), που εδρεύει στα «...».
- Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής: «η β' παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην «...», οδός «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία ελήφθη κατά την τακτική συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου με αριθμό «...» (Θέμα 22^ο), στο μέτρο που με αυτήν κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 1.819,70 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5

Αριθμός Απόφασης : 334/2024

πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία του 1 της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: «...»).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό «...» προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 363.939,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 1^η 08.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις «...» (ΑΔΑΜ: «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α «...».

3. Η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 22.12.2023, ήτοι την επόμενη εργάσιμη μετά την πάροδο της καταληκτικής ημερομηνίας που ήταν ημέρα Σάββατο, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 14.12.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 2439/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, ενώ στις 09.01.2024 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της με όμοια ημερομηνία, οι οποίες ωστόσο δεν λαμβάνονται υπόψη καθώς έχουν κατατεθεί εκπρόθεσμα. Οι παρεμβαίνοντες κατέθεσαν εμπρόθεσμα τις Παρεμβάσεις τους στις 08.01.2024, δεδομένου ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε στις 29.12.2023.

5. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των*

Αριθμός Απόφασης : 334/2024

προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ {ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022} κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

7. Η Διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού 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 μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΣτΕ 1217/2018, 2434/2017, 1086/15, 4901/14, 2551/2013, 5022/12, 2635/2009, Ε.Α. ΣτΕ 15/2021, 241/2020, 352/2016 και Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

8. Με τον **πρώτο λόγο**, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του α' παρεμβαίνοντος και ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα για το λόγο ότι η Επιτροπή του Διαγωνισμού διέγνωσε πλημμέλεια ως προς το χαρακτηρισμό της οικονομικής προσφοράς του και συγκεκριμένα των αρχείων «...» και «...» ως εμπιστευτικών, δεν έκανε μεν δεκτό το χαρακτηρισμό αυτό, ωστόσο παρέβλεψε το παραπάνω γεγονός αυτό, αξιολόγησε την προσφορά του και τον όρισε ανάδοχο. Συναφώς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή του διαγωνισμού εφόσον διαπίστωσε ότι δεν πρόκειται για εμπιστευτικές πληροφορίες, δεν ήρε άμεσα την εμπιστευτικότητα και εξέδωσε απόφαση κατακύρωσης αποκρυπτομένων των στοιχείων της οικονομικής προσφοράς του α' παρεμβαίνοντος. Από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, την εξέταση του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης καθώς και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών σχετικά με τον παραπάνω λόγο προσφυγής προκύπτουν τα εξής:

9. Στο άρθρο 21 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Εχεμύθεια» ορίζεται ότι : «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

Αριθμός Απόφασης : 334/2024

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)». Επιπλέον, ο όρος 2.4.2.3 της επίμαχης Διακήρυξης ορίζει ότι «(...) Από τον Οικονομικό Φορέα σημαίνονται, με χρήση της σχετικής λειτουργικότητας του ΕΣΗΔΗΣ, τα στοιχεία εκείνα της προσφοράς του που έχουν εμπιστευτικό χαρακτήρα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 21 του ν. 4412/2016. 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. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές, πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδας, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της».

10. Από το συνδυασμό των παραπάνω και σύμφωνα με την ερμηνεία του άρθρου 21 του ν. 4412/2016 οι προσφέροντες έχουν τη δυνατότητα υποβολής εγγράφων

Αριθμός Απόφασης : 334/2024

της προσφοράς τους ως εμπιστευτικών, πλην όμως, η κρίση περί του αν πληρούνται οι προϋποθέσεις για τον οικείο χαρακτηρισμό, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, η οποία είναι κατά νόμο αρμόδια και μόνη τεχνικά δυνάμενη να άρει την εμπιστευτικότητα και να καταστήσει τα έγγραφα προσβάσιμα στους υπόλοιπους συμμετέχοντες. Η δε μη πλήρωση των όρων της παραπάνω διάταξης επάγεται την άρση του χαρακτηρισμού εγγράφου ως εμπιστευτικού από την αναθέτουσα αρχή (βλ. και ΔΕφΚομ Α25/2023, ΕΑΔΗΣΥ 1485/2022). Περαιτέρω, από τις παραπάνω ρυθμίσεις συνάγεται ότι προκειμένου πληροφορίες που περιλαμβάνονται στην προσφορά οικονομικού φορέα να χαρακτηριστούν εμπιστευτικές, απαιτείται να αφορούν σε τεχνικό ή εμπορικό απόρρητο, να αναφέρονται ρητά οι σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας και να μην αφορούν στις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της. Με βάση τα παραπάνω, υπό την εκδοχή ότι ο τρόπος υπολογισμού της οικονομικής προσφοράς θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως εμπιστευτικός και να μην κοινοποιηθεί στους λοιπούς οικονομικούς φορείς, στερείται από τους τελευταίους η δυνατότητα να ασκήσουν το δικαίωμα (προ)δικαστικής προστασίας τους, μη δυνάμενοι όπως διαπιστώσουν εάν ο τρόπος αυτός υπολογισμού κινείται εντός του πλαισίου, που καθορίζεται από τη Διακήρυξη και την κείμενη νομοθεσία, ενώ ο υπολογισμός του εργατικού κόστους, καθώς και των λοιπών κονδυλίων, δεν αποτελεί τεχνικό απόρρητο της συμμετέχουσας εταιρείας. Συναφώς, έχει κριθεί ότι η αρχή της προστασίας των εμπιστευτικών πληροφοριών και των επιχειρηματικών απορρήτων πρέπει να εφαρμόζεται κατά τρόπο ώστε η αρχή αυτή να συμβιβάζεται προς τις επιταγές της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και τον σεβασμό των δικαιωμάτων άμυνας των διαδίκων (ΔΕΕ, απόφαση της 7ης Σεπτεμβρίου 2021, «Klaidos regiono atlieku tvarkymo centras» UAB, κλπ., C-927/19, EU:C:2021:700, σκ. 121, απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, σκ. 51 και 52 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία) και ότι κατά τη στάθμιση της προβλεπόμενης στο άρθρο 21 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24, απαγόρευσης γνωστοποίησης των διαβιβασθέντων από τους οικονομικούς φορείς εμπιστευτικών πληροφοριών και της γενικής αρχής του δικαίου της Ένωσης περί χρηστής διοίκησης, από την οποία απορρέει η υποχρέωση αιτιολόγησης, η

Αριθμός Απόφασης : 334/2024

αναθέτουσα αρχή πρέπει να εκθέτει με σαφήνεια τους λόγους για τους οποίους θεωρεί ότι οι πληροφορίες στις οποίες ζητείται πρόσβαση είναι εμπιστευτικές.

11. Στην κρινόμενη περίπτωση, ο α' παρεμβαίνων χαρακτήρισε ως εμπιστευτικά αρχεία της οικονομικής προσφοράς του, τα οποία συνεχονται αναγκαία με την υποβληθείσα οικονομική προσφορά, ήτοι τον τρόπο υπολογισμού αυτής, ωστόσο η αναθέτουσα αρχή τηρώντας τις παραπάνω υποχρεώσεις της, δεν αποδέχθηκε το σχετικό χαρακτηρισμό, όπως αναφέρεται και στο Πρακτικό αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, ενώ, όπως προκύπτει από την ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού, στην οποία δεν φαίνεται κανένα αρχείο χαρακτηρισμένο ως εμπιστευτικό, προχώρησε στην άρση της εμπιστευτικότητας, ασκώντας την αρμοδιότητά της σύμφωνα με το άρθρο 21 του ν. 4412/2016. Συνεπώς, δεν εντοπίζεται πλημμέλεια στις ενέργειες και τους χειρισμούς της αναθέτουσας αρχής, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ενώ επίσης απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός ότι εσφαλμένα η Επιτροπή του Διαγωνισμού προχώρησε στην συνέχεια σε αξιολόγηση της προσφοράς του α' παρεμβαίνοντος, καθώς η εσφαλμένη περίπτωση χαρακτηρισμού στοιχείου της προσφοράς ως εμπιστευτικού έχει ως συνέπεια μόνο την άρση αυτού από την αναθέτουσα αρχή και όχι την απόρριψη της προσφοράς του συμμετέχοντος. Συνεπώς, ο **πρώτος λόγος προσφυγής προβάλλεται αβάσιμα και πρέπει να απορριφθεί.**

12. Με το **δεύτερο λόγο**, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά του α' παρεμβαίνοντος θα έπρεπε να απορριφθεί για το λόγο ότι δεν τηρήθηκε η υποχρέωση που προβλέπεται στο Παράρτημα ΙΙ της Διακήρυξης με τίτλο «...» κατά την οποία στις υποχρεώσεις του αναδόχου περιλαμβάνεται η προσκόμιση *βεβαίωσης από διαπιστευμένο φορέα ότι «...»*. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι αντί της παραπάνω απαιτούμενης βεβαίωσης, ο α' παρεμβαίνων έχει καταθέσει στην τεχνική προσφορά του αλλά και στο φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «...», το οποίο αποτελεί πιστοποίηση «...» και όχι ειδική βεβαίωση από διαπιστευμένο φορέα περί του ότι «...». Η παραπάνω πιστοποίηση που κατέθεσε ο α' παρεμβαίνων δεν είναι σύμφωνη με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, καθώς όπως ορθά εντοπίζει η προσφεύγουσα ζητείται βεβαίωση από διαπιστευμένο φορέα σχετικά «...». Επιπλέον, δεδομένου ότι σύμφωνα με τον όρο 2.4.3.2. στον οποίο

Αριθμός Απόφασης : 334/2024

ορίζονται τα απαιτούμενα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς των συμμετεχόντων, γίνεται παραπομπή στις απαιτήσεις του Παρατήματος II της Διακήρυξης και επομένως, τα στοιχεία που εκεί αναφέρονται, είναι απαιτούμενο να κατατεθούν κατά το στάδιο τα υποβολής των προσφορών, η τεχνική προσφορά του α' παρεμβαίνοντος δεν είναι σύμφωνη με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, καθώς δεν κατατέθηκε προσηκόντως η ζητούμενη ειδική βεβαίωση από διαπιστευμένο φορέα περί του ότι «...» είναι σύμφωνες με «...». Συνεπώς, ο **δεύτερος λόγος προσφυγής προβάλλεται βάσιμα και πρέπει να γίνει δεκτός.**

13. Με τον **τρίτο λόγο**, προβάλλεται ότι η προσφορά του α' παρεμβαίνοντος δεν είναι σύμφωνη με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και συγκεκριμένα με τον όρο 2.2.9.2 - Β.3. κατά την οποία *«Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν α) «...».* Η παραπάνω υποχρέωση αφορά τις υποχρεώσεις του προσωρινού αναδόχου και ο α' παρεμβαίνων κατέθεσε ως δικαιολογητικά κατακύρωσης τα ηλεκτρονικά αρχεία «...», «...» και «...» τα οποία, κατά τον προβαλλόμενο ισχυρισμό, δεν καλύπτουν το διάστημα των τριών ετών που απαιτεί η Διακήρυξη, καθώς έχουν υποβληθεί οι «...» για τα έτη 2021 και 2022 ολοκληρωμένα, ωστόσο για να ολοκληρωθεί η τριετία θα έπρεπε να έχουν υποβληθεί και οι «...» για κάποιους μήνες του 2020, καθώς οι «...» του έτους 2023 αφορούν μόνο το διάστημα 01.01.2023 έως 31.07.2023. Τα παραπάνω δικαιολογητικά που κατέθεσε ο α' παρεμβαίνων καλύπτουν το χρονικό διάστημα έως και την υποβολή της προσφοράς του (31.07.2023), ωστόσο δεν καλύπτουν και το χρονικό διάστημα έως την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης (17.11.2023), όπως απαιτείται σύμφωνα με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016. Επομένως, ο κρινόμενος ισχυρισμός, στο μέτρο που με αυτόν προβάλλεται μη προσήκουσα υποβολή των επίμαχων δικαιολογητικών κατακύρωσης, προβάλλεται βάσιμα, ωστόσο η παραπάνω έλλειψη είναι δεκτική συμπλήρωσης σύμφωνα με το άρθρο 103 του ν. 4412/2016. Συνεπώς, ο **τρίτος λόγος προσφυγής προβάλλεται βάσιμα και πρέπει να γίνει δεκτός**, ωστόσο η προσφορά δεν μπορεί να απορριφθεί χωρίς την προηγούμενη κλήση του α' παρεμβαίνοντος για την υποβολή συμπληρωματικών στοιχείων σύμφωνα με το άρθρο 103 του ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης : 334/2024

14. Με τον **τέταρτο λόγο**, η προσφεύγουσα προβάλλει πλημμέλεια της προσφοράς του α' παρεμβαίνοντος και παράβαση του όρου 2.4.3.2 της Διακήρυξης, στο μέτρο που δεν προσκόμισε με την τεχνική της προσφορά κανένα έγγραφο για την αξιολόγηση της καταλληλότητας «...». Σχετικά με τον παραπάνω λόγο προσφυγής λεκτέα τα εξής:

15. Στον όρο 2.4.3.2 με τίτλο «Τεχνική Προσφορά» ορίζεται ότι *«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των «...», με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα»*. Περαιτέρω, στο Παράστημα II της Διακήρυξης στο οποίο προβλέπονται οι απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής «5. «...» • 7. «...» • 17. «...» • 2. «...» • «...» • «...» • 15. «...» • «...» • 1. «...» • 2. «...» • 5. «...» • 13. «...» • 14. «...» • 3. «...» • 1. «...».

16. Για την τήρηση των παραπάνω τεχνικών προδιαγραφών δεν περιλαμβάνεται κανένα έγγραφο ή άλλο στοιχείο στην κατατεθείσα τεχνική προσφορά του α' παρεμβαίνοντος, όπως δεν αρνείται και ο ίδιος στην παρέμβασή του. Αβάσιμα δε ισχυρίζεται ότι δεν προσκόμισε κάποιο σχετικό έγγραφο επικαλούμενος την πρόβλεψη του όρου 2.2.9.2 της Διακήρυξης κατά την οποία *«Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση διαθέτει ήδη τα ως άνω δικαιολογητικά και αυτά εξακολουθούν να ισχύουν»* καθώς και την προηγούμενη ανάληψη σύμβασης με την αναθέτουσα αρχή κατά το έτος 2021, καθώς η παραπάνω απαλλαγή από την υποχρέωση υποβολής δικαιολογητικών αφορά στο στάδιο της κατακύρωσης, ενώ τα απαιτούμενα έγγραφα θα έπρεπε να έχουν κατατεθεί ως αποδεικτικά της πλήρωσης των απαιτούμενων τεχνικών προδιαγραφών στο στάδιο της υποβολής της προσφοράς, στο οποίο δεν προβλέπεται κάποια εξαίρεση για τους τυχόν ήδη αντισυμβαλλόμενους της αναθέτουσας αρχής οικονομικούς φορείς. Μετά τα παραπάνω, ο τέταρτος λόγος προβάλλεται βάσιμα και θα πρέπει να γίνει δεκτός,

Αριθμός Απόφασης : 334/2024

γεγονός που καθιστά την προσφορά του α' παρεμβαίνοντος απορριπτέα στο σύνολό της, ενόψει και της αποδοχής και του δεύτερου λόγου προσφυγής.

Κατά συνέπεια παρέλκει η εξέταση του έκτου λόγου που προβάλλεται με την προσφυγή κατά της αποδοχής της προσφοράς αυτής, δοθέντος ότι η παραπάνω πλημμέλειες παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψή της (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

17. Με τον **πέμπτο λόγο**, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της β' παρεμβαίνουσας και προβάλλει ότι η προσφορά της θα έπρεπε να έχει απορριφθεί για το λόγο ότι δεν κατατέθηκε η απαιτούμενη βεβαίωση «...», *κατά τα οριζόμενα στο Παράρτημα ΙΙ της Διακήρυξης με τίτλο «...» στην απαίτηση με α/α 14.* Ο παραπάνω ισχυρισμός προβάλλεται αβάσιμα καταρχήν για το λόγο ότι, όπως και παραπάνω εκτέθηκε, η υποχρέωση αυτή αφορά στον προσωρινό ανάδοχο. Σε κάθε περίπτωση όμως, η β' παρεμβαίνουσα έχει καταθέσει στην τεχνική προσφορά της το αρχείο με την ονομασία «...», το οποίο αποτελεί πιστοποίηση περί του ότι η εταιρεία έχει εντάξει τις διαδικασίες «...» κατά το Πρότυπο «...», και επομένως **ο πέμπτος λόγος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος** και για το λόγο αυτό.

18. Με τον **έβδομο λόγο** η προσφεύγουσα βάλλει κατά της οικονομικής προσφοράς της β' παρεμβαίνουσας. Ειδικότερα, με το πρώτο σκέλος του παραπάνω ισχυρισμού η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η β' παρεμβαίνουσα στο αρχείο της οικονομικής προσφοράς της με την ονομασία «...» και στις γραμμές με αύξοντα αριθμό 3, 4 και 7 του Πίνακα που παραθέτει, σε αντιστοιχία με τον Πίνακα που περιλαμβάνεται στο Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς της Διακήρυξης αντί να παρουσιάσει τη μέθοδο υπολογισμού των αντίστοιχων κονδυλίων, παραθέτει απλώς τα ποσά ανά ημερολογιακό έτος χωρίς καμία περαιτέρω επεξήγηση. Ο παραπάνω ισχυρισμός ωστόσο προβάλλεται αβάσιμα, καθώς, αφενός η στήλη ««...»», η οποία περιλαμβάνεται στο Υπόδειγμα της αναθέτουσας αρχής, έχει συμπληρωθεί από τη β' παρεμβαίνουσα και επιπλέον διότι η β' παρεμβαίνουσα δεν παραθέτει μόνο τα τελικά ποσά ανά ημερολογιακό έτος, αλλά παραθέτει και ενδιάμεσους υπολογισμούς. Σε κάθε περίπτωση, η Διακήρυξη δεν απαιτεί συγκεκριμένο τρόπο αναφοράς της μεθοδολογίας

Αριθμός Απόφασης : 334/2024

υπολογισμού των στοιχείων που καταγράφονται στην κάθε στήλη, παρά μόνο την συμπλήρωση της σχετικής στήλης με τα στοιχεία που θεωρεί αναγκαία ο συμμετέχων να παραθέσει για την επαρκή απόδειξη της ορθότητας των υπολογισμών του.

19. Συναφώς, με το δεύτερο σκέλος του κρινόμενου ισχυρισμού η προσφεύγουσα προβάλλει ότι στη γραμμή με αύξοντα αριθμό 6 του οικείου πίνακα, στην οποία η β' παρεμβαίνουσα αναγράφει τη μέθοδο υπολογισμού για «...» (περιλαμβανομένων και «...») και παραθέτει τους εξής υπολογισμούς «...», έχει υποπέσει σε σφάλμα, καθώς αν εκτελεστούν οι μαθηματικοί υπολογισμοί που παρατίθενται προκύπτει το αποτέλεσμα 3.825,43 ευρώ (και όχι 4.760,37 ευρώ) και κατ' επέκταση το τελικό μηνιαίο ποσό ανέρχεται σε (3.825,43 € /12 =) 318,79 € και όχι 396,70 € που αναφέρει η β' παρεμβαίνουσα. Στον παραπάνω ισχυρισμό η β' παρεμβαίνουσα αντιτάσσει ορθά ότι έχει προκύψει μετά και το συνυπολογισμό «...» και επομένως το ποσό των 318,79 ευρώ πολλαπλασιαζόμενο με το ποσοστό 24,44% οδηγεί στο ποσό των 77,91 ευρώ. Συνεπώς, το δηλωθέν ποσό των 396,70 ευρώ που παρατίθεται αποτελεί το άθροισμα των δύο παραπάνω ποσών (77,91 ευρώ + 318,79 ευρώ) και κατά συνέπεια και το δεύτερο σκέλος του ισχυρισμού προβάλλεται αβάσιμα.

20. Τέλος, με το τρίτο σκέλος του κρινόμενου ισχυρισμού η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ενώ η β' παρεμβαίνουσα έχει υπολογίσει στην οικονομική προσφορά της σωστά και τις τρεις κρατήσεις («...», «...» και «...», η οποία, κατά τα προβαλλόμενα, επιβαρύνεται με «...», κατά τον υπολογισμό «...», υπολογίζει το «...» μόνο για την κράτηση «...», ενώ όφειλε να υπολογίσει «...» και για την κράτηση «...». Σχετικά με τον παραπάνω ισχυρισμό λεκτέα τα εξής:

21. Στον όρο 2.4.4 της Διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται ότι «(...)Η προσφερόμενη τιμή των «...» δίνεται σε ευρώ ανά μήνα και θα περιλαμβάνει το συνολικό «...». Σύμφωνα δε με την παρ. 5 περ. α' του άρθρου 95 του ν. 4412/2016, θα περιλαμβάνει και τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για «...» στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της

Αριθμός Απόφασης : 334/2024

σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό «...» και στην «...». Κατά τα παραπάνω, στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνονται όλες οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για «...» στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στον δε όρο 5.1 της Διακήρυξης επαναλαμβάνονται τα παραπάνω ενώ αναφέρονται ενδεικτικά οι κρατήσεις υπέρ «...» και η κράτηση υπέρ «...».

22. Σύμφωνα με το άρθρο 36 παρ. 6 ν. 4412/2016 «στις συμβάσεις της παρ. 1 επιβάλλεται κράτηση «...», η οποία υπολογίζεται επί της αξίας της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό: α) του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών και β) του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και γενικών υπηρεσιών. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Υποδομών και Μεταφορών και Οικονομικών ή Ψηφιακής Διακυβέρνησης και Οικονομικών, κατά περίπτωση, ρυθμίζονται θέματα σχετικά με τον χρόνο, τον τρόπο και τη διαδικασία κράτησης των ως άνω χρηματικών ποσών, καθώς και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα για την εφαρμογή της παρούσας».

23. Το άρθρο 25 ν. 5039/2023 (ΦΕΚ Α 83) «Μεταβατικές διατάξεις για την επιβολή κράτησης υπέρ «...» ορίζει τα εξής: «1. Στο άρθρο 376 του ν. 4412/2016 (Α' 147) περί μεταβατικών διατάξεων, προστίθεται παρ. 18, ως εξής: '18. Μέχρι την έκδοση της κοινής απόφασης της παρ. 6 του άρθρου 36 η κράτηση της παρ. 1 του ίδιου άρθρου του πρώτου εδαφίου της ίδιας παραγράφου **δεν επιβάλλεται**». Η παραπάνω διάταξη ισχύει, σύμφωνα με το άρθρο 152 ν. 5039/2023, από 03.04.2023, οπότε δημοσιεύθηκε ο νόμος στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης.

24. Από τον συνδυασμό των παραπάνω διατάξεων προκύπτει ότι η προβλεπόμενη στο άρθρο 36 παρ. 6 ν. 4412/2016 κράτηση υπέρ «...» δεν επιβάλλεται, μέχρι την έκδοση της προβλεπόμενης ΚΥΑ, η οποία δεν είχε εκδοθεί κατά τον χρόνο έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης (26.06.2023) και εξακολουθεί να μην έχει εκδοθεί. Επομένως, η κράτηση αυτή δεν συγκαταλέγεται κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού σε εκείνες που έπρεπε να συμπεριλάβουν

Αριθμός Απόφασης : 334/2024

στην οικονομική τους προσφορά οι διαγωνιζόμενοι, ενώ ούτε από τη Διακήρυξη προκύπτει το αντίθετο (βλ. και ΕΑΔΗΣΥ 3/2024). Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας σχετικά με το ότι εσφαλμένα η β' παρεμβαίνουσα δεν έχει υπολογίσει «...» και για την κράτηση «...» είναι αλυσιτελής, εν όψει του γεγονότος ότι η παραπάνω κράτηση δεν συμπεριλαμβάνεται στις «νόμιμες» και άρα απαιτούμενες κρατήσεις που έπρεπε να συμπεριλάβουν οι διαγωνιζόμενοι στις προσφορές τους, ενώ, η συμπερίληψη της κράτησης υπέρ «...» εκ μέρους της β' παρεμβαίνουσας στην προσφορά της, την οποία δεν αρνείται και η ίδια στην παρέμβασή της, δεν διαφοροποιεί τα παραπάνω, καθώς σε κάθε περίπτωση ο υπολογισμός μεγαλύτερου κονδυλίου για τις κρατήσεις υπέρ τρίτων δεν καθιστά την προσφορά ζημιογόνο. Μετά τα παραπάνω, **ο έβδομος λόγος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος στο σύνολό του.**

25. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του α' παρεμβαίνοντος.
3. Απορρίπτει την παρέμβαση του α' παρεμβαίνοντος.
4. Δέχεται την παρέμβαση της β' παρεμβαίνουσας.
5. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 30 Ιανουαρίου 2024 και εκδόθηκε στις 19 Φεβρουαρίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ
Α/Α ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ