

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22-10-2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή Εισηγήτρια (δυνάμει της υπ' αριθμ. 159/2021 Πράξης της ασκούσας καθήκοντα Προέδρου της ΑΕΠΠ) και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει το ζήτημα συμμόρφωσης που διατάχθηκε με τις υπ' αρ. 273 και 274/2021 δύο αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα Β' Διακοπών - Ακυρωτικός Σχηματισμός).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή και αφού ελήφθησαν υπόψη αμφότερες οι υπ' αριθ. 273 και 274/2021 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι : *«Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης».*

2. Επειδή, με την από 21-4-2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 850/21-4-2021 η προσφεύγουσα εταιρία με την επωνυμία «.....», όπως νόμιμα αυτή εκπροσωπείται, επιδίωξε να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 5472/13-04-2021 απόφαση του Τμήματος Προμήθειας Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής....., με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της και η ανάδειξη ως μειοδότης της εταιρίας «.....» για την ανάθεση του τμήματος Β της σύμβασης «.....».

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

3. Υπέρ του κύρους της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης η εταιρία «.....» με το διακριτικό τίτλο «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται, άσκησε την από 5-5-2021 παρέμβασή της και η εταιρία «.....» με το διακριτικό τίτλο «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται, άσκησε την από 29-4-2021 παρέμβασή της.

4. Επειδή, μετά την τελεσθείσα σιωπηρή απόρριψη της ανωτέρω προσφυγής, επιστράφηκε υπηρεσιακά στην προσφεύγουσα το κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής της παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό.....), κατ' εφαρμογή του άρθρου 363 του ν.4412/2016 ως ίσχυε. Ακολούθως, όμως, και ενόψει της διαταχθείσας από το Δικαστήριο συμμόρφωσης της ΑΕΠΠ με την ανωτέρω απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, κατατέθηκε από την προσφεύγουσα, δεσμεύθηκε και πληρώθηκε το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό.....), ποσού 1.500€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και τυχόν δικαιώματος προαίρεσης, δεδομένου ότι για το τμήμα Β' της υπό ανάθεση σύμβασης που αφορά η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή η προϋπολογισθείσα αξία ανέρχεται για τα 2 έτη στο ποσό των 300.000€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και τυχόν δικαιώματος προαίρεσης.

5. Επειδή, με την από 26-4-2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 892/27-4-2021 η προσφεύγουσα εταιρία με την επωνυμία «.....», όπως νόμιμα αυτή εκπροσωπείται, επιδίωξε να ακυρωθεί η αυτή ως άνω υπ' αριθμ. 5472/13-04-2021 απόφαση του Τμήματος Προμήθειας Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής, άλλως οίκοθεν ανακληθεί ή τροποποιηθεί, η οποία, κατ' αποδοχή των από 06.08.2020, 07.08.2020, 13.10.2020, 24.11.20, 17.12.2020, 18.12.2020 και 17.03.2021 Πρακτικών Αποσφράγισης, Ελέγχου και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής, Τεχνικών Προσφορών και Οικονομικών Προσφορών που υπεβλήθησαν από την Επιτροπή Διενέργειας & Αξιολόγησης του αυτού ως άνω Διαγωνισμού για το Τμήμα Β έκρινε αποδεκτές τις οικονομικές προσφορές των οικονομικών φορέων «.....» και «.....» και κατακυρώθηκε ο υπό κρίση διαγωνισμός στην εταιρία «.....». Υπέρ του κύρους της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης η εταιρία

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

«.....» με τον διακριτικό τίτλο «.....» άσκησε την από 7-5-2021 παρέμβασή της.

6. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 1.500,00€, το οποίο δεν είχε επιστραφεί μετά την τελεσθείσα σιωπηρή απόρριψη της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής, δεδομένου ότι για το τμήμα Β΄ της υπό ανάθεση σύμβασης που αφορά η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή η προϋπολογισθείσα αξία ανέρχεται για τα 2 έτη στο ποσό των 300.000€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και τυχόν δικαιώματος προαίρεσης.

7. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. [ημερομηνία ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ.....] Διακήρυξη της προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός, Ανοικτός, Δημόσιος Διαγωνισμός με αντικείμενο την επιλογή Αναδόχου για την....., για δύο (2) έτη, με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) επιπλέον έτος. Ειδικότερα για το Τμήμα Β' στη Θεσσαλονίκη, επί των οδών ο προϋπολογισμός ανέρχεται σε 150.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, ανά έτος, ενώ ο συστημικός αριθμός που έλαβε ήταν 92720. Παράλληλα με την υπ' αριθμ. πρωτ. 9071/24.06.2020 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της ορίστηκε η επιτροπή διενέργειας και αξιολόγησης και η επιτροπή παρακολούθησης και παραλαβής του εν λόγω διαγωνισμού. Καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή προσφορών ορίστηκε η Παρασκευή, 31 Ιουλίου 2020 και ώρα 14:00. Στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία έλαβαν μέρος επτά (7) οικονομικοί φορείς και δη οι εταιρίες «.....», '.....'(με διακριτικό τίτλο"....."), '.....,' η εταιρεία '.....', '.....', '.....' και η επιχείρηση «.....». Η Επιτροπή διενέργειας και αξιολόγησης, στις 06.08.2020, ημέρα Πέμπτη και ώρα 14:00, συνεδρίασε προκειμένου να αποσφραγίσει ηλεκτρονικά τις προσφορές που υποβλήθηκαν στον εν λόγω διαγωνισμό. Στη συνέχεια, στις 07.08.2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 12:00, η επιτροπή προέβη στο άνοιγμα των υποβληθέντων φακέλων που περιήλθαν σε αυτήν σε έντυπη μορφή. Περαιτέρω, στις 13.10.2020, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00, η Επιτροπή έκρινε

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

ότι το σύνολο των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών των τριών (3) εταιρειών,, και, που λαμβάνουν μέρος στο διαγωνισμό, πληρούν τους όρους της διακήρυξης. Παράλληλα, μετά από έλεγχο και αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των εταιριών :1)..... , 2) και 3), απέρριψε τις προσφορές αυτών, για τους λόγους που λεπτομερώς αναφέρονται στο οικείο από 13-10-2020 Πρακτικό. Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφεύγουσα «.....» η Επιτροπή απέρριψε την οικονομική της προσφορά με την αιτιολογία ότι η εταιρεία «.....» με την οποία αυτή έχει συνάψει ιδιωτικό συμφωνητικό σύμβασης παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, δεν είχε συμπληρώσει ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ (Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης) και έτσι δεν αποδεικνύεται ότι η αιτούσα έχει την αποκλειστική κατά παραχώρηση χρήση του κέντρου λήψης σημάτων. Και τούτο παρόλο που, η αναθέτουσα Αρχή, στις 24-7-2020 (ήτοι επτά ημέρες πριν από την λήξη της προθεσμίας για την παραλαβή των προσφορών), παρείχε διευκρινίσεις προς όλους τους συμμετέχοντες φορείς (σχ. το υπ'αρ.πρωτ.11579/24-7-2020 έγγραφο της.....), επί των όρων της διακήρυξης, ότι *“σε περίπτωση που η επιχείρηση δηλώσει ότι διαθέτει ενοικιαζόμενο ή παραχωρούμενο με άλλο τρόπο (π.χ. χωρίς αντάλλαγμα) Κέντρο Λήψεως Σημάτων, αυτό σημαίνει ότι στηρίζεται στην ικανότητα τρίτων ως “δάνεια ικανότητα” και η εταιρεία που ενοικιάζει ή παραχωρεί, με οποιονδήποτε τρόπο το Κέντρο Λήψεως Σημάτων, θα πρέπει να υποβάλει Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.ΣΕ.Σ.)”*. Περαιτέρω, η Επιτροπή έκρινε ότι συντρέχει λόγος να ζητήσει περαιτέρω διευκρινίσεις από την εταιρία..... Στις 24.11.2020, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00, η Επιτροπή, αφού εξέτασε τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις της εταιρίας ενέμεινε στην άποψη ότι οι προσφορές των εταιρειών,, της και της επιχείρησης, πρέπει να απορριφθούν, σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 3/13-10-2020 Πρακτικό της Επιτροπής. Περαιτέρω, δε, ότι το σύνολο των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών των υπόλοιπων τεσσάρων (4) εταιρειών: 1)....., 2) και 4), που λαμβάνουν μέρος στο διαγωνισμό, πληρούν τους όρους της διακήρυξης, όσον αφορά τον υπολογισμό του εργατικού κόστους, δεδομένου ότι στηρίχθηκαν στην

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

παραδοχή ότι, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές του Τμήματος Β' του εν λόγω διαγωνισμού, οι βάρδιες-άτομα, τα οποία είναι απαραίτητα ημερησίως ανέρχονται σε έξι (6), ενόψει του ότι οι υπηρεσίες φύλαξης πρέπει να παρέχονται όλες τις ημέρες της εβδομάδας, από Δευτέρα έως Κυριακή, και κάθε εβδομάδα πρέπει να εκτελούνται (6 βάρδιες X 7 ημέρες= 42 βάρδιες), ενώ η Επιτροπή, εξετάζοντας συνδυαστικά το σύνολο των επιμέρους κονδυλίων που συνθέτουν τις οικονομικές προσφορές των υποψηφίων αυτών- πέραν του εργατικού κόστους (κόστος εποπτείας, κόστος διοικητικής υποστήριξης, εργολαβικό κέρδος) διαπίστωσε ότι αυτά διαμορφώνονται σε εύλογο ύψος και σε καμιά περίπτωση δεν παρίστανται ασυνήθιστα χαμηλά, και, για το λόγο αυτό, εισηγήθηκε τη συνέχιση της διαδικασίας με το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών των τεσσάρων αυτών διαγωνιζομένων. Μετά την αποσφράγιση αυτών, η Επιτροπή συνήλθε εκ νέου, στις 17 Μαρτίου 2021, προκειμένου να εξετάσει τις υποβληθείσες οικονομικές προσφορές και αφού έκρινε ότι οι οικονομικές προσφορές των τεσσάρων αυτών εταιριών που παρέμεναν στον διαγωνισμό, ήτοι: 1....., 2..... 3....., είναι σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης, τις κατέταξε κατά σειρά μειοδοσίας, ως εξής: 1)....., 128.081,04 ευρώ. 2), 134.142,84 ευρώ, 3)....., 138.480,00 ευρώ, 4)....., 139.852,80 ευρώ. Τέλος, με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. πρωτ. 5472/13-4-2021 απόφαση με θέμα "Αποδοχή πρακτικών του ηλεκτρονικού διεθνή δημόσιου διαγωνισμού για την προμήθεια υπηρεσιών στατικής φύλαξης στις εγκαταστάσεις της στη, ο Γενικός Διευθυντής Διοικητικών και Οικονομικών Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής....., έκανε δεκτά τα από 6.8.2020, 7.8.2020, 13.10.2020, 24.11.2020, 17.12.2020, 18.12.2020 και 17.3.2021, πρακτικά αποσφράγισης, ελέγχου και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού και ανακήρυξε την εταιρία"....." προσωρινή ανάδοχο, με την ως άνω προσφερόμενη τιμή.

8. Επειδή, κατά της εν λόγω απόφασης η απορριφθείσα εταιρία «.....» προσέφυγε ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) ασκώντας την από 21-4-2021

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

προδικαστική προσφυγή της (Α.Ε.Π.Π. Γενικός Αριθμός Κατάθεσης 850/21-4-2021), βάλλοντας κατά της ανακήρυξης της εταιρίας ως προσωρινής αναδόχου του επίμαχου διαγωνισμού και προβάλλοντας, περαιτέρω, ότι μη νομίμως αποκλείστηκε η ίδια από τον επίμαχο διαγωνισμό, καθόσον δεν αποτελεί όρο της διακήρυξης, η υποχρέωση της «.....» για υποβολή ξεχωριστού Ε.Ε.Ε.Σ., για το λόγο ότι η εταιρία αυτή δεν αποτελεί "τρίτο δανείζοντα εμπειρία", που ενοικιάζει ή παραχωρεί καθ' οιονδήποτε τρόπο, Κέντρο Λήψεως Σημάτων, ούτε έχει την ιδιότητα του υπερεργολάβου, κατ' άρθρο 78 του ν.4412/2016, ώστε να υπέχει τέτοια υποχρέωση, καθώς και ότι μη νομίμως η ίδια δεν εκλήθη προς παροχή διευκρινίσεων, ως προς το ζήτημα αυτό, κατά παράβαση του άρθρου 102 παρ.5 του Ν.4412/2016.

9. Επειδή, κατά της εν λόγω απόφασης η καταταγείσα τρίτη στη σειρά μειοδοσίας εταιρία προσέφυγε ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) ασκώντας την από 26-4-2021 προδικαστική προσφυγή της (Α.Ε.Π.Π. Γενικός Αριθμός Κατάθεσης 892/27-4-2021) προβάλλοντας αιτιάσεις κατά της ανάδειξης της εταιρίας ως προσωρινής αναδόχου, καθώς και αιτιάσεις για πλημμέλειες της οικονομικής προσφοράς της εταιρίας - 2^{ης} κατά σειρά μειοδοσίας μετά την προσωρινή ανάδοχο.

10. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

11. Επειδή, αμφότερες οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε αυτούς στις 14-4-2021 και η μεν με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 850/2021 ασκήθηκε στις 21-4-2021 και κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στους λοιπούς συμμετέχοντες στις 22-4-2021, η δε με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 892/2021 ασκήθηκε στις 26-4-2021, καθόσον η καταληκτική ημερομηνία της 24-4-2021 ήταν Σάββατο, και κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στους λοιπούς συμμετέχοντες στις 28-4-2021.

12. Επειδή, αμφότερες οι προσφεύγουσες έχουν έννομο συμφέρον προσφεύγουσα έννομο συμφέρον για την άσκηση των αντίστοιχων υπό

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

εξέταση προσφυγών, δεδομένου ότι έκαστη εξ αυτών υπέβαλε προσφορά και προσδοκά κάθε μια να αναδειχθεί αυτή ανάδοχος της σχετικής σύμβασης.

13. Επειδή, όσον αφορά στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 850/2021 προσφυγή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 28-4-2021 τις με αρ.πρωτ.6421/28-4-2021 απόψεις της στην ΑΕΠΠ, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στους λοιπούς συμμετέχοντες. Με τις απόψεις της αυτές, η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει την απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής για τους λόγους που εκεί αναφέρει.

14. Επειδή, όσον αφορά στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 892/2021 προσφυγή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 6-5-2021 τις με αρ.πρωτ.6534/5-5-2021 απόψεις της στην ΑΕΠΠ, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στους λοιπούς συμμετέχοντες. Με τις απόψεις της αυτές, η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει την απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής για τους λόγους που εκεί αναφέρει.

15. Επειδή, όσον αφορά τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 850/2021 προδικαστική προσφυγή η εταιρία «.....» με τον διακριτικό τίτλο «.....» νομοτύπως και εμπροθέσμως άσκησε στις 5-5-2021 τη σχετική παρέμβασή της, κατόπιν της από 22-4-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, δεδομένου ότι η καταληκτική ημερομηνία της 2-5-2021 ήταν Κυριακή του Πάσχα και η πρώτη επόμενη εργάσιμη ημέρα ήταν στις 5-5-2021. Ομοίως η εταιρία «.....» με τον διακριτικό τίτλο «.....» νομοτύπως και εμπροθέσμως άσκησε στις 29-4-2021, κατόπιν της από 22-4-2021 κοινοποίησης της προσφυγής.

16. Επειδή, όσον αφορά τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 892/2021 προδικαστική προσφυγή η εταιρία «.....» με τον διακριτικό τίτλο «.....» νομοτύπως και εμπροθέσμως άσκησε στις 7-5-2021 τη σχετική παρέμβασή της, κατόπιν της από 28-4-2021 κοινοποίησης της προσφυγής.

17. Επειδή, μετά τη σιωπηρή απόρριψη από την ΑΕΠΠ αμφοτέρων των ανωτέρω δύο προδικαστικών προσφυγών (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 850 και 892/2021), το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με τις υπ' αρ. 273 και 274/2021 αποφάσεις του (Τμήμα Β΄ Διακοπών - Ακυρωτικός Σχηματισμός), οι οποίες εκδόθηκαν κατόπιν άσκησης από τις προσφεύγουσες «.....» και «.....» αντίστοιχων αιτήσεων αναστολής εκτέλεσης, ανέστειλε την περαιτέρω πρόοδο της διαδικασίας του διαγωνισμού και ανέπεμψε τις

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

υποθέσεις στην Α.Ε.Π.Π. προκειμένου να ασκήσει την επιβαλλόμενη από το νόμο αρμοδιότητά της.

18. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, αμφότερες οι προσφυγές νομίμως εισήχθησαν ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360 και 371 παρ.12 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και σε συμμόρφωση της ΑΕΠΠ με τις υπ' αρ. 273 και 274/2021 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, κρίνονται τα ακόλουθα.

20. 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 (ΟΛΣΤΕ 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).

21. Επειδή, όσον αφορά στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 850/2021 προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «.....» και δη σχετικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, ότι δηλαδή εσφαλμένα θεωρήθηκε από την αναθέτουσα αρχή ότι έπρεπε να υποβληθεί αυτοτελής ΕΕΕΣ για την εταιρία από την οποία η προσφεύγουσα μίσθωσε Κέντρο Λήψης Σημάτων, λεκτέα είναι τα ακόλουθα:

22. Επειδή, με το υπ' αριθ.3/13-10-2020 πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της «.....», με την αιτιολογία ότι: «.....» *έχει συνάψει ιδιωτικό συμφωνητικό δεν είχε συμπληρώσει χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ και έτσι δεν αποδεικνύεται ότι η εταιρεία «.....» έχει την αποκλειστική κατά παραχώρηση χρήση του κέντρου λήψης σημάτων.*». Με την υπ' αριθμ. 5472/13-04-2021 προσβαλλόμενη απόφαση του Τμήματος Προμήθειας Υπηρεσιών της....., κατόπιν έγκρισης του ανωτέρω Πρακτικού,

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της για τους ανωτέρω λόγους, και η ανάδειξη ως μειοδότριας της εταιρίας «.....».

23. Επειδή, όσον αφορά τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων, στο άρθρο 78 ν.4412/2016, που ενσωματώνει το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.». Επομένως, τα βασικά στοιχεία του θεσμού της δάνειας εμπειρίας είναι: α) η αδυναμία του υποψήφιου οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, δηλαδή να ικανοποιήσει τα απαιτούμενα από την εκάστοτε Διακήρυξη κριτήρια επιλογής και η προσφυγή του σε δυνατότητες τρίτου φορέα (χρηματοδοτικές ή τεχνικές δυνατότητες) για την απόδειξη της καταλληλότητάς του και β) η υποχρέωση του υποψήφιου οικονομικού φορέα να αποδείξει ότι ο τρίτος φορέας έχει τη δυνατότητα να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους και ότι οι πόροι αυτοί θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεση του πρώτου για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 14 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε τρίτους οικονομικούς φορείς με τη μορφή της δάνειας εμπειρίας, προκειμένου να αποδείξουν ότι πληρούν κάποιο από τα τιθέμενα από τη Διακήρυξη απαιτούμενα κριτήρια επιλογής, ενώ αντίθετα οποιαδήποτε μορφή συνεργασίας με τρίτο φορέα για στοιχείο που δεν αποτελεί κριτήριο επιλογής δεν συνιστά δάνεια εμπειρία.

24. Επειδή, όσον αφορά την έννοια «κριτήρια επιλογής», για τα οποία και μόνον χρησιμοποιείται ο θεσμός της «δάνειας εμπειρίας», στο άρθρο 75 ν.4412/2016 προβλέπονται τα ακόλουθα: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341.

4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.

5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος.». Από τα παραπάνω συνάγεται ότι πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν και να αποκλείουν εκείνους τους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος στη διαδικασία, οι οποίοι δεν πληρούν κριτήρια επιλογής. Το στάδιο αυτό, που προηγείται εκείνου της ανάθεσης, αποτελεί το στάδιο της ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων. Στην ουσία τα «κριτήρια επιλογής» είναι τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικών και τεχνικών ικανοτήτων, τα οποία πρέπει να καλύπτουν οι προσφέροντες, ώστε να είναι παραδεκτή η προσφορά τους, δηλαδή είναι κριτήρια (οικονομικής ή τεχνικής επάρκειας), τα οποία ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή με τη Διακήρυξη ως απαιτούμενα για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό (Κατευθυντήρια Οδηγία 13 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). Επομένως, «στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» κατ' άρθρο 78 ν. 4412/2016 δεν συνιστά οποιαδήποτε μορφή στήριξης/συνεργασίας με τρίτο οικονομικό φορέα, παρά μόνον αυτή που αφορά σε παροχή στήριξης για κάποιο από τα απαιτούμενα «κριτήρια επιλογής» που τίθενται με την εκάστοτε Διακήρυξη.

25. Επειδή, στον όρο 2.2.8 της διακήρυξης με τίτλο «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» ορίζεται ότι: «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 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 II του Παραρτήματος XII 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

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

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». Επομένως, επίκληση «δάνειας εμπειρίας» κατ' άρθρο 78 ν. 4412/2016 νοείται μόνο για ένα από τα ως άνω αναφερόμενα στη Διακήρυξη «κριτήρια επιλογής» και όχι για οποιοδήποτε άλλο στοιχείο.

26. Επειδή, περαιτέρω, στη σελ. 60 της διακήρυξης ορίζεται ότι: «*III. Απαιτήσεις και τεχνικές Προδιαγραφές*» Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς πρέπει: α) Να διαθέτουν ιδιόκτητο ή ενοικιαζόμενο ή παραχωρούμενο με άλλον τρόπο (πχ χωρίς αντάλλαγμα) Κέντρο Λήψεως Σημάτων, το οποίο πρέπει να έχει τη δυνατότητα παρακολούθησης και ελέγχου των θέσεων φύλαξης και σε πραγματικό χρόνο και να υποβάλουν στην τεχνική προσφορά τους το αποδεικτικό κατοχής ιδιόκτητου ή ενοικιαζόμενου ή δωρεάν παραχωρούμενου Κέντρου Λήψεως Σημάτων...». Καμία άλλη αναφορά δεν υπάρχει στη Διακήρυξη σχετικά με το Κέντρο Λήψεως Σημάτων, και ιδίως δεν υπάρχει σχετική αναφορά στις διατάξεις της Διακήρυξης που ορίζουν τα κριτήρια επιλογής (δηλ. στα άρθρα 2.2.4 και 2.2.5). Επομένως, από τις διατάξεις της Διακήρυξης δεν προκύπτει ότι τίθεται ως απαιτούμενο κριτήριο επιλογής (τεχνικής επάρκειας) να έχει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας Κέντρο Λήψεως Σημάτων, καθόσον η κατοχή τέτοιας μονάδας δεν προβλέπεται στα άρθρα 2.2.4 και 2.2.5 μεταξύ των «κριτηρίων επιλογής».

27. Επειδή, το μόνο το οποίο προβλέπεται στη Διακήρυξη (στη σελ. 33) είναι ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας θα πρέπει να προσκομίσει αποδεικτικά στοιχεία στο πλαίσιο της τεχνικής προσφοράς του ότι διαθέτει Κέντρο Λήψεως Σημάτων. Με μόνη την προσκόμιση των αναγκαίων αποδεικτικών στοιχείων πληρούται ο ως άνω όρος της διακήρυξης. Συνεπώς, με τον συγκεκριμένο όρο δεν εισάγεται κάποιο απαιτούμενο «κριτήριο επιλογής» για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό, αλλά αρκεί η προσκόμιση οποιουδήποτε στοιχείου ότι έχει στην κατοχή του ιδιόκτητο ή ενοικιαζόμενο ή δωρεάν παραχωρούμενο Κέντρο Λήψεως Σημάτων.

28. Επειδή, όσον αφορά την προσφεύγουσα «.....» προκύπτει ότι αυτή εκπλήρωσε την υποχρέωσή της που απορρέει από την ως άνω διάταξη της Διακήρυξης, προσκομίζοντας την από 31-7-2020 υπεύθυνη

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

δήλωση της νομίμου εκπροσώπου....., με την οποία δηλώνει ότι «η Εταιρία διαθέτει συνεργαζόμενο Κέντρο Λήψεως Σημάτων το οποίο έχει τη δυνατότητα παρακολούθησης και ελέγχου των θέσεων φύλαξης και σε πραγματικό χρόνο». Επιπλέον προσκομίστηκε και το 1-1-2018 συμφωνητικό με την εταιρία «.....» στο οποίο αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι: «Η «.....» υποχρεούται να παρέχει προς την «.....», και των συνδρομητών της τις μέσω του Ψηφιακού Κέντρου Λήψης και Επεξεργασίας Σημάτων υπηρεσίες της ασφαλείας και παρακολούθησης των ηλεκτρονικών αυτών συστημάτων ασφαλείας των εκάστοτε συνδρομητών - πελατών του σε καθημερινή βάση και καθ' όλη τη διάρκεια του εικοσιτετραώρου....». Κατ' ουσίαν, το εν λόγω συμφωνητικό κρίνεται ότι έχει την έννοια της μίσθωσης εκ μέρους της προσφεύγουσας της εγκατάστασης της «.....», η οποία μίσθωση δεν εντάσσεται στην έννοια της «δάνειας εμπειρίας» του άρθρου 78 ν.4412/2016, διότι η μίσθωση πράγματος συνιστά, κατά τον Αστικό Κώδικα, νόμιμη και επαρκή αιτία κατοχής του πράγματος. Άλλωστε, με βάση όσα ήδη αναφέρθηκαν, η εφεδρική εγκατάσταση δεν εντάσσεται στα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη κριτήρια επιλογής (χρηματοοικονομικής επάρκειας/τεχνικής ικανότητας), και συνεπώς δεν συντρέχει λόγος επίκλησης δάνειας εμπειρίας για αυτήν. Μάλιστα στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της, η προσφεύγουσα στο ερώτημα αν «ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» απάντησε «ΟΧΙ».

29. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η αναθέτουσα αρχή με την από 24-07-2020 διευκρίνισή της ρητώς και σαφώς διευκρίνισε στους συμμετέχοντες ότι «Στην περίπτωση που η επιχείρηση δηλώσει ότι διαθέτει ενοικιαζόμενο ή παραχωρούμενο με άλλον τρόπο (π.χ. χωρίς αντάλλαγμα) Κέντρο Λήψεως Σημάτων, αυτό σημαίνει ότι στηρίζεται στην ικανότητα τρίτων ως «δάνεια ικανότητα» και η εταιρεία που ενοικιάζει ή παραχωρεί με οποιονδήποτε τρόπο το Κέντρο Λήψεως Σημάτων, θα πρέπει να υποβάλλει Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)».

30. Επειδή, κατά την πλειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αφοκάρδου και του Μέλους Μ.Κανάβα, όπως έχει παγίως κριθεί υπό το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς, η πράξη περί παροχής

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕΦΑΘ (αναστ.) 451/2014, 437/2013). Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή με την από 24-7-2020 διευκρίνισή της σχετικά με το Κέντρο Λήψεως Σημάτων το οποίο σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης αποτελεί τεχνική προδιαγραφή, επισήμανε ρητώς ότι στην περίπτωση που η επιχείρηση δηλώσει ότι διαθέτει ενοικιαζόμενο ή παραχωρούμενο με άλλον τρόπο (π.χ. χωρίς αντάλλαγμα) Κέντρο Λήψεως Σημάτων, αυτό σημαίνει ότι στηρίζεται στην ικανότητα τρίτων ως «δάνεια ικανότητα» και η εταιρεία που ενοικιάζει ή παραχωρεί με οποιονδήποτε τρόπο το Κέντρο Λήψεως Σημάτων, θα πρέπει να υποβάλλει Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), τροποποιώντας τους όρους της Διακήρυξης. Εφόσον η προσφεύγουσα δεν αμφισβήτησε επικαίρως την ως άνω διευκρίνιση η οποία εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού καθώς κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες, όφειλε, επί ποινή αποκλεισμού, να υποβάλει με την προσφορά της ξεχωριστό ΕΕΕΣ για την εταιρεία (πρβλ. και απόφαση ΑΕΠΠ 1408/2020, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου, σκ.42). Επομένως, ορθώς η αναθέτουσα αρχή και κατά δέσμια αρμοδιότητα απέρριψε την προσφορά της και ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και, συνακόλουθα, να γίνουν δεκτοί οι οικείοι λόγοι των παρεμβάσεων.

31. Επειδή, σύμφωνα με τη μειοψηφούσα άποψη της Εισηγήτριας, Στ. Κουρή, σε κάθε περίπτωση, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, προσφορά τους. Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑΘ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Έτσι, εν προκειμένω, εφόσον η αναθέτουσα αρχή ήθελε να θέσει την κατοχή Κέντρου Λήψεως Σημάτων ως απαιτούμενο κριτήριο επιλογής υποψηφίου αναδόχου όφειλε να συμπεριλάβει τούτο ρητά στις διατάξεις με τα «κριτήρια επιλογής» και η τυχόν ασάφεια της Διακήρυξης δεν επιτρέπεται να ερμηνευθεί σε βάρος της προσφεύγουσας.

32. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, ο οικονομικός φορέας «.....» δεν έχει την ιδιότητα «δανείζοντος εμπειρία» κατ' άρθρον 78 ν.4412/2016, όπως εσφαλμένα έκρινε η αναθέτουσα αρχή, και συνεπώς δεν είχε καμία από τις υποχρεώσεις των τρίτων φορέων που παρέχουν δάνεια εμπειρία.

33. Επειδή, όσον αφορά την ανάθεση σε τρίτο οικονομικό φορέα μέρους της σύμβασης με τη μορφή υπεργολαβίας, στο άρθρο 58 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Υπεργολαβία» (άρθρο 71 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι «*Στα έγγραφα της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ζητάει από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει.*». Ως υπεργολαβία ορίζεται η σύμβαση με την οποία ο ανάδοχος αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή έναντι της οποίας μόνος υπεύθυνος για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες παραμένει ο ανάδοχος. Η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ, περί μίσθωσης έργου. Σημειώνεται ότι δεν νοείται "υπεργολαβία" για αντικείμενο που δεν υπάγεται στο φυσικό αντικείμενο της προκηρυχθείσας δημόσιας σύμβασης, όπως το αντικείμενο αυτό ορίζεται συγκεκριμένα από την ανά περίπτωση διακήρυξη (ΣτΕ 196/2006, 199/2008, 1190/2009, βλ. και Κατευθυντήρια Οδηγία 10 της ΕΑΑΔΗΣΥ (Απόφαση 139/2015 με θέμα «ΘΕΜΑΤΑ ΠΟΥ ΑΝΑΚΥΠΤΟΥΝ ΚΑΤΑ ΤΗ ΧΡΗΣΗ ΤΗΣ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑΣ ΚΑΙ ΟΡΟΙ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΗΣ»). Επομένως, το βασικό χαρακτηριστικό του υπεργολάβου είναι ότι αναλαμβάνει να εκτελέσει ο ίδιος ένα τμήμα της σύμβασης, η εκτέλεση της οποία έχει ανατεθεί καταρχήν στον ανάδοχο και άρα συμφωνία υπεργολαβίας υφίσταται όταν ο ανάδοχος συμφωνεί με τρίτον οικονομικό φορέα ότι ο τελευταίος θα εκτελέσει/υλοποιήσει ένα τμήμα του

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

συμβατικού αντικειμένου. Ουσιαστικά πρόκειται για μια μορφή συμμετοχής στην εκτέλεση της σύμβασης, προσώπου διαφορετικού του αναδόχου αυτής (Ε. Βλάχου, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, εκδ. Σάκκουλα σελ. 578). Η υπεργολαβία, δηλαδή, είναι η πιο άμεση μορφή ανάμιξης τρίτου οικονομικού φορέα στην εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, καθότι ο τρίτος φορέας-υπεργολάβος αναλαμβάνει ο ίδιος την εκτέλεση ενός μέρους του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης, στη θέση του αναδόχου-εργολάβου.

Η υπεργολαβία διακρίνεται από συγγενείς έννοιες, που εμπεριέχουν επίσης το στοιχείο της στήριξης του αναδόχου σε τρίτους οικονομικούς φορείς. Συγκεκριμένα, πρέπει να διακρίνεται από τη «δάνεια εμπειρία», που συνίσταται στην προσφυγή του αναδόχου σε δυνατότητες τρίτου φορέα (χρηματοδοτικές ή τεχνικές δυνατότητες) για την απόδειξη της καταλληλότητάς του, και συγκεκριμένα για την απόδειξη ότι πληροί τα τιθέμενα με τη Διακήρυξη του Διαγωνισμού κριτήρια επιλογής. Στην περίπτωση της «δάνειας εμπειρίας» ο ανάδοχος εξακολουθεί να εκτελεί μόνος όλο το ανατεθέν αντικείμενο της σύμβασης, αλλά στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής που θέτει η Διακήρυξη ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ή ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Επίσης, η συνδρομή τρίτου οικονομικού φορέα μπορεί να συνίσταται στη διάθεση στην κατοχή του αναδόχου υλικών μέσων προς τον σκοπό εκτέλεσης της σύμβασης, συνήθως μέσω μιας νομικής σχέσης μίσθωσης πράγματος, τα οποία όμως δεν σχετίζονται με τιθέμενα από τη Διακήρυξη κριτήρια επιλογής, διότι σε αυτή την περίπτωση θα γινόταν λόγος για «δάνεια εμπειρία». Δηλαδή, ο ανάδοχος δύναται να χρησιμοποιεί υλικά μέσα τρίτων οικονομικών φορέων, που έρχονται στην κατοχή του, συνήθως μέσω μιας συμβατικής σχέσης μίσθωσης πράγματος. Η υπεργολαβία ως «μίσθωση έργου» διαφέρει ουσιωδώς από τη μίσθωση υλικών αντικειμένων, διότι η μεν πρώτη συνίσταται στην εκτέλεση έργου, και συγκεκριμένα τμήματος του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης για λογαριασμό του αναδόχου, ενώ η δεύτερη περιορίζεται στη διάθεση του μισθίου προς χρήση από τον ανάδοχο, ενώ ο τρίτος φορέας που εκμισθώνει το υλικό αντικείμενο ουδόλως συμμετέχει στην εκτέλεση της σύμβασης ούτε έχει κάποια ευθύνη ως προς αυτήν.

34. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης προσδιορίζεται (σελ. 5 διακήρυξης) ως «*παροχή υπηρεσιών φύλαξης των εγκαταστάσεων της Τμήμα Α και Τμήμα Β.....*». Από τις ανωτέρω διατάξεις της Διακήρυξης συνάγεται ότι υπεργολαβική ανάθεση στην προκειμένη περίπτωση θα υπήρχε αν η προσφεύγουσα είχε αναθέσει σε έναν τρίτο οικονομικό φορέα την παροχή τμήματος των υπηρεσιών φύλαξης, οπότε ο τρίτος φορέας θα αναλάμβανε με δική του φροντίδα και μέσα την εκτέλεση μέρους της σύμβασης.

35. Επειδή, ειδικότερα, στο προσκομισθέν συμφωνητικό, μεταξύ άλλων, αναφέρονται τα εξής: Η «.....» *αναλαμβάνει τα πλήρη έξοδα χρήσης και συντήρησης των κτηριακών εγκαταστάσεων, του ηλεκτρονικού εξοπλισμού και γενικότερα ότι αφορά την καλή λειτουργία του Κέντρου Λήψης & Επεξεργασίας Σημάτων. Η «.....» έχει την υποχρέωση κάλυψης των τεχνικών θεμάτων (εγκαταστάσεων, βλαβών κλπ) που θα προκύψουν καθ' όλη τη διάρκεια της συνεργασίας, με τεχνικό προσωπικό, τα απαιτούμενα οχήματα συνεργείου και τον σχετικό εξοπλισμό. για αντιμισθία για τις παρεχόμενες υπηρεσίες η δεύτερη των συμβαλλόμενων αναλαμβάνει την πλήρη κάλυψη εξόδων για δύο (2) εκ των υπαλλήλων του Κέντρου Λήψης Σημάτων συμπεριλαμβανομένης της μισθοδοσίας και των τελών ασφάλισης αυτών στο ΙΚΑ, τα πλήρη έξοδα για την οργάνωση των περιπολιών και άμεσων επεμβάσεων δύο (2) περιπολικών οχημάτων στη Θεσσαλονίκη και γενικότερα την κάλυψη επιχειρησιακών θεμάτων ασφαλείας. Επίσης η «.....», θα διαθέτει σε όλη τη διάρκεια της σύμβασης σε 24ωρη βάση ένα στατικό φύλακα για την κάλυψη του Επιχειρησιακού Κέντρου Παρακολούθησης».*

36. Επειδή, ούτε με το ΕΕΕΣ ούτε με οποιαδήποτε άλλο έγγραφο που κατέθεσε η προσφεύγουσα με την υποβολή της προσφοράς της δήλωσε ότι ο οικονομικός φορέας «.....» θα αναλάβει την εκτέλεση ενός τμήματος του αντικειμένου της σύμβασης, ούτε προκύπτει με οποιοδήποτε τρόπο ύπαρξη υπεργολαβικής σχέσης. Η συμφωνία που η προσφεύγουσα έχει με τον ως άνω οικονομικό φορέα και η οποία προκύπτει από την προσφορά της είναι ότι η προσφεύγουσα θα μισθώσει έναντι τιμήματος το Κέντρο Λήψης Σημάτων. Όμως η μίσθωση αυτή, ως απολύτως νόμιμος τρόπος απόδειξης της κατοχής του ζητούμενου Κέντρου, δεν εμπίπτει στις περιπτώσεις για τις οποίες νοείται ότι προσφέρεται δάνεια εμπειρία, ώστε να

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

πρέπει να υποβληθεί ΕΕΕΣ για τον εκμισθωτή, ούτε κρίνεται ότι η επικαλούμενη 24-7-2020 διευκρίνιση κατήγγησε το οικείο νομοθετικό πλαίσιο περί δάνειας εμπειρίας, υποβολής ΕΕΕΣ κ.λπ., διευρύνοντας το πλαίσιο των υπόχρεων υποβολής ΕΕΕΣ. Και τούτο διότι σε κάθε περίπτωση, ο νόμος υπερισχύει της διακήρυξης ή κάθε άλλης διευκρίνισης και δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι μία διευκρίνιση έχει ισχύ καταργητική του νόμου (ΔΕΦΑΘ 2009/2020). Άλλωστε, με τη Δ.Εφ.Θεσσαλονίκης 120/2020 (σε συμβούλιο) *ad hoc* κρίθηκε ότι: «Με τον συγκεκριμένο ιδιοκτήτη- εκμισθωτή του επίμαχου είδους, στην περίπτωση μίσθωσής του, ο ανάδοχος συνδέεται μόνο με την σχετική μισθωτική σχέση, χωρίς να θεωρείται αυτός υπεργολάβος του αναδόχου, ο ίδιος δεν αναλαμβάνει υπηρεσίες ούτε συμμετέχει στο έργο εκτέλεσης της σύμβασης καθαριότητας, καθώς δεν συνδέεται με την εκτέλεση κάποιας εργασίας, η οποία δεν δύναται να παρασχεθεί από τον μισθωτή- του επίμαχου εξοπλισμού. Για την λειτουργία-χειρισμό του εξοπλισμού αυτού, άλλωστε, δεν προκύπτει ούτε προβάλεται ότι απαιτείται ειδική άδεια. Συνεπώς, όπως ορθώς κρίθηκε με την προσβαλλομένη απόφαση της ΑΕΠΠ δεν δικαιολογείται η θέσπιση των σχετικών απαιτήσεων και για την επιχείρηση που διαθέτει το συγκεκριμένο εξοπλισμό, κατά το βάσιμο σχετικό λόγο της παρεμβαίνουσας, ενώ πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι οι προβαλλόμενοι από την αιτούσα και την Αναθέτουσα Αρχή ισχυρισμοί». Συνεπώς, εφόσον από την προσφορά της προσφεύγουσας προκύπτει ότι αυτή και μόνον θα εκτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, δεν υφίσταται συμφωνία υπεργολαβικής ανάθεσης υπηρεσιών στην εταιρία "....." ώστε να πρέπει να υποβληθεί για τον εν λόγω εκμισθωτή αυτοτελής ΕΕΕΣ.

37. Επειδή, δεδομένου ότι, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, ο οικονομικός φορέας δεν προκύπτει από τα στοιχεία της προσφοράς της προσφεύγουσας ότι έχει ούτε την ιδιότητα «δανείζοντος εμπειρία» ούτε την ιδιότητα «υπεργολάβου» κατ' άρθρο 78 ν. 4412/2016, νομίμως δεν υπέβαλε αυτοτελής Ε.Ε.Ε.Σ. Ειδικότερα, στο άρθρο 2.2.7.1 «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών» της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5 και 2.2.6 της παρούσης προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν. 1599/1986. Το Ε.Ε.Ε.Σ. καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με το Παράρτημα IV παρούσας Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης. Επισημαίνεται ότι, στην περίπτωση που ο προσφέρων οικονομικός φορέας δεν πληροί τις ελάχιστες αναγκαίες απαιτήσεις, αναφορικά με την τεχνική - επαγγελματική ικανότητα και την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια, όπως αυτές καθορίζονται στην παρούσα Διακήρυξη, μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, προς τους οποίους συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, ανεξάρτητα από τη νομική φύση τους, προκειμένου να αποδείξει ότι πληροί τις απαιτήσεις. Σ' αυτή την περίπτωση ο προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο Ε.Ε.Ε.Σ. του (μέρος II - παράγραφος Γ'), ότι θα στηριχτεί σε τρίτους (άλλους οικονομικούς φορείς), σημειώνοντας την αντίστοιχη ένδειξη και επισυνάπτει χωριστά έντυπα Ε.Ε.Ε.Σ, για κάθε οικονομικό φορέα που θα του παράσχει στήριξη. Στα επισυναπτόμενα χωριστά Ε.Ε.Ε.Σ. των οικονομικών φορέων, που θα παράσχουν στήριξη στον προσφέροντα, δηλώνεται αντίστοιχα ο, κατά περίπτωση, νόμιμος εκπρόσωπός τους, ο οποίος και θα υπογράψει ψηφιακά το ηλεκτρονικό αρχείο (.pdf) που θα παραχθεί. Κατά τη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ. των οικονομικών φορέων που θα παράσχουν στήριξη στον προσφέροντα, πέραν των δηλώσεων που αφορούν στους λόγους αποκλεισμού από τη διαδικασία, πρέπει να συμπεριλαμβάνονται και οι πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με το μέρος IV, δηλαδή οι σχετικές με την ή τις ικανότητές τους, στις οποίες θα στηριχτεί ο προσφέρων οικονομικός φορέας, πληροφορίες. Στην περίπτωση που ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του ότι θα αναθέσει τμήμα της Σύμβασης υπό τη μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, σύμφωνα με το άρθρο 4.4 της παρούσας θα πρέπει να σημειώσει την αντίστοιχη ένδειξη στο Ε.Ε.Ε.Σ. του (μέρος II - παράγραφος Δ). Ακολούθως στο πεδίο που εμφανίζεται αναφέρει το τμήμα, καθώς και τους υπεργολάβους

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

που προτείνει κατά το άρθρο 58 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει. Και σε αυτή την περίπτωση ο οικονομικός φορέας που υποβάλει προσφορά, επισυνάπτει χωριστό έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ. για κάθε υπεργολάβο (άρθρ. 131 του Ν.4412/2016, ως ισχύει). Στα επισυναπτόμενα χωριστά Ε.Ε.Ε.Σ. των υπεργολάβων, δηλώνεται αντίστοιχα ο, κατά περίπτωση, νόμιμος εκπρόσωπός τους, ο οποίος και θα υπογράψει ψηφιακά το ηλεκτρονικό αρχείο (.pdf) που θα παραχθεί. Τα χωριστά Ε.Ε.Ε.Σ. των υπεργολάβων συμπληρώνονται ως προς τα μέρη I, II, III.». Επομένως, υπόχρεοι σε υποβολή αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. είναι οι ίδιοι οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς, σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων κάθε μέλος της ένωσης, οι οικονομικοί φορείς που παρέχουν στήριξη με τη μορφή δάνειας εμπειρίας και οι υπεργολάβοι. Εφόσον, λοιπόν, ο οικονομικός φορέας δεν αποδεικνύεται ότι φέρει κάποια από τις παραπάνω ιδιότητες, και ιδίως δεν είναι τρίτος φορέας δανείζων εμπειρία, κατ' άρθρο 78 ν.4412/2016, ούτε υπεργολάβος, και άρα εκ του νόμου δεν είχε υποχρέωση υποβολής αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. Ως εκ τούτου, η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι η εταιρία «δεν υπέβαλε ξεχωριστό Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) για τον οικονομικό φορέα «.....» κρίνεται, κατά τη μειοψηφούσα άποψη της Εισηγήτριας Στ. Κουρή, μη νόμιμη και ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και απορριπτέοι ως αβάσιμοι οι σχετικού λόγος των δύο ασκηθεισών παρεμβάσεων, η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το σκέλος με το οποίο έκρινε ότι «.....», με την οποία η εταιρεία «.....» έχει συνάψει ιδιωτικό συμφωνητικό δεν είχε συμπληρώσει χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ και έτσι δεν αποδεικνύεται ότι η εταιρεία «.....» έχει την αποκλειστική κατά παραχώρηση χρήση του κέντρου λήψης σημάτων.».

37. Επειδή, όσον αφορά στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 850/2021 προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «.....» και δη σχετικά με το δεύτερο λόγο προσφυγής, περί μη κλήσης της προσφεύγουσας από την αναθέτουσα αρχή για παροχή διευκρινίσεων κατά το άρθρο 102 παρ.2 και 5 του ν.4412/2016, αν και αλυσιτελώς προβάλλεται λαμβανομένων όσων κρίθηκαν στις ανωτέρω σκέψεις, εντούτοις για την πλήρη εκκαθάριση της υπόθεσης, λεκτέα είναι τα ακόλουθα:

38. Επειδή, στην παρ. 2.2.8 της υπόψη Διακήρυξης (σελ. 20), ορίζονται τα εξής: «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 ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή 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 II του Παραρτήματος XII 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». Ακολούθως, στην παρ. 2.2.9.1. της ίδιας Διακήρυξης (σελ.20-21) προβλέπεται ότι: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικά συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα Ε', το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν.1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

1Σημειώνεται ότι σύμφωνα με την παρ.1 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με την παρ.5 του άρθρου 235 του Νόμου 4635/2019, κατά την απάντηση του οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλου οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων όπως η τριετής παραγραφή της παρ.10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παρ.3β του άρθρου 44 του Νόμου 3959/2011(εφόσον συντρέχει υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας ή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών), αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο εδάφιο της παρ.1 του άρθρου 79 του Νόμου 4412/2016 σχετικά με την προσκόμιση δικαιολογητικών. Τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ίδιο ερώτημα του ΕΕΕΣ από οικονομικούς φορείς που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παρ.3β του Νόμου 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ.4 περ.ζ ή/και θ' του Ν. 4412/2016 και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ. Το ΕΕΕΣ μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Σε όλες τις περιπτώσεις, όπου περισσότερα από ένα φυσικά πρόσωπα είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό, υποβάλλεται ένα Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο είναι δυνατό να φέρει μόνο την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα ως προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.1 της παρούσας για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται χωριστά από

κάθε μέλος της ένωσης. Επίσης στην περίπτωση στήριξης στην ικανότητα τρίτων, υποβάλλεται Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) χωριστά και από τον προσφέροντα την δάνεια ικανότητα».

39.Επειδή, το άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, στο οποίο παραπέμπει η επίμαχη διακήρυξη, όσον αφορά στη συμπλήρωση του εντύπου ΕΕΕΣ, ορίζει ότι «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, και γ) τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθορισθεί σύμφωνα με το άρθρο 84, περί περιορισμού του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που καλούνται να συμμετάσχουν στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ίδιες πληροφορίες για τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούνται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς

καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά. Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παρ. 10 του άρθρου 73, περί λόγων αποκλεισμού, ή η εφαρμογή της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 (Α' 93), αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά από την έναρξη ισχύος του παρόντος είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί το ΕΕΕΣ, οι προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού των περ. ζ' ή/ και θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του παρόντος και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου. Όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να λάβει τα σχετικά δικαιολογητικά απευθείας με πρόσβαση σε βάση δεδομένων, σύμφωνα με την παρ. 4, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις πληροφορίες που απαιτούνται για τον συγκεκριμένο σκοπό, όπως την ηλεκτρονική διεύθυνση της βάσης δεδομένων, δεδομένα αναγνώρισης και, κατά περίπτωση, την απαραίτητη δήλωση συναίνεσης. Οι οικονομικοί φορείς μπορούν να χρησιμοποιήσουν εκ νέου ΕΕΕΣ, το οποίο έχει ήδη χρησιμοποιηθεί σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον επιβεβαιώνουν ότι οι πληροφορίες του εγγράφου εξακολουθούν να είναι αληθείς. 3. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016 για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (L 3), και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή. 5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, εξαιρουμένων των συμβάσεων

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

που βασίζονται σε συμφωνίες - πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περ. α' της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, και, κατά περίπτωση, το άρθρο 80, περί αποδεικτικών μέσων. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80, περί αποδεικτικών μέσων και 82, περί προτύπων διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης...».

40.Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 2.3.1. της Κατευθυντήριας Οδηγίας 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)», ορίζεται ρητά ότι: «Επισημαίνεται ότι, στις περιπτώσεις μη συμπλήρωσης ή/και μη ορθής συμπλήρωσης ενός ή περισσότερων πεδίων του ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ, εκ μέρους των οικονομικών φορέων, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να τους καλούν προκειμένου να παράσχουν σχετικές διευκρινίσεις ή να τα συμπληρώσουν, όπως οποιοδήποτε άλλο υποβληθέν, με την προσφορά τους, έγγραφο ή δικαιολογητικό, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Η εν λόγω δυνατότητα παρέχεται ανεξάρτητα από τον τρόπο επεξεργασίας και συμπλήρωσής του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τον οποίον έχει επιλέξει ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με την ανωτέρω παράγραφο 2.3.1. Ωστόσο, στις περιπτώσεις που επίκειται αποκλεισμός προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, για λόγους ασάφειας των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς, και, κατά συνέπεια, και του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ως τέτοιου, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να ζητούν διευκρινίσεις από τους οικονομικούς φορείς, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 5 του ως άνω άρθρου. Σε περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς δεν παράσχουν τις απαιτούμενες διευκρινίσεις ή οι εν λόγω διευκρινίσεις κριθούν μη ικανοποιητικές από τις αναθέτουσες αρχές, απορρίπτεται η προσφορά ή η αίτηση συμμετοχής τους και οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται από τη συγκεκριμένη διαδικασία. Κατ' εξαίρεση, στις περιπτώσεις έλλειψης υπογραφής/ών στο ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ δεν είναι δυνατή η προσφυγή στην, κατά τα

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

ανωτέρω, δυνατότητα συμπλήρωσης, καθώς η έλλειψη υπογραφής στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ή μη νόμιμη/έγκυρη υπογραφή του ισοδυναμεί με μη νόμιμη/έγκυρη υποβολή του, η δε ως άνω δυνατότητα παροχής διευκρινίσεων ή/ και συμπλήρωσης αφορά μόνο σε ήδη υποβληθέντα έγγραφα/ δικαιολογητικά.».

41. Επειδή, στο άρθρο 102 του Ν.4412/2016, ως ισχύει με το άρθρο 42 Ν.4782/2021, ΦΕΚ Α` 36 και με έναρξη ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 142 παρ.2 του αυτού νόμου, από την δημοσίευση του νόμου αυτού στην Ε.τ.Κ. (9-3-2021), προβλέπεται ότι: «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.».

42. Επειδή, ως εκτέθηκε ανωτέρω, στον υπό κρίση διαγωνισμό με το υπ'αριθ. 3/13-10-2020 πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της, με την αιτιολογία ότι: «η....., με την οποία η εταιρεία «.....» έχει συνάψει ιδιωτικό συμφωνητικό δεν είχε συμπληρώσει χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ και έτσι δεν αποδεικνύεται ότι η εταιρεία «.....» έχει την αποκλειστική κατά παραχώρηση χρήση του κέντρου λήψης σημάτων.» Ακολούθως, με την υπ' αριθμ. 5274/13- 04-2021 απόφαση του Τμήματος Προμήθειας Υπηρεσιών της....., αποφασίστηκε η απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας και η ανάδειξη ως μειοδότης της εταιρίας «.....».

43. Επειδή, κατά την πλειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αφοκάρδου και του Μέλους Μ. Κανάβα, ακόμα κι αν ήθελε υποτεθεί ότι τυγχάνει εφαρμοστέο το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 ως έχει τροποποιηθεί από τον νόμο 4782/2021 και στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες (*quod non*, βλ. και απόφαση ΕΑ ΣτΕ 237/2021), δεν θα ήταν

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

δυνατή η εκ των υστέρων προσκόμιση χωριστού ΕΕΕΣ από την εταιρεία ΣΕΚΤΟΡ ΕΠΕ χωρίς τούτο να συνιστά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (βλ, και αποφάσεις ΑΕΠΠ 1517/2021, εισηγήτρια Ε. Αφοκάρδου, σκ.34 και 1386/2021, σκ.46, μειοψηφία Χρ. Ζαράρη). Επομένως, και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και να γίνουν δεκτοί οι οικείοι λόγοι των παρεμβάσεων.

44. Επειδή, κατά τη μειοψηφούσα άποψη της Εισηγήτριας Στ. Κουρή, η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να καλέσει την προσφεύγουσα προς συμπλήρωση-αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών πριν προβεί σε αποκλεισμό της από τη διαδικασία διεξαγωγής του συγκεκριμένου διαγωνισμού, ως όφειλε κατά το άρθρο 102 του ν.4412/2016. Συγκεκριμένα παρέλειψε να καλέσει την προσφεύγουσα να παράσχει σχετικές διευκρινίσεις ως προς το είδος της σχέσης της με την εταιρία....., ώστε να διαπιστωθεί εάν υπήρχε υποχρέωση υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ. Και τούτο διότι, ακόμη κι αν συνέτρεχε υποχρέωση συμπλήρωσης χωριστού ΕΕΕΣ από την εταιρεία....., η αναθέτουσα αρχή είχε υποχρέωση να καλέσει την προσφεύγουσα προς συμπλήρωση του σχετικού ΕΕΕΣ. Κατόπιν δε όλων όσων αναλύθηκαν ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και ο δεύτερος λόγος προσφυγής και απορριπτέοι ως αβάσιμοι οι σχετικού λόγοι των δύο ασκηθεισών παρεμβάσεων, η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το σκέλος με το οποίο έκρινε ότι η «.....», *με την οποία η εταιρεία «.....» έχει συνάψει ιδιωτικό συμφωνητικό δεν είχε συμπληρώσει χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ και έτσι δεν αποδεικνύεται ότι η εταιρεία «.....» έχει την αποκλειστική κατά παραχώρηση χρήση του κέντρου λήψης σημάτων.*», η δε υπόθεση, θα έπρεπε, κατ' εφαρμογή της παρ. 2 του άρθρου 367 του ν.4412/2016, να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην ανωτέρω οφειλόμενη ενέργεια, ήτοι να καλέσει την προσφεύγουσα να παράσχει σχετικές διευκρινίσεις ως προς το είδος της σχέσης της με την εταιρία....., ώστε να διαπιστωθεί εάν υπήρχε υποχρέωση υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ, πλην όμως, λαμβανομένων υπόψη όσων κρίθηκαν για τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η αναπομπή αυτή κρίνεται αλυσιτελής.

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

45.Επειδή, κατόπιν όσων κρίθηκαν ανωτέρω, κατά την πλειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αψοκάρδου και του Μέλους Μ. Κανάβα, η ΓΑΚ ΑΕΠΠ 850/2021 προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και οι παρεμβάσεις πρέπει να γίνουν δεκτές.

Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Εισηγήτριας Στ. Κουρή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 850/2021 προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη και να κριθούν απορριπτέες ως αβάσιμες οι παρεμβάσεις των εταιριών «.....» και «.....», η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το σκέλος με το οποίο έκρινε ότι η «.....», με την οποία η εταιρεία «.....» έχει συνάψει ιδιωτικό συμφωνητικό δεν είχε συμπληρώσει χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ και έτσι δεν αποδεικνύεται ότι η εταιρεία «.....» έχει την αποκλειστική κατά παραχώρηση χρήση του κέντρου λήψης σημάτων.».

46.Επειδή, όσον αφορά στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 892/2021 προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «.....» και δη σχετικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής που αφορά στην εταιρία «.....», ότι δηλαδή είναι μη νόμιμη η οικονομική προσφορά της εταιρίας «.....», η οποία δήλωσε στο κελί «ΣΥΝΟΛΟ» του πεδίου «ΩΡΕΣ ΦΥΛΑΞΗΣ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΗ» του πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς την ένδειξη «0,00», ήτοι ότι προσφέρει 816 ώρες φύλαξης μηνιαία και ως εκ τούτου δεν επιβαρύνει την υπό ανάθεση σύμβαση με το εργατικό κόστος 816 ωρών μηνιαία, το οποίο συνιστά, κατά την προσφεύγουσα, παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας και του άρθρου 2.4.4. της διακήρυξης, αφού η εταιρία «.....» όφειλε στην οικονομική προσφορά της να υπολογίσει εργασιακό κόστος για τις παρεχόμενες υπηρεσίες φύλαξης που να μην υπολείπεται των κατωτάτων ορίων που ορίζονται στην κείμενη εργατική νομοθεσία, λεκτέα είναι τα ακόλουθα:

47. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 1.7. της διακήρυξης με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης» (σελ. 8 της διακήρυξης) ορίζεται επί λέξει το εξής: «Οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι: α) τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους...».

48. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 2.4.4. της διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» της διακήρυξης, ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα: «Η Οικονομική Προσφορά στη διαγωνιστική διαδικασία με συστημικό αριθμό 92719 ή/και 92720 ανάλογα με το Τμήμα Α ή/και Β. για το οποίο/ -α υποβάλλεται διακριτά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης όπως ορίζεται κατωτέρω και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα Β' της διακήρυξης: Οι τιμές πρέπει να περιλαμβάνουν το σύνολο των επιβαρύνσεων (αποδοχές εργαζομένων, ασφαλιστικές εισφορές, διοικητικό κόστος, κρατήσεις, εργολαβικό κέρδος, κλπ) όπως περιγράφονται παραπάνω.... Σε περιπτώσεις υπηρεσιών που προσφέρονται δωρεάν, θα αναγράφεται στην οικεία θέση της οικονομικής προσφοράς η ένδειξη «ΔΩΡΕΑΝ» ή «0,00». Εάν έχει παραλειφθεί η αναγραφή τιμής, ακόμη και αν δεν υπάρχει η ένδειξη «ΔΩΡΕΑΝ» ή «0,00», θεωρείται αμετάκλητα ότι οι αντίστοιχες υπηρεσίες έχουν προσφερθεί δωρεάν..... Στην προσφερόμενη τιμή πρέπει να έχει υπολογιστεί το εργασιακό κόστος σύμφωνα με τα οριζόμενα στις οικείες Συλλογικές Συμβάσεις Εργασίας ή Διαιτητικές αποφάσεις και τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, που αφορά τους εργαζόμενους στις ιδιωτικές επιχειρήσεις Παροχής υπηρεσιών φύλαξης και δεν πρέπει να υπολείπεται των κατωτάτων ορίων που ορίζονται στην κείμενη νομοθεσία.».

49. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6. με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» σελίδα 37 της διακήρυξης προβλέπονται τα ακόλουθα: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας Διακήρυξης, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές. στ) η οποία είναι υπό αίρεση, ζ) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, η) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.». Από τη γραμματική διατύπωση των ανωτέρω όρων της διακήρυξης προκύπτει ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς οφείλουν να καταρτίσουν την οικονομική τους προσφορά συμπληρώνοντας τους πίνακες οικονομικής προσφοράς του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Β' της διακήρυξης. Η οικονομική προσφορά πρέπει να συμπεριλαμβάνει τις πάσης φύσεως αποδοχές των εργαζομένων τους που θα απασχοληθούν για την εκτέλεση του έργου, το δε εργασιακό κόστος δεν πρέπει να υπολείπεται, επί ποινή απόρριψης προσφοράς, του ελαχίστου νόμιμου εργατικού κόστους, σύμφωνα με τις απαρέγκλιτες διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας.

50. Επειδή, περαιτέρω, στο Παράρτημα Β'- Πίνακας ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς της οικείας διακήρυξης (σελ. 70) ζητείται η συμπλήρωση του πίνακα με τίτλους «ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΚΟΣΤΟΥΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΜΕΝΩΝ ΩΡΩΝ» και «ΩΡΕΣ ΦΥΛΑΞΗΣ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΗ». Από τη διατύπωση των τίτλων των πεδίων του εν λόγω υποπίνακα του υποδείγματος προκύπτει ότι θα πρέπει να αποτυπωθούν αφενός οι ώρες φύλαξης και στο σύνολο, αφετέρου το ποσό της προσαύξής τους. Εκ των

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

στοιχείων του φακέλου της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι αυτή στο πεδίο Σύνολο δεν εναπόθεσε το σύνολο του εργατικού κόστους για τις εν λόγω ώρες φύλαξης, αλλά αποτύπωσε σε συμφωνία με το υπόδειγμα το ποσό της προσαύξησης. Η συμπλήρωση του επίμαχου πεδίου με μηδενικό κόστος δεν προκύπτει ότι αναφέρεται στο εργατικό κόστος των 816 ωρών, αλλά στο κόστος της προσαύξησης, το οποίο αυτό δηλώνει μηδενικό, αφού οι συγκεκριμένες ώρες δεν φέρουν προσαύξηση. Σύμφωνα μάλιστα με το ακριβές περιεχόμενο του συγκεκριμένου υποπίνακα, όπως προκύπτει και από τον τίτλο του, αυτός περιλαμβάνει μόνο το κόστος των προσαυξημένων ωρών και όχι το συνολικό εργατικό κόστος. Στο σύνολο, λοιπόν, η παρεμβαίνουσα αποτύπωσε σύμφωνα με τις προβλέψεις της διακήρυξης και του υποδείγματος, το κόστος της προσαύξησης και όχι το εργατικό κόστος που αντιστοιχεί σε συγκεκριμένες ώρες. Άλλωστε, αν αθροισθούν τα σύνολα υπολογισμού κόστους προσαυξημένων ωρών (0,00 + 397,80 € + 460,19 € + 306,81 € = 1.164,80 €) εξάγεται το συνολικό ποσό των προσαυξήσεων μηνιαίως, το οποίο αποτυπώνεται στο πεδίο «ΣΥΝΟΛΟ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΩΝ», ενώ το αντίστοιχο σύνολο των μισθών και των προσαυξήσεων αποτυπώνεται στο αντίστοιχο πεδίο και ανέρχεται στο ποσό των 6.624,80 € μηνιαίως. Περαιτέρω, από το αρχείο της παρεμβαίνουσας «Ανάλυση Οικονομικής Προσφοράς» και ειδικότερα τον Πίνακα Υπολογισμού εργατικού κόστους προκύπτει ότι οι επίμαχες 816 ώρες έχουν συνυπολογισθεί για την εξαγωγή του συνόλου των μισθών της σύμβασης. Ειδικότερα, αν αθροισθούν οι συνολικές μηνιαίες κοστολογικές ώρες φύλαξης του υποπίνακα, το περιεχόμενο του οποίου προσβάλλεται από την προσφεύγουσα (816 + 408 + 157,33 + 78,67 = 1.460 ώρες φύλαξης μηνιαίως) και πολλαπλασιασθούν με τους 12 μήνες (1.460 X 12 = 17.520), τότε οι ετήσιες ώρες φύλαξης ανέρχονται σε 17.520, οι οποίες εμπεριέχουν τις επίμαχες 816 ώρες (βλ. Πίνακα Υπολογισμού του εργατικού κόστους της παρεμβαίνουσας). Εν συνεχεία, αν οι συνολικές ετήσιες ώρες φύλαξης διαιρεθούν με το σύνολο των ετήσιων κοστολογικών ωρών απασχόλησης ανά φύλακα (17520 : 2.085,71429 = 8,40), και πολλαπλασιασθούν με το βασικό μισθό των 650,00 ευρώ, σύμφωνα με την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας του 2020 και την απόφαση οικ.4241/127 (Β' 173/30.01.2019) της Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Αλληλεγγύης (8,40 X 650,00 € = 5.460 €), εξάγεται

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

το σύνολο του μηνιαίου μισθού για το σύνολο των απασχολούμενων και πολλαπλασιάζοντας με τους 12 μήνες τότε το συνολικό ποσό του εργατικού μας κόστους ετησίως χωρίς τις προσαυξήσεις και λοιπά δώρα ανέρχεται στο ποσό των 65.520,00 ευρώ, ως έχει αποτυπωθεί στον Πίνακα της παρεμβαίνουσας, το οποίο αντιστοιχεί σε 17.520 ώρες, στις οποίες εμπεριέχονται οι 816 επίμαχες ώρες. Από την παραπάνω ανάλυση προκύπτει ότι τις επίμαχες 816 ώρες, έχουν συνυπολογισθεί από την παρεμβαίνουσα στο εργατικό της κόστος και δεν παρέχονται δωρεάν. Ως εκ τούτου απορριπτέος ως αβάσιμος τυγχάνει ο πρώτος λόγος προσφυγής και δεκτός ως βάσιμος ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

51. Επειδή, όσον αφορά στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 892/2021 προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «.....» και δη σχετικά με το δεύτερο λόγο προσφυγής που αφορά στην εταιρία «.....», ότι δηλαδή είναι μη νόμιμο, κατά την προσφεύγουσα, το δηλωθέν από την «.....» κόστος εποπτείας ποσού 2,50€ μηνιαία, το οποίο, κατά την προσφεύγουσα, δεν επαρκεί για την κάλυψη του ελάχιστου νόμιμου μισθοδοτικού κόστους εποπτείας της υπό ανάθεση σύμβασης λαμβάνοντας υπόψη ακόμη και την ευνοϊκότερη εκδοχή ότι ο επόπτης θα ασχολείται μόνο μία ώρα σε κάθε αλλαγή βάρδιας (πρωινή, απογευματινή, νυχτερινή) καθημερινά, γεγονός που καθιστά μη εύλογη, παράνομη και ζημιογόνα την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, λεκτέα είναι τα ακόλουθα:

52. Επειδή, σύμφωνα με το αρ. 68 του Ν.3863/2010, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ορίζονται τα παρακάτω, επί ποινή απόρριψης των προσφορών : *«Άρθρο 68 Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών 1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ)*

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής συμβάσης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι.».

53. Επειδή, σύμφωνα με το στοιχείο 14 του κεφαλαίου «Υποχρεώσεις Αναδόχου» του Παρατήματος Α της διακήρυξης (σελ. 68 αυτής) ορίζεται ότι : «...14. Ο ανάδοχος υποχρεούται να διαθέτει έναν (1) επόπτη, για την επίβλεψη της σύμβασης και επικοινωνία με αρμόδια όργανα της Αναθέτουσας Αρχής τον/την οποίο-α θα γνωστοποιήσει σε αυτήν...».

54. Επειδή, σύμφωνα μάλιστα με το άρθρο 648 παρ. 1 του Αστικού Κώδικα προβλέπεται ότι: «Με τη σύμβαση εργασίας ο εργαζόμενος έχει υποχρέωση να παρέχει, για ορισμένο ή αόριστο χρόνο, την εργασία του στον εργοδότη και αυτός να καταβάλει το συμφωνημένο μισθό.».

55. Επειδή, από τη γραμματική διατύπωση των παραπάνω διατάξεων νόμων, αλλά και της Διακήρυξης, στον υπό κρίση Διαγωνισμό απαιτείται καταρχάς η υποχρεωτική απασχόληση και προσφορά επόπτη φύλαξης, πέραν του αριθμού του προσωπικού φύλαξης, ο οποίος θα επιβλέπει τη σύμβαση, ελέγχοντας τους εργαζόμενους στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης και θα επικοινωνεί με τα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας αρχής. Οι δε διαγωνιζόμενοι θα πρέπει στην οικονομική τους προσφορά ρητά και υποχρεωτικά να δηλώσουν και να υπολογίσουν κόστος εποπτείας, το οποίο συντίθεται υποχρεωτικά από την νόμιμη αμοιβή, τις νόμιμες προσαυξήσεις της αμοιβής, τις εργατικές και εργοδοτικές εισφορές, όπως αυτά τα κόστη καθορίζονται από την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία. Ο απολύτως ελάχιστος απαραίτητος χρόνος παρουσίας του Επόπτη του έργου δεν μπορεί να μην συνίσταται στην παρουσία του σε κάθε

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

αλλαγή βάρδιας. Με το απαραίτητο αυτό δεδομένο το ελάχιστο νόμιμο ποσό που απαιτείται ως κόστος επόπτευσης υπολογίζεται ως ακολούθως: • 2 ώρες απασχόλησης (1 ώρα στην πρωινή βάρδια και 1 ώρα στην απογευματινή βάρδια) X 3,90 € ωρομίσθιο X 26 ημέρες (Δευτέρα-Σάββατο) = 202,80 € κόστος εποπτείας Δευτέρα έως Σάββατο μηνιαίως. • 1 ώρα στη νυχτερινή βάρδια X 3,90 € ωρομίσθιο X 1,25 (προσαύξηση νυχτερινής απασχόλησης) X 30 ημέρες το μήνα = 146,25 € κόστος νυχτερινής εποπτείας μηνιαίως • 2 ώρες (1 ώρα στην πρωινή βάρδια και 1 ώρα στην απογευματινή βάρδια) X 3,90 € ωρομίσθιο X 1,75 (προσαύξηση απασχόλησης Κυριακή & Αργίες) X 4 ημέρες Κυριακής σε ένα μήνα = 14,00 € κόστος εποπτείας για Κυριακές πρωί - απόγευμα μηνιαίως. • Σύνολο μικτών μηνιαίων αποδοχών εποπτείας: 202,80€ + 14,00 € + 146,25 € = 363,05 € μηνιαίως. • Σύνολο εργοδοτικών ασφαλιστικών εισφορών μηνιαίως: 363,05 € μικτές αποδοχές επόπτη x 24,33 % = 88,33 € μηνιαίως. • Επομένως το ελάχιστο νόμιμο μισθολογικό κόστος απασχόλησης ενός επόπτη φύλαξης ανέρχεται στο ποσό των 363,05 € + 88,33 € = 451,38 € μηνιαίως.

56.Επειδή, εν προκειμένω και σύμφωνα με τα ανωτέρω γενόμενα δεκτά, η εταιρεία «.....» υπέβαλε μη νόμιμη οικονομική προσφορά, καθόσον σε αυτή δηλώνει ως κόστος εποπτείας μόλις το ποσό των 2,50 € μηνιαίως, δηλαδή ποσό το οποίο δεν επαρκεί για να καταβάλει στον επόπτη φύλαξης που θα απασχολήσει ούτε την υποχρεωτική ελάχιστη νόμιμη αμοιβή, ούτε τις απαιτούμενες εργατικές και ασφαλιστικές εισφορές. Και τούτο διότι ακόμη και στην ευνοϊκότερη εκδοχή ότι ο επόπτης φύλαξης θα απασχολείται μόλις μία ώρα σε κάθε αλλαγή βάρδιας καθημερινά (πρωινή, απογευματινή, νυχτερινή), το ελάχιστο δε νόμιμο κόστος απασχόλησης του επόπτη για την εν λόγω απασχόληση ανέρχεται στο ποσό των 451.38 € μηνιαίως. Ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι από κανέναν όρο της διακήρυξης δεν προκύπτει η ανάγκη αυτοπρόσωπης παρουσίας του επόπτη για συγκεκριμένες ώρες, όπως και η αναθέτουσα αρχή δέχεται και στις από 05/05/2021 απόψεις της, κρίνεται αβάσιμος, αφού τέτοια παραδοχή δεν συνάδει με την άσκηση εποπτείας. Τούτο διότι σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, ασφαλώς και ένα άτομο, ήτοι ο ασκών εποπτεία, θα πρέπει έστω για 3 ώρες κατ' ελάχιστον εντός ενός 24ώρου (ήτοι 1 ώρα ανά βάρδια) να ασκεί το έργο αυτό της εποπτείας, άλλως δεν νοείται άσκηση εποπτείας από

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

μακρόθεν, η δε διαθεσιμότητά του, πέραν του 3ωρου ανά 24ώρο, πρέπει να είναι ανά πάσα στιγμή (όλο το 24ωρο), οπότε οι ανάγκες της αντίστοιχης δημόσιας υπηρεσίας θα καθιστούσαν αυτή απαραίτητη. Ως εκ τούτου η εν λόγω οικονομική προσφορά κρίνεται μη νόμιμη ως παραβιάζουσα την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία. Για τους λόγους αυτούς δεκτός ως βάσιμος κρίνεται ο δεύτερος λόγος προσφυγής, απορριπτέος ως αβάσιμος ο σχετικός λόγος παρέμβασης, η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που μη νόμιμα έκρινε αποδεκτή την οικονομική προσφορά της εταιρίας «.....».

57. Επειδή, όσον αφορά στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 892/2021 προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «.....» και δη σχετικά με τον τρίτο λόγο προσφυγής που αφορά στην εταιρία «.....» ότι δηλαδή είναι μη νόμιμος και εσφαλμένος ο υπολογισμός του αριθμού των ωρών απασχόλησης Κυριακών και αργιών στην οικονομική προσφορά της «.....», διότι, κατά την προσφεύγουσα, δηλώνει ρητά και υπολογίζει εσφαλμένα κόστος Κυριακών και αργιών για 154.6667 ώρες πρωινής-απογευματινής απασχόλησης μηνιαία και για 77.3334 ώρες νυχτερινής απασχόλησης μηνιαία, αν και σε ένα μέσο έτος 365 ημερών οι ώρες πρωινής-απογευματινής απασχόλησης Κυριακών και αργιών ανέρχονται σε 157.33 μηνιαία και οι ώρες νυχτερινής απασχόλησης Κυριακών και αργιών ανέρχονται σε 78.67 μηνιαία, γεγονός που, κατά την προσφεύγουσα, καθιστά την οικονομική προσφορά της «.....», μη νόμιμη, αφού ερείδεται στην εσφαλμένη και μη νόμιμη προϋπόθεση ότι ένα μέσο έτος 365 ημερών αποτελείται από 52 Κυριακές και μόνον 6 αργίες, λεκτέα είναι τα ακόλουθα:

58. Επειδή, σύμφωνα με το Παράρτημα Α' - Τεχνικές Προδιαγραφές Τμήματος Β' Θεσσαλονίκης (σελ. 64-65 της διακήρυξης), ορίζεται ότι: «*Το προσωπικό της φύλαξης θα κατανεμηθεί ως εξής : Α. ΚΤΙΡΙΟ (Κλειστοί χώροι: 1.771,00 τετραγωνικά μέτρα & Προαύλιοι χώροι: 406,40 τετραγωνικά μέτρα) 1. Ένα (1) άτομο, 07:00 - 15:00 2. Ένα (1) άτομο, 15:00 - 23:00 3. Ένα (1) άτομο, 23:00 - 07:00 Β. ΚΤΙΡΙΟ 14 (κλειστοί χώροι: 560,00 τετραγωνικά μέτρα) 1. Ένα (1) άτομο, 07:00 - 15:00 2. Ένα (1) άτομο, 15:00 - 23:00 3. Ένα (1) άτομο, 23:00 - 07:00*».

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

59. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 2.4.4. «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» σελίδα 34-36 της διακήρυξης, ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα κάτωθι: «*Η Οικονομική Προσφορά στη διαγωνιστική διαδικασία με συστημικό αριθμό ή/και ανάλογα με το Τμήμα Α ή/και Β. για το οποίο/ -α υποβάλλεται διακριτά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης όπως ορίζεται κατωτέρω και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα Β' της διακήρυξης:.. ... Οι τιμές πρέπει να περιλαμβάνουν το σύνολο των επιβαρύνσεων (αποδοχές εργαζομένων, ασφαλιστικές εισφορές, διοικητικό κόστος, κρατήσεις, εργολαβικό κέρδος, κλπ) όπως περιγράφονται παραπάνω.*».

60. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 1 & 2 του Νομοθετικού Διατάγματος 3755/1957, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 παρ. 2 Ν. 4554/2018, ΦΕΚ Α 130/18.7.2018., ορίζεται ότι : «*1. Μισθωτοί απασχολούμενοι κατά τας Κυριακάς και τας κατωτέρω αναφερομένας εορτάς, δικαιούνται, ανεξαρτήτως του κύρους της συμφωνίας περί της απασχολήσεως ταύτης και των άλλων ενδεχομένων συνεπειών, της υπό της υπ' αριθ. 8900/1946 Κοινής Αποφάσεως των Υπουργών Οικονομικών και Εργασίας, ως αυθεντικώς ηρμηνεύθη δια της υπ' αριθ. 25825/1951 τοιαύτης, προβλεπομένης προσαυξήσεως εξ 75% κατά τα υπό των εν λόγω αποφάσεων, ως αύται ισχύουν σήμερον, οριζόμενα 2. Ως εξαιρέσιμοι εορταί καθ'ας παρέχεται κατά τ' ανωτέρω προαύξεις νοούνται α) η της 25ης Μαρτίου, β) η της Δευτέρας του Πάσχα, γ) ή της 1ης Μαΐου, δ) η της Κοιμήσεως της Θεοτόκου (15η Αυγούστου), ε) ή της 28ης Οκτωβρίου και στ) η της Γεννήσεως του Χριστού (25 Δεκεμβρίου) και ζ) η της 26ης Δεκεμβρίου. Εκ τούτων κατά τας 1ην Μαΐου και 28ην Οκτωβρίου, η απασχόλησις των μισθωτών απόκειται αποκλειστικώς εις την διακριτικήν εξουσίαν του Εργοδότη.*». Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 3 της Κ.Υ.Α. υπ' αριθ. 19040/7-12-1981 «*Χορήγηση επιδομάτων εορτών Χριστουγέννων και Πάσχα στους μισθωτούς όλης της χώρας που απασχολούνται με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου*» (Φ.Ε.Κ. Β' 742/9-12-81), όπως ισχύει, ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής: «*1. Τα επιδόματα εορτών Χριστουγέννων και Πάσχα υπολογίζονται βάσει των πράγματι καταβαλλόμενων μισθών ή ημερομισθίων την 10 Δεκεμβρίου κάθε χρόνου, για το επίδομα Χριστουγέννων και την 15η*

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

ημέρα πριν από το Πάσχα για το επίδομα Πάσχα, ή την ημερομηνία λύσεως της εργασιακής σχέσεως. Σαν καταβαλλόμενος μισθός ή ημερομίσθιο νοείται το σύνολο των τακτικών αποδοχών του μισθωτού, από τις οποίες εξαιρείται μόνο το επίδομα "δυσχερούς διαβιώσεως" το οποίο αποκλείεται από το Ν.Δ. 907/1971. 2. Τακτικές αποδοχές για την εφαρμογή των διατάξεων της παρούσης θεωρούνται ο μισθός ή το ημερομίσθιο, καθώς και κάθε άλλη παροχή (είτε σε χρήμα, είτε σε είδος, όπως τροφή, κατοικία, κ.λ.π.) εφόσον καταβάλλεται από τον εργοδότη σαν συμβατικό ή νόμιμο αντάλλαγμα της παρεχομένης από τον μισθωτό εργασίας τακτικά κάθε μήνα, ή κατ' επανάληψη περιοδικά, κατά ορισμένα χρονικά διαστήματα του χρόνου. Σαν τακτικές αποδοχές προσδιορίζονται ενδεικτικά εκείνες που έχουν κριθεί από την Νομολογία όπως: (α) Η προσαύξηση της νομίμου και τακτικής εργασίας κατά τις Κυριακές ή αργίες και τις νυκτερινές ώρες, εφόσον δίνεται στον μισθωτό σταθερά και μόνιμα σαν τακτικό αντάλλαγμα για την παροχή εργασίας, κατά τις ανωτέρω ημέρες και ώρες τακτικά κάθε μήνα ή κατά επανάληψη περιοδικά κατά ορισμένα διαστήματα του χρόνου...».

61. Επειδή, από τη γραμματική διατύπωση της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν προκύπτει ότι η οικονομική προσφορά που θα υποβάλλουν οι συμμετέχοντες στον υπό κρίση διαγωνισμό θα πρέπει να περιλαμβάνει και το επιπλέον κόστος απασχόλησης των εργαζομένων κατά τις Κυριακές & τις Αργίες για διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης δύο ετών (είκοσι τεσσάρων (24) μηνών), με δικαίωμα προαίρεσης για ένα ακόμη έτος. Η σύμβαση αρχίζει από την ημερομηνία υπογραφής της και λήγει με την παρέλευση του ως άνω χρονικού διαστήματος και για το λόγο αυτό για τον υπολογισμό των οικονομικών προσφορών λαμβάνεται υπόψη ένα μέσο έτος 365 ημερών. Οι Εξαιρέσιμες Αργίες που αντιστοιχούν σε ένα μέσο έτος 365 ημερών είναι 7 και δη 15 Αυγούστου, 28 Οκτωβρίου, 25 Δεκεμβρίου, 26 Δεκεμβρίου, 25 Μαρτίου, 01 Μαΐου και Δευτέρα του Πάσχα. Εξάλλου σύμφωνα με την υπ' αριθ. 8900/1946 Κοινή Απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και Εργασίας, όπως αυτή ερμηνεύθηκε με το άρθρο 1 της υπ' αριθ. 25825/1951 Κοινής Απόφασης των ίδιων Υπουργών, ο μισθωτός που προσφέρει εργασία κατά τις Κυριακές και άλλες μη εργάσιμες εορτές δικαιούνται προσαύξεσης 75% η οποία υπολογίζεται εις «το κεκανονισμένον εκάστοτε ημερομίσθιον».

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

62. Επειδή, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης, προκύπτουν οι κάτωθι ώρες φύλαξης, κατά τις Κυριακές και Αργίες, ως εξής: • 59 Κυριακές και Αργίες ένα μέσο έτος 365 ημερών X 32 ώρες φύλαξης που απαιτούνται τις Κυριακές και Αργίες = 1.888 ετήσιες ώρες φύλαξης για Κυριακές και Αργίες / 12 μήνες το έτος = 157,33 ώρες για Κυριακές και Αργίες (πρωί-απόγευμα) μηνιαίως • 59 Κυριακές και Αργίες ένα μέσο έτος 365 ημερών X 16 ώρες φύλαξης που απαιτούνται τις Κυριακές και Αργίες = 944 ετήσιες ώρες φύλαξης για Κυριακές και Αργίες / 12 μήνες το έτος = 78.67 ώρες για Κυριακές και Αργίες (νύχτα) μηνιαίως. Στην προκειμένη περίπτωση η εταιρεία «.....» δήλωσε και υπολόγισε αντίστοιχα επιπλέον κόστος απασχόλησης Κυριακών & Αργιών μόνον για τις 52 Κυριακές και 6 αργίες ενός μέσου έτους, χωρίς να υπολογίσει το επιπλέον κόστος απασχόλησης για την 7η εξαιρεσιμη αργία. Πλην όμως, οι εκ του νόμου εξαιρεσιμες αργίες είναι 7 και ως εκ τούτου προσαύξηση Κυριακών & αργιών και νυχτερινής απασχόλησης Κυριακών & αργιών (75 % και του 100% αντίστοιχα) πρέπει να υπολογισθεί για 59 Κυριακές & αργίες και όχι για 58, όπως υπολόγισε η εν λόγω εταιρεία. Ειδικότερα, η «.....» αφενός υπολόγισε εσφαλμένως στο πεδίο «ΩΡΕΣ (ΚΥΡΙΑΚΗ & ΑΡΓΙΕΣ) (+75%)» του πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς κόστος προσαύξησης πρωινής - απογευματινής απασχόλησης μόνον για 154,6667 ώρες μηνιαίως, το οποίο προκύπτει από τον εξής υπολογισμό: 58 Κυριακές και αργίες X 32 ώρες φύλαξης που απαιτούνται τις Κυριακές και αργίες = 1.856 ετήσιες ώρες φύλαξης για Κυριακές και Αργίες / 12 μήνες το έτος = 154.6667 ώρες για Κυριακές και αργίες (πρωί-απόγευμα) μηνιαίως και αφετέρου υπολόγισε εσφαλμένως στο πεδίο στο πεδίο «ΩΡΕΣ (ΚΥΡΙΑΚΗ & ΑΡΓΙΕΣ ΒΡΑΔΥ)(+100%)» του πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς κόστος προσαύξησης νυχτερινής απασχόλησης μόνον για 77,3334 ώρες μηνιαίως, το οποίο προκύπτει από τον εξής υπολογισμό: 58 Κυριακές και αργίες X 16 ώρες φύλαξης που απαιτούνται τις Κυριακές και αργίες = 928 ετήσιες ώρες φύλαξης για Κυριακές και αργίες / 12 μήνες το έτος = 77.3334 ώρες για Κυριακές και αργίες (νύχτα) μηνιαίως. Ως εκ τούτου το συνολικό ετήσιο δηλωθέν ποσό μισθών και προσαυξήσεων της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «.....», ποσού 6.847,10€ €, υπολείπεται του ελαχίστου νομίμου ποσού μισθών και προσαυξήσεων ετησίως για την εκτέλεση του έργου,

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

ποσού 6.858,82 € και κατ' επέκταση το συνολικό εργατικό κόστος υπολείπεται του ελαχίστου νομίμου εργατικού κόστους της προσφοράς της, γεγονός που καθιστά την οικονομική προσφορά της απορριπτέα. Για τους λόγους αυτούς δεκτός ως βάσιμος κρίνεται ο τρίτος λόγος προσφυγής, η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί να ακυρωθεί κατά το μέρος που μη νόμιμα έκρινε αποδεκτή την οικονομική προσφορά της εταιρίας «.....».

63. Επειδή, όσον αφορά στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 892/2021 προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «.....» και δη σχετικά με τον τρίτο λόγο προσφυγής που αφορά στην εταιρία «.....» ότι δηλαδή η εταιρεία «.....» υπολόγισε και δήλωσε στην οικονομική της προσφορά μη εύλογο, μη επαρκές και μη νόμιμο κόστος εποπτείας, το οποίο ανέρχεται μόλις στο ποσό των 166,67 € μηνιαίως και δεν δύναται να καλύψει το μισθοδοτικό κόστος του επόπτη της υπό ανάθεση σύμβασης, ακόμη και εάν ληφθεί υπόψη η ευνοϊκότερη τυχόν εκδοχή, ήτοι η απασχόληση του επόπτη για μία μόνο ώρα σε κάθε αλλαγή βάρδιας (πρωινή, απογευματινή, νυχτερινή) καθημερινά, λεκτέα είναι τα εξής:

64. Επειδή, σύμφωνα με το αρ. 68 του Ν.3863/2010, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ορίζονται τα παρακάτω, επί ποινή απόρριψης των προσφορών : *«Άρθρο 68 Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών 1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με*

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής συμβάσης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι.».

65. Επειδή, σύμφωνα με το στοιχείο 14 του κεφαλαίου «Υποχρεώσεις Αναδόχου» του Παρατήματος Α της διακήρυξης (σελ. 68 αυτής) ορίζεται ότι : «..14. Ο ανάδοχος υποχρεούται να διαθέτει έναν (1) επόπτη, για την επίβλεψη της σύμβασης και επικοινωνία με αρμόδια όργανα της Αναθέτουσας Αρχής τον/την οποίο-α θα γνωστοποιήσει σε αυτήν..».

66. Επειδή, σύμφωνα μάλιστα με το άρθρο 648 παρ. 1 του Αστικού Κώδικα προβλέπεται ότι: «Με τη σύμβαση εργασίας ο εργαζόμενος έχει υποχρέωση να παρέχει, για ορισμένο ή αόριστο χρόνο, την εργασία του στον εργοδότη και αυτός να καταβάλει το συμφωνημένο μισθό.».

67. Επειδή, όπως έγινε ανωτέρω δεκτό, από τη γραμματική διατύπωση των παραπάνω διατάξεων νόμων, αλλά και της Διακήρυξης, στον υπό κρίση Διαγωνισμό απαιτείται καταρχάς η υποχρεωτική απασχόληση και προσφορά επόπτη φύλαξης, πέραν του αριθμού του προσωπικού φύλαξης, ο οποίος θα επιβλέπει τη σύμβαση, ελέγχοντας τους εργαζόμενους στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης και θα επικοινωνεί με τα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας αρχής. Οι δε διαγωνιζόμενοι θα πρέπει στην οικονομική τους προσφορά ρητά και υποχρεωτικά να δηλώσουν και να υπολογίσουν κόστος εποπτείας, το οποίο συντίθεται υποχρεωτικά από την νόμιμη αμοιβή, τις νόμιμες προσαυξήσεις της αμοιβής, τις εργατικές και εργοδοτικές εισφορές, όπως αυτά τα κόστη καθορίζονται από την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία. Ο απολύτως ελάχιστος απαραίτητος χρόνος παρουσίας του Επόπτη του έργου δεν μπορεί να μην συνίσταται στην παρουσία του σε κάθε αλλαγή βάρδιας. Με το απαραίτητο αυτό δεδομένο το ελάχιστο νόμιμο ποσό που απαιτείται ως κόστος εποπτείας υπολογίζεται ως ακολούθως: • 2 ώρες απασχόλησης (1 ώρα στην πρωινή βάρδια και 1 ώρα στην απογευματινή βάρδια) X 3,90 € ωρομίσθιο X 26 ημέρες (Δευτέρα-Σάββατο) = 202,80 € κόστος εποπτείας Δευτέρα έως Σάββατο μηνιαίως. • 1 ώρα στη νυχτερινή

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

βάρδια X 3,90 € ωρομίσθιο X 1,25 (προσαύξηση νυχτερινής απασχόλησης) X 30 ημέρες το μήνα = 146,25 € κόστος νυχτερινής εποπτείας μηνιαίως • 2 ώρες (1 ώρα στην πρωινή βάρδια και 1 ώρα στην απογευματινή βάρδια) X 3,90 € ωρομίσθιο X 1,75 (προσαύξηση απασχόλησης Κυριακή & Αργίες) X 4 ημέρες Κυριακής σε ένα μήνα = 14,00 € κόστος εποπτείας για Κυριακές πρωί - απόγευμα μηνιαίως. • Σύνολο μικτών μηνιαίων αποδοχών εποπτείας: 202,80€ + 14,00 € + 146,25 € = 363,05 € μηνιαίως. • Σύνολο εργοδοτικών ασφαλιστικών εισφορών μηνιαίως: 363,05 € μικτές αποδοχές επόπτη x 24,33 % = 88,33 € μηνιαίως. • Επομένως το ελάχιστο νόμιμο μισθολογικό κόστος απασχόλησης ενός επόπτη φύλαξης ανέρχεται στο ποσό των 363,05 € + 88,33 € = 451,38 € μηνιαίως.

68. Επειδή, εν προκειμένω και σύμφωνα με τα ανωτέρω γενόμενα δεκτά, η εταιρεία «.....» υπέβαλε οικονομική προσφορά με την οποία για την άσκηση εποπτείας δηλώνει μόλις το ποσό των 166,67 € μηνιαίως, δηλαδή ποσό το οποίο δεν επαρκεί για να καταβάλει στον επόπτη φύλαξης που θα απασχολήσει ούτε την υποχρεωτική ελάχιστη νόμιμη αμοιβή, ούτε τις απαιτούμενες εργατικές και ασφαλιστικές εισφορές. Και τούτο διότι ακόμη και στην ευνοϊκότερη εκδοχή ότι ο επόπτης φύλαξης θα απασχολείται μόλις μία ώρα σε κάθε αλλαγή βάρδιας καθημερινά (πρωινή, απογευματινή, νυχτερινή), το ελάχιστο δε νόμιμο κόστος απασχόλησης του επόπτη για την εν λόγω απασχόληση ανέρχεται στο ποσό των 451.38 € μηνιαίως. Σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, ασφαλώς και ένα άτομο, ήτοι ο ασκών εποπτεία, θα πρέπει έστω για 3 ώρες κατ' ελάχιστον εντός ενός 24ώρου (ήτοι 1 ώρα ανά βάρδια) να ασκεί το έργο αυτό της εποπτείας, άλλως δεν νοείται άσκηση εποπτείας από μακρόθεν, η δε διαθεσιμότητά του, πέραν του 3ωρου ανά 24ώρο, πρέπει να είναι ανά πάσα στιγμή (όλο το 24ωρο), οπότε οι ανάγκες της αντίστοιχης δημόσιας υπηρεσίας θα καθιστούσαν αυτή απαραίτητη. Ως εκ τούτου η εν λόγω οικονομική προσφορά κρίνεται μη νόμιμη ως παραβιάζουσα την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία. Για τους λόγους αυτούς δεκτός ως βάσιμος κρίνεται ο τέταρτος λόγος προσφυγής, η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί να ακυρωθεί κατά το μέρος που μη νόμιμα έκρινε αποδεκτή την οικονομική προσφορά της εταιρίας «.....».

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

69. Επειδή, όσον αφορά στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 892/2021 προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «.....» και δη σχετικά με τον πέμπτο λόγο προσφυγής που αφορά στην εταιρία «.....» ότι δηλαδή είναι μη νόμιμη η οικονομική προσφορά της εταιρίας «.....» διότι δεν αποτύπωσε σε αυτήν τα επιμέρους ποσά της προσφοράς της που αντιστοιχούν σε διοικητική υποστήριξη, εκπαίδευση, ένδυση, εγγυητικές επιστολές και λοιπά απρόβλεπτα έξοδα μολονότι τούτο ρητά απαιτείται από τη διακήρυξη του διαγωνισμού επί ποινή απόρριψης, λεκτέα είναι τα ακόλουθα:

70. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 3.νί.β των με αριθμό πρωτοκόλλου 11579/24.7.2020 εγγράφου διευκρινήσεων της αναθέτουσας αρχής, διατυπώθηκε ότι : «β. αναφορικά με τα ερωτήματα α, β, γ, δ και ε, (κόστος διοικητικής υποστήριξης, κόστος εκπαίδευσης, κόστος ένδυσης, κόστος εγγυητικών επιστολών και απρόβλεπτα και λοιπά έξοδα) κάθε συμμετέχουσα εταιρεία ΟΦΕΙΛΕΙ ΝΑ ΑΠΟΤΥΠΩΣΕΙ ΤΑ ΚΟΣΤΗ». Από την ανωτέρω διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής ως προς τον τρόπο κατάρτισης της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων στον υπό κρίση διαγωνισμό, προκύπτει ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς οφείλουν, επί ποινή αποκλεισμού, να αποτυπώσουν ρητά στην οικονομική τους προσφορά τα συγκεκριμένα ποσά που αντιστοιχούν στο κόστος της Διοικητικής Υποστήριξης, της Εκπαίδευσης, της Ένδυσης, των Εγγυητικών Επιστολών και στα Λοιπά Απρόβλεπτα Έξοδα, ήτοι τα συγκεκριμένα ποσά που εξειδικεύουν το πεδίο «Κόστος διοικητικής υποστήριξης, εκπαίδευσης, ένδυσης, Εγγυητικών επιστολών, απρόβλεπτα και λοιπά γενικά έξοδα» του πίνακα υποδείγματος του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Β' - ΠΙΝΑΚΑΣ ΑΝΑΛΥΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ της Διακήρυξης.

71. Επειδή, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών. Άλλωστε, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους

Αριθμός απόφασης: Σ 1656-1657/2021

διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών, και πολλώ δε μάλλον όταν η τυχόν παραβίαση προβλέπεται ρητά επί ποινή αποκλεισμού, πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

72.Επειδή, εν προκειμένω η εταιρία «.....» σε κανένα σημείο της οικονομικής της προσφοράς δεν κάνει ειδικότερη μνεία στα συγκεκριμένα ποσά που αντιστοιχούν στα ανωτέρω αναφερόμενα κονδύλια (διοικητική υποστήριξη, εκπαίδευση, ένδυση εγγυητικές επιστολές και λοιπά απρόβλεπτα έξοδα) αν και τούτο απαιτείτο επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, με αποτέλεσμα το απαράδεκτο της οικονομικής της προσφοράς. Επομένως, μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε την οικονομική προσφορά της «.....», δεκτού ως βάσιμου καθισταμένου του πέμπτου λόγου προσφυγής, η δε προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την οικονομική προσφορά της εταιρείας «.....».

73.Επειδή, κατόπιν όσων κρίθηκαν ανωτέρω δεκτή ως βάσιμη κρίνεται η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 892/2021 προσφυγή και απορρίπτεται η παρέμβαση της εταιρίας «.....» η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το σκέλος με το οποίο έκρινε ως νόμιμες τις οικονομικές προσφορές των εταιριών «.....» και «.....» και ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο για το Τμήμα Β' την εταιρία «.....», για τους λόγους που εκτέθηκαν ανωτέρω.

74.Επειδή, κατά τα ανωτέρω, το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 435539111951 1231 0086, ποσού 1.500€, που κατέβαλε η προσφεύγουσα «.....» πρέπει να καταπέσει και το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 374366213951 0625 0082, ποσού 1.500,00€, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα «.....».

Για τους λόγους αυτούς

**ΚΑΙ ΣΕ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΜΕ ΤΙΣ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ 273 ΚΑΙ 274/2021 ΤΟΥ
ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΕΦΕΤΕΙΟΥ ΑΘΗΝΩΝ**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «.....» .

Δέχεται τις παρεμβάσεις των εταιριών «.....».

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «.....»

Απορρίπτει την παρέμβαση της «.....».

Ακυρώνει τη με αρ. 5472/13-04-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής «.....» κατά το μέρος με το οποίο για το Τμήμα Β΄ έκανε δεκτές τις οικονομικές προσφορές των εταιριών «.....» και «.....», αναδεικνύοντας προσωρινή ανάδοχο για το Τμήμα Β΄ την εταιρία «.....».

Ορίζει την κατάπτωση του ηλεκτρονικού παραβόλου με κωδικό 435539111951 1231 0086, ποσού 1.500€, της προσφεύγουσας «.....» και την επιστροφή του ηλεκτρονικού παραβόλου με κωδικό....., ποσού 1.500,00€, στην προσφεύγουσα «.....».

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 22 Οκτωβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 5 Νοεμβρίου 2021.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**

