

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 17^η Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα, Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Ειρήνη Αψοκάρδου και Απόστολος Σιαπέρας, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 8.4.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 469/17.04.2019 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., επί της ..., αριθμ. ... και ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (...) (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμόν 1999/28.03.2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής με την οποία εγκρίνεται το από 20.02.2019 Ενιαίο Πρακτικό Κατακύρωσης της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών και κατακυρώνονται 165 τελικά σημεία διανομής και ανατίθενται προς διανομή τα με αριθμούς 106 έως 270 σημεία του τελικού Πίνακα Μειοδοσίας (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... » (εφεξής ο παρεμβαίνων), που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής του προσφεύγοντος έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.500 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 8.4.2019 πληρωμή στην Τράπεζα Πειραιώς και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, ήτοι 500.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμό .../4.10.2018 Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «Υπηρεσίες αγοράς χρόνου στάθμευσης μέσω τερματικών συσκευών σε περιοχές ελεγχόμενης στάθμευσης εντός των ορίων του Δήμου ...» (CPV:98351000-8), προϋπολογισμού 620.000 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 2.10.2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε την 4.10.2018 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή, στο άρθρο 2 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: 1) α) ως «αναθέτουσες αρχές» νοούνται το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου ή οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου και οι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του άρθρου 223 και β) ως «αναθέτοντες φορείς» νοούνται οι αναθέτοντες φορείς κατά την έννοια του άρθρου 224,[...] 4) ως «οργανισμοί δημοσίου δικαίου» νοούνται οι οργανισμοί που έχουν όλα τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α) έχουν συσταθεί για το

Αριθμός απόφασης: 611/2019

συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος, που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, β) έχουν νομική προσωπικότητα και γ) χρηματοδοτούνται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου ή η διαχείριση των οποίων υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερο από το ήμισυ των μελών διορίζεται από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου». Η ανώνυμη εταιρεία «...» αποτελεί νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου που προήλθε από μετατροπή της αμιγούς δημοτικής επιχείρησης με την επωνυμία «...», σύμφωνα με τις διατάξεις του κ.ν. 2190/1920 και τις διατάξεις του ν.3463/2006, και συστήθηκε με σκοπό την επιστημονική και τεχνική υποστήριξη του Δήμου ... και άλλων Ο.Τ.Α. ή των ενώσεων τους ή άλλων φορέων της αποκεντρωμένης κρατικής διοίκησης, η προώθηση της επιχειρηματικής, οικονομικής και γενικότερα βιώσιμης ανάπτυξης του Δήμου ... ή άλλων ΟΤΑ ή των ενώσεων τους ή άλλων φορέων της αποκεντρωμένης κρατικής διοίκησης (ΦΕΚ ΤΑΕ&ΕΠΕ 12393/2-11-2008). Βασικός δε μέτοχος αυτής αποτελεί ο Δήμος Επομένως, εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι η ... αποτελεί αναθέτουσα αρχή καθώς πληροί τις προϋποθέσεις που τίθενται από το άρθρο 2 παρ. 1 στοιχ. 4) του ν. 4412/2016 (Βλ. και Ε.Σ. Τμήμα VI 957/2018, Απόφαση ΕΑΑΔΗΣΥ 541/2013. Γ. Δανόπουλος, «Η έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου στη νομοθεσία δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης- Η περίπτωση των αναπτυξιακών ανωνύμων εταιρειών ΟΤΑ», ΘΠΔΔ, 2018, 681 επ.)

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 και έχει κατατεθεί εμπροθέσμως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 8.4.2019

Αριθμός απόφασης: 611/2019

σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της «επικοινωνίας» στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στις 29.3.2019.

7. Επειδή την 17.4.2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή η ύπαρξη του άμεσου εννόμου συμφέροντος εξετάζεται όταν η διοικητική πράξη δεν απευθύνεται ευθέως προς τον αιτούντα δημιουργώντας για αυτόν συγκεκριμένες έννομες συνέπειες, από τον σύνδεσμο που υπάρχει μεταξύ των εννόμων αποτελεσμάτων των επερχομένων από την προσβαλλόμενη διοικητική πράξη και του περιεχομένου μιας συγκεκριμένης νομικής καταστάσεως ή ιδιότητας στην οποία βρίσκεται ή την οποία έχει και επικαλείται ο αιτών (ΣΕ 3353/2013 Ολομ., 2856/1985Ολομ., 2160/2014, 1615/2008, 5041/1997). Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί δεν συντρέχει άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον διαγωνιζόμενου να προσβάλει την κατακύρωση του διαγωνισμού όταν η αποδοχή της αίτησης δεν άγει σε ανάδειξη του αιτούντος ως μειοδότη, αλλά σε ανάδειξη ως μειοδότη του προτασόμενου αυτού, δεύτερου κατά σειρά, διαγωνιζόμενου, καθώς σε αυτήν την περίπτωση το έννομο συμφέρον του αιτούντος εξαρτάται από γεγονότα μέλλοντα και αβέβαια, συγκεκριμένα από την έκδοση, μετά την τυχόν ευδοκίμηση της υπό κρίση αίτησης, πράξεων, με τις οποίες ο δεύτερος διαγωνιζόμενος θα αναδεικνύεται μειοδότης, στον οποία θα κατακυρώνεται ο διαγωνισμός (ΣΤΕ 638/2011). Περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, προβάλλονται χωρίς έννομο συμφέρον λόγοι, όταν η αποδοχή τους σε κάθε περίπτωση δεν άγει στην υπέρ του αιτούντος κατακύρωση του αποτελέσματος του ένδικου διαγωνισμού (ΣΤΕ 4307/2011, ΕΑ ΣΤΕ 206/2011, 436/2011 και 324/2006). Ενόψει των ανωτέρω, ως προς τα σημεία διάθεσης με Α.Φ.Μ. ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., και ..., για το οποία ο προσφεύγων έχει αναδειχθεί τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής του δεν θα ανακηρυχθεί αυτός

Αριθμός απόφασης: 611/2019

προσωρινός ανάδοχος, αλλά η αναθέτουσα αρχή θα προβεί στην ανάδειξη της δεύτερης κατά σειρά μειοδοσίας εταιρείας «...» ως προσωρινού αναδόχου. Επομένως, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος να ακυρώσει την προσβαλλόμενη για τα προαναφερθέντα σημεία πώλησης δεν είναι άμεσο, διότι παρεμβάλλεται το συμφέρον της εταιρείας «...», περαιτέρω δε εξαρτάται από το μελλοντικό και αβέβαιο γεγονός της κατακύρωσης του διαγωνισμού στον δεύτερο μειοδότη. Ως εκ τούτου, ο προσφεύγων στερείται εννόμου συμφέροντος να προσβάλλει την απόφαση περί αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ως προς τα ως άνω σημεία διάθεσης καθώς, τυχόν βασιμότητά της προσφυγής δεν θα έχει ως αναγκαία συνέπεια την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού στον προσφεύγοντα. Ωστόσο, για τα σημεία διάθεσης με ΑΦΜ ... και ... ο προσφεύγων, ως δεύτερος στη σειρά μειοδοσίας μετά τον παρεμβαίνοντα, ο οποίος έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος για τα συγκεκριμένα σημεία διάθεσης και, εν προκειμένω, στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

9. Επειδή με την υπ' αριθμ. 668/2019 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

10. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε την 23.04.2019, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ 35/2019 παρέμβασή του, ο οποίος με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της επίμαχης απόφασης με την οποία κατακυρώνεται το αποτέλεσμα του διαγωνισμού σε αυτόν.

Αριθμός απόφασης: 611/2019

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 24.04.2019 ανήρτησε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

13. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, υποβάλλοντας τις με αριθμό συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, η αναθέτουσα αρχή την 31.1.2019 απέστειλε προς τον παρεμβαίνοντα μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού με το ακόλουθο περιεχόμενο : *«Παρακαλούμε όπως υποβάλλετε στο σύστημα επιστολή όπου θα αναφέρονται οι σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα στην οικονομική σας προσφορά, άλλως σας γνωστοποιούμε ότι μετά το πέρας τριών (3) εργάσιμων ημερών και εφόσον δεν μας έχετε γνωστοποιήσει την άρνησή σας και την απόσυρση της οικονομικής σας προσφοράς, η Αναθέτουσα αρχή σύμφωνα, με το άρθρο 21 του Ν. 4412 παρ. 3 και 4, θα προχωρήσει στον αποχαρακτηρισμό της προσφοράς σας από "ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΗ».* Ο παρεμβαίνων, ανταποκρινόμενος στο ανωτέρω αίτημα υπέβαλε την από 6.02.2019 επιστολή στην οποία αναφέρει τα ακόλουθα: *«Σε συνέχεια της από 31/01/2019 ηλεκτρονικής από μέρους σας επικοινωνίας για το θέμα των διατάξεων που αιτιολογούν την εμπιστευτικότητα θα θέλαμε να θέσουμε υπόψιν σας τα ακόλουθα : Καταρχήν δεν χαρακτηρίσαμε, και δεν θα μπορούσαμε εξ άλλου βάσει του άρθρου 21 του νόμου 4412/2016 να χαρακτηρίσουμε ως «εμπιστευτική» την οικονομική μας προσφορά όπως αναφέρεται στην επικοινωνία σας. Ως εμπιστευτικά χαρακτηρίσαμε μέρος των στοιχείων του εγγράφου και ειδικότερα μόνο όσα αφορούν το πελατολόγιο της εταιρίας μας και των συνεργατών μας και όχι οικονομικά στοιχεία και νούμερα που σχετίζονται με την αξιολόγηση και το κριτήριο ανάθεσης. Και τούτο διότι, παρόλο που στην ελληνική νομοθεσία δεν υπάρχει «μονοσήμαντος» ορισμός*

Αριθμός απόφασης: 611/2019

του εμπορικού απορρήτου, θα λέγαμε ότι γενικά ως εμπορικό απόρρητο θεωρείται κάθε σημαντική εμπορική πληροφορία που σχετίζεται με θέματα εμπορικής και οργανωτικής φύσεως της επιχείρησης η οποία α) δεν είναι ευρύτερα γνωστή και δεν είναι προσβάσιμη από τους τρίτους, β) έχει πραγματική ή έστω δυνητική αξία για τον κάτοχό της επειδή προσδίδει στην επιχείρηση ανταγωνιστικό πλεονέκτημα και γ) η ίδια λαμβάνει τα απαραίτητα μέτρα για να την κρατήσει μυστική. Χαρακτηριστικό παράδειγμα επιχειρηματικού / εμπορικού απορρήτου αποτελούν οι κατάλογοι πελατών, οι κατάλογοι πηγών προμήθειας, τα σημεία πώλησης, τα εσωτερικά κοστολόγια, οι μέθοδοι μάρκετινγκ κ.λπ. Στην ελληνική έννομη τάξη η απαγορευμένη χρησιμοποίηση ή ανακοίνωση απορρήτου, ή η απαγορευμένη χρησιμοποίηση ή ανακοίνωση εμπιστευμένων σχεδίων, υποδειγμάτων, πελατολογίου κλπ προστατεύεται από το νόμο Ν.146/1914 για τον αθέμιτο ανταγωνισμό όπως ισχύει (άρθρα 1, 16 παρ. 2, 17). Παράλληλα, η Οδηγία 2016/943/ΕΕ της 8η Ιουνίου 2016 περί προστασίας της τεχνογνωσίας και των επιχειρηματικών πληροφοριών που δεν έχουν αποκαλυφθεί (εμπορικό απόρρητο) από την παράνομη απόκτηση, χρήση και αποκάλυψή τους (άρθρο 2.1.) αναμένεται να εισαγάγει στο εθνικό δίκαιο την «αυστηροποίηση» του πλαισίου για τη χρήση των «εμπορικών απορρήτων» και των επιχειρηματικών πληροφοριών που δεν έχουν αποκαλυφθεί (εμπορικό απόρρητο) από την παράνομη απόκτηση, χρήση και αποκάλυψή τους». Εν συνεχεία, κάποιες όμως από τις προστατευόμενες πληροφορίες στην περίπτωση της προσφοράς της εταιρίας μας και του εγγράφου που χαρακτηρίσαμε ως εμπιστευτικό συνδέονται με προσωπικά δεδομένα οικονομικού χαρακτήρα (π.χ. ΑΦΜ,, κ.λπ.). Το ενδεχόμενο αυτό δημιουργεί επιπρόσθετες υποχρεώσεις για την επιχείρησή μας διότι όπως προβλέπεται τόσο με βάση το υφιστάμενο θεσμικό πλαίσιο του νέου Κανονισμού (ΕΕ/2016/679) ο οποίος έχει τεθεί σε εφαρμογή από 25.5.2018, η αποκάλυψη και δημοσιοποίηση των οικονομικών στοιχείων των τρίτων εταιριών «εκφεύγει» του σκοπού συλλογής και επεξεργασίας των οικονομικών αυτών δεδομένων από την εταιρία μας και επομένως τυχόν δημοσιοποίηση θέτει θέματα νομιμότητας και μη τήρησης του άρθρου 6 του νέου Κανονισμού. Τέλος, θα θέλαμε να επισημάνουμε ότι σε κάθε περίπτωση,

Αριθμός απόφασης: 611/2019

τα στοιχεία του εγγράφου μας και συγκεκριμένα τα στοιχεία ΑΦΜ, ΕΠΩΝΥΜΙΑ & ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ που έχουν χαρακτηριστεί από πλευρά μας ως «εμπιστευτικά» ουδόλως εμποδίζουν κατά την κρίση μας την οικονομική αξιολόγηση και την εξέλιξη του διαγωνισμού».

14. Επειδή με την προσβαλλομένη απόφαση εγκρίνεται το από 20.02.2019 Ενιαίο Πρακτικό Κατακύρωσης της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών και αναδεικνύεται ο παρεμβαίνων προσωρινός ανάδοχος για 165 τελικά σημεία διανομής και ειδικότερα για τα σημεία με αριθμούς 106 έως 270 όπως αποτυπώνονται στον τελικό Πίνακα Μειοδοσίας που παρατίθεται στο εγκριθέν Πρακτικό.

15. Επειδή ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης για τους ακόλουθους λόγους: «[...] Γ.1. Έλλειψη δήλωσης ως προς τον Χρόνο Ισχύος της Προσφοράς Η εταιρεία ... δεν έχει προσκομίσει δήλωση ή οποιοδήποτε άλλο σχετικό έγγραφο με την οποία να δεσμεύεται προς την Αναθέτουσα Αρχή ότι η χρονική ισχύς της προσφοράς της θα έχει ελάχιστη διάρκεια (9) εννέα μηνών αρχόμενη από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, όπως αναμφιβόλως απαιτείται από τον όρο 2.4.5 της Διακήρυξης. 2. Εν προκειμένω, το απαράδεκτο της υποβληθείσας από την ... προσφοράς προβλέπεται ρητά στον όρο 2.4.6.α) της Διακήρυξης, όπου η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει σε κάθε περίπτωση προσφορά η οποία δεν έχει υποβληθεί με τον τρόπο που, μεταξύ άλλων, προβλέπεται στο άρθρο 2.4.5. (Χρόνος Ισχύος Προσφοράς) της ίδιας Διακήρυξης. 3. Επί του ιδίου ζητήματος, έχει κριθεί από τη νομολογία επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς ότι ο υποψήφιος διαγωνιζόμενος πρέπει να ορίζει και να δηλώνει υπεύθυνα και ρητά ότι η προσφορά του ισχύει για όλο το χρονικό διάστημα που απαιτούν τα έγγραφα της εκάστοτε διακήρυξης και δεν γίνεται αποδεκτή η συναγωγή σχετικών συμπερασμάτων αναφορικά με τη χρονική διάρκειας της εκάστοτε προσφοράς μέσω της επίκλησης ετέρων επιχειρημάτων ούτε και δύναται εξ αυτού του τρόπου να θεραπευτεί η ουσιώδης σχετική έλλειψη του εν λόγω φακέλου βλ ΔΕΦΑΘ 611/2014, όπου το δικαστήριο πρόταξε αυστηρά την ανάγκη τήρησης της τοπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς κρίνοντας ως ανεπαρκή την αιτίαση του προσφεύγοντος που «επικαλείται α)

Αριθμός απόφασης: 611/2019

την κατατεθείσα στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της, στην οποία αναφέρεται ότι η προσφορά έχει συνταχθεί σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, της οποίας έχει λάβει γνώση και αποδέχεται ανεπιφύλακτα τους όρους» καθώς και ότι η δέσμευση του για ισχύ της προσφοράς για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα συνάγεται από την διάρκεια που αναγράφεται στην εγγυητική επιστολή συμμετοχής που έχει προσκομίσει, βλ. αντίστοιχα την υπ' αριθμ. απόφαση 38/2014 της Οικονομικής Επιτροπής Περιφέρειας Θεσσαλίας για το ίδιο ζήτημα όπου προέβη σε απόρριψη της προσφοράς του υποψηφίου.

Γ.2. Έλλειψη Ειδικής Αιτιολόγησης για την Εφαρμογή των Προβλέψεων του Άρθρου 21 του Ν. 4412/2016

1. Το άρθρο 21 του Ν. 4412/2016, ως εκάστοτε ισχύει, προβλέπει ότι εν γένει οι αναθέτουσες αρχές δεν αποκαλύπτουν πληροφορίες που τους έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές, συμπεριλαμβανομένων, ενδεικτικά, των τεχνικών ή εμπορικών απορρήτων και των εμπιστευτικών πτυχών των προσφορών. Ωστόσο, για να μην γίνεται από τους υποψήφιους διαγωνιζόμενους καταχρηστική επίκληση της εμπιστευτικότητας των πληροφοριών που περιέχονται στην προσφορά τους σε δημόσιο διαγωνισμό (βλ. σχετικώς αιτιολογική έκθεση Ν. 4412/2016) ο Ν. 4412/2016 προβλέπει ρητά ότι «3. Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας» και διευκρινίζει ότι «Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδας, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της». 2. Με βάση τις ανωτέρω διατάξεις, ο χαρακτηρισμός μίας πληροφορίας ως εμπιστευτικής υπόκειται σε αυστηρές διατυπώσεις με την επίκληση ειδικού λόγου και νομικής βάσης από τον υποψήφιο ανάδοχο για το νόμιμο του αιτήματος του προς την αναθέτουσα αρχή περί τήρησης εμπιστευτικότητας. 3. Η εταιρεία ... στην οικονομική προσφορά που υπέβαλε ανέφερε γενικώς και

Αριθμός απόφασης: 611/2019

αορίστως ότι «ΤΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΑΦΜ, ΕΠΩΝΥΜΙΑ & ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΤΩΝ ΠΡΟΤΕΙΝΟΜΕΝΩΝ ΣΗΜΕΙΩΝ ΕΙΝΑΙ ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΑ ΓΙΑ ΛΟΓΟΥΣ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ» χωρίς να επικαλείται και παραπέμπει σε όλες τις διατάξεις του νόμου ή διοικητικών πράξεων οι οποίες ρητά προβλέπουν και θεμελιώνουν το επαγγελματικό απόρρητο από το οποίο δεσμεύεται η υποψήφια εταιρεία για την μη αποκάλυψη των εν λόγω πληροφοριών, όπως επιβάλλει αυστηρά το άρθρο 21 του Ν. 4412/2016 και ο όρος 2.4.23. της Διακήρυξης. 4. Όπως έχει ήδη κριθεί (μεταξύ άλλων ΣΤΕ 2547/2014) «7. [...]Εξάλλου, από τους προπαρατεθέντες όρους των άρθρων 15.7 εδαφ. προτελευταίο και 18.3 της διακήρυξης συνάγεται ότι οι διαγωνιζόμενοι απαλλάσσονται από την υποχρέωση προσκόμισης των βεβαιώσεων των κυρίων των έργων, τα οποία επικαλούνται προς απόδειξη της εμπειρίας τους, καθώς και των αντίστοιχων συμβάσεων ή αποσπασμάτων τους, εφόσον η μη προσκόμιση των ανωτέρω εγγράφων κρίνεται δικαιολογημένη, ενόψει των λόγων που επικαλούνται με τη σχετική υπεύθυνη δήλωσή τους. 8. [...] επικαλείται αορίστως "νόμιμη υποχρέωση εμπιστευτικότητας" χωρίς να διευκρινίζει σε τι ακριβώς συνίσταται η υποχρέωση αυτή». 5. Συνεπώς δεν αρκεί για την πλήρωση του όρου 2.4.2.3. και του άρθρου 21 του Ν. 4412/2016 η γενικόλογη αναφορά στην ύπαρξη υποχρέωσης επαγγελματικού απορρήτου στο πρόσωπο της διαγωνιζομένης ... αλλά θα έπρεπε η εταιρεία ... με υπεύθυνη δήλωση της προς την Αναθέτουσα Αρχή να προσδιορίσει ρητώς και ειδικώς την πηγή της υποχρέωσης τήρησης επαγγελματικού απορρήτου. 6. Περαιτέρω, η παροχή ειδικής αιτιολόγησης από την εταιρία ... εν προκειμένω καθίστατο επιβεβλημένη και για το ότι προβλέπεται ρητά τόσο στη Διακήρυξη όσο και στο Ν. 4412/2016 ότι η οικονομική προσφορά δε δύναται να χαρακτηριστεί ως εμπιστευτική από τους υποψήφιους διαγωνιζόμενους. Ο λόγος για τον οποίο έχει τεθεί η συγκεκριμένη πρόβλεψη στη Διακήρυξη (και στο άρθρο 21 του Ν. 4412/2016) είναι διότι η Αναθέτουσα Αρχή θα κληθεί να συγκρίνει ενδεχομένως - όπως και τελικώς συνέβη - κοινά τελικά σημεία πώλησης που έχουν δηλωθεί παράλληλα από περισσότερους υποψηφίους στο Διαγωνισμό και να επιλέξει βάσει της μικρότερης προσφερόμενης τιμής (όρος 2.3. της

Αριθμός απόφασης: 611/2019

Διακήρυξης) τον κατάλληλο υποψήφιο - καθίσταται εν προκειμένω αδήριτη η ανάγκη να έχουν πρόσβαση όλοι οι συνυποψήφιοι στα πλήρη στοιχεία της οικονομικής προσφοράς των λοιπών συνυποψηφίων, των σημείων πώλησης περιλαμβανομένων, δεδομένου ότι η Αναθέτουσα Αρχή αποφαίνεται επί της ευνοϊκότερης οικονομικής προσφοράς μέσα από ένα συνδυασμό αξιολόγησης της έκπτωσης ανά προτεινόμενο από περισσότερους υποψηφίους κοινό σημείο πώλησης. Σε διαφορετική περίπτωση, οι έτεροι υποψήφιοι διαγωνιζόμενοι στερούνται του δικαιώματος τους να διαπιστώσουν ίδιους όμμασι την ορθότητα της κρίσης και την αμεροληψία της Αναθέτουσας Αρχής στο πλαίσιο της αξιολόγησης των προσφορών. 7. Τυχόν δε επιχείρημα της εταιρεία ... ότι με την αποκάλυψη των εν λόγω στοιχείων θίγεται το οικονομικό της συμφέρον από το διαγωνισμό δέον να κριθεί αλυσιτελές από την Αρχή Σας αφού ούτως ή άλλως η αποσφράγιση και αποκάλυψη των στοιχείων των οικονομικών προσφορών από την Αναθέτουσα Αρχή λαμβάνει χώρα σε μεταγενέστερο της υποβολής αυτών από τους υποψηφίους χρονικό διάστημα, ήτοι οι λοιποί υποψήφιοι δεν δύνανται να διαμορφώσουν εκ των υστέρων την οικονομική τους προσφορά επί τη βάση στοιχείων και πληροφοριών που έχουν υποβάλει οι λοιποί υποψήφιοι διαγωνιζόμενοι, αφού δεν λαμβάνουν γνώση αυτών όσο ακόμα είναι δυνατή η εμπρόθεσμη υποβολή προσφοράς για το Διαγωνισμό. 8. Είναι πρόδηλο ότι η εταιρεία ... για ίδιους λόγους που δε δυνάμεθα να γνωρίζουμε - καθότι δεν παρέσχε τις απαιτούμενες από το Ν. 4412/2016 και τη Διακήρυξη αιτιολογίες - αξιοποίησε καταχρηστικά την ανωτέρω δυνατότητα που φειδωλά δίδει ο νομοθέτης ακριβώς προκειμένου να αποτρέψει τέτοιες μεθοδεύσεις από τους υποψηφίους διαγωνιζόμενους (βλ. αιτιολογική έκθεση Ν. 4412/2016). ΕΠΕΙΔΗ, η Επιτροπή δεν ακολούθησε συννόμως τη προβλεπόμενη στη Διακήρυξη και το Ν. 4412/2016 διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών του Διαγωνισμού, υποπίπτοντας στις κάτωθι παραβάσεις όπως αυτές επισημαίνονται από την Προσφεύγουσα

Γ.3. Εσφαλμένη Εφαρμογή του Άρθρου 102 του Ν. 4412/1016 από την Αναθέτουσα Αρχή

1. Η διάταξη του άρθρου 102§1 του Ν. 4412/2016 παρέχει τη δυνατότητα στους υποψηφίους αναδόχους «να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα

Αριθμός απόφασης: 611/2019

έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης» και, αντίστοιχα, ο νομοθέτης προδιαγράφει στην παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου ένα στενό κύκλο περιπτώσεων όπου εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής τους άρθρου 102§1 του Ν. 4412/2016. 2.Περαιτέρω προβλέπεται ότι «Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί» · το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 102§1 αφορά δηλαδή την διόρθωση του τόπου επουσιωδών όρων των εγγράφων της σύμβασης και δεν δύναται να εφαρμοσθεί σε περιπτώσεις όπου ο υποψήφιος ανάδοχος δεν συμμορφώνεται ουδόλως εξ αρχής με ουσιώδεις όρους των εγγράφων της σύμβασης (βλ. ΣΤΕ 2454/2009-σκέψη 5 in fine , ΣΤΕ 1856/2008, 2660/2004). 3.Με το από 31-01-2019 αίτημα παροχής «συμπληρωματικών πληροφοριών», η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένα υπήγαγε την επίμαχη περίπτωση (την έλλειψη ειδικής αιτιολόγησης από την εταιρεία ... στο αίτημα για τήρηση εμπιστευτικότητας κατ' εφαρμογή του άρθρου 21 του Ν. 4412/2016) στις ανωτέρω παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016. 4.Η Αναθέτουσα Αρχή με το εν λόγω αίτημα της καλεί την εταιρεία ... σε «συμπληρωματικές πληροφορίες» - όπως αναφέρει ο τίτλος της σχετικής επικοινωνίας - με αντικείμενο την παροχή ειδικής αιτιολόγησης των διατάξεων ή/και διοικητικών πράξεων που δικαιολογούν την εφαρμογή του άρθρου 21 του Ν. 4412/2016 δίνοντας της με τον τρόπο αυτό την ευκαιρία εμμέσως πλήρωσης το πρώτον ουσιαστικής προϋπόθεσης από πλευράς της η οποία δεν πληρούται κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, ως απαιτούσε η Διακήρυξη για την τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας [κατά το ακριβές λεκτικό της ΑΕΠΠ 961/2018 σκ. 9]. 5.Συνεπώς, εσφαλμένα έκρινε η Αναθέτουσα Αρχή ότι οι ουσιώδεις ελλείψεις της προσφοράς της εταιρείας ... είναι θεραπεύσιμες με την παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων, κατ' (εσφαλμένη εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/ 2016, καθιστώντας κενό το γράμμα του όρου 2.4.6.

α της Διακήρυξης όπου ορίζει ως μη «ιάσιμες» τις ανωτέρω περιπτώσεις ουσιωδών ελλείψεων. 6. Αντίστοιχος πουθενά δεν προβλέπεται η δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής να θεραπεύσει η ίδια με δική της πρωτοβουλία τις επίμαχες ελλείψεις της προσφοράς της εταιρείας ..., προβαίνοντας απλώς σε αποχαρακτηρισμό των δηλωθεισών από την εταιρεία ... πληροφοριών ως εμπιστευτικών αντί για την προκριτέα και επιβαλλόμενη βάσει της Διακήρυξης απόρριψη της προσφοράς της. 7. Και η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στα ανωτέρω αναφερόμενα ενώ η εταιρεία ... παρά τη σχετική ειδοποίηση της Αναθέτουσας Αρχής προς αυτήν μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της ΕΣΗΔΗΣ την 31.01.2019 ουδόλως και ουδέποτε παρείχε τελικώς τις αναγκαίες πληροφορίες στην Αναθέτουσα Αρχή, όπως ήταν υποχρεωμένη εντός της ταχθείσας από την Αναθέτουσα Αρχή προθεσμίας. Ο όρος 2.4.6. γ) της Διακήρυξης προβλέπει ρητά ότι απορρίπτεται η προσφορά του υποψηφίου «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». 8. Ελλείπει ανταπόκρισης της εταιρείας ... στο αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής, η τελευταία κατά παράβαση του συγκεκριμένου όρου της Διακήρυξης αποφαινεται να κάνει δεκτή την εν λόγω προσφορά και να διορθώσει η ίδια στην ουσία/να αντικαταστήσει με ίδιες ενέργειες την πλημμελή συμπεριφορά της διαγωνιζομένης με δική της πρωτοβουλία αποχαρακτηρίζοντας τις πληροφορίες που έχουν οριστεί ως εμπιστευτικές από την εταιρεία ... 9. Όλα τα ανωτέρω έλαβαν χώρα κατά παράβαση της δέσμιας αρμοδιότητας της Αναθέτουσας Αρχής να απορρίψει την προσφορά της εταιρείας ... (ΣτΕ 743/2000), ως όφειλε βάσει του όρου 2.4.6. της Διακήρυξης, 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 (ΑΕΠΠ 668/2018 σκ. 26, ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. 1-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. 1-2043, σκέψη 54). Οι δε

Αριθμός απόφασης: 611/2019

ανωτέρω παρά το νόμο πρωτοβουλίες της Αναθέτουσας Αρχής έφεραν σε δυσμενή θέση την Προσφεύγουσα και συντέλεσαν στην ευνοϊκή μεταχείριση της εταιρείας ... (κατ' αναλογία των οριζόμενων στο άρθρο 102§3 του Ν. 4412/2016 και βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κλπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 41, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 37) με αποτέλεσμα την μη σύννομη κατακύρωση στην εταιρεία ... τμήματος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης. 10. Άλλωστε, η εν λόγω πρωτοβουλία της Αναθέτουσας Αρχής να αποχαρακτηρίσει απλώς την οικονομική προσφορά της εταιρείας ... δε δύναται να ανατρέψει το γεγονός ότι έχει ήδη κλονιστεί η διαφάνεια της διαδικασίας του διαγωνισμού λόγω του χρονικού διαστήματος που μεσολάβησε από την ημερομηνία αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών (25-01-2019) έως και την ημερομηνία αποχαρακτηρισμού αυτών από την Αναθέτουσα Αρχή κατά το οποίο χρονικό διάστημα οι έτεροι υποψήφιοι διαγωνιζόμενοι δεν μπορούσαν να ελέγξουν την διαδικασία αξιολόγησης της Αναθέτουσας Αρχής επί των οικονομικών προσφορών όλων των υποψηφίων διαγωνιζομένων.

Γ.4. Περί Ελλείψεων τον Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών

1. Εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή θεώρησε τελικώς ως επουσιώδεις τις αποκλίσεις/ ελλείψεις της προσφοράς της ... από τους όρους της Διακήρυξης - όπως μπορούμε να εικάσουμε κρίνοντας εκ του αποτελέσματος ότι έκανε δεκτή την υποβληθείσα από τη διαγωνιζόμενη εταιρεία ... προσφορά - θα έπρεπε συνολικά το σκεπτικό της καθώς και οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις που πλαισιώνουν αυτό να έχουν ειδικά αιτιολογηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή (ΣτΕ 4136/2009, 2004/2010, 112/2011 και Ράικος, σελίδα 878). 2. Είναι αξιοσημείωτο, ωστόσο, ότι πουθενά στο Πρακτικό δεν έχουν καταγραφεί ούτε τα πραγματικά περιστατικά που έλαβαν χώρα ούτε το σκεπτικό που οδήγησε την Αναθέτουσα Αρχή στην απόφαση της να κάνει δεκτή τελικώς την προσφορά της εταιρείας ... παρά την πληθώρα ουσιωδών ελλείψεων και παρατυπιών που έλαβαν χώρα αναφορικά με την συμμετοχή της τελευταίας στο Διαγωνισμό. 3. Το εν λόγω Πρακτικό αναφέρει απλώς ότι «η

Αριθμός απόφασης: 611/2019

Επιτροπή, κατόπιν σχετικής γνωστοποίησεως στους ως άνω οικονομικούς φορείς, προχώρησε στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των φακέλων των οικονομικών τους προσφορών και διαπίστωσε ότι και οι τρεις εταιρίες νομότυπα και εμπρόθεσμα υπέβαλλαν ηλεκτρονικά, σύμφωνα με τον νόμο στην ηλεκτρονική πλατφόρμα (ΕΣΗΔΗΣ) της ΕΑΑΔΗΣΥ τηρώντας όλους τους κανόνες και τις διαδικασίες που προβλέπονται από την ως άνω δημόσια ηλεκτρονική πλατφόρμα, φάκελο Οικονομικής Προσφοράς» [υπογράμμισή δική μας], σα να μην μεσολάβησαν ποτέ τα ανωτέρω επίμαχα πραγματικά περιστατικά και να μην χρειάστηκε ποτέ να λάβει η Αναθέτουσα Αρχή παρά τω νόμω ίδια πρωτοβουλία αναφορικά με την πορεία της συμμετοχής της εταιρείας ... στο Διαγωνισμό. 4. Οι ανωτέρω παραλείψεις της Αναθέτουσας Αρχής αντιβαίνουν στις αρχές της χρηστής διοίκησης καθώς και της αρχής της τυπικότητας και της διαφάνειας στο πλαίσιο της διενέργειας δημοσίων διαγωνισμών, δεδομένου ότι τελικώς οι εν λόγω παραλείψεις λειτούργησαν προς όφελος μεμονωμένης υποψήφιας διαγωνιζόμενης και εις βάρος των λοιπών συνυποψήφιων διαγωνιζομένων που είχαν υποβάλει προσφορές για το Διαγωνισμό[...].».

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις από 24.04.2019 απόψεις της επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής αναφέρει ότι: « [...] Α. Επί του ισχυρισμού της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» σχετικά με τον χρόνο ισχύος της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...». Επί του ισχυρισμού της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» ότι δεν καλύπτεται η πλήρωση του όρου 2.4.5. της διακήρυξης και λαμβανομένων υπόψη των κάτωθι άρθρων της οικείας Διακήρυξης:

Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3. της διακήρυξης ορίζεται ότι : « Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» «2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν : α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα

Αριθμός απόφασης: 611/2019

της διακήρυξης και β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Επισυνάπτεται υπόδειγμα στο Παράρτημα ΙΙΙ. Η εγγυητική επιστολή συμμετοχής προσκομίζεται σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή. Επισημαίνεται ότι η εν λόγω υποχρέωση δεν ισχύει για τις εγγυήσεις ηλεκτρονικής έκδοσης (π.χ. εγγυήσεις του Τ.Μ.Ε.Δ.Ε.), οι οποίες φέρουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν το ΕΕΕΣ για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση. Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται επίσης από όλους τους φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8 καθώς και από όλους τους υπεργολάβους στους οποίους τυχόν πρόκειται να ανατεθεί αθροιστικά τμήμα(τα) της σύμβασης, το(α) οποίο(α) υπερβαίνουν σωρευτικά το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης.

2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά»: (1) Τον Πίνακα Συμμόρφωσης του Μέρους Γ' του Παραρτήματος Ι, σε μορφή pdf, συμπληρωμένο και ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο. Το ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο αρχείο τεχνικής προσφοράς του συστήματος, που παράγεται με τη διαδικασία «εκτυπώσεων» του ΕΣΗΔΗΣ, όπως περιγράφεται στην παράγραφο 2.4.2.4. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν ...». προκύπτει ότι η Προσφορά του οικονομικού φορέα «...» ήταν καθόλα παραδεκτή και νόμιμη. Ειδικότερα, αφενός μεν από κανένα άρθρο της διακήρυξης δεν απαιτείται «ειδική υπεύθυνη δήλωση συμμόρφωσης» και πανηγυρική εκδήλωση του χρόνου ισχύος της Προσφοράς, αφετέρου δε έχει κατ' επανάληψη κριθεί από την Αρχή Σας ότι : « ... ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει

Αριθμός απόφασης: 611/2019

μόνο τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για την επιχειρηματική συμμετοχή του σε αυτόν, ώστε να μην είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από τη σε εξέλιξη διαδικασία, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα [ΣΤΕ 53, 18, 19/2011, 3703/2010, 1329,1616, 1619/2008] ...» (Βλ. ΑΕΠΠ 195/2019). Στο σημείο αυτό αξίζει να αναφερθούμε στην με αριθμό 196/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία έκανε δεκτή Προσφυγή οικονομικού φορέα, που δεν είχε δυνατότητα να υποβάλλει ξεχωριστή Υπεύθυνη Δήλωση περί του χρόνου ισχύος Προσφοράς, ακριβώς γιατί έπρεπε να συμπληρώσει το ΕΕΕΠ που παράγεται αυτόματα. Συγκεκριμένα, στην ως άνω απόφαση γίνονται δεκτά τα ακόλουθα, που είναι σημαντικά και για την παρούσα υπόθεση: «Επειδή, στο άρθρο 2.2.9.1. της διακήρυξης περί προκαταρκτικής απόδειξης κατά την υποβολή προσφορών 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 δικαιολογητικό 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 ΙΙ, 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 ΙΙ. Στο ΕΕΕΣ οι οικονομικοί φορείς θα δηλώνουν πέραν των ανωτέρω και τα ακόλουθα: - ότι έλαβαν γνώση των όρων της διακήρυξης και των τευχών δημοπράτησης και αποδέχονται πλήρως και ανεπιφύλακτα όλους τους όρους. - τον χρόνο ισχύος της προσφοράς τους ο οποίος δεν θα πρέπει να είναι μικρότερος των δώδεκα (12) μηνών - τον προσφερόμενο χρόνο παράδοσης. - ότι τα στοιχεία που αναφέρονται στην προσφορά είναι αληθή και ακριβή. - ότι ο οικονομικός φορέας δεν υπόκειται σε

Αριθμός απόφασης: 611/2019

τυχόν νομικούς περιορισμούς λειτουργίαςΤέλος, το άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης περί των λόγων απόρριψης προσφορών προβλέπει ότι «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 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 κατακύρωσης) της παρούσας ...». Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, αν ο οικονομικός φορέας δεν υπέβαλε το ΕΕΕΣ το οποίο είχε αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελούσε αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ) συμπληρωμένο στα αντίστοιχα πεδία του με σχετικές για την προαπόδειξη ότι δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και ότι πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της διακήρυξης και με την δήλωση ότι έλαβε γνώση των όρων της διακήρυξης και των τευχών δημοπράτησης και αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα όλους τους όρους. - τον χρόνο ισχύος της προσφοράς του ο οποίος δεν θα πρέπει να είναι μικρότερος των δώδεκα (12) μηνών - τον προσφερόμενο χρόνο παράδοσης. - ότι τα στοιχεία που αναφέρονται στην προσφορά είναι αληθή και ακριβή. - ότι δεν υπόκειται σε τυχόν νομικούς περιορισμούς λειτουργίας, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά του.....» «13. Επειδή, ωστόσο, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο

τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, UniversaleBau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). 14. Επειδή παγίως το Δικαστήριο της Ε.Ε έχει κρίνει ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει τη διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή της ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, υπό τον όρο ωστόσο ότι θα τηρηθούν ορισμένες προϋποθέσεις [βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψεις 35 έως 45, όσον αφορά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψεις 30 έως 39]. 15. Επειδή δυνατότητα συμπλήρωσης της τυχόν ελαττωματικής προσφοράς τους, παγίως έχει κριθεί ότι πρέπει να παρέχεται και σε όσους βλάπτονται από τυχόν πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης, οι οποίες δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών (Ε.Α. ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). 16.

Αριθμός απόφασης: 611/2019

Επειδή, κατά την έννοια των όσων γίνονται δεκτά ανωτέρω, αν η αναθέτουσα αρχή δεν έχει προηγουμένως επεξεργαστεί, σχεδιάσει, και προσαρμόσει το προσαρτηθέν πρότυπο ΕΕΕΣ κατά τρόπο ώστε, να περιέχει την ζητούμενη δήλωση, ούτε μετά την εισαγωγή του στην αντίστοιχη διαδικτυακή υπηρεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, είτε να ανοίγει επιλογή για την συμπλήρωση της ζητούμενης δήλωσης υπό μορφή απάντησης σε προδιατυπωμένη ερώτηση σε κάποιο τμήμα/μέρος του ΕΕΕΣ είτε να ανοίγει ελεύθερη επιλογή για συμπλήρωση του ΕΕΕΣ με οποιαδήποτε επιπλέον δήλωση επιθυμεί ο υποβάλλων οικονομικός φορέας σε κάποιο τμήμα/μέρος του, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να παρέχει στους προσφέροντες που βλάπτονται από την πλημμύεια αυτή, τη δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους...» Για τους ανωτέρω λόγους η ΑΕΠΠ στην ανωτέρω περίπτωση δέχτηκε την Προσφυγή και αναγνώρισε ότι κακώς είχε αποκλειστεί οικονομικός φορέας, ο οποίος δεν περιελάμβανε πανηγυρική δήλωση περί του χρόνου ισχύος της Προσφοράς. Στην προκειμένη περίπτωση, δεν απαιτούνταν από την Διακήρυξη η προσκόμιση ξεχωριστής Υπεύθυνης Δήλωσης, αλλά μόνο συμπληρωμένο το έγγραφο ΕΕΕΣ. Τέλος, αξίζει να αναφέρουμε ότι στην περίπτωση της Απόφασης 614/2011 του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, που αναφέρει νομολογιακά η προσφεύγουσα, η συμμετέχουσα στο διαγωνισμό απορρίφθηκε από την επιτροπή αξιολόγησης επειδή στην τεχνική προσφορά που υπέβαλε αναγραφόταν ρητά χρόνος ισχύος προσφοράς μικρότερος από τον προβλεπόμενο επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη παραβιάζοντας ευθέως τη διακήρυξη και ΟΧΙ επειδή δεν υπέβαλλε μία υποτιθέμενη υπεύθυνη δήλωση που δεν απαιτείτο από καμία διάταξη και κανένα άρθρο της διακήρυξης. Επομένως η προσφυγή, ως προς σημείο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη.

Β. Επί του ισχυρισμού της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» περί έλλειψης αιτιολόγησης για την εφαρμογή των προβλέψεων του αρ. 21 του Ν.4412/2016 Επί του ισχυρισμού της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» ότι κακώς εφάρμοσε η Αναθέτουσα τις διατάξεις του αρ 21 του Ν.4412/2016 επαγόμεστε τα ακόλουθα: Σύμφωνα με το άρθρο 3.1.1. της διακήρυξης ορίζεται μεταξύ άλλων ότι : «... Με την αποσφράγιση των ως άνω

Αριθμός απόφασης: 611/2019

φακέλων, σύμφωνα με τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 3.1.2 της παρούσας, κάθε προσφέρων αποκτά πρόσβαση στις λοιπές προσφορές και τα υποβληθέντα δικαιολογητικά τους, με την επιφύλαξη των πτυχών εκείνων της κάθε προσφοράς που έχουν χαρακτηριστεί ως εμπιστευτικές..... Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016...». Σύμφωνα δε με το άρθρο 21§3 του νόμου 4412/2016 ορίζεται ότι : « ... Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας ... ». Ειδικότερα, η επίκληση εμπιστευτικότητας για έγγραφο/έγγραφα/μέρος εγγράφου μίας προσφοράς αποτελεί δικαίωμα των υποψηφίων και ευχέρεια να το πράξουν κατά την υποβολή των προσφορών. Εν συνεχεία, αποτελεί δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να κρίνει την άποψη των διαγωνιζόμενων, να δεχθεί το επιχειρηματικό απόρρητο, να απορρίψει ενδεχομένως το αίτημα χαρακτηρισμού ή και να ζητήσει περαιτέρω στοιχεία για να αποφανθεί τελικά επί του θέματος. Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή αποφασίσαμε να επανέλθουμε επί του ζητήματος του επιχειρηματικού απορρήτου ζητώντας περαιτέρω εξηγήσεις από τον οικονομικό φορέα «...», ο οποίος με το από 06.02.2019 απαντητικό έγγραφό του εξήγησε αναλυτικότερα τους λόγους προστασίας του επαγγελματικού απορρήτου σε σχέση με το πελατολόγιο και τα προσωπικά δεδομένα συνεργατών του παραθέτοντας ακριβώς και τις διατάξεις βάσει των οποίων αιτήθηκε τον χαρακτηρισμό μέρους ενός εγγράφου της. Οι εξηγήσεις αυτές δεν κρίθηκαν ικανοποιητικές και οι σχετικές πληροφορίες αποχαρακτηρίστηκαν και κοινοποιήθηκαν μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ σε όλους τους συμμετέχοντες Σε κάθε περίπτωση και εις επίρρωση των ανωτέρω έχει κριθεί σχετικά με συγκεκριμένο θέμα από την ΑΕΠΠ ότι το θέμα χαρακτηρισμού ενός εγγράφου ως εμπιστευτικού δεν μπορεί να οδηγεί σε απόρριψη προσφοράς υποψηφίου και αποκλεισμό του

Αριθμός απόφασης: 611/2019

από το διαγωνισμό. Στην Απόφαση 343/2018 η Αρχή μεταξύ άλλων απεφάνθη ότι : « ... 17. Επειδή, άλλωστε, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός είναι και αβάσιμος, διότι, α) σε κανένα άρθρο της διακήρυξης ιδίως στα άρθρα 12 περί τρόπου υποβολής προσφορών και 15 περί αποσφράγισης προσφορών δεν προβλέπεται υποχρέωση αιτιολόγησης του χαρακτηρισμού ως εμπιστευτικών των πληροφοριών που εμπεριέχονται στην προσφορά ενός οικονομικού φορέα, β) σε κανένα άρθρο της διακήρυξης ιδίως στο άρθρο 20 της διακήρυξης περί λόγων απόρριψης προσφορών δεν προβλέπεται ρητώς ότι μια προσφορά απορρίπτεται εφόσον έγγραφα, αρχεία ή πληροφορίες χαρακτηριστούν ως εμπιστευτικά ως μη όφειλαν ή χωρίς επαρκή αιτιολόγησης (βλ. και αποφάσεις ΑΕΠΠ 94, 171 και 241/2017), γ) οι διατάξεις του άρθρου 21 του Ν. 4412/2016 δεν εισάγουν ποινή αποκλεισμού στον φορέα που εσφαλμένα ή αναιτιολόγητα χαρακτήρισε έγγραφα της τεχνικής προσφοράς του ως εμπιστευτικά, αλλά έχουν την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές, συμπεριλαμβανομένων, ενδεικτικά, των τεχνικών ή εμπορικών απορρήτων και των εμπιστευτικών πτυχών των προσφορών και ότι κατά την πρόσβαση στα έγγραφα αυτά τρίτων οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις, με σκοπό την προστασία του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών. Σε κάθε περίπτωση είτε επειδή η αναθέτουσα αρχή θεωρεί με επαρκώς αιτιολογημένο τον χαρακτηρισμό των πληροφοριών αυτών ως εμπιστευτικών είτε επειδή συνδιαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας αιτείται πρόσβαση και στα εμπιστευτικά έγγραφα των προσφορών άλλων οικονομικών φορέων, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 1 του άρθρου πρώτου του π.δ. 28/2015 (Α΄34), η αναθέτουσα αρχή έχει την ευθύνη να αποχαρακτηρίσει τα έγγραφα αυτά και να δώσει πρόσβαση στους τρίτους οικονομικούς φορείς ή να ζητήσει από τον φορέα που τα κατέθεσε τον αποχαρακτηρισμό τους, ...». Επομένως η προσφυγή και ως προς σημείο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη. Συμπερασματικά η ως άνω εταιρεία πληρούσε όλες τις προϋποθέσεις τεχνικής ικανότητας που απαιτούνταν από τη Διακήρυξη και οι

Αριθμός απόφασης: 611/2019

σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν καθ'ολοκληρίαν».

17. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα κάτωθι: «Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην προδικαστική προσφυγή, η προσφορά της εταιρίας μας θα έπρεπε κατά την κρίση της προσφεύγουσας να απορριφθεί ως «δήθεν απαράδεκτη» λόγω παραβίασεως όρου 2.4.5. της διακήρυξης καθώς και λόγω «έλλειψης αιτιολόγησης» του άρθρου 21 του νόμου 4412/2016, γεγονότα που κατά την κρίση της προσφεύγουσας οδηγούν σε παραβίαση των αρχών της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

Α) Ως προς την δήθεν παραβίαση όρου 2.4.5. της διακήρυξης Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.5. της διακήρυξης ορίζεται ότι : « 2.4.5 Χρόνος ισχύος των προσφορών. Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα εννέα (9) μηνών από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται ...». Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3. της διακήρυξης ορίζεται ότι : « Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» «2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν : α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης και β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Επισυνάπτεται υπόδειγμα στο Παράρτημα ΙΙΙ. Η εγγυητική επιστολή συμμετοχής προσκομίζεται σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή. Επισημαίνεται ότι η εν λόγω υποχρέωση δεν ισχύει για τις εγγυήσεις ηλεκτρονικής έκδοσης (π.χ. εγγυήσεις του Τ.Μ.Ε.Δ.Ε.), οι οποίες φέρουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν το ΕΕΕΣ για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει

στην ένωση. Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται επίσης από όλους τους φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8 καθώς και από όλους τους υπεργολάβους στους οποίους τυχόν πρόκειται να ανατεθεί αθροιστικά τμήμα(τα) της σύμβασης, το(α) οποίο(α) υπερβαίνουν σωρευτικά το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης.

2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά»: (1) Τον Πίνακα Συμμόρφωσης του Μέρους Γ' του Παραρτήματος Ι, σε μορφή pdf, συμπληρωμένο και ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο. (2) Το ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο αρχείο τεχνικής προσφοράς του συστήματος, που παράγεται με τη διαδικασία «εκτυπώσεων» του ΕΣΗΔΗΣ, όπως περιγράφεται στην παράγραφο 2.4.2.4. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν ...». Όπως προκύπτει με απόλυτη σαφήνεια από τις ανωτέρω διατάξεις της διακήρυξης, το κανονιστικό περιεχόμενο της οποίας επικαλείται η προσφεύγουσα, αφενός ο λόγος αποκλεισμού συνίσταται στην περίπτωση κατά την οποία κάποιος υποψήφιος αποφασίσει ΕΣΦΑΛΛΜΕΝΑ να δηλώσει θετικά χρόνο ισχύος της προσφοράς του μικρότερο των εννέα μηνών, αφετέρου τα δικαιολογητικά συμμετοχής για τη νόμιμη υποβολή προσφοράς προσδιορίζονται αποκλειστικά και περιοριστικά στο άρθρο 2.4.3. της διακήρυξης. Επομένως, το γεγονός ότι η προσφεύγουσα εκ των ανωτέρω διατάξεων συνάγει και «ανακαλύπτει» κατά την κρίση της ένα νέο δικαιολογητικό συμμετοχής που δεν υπάρχει στο άρθρο 2.4.3. και συνίσταται στην υποχρέωση προσκόμισης υπεύθυνης δήλωσης εκ μέρους των υποψηφίων αναδόχων που θα αναφέρει ότι συμφωνούν με τον όρο 2.4.5. και η προσφορά τους είναι ισχυρή για εννέα μήνες προφανώς και ουδόλως ΔΕΝ θα μπορούσε να οδηγήσει απόρριψη της προσφοράς μας ... Αφενός μεν από κανένα άρθρο της διακήρυξης δεν απαιτείται «ειδική υπεύθυνη δήλωση συμμόρφωσης» επί του θέματος, αφετέρου δε έχει κατ'

Αριθμός απόφασης: 611/2019

επανάληψη κριθεί από την Αρχή Σας ότι : « ... ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για την επιχειρηματική συμμετοχή του σε αυτόν, ώστε να μην είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από τη σε εξέλιξη διαδικασία, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα [ΣτΕ 53, 18, 19/2011, 3703/2010, 1329,1616, 1619/2008] ...» (Βλ. ΑΕΠΠ 195/2019). Αξίζει πάντως να σημειωθεί ότι ακόμη και στην απίθανη θεωρητική περίπτωση κατά την οποία μία επιτροπή θεωρούσε το άρθρο 2.4.3. ως «διττά ερμηνευόμενο», και «υπονοών» ότι καίτοι δεν ζητείται ως δικαιολογητικό, μία επιτροπή θα επιθυμούσε (που στην περίπτωσή μας δεν έλαβε χώρα !) μία ειδική υπεύθυνη δήλωση επί του θέματος, ούτε και αυτό σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσε να καταλογιστεί στους υποψηφίους και να οδηγούσε σε αποκλεισμό των προσφορών τους. Και τούτο διότι βάσει παγίας νομολογίας τόσο δική Σας όσο και των Διοικητικών Δικαστηρίων «η αρχή της διαφάνειας προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη διακήρυξη του διαγωνισμού κατά τρόπον ώστε αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο τους και να ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και αφετέρου να καθίσταται δυνατός ο έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση». Επομένως, η προδικαστική προσφυγή ως προς την παραβίαση του άρθρου 2.4.3. της διακήρυξης θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω αβάσιμη και ερειδόμενη επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Και δεν ερείδεται μόνο επί εσφαλμένης προϋπόθεσης ως προς το περιεχόμενο των άρθρων 2.4.3. και 2.4.5. της διακήρυξης, αλλά και ως προς την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα επί του θέματος νομολογία του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (614/2011). Συγκεκριμένα, στις παραγράφους 4 και 5 της Απόφασης 614/2011 αναφέρονται μεταξύ άλλων και τα ακόλουθα : «

Αριθμός απόφασης: 611/2019

... 4. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, στη σελίδα 81 της τεχνικής προσφοράς της αιτούσας αναγράφεται «ΙΣΧΥΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ: εκατόν είκοσι (120) μέρες από την επομένη της λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών». Η ως άνω απόκλιση του χρόνου ισχύος προσφοράς, από τον χρόνο ισχύος προσφοράς που απαιτείται από το άρθρο Α.3.7 της διακήρυξης του διαγωνισμού (12 μήνες από την επομένη ημέρα της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών), αποτέλεσε μία από τις αιτιολογίες αποκλεισμού της αιτούσας από την περαιτέρω αξιολόγηση, σύμφωνα με το 3255/20-3-2012 πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, που έγινε δεκτό με την 390/26-7-2012 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του καθ' ου Νοσοκομείου. Με την προδικαστική προσφυγή της η αιτούσα ισχυρίστηκε ότι η αναγραφή στην προσφορά της του ανωτέρω χρόνου ισχύος αυτής οφείλεται σε παραδρομή, ενώ στην πραγματικότητα η προσφορά της ισχύει επί 12 μήνες από την επόμενη ημέρα της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής της ...» και « ... Συνεπώς, η δήλωση της αιτούσας ως χρόνου ισχύος της προσφοράς της, χρόνου μικρότερου από αυτόν που απαιτείται σύμφωνα με τη διακήρυξη, καθιστά απαράδεκτη την προσφορά της, όπως νόμιμα κρίθηκε με την προσβαλλόμενη πράξη ...». Επομένως, στην περίπτωση της Απόφασης 614/2011 του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών η συμμετέχουσα στο διαγωνισμό απορρίφθηκε από την επιτροπή αξιολόγησης επειδή στην τεχνική προσφορά που υπέβαλε αναγραφόταν ρητά χρόνος ισχύος προσφοράς μικρότερος από τον προβλεπόμενο επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη παραβιάζοντας ευθέως τη διακήρυξη και ΟΧΙ επειδή δεν υπέβαλλε μία υποτιθέμενη υπεύθυνη δήλωση που δεν απαιτείτο από καμία διάταξη και κανένα άρθρο της διακήρυξης ... Κατά συνέπεια η προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως προς το σημείο της δήθεν παραβίασεως του άρθρου 2.4.3. της διακήρυξης.

Β) Ως προς την δήθεν «έλλειψη αιτιολόγησης» του άρθρου 21 του νόμου 4412/2016. Καταρχήν ως προς το δεύτερο λόγο προδικαστικής προσφυγής θα πρέπει να επισημανθεί ότι πέραν από νόμω αλλά και ουσία αβάσιμος, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω, είναι προεχόντως και αόριστος διότι δεν αναφέρει

Αριθμός απόφασης: 611/2019

ποιες διατάξεις της διακήρυξης παραβιάζονται, δεν αναφέρει ότι παραβιάζεται το άρθρο 21 του νόμου 4412/2016 αλλά δεν «αιτιολογείται επαρκώς», παράλληλα δε αναφέρει γενικώς «παραβίαση της διαδικασίας αξιολόγησης» από την αναθέτουσα αρχή επειδή ζήτησε ειδικότερες διευκρινήσεις για την επίκληση του επιχειρηματικού απορρήτου μέρους ενός εγγράφου ενώ η διαδικασία αυτή προβλέπεται από το νόμο και τη διακήρυξη κατά την κρίση και διακριτική ευχέρεια της επιτροπής ... Εν συνεχεία, θα πρέπει να αναφερθούν τα ακόλουθα : Σύμφωνα με το άρθρο 3.1.1. της διακήρυξης ορίζεται μεταξύ άλλων ότι : «... Με την αποσφράγιση των ως άνω φακέλων, σύμφωνα με τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 3.1.2 της παρούσας , κάθε προσφέρων αποκτά πρόσβαση στις λοιπές προσφορές και τα υποβληθέντα δικαιολογητικά τους, με την επιφύλαξη των πτυχών εκείνων της κάθε προσφοράς που έχουν χαρακτηριστεί ως εμπιστευτικές... ... Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016...». Σύμφωνα με το άρθρο 21.3. του νόμου 4412/2016 ορίζεται ότι : « ... Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας ... ». Ειδικότερα, και επί της ουσίας σε ότι αφορά το ζήτημα της εμπιστευτικότητας, επισημαίνεται ότι μέρος των στοιχείων που δηλώθηκε ως εμπιστευτικό στην Οικονομική μας προσφορά, βασίζεται σε ρητή δυνατότητα που δίδεται από το νόμο 4412/2016 και τη διακήρυξη του διαγωνισμού. Λόγω της φύσης τους και του περιεχομένου τους (ΑΦΜ, Ακριβής επωνυμία σημείου πώλησης κ.λπ.) τα συγκεκριμένα στοιχεία αυτά δεν χρησιμεύουν σε τίποτα διαγωνιστικά, δεν οδηγούν σε αξιολογήσιμα συμπεράσματα, δεν αποτελούν συγκριτικά στοιχεία, δεν μπορούν να αξιοποιηθούν με κανένα τρόπο από την προσφεύγουσα, δεν της στερούν κανένα ανταγωνιστικό πλεονέκτημα, δεν την εμπόδισαν να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά, δεν της προξενούν οποιαδήποτε βλάβη ... Αυτό που ξαχνά μάλλον η προσφεύγουσα για το

Αριθμός απόφασης: 611/2019

συγκεκριμένο θέμα είναι ότι μόνο και αποκλειστικό κριτήριο ανάθεσης επί των επίμαχων σημείων αποτελεί η χαμηλότερη οικονομική τιμή που ΑΝΑΓΡΑΦΕΤΑΙ στο εν λόγω έγγραφο της προσφοράς μας και αποτελεί τον λόγο που προτάθηκε η κατακύρωση των σημείων στην εταιρία μας. Το μεγαλύτερο παράδοξο όμως είναι ότι η ίδια η προσφεύγουσα επικαλείται ως λόγο εννόμου συμφέροντος και νομιμοποίησής της για την άσκηση της προσφυγής τη δήθεν αδυναμία της να “διαπιστώσει ιδίους όμμασι» πληροφορίες της προσφοράς μας ως προς τα σημεία πώλησης, ενώ ταυτόχρονα η ίδια αναφέρει ότι έχει δηλώσει ορισμένα από αυτά τα σημεία (18) και εάν για κάποιο λόγο – που όμως δεν υπάρχει – η αναθέτουσα αρχή αποφάσιζε να απορρίψει αναιτιολόγητα την προσφορά μας, η ίδια θα καθίστατο ανάδοχος και θα κέρδιζε αυτά τα σημεία ! Ειδικότερα και επί της διαδικασίας, η επίκληση εμπιστευτικότητας για έγγραφο / έγγραφα / μέρος εγγράφου μίας προσφοράς αποτελεί δικαίωμα των υποψηφίων και ευχέρεια να το πράξουν κατά την υποβολή των προσφορών. Εν συνεχεία, αποτελεί δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να κρίνει την άποψη των διαγωνιζόμενων, να δεχθεί το επιχειρηματικό απόρρητο, να απορρίψει ενδεχομένως το αίτημα χαρακτηρισμού ή και να ζητήσει περαιτέρω στοιχεία για να αποφανθεί τελικά επί του θέματος. Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε να επανέλθει επί του ζητήματος του επιχειρηματικού απορρήτου, ζήτησε περαιτέρω εξηγήσεις, και η εταιρία μας με το από 06.02.2019 απαντητικό έγγραφο της (βλ. συνημμένο) εξήγησε αναλυτικότερα τους λόγους προστασίας του επαγγελματικού απορρήτου σε σχέση με το πελατολόγιο και τα προσωπικά δεδομένα συνεργατών της παραθέτοντας ακριβώς και τις διατάξεις βάσει των οποίων αιτήθηκε τον χαρακτηρισμό μέρους ενός εγγράφου της. Επομένως, καμία παραβίαση άρθρου 21 του νόμου 4412/2016 και καμία παραβίαση της διαδικασίας αξιολόγησης δεν υπήρξε όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Σε κάθε περίπτωση και εις επίρρωση των ανωτέρω έχει κριθεί σχετικά με συγκεκριμένο θέμα από την ΑΕΠΠ ότι το θέμα χαρακτηρισμού ενός εγγράφου ως εμπιστευτικού δεν μπορεί να οδηγεί σε απόρριψη προσφοράς υποψηφίου και αποκλεισμό του από το διαγωνισμό. Στην Απόφαση 343/2018 η Αρχή μεταξύ άλλων απεφάνθη ότι : « ... 17. Επειδή, άλλωστε, ο

Αριθμός απόφασης: 611/2019

συγκεκριμένος ισχυρισμός είναι και αβάσιμος, διότι, α) σε κανένα άρθρο της διακήρυξης ιδίως στα άρθρα 12 περί τρόπου υποβολής προσφορών και 15 περί αποσφράγισης προσφορών δεν προβλέπεται υποχρέωση αιτιολόγησης του χαρακτηρισμού ως εμπιστευτικών των πληροφοριών που εμπεριέχονται στην προσφορά ενός οικονομικού φορέα, β) σε κανένα άρθρο της διακήρυξης ιδίως στο άρθρο 20 της διακήρυξης περί λόγων απόρριψης προσφορών δεν προβλέπεται ρητώς ότι μια προσφορά απορρίπτεται εφόσον έγγραφα, αρχεία ή πληροφορίες χαρακτηριστούν ως εμπιστευτικά ως μη όφειλαν ή χωρίς επαρκή αιτιολόγησης (βλ. και αποφάσεις ΑΕΠΠ 94, 171 και 241/2017), γ) οι διατάξεις του άρθρου 21 του Ν. 4412/2016 δεν εισάγουν ποινή αποκλεισμού στον φορέα που εσφαλμένα ή αναιτιολόγητα χαρακτήρισε έγγραφα της τεχνικής προσφοράς του ως εμπιστευτικά, αλλά έχουν την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αποκαλύπτει πληροφορίες που της έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς και τις οποίες έχουν χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικές, συμπεριλαμβανομένων, ενδεικτικά, των τεχνικών ή εμπορικών απορρήτων και των εμπιστευτικών πτυχών των προσφορών και ότι κατά την πρόσβαση στα έγγραφα αυτά τρίτων οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις, με σκοπό την προστασία του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών. Σε κάθε περίπτωση είτε επειδή η αναθέτουσα αρχή θεωρεί με επαρκώς αιτιολογημένο τον χαρακτηρισμό των πληροφοριών αυτών ως εμπιστευτικών είτε επειδή συνδιαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας αιτείται πρόσβαση και στα εμπιστευτικά έγγραφα των προσφορών άλλων οικονομικών φορέων, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 1 του άρθρου πρώτου του π.δ. 28/2015 (Α΄34), η αναθέτουσα αρχή έχει την ευθύνη να αποχαρακτηρίσει τα έγγραφα αυτά και να δώσει πρόσβαση στους τρίτους οικονομικούς φορείς ή να ζητήσει από τον φορέα που τα κατέθεσε τον αποχαρακτηρισμό τους, ...». Επομένως η προσφυγή και ως προς σημείο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη».

18. Επειδή στο άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου

Αριθμός απόφασης: 611/2019

συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».

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

20. Επειδή, στο άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους

Αριθμός απόφασης: 611/2019

προσφορών. [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, [...], περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, [...] κγ) τη διαδικασία πρόσβασης των υποψηφίων και προσφερόντων στα δικαιολογητικά, στις τεχνικές και οικονομικές προσφορές, υπό την επιφύλαξη των οριζόμενων στο άρθρο 70 και στην κείμενη νομοθεσία ».

21. Επειδή στην παρ. 3 του άρθρου 70 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «3. Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αποφασίζουν να μη γνωστοποιήσουν ορισμένες πληροφορίες που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2 σχετικά με την ανάθεση των συμβάσεων, τη σύναψη συμφωνιών-πλαίσιο ή την αποδοχή σε ένα δυναμικό σύστημα αγορών, εάν η γνωστοποίηση των εν λόγω πληροφοριών μπορεί να εμποδίσει την εφαρμογή των νόμων, να είναι αντίθετη, καθ' οιονδήποτε άλλο τρόπο, προς το δημόσιο συμφέρον ή να βλάψει τα νόμιμα εμπορικά συμφέροντα ενός συγκεκριμένου οικονομικού φορέα δημόσιου ή ιδιωτικού ή τις συνθήκες θεμιτού ανταγωνισμού μεταξύ οικονομικών φορέων».

22. Επειδή στο άρθρο 91 του ν. 4412/2016: «Άρθρο 91 Λόγοι απόρριψης προσφορών 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαραίτων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. 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 τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 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 το άρθρο 102.[...]

23. Επειδή, στο άρθρο 102 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία

κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις υποπαραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

24. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

25. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

Αριθμός απόφασης: 611/2019

26. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης : «[...] 1.3 Συνοπτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών αγοράς χρόνου στάθμευσης μέσω τερματικών συσκευών (POS) σε περιοχές ελεγχόμενης στάθμευσης εντός των γεωγραφικών ορίων του Δήμου

Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): 98351000-8.

Οι προσφορές πρέπει να περιλαμβάνουν υποχρεωτικά διάθεση τουλάχιστον είκοσι (20) σημείων διάθεσης σε τελικούς διανομείς με εγκατεστημένες τερματικές συσκευές POS εντός των περιοχών ελεγχόμενης στάθμευσης του Δήμου Από την παρούσα διαδικασία αναμένεται να προκύψουν ένας ή περισσότεροι ανάδοχοι.

Ο συνολικός προϋπολογισμός των παρεχόμενων υπηρεσιών ανέρχεται στο ποσό των εξακοσίων είκοσι χιλιάδων ευρώ (620.000€) συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 500.000€, ΦΠΑ: 120.000€).

Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται από την υπογραφή της και μέχρι εξαντήσεως του προϋπολογισμού, και όχι περισσότερο από τριάντα (30) μήνες από την υπογραφή της.

Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στο Παράρτημα I της παρούσας διακήρυξης.

Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής, και συγκεκριμένα βάσει του προσφερόμενου ποσοστού χρέωσης επί των ακαθάριστων εισπράξεων τελών θέσεων στάθμευσης ανά σημείο διάθεσης, με ανώτατο όριο το 5%. [...]

2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης και στο Παράρτημα I της Διακήρυξης, για όλες τις περιγραφόμενες υπηρεσίες. [...]

2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα. (β) έναν (υπο)φάκελο με την

ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα. Από τον προσφέροντα σημαίνονται με χρήση του σχετικού πεδίου του συστήματος τα στοιχεία εκείνα της προσφοράς του που έχουν εμπιστευτικό χαρακτήρα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 21 του ν. 4412/16. Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της.

2.4.2.4. Οι οικονομικοί φορείς συντάσσουν την τεχνική και οικονομική τους προσφορά συμπληρώνοντας τις αντίστοιχες ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος. Στην συνέχεια το σύστημα παράγει τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία τα οποία υπογράφονται ηλεκτρονικά και υποβάλλονται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ηλεκτρονικού αρχείου pdf (το οποίο θα υπογραφεί ηλεκτρονικά) πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο [pdf]. Οι τεχνικές προδιαγραφές και οι οικονομικοί όροι δεν έχουν αποτυπωθεί πλήρως στις ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος. Η οικονομική προσφορά θα πρέπει να συμπληρωθεί με βάση το σχετικό υπόδειγμα του Παραρτήματος II, η τεχνική προσφορά να συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις του Παραρτήματος I, με συμπληρωμένους τους Πίνακες Συμμόρφωσης του Μέρους Γ', και στη συνέχεια να υπογραφούν ηλεκτρονικά και να υποβληθούν.[...]

2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά»

2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

Αριθμός απόφασης: 611/2019

α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης και
β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης.[...]

2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών

Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα II της διακήρυξης. Ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελο «Οικονομική Προσφορά» την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα II της παρούσας διακήρυξης, σε μορφή pdf.

Επίσης, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελο «Οικονομική Προσφορά» το ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο αρχείο οικονομικής προσφοράς του συστήματος, που παράγεται με τη διαδικασία «εκτυπώσεων» του ΕΣΗΔΗΣ, όπως περιγράφεται στην παράγραφο 2.4.2.4.

Επειδή δεν υφίσταται δυνατότητα να υποβληθεί στο σύστημα ως τιμή προσφοράς ποσοστό επί τοις εκατό (%) ανά σημείο διάθεσης, ορίζουμε ως ενδεικτική τιμή αναφοράς το σύνολο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Στην προσφερόμενη χρέωση περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση των υπηρεσιών με τον τρόπο και τους χρόνους που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης.

Τα προσφερόμενα ποσοστά είναι σταθερά για όλη τη συμβατική διάρκεια και αποκλείεται οποιαδήποτε αναπροσαρμογή αυτών.

Προσφορά που περιλαμβάνει όρο αναπροσαρμογής απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

Αριθμός απόφασης: 611/2019

Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν προκύπτει με σαφήνεια το προσφερόμενο ποσοστό χρέωσης, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και β) το προσφερόμενο ποσοστό υπερβαίνει το 5%.

2.4.5 Χρόνος ισχύος των προσφορών

Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα εννέα (9) μηνών από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται.

Η ισχύς της προσφοράς μπορεί να παρατείνεται εγγράφως, εφόσον τούτο ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, πριν από τη λήξη της, με αντίστοιχη παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 72 παρ. 1 α του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.2.2. της παρούσας, κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη ως άνω αρχική διάρκεια.

Μετά τη λήξη και του παραπάνω ανώτατου ορίου χρόνου παράτασης ισχύος της προσφοράς, τα αποτελέσματα της διαδικασίας ανάθεσης ματαιώνονται, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει, κατά περίπτωση, αιτιολογημένα, ότι η συνέχιση της διαδικασίας εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, οπότε οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία μπορούν να επιλέξουν είτε να παρατείνουν την προσφορά και την εγγύηση συμμετοχής τους, εφόσον τους ζητηθεί πριν την πάροδο του ανωτέρω ανώτατου ορίου παράτασης της προσφοράς τους είτε όχι. Στην τελευταία περίπτωση, η διαδικασία συνεχίζεται με όσους παρέτειναν τις προσφορές τους και αποκλείονται οι λοιποί οικονομικοί φορείς.

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών 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 προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο

Αριθμός απόφασης: 611/2019

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, 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. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.3 περ. γ της παρούσας (περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. ζ) η οποία είναι υπό αίρεση, η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, θ) 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

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ – ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ

Οι οικονομικοί φορείς συμπληρώνουν το προσφερόμενο ποσοστό χρέωσης ανά τελικό σημείο διάθεσης, αριθμητικώς και ολογράφως, στρογγυλοποιημένο στο 2ο δεκαδικό ψηφίο. Σε περίπτωση ασυμφωνίας μεταξύ αριθμητικώς και ολογράφως υπερισχύει το ολογράφως.

ΣΗΜΕΙΑ ΔΙΑΘΕΣΗΣ						ΠΟΣΟΣΤΟ ΧΡΕΩΣΗΣ %	
A/A	AΦΜ	ΕΠΩΝΥΜΙΑ	ΔΙΕΥΘΥΝΣ Η	ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑ	ΖΩΝ Η	αριθμητικώς	ολογράφως

».

27. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα 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). 28. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

29. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

30. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 611/2019

διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

31. Επειδή η αρχή της τυπικότητας διέπει τη διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ.ά.) και δεν επιτρέπει να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

32. Επειδή η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητας των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι

διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

33. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

34. 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 (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

35. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, (βλ. απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, *Pippo Pizzo* C- 27/15 ECLI:EU:C:2016:404, σκέψη 51). Ομοίως, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, βάσει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας και της διαφάνειας που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη διακήρυξη (ΕΑ ΣΤΕ 18, 19/2011, 3703/2010, 1616, 254/2008, 318/2013 ΔΕφΑθ (ΑΣΦ)).

36. Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, *Archus and Gama*, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Συγκεκριμένα, αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 37). Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει κρίνει επίσης ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει τη διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή της ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, υπό τον όρο ωστόσο ότι θα τηρηθούν ορισμένες προϋποθέσεις [βλ., συναφώς, στο πλαίσιο διαδικασιών προκήρυξης κλειστού διαγωνισμού εμπιπτουσών στην οδηγία 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114), αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψεις 35 έως 45, όσον αφορά

Αριθμός απόφασης: 611/2019

το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψεις 30 έως 39, όσον αφορά το στάδιο προεπιλογής των προσφερόντων]. Επιπλέον, η αίτηση διευκρίνισης δεν δύναται να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

37. Επειδή η προσέγγιση της προβληματικής της δυνατότητας διόρθωσης, συμπλήρωσης, διευκρίνισης, κλπ. των προσφορών διέπεται από μια περιπτωσιολογική νομολογία του ΔΕΕ, η οποία χαρακτηρίζεται από την προσπάθεια του τελευταίου να ισορροπήσει ανάμεσα στην τήρηση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας, από τη μια μεριά, και της σκοπιμότητας να δοθεί στις αναθέτουσες αρχές η δυνατότητα να πετύχουν, τη βέλτιστη λύση για την ικανοποίηση των δημοσίων αναγκών σε αγαθά και υπηρεσίες, από την άλλη (Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία*, σελ. 953, Ε. Βλάχου).

38. Επειδή, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης η κατοχή της οποίας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς δεν είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη ως βεβαία ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση

Αριθμός απόφασης: 611/2019

προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι ιδιαίτερα έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και δη των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ' άρ. 102 παρ. 1 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Περαιτέρω, κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης, αποτελεί η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης (βλ και απόφαση με αρ. 253/2017 ΑΕΠΠ).

39. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα δε με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων

Αριθμός απόφασης: 611/2019

διατυπώσεων επί τη βάσει των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., αριθμ. 516-518).

40. Επειδή από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 21 και 70 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι ο χαρακτηρισμός ορισμένων πληροφοριών εκ μέρους οικονομικού φορέα και άρα και των εγγράφων στα οποία αυτές περιέχονται ως εμπιστευτικών κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων περί εμπιστευτικών πληροφοριών, δεν δεσμεύει την αναθέτουσα, στην οποία σε κάθε περίπτωση ανήκει και η τελική κρίση και η ευθύνη να άρει τον εμπιστευτικό χαρακτήρα των πληροφοριών των εγγράφων ενός υποψηφίου οικονομικού φορέα και να καταστήσει αυτές προσιτές στους υπόλοιπους συνδιαγωνιζόμενους του, προκειμένου να λάβουν γνώση. Συνεπώς, ανήκει στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η

Αριθμός απόφασης: 611/2019

δυνατότητα να δεχτεί ή όχι τη διαβάθμιση ενός εγγράφου από έναν συμμετέχοντα στον διαγωνισμό οικονομικό φορέα, ως εμπιστευτικού ή αντίθετα να αποφασίσει να το αποχαρακτηρίσει παρέχοντας πλήρη πρόσβαση στο περιεχόμενο αυτού και στους υπόλοιπους υποψήφιους οικονομικούς φορείς. Ωστόσο, η μη ρητή αναφορά όλων των σχετικών διατάξεων νόμου ή διοικητικών πράξεων που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, ως απαιτεί ο νόμος και η Διακήρυξη, ή ο χαρακτηρισμός ως εμπιστευτικών πληροφοριών που εμπίπτουν στην παρ. 4 του άρθρου 21, καθιστούν υποχρεωτικό τον αποχαρακτηρισμό των οικείων εγγράφων από την αναθέτουσα αρχή. Επομένως, η προβλεπόμενη διορθωτική ενέργεια της αναθέτουσας αρχής στην περίπτωση της μη αιτιολόγησης της εμπιστευτικότητας είναι η άρση της και σε καμία περίπτωση η απόρριψη της προσφοράς. Ο δε αποχαρακτηρισμός από την αναθέτουσα αρχή εγγράφων χαρακτηρισθέντων ως εμπιστευτικών αντί της απόρριψης προσφοράς που έχει υποβληθεί κατά τον χρόνο και τον τρόπο που απαιτεί η διακήρυξη συμβάλει τόσο στην ενίσχυση της διαφάνειας του διαγωνισμού όσο και την επίτευξη του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού. (ΑΕΠΠ 250/2018, 343/2018).

41. Επειδή, όπως έχει κριθεί, δεν προκύπτει νόμιμη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιεί στους άλλους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό τις παρεχόμενες από έτερους διαγωνιζόμενους διευκρινίσεις ή να τις ενσωματώνει στα πρακτικά της Επιτροπής διαγωνισμού (*ad hoc* Δ.Εφ. Αθηνών 32/2019).

42. Επειδή με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί διότι δεν έχει υποβάλει δήλωση ή άλλο έγγραφο με το οποίο να δεσμεύεται για το χρόνο ισχύος της προσφοράς του κατά παράβαση του όρου 2.4.5 της διακήρυξης.

43. Επειδή από τον όρο 2.4.3 της διακήρυξης προκύπτει με σαφήνεια ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν με το φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής μόνον το ΕΕΕΣ και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής, όπως βασίμως ισχυρίζονται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων. Περαιτέρω,

στον όρο 2.4.5 σχετικά με τον χρόνο ισχύος των προσφορών, δεν αναφέρεται ότι οι συμμετέχοντες οφείλουν να προσκομίσουν με την προσφορά τους υπεύθυνη δήλωση ή άλλο έγγραφο με το οποίο θα δηλώνεται ο απαιτούμενος κατά τον όρο αυτό χρόνος ισχύος της προσφοράς τους. Από δε το γεγονός ότι στον όρο 2.4.6 προβλέπεται ως λόγος απόρριψης προσφοράς η μη υποβολή της σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο όρο 2.4.5, ουδόλως μπορεί να συναχθεί ότι οι οικονομικοί φορείς είναι υποχρεωμένοι να προσκομίσουν ειδική δήλωση περί του χρόνου ισχύος της προσφοράς τους. Επομένως, και σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 35, νομίμως ο παρεμβαίνων δεν υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής έγγραφο με το οποίο δηλώνεται ο χρόνος ισχύος της προσφοράς του, καθώς τούτο δεν απαιτείται από τους ρητούς όρους της διακήρυξης και, άρα, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

44. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής προβάλλεται ότι ο παρεμβαίνων θα έπρεπε ρητώς και ειδικώς να προσδιορίσει με υπεύθυνη δήλωση προς την αναθέτουσα αρχή την πηγή της υποχρέωσης τήρησης επαγγελματικού απορρήτου ως προς τα δηλωθέντα με την οικονομική προσφορά του στοιχεία ως εμπιστευτικά.

45. Επειδή, κατόπιν επισκόπησης του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων υπέβαλε στον φάκελο οικονομικής προσφοράς ένα έγγραφο υπό τον τίτλο ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ... κατά το υπόδειγμα του Παραρτήματος ΙΙ της διακήρυξης στο οποίο οι στήλες ΑΦΜ, ΕΠΩΝΥΜΙΑ και ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ έφεραν την ένδειξη εμπιστευτικό και τη σημείωση «*ΤΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΑΦΜ, ΕΠΩΝΥΜΙΑ & ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΤΩΝ ΠΡΟΤΕΙΝΟΜΕΝΩΝ ΣΗΜΕΙΩΝ ΕΙΝΑΙ ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΑ ΓΙΑ ΛΟΓΟΥΣ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ. ΠΑΡΕΧΕΤΑΙ ΠΡΟΣΒΑΣΗ ΣΤΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΑΥΤΑ ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΑ ΚΑΙ ΜΟΝΟ ΣΤΗΝ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΣΤΟ ΑΡΧΕΙΟ «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ... ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΟ SIGNED.PDF» και έτερο έγγραφο υπό τον τίτλο ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ... ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΟ στο οποίο οι στήλες ΑΦΜ, ΕΠΩΝΥΜΙΑ και ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ήταν πλήρως συμπληρωμένες. Μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, την 31.01.2019 ζητήθηκε από την αναθέτουσα αρχή η προσκόμιση στοιχείων που*

Αριθμός απόφασης: 611/2019

να στηρίζουν ρητά τον εμπιστευτικό χαρακτήρα των σεσημασμένων ως τέτοιων στοιχείων της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Κατόπιν δε της από 6.02.2019 απάντησης του παρεμβαίνοντος η αναθέτουσα αρχή προέβη στην άρση του εμπιστευτικού χαρακτήρα του εγγράφου υπό τον τίτλο ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ... ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΟ, γεγονός το οποίο αποδέχεται και ο προσφεύγων. Ενόψει των ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος προσφυγής προβάλλεται αλυσιτελώς καθόσον ο προσφεύγων έλαβε γνώση των στοιχείων της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος που είχαν επισημανθεί ως εμπιστευτικού χαρακτήρα και μάλιστα εγκαίρως πριν από την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης ώστε να είναι σε θέση να ελέγξει τη νομιμότητα της αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος από την αναθέτουσα αρχή.

46. Επειδή με τον τρίτο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 προέβη η ίδια σε αποχαρακτηρισμό των σχετικών πληροφοριών κατά παράβαση της δέσμιας αρμοδιότητάς της να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος αφού προηγουμένως κάλεσε τον παρεμβαίνοντα να υποβάλει συμπληρωματικές πληροφορίες ως προς τον χαρακτηρισμό ορισμένων σημείων της προσφοράς του ως εμπιστευτικού χαρακτήρα.

47. Επειδή, στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ρητώς ότι εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές οφείλει να αναφέρει όλες τις σχετικές διατάξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. Ωστόσο, παρά τη ρητή αυτή πρόβλεψη, στην προκειμένη περίπτωση ο παρεμβαίνων προέβη σε χαρακτηρισμό του περιεχομένου των στηλών ΑΦΜ, ΕΠΩΝΥΜΙΑ και ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ της οικονομικής του προσφοράς ως εμπιστευτικό, χωρίς να αιτιολογήσει επί τη βάση ποίων διατάξεων ερείδεται ο συγκεκριμένος χαρακτηρισμός. Η δε αναθέτουσα αρχή, η οποία κατά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού φέρει την τελική ευθύνη για το χαρακτηρισμό ενός εγγράφου προσφοράς ως εμπιστευτικού σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 40, αποφάσισε την άρση του εμπιστευτικού χαρακτήρα των ως άνω στοιχείων

Αριθμός απόφασης: 611/2019

της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Ενόψει τούτου, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί παράβασης των διατάξεων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 προβάλλεται αλυσιτελώς

48. Επειδή, εξάλλου, στον όρο 2.4.2.3 της διακήρυξης προβλέπεται ρητώς ότι δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με την οικονομική προσφορά. Ωστόσο, ο εσφαλμένος χαρακτηρισμός πληροφοριών ως εμπιστευτικών εκ μέρους συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, όπως εν προκειμένω του παρεμβαίνοντος, ο οποίος διαβάθμισε συγκεκριμένα σημεία της οικονομικής του προσφοράς ως εμπιστευτικά, δεν θεμελιώνει κάποιον από τους ρητά αναφερόμενους στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης λόγους αποκλεισμού από την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως βασίμως επικαλείται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων. Περαιτέρω, ούτε οι διατάξεις του άρθρου 21 του Ν. 4412/2016 εισάγουν ποινή αποκλεισμού στον φορέα που εσφαλμένα ή ανατιολόγητα χαρακτήρισε έγγραφα της τεχνικής προσφοράς του ως εμπιστευτικά, αλλά έχουν την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή αποχαρακτηρίζει τα επίμαχα έγγραφα και επιτρέπει την πρόσβαση των λοιπών διαγωνιζομένων σ' αυτά. Ούτε όμως και κάποιο άλλο άρθρο του Ν. 4412/2016 περιέχει οποιαδήποτε αναφορά σε ακυρότητα της προσφοράς οικονομικού φορέα, εξαιτίας και μόνο του γεγονότος ότι χαρακτηρίστηκαν ως εμπιστευτικές πληροφορίες που δεν πληρούσαν τις προϋποθέσεις του νόμου για να χαρακτηριστούν ως τέτοιες. Συνεπώς, και παρά τα αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα, στην υπό κρίση περίπτωση, δεν υφίσταται δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει τον παρεμβαίνοντα λόγω εσφαλμένου χαρακτηρισμού στοιχείων της οικονομικής του προσφοράς ως εμπιστευτικών και, άρα, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

49. Επειδή ο προσφεύγων με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι η μη αναφορά στον Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού των πραγματικών περιστατικών που έλαβαν χώρα καθώς και της αιτιολόγησης της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος παρά την ύπαρξη ουσιωδών ελλείψεων καθιστούν την προσβαλλόμενη παράνομη καθώς παραβιάζονται οι αρχές της διαφάνειας και της τυπικότητας.

Αριθμός απόφασης: 611/2019

50. Επειδή από το σώμα της προσβαλλόμενης πράξης προκύπτει σαφώς ότι έλαβε υπόψη της τα πραγματικά δεδομένα που καταγράφονται στο από 20.02.2019 Ενιαίο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο και εγκρίνει. Εντούτοις, στο προαναφερθέν Πρακτικό δεν υφίσταται μνεία του ζητήματος του χαρακτηρισμού από τον παρεμβαίνοντα ως εμπιστευτικών στοιχείων της οικονομικής του προσφοράς, ούτε της απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί άρσης του χαρακτηρισμού αυτού κατόπιν παροχής ανεπαρκών αποδείξεων από τον παρεμβαίνοντα. Δεδομένου όμως ότι από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού προκύπτουν αβίαστα τα προαναφερθέντα πραγματικά περιστατικά, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 39, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι νομίμως αιτιολογημένη. Αναφορικά δε με το αναιτιολόγητο της αποδοχής της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος παρά την ύπαρξη ελλείψεων, σημειώνεται ότι ο ισχυρισμός αυτός ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι η μη συμπερίληψη αιτιολόγησης περί του εμπιστευτικού χαρακτήρα στοιχείων της οικονομικής προσφοράς καθιστά αυτή απορριπτή. Περαιτέρω, και όπως έχει επισημανθεί υπό σκέψη 41 ουδόλως υφίσταται υποχρέωση ενημέρωσης των διαγωνιζομένων περί των διευκρινίσεων που παρασχέθηκαν από έτερους συμμετέχοντες δια της ενσωμάτωσης αυτών στα Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού, ο δε σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

51. Επειδή γίνεται δεκτή εν όλω η εισήγηση.

52. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί

53. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 του ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή

Δέχεται την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 611/2019

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στις 6 Ιουνίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΛΙΑΚΑΤΣΙΔΑΣ