

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος-Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.09.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1254/08.09.2020 της Ομόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον Δήμο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ομόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. Απόφαση (Απόσπασμα από το πρακτικό τηςσυνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής της ... (ΑΔΑ: ...), Θέμα 20^ο, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από Πρακτικού Ι της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτές την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακήρυξε αυτήν ως προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί στο σύνολό της η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η υπ' αριθμ.Απόφαση (Απόσπασμα από το πρακτικό της συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής της ... (ΑΔΑ: ...), Θέμα 20^ο, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του

από Πρακτικού Ι της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η ... ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Δημόσιο Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 21.07.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει χαμηλότερης τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών «ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ...» (CPV: ...), προϋπολογισθείσας δαπάνης εκατόν σαράντα πέντε χιλιάδων εκατόν εξήντα ενός ευρώ και είκοσι εννέα λεπτών (145.161,29 €) πλέον Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας δώδεκα (12) μηνών από την ημερομηνία υπογραφής της και δυνατότητα παράτασης για ακόμα δύο μήνες ή και παραπάνω, σύμφωνα με το άρθρο 6.2 της διακήρυξης, με αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 31^η Ιουλίου 2020 και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 7^η Αυγούστου 2020, ημέρα Παρασκευή. Ακολουθώντας, δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου 105687/28.07.2020 Απόφασης του, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 29.07.2020, αποφασίστηκε η παράταση του χρόνου υποβολής προσφορών μέχρι και τις 03.08.2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 15:00 μ.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 03.08.2020 και ώρα 10:32:47 π.μ. την υπ' αριθμ. ... προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ.Απόφασης (Απόσπασμα από το πρακτικό τηςσυνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής της (ΑΔΑ: ...), η οποία αναρτήθηκε στο

Αριθμός Απόφασης: 1407/2020

Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 28.08.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 07.09.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτές την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακήρυξε αυτήν ως προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ.Απόφαση (Απόσπασμα από το πρακτικό τηςσυνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής της (ΑΔΑ: ...), Θέμα 20^ο, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από Πρακτικού Ι της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτές την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακήρυξε αυτήν ως προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού, γ) να αναδειχθεί η προσφεύγουσα ως προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού, δ) να της κοινοποιηθούν οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής και ε) να της επιστραφεί το νομίμως καταβληθέν παράβολο.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 07.09.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της ..., ποσού οκτακοσίων σαράντα επτά ευρώ και εβδομήντα επτά λεπτών (847,77 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης

Αριθμός Απόφασης: 1407/2020

του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.). Μάλιστα, η προσφεύγουσα κατέβαλε πλεονάζον το νόμιμο παράβολο, το οποίο στην πραγματικότητα ανέρχεται στο ποσό των επτακοσίων είκοσι πέντε ευρώ και ογδόντα ενός λεπτών (725,81 €), καθώς υπολόγισε σε αυτό και το δικαίωμα παράτασης της προς ανάθεση σύμβασης, το οποίο όμως έχει κριθεί παγίως (ΕΑ ΣτΕ 187/2017, 10/2017 και ΔεφΘεσσ 58/2019) ότι δεν λαμβάνεται υπόψη για τον υπολογισμό του νομίμου παραβόλου του άρθρου 5 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 10.09.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 16.09.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 16 Σεπτεμβρίου 2020 παρέμβαση της Ομόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον ..., ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει

προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η προσφορά της έχει ήδη γίνει αποδεκτή και σε περίπτωση που επιτύχει τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, με την παραμονή της στον διαγωνισμό, δύναται με την άσκηση προσφυγής, την οποία έχει ήδη ασκήσει με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1224/04.09.2020 με αίτημα την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας έγινε αποδεκτή η προσφορά της νυν προσφεύγουσας και η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακηρύχθηκε αυτή ως προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού, να ανακηρυχθεί η ίδια η παρεμβαίνουσα ως προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, η εταιρεία με την επωνυμία «...», η οποία ανακηρύχθηκε προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού, κατέθεσε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 15.09.2020, έγγραφη απάντηση στην προσφυγή με συνημμένα έγγραφα, χωρίς όμως το εν λόγω έγγραφο να μπορεί να εκληφθεί ως «Παρέμβαση», καθώς απουσιάζουν πλήρως τα τυπολογικά στοιχεία της παρέμβασης κατά την έννοια του άρθρου 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, ενώ δεν περιλαμβάνεται και σχετικό αίτημα. Ως εκ περισσού δεν τονίζεται ότι το εν λόγω έγγραφο, σε κάθε περίπτωση, κατατέθηκε εκπρόθεσμα και ως εκ τούτου, δεν εξετάζεται περαιτέρω στην ουσία του, ως απαραδέκτως ασκηθέν. Τα ανωτέρω ισχύουν και για το από 08.10.2020 Υπόμνημα της ίδιας ως άνω εταιρείας, το οποίο κατατέθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. αυθημερόν, το οποίο καίτοι περιλαμβάνει σαφές αίτημα και θα μπορούσε κατ' ορθή ερμηνεία του, να εκληφθεί και να εξεταστεί από το οικείο Κλιμάκιο ως παρέμβαση, επίσης έχει κατατεθεί εκπρόθεσμα, ενώ και βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, υπομνήματα προς αντίκρουση των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής κατατίθενται το αργότερο έως και πέντε (5)

Αριθμός Απόφασης: 1407/2020

ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής εκ μέρους του προσφεύγοντος και μόνο. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, αμφότερα τα εν λόγω έγγραφα δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη και απορρίπτονται ως απαράδεκτα.

13. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7ου Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1481/08.09.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση περί Απόψεων επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 08.09.2020 και υπέβαλε στις 16.09.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 09.10.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης, το από 09.10.2020 υπόμνημά της.

15. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν αποδεκτή και κατετάγη τρίτη στον Πίνακα Κατάταξης, με συνολικό ποσό προσφοράς εκατόν εξήντα έξι χιλιάδες επτακόσια εξήντα δύο ευρώ και ενενήντα εννέα λεπτά (166.762,99 €), έναντι του ποσού των εκατόν πενήντα τριών χιλιάδων εκατόν εβδομήντα τεσσάρων ευρώ και εβδομήντα δύο λεπτών (153.174,72 €) της παρεμβαίνουσας, η οποία κατετάγη δεύτερη και του ποσού των εκατόν σαράντα πέντε χιλιάδων εκατόν τριάντα ευρώ και σαράντα τεσσάρων λεπτών (145.130,44 €) της εταιρείας με την επωνυμία «...», η οποία αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως

στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ.Απόφασης (Απόσπασμα από το πρακτικό τηςσυνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής της (ΑΔΑ: ...), Θέμα 20^ο, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από Πρακτικού Ι της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτές την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακήρυξε αυτήν ως προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα εταιρεία θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στην εσφαλμένη αποδοχή της προσφοράς έτερων προσφερόντων και εν προκειμένω στη ζημία που υφίσταται από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και δη της παρεμβαίνουσας εταιρείας και της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως αυτή αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως η προσφεύγουσα να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, στρεφόμενη κατά του συνόλου των έτερων προσφερόντων, οι οποίοι προηγούνται σε σειρά μειοδοσίας.

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

16. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 53 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης», το άρθρο 71 «Γενικές αρχές» (άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών», το άρθρο 93 «Περιεχόμενο φακέλου Τεχνική Προσφορά» και το άρθρο 102 «Συμπλήρωση-αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

17. Επειδή, περαιτέρω, στο Κεφάλαιο 2 της Διακήρυξης με τίτλο «ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ», στο άρθρο 2.4 με τίτλο «Κατάρτιση-Περιεχόμενο Προσφορών», παρ. 2.4.3 με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά».», υποπαρ. 2.4.3.2 με τίτλο «Τεχνική Προσφορά» (σελ. 29), ορίζεται ότι: «*Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος I της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα.*

Συγκεκριμένα θα υποβάλλει

A) Έγγραφο δήλωση ότι αποδέχεται όλους τους όρους της Διακήρυξης και ότι η προσφορά του πληροί πλήρως τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού.

B) Τον αριθμό των ατόμων που θα παρέχουν τις απαιτούμενες υπηρεσίες, ανά κτίριο

Γ) Έκθεση Μεθοδολογίας στην οποία θα παρουσιάζει την μεθοδολογία με την οποία θα παρέχει τις απαιτούμενες υπηρεσίες

Δ) Κατάλογο Τεχνικών Μέσων που θα χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της υπηρεσίας

Ε) Υπεύθυνη Δήλωση ότι τα υλικά καθαριότητας που θα χρησιμοποιηθούν θα είναι καταχωρημένα στο Γενικό Χημείο του Κράτους και θα φέρουν έγκριση του Εθνικού Οργανισμού Φαρμάκων

Οποιοδήποτε άλλο στοιχείο τεκμηριώνει τις απαιτήσεις του Παραρτήματος I.

Ο υποψήφιος θα συμπληρώσει και θα υποβάλει , ψηφιακά υπογεγραμμένο και το φύλλο συμμόρφωσης του Παραρτήματος II.

Αριθμός Απόφασης: 1407/2020

Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν.

Σε περίπτωση όπου τα στοιχεία αυτά δεν προσκομισθούν παντελώς εντός της προαναφερόμενης προθεσμίας των τριών (3) εργασίμων ημερών, η ηλεκτρονική προσφορά του υποψηφίου δεν αποσφραγίζεται και αποκλείεται από τη διαδικασία του διαγωνισμού.

Στην περίπτωση όπου προσκομισθούν μεν στοιχεία από τον συμμετέχοντα, αλλά διαπιστωθεί ότι ορισμένα από αυτά που έχουν υποβληθεί με ηλεκτρονικό τρόπο και θα έπρεπε να προσκομισθούν, δεν προσκομίσθηκαν, τότε η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον προσφέροντα να τα προσκομίσει, ο οποίος με τη σειρά του είναι υποχρεωμένος να τα προσκομίσει εντός της προθεσμίας που θα του οριστεί.» και στην παρ. 2.4.4 με τίτλο «περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» (σελ. 30), ορίζεται ότι: «[...]. Οι συμμετέχουσες εταιρείες παροχής υπηρεσιών Καθαριότητας, επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα ακόλουθα, σύμφωνα με το Άρθρο 68 παρ.1 του Ν. 3863/2010 (ΦΕΚ 115 Α') όπως τροποποιήθηκε με το Άρθρο 22 παρ.1 Ν.4144/2013 (ΦΕΚ 88 Α'): Τροποποίηση άρθρου 68 του ν. 3863/2010 «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών»:

- α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο.
 - β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας.
 - γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι.
 - δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων.
 - ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά.
- Στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο
- Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία.

Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι.

Σημειώνεται ότι το εύλογο διοικητικό κόστος δεν μπορεί επί ποινή αποκλεισμού, να υπολογιστεί ποσοστό χαμηλότερο από το 1% της συνολικής οικονομικής προσφορά προ ΦΠΑ.

Το τίμημα θα δοθεί συνολικά και ανά μήνα [...]» και στην παρ. 2.4.6 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» (σελ. 31), ορίζεται 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 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 2.2.3.4 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 παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.

ι) Η οποία δεν καλύπτει τους ελάχιστους όρους οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής ικανότητας.».

18.Επειδή, περαιτέρω, στο Κεφάλαιο 4 της Διακήρυξης με τίτλο «ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», στο άρθρο 4.3 με τίτλο «Όροι εκτέλεσης της σύμβασης», παρ. 4.3.1 (σελ. 39), ορίζεται ότι: «Ειδικά στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης, περιλαμβάνονται, επιπλέον του όρου του πρώτου εδαφίου, και τα στοιχεία που αναφέρονται στις περιπτώσεις α΄ έως στ΄ της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α΄ 115), όπως εκάστοτε ισχύει, καθώς και ο ειδικός όρος της παραγράφου 3 του ίδιου άρθρου.».

19.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό

απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣτΕ 18/2011, ΣτΕ 19/2011, ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 1616/2008, ΕΑ ΣτΕ 254/2008 κλπ).

20. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, 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, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε 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, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους

Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕλΣυν 78/2007).

21. Επειδή, γίνεται συνεπώς δεκτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται από τη Διακήρυξη, όπως εξάλλου και τα οικεία δικαιολογητικά, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής του Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣτΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣτΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης προσόντος που ενώ όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια

γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και των προσκομιζομένων δικαιολογητικών ενός εκάστου υποψηφίου οικονομικού φορέα, κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες τόσο κατά το στάδιο της υποβολής, όσο και κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών των υποψηφίων (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), δεδομένου ότι οι προσφορές των τελευταίων θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν, όπως αυτά αποκρυσταλλώθηκαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο της υποβολής των προσφορών.

22. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία με τον πρώτο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, στις σελ. 6-10 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «2. Ως προς τη δεύτερη κατά σειρά μειοδότηρια του διαγωνισμού ...», υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που με αυτήν έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας για τους λόγους που αναφέρει υπό «2.1 Μη κάλυψη όλων των απαιτήσεων και προδιαγραφών που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή» και «2.2 Μη αναφορά των στοιχείων του άρθρου 68 του ν. 3863/2010» και ειδικότερα, λόγω μη τήρησης των απαιτήσεων και προδιαγραφών που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή. Συγκεκριμένα, αναφορικά με τον πρώτο ισχυρισμό της προβάλλει η προσφεύγουσα εταιρεία ότι: *«...η δεύτερη μειοδότηρια προσφέρει υπηρεσίες καθαρισμού στο τμήμα 2 της διακήρυξης **4 ώρες λιγότερο από τις απαιτούμενες**. Ο προσεγγιστικός χαρακτήρας που αποδίδει η λέξη «περίπου» προ του αριθμού των ωρών στη διακήρυξη δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να δικαιολογήσει απόκλιση 4 ολόκληρων ωρών για την εκτέλεση της ανωτέρω εργασίας, καθώς 4 ώρες αποτελούν το 1/5 ουσιαστικά*

του υποσχόμενου με την προσφορά έργου. [...]». Αντίστοιχα, με τον δεύτερο ισχυρισμό της, όπως περιλαμβάνεται στον πρώτο λόγο προσφυγής ισχυρίζεται ότι: «[...]. εν προκειμένω, η δεύτερη μειοδότηρια εταιρία σε κανένα από τα έγγραφα του φακέλου της οικονομικής προσφοράς της δεν έχει αναφέρει τον αριθμό των τετραγωνικών μέτρων που αντιστοιχεί σε κάθε εργαζόμενο. Αρκείται σε μία απλή παραπομπή στους όρους της Διακήρυξης. Οι σχετικοί όροι της διακήρυξης, όμως, δεν φτάνουν μέχρι του σημείου να εξειδικεύουν συγκεκριμένα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο. Αναφέρουν γενικώς τον απαιτούμενο αριθμό των ατόμων, των τετραγωνικών μέτρων προς καθαρισμό και των ωρών απασχόλησης των εργαζομένων. Αν θεωρήσουμε, λοιπόν, ότι η αναφορά στην οικονομική προσφορά της δεύτερης μειοδότηριας ταυτίζεται κατά λέξη με αυτή που αναφέρεται στη διακήρυξη, τότε δεν πληροί τους όρους του νόμου και της διακήρυξης, διότι δεν μπορεί να συναχθεί με την ακρίβεια που απαιτεί το άρθρο 68 του Ν 3863/2010 και η διακήρυξης στον όρο 4.3 ο αριθμός των τετραγωνικών μέτρων ανά άτομο. [...]». Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων ισχυρισμών, όπως περιλαμβάνονται στον πρώτο λόγο προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις από 11.09.2020 Απόψεις της, υποστηρίζει ότι: «[...]. Όσον αφορά τον πρώτο λόγο «μη κάλυψη όλω των απαιτήσεων και προδιαγραφών που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή».

Σύμφωνα με την Διακήρυξη οι απαιτούμενες ώρες στο Τμήμα 2 ... Έδρας, είναι 19 και όχι 15. Η αρμόδια επιτροπή έκρινε, λόγω και του προσεγγιστικού χαρακτήρα της λέξης «περίπου», ότι πληρούνται οι όροι της διακήρυξης δίνοντας έμφαση στην όσο το δυνατόν μεγαλύτερο αριθμό συμμετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία.

Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο «Μη αναφορά των στοιχείων του άρθρου 68 του ν. 3863/2010»

Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο φαίνεται από το σύνολο των δικαιολογητικών της δεύτερης μειοδότηριας, γίνεται σαφής αναφορά στα τετραγωνικά, αφού παραπέμπει στους ανάλογους σχετικούς πίνακες από τους οποίους διαπιστώνεται εύκολα το αντίστοιχο μέγεθος [...].». Ομοίως, επί των ίδιων ως άνω ισχυρισμών του πρώτου λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα εταιρεία,

υποστηρίζει ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας, αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της, μη νομίμως προβάλλονται για τους λόγους που επικαλείται υπό «II. Λόγοι απόρριψης προδικαστικής προσφυγής», «β. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ότι δήθεν στην προσφορά της εταιρίας μας δεν περιλαμβάνεται ανάλυση των τετραγωνικών καθαρισμού ανά εργαζόμενό μας» και «γ. Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής σχετικά με την εσφαλμένη αναγραφή των ωρών εργασίας για το τμήμα 2 σε 15 ώρες αντί του ορθού 19 ώρες.» (σελ. 6-12 τη παρέμβασης). Συγκεκριμένα επί του πρώτου ισχυρισμού του πρώτου λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα επικαλείται ότι: «[...]. Στη διάταξη του άρθρου 91 του Ν.4412/2016 που αφορά τις Δημόσιες Συμβάσεις ορίζονται τα εξής: «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 απαράβατων 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».

Εκ του ανωτέρω κανονιστικού πλαισίου, συνάγεται ότι η προσφορά ενός υποψηφίου δεν μπορεί καταρχήν να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, καθόσον παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διακρίσεων. Ωστόσο, η διόρθωση ή συμπλήρωση, σε επιμέρους σημεία, των δεδομένων που αφορούν την προσφορά, ιδίως όταν αυτά χρήζουν προφανώς απλής διευκρίνισης, ή για να απαλειφθούν πρόδηλα εκ παραδρομής σφάλματα που δεν αντιβαίνουν την τήρηση των αρχών αυτών. Για τον σκοπό αυτό εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να διασφαλίσει, μεταξύ άλλων, ότι το αίτημα

διευκρίνισης μιας προσφοράς δεν θα καταλήξει σε υποβολή, στην πραγματικότητα, νέας προσφοράς εκ μέρους του οικείου προσφέροντα.

Το κριτήριο δε του διαχωρισμού, μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος κατά την έννοια άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να επιτρέπει 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 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 έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης και ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας (πρβλ. **Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017**). Εξάλλου, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, περαιτέρω κριτήρια για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και δυνατόν να συμπληρωθεί σφάλματος/έλλειψης συνίστανται στο αντικείμενο, περιεχόμενο και οικονομικό μέγεθος της διαδικασίας, την τυχόν ασάφεια και ελλείψεις των οικείων όρων της διακήρυξης, του γενικού όγκου πληροφοριών και αποδεικτικών εγγράφων που απαιτεί η διαδικασία και της εν γένει επιμέλειας που επέδειξε ο προσφέρων ως προς τις λοιπές αποδεικτικές υποχρεώσεις του και όλα τα παραπάνω μαζί σε σχέση με το εύρος και περιεχόμενο της έλλειψης.

Στην προκειμένη περίπτωση, η αναγραφή στην τεχνική προσφορά για το τμήμα 2 του διαγωνισμού του αριθμού «15 ώρες» για να αποτυπωθούν οι

παρεχόμενες υπηρεσίες καθαριότητας οφείλεται σε πρόδηλη αριθμητική παραδρομή, καθόσον ο ορθός αριθμός ωρών εργασίας είναι «19 ώρες» και **βάσει αυτού του αριθμού ωρών εργασίας διαμορφώθηκε και η οικονομική προσφορά μας**. Αυτό, άλλωστε, αποδεικνύεται και από την ανάλυση που παραθέσαμε και στην ήδη ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή της εταιρίας μας, όπου φαίνεται αναλυτικά ότι η οικονομική μας προσφορά **διαμορφώθηκε επί τη βάση του συνόλου των 67 ωρών που απαιτούνται δηλ. 19 για το τμήμα 2 της και 48 για την Π.Ε. (ΣΧΕΤΙΚΌ 2)**. Σημειώνεται ότι η παραδρομή οφείλεται στο γεγονός η εταιρία μας χρησιμοποίησε ως είχε το υπόδειγμα της διακήρυξης ως προς την κατανομή των ωρών, όπου αναφέρονται 15 ώρες εργασίας για το τμήμα 2. Το γεγονός ότι σε μεταγενέστερο χρόνο, με σχετική διευκρίνιση τροποποιήθηκε ο αριθμός των ζητούμενων ωρών εργασίας σε 19 ώρες, χωρίς αντίστοιχη τροποποίηση του πίνακα της διακήρυξης, δεν σημαίνει ότι αυτό αγνοήθηκε από την εταιρία μας, αλλά ελήφθη υπόψη από την εταιρία κατά τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς, **όπου υπολογίστηκε το εργοδοτικό κόστος για 19 ώρες εργασίας και όχι για 15 ώρες, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα**. Μόνο εκ παραδρομής η εταιρία μας παρέλειψε να διορθώσει τον πίνακα της διακήρυξης, τον οποίο τήρησε αυτούσιο, ως είχε, θεωρώντας, όμως, ότι σε συνδυασμό με τη νεότερη διευκρίνιση το Τμήμα 2 αφορούσε 19 ώρες και όχι 15 ημέρες

Συνεπώς, ο λόγος της κρινόμενης προσφυγής ότι η εταιρία μας έπρεπε να αποκλειστεί από τη συνέχεια του διαγωνισμού, λόγω της συγκεκριμένης παραδρομής, είναι αβάσιμος και απορριπτέος καθόσον ουδεμία ασάφεια ή άλλη σύγχυση προέκυψε από το ανωτέρω οφειλόμενο σε πρόδηλη παραδρομή σφάλμα.

Σε κάθε περίπτωση, ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής, όπως προβάλλεται, είναι και πάλι απορριπτέος, καθόσον από τα σχετικώς προβαλλόμενα δεν προκύπτει υποχρέωση αυτόματης απόρριψης της εταιρίας, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνεται στην προσφυγή, αλλά μόνον υποχρέωση αναζήτησης σχετικών διευκρινίσεων από την Αναθέτουσα Αρχή. [...].», ενώ ως προς τον δεύτερο ισχυρισμό του πρώτου λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα

εταιρεία υποστηρίζει ότι: «[...]. Στην οικονομική προσφορά της η εταιρία μας παρέθεσε τους ακόλουθους πίνακες κατανομής προσωπικού για τα ζητούμενα τμ καθαρισμού, όπως επακριβώς αυτά ζητούνται στη διακήρυξη, σύμφωνα με την κατανομή που περιέχεται σε αυτήν. [...].

Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρία μας δεν έχει αναφέρει τα τμ καθαρισμού ανά εργαζόμενο, αρκούμενη δήθεν να κάνει παραπομπή στους όρους της διακήρυξης.

Ωστόσο, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός είναι παντελώς ανακριβής και εσφαλμένος καθόσον η εταιρία μας ανέφερε με επάρκεια την κατανομή του προσωπικού της στους χώρους της, παραθέτοντας επακριβώς πόσα τμ αντιστοιχούν στην κάθε φορά προβλεπόμενη ομάδα εργαζομένων, ανά ωράριο εργασίας, όπως αυτό ήδη ρυθμίζεται στη διακήρυξη. Έτσι, στον οικείο πίνακα που ενσωματώσαμε στην προσφορά μας, για κάθε τμήμα αναφέρεται επαρκώς ο αριθμός τμ καθαρισμού που αντιστοιχεί στους εργαζομένους για κάθε κτίριο. Για παράδειγμα στην αναφέρουμε ότι 7200 τμ θα καθαρίζονται από 8 εργαζομένους σύμφωνα με το σχετικό ωρολόγιο πρόγραμμα της διακήρυξης, στη 100 τμ καθαρισμού θα καθαρίζονται από 1 εργαζόμενο κοκ. Συνολικώς δε, όπως προκύπτει από τη συνολική καταγραφή μας **οι εργαζόμενοι μας πρόκειται να καθαρίσουν όλα τα τμ των χώρων της όπως αυτά υπολογίζονται στη διακήρυξη.** Η αποφυγή υιοθέτησης της πρακτικής του προσφεύγοντος (ο οποίος συνήγαγε αριθμό τμ για κάθε άτομο) οφείλεται στο ότι λόγω της φύσης του έργου (εργασία πρωί απόγευμα με διαφορετικό αριθμό ατόμων) δεν μπορεί να εξαχθεί ασφαλής μαθηματικός μέσος όρος των τμ καθαρισμού που αναλογούν σε κάθε έναν εργαζόμενο. Η εταιρία μας υιοθέτησε την ανωτέρω κατανομή της διακήρυξης που ήταν και η μόνη δυνατή στην προκειμένη περίπτωση με βάση τις ιδιαιτερότητες της περίπτωσης, συμπληρώνοντας εν πάση περιπτώσει το σχετικό πεδίο του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, το οποίο δεν άφησε κενό. Επομένως, η εταιρία μας έχει συμμορφωθεί πλήρως αφενός με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, καθόσον θα καθαρίσει όλα τα ζητούμενα τμ και αφετέρου συμπλήρωσε και το σχετικό πεδίο, **ώστε να είναι ευχερής ο σχετικός έλεγχος**

πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών, όπως προαναφέρθηκε. Ως εκ τούτου, δεν είναι κατανοητός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ο οποίος δεν ερείδεται επί της διακήρυξης ή του νόμου, καθόσον δεν απαιτείται η αναφορά οπωσδήποτε απόλυτου αριθμού τμ ανά εργαζόμενο, αλλά είναι επιτρεπτή οποιαδήποτε κατανομή ή ομαδοποίηση εργασίας (όπως εν προκειμένω), αρκεί να καθαρίζεται το σύνολο των ζητούμενων τμ, όπως πράγματι αποδεικνύεται ότι συμβαίνει εν προκειμένω. [...].».

23. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδεδειγμένης μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα επικαλείται η παρεμβαίνουσα εταιρεία, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου οικ. εγγράφου της αναθέτουσας αρχής με θέμα: «Ορθή Επανάληψη όσον αφορά στο σύνολο των ωρών του Τμήματος 2 του Διαγωνισμού Παροχής Υπηρεσιών καθαριότητας ...». (Αρ. Διακ., ΕΣΗΔΗΣ ...), το οποίο αναρτήθηκε στην «επικοινωνία» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 21.07.2020, πράγματι η αναθέτουσα αρχή παρέιχε διευκρινίσεις προς το σύνολο των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων, αναφέροντας χαρακτηριστικά τα εξής: «Σας ενημερώνουμε ότι στον Πίνακα του Τμήματος 2, το οποίο αφορά τις υπηρεσίες της στην, εκ παραδρομής αναγράφεται ως σύνολο ωρών 15 αντί του **ορθού 19** ώρες. Κατόπιν τούτου θα ακολουθήσει Ορθή Επανάληψη της Διακήρυξης ως προς το σημείο αυτό και θα αναρτηθεί στο χώρο του Διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

Στη διάθεσή σας για περαιτέρω διευκρινήσεις», γεγονός το οποίο άλλωστε επιβεβαιώνει και η ίδια με τις απόψεις της. Προσέτι, όπως συνάγεται από το υποβληθέν με την προσφορά της έγγραφο της παρεμβαίνουσας (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «2.ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΑΡΘΡΟΥ 68.pdf»), είναι αληθής ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι για το Τμήμα 2 του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα έχει πράγματι δηλώσει στις απαιτούμενες ημερήσιες ώρες απασχόλησης, 15 ώρες, σύμφωνα με την αρχική εσφαλμένη αναγραφή που περιείχε το αρχικό κείμενο

της διακήρυξης και προ της διόρθωσής του, δυνάμει του ανωτέρω διευκρινιστικού εγγράφου της αναθέτουσας αρχής. Είναι παραπάνω από προφανές όμως, όπως βάσιμα υποστηρίζει και η ίδια η παρεμβαίνουσα, ότι σε αντίθεση με τον προβαλλόμενο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, η επίμαχη αναφορά στην οικονομική της προσφορά, έγινε από πρόδηλο σφάλμα, το οποίο εντούτοις ουδεμία επιρροή άσκησε στην υπολογισθείσα οικονομική της προσφορά, όπως υποβλήθηκε ομού με το ανωτέρω έγγραφο και με το υπόδειγμα της οικονομικής της προσφοράς (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «1.ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ.pdf»), η οποία εν τέλει υποβλήθηκε με υπολογισμό επί των πραγματικών απαιτούμενων ωρών, ήτοι 19 ωρών ημερήσιας απασχόλησης. Σε κάθε δε περίπτωση, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι διαπιστώνεται πλημμέλεια στην υποβληθείσα προσφορά της παρεμβαίνουσας, δοθέντος ότι πρόκειται για προφανή παραδρομή και πρόδηλο τυπικό σφάλμα, χωρίς όμως να επηρεάζεται ουσιαστικά η ορθότητα των υπολογισμών της οικονομικής της προσφοράς, αφού κατά τα λοιπά αυτής στοιχεία, το τελικό προσφερόμενο ποσό έχει υπολογιστεί σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης. Άλλωστε, το τελευταίο αυτό γεγονός δεν αντικρούει επαρκώς ούτε και η προσφεύγουσα με όσα αναφέρει στο υπόμνημά της. Εξάλλου, ως εκ περισσού τονίζεται ότι και βάσει του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε, εφόσον έκρινε ότι διαπιστώνεται ασάφεια στο περιεχόμενο της υποβληθείσας οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, να καλέσει την τελευταία (και μάλιστα κατά δέσμια αυτής αρμοδιότητα, στην περίπτωση της παρ. 5 του άρθρου, εφόσον επέκειτο αποκλεισμός της προσφοράς της εξ αυτού του λόγου), ώστε να παράσχει τις απαραίτητες διευκρινίσεις και να διορθώσει το υπό κρίση πρόδηλο τυπικό σφάλμα, χωρίς να τίθεται ζήτημα αθέμιτης εκ των υστέρων διόρθωσης, υπό την έννοια της ουσιώδους αλλοίωσης της υποβληθείσας προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ούτε θα επρόκειτο για στοιχείο που θα υποβαλλόταν ανεπίτρεπτα το πρώτον με την υποβολή των διευκρινίσεων εκ μέρους της παρεμβαίνουσας, ούτε όμως θα αποκτούσε αυτή αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε βάρος της προσφεύγουσας και των

λοιπών συμμετέχοντων στον διαγωνισμό. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος ισχυρισμός όπως περιλαμβάνεται στον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

24. Επειδή, περαιτέρω, σχετικά με τον δεύτερο προβαλλόμενο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, πρέπει να γίνουν δεκτές οι ακόλουθες παραδοχές. Όπως βάσιμα διατείνεται η προσφεύγουσα με τον υπό κρίση ισχυρισμό της, όπως ενισχύεται και με τα αναφερόμενα στο υποβληθέν από αυτήν υπόμνημα, πράγματι από την αδιάστικτη διατύπωση των επίμαχων όρων της διακήρυξης (βλ. ανωτέρω σκ. 17-18 της παρούσας) και το συνολικό πλέγμα των διατάξεων που διέπουν τον εν λόγω διαγωνισμό, έκαστος συμμετέχων οικονομικός φορέας, όφειλε κατά την υποβολή της προσφοράς του να αναφέρει ρητά μεταξύ άλλων και τον αριθμό των τετραγωνικών μέτρων καθαρισμού ανά άτομο, όπως άλλωστε ορίζεται ρητά και στο άρθρο 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010. Ωστόσο, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, όπως και η ίδια ομολογεί, πλην επιχειρεί ανεπιτυχώς να αποδώσει σε αντικειμενική αδυναμία της να υπολογίσει επακριβώς τον αριθμό των τετραγωνικών καθαρισμού που αναλογούν σε έκαστο απασχολούμενο από αυτήν άτομο, δεν αναφέρει σε κανένα σημείο της υποβληθείσας από αυτήν προσφοράς, τα ζητούμενα και μάλιστα από αναγκαστικού δικαίου διάταξη του κανονιστικού πλαισίου διεξαγωγής του εν λόγω διαγωνισμού και άρα επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς της, ακριβή τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο (πρβλ. ΔΕΦΑΘ (Αναστ) 513/2014 και ΔΕΦΑΘ 2289/2015). Το γεγονός αυτό άλλωστε, εκτός από την πλήρη παραδοχή του εκ μέρους της παρεμβαίνουσας, δεν ακτικρούει επαρκώς ούτε και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος ισχυρισμός, όπως περιλαμβάνεται στον πρώτο λόγο προσφυγής, πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, καθώς πράγματι η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν συμμορφώθηκε με επί ποινή

αποκλεισμού όρους της διακήρυξης, ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

25. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 11-15 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «4. Κοινός λόγος αποκλεισμού για τις δύο προτασόμενες μειοδότες», υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που με αυτήν έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, λόγω του ότι στην οικονομική της προσφορά δεν έγινε συνυπολογισμός του ποσοστού παρακράτησης φόρου 8% του άρθρου 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013, με συνέπεια η προσφορά της να καθίσταται ζημιογόνος. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα εταιρεία ότι: «[...]. Το ζήτημα μάλιστα του υποχρεωτικού υπολογισμού στην οικονομική προσφορά των εταιρειών που συμμετέχουν σε αντίστοιχους διαγωνισμούς φύλαξης ή/και καθαριότητας, της συγκεκριμένης κράτησης, έχει αποτελέσει αντικείμενο Δικαστικής κρίσης, με τα Δικαστήρια (*ad hoc* ΔΕΦΑΘ, 126/2019, 25/2019, 265/2016 και την ΑΕΠΠ (1101/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ) να αποφαίνονται ότι είναι παράνομη, και άρα ακυρωτέα, προσφορά που δεν έχει υπολογίσει την εν λόγω κράτηση. Επιπλέον κατά τις σκέψεις των ως άνω αποφάσεων έχει κριθεί ότι (πρβλ. με αρ. 25/2019 απόφαση ΔΕΦΑΘ): «Για τη θέσπιση της ως άνω υποχρέωσης δεν ήταν αναγκαίο να περιληφθεί στο Παράρτημα V Πίνακες ανάλυσης οικονομικής προσφοράς ειδικό πεδίο προς συμπλήρωση με το ως άνω ποσοστό 8%...». Επομένως, ακόμη στην κρινόμενη περίπτωση όπου δεν υπήρχε στα προδιατυπωμένα έντυπα σχετικό κονδύλιο, το ποσοστό του 8% θα έπρεπε να έχει υπολογιστεί.

[...].

Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι οι προσφορές των προτασσομένων υποψηφίων είναι ζημιογόνες και καθιστούν το εργολαβικό κέρδος μη εύλογο. Πλέον δε τούτου η κατά μήνα ταμειακή ζημία που υφίστανται λόγω της είσπραξης ποσού ολιγότερου του απαιτούμενου για την εξόφληση των οφειλών ως εργοδοτών θέτει σε κίνδυνο την ρευστότητα της εργολάβου, αλλά και την ίδια την εκτέλεση του έργου. Θα έπρεπε επομένως, οι προσφορές τους να απορριφθούν. Σε κάθε

δε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να είχε καλέσει την εν λόγω διαγωνιζόμενη να αιτιολογήσει τα ασυνήθιστα χαμηλά τμήματα της Προσφοράς της και, μόνον εάν η αιτιολογία αυτή ήταν νόμιμη και επαρκής, η Προσφορά αυτή θα έπρεπε να γίνει αποδεκτή. [...]». Επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις Απόψεις της, υποστηρίζει ότι: «[...] Όσον αφορά τον τέταρτο λόγο «Κοινός λόγος αποκλεισμού για τις δύο προτασόμενες μειοδότες»

Στο συγκεκριμένο λόγο η Διακήρυξη στην παρ. 2.4.4 Περιεχόμενα φακέλου Οικονομική Προσφορά/Τρόπος σύνταξης και υποβολής Οικονομικών Προσφορών αναφέρει ότι στην Οικονομική Προσφορά των συμμετεχόντων δεν συμπεριλαμβάνεται η προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου εισοδήματος, καθώς αυτή δεν συνιστά κράτηση ή επιβάρυνση σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις. Η παρακράτηση συνδέεται με την πληρωμή του τιμολογίου και όχι με την Οικονομική Προσφορά. Επιπλέον η διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη και οι όροι αυτής, δεσμεύουν τους υποψηφίους και την αναθέτουσα αρχή. [...]». Ομοίως, επί του ίδιου ως άνω δεύτερου λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, υποστηρίζει ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας, αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της, μη νομίμως προβάλλονται για τους λόγους που επικαλείται υπό «II. Λόγοι απόρριψης προδικαστικής προσφυγής», «α. Ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής σχετικά με την αποδιδόμενη πλημμέλεια μη συνυπολογισμού της παρακράτησης φόρου 8% στην οικονομική προσφορά, λεκτέα είναι τα ακόλουθα:» (σελ. 2-6 τη παρέμβασης). Συγκεκριμένα επί του δεύτερου λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα επικαλείται ότι: «[...] Στις **σελ. 42-43 της διακήρυξης** ορίζεται ότι: «5.1.2. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις. α) Κράτηση 0,07% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων

Συμβάσεων επιβάλλεται (άρθρο 4 Ν.4013/2011 όπως ισχύει) β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016 γ) Κράτηση 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016) Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 20% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 3%. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού. **Στην Οικονομική προσφορά των συμμετασχόντων δεν συμπεριλαμβάνεται η προβλεπόμενη στην κείμενη νομοθεσία, παρακράτηση φόρου εισοδήματος καθώς αυτή δεν αποτελεί κράτηση ή επιβάρυνση, τόσο κατά τις διατάξεις της παρούσης, όσο και κατά την έννοια των διατάξεων της παρ. 5 του άρθρου 95 του ν. 4412/16 και της παρ. του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, όπως ισχύουν...».**

Στην πλέον πρόσφατη δικαστική απόφαση επί του επίμαχου ζητήματος, ήτοι την **ΤρΔιοικΕφΑθ 1268/2020(ΣΧΕΤΙΚΟ 1)** κρίθηκε ότι:«.....6. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του ν.4412/2016 που προπαρατέθηκαν, σε συνδυασμό με τις διατάξεις του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής για παροχή υπηρεσιών σε φορείς της γενικής κυβέρνησης, υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των κρατήσεων που προβλέπεται ότι βαρύνουν την προσφορά του αναδόχου. Η παρακράτηση φόρου αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, από τον οποίο προεισπράττεται το σχετικό ποσό, ενώ στη συνέχεια, κατά την εκκαθάριση της φορολογικής του δήλωσης, επιστρέφεται ή συμψηφίζεται στο φόρο εισοδήματος που επιβάλλεται σε βάρος του επί των κερδών ή του καθαρού εισοδήματος, ανάλογα αν

πρόκειται για νομικό ή φυσικό πρόσωπο. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την άποψη που επικράτησε στο Δικαστήριο, η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ούτε εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης. Τούτο διότι η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου, έχει προσωρινό χαρακτήρα, αφού η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού στο Δημόσιο εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, ανάλογα με τα ετήσια κέρδη ή το καθαρό εισόδημα που αυτός δηλώνει, σε σχέση με τα ποσά φόρου που έχουν παρακρατηθεί. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΕΣ Ολομ.807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.α.), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται. Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης, που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του, προσαιξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, καθώς, με τον τρόπο αυτό, αυξάνεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης και δυσχεραίνεται η εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού. Ενόψει αυτών, κατά την ίδια άποψη, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δε συντρέχει λόγος

αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του και μη νομίμως έγινε δεκτή, ως προς την αιτούσα, η αίτηση της προδικαστικής προσφυγής με την προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π.....».

Από τις ως άνω ειδικές ρυθμίσεις της διακήρυξης που υπερισχύουν κάθε άλλης αντίθετης ρύθμισης, **οι συμμετέχοντες ρητώς καθοδηγήθηκαν να μην προσμετρήσουν στην οικονομική προσφορά τους το 8% ως επιπρόσθετο κόστος κράτησης ή άλλης επιβάρυνσης.**

Στην ορθότητα του ανωτέρω όρου της διακήρυξης, **ανεξαρτήτως του ότι ο συγκεκριμένος όρος έχει καταστεί πλέον πλήρως δεσμευτικός, εφόσον δεν έχει προσβληθεί,** συνηγορεί και το σκεπτικό της ανωτέρω απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών στην οποία γίνεται γίνεται δεκτό, μη υπάρχουσας μάλιστα ρητής περί του αντιθέτου ρύθμισης της διακήρυξης περί μη συνυπολογισμού όπως συμβαίνει εν προκειμένω, ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% ΔΕΝ απαιτείται να συμπεριλαμβάνεται στην τιμή της οικονομικής προσφοράς, διότι δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτου ή άλλους είδους επιβάρυνση. Αντιθέτως, το 8% συνιστά προκαταβολή φόρου, η οποία μετά την εκκαθάριση της φορολογικής δήλωσης στο τέλος του οικονομικού έτους επιστρέφεται στον οικείο οικονομικό φορέα.

Συνεπώς, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, εκτός του ότι είναι αντίθετος σε ρητό όρο της διακήρυξης, σε κάθε περίπτωση είναι και απορριπτέος ως αβάσιμος, καθόσον δεν υπήρχε υποχρέωση συνυπολογισμού του συγκεκριμένου ποσού της προκαταβολής φόρου 8% στη διακήρυξη. [...].».

26. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, πρέπει να γίνουν δεκτές οι ακόλουθες παραδοχές. Όπως βάσιμα διατείνονται αμφοτέρως, τόσο η παρεμβαίνουσα όσο και η αναθέτουσα αρχή, αλλά και συνάγεται σαφέστατα και πέραν πάσης αμφιβολίας, από τον συνδυασμό των οριζόμενων στην παρ. 2.4.4 και 5.1.2 της διακήρυξης, ενόψει και των κριθέντων από τη νομολογία, όπως προσκομίζεται σχετικά μετ' επικλήσεως, η ΔΕΦΑΘ 1268/2020, δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί βάσιμος ο κρινόμενος λόγος προσφυγής, καθώς

η ίδια η διακήρυξη, ρητά εξαιρεί από τον υπολογισμό στην οικονομική προσφορά των υποψηφίων, την επίμαχη παρακράτηση φόρου 8% βάσει του άρθρου 64 «Συντελεστές παρακράτησης φόρου» παρ. 2 του Ν. 4172/2013. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, τόσο η νομολογία όσο και οι ρητές και απερίφραστες προβλέψεις των υπό κρίση όρων της διακήρυξης, σαφώς εξαιρούν την εν λόγω παρακράτηση φόρου 8% από τον υπολογισμό για τον σχηματισμό της οικονομικής προσφοράς εκάστου υποψηφίου. Ως εκ τούτου, ο εξεταζόμενος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτικός ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

27. Επειδή, περαιτέρω, σχετικά με τους λόγους της υπό κρίση προσφυγής (σελ. 10-11 της προσφυγής, υπό «3. Λόγοι αποκλεισμού της προσωρινής αναδόχου» και σελ. 11-15 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «4. Κοινός λόγος αποκλεισμού για τις δύο προτασόμενες μειοδότες»), οι οποίοι αφορούν την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας με την επωνυμία «...» και την ανακήρυξή της ως προσωρινού μειοδότη του διαγωνισμού, ενόψει της έκδοσης της έκδοσης της υπ' αριθμ. 1374/2020 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1224/04.09.2020 προσφυγής της νυν παρεμβαίνουσας εταιρείας, με την οποία έγινε δεκτός ο λόγος προσφυγής που αφορούσε την απόρριψη της προσφοράς της ως άνω εταιρείας, όπως αυτή ανακηρύχθηκε προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού, η προσβαλλόμενη απόφαση έχει ήδη ακυρωθεί κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακήρυξε αυτήν ως προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού, δεδομένου ότι η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της Α.Ε.Π.Π. αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί ... σε αναδραμόντα χρόνο και ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα κατά το μέρος που ακυρώθηκε και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή

μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης (ad hoc ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 και ΑΕΠΠ 242/2019 σκ. 10, 610/2019, 1186/2019 και 71/2020, Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη). Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω, δοθέντος αφενός ότι η προσβαλλόμενη ακύρωθηκε ήδη με την με αρ. 1374/2020 Απόφαση ΑΕΠΠ, αφετέρου ότι οι προϋποθέσεις παραδεκτού πρέπει να συντρέχουν τόσο κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφυγής όσο και κατά το χρόνο συζήτησης αλλά και έκδοσης απόφασης επί της υπό εξέταση προσφυγής, η προσβαλλόμενη ως ήδη ακυρωθείσα θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 183/2011, ΔΕφΠειρ. Ακυρωτικό 37/2013 και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη, παρ. 340 σελ. 188) κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακήρυξε αυτήν ως προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού. Συνεπώς, εξέλιπε το αντικείμενο του επίμαχου λόγου της προδικαστικής προσφυγής (βλ. και ΑΕΠΠ 325/2019 σκ. 15-16). Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, παρέλκει ως αλυσιτελής, η εξέταση των λόγων προσφυγής που στρέφονται κατά της προσφοράς της ανωτέρω εταιρείας, όπως αυτή αναδείχθηκε ως προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού.

28.Επειδή, με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, ήτοι εξαιτίας της ρητής ακύρωσης της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ.Απόφαση (Απόσπασμα από το πρακτικό τηςσυνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής της ...(ΑΔΑ: ...), Θέμα 20^ο, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από Πρακτικού Ι της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακήρυξε αυτήν ως προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού, βάσει της υπ'

αριθμ. 1374/2020 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή δεν εξετάζεται περαιτέρω ως προς την ουσία της για τον συγκεκριμένο λόγο, καθώς κατέστη άνευ αντικειμένου.

29. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

30. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

31. Επειδή, απορρίπτεται η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ.Απόφαση (Απόσπασμα από το πρακτικό τηςσυνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής της ... (ΑΔΑ: ...), Θέμα 20^ο, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από Πρακτικού Ι της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «....», ενώ δεν εξετάζεται περαιτέρω ως προς την ουσία της κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακήρυξε αυτήν ως προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Απορρίπτει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού οκτακοσίων σαράντα επτά ευρώ και εβδομήντα επτά λεπτών (847,77 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 5 Νοεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Λεπίδα