

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Μαΐου, 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου- Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 421/27.03.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «...» («...») (εφ' εξής «αναθέτων Φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και

Της παρεμβαίνουσας επί της προσφυγής, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει ν' ακυρωθούν άλλως οίκοθεν ανακληθούν ή τροποποιηθούν η υπ' αριθμ. 4805/25.01.2023 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της «...», με την οποία αποφασίσθηκε η έγκριση του από 19.01.23 πρακτικού της Επιτροπής αξιολόγησης του Διαγωνισμού «...» και η κήρυξη της εταιρείας «...», ως νέου προσωρινού αναδόχου του εν θέματι διαγωνισμού «...», και η υπ' αριθμ. 4889/09.03.2023 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της «...», με την οποία αποφασίσθηκε 1. η έγκριση του από 03.03.23 πρακτικού της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού «...», με αντικείμενο την «...», και 2. η κατακύρωση του εν θέματι διαγωνισμού, «...», στον οικονομικό φορέα «...», με προσφερόμενο συνολικό τίμημα το ποσό των διακοσίων εξήντα έξι χιλιάδων εκατό Ευρώ (266.100,00€) πλέον ΦΠΑ.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αρ. «...» Διακήρυξη, προκηρύχθηκε από την «...» (στο εξής: «...») δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με αντικείμενο την ανάθεση σε ανάδοχο της παροχής υπηρεσιών «...» της «...», για χρονικό διάστημα δύο (2) μηνών, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής, και με μονομερές δικαίωμα της «...» για επαύξηση του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης, ώστε σε περίπτωση εκτάκτων αναγκών να κάνει χρήση έως 400 ώρες συνολικά. Οι εργασίες αφορούν ειδικότερα στους «...» Η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 320.000,00 €, πλέον Φ.Π.Α. 24%, ενώ ο προϋπολογισμός για την τυχόν ενεργοποίηση του δικαιώματος προαίρεσης ανέρχεται στο ποσό των 5.750,00 €, πλέον Φ.Π.Α. 24%. Σύμφωνα με το από 06-12-2021 Πρακτικό Αποσφράγισης – Αξιολόγησης, κατά την αξιολόγηση των προσφορών των υποψηφίων αναδόχων, η αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε, ότι από τους φακέλους δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και οικονομικών δεν συνέτρεχαν λόγοι αποκλεισμού σε βάρος κανενός υποψηφίου. Από την σύγκριση δε των οικονομικών προσφορών των υποψηφίων προέκυψε η ακόλουθη σειρά κατάταξης:

A/A. ΔΙΑΓΩΝΙΖΟΜΕΝΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ - ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΣΥΜΒΑΤΙΚΟ ΤΙΜΗΜΑ.

«...». 253.682,88 €.

«...» 258.003,34 €.

«...» 266.100,00 €.

«...» 269.021,04 €.

«...» 283.732,04 €.

«...» 320.000,00 €.

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή Διαγωνισμού, με το ανωτέρω Πρακτικό της, κήρυξε προσωρινή ανάδοχο του διαγωνισμού την εταιρεία «...». Το ανωτέρω Πρακτικό εγκρίθηκε δυνάμει της υπ' αρ. 4336 απόφασης της 988/14-02-2022 Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» Εν συνεχεία, η εταιρεία «...»

προσκλήθηκε σε υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία κρίθηκαν αποδεκτά με βάση τους όρους της Διακήρυξης, σύμφωνα με το από 31-03-2022 Πρακτικό Ελέγχου Δικαιολογητικών και Κατακύρωσης Σύμβασης της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού. Το ως άνω Πρακτικό εγκρίθηκε δυνάμει της υπ' αρ. 4403/13-04-2022 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» (Συνεδρίαση 996/13-04-2022, ΑΔΑ: «...»), με την οποία ο διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην εταιρεία «...», με συνολικό συμβατικό τίμημα ποσού 253.682,88 € πλέον ΦΠΑ, για χρονικό διάστημα δύο (2) μηνών. Η ανωτέρω απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της «...», όπως επίσης και η υπ' αρ. 4336/14-02-2022 απόφαση του ίδιου οργάνου και όλα τα προαναφερθέντα Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού κοινοποιήθηκαν στις 11-05-2022 δια του υπ' αρ. πρωτ. 6034/10-05-2022 εγγράφου του Προέδρου Δ.Σ. και Διευθύνοντος Συμβούλου της «...». Κατά της ανωτέρω απόφασης η εταιρεία «...» άσκησε την από 23.05.2022 προδικαστική προσφυγή της του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, καθ' ο μέρος η Αναθέτουσα Αρχή έκανε δεκτή την υποβληθείσα προσφορά της «...» (νυν προσφεύγουσας) και την ανέδειξε προσωρινή και εν συνεχεία οριστική ανάδοχο του υπό κρίση διαγωνισμού. Επί της ανωτέρω προσφυγής η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. εξέδωσε την υπ' αριθμ. 996/2022 απόφαση, με την οποία απέρριψε εξ ολοκλήρου την Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 720/24.05.2022 της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» κατά της υπ' αριθμ. 4336/14-02-2022 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «...», με την οποία αποφασίσθηκε η αποδοχή της προσφοράς της (νυν) προσφεύγουσας και η ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου του υπό κρίση διαγωνισμού, και κατά της υπ' αριθμ. 4403/13-04-2022 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «...», με την οποία αποφασίσθηκε η κατακύρωση του υπό κρίση διαγωνισμού στην (νυν) προσφεύγουσα, με συνολικό συμβατικό τίμημα ποσού 253.682,88 € πλέον ΦΠΑ, για χρονικό διάστημα δύο (2) μηνών. Κατά της ανωτέρω απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. η εταιρεία «...» άσκησε την υπ' αριθμό καταχώρισης ΑΚ1279/14-7-2022 αίτηση ακύρωσης και αναστολής της, με την οποία αιτήθηκε την ακύρωση και την αναστολή εκτέλεσης της υπ' αριθμ. 996/2022 απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Επί

της ανωτέρω αίτησης ακύρωσης και αναστολής εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Α2263/29-11-2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (ΙΔ' Τμήμα), με την οποία έγινε δεκτή η ως άνω αίτηση. Ακολούθως, στις 17.03.2023 γνωστοποιήθηκε η υπ' αρ. πρωτ. 4012/17.03.2023 επιστολή κοινοποίησης με Θέμα: «...», με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών «...» της «...» -Κοινοποίηση απόφασης κατακύρωσης, με την οποία κοινοποιήθηκαν η υπ' αριθμ. 4805/25.01.2023 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της «...», με την οποία, κατόπιν συμμόρφωσης προς την υπ' αριθμ. 2263/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, αποφασίσθηκε η έγκριση του από 19.01.2023 πρακτικού της Επιτροπής αξιολόγησης του Διαγωνισμού, «...», και η κήρυξη της εταιρείας «...», ως νέας προσωρινής αναδόχου του εν θέματι διαγωνισμού, «...», και η υπ' αριθμ. 4889/09.03.2023 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της «...», με την οποία αποφασίσθηκε, 1. η έγκριση του από 03.03.23 πρακτικού της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού «...» με αντικείμενο την «...», και 2. η κατακύρωση του εν θέματι διαγωνισμού «...» στον οικονομικό φορέα «...», με προσφερόμενο συνολικό τίμημα το ποσό των διακοσίων εξήντα έξι χιλιάδων εκατό Ευρώ (266.100,00€) πλέον ΦΠΑ., χωρίς να διαταχθεί η άρση εμπιστευτικότητας των αναλυτικών περιοδικών δηλώσεων του προσωπικού της εν λόγω εταιρείας.

2. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός προκηρύχθηκε από την ανώνυμη εταιρεία, με την επωνυμία «...» (και διακριτικό τίτλο «...»). Η εταιρεία αυτή ιδρύθηκε κατόπιν απορρόφησης των εταιρειών «...» και «...» από την «...», και μετονομασία της τελευταίας, κατά τις διατάξεις του ν. 3920/2011, δυνάμει της «...» κοινής απόφασης των Υπουργών Οικονομικών και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων («...»). Η «...» υπάγεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 7 παρ. 1 του ν. 3920/2011, στον ν. 3429/2005 περί Δημοσίων Επιχειρήσεων και Οργανισμών και έχει ως κύρια αρμοδιότητα την εκτέλεση «...» μέσα στα όρια της Περιφέρειας «...» με «...». Η «...», από την 1.1.2018, αποτελεί θυγατρική της «...», η οποία λειτουργεί χάριν του δημοσίου συμφέροντος, σύμφωνα με τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας, και εξυπηρετεί ειδικό δημόσιο σκοπό, οι μετοχές της οποίας ανήκουν στο σύνολό

τους στο «...» (βλ. άρθρα 184 παρ.1, 185 παρ.1, 187 παρ.1, 197 παρ.1 και Παράρτημα Δ του ν. 4389/2016 Α'94). Επομένως, η «...» αποτελεί «αναθέτοντα φορέα» στον τομέα των «...», κατά την έννοια του άρθρου 224 παρ.1 και 2 του ν. 4412/2016 (άρθρα 4 παρ. 1 και 2 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ (ΕΕ L 94) (βλ. ΕΑ ΣτΕ 43/2019), όπως, άλλωστε, είχε ήδη κριθεί υπό την ισχύ της οδηγίας 2004/17/ΕΕ (βλ. Ε.Α. 19,20/2020, 220-226/2013, 108/2014, 386/2015, 10/2017 κ.ά.).

3.Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», εξοφληθέν δυνάμει του αποδεικτικού εξόφλησης, δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 1.600,00 €.

4. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλη και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

5. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, δεδομένου ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στις 17/03/2023, η δε προσφυγή εμπρόθεσμα ασκείται στις 27/03/2023, ημέρα Δευτέρα.

6. Επειδή, με το από 12/04/2023 έγγραφό του, το οποίο κοινοποίησε, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς «όλους τους συμμετέχοντες» λόγω διαπιστωμένης δυσλειτουργίας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (βλ. υπ' αριθ. πρωτ. ΥΨΗΔ 19102/11.04.2023 ανακοίνωση της υπηρεσίας μας με τίτλο «Αναβάθμιση του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ – Νέες

παραμετροποιήσεις & λειτουργικότητες»), ο αναθέτων Φορέας υπέβαλε τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής, με τις οποίες υπεραμύνεται της νομιμότητας της προσβαλλόμενης.

7. Επειδή, στην Διακήρυξη, που διέπει τον διαγωνισμό, ορίζονται τα ακόλουθα: «Στον όρο 2.4.6 της Διακήρυξης προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, και ενδεικτικώς προσφορά α) ... 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 παρούσης διακήρυξης,...». Στον δε όρο 2.4.4 «Περιεχόμενα Φακέλου 'Οικονομική Προσφορά/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» της Διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα II της διακήρυξης και σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 3863/2010, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι οικονομικοί φορείς που παρέχουν υπηρεσίες «...», επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων».

8. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει, ότι «.....όλως μη νομίμως με την υπ' αριθμ. 4889/09.03.2023 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής έγιναν δεκτά τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης της εταιρείας «...» και όλως μη

νομίμως αναδείχθηκε η ως άνω εταιρεία ως ανάδοχος του υπό κρίση διαγωνισμού. Και τούτο διότι η εν λόγω εταιρεία έχει υποβάλει τις αναλυτικές περιοδικές δηλώσεις (ΑΠΔ) του προσωπικού της ως εμπιστευτικά αρχεία, παραβιάζοντας τις διατάξεις της υπό κρίση διακήρυξης και του Ν. 4412/2016, που διέπει την υπό κρίση διαδικασία ανάθεσης. Ειδικότερα, στον όρο 2.4.2.3. στη σελ. 31 της διακήρυξης αναφέρεται ότι: «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. 4412/2016. Εφόσον ένας οικονομικός φορέας χαρακτηρίζει πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του, αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. Δεν χαρακτηρίζονται ως εμπιστευτικές πληροφορίες σχετικά με τις τιμές μονάδος, τις προσφερόμενες ποσότητες, την οικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της.» Παράλληλα, στο άρθρο 21 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται 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. 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.» Από τη γραμματική διατύπωση των ανωτέρω όρων της διακήρυξης και του νόμου συνάγεται ότι καταρχήν οι προσφέροντες έχουν τη δυνατότητα υποβολής εγγράφων της προσφοράς τους ως εμπιστευτικών, πλην όμως τα έγγραφα αυτά σε καμία περίπτωση δεν θα πρέπει να αφορούν μεταξύ άλλων στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της. Σε περίπτωση δε που χαρακτηρισθούν ως «εμπιστευτικά» αρχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να άρει

την εμπιστευτικότητα αυτών και να καταστήσει τα στοιχεία αυτά προσβάσιμα στους έτερους συμμετέχοντες.Εν προκειμένω, η εταιρεία «...», μεταξύ των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπέβαλε, προσκόμισε Αναλυτικές Περιοδικές Δηλώσεις (ΑΠΔ), που χαρακτηρίζει ως «ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΕΣ», κατά ΠΛΗΡΗ ΚΑΤΑΧΡΗΣΤΙΚΟΤΗΤΑ και κατάΠΑΡΑΒΑΣΗ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΙ ΤΗΣ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑΣ που διέπει αυτήν, καθότι όπως αναφέρεται ανωτέρω, δεν χαρακτηρίζονται ως «ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΑ» αρχεία σχετικά με την προσφορά που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της.Πιο συγκεκριμένα, οι Αναλυτικές Περιοδικές Δηλώσεις προσωπικού χρησιμοποιούνται από την Αναθέτουσα Αρχή για την αξιολόγηση της πλήρωσης ή μη των κριτηρίων επιλογής για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.Επομένως, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να διατάξει την άρση της εμπιστευτικότητας των Αναλυτικών Περιοδικών Δηλώσεων που υπέβαλε η εταιρεία «...», τις οποίες χαρακτηρίζει ως «ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΕΣ» κατά πλήρη καταχρηστικότητα και κατά παράβαση της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, δεδομένου ότι τα ως άνω έγγραφα ως στοιχεία που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση της πλήρωσης ή μη των κριτηρίων επιλογής για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, δεν χαρακτηρίζονται ως «εμπιστευτικά», σύμφωνα με τον όρο 2.4.2.3. στη σελ. 31 της διακήρυξης. Συνεπώς, μη νόμιμα και κατά παράβαση της διακήρυξης, η Αναθέτουσα Αρχή με την υπ' αριθμ. 4889/09.03.2023 απόφαση αποδέχθηκε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της εταιρείας «...», χωρίς να διατάξει την άρση εμπιστευτικότητας των αναλυτικών περιοδικών δηλώσεων του προσωπικού της εν λόγω εταιρείας, κατά πρόδηλη και κατάφωρη παραβίαση της αρχής της διαφάνειας, της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της αρχής του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού και της αρχής της νομιμότητας».

9. Επειδή,ο αναθέτων Φορέας ως προς την προσφυγή, διά των προδιαληφθεισών απόψεών του, υπεραμύνεται της νομιμότητας της προσβαλλόμενης, αιτούμενος την απόρριψη της εξεταζόμενης προσφυγής,το αυτό δε αιτείται και η παρεμβαίνουσα.

10. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλλου και τους εκατέρωθεν ισχυρισμούς, ως προς την εξεταζόμενη προσφυγή,λεκτέα τα κάτωθι. Η

προσφεύγουσα έχει αποκλεισθεί οριστικά από τον επίμαχο διαγωνισμό, δυνάμει της υπ' αρ. 2263/2022 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Συγκεκριμένα, με την ανωτέρω απόφαση, κατ' αποδοχή της υπ' αριθμό καταχώρισης ΑΚ1279/2022 αίτησης αναστολής και ακύρωσης της «...» (νυν παρεμβαίνουσας), κρίθηκε, ότι η προσφορά της εκεί παρεμβαίνουσας, «...», (νυν προσφεύγουσας) είναι μη νόμιμη με την εξής αιτιολογία: «10. Επειδή, όπως συνάγεται από τις διατάξεις που αναφέρονται στην πέμπτη (5η) σκέψη της παρούσας απόφασης, στους απασχολούμενους με ημερομίσθιο από την έναρξη της εργασίας τους και μέχρι τη συμπλήρωση δώδεκα (12) μηνών συνεχούς απασχόλησης, οι ημέρες αδείας υπολογίζονται σε είκοσι τέσσερις (24) κατ' ανώτατο αριθμό, ενώ, αντιστοίχως οι αποδοχές αργίας κατ' ανώτατο αριθμό σε δεκατρία (13) ημερομίσθια, ενώ, μόνο στην περίπτωση διαλείπουσας εργασίας ή εκ περιτροπής εργασίας, ο μισθωτός δικαιούται, και μετά τη συμπλήρωση δωδεκάμηνης σχέσης εργασίας, κάθε ημερολογιακό έτος, άδεια με αποδοχές ίση με το ένα δωδέκατο της άδειας που προβλέπεται για κάθε μήνα απασχόλησης από την πρόσληψή του. Επομένως, εργαζόμενος για χρονικό διάστημα ενός (1) μηνός δικαιούται επίδομα αδείας ίσο με τις αποδοχές δύο ημερών και μέχρι της συμπληρώσεως κατ' ανώτατο όριο των αποδοχών των 13 ημερομισθίων, οπότε και οι αποδοχές αργίας χορηγούνται πλήρως από τον 7ο και μετά (έως και τον 12ο) μήνα απασχόλησης. Κατόπιν αυτών, εφόσον η διάρκεια της ένδικης σύμβασης έχει προβλεφθεί για δυο μήνες, το επίδομα αδείας κάθε απασχολούμενου σε αυτήν αντιστοιχεί σε αποδοχές 2 ημερομισθίων ανά μήνα και όχι στην αναλογία των δεκατριών (13) ημερομισθίων σε 12μηνη βάση (δηλαδή $13/12 = 1,0833$). Συνεπώς, υπό τα δεδομένα αυτά, η κρίση της προσβαλλόμενης απόφασης περί του ότι η παρεμβαίνουσα [σ.σ. η εταιρεία «...»] υπολόγισε ορθώς το κόστος του επιδόματος αδείας του προσωπικού που θα απασχολήσει είναι μη νόμιμη κατά τα βασίμως προσβαλλόμενα από την αιτούσα. Και τούτο διότι με τον ως άνω υπολογισμό δεν καλύπτεται το απαιτούμενο από τη διακήρυξη σύμφωνα με το άρθρο 2.4.4 ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος για την καταβολή του επιδόματος αδείας. Τα δε αντίθετα προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Συναφώς είναι απορριπτέος και

ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι ο υπολογισμός της είναι νόμιμος δεδομένου ότι το προσωπικό που θα προσληφθεί για την εκτέλεση της υπό ανάθεση μηνιαίας σύμβασης δεν θα απολυθεί. Και τούτο διότι πρόκειται περί ενός υποθετικού ισχυρισμού, μελλοντικού και αβέβαιου ο οποίος δεν μπορεί να επηρεάσει την υποχρέωση της παρεμβαίνουσας να υπολογίσει το προσωπικό που θα προσλάβει για την εκτέλεση της επίμαχης μηνιαίας σύμβασης αναλογία επιδόματος αδείας ίση με 2 ημερομίσθια, διότι αυτό το ποσό θα υποχρεωθεί να καταβάλει στο νεοπροσληφθέν προσωπικό της κατά τη διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης σε περίπτωση που αυτό λάβει την αναλογία της αδείας που δικαιούται, όπως βασίμως υποστηρίζει η αιτούσα. Ενόψει των ανωτέρω η εξέταση των λοιπών λόγων της υπό κρίση αίτηση αποβαίνει αλυσιτελής».Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της δεν προβάλλει λόγους ακύρωσης των προσβαλλόμενων πράξεων που ερείδονται σε τυχόν παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης, καθώς δεν αιτείται τον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας από τον διαγωνισμό για τον ίδιο λόγο, για τον οποίο αποκλείσθηκε και η ίδια, δηλαδή για μη ορθό υπολογισμό του κόστους επιδόματος αδείας. Αντίθετα, προβάλλει ένα μόνο λόγο ακύρωσης, ο οποίος συνίσταται στην μη νομιμότητα της υπ' αρ. 4889/09-03-2023 απόφασης κατά το μέρος της, με το οποίο έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα, χωρίς να άρει την εμπιστευτικότητα των Αναλυτικών Περιοδικών Δηλώσεων (ΑΠΔ), που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα με την ένδειξη «Εμπιστευτικό».Ειδικότερα, η υποβολή των Αναλυτικών Περιοδικών Δηλώσεων, ως δικαιολογητικών κατακύρωσης, προεβλέπετο από την Διακήρυξη, για την απόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής του όρου 2.2.6 περ. Β', κατά τον οποίον «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν τουλάχιστον 100 άτομα, μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με ειδικότητα '...', κατά την τελευταία τριετία (2018, 2019, 2020) ή για όσο χρόνο βρίσκονται σε νόμιμη λειτουργία εάν αυτός είναι μικρότερος από τα τρία (3) έτη».Συγκεκριμένα, στον όρο 2.2.9.2. περ. Β4 της Διακήρυξης προεβλέπετο ρητώς, ότι: «...Για την απαίτηση 2.2.6Β θα προσκομιστεί η τελευταία Αναλυτική Περιοδική Δήλωση (ΑΠΔ) του τρέχοντος έτους καθώς και οι Αναλυτικές

Περιοδικές Δηλώσεις (ΑΠΔ) των αντίστοιχων περιόδων των τριών (3) προηγούμενων ετών από τον ΕΦΚΑ, καθώς και τααντίστοιχα ηλεκτρονικά αρχεία και τις σχετικές καταστάσεις επιθεώρησης εργασίας προσωπικού».Επομένως, από τις Αναλυτικές Περιοδικές Δηλώσεις (εφ' εξής: «ΑΠΔ») των ετών 2018-2023, οι οποίες χαρακτηρίστηκαν ως εμπιστευτικά αρχεία και στις οποίες δεν είχε ως εκ τούτου πρόσβαση η προσφεύγουσα, δεν είναι δυνατόν να συντρέξει λόγος ακύρωσης, που να θεμελιώνει παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης, καθώς οι εν λόγω ΑΠΔ απαιτούντο μόνο προς απόδειξη του ότι η παρεμβαίνουσα διέθετε τουλάχιστον 100 άτομα, μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με ειδικότητα «...», κατά την τελευταία τριετία (2018,2019,2020), ενώ η προσφεύγουσα έχει αποκλεισθεί λόγω μη νόμιμου υπολογισμού του εργατικού της κόστους.Για τον δε υπολογισμό του εργατικού κόστους της παρεμβαίνουσας, αυτή έχει υποβάλει στον φάκελλο της προσφοράς της πλήρη ανάλυση, η οποία ήταν γνωστή στην προσφεύγουσα, ήδη από προηγούμενο στάδιο του διαγωνισμού.Περαιτέρω, το γεγονός, ότι η παρεμβαίνουσα διέθετε τουλάχιστον 100 άτομα, μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με ειδικότητα «...», κατά την τελευταία τριετία (2018, 2019, 2020), προέκυπτε και από τους Πίνακες Προσωπικού Επιθεώρησης Εργασίας, που υπέβαλε στον φάκελλο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και στους οποίους είχε κανονικά πρόσβαση η προσφεύγουσα.Επισημαίνεται, άλλωστε, ότι και η ίδια η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της, για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, αποκλειστικά στον ισχυρισμό, ότι ζημιώνεται «από τη μη νόμιμη απόφαση συνέχισης του υπό κρίση διαγωνισμού και την μη νόμιμη αξιολόγηση και αποδοχή προσφοράς εν κρυπτώ και χωρίς τα στοιχεία αυτά να είναι δημόσια», απόφαση η οποία «θίγει άμεσα τα έννομα συμφέροντά» της, δεδομένου ότι «νόμιμα συμμετέχουμε [ει] στον υπό κρίση διαγωνισμό και νόμιμα προσδοκούμε[κα] την υπογραφή της σχετικής σύμβασης» (σελ. 9 της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής). Ουδόλως επικαλείται, επομένως, η προσφεύγουσα τυχόν παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης προς υποστήριξη του εννόμου συμφέροντός της για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής.Όμως, ακόμα και αν γίνει δεκτή η προσφυγή της προσφεύγουσας εναντίον της παρεμβαίνουσας,

η προσφεύγουσα δεν θα αντλήσει καμία ωφέλεια από την τυχόναποδοχή της παρούσας προσφυγής, διότι η αποδοχή αυτή δεν θα θεραπεύσει τις πλημμέλειες της δικής της προσφοράς, οι οποίες έχουν κριθεί τελεσιδίκως με την υπ' αρ. 2263/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ενώ από τα εν λόγω αρχεία των ΑΠΔ, που χαρακτηρίστηκαν ως εμπιστευτικά, δεν είναι δυνατόν να απορρεύσει σε βάρος της παρεμβαίνουσας λόγος αποκλεισμού όμοιος με τον λόγο που διαπιστώθηκε σε βάρος της προσφεύγουσας από την ανωτέρω δικαστική απόφαση.

11. Επειδή, όλως επικουρικώς, λεκτέα τα κάτωθι. Η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων, ισχυριζόμενη ότι «η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να διατάξει την άρση της εμπιστευτικότητας των Αναλυτικών Περιοδικών Δηλώσεων», που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα ως εμπιστευτικές «κατά πλήρη καταχρηστικότητα και κατά παράβαση της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν δεδομένου ότι τα ως άνω έγγραφα ως στοιχεία που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση της πλήρωσης ή μη των κριτηρίων επιλογής για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, δεν χαρακτηρίζονται ως 'εμπιστευτικά', σύμφωνα με τον όρο 2.4.2.3 στη σελ. 31 της διακήρυξης». Στο άρθρο 21 παρ. 3 και 4 του ν. 4412/2016, προβλέπονται τα εξής: «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, τηνοικονομική προσφορά και τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγησή της». Οι ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 21 του ν. 4412/2016 έχουν μάλιστα ενσωματωθεί στον όρο 2.4.2.3 περ. β' της Διακήρυξης. Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει με σαφήνεια, ότι απαγορεύεται να 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. Τέτοια

περίπτωση, ωστόσο, δεν συντρέχει εν προκειμένω, καθώς οι επίμαχες ΑΠΔ, που χαρακτηρίστηκαν ως εμπιστευτικές από την παρεμβαίνουσα, δεν αποτελούσαν μέρος της τεχνικής της προσφοράς ούτε σχετίζοντο με την οικονομική της προσφορά και δεν ενέπιπταν στην απαγόρευση της παρ. 4 του άρθρου 21 του ν. 4412/2016 και του όρου 2.4.2.3 περ. β' της Διακήρυξης. Περαιτέρω, τα επίμαχα αρχεία των ΑΠΔ, που χαρακτηρίστηκαν από την παρεμβαίνουσα ως εμπιστευτικά, δεν περιέχουν τεχνικό ή εμπορικό απόρρητο και κατά συνέπεια η παρεμβαίνουσα δεν ήταν υποχρεωμένη ν' αναφέρει ρητώς συγκεκριμένες διατάξεις νόμου ή διοικητικές πράξεις που τυχόν επέβαλαν την εμπιστευτικότητα των συγκεκριμένων πληροφοριών. Η παρεμβαίνουσα χαρακτήρισε τα εν λόγω αρχεία ως εμπιστευτικά, διότι σε αυτά εμφανίζονται οι αμοιβές του συνόλου του προσωπικού της, οι οποίες όμως δεν έχουν σχέση με το ζητούμενο από την Διακήρυξη κριτήριο επιλογής, προς απόδειξη του οποίου υποβλήθηκαν οι επίμαχες ΑΠΔ. Ο χαρακτηρισμός των εν λόγω αρχείων των ΑΠΔ ως εμπιστευτικών από την παρεμβαίνουσα ήταν νόμιμος, καθώς περιέχει κρίσιμα για την προστασία της από τον ανταγωνισμό μισθολογικά στοιχεία του συνόλου του προσωπικού της, που, όμως, δεν αφορούν και δεν σχετίζονται με την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, απλά προσκομίζονται για λόγους πληρότητας της οικονομικής προσφοράς ενώ, περαιτέρω, τα μισθολογικά αυτά στοιχεία συνιστούν και προσωπικά δεδομένα του προσωπικού της. Επομένως, συννόμως εκρίθη, ότι δεν συντρέχει λόγος αποχαρακτηρισμού των εν λόγω αρχείων από εμπιστευτικά. Εξάλλου, η πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του όρου 2.2.6 περ. Β' της Διακήρυξης («τουλάχιστον 100 άτομα, μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με ειδικότητα '...', κατά την τελευταία τριετία (2018,2019,2020)») αποδείχθηκε και από τις υποβληθείσες από την παρεμβαίνουσα καταστάσεις προσωπικού που έχουν κατατεθεί στην Επιθεώρηση Εργασίας κατά τον κρίσιμο χρόνο. Επομένως, δεν καταλείπεται αμφιβολία, ότι από την παρεμβαίνουσα πληρούται το ανωτέρω κριτήριο επιλογής του όρου 2.2.6 περ. Β' της Διακήρυξης και ότι ο χαρακτηρισμός των επίμαχων αρχείων των ΑΠΔ ως εμπιστευτικών ουδεμία έννομη συνέπεια έχει για την προσφεύγουσα, η οποία έχει ήδη διαπιστώσει ότι

η παρεμβαίνουσα πληροί το κριτήριο επιλογής, για το οποίο ζητούντο από την Διακήρυξη και υποβλήθηκαν οι ΑΠΔ.Επισημαίνεται σε κάθε περίπτωση ότι, όπως έχει κριθεί, ο χαρακτηρισμός και μόνον εγγράφων, ως εμπιστευτικών, δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού, καθώς σε καμία περίπτωση δεν ισοδυναμεί με μη προσκόμιση αυτών (ΑΕΠΠ 170-171/2017), καθώς και ότι η προσφεύγουσα δεν προβάλλει, ότι ζήτησε τον αποχαρακτηρισμό των συγκεκριμένων αρχείων, επικαλούμενη συγκεκριμένη βλάβη από τον χαρακτηρισμό αυτόν και ότι ο αναθέτων Φορέας αρνήθηκε να χορηγήσει την σχετική πρόσβαση αναιτιολόγητα ή με πλημμελή αιτιολογία.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ν' απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο, που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση επ' αυτής.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 03 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 19 Μαΐου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ