

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 06^η Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να συνεξετάσει προς αποφυγή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων:
α) την, από 27.04.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 598/28.04.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και β) την, από 02.05.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 620/02.05.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά της ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» όπως εκπροσωπείται νόμιμα. Και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με τις υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές, οι προσφεύγουσες αιτούνται όπως ακυρωθεί η με αριθμό2023 απόφαση του Δ.Σ. της «....» (στην οποία έχουν ενσωματωθεί η με αριθμ.2023 και η με αριθμ. ...023 αποφάσεις του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής), κατ' αποδοχή του, από 05.04.2023, πρακτικού ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής διενέργειας, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης – παρακολούθησης – ελέγχου παντός εισερχόμενου στους χώρους της ...», εκτιμώμενης αξίας 905.000,00€, πλέον Φ.Π.Α 24%, κωδικός CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά

βάσει τιμής (με αριθμ. πρωτ.2022 διακήρυξη, συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την παρέμβασή της, η 1^η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η 1^η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της εν λόγω προσφεύγουσας, ενώ η δική της προσφορά έγινε αποδεκτή, με συνέπεια να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης.

Με την παρέμβασή της, η 2^η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η 2^η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, στην οποία δεν περιλαμβάνονται οι πρόσθετοι λόγοι απόρριψης της προσφοράς της, τους οποίους προβάλλει η εν λόγω προσφεύγουσα.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της 1^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού τεσσάρων χιλιάδων πεντακοσίων είκοσι πέντε ευρώ 4.525,00€ αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός). Επειδή, για την άσκηση της 2^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού τεσσάρων χιλιάδων πεντακοσίων είκοσι πέντε ευρώ 4.525,00€ αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η 1^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 27.04.2023, προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ

598/28.04.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού. Επειδή, περαιτέρω, η 2^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 02.05.2023, προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 620/02.05.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα οι ως άνω προσφεύγουσες προσβάλλουν την υπ' αριθμ. .../5/2023 πράξη της αναθέτουσας αρχής (και τις ενσωματωθείσες σε αυτήν πράξεις), καθόσον οι κατ' αυτής προδικαστικές προσφυγές έχουν κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 19.04.2023.

4. Επειδή, η 1^η προσφεύγουσα, που υπέβαλε τη με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής με την οποία στρέφεται κατά του αποκλεισμού της και κατά της αποδοχής της προσφοράς του προσωρινού μειοδότη. Πιο συγκεκριμένα, η 1^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την συμπροσβαλλόμενη υπ' αριθμ.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής: 1) μη νομίμως απορρίφθηκε η δική της προσφορά, με το σκεπτικό ότι: i) υπολόγισε εσφαλμένα το κόστος των εργοδοτικών ασφαλιστικών εισφορών (με ποσοστό 22,29%), παρά την αντίθετη ρητή πρόβλεψη του άρθρ. 2.4.4. της διακήρυξης και ii) υπολόγισε εσφαλμένα το επίδομα αδείας και την ετήσια άδεια των εργαζομένων και 2) μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...», διότι προέβη σε υπολογισμό του επιδόματος αδείας, χωρίς να λάβει υπόψη της τη συγκεκριμένη διάρκεια της προς ανάθεση σύμβασης.

5. Επειδή, η 2^η προσφεύγουσα που αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της εν λόγω σύμβασης, διότι προσέφερε την χαμηλότερη τιμή για διάρκεια δύο ετών, ήτοι, 893.588,40€, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προδικαστικής

προσφυγής, με την οποία προβάλλει πρόσθετους λόγους, για τους οποίους θα έπρεπε να απορριφθεί η ήδη απορριφθείσα προσφορά της «...». Ειδικά ως προς το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της παρούσας προσφυγής, η εν λόγω εταιρεία αναφέρει: «...Καταρχήν η εταιρεία ... δυνάμει της πληττόμενης απόφασης της ... απορρίφθηκε από την διαγωνιστική διαδικασία μόνο για την πλημμέλεια που διαγνώσθηκε στην οικονομική της προσφορά. Συνεπώς, θεωρείται προσωρινώς αποκλεισθείσα θεμελιώνοντας έννομο συμφέρον να βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς της. Με δεδομένη την δυνατότητα της εν λόγω εταιρείας να βάλλει κατά του μέχρι τώρα μη οριστικού αποκλεισμού της δια άσκησης σχετικής προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, η εταιρεία μας θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την προβολή επιπρόσθετων λόγων αποκλεισμού κατά του εν λόγω οικονομικού φορέα αφού τυχόν αποδοχή αυτής θα οδηγούσε εκ νέου στον αποκλεισμό της από την επίδικη διαγωνιστική διαδικασία (adhoc 334/2020 απόφαση ΔΕΦΑθηνών Τμήμα ΙΒ'). Άλλωστε τούτο έχει γίνει δεκτό και δυνάμει της με αριθμ. 204/2021 αποφάσεως του ΔΕΦΑθηνών (Σε Συμβούλιο) αφορώσα διαγωνισμό καθαριότητας, σύμφωνα με την οποία κρίθηκε [...] Σύμφωνα με την πρόσφατη πάγια νομολογία (adhoc ΣτΕ 1573/2019 σκέψη 10, ΤριμΔΕΦΑΘ 986/2021 σκέψη 9, 1144/2020 σκέψη 8, ΤριμΔΕΦΘεσ/νίκης 307/2021 ΔΕφίωαν 16/2021 κ.α.), αναγνωρίζεται και στον προσωρινό ανάδοχο αλλά και στον εκάστοτε συμμετέχοντα έτερο οικονομικό φορέα που δεν έχει αποκλειστεί οριστικά έννομο συμφέρον να βάλλει κατά των προσφορών των ανταγωνιστών του...».

Ειδικότερα, η 2^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής η ήδη απορριφθείσα προσφορά της εταιρείας «...» θα έπρεπε, κατά την άποψή της, να είχε απορριφθεί και για τους κάτωθι πρόσθετους λόγους: α) μη νομίμως κλήθηκε όπως προσκομίσει, βάσει του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, νέα εγγυητική επιστολή συμμετοχής, στην οποία θα αναγραφόταν η ορθή ημερομηνία λήξεως της ισχύος της (04.02.2024), αφού στην αρχικώς υποβληθείσα εγγυητική επιστολή της αναγραφόταν εσφαλμένη ημερομηνία λήξεως (30.04.2023), κατά παράβαση του άρθρου 2.1.5. και της παρ. 2.2.2.1 της διακήρυξης, ως περαιτέρω διευκρινίστηκαν από την αναθέτουσα αρχή και

β) μη νομίμως κλήθηκε όπως συμπληρώσει, βάσει του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, το περιεχόμενο της ήδη υποβληθείσας υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 2.4.3.2. («Τεχνική προσφορά») στοιχείο 11 της διακήρυξης, ως προς το σκέλος ότι απασχολεί τουλάχιστον 100 άτομα.

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα 1^η παρέμβαση («...»), κατατέθηκε εμπρόθεσμα (08.05.2023), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της 1^{ης} προδικαστικής προσφυγής στις 28.04.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της εν λόγω προσφεύγουσας, ενώ η δική της προσφορά έγινε αποδεκτή, με συνέπεια να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα 2^η παρέμβαση («...»), κατατέθηκε εμπρόθεσμα (05.05.2023), ήτοι, τρεις (03) ημέρες μετά την κοινοποίηση της 2^{ης} προδικαστικής προσφυγής στις 02.05.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η 2^η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία απορρίφθηκε μεν η προσφορά της, αλλά όχι για τους πρόσθετους λόγους τους οποίους προβάλλει η εν λόγω εταιρεία στην προσφυγή της. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. ...2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με τις υπό κρίση προδικαστικές προσφυγές, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων που αφορούν στην 1^η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, προκύπτουν τα εξής:

- 1^{ος} λόγος προσφυγής: μη νόμιμη απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας λόγω εσφαλμένου υπολογισμού των ασφαλιστικών εισφορών. Α) Στο άρθρο 2.4.4. («Περιεχόμενα Φακέλου “Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών») της

διακήρυξης, ορίζεται ρητώς και σαφώς ότι: «... Οι ασφαλιστικές εισφορές στον προϋπολογισμό της παρούσας, όπως και στις κατατιθέμενες προσφορές των συμμετεχόντων, θα υπολογισθούν με βάση τους ισχύοντες συντελεστές του ΕΦΚΑ την ημερομηνία πρωτοκόλλου της Διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση αλλαγής της ΕΓΣΣΕΕ και των πάσης φύσεως αποδοχών των εργαζομένων και εργοδοτικών εισφορών θα επέρχεται αυτομάτως αντίστοιχη ισόποση αναπροσαρμογή (αυξομείωση) του οικονομικού μέρους της σύμβασης, η υπογραφή της οποίας θα συνιστά κοινή συμφωνία των μερών στην αυξομείωση και σχετική μεταβολή της σύμβασης. Κάθε προσφορά η οποία θα είναι κατώτερη του προϋπολογισμένου εργατικού κόστους από τα αρμόδια όργανα της ... (και η οποία σαφέστατα αναλύεται στην αιτιολογική έκθεση της Διακήρυξης σύμφωνα με το άρθρο 44 του Ν. 4412/2021 και αποτελεί εσωτερικό έγγραφο της), θα απορρίπτεται από την συνέχεια του διαγωνισμού [...] ΓΕΝΙΚΕΣ ΠΑΡΑΔΟΧΕΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΣΥΝΤΑΞΗ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ, με σκοπό τον βέλτιστο έλεγχο των οικονομικών προσφορών και με γνώμονα ότι οι υποβαλλόμενες προσφορές θα εξετασθούν επί ίσοις όροις και τα ίδια κριτήρια : [...] Οι συμμετέχοντες υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να υπολογίσουν τις αναλογούσες ασφαλιστικές εισφορές στις οικονομικές προσφορές τους, λαμβάνοντας υπόψη το νομικό καθεστώς για όλη την διάρκεια της προς ανάθεση σύμβασης και όχι εξαγγελιών οι οποίες δεν έχουν νομοθετηθεί ή και εγκριθεί...». Επίσης, στο άρθρο 1.3. («Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης») παρ. 1 της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «Η διακήρυξη συντάχθηκε, εγκρίθηκε και δημοσιεύτηκε σύμφωνα με τις προβλεπόμενες αρχές δημοσιότητας δημοσίων συμβάσεων, έλαβε υπόψη της την ισχύουσα νομοθεσία και εγκυκλίους για το ποσοστό των ασφαλιστικών εισφορών και μόνο αυτό, ήτοι ποσοστό 24,03% και βάσει αυτού θα ελεγχθούν και θα αξιολογηθούν οι προσφορές των συμμετεχόντων...».

Β) Από τη σαφή διατύπωση των ως άνω όρων της διακήρυξης, προκύπτει ότι, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, η 1^η προσφεύγουσα υπολόγισε εσφαλμένα το κόστος των εργοδοτικών/ασφαλιστικών εισφορών (με ποσοστό 22,29%), το οποίο αντιβαίνει τους όρους της διακήρυξης, αφού στον ισχύοντα - κατά την ημερομηνία δημοσίευσης της εν θέματι διακήρυξης (17.11.2022) - νόμο

4826/2021(ΦΕΚ 160/Α/07.09.2021), οριζόταν με σαφήνεια ότι το ποσοστό 22,29% θα ισχύσει έως την 31^η.12.2022 και στην συνέχεια, ήτοι, από 01.01.2023, θα επανέλθει στα αρχικά επίπεδα του άρθρου 38 του ν. 4387/2016. Ειδικότερα, στο άρθρο 81 του ν. 4826/2021 («Μείωση ασφαλιστικών εισφορών»), προβλεπόταν ότι: «1. Από την 1η Ιανουαρίου 2021 οι ασφαλιστικές εισφορές των μισθωτών εργαζομένων σε φορείς εκτός δημόσιων υπηρεσιών, αποκεντρωμένων διοικήσεων, Ο.Τ.Α. α' και β' βαθμού και νομικών προσώπων αυτών, νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου και νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου εντός Γενικής Κυβέρνησης, μειώνονται κατά τρεις (3) ποσοστιαίες μονάδες από το ύψος που είχε διαμορφωθεί την 1η.6.2020, ως ακολούθως: α) Κατά 1,85 ποσοστιαίες μονάδες (πμ) των ασφαλίσεων υπέρ κλάδου ανεργίας. Η μείωση επιμερίζεται κατά 1,49 πμ στο ασφάλιστρο του εργοδότη και κατά 0,36 πμ στο ασφάλιστρο του εργαζομένου. Το συνολικό ασφάλιστρο υπέρ ανεργίας διαμορφώνεται σε ποσοστό 2,4 % και κατανέμεται κατά 1,2 % στον εργοδότη και κατά 1,2 % στον εργαζόμενο. β) Κατά 0,30 ποσοστιαίες μονάδες (πμ) των ασφαλίσεων υπέρ του Ενιαίου Λογαριασμού για την εφαρμογή Κοινωνικών Πολιτικών (Ε.Λ.Ε.Κ.Π.) της περ. α' της παρ. 4 του άρθρου 34 του ν. 4144/2013 (Α' 88), η οποία μειώνεται κατά 0,12 πμ από την εργοδοτική εισφορά υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Ανεργίας (Ε.Κ.Λ.Α.), σύμφωνα με το άρθρο 15 του ν. 2224/1994 (Α' 122) και κατά 0,18 πμ από την εργοδοτική εισφορά υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Προγραμμάτων Επαγγελματικής Κατάρτισης και Εκπαίδευσης (Ε.Λ.Π.Ε.Κ.Ε.), σύμφωνα με το άρθρο 14 του ν. 2224/1994. Το συνολικό ασφάλιστρο της περ. α' της παρ. 4 του άρθρου 34 του ν. 4144/2013 διαμορφώνεται σε 0,16 % και κατανέμεται ως εξής: βα) Εργοδοτική εισφορά 0,06 % υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Προγραμμάτων Επαγγελματικής Κατάρτισης και Εκπαίδευσης (Ε.Λ.Π.Ε.Κ.Ε.), σύμφωνα με το άρθρο 14 του ν. 2224/1994. ββ) Εισφορά εργαζομένου 0,10 % υπέρ του Ειδικού Κοινού Λογαριασμού Ανεργίας (Ε.Κ.Λ.Α.), σύμφωνα με το άρθρο 15 του ν. 2224/1994. γ) Κατά 0,85 ποσοστιαίες μονάδες (πμ) των ασφαλίσεων υπέρ του Ενιαίου Λογαριασμού για την εφαρμογή Κοινωνικών Πολιτικών (Ε.Λ.Ε.Κ.Π.) της περ. β' της παρ. 4 του άρθρου 34 του ν. 4144/2013, η οποία μειώνεται από την εισφορά που προβλέπεται στο πρώτο εδάφιο της περ. β' της παρ. 1 του άρθρου 7 του ν.δ. 2963/1954 (Α' 195), και αφορά αποκλειστικά ασφάλιστρο του εργαζόμενου. Το

αντίστοιχο ασφάλιστρο του εργαζομένου υπέρ Ε.Λ.Ε.Κ.Π. διαμορφώνεται σε ποσοστό 0,35 % και αφορά ασφάλιστρο υπέρ πρώην ΟΕΕ (ν. 678/1977, Α` 246 και άρθρο 7 του ν. 3144/2003, Α` 111). 2. Από την εισφορά της περ. α` της παρ. 4 του άρθρου 34 του ν. 4144/2013 (κλάδος ΛΑΕΚ του Ε.Λ.Ε.Κ.Π. όπως αυτή διαμορφώνεται με βάση τις διατάξεις της περ. β), αποδίδεται πόρος στο Ελληνικό Ινστιτούτο Υγιεινής και Ασφάλειας της Εργασίας, στον Εθνικό Οργανισμό Πιστοποίησης Προσόντων και Επαγγελματικού Προσανατολισμού (ΕΟΠΠΕΠ), καθώς και στα ινστιτούτα και τα εκπαιδευτικά κέντρα, τα οποία έχουν ιδρυθεί ή θα ιδρυθούν με τη συμμετοχή της ΓΣΕΕ, του ΣΕΒ, της ΓΣΕ-ΒΕΕ, της ΕΣΕΕ, του ΣΕΤΕ και του ΣΒΒΕ. Για τους ανωτέρω φορείς, εκτός του ΕΟΠΠΕΠ, η απόδοση του πόρου από τον κλάδο ΛΑΕΚ μπορεί να ανέρχεται μέχρι ποσοστού τριάντα πέντε τοις εκατό (35%) επί του συνόλου των ετήσιων εισφορών που εισπράττονται από τον e-ΕΦΚΑ για λογαριασμό του κλάδου ΛΑΕΚ, ανεξαρτήτως του βαθμού απόδοσης αυτών στον ΟΑΕΔ. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται τα προβλεπόμενα στην παρ. 10 του άρθρου 1 του ν. 2434/1996 (Α` 188). 3. Οι διατάξεις του παρόντος άρθρου ισχύουν μέχρι την 31.12.2022».

Επομένως, λαμβανομένου υπόψη ότι στον ν. 4826/2021 τέθηκε μεν η ανωτέρω πρόβλεψη για επάνοδο του επίμαχου ασφαλιστικού ποσοστού στα αρχικό (αυξημένο) επίπεδο, εντούτοις, το ποσοστό αυτό δεν επανήλθε στο αρχικό επίπεδο με τον νέο νόμο 4997/2022, αλλά παρέμεινε στο μειωμένο ποσοστό 22,29%, προκύπτουν τα ακόλουθα: Επειδή, αφενός μεν, στην με αριθμ. πρωτ.2022 διακήρυξη τέθηκαν σαφείς διατάξεις, βάσει των οποίων οι ασφαλιστικές εισφορές θα έπρεπε να υπολογισθούν, με βάση τα αυξημένα ποσοστά που θα ίσχυαν από την 1η.01.2023 (βλ. άρθρα 1.3.1. και 2.4.4. της διακήρυξης, τα οποία, σημειωτέον, αποδέχθηκε πλήρως η προσφεύγουσα με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό), αφετέρου δε, ο νόμος 4997/2022 (ΦΕΚ 219 Α/25.11.2022), με τον οποίον θεσπίστηκε η διατήρηση των ασφαλιστικών εισφορών στο μειωμένο ποσοστό των 22,29% (βλ. άρθρο 5 αυτού), δημοσιεύθηκε στις 25.11.2022, η ως άνω νομοθετική πρόβλεψη για διατήρηση του μειωμένου ποσοστού 22,29% δεν θα μπορούσε να επηρεάσει την κρίση της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, αφού ο ως άνω νόμος δεν ήταν σε ισχύ κατά τον χρόνο δημοσίευσης της ένδικης διακήρυξης (17.11.2022), άλλως, αφού ο ν. 4997/2022 δεν

συνιστούσε το ισχύον «*νομικό καθεστώς*», υπό την έννοια του άρθρ. 2.4.4. της διακήρυξης, με το οποίο θα έπρεπε να υπολογιστούν τα επίμαχα ποσά από τους υποψηφίους. Ως εκ τούτου, κρίνονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τους οποίους για τον υπολογισμό των ασφαλιστικών εισφορών, θα έπρεπε να ληφθεί υπόψη ο χρόνος υποβολής των προσφορών (εν προκειμένω, 30.12.2022), κατά τον οποίον είχε ήδη δημοσιευθεί και ήταν σε ισχύ ο ν. 4997/2022, με τον οποίον (ως αναφέρει στην προσφυγή της) «*επαναλήφθηκε/οριστικοποιήθηκε επί της ουσίας*» το μειωμένο ασφαλιστικό ποσοστό και όχι ο χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης.

Καταληκτικά και δοθέντος ότι: i) οι σαφείς προβλέψεις των άρθρων 1.3.1. και 2.4.4. της διακήρυξης ως προς το ποσοστό των ασφαλιστικών εισφορών, που δεν καταλείπουν αμφιβολίες επί του περιεχόμενου τους στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το Δ.Ε.Ε, τέθηκαν για λόγους ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων κατά τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών και ii) κατά την ημερομηνία δημοσίευσης της ένδικης διακήρυξης δεν υπήρχε σε ισχύ κανένας νόμος, απόφαση ή εγκύκλιος, στον/ην οποίο/α να ορίζεται ότι το ασφαλιστικό ποσοστό για το έτος 2023 θα παραμείνει στο μειωμένο ποσοστό των 22,29%, κρίνεται ότι νομίμως απορρίφθηκε η υπό εξέταση προσφορά. Και τούτο, διότι ο επίμαχος υπολογισμός των ασφαλιστικών εισφορών, όχι μόνο δεν συνάδει με τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, ως αυτές ίσχυαν κατά τον χρόνο δημοσίευσης της εν θέματι διακήρυξης (17.11.2022), αλλά και διότι προσέδωσε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ της συγκεκριμένης εταιρείας σε βάρος της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας («...»), η οποία προέβη στους σχετικούς υπολογισμούς, με βάση το ορθό και δη αυξημένο ασφαλιστικό ποσοστό 24,08% (βλ. και υπ' αριθ. 2177/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΔ), με την οποία κρίθηκε ότι το κανονιστικό πλαίσιο που ισχύει κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης σχετικά με τον υπολογισμό των ασφαλιστικών εισφορών, εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και ως εκ τούτου παρήγαγε δεσμευτικά αποτελέσματα για τους μετέχοντες στον διαγωνισμό). Με βάση τα προαναφερόμενα και δεδομένου ότι, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, δεσμεύοντας αμφίδρομα την

αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 352/2016, 53/2011, ΣτΕ 3669/2015, 5022/2012 κλπ), νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της 1^{ης} προσφεύγουσας για τον εξεταζόμενο λόγο και επομένως, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

• 2ος λόγος προσφυγής: μη νόμιμη απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας λόγω εσφαλμένου υπολογισμού του επιδόματος αδείας και της ετήσιας αδείας. Α) Η 1^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υπολόγισε ορθά το επίδομα αδείας, αφού σε κανένα άρθρο της διακήρυξης δεν προβλέφθηκε υποχρέωση του υποψηφίου να διατηρεί αμετάβλητο και σταθερό το προσωπικό του και ως εκ τούτου, δεν ήταν υποχρεωμένη να υπολογίσει προσαυξημένες ημέρες αδείας για τα έτη 2024 και 2025, δηλαδή για το 2^ο και το 3^ο ημερολογιακό έτος της υπό ανάθεση σύμβασης. Υπό το ανωτέρω σκεπτικό, η προσφεύγουσα προέβη στους εξής υπολογισμούς: *«από 25/06/2023 έως 31/12/2023: 2 μέρες x 6,2 μήνες = 12,4 μέρες. Από 01/01/2024 έως 31/12/2024: 12,5 μέρες. Από 01/01/2025 έως 24/06/2025: 2 μέρες x 5,8 μήνες = 11,60 μέρες σύνολο για τα δυο έτη της σύμβασης: 12,4+12,5+11,60 = 36,50 μέρες για δυο έτη»*, ως δε αναφέρει η εν λόγω εταιρεία, μετά τις 24.06.2025 οι εργαζόμενοί της θα εργαστούν σε άλλον οικονομικό φορέα, ο οποίος θα επωμιστεί το κόστος για το υπόλοιπο επίδομα αδείας. Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι μολονότι η παρεμβαίνουσα δεν υπολόγισε ολόκληρη την άδεια και το επίδομα αδείας για το 3^ο ημερολογιακό έτος της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε μόνο την δική της προσφορά και όχι την προσφορά της παρεμβαίνουσας, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ενιαίου μέτρου κρίσης.

Β) Στο άρθρο 2 παρ. 1 του α.ν. 539/1945 (Α' 229) «Περί χορηγήσεως κατ' έτος εις τους μισθωτούς αδειών μετ' αποδοχών», ως αντικαταστάθηκε αρχικά με το άρθρο 13 παρ. 1 του ν. 3227/2004 και εν συνεχεία, με το άρθρο 1 παρ. 1 του ν. 3302/2004, ορίζεται ότι: *«1.α. Κάθε μισθωτός από την έναρξη της εργασίας του σε υπόχρεη επιχείρηση και μέχρι τη συμπλήρωση δώδεκα (12) μηνών συνεχούς απασχόλησης, δικαιούται να λάβει ποσοστό της ετήσιας κανονικής αδείας με αποδοχές κατ' αναλογία με το χρόνο εργασίας που έχει συμπληρώσει στην ίδια υπόχρεη επιχείρηση. Το ποσοστό αυτό υπολογίζεται με βάση ετήσια άδεια εικοσιτεσσάρων εργάσιμων ημερών ή αν στην*

επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας, είκοσι (20) εργάσιμων ημερών, χωρίς να υπολογίζεται σε αυτές η ημέρα της εβδομάδας κατά την οποία δεν απασχολούνται οι μισθωτοί λόγω του εφαρμοζόμενου συστήματος εργασίας. β. Ο εργοδότης υποχρεούται μέχρι τη λήξη του πρώτου ημερολογιακού έτους, εντός του οποίου προσελήφθη ο μισθωτός να χορηγεί σε αυτόν την παραπάνω αναλογία της κανονικής άδειας. Κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει την ετήσια κανονική άδεια με αποδοχές, η οποία αναλογεί στο χρόνο απασχόλησής του στην υπόχρεη επιχείρηση και υπολογίζεται σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης α'. Η άδεια αυτή επαυξάνεται κατά μία (1) εργάσιμη ημέρα για κάθε έτος απασχόλησης επιπλέον του πρώτου μέχρι τις είκοσι έξι (26) εργάσιμες ημέρες ή μέχρι και τις είκοσι δύο (22) εργάσιμες ημέρες αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας. Για καθένα από τα επόμενα ημερολογιακά έτη, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει από την 1η Ιανουαρίου εκάστου έτους, την κανονική ετήσια άδεια με αποδοχές, η οποία υπολογίζεται σύμφωνα με το προηγούμενο εδάφιο».

Γ) Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υπολόγισε εσφαλμένα το επίδομα αδείας και την ετήσια άδεια των εργαζομένων της, αφού έκαστο έτος υπολογίστηκε ως αυτοτελούς χρήσης, ωσάν δηλαδή η εταιρεία να προσλάμβανε κάθε έτος νέους εργαζόμενους, απορριπτομένων των ισχυρισμών της ότι ουδόλως είχε υποχρέωση να απασχολεί σταθερό προσωπικό. Και τούτο, διότι, σε περίπτωση που η εν λόγω εταιρεία επιθυμούσε να προσλαμβάνει νέο προσωπικό για κάθε έτος, όφειλε να αναγράψει τούτο στην υποβληθείσα προσφορά της και όχι να το αναφέρει το πρώτον στην προσφυγή της ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ (βλ. ΔΕφΘεσ 65/2020, ΔΕφΑθ 2287/2022). Συνεπώς, μολονότι βάσει της ισχύουσας νομοθεσίας, κατά την έναρξη του τρίτου εργασιακού έτους, ο εργαζόμενος δικαιούται ολόκληρη την άδεια και το επίδομα αδείας (ανεξάρτητα από τον χρόνο απασχόλησης), η προσφεύγουσα υπολόγισε το επίδομα και την ετήσια άδεια, βάσει των μηνών απασχόλησής του στην επιχείρησή της, αντί να υπολογίσει ολόκληρο το επίδομα και την ετήσια άδεια. Περαιτέρω, μολονότι η επίμαχη διακήρυξη προβλέπει ότι για τον υπολογισμό του κόστους της εργατοώρας των εργαζομένων, οι συμμετέχοντες όφειλαν να υπολογίσουν ότι ο κάθε εργαζόμενος παρέχει μηνιαίως 166,67 ώρες, ήτοι, 25 ασφαλιστικά ημερομίσθια τον μήνα Χ 6,40 (έξι ώρες και σαράντα λεπτά),

εντούτοις, η προσφεύγουσα υπολόγισε στην οικονομική της προσφορά ημερομίσθια που αντιστοιχούν σε 6,6667 ώρες εργασίας ανά ημέρα. Συνεπώς, η εταιρεία «...» υπολόγισε εσφαλμένα 49,20 ημερομίσθια ως άδεια, αντί για 50 ημερομίσθια [25 ημερομίσθια που αντιστοιχούν σε έναν πλήρη μισθό * 2] ή δυο βασικούς μισθούς, όπως υπολόγισε η παρεμβαίνουσα, απορριπτομένων ως αναπόδεικτων και συνεπώς, ως απαράδεκτων των ισχυρισμών της περί παραβίασης της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης. Εξάλλου, το συνολικό ποσό του εργατικού κόστους που δήλωσε η παρεμβαίνουσα ανέρχεται στο ποσό των 881.265,12€ (για την διετία της σύμβασης), σε αντίθεση με το συνολικό ποσό των 879.538,80€ που δήλωσε η προσφεύγουσα, το οποίο είναι μικρότερο κατά 1.726,32€. Με βάση τα προαναφερόμενα, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

- 3^{ος} λόγος προσφυγής: μη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...» λόγω εσφαλμένου υπολογισμού του επιδόματος αδείας. Η 1^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της ως άνω εταιρείας, διότι υπολόγισε εσφαλμένα το επίδομα αδείας για χρονικό διάστημα 24 μηνών, χωρίς να λάβει υπόψη της το χρονικό διάστημα της προς ανάθεση σύμβασης, δηλαδή και τα 3 ημερολογιακά έτη στα οποία εκτείνεται η σύμβαση. Στο άρθρ. 6.2 («Διάρκεια σύμβασης») της διακήρυξης, ορίζεται ότι: *«Η διάρκεια της Σύμβασης ορίζεται σε 24 μήνες, με ημερομηνία έναρξης την υπογραφή της σύμβασης»*. Περαιτέρω, από την επισκόπηση του «Πίνακα υπολογισμού ωριαίου κόστους πλέον ασφαλιστικών εισφορών», προέκυψε ότι τα επίμαχα ποσά που αφορούν στους απασχολούμενους φύλακες υπολογίστηκαν ορθά, διότι η παρεμβαίνουσα έλαβε υπόψη της ότι στο ωριαίο κόστος απασχόλησης (6,78€), που αναλογεί για κάθε εργαζόμενο με ημερήσια απασχόληση κατά τις εργάσιμες ημέρες, θα πρέπει να υπολογιστούν και οι προσαυξήσεις για τη νυχτερινή απασχόληση σε ημέρα καθημερινή (25%), αλλά και οι προσαυξήσεις για την ημερήσια (75%) και για την νυχτερινή απασχόληση (100%), σε ημέρα Κυριακής - επίσημης αργίας. Ομοίως, ορθώς υπολογίστηκαν και τα αντίστοιχα ποσά για τον υπεύθυνο ελέγχου εγκαταστάσεων της «...», διότι η παρεμβαίνουσα έλαβε υπόψη της ότι στο ωριαίο κόστος (9,36€), που αναλογεί για κάθε εργαζόμενο με ημερήσια

απασχόληση κατά τις εργάσιμες ημέρες, θα πρέπει να υπολογιστούν και οι προσαυξήσεις για την ημερήσια απασχόληση (75%) σε ημέρα επίσημης αργίας, απορριπτομένων των ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί υποβολής πλημμελούς και ζημιογόνου προσφοράς. Συναφώς, ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αόριστος και συνεπώς, ως απαράδεκτος.

9. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων που αφορούν στην 2^η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, προκύπτουν τα εξής:

- 1^{ος} λόγος προσφυγής: μη νόμιμη κλήση της «...» προς υποβολή νέας - ορθώς συμπληρωμένης ως προς τον χρόνο λήξης ισχύος- εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μετά την έκδοση της, από 20.12.2022 διευκρίνισης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία διορθώθηκε η εσφαλμένη αναγραφή στη διακήρυξη του χρόνου λήξεως της ισχύος της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής και ορίστηκε πλέον η 4^η Φεβρουαρίου 2024, ως η ορθή ημερομηνία (στην παρ. 2.2.2.1. της διακήρυξης εκ παραδρομής αναφερόταν η 2^η.04.2023), η καθώς η προσφυγή μη νομίμως εκλήθη από την αναθέτουσα αρχή όπως υποβάλλει νέα εγγυητική επιστολή συμμετοχής στον διαγωνισμό, υπό το σκεπτικό ότι στην αρχικώς υποβληθείσα, υπ' αριθμ. ... εγγυητική επιστολή της Εθνικής Τράπεζας Ελλάδος (κατάστημα Θεσσαλονίκης), ποσού 18.100,00 ευρώ, που εκδόθηκε την 08^η Δεκεμβρίου 2022, αναγραφόταν (εσφαλμένα) ως χρόνος λήξεως της ισχύος της, η 30^η.04.2023 και επομένως, η εγγύηση συμμετοχής της δεν ήταν σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης. Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, η ενέργεια αυτή της αναθέτουσας αρχής είναι μη νόμιμη, διότι «... όταν η εγγυητική επιστολή έχει συγκεκριμένο χρόνο ισχύος, είναι αναγκαίο να καθορίζεται - δια της μνείας του χρόνου ισχύος της- η ακριβής κατά χρόνο έκταση της ευθύνης του εκδότη της, ώστε να διασφαλίζεται η εξυπηρέτηση του σκοπού, στον οποίο απέβλεψε ο νομοθέτης δια της θεσπίσεως της εγγυητικής επιστολής ως μέσου παροχής εγγυήσεως εκ μέρους του υποψηφίου αναδόχου, σκοπού που συνίσταται στην άμεση και απρόσκοπτη καταβολή στον κύριο του έργου του ποσού της εγγυητικής επιστολής σε περίπτωση αθετήσεως εκ μέρους του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό των συναφών υποχρεώσεών του. Ως εκ τούτου, ενόψει και της

αρχής της τυπικότητας των δημοσίων διαγωνισμών, πρέπει, εντός των χρονικών ορίων που τάσσει η Διακήρυξη για την κατάθεση των προσφορών, να υποβάλλεται εγγυητική επιστολή με χρόνο ισχύος τον κατά την Διακήρυξη απαιτούμενο ελάχιστο χρόνο ισχύος, η δε μη υποβολή εντός της ως άνω προθεσμίας καταθέσεως των προσφορών εγγυητικής επιστολής με τον ανωτέρω χρόνο ισχύος συνεπάγεται τον αποκλεισμό της επιχειρήσεως από τον διαγωνισμό, μη επιτρεπομένης της εκ των υστέρων αντικαταστάσεως ή συμπληρώσεως της ήδη υποβληθείσης -αντικανονικής ως προς τον χρόνο ισχύος της- εγγυητικής επιστολής (ΣτΕ 1400/2007, ΕΑ ΣτΕ 311/2012, 428/2011, 512/2005).». Β) Στο άρθρο 2.1.5. («Εγγυήσεις») της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «...Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου. Οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται, δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση (στην περίπτωση ένωσης αναγράφονται όλα τα παραπάνω για κάθε μέλος της ένωσης), ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης, ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται και ια) στην περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης [...]». Στο άρθρο 2.2.2 («Εγγύηση συμμετοχής») παρ. 1 της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «[...] Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 2.4.5 της παρούσας, ήτοι μέχρι 02/04/2023, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τους

προσφέροντες να παρατείνουν, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής [...]

Επίσης, στο άρθρο 2.4.5 («Χρόνος ισχύος των προσφορών») της επίμαχης διακήρυξης προβλέπεται ότι: «Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα δώδεκα (12) μηνών από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού. Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται..». Εν συνεχεία και κατόπιν υποβολής του ερωτήματος: «Παρακαλούμε όπως διευκρινίσετε την ορθή ημερομηνία λήξης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής καθώς στο υποκεφάλαιο 2.2.2 εκ παραδρομής αναφέρετε μέχρι 02/04/2023. Σύμφωνα με την οδηγία του υποκεφαλαίου 2.4.5 οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα δώδεκα (12) μηνών από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού και η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 2.4.5 της παρούσας, ήτοι μέχρι 04/02/2024», εκδόθηκε το με αριθμ. πρωτ. 3372/3373/22.12.2022 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της «...», στο οποίο ορίστηκε ότι: «Η ορθή ημερομηνία λήξης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι η 04.02.2024.», που εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του ένδικου διαγωνισμού. Στο συμπροσβαλλόμενο, από 30.01.2023 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού αναφέρονται ως προς το κρινόμενο ζήτημα, τα εξής: «... Β) η συμμετέχουσα εταιρεία «....» υπέβαλλε ελλιπή φάκελο και η Επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη τα άρθρα 91 και 102 του ν 4412/2016, αλλά και σχετική εγκύκλιο της ΕΑΑΔΗΣΥ (παρατίθενται κατωτέρω) ζήτησε «να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες», καθώς θεωρεί ότι τα στοιχεία που λείπουν δεν είναι ουσιώδη, δεν αλλάζουν την προσφορά και είναι εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή της υποψηφιότητας (Ευρωπαϊκό Δικαστήριο (10/10/2013, C-336/12). [...] Συγκεκριμένα για την ανωτέρω συμμετέχουσα παρατηρήθηκαν τα εξής: α) Η κατατεθειμένη εγγυητική επιστολή, δεν πληρούσε τις αναγκαίες προϋποθέσεις της ανωτέρω διακήρυξης και της υπ' αριθμ. πρωτ. ... διευκρίνισης, η οποία αποτελεί κανονιστικό πλαίσιο με την διακήρυξη, ως προς τον χρόνο λήξης αυτής. Συγκεκριμένα με την ανωτέρω διευκρίνιση η

αναθέτουσα όρισε την ημερομηνία λήξης της εγγυητικής επιστολής στο ορθό 04.02.2024, αντί του εσφαλμένου 02.04.2023 που αναγραφόταν στην διακήρυξη. Η προσκομιζόμενη εγγυητική επιστολή της συμμετέχουσας όριζε ως χρόνο λήξης αυτής την 30.04.2023. Για τον λόγο αυτό, η Επιτροπή με έγγραφα της, ζήτησε από την συμμετέχουσα να κάνει τις απαραίτητες διορθώσεις – συμπληρώσεις στην εγγυητική επιστολή [...] τα οποία και προσκομίστηκαν μέσω της Επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ.»

Γ) Από την επισκόπηση του οικείου φακέλου, προκύπτει ότι κατόπιν σχετικής κλήσης της αναθέτουσας αρχής, η καθής η προσφυγή προσκόμισε εκ νέου την με αριθμ. ... εγγυητική επιστολή της Εθνικής Τράπεζας Ελλάδος (κατάστημα Θεσσαλονίκης), με ημερομηνία έκδοσης 11.01.2023, ποσού 18.100,00 ευρώ, στην οποία δηλώνονται τα εξής: «Αναφερόμενοι στην παραπάνω εγγυητική επιστολή, σας γνωστοποιούμε ότι παρατείνουμε τη διάρκεια ισχύος της μέχρι και την 4-2-2024 (τετάρτη Φεβρουαρίου του έτους δύο χιλιάδες είκοσι τέσσερα), μετά την πάροδο της οποίας προθεσμίας κι εφόσον στον μεταξύ χρόνο δεν έλθει στα χέρια μας έγγραφη αξίωσή σας επί του ποσού της εγγυήσεως, η παρούσα καθίσταται αυτοδικαίως άκυρη και δεν έχει απέναντι μας καμία ισχύ, ανεξαρτήτως επιστροφής του πρωτοτύπου σώματος αυτής στην Τράπεζά μας. Πάντες οι λοιποί λόγοι της εν λόγω εγγυητικής επιστολής παραμένουν αμετάβλητοι. Η παρούσα αποτελεί ολοκληρωτικά και αναπόσπαστο τμήμα του στα χέρια σας πρωτοτύπου της παραπάνω εγγυητικής επιστολής υπ' αριθμ.».

Επομένως, η καθής η προσφυγή, συμμορφούμενη προς το αίτημα της αναθέτουσας αρχής, υπέβαλε εκ νέου την ως άνω εγγύηση συμμετοχής, στο σώμα της οποίας αναφέρεται ότι αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της ήδη εκδοθείσης στις 22.12.2022 και προσκομισθείσης ενώπιον της «...» εγγυητικής επιστολής. Επίσης, σημειώνεται ότι δυνάμει της συμπληρωματικής αυτής εγγυητικής επιστολής, παρατάθηκε μόνο η διάρκεια ισχύος της αρχικώς υποβληθείσης εγγύησης, ώστε να συμφωνεί με τους όρους της διακήρυξης, ως αυτοί περαιτέρω διευκρινίστηκαν, ενώ παρέμειναν αμετάβλητα τα λοιπά στοιχεία της (όπως π.χ ο εκδότης, η αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνεται, ο αριθμός της εγγύησης, το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, η πλήρης επωνυμία, ο Α.Φ.Μ. και η διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση κλπ). Ωστόσο, έχει υποστηριχθεί ότι πλημμέλειες

της εγγυητικής επιστολής είναι ουσιώδεις, όταν από το περιεχόμενό της καταλείπονται αμφιβολίες σχετικά με την έκταση της δέσμευσης του εγγυητή. Συνεπώς, εφόσον απαιτήθηκε από τα έγγραφα της οικείας σύμβασης, η εγγυητική επιστολή να έχει συγκεκριμένη προθεσμία ισχύος, η αναγραφή της στο σώμα της εγγυητικής επιστολής αποτελεί στοιχείο του κύρους της, άλλως, τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα και δεν δύναται να θεωρηθεί έλλειψη «επουσιώδους τυπικής προϋπόθεσης» της προσφοράς του (ΣτΕ 1400/2007), η οποία δύναται να συμπληρωθεί υπό τους όρους και προϋποθέσεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, τηρουμένης της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και της χρηστής διοίκησης (βλ. και υπ' αριθμ. 1857/2021 απόφαση της Αρχής, σκ. 17).

Επισημαίνεται στο σημείο αυτό ότι 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, αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, σκέψη 110, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, σκέψη 33 και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, σκέψη 31). Εν προκειμένω, με τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις δόθηκε σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια προσφέροντες η δυνατότητα να κατανοήσουν (προ της υποβολής της προσφοράς τους), ότι ο ορθός χρόνος λήξης της ισχύος της εγγύησης συμμετοχής είναι η 4^η Φεβρουαρίου 2024 και επομένως, ουδόλως δύναται να υποστηριχθεί ότι η υπάρχει ασάφεια στους σχετικούς όρους της διακήρυξης που οδήγησε στην επίμαχη πλημμέλεια. Εν όψει των ανωτέρω αναφερόμενων, γίνεται δεκτό ότι, ως βασίμως υποστηρίζει η 2^η προσφεύγουσα, η πλημμέλεια της αρχικώς υποβληθείσας εγγυητικής επιστολής δεν εμπίπτει στην έννοια του «πρόδηλου τυπικού σφάλματος» ή

της «επουσιώδους πλημμέλειας», διότι η υποβολή νέας, ορθώς συμπληρωμένης ως προς το στοιχείο του χρόνου λήξης της ισχύος, εγγυητικής επιστολής εκ μέρους της καθής η προσφυγή ισοδυναμεί με ανεπίτρεπτη τροποποίηση ήδη υποβληθείσας προσφοράς, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού, αφού δια της παροχής δυνατότητας προσθήκης της ορθής ημερομηνίας λήξεως της εγγύησης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2.2.2.1 της διακήρυξης, ως αυτή εγκαίρως και επισήμως διευκρινίστηκε, προσδίδεται, σε κάθε περίπτωση, αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ της εταιρείας «...» και σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων (βλ. και υπ' αριθμ. 926/2021 απόφαση της Αρχής, σκέψη 26). Δοθέντος δε ότι στο σώμα της αρχικής εγγυητικής επιστολής, δεν είχε συμπεριληφθεί ο ορθός χρόνος λήξεως της ισχύος της (αν και ήταν γνωστός στους υποψηφίους), η εγγύηση αυτή κατέστη εξ αρχής *«μη νομίμως κατατεθέν έγγραφο»* και ως εκ τούτου, ήτο αδύνατη η καθ' οιονδήποτε τρόπο συμπλήρωσή της, βάσει του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016. Επομένως, κρίνονται βάσιμοι οι ισχυρισμοί της 2^{ης} προσφεύγουσας, κατά τους οποίους: *«...Οι διατάξεις αυτές (ενν. του άρ. 102) ωστόσο, κατά τη ρητή διατύπωσή τους και την ανάγκη στενής ερμηνείας της σχετικής δυνατότητας, αφορούν μόνον σε διευκρίνιση ή συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων και όχι σε αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων στοιχείων (Σ.τ.Ε 1490/2019 επταμ., ΕΑ Σ.τ.Ε 68, 42/2020 κ.ά). Αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή, θα επέτρεπε την εκ των υστέρων αντικατάσταση μη πληρούντων τους όρους της διακήρυξης εγγράφων της προσφοράς των διαγωνιζομένων με νέα έγγραφα, εκδιδόμενα σε συμμόρφωση προς τους όρους της διακήρυξης, αποτέλεσμα, το οποίο, εκτός του ότι απαγορεύεται ρητώς από τις προαναφερόμενες διατάξεις, έρχεται σε αντίθεση και με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων (Σ.τ.Ε 1647/2022). [...]»*. Εξάλλου, 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, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-

336/12, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου (βλ. αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, σκέψη 36). Επομένως, κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει η αναθέτουσα αρχή όσον αφορά στη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, θα πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μην δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής. Ειδικότερα, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα του άρθρ. 18 του ν. 4412/2016, ενώ κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος, αποτελεί η τυχόν ασάφεια των οικείων όρων της διακήρυξης, περίπτωση που, ως προελέχθη, δεν συντρέχει στην εξεταζόμενη υπόθεση. Καταληκτικά και λαμβανομένου υπόψη ότι i) στο άρθρο 2.1.5 της διακήρυξης ορίζεται ρητά ότι η εγγύηση συμμετοχής θα πρέπει να περιλαμβάνει κατ' ελάχιστον (ήτοι, υποχρεωτικά) το σύνολο των στοιχείων του εν λόγω άρθρου και ii) 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), μη νομίμως κλήθηκε η καθής η προσφυγή όπως διορθώσει/συμπληρώσει την αρχικώς υποβληθείσα εγγύηση συμμετοχής της, η οποία, κατά την παρ. 2.4.3.2 της διακήρυξης, αποτελεί ένα εκ των δύο βασικών δικαιολογητικών συμμετοχής στον ένδικο διαγωνισμό. Με βάση τα προαναφερόμενα και λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, κατά την οποία όλες οι διατάξεις της διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, οπότε τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν στον τρόπο υποβολής των προσφορών

των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών, ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής: μη νόμιμη κλήση της «...» προς συμπλήρωση της υπεύθυνης δήλωσης του άρθρ. 2.4.3.2. στοιχ. 11 της διακήρυξης. Α) Κατά την προσφεύγουσα, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, που δεν επιτρέπει να τίθενται εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού, η οικεία αναθέτουσα αρχή μη νομίμως κάλεσε την καθής η προσφυγή όπως συμπληρώσει το περιεχόμενο της ζητούμενης -επί ποινή αποκλεισμού- υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 2.4.3.2. στοιχ. 11 της διακήρυξης. Ως μάλιστα χαρακτηριστικά αναφέρει η προσφεύγουσα: «... Σε κάθε δε περίπτωση ουδόλως δύναται να τεθεί σε εφαρμογή το άρθρο 102 του ν.4412/2016 ως ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, καθόσον θα συνεπαγόταν την αντικατάσταση υποβληθέντος εγγράφου και απαίτησης της διακήρυξης η οποία τίθετο επί ποινή αποκλεισμού, ... Και τούτο καθόσον ... το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ακόμη και μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 42 του ν.4782/2021, δεν έχουν την έννοια ότι επιτρέπουν στην αναθέτουσα αρχή να δέχεται τη διόρθωση οποιωνδήποτε παραλείψεων, συμπεριλαμβανομένων και των παραλείψεων που κατά τις ρητές διατάξεις της διακήρυξης συνεπάγονται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του προσφέροντος. [...]». Β) Στο επίμαχο άρθρο 2.4.3.2. της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «[...] Ο συμμετέχων θα πρέπει να υποβάλλει ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ Ν. 1599/86 ότι: 1... 2 ... 3 ... 4 ... 5 ... 6 ... 7 ... 8 ... 9... 10 ... 11. Υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου του ν. 1599/1986 (Α'75), όπως εκάστοτε ισχύει, στην οποία να δηλώνεται, ότι ως ανάδοχος θα καταθέσει στην Αναθέτουσα Αρχή αντίγραφο του θεωρημένου από τις αρμόδιες υπηρεσίες του ΣΕΠΕ (ή σε άλλο αντίστοιχο δημόσιο φορέα), προγράμματος εργασίας των απασχολούμενων του και δεσμεύεται ότι σε περίπτωση τροποποίησής του θα προσκομίζει το εκάστοτε κάθε φορά ισχύον, το οποίο κατέχει την κατά νόμο άδεια εργασίας ως προσωπικό Ι.Ε.Π.Υ.Α. οι οποίοι σε ολόκληρη την διάρκεια της σύμβασης θα είναι 100. Στην με αριθμ. πρωτ. ...23.01.2023 έγγραφη κλήση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία ζητήθηκε από την καθής η προσφυγή να συμπληρώσει την προσφορά της,

αναφέρονται τα εξής: «Σύμφωνα με τους όρους της ...διακήρυξης και τις διατάξεις της §11 του άρθρου 2.4.3.2. Τεχνική Προσφορά ορίζεται ότι: [...] Για το λόγο αυτό, θα πρέπει να συμπληρώσετε τον κατατεθειμένη στο ΕΣΗΔΗΣ ηλεκτρονική Υπεύθυνη Δήλωσή σας, με τίτλο (ΥΠ.ΔΗΛΩΣΗ ΤΕΧΝΙΚΗ 11_) τον τελευταίο όρο που έχετε παραλείψει ήτοι «... οι οποίοι σε ολόκληρη την διάρκεια της σύμβασης θα είναι 100» και να τον υποβάλετε ηλεκτρονικά μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ μέσω συμπληρωματικής σας Υπεύθυνης Δήλωσης.»

Από την επισκόπηση του οικείου φακέλου, προκύπτει ότι η καθής η προσφυγή υπέβαλε μαζί με την προσφορά της τη ζητούμενη – επί ποινή αποκλεισμού – υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 2.4.3.2. στοιχ, 11 της διακήρυξης (βλ. υποβληθέν αρχείο: «ΥΠ.ΔΗΛΩΣΗ ΤΕΧΝΙΚΗ 11_signed.pdf»), στην οποία ο νόμιμος εκπρόσωπός της δήλωσε υπευθύνως ότι: «... ως ανάδοχος θα καταθέσω στην Αναθέτουσα Αρχή αντίγραφο του θεωρημένου από τις αρμόδιες υπηρεσίες του ΣΕΠΕ (ή σε άλλο αντίστοιχο δημόσιο φορέα), προγράμματος εργασίας των απασχολουμένων μου και δεσμεύομαι ότι σε περίπτωση τροποποίησής του θα προσκομίζω το εκάστοτε κάθε φορά ισχύον, το οποίο κατέχει την κατά νόμο άδεια εργασίας ως προσωπικό Ι.Ε.Π.Υ.Α», ως ζητείται στο άρθρ. 2.4.3.2 στοιχ. 11 της διακήρυξης. Επομένως, δια της ως άνω κλήσης της αναθέτουσας αρχής ζητήθηκε η υποβολή νέας υπεύθυνης δήλωσης, αποκλειστικά και μόνο για να προστεθεί η φράση: «... οι οποίοι σε ολόκληρη τη διάρκεια της σύμβασης θα είναι 100», η οποία αναφέρεται στο στοιχ. 11 του άρθρ. 2.4.3.2., την οποία (φράση) η εν λόγω εταιρεία παρέλειψε να αναφέρει στην, αρχικώς υποβληθείσα, από 22.12.2022, υπεύθυνη δήλωσή της. Εν όψει των ανωτέρω αναφερόμενων, η συμπληρωματικώς υποβληθείσα, από 30.01.2023, υπεύθυνη δήλωση της καθής η προσφυγή (στην οποία προστέθηκε μόνο η επίμαχη φράση/δέσμευση για τον ανώτατο αριθμό των εργαζομένων που είχε αρχικώς - εκ παραδρομής- παραλειφθεί), ουδόλως συνιστά ανεπίτρεπτη τροποποίηση της ήδη υποβληθείσας προσφοράς της, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα, αφού πρόκειται για πρόδηλο τυπικό σφάλμα, ενώ δια της επίμαχης προσθήκης ουδόλως προσδίδεται αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ της εταιρείας «...» και σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων. Και τούτο, διότι ο

ζητούμενος αριθμός εργαζομένων (τουλάχιστον 100), αποτελεί, σε κάθε περίπτωση, αντικειμενικώς εξακριβώσιμο στοιχείο της επιχείρησης της καθής η προσφυγή, το οποίο συνέτρεχε προ του χρόνου υποβολής προσφορών στον ένδικο διαγωνισμό και ουδόλως απεκτήθη μεταγενεστέρως, ως ευχερώς μπορεί να διαπιστωθεί. Ως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, ναι μεν παρέλειψε να συμπεριλάβει την επίμαχη φράση στην αρχικώς υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση του εκπροσώπου της (που κατά τα λοιπά περιλαμβάνει όσα ζητούνται στο άρθρ. 2.4.3.2. στοιχ. 11 της διακήρυξης), ωστόσο, έπραξε το μείζον, δηλαδή υπέβαλε με την προσφορά της (αν και δεν ήταν υποχρεωτικό) πρωτοκολλημένη κατάσταση προσωπικού, όπως υποβλήθηκε στην Επιθεώρηση Εργασίας, από την οποία αποδεικνύεται, πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι απασχολεί τουλάχιστον 100 άτομα. Επομένως, δια της υποβολής της εν λόγω συμπληρωματικής δήλωσης, η καθής η προσφυγή απλώς επιβεβαίωσε αυτό που ήδη προέκυπτε από τον πίνακα προσωπικού που υποβλήθηκε μαζί με την προσφορά της, ότι δηλαδή απασχολεί 100 άτομα, ενώ και στο έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ που υπέβαλε στον διαγωνισμό - το οποίο υπέχει θέση ενημερωμένης υπεύθυνης δήλωσης ως προς την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και ως προς τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό της - δήλωσε υπευθύνως ότι πληροί όλες τις απαιτήσεις της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, στις οποίες περιλαμβάνεται και η απασχόληση τουλάχιστον 100 ατόμων.

Για τους ανωτέρω λόγους κρίνονται βάσιμοι οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος, κατά τους οποίους: *«... Άλλωστε, η συμπλήρωση της υπεύθυνης δήλωσης αφορά σε γεγονός αντικειμενικά εξακριβώσιμο από έγγραφο που είχαμε ήδη υποβάλει με την προσφορά μας (πίνακες προσωπικού). Υπό την αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή ... οδηγούμαστε στο εξής άτοπο και παράλογο: Να γίνονται δεκτές οι προσφορές των διαγωνιζομένων που απλώς δήλωσαν οι ίδιες ότι απασχολούν 100 άτομα προσωπικό, αλλά να απορριφθεί η προσφορά της εταιρίας μας, που έπραξε το μείζον δηλαδή προσκόμισε αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η εταιρία μας απασχολεί 100 άτομα προσωπικό...».*

Τέλος, θα πρέπει να επισημανθεί ότι τυχόν απόρριψη της προσφοράς της καθής η προσφυγή για τον εξεταζόμενο λόγο, θα έβαινε πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, κατά

παράβαση της θεμελιώδους αρχής της αναλογικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς. Με βάση τα προαναφερόμενα και λαμβανομένου υπόψη ότι η διόρθωση της επίμαχης πλημμέλειας ήταν, εν προκειμένω, δεκτική διευκρίνισης, χωρίς ουδόλως να παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων ή να ευνοείται υπέρμετρα ο συγκεκριμένος υποψήφιος, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σκέψη 8 της παρούσας, η υπό κρίση 1^η προδικαστική προσφυγή («...»), θα πρέπει να απορριφθεί και αντίστοιχα, θα πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα 1^η παρέμβαση.

11. Επειδή, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σκέψη 9 της παρούσας, η υπό κρίση 2^η προδικαστική προσφυγή («...»), θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και αντίστοιχα, θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η ασκηθείσα 2^η παρέμβαση.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν της σκέψης 10 της παρούσας, θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η 1^η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν της σκέψης 11 της παρούσας, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η 2^η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την 1^η προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την 2^η προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την 1^η παρέμβαση.

Δέχεται εν μέρει την 2^η παρέμβαση.

Ακυρώνει την με αριθμό .../..2023 απόφαση του Δ.Σ. της «...», που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης – παρακολούθησης – ελέγχου παντός εισερχόμενου στους χώρους της ...», κατά το μέρος που έκανε δεκτή την υποβολή νέας (διορθωμένης) εγγύησης συμμετοχής εκ μέρους της εταιρείας με την επωνυμία «..», σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Αριθμός απόφασης: 943,944/2023

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος από την 1^η προσφεύγουσα παραβόλου, ποσού τεσσάρων χιλιάδων πεντακοσίων είκοσι πέντε ευρώ 4.525,00€.

Διατάσσει την επιστροφή στην 2^η προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού τεσσάρων χιλιάδων πεντακοσίων είκοσι πέντε ευρώ 4.525,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 06^η Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε την 26^η Ιουνίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ