

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 03^η Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου-Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 25.09.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1441/25-09-2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» (διακριτικός τίτλος: «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά της «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή]. Και

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 05.10.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν: α) η με αριθμ. πρωτ. .../12-9-2023 απόφαση του Δ.Σ. της «...» δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η οριστική κατακύρωση του εν θέματι διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα και β) η ενσωματωθείσα σε αυτήν με αριθμ. πρωτ. .../24-8-2023 απόφαση του Δ.Σ. δυνάμει της οποίας ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η ως άνω εταιρεία αλλά και καθ' ό μέρος η αναθέτουσα αρχή δεν διέγνωσε το ασυνήθιστα χαμηλό της υποβληθείσας προσφοράς της εταιρείας «...» ενεργοποιώντας την διαδικασία του άρθρου 88 του ν.4412/2016.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού 825,00 €.

Αριθμός απόφασης: 1716/2023

2. Επειδή, με τη με αριθμ. πρωτ. .../05.05.2023 διακήρυξη (ΑΔΑΜ ΚΗΜΔΗΣ ... 2023-05-05), προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή ανοικτός, διεθνής, ηλεκτρονικός διαγωνισμός, κάτω των ορίων, για την παροχή υπηρεσιών ... του ... του ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για 12 μήνες ανέρχεται στο ποσό των 165.000,00 € πλέον ΦΠΑ 24%, (204.600,20€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και ο συνολικός προϋπολογισμός, συμπεριλαμβανόμενου του δικαιώματος προαίρεσης 206.250,00€ (255.750,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ). Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 24η.05.2023.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Η επιτροπή διαγωνισμού αρχικά εισηγήθηκε την απόρριψη ως απαράδεκτης της προσφοράς της εταιρείας «...», την αποδοχή ως νόμιμων των προσφορών της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας και την κατακύρωση του διαγωνισμού στην τελευταία και την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου. Τα ανωτέρω εγκρίθηκαν με την υπ' αριθμ. .../24.08.2023 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της «...», η οποία εμπεριείχε και πρόσκληση προς την παρεμβαίνουσα, ως προσωρινής αναδόχου, για την υποβολή του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ακολούθως συνεδρίασε η επιτροπή διαγωνισμού για να προβεί στην αποσφράγιση του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και αφού διαπίστωσε την πληρότητα των δικαιολογητικών εισηγήθηκε την ανάδειξη της ως οριστικής αναδόχου του διαγωνισμού.

Η οριστική κατακύρωση του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. .../12.09.2023 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της «...», στην οποία ενσωματώθηκε και η υπ' αριθμ. .../24.08.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 14.09.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 25.09.2023, ημέρα Δευτέρα, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν

Αριθμός απόφασης: 1716/2023

από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017. Η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προσφυγής, αφού επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος του διαγωνισμού η παρεμβαίνουσα.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την υπό κρίση προσφυγή στους συμμετέχοντες στις 26.09.2023 και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../.../ 10.10.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς στις 16.10.2023, ημέρα Δευτέρα, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 26.09.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 05.10.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και με σαφές έννομο συμφέρον καθότι η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί οριστική ανάδοχος.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. 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 (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας διότι στην οικονομική της προσφορά έλαβε αυθαίρετα ως δεδομένο για τον υπολογισμό της υπό ανάθεση σύμβασης το χρονικό διάστημα από 01.07.2023 έως 30.6.2024, παρά το γεγονός ότι ελλείπει προσδιορισμού εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής και της διακήρυξης του ακριβούς χρονικού διαστήματος εκτέλεσης της υπό ανάθεσης σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να λάβουν υπόψη τους την επομένη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών ήτοι την 25-5-2023. Έτσι προέβη σε πλημμελή υπολογισμό του επιδόματος αδείας των εργαζομένων της παρότι έλαβε ως δεδομένο για τον υπολογισμό του απαιτούμενου για την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης εργατικού κόστους ότι η σύμβαση θα εκτείνεται σε δύο ημερολογιακά έτη, επηρεάζοντας κατά τούτο το δικαίωμα λήψης κανονικής άδειας των εργαζομένων που θα απασχοληθούν για την εκτέλεσή της. Ειδικότερα αναφέρει ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε να υπολογίσει 12 ημερομίσθια για το έτος 2023, 2 ημερομίσθια χ 6 μήνες και 12 ημερομίσθια για το έτος 2024, 2 ημερομίσθια χ 6 μήνες. Σύνολο 24 ημερομίσθια ήτοι $85.344,48 / 12 \text{ μήνες} / 25 \text{ ημερομίσθια} \times 24 = 6.827,56 \text{ €}$.

Επίσης, ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα δεν ανέλυσε τον τρόπο υπολογισμού ξεχωριστά όλων των τιμών του πίνακα 2 και του πίνακα 3 του παραρτήματος IV, υποβάλλοντας ελλιπή ανάλυση των στοιχείων αυτού ως προς τα παρατιθέμενα πεδία του κόστους αναλωσίμων, διοικητικού κόστους, εργολαβικού κέρδους και νομίμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ως άνω λόγους κατά της παρεμβαίνουσας: Η παρεμβαίνουσα, ελλείπει σχετικής πρόβλεψης στη διακήρυξη, έλαβε υπόψη της την 01.07.2023 ως αρχική ημερομηνία για τον υπολογισμό της οικονομικής της προσφοράς. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι όφειλε να λάβει υπόψη της ως αρχική ημερομηνία την επόμενη ημέρα από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, ήτοι την 25^η.05.2023. Όμως ο ισχυρισμός της αυτός σε κάθε περίπτωση δεν αποδεικνύει κάποια πλημμέλεια στη σύνταξη της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και τούτο διότι η σύμβαση θα υλοποιηθεί σε δύο ημερολογιακά έτη (2023 και 2024) σε οποιαδήποτε από τις δύο περιπτώσεις (είτε από 01.07.2023 είτε από 25.05.2023). Επομένως οποιοδήποτε χρονικό σημείο και αν ληφθεί υπόψη για

Αριθμός απόφασης: 1716/2023

την κατάρτιση της οικονομικής προσφοράς, δεν γεννά την υποχρέωση υπολογισμού της άδειας για δύο ημερολογιακά έτη, αφού αυτό δεν ορίζεται στη διακήρυξη, αντιθέτως για την κατάρτιση της προσφοράς λαμβάνεται υπόψη απλώς η δωδεκάμηνη διάρκεια της σύμβασης από οποτεδήποτε και αν εκκινεί, όπως βάσιμα ισχυρίζονται η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, ενώ αντίθετα στις επικαλούμενες αποφάσεις από την προσφεύγουσα ορίζονταν στις εκάστοτε διακηρύξεις η έναρξη, η λήξη της σύμβασης καθώς και τα ημερολογιακά έτη. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η παρεμβαίνουσα νομίμως στην οικονομική της προσφορά έχει πολλαπλασιάσει τη μηνιαία δαπάνη, όπως αυτή προκύπτει από την ετήσια δαπάνη 13 ημερομισθίων διαιρούμενη δια 12, επί 12 μήνες, υπολογίζοντας παράλληλα την αναλογία του επιδόματος για τη συμπλήρωση της δωδεκάμηνης διάρκειας της προκείμενης σύμβασης, διότι για σχέση εργασίας μικρότερη του 12μηνου δεν υπολογίζονται ως επίδομα αδείας τα δύο ημερομίσθια ανά μήνα, όπως αβάσιμα αναφέρει η προσφεύγουσα, αλλά αντιθέτως αυτό υπολογίζεται με βάση το χρόνο εργασίας που διανύθηκε ως ποσοστό του ετήσιου επιδόματος αδείας. Ως εκ τούτου ο σχετικός πρώτος λόγος είναι αβάσιμος στο σύνολό του και πρέπει να απορριφθεί.

Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο, λεκτέα τα εξής: Στο άρθρο 2.4.4 της διακήρυξης ορίζεται ότι: *«Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα IV της διακήρυξης»*. Στο παράρτημα IV, πίνακας 3, αναφέρεται ότι *«Ο πίνακας 3 περιλαμβάνει την ειδικότερη ανάλυση στοιχείων της οικονομικής προσφοράς σε όποιο σημείο κρίνεται από τον οικονομικό φορέα απαραίτητη»*. Εκ των ανωτέρω συνάγεται σαφώς ότι οι συμμετέχοντες είχαν την ευχέρεια να αναλύσουν τα στοιχεία της οικονομικής τους προσφοράς στον πίνακα 3, εφόσον οι ίδιοι έκριναν ότι το επιθυμούν. Από κανένα σημείο δεν προκύπτει υποχρέωση να πράξουν κάτι τέτοιο στον πίνακα 3 και κατά συνέπεια στον πίνακα 2 και μάλιστα επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς τους, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Οι επικαλούμενες αποφάσεις από την τελευταία αφορούν διαγωνισμούς, στους οποίους υπήρχε ρητή υποχρέωση βάσει διακήρυξης για ανάλυση της οικονομικής προσφοράς. Επομένως, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε νόμιμα την οικονομική της προσφορά και ο σχετικός δεύτερος λόγος απορρίπτεται ως αβάσιμος.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με το τρίτο λόγο στρέφεται κατά της

Αριθμός απόφασης: 1716/2023

προσφοράς της εταιρείας «...». Η εν λόγω εταιρεία όμως έχει ήδη αποκλειστεί οριστικά από τον υπό κρίση διαγωνισμό, αφού η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της και η ίδια δεν στράφηκε κατά του αποκλεισμού της με υποβολή προδικαστικής προσφυγής. Επομένως, από τη στιγμή που θεωρείται οριστικώς αποκλεισθείσα, ο σχετικός πρόσθετος λόγος αποκλεισμού της που προβάλλει η προσφεύγουσα, προβάλλεται απαραδέκτως και πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε 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 προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 03^η Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 23^η Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ