

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 07^η Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου-Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 29.09.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1488/02-10-2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 11.10.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμ. πρωτ. ../19-9-2023 απόφαση του ... του ... κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας «...» και δεν απέρριψε την οικονομική προσφορά της «...» για επιπλέον λόγο.

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 €2.822,58.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ../04.04.2023 (θέμα 4ο - ΑΔΑ: ...) απόφαση του ... Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε η διενέργεια του υπ' αριθμ. ../23 ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού ανάδειξης αναδόχου για την ... των χώρων του ... για το χρονικό διάστημα από 01.01.2024 έως 31.12.2026, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη

Αριθμός απόφασης: 1745/2023

προσφορά, βάσει τιμής και προϋπολογισμό €700.000,00 συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24%. Η περίληψη της διακήρυξης απεστάλη για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 19.04.2023, αναρτήθηκε, επίσης, στο ΚΗΜΔΗΣ και στη Διαύγεια και δημοσιεύτηκε στον τοπικό τύπο. Η ανάρτηση του διαγωνισμού στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ έλαβε χώρα στις 24.04.2023 (συστημικός αριθμός διαγωνισμού ...). Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προφορών ορίστηκε η 26η Μαΐου 2023, ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 31η Μαΐου 2023

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν έξι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθμ. .../20.07.2023 απόφαση του ... του ... εγκρίθηκαν τα πρακτικά Α' και Β' της αρμόδιας επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, απορρίφθηκαν οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...» και «...», έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...», και «...» και προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα «...». Με την υπ' αριθμ. .../19.09.2023 απόφαση του ... οικονομικών υποθέσεων και υποδομών του ... στην οποία ενσωματώθηκε και η προαναφερόμενη υπ' αριθμ. .../20.07.2023 απόφαση του ... του ... εγκρίθηκαν τα πρακτικά Γ' και Δ' της αρμόδιας επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και το αποτέλεσμα κατακυρώθηκε στην παρεμβαίνουσα.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 19.09.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 29.09.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν 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.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την υπό κρίση προσφυγή στους συμμετέχοντες στις 02.10.2023 και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../13.10.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

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

Αριθμός απόφασης: 1745/2023

Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 02.10.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 11.10.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και με σαφές έννομο συμφέρον καθότι η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής κατά το μέρος που στρέφεται κατά της προσφοράς της.

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 και της εταιρείας «...» διότι έχουν προβεί σε εσφαλμένο και μη νόμιμο υπολογισμό του ελάχιστου νόμιμου κόστους των προσαυξήσεων για απασχόληση σε Κυριακές αργίες και νύχτα. Ειδικότερα αναφέρει ότι ο τρόπος – μεθοδολογία υπολογισμού του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ως περιλαμβάνεται στο οικείο πρακτικό της είναι πλημμελής και άρα και οι δύο ως άνω εταιρείες που ακολούθησαν τον αναφερόμενο τρόπο υπολογισμού έσφαλαν και καθίσταται η οικονομική τους προσφορά απορριπτέα.

Με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται πως πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...» για τον πρόσθετο λόγο ότι προέβη σε λανθασμένο υπολογισμό του κόστους αντικατάστασης των εργαζομένων, λόγω του οποίου η οικονομική της προσφορά υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης

Αριθμός απόφασης: 1745/2023

προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ως άνω δύο λόγους: Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.4. της διακήρυξης οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς οφείλουν να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, επί ποινή αποκλεισμού, ώστε να μπορεί η αναθέτουσα αρχή να ελέγξει το προϋπολογιζόμενο εργατικό κόστος κάθε προσφοράς και να διαπιστώσει αν η προσφορά εκάστου διαγωνιζόμενου καλύπτει ή όχι το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος. Η διακήρυξη δεν αναφέρει σε κανένα σημείο της συγκεκριμένο τρόπο για τον υπολογισμό του εργατικού κόστους. Η κατάσταση της οικονομικής προσφοράς ενός συμμετέχοντος οικονομικού φορέα κατά τρόπο διαφορετικό σε σύγκριση με έναν ανταγωνιστή του, υπό την επιφύλαξη βέβαια τήρησης των απαιτήσεων που έχουν τεθεί στη διακήρυξη και τη συμφωνία με την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, αποτελεί σύμφυτο χαρακτηριστικό της επιχειρηματικής δράσης που αναπτύσσουν οι οικονομικοί φορείς στο πεδίο των δημοσίων διαγωνισμών και της ελευθερίας να οργανώνουν κατά τρόπο ανταγωνιστικό, ήτοι καλύτερο για τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής που προκηρύσσει τον διαγωνισμό, πολύ περισσότερο όταν κριτήριο ανάθεσης αποτελεί, όπως εν προκειμένω, το μειοδοτικό κριτήριο ανάθεσης, έτσι ώστε η αναδοχή της σύμβασης να εξαρτάται ουσιαδώς από το μικρότερο ύψος των οικονομικών προσφορών (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 272/2008, ΑΕΠΠ 704/2018). Επιπροσθέτως, όπως έχει κριθεί με την υπ' αριθμ. 125/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Λάρισας, εφόσον ένας διαγωνιζόμενος υπολογίζει το εργατικό κόστος (αποδοχές και εισφορές) σύμφωνα με την εργατική νομοθεσία και σε συμφωνία με τους όρους της εκάστοτε διακήρυξης, η οικονομική προσφορά του είναι σύννομη, ασχέτως αν υπολείπεται του ποσού που η αναθέτουσα αρχή εκ των υστέρων υπολογίζει ως νόμιμο, εφόσον δεν εντοπίζεται κάποια παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας. Εν προκειμένω η προσφεύγουσα παραθέτει δικούς της υπολογισμούς σχετικά με το τελικό ποσό του εργατικού κόστους που κατά τους ισχυρισμούς της θα έπρεπε να περιλαμβάνουν οι οικονομικές προσφορές της παρεμβαίνουσας και των εταιρειών «...» και «...». Όμως, σύμφωνα με τα όσα εκτέθηκαν ανωτέρω, εφόσον, τόσο η παρεμβαίνουσα όσο και οι εταιρείες «...» και «...» έχουν τηρήσει τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας κατά τον υπολογισμό του εργατικού κόστους συνάγεται ότι η οικονομική τους προσφορά είναι νόμιμη και οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 1745/2023

απορριφθούν ως αβάσιμοι.

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

14. 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 07^η Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 27^η Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ