

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 30 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 21.12.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1877/29.12.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «.... ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ» (εφ' εξής ο «προσφεύγων»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ» (εφ' εξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του οικονομικού φορέα «....ΟΕ» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμό 418/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, δυνάμει της οποίας αποφασίσθηκε η κατακύρωση του εν θέματι διαγωνισμού στον οικονομικό φορέα «....ΟΕ».

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, κατά το μέρος που την αφορά, και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ, (βλ. ηλεκτρονικό

παράβολο με κωδικό και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, με την υπ' αριθμό πρωτ. 10625/29.08.2022 διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την υπηρεσία με τίτλο: «*Ενίσχυση προσωπικού μαγειρείου – εστιατορίου μαθητικής εστίας (2022-2023)*», συνολικού προϋπολογισμού άνευ Φ.Π.Α. 55.240,94€ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρίσθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 31.08.2022 με ΑΔΑΜ 22PROC....., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις (3) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων, η παρεμβαίνουσα και η εταιρεία «.....». Οι προσφορές του προσφεύγοντος και της παρεμβαίνουσας έγιναν δεκτές, ενώ απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας «.....». Περαιτέρω, πρώτη σε σειρά μειοδοσίας ήταν η παρεμβαίνουσα και δεύτερος ο προσφεύγων. Τέλος, με την προσβαλλόμενη, οριστική ανάδοχος του επίδικου διαγωνισμού ανακηρύχθηκε η παρεμβαίνουσα. Κατά της άνω εκτελεστής κατακυρωτικής απόφασης του αναθέτοντος φορέα, στρέφεται ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προσφυγή του, αιτούμενος την ακύρωσή της για τους ειδικώς αναφερόμενους στην τελευταία λόγους.

4. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις

16.12.2022, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 21.12.2022, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017.

6.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς ο προσφεύγων, έχοντας καταταγεί δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας, βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η σύμβαση.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 28.12.2022 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

8. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, νομίμως και εμπροθέσμως, υπέβαλε τις απόψεις του σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή στις 04.01.2023.

9. Επειδή, η παρεμβαίνουσα, έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος, άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, στις 02.01.2023, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσφυγής, την υπό ιδία ημερομηνία παρέμβασή της υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

10. Επειδή, με τους λόγους της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται, ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας ήταν απορριπτέα, διότι, κατά τους ισχυρισμούς του πρώτου: *«...Συγκεκριμένα στην προκήρυξη και στην παράγραφο 2.4.4 << Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα VII της διακήρυξης: Το εργολαβικό κέρδος θα πρέπει να αποτυπωθεί στην οικονομική προσφορά σε ποσοστό επί τις εκατό (%) και από 0-10%. Σε περίπτωση που το προσφερόμενο εργολαβικό κέρδος υπερβεί το ποσοστό του 10% η προσφορά θα απορρίπτεται.>> ΚΑΙ πιο κάτω Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές της οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ της ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή. Κατά συνέπεια για το μοναδικό που θα έπρεπε*

να δοθεί έκπτωση είναι στο εργολαβικό κέρδος από 0% μέχρι 10%. Η εταιρίαΟ.Ε. στην οικονομική της προσφορά και στην γραμμή 3 μείωσε την τιμή των (Διάφορα έξοδα και λειτουργικό κόστος το οποίο αφορά τις δαπάνες διοικητικής υποστήριξης του αναδόχου, το κόστος μεταφοράς των εργαζομένων, τις δαπάνες αναπλήρωσής τους σε περίπτωση ασθένειας) 3.000€ που είναι στον ενδεικτικό προϋπολογισμό δαπάνης αυθαίρετα σε 335€. Επίσης στο εργολαβικό όφελος αναφέρει ποσοστό 10% που θα έπρεπε να είναι στο σύνολο του 1+2+3, (γραμμή 4) . Δηλαδή $43.412,44 \times 10\% = 4.341,24$ ενώ δηλώνει αόριστα 1736,50 που δεν προκύπτει από πουθενά. Επίσης στα πιστοποιητικά των μαγείρων αναφέρονται τα δύο μέλη της Ο.Ε δηλαδή η Κα και η Κα Πως είναι δυνατόν να υπολογίζεται ασφαλιστικές εισφορές στους εαυτούς τους ενώ θα έχουν και εργοδοτικές εισφορές....».

11. Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Κατ' αρχάς, σύμφωνα με το άρθρο 362 αρ. 1 του Ν. 4412/2016 «1. Η προδικαστική προσφυγή...περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της». Περαιτέρω, το ελάχιστο κατά νόμο περιεχόμενο, το οποίο πρέπει να περιέχει η προδικαστική προσφυγή, είναι «οι νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της», η έλλειψη των οποίων καθιστά την προσφυγή αόριστη και ανεπίδεκτη ελέγχου από την Α.Ε.Π.Π, ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ (2723/2018 ΣτΕ, σκ. 13). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων στην υπό εξέταση προσφυγή υποστηρίζει όλως αορίστως και, επομένως, απαραδέκτως, ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι ασαφής και παραβιάζει όρους της διακήρυξης. Ειδικότερα, ο προσφεύγων παραθέτει ελλιπείς υπολογισμούς και ως εκ τούτου δεν αποδεικνύει συγκεκριμένη πλημμέλεια στην προσφορά της παρεμβαίνουσας. Μάλιστα, ειδικώς σχετικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος περί ασφαλιστικών εισφορών, ουδόλως αναφέρεται ούτε αποδεικνύεται, ότι η εργασία των μελών της Ο.Ε δεν είναι εισφορά εργασίας, που απορρέει εκ του καταστατικού της εταιρείας, αλλά εξαρτημένη σχέση εργασίας, και ως εκ τούτου αυτοί προβάλλονται όλως αορίστως. Εξ άλλου, «ομόρρυθμη εταιρία είναι η προσωπική εμπορική εταιρία με νομική προσωπικότητα για τις υποχρεώσεις της οποίας ευθύνονται όλοι οι εταίροι (ομόρρυθμοι εταίροι) απεριόριστα και εις ολόκληρον, συνιστάται δε με έγγραφη σύμβαση μεταξύ δύο ή περισσότερων προσώπων και αποσκοπεί στην

συνεμπορία των εταίρων υπό την εταιρική επωνυμία με την προσωπική τους συνεργασία και την καταβολή εισφοράς από τον καθένα καθώς και με την ανάληψη των υποχρεώσεων της έναντι των δανειστών της, αλληλεγγύως μετ' αυτής και των λοιπών εταίρων και βάσει της προσωπικής τους περιουσίας και ελευθερίας, εταιρική δε εισφορά είναι η μεταβίβαση από καθένα των εταίρων δικαιωμάτων του ή παροχή εργασίας του για την προαγωγή του εταιρικού σκοπού και ως αντάλλαγμα για την κτήση απ' αυτόν εταιρικών περιουσιακών και προσωπικών δικαιωμάτων. Ως αντικείμενο της εισφοράς κατ' άρθρο 742 παρ 1 ΠΚ, των εταίρων που μετέχουν στη σύσταση εταιρίας μπορεί να αποτελέσει οποιαδήποτε παροχή, όπως χρήματα, πράγματα που εισφέρονται κατά κυριότητα, επικαρπία ή χρήση, άλλα αντικείμενα (όπως εισφορά επιχείρησης), και άυλα αγαθά (εισφορά απαίτησης, σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας), εργασία, εργασία τρίτων, παροχή δανείου, προσδοκία. Εργασιακή δε σχέση, μεταξύ Ο.Ε. και εταίρου της, εισφορέως εργασίας, είναι η εκ του καταστατικού απορρέουσα έννομη σχέση, κατά την οποία ο εταίρος, υποχρεώνεται να παρέχει ορισμένο είδος εργασίας για την προαγωγή του εταιρικού σκοπού ως εταιρική εισφορά του. Η σχέση αυτή είναι ένδικη εργασιακή σχέση γιατί δύναται να συσταθεί μόνον μεταξύ προσωπικής εταιρίας και εταίρου της. Διαφέρει των κοινών εργασιακών σχέσεων διότι δύναται να συσταθεί μόνον μεταξύ προσωπικής εταιρίας και εταίρου της. Διαφέρει των κοινών εργασιακών σχέσεων διότι ο εργαζόμενος (εταίρος) εξυπηρετεί με την εργασία του και δικό του συμφέρον (την προαγωγή του εταιρικού σκοπού), έχει δικαίωμα ελέγχου επί των υποθέσεων του λήπτου της εργασίας και δεν λαμβάνει σταθερό μισθό, αλλά κυμαινόμενο μερίδιο από τα εταιρικά κέρδη αν υπάρχουν τέτοια. Επί πλέον, έναντι της σχέσεως (εξηρητημένης) εργασίας, διαφέρει, διότι δεν τελεί υπό τη διεύθυνση της εταιρίας, αυτή δε δεν υποχρεώνεται να προνοεί υπέρ αυτού ως εργαζόμενου. Η σχέση αυτή απορρέει από την εταιρική συμφωνία όπως καθένας των εταίρων καταβάλει στην Ο.Ε. εταιρική εισφορά και αποκτά τα κατά νόμον και το καταστατικό αναλογούντα σ' αυτόν προσωπικά και περιουσιακά δικαιώματα (διοικήσεως, συμμετοχής στα κέρδη) και υποχρεώσεις (τηρήσεως πίστεως προς την εταιρία, διοικήσεως). Περαιτέρω, μεταξύ της ΟΕ και ενός εταίρου της εκτός του ότι υφίσταται η εταιρική σχέση, δύναται να συνυπάρχουν μετ' αυτής και η σχέση (εξηρητημένης) εργασίας ή μίσθωσης ανεξαρτήτων υπηρεσιών ή μίσθωσης έργου ή εντολή. Στην περίπτωση αυτή δημιουργούνται

τα κατά νόμον δικαιώματα και υποχρεώσεις εκ της εταιρικής σχέσεως και από κάθε εργασιακή σχέση και εφαρμόζονται οι ρυθμίζοντες κάθε σχέση κανόνες. Έτσι ο εταίρος δύναται να εργάζεται επ' ωφελεία της ΟΕ ως εισφορέας εργασίας και ως εργολάβος, ή ως εκμισθωτής ανεξαρτήτων υπηρεσιών, είτε ως εταιρικός διοικητής και ως μισθωτής της Ο.Ε (ΑΠ 248/1973 ΝοΒ 2101086).» [ΑΠ 2172/2013]. Εν ολίγοις, ο προσφεύγων δεν προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, με τους οποίους να αμφισβητεί την ορθότητα του υπολογισμού της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και ουδόλως αποδεικνύει για ποιο λόγο η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν είναι σύνηθες (πρβλ. ΔΕφΛαρ 119/2022, 960/2022 ΑΕΠΠ). Άλλωστε, ο προσφεύγων ήταν αυτός που έφερε το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης και δη των προϋποθέσεων, που απαιτούντο για τη στήριξη των αιτιάσεων του (1256,1257,1258,1259/2022 ΕΑΔΗΣΥ, σελ. 129). Εξ άλλου, η αποδοχή αόριστων αιτιάσεων της προσφυγής θα μετακύλιε ανεπίτρεπτα το βάρος απόδειξης στην παρεμβαίνουσα εταιρεία (ΔΕφΑθ 1379/2022 σκ. 14). Περαιτέρω, κατά τα νομολογιακά δεδομένα, αφ' ενός η επ' ωφελεία μιας διαγωνιζόμενης εταιρείας διαφοροποίηση του τρόπου υπολογισμού του εργατικού κόστους, του διοικητικού κόστους και του εργολαβικού κέρδους ανάγεται στην ευχέρεια, που διαθέτουν οι διαγωνιζόμενοι, να οργανώνουν κατά θεμιτό τρόπο την επιχειρηματική τους δραστηριότητα για την κάλυψη των απαιτήσεων της διακήρυξης και να διαμορφώνουν νομίμως τις τιμές τους, εν όψει και της φύσης του διαγωνισμού ως μειοδοτικού (βλ. ad hoc ΕΑ ΣτΕ 272/2008, ΔΕφΠειρ. 2/2014). Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος δεν συνιστούν ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς αλλά, αντιθέτως, προβάλλονται αορίστως, αναποδείκτως και είναι άρα απορριπτέοι (πρβλ. 1379/2022 Δ.Εφ.Αθ. σκ. 14, ΑΕΠΠ 960/2022, 593,594/2021, 226/2021, ΔΕφΘεσ/νίκης 212/2021, 70/2021, ΔΕφ Ιωαν. 19/2018).

12.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί ενώ πρέπει να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 30 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 20 Φεβρουαρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ