

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 5 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 27.10.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1505/31.10.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» και με το διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Κατά του οικονομικού φορέα «...» και με το διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθμό 911/13.10.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του [εφ' εξής η «προσβαλλόμενη»] («*ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ - Λόγω παράλειψης ενσωμάτωσης στην παρούσα της προηγούμενης απόφασης*»), με 15ο Θέμα: «*Επικύρωση πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών μειοδότη- κατακύρωση της υπηρεσίας “... (αρ. πρωτ. προκήρυξης .../14-07-2022 ΑΡ. ΕΣΗΔΗΣ ...)*», δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η κατακύρωση του εν θέματι διαγωνισμού στον οικονομικό φορέα «...».

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 ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού 600,00€, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), το οποίο υπολογίζεται με βάση την αξία άνευ Φ.Π.Α. της σύμβασης, ήτοι €82.080,00.

2.Επειδή, δυνάμει της με αριθμό πρωτ. .../2022 Διακήρυξης του Δήμου ... Κρήτης, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την υπηρεσία με τίτλο «...», συνολικού προϋπολογισμού άνευ Φ.Π.Α. 82.080,00€ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρίστηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 18.07.2022 με ΑΔΑΜ ..., 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 η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και η εταιρεία «...». Οι προσφορές και των τριών ως άνω οικονομικών φορέων κρίθηκαν αποδεκτές και η σειρά μειοδοσίας ήταν η εξής: Πρώτη η παρεμβαίνουσα, δεύτερη η προσφεύγουσα και τρίτη η «...». Τέλος, με την προσβαλλόμενη, ανάδοχος του επίδικου διαγωνισμού ανακηρύχθηκε η παρεμβαίνουσα, ως έχουσα την πλέον συμφέρουσα προσφορά από άποψη τιμής. Κατά της άνω εκτελεστής κατακυρωτικής απόφασης του αναθέτοντος φορέα, στρέφεται η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή της, αιτούμενη την ακύρωσή της για τους ειδικώς αναφερόμενους σε αυτήν 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 ΙV 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 21.10.2022, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 27.10.2022, 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 και (γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα, έχοντας καταταγεί δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας, βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να της 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 31.10.2022 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 κοινοποίησε τις απόψεις του σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή στις 07.11.2022. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 17.11.2022 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της, ενώ η παρεμβαίνουσα στις 22.11.2022 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της, τα οποία, ωστόσο, ως υποβληθέντα μετά την πάροδο της αποκλειστικής προθεσμίας των πέντε (5) ημερών του άρ. 365 αρ. 1 περ. γ' από την κοινοποίηση των απόψεων, δεν λαμβάνονται υπόψη.

9. Επειδή, η παρεμβαίνουσα, έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος, άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 10.11.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης

προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσφυγής, την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

10. Επειδή, με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας ήταν απορριπτέα, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της πρώτης, η τελευταία δεν έλαβε υπ' όψη τον εκ του νόμου προβλεπόμενο κατώτατο μισθό κατά παράβαση των όρων της Διακήρυξης.

11.Επειδή, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα Αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν, όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.).

12.Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, κάθε Διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμα και αν ελλείπει σχετική ρήτρα και πολλώ μάλλον εφ' όσον περιλαμβάνει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης, εφ' όσον δε η προσφορά υπολείπεται του ελαχίστου εργοδοτικού κόστους, απορρίπτεται επιπροσθέτως δε επειδή παραβιάζονται οι αρχές προστασίας του ανόθευτου ανταγωνισμού, της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (ΔΕΦ Αθ 236/2013, 511/2013). Σε κάθε περίπτωση, κατά την πάγια νομολογία (ΔΕΦ Αθ 325/2015, ΔΕφΘες. 226/2014, ΕΑ ΣτΕ 155/213, 1255/2009) οικονομικές προσφορές που δεν περιλαμβάνουν το απαιτούμενο από το νόμο ελάχιστο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος, νόμιμα αποκλείονται από διαγωνισμούς, ιδία δε, όταν από τους όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι είναι απορριπτέα οικονομική προσφορά, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών, όπως το κόστος τούτο προσδιορίζεται από την ισχύουσα νομοθεσία και την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (πρβλ ΕΑ ΣτΕ 1069/2009, 986/2010, 198/2013).

13. Επειδή, ο όρος 1.7 της οικείας Διακήρυξης ορίζει ότι: «Οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι: α) τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους...».

14.Επειδή, ο όρος 4.3.1 της οικείας Διακήρυξης ορίζει ότι: «Κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος τηρεί τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων από τον ανάδοχο και τους υπεργολάβους του ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση της σύμβασης και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους...».

15. Επειδή, αναφορικά με τον μοναδικό λόγο 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, η προσφεύγουσα στην υπό εξέταση προσφυγή υποστηρίζει όλως αορίστως και, επομένως, απαραδέκτως, ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου εργατικού κόστους. Ειδικότερα, η

προσφεύγουσα παραθέτει ένα πίνακα με δικούς της υπολογισμούς, στον οποίο αθροίζονται επιμέρους ποσά, χωρίς ουδόλως να αναφέρει για ποίον λόγο τα ποσά αυτά είναι ορθά σε αντίθεση με το ποσό, που αναφέρει η παρεμβαίνουσα στην προσφορά της, στην οποία δεν προσάπτει κανένα λανθασμένο επιμέρους υπολογισμό, ως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα (226/2021 ΑΕΠΠ σκ. 47). Αντιθέτως, η προσφεύγουσα παρουσιάζει τον τρόπο που η ίδια υπελόγισε το νόμιμο ελάχιστο εργατικό κόστος, επί τη βάσει των στοιχείων της δικής της προσφοράς, χωρίς να αποδεικνύει εν τέλει αν και κατά πόσο η παρεμβαίνουσα υπελόγισε λανθασμένα το ελάχιστο εκ του νόμου εργατικό κόστος (593,594/2021 ΑΕΠΠ σκ. 25). Εν ολίγοις, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, με τους οποίους να αμφισβητεί την ορθότητα του υπολογισμού του εργατικού κόστους εκ μέρους της παρεμβαίνουσας και ουδόλως αποδεικνύει για ποιο λόγο η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν τηρεί τον εκ του νόμου προβλεπόμενο κατώτατο μισθό (πρβλ. ΔΕφΛαρ 119/2022). Άλλωστε, η προσφεύγουσα ήταν αυτή που έφερε το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης και δη, ήδη δια της προσφυγής της, των προϋποθέσεων που απαιτούντο για τη στήριξη των αιτιάσεων της (1256,1257,1258,1259/2022 ΕΑΔΗΣΥ, σελ. 129). Εξ άλλου, η αποδοχή αορίστων 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) και αφ' ετέρου η αναθέτουσα Αρχή δεν υποχρεούται να εφαρμόσει τον τρόπο υπολογισμού της προσφεύγουσας εταιρείας, αλλά και κυρίως δεν υποχρεούται να προσαρμόσει τους υπολογισμούς της προσφεύγουσας στις απαιτήσεις της Διακήρυξης (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 412/2010). Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα δεν υποχρεούται να προσαρμόσει τους δικούς της υπολογισμούς και την δική της ανάλυση

οικονομικής προσφοράς στους υπολογισμούς της προσφεύγουσας εταιρείας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 412/2010, ΔΕφλωαν. 28/2014). Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί του μειωμένου εργατικού κόστους της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν συνιστούν ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς αλλά, αντιθέτως, προβάλλονται αορίστως, αναποδείκτως και είναι ανεπίδεκτοι εκτίμησης και άρα απορριπτέοι (1379/2022 Δ.Εφ.Αθ. σκ. 14, ΑΕΠΠ 960/2022, 593,594/2021, 226/2021, ΔΕφΘεσ/νίκης 212/2021, 70/2021, ΔΕφ Ιωα 19/2018). Ως εκ τούτου, ο μοναδικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

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

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, 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 5 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 23 Δεκεμβρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ