

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 15 Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 8/5/2023 και με ... Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 667/8.5.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ... , οδός ... αριθ. 17, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... «...»- ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί στο σύνολό της η με αρ. πρωτ. ... και με αριθμό ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, καθώς και κάθε άλλη συναφής προγενέστερη, μεταγενέστερη ή σύγχρονη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 1.650,00€, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 330.000,00€, χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Το ... «...»-..., ως αναθέτουσα αρχή με την με αρ. πρωτ. ... και με αριθμό ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων «...»), προϋπολογισθείσας δαπάνης 330.000,00€, χωρίς Φ.Π.Α. (και 409.200,00€ με Φ.Π.Α.). Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Η αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της

Αριθμός απόφασης: 1000 /2023

σύμβασης δίνεται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής. Η προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 11-4-2023, ενώ το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 12-4-2023 και έλαβε ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ...

3. Η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (...), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της χωρίς ΦΠΑ, καθώς επίσης και της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθώς κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 8-5-2023 και η προσφεύγουσα κατά ρητή δήλωσή της (βλ. σελ. 4 της προσφυγής) έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης στις 27-4-2023, δηλαδή σε ημερομηνία που συμπίπτει με την κατά τεκμήριο γνώση της Διακήρυξης, η οποία ορίζεται στο νόμο μετά την πάροδο 15νθημέρου από την ανάρτηση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (12-4-2023). Επομένως, η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής εκκίνησε στις 28-4-2023 και έληγε στις 7-4-2023, ημέρα εξαιρετέα – Κυριακή-, οπότε μετατέθηκε για την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, δηλαδή τη Δευτέρα, 8-5-2023. Επιπλέον, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι η ίδια δραστηριοποιείται επαγγελματικά ήδη από το έτος 2000 στην αγορά που αφορά ο προκείμενος διαγωνισμός, δηλαδή στην ... και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει σε αυτόν, εντούτοις η συμμετοχή της καθίσταται αντικειμενικώς ανέφικτη. Τούτο, διότι ο προϋπολογισμός της σύμβασης, όπως υπολογίζεται στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη, καθιστά αδύνατη την υποβολή νόμιμης οικονομικής προσφοράς, που να καλύπτει το απαιτούμενο νόμιμο ελάχιστο

Αριθμός απόφασης: 1000 /2023

εργατικό και ασφαλιστικό κόστος και ταυτόχρονα να μην υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης.

6. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 10-5-2023 σε κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017 και ανάρτησε αυτήν κατά την ίδια ως άνω ημερομηνία (10-5-2023) στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

7. Με την υπ' αριθ. 842/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της προσφυγής. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις με αριθ. πρωτ. ... απόψεις της στην ΕΑΔΗΣΥ εμπρόθεσμα στις 23-5-2023, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, τις οποίες επίσης κοινοποίησε σε όλους τους συμμετέχοντες κατά την ίδια ως άνω ημερομηνία (23.5.2023), αιτούμενη παράλληλα την απόρριψη της προσφυγής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους.

8. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

9. Η προσφεύγουσα, με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι το ελάχιστο νόμιμο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος για την ... των προς ανάθεση ... υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης η οποία έχει οριστεί στο ποσό των 330.000,00€. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τις κρίσιμες διατάξεις της Διακήρυξης, που προβλέπουν συγκεκριμένο αριθμό ατόμων ανά ημέρα και ανά ειδικότητα καθώς και την ισχύουσα νομοθεσία, προβάλλει ότι σύμφωνα με τους υπολογισμούς της το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος ανέρχεται στο ποσό των 759.028,16€, χωρίς Φ.Π.Α., και χωρίς να έχει υπολογιστεί καθόλου διοικητικό κόστος, κόστος αναλωσίμων, εργολαβικό κέρδος, νόμιμες κρατήσεις και παρακράτηση φόρου εισοδήματος. Συνεπώς, κατά τους υπολογισμούς της, το ελάχιστο νόμιμο εργατικό και ασφαλιστικό

Αριθμός απόφασης: 1000 /2023

κόστος υπερβαίνει το ποσό των 330.000,00€, που έχει τεθεί στη Διακήρυξη ως ετήσια προϋπολογισθείσα δαπάνη χωρίς Φ.Π.Α.

10. Στην Διακήρυξη, σε σχέση με το τιθέμενο εν προκειμένω ζήτημα, προβλέπονται τα ακόλουθα:

Στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης με τίτλο «Συνοπτική περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης» ορίζεται ότι η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για χρονική διάρκεια 12 μηνών, ανέρχεται σε 330.000,00€, χωρίς Φ.Π.Α. και σε 409.200,00€, συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. Στο άρθρο 1.7 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης» προβλέπεται 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 κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις, διεθνείς διατάξεις [...] Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων[...]».

Στο άρθρο 2.4.4 καθορίζεται το επί ποινή αποκλεισμού περιεχόμενο του φακέλου της οικονομικής προσφοράς, ως εξής: «Η οικονομική προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης όπως ορίζεται κατωτέρω: Α. Τιμές. Η τιμή του προς προμήθεια υλικού δίνεται σε ευρώ ανά τεμάχιο/μονάδα μέτρησης [...] Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβαση...[...].».

Στο άρθρο 2.4.6 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» ορίζεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους2.4.4 (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών)....».

Ακολούθως, στο Παράρτημα Ι δίνεται η αναλυτική περιγραφή του φυσικού και του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης. Ειδικότερα, στο Μέρος Β

Αριθμός απόφασης: 1000 /2023

«Τεχνικές Προδιαγραφές», υπό σημείο VI αναφέρονται μεταξύ των υποχρεώσεων του αναδόχου οι ακόλουθες: «...2. Ο ανάδοχος υποχρεούται στην *απαρέγκλιτη τήρηση της εκάστοτε ισχύουσας εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, αναφορικά με την ... εργασίας του προσωπικού του, ιδίως δε ως προς την καταβολή των αποδοχών, οι οποίες σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να είναι κατώτερες των προβλεπόμενων από την ισχύουσα Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, την τήρηση του νομίμου ωραρίου, των όρων υγιεινής και ασφάλειας κλπ. Παράβαση της υποχρέωσης αυτής δίνει τη δυνατότητα στο ... , για μονομερή καταγγελία της συμβάσεως και κήρυξη του αναδόχου ως εκπτώτου...».*

Στο ίδιο πλαίσιο, στο σημείο VII του Παραρτήματος I προβλέπονται, μεταξύ των επί αποκλεισμού ειδικών όρων τα ακόλουθα: «...4. Η τήρηση και εφαρμογή της υπάρχουσας εργατικής νομοθεσίας με το νόμιμο ημερομίσθιο. Οποιαδήποτε μεταβολή στην ισχύουσα νομοθεσία που διέπει την παρούσα σύμβαση αφενός είναι δεσμευτική για τον ανάδοχο ο οποίος και οφείλει να την εφαρμόσει αφετέρου δεν δύναται σε καμία περίπτωση η μεταβολή αυτή να προκαλέσει οποιαδήποτε πρόσθετη επιβάρυνση στο».

Στο σημείο VIII του Παραρτήματος I παρατίθεται αναλυτικά το απαιτούμενο ... (Πίνακας 1), το απαιτούμενο ... (Πίνακας...), καθώς και το ωράριο και οι βάρδιες εργασίας τους.

Τέλος, στο Παράρτημα IV της Διακήρυξης παρατίθεται υπόδειγμα Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς, τον οποίο καλούνται να συμπληρώσουν και υποβάλλουν οι συμμετέχοντες. Κάτωθι του Πίνακα διευκρινίζεται ότι, για τον υπολογισμό του εργατικού κόστους το μηνιαίο κόστος, καθώς και όλα τα προσφερόμενα κόστη θα πρέπει να υπολογιστούν υποχρεωτικά επί ποινή αποκλεισμού με βάση το ημερομίσθιο άγαμου εργαζόμενου άνω των 25 ετών με 6 – 9 έτη προϋπηρεσίας, όπως ισχύει κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού.

Από τους προπαρατεθέντες όρους συνάγεται ότι στη Διακήρυξη προβλέπεται ο τρόπος σύνταξης της οικονομικής προσφοράς, με την αναφορά των επιμέρους κονδυλίων που πρέπει να συμπεριληφθούν σε αυτήν. Συναφώς, οι συμμετέχοντες οφείλουν να υποβάλλουν την οικονομική προσφορά τους, συμπληρώνοντας τα οικεία πεδία του υποδείγματος Οικονομικής Προσφοράς της Διακήρυξης, τηρώντας την ισχύουσα εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία,

Αριθμός απόφασης: 1000 /2023

ενώ οικονομική προσφορά, που δεν έχει συμπεριλάβει όλα τα κονδύλια του εργατικού κόστους, απορρίπτεται ως μη νόμιμη και οικονομική προσφορά, που υπερβαίνει τον προϋπολογισμό (330.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ), απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

11. Η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, ως προς τον αριθμό των ατόμων που ζητούνται ανά ημέρα και ειδικότητα, την ισχύουσα νομοθεσία και τον θεσμοθετημένο νόμιμο κατώτατο μισθό και ημερομίσθιο (ΥΑ 31986/2023, ΦΕΚ 2003/Β/28.3.2023), προβαίνει σε αναλυτικούς υπολογισμούς του ελάχιστου νόμιμου εργατικού και ασφαλιστικού κόστους ανά ειδικότητα σε ετήσια και μηνιαία βάση (βλ. σελ. 17, 18, 19 και 20 της προσφυγής), καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι αυτό ανέρχεται στο ποσό των 759.028,16 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α. για την ετήσια διάρκεια της σύμβασης και για το σύνολο των ζητούμενων ειδικοτήτων. Συνεπώς, το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος κατά τους υπολογισμούς της προσφεύγουσας υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη της Διακήρυξης, η οποία ανέρχεται σε 330.000,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α., με αποτέλεσμα να είναι ανέφικτη, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας η υποβολή νόμιμης, ρεαλιστικής και σύμφωνης με τη Διακήρυξη και την ισχύουσα εργατική νομοθεσία, οικονομικής προσφοράς, η οποία ταυτόχρονα να μην υπερβαίνει τον προϋπολογισμό που τίθεται στη Διακήρυξη.

12. Η αναθέτουσα αρχή με τις υποβληθείσες απόψεις της ζητά την απόρριψη της προσφυγής, υποστηρίζοντας ότι ο προϋπολογισμός της Διακήρυξης είναι νόμιμος, επικαλούμενη προς τούτο τη με αρ. πρωτ. ... Βεβαίωση του Οικονομικού Τμήματος του ... Ωστόσο, με τη Βεβαίωση αυτή δεν προσκομίζονται στοιχεία για τον τρόπο υπολογισμού του εργατικού κόστους και την εξαγωγή του προϋπολογισμού της σύμβασης, αλλά αναφέρεται μόνον ότι «...». Πλην όμως, η αιτιολογία αυτή είναι αόριστη και δεν αντικρούει ούτε απαντάει στις ειδικές και συγκεκριμένες αιτιάσεις και στους υπολογισμούς της προσφεύγουσας. Άλλωστε, η γενική – και χωρίς άλλο προσδιορισμό - αναφορά σε καταβληθείσες αποδοχές προηγούμενου έτους (2022), που μάλιστα αφορούν μόνο σε ... , ενώ στο πλαίσιο της επίμαχης Διακήρυξης ζητούνται επιπλέον ειδικότητες (...), δεν επεξηγεί ποιά ήταν τα δεδομένα που ελήφθησαν υπόψη για την διαμόρφωση του ύψους του προϋπολογισμού κατά τον χρόνο δημοσίευσης της υπό κρίση διακήρυξης. Επιπροσθέτως, δεν

Αριθμός απόφασης: 1000 /2023

προκύπτει από κάποιο σημείο της Διακήρυξης με βάση ποιους υπολογισμούς, όσον αφορά το εργατικό κόστος και τις ασφαλιστικές εισφορές, τέθηκε ως ποσόν του προϋπολογισμού τα 330.000,00 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ). Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, πέραν της επίκλησης της προαναφερθείσας Βεβαίωσης του Οικονομικού Τμήματα, ουδεμία άλλη αιτιολογία εισφέρει, αλλά αρκείται στη διατύπωση ... κρίσεων περί του ότι ο προϋπολογισμός υπολογίστηκε, λαμβάνοντας υπόψη την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία. Σε κάθε περίπτωση, δεν αντικρούει με συγκεκριμένα στοιχεία τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, που εμπεριέχουν αναλυτικούς υπολογισμούς περί του ότι ο προϋπολογισμός του προκειμένου διαγωνισμού δεν επαρκεί για την κάλυψη του εργατικού κόστους, χωρίς να έχουν συμπεριληφθεί σε αυτό οι νόμιμες κρατήσεις, το διοικητικό κόστος και το εργολαβικό κέρδος. Όπως έχει κριθεί, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, αφενός μεν να αιτιολογήσει ειδικώς τον τρόπο υπολογισμού του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους, που λήφθηκε υπόψη κατά την κατάρτιση του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση υπηρεσίας, ώστε να είναι σε θέση να αξιολογήσει τις οικονομικές προσφορές με βάση τα επί μέρους κοστολογήσιμα στοιχεία τους, αφετέρου δε να αντικρούσει ειδικώς τους συγκεκριμένους ισχυρισμούς της προδικαστικής προσφυγής (βλ. ΔΕφΑθ 191/2018, ΕΑΔΗΣΥ Σ554/2022, σκέψη 38, ΕΑΔΗΣΥ 1224/2022). Ενόψει των ανωτέρω, ο μοναδικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, η δε προσβαλλόμενη Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της, δεδομένου ότι σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση περίπτωση, πρέπει ν' ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C448/2001, σκέψεις 92-95).

13. Κατόπιν των ανωτέρω η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη να ακυρωθεί και να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το καταβληθέν παράβολο (άρθρο 363 του ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 1000 /2023

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αριθμό ... Διακήρυξη, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 4 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ