

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 12/07/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος Μιχαήλ Οικονόμου - Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 819/06.06.2023, της προσφεύγουσας εταιρείας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής πρώτη «προσφεύγουσα»), και

την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 824/06.06.2023 της προσφεύγουσας ένωσης με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη δεύτερη «προσφεύγουσα»).

Κατά της «...» (εφ' εξής «αναθέτων Φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας επί της πρώτης προσφυγής με την επωνυμία «...» νομίμως εκπροσωπούμενης.

Της παρεμβαίνουσας ένωσης επί της πρώτης προσφυγής με την επωνυμία «...» νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 139/2023, απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... , κατά το σκέλος της, με το οποίο έκανε δεκτές τις προσφορές των 1^{ου},2^{ου},3^{ου},4^{ου},5^{ου},6^{ου},7^{ου} και 9^{ου}, κατά σειρά μειοδοσίας, οικονομικών φορέων, δέχθηκε την αιτιολόγηση των 1^{ου} και 2^{ου} οικονομικών φορέων και ανακήρυξε προσωρινή ανάδοχο του έργου την εταιρεία «...», ν' απορριφθούν οι προσφορές των 1^{ου},2^{ου},3^{ου},4^{ου}, 5^{ου},6^{ου},7^{ου} και 9^{ου}, κατά σειρά μειοδοσίας, οικονομικών φορέων, ν' ανακηρυχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος του έργου και να της επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Με την δεύτερη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 139/2023, Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Επιχείρησης, με την επωνυμία «...», με θέμα «...», κατά το μέρος, με το οποίο κρίθηκαν ως αποδεκτές και αξιολογήθηκαν ως σημαντικές

Αριθμός Απόφασης:1099,1100/2023

οι επικλήσεις του οικονομικού φορέα «...», με τις οποίες αιτιολογεί την υπέρβαση των ποσοστών έκπτωσης του από τον μέσο όρο, και συνακόλουθα έγινε δεκτή η προσφορά του και ανεδείχθη προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης με προσφερόμενη μέση έκπτωση $E_m=37,95\%$ και συνολική συμβατική δαπάνη (χωρίς ΦΠΑ - ΦΠΑ 0%) 3.387.802,92€, εκ των οποίων δαπάνη εργασιών με ... & ... 2.828.459,87€, απρόβλεπτα 424.268,98€, απολογιστικά 130.000,00€ και δαπάνη αναθεώρησης 5.074,07€.

Με αμφότερες τις παρεμβάσεις επιδιώκεται η απόρριψη της πρώτης προσφυγής, καθ' ό μέρος τις αφορά.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, δυνάμει της υπό ΑΔΑΜ ... 2023...διακήρυξης, η ... , προκήρυξε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου με τίτλο: «...», εκτιμώμενης αξίας € 5.380.000,00 (με ΦΠΑ), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των υποφακέλλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά», διαπιστώθηκε, ότι επί συνόλου εννέα (9) προσφορών κρίθηκαν όλες αποδεκτές. Κατόπιν των ανωτέρω και μετά από διαλογική συζήτηση, η Επιτροπή διαπίστωσε, ότι η προσφορά του οικονομικού φορέα ... και του οικονομικού φορέα «...» είναι ασυνήθιστα χαμηλές, παρουσιάζοντας απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Ακολούθως, η Επιτροπή διέκοψε την συνεδρίαση και διαβίβασε το πρακτικό της στον αναθέτοντα φορέα, προκειμένου να ζητηθεί τεκμηρίωση των ... από τους οικονομικούς φορείς «...» με αριθμό κατάθεσης προσφοράς ... και «...» με αριθμό κατάθεσης προσφοράς ... Ακολούθως, ο Πρόεδρος έθεσε υπ' όψη των μελών το σχετικό από 07-03-2023 1^ο Πρακτικό Ηλεκτρονικής Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Προσφορών και τα οριζόμενα στο άρθρο 88 του Ν 4412/2016, καθώς και το άρθρο 4 της διακήρυξης, σύμφωνα με τα οποία η αναθέτουσα Αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής

Αριθμός Απόφασης:1099,1100/2023

προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής πρόσκλησης, και κάλεσε το Συμβούλιο να αποφασίσει σχετικά. Το Διοικητικό Συμβούλιο, δυνάμει της υπ' αριθμ. 79/2023 απόφασής του, αποφάσισε ομόφωνα την έγκριση του από 7.3.2023 (1^{ου}) Πρακτικού, σύμφωνα με το οποίο, οι προσφορές της «...» και της ένωσης οικονομικών φορέων «...» ήταν ασυνήθιστα χαμηλές, παρουσιάζοντας απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών, που υποβλήθηκαν, και αποφάσισε να καλέσει τους ανωτέρω οικονομικούς φορείς να αιτιολογήσουν την προσφορά τους εντός είκοσι ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Οι δύο ως άνω οικονομικοί φορείς κλήθηκαν, προκειμένου να αιτιολογήσουν την προσφορά τους, δυνάμει του υπ' αριθμ. πρωτ. .../2023 εγγράφου της ... Η «...» υπέβαλε την αιτιολόγησή της στις 12.4.2023 και η «...» υπέβαλε την αιτιολόγησή της στις 13.4.2023. Ακολούθως, ο Πρόεδρος έθεσε υπ' όψη των μελών το σχετικό από 05-05-2023 2^ο Πρακτικό Ηλεκτρονικής Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Προσφορών, σύμφωνα με το οποίο η Επιτροπή, αφού έλαβε υπ' όψη το εμπρόθεσμο της υποβολής, έκρινε ως αποδεκτές τις τεκμηριώσεις και αξιολόγησε ως σημαντικές τις επικλήσεις των οικονομικών φορέων και ικανές να αιτιολογήσουν την υπέρβαση των ποσοστών έκπτωσης από τον μέσο όρο και εισηγήθηκε την αποδοχή του. Κατόπιν των ανωτέρω, το Διοικητικό Συμβούλιο της ... , δυνάμει της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμ. 139/2023, απόφασής του, ενέκρινε ομόφωνα το από 5.5.2023 2^ο Πρακτικό του διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο προκύπτει, ότι μειοδότης είναι η ... «...» με μέση έκπτωση 37,95% και συνολική συμβατική δαπάνη (χωρίς Φ.Π.Α.) 3.387.802,92€, εκ των οποίων δαπάνη εργασιών με ΓΕ & ΟΕ 2.828.459,87€, απρόβλεπτα 424.268,98€, απολογιστικά 130.000,00 € και δαπάνη αναθεώρησης 5.074,07€. Η εν λόγω απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 23.5.2023.

2. Επειδή ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... , αξίας 15.000,00 € ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... , αξίας 15.000,00 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

5. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε τις εμπρόθεσμες απόψεις της επί αμφοτέρων των προσφυγών στις 16/06/2023, δοθέντος ότι αυτές κατατέθηκαν στις 02/06/2023. Επ' αυτών κατατέθηκε παραδεκτώς το από 21/6/2023 υπόμνημα της πρώτης προσφεύγουσας.

6. Επειδή, εν προκειμένω από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου προκύπτουν τα κάτωθι, ως προς την πρώτη προσφυγή. Ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής στρέφεται κατά όλων των οικονομικών φορέων και συνίσταται, στο ότι οι συμμετέχοντες, πλην αυτής, δεν προαπέδειξαν καθόλου ή δεν προαπέδειξαν προσηκόντως, ως όφειλαν, την μη υπέρβαση του ορίου του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων. Η προκείμενη διακήρυξη, σε αντίθεση με τα προβαλλόμενα στις απόψεις της αναθέτουσας Αρχής, δεν επιτρέπει την συμπλήρωση μόνο της ενότητας α' του μέρους IV, επομένως, επιτάσσει την υποχρεωτική συμπλήρωση οποιαδήποτε άλλης ενότητας του μέρους IV που ανταποκρίνεται στα τιθέμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Πολλώ δε μάλλον επιβάλλει την δήλωση του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων. Τα όσα διαλαμβάνει η αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της τυγχάνουν αβάσιμα, καθ' ότι, όπως γίνεται δεκτό νομολογιακά (ad hoc ΔΕφΚομ 168/2022, 16/2023, 113/2022, ΔΕφ Θεσ/νίκης 383/2022), το ΕΕΕΣ, που αναρτάται στον τόπο του διαγωνισμού αναφορικά με την υποχρέωση των οικονομικών φορέων να δηλώσουν προαποδεικτικά την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, δεν είναι δεσμευτικό, με αποτέλεσμα να μην

αρκεί η γενική καταφατική απάντηση, εκ μέρους των οικονομικών φορέων, στην γενική ένδειξη του Μέρους IV του ΕΕΕΣ. Σημειωτέον, άλλωστε, ότι η κατευθυντήρια οδηγία αρ. ... της ΕΑΑΔΗΣΥ, την οποία επικαλείται η αναθέτουσα Αρχή σε σχέση με τη συμπλήρωση του Μέρους IV το ΕΕΕΣ (σελ. 23 επ. της Οδηγίας), αναφέρει: «Η αναθέτουσα αρχή έχει την διακριτική ευχέρεια στα έγγραφα της σύμβασης να επιλέξει είτε μόνο την συμπλήρωση, εκ μέρους των Ο.Φ της ενότητας α "Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής" είτε την αναλυτική συμπλήρωση από μέρους τους των πεδίων των Ενότητων Α έως Δ του Μέρους IV. Επισημαίνεται ότι η χρήση της ως άνω γενικής ένδειξης, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής επιτρέπεται μόνο εφόσον η τελευταία έχει δηλώσει ρητά στην σχετική διακήρυξη ή στην πρόσκληση ή στα λοιπά έγγραφα της σύμβασης, ότι οι οικονομικοί φορείς συμπληρώνουν μόνο την ενότητα α "Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής». Εν προκειμένω, η αναθέτουσα Αρχή δεν έχει δηλώσει κάτι τέτοιο στα έγγραφα της σύμβασης, άρα και εξ αυτού του στοιχείου συνάγεται, ότι υπήρχε υποχρέωση συμπλήρωσης όλων των κριτηρίων επιλογής. Εξ άλλου, η συμπληρωματική υπεύθυνη δήλωση, που υποβάλλουν οι οικονομικοί φορείς, είναι απολύτως σαφές, ότι έχει την έννοια της συμπλήρωσης στοιχείων, που έχουν το πρώτον δηλωθεί στο ΕΕΕΣ. Η ερμηνεία, που υιοθετεί η αναθέτουσα Αρχή, πέραν από αντίθετη με το γράμμα των οικείων διατάξεων, οδηγεί σε παραβίαση του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού και, τελικά, σε ουσιώδη τροποποίηση προσφορών, που δεν πληρούν τους όρους του κανονιστικού πλαισίου της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας, και άρα οι σχετικές αιτιάσεις γίνονται δεκτές ως βάσιμες. Ως προς τους επιμέρους λόγους αποκλεισμού της προσφοράς της εταιρείας «...», λεκτέα τα κάτωθι. Στις απόψεις της, η αναθέτουσα Αρχή δεν συνεκτιμά ουσιαστικά στοιχεία της αιτιολόγησης της «...», τα οποία αφορούν τόσο στην προσφορά της «...», όπου στο πεδίο της προσφοράς «...» στο Α/Α 2 αναφέρει ρητά «...» και όχι προμήθεια, όσο και στην ανάλυση δαπάνης του ΑΤ 2.5.1 «...», όπου στην υποβληθείσα αιτιολόγηση αναλύεται η δαπάνη της σύνθετης αυτής εργασίας στα επί μέρους τμήματα αυτής. Ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η εργασία είναι σύνθετη και αποτελείται από τις επί μέρους εργασίες ως εξής: 1. Διάστρωση και συμπύκνωση υλικού οδοστρωσίας για 1m². Στην αιτιολόγηση υπολογίζεται η απαιτούμενη ποσότητα αδρανών υπόβασης και βάσης, η

Αριθμός Απόφασης:1099,1100/2023

δαπάνη προμήθειας αυτών και υπολογίζεται και η δαπάνη των μηχανημάτων και προσωπικού για την κατασκευή της υπόβασης και της βάσης με αδρανή υλικά. Η δαπάνη αυτή είναι: α) δαπάνη προμήθειας αδρανών $1,84 + 1,88 = 3,72 \text{ €/m}^2$ β) δαπάνη διάστρωσης με φορτωτή και με τσουγκράνα $0,08 + 0,17 = 0,25 \text{ €/m}^2$ γ) δαπάνη συμπύκνωσης με δονητικό κύλινδρο $0,06 \text{ €/m}^2$. Για τις παραπάνω εργασίες κατασκευής της βάσης και της υπόβασης υπολογίζεται το κόστος υλικών και εργασίας τόσο των μηχανημάτων όσο και του εργατοτεχνικού προσωπικού. Για τις εργασίες όμως κατασκευής των: δ) ασφαλικής προεπάλειψης, θέτει στην κοστολόγηση ως δαπάνη ακριβώς την προσφορά της εταιρείας «...» $0,40 \text{ €/m}^2$ ε) ασφαλικής στρώση κυκλοφορίας θέτει στην κοστολόγηση ως δαπάνη ακριβώς την προσφορά της «...» $5,50 \text{ €/m}^2$. Στην κοστολόγηση του επί μέρους τμήματος της εργασίας αποκατάστασης των ασφαλικών οδοστρωμάτων, που είναι η κατασκευή των ασφαλικών στρώσεων, δεν υπολογίζει καθόλου την δαπάνη των κατάλληλων μηχανημάτων (finisher - διαστρωτήρας ασφαλτομίγματος, federal διαστρωτήρας ασφαλικών προεπαλείψεων, οδοστρωτήρες κλπ) επίσης δεν υπολογίζει καθόλου δαπάνη προσωπικού (χειριστές, τεχνίτες κλπ) για την διάστρωση της ασφάλτου. Στις απόψεις της η αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται, ότι τα μηχανήματα για την κατασκευή των ασφαλικών στρώσεων κυκλοφορίας θα τα διαθέσει η εταιρεία ... στην εταιρεία ... δωρεάν. Υιοθετώντας την ερμηνευτική αυτή εκδοχή, θα εγένετο δεκτό, να υπάρχουν αιτιολογήσεις αδικαιολόγητα χαμηλών προσφορών, στις οποίες οι οικονομικοί φορείς, που τις έχουν υποβάλει, θα ισχυρίζονται, ότι τμήματα της σύμβασης θα κατασκευάζονται δωρεάν, το οποίο προφανώς δεν συνάδει με το άρθρο 88 του ν. 4412/2016, με αποτέλεσμα όλες οι τέτοιου είδους αιτιολογήσεις αδικαιολόγητα χαμηλών προσφορών θα εγένοντο δεκτές. Στην προκειμένη περίπτωση, από την αιτιολόγηση της προσφοράς της ... , προκύπτει, ότι η εν λόγω εταιρεία πρόκειται να αναθέσει τμήματα της σύμβασης σε υπεργολάβο. Εφ' όσον, εν προκειμένω, επρόκειτο η «...», η οποία είναι τεχνική εταιρεία εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ, να κατασκευάσει τις εργασίες ασφαλτόστρωσης με δικά της μέσα και προσωπικό, ως μέρος του συμβατικού αντικειμένου, ασχέτως του ποσοστού αυτού, η «...» όφειλε να την δηλώσει στο ΕΕΕΣ της ως υπεργολάβο και να υποβληθεί ξεχωριστό ΕΕΕΣ της εταιρείας «...» (βλ. ad hoc ΕΑΔΗΣΥ 789/2023, ΕΑΔΗΣΥ 88/2022, Δεφθεσ/νίκης 394/2022, σκ. 8). Η

Αριθμός Απόφασης:1099,1100/2023

ανωτέρω δε έλλειψη δεν δύναται να συμπληρωθεί κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 και ισχύει, διότι τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της ήδη υποβληθείσας προσφοράς (ad hoc ΕΑΔΗΣΥ 789/2023 219/2023). Επιπρόσθετα, στις απόψεις της, η αναθέτουσα Αρχή αναφέρει, ότι ναι μεν η ... δεν αιτιολόγησε όλες τις εργασίες του έργου, πλην όμως κοστολόγησε τις πλέον κοστοβόρες εξ αυτών. Ο ισχυρισμός αυτός απορρίπτεται ως αβάσιμος, ιδίως εκ του λόγου, ότι από την αιτιολόγηση της προσφοράς της, προκύπτει ότι η εργασία με Α/Α 1 του Α.Τ. 4 «...», δαπάνης στον προϋπολογισμό του έργου 875.814,50 €, κοστολογείται μόνον 99.112.55 €. Ήτοι, από την εργασία αυτή και μόνον, η ... ισχυρίζεται, ότι θα κερδίσει 776.701,95 €, ήτοι ποσοστό κέρδους 900%. Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας Αρχής, περί κοστολόγησης των πλέον κοστοβόρων εργασιών, απορρίπτεται ως αναπόδεικτος. Επιπλέον, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας Αρχής, περί της μικρής συμμετοχής στο κόστος του έργου, περίπου 20%, τυγχάνουν απορριπτέες, διότι ουδόλως τούτο αναιρεί την υποχρέωση αιτιολόγησης του συνόλου των απαιτούμενων για την υλοποίηση του έργου εργασιών (πρβλ. και ΕΑΔΗΣΥ 90/2023, σκ.16). Στην υποβληθείσα αιτιολόγηση της εταιρείας «...», επιχειρείται η αιτιολόγηση της δαπάνης μόλις δώδεκα (12) εργασιών επί συνόλου 227, ως εκ τούτου δεν έχει παρασχεθεί καμμία αιτιολόγηση του κόστους κατασκευής συνολικά 215 εργασιών του έργου. Εξ αιτίας αυτού, η παρασχεθείσα αιτιολόγηση είναι αόριστη και ανεπίδεκτη εκτίμησης, δεδομένου ότι δεν προσδιορίζεται το κόστος εκάστης εργασίας ούτε ο τρόπος, με τον οποίο θα κατασκευασθεί κάθε εργασία αλλ' ούτε και ο τρόπος, με τον οποίο καλύπτεται η δαπάνη κατασκευής. Κατόπιν των ανωτέρω, προκύπτει, ότι η εταιρεία «...» δεν αιτιολόγησε επαρκώς το χαμηλό κόστος της προσφοράς της, κατόπιν της σχετικής πρόσκλησης που της απηύθυνε η Αναθέτουσα Αρχή και, ως εκ τούτου, μη νόμιμα η προσβαλλόμενη απόφαση έκρινε περί του αντιθέτου. Οι εργασίες αυτές, των οποίων η δαπάνη δεν αιτιολογήθηκε, σύμφωνα με τα πορίσματα της τέχνης και της τεχνικής, δεν δύναται να κατασκευασθούν από απλούς εργατοτεχνίτες, όπως εν προκειμένω κοστολογεί η «...», αντιθέτως απαιτούν ιδιαίτερες τεχνικές γνώσεις και, συνεπώς, κατασκευάζονται από ειδικευμένους τεχνίτες, όπως σιδηρουργούς, ηλεκτρολόγους, υδραυλικούς, χημικούς, ηλεκτρονικούς κλπ, η

Αριθμός Απόφασης:1099,1100/2023

αμοιβή των οποίων είναι πολλαπλάσια της αμοιβής των απλών εργατοτεχνιτών, που ασχολούνται σε απλές χωματοουργικές εργασίες και κοστολογεί η Εξ άλλου, σε ό,τι αφορά στον υπολογισμό της εργατικής δαπάνης του έργου, στις απόψεις της (σελ. 6, υπό στοιχείο Β.3.) η αναθέτουσα Αρχή ουδόλως κατέδειξε, πώς έγινε δεκτό από μέρος της, ότι υπάρχουν στην αγορά εργασίας νόμιμες αμοιβές τόσο χαμηλές, δηλαδή μηνιαίες μεικτές αποδοχές $22 \times 31,95 = 702,90 \text{ €}$ για τους χειριστές και οδηγούς και ημερομίσθιο $16,77 \text{ €}$ για τους εργατοτεχνίτες, όπως ισχυρίζεται η ... στην αιτιολόγησή της. Επίσης, η αναθέτουσα Αρχή δεν έλαβε υπ' όψη, στις απόψεις της, ότι η ... είναι εργοληπτική επιχείρηση, η οποία αποτελεί μέλος των πανελλήνιων εργοληπτικών οργανώσεων, ... κλπ, οι οποίες από 22-4-2022 υπέγραψαν την Εθνική Ομοιοεπαγγελματική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας για τους όρους αμοιβής και τις συνθήκες εργασίας των εργατοτεχνιτών οικοδόμων και συναφών επαγγελματιών όλης της χώρας. Στην εν λόγω σύμβαση, καθορίζεται το μεικτό ημερομίσθιο στα $51,25 \text{ €}$ για τεχνίτες έγγαμους. Ως εκ τούτου, η «...» έχει υποχρέωση εφαρμογής της ... και μάλιστα βάσει του άρθρου 89 του ν. 4412/2016 υπάρχει υποχρέωση προσκόμισης, με τις εξηγήσεις του συμμετέχοντα, και της ... , στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοί του, που θα απασχοληθούν στο έργο. Σε κάθε περίπτωση, η αιτιολόγηση δεν αποδεικνύει, ότι οι εργαζόμενοι θα αμειφθούν με τις δηλούμενες χαμηλότερες αμοιβές (πρβλ. και ΕΑΔΗΣΥ 90/2023). Η αναθέτουσα Αρχή συνεπώς όφειλε να έχει λάβει υπ' όψη της τουλάχιστον, ότι η οικονομική προσφορά της «...» υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους και, για τον λόγο αυτό, έπρεπε η αιτιολόγηση της τελευταίας να μη γίνει δεκτή και, κατ' επέκταση, η προσφορά της ν' απορριφθεί και η εν λόγω εταιρεία ν αποκλεισθεί από την συνέχεια του διαγωνισμού.

7. Επειδή, εν συνεχεία, ως προς τις αιτιάσεις επί της προσφοράς της ένωσης οικονομικών φορέων «...», λεκτέα τα κάτωθι. Αναφορικά με τους λόγους της πρώτης προδικαστικής προσφυγής, οι οποίοι στρέφονται κατά της ως άνω ένωσης οικονομικών φορέων, η αναθέτουσα Αρχή, στις απόψεις της, προσπαθεί να πείσει, ότι έχει δηλωθεί η κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης, αγνοώντας ότι, όπως έχει κριθεί, η διάταξη του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν 4412/2016 έχει την έννοια ότι η προσφορά ένωσης οικονομικών

Αριθμός Απόφασης:1099,1100/2023

φορέων πρέπει, επί ποινή απαραδέκτου, να περιλαμβάνει την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους στην ένωση και να συμπεριλαμβάνει την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης, (κατανομή), η οποία, ως μέγεθος διακριτό από την έκταση της συμμετοχής, δεν περιλαμβάνεται κατά νόμο σ' αυτήν, δεδομένου, άλλωστε, ότι είναι δυνατό να μη συμπίπτει, κατά ποσοστό, με αυτήν. Από τις δηλώσεις των δύο εταιρειών, οι οποίες αναφέρουν μόνον ότι θα αναλάβουν από κοινού την εκτέλεση των εργασιών, με ποσοστό συμμετοχής η εταιρεία ... 50% και η εταιρεία ... 50%, χωρίς να αναφέρουν τίποτα για το πώς θα κατανεμηθεί μεταξύ τους η αμοιβή, καθίσταται σαφές ότι οι εν λόγω εταιρείες έχουν παραβιάσει τον σχετικό όρο της διακήρυξης περί προσδιορισμού της αμοιβής μεταξύ τους, όρος που, όπως προεκτέθηκε και γίνεται παγίως δεκτό, έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Επιπρόσθετα, σημειωτέον ότι η εν λόγω κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης δεν δηλώνεται ούτε με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, η οποία δεν υποβλήθηκε καν. Συνεπεία των ανωτέρω, η προσφορά της ένωσης «...» τυγχάνει και εξ αυτού του λόγου απορριπτέα. Περαιτέρω, η αναθέτουσα Αρχή, προβάλλει, ότι η μη αλφαβητική αναφορά των ονομάτων των εταιρειών στην ένωση αποτελεί δήλωση ορισμού εκπρόσωπου/συντονιστή της ένωσης και επικεφαλής εταίρου (lead partner), άρα ταυτίζεται εννοιολογικά με τον όρο «επικεφαλής» (leader) που αναφέρεται στο υπόδειγμα ΕΕΕΣ του εκτελεστικού κανονισμού ... της Επιτροπής, και ήδη -κατόπιν της σχετικής διόρθωσης στην ελληνική έκδοση του κανονισμού- έχει αντικατασταθεί από τον όρο «συντονιστής» (ΕΣ απόφαση 590/2019 Τμήμα Μείζονος Επταμελούς Σύνοψης, ΕΑ ΣΤΕ 165/2020). Ο εν λόγω ισχυρισμός είναι αβάσιμος, Τούτο, διότι στην προκειμένη περίπτωση, δεδομένου ότι δεν δηλώθηκε ένας οικονομικός φορέας ως ... της ένωσης, υφίσταται παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, τεθέντος επί ποινή αποκλεισμού και μη δυνάμενου να θεραπευθεί, κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, ως εκ τούτου, δε η προσφορά της ένωσης «...» τυγχάνει ακυρωτέα και εξ αυτού του λόγου. Τέλος, αναφορικά με τον ισχυρισμό της πρώτης προσφεύγουσας σχετικά με την μη αιτιολόγηση του κόστους των περισσότερων εργασιών του έργου από την ένωση, η αναθέτουσα Αρχή επαναλαμβάνει όσα ανέφερε και για την αιτιολόγηση της προσφοράς της «...», ότι δηλαδή ναι μεν δεν αιτιολόγησε όλες

Αριθμός Απόφασης:1099,1100/2023

τις εργασίες του έργου πλην όμως κοστολόγησε τις πλέον κοστοβόρες εξ αυτών. Εν τούτοις, ο οικείος ισχυρισμός τυγχάνει απορριπτέος. Τούτο, διότι από την αιτιολόγηση προκύπτει, ότι και η εν λόγω ένωση, για την εργασία με Α/Α 1 του Α.Τ. 4 «...», δαπάνης στον προϋπολογισμό του έργου 875.814,50€, κοστολογεί μόνον 110.331,05€. Δηλαδή από την εργασία αυτή και μόνον η ένωση θεωρεί, ότι θα κερδίσει περί τα 765.000,00€, δηλαδή ποσοστό κέρδους 800%. Με βάση αυτό και μόνον, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας Αρχής, περί κοστολόγησης των πλέον κοστοβόρων εργασιών, δεν ερείδεται επί των στοιχείων του φακέλλου. Επιπροσθέτως, οι αιτιάσεις της αναθέτουσας Αρχής περί της μικρής συμμετοχής στο κόστος του έργου, περίπου 15%, τυγχάνουν απορριπτέες, διότι ουδόλως τούτο αναιρεί την υποχρέωση αιτιολόγησης του συνόλου των απαιτούμενων για την υλοποίηση του έργου εργασιών (πρβλ. και ΕΑΔΗΣΥ 90/2023, σκ.16). Στην υποβληθείσα αιτιολόγηση της ένωσης αιτιολογείται το κόστος μόνο δεκαοκτώ (18) εργασιών επί συνόλου 227, ως εκ τούτου δεν έχει παρασχεθεί καμμία απολύτως αιτιολόγηση του κόστους κατασκευής συνολικά 209 εργασιών του έργου. Δοθέντος τούτου, η παρασχεθείσα αιτιολόγηση είναι αόριστη δεδομένου ότι δεν προσδιορίζεται το κόστος εκάστης εργασίας ούτε ο τρόπος, με τον οποίο θα κατασκευασθεί κάθε εργασία αλλ' ούτε και ο τρόπος, με τον οποίο καλύπτεται η δαπάνη κατασκευής. Επέκεινα, οι εργασίες, το κόστος των οποίων δεν αιτιολογείται, είναι κυρίως εξειδικευμένες εργασίες κατασκευής της ... και αρκετά απαιτητικές από κατασκευαστικής άποψης, καθώς απαιτούν λεπτομερέστερες μικροκατασκευές, ούτως ώστε το τελικό αποτέλεσμα να είναι αποδεκτό. Η δαπάνη κατασκευής των ως άνω εργασιών είναι πολλαπλάσια της τιμής, που αυτές έχουν στον προϋπολογισμό του έργου, και θα έχουν αρνητικό αντίκτυπο για την «...». Ωσαύτως, κατά τα προδιαληφθέντα, οι εργασίες αυτές, βέβαια, δεν δύνανται να κατασκευασθούν από απλούς εργατοτεχνίτες, όπως εν προκειμένω κοστολογεί η ένωση, αντιθέτως απαιτούν ιδιαίτερες τεχνικές γνώσεις και, συνεπώς, κατασκευάζονται από ειδικευμένους τεχνίτες, όπως σιδηρουργούς, ηλεκτρολόγους, υδραυλικούς, χημικούς, ηλεκτρονικούς κλπ, η αμοιβή των οποίων είναι πολλαπλάσια της αμοιβής των απλών εργατοτεχνιτών που ασχολούνται με απλές χωματοργικές εργασίες και κοστολογεί η ένωση. Τέτοιο εξειδικευμένο προσωπικό δεν κοστολογεί η «...», στην αιτιολόγησή της, όπως άλλωστε και η ... , γεγονός που θέτει σε κίνδυνο

Αριθμός Απόφασης:1099,1100/2023

την άρτια και ομαλή εκτέλεση του έργου και για τον λόγο αυτόν είναι ασαφής η αιτιολόγηση και πρέπει ν' απορριφθεί. (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 90/2023 σκ. 13). Οι αιτιάσεις της αναθέτουσας Αρχής περί της μικρής συμμετοχής στο κόστος του έργου, περίπου 15%, τυγχάνουν απορριπτέες, διότι ουδόλως τούτο αναιρεί την υποχρέωση αιτιολόγησης του συνόλου των απαιτούμενων για την υλοποίηση του έργου εργασιών. (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 90/2023 σκ.16). Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται πρόδηλο, ότι η «...» δεν αιτιολόγησε επαρκώς το χαμηλό κόστος της προσφοράς της κατόπιν της σχετικής πρόσκλησης, που της απηύθυνε η αναθέτουσα Αρχή, και, ως εκ τούτου, μη νόμιμα η προσβαλλόμενη απόφαση έκρινε περί του αντιθέτου, και κατά συνέπεια η προσφορά της τυγχάνει ακυρωτέα και εκ του λόγου αυτού.

8. Επειδή, επί της δεύτερης προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Η δεύτερη προσφεύγουσα βάλλει κατά της αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς της «...». Στην προκειμένη περίπτωση, σύμφωνα και με τα ήδη κριθέντα επί των όμοιων ισχυρισμών της πρώτης προσφεύγουσας, η αναθέτουσα Αρχή αβασίμως υποστηρίζει, ότι δεν είχε κανένα νομικό ή οικονομικό λόγο να απορρίψει τις εξηγήσεις ή την προσφορά της «...». Εν συνεχεία, η δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η εταιρεία «...», στην ανάλυση άρθρων του Τιμολογίου και στο κόστος χρήσης Μηχανημάτων Έργου και Αυτοκινήτων, που περιλαμβάνει Έκθεση Αιτιολόγησης Οικονομικής Προσφοράς της, τις τιμές των οποίων έχει περιλάβει στην ως άνω Έκθεση Αιτιολόγησης Οικονομικής Προσφοράς, έχει υπολογίσει ποσά εργατικού κόστους εργάτη, τεχνίτη και χειριστή, που δεν καλύπτουν τον μέσο όρο εργατικής δαπάνης ανά ώρα των εν λόγω εργαζομένων με την ελάχιστη εμπειρία, ήτοι με μία τριετία, την οποία θα έπρεπε να καλύπτουν τουλάχιστον. Επί του οικείου ισχυρισμού ισχύουν ... όσα ήδη εκρίθησαν επί της πρώτης προσφυγής και άρα γίνεται δεκτός ως βάσιμος ο σχετικός ισχυρισμός. Περαιτέρω, η δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η εταιρεία «...» δεν συμπεριλαμβάνει κόστος σκυροδέματος για την κατασκευή βάσης του φρεατίου και ότι στην ανάλυση του άρθρου Α.Τ. 11.1.1, που περιέχεται στην Έκθεση Αιτιολόγησής της, χρησιμοποιεί εσφαλμένα, από την επίσης περιεχόμενη στην ως άνω Έκθεση της ως άνω εταιρείας προσφορά της εταιρείας «...», την τιμή των 94,00 € για βάση φρεατίου, αντί του ορθού 135,00€ για βάση φρεατίου με πυθμένα. Συνεπώς, ο εν λόγω ισχυρισμός ερείδεται επί των τευχών της διακήρυξης και

Αριθμός Απόφασης:1099,1100/2023

ως εκ τούτου γίνεται δεκτός ως βάσιμος. Περαιτέρω, ισχυρίζεται η δεύτερη προσφεύγουσα, ότι η εταιρεία «...» δεν περιέλαβε ανάλυση για τα άρθρα Α.Τ. 6.5, Α.Τ. 14.1.3, Α.Τ. 6.3.2, Α.Τ. 15.2.1, Α.Τ. 33.15 και Α.Τ. 33.27 του Τιμολογίου, τα οποία και μετά την αναγωγή στο 100% του κόστους των λοιπών άρθρων που περιέλαβε στην Έκθεση Αιτιολόγησης της προσφοράς της προκύπτει ότι είναι υποκοστολογημένα. Τέλος, ισχυρίζεται η δεύτερη προσφεύγουσα, ότι η εταιρεία «...» υπολόγισε μη νόμιμα τα γενικά της έξοδα και το προσδοκώμενο εργολαβικό όφελος, όχι με βάση τον προϋπολογισμό μελέτης αλλά με βάση το κόστος της δαπάνης εργασιών της προσφοράς της, με αποτέλεσμα να προκύπτει αρνητική διαφορά 221.149,52 € και άρα η οικονομική της προσφορά να καθίσταται ζημιογόνος. Στην προκειμένη περίπτωση, ο οικονομικός φορέας «...», καίτοι στην Έκθεση Αιτιολόγησης της Οικονομικής Προσφοράς του ρητώς δηλώνει, ότι «Ο υπολογισμός των γενικών εξόδων του έργου έγινε σύμφωνα με την εγκύκλιο 9/25-4-2017 του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών που ανέρχεται συνολικά σε 15,50 % και αναλύεται σε: 1. Σταθερά γενικά έξοδα (6,15%) 2. Χρονικώς συνηρημένα γενικά έξοδα (9,35%) Όλα τα παραπάνω αποτελέσματα παρουσιάζονται στον ακόλουθο συνοπτικό πίνακα...», στον εν λόγω Πίνακα δηλώνει, ότι τα γενικά έξοδα τα υπολόγισε με βάση τις τιμές μονάδος προσφοράς του (με βάση τη προσφερόμενη δηλαδή δαπάνη εργασιών) και τούτο χωρίς καμμία εξήγηση, χωρίς κανένα απολύτως ισχυρισμό, που να αιτιολογεί, ότι στην περίπτωση του συντρέχουν ειδικοί λόγοι που δικαιολογούν μειωμένα γενικά έξοδα, πολύ περισσότερο που να δικαιολογεί τον υπολογισμό των γενικών του εξόδων και του προσδοκώμενου εργολαβικού οφέλους, όχι με βάση τον προϋπολογισμό μελέτης αλλά με βάση το κόστος της δαπάνης εργασιών της προσφοράς του. Ο τρόπος αυτός, όμως, υπολογισμού των γενικών εξόδων και εργολαβικού οφέλους του οικονομικού φορέα «...», σύμφωνα με όσα διαλαμβάνονται στις υπό 9.2.1 έως 9.2.5 παραγράφους της παρούσας είναι μη νόμιμος. Αντιθέτως, ο εν λόγω οικονομικός φορέας, αφού επέλεξε τον υπολογισμό του εμμέσου κόστους της προσφοράς του βάσει των προτεινομένων από την 9/25-4-2017 του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών και δεν επικαλείται ότι στην περίπτωση του συντρέχουν ειδικοί λόγοι που δικαιολογούν μειωμένα γενικά έξοδα, όφειλε να υπολογίσει αυτά ως ποσοστό 15,5 % επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης εργασιών. Υπολογίζοντας ποσοστό 15,5% επί

Αριθμός Απόφασης:1099,1100/2023

του προϋπολογισμού δημοπράτησης, προκύπτει δαπάνη $3.862.802,22 \times 15,5\% = 598.734,34\text{€}$ και διαφορά από τον υπολογισμό του εν λόγω οικονομικού φορέα στην αιτιολογική του έκθεση $598.734,34 - 377.584,82 = 221.149,52\text{€}$. Προκύπτει συνεπώς, ότι ο οικονομικός φορέας «...» υποκοστολόγησε και το έμμεσο κόστος (γενικά έξοδα), κατά παράβαση του νόμου και των όρων της διακήρυξης, κατά τρόπο που η προσφορά του καθίσταται έτι περαιτέρω ζημιογόνος. Και τούτο, διότι τα γενικά έξοδα για την εκτέλεση του έργου κοστολογήθηκαν κατά ποσό $221.149,52\text{€}$ λιγότερο από το νόμιμο, ήτοι η προσφορά του συνολικά είναι σημαντικά ζημιογόνος, αφού ο ίδιος ο φορέας υπολογίζει με βάση την δική του μη νόμιμη κατά τα άνω ανάλυση του κόστους του έργου κέρδος προ φόρων $14.843,94\text{€}$ και αφού αφαιρεθούν οι φόροι, καθαρό κέρδος $11.578,27\text{€}$. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, και εν όψει όσων προεκτέθηκαν, η Οικονομική Προσφορά του οικονομικού φορέα «...» είναι κάτω του κόστους που ο ίδιος ο φορέας υπολογίζει (εμφανίζει δηλαδή ζημία) κατά ποσό $371.949,07\text{€}$, ποσό που προκύπτει από τη διαφορά των ποσών, τα οποία δεν υπολόγισε κατά τα ανωτέρω στο άμεσο και το έμμεσο κόστος του έργου ($69.373,11\text{€}+96.720,38\text{€}+221.149,52\text{€}$), αφαιρουμένου του κέρδους του, προ φόρων $14.843,94\text{€}$, που ο ίδιος ο φορέας υπολόγισε στην Έκθεση Αιτιολόγησης Οικονομικής Προσφοράς του, έπρεπε επομένως ν' απορριφθεί άνευ ετέρου, η δε προσβαλλόμενη απόφαση της ... , που την έκανε αποδεκτή, κρίνοντας αποδεκτές τις εξηγήσεις που δόθηκαν από τον φορέα αυτό που αιτιολογούν την υπέρβαση του προσφερόμενου ποσοστού έκπτωσης από το μέσο όρο, πρέπει ν' ακυρωθεί ως μη νόμιμη.

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της πρώτης προσφυγής να γίνει εν όλω δεκτό, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, να απορριφθούν οι περί του αντιθέτου παρεμβάσεις και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

10. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της δεύτερης προσφυγής να γίνει εν όλω δεκτό, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης:1099,1100/2023

Δέχεται την πρώτη προδικαστική προσφυγή.
Ακυρώνει την προσβαλλομένη, κατά το σκεπτικό.
Απορρίπτει τις περί του αντιθέτου παρεμβάσεις.
Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.
Δέχεται την δεύτερη προδικαστική προσφυγή.
Ακυρώνει την προσβαλλομένη, κατά το σκεπτικό.
Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12/07/2023 και εκδόθηκε στις 21 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ