

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 17 Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 08.06.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **858/09.06.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., επί της οδού ... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Της ... (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενης.

-Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (στο εξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην ..., επί της οδού ... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ... με αριθμό 1101/2023, με την οποία εγκρίθηκε το 3^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού για το έργο «...», στο οποίο η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανάθεση της σύμβασης στον οικονομικό φορέα «...», με μέσο ποσοστό έκπτωσης 37,60 % και σύνολο δαπάνης του έργου κατά την προσφορά 766.069,82 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 6.049,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ... προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την κατασκευή του έργου «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 1.209.677,42 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 26^η.10.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 05.10.2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α
3. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 08.06.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 30.05.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.
4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 1049/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 21.06.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με ημερομηνία 20.06.2023.
5. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα στις 19.06.2023 την Παρέμβασή της ζητώντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης. Στη συνέχεια, στις 26.06.2023 η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα το Υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 27.06.2023 το Υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

οποίο όμως δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη καθώς έχει κατατεθεί εκπρόθεσμα. Εξ αυτού του λόγου δεν λαμβάνεται υπόψη και το συμπληρωματικό Υπόμνημα της προσφεύγουσας που κατατέθηκε στις 17.06.2023 για τους ισχυρισμούς που προέβαλε η παρεμβαίνουσα με το εκπρόθεσμο Υπόμνημά της.

6. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022) κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

7. Η Διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

8. Με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «...» και ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα έγινε αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση των οριζομένων στον όρο 23.1 της Διακήρυξης, καθώς στην Ενότητα Β (Μέρος IV) του ΕΕΕΣ, που κατέθεσε η πιο πάνω εταιρεία, δεν δηλώθηκε στο σχετικό πεδίο το ακριβές ποσό του συνολικού ανεκτέλεστου υπόλοιπου των εργολαβικών συμβάσεων παρά μόνο το γεγονός ότι το ανεκτέλεστό τους δεν υπερβαίνει τα νόμιμα όρια. Μετά την εξέταση του φακέλου της υπόθεσης και την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών επί του παραπάνω λόγου προσφυγής λεκτέα τα εξής:

9. Στον όρο 23 της Διακήρυξης με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής: *«23.1 Κατά την υποβολή*

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επομένης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Τέλος, επισημαίνεται ότι οι προσφέροντες δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια») στο πεδίο «Λοιπές Οικονομικές ή Χρηματοοικονομικές απαιτήσεις».

10. Η θέσπιση και η υποχρεωτική χρήση του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, το σκοπό παράκαμψης, κατά το στάδιο υποβολής και αξιολόγησης του συνόλου των προσφορών, της ανάγκης προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής προκειμένου να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος, τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους οικονομικούς φορείς. Επίσης, το ΕΕΕΣ αποτελεί κατά το νόμο (βλ. παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016) Υπεύθυνη Δήλωση, που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986, και στην οποία, κατά πάγια νομολογία, δεν δύναται να βεβαιωθούν γεγονότα μελλοντικά, αλλά αφορά αποκλειστικά και μόνον σε γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα (πρβλ. ΠΕ 160, 58/1984 και ΣΤΕ 781/2010). Επομένως, αφενός οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν στο ΕΕΕΣ, γεγονότα τα οποία ισχύουν κατά το χρόνο υπογραφής του, προαποδεικνύοντας τα, συνάμα δε δεσμεύονται ότι, ανά πάσα στιγμή, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας οφείλουν να αποδείξουν βάσει των οριζόμενων στη διακήρυξη εγγράφων κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, ότι πληρούν τα δηλούμενα.

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

11. Στην κρινόμενη περίπτωση η «...» κατέθεσε στο φάκελο της προσφοράς της το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΤΕΥΔ_signed-2.pdf». Στο πεδίο Β του Μέρους IV του παραπάνω εγγράφου και στο ερώτημα «*Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια - Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουν προσδιοριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης που αναφέρονται στην προκήρυξη / γνωστοποίηση - Άλλες οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις*» η πιο πάνω εταιρεία έδωσε την απάντηση «*Α) Το ανεκτέλεστο δεν υπερβαίνει τα όρια του άρθρου 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008 Β) Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά μου αποδεικνύεται από την βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π.*».

12. Η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επισημαίνει ότι το γεγονός ότι η «...» δεν ανέφερε στο Μέρος IV Ενότητα Β του ΕΕΕΣ το ύψος του ανεκτέλεστου, αλλά αρκέστηκε στη δήλωση περί του ότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο δεν υπερβαίνει τα όρια του άρθρου 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008 δεν καθιστά το ΕΕΕΣ ελλιπές, καθώς το ουσιώδες στοιχείο της δήλωσης είναι η μη υπέρβαση των ορίων, ενώ η ορθότητα της δήλωσης αυτής, σε κάθε περίπτωση ελέγχεται και σε επόμενο στάδιο, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

13. Από τους παραπάνω όρους της Διακήρυξης προκύπτει ότι το ΕΕΕΣ αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη για το ότι συντρέχουν στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα τα κριτήρια επιλογής για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό. Ειδικότερα, κατά την ειδική, ρητή και σαφή πρόβλεψη του άρθρου 23.1 της επίμαχης Διακήρυξης, η οποία, όπως προαναφέρθηκε, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του συγκεκριμένου διαγωνισμού δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, οι συμμετέχοντες όφειλαν να αναγράψουν, όχι μόνο το γεγονός της μη υπέρβασης αλλά και το ύψος του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργαλαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 591/2022, 585/2022,

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, ΕΑΔΗΣΥ 423/2023, σκ. 23-25, 858/2023). Η δε παράλειψη δήλωσης του συγκεκριμένου στοιχείου στο ΕΕΕΣ το καθιστά ελλιπές, και μάλιστα, κατά τρόπο που δεν συμπληρώνεται με τις διατάξεις του άρθρου 102 ν. 4412/2016, διότι αυτό θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων συμπλήρωση ουσιώδους πληροφορίας που απαιτείται από τη Διακήρυξη (βλ. ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, σκ. 19).

14. Κατά συνέπεια σύμφωνα με την διατύπωση του όρου 23.1 της Διακήρυξης, με την οποία εφιστάται η επιμέλεια των διαγωνιζομένων στο γεγονός ότι θα πρέπει να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ κατά το στάδιο της προαπόδειξης των κριτηρίων επιλογής το τρέχον ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων και όχι μόνο το γεγονός ότι αυτό δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του άρθρου 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, το ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας με το παραπάνω περιεχόμενο δεν είναι σύμφωνο με τους δεσμευτικούς όρους της επίμαχης Διακήρυξης, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

15. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της «...», παρότι η τελευταία παρέλειψε, όπως προαναφέρθηκε, να αναφέρει στο ΕΕΕΣ το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα κατά το μέρος αυτό, δεδομένου ότι η συγκεκριμένη προσφορά δεν είναι σύμφωνη με τον όρο 23.1. της επίμαχης Διακήρυξης (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 591/2022, 585/2022, ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, ΕΑΔΗΣΥ 423/2023, σκ. 23-25). Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

16. Με τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρείας και ισχυρίζεται ότι ο υπολογισμός του έμμεσου κόστους είναι εσφαλμένος, υπάρχουν ελλιπείς και αόριστες κοστολογήσεις καθώς και ότι υπάρχουν τυπικές πλημμέλειες σε προσφορές προμηθευτών, που έχουν επισυναφθεί στην έκθεση αιτιολόγησης που κατέθεσε σύμφωνα με το άρθρο 88 του ν. 4412/2016. Επί του παραπάνω λόγου προσφυγής λεκτέα τα εξής:

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

17. Μετά την πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτοκ. 132884/01.02.2023, η οποία κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα δια μέσου του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 02.02.2023, η τελευταία κατέθεσε την αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της για το υπό ανάθεση έργο στις 22.03.2023. Στην αιτιολόγηση αυτή, η παρεμβαίνουσα δηλώνει μεταξύ άλλων τα εξής: «*Η παρούσα αιτιολόγηση οικονομικής προσφοράς αφορά το έργο «...» και συντάσσεται κατόπιν πρόσκλησης με αρ. πρωτ. 132884/1.2.2023 που εστάλη μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 2.2.2023. Η εικοσαήμερη προθεσμία υποβολής αιτιολόγησης προσφοράς λήγει στις 22.2.2023. Για τη σύνταξη της αιτιολόγησης ελήφθησαν υπόψη οι διατάξεις του Ν.4412/2016, η εγκύκλιος 9/2017 ΥΠΥΜΕ παροχής διευκρινήσεων επί των γενικών εξόδων και του εργολαβικού οφέλους, η Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (ΕΓΣΣΕ) όπως ισχύει, η οικονομική μας προσφορά, τα Γενικά έξοδα του έργου (εγγυητικές, κρατήσεις, ασφάλιση έργου, έξοδα ποιοτικού ελέγχου, διοικητικά έξοδα, έξοδα έδρας κ.λπ.), το άμεσο κόστος, η επαγγελματική εμπειρία των στελεχών της εταιρείας μας».*

18. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, όπως αυτοί αναλυτικά αναφέρονται στην προσφυγή της, από την διεξοδική επισκόπηση της αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα εταιρεία, διαπιστώνεται ότι ο υπολογισμός του έμμεσου κόστους στην προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι εσφαλμένος. Και αυτό γιατί, αν και η παρεμβαίνουσα επικαλείται την Εγκύκλιο 9/2017 του ΥΠ.ΥΠΟ.ΜΕ. (με αριθμό πρωτοκ. ΔΝΣβ7οικ.29145/Φ.ΕΓΚΥΚΛ./25-04-2017) για τον υπολογισμό του έμμεσου κόστους της εργολαβίας προβαίνει σε αποσπασματική χρήση επιλεκτικά κάποιων άρθρων αυτής, ενώ όφειλε να την ακολουθήσει στο σύνολο της. Ακόμα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εφόσον η παρεμβαίνουσα επέλεξε ως τρόπο αιτιολόγησης της προσφοράς της τη μέθοδο υπολογισμού του έμμεσου κόστους που υποδεικνύεται από την πιο πάνω Εγκύκλιο 9/2017, είχε την υποχρέωση να την εφαρμόσει στο σύνολό της, με την ιδιαίτερη επισήμανση ότι τα προβλεπόμενα από την επίμαχη Εγκύκλιο ποσοστά εφαρμόζονται επί του προϋπολογισμού της υπηρεσίας και όχι επί του προϋπολογισμού της προσφοράς. Μάλιστα, η προσφεύγουσα αναφέρεται αναλυτικά στην προσφυγή της σε συγκεκριμένα σημεία της αιτιολόγησης της παρεμβαίνουσας,

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

αντιπαραθέτοντας τα προς το περιεχόμενο της Εγκυκλίου 9/2017 και χρησιμοποιώντας την ως σημείο αναφοράς για τον υπολογισμό του έμμεσου κόστους.

19. Έχει κριθεί (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 769/2005, σκ. 10, 280/2005, σκ. 8, 279/2005, σκ. 8, ΔΕΦΑΘ 252/2020, σκ. 17, ΔΕΦΠατρών 9/2022, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 208/2020, σκ. 12) ότι ο υπολογισμός των απαιτούμενων για την κατασκευή του υπό ανάθεση έργου δαπανών με βάση εγκυκλίους, και στην προκειμένη περίπτωση της Εγκυκλίου 9/2017 του Υπουργού ΥΠΟΜΕ, δεν έχει την έννοια ότι, κατά την αιτιολόγηση προσφοράς που εμφανίζεται εκ πρώτης όψεως ως ασυνήθιστα χαμηλή, αποκλείεται η εκ μέρους διαγωνιζομένου επίκληση και απόδειξη της συνδρομής για την επιχείρηση του ειδικών συνθηκών αναφορικά με την εγκατάσταση και την λειτουργία του συγκεκριμένου εργοταξίου, εν όψει των οποίων η δαπάνη εκτέλεσης του συγκεκριμένου έργου είναι μικρότερη (ή και μεγαλύτερη) από αυτή που θα προέκυπτε από την εφαρμογή των συντελεστών της Εγκυκλίου. Στην ίδια, άλλωστε, την Εγκύκλιο αναφέρεται ότι «*πρόκειται για μια πρώτη, αδρή προσέγγιση για την κατανομή των επιμέρους ποσοστών του έμμεσου κόστους του έργου, δηλαδή των Γενικών Εξόδων και ενός ευλόγου προσδοκώμενου Εργολαβικού Οφέλους (ΓΕ&ΟΕ). Η θεώρηση έγινε με κάποιες 'μέσες' συνθήκες δηλαδή έργο προϋπολογισμού της τάξεως 1.000.000 συμβατικής διάρκειας 12 μηνών. Επιλέχθηκε να δοθεί η 'μέση' θεώρηση με μια συγκεκριμένη τιμή όπως είναι η προσέγγιση του ν. 4412/2016 (άρθρο 53 παρ. 7.θ), έναντι παράθεσης εύρους διακύμανσης τιμών και ποσοστών (π.χ. για κάλυψη ειδικών συνθηκών και καταστάσεων, γεωγραφικές παράμετροι, κατηγοριοποίηση έργων με βάση τον προϋπολογισμό, τη λειτουργία (ΟΔΟ, ΛΙΜ, ΥΔΡ) κ.α.)... Προτείνεται το όλο ζήτημα να εξεταστεί και να αποτελέσει αντικείμενο της σύνταξης του Κανονισμού Αναλυτικών Τιμολογίων. Επιπλέον θα πρέπει να επαναδιατυπωθούν οι γενικοί όροι των περιγραφικών τιμολογίων για τα οποία ήδη γνωμοδότησε το Συμβούλιο, μετά την οριστικοποίηση του παρόντος». Διατυπώνεται δηλαδή με σαφήνεια στην ίδια την παραπάνω Εγκύκλιο ότι οι συντελεστές της αναφέρονται σε κατά προσέγγιση στοιχεία κόστους βάσει μίας συγκεκριμένης υπόθεσης εργασίας (έργο προϋπολογισμού 1.000.000,00 ευρώ διάρκειας 12 μηνών), και όχι σε συντελεστές υποχρεωτικής εφαρμογής για την ανάλυση του ΓΕ&ΟΕ μίας οποιασδήποτε συγκεκριμένης*

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

σύμβασης κατασκευής δημοσίου έργου. Επομένως, η προαναφερθείσα Εγκύκλιος 9/2017 του Υπουργού ΥΠΟΜΕ δεν θεσπίζει υποχρεωτικό κανόνα δικαίου για την σύνταξη των προσφορών, οι δε διαγωνιζόμενοι μπορούν να υπολογίσουν με διαφορετικό τρόπο τα οικεία μεγέθη, ενόψει των εκάστοτε ιδιαιτεροτήτων και συνθηκών κάθε έργου, υπολογισμός που τίθεται σε κάθε περίπτωση στην κρίση της αναθέτουσας αρχής κατά την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς. Αντίθετη ερμηνεία θα ερχόταν σε αντίθεση με την υποχρέωση των διαγωνιζομένων να εξηγήσουν την προσφερόμενη τιμή σε σχέση με τις πραγματικές συνθήκες (τοπικές, χρονικές, τεχνικές κ.λπ.) και τις ιδιαιτερότητες του υπό ανάθεση έργου επί τη βάση επίκαιρων σχετικών στοιχείων, προκειμένου να είναι δυνατή η εκτίμηση της σοβαρότητας και της φερεγγυότητας των οικονομικών προσφορών, εντέλει δε και της επάρκειας των προσφερόμενων τιμών για την εκτέλεση της σύμβασης.

20. Μετά τα παραπάνω γίνεται δεκτό ότι, σε αντίθεση με τα όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν παρουσιάζει πλημμέλεια συνιστάμενη στο ότι κατά την αιτιολόγησή της δεν ακολουθούνται πλήρως τα οριζόμενα στην Εγκύκλιο 9/2017, καθώς η παραπάνω εγκύκλιος αποτελεί ένα ενδεικτικό σημείο αναφοράς για την κατάρτιση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων και δεν περιλαμβάνει συντελεστές υποχρεωτικής εφαρμογής για τον υπολογισμό των Γενικών Εξόδων και του εργολαβικού οφέλους (βλ. και ΕΑΔΗΣΥ 627/2022).

21. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα δήλωσε στην αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της ότι για τις εργασίες με ψυχροπλαστικό υλικό έχει επιλέξει το υλικό της εταιρείας ..., το οποίο είναι πιστοποιημένο από το ευρωπαϊκό εργαστήριο ... (με αριθμό πιστοποιητικού ...) και το οποίο καλύπτει όλες τις απαιτήσεις που αναφέρονται στην ΠΕΤΕΠ 05-04-02-00. Προς απόδειξη δε όλων των παραπάνω η παρεμβαίνουσα κατέθεσε ως επισυναπτόμενο δικαιολογητικό για την εφαρμογή ψυχροπλαστικών χρωμάτων πιστοποιητικό του συστήματος διαγράμμισης της εταιρείας ... με αριθμό ..., το οποίο είναι πιστοποιημένο από το ευρωπαϊκό εργαστήριο ..., με δοκιμαζόμενα τα υλικά ... (...) (χρώμα διαγράμμισης με δοσολογία 1.000 gr/m²) και

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

υαλόσφαιρα ... (δοσολογία 500 gr/m²), ενώ δεν αναγράφεται τίποτα για το εφαρμοζόμενο πάχος υμένα (ένδειξη «-»), που πρέπει να είναι κατά την ΠΕΤΕΠ 05-04-02-00 από 1,0 - 1,2 mm για τα ψυχοπλαστικά υλικά. Συνεπώς, κατά τα προβαλλόμενα, το προσκομιζόμενο πιστοποιητικό συστήματος διαγράμμισης με αριθμό ... της εταιρείας ... είναι ελλιπές, καθώς δεν περιλαμβάνει όλες τις απαιτήσεις που ορίζονται από την ΠΕΤΕΠ 05-04-02-00, αφού δεν αναγράφεται το πάχος υμένα. Επίσης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι σε κάθε περίπτωση ο υπολογισμός της παρεμβαίνουσας για το κόστος υλικού διαγράμμισης με ψυχοπλαστικά είναι αυθαίρετος, μη νόμιμος και απαράδεκτος, αφού σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης το σύστημα διαγράμμισης (υλικό και υαλοσφαιρίδια) θα πρέπει να συνοδεύεται από το αντίστοιχο πιστοποιητικό επίδοσης το οποίο θα πρέπει να έχει εκδοθεί από ευρωπαϊκό οίκο στο οποίο να βεβαιώνονται τα παραπάνω, ήτοι και το πάχος υμένα και για το λόγο αυτό η υποβληθείσα αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς είναι μη νόμιμη και απαράδεκτη.

22. Ο παραπάνω ισχυρισμός προβάλλεται καταρχήν αόριστα, καθώς η προσφεύγουσα δεν προβάλλει με συγκεκριμένα στοιχεία και πολύ περισσότερο δεν αποδεικνύει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι ζημιογόνος, ακόμα και μετά την αιτιολόγησή της σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 88 του ν. 4412/2016, λόγω του γεγονότος ότι το προσκομιζόμενο πιστοποιητικό συστήματος διαγράμμισης με αριθμό ... της εταιρείας ... είναι ελλιπές, καθώς δεν περιλαμβάνει όλες τις απαιτήσεις που ορίζονται από την ΠΕΤΕΠ 05-04-02-00, αφού δεν αναγράφεται το πάχος υμένα (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 154/2021). Σε κάθε περίπτωση, βάσιμα η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει επί του παραπάνω ισχυρισμού ότι για να ελαχιστοποιήσει τον κίνδυνο της εσφαλμένης κοστολόγησης αγοράς υλικών βασίσθηκε, όχι μόνο στο παραπάνω, αλλά σε τέσσερα ακόμα διαφορετικά πιστοποιητικά συστημάτων διαγράμμισης, τα οποία είναι διαθέσιμα στην αγορά και τα οποία έθεσε υπόψη της αναθέτουσας αρχής μαζί με την αιτιολόγηση της προσφοράς της. Συνεπώς, εσφαλμένα η προσφεύγουσα στηρίζει τον πιο πάνω ισχυρισμό της μόνο στο πιστοποιητικό συστήματος διαγράμμισης με αριθμό Σε κάθε περίπτωση επισημαίνεται ότι

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

στο φάκελο που συνοδεύει την αιτιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εμπεριέχεται φάκελος με όνομα ..., στον οποίο περιλαμβάνεται και το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «..._23.09.2021» στο οποίο συμπληρώνεται το Πιστοποιητικό ... ως προς το πάχος υμένα και την απαιτούμενη ποσότητα υλικών προς επίτευξη διαφόρων παχών.

23. Επίσης, στην αιτιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και συγκεκριμένα στον υπολογισμό του άμεσου κόστους εργασιών και ειδικά ως προς το κόστος των μηχανημάτων για την Ομάδα Α με τίτλο «Διαγραμμίσεις οδοστρωμάτων» δηλώνονται τα εξής: α) για το άρθρο ΑΤ 1 με τίτλο «Διαγράμμιση οδοστρώματος με ανακλαστική βαφή» αναγράφει πως για τις κατά μήκος εργασίες διαγράμμισης με ανακλαστική βαφή και μηχανικά μέσα θα χρησιμοποιήσει μισθωμένο μηχάνημα διαγράμμισης με κόστος μίσθωσης 150,00 ευρώ/ημέρα, για τις χειρωνακτικές εργασίες θα χρησιμοποιήσει μισθωμένο μηχάνημα ... με κόστος μίσθωσης 80,00 ευρώ/ημέρα και μισθωμένο μηχάνημα ... με κόστος μίσθωσης 65,00 ευρώ/ημέρα. β) για το άρθρο ΑΤ 2 με τίτλο «Διαγράμμιση οδοστρώματος με ψυχροπλαστικά υλικά» αναγράφει ότι για τις χειρωνακτικές εργασίες θα χρησιμοποιήσει μισθωμένο μηχάνημα ... με κόστος μίσθωσης 80,00 ευρώ/ημέρα και μισθωμένο μηχάνημα ... με κόστος μίσθωσης 65,00 ευρώ/ημέρα γ) για το άρθρο ΑΤ 3 με τίτλο «Αφαίρεση κατηργημένης διαγράμμισης» αναγράφει ότι για την εκτέλεση της εργασίας αυτής θα χρησιμοποιήσει μισθωμένο μηχάνημα ... με κόστος μίσθωσης 80,00 ευρώ/ημέρα. Επιπλέον, στην αιτιολόγηση της προσφοράς της ειδικά για το κόστος των μηχανημάτων για την Ομάδα Β με τίτλο «ΣΗΜΑΝΣΗ» αναγράφει ότι για την αφαίρεση και την τοποθέτηση των πινακίδων, των στύλων, των ανακλαστήρων και των ανακλαστήρων λωρίδων στηθαίων θα χρησιμοποιήσει μισθωμένο μηχάνημα ... με κόστος μίσθωσης 65,00 ευρώ/ημέρα. Για την μίσθωση των μηχανημάτων που θα χρησιμοποιήσει η παρεμβαίνουσα επισυνάπτει στην αιτιολόγησή της την οικονομική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» για την οποία ωστόσο από τα στοιχεία δημοσιότητας στο ΓΕΜΗ που επικαλείται η προσφεύγουσα προκύπτει ότι δεν έχει ενεργή δραστηριότητα μίσθωσης οχημάτων και κατά συνέπεια δεν δύναται να μισθώσει

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

νόμιμα τα οχήματα αυτά στον προσωρινό μειοδότη. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η οικονομική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...», που επισυνάπτεται και αποτελεί μέρος της αιτιολόγησης της παρεμβαίνουσας, όσον αφορά τα προσφερόμενα προς μίσθωση οχήματα είναι απαράδεκτη και ανυπόστατη.

24. Επί του παραπάνω ισχυρισμού η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει ότι η «...» διαθέτει ιδιότητα μηχανήματα διαγράμμισης και είναι σε θέση, ως τεχνική και εμπορική εταιρεία η οποία σύμφωνα με το Καταστατικό της έχει ως σκοπό την «εισαγωγή, εμπορία, και προώθηση μηχανημάτων, να τα εκμισθώσει στην ίδια για την εκτέλεση των προβλεπόμενων εργασιών. Δεδομένου ότι σύμφωνα με το άρθρο 88 παρ. 5^α του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης»* και στην προκειμένη περίπτωση αμφισβητείται η δυνατότητα υλοποίησης της παραπάνω επικαλούμενης συμφωνίας μίσθωσης των επίμαχων οχημάτων με την εταιρεία «...», γεγονός το οποίο θέτει υπό αμφισβήτηση την ορθότητα υπολογισμού του σχετικού κονδυλίου από την παρεμβαίνουσα, ο κρινόμενος ισχυρισμός γίνεται δεκτός και η προσφορά της τελευταίας θα πρέπει να διευκρινισθεί εκ νέου ως προς τα παραπάνω, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 88 του ν. 4412/2016.

25. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από την ενδελεχή ανάγνωση της αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και των επισυναπτόμενων δικαιολογητικών εγγράφων αυτής προκύπτει ότι δεν γίνεται καμία αναφορά στο συγκεκριμένο προσωπικό που θα απασχοληθεί στο έργο, ούτε έχει υποβάλλει Πίνακα Προσωπικού, στον οποίο αναγράφεται η ειδικότητα του κάθε απασχολούμενου στο έργο, η σχετική του εμπειρία και το μισθολογικό καθεστώς του, ενώ δεν έχει υποβληθεί Κατάσταση Μισθοδοσίας ή άλλο πρόσφορο αποδεικτικό στοιχείο και συνεπώς η αιτιολόγηση πιο πάνω είναι ελλιπής και καθιστά την προσφορά της παρεμβαίνουσας πλημμελή και απορριπτέα.

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

26. Ο παραπάνω ισχυρισμός ωστόσο προβάλλεται αβάσιμα. Και αυτό γιατί στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής για την παροχή εξηγήσεων αναφέρεται ότι *«Θα γίνεται αναφορά στο προσωπικό που θα απασχοληθεί στο έργο (εκτός από το προσωπικό διοίκησης που αναφέρεται στο τμήμα των Γενικών Εξόδων, όπως επιστάτες, εργοδηγοί, επιστημονικό προσωπικό, ειδικοί σύμβουλοι, μελετητές κλπ). Το Οργανόγραμμα θα συνοδεύει Πίνακας Προσωπικού όπου θα αναγράφεται η ειδικότητα κάθε απασχολούμενου στο έργο, η σχετική του εμπειρία (πχ έτη απασχόλησης), και το μισθολογικό καθεστώς στο οποίο ανήκει. Προς απόδειξη του κόστους εργασίας μπορεί να υποβάλλεται η Κατάσταση Μισθοδοσίας του Οικονομικού Φορέα ή άλλο πρόσφορο αποδεικτικό στοιχείο»*, διατύπωση από την οποία προκύπτει καταρχήν ότι η υποβολή Κατάστασης Μισθοδοσίας του Οικονομικού Φορέα δεν είναι υποχρεωτική αλλά προαιρετική. Επίσης, ζητείται από τους συμμετέχοντες να αναφέρουν το προσωπικό που θα απασχοληθεί στο έργο, το οποίο η παρεμβαίνουσα αναφέρει στους σχετικούς πίνακες, που παραθέτει στην αιτιολόγησή της και αναφέρει επίσης στους ίδιους πίνακες τις ειδικότητες και τις καθαρές και μεικτές αποδοχές του προσωπικού που προτίθεται να απασχολήσει, καλύπτοντας τις παραπάνω απαιτήσεις, με μόνη έλλειψη την αναγραφή της εμπειρίας του προσωπικού, η οποία πάντως δεν συνιστά ουσιώδη έλλειψη της επίμαχης αιτιολόγησης, καθώς δεν αποτελεί καθοριστικό στοιχείο για την αιτιολόγηση υπολογισμού του κόστους εργασίας.

27. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με το σκεπτικό και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της «...» και η προσφορά της παρεμβαίνουσας «...» σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σκέψη 24.

Αριθμός Απόφασης : 1230/2023

3. Απορρίπτει την παρέμβαση.
4. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 17 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 6 Σεπτεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ