

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 07 Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου-Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 28.09.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1476/29-09-2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» (διακριτικός τίτλος: «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή]. Και

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία ««...», {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 10.10.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμ. πρωτ. .../19-9-2023 απόφαση του ... του ... κατά το μέρος που απέρριψε την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας «...» και της ατομικής επιχείρησης «...» μόνο για τους αναφερόμενους σε αυτό λόγους παραλείποντας να διαγνώσει έτερες επιπρόσθετες πλημμέλειες που συνέτρεχαν σε αυτές, καθώς και κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την οικονομική προσφορά της εταιρείας «...»

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού 2.823,00 €.
2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. .../04.04.2023 (θέμα 4ο - ΑΔΑ: ...) απόφαση του

Αριθμός απόφασης: 1742/2023

... της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε η διενέργεια του υπ' αριθμ. .../23 ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού ανάδειξης αναδόχου για την ... των χώρων του ... για το χρονικό διάστημα από 01.01.2024 έως 31.12.2026, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής και προϋπολογισμό €700.000,00 συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24%. Η περίληψη της διακήρυξης απεστάλη για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 19.04.2023, αναρτήθηκε, επίσης, στο ΚΗΜΔΗΣ και στη Διαύγεια και δημοσιεύτηκε στον τοπικό τύπο. Η ανάρτηση του διαγωνισμού στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ έλαβε χώρα στις 24.04.2023 (συστημικός αριθμός διαγωνισμού ...). Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προφορών ορίστηκε η 26η Μαΐου 2023, ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 31η Μαΐου 2023.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν έξι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθμ. .../20.07.2023 απόφαση του ... του ... εγκρίθηκαν τα πρακτικά Α' και Β' της αρμόδιας επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, απορρίφθηκαν οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...» και «...», έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...», και «...» και προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού αναδείχθηκε η προσφεύγουσα «...». Με την υπ' αριθμ. .../19.09.2023 απόφαση του ... οικονομικών υποθέσεων και υποδομών του ... στην οποία ενσωματώθηκε και η προαναφερόμενη υπ' αριθμ. .../20.07.2023 απόφαση του ... του ... εγκρίθηκαν τα πρακτικά Γ' και Δ' της αρμόδιας επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και το αποτέλεσμα κατακυρώθηκε στην παρεμβαίνουσα.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 19.09.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 29.09.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την υπό κρίση προσφυγή στους συμμετέχοντες στις 02.10.2023 και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. 698/13.10.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις

Αριθμός απόφασης: 1742/2023

κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 02.10.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 10.10.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και με σαφές έννομο συμφέρον καθότι η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής κατά το μέρος που στρέφεται κατά της προσφοράς της για πρόσθετους λόγους αποκλεισμού.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας με την πρόσθετη αιτιολογία ότι δεν υπολόγισε με νόμιμο τρόπο το εργατικό κόστος και συγκεκριμένα ότι δεν υπολόγισε ορθά τις ημέρες αδείας των εργαζομένων που θα απασχοληθούν για την εκτέλεση της εν θέματι σύμβασης, καθώς και του κόστους αντικατάστασης.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω λόγο κατά της παρεμβαίνουσας: Η παράγραφος 4 του όρου 4 του παραρτήματος Ι ορίζει ότι: *«Ο ανάδοχος πρέπει να διαθέτει στο ... προσωπικό φύλαξης σε μόνιμη σύνδεση όσο το δυνατόν, προκειμένου να αναγνωρίζεται από το προσωπικό του*

Αριθμός απόφασης: 1742/2023

ιδρύματος.». Σχετικά με τον όρο αυτό, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. πρωτ. 4670/19-5-2023 διευκρινήσεις της αποσαφήνισε ότι: «*Η εν λόγω αναφορά της διακήρυξης δεν έχει τεθεί ως απαγόρευση στον ανάδοχο της σύμβασης να προσλαμβάνει κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και νέο, κατ' έτος, προσωπικό. Έχει τεθεί υπό την έννοια ότι οι αλλαγές στη σύνθεση του προσωπικού δεν θα πρέπει να είναι συνεχείς (ανά εβδομάδα ή ανά 15νθήμερο ή ανά μήνα), γεγονός που θα μπορούσε να προκαλέσει σύγχυση στο προσωπικό του Ιδρύματος σχετικά με το ποιοι εργάζονται στη ... του ...*». Κατόπιν αυτού συνάγεται σαφώς ότι η αναθέτουσα αρχή δεν απαγορεύει αλλαγές προσωπικού που δεν θα είναι συνεχείς (ανά εβδομάδα ή ανά 15νθήμερο ή ανά μήνα), με αποτέλεσμα ο εκάστοτε ανάδοχος να έχει το δικαίωμα να αντικαταστήσει προσωπικό, απορριπτομένου ως αβάσιμου του αντίθετου ισχυρισμού της προσφεύγουσας. Επομένως, η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι νόμιμη και σύμφωνη με τα οριζόμενα στη διακήρυξη, αφού λαμβάνει υπόψη ότι δεν θα απασχοληθούν οι ίδιοι εργαζόμενοι και για τους 36 μήνες. Περαιτέρω, όπως βάσιμα αναφέρει η παρεμβαίνουσα, από κανένα άρθρο της διακήρυξης δεν συνάγεται υποχρέωση των συμμετεχόντων να δηλώσουν με ακρίβεια την τυχόν εναλλαγή των εργαζομένων τους, αλλά ούτε και να προσκομίσουν με την οικονομική προσφορά τους πλήρη ανάλυση του τρόπου υπολογισμού του εργατικού κόστους. Βέβαια η παρεμβαίνουσα προκύπτει ότι υπέβαλε ανάλυση, στην οποία καταγράφει ρητά ότι υπολογίζει 20 ημέρες άδειας κατ' έτος για τους εργαζομένους της, από το οποίο προκύπτει και η πρόθεση της να εναλλάσσει τους εργαζομένους της κατ' έτος. Επίσης, αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε να υπολογίσει αποζημίωση απόλυσης για τους εργαζομένους της, διότι η τελευταία θα απασχολήσει τους εργαζομένους με συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου, με αποτέλεσμα να μην οφείλεται αποζημίωση σύμφωνα με τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κατά της παρεμβαίνουσας είναι αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν στο σύνολό τους.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο στρέφεται κατά της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...». Ο εν λόγω οικονομικός φορέας όμως έχει ήδη αποκλειστεί οριστικά από τον υπό κρίση διαγωνισμό, αφού η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του και ο ίδιος δεν στράφηκε κατά του αποκλεισμού του με υποβολή προδικαστικής προσφυγής. Επομένως, από

Αριθμός απόφασης: 1742/2023

τη στιγμή που θεωρείται οριστικώς αποκλεισθείς, ο σχετικός πρόσθετος λόγος αποκλεισμού που προβάλλει η προσφεύγουσα, προβάλλεται απαραδέκτως και πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «...» και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι δεν συμπεριλαμβάνει στην ανάλυσή της το ποσό των €300,00 ευρώ που απαιτούνταν για την κάλυψη του κόστους της δημοσίευσης του διαγωνισμού στον τοπικό τύπο.

12. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον τρίτο λόγο: Το άρθρο 2.4.4. της διακήρυξης ορίζει ότι : *«Στην οικονομική τους προσφορά πρέπει επίσης οι υποψήφιοι να υπολογίζουν: 1) εύλογο ποσό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, το οποίο συνίσταται στην έκδοση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής και καλής εκτέλεσης, στο κόστος της δημοσίευσης του διαγωνισμού (το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 300,00€ περίπου)»*. Επίσης, οι προαναφερθείσες διευκρινήσεις της αναθέτουσας αρχής έκαναν σαφές ότι: *«Οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς, ως κόστος δημοσίευσης του διαγωνισμού, θα πρέπει να υπολογίσουν το ποσό των €300,00 ευρώ.»*. Η εταιρεία «...» ως έξοδα δημοσίευσης της διακήρυξης δήλωσε το ποσό των 241,96 ευρώ, δηλαδή ποσό κατά 58,06 ευρώ μικρότερο από το απαιτούμενο. Όμως, αβάσιμα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από τα κοστολογήσιμα κονδύλια του διοικητικού κόστους που υπέβαλε η ως άνω εταιρεία, δεν απομένει κάποιο ποσό προκειμένου να καλύψει το υπολειπόμενο ποσό των 58,06 ευρώ και τούτο διότι, όπως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή, στην ίδια ανάλυση συμπεριλαμβάνει, παρότι δεν όφειλε, ποσό 106,14 ευρώ για αλεξίσφαιρα γιλέκα τα οποία δεν ζητούνταν από την διακήρυξη του διαγωνισμού και ούτε προβλέπονταν κατά οιονδήποτε τρόπο η χρήση τους. Επομένως αφού στην ανάλυση του διοικητικού κόστους υπάρχει ποσό το οποίο είναι ακατανέμητο, καθώς αναφέρεται σε μη προβλεπόμενη από τη διακήρυξη δαπάνη και υπερκαλύπτει το ποσό των 58,06 ευρώ του κόστους των δημοσιεύσεων που δεν καλύπτεται, ο τρίτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει

Αριθμός απόφασης: 1742/2023

το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 07^η Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 27^η Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ