

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 09 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 27.12.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 2/02.01.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο "...» {εφεξής 1^η παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 10.01.2023 παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» {εφεξής 2^η παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 12.01.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν τα υπ' αριθμ. 15/2022 και 16/2022 πρακτικά-αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έκαναν αποδεκτές τις προσφορές όλων των συμμετεχουσών εταιρειών.

Με τις παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν 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 641,03 €.
2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. .../27.10.2022 διακήρυξη η αναθέτουσα

Αριθμός απόφασης: 331/2023

αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων, για την επιλογή αναδόχου για την υπηρεσία με τίτλο «Παροχή υπηρεσιών ... με (CPV): ..., για ένα (1) έτος». Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης αποτελεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται βάσει της χαμηλότερης τιμής. Ο συνολικός προϋπολογισμός, κατά την εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής ανέρχεται στο ποσό των 128.205,13 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν οκτώ οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και οι παρεμβαίνουσες. Στις 17.11.2022, συνήλθε σε συνεδρίαση η επιτροπή του διαγωνισμού, προκειμένου να προβεί στην αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων. Έτσι, συνετάγη το 1ο κατά σειρά από 17.11.2022 πρακτικό, με το οποίο διαπιστώθηκε ότι τα δικαιολογητικά των συμμετεχόντων έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Κατόπιν τούτου, η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού ενέκρινε τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές των εταιρειών και προέβη στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών τους. Ακολούθως, η επιτροπή προχώρησε στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων και αφού προέβη σε έλεγχο της ορθότητας και πληρότητας των υποβληθεισών προσφορών, έκρινε ότι είναι όλες σύμφωνες με τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Περαιτέρω, δια του συναφούς από 17.11.2022 και 2ου κατά σειρά πρακτικού της, η επιτροπή εισηγήθηκε την ανάδειξη ως μειοδότη και προσωρινού αναδόχου την εταιρεία «N...». Τα ως άνω πρακτικά εγκρίθηκαν με το από 02.12.2022 και υπ' αριθ. 15/2022 πρακτικό του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής. Στη συνέχεια, στις 15.12.2022 η επιτροπή του διαγωνισμού συνήλθε εκ νέου προκειμένου να προβεί σε αξιολόγηση των υποβληθέντων εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου δικαιολογητικών κατακύρωσης. Έτσι, η επιτροπή δια του από 15.12.2022 και 3ου κατά σειρά πρακτικού της διαπίστωσε την πληρότητα των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και εισηγήθηκε την οριστική κατακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού στην εταιρεία «...». Με το από 19.12.2022 και υπ' αριθ. 16/2022 πρακτικό του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε η ανάδειξη της εταιρείας «...», ως οριστικής αναδόχου και η κατακύρωση σε αυτή των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών αντί συμβατικού τιμήματος ποσού 105.141,84€ πλέον ΦΠΑ.

Αριθμός απόφασης: 331/2023

4. Επειδή, κατά των ως άνω πρακτικών, των οποίων πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 20.12.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 30.12.2022, 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 εδ. α 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 02.01.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../16.01.2023 απόψεις της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, πλην όμως δεν προβαίνει σε αντίκρουση των ισχυρισμών που προβάλλονται από την προσφεύγουσα αλλά αναφέρει ότι η επιτροπή δεν είναι σε θέση να γνωρίζει την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, με αποτέλεσμα να συνομολογεί την αδυναμία της να διεξάγει τον υπό κρίση διαγωνισμό νομότυπα.

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 παρεμβαίνουν οι παρεμβαίνουσες εταιρείες, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 02.01.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και οι εν λόγω παρεμβάσεις ασκήθηκαν στις 10.01.2023 και 12.01.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, οι παρεμβαίνουσες, δε, έχουν προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβουν, αφού επιδιώκουν τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχουν γίνει αποδεκτές οι προσφορές τους.

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

Αριθμός απόφασης: 331/2023

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 της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της μειοδότης εταιρείας «...» πρέπει να απορριφθεί διότι στα δικαιολογητικά κατακύρωσης της κατέθεσε το με αριθμ. πρωτ. .../28.07.2022 πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου ..., το οποίο όμως εκδόθηκε στις 28.07.2022, ήτοι εκτός των χρονικών ορίων που έθεσε η διακήρυξη. Εν συνεχεία με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι στην οικονομική της προσφορά η μειοδότης εταιρεία έχει υπολογίσει τις εργοδοτικές εισφορές με εσφαλμένους συντελεστές, δηλαδή μειωμένους κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ανωτέρω λόγους της υπό κρίση προσφυγής κατά της μειοδότης εταιρείας «...»: όσον αφορά τον πρώτο λόγο πρέπει να επισημανθούν τα ακόλουθα: όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η εταιρεία «...» κατέθεσε ως δικαιολογητικό κατακύρωσης το με αριθμ. πρωτ. .../28.07.2022 πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου ..., το οποίο όμως, όπως συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή, είχε ημερομηνία έκδοσης εκτός των χρονικών ορίων, όπως αυτά ορίζονται στην σελίδα 21 της διακήρυξης για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4. Ως εκ τούτου πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που το έκανε δεκτό. Όμως, η μη ορθή υποβολή του εν λόγω δικαιολογητικού δεν επιφέρει την αυτόθροη απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «...», αφού η αναθέτουσα αρχή οφείλει να την καλέσει για συμπλήρωση αυτού σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν.4412/2016, γεγονός που συνομολογεί εξάλλου ότι έχει ήδη πράξει.

Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο σχετικά με την οικονομική προσφορά της ως άνω μειοδότης εταιρείας πρέπει να επισημανθούν τα ακόλουθα: Η μειοδότης έχει υπολογίσει ποσοστό εργοδοτικών εισφορών 22,77%, το οποίο αντιστοιχεί σε εργοδοτικές εισφορές μειωμένης απασχόλησης και όχι σε εργοδοτικές εισφορές βαρέων λόγω του γεγονότος ότι πρόκειται για εργασία σε μονάδα υγείας, ενώ παράλληλα αφορά τις μειωμένες εργοδοτικές εισφορές που ίσχυαν

Αριθμός απόφασης: 331/2023

μέχρι τις 31.12.2022 και όχι τις εφαρμοζόμενες για την περίοδο της υπό ανάθεσης σύμβασης. Ειδικότερα, η μειοδότηρια όφειλε να υπολογίσει τις ασφαλιστικές εισφορές βάσει του καθεστώτος που ίσχυε πριν από την εισαγωγή του αρθρ.31 του ν.4756/2020, το οποίο είχε χρονική ισχύ μέχρι τις 31.12.2022 και τούτο διότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήταν η 16^η.11.2022 με αποτέλεσμα η ετήσια διάρκεια της υπό κρίση σύμβασης να εκτείνεται κατά κύριο λόγο εντός του έτους 2023, στο οποίο οι ασφαλιστικές εισφορές θα επανέλθουν στα προ του 2020 αυξημένα επίπεδα. Επομένως, η μειοδότηρια εταιρεία στην οικονομική της προσφορά όφειλε να υπολογίσει εργοδοτικές εισφορές με διαφορετικό συντελεστή, γεγονός το οποίο δεν έπραξε και ως εκ τούτου η προσφορά της πρέπει να απορριφθεί, γενομένου δεκτού του υπό κρίση λόγου.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσφορά της 2^{ης} παρεμβαίνουσας «...» πρέπει να απορριφθεί διότι δεν έχει υπολογίσει ορθά ή καθόλου την υποχρεωτική εισφορά υπέρ Ε.Λ.Π.Κ.. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι αυτό προκύπτει από την επισκόπηση του πίνακα οικονομικής προσφοράς της, όπου αναφέρει ως ετήσιο κόστος για εργοδοτικές εισφορές ανά εργαζόμενο το ποσό των 3.304,25 ευρώ. Αν αυτό πολλαπλασιαστεί επί 6,48 ισούται με το ποσό των 21.411,54 ευρώ. Σε αυτό θα έπρεπε να προστεθούν οι εισφορές υπέρ Ε.Λ.Π.Κ., οι οποίες με βάση τον αριθμό εργαζομένων που έχει δηλώσει ότι θα χρησιμοποιήσει ισούται με $10 \times 20 = 200$ ευρώ. Συνεπώς το ποσό που θα έπρεπε να αναγράφεται στο εν λόγω κελί 7, θα ήταν 21.411,54 συν $200 = 21.611,54$ κατ' ελάχιστο. Όμως, η 2^η παρεμβαίνουσα στο εν λόγω κελί και άρα στο συνολικό ποσό υπολογίζει το ποσό των 21.571,56, το οποίο υπολείπεται του νόμιμου ποσού και συνεπώς δεν έχει υπολογίσει ορθά ή καθόλου την υποχρεωτική εισφορά υπέρ Ε.Λ.Π.Κ.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Αρχικά, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η 2^η παρεμβαίνουσα, η διακήρυξη σε κανένα σημείο της δεν ορίζει την υποχρεωτική παράθεση των εισφορών υπέρ ΕΛΠΚ σε κάποιο ξεχωριστό διακριτό σημείο της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων και ειδικά στο πεδίο «Άλλες Επιβαρύνσεις», όπως αβάσιμα αναφέρει η προσφεύγουσα. Επομένως, συνάγεται ότι η εν λόγω εισφορά ποσού 200 ευρώ μπορεί να υπολογιστεί, όπως εν προκειμένω

Αριθμός απόφασης: 331/2023

αναφέρει η 2^η παρεμβαίνουσα, στο διοικητικό της κόστος, το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 1.500,00 ευρώ. Οι υπολογισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με το ποσό που θα έπρεπε κατ' αυτήν να δηλώνεται στο «κελί» 7 συμπεριλαμβανομένης της εισφοράς υπέρ ΕΛΠΚ, δεν αμφισβητούν τον τρόπο υπολογισμού της εισφοράς αυτής στο διοικητικό κόστος της παρεμβαίνουσας όπως το απεδέχθη και η αναθέτουσα αρχή. Ως εκ τούτου προκύπτει ότι ο υπό κρίση τρίτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσφορά της 1^{ης} παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί διότι έχει υπολογίσει λανθασμένα το δώρο Πάσχα και δώρο Χριστουγέννων. Ειδικότερα, παραθέτει υπολογισμούς βάσει των οποίων προκύπτει κατά τους ισχυρισμούς της ότι η συνολική επιβάρυνση δώρου Χριστουγέννων για τον εργαζόμενο μερικής απασχόλησης 4 ωρών είναι 803,404€ και όχι 666,57€, όπως έχει υπολογίσει η 1^η παρεμβαίνουσα και ομοίως η συνολική επιβάρυνση δώρου Πάσχα είναι 482,042€ και όχι 399,60€. Επίσης, ισχυρίζεται ότι η 1^η παρεμβαίνουσα κάνει διαχωρισμό στις εργοδοτικές εισφορές και τις υπολογίζει διαχωρίζοντας τους εργαζόμενους ως μερικής και πλήρους απασχόλησης. Δηλαδή υπολογίζει η κατά βούληση, άλλοτε με διαχωρισμό άλλοτε υπολογίζοντας πλήρους απασχόλησης όλους κατά αναλογία (στα δώρα Χριστουγέννων και Πάσχα εν προκειμένω) κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας.

13. Επειδή, όσον αφορά τον τέταρτο λόγο προκύπτουν τα εξής: Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η 1^η παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα αόριστα προβαίνει σε δικούς της υπολογισμούς σχετικά με το υποτιθέμενο ορθό κόστος δώρων Χριστουγέννων και Πάσχα καθώς και επιδόματος αδείας και τούτο διότι δεν προσδιορίζει ποιο είναι το συνολικό ελάχιστο νόμιμο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος για την κάλυψη των αναγκών της σύμβασης, ώστε κατόπιν του σχετικού ελέγχου να προκύψει εάν η προσφορά είναι κατώτερη του εργατικού και ασφαλιστικού κόστους και συνεπώς απορριπτέα. Επίσης, οι υπολογισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με τα προαναφερθέντα εργατικά κόστη δεν καθιστούν τους υπολογισμούς της 1^{ης} παρεμβαίνουσας παράνομους, από τη στιγμή που δεν αποδεικνύουν ότι το εργατικό κόστος που υπολόγισε η τελευταία είναι κατώτερο του νομίμου, όπως έχει κριθεί με την υπ' αριθμ. 272/2008 απόφαση ΣΤΕ ΕΑ. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση τέταρτος λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αορίστως προβαλλόμενος.

Αριθμός απόφασης: 331/2023

14. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των προσφορών των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων «...», «...», «...» και «...». Όμως, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς έπονται της προσφεύγουσας στη σειρά μειοδοσίας και κανένας τους δεν έχει στραφεί κατά της προσφοράς της με άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι άνευ εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα στρέφεται κατ' αυτών και οι σχετικοί λόγοι πρέπει να απορριφθούν ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι.

15. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τις παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη μόνο κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της αναδόχου εταιρείας «Ν.ΜΟΝΙΟΥΔΗ ΥΙΟΙ ΟΕ», σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 09 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε την 01 Μαρτίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ