

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 10.09.2021 με ΓΑΚ 1738/13.09.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» (διακριτικός τίτλος: «...»), που εδρεύει στην ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 20.09.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αριθμ. 1607(δ)/5-08-2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» κατά το μέρος που δεν απέρριψε τις υποβληθείσες προσφορές των εταιρειών «...», «...» και «...».

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 τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με άρθρ. ... ποσού €930,00.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. διακήρυξη .../19, (ΕΣΗΔΗΣ): ... προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων «ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΘΕΣΗ ΤΗΣ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ...» για δύο (2) έτη με δικαίωμα της «...» να παρατείνει μονομερώς τη σύμβαση έως ένα (1) επιπλέον έτος, με κριτήριο κατακύρωσης

Αριθμός απόφασης:Σ 498/2023

την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, με συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ύψους 279.000,00 € χωρίς ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος παράτασης. 3. Επειδή, στον διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και μεταξύ άλλων η παρεμβαίνουσα. Την 31-08-2021 αναρτήθηκε μέσω της λειτουργικότητας Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ το με αριθμ. πρωτ. .../30-08-2021 έγγραφο του Προέδρου της Επιτροπής του Διαγωνισμού διά του οποίου κοινοποιήθηκε η με αριθμ. 1607(δ)/5-08-2021 απόφαση του διοικητικού συμβουλίου της «...» καθώς και αντίγραφα του 1ου και 2ου πρακτικού της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η επικύρωση των αποτελεσμάτων της 1ης και 2ης φάσης του διαγωνισμού και η ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη της εταιρείας «...» με προσφερόμενο τίμημα 241.467,84€ για τρία έτη χωρίς ΦΠΑ. Συγκεκριμένα σύμφωνα με τα συγκοινοποιηθέντα και εγκριθέντα πρακτικά της επιτροπής του διαγωνισμού αποφασίστηκε καταρχήν η αποδοχή των προσφορών του συνόλου των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων και η ανάδειξη της εταιρείας «...» ως προσωρινής αναδόχου με προσφερόμενη τιμή για τα δύο έτη χωρίς ΦΠΑ ύψους 160.978,56€. Η προσφεύγουσα κατετάγη τρίτη (3η) κατά σειρά κατάταξης έχοντας προσφέρει τιμή ύψους 164.328,00€ για τα δύο έτη χωρίς ΦΠΑ, ενώ 2η κατετάγη η εταιρεία «...» με προσφερόμενη τιμή ύψους 163.920,00€.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, η οποία κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες στις 31.08.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 10.09.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 10.09.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ τις από 27.09.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις

Αριθμός απόφασης:Σ 498/2023

28.09.2021, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς το από 04.10.2021 υπόμνημά της.

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 σε αυτή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 10.09.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ εντός της προβλεπόμενης 10ήμερης προθεσμίας, η παρεμβαίνουσα δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της.

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 υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έγινε εν μέρει δεκτή με την υπ' αριθμ. Σ782/2022 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ. Ειδικότερα με την εν λόγω απόφαση απορρίφθηκαν ως απαράδεκτες λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας που στρέφονταν κατά των οικονομικών φορέων «...», «...» και «...».

9. Επειδή, η ως άνω απόφαση ΕΑΔΗΣΥ ακυρώθηκε εν μέρει με την υπ' αριθμ. 131/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών κατά το σκέλος που δεν έκρινε τις προαναφερθείσες αιτιάσεις. Κατόπιν τούτου η υπόθεση

Αριθμός απόφασης:Σ 498/2023

αναπέμφθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ προκειμένου να ασκήσει εκ νέου την αρμοδιότητά της και να προβεί σε κρίση των συγκεκριμένων αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά των εταιρειών «...» και «...» διότι όπως αναφέρει επί λέξει «δεν υπέβαλλαν στο φάκελο της Τεχνικής Προσφοράς τους, το επί ποινή αποκλεισμού τασσόμενο έγγραφο της ηλεκτρονικής αναγγελίας στο ΣΕΠΕ. Με δεδομένη την έλλειψη υποβολής για κάθε μία εκ των ανωτέρω εταιρειών του επί ποινή αποκλεισμού εγγράφου, η Επιτροπή του Διαγωνισμού όφειλε να διαγνώσει την πλημμέλεια και να απορρίψει τις προσφορές τους λόγω μη πλήρωσης των απαιτήσεων της τεχνικής προσφοράς (μεταξύ πολλών ΔΕφΑθ 129/2021, 130/2021). Ωστόσο, εσφαλμένως η Επιτροπή του Διαγωνισμού κάλεσε κάθε μία εξ αυτών προς παροχή διευκρινίσεων εντός επτά (7) ημερών από τη λήψη της κλήσης για την προσκόμιση του εγγράφου, κάνοντας χρήση του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, αναφορικά με την παρεμβαίνουσα εταιρεία «...», όπως ρητώς διαπίστωσε η επιτροπή του διαγωνισμού στο 1ο πρακτικό αξιολόγησης: «Η τεχνική προσφορά της εταιρείας δεν περιέχει το έντυπο της ηλεκτρονικής αναγγελίας στο ΣΕΠΕ του Ιατρού Εργασίας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 12.4.3. του τεύχους Διακήρυξης αλλά εκτύπωση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στο οποίο δίνεται μόνο ο αριθμός πρωτοκόλλου της γνωστοποίησης ανάθεσης καθηκόντων». Αναφορικά με την προσφορά της εταιρείας «...» διαπίστωσε ότι : «Η τεχνική προσφορά της εταιρείας δεν περιέχει το έντυπο της ηλεκτρονικής αναγγελίας στο ΣΕΠΕ του Ιατρού Εργασίας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 12.4.3. του τεύχους Διακήρυξη, αλλά έγγραφο Εξωτερικής Υπηρεσίας Προστασίας και Πρόληψης (ΕΞΥΠΠ), με την οποία συνεργάζεται για την παροχή υπηρεσιών Ιατρού Εργασίας, όπου αναγράφεται ο αριθμός πρωτοκόλλου που έλαβε από την Περιφερειακή Διεύθυνση Επιθεώρησης Ασφάλειας και Υγείας στην Εργασία Αθήνας-Ανατολικής Αττικής και Κρήτης».

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω πρώτο λόγο: Όπως συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή με τις υποβληθείσες απόψεις της, η επιτροπή διαγωνισμού κατόπιν ελέγχου του (Υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής -

Αριθμός απόφασης:Σ 498/2023

Τεχνική Προσφορά» διαπίστωσε ότι όσον αφορά στις εταιρείες «...» και «...» υπήρχαν ασάφειες ως προς τα υποβληθέντα έγγραφα αναφορικά με την ηλεκτρονική αναγγελία στο ΣΕΠΕ του ιατρού εργασίας και τεχνικού ασφαλείας. Κατόπιν, διεξοδικής συζήτησης η επιτροπή αποφάσισε να ζητήσει συμπληρώσεις και διευκρινίσεις επί των ήδη υποβληθέντων στοιχείων. Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και έχει ήδη κριθεί με την Σ782/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η υποβολή άλλων στοιχείων και όχι της ηλεκτρονικής αναγγελίας δεν μπορούσε να θεωρηθεί ασάφεια της προσφοράς των ανωτέρω εταιρειών προκειμένου να τύχει εφαρμογής το άρθρο 102 του ν.4412/2016. Επίσης, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι σε κάθε περίπτωση τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του ν.4782/2021 (και άρχισε να ισχύει από 01.03.2021) είναι αβάσιμος και τούτο διότι η κλήση προς παροχή διευκρινήσεων πραγματοποιήθηκε στις 21-01-2021 με αποτέλεσμα να μην μπορεί να έχει αναδρομική εφαρμογή. Το ίδιο ισχύει και σχετικά με το από 01/04/2021 1ο πρακτικό της ομάδας εργασίας που συγκροτήθηκε με την με αριθμό πρωτ. 74177/22.03.2021 απόφαση του Γενικού Γραμματέα Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών για την υποβοήθηση των αναθετουσών αρχών και αναθέτοντων φορέων, ως προς την παροχή οδηγιών για την ενιαία εφαρμογή των διατάξεων του ν. 4412/2016 ως τροποποιήθηκε με τον ν. 4782/2021 και το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 113970-29/04/2021 απόφαση του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών, διότι η επικαλούμενη τροποποίηση του ν.4412/2016 που επήλθε με το ν.4782/2021 δεν καταλαμβάνει την εκκρεμή διαγωνιστική διαδικασία, και τούτο προεχόντως λόγω της έλλειψης μεταβατικών διατάξεων στον εν λόγω νόμο. Επομένως, από τη στιγμή που όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η κλήση της αναθέτουσας αρχής δεν αφορά διευκρίνιση ή συμπλήρωση ασαφειών, επουσιωδών πλημμελειών ή προδήλων τυπικών σφαλμάτων των στοιχείων που έχουν υποβάλει οι διαγωνιζόμενοι με την προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 206/2020) αλλά τουναντίον το πρώτον υποβολή ελλείποντος επί ποινή αποκλεισμού οριζόμενου εγγράφου, ήτοι της ηλεκτρονικής αναγγελίας στο ΣΕΠΕ, οι προσφορές των εταιρειών «...» και «...» καθίστανται απορριπτές. Ως εκ τούτου ο υπό κρίση πρώτος λόγος πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις προσφορές των ως άνω εταιρειών. Σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω η εφαρμογή του άρθρου

Αριθμός απόφασης:Σ 498/2023

102 του ν. 4412/2016 θα οδηγούσε σε παραβίαση του ίσου μέτρου κρίσης και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, καθόσον με την προαναφερθείσα Σ782/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ έχει ήδη αποκλεισθεί η προσωρινή ανάδοχος «...» και η εταιρεία «...» για τον ίδιο λόγο.

12. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της εταιρείας «..Ε.» (τέταρτη σε σειρά κατάταξης), την οποία θεωρεί ως ασυνήθιστα χαμηλή, καθόσον το δηλωθέν εκ μέρους της ποσό διοικητικού κόστους για τον καθορισμό του υπόγειου χώρου αρχείου στο ... «...» του 1,06 € μηνιαίως (ήτοι 12,72€ ετησίως) δεν μπορεί να καλύψει το κόστος των υπό ανάθεση υπηρεσιών, καθόσον στο διοικητικό κόστος θα έπρεπε πέραν του κόστους εισφοράς υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων (ΕΛΚΠ) να περιλαμβάνεται και το κόστος έκδοσης εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, το κόστος υπευθύνου ομάδας καθαριότητας, κόστος ιατρού εργασίας και τεχνικού εργασίας, αναλογικό κόστος ασφαλιστηρίου συμβολαίου, οι νόμιμες κρατήσεις κλπ. Συγκεκριμένα, το ποσό που έχει δηλωθεί από την εν λόγω εταιρεία υπολείπεται του ετήσιου κόστους της εισφοράς υπέρ ΕΛΚΠ (20 € ετησίως) χωρίς καν να απαιτείται να συνυπολογισθούν τα μερικότερα κονδύλια του διοικητικού κόστους ως ανωτέρω αναλυτικά παρατέθηκαν.

13. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω δεύτερο λόγο κατά της «...»: στην οικονομική προσφορά της εν λόγω εταιρείας, στο έγγραφο 6 «σταθμός Αγία Παρασκευή» έχει πράγματι δηλωθεί το προαναφερθέν ποσό ως διοικητικό κόστος. Η υπό κρίση διακήρυξη στον όρο 13.1. αυτής ρητά προέβλεπε ότι: *«Στους Πίνακες (I), (II), (III), (IV), (V) και (VI) η ... έχει συμπληρώσει τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, τον αριθμό των εργαζομένων και τις μηνιαίες ώρες εργασίας. Οι διαγωνιζόμενοι καλούνται να υπολογίσουν και να συμπληρώσουν τα υπόλοιπα πεδία των πινάκων, βάσει του προσφερόμενου ημερομισθίου ώστε να προκύψει το συνολικό κόστος εργασίας για ένα μήνα. Τέλος, στους πίνακες αυτούς θα πρέπει να συμπληρωθεί από τους διαγωνιζόμενους, το διοικητικό κόστος και γενικά έξοδα, το κόστος των αναλωσίμων καθώς και το Εργολαβικό Κέρδος προκειμένου να υπολογισθεί το*

Αριθμός απόφασης:Σ 498/2023

Συνολικό Προσφερόμενο Μηνιαίο Κόστος.». Βάσιμα λοιπόν ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι με βάση τα οριζόμενα από την εν λόγω διακήρυξη, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς όφειλαν όπως προσδιορίσουν ξεχωριστά και διακριτά για κάθε ένα πίνακα – κτήριο της οικονομικής προσφοράς τους το ποσό του διοικητικού κόστους και γενικών εξόδων, του κόστους αναλωσίμων και του εργολαβικού κέρδους ανάλογα με τις ανάγκες του εκάστοτε κτηρίου. Συνεπώς, δεν μπορούσε να μεταφερθεί το δηλωθέν ποσό ενός στοιχείου του άρθρου 68 του ν.3863/2010 ενός πίνακα προς κάλυψη των αναγκών έτερου κτηρίου όπως απεικονιζόταν σε έτερο πίνακα. Περαιτέρω, το δηλωθέν από την εν λόγω εταιρεία διοικητικό κόστος εμφανίζεται ανεπαρκές, καθόσον, ως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δεν δύναται να καλύψει ούτε το ετήσιο κόστος της εισφοράς υπέρ ΕΛΚΠ, το οποίο συνίσταται σε 20 € ετησίως και ως εκ τούτου ο υπό κρίση λόγος πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

14. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

15. 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 την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 03 Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ