

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 13 Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 6/5/2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 660/8.5.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» (στο εξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ... , οδός ... αριθ. ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (στο εξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στις ... , οδός ... αριθ. ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (στο εξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στον ... , οδός ... αριθ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση α) της με αριθμό ... απόφασης της ... Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά και τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της ...ς «...» και αναδείχθηκε η τελευταία οριστική ανάδοχος της σύμβασης, και β) της, ενσωματωθείσας στην ανωτέρω, με αριθμό ... απόφασης της ... Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που έγιναν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...», και αναδείχθηκε η τελευταία αυτή ... προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 992/2023

Υπέρ του κύρους και της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, άσκησε παρέμβαση η άνω παρεμβαίνουσα με αίτημα την απόρριψη της προσφυγής, κατά το μέρος που την αφορά.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00€, το οποίο αντιστοιχεί στο κατώτατο προβλεπόμενο ποσό παραβόλου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 107.258,06€ χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).
2. Η... (...), η οποία έχει συσταθεί με το ν. 3293/2004 (Φ.Ε.Κ. 26-11-2004) και αποτελεί ... του κεφ. Α΄ του Ν.3429/2005, δυνάμει της με αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξης προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό «...», εκτιμώμενης αξίας 107.258,06€ χωρίς Φ.Π.Α. (και 133.000,00€ με Φ.Π.Α.). Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Η αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 23-2-2023 με μοναδικό ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ...
3. Στον διαγωνισμό, που διεξήχθη ηλεκτρονικά στις 13/3/2023, συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και οι οικονομικοί φορείς «...» και «...». Με την υπ' αριθ. ... απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκαν τα με αριθ. πρωτ. ... Πρακτικά της Επιτροπής του διαγωνισμού περί αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και, αφού έγιναν δεκτές οι προσφορές του συνόλου των συμμετεχόντων, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα ... «...», καθώς προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή σύμφωνα με το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, η δε προσφεύγουσα κατατάχθηκε δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας. Ακολουθως, με την με αριθμό ... απόφαση του Δ.Σ. της

Αριθμός απόφασης: 992/2023

αναθέτουσας αρχή επικυρώθηκε το με αριθ. πρωτ. ... Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού περί ελέγχου και αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης και αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα οριστική ανάδοχος της σύμβασης. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης οριστικής κατακύρωσης, στην οποία ενσωματώθηκε κατ' άρθρο 100 του ν. 4412/2026 και 3.3.1 της Διακήρυξης η προηγηθείσα απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, στρέφεται η προσφεύγουσα και ζητά την ακύρωσή της κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά της οριστικής αναδόχου, καθώς και του οικονομικού φορέα «...» για τους λόγους και τις αιτίες που αναπτύσσονται στην προσφυγή.

4. Η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της (υπηρεσία), της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 26/4/2023 (με αποστολή σχετικού μηνύματος για την ανάρτησή της στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού) και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 6/5/2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση, ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη. Επιπλέον, η προσφεύγουσα, που έχει καταταγεί δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας μετά την ανάδοχο ..., κατά της οποίας στρέφεται, ασκεί την προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον. Ομοίως, με έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του αποδεκτού συμμετέχοντος «...», αν και έπεται αυτής σε σειρά μειοδοσίας, έχοντας καταταγεί τρίτος (βλ. ΣΤΕ 1573/2019, ΣΤΕ ΕΑ 899/2022). Τούτο, διότι, όπως έχει κριθεί από το ΔΕΕ (C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus, EU:C:2019:118 σκ. 36, C-532/20 Alstom Transport SA, EU:C:2022:128, σκ. 28-30) κάθε προσφέρων, ο οποίος θεωρεί ότι μια απόφαση με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή σε διαδικασία

Αριθμός απόφασης: 992/2023

σύναψης δημόσιας σύμβασης είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω απόφασης, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της σύμβασης σε άλλον υποψήφιο. Επιπλέον, κατά το ΔΕΕ (C- 333/18, Lombardi Srl, EU:C:2019:675, σκ. 30) ο αριθμός των μετεχόντων στη διαδικασία διαγωνισμού για τη σύναψη της επίμαχης δημοσίας σύμβασης, όπως και ο αριθμός των μετεχόντων που άσκησαν προσφυγή, δεν ασκούν επιρροή στην εφαρμογή της νομολογιακής αρχής που μνημονεύθηκε ανωτέρω.

6. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 8/5/2023 στην προβλεπόμενη από το άρθρο 9 παρ. 1α του π.δ. 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να ασκήσουν ενδεχομένως το προβλεπόμενο δικαίωμα παρέμβασης.

7. Η παρεμβαίνουσα και αναδειχθείσα οριστική ανάδοχος άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 17/5/2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσφυγής, την με ίδια ημερομηνία Παρέμβασή της, και με πρόδηλο έννομο συμφέρον, καθώς με την προσφυγή ζητείται η απόρριψη της προσφοράς της. Η παρέμβαση αυτή κοινοποιήθηκε αυθημερόν (17/5/2023) στην προσφεύγουσα.

8. Με την υπ' αριθ. 837/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της προσφυγής. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε στην ΕΑΔΗΣΥ τις απόψεις της εμπροθέσμως στις 19/5/2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαπενθήμερης προθεσμίας από την κατάθεση της προσφυγής κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, αιτούμενη παράλληλα την απόρριψη της προσφυγής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Τις απόψεις αυτές η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 23/5/2023. Επί των άνω απόψεων και προς αντίκρουσή τους, καθώς και προς αντίκρουση της ασκηθείσας παρέμβασης η προσφεύγουσα υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 29/5/2023, δηλαδή εντός πενθημέρου από την κοινοποίηση των απόψεων, κατ' άρθρο 365 παρ.

Αριθμός απόφασης: 992/2023

1 εδ. τελευταίο του ν. 4412/2016, το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό Υπόμνημα.

9. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

10. Με τον **πρώτο** λόγο της προσφυγής προβάλλεται ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, διότι το εργατικό κόστος που δηλώνει υπολείπεται του ελαχίστου νομίμου για την κάλυψη των απαιτούμενων κατά τη Διακήρυξη ημερών, σύμφωνα με την ορισθείσα διάρκεια της σύμβασης (από 1-4-2023 έως 31-3-2024). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, εκκινώντας από το μηνιαίο κόστος, που η παρεμβαίνουσα δηλώνει, καταλήγει κατόπιν εκτενών υπολογισμών στο συμπέρασμα, ότι το εργατικό κόστος που η τελευταία δηλώνει αντιστοιχεί σε λιγότερες ημέρες από αυτές, που κατά την Διακήρυξη απαιτούνται, σύμφωνα το ωράριο και τη δωδεκάμηνη διάρκεια της σύμβασης (από 1-4-2023 έως 31-3-2024). Κατά τους υπολογισμούς της προσφεύγουσας το εργατικό κόστος, που δηλώνει η παρεμβαίνουσα, για τη μεν ... υπολείπεται του νομίμου κατά το ποσό των 173,997€ μηνιαίως, για το δε ... υπολείπεται του νομίμου κατά το ποσό των 164,733 ευρώ μηνιαίως. Επί των αιτιάσεων αυτών, λεκτέα τα εξής:

Στην Διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, σε σχέση με τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών, το νόμιμο εργατικό κόστος και το υποχρεωτικό ωράριο των εργαζομένων στις δύο δομές της αναθέτουσας αρχής, προβλέπονται τα εξής: Κατ' αρχάς, στο **άρθρο 2.4.4** της Διακήρυξης καθορίζεται το επί ποινή αποκλεισμού περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς, ως εξής: *«Η οικονομική προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης που είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο **Παράρτημα I** της διακήρυξης. Η οικονομική προσφορά υποβάλλεται: Α.....[.]. Β. συμπληρώνοντας το υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς του παραρτήματος VII της παρούσας διακήρυξης, σε μορφή αρχείου .pdf, συμπληρωμένο και ψηφιακά υπογεγραμμένο. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση,*

Αριθμός απόφασης: 992/2023

σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης.....[...] **ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΗ:** Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης πρέπει να αναφέρουν στην οικονομική προσφορά τους εκτός των άλλων τα εξής: Α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. Β) Τις ημέρες και ώρες εργασίας. Γ) Την συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. Δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. Ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. ΣΤ).....Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων.....». Ακολούθως, στο **Παράρτημα Ι** της Διακήρυξης, όπου δίδεται η αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης, προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι «...». Τέλος, στο Παράρτημα VII της Διακήρυξης παρατίθεται το «Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς», το οποίο καλούνται να συμπληρώσουν προσηκόντως και να υποβάλλουν οι συμμετέχοντες. Ειδικότερα, στον Πίνακα 1 του Υποδείγματος της οικονομικής προσφοράς οι συμμετέχοντες καλούνται να συμπληρώσουν το συνολικό μηνιαίο κόστος για τη 12μηνη διάρκεια της σύμβασης, στον Πίνακα 2 τα στοιχεία άρθρου 68 παρ. 1 του ν. 3863/2010, δηλαδή τον αριθμό των εργαζομένων, τις ημέρες και ώρες εργασίας, το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά στις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων και το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά, και τέλος στον Πίνακα 3 ζητείται ανάλυση κόστους για το σύνολο των υπαλλήλων για ένα έτος. Από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα υπέβαλε το ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «...pdf», στο οποίο έχει συμπληρώσει τα, κατά τη Διακήρυξη και το νόμο, απαιτούμενα στοιχεία. Συγκεκριμένα, στην ανάλυση της οικονομικής προσφοράς της, αφού εξήγαγε με βάση τις προβλέψεις της Διακήρυξης (ως προς το ωράριο των εργαζομένων) το εργατικό κόστος ανά ώρα για τις καθημερινές (Δευτέρα έως

Αριθμός απόφασης: 992/2023

Παρασκευή), αλλά και διακριτά το εργατικό κόστος απασχόλησης ανά ώρα για τα Σαββατοκύριακα και τις αργίες με τις προβλεπόμενες προσαυξήσεις (καθημερινή νυχτερινή απασχόληση, Κυριακή ή αργία πρωί ή απόγευμα, Σάββατο νυχτερινό προς Κυριακή, Κυριακή νυχτερινό προς Δευτέρα πρωί) δήλωσε το τελικό μηνιαίο κόστος, καθώς και το τελικό ετήσιο κόστος. Η παρεμβαίνουσα - με τη μέθοδο υπολογισμού που εφάρμοσε - δήλωσε ως συνολικό μηνιαίο εργατικό κόστος το ποσό των 8.668,13€ και ως συνολικό ετήσιο εργατικό κόστος το ποσό των 104.017,56€. Στους υπολογισμούς αυτούς δεν προσάπτεται από την προσφεύγουσα συγκεκριμένη πλημμέλεια, που να αφορά είτε στον τρόπο υπολογισμού του εργατικού κόστους ανά ώρα απασχόλησης (τόσο για τις καθημερινές όσο και για τα Σαββατοκύριακα και τις αργίες, με τις εκάστοτε προβλεπόμενες προσαυξήσεις, π.χ. νυχτερινά) είτε στο δηλωθέν μηνιαίο και ετήσιο εργατικό κόστος. Επιπλέον, ουδεμία πλημμέλεια προσάπτεται στις ώρες (κατά την καθημερινή απασχόληση, αλλά και κατά τα Σαββατοκύριακα και τις αργίες), όπως εμφανίζονται στον Πίνακα Οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Αντιθέτως, η προσφεύγουσα επιχειρεί, εκκινώντας αντιστρόφως, δηλαδή από το δηλωθέν μηνιαίο εργατικό κόστος της παρεμβαίνουσας κατά τις καθημερινές, τα Σαββατοκύριακα και τις αργίες να θεμελιώσει τον ισχυρισμό, ότι τούτο δεν επαρκεί για να καλύψει τις ημέρες που απαιτούνται για τη δωδεκάμηνη διάρκεια της σύμβασης (από 1-4-2023 έως 31-3-2024).

Όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 272/2008, ΔΕφ... 2/2014, ΔΕφΤρίπ 3/2016), ο τρόπος υπολογισμού του εργατικού κόστους ανάγεται στην επιχειρηματική πολιτική εκάστου διαγωνιζόμενου υπό την προϋπόθεση τήρησης της εργατικής νομοθεσίας και των όρων της διακήρυξης. Ως εκ τούτου, δεν μπορεί νομίμως να αποκλειστεί προσφορά διαγωνιζόμενου σε περίπτωση που προέβη σε διαφορετικό τρόπο υπολογισμού ως προς τα κονδύλια του εργατικού κόστους, από εκείνον που έχει ακολουθήσει άλλος διαγωνιζόμενος. Ούτε δύναται να αποκλειστεί διαγωνιζόμενος άνευ επίκλησης συγκεκριμένης παράβασης της εργατικής νομοθεσίας στον τρόπο υπολογισμού της οικονομικής προσφοράς του. Εν προκειμένω, από τους υποβληθέντες Πίνακες Ανάλυσης κόστους, που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα, προκύπτει ότι η τελευταία έχει υιοθετήσει διαφορετική μεθοδολογία υπολογισμού του εργατικού κόστους από την προσφεύγουσα, υπολογίζοντας το ωριαίο κόστος

Αριθμός απόφασης: 992/2023

για καθημερινή απασχόληση, το ωριαίο κόστος για απασχόληση τα Σάββατα, τις Κυριακές και τις αργίες, και διακριτά το ωριαίο αυτό κόστος με τις προβλεπόμενες κατά νόμο προσαυξήσεις, εφόσον πρόκειται για εργασία νυχτερινή. Κατόπιν, δε, έχει αναγάγει το ωριαίο κόστος σε μηνιαία και σε ετήσια βάση, προκειμένου να δηλώσει το αντίστοιχο εργατικό κόστος. Οι υπολογισμοί αυτοί της παρεμβαίνουσας τελούν σε πλήρη στοίχιση προς τις αντίστοιχες προβλέψεις της Διακήρυξης σε σχέση με το ωράριο των εργαζομένων, το οποίο άλλωστε δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα. Άλλωστε, επί των υπολογισμών αυτών του εργατικού κόστους, η προσφεύγουσα δεν προσάπτει καμία παράβαση της εργατικής νομοθεσίας, παρά μόνον επιχειρεί, εκκινώντας από το δηλωθέν μηνιαίο εργατικό κόστος, να θεμελιώσει τον ισχυρισμό ότι δεν καλύπτονται οι απαιτούμενες από την Διακήρυξη ημέρες, σύμφωνα με την προβλεπόμενη δωδεκάμηνη διάρκεια της σύμβασης (από 1-4-2023 έως 31-3-2023). Πλην όμως, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, αλλά και ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι διότι: **α)** η ανάλυση της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας ακολουθεί τη δομή του υποδείγματος της Διακήρυξης και ουδέν σφάλμα προσάπτεται στους υπολογισμούς της ούτε παράβαση της εργατικής νομοθεσίας, ο δε διαφορετικός τρόπος του υπολογισμού σε σχέση με αυτόν της προσφεύγουσας είναι, όπως προαναφέρθηκε χωρίς έννομη επιρροή, **β)** οι αντίστροφοι υπολογισμοί της προσφεύγουσας (προκειμένου να εξεύρει εάν το δηλωθέν μηνιαίο εργατικό κόστος επαρκεί για τις ημέρες της Διακήρυξης) εδράζονται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης και δεν δύνανται να οδηγήσουν σε παραδεκτά και λογικά αποτελέσματα/συμπεράσματα, δεδομένου ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας δομείται σε διακριτό υπολογισμό του εργατικού κόστους για τις καθημερινές (Δευτέρα – Παρασκευή), το Σάββατο, την Κυριακή και τις αργίες, η δε επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας έχει ως αποτέλεσμα εν τέλει να υπολογίζονται εκ μέρους της περισσότερες ημέρες από αυτές που κατά την Διακήρυξη απαιτούνται. Ενδεικτικά σημειώνεται ότι στον Πίνακα της σελίδας 7 της προσφυγής για τον υπολογισμό του ορθού – κατά την προσφεύγουσα – εργατικού κόστους λαμβάνονται υπόψη 253 ημέρες από Δευτέρα – Παρασκευή, 51 ημέρες για Σάββατα και ανεπίσημες αργίες, 53 ημέρες για Κυριακές και 9 ημέρες για αργίες, δηλαδή συνολικά 366 ημέρες. Όμως, ο υπολογισμός αυτός υπερβαίνει

Αριθμός απόφασης: 992/2023

την 12μηνιαία διάρκεια της σύμβασης, που αντιστοιχεί σε 365 ημέρες (αφού $253 + 51 + 53 + 9 = 366$ ημέρες, ενώ η σύμβαση διαρκεί 365 ημέρες από 1-4-2023 έως 31-3-2023). Τέλος, οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας προβάλλονται και αλυσιτελώς, δεδομένου ότι, εάν ήθελε υποθεθεί ότι το ελάχιστο μηνιαίο εργατικό κόστος, που πρέπει να δηλωθεί και για τις δύο δομές, ανέρχεται σε 9.006,86€ (όπως αυτό προκύπτει κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ως εξής: 8.668,13€, το μηνιαίο κόστος που δηλώνει η παρεμβαίνουσα + 173,997€ το επιπλέον μηνιαίο κόστος για την, κατά τους υπολογισμούς της προσφεύγουσας + 164,733 € για το ..., ομοίως κατά τους υπολογισμούς της προσφεύγουσας = 9.006,86€), τότε και η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας κινδυνεύει να θεωρηθεί μη νόμιμη και υπολειπόμενη του ελάχιστου νομίμου μηνιαίου εργατικού κόστους, αφού δηλώνει ως ελάχιστο μηνιαίο εργατικό κόστος και για τις δύο δομές το ποσό των 8.751,47€. Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, αλλά και ως αλυσιτελής, κατ' αποδοχή των αντίθετων αιτιάσεων της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής.

11. Με τον **δεύτερο** λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το διοικητικό κόστος, που η παρεμβαίνουσα δηλώνει, είναι ασυνήθιστα χαμηλό και η αναθέτουσα αρχή όφειλε, πριν αποδεχθεί την οικονομική προσφορά της, να την καλέσει να παράσχει σχετικές διευκρινίσεις και να αιτιολογήσει αυτό, κατ' άρθρο 88 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, υποστηρίζει -προβάλλοντας συγκεκριμένες αιτιάσεις για τα επιμέρους κονδύλια του διοικητικού κόστους- ότι το ποσό των 41,65 ευρώ που δηλώνει η παρεμβαίνουσα εξομοιούται με μηδενικό κόστος και δεν επαρκεί για να καλύψει τις ανάγκες της σύμβασης. Σύμφωνα δε με τους δικούς της υπολογισμούς το ελάχιστο διοικητικό κόστος για την κάλυψη των απολύτως προφανών χρεώσεων της σύμβασης ανέρχεται σε 327 ευρώ.

Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης, που ενσωματώνει στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού τις διατάξεις του άρθρου 68 του ν. 3863/10, στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων πρέπει να υπολογίζεται εύλογο -και κατά συνεκδοχή ελέγξιμο από τις αναθέτουσες αρχές, με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής και τις παρεχόμενες από τις προσφέρουσες εταιρείες εξηγήσεις, ποσοστό διοικητικού κόστους και εργολαβικού κέρδους (ΣΤΕ 198/2013, ΔΕφΘεσσαλ. 344/2012,

Αριθμός απόφασης: 992/2023

ΕΛΣυν VI Τμ. 150/2014). Σε αντίθεση, ωστόσο, προς το κόστος αμοιβής του προσωπικού, που είναι δυνατόν να προσδιορίζεται επακριβώς με βάση αντικειμενικά δεδομένα, το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων και το εργολαβικό κέρδος αποδίδονται αναγκαστικά με ορισμένη ελαστικότητα και πρέπει να εκτιμηθούν από την αναθέτουσα αρχή ως εύλογα, προκειμένου η προσφορά να θεωρηθεί αποδεκτή. Η κρίση αυτή της αναθέτουσας αρχής ελέγχεται ως προς την τήρηση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας, σύμφωνα και με τα δεδομένα της κοινής πείρας (ΕΛΣυν VI Τμ. 1664/2012, 1725/2012, 143, 150, 159/2014). Περαιτέρω, σε περίπτωση κατά την οποία διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζόμενου, γεννάται αντίστοιχη υποχρέωσή της να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών. Η απάντηση αυτή πρέπει να είναι νομίμως αιτιολογημένη, η δε νομιμότητα και επάρκεια της σχετικής αιτιολογίας αποτελεί αντικείμενο ελέγχου από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (βλ. ΣτΕ 7μ 726/2022, ΣτΕ 199/2021, 154/2021, ΕΑ ΣτΕ 12/2020). Όταν όμως οι σχετικοί ισχυρισμοί προβάλλονται το πρώτον με προσφυγή ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., η αναθέτουσα αρχή οφείλει να απαντήσει αιτιολογημένα επ' αυτών με τις απόψεις του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, μη δυνάμενης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ να την υποκαταστήσει στην σχετική αρμοδιότητα.

Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι τα επιμέρους κονδύλια του διοικητικού κόστους ανέρχονται κατ' ελάχιστον σε 327 ευρώ, συνεπώς το ποσόν των 41,65 ευρώ που η παρεμβαίνουσα δηλώνει καθιστά την προσφορά της ζημιογόνα. Η παρεμβαίνουσα επιχειρεί τεκμηρίωση και διευκρίνιση των κονδυλίων της προσφοράς της με την παρέμβασή της, αντικρούοντας παραδεκτώς τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας. Πλην όμως, όπως γίνεται νομολογιακώς δεκτό (πρβλ ΔΕφΘεσ/κης 167/2019), στην περίπτωση προβολής ισχυρισμών περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς το πρώτον με την προσφυγή, ανακύπτει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογήσει την απόφασή της περί ύπαρξης έγκυρης προσφορά πλήρως, ειδικώς και σαφώς, η δε αιτιολογία εμπεριέχεται, κατ' άρθρ. 365 του ν. 4412/2016, στην αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία των απόψεων της

Αριθμός απόφασης: 992/2023

αναθέτουσας αρχής. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της δεν προέβη σε συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, κατ' άρθρο 365 του ν. 4412/2016, αντικρούοντας τις ειδικές αιτιάσεις της προσφεύγουσας σχετικά με το κονδύλιο, που έχει δηλώσει η παρεμβαίνουσα στην προσφορά ως διοικητικό κόστος, αλλά ούτε και τις προβαλλόμενες αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Συνεπώς, εφόσον η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να απαντήσει ειδικώς και επαρκώς στους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η αρχική της κρίση, ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή, είναι ανατιολόγητη και διαμορφώθηκε κατά κακή χρήση της διακριτικής της ευχέρειας. Όπως δε έχει κριθεί (ΣτΕ 54/2018), η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή και να ασκήσει η ίδια, το πρώτον, την αρμοδιότητα της τελευταίας, δηλαδή εν προκειμένω, με κλήση της παρεμβαίνουσας προς αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της, κατόπιν παράθεσης ουσιωδών ισχυρισμών εκ μέρους της προσφεύγουσας. Ενόψει των ανωτέρω, μη νομίμως η αναθέτουσα έκανε, άνευ ετέρου, δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, κρίνοντας ότι δεν υπήρχε ένδειξη προσφοράς ασυνήθιστα χαμηλής σε σχέση με το δηλωθέν διοικητικό κόστος, και μη προβαίνοντας σε κλήση της παρεμβαίνουσας για παροχή διευκρινίσεων επί των κονδυλίων της οικονομικής της προσφοράς, πριν τα κονδύλια αυτά κριθούν αποδεκτά (ΕλΣυν IV Τμ. 24/2015, 218/2014 και την πλέον πρόσφατη ΕλΣυν Ολ 110/2023). Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, η δε υπόθεση πρέπει, κατά το μέρος αυτό, να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου αυτή να προβεί στις δέουσες ενέργειες, καλώντας την παρεμβαίνουσα σε αιτιολόγηση του διοικητικού κόστους της προσφοράς της.

12. Με τον **τρίτο** λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, διότι από το περιεχόμενο των πιστοποιητικών δικαστικής φερεγγυότητας, που προσκόμισε, τα οποία καλύπτουν τόσο το χρόνο υποβολής της προσφοράς της όσο και το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν αποδεικνύεται ότι αυτή δεν τελεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού.

Επί των ισχυρισμών αυτών της προσφεύγουσας, λεκτέα τα εξής: Στο άρθρο 2.2.3 της Διακήρυξης προβλέπονται ως λόγοι αποκλεισμού, μεταξύ άλλων οι ακόλουθοι: «...2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:...[.] (β) εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης και δεν τηρεί τους όρους αυτής ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου....[...].».

Περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.9.2 της Διακήρυξης προσδιορίζονται τα αποδεικτικά μέσα, που προσκομίζει ο προσωρινός ανάδοχος προκειμένου να αποδείξει ότι δεν βρίσκεται σε κάποια από τις καταστάσεις, που προβλέπονται στη Διακήρυξη ως λόγοι αποκλεισμού. Ειδικότερα: «Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας[...]

γ) για την παράγραφο 2.2.3.4 περίπτωση β' πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Ιδίως οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα προσκομίζουν: i) **Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας** από το αρμόδιο Πρωτοδικείο, από το οποίο προκύπτει ότι δεν τελούν υπό πτώχευση, πτωχευτικό συμβιβασμό ή υπό αναγκαστική διαχείριση ή δικαστική εκκαθάριση ή ότι δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης. Για τις ΙΚΕ προσκομίζεται επιπλέον και πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. περί μη έκδοσης απόφασης λύσης ή κατάθεσης αίτησης λύσης του νομικού προσώπου, ενώ για τις ΕΠΕ προσκομίζεται επιπλέον πιστοποιητικό μεταβολών». Συνεπώς, από

Αριθμός απόφασης: 992/2023

την ρητή πρόβλεψη του άρθρου 2.2.9.2 περ. γ' περί αποδεικτικών μέσων προκύπτει ότι, για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού που αφορούν στην πτώχευση, στην εκκαθάριση και στις λοιπές συναφείς καταστάσεις του άρθρου 2.2.3.4.β' της Διακήρυξης στο πρόσωπο οικονομικού φορέα που έχει την νομική μορφή ιδιωτικής κεφαλαιουχικής ... απαιτείται η συνδυαστική προσκόμιση του ενιαίου πιστοποιητικού δικαστικής φερεγγυότητας και του πιστοποιητικού ΓΕΜΗ με το περιεχόμενο που αναφέρεται ανωτέρω. Στην προκειμένη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα ... προσκόμισε με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης το ανωτέρω αναφερόμενο ενιαίο πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας, το οποίο άλλωστε δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα, καθώς επίσης και το υπ' αριθ. πρωτ. ... γενικό πιστοποιητικό του ... Με τα δεδομένα αυτά, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας ήταν πλήρη και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Αβασίμως δε προβάλλει η προσφεύγουσα, ότι από το περιεχόμενο των προσκομιζόμενων πιστοποιητικών δικαστικής φερεγγυότητας δεν αποδεικνύεται ότι η προσφεύγουσα δεν τελεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού. Τούτο, διότι από τον προπαρατεθέντα όρο 2.2.9.2 της Διακήρυξης, που ως κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους συμμετέχοντες, η απόδειξη της μη συνδρομής των συγκεκριμένων λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 περ. β' (όπως περί μη πτώχευσης, κλπ.) προκύπτει και αποδεικνύεται από το ρητώς κατονομαζόμενο «Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας» σε συνδυασμό με το πιστοποιητικό ΓΕΜΗ (για τις...), τα οποία προσηκόντως υποβλήθηκαν από την παρεμβαίνουσα, κατά τα ανωτέρω. Επιπλέον, όπως βασίμως προβάλλει η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, απαραίτητη προϋπόθεση για τη σύναψη πτωχευτικού συμβιβασμού είναι η προηγούμενη κήρυξη σε πτώχευση που επέρχεται μόνο δυνάμει δικαστικής απόφασης (άρθρ. 81 Πτωχευτικού Κώδικα). Επομένως, κατά λογική και νομική ακολουθία, εάν δεν έχει εκδοθεί απόφαση περί κήρυξης ενός προσώπου σε πτώχευση ή -πολύ περισσότερο- δεν έχει καν υποβληθεί αίτηση περί κήρυξής του σε πτώχευση, δεν είναι δυνατό να υπαχθεί το πρόσωπο αυτό σε καθεστώς πτωχευτικού συμβιβασμού, αφού η διαδικασία του πτωχευτικού συμβιβασμού προϋποθέτει την προηγούμενη κήρυξη της πτώχευσης. Συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό ότι

Αριθμός απόφασης: 992/2023

απαιτείται αλλά και αρκεί, για την απόδειξη περί μη υπαγωγής της παρεμβαίνουσας ... σε πτωχευτικό συμβιβασμό, το γεγονός ότι κατά αυτής δεν έχει εκδοθεί απόφαση περί κήρυξης της σε πτώχευση, όπως επίσης και ότι δεν έχει υποβληθεί καμία αντίστοιχη αίτηση, τα οποία επιβεβαιώνονται και αποδεικνύονται από το Πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα. Άρα, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος, κατ' αποδοχή των αντίθετων αιτιάσεων της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

13. Με τον **τέταρτο** λόγο της προσφυγής προβάλλεται ότι μη νομίμως έγιναν δεκτές οι προσφορές της παρεμβαίνουσας και της ανθυποψήφιας ... «... ...», διότι δεν προσκόμισαν το σύνολο των δικαιολογητικών κατακύρωσης κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους. Ο λόγος αυτός της προσφυγής είναι απορριπτέος ως μη ερειδόμενος στη Διακήρυξη. Τούτο, διότι το άρθρο 2.4.3.2 που επικαλείται η προσφεύγουσα αφορά στο περιεχόμενο του φακέλου της τεχνικής προσφοράς, ενώ αντίθετα το άρθρο 2.2.9.2 που αναφέρεται στα δικαιολογητικά κατακύρωσης ρητώς προβλέπει ότι αυτά προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο. Από κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν ανακύπτει υποχρέωση προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του άρθρου 2.2.9.2 σε διαφορετικό χρονικό σημείο, παρά μόνο στο στάδιο ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και από τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο. Ενόψει των ανωτέρω, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω αβάσιμος, κατ' αποδοχή των αντίθετων αιτιάσεων της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

14. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που έκανε άνευ ετέρου δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, χωρίς προηγούμενη κλήση της προς αιτιολόγηση του διοικητικού κόστους της προσφοράς της. Η παρέμβαση πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφυγή. Το δε παράβολο, που κατέθεσε η προσφεύγουσα, πρέπει να επιστραφεί κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Αριθμός απόφασης: 992/2023

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αριθμό ... απόφαση του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, καθώς και την, ενσωματωθείσα σε αυτήν, με αριθμό ... απόφαση κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό και συγκεκριμένα κατά το μέρος που έγινε άνευ ετέρου δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και χωρίς την προηγούμενη κλήση της κατ' άρθρο 88 του ν. 4412/2016 προς αιτιολόγηση του διοικητικού κόστους της προσφοράς της.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 3 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ