

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στις 16 Ιουνίου 2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 8.05.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 666/8.05.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», εφεξής ο «προσφεύγων», που εδρεύει στην ... , οδός ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής: «...», εφεξής η «αναθέτουσα αρχή», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η με αριθμ. ... (ΑΔΑΜ: ... αρ. ΕΣΗΔΗΣ ...) διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής για τη διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ... προϋπολογισθείσας δαπάνης 320.000,00 € πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 1.600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

## Αριθμός απόφασης: 999/2023

2. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 8-05-2023, δηλαδή εντός δεκαημέρου από την 26-04-2023, οπότε ο προσφεύγων, κατά δήλωσή του, έλαβε γνώση της προσβαλλομένης. Η ανωτέρω ημεροχρονολογία συμπίπτει, σε κάθε περίπτωση, με το νόμιμο τεκμήριο (βλ. άρθρο 361 παρ. 1γ' του Ν.4412/2016) των δεκαπέντε ημερών από την ανάρτηση της προσβαλλόμενης διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (11-04-2023). Σημειώνεται ότι η καταληκτική προθεσμία άσκησης της προσφυγής (06-05-2023) συνέπιπτε με ημέρα Σάββατο και επομένως εμπρόθεσμα ο προσφεύγων άσκησε αυτήν κατά την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα.

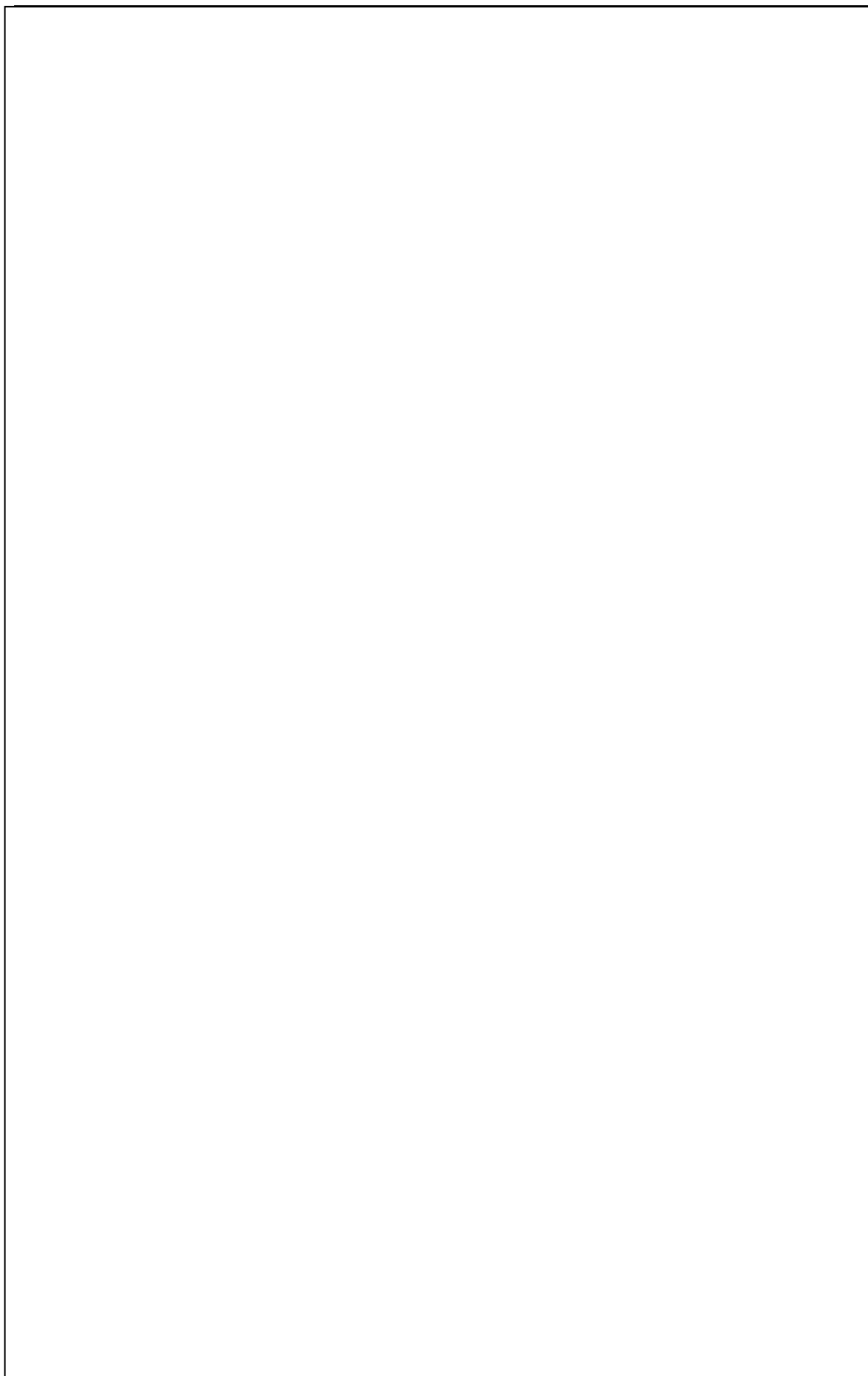
3. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος, σύμφωνα με αυτόν, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελη) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ., 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014). Σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων, που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, StadtHalle, σκέψη 40). Στη συγκεκριμένη περίπτωση, ο προσφεύγων, ο οποίος δηλώνει ότι επιθυμεί να συμμετάσχει στον υπό κρίση διαγωνισμό, θεμελιώνει κατ' αρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ως ενδεχόμενα βλαπτόμενος, δεδομένου ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης προσκρούουν κατά τους ισχυρισμούς του στον νόμο και καθιστούν αδύνατη, άλλως δυσχεραίνουν ουσιωδώς την συμμετοχή του στον διαγωνισμό, με αποτέλεσμα να υφίσταται άμεση βλάβη. Δηλώνει δε ο προσφεύγων ότι δραστηριοποιείται επί σειρά ετών στον τομέα της ..., συμμετέχοντας σε δημόσιους διαγωνισμούς και παρέχοντας υπηρεσίες προς το Δημόσιο, Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου και άλλους φορείς του

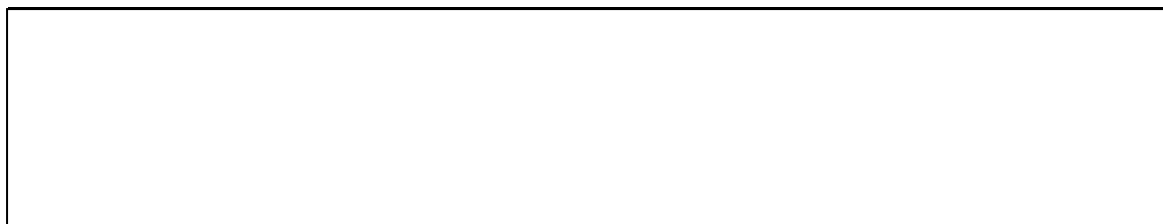
## Αριθμός απόφασης: 999/2023

Δημοσίου, ότι διαθέτει επιπλέον εκτεταμένη εμπειρία στην ... όπως η αναθέτουσα αρχή, καθώς και την απαιτούμενη άδεια λειτουργίας, ενώ δεν συντρέχει κάποιος λόγος αποκλεισμού του από δημόσιους διαγωνισμούς.

4. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 841/2023 Πράξη της Προέδρου του Δου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλλει τις απόψεις της, η οποία τις απέστειλε εμπρόθεσμα στην ΕΑΔΗΣΥ στις 23-05-2023 και τις κοινοποίησε στους ενδιαφερόμενους αυθημερόν.

5. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «1.7 Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης»: «Οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι: α) τηρούν και κα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις [...] της κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις, διεθνείς διατάξεις [...] Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων[...]», [...] «2.4.4 Περιεχόμενα φακέλου «οικονομική προσφορά» / τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών»: «Η οικονομική προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης όπως ορίζεται κατωτέρω: Α. Τιμές. Η τιμή του προς προμήθεια υλικού δίνεται σε ευρώ ανά τεμάχιο/μονάδα μέτρησης[...]Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης» [...] «2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών»: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους [...]2.4.4[...]». ΠΑΡΑΤΗΜΑ Ι -ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ [...] ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΕΡΓΟΥ ... σε καθημερινή βάση, σε οκτάωρες βάρδιες, με προϋπολογισθείσα δαπάνη 320.000,00 € πλέον ΦΠΑ, ως ακολούθως:[...]





[...] 20. Ο Ανάδοχος υποχρεούται να τηρεί απαρέγκλιτα τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, δηλαδή καταβολή των νόμιμων αποδοχών, οι οποίες σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να είναι κατώτερες των προβλεπόμενων από την οικεία (κλαδική) ΣΣΕ, τήρηση του νόμιμου ωραρίου, τήρηση των νόμιμων και θεσμοθετημένων αδειών και ημερών ανάπαυσης, καταβολή προσαυξήσεων και επιδομάτων εάν υφίστανται, εξασφάλιση ασφαλιστικής κάλυψης, τήρησης όρων υγιεινής [...].ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV – Υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς: Οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων θα υποβληθούν εκτός της αναλυτικής οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων και με τη συμπλήρωση του παρακάτω πίνακα:[...] Σημείωση 1: Ως αριθμός ατόμων προσδιορίζεται το πλήθος των εργαζομένων (περιλαμβανομένων των ρεπό) που αντιστοιχεί στις απαιτούμενες εργατοώρες και είναι κοστολογικά ισοδύναμο και εκφρασμένο σε άτομα πλήρους απασχόλησης. Ο παραπάνω πίνακας συμπληρώνεται χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή του από τους υποψήφιους σύμφωνα με την ΕΓΣΣΕ (κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού) στην οικονομική προσφορά. Η τιμή θα είναι μία και ενιαία και θα αναλύεται επαρκώς ο τρόπος-μέθοδος υπολογισμού της τιμής. Το προσφερόμενο μηνιαίο κόστος και όλα τα επιμέρους κόστη θα υπολογιστούν επί ποινή απόρριψης της προσφοράς για ημερομίσθιο άγαμου εργαζόμενου άνω των 25 ετών με 6-9 χρόνια προϋπηρεσία, όπως ισχύει κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού».

6. Επειδή, με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων, προβαίνοντας σε αναλυτικούς υπολογισμούς (βλ. σελ. 16,17,18 της προσφυγής) και λαμβάνοντας υπόψη την ΥΑ 31986/ 28.03.2023 για τον καθορισμό κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους ... και τους .... όλης της χώρας ( ισχύς από 1 Απριλίου 2023), ισχυρίζεται ότι, αν κανείς υπολογίσει το ελάχιστο εργατικό κόστος με βάση τις απαιτήσεις της

## Αριθμός απόφασης: 999/2023

διακήρυξης, θα διαπιστώσει ότι αυτό ανέρχεται στο ποσό των 475.823,16 χωρίς ΦΠΑ, χωρίς να έχει υπολογισθεί διοικητικό κόστος, κόστος αναλωσίμων, εργολαβικό κέρδος, νόμιμες κρατήσεις και παρακράτηση φόρου εισοδήματος. Πλην όμως, το ανωτέρω ποσό υπερβαίνει το ποσό των 320.000 ευρώ το έτος χωρίς ΦΠΑ, που αποτελεί την ετήσια προϋπολογισθείσα δαπάνη. Όστε, ως έχει η διακήρυξη, δεν επιτρέπεται η υποβολή νόμιμης και ρεαλιστικής προσφοράς η οποία να μην υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη αυτής.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι ουδεμία παράβαση νόμου υφίσταται στη συγκεκριμένη περίπτωση, αλλά ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη αντιστοιχεί επακριβώς στη δαπάνη, που απαιτήθηκε για την κάλυψη των αναγκών ... του ..., όπως αποδεικνύεται από την επικαλούμενη με τις απόψεις της, με αριθμ.πρωτ. ... βεβαίωση του οικονομικού τμήματος του ....

8. Επειδή, από τη συνδυασμένη εφαρμογή των όρων 1.7, 2.4.4 και 2.4.6, του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης («...») και του υποδείγματος της οικονομικής προσφοράς προκύπτει ότι στη διακήρυξη προβλέπεται ο τρόπος σύνταξης της οικονομικής προσφοράς με την αναφορά των επιμέρους κονδυλίων, που πρέπει να συμπεριληφθούν σε αυτήν, και την πρόβλεψη ότι προσφορά, που υπερβαίνει τον προϋπολογισμό (320.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ), απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Περαιτέρω όμως, ενώ ο προσφεύγων με συγκεκριμένους και αναλυτικούς υπολογισμούς(βλ. σελ. 16,17 και 18 της προσφυγής) επικαλείται σφάλμα στους υπολογισμούς της αναθέτουσας αρχής, που έχει σαν αποτέλεσμα την αδυναμία σύνταξης σύμφωνης με τη διακήρυξη προσφοράς, η οποία να καλύπτει την εργατική νομοθεσία και να μην υπερβαίνει τον προϋπολογισμό, η αναθέτουσα αρχή ούτε στη διακήρυξη, ούτε και με τις απόψεις της αιτιολογεί ειδικά τον προϋπολογισμό, ενώ παράλληλα δεν αμφισβητεί τους υπολογισμούς του προσφεύγοντος, ούτε επικαλείται κάποιο σφάλμα αυτών. Ως εκ τούτου, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, δεν αιτιολογείται επαρκώς το κόστος για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ η επίκληση βεβαίωσης των οικονομικών υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής για το κόστος των υπηρεσιών, που ήδη παρασχέθηκαν σε προγενέστερο χρόνο, δεν επεξηγεί ειδικά ποιά ήταν τα

## Αριθμός απόφασης: 999/2023

δεδομένα που ελήφθησαν υπόψη για την διαμόρφωση του ύψους του προϋπολογισμού κατά τον χρόνο δημοσίευσης της υπό κρίση διακήρυξης. Και τούτο, ενόψει όχι μόνο της αυτοτέλειας έκαστης διαγωνιστικής διαδικασίας, που συνεπάγεται τη λήψη υπόψη διαφορετικών δεδομένων, αλλά ιδίως της ρητής απαίτησης της διακήρυξης να υπολογίζεται το κόστος με βάση τα ισχύοντα κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, απαίτηση που δεν διασφαλίζεται με την επίκληση δεδομένων που ίσχυαν σε διαφορετικό χρόνο. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αρκείται στη διατύπωση γενικόλογων κρίσεων περί του ότι ο προϋπολογισμός υπολογίστηκε λαμβάνοντας υπόψη την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, χωρίς να αντικρούει με συγκεκριμένα αναλυτικά και τεκμηριωμένα στοιχεία τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος που εμπεριέχουν αναλυτικούς υπολογισμούς, για το ότι ο προϋπολογισμός του προκείμενου διαγωνισμού δεν επαρκεί για την κάλυψη του εργοδοτικού κόστους σε συνδυασμό με τις νόμιμες κρατήσεις, που επιβαρύνουν τον ανάδοχο, χωρίς να έχει υπολογιστεί το διοικητικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης και το εργολαβικό κέρδος. Όπως δε έχει κριθεί, η αναθέτουσα αρχή συνδράμοντας την ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) υποχρεούται, αφενός μεν να αιτιολογήσει ειδικώς τον τρόπο υπολογισμού του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους, που λήφθηκε υπόψη κατά την κατάρτιση του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση υπηρεσίας, ώστε να είναι σε θέση να αξιολογήσει τις οικονομικές προσφορές με βάση τα επί μέρους κοστολογήσιμα στοιχεία τους, αφετέρου δε να αντικρούσει ειδικώς τους συγκεκριμένους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος (βλ. ΔΕΦΑΘ 191/2018, ΕΑΔΗΣΥ Σ554/2022, σκέψη 38, ΕΑΔΗΣΥ 1224/2022). Συνεπώς, ο μοναδικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

9. Επειδή, εν όψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C448/2001, σκέψεις 92-95), ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε

## **Αριθμός απόφασης: 999/2023**

οικονομικούς φορείς, που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξ αιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, η εν θέματι Διακήρυξη πρέπει ν' ακυρωθεί στο σύνολό της

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη διακήρυξη, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16-06-2023 και εκδόθηκε στις 4-7-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ**