

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Δεκεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.11.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1795/17.11.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. 97002/6.11.2023 απόφασης του Συντονιστή περί έγκρισης των από 12.10.2023 και 24.10.2023 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης των προσωρινών αναδόχων . Στην εν λόγω απόφαση ενσωματώνεται η με αριθμ. πρωτ. 85086/26.09.2023 απόφαση του «...» περί έγκρισης των από 12.09.2023 και 18.09.2023 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού ,σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «πρώτος παρεμβαίνων»), που κατοικοεδρεύει στο «...» και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «δεύτερος παρεμβαίνων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το σκέλος που αφενός μεν απορρίφθηκε η προσφορά του για τα Τμήματα 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10 και 12 του διαγωνισμού και αφετέρου κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές του πρώτου παρεμβαίνοντος για τα Τμήματα 2, 4 και 6 του διαγωνισμού και του δεύτερου

Αριθμός απόφασης: 37/2024

παρεμβαίνοντας για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού και ανακηρύχθηκε ο πρώτος παρεμβαίνων οριστικός ανάδοχος για τα Τμήματα 4 και 6 του διαγωνισμού και ο δεύτερος παρεμβαίνων οριστικός ανάδοχος για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού.

Με τις παρεμβάσεις τους αμφότεροι οι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 15.11.2023 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο υπερβαίνει κατά 4 ευρώ το απαιτούμενο από τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, καθώς αυτό υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Επομένως, επί του ποσού των 319.196,88€ ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) που αποτελεί την εκτιμώμενη αξία των των Τμημάτων 1 (164.547,22€), 2 (22.888,15€), 3 (19.176,56€), 4 (45.776,30€), 6 (21.650,95€), 9 (16.702,16€), 10 (9.897,58€) και 12 (18.557,96€) της σύμβασης, σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή το νόμιμο παράβολο ανέρχεται σε 1.595,98€ ευρώ. Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο, κατά το υπερβάλλον μέρος του (4 ευρώ) πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα, ανεξάρτητα από την έκβαση της προσφυγής του.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη, προκήρυξε δημόσιο διεθνή ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 371.777,75€ Ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό

Αριθμός απόφασης: 37/2024

Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 27.07.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 12 Τμήματα, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα Τμήματα. Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 16.11.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 6.11.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 22.11.2023, ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή την 20.11.2023, την παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή για τα Τμήματα 2, 4 και 6 του διαγωνισμού και έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος για τα Τμήματα 4 και 6 του διαγωνισμού.

5. Επειδή, ο δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 28.11.2023, ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή την 20.11.2023, την παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή για τα Τμήματα 1, 2, 6 και 9 του διαγωνισμού και έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού.

6. Επειδή, ο προσφεύγων στις 5.12.2023, ήτοι εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την

Αριθμός απόφασης: 37/2024

τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής του κοινοποιήθηκαν την 1.12.2023, υπέβαλε υπόμνημα, επί των απόψεων και των παρεμβάσεων το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

7. Επειδή, ο δεύτερος παρεμβαίνων στις 8.12.2023, ήτοι εκπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής του κοινοποιήθηκαν την 1.12.2023, υπέβαλε υπόμνημα, επί του υπομνήματος του προσφεύγοντος το οποίο δεν λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο και για το πρόσθετο λόγο ότι δεν προβλέπεται η κατάθεση σχετικού υπομνήματος στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού.

8. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος εννέα οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων για τα Τμήματα 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10 και 12, ο πρώτος παρεμβαίνων για τα Τμήματα 2, 4 και 6 και ο δεύτερος παρεμβαίνων για τα Τμήματα 1, 2, 6 και 9. Με τη με αριθμ. πρωτ. 85086/26.09.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής αφενός μεν κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των παρεμβαινόντων και έτερου ενός συμμετέχοντος και ανακηρύχθηκαν ο πρώτος παρεμβαίνων προσωρινός ανάδοχος για τα Τμήματα 4 και 6 του διαγωνισμού και ο δεύτερος παρεμβαίνων για τα Τμήματα 1 και 9 του διαγωνισμού και αφετέρου απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος για τα Τμήματα 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10 και 12 του διαγωνισμού με την αιτιολογία ότι «...δεν τηρήθηκε ο όρος υπολογισμού εργοδοτικών εισφορών σε ποσοστό τουλάχιστον 22,29%». Μετά δε τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης των προσωρινών αναδόχων, με την προσβαλλόμενη απόφαση ανακηρύχθηκαν οριστικοί ανάδοχοι ο μεν πρώτος παρεμβαίνων για τα Τμήματα 4 και 6 του διαγωνισμού, ο δε δεύτερος παρεμβαίνων για τα Τμήματα 1 και 9 του διαγωνισμού.

7. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, κατά το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του για τα Τμήματα 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10 και 12 του

Αριθμός απόφασης: 37/2024

διαγωνισμού. Σε περίπτωση δε που με απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΕΑΔΗΣΥ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής των άλλων συμμετεχόντων, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή και άρα, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης των προσφορών των παρεμβαινόντων. Επίσης, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος, μετ' εννόμου συμφέροντος αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές του πρώτου παρεμβαίνοντος για τα Τμήματα 2, 4 και 6 του διαγωνισμού και του δεύτερου παρεμβαίνοντος για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού, ως έχει προσφάτως κριθεί (βλ. απόφαση της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik) και για λόγους που δεν σχετίζονται με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείστηκε η δική του προσφορά (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 C-771/19, NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.).

8. Επειδή, το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" ορίζει ότι: «... 2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'...»

9. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως : [...] ιζ) τους απαράβατους

Αριθμός απόφασης: 37/2024

όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

10. Επειδή, το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «...Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να μην αναθέσουν τη σύμβαση στον προσφέροντα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά όταν έχουν διαπιστώσει ότι η προσφορά δεν τηρεί τις ισχύουσες υποχρεώσεις, όπως αυτές προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18.[...]».

11. Επειδή, το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « ...1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. [...] 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, [...] 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του

Αριθμός απόφασης: 37/2024

άρθρου 18. [...]». Επειδή, ως έχει κριθεί νομολογιακά (βλ. ΔΕφΘεσ/κης 154/2023), κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εκτιμήσει αν οι υποβληθείσες στην διαγωνιστική διαδικασία οικονομικές προσφορές είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Η ενεργοποίηση του μηχανισμού του άρθρου 88, ήτοι η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ελέγχει τη σοβαρότητα ορισμένης προσφοράς, εξαρτάται από την προηγούμενη ύπαρξη αμφιβολιών όσον αφορά στην αξιοπιστία και στην φερεγγυότητα της προσφοράς, δοθέντος ότι η Οδηγία 2014/24/ΕΕ δεν καθορίζει μέθοδο υπολογισμού των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ούτε έχει εκδοθεί κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 88 παρ. 6 του ν. 4412/2016 εγκύκλιος του αρμόδιου Υπουργού για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μιας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής. Συνεπώς, μόνον εφόσον προκύπτουν τέτοιες αμφιβολίες οφείλει η αρμόδια επιτροπή αξιολογήσεως να ζητήσει τις προσήκουσες διευκρινίσεις ως προς τη σύνθεση της προσφοράς, προτού, ενδεχομένως, την απορρίψει. Αντιθέτως, στην περίπτωση που μια προσφορά δεν φαίνεται υπερβολικά χαμηλή, το εν λόγω άρθρο δεν εφαρμόζεται. Περαιτέρω, σύμφωνα με το καθιερούμενο από το εν λόγω άρθρο 88 σύστημα εντοπισμού και ελέγχου των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε μία εκ πρώτης όψεως (prima facie) εκτίμηση του κατά πόσον οι προσφορές είναι - «φαίνονται» κατά τη διατύπωση της παρ. 1 του αυτού άρθρου (και της αντίστοιχης παρ. 1 του άρθρου 69 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ)- ασυνήθιστα χαμηλές. Ως εκ τούτου, η έκταση της υποχρέωσης για αιτιολόγηση, την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση που εκτιμά ότι η οικονομική προσφορά δεν φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, είναι περιορισμένη και, εντεύθεν, δεν υποχρεούται να προβεί σε διεξοδική ανάλυση της σύνθεσης κάθε προσφοράς, προκειμένου να διαπιστώσει ότι αυτή δεν αποτελεί ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, εν πρώτοις, να εξετάσει αν οι υποβληθείσες προσφορές περιέχουν ένδειξη, ικανή να δημιουργήσει την υποψία ότι ενδέχεται να είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Εάν οι υποβληθείσες προσφορές δεν περιέχουν τέτοια ένδειξη και, συνεπώς, δεν φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συνεχίσει την

Αριθμός απόφασης: 37/2024

διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή διαθέτει, κατ' αρχήν, ευρεία διακριτική ευχέρεια, κατ' εκτίμηση, ιδίως, της απόκλισης της οικονομικής προσφοράς κάθε διαγωνιζομένου από την προϋπολογισθείσα δαπάνη του έργου, αλλά και σε συνδυασμό με τις λοιπές υποβληθείσες οικονομικές προσφορές, να χαρακτηρίσει συγκεκριμένη οικονομική προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή, υποχρεούμενη, όμως, στην περίπτωση αυτή να καλέσει τον διαγωνιζόμενο, του οποίου την οικονομική προσφορά κρίνει ως ασυνήθιστα χαμηλή, προς παροχή των αναγκαίων διευκρινίσεων ως προς τη σύνθεση της προσφοράς του. Η άσκηση δε της διακριτικής αυτής ευχέρειας υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της. Εξάλλου, σε περίπτωση κατά την οποία διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, γεννάται αντίστοιχη υποχρέωση της αναθέτουσας Αρχής να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιαστών ισχυρισμών. Η απάντηση αυτή πρέπει να είναι νομίμως αιτιολογημένη, η δε νομιμότητα και επάρκεια της σχετικής αιτιολογίας αποτελεί αντικείμενο ελέγχου από την ΕΑΔΗΣΥ, εφόσον ασκηθεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον αυτής, και εν τέλει από το αρμόδιο δικαστήριο (ΣΤΕ 726/2022). Ωστόσο, οι διαγωνιζόμενοι δεν εμποδίζονται να προβάλουν το πρώτον ισχυρισμούς περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών έτερων προσφερόντων, με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, προς την οποία, άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 περ.β' του ν. 4412/2016, να υποβάλει απόψεις, με τις οποίες έχει τη δυνατότητα να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία, στην περίπτωση αυτή, μπορεί να αναφέρεται ιδίως στις αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών έτερων προσφερόντων. Στην περίπτωση αυτή, εφόσον διαπιστωθεί από την ΕΑΔΗΣΥ, κατά την εξέταση προβαλλόμενων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ότι ένας προσφέρων υπολόγισε κονδύλια για την εκτέλεση της σύμβασης, το ύψος των οποίων κρίνεται ανεπαρκές, ο αποκλεισμός του διαγωνιζομένου από τη διαδικασία

Αριθμός απόφασης: 37/2024

ανάθεσης αποτελεί αποκλειστική αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, αφού αυτή κρίνει αιτιολογημένα ότι τα στοιχεία που παρείχε ο διαγωνιζόμενος δεν εξηγούν ικανοποιητικά την προσφερόμενη τιμή και ότι αυτή δεν επαρκεί για την υλοποίηση της συγκεκριμένης σύμβασης, της ΕΑΔΗΣΥ μη δυναμένης να υποκαταστήσει την αναθέτουσα Αρχή ως προς την άσκηση της συγκεκριμένης αρμοδιότητας (ΔΕΦΑΘ. 57/2023).

12. Επειδή, το άρθρο 92 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «...5. *Ειδικά κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης και ανεξάρτητα από το είδος της διαδικασίας που επιλέγεται από την αναθέτουσα αρχή: α) η αναθέτουσα αρχή, ζητά από τους οικονομικούς φορείς να αναφέρουν υποχρεωτικά στα έγγραφα της σύμβασης, στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τις πληροφορίες/στοιχεία των σημείων α΄ έως στ΄ της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 και β) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, στην προσφορά τους να περιλαμβάνουν τις πληροφορίες/στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010.[...]*». Το δε άρθρο 68 του ν. 3863/2010, ως ισχύει, ορίζει ότι : «1. *Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο, β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας, γ) Τη 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) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων....Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς*

Αριθμός απόφασης: 37/2024

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.». Ως δε έχει κριθεί, στους διαγωνισμούς για την παροχή υπηρεσιών «...», πρέπει να υπολογίζεται στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων, πέραν των λοιπών, και ένα εύλογο ποσοστό εργολαβικού κέρδους, ώστε να μην τίθεται σε κίνδυνο η εκτέλεση της σχετικής σύμβασης. Ενόψει δε του ότι το ποσοστό αυτό δεν είναι εκ των προτέρων καθορισμένο, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει εάν, υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες της διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, ενόψει και των παρεχομένων από τον διαγωνιζόμενο επί του θέματος διευκρινίσεων σχετικά με το τρόπο οργάνωσης της επιχείρησης του ή άλλων, ενδεχομένως, παραγόντων δικαιολογείται το προσφερόμενο από αυτόν ποσό (πρβλ ΣτΕ 832/2021, ΕΑ ΣτΕ 108/2014, 328/2013, 198/2013, 187/2013). Σε περίπτωση δε κατά την οποία το αναφερόμενο στην οικονομική προσφορά του διαγωνιζομένου εργολαβικό κέρδος δεν κρίνεται εύλογο, η προσφορά απορρίπτεται, εκτός εάν ο διαγωνιζόμενος, επικαλεσθεί και αποδείξει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ότι συντρέχουν στο πρόσωπό του εξαιρετικές περιστάσεις, οι οποίες καθιστούν δυνατή την υποβολή προσφοράς με το υπολογισθέν ποσό (Ε.Α. ΣτΕ 220/2017). Εξάλλου, όταν το αναφερόμενο εργολαβικό κέρδος παρίσταται, κατά κοινή πείρα, ιδιαίτερος χαμηλό, είναι, αντιστοίχως, περισσότερο έντονη η απαίτηση για ειδική αιτιολόγηση του σχετικού ποσού με την επίκληση εξαιρετικών συνθηκών στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 220/2017, ΣτΕ 3439/2014).

13. Επειδή, στην παράγραφο 2 του άρθρου 2 του αν. ν. 1846 της 14/21 Ιουνίου 1951 «Περί Κοινωνικών Ασφαλίσεων» (Φ.Ε.Κ. Α' 179) ορίζεται ότι: «*Τα περί των αι διατάξεις της προηγουμένης παραγράφου πρόσωπα συνεχίζουν την υπαγωγή των εις την ασφάλισιν του παρόντος και διαρκούντος του χρόνου, καθ' ον δικαιωματικώς ή εκ λόγων ανεξαρτήτων της θελήσεως των, δεν προσφέρουν εξηρημένην εργασίαν πλην όμως τυγχάνουν εν όλω ή εν μέρει των Αποδοχών των παρά του εργοδότη (άδειαι, στράτευσις) ...*», ενώ σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 8 του ίδιου

Αριθμός απόφασης: 37/2024

νόμου: «*Ημέραι εργασίας: Τας ημέρας καθ' ας οι ησφαλισμένοι από της υπαγωγής των εις την ασφάλισιν του Ι.Κ.Α. δικαιούνται αμοιβής εις χρήμα ή εις είδος δι' εργασία παρεχομένην κατά τους ορισμούς των άρθρων 2 του παρόντος ή καθ' ας δικαιούνται αμοιβής κατά την κειμένην Νομοθεσίαν άνευ πραγματικής παροχής των υπηρεσιών των (στράτευσις, άδειαι) ...*». Κατά την έννοια των ανωτέρω ρυθμίσεων, οι προπαρατεθείσες διατάξεις, περί υπαγωγής στην ασφάλιση, εφαρμόζονται και κατά το χρόνο που οι μισθωτοί δεν προσφέρουν, διαρκούσης της σχέσης εργασίας τους, δικαιωματικώς ή ανεξαρτήτως της θέλησής τους εξαρτημένη εργασία, όχι, όμως, και όταν η σχέση εργασίας έχει λυθεί (Βλ. ΔΕφΑΘ 1675/2023, Πολ.Πρωτ.Τρικάλων 85/1999).

14. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «... 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών [...]ο υποφάκελος «Οικονομική Προσφορά» θα περιλαμβάνει: 1. την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του προσφέροντα, όπως αυτή εξάγεται από το σύστημα, ψηφιακά υπογεγραμμένη, και 2. την οικονομική του προσφορά του προσφέροντα, σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα V της παρούσας Διακήρυξης, σε μορφότυπο .pdf, επίσης ψηφιακά υπογεγραμμένη.[...] Στοιχεία άρθρου 68 του ν. 3863/2010, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει: Οι προσφέροντες υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ακόλουθα στοιχεία, τα οποία αποτυπώνονται στο σχετικό Υπόδειγμα του Παραρτήματος V της παρούσας Διακήρυξης, σύμφωνα με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (Α' 88) όπως αυτό αντικατέστησε το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 (Α' 115) «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών», όπως ισχύει: i. Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθεί στο έργο (σύμβαση). ii. Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. iii. Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. iv. Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των ν. εργαζομένων. vi. Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. vii. Τα τετραγωνικά μέτρα «...» ανά άτομο.

Αριθμός απόφασης: 37/2024

Επιπλέον του εργατικού κόστους θα πρέπει να συνυπολογίζεται ένα εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους (και όχι μηδενικό) παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων.[...] 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 αποκλίνει από απαραίτους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους [...] 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών [...]) ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς (συμπληρώνεται ένα [1] αντίγραφο ανά Τμήμα για το οποίο θα υποβληθεί προσφορά) ΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ (για 24 μήνες παροχής υπηρεσιών «...») ΑΝΑΛΥΤΙΚΟΣ ΠΙΝΑΚΑΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ (συμπληρώνονται τα πεδία που αφορούν το Τμήμα για το οποίο υποβάλλεται προσφορά [...] 1 Υπολογισμός για πενήντα δύο (52) εβδομάδες απασχόλησης ανά έτος. 2 Υπολογίστηκε το κατώτατο ωρομίσθιο εργατοτεχνιτών (άνευ τριετιών, επιδομάτων γάμου και τέκνων και λοιπών προσαυξήσεων), όπως αυτό προσδιορίστηκε με την υπ' αριθμ. Πρωτ. 31986/28.03.2023 (Β' 2003) Υπουργική Απόφαση σε 5,23€/ώρα μεικτά. Δεν δύναται να συμπληρωθεί χαμηλότερο ωρομίσθιο από το προαναφερόμενο. Τα φυσικά πρόσωπα, που αυτοαπασχολούνται και δε διαθέτουν εργαζόμενους οφείλουν, να υπολογίσουν το ωρομίσθιο εργασίας με την ελάχιστη προβλεπόμενο από το νόμο αμοιβή, ήτοι 5,23€/ώρα μεικτά. 3 Το ύψος των εργοδοτικών εισφορών υπολογίστηκε 22,29%, και σε καμία περίπτωση δεν μπορεί στην προσφορά να αναγράφεται μικρότερο ποσοστό εργοδοτικών εισφορών. Τα φυσικά πρόσωπα, που αυτοαπασχολούνται και δε διαθέτουν εργαζόμενους, οφείλουν να υπολογίσουν τις ασφαλιστικές εισφορές σε 22,29%, κατ'ελάχιστον. 4 Οι κρατήσεις υπολογίζονται επί της συνολικής αξίας χωρίς Φ.Π.Α.. 5 Στο διοικητικό κόστος περιλαμβάνεται και κάθε τακτική ή έκτακτη δαπάνη που έχει χαρακτήρα εφάπαξ καταβολής και δεν επιβαρύνει ποσοστιαία την εργατική αμοιβή...». Κατά δε τα παγίως γενόμενα δεκτά από

Αριθμός απόφασης: 37/2024

τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν, όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

15. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του για τα Τμήματα 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10 και 12 του διαγωνισμού με την αιτιολογία ότι δεν υπολόγισε ανά τμήμα τις ασφαλιστικές εισφορές με τον ορθό συντελεστή 22,29%. Και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένως θεώρησε ότι εφάρμοσε συντελεστή 22,18%, καθώς προέβη σε διαίρεση του ποσού των ασφαλιστικών εισφορών με το συνολικό εργατικό κόστος αλλά αγνόησε ότι το ποσό που αντιστοιχεί στην αποζημίωση μη ληφθείσας αδειάς του αντικαταστάτη δεν υπόκειται σε ασφαλιστικές εισφορές βάσει της ισχύουσας ασφαλιστικής νομοθεσίας, ως ήδη είχε δηλώσει ο προσφεύγων στην οικονομική του προσφορά.

16. Επειδή, στον όρο 2.4.4 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η οικονομική προσφορά θα πρέπει να συνταχθεί με το υπόδειγμα του Παραρτήματος V της διακήρυξης, στο εν λόγω δε Παράρτημα παρατίθεται πίνακας ανάλυσης της οικονομικής προσφοράς, ο οποίος θα πρέπει να υποβληθεί για κάθε τμήμα που συμμετέχει ο διαγωνιζόμενος, με την επισήμανση ότι το ύψος των εργοδοτικών εισφορών δεν δύναται να υπολογιστεί σε ποσοστό μικρότερο από 22,29%. Επομένως, σύμφωνα με τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης, συντρέχει λόγος αποκλεισμού σε περίπτωση που η οικονομική προσφορά δεν συνταχθεί κατά τις απαιτήσεις του όρου 2.4.4 και του Παραρτήματος V της διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: 37/2024

17. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο προσφεύγων που υπέβαλε προσφορά για τα Τμήματα 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10 και 12 του διαγωνισμού προσκόμισε αντίστοιχους οικονομικούς πίνακες για έκαστο Τμήμα, συνταχθέντες κατά το υπόδειγμα του Παραρτήματος V της διακήρυξης καθώς και αρχείο υπό τίτλο «ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΙΣ ΕΠΙ ΤΩΝ ΕΡΓΑΤΙΚΩΝ», στο οποίο ρητώς δηλώνει ότι «...α) Η αποζημίωση αδείας αντικαταστάτη δεν υπόκειται σε εργοδοτικές εισφορές, και β) Το ύψος των εργοδοτικών εισφορών των απασχολούμενων κάτω από 30 ώρες εβδομαδιαίως ανέρχεται σε ποσοστό 22,29%». Δοθέντος όμως ότι, ουδόλως απαγορεύεται από τη διακήρυξη η πρόσληψη προσωπικού με σύμβαση εργασίας ορισμένου χρόνου για το χρονικό διάστημα αντικατάστασης του τακτικού προσωπικού, και εφόσον, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 13, η καταβαλλόμενη, σε περίπτωση λύσης της εργασιακής σχέσης αποζημίωση, λόγω μη χορήγησης της κανονικής άδειας των μισθωτών δεν υπόκειται σε ασφαλιστικές εισφορές (βλ. ΔΕφΑθ 596/2023), ορθώς και νομίμως ο προσφεύγων υπολόγισε εργοδοτικές εισφορές σε ποσοστό 22,29%, ως απαιτεί η διακήρυξη, στο εργατικό κόστος που προκύπτει αν αφαιρεθεί το κόστος της μη ληφθείσας αδείας του αντικαταστάτη. Αβασίμως η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι ο προσφεύγων έχε υπολογίσει ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών εργοδότη 22,18%, διότι προβαίνει σε υπολογισμούς, ερειδόμενους μόνον στα συνολικά ποσά των νόμιμων αποδοχών και εργοδοτικών εισφορών που έχει δηλώσει ο προσφεύγων για έκαστο Τμήμα, μη λαμβάνοντας ωστόσο υπόψιν της την ρητή μνεία στην προσφορά του προσφεύγοντος ότι το ποσό που αντιστοιχεί στην μη ληφθείσα αδεία του αντικαταστάτη δεν υπόκειται σε ασφαλιστικές εισφορές βάσει της ισχύουσας ασφαλιστικής νομοθεσίας. Ενόψει των ανωτέρω αλλά και της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή επικαλείται αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ ,περί παράβασης όρου διακήρυξης αλλά και διότι, ουδόλως οι επικαλούμενες αποφάσεις σχετίζονται με το συγκεκριμένο υπό κρίση ζήτημα. Όσον αφορά δε τις αιτιάσεις του δευτέρου παρεμβαίνοντος ότι ο προσφεύγων υπολογίζει εσφαλμένως το ωρομίσθιο με αποτέλεσμα το εκ μέρους του δηλωθέν εργατικό κόστος να υπολείπεται του νομίμου , θα πρέπει να απορριφθούν ως

Αριθμός απόφασης: 37/2024

απαράδεκτες. Και τούτο διότι, εφόσον η παρέμβαση ασκείται, κατά τις ισχύουσες διατάξεις, μόνο υπέρ του κύριου της προσβαλλόμενης, ο δεύτερος παρεμβαίνων ηδύνατο νομίμως να ασκήσει προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας παραδεκτώς τους ως άνω ισχυρισμούς του, περί απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος για έτερους, επιπρόσθετους λόγους από τους αναφερόμενους στην προσβαλλόμενη, που όμως εν προκειμένω δεν άσκησε. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, μη νομίμως και εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος για τα Τμήματα 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10 και 12 του διαγωνισμού και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

18. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος για τα Τμήματα 2, 4 και 6 του διαγωνισμού διότι έχει υπολογίσει εργατικό κόστος μικρότερο από το νόμιμο, όσον αφορά το ποσό που αντιστοιχεί στην άδεια αντικαταστάτη για έκαστο Τμήμα. Και τούτο διότι, αφενός δεν συμπεριλαμβάνει την αποζημίωση μη ληφθείσας αδείας του αντικαταστάτη και αφετέρου το επίδομα αδείας υπολείπεται, εφόσον κάθε εργαζόμενος πλήρους απασχόλησης δικαιούται για κάθε μήνα απασχόλησης του δυο ημερομίσθια ως επίδομα αδείας και οι πραγματικές 20 ημέρες που θα εργαστούν οι αντικαταστάτες αντιστοιχούν ημερολογιακά σε ένα μήνα απασχόλησης με αποτέλεσμα να δικαιούνται επίδομα αδείας ίσο με δύο ημερομίσθια.

19. Επειδή, οι διαγωνιζόμενοι δεν εμποδίζονται να συντάσσουν την οικονομική προσφορά τους βάσει επιχειρηματικών επιλογών και παραδοχών τους, που δεν παραβιάζουν και δη, σαφώς την κείμενη νομοθεσία, όπως και να υπολογίζουν, κατά το άρθρο 68 Ν. 3863/2010, το κόστος απασχόλησης και ασφάλισης των εργαζομένων τους, υπό ευνοϊκές για αυτούς παραδοχές, χωρίς όμως να προσκρούουν σε διάταξη της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Ειδικότερα, κατά την ισχύουσα νομοθεσία, ως προς τον τρόπο χορήγησης του επιδόματος αδείας, εργαζόμενος ο οποίος απασχολείται για χρονικό διάστημα ενός μηνός δικαιούται επίδομα αδείας, σε ετήσια βάση, ίσο με τις αποδοχές δύο ημερών και μέχρι της συμπλήρωσης κατ' ανώτατο όριο

Αριθμός απόφασης: 37/2024

των αποδοχών 13 ημερομισθίων και με τον ίδιο τρόπο πρέπει να υπολογιστεί και το κόστος του αντικαταστάτη του (βλ. ΔΕΦΑΘ 678/2023).

20. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο πρώτος παρεμβαίνων υπέβαλε με την οικονομική του προσφορά για έκαστο από τα Τμήματα 2, 4 και 6 του διαγωνισμού που συμμετέχει, ανάλυση του εργατικού κόστους, στην οποία, ως προς το πεδίο που αφορά την άδεια αντικαταστάτη, τα δηλωθέντα ποσά δεν περιλαμβάνουν αποζημίωση αδειάς, ως συνομολογεί ο πρώτος παρεμβαίνων, ο οποίος υποστηρίζει ότι συνέταξε την οικονομική του προσφορά υπό την παραδοχή ότι οι δικαιούμενες μέρες αδειάς θα δοθούν κανονικά στους αντικαταστάτες. Ακόμη όμως και υπό αυτήν την προϋπόθεση, ο πρώτος παρεμβαίνων όφειλε να υπολογίσει το κόστος των ατόμων που θα αντικαταστήσουν τους αντικαταστάτες, το οποίο όμως δεν έχει υπολογίσει διότι, ως αναφέρει το πρώτον με την παρέμβασή του, ο ίδιος, ως φυσικό πρόσωπο, θα καλύψει τους αντικαταστάτες κατά τις ημέρες της αδειάς τους. Ωστόσο, η εν λόγω δήλωση του πρώτου παρεμβαίνοντος δεν δύναται να ληφθεί υπόψιν, καθώς δεν έχει συμπεριληφθεί ρητώς στην προσφορά του, με αποτέλεσμα ο πρώτος παρεμβαίνων να προβαίνει με την παρέμβαση σε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της οικονομικής του προσφοράς, προκειμένου να καλύψει εργατικό κόστος που δεν έχει αρχικώς υπολογίσει, ως όφειλε. Σε κάθε δε περίπτωση, σύμφωνα με το Παράρτημα V της διακήρυξης, τα φυσικά πρόσωπα, που αυτοαπασχολούνται οφείλουν να υπολογίσουν το ωρομίσθιο εργασίας με την ελάχιστη προβλεπόμενη από το νόμο αμοιβή, ήτοι 5,23€/ώρα μεικτά και τις ασφαλιστικές εισφορές σε 22,29%, κατ'ελάχιστον, εντούτοις, εν προκειμένω, δεν προκύπτει ότι ο πρώτος παρεμβαίνων έχει πράγματι υπολογίσει το ασφαλιστικό κόστος που αντιστοιχεί στην το πρώτον επικαλούμενη με την παρέμβαση απασχόλησή του. Εξάλλου, ως προς το επίδομα αδειάς, ο πρώτος παρεμβαίνων χρησιμοποιεί το ωρομίσθιο 5,23€, το οποίο πολλαπλασιάζει με τις ώρες εργασίας, αλλά με εσφαλμένη αναλογία ημερών, ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων στο υπόμνημά του. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να απορρίψει την προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος για τα Τμήματα 2, 4 και 6 του

Αριθμός απόφασης: 37/2024

διαγωνισμού διότι υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου εργατικού κόστους ως προς την άδεια αντικαταστάτη και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

21. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του δεύτερου παρεμβαίνοντος για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού διότι το δηλωθέν διοικητικό κόστος και κόστος αναλώσιμων δεν επαρκεί για την κάλυψη βασικών και πάγιων εξόδων της υπό ανάθεση σύμβασης. Επίσης, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο δεύτερος παρεμβαίνων έχει δηλώσει για τα δύο έτη συνολικά ως εργολαβικό κέρδος το ποσό των 48,00€ που αντιστοιχεί σε ποσοστό 0,0003876% επί της προσφερόμενης τιμής, ήτοι, 2€ ανά μήνα, το οποίο όχι μόνο δεν είναι εύλογο αλλά είναι ουσιαστικά μηδενικό, κατά παράβαση του άρθρου 68 του 3863/2010 και της διακήρυξης, περί συνυπολογισμού κέρδους, όχι ασήμαντου και εξομοιούμενου με μηδέν, αποσκοπώντας στη μη ζημιογόνο ανάθεση της σύμβασης και στην προστασία των δικαιωμάτων των εργαζομένων.

22. Επειδή, ως ρητώς προβλέπεται στον όρο 2.4.4 της διακήρυξης και δοθέντος ότι ο υπό κρίση διαγωνισμός αφορά ειδικά δημόσια σύμβαση σχετική με υπηρεσίες «...», έκαστος διαγωνιζόμενος υποχρεούται, δυνάμει του άρθρου 68 παρ. 1 ν. 3863/2010, να αναφέρει στην προσφορά του ένα εύλογο και άρα όχι ιδιαίτερος χαμηλό ποσοστό εργολαβικού κέρδους, προκειμένου να διασφαλιστεί η ομαλή εκτέλεση της σύμβασης και η τήρηση των εργοδοτικών του υποχρεώσεων. Περαιτέρω, σύμφωνα με το ίδιο όρο και το Παράρτημα V της διακήρυξης, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να δηλώσουν στην οικονομική τους προσφορά τις μέρες και ώρες απασχόλησης των εργαζομένων τους, ενώ ουδόλως ορίζεται ρητώς στη διακήρυξη ότι πρέπει να απασχολούνται διαφορετικά άτομα σε έκαστο «...». Επισημαίνεται ότι στο υπόδειγμα της οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος V της διακήρυξης περιλαμβάνεται πεδίο για το διοικητικό κόστος και δεν έχει τεθεί διακριτό πεδίο για την εισφορά υπέρ ΕΛΠΚ και άρα, είναι επιτρεπτή η συμπερίληψη του επίμαχου κονδυλίου στο πεδίο του διοικητικού κόστους (βλ. ΔΕφΘεσ/κης Ν8/2019).

Αριθμός απόφασης: 37/2024

23. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο δεύτερος παρεμβαίνων δήλωσε για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού ως προς το διοικητικό κόστος το ποσό των 480€ το οποίο προδήλως καλύπτει, τις εισφορές υπέρ Ε.Λ.Π.Κ. έξι ατόμων (6Χ20€Χ2έτη) καθώς και τις νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, γεγονός που δεν αμφισβητεί ο προσφεύγων. Οι δε αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί μη κάλυψης από το δεύτερο παρεμβαίνοντα του διοικητικού κόστους της σύμβασης θα πρέπει να απορριφθούν, καταρχάς, ως αόριστες και αναπόδεικτες, καθώς ουδέν τεκμηριωτικό στοιχείο προσκομίζει προς υποστήριξη της ορθότητας των υπολογισμών του. Ειδικότερα, ο πρώτος προσφεύγων δεν αποδεικνύει ότι αφενός μεν για τον ιατρό εργασίας και τον τεχνικό ασφαλείας το κόστος με βάση τις τιμές της αγοράς αντιστοιχεί πράγματι στα 33,00€/ώρα και 10,00€/ώρα αντιστοίχως, πολλώ μάλλον δοθέντος ότι το κόστος τους, που συνιστά την αμοιβή ενός ελεύθερου επαγγελματία, καθορίζεται ελεύθερα στο πλαίσιο της ελεύθερης αγοράς και του τρόπου άσκησης και οργάνωσης της επιχειρηματικής δραστηριότητας του εκάστοτε συμμετέχοντος (βλ. *ad hoc* ΔΕφΑΘ 2278/2022), αφετέρου ότι τα έξοδα έκδοσης και διατήρησης των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής και καλής εκτέλεσης θα ανέλθουν σε 132,70€ και 360,00€ αντιστοίχως, το δε γεγονός ότι ο δεύτερος παρεμβαίνων έχει εκδώσει την εγγυητική επιστολή συμμετοχής από την EUROBANK ουδόλως τον δεσμεύει να εκδώσει την εγγυητική επιστολή εκτέλεσης από την ίδια τράπεζα. Σημειωτέον δε ότι η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης και εφόσον δεν είναι δυνατό να συντρέχουν και οι δύο εγγυήσεις δεν απαιτείται να υπολογίσει ο διαγωνιζόμενος διπλό κόστος για τις εγγυητικές επιστολές, ενώ ούτε από τη διακήρυξη προκύπτει ότι το κόστος της έκδοσης και διατήρησης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής πρέπει να περιληφθεί στο κονδύλιο του διοικητικού κόστους. (βλ. ΔΕφΘεσ/κης 91/2023). Ομοίως, αορίστως ο προσφεύγων αναφέρεται σε επιπλέον κόστη, ΜΑΠ, λειτουργικά έξοδα, έξοδα γραφείου, μηχανημάτων, εξοπλισμού, χωρίς να προβαίνει σε συγκεκριμένα και τεκμηριωμένα χρηματικά απούπωση του κόστους έκαστου εκ των αναφερόμενων κονδυλίων, το δε γεγονός ότι ο δεύτερος παρεμβαίνων έχει δηλώσει το ποσό των 280€ ως κόστος

Αριθμός απόφασης: 37/2024

αναλώσιμων δεν αρκεί άνευ ετέρου για να θεωρηθεί η προσφορά του ασυνήθιστα χαμηλή, πολλώ μάλλον καθώς αφενός μεν ο προσφεύγων ουδέν ειδικότερο προβάλλει παρά μόνο τη γενική αιτίαση ότι το μηνιαίο δηλωθέν ποσό δεν επαρκεί για τις πραγματικές ανάγκες επτά «...», αφετέρου η διακήρυξη δεν περιλαμβάνει συγκεκριμένες απαιτήσεις ως προς τις ελάχιστες ποσότητες αναλωσίμων. Ως εκ τούτου, ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει ότι η προσφορά του δευτέρου παρεμβαίνοντος εμφανίζεται ως προς το διοικητικό κόστος και το κόστος αναλώσιμων ασυνήθιστα χαμηλή, ώστε να συντρέχει υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής λόγω αποδοχής της, άνευ ενεργοποίησης της διαδικασίας του άρθρου 88 του ν. 4412/2016. Εντούτοις, το δηλωθέν από το δεύτερο παρεμβαίνοντα ποσό εργολαβικού κέρδους που ανέρχεται συνολικώς σε 48€ για δυο έτη, ήτοι 2€ ανά μήνα, που αντιστοιχεί σε ποσοστό 0,0003876% επί της προσφερόμενης τιμής, εμφανίζεται ιδιαίτερος χαμηλό και μη εύλογο, από δε τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν προκύπτει ότι εξέτασε πράγματι εάν, υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες του υπό κρίση διαγωνισμού δικαιολογείται το προσφερόμενο από το δεύτερο παρεμβαίνοντα ποσό εργολαβικού κέρδους. Και τούτο διότι ουδέν αναφέρει επί του ζητήματος, με αποτέλεσμα, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 12, η αναθέτουσα αρχή καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας αποδέχτηκε την προσφορά του δευτέρου παρεμβαίνοντος ως προς το δηλωθέν εκ μέρους του εργολαβικού κέρδους άνευ ενεργοποίησης της διαδικασίας του άρθρου 88 του ν. 4412/2016. Πέραν των ανωτέρω, ο δεύτερος παρεμβαίνων έχει συντάξει την οικονομική του προσφορά κατά το υπόδειγμα του Παραρτήματος V της διακήρυξης και έχει δηλώσει τις μέρες και ώρες απασχόλησης των εργαζομένων του, το οποίο δεν αμφισβητεί ο προσφεύγων και άρα ουδεμία έλλειψη παρουσιάζει η προσφορά του δευτέρου παρεμβαίνοντος ως προς τη δήλωση των απαιτούμενων κατά το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 στοιχείων. Δεδομένου δε ότι, δεν αποκλείεται ρητώς από τη διακήρυξη η δυνατότητα ένα άτομο να απασχολείται συγχρόνως την ίδια ημέρα για την «...» περισσότερων «...», αορίστως και αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι η επιλογή από το δεύτερο παρεμβαίνοντα οι ίδιοι εργαζόμενοι να απασχολούνται σε περισσότερα «...»

Αριθμός απόφασης: 37/2024

συνεπάγεται πλήρη απασχόληση και ένταξή τους στον ΚΒΑΕ καθώς δεν τεκμηριώνει ότι από τις δηλωθείσες μέρες και ώρες εργασίας των εργαζομένων του δεύτερου παρεμβαίνοντος καθίσταται πράγματι αδύνατη η διαδοχική παροχή υπηρεσιών «...», ώστε υποχρεωτικώς οι υπηρεσίες να παρέχονται από τους εν λόγω εργαζόμενους μόνον με διακεκομμένο ώραριο. Επομένως, βάσει των ανωτέρω, ο λόγος της προσφυγής ως προς τη μη νόμιμη αποδοχή του δεύτερου παρεμβαίνοντος για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός ως βάσιμος. Ενόψει αυτών, και δοθέντος ότι, κατά τα εκτεθέντα υπό σκεψη 11, η ΕΑΔΗΣΥ δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς τον έλεγχο της επάρκειας του σχετικού κόστους, η υπόθεση πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να καλέσει το δεύτερο παρεμβαίνοντα, κατ' άρθρο 88 του ν. 4412/2016, να προσκομίσει στοιχεία που αιτιολογούν το δηλωθέν εκ μέρους του εργολαβικό κέρδος και, εν συνεχεία, να κρίνει αιτιολογημένα αν τα προσκομισθέντα εξηγούν ικανοποιητικά ή μη την προσφερόμενη τιμή ως προς το εργολαβικό κέρδος καθώς και ότι αυτή επαρκεί ή μη για την ομαλή και άρτια υλοποίηση της συγκεκριμένης σύμβασης.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να απορριφθεί η πρώτη παρέμβαση, να γίνει εν μέρει δεκτή η δεύτερη παρέμβαση, να ακυρωθεί η με αριθμ. πρωτ. 85086/26.09.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που αφορά αφενός μεν την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος για τα Τμήματα 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10 και 12 του διαγωνισμού και αφετέρου την αποδοχή των προσφορών του πρώτου παρεμβαίνοντος για τα Τμήματα 2, 4 και 6 του διαγωνισμού και του δεύτερου παρεμβαίνοντος για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού και την ανακήρυξη του πρώτου παρεμβαίνοντος και του δεύτερου παρεμβαίνοντος ως προσωρινών αναδόχων για τα αντίστοιχα τμήματα. Συνεπεία αυτών πρέπει, να ακυρωθεί και η με αριθμ. πρωτ. 97002/6.11.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που αφορά την ανακήρυξη ως οριστικών αναδόχων του πρώτου παρεμβαίνοντος για τα Τμήματα 4 και 6 και του δεύτερου παρεμβαίνοντος για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού και περαιτέρω, να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα

Αριθμός απόφασης: 37/2024

αρχή προκειμένου να καλέσει τον δεύτερο παρεμβαίνοντα να αιτιολογήσει, κατ' άρθρον 88 του ν. 4412/2016, το εργολαβικό κέρδος για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού. Τέλος, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή

Απορρίπτει την πρώτη παρέμβαση

Δέχεται εν μέρει τη δεύτερη παρέμβαση

Ακυρώνει τη με αριθμ. πρωτ. 97002/6.11.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής στην οποία ενσωματώνεται και η με αριθμ. πρωτ. 85086/26.09.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα οριζόμενα στο σκεπτικό της παρούσας .

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να πράξει τα νόμιμα κατά τα οριζόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 1.600 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Δεκεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 8 Ιανουαρίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**