

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

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

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 28.11.2022 με ΓΑΚ 1692/29.11.2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «....» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 08.12.2022 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμόν .../07-11-2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία ενέκρινε το πρακτικό 1 της επιτροπής διαγωνισμού, την αποδοχή των εξηγήσεων των οικονομικών φορέων «...», «...», «...» και «...», σχετικά με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές τους και όρισε ανάδοχο τον οικονομικό φορέα «...».

Με τις παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού 4.033,00 €.

2. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ ... διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοιχτή διαδικασία κάτω των ορίων του Ν. 4412/2016 για την επιλογή αναδόχου

κατασκευής του έργου με τίτλο «ΔΙΑΓΡΑΜΜΙΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ Π.Ε. ...» με α.α. ΕΣΗΔΗΣ ..., εκτιμώμενης αξίας 806.451,61 Ευρώ (πλέον φ.Π.Α. 24 %). Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή

3. Επειδή, κατά τον έλεγχο δικαιολογητικών συμμετοχής η επιτροπή του διαγωνισμού διαπίστωσε ότι οι προσφορές της προσφεύγουσας, της παρεμβαίνουσας και των ατομικών επιχειρήσεων «...» και «...» ήταν ασυνήθιστα χαμηλές και τους κάλεσε για παροχή διευκρινήσεων. Κατόπιν αυτού, η επιτροπή γνωμοδότησε υπέρ της αποδοχής των εξηγήσεων και των πέντε ως άνω οικονομικών φορέων, επικαλούμενη ότι προσκομίστηκαν συνημμένα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν τη δυνατότητα υλοποίησης και αιτιολογούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται. Κατόπιν των ανωτέρω, και κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 4.1. η της διακήρυξης, η επιτροπή εισηγήθηκε την ανάθεση της σύμβασης του έργου «ΔΙΑΓΡΑΜΜΙΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ Π.Ε. ...», στον μειοδότη του διαγωνισμού, ήτοι στον «...» με συνολικό ποσό δαπάνης του έργου κατά την προσφορά του 265.861,49 € (ποσό χωρίς Φ.Π.Α.) και μέση έκπτωση 67,03 %. Με την υπ' αριθμ. .../...2022 (Απόσπασμα του Πρακτικού αριθ. 44/2022 Συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ...) απόφαση, η οικονομική επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, ομόφωνα ενέκρινε το Α. ΠΡΑΚΤΙΚΟ 1 της επιτροπής διαγωνισμού, Β. την αποδοχή των εξηγήσεων των οικονομικών φορέων «...», «...», «...», «...» και «...» με δ.τ. «...» σχετικά με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές τους, Γ. την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη οικονομικό φορέα «...» με σύνολο δαπάνης έργου κατά την προσφορά του, χωρίς Φ.Π.Α.: 265.861,49 € και με μέση έκπτωση 67,03%.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 18.11.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 28.11.2022, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 29.11.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί

Αριθμός απόφασης:Σ 925/2023

να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../09.12.2022 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 12.12.2022, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 16.12.2022 το με ίδια ημερομηνία 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 στις 29.11.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε εντός της προθεσμίας αυτής, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή 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 προσφυγή απορρίφθηκε στο σύνολό της με την υπ' αριθμ. 139/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Κατά της ως άνω απόφασης η προσφεύγουσα άσκησε αίτηση ακύρωσης ενώπιον του αρμόδιου Δικαστηρίου. Εν συνεχεία, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 44/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής, με την οποία ακυρώθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ και αναπέμφθηκε ώστε να κριθούν οι λόγοι της προσφυγής κατά της παρεμβαίνουσας «...», οι οποίοι λόγοι είχαν απορριφθεί ως αλυσιτελώς

προβαλλόμενοι.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της ως άνω παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί διότι έχει προβεί σε εσφαλμένο και μη νόμιμο υπολογισμό του εργατικού κόστους. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας και συγκεκριμένα της υπ' αριθμόν 38866/21.4.2022 απόφασης του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων (Β* 2030) , ως ημερομίσθιο των δύο (2) εργατοτεχνιτών που θα απασχολήσει όρισε το ποσό των 29,62 ευρώ αντί του ορθού που είναι 31,85 ευρώ.

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω λόγο κατά της παρεμβαίνουσας: Η παρεμβαίνουσα, όπως συνομολογεί τόσο η ίδια όσο και η αναθέτουσα αρχή, υπολόγισε στην οικονομική της προσφορά το ημερομίσθιο του εργατοτεχνίτη με την τιμή των 29,62 ευρώ, πλην όμως το ορθό ποσό, βάσει της υπ' αριθμ. 38866/21.4.2022 απόφασης του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων (Β' 2030), είναι 31,85 ευρώ. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι ο λάθος υπολογισμός του επίμαχου ημερομίσθιου αποτελεί πρόδηλο σφάλμα και προβαίνει σε νέους υπολογισμούς του άμεσου κόστους. Όμως οι εν λόγω ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι διότι σε όλα τα σημεία της οικονομικής προσφοράς αναφέρει το ποσό των 29,62 ευρώ, το οποίο είναι χαμηλότερο από το νόμιμο κατώτατο ημερομισθίο των 31,85 ευρώ. Ως εκ τούτου προκύπτει ότι η οικονομική της προσφορά παραβιάζει τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και δεν μπορεί να γίνει δεκτή από την αναθέτουσα αρχή. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

11. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο κατά της παρεμβαίνουσας ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της τελευταίας πρέπει να απορριφθεί ως ζημιογόνος, διότι σχετικά με την διαγράμμιση οδοστρώματος με ανακλαστική βαφή και ειδικότερα ως προς την κατανάλωση των υλικών υπολογίζει κατανάλωση του ακρυλικού χρώματος σε 600gr / m² ενώ θα έπρεπε να υπολογίσει 800gr/m² και να επιβαρυνθεί με το τελικό ποσό των 37.935,00 ευρώ επιπλέον. Αντίστοιχα για το θερμοπλαστικό χρώμα ο ορθός υπολογισμός για την κατανάλωση του είναι 2.200,00 m² x 1,65 Kgr /m² = 3.630,00 Kgr αντί

των 1.408,00 Kgr που υπολογίζεται στο άμεσο κόστος της παρεμβαίνουσας και προκύπτει ποσοτική διαφορά (3.630,00 -1.408,00) 2.222,00 kgr με επιπλέον κόστος 9.221,30 ευρώ. Επίσης, για 2.222,00m² ψυχοπλαστικού ή θερμοπλαστικού υλικού και με ημερήσια παραγωγικότητα 2.000,00 m² / ημέρα, η παρεμβαίνουσα ορίζει ως απαιτούμενο χρόνο εκτέλεσης των εργασιών μια (1) ημέρα παραλείποντας να αναφερθεί στην εκτέλεση των 222 m² για τα οποία απαιτείται μία επιπλέον ημέρα εργασιών κόστους 665,66 € όπως υπολογίζεται από αυτήν. Τέλος, για την κάθετη σήμανση (πινακίδες) η παρεμβαίνουσα δηλώνει ότι είναι και παραγωγός αλλά δεν αναφέρει κάτι για τα υλικά διαγράμμισης ενώ δεν υποβάλει και καμία προφορά υλικών καθιστώντας την αιτιολόγησή της αναπόδεικτη.

12. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω λόγο κατά της παρεμβαίνουσας: Η προσφεύγουσα στον υπό κρίση λόγο προβαίνει σε υπολογισμούς σχετικά με την κατανάλωση των υλικών για το χρώμα διαγράμμισης που θα ενσωματωθεί στο έργο, η οποία στηρίζεται στο μέσο ειδικό βάρος αυτών. Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, ο υπολογισμός των υλικών βάσει του μέσου ειδικού βάρους αυτών δεν προκύπτει από κανένα σημείο της διακήρυξης ή σχετικής νομοθεσίας. Η έννοια του μέσου όρου μιας τιμής περικλείεται ανάμεσα σε ανώτατα και κατώτατα αποδεκτά όρια (θετική – αρνητική απόκλιση) και σε αυτή τη φάση του έργου δεν ελέγχεται η ποιότητα και τα ειδικά τεχνικά χαρακτηριστικά κάθε υλικού όπως είναι το μέσο ειδικό βάρος. Επομένως, ο υπό κρίση λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως προς τον πρώτο λόγο αυτής.

14. 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 ως προς τον πρώτο λόγο.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που έκανε δεκτή την

Αριθμός απόφασης:Σ 925/2023

προσφορά της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 16 Ιουνίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ