

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη- Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει α) την από 09.12.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1769/12.12.2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής «πρώτη» προσφυγή), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και β) την από 09.12.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1771/12.12.2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής «δεύτερη» προσφυγή), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά του «...», που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και δη κατά της με αρ. «...» διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που αφορά στην παροχή «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια .

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση των προσφυγών, έχουν καταβληθεί τα νόμιμα παράβολα, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ έκαστο (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» για την πρώτη προσφυγή και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» για την δεύτερη προσφυγή και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος «...»), αμφότερες οι προσφυγές ασκήθηκαν εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. γ' του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ' του Π.Δ. 39/2017. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς, διατυπώνει τις απόψεις της, διά του με αριθμ. πρωτ. Φ 604.4/230422/7190 Σ 2854/19.12.2022 εγγράφου της, για τις υπό κρίση προσφυγές, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο, στις 19.12.2022, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η δεύτερη προσφεύγουσα δε, υποβάλλει το υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, με την με την με αριθμό «...» Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα ,από οικονομική άποψη, προσφορά, βάσει της χαμηλότερης τιμής, για την παροχή «...», μέσω σύναψης συμφωνίας -πλαίσιο ,χρονικής διάρκειας τεσσάρων (4) ετών, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 18.055.380,00€ (4.513.845,00€ ανά έτος) συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων άνευ ΦΠΑ, ο οποίος διαγωνισμός αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 18.11.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό «...». Η προϋπολογισθείσα δαπάνη για την παροχή «...», στο πλαίσιο του οποίου ασκούνται αμφότερες οι προσφυγές, είναι συνολικά 3.768.000,00€, ήτοι και για τα 4 έτη διάρκειας της συμφωνίας - πλαίσιο. Καθόσον δε, αμφότερες οι προσφεύγουσες δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης, έχοντας προς τούτο την κατάλληλη εμπειρία, επιθυμούν να συμμετάσχουν στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία και δη για το «...» πλην, εξαιτίας των παράνομων όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης, κατά

τα ιστορούμενα στις προσφυγές τους, εμποδίζονται προς τούτο. Μετ' εννόμου συμφέροντος, συνεπώς, προσβάλλουν αμφότερες οι προσφεύγουσες διά των ασκηθεισών προσφυγών τους, τους όρους που εμποδίζουν τη συμμετοχή τους στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, δοθέντος ότι, οι προσβαλλόμενοι όροι της υπόψη διακήρυξης, τους στερούν μη νόμιμα το δικαίωμα συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, με άμεση βλάβη των οικονομικών τους συμφερόντων, δεδομένου ότι, ως προελέχθη, παρέχουν «...» σε όλη την Ελληνική Επικράτεια και ως εκ τούτου οι τεθέντες όροι της διακηρύξεως, ειδικότερα δε η προσδιορισθείσα εκ της διακηρύξεως προϋπολογισθείσα δαπάνη για το «...» όχι μόνο τις εμποδίζουν να συμμετάσχουν νομίμως στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία, αλλά το καθιστούν αδύνατο.

5. Επειδή, αμφότερες οι προσφεύγουσες παραπονούνται ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη της επίμαχης υπό ανάθεση σύμβασης έχει τεθεί κατά παράβαση της νομοθεσίας, καθόσον η προϋπολογισθείσα δαπάνη της προσβαλλόμενης διακήρυξης, συγκεκριμένα για την παροχή «...», εκτιμώμενου ύψους 942.000,00€ πλέον ΦΠΑ 24% ετησίως, δεν επαρκεί με βάση τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, σχετικά με τον αριθμό και το χρόνο απασχόλησης του απαιτούμενου προσωπικού, αλλά και τις λοιπές δαπάνες που βαρύνουν τον ανάδοχο, όπως τα στοιχεία αυτά προκύπτουν από τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές, ούτως παραβιάζοντας την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, αφού η ως άνω εκτιμώμενη δαπάνη δεν επαρκεί για την κάλυψη του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης και ειδικότερα, την κάλυψη του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους, των νόμιμων κρατήσεων υπέρ τρίτων και δημοσίου, της ειδικής εισφοράς υπέρ Ε.Λ.Π.Κ. εκτέλεσης του έργου και του κόστους αναλωσίμων υλικών που προκύπτουν με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές και λοιπούς όρους της υπόψη διακήρυξης.

6. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη προβλέπονται σχετικά με τα κρίσιμα εν προκειμένω ζητήματα, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Άρθρο 5 Περιεχόμενα Φακέλου «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ 1. Μέσα στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» της προσφοράς περιλαμβάνονται τα στοιχεία της οικονομικής προσφοράς του προσφέροντος, όπως αυτά απαιτούνται από την παρούσα διακήρυξη. Ειδικότερα, η προσφερόμενη τιμή

για το συμβατικό αντικείμενο πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια από την οικονομική προσφορά, η οποία πρέπει να είναι διαμορφωμένη σύμφωνα με όσα αναφέρονται στο άρθρο 15 του Παραρτήματος «Β» της παρούσας. Οι τιμές που συμπεριλαμβάνονται στην οικονομική προσφορά θα είναι οι τιμές με τις οποίες θα αξιολογηθούν βάσει του κριτηρίου ανάθεσης. [...] Στις προσφερόμενες τιμές περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για παράδοση του συμβατικού αντικειμένου στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στην παρούσα διακήρυξη, ενώ δεν πρέπει να συμπεριλαμβάνεται ο Φ.Π.Α. Η προσφερόμενη τιμή για το σύνολο, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., δεν μπορεί να υπερβαίνει το συνολικό ή επιμέρους προϋπολογισθέν ύψος αυτής. [...] 10. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α. δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ, β. δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη του άρθρου 102 του ν.4412/2016 και γ. η τιμή υπερβαίνει την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, όπως αυτή καθορίζεται στην παρούσα, από την Αναθέτουσα Αρχή.» Περαιτέρω, στο Παράρτημα «Β» της διακήρυξης ορίζονται τα εξής: «ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ Άρθρο 1 Γενικά Οι προς παροχή «...» θα καλύψουν άμεσες και επιτακτικές ανάγκες «...»: α. «...», β. «...», γ. «...», δ. «...». Άρθρο 2 Κατάσταση Υλικού 1. Τα υλικά που θα απαιτηθούν για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου πρέπει να είναι καινούργια και να πληρούν (κατά περίπτωση) τις απαιτήσεις της Τεχνικής Περιγραφής του Παραρτήματος «Γ» της παρούσας (εφεξής «Τεχνική Περιγραφή»). 2. Τα υλικά (αναλώσιμα και μη) βαρύνουν τον ανάδοχο. Άρθρο 3 Τεχνικός Προσδιορισμός του Συμβατικού Αντικειμένου Οι προς παροχή «...» θα πρέπει να πληρούν (κατά περίπτωση) τις απαιτήσεις της Τεχνικής Περιγραφής. [...] Άρθρο 8 Κρατήσεις «Η παροχή των «...» του συμβατικού αντικειμένου υπόκειται στις κάτωθι υπέρ τρίτων κρατήσεις: [...] β. Στις εκτελεστικές συμβάσεις, οι οποίες αφορούν στην κάλυψη αναγκών «...»: (1) «...» (2) «...» (3) Υπέρ ΟΓΑ-Χαρτοσήμου επί του συνόλου των ανωτέρω κρατήσεων: 0,144% (4) Υπέρ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.: 0,10% (5) Υπέρ Χαρτοσήμου 3% επί της κράτησης υπέρ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.: 0,003% (6) Υπέρ ΟΓΑ 20% επί Χαρτοσήμου κράτησης υπέρ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.: 0,0006% ΣΥΝΟΛΟ: 6,2476% 2. Επιπρόσθετα, κατά την πληρωμή, θα παρακρατηθεί φόρος εισοδήματος 8%, σύμφωνα με τον

ν.4172/13, επί της καθαρής συμβατικής αξίας (προ ΦΠΑ) και μετά την αφαίρεση των αναλογουσών κρατήσεων. Όλες οι κρατήσεις υπολογίζονται επί της καθαρής αξίας. Οι εργασίες επιβαρύνονται με τον αναλογούντα ΦΠΑ. Δεν θα γίνονται δεκτές οι προσφορές των συμμετεχόντων που δεν θα συμπεριλαμβάνουν τις ανωτέρω κρατήσεις. Άρθρο 9 Διαιρετότητα Συμβατικού Αντικειμένου 1. Είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς για την παροχή των «...» του συμβατικού αντικειμένου για ένα ή περισσότερα από τα «...», τα οποία αναφέρονται στο άρθρο 1 του παρόντος Παραρτήματος. Διευκρινίζεται ότι τυχόν υποβολή προσφοράς για την παροχή των σχετικών «...» στο «...» θα πρέπει να αφορά στην παροχή αυτών στο σύνολο των εν λόγω «...».

Επιπλέον, στη Προσθήκη «3» στο Παράρτημα «Γ» της προσβαλλόμενης διακήρυξης δίδεται, μεταξύ άλλων, η τεχνική περιγραφή της παροχής των «...», όπου ορίζεται: «Γενικές Τεχνικές Προδιαγραφές Άρθρο 1 Υποχρεώσεις του Αναδόχου α. Ο ανάδοχος αναλαμβάνει την «...», συνολικής εκτάσεως είκοσι τεσσάρων χιλιάδων πεντακοσίων ογδόντα πέντε τετραγωνικών (24.685,00 M2) μέτρων, και ειδικότερα («...», 20.160M2, «...» 3.675,00 M2 και «...» 850,00 M2), καθ' όλο το 24ωρο (24/24 και 7/7) και για όλες τις ημέρες του έτους, υπό τους κατωτέρω Όρους και προϋποθέσεις (Terms and Conditions). [...] κγ. Ο ανάδοχος επιβαρύνεται επίσης, με την «...». Οι εκτιμώμενες ποσότητες αυτών παρουσιάζονται, ως εξής: [...] «...» 140.0GR τουλάχιστον) «...» Μήνα 84,00 (μικρά) 200,00 (μεγάλα) Έτους 1.000,00 (μικρά) 2.000,00 (μεγάλα) «...». Οι προσφορές θα αναφέρονται σε συσκευασία μιας χρήσης του 1LT. [...] ΛΙΤΡΟ (LT) Μήνα 150,00 Έτους 1.800,00 [...]» και στο άρθρο 2 γίνεται η περιγραφή των εργατωρών και παρατίθενται οι ώρες εργασίας ανά ημέρα σε πίνακα.

7. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, προσφορά η οποία παραβιάζει την εργατική νομοθεσία, πρέπει να αποκλείεται από τον διαγωνισμό ως μη νόμιμη. Επίσης έχει κριθεί ότι, οικονομική προσφορά που δεν περιλαμβάνει τις νόμιμες εργατικές δαπάνες και τις νόμιμες ασφαλιστικές κρατήσεις, παραβιάζουσα ρητούς όρους της διακήρυξης και της νομοθεσίας, ενώ αν αφαιρεθούν οι εργατικές δαπάνες και οι ασφαλιστικές κρατήσεις αυτές από την προσφερόμενη τιμή το ποσό της προσφοράς υπολείπεται του κατώτερου νόμιμου εργατικού κόστους, θα πρέπει να απορριφθεί ως μη

σύμφωνη και με τις διατάξεις της διακήρυξης, που επιβάλλουν την τήρηση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας και την καταβολή των νόμιμων αποδοχών στους εργαζομένους από τον ανάδοχο (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 840/2008). Επιπροσθέτως, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ). Εξάλλου, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

8. Επειδή, από τους παρατεθέντες στη σκέψη 6 της παρούσας όρους της διακήρυξης προκύπτει ρητώς το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης στο πλαίσιο της προκειμένης "συμφωνίας -πλαίσιο" και ειδικότερα, για τις εκτελεστικές συμβάσεις, οι οποίες αφορούν στην κάλυψη των σχετικών αναγκών των «...», με βάση δε τις προβλεπόμενες από τη προσβαλλόμενη διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές εκτέλεσης του έργου σε συνδυασμό με τον αριθμό και το χρόνο απασχόλησης του προσωπικού, η αναθέτουσα αρχή έχει ορίσει εν προκειμένω εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα δαπάνη για την παροχή των ως άνω «...», ύψους 942.000,00€ πλέον ΦΠΑ 24%, την οποία αυτονοήτως και ως ορίζεται σχετικώς, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν οι προσφορές των συμμετεχόντων υποψηφίων αναδόχων. Από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης και ειδικά των όρων στη Προσθήκη «3» στο Παράρτημα «Γ» της υπό κρίση διακήρυξης, όπου παρατίθεται αναλυτικά η τεχνική περιγραφή παροχής «...», καθώς και του με αριθμ. πρωτ.

Αριθμός απόφασης: 208-209/2023

από Φ.604.4.23/22/09.12.2022 διευκρινιστικού εγγράφου της αναθέτουσας αρχής (τιτλοφορούμενο 1^η διευκρίνιση) προκύπτει ότι το απαιτούμενο σύνολο ωρών εργασίας σε εβδομαδιαία βάση είναι 2.271, ήτοι 2.106 για το «...», 105 για το «...» και 60 για το «...» και συνεπώς, από τις 2.271 συνολικές εβδομαδιαίες ώρες εργασίας προκύπτει (2.271 ώρες / 40 εβδομαδιαίες ώρες εργασίας =) ο αριθμός των 56,78 συνολικά απαιτούμενων εν προκειμένω ατόμων πλήρους απασχόλησης. Σύμφωνα δε με την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας και συναρτήσει της με αριθμ. 38866/2022 Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ 2030/τ. Β΄) το ελάχιστο νόμιμο ημερομίσθιο ανέρχεται σε 31,85€ και το αντίστοιχο ωρομίσθιο σε $[(31,85 \text{ €} \times 6 \text{ ημερομίσθια την εβδομάδα})/40 \text{ ώρες εργασίας την εβδομάδα}] = 4,7775\text{€}$. Με βάση τα ανωτέρω δεδομένα, οι υπολογισμοί που προκύπτουν για την εξαγωγή του συνολικού ετήσιου εργατικού κόστους για το σύνολο του προσωπικού «...» έχουν ως εξής: Οι μικτές αποδοχές προσωπικού είναι 26 ημερομίσθια τον μήνα $\times 31,85\text{€ ημερομίσθιο} \times 56,78 \text{ άτομα} \times 12 \text{ μήνες} = 564.234,22 \text{ €}$. Το επιπλέον κόστος νυχτερινών βαρδιών είναι 365 ημέρες το έτος $\times 16 \text{ συνολικές ημερήσιες ώρες (βάσει των πινάκων της παρ. «4. Πρόγραμμα «...», όπου απαιτούνται δύο άτομα οκτάωρης απασχόλησης 22:00 – 06:00 σε καθημερινή βάση Δευτέρα – Κυριακή)} \times 4,7775\text{€ ωρομίσθιο} \times 25\% \text{ προσαύξηση} = 6.975,15\text{€}$. Το επιπλέον κόστος Κυριακών και αργιών είναι 61 ημέρες το έτος (ήτοι 52 Κυριακές και 9 Επίσημες Αργίες) $\times 211 \text{ συνολικές ημερήσιες ώρες} \times 4,7775\text{€ ωρομίσθιο} \times 75\% \text{ προσαύξηση} = 46.118,40\text{€}$. Συνεπώς το μικτό ημερομίσθιο ανέρχεται σε $(564.234,22\text{€} + 6.975,15\text{€} + 46.118,40\text{€}) / 12 \text{ μήνες} / 26 \text{ ημερομίσθια} =) 1.978,61\text{€}$. Το κόστος Δώρων Χριστουγέννων και Πάσχα είναι 40 ημερομίσθια (ήτοι 25 ημερομίσθια Χριστουγέννων και 15 ημερομίσθια Πάσχα) $\times 1.978,61\text{€ μικτό ημερομίσθιο} \times 1,04166 \text{ προσαύξηση} = 82.441,56\text{€}$. Το κόστος επιδόματος αδείας είναι 13 ημερομίσθια το έτος $\times 1.978,61\text{€ μικτό ημερομίσθιο} = 25.721,93\text{€}$. Το κόστος αντικαταστατών εργαζομένων σε κανονική άδεια: για τα τέσσερα έτη της σύμβασης κατά μέσο όρο $(24+25,2+26,4+26,4)/4 = 25,5 \text{ ημερομίσθια}$, συνεπώς ανέρχεται σε $(564.234,22 \text{ €} + 6.975,15 \text{ €} + 46.118,40 \text{ €} + 82.441,56 \text{ €} + 25.721,93 \text{ €}) \times 1/12 \times 25,5/26 \text{ ημερομίσθια} = 59.294,96\text{€}$ και το κόστος αποζημίωσης αδείας αντικαταστατών, εφόσον για τις ημέρες που θα εργαστούν οι αντικαταστάτες

δικαιούνται αποζημίωση αδείας ίση με το $1/12$ των συνολικών αποδοχών τους, $59.294,96 \text{ €} \times 1/12 = 4.941,25\text{€}$, ήτοι συνολικά απαιτείται ποσό $64.236,21\text{€}$ για την κάλυψη της κανονικής αδείας. Επομένως, για τις πάσης φύσεως αποδοχές, το άθροισμα όλων των επιμέρους ποσών έχει ως εξής: $564.234,22 \text{ €} + 6.975,15 \text{ €} + 46.118,40 \text{ €} + 82.441,56 \text{ €} + 25.721,93 \text{ €} + 64.236,21 \text{ €} = 789.727,47 \text{ €}$. Για τις ασφαλιστικές εισφορές, καθώς οι εργαζόμενοι σε «...» έχουν βαρέα και ανθυγιεινά ένσημα, τα οποία ανέρχονται σε ποσοστό $24,92\%$, είναι εν προκειμένω ($789.727,47 \text{ €}$ πάσης φύσεως αποδοχές - $4.941,25 \text{ €}$ αποζημίωση αδείας αντικαταστατών, η οποία δεν επιδέχεται ασφαλιστικές εισφορές) $\times 24,92\% = 195.568,73\text{€}$. Από το άθροισμα δε των πάσης φύσεως αποδοχών και των ασφαλιστικών εισφορών ($789.727,47 \text{ €} + 195.568,73 \text{ €}$) προκύπτει το συνολικό ετήσιο εργατικό κόστος των «...» που είναι $985.296,20\text{€}$. Ενόψει των ανωτέρω γενόμενων δεκτών, ως βασίμως ισχυρίζεται η δεύτερη προσφεύγουσα προκύπτει ότι το απαιτούμενο εν προκειμένω εργατικό κόστος υπερβαίνει την εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα δαπάνη, ως έχει διαμορφωθεί από την αναθέτουσα αρχή και ορίζεται εκ του κανονιστικού πλαισίου της προσβαλλομένης διακήρυξης, υπολείπεται του πραγματικού νομίμου εργατικού κόστους και ως εκ τούτου δεν επιτρέπει την διαμόρφωση βάσιμης και βιώσιμης οικονομικής προσφοράς, σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης, λαμβανομένου υπόψη ότι από την διακήρυξη δεν επιτρέπεται η προσφερόμενη τιμή να υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη αυτής. Επιπλέον, ως προκύπτει από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης και βασίμως ισχυρίζεται η δεύτερη προσφεύγουσα, από το ανωτέρω αναφερθέν με αριθμ. πρωτ. Φ.604.4.23/22/09.12.2022 διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, ρητώς συνάγεται ότι «ο ανάδοχος οφείλει να έχει επόπτη «...» κατά τις πρωινές ώρες από Δευτέρα έως Παρασκευή. Για τις λοιπές ώρες η παρουσία επόπτη εκτελείται κατά την κρίση του αναδόχου, διασφαλίζοντας την ασφάλεια των «...» και την εύρυθμη παροχή των «...». Δοθέντος ότι οι διευκρινήσεις αποτελούν μέρος του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης και δεσμεύουν αμφίδρομα αναθέτουσα αρχή και συμμετέχοντες, από την εν λόγω απαίτηση και για την κάλυψη της απαιτούμενης πρωινής εποπτείας και στα «...» (ήτοι «...») δύναται να απασχολείται ένα άτομο οκτάωρης απασχόλησης

από Δευτέρα έως Παρασκευή. Ως εκ τούτου, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς οφείλουν να συνυπολογίσουν στην οικονομική τους προσφορά το κατά τα ως άνω εποπτικό κόστος. Καταρχάς, σύμφωνα με την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας και συναρτήσει της με αριθμ. 38866/2022 Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ 2030/τ. Β΄) ο ελάχιστος νόμιμος μισθός ανέρχεται σε 713,00€ και το αντίστοιχο ωρομίσθιο σε $[(713,00 \text{ €} / 25 \text{ ημέρες το μήνα}) \times 6 \text{ ημέρες} / 40 \text{ ώρες εργασίας την εβδομάδα}] = 4,278\text{€}$. Επομένως, για την εξαγωγή του συνολικού ετήσιου εποπτικού κόστους, γίνονται οι εξής υπολογισμοί: Οι μικτές αποδοχές προσωπικού είναι 713,00€ μηνιαίως μισθός $\times 1 \text{ άτομο} \times 12 \text{ μήνες} = 8.556,00\text{€}$, το κόστος Δώρων Χριστουγέννων και Πάσχα είναι 1,5 μισθός (ήτοι 1 μισθός Χριστουγέννων και 0,5 μισθός Πάσχα) $\times 713,00\text{€}$ μικτός μισθός $\times 1,04166$ προσαύξηση $= 1.114,06\text{€}$, το κόστος επιδόματος αδείας είναι 0,5 μικτός μισθός $\times 713,00 \text{ €}$ μικτός μισθός $= 356,50\text{€}$. Το κόστος αντικαταστατών εργαζομένων σε κανονική άδεια, κατά μέσο όρο για τα τέσσερα έτη της σύμβασης ανέρχεται σε $(24+25,2+26,4+26,4)/4 = 25,5$ ημερομίσθια, συνεπώς $(8.556,00 \text{ €} + 1.114,06 \text{ €} + 356,50 \text{ €}) \times 1/12 \times 25,5/25 \text{ ημερομίσθια} = 852,26\text{€}$ και το κόστος αποζημίωσης αδείας αντικαταστατών, αφού για τις ημέρες που θα εργαστεί ο αντικαταστάτης δικαιούται αποζημίωση αδείας ίση με το 1/12 των συνολικών αποδοχών του, δηλαδή $852,26 \text{ €} \times 1/12 = 71,02\text{€}$. Το συνολικό δε κόστος για την κάλυψη της κανονικής αδείας είναι $(852,26 \text{ €} + 71,02 \text{ €}) = 923,28\text{€}$. Τέλος, για τις πάσης φύσεως αποδοχές από το άθροισμα όλων των επιμέρους ποσών εξάγεται το ποσό των $(8.556,00 \text{ €} + 1.114,06 \text{ €} + 356,50 \text{ €} + 923,28\text{€}) = 10.949,84\text{€}$. Για τις ασφαλιστικές εισφορές, καθώς, ως προελέχθη, οι εργαζόμενοι σε «...», τα οποία σύμφωνα με την κείμενη εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, συναρτήσει των διατάξεων του άρθρου 5 του Ν. 4997/2022, ανέρχονται σε ποσοστό 24,92%, απαιτείται ποσό $(10.949,84\text{€}$ πάσης φύσεως αποδοχές $- 71,02\text{€}$ αποζημίωση αδείας αντικαταστατών, η οποία δεν επιδέχεται ασφαλιστικές εισφορές) $\times 24,92\% = 2.711,00\text{€}$. Ενόψει των ανωτέρω, το συνολικό ετήσιο εργατικό κόστος εποπτείας εν προκειμένω ανέρχεται σε 13.660,84€ $(10.949,84\text{€}$ πάσης φύσεως αποδοχές $+ 2.711,00\text{€}$ ασφαλιστικές εισφορές). Επομένως, το συνολικό ετήσιο εργατικό κόστος όπως προκύπτει από το σύνολο του «...» αλλά και από την απαιτούμενη

εποπτεία του έργου ανέρχεται σε 998.957,04€ [985.296,20€ (ετήσιο εργατικό κόστος «...») + 13.660,84 € (ετήσιο εργατικό κόστος εποπτείας)], το οποίο, ως εμφανίζεται προδήλως υπερβαίνει τον εκτιμώμενο ετήσιο προϋπολογισμό ύψους 942.000,00€ άνευ ΦΠΑ που ορίζει η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναφορικά με την παροχή «...». Συνεπεία των ανωτέρω και δοθέντος ότι το εργατικό κόστος που προκύπτει υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη, η οποία υπολείπεται του πραγματικού νομίμου εργατικού κόστους, ήτοι αυτού που αναλογεί στο απαιτούμενο προσωπικό προκειμένου για την ορθή εκτέλεση του επίμαχου έργου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι βάσιμως ισχυρίζεται εν προκειμένω η ώδε προσφεύγουσα πως τούτο δεν επιτρέπει την διαμόρφωση βάσιμης και ρεαλιστικής οικονομικής προσφοράς, σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης, λαμβανομένου υπόψη, άλλωστε, ότι από την διακήρυξη δεν επιτρέπεται η προσφερόμενη τιμή να υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη της διακήρυξης.

9. Επειδή, όπως έχει κριθεί, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται αφενός να αιτιολογήσει ειδικώς τον τρόπο υπολογισμού του ελαχίστου νομίμου εργατικού κόστους, που λήφθηκε υπόψη κατά την κατάρτιση του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση «...», ώστε να είναι σε θέση να αξιολογήσει τις οικονομικές προσφορές με βάση τα επιμέρους κοστολογήσιμα στοιχεία τους, αφετέρου να αντικρούσει ειδικώς τους συγκεκριμένους ισχυρισμούς της προδικαστικής προσφυγής (ΔΕφΑθ 191/2018, Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 554/2022). Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της, αορίστως αναφέρει ότι έχουν επέλθει διαδοχικές αυξήσεις στον κατώτατο μισθό αλλά και στα είδη «...» εξαιτίας των πληθωριστικών πιέσεων, ενώ ο ανάδοχος υποχρεούται συμβατικά να εφοδιάζει, με δικά του έξοδα, τα ανωτέρω απαιτούμενα από τη σύμβαση είδη. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή διατυπώνει στη συμπληρωματική της αιτιολογία ως τούτη αποτυπώνεται στο έγγραφο των απόψεων της, αφενός ότι επήλθε αύξηση του απαιτούμενου αριθμού απασχολούμενων ατόμων σε 52 για τα κτίρια και τους χώρους των «...», παρόλο που από τη διακήρυξη ρητώς προκύπτει ότι απαιτούνται κατ' ελάχιστον 52 άτομα για τους ανωτέρω χώρους, αφετέρου δεν τεκμηριώνει και εξειδικεύει πως εν προκειμένω συνάγεται το μηνιαίο κόστος, που εντέλει παραθέτει, συμπεριλαμβανομένων μάλιστα κρατήσεων, διοικητικού κόστους,

εργολαβικού κέρδους και κόστους αναλωσίμων, άνευ ΦΠΑ, αναγόμενο σε άτομο, σε 1509,62€, πολλώ δε μάλλον, που ως προκύπτει και γίνεται δεκτό από το κανονιστικό πλαίσιο της προσβαλλόμενης διακήρυξης, το σύνολο των απαιτούμενων ωρών εργασίας εβδομαδιαίως είναι 2.271. Εξάλλου, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι η ανάγκη εξεύρεσης εξισορρόπησης ανάμεσα στις αυξημένες ανάγκες «...» και της περιορισμένης δυνατότητας χρηματοδότησης των εν λόγω δαπανών, όπως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της, δύναται να οδηγήσει σε αποδοχή όρων που παραβιάζουν το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος των απαιτούμενων εν προκειμένω εργαζομένων για την εκτέλεση του έργου.

10. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα βασίμως ισχυρίζεται, *mutatis mutandis* με την δεύτερη, ότι λόγω των προσβαλλομένων όρων της διακήρυξης, καθίσταται αδύνατη εκ μέρους της η υποβολή προσφοράς στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, για τα ανωτέρω «...» («...»), διότι δεν επιτρέπουν τη σύνταξη νόμιμης, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα προσφοράς. Ανεξάρτητα δε από τους εσφαλμένους υπολογισμούς της, διότι γίνονται επί τη βάσει συνόλου 2.265 εβδομαδιαίων ωρών εργασίας, με συνέπεια να προκύπτουν ($2.265 / 40$ εβδομαδιαίες ώρες εργασίας =) 56,63 συνολικά άτομα πλήρους απασχόλησης και επομένως, το συνολικό ετήσιο εργατικό κόστος που η ώδε προσφεύγουσα εξαγάγει προκύπτει ότι είναι 983.659,70€, σε κάθε περίπτωση και αυτό το ποσό, παρόλο που υπολογίζεται επί τη βάσει λιγότερων εργατοωρών από τις ρητώς ορισθείσες, κατά 6 (2.271-2.265), υπερβαίνει την προσδιορισθείσα διά της προσβαλλομένης διακήρυξης εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξία. Σημειωτέον δε, ότι το διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, κατά το οποίο, ως ρητά ορίζεται σε αυτό («... κατισχύοντας τυχόν διαφορετικών καθοριζόμενων στη Διακήρυξη») προσδιορίζεται συγκεκριμένα το σύνολο των απαιτούμενων εβδομαδιαίως ωρών εργασίας σε 2.271, αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 09.12.2022, ήτοι την ίδια ημέρα που άσκησαν τις προσφυγές τους αμφότερες οι προσφεύγουσες και επομένως, λογικά δύναται να συναχθεί ότι η πρώτη προσφεύγουσα δεν το έλαβε υπόψη της, πριν την σύνταξη και υποβολή της προσφυγής της. Τούτων δοθέντων, πρέπει να γίνει δεκτό ότι βασίμως ισχυρίζεται και η πρώτη προσφεύγουσα ότι είναι μη

νόμιμη η προϋπολογισθείσα ετήσια δαπάνη της διακήρυξης για το «...» ύψους 942.000,00€ άνευ ΦΠΑ, ως μη καλύπτουσα το ελάχιστο κόστος εκτέλεσης αυτής. Σύμφωνα δε με την αρχή της νομιμότητας, που διέπει τη διοικητική δράση, καθώς και το σύνολο των αρχών που παρατίθενται στη σκέψη 7 της παρούσας, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα την τήρηση των κείμενων διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης. Αντίθετη εκδοχή δημιουργεί ζητήματα ως προς την εφαρμογή διατάξεων αναγκαστικού δικαίου και της προστασίας των εργαζομένων αλλά και συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού και προσκρούει, για το λόγο αυτό, και στις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (βλ. σχετικά ΕΑ ΣΤΕ 134/2011, 1100/2010, 873/2010, 628/2010, 58/2009, 1344/2008, 840/2008, 791/2008, 1172/2008, 1090/2006, 4058/2001, 805/2001), αφού οδηγεί σε μειονεκτική θέση τους καλόπιστους διαγωνιζόμενους, οι οποίοι διαμορφώνουν την προσφορά τους, σεβόμενοι τις απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης, σε ό,τι αφορά τους όρους αμοιβής και ασφάλισης του απασχολούμενου προσωπικού. Ενόψει των ανωτέρω, ως βασίμως ισχυρίζεται η πρώτη προσφεύγουσα, διά της προσβαλλομένης με αρ. «...» διακήρυξης απαιτείται, πλημμελώς, η υποβολή οικονομικής προσφοράς από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, εντός του ορίου της προϋπολογισθείσας δαπάνης ετησίως ποσού 942.000,00€ άνευ ΦΠΑ, η οποία, ωστόσο, προϋπολογισθείσα δαπάνη, ως καταδεικνύεται, δεν καλύπτει το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος των απαιτούμενων εν προκειμένω εργαζομένων για την εκτέλεση του έργου, επιπλέον δε, δεν δύναται να συμπεριλαμβάνει, η προσφορά, επί ποινή αποκλεισμού, τα λοιπά κόστη που προβλέπονται τόσο εκ της διακηρύξεως όσο και εκ της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, όπως το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων υλικών, το εργολαβικό κέρδος εκτέλεσης του έργου και τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων. Ακόμη όμως και στην περίπτωση που υποτεθεί ότι η εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα δαπάνη επαρκεί για την κάλυψη του ελάχιστου εργατικού κόστους (quod non) αυτό δεν επαρκεί για την κάλυψη του συνόλου του ποσού που προέρχεται (και) από τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων, ποσοστού 6,2476% επί της τελικής

προσφερόμενης τιμής, αλλά και τον συνυπολογισμό της ειδικής εισφοράς υπέρ Ε.Λ.Π.Κ για το σύνολο των ατόμων φυσικής παρουσίας που απαιτούνται για την κάλυψη του έργου καθώς ακόμη και της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%, επί της καθαρής συμβατικής αξίας (προ ΦΠΑ) και μετά την αφαίρεση των αναλογουσών κρατήσεων, ως επιπλέον ορίζεται ρητώς στην προσβαλλομένη απόφαση. Επομένως, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η ορισθείσα προϋπολογισθείσα δαπάνη που προβλέπεται από την διακήρυξη, ύψους 942.000,00€ πλέον Φ.Π.Α. 24%, εντός της οποίας είναι παραδεκτή η υποβολή οικονομικής προσφοράς από κάθε ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, δεν επαρκεί για την κάλυψη του ελάχιστου νόμιμου κόστους εκτέλεσής της. Πολλώ δε μάλλον, που, ως γίνεται παγίως δεκτό και συντρέχει και στην εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία, η οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων, προκειμένου να είναι νόμιμη και παραδεκτή, πρέπει να συμπεριλαμβάνει και το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων υλικών και το εργολαβικό κέρδος εκτέλεσης του έργου. Σημειωτέον ότι από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ εμφανίζεται ότι δεν έχει υποβληθεί καμία προσφορά για το επίμαχο τμήμα της υπό ανάθεση σύμβασης. Τούτων δοθέντων, οι ισχυρισμοί της πρώτης προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί, καθόσον, ως προελέχθη, ο εκτιμώμενος ορισθείς προϋπολογισμός του υπό κρίση διαγωνισμού, δεν είναι σύμφωνος με τους αναφερόμενους σχετικούς (προσβαλλόμενους) όρους για την οικονομική προσφορά και τα κόστη που θα πρέπει αυτή να συμπεριλαμβάνει, πρωτίστως δε με τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις του νόμου, στις οποίες παραπέμπει. Προσέτι, ως γίνεται δεκτό, είναι απορριπτέα, ως προφανώς ζημιογόνος, οικονομική προσφορά η οποία υπολείπεται του ελάχιστου κόστους μισθοδοσίας του προσωπικού που θα απασχοληθεί με την παροχή των ζητούμενων «...», όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από την ισχύουσα νομοθεσία και τις συναφείς συλλογικές συμβάσεις εργασίας, με βάση τις οποίες πρέπει να ερμηνεύεται η διακήρυξη του διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 135/2011, 136/2011, 1122/2010, 1255/2009, βλ. και ΕΑΣτΕ 1344/2008, 1090/2006, πρβλ. ΣτΕ 4058/2001, 805/2001). Συνεπώς, εν προκειμένω και εφόσον, ως δύναται βασίμως να υποστηριχθεί, δεν μπορεί να υποβληθεί παραδεκτή προσφορά από διαγωνιζόμενο, εφόσον, κατά το οικονομικό

σκέλος της υπό ανάθεση σύμβασης, δεν έχουν ληφθεί υπόψη, κατά τον υπολογισμό του ελάχιστου κόστους παροχής των ζητούμενων «...», οι αμοιβές του συνόλου του απαιτούμενου προσωπικού, όπως αυτές ίσχυαν κατά το χρόνο λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, οι σχετικές αιτιάσεις της ώδε προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτές.

11. Επειδή, κατόπιν τούτων και γενόμενων δεκτών των λόγων αμφότερων των προσφυγών κατά τα ανωτέρω αναλυθέντα, ενόψει του ότι το συμβατικό αντικείμενο είναι εν προκειμένω διαιρετό (Παράρτημα Β, Άρθρο 9 της υπόψη διακήρυξης) ειδικότερα δε, διεξάγονται περισσότεροι διαγωνισμοί που κατατείνουν στην σύναψη αντίστοιχων αυτοτελών συμβάσεων εκάστη των οποίων έχει ιδιαίτερο προϋπολογισμό και αποτελεί διακριτό αντικείμενο διαγωνιστικής διαδικασίας, η προσβαλλόμενη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί ως προς την παροχή των σχετικών «...» στο «...».

12. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω αμφοτέρως οι υπό εξέταση προσφυγές πρέπει να γίνουν δεκτές ως βάσιμες να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής και τέλος, τα κατατεθέντα παράβολα πρέπει να επιστραφούν στις προσφεύγουσες, κατά το άρθρο 363 παρ. 5 εδ. α' του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη πρώτη προσφυγή.

Δέχεται τη δεύτερη προσφυγή.

Ακυρώνει τη προσβαλλόμενη διακήρυξη για το τμήμα «...», κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων στις προσφεύγουσες.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 6 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος
Βασιλική Καραδήμα**

**Η Γραμματέας
Αναστασία Ρουμελιώτη**

