

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 22 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος-Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 17/11/2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1624/18-11-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» που εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των όρων των άρθρων 2.2.5 και 2.2.7, τελευταίο εδάφιο, της Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής με αριθμό διακήρυξη του «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, κατά τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 15.000,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 5.188.172,04 ευρώ χωρίς δικαίωμα προαίρεσης και ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου:).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού των χώρων εντός και εκτός του ..., καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών, αρχικής διάρκειας δύο (2) ετών, με δικαίωμα προαίρεσης για παράταση ενός (1) επιπλέον έτους. Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε 9.650.000,00 ευρώ, συμπεριλαμβανόμενης της εκτιμώμενης αξίας του δικαιώματος προαίρεσης και του ΦΠΑ 24%. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις ... (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με

Αριθμός απόφασης: 69/2023

συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η

3. Με την απόφαση της Διοικήτριας του Νοσοκομείου με αριθμό πρωτ. και με θέμα «Μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών και ορισμός νέας ημερομηνίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης του Ανοικτού Διεθνή Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού άνω των ορίων ανά τμήμα για την ανάδειξη συνεργείου καθαρισμού των χώρων εντός και εκτός του ... καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών για δύο (2) έτη και με δυνατότητα προαίρεσης ενός (1) έτους ακόμη, με αριθμό Διακήρυξης και Α/Α συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ:, για την Προσφυγή με ΓΑΚ 1624/18.11.2022» μετατέθηκε η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών από τις 29/11/2022 για τις 27/1/2023 και η ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών από τις 5/12/2022 στις 3/2/2023. Η πιο πάνω απόφαση αναρτήθηκε στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις

4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (υπηρεσία), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

5. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι η ίδια δραστηριοποιείται επαγγελματικά στην αγορά που αφορά ο προκείμενος διαγωνισμός και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει σε αυτόν, η συμμετοχή της εμποδίζεται εξαιτίας των πληττόμενων όρων των άρθρων 2.2.5 (χρηματοοικονομική και οικονομική επάρκεια), 2.2.7 (συμμόρφωση με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης), οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζουν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τα εφαρμοστέα κριτήρια επιλογής, καθώς επίσης και λόγω της ανεπάρκειας του προϋπολογισμού της σύμβασης για την εκτέλεσή της.

6. Η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε την προδικαστική προσφυγή στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 25/11/2022 και υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 2/12/2022 τις απόψεις της επ' αυτής, τις οποίες ανάρτησε αυθημερόν και στην αρχική σελίδα του διαγωνισμού.

7. Από τις διατάξεις των άρθρων 18 και 75 ν. 4412/2016 προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τον καθορισμό των ειδικότερων κριτηρίων επιλογής και εν γένει προσόντων συμμετοχής, όπως η συμμόρφωση με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και, μέσω αυτής, η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας.

8. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις συμμετοχής, οι οποίες, από την φύση τους, μειώνουν τον αριθμό των δικαιουμένων να υποβάλουν προσφορά, πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Επιπρόσθετα, οι απαιτήσεις αυτές πρέπει να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 117/2021, 335/2019, 203/2018, πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Και ναι μεν, όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015), αλλά η επιλογή κατ' ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής των κατά τα άνω ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής, είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της

τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟΛΣΤΕ 721/1969), στην εξεταζόμενη δε υπόθεση, και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων Διακήρυξης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, ενόψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων απαιτήσεων, μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018) ή/και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.

9. Περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 ν. 4412/2016, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά όρου της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτός θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος 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 την (λυσιτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 352/2018, 86/2018 κ.ά.).

10. Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και επαρκώς εξειδικευμένων στοιχείων, τα οποία αφορούν στην νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος και εξαιτίας των οποίων, αποκλείεται ή καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) σε βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 146-148/2016 ΟΛ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, 14/2006 κ.α.).

11. Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της όσο και κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018).

12. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απαίτησης του άρθρου 2.2.7 της Διακήρυξης, το οποίο ορίζει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό οι διαγωνιζόμενοι πρέπει

να συμμορφώνονται με συγκεκριμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης και απαιτεί να συμμορφώνονται αυτοτελώς με τα ίδια πρότυπα και τυχόν τρίτοι οικονομικοί φορείς, στις ικανότητες των οποίων στηρίζονται οι διαγωνιζόμενοι για την κάλυψη των λοιπών κριτηρίων επιλογής.

13. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η συγκεκριμένη απαίτηση της Διακήρυξης περιορίζει ανεπίτρεπτα, αδικαιολόγητα και κατά παράβαση των διατάξεων της ενωσιακής νομοθεσίας τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής. Και τούτο, διότι, πάντα κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η πληττόμενη απαίτηση εξουδετερώνει τη δυνατότητα ενός διαγωνιζομένου, όπως η ίδια, να στηριχτεί σε τρίτο οικονομικό φορέα για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης σχετικά με την χρηματοοικονομική και οικονομική επάρκεια - οπότε δεν απαιτείται από τον νόμο να εκτελέσει ο τρίτος υπερβολικά αντίστοιχο τμήμα της σύμβασης – εάν ο τρίτος αυτός δεν διαθέτει τα απαιτούμενα από το άρθρο 2.2.7 της Διακήρυξης πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης. Κατά την προσφεύγουσα, η απαίτηση αυτή, στον μέτρο που αφορά και τυχόν τρίτο που δεν πρόκειται να ασχοληθεί με την υλοποίηση της σύμβασης, δεν συνέχεται με το αντικείμενο και τις απαιτήσεις εκτέλεσής της, με αποτέλεσμα να περιορίζει ανεπίτρεπτα τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον προκείμενο διαγωνισμό.

14. Η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί κατ' αρχάς ως απαράδεκτος, διότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται συγκεκριμένους λόγους ή περιστάσεις, για τους οποίους η προκείμενη απαίτηση δεν είναι απαραίτητη για την προσήκουσα εκπλήρωση της σύμβασης. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η προσφεύγουσα αμφισβητεί απαράδεκτα τη σκοπιμότητα της επιλογής από το Νοσοκομείο -που είναι η αναθέτουσα αρχή του πλησσομένου όρου 2.2.7- και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει τα ποιοτικά κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου με βάση της δικές της εκτιμήσεις, τις δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες και με δικά της κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που το Νοσοκομείο, κατ' εκτίμηση των αναγκών του, προσδιόρισε ως απαιτούμενα.

15. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή ζητά την απόρριψη του πρώτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής και ως αβάσιμου, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της, από τη στιγμή που δεν αποκλείεται από τη Διακήρυξη ο τρίτος οικονομικός φορέας, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων, να προτείνεται και ως υπεργολάβος για την εκτέλεση τμήματος της σύμβασης, η απαίτηση να διαθέτει ο τρίτος αυτοτελώς το προσόν συμμετοχής του άρθρου 2.2.7 της Διακήρυξης είναι συναφής με το αντικείμενο της σύμβασης και ανάλογη με τον επιδιωκόμενο σκοπό της ποιοτικής εκτέλεσής της. Επισημαίνει δε η αναθέτουσα αρχή ότι, σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, η υπεργολαβική εκτέλεση τμήματος της σύμβασης από τον τρίτο, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων, επιβάλλεται από τον νόμο, όπως όταν η δάνεια ικανότητα αφορά σε κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών, τα επαγγελματικά προσόντα ή την επαγγελματική εμπειρία, ήτοι κριτήρια επιλογής που έχουν θεσπιστεί και με την προκείμενη Διακήρυξη (βλ. όρο 2.2.6). Συνακόλουθα, καταλήγει η αναθέτουσα αρχή, δεδομένου ότι ο δανείζων τρίτος μπορεί να είναι και υπεργολάβος, η απαίτηση του όρου 2.2.7 για αυτοτελή υποχρέωση και του δανείζοντα να διαθέτει τα επίμαχα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας, όχι μόνο είναι σύνομη, εύλογη, ανάλογη και ποσοτικά και ποιοτικά συναφής με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αλλά είναι και πρόσφορη για τη διάγνωση της ικανότητας εκτέλεσης της σύμβασης, τόσο από τους διαγωνιζόμενους, όσο και από τυχόν τρίτους δανείζοντες εμπειρία και εν δυνάμει υπεργολάβους σύμβασης.

16. Οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας να προβάλλει τον προκείμενο λόγο είναι απορριπτέοι, διότι η προσφεύγουσα αμφισβητεί ρητά τη νομιμότητα της συγκεκριμένης πληττόμενης απαίτησης της Διακήρυξης προβάλλοντας με τρόπο ορισμένο ότι, στο μέτρο που η απαίτηση αυτή αφορά και σε τρίτους που δεν θα συμμετάσχουν στην εκτέλεση της σύμβασης, περιορίζει δυσανάλογα τη δυνατότητα επίκλησης δάνειας χρηματοοικονομικής ικανότητας, περίπτωση στην οποία δεν απαιτείται άνευ ετέρου η εκτέλεση τμήματος της σύμβασης από τον τρίτο δανείζοντα.

17. Απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η προσφεύγουσα δεν έχει έννομο συμφέρον να προβάλλει τον προκείμενο λόγο, διότι δεν διαθέτει το προσόν συμμετοχής του άρθρου 2.2.5 της

Διακήρυξης. Και τούτο, διότι το προσόν χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας μπορεί, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8 της Διακήρυξης, να πληρωθεί με στήριξη στις ικανότητες τρίτου, η δε προσφεύγουσα, η οποία δεν το διαθέτει αυτοτελώς, δηλώνει ρητά την πρόθεσή της να συμμετάσχει με στήριξη στις ικανότητες τρίτου ως προς το συγκεκριμένο κριτήριο, αλλά εμποδίζεται να το πράξει, διότι ο τρίτος οικονομικός φορέας δεν διαθέτει το απαιτούμενο από την πληττόμενη απαίτηση του άρθρου 2.2.7 προσόν συμμετοχής. Η επίκληση αυτή αρκεί για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

18. Κατόπιν των ανωτέρω, ο παραδεκτά προβαλλόμενος πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να εξεταστεί επί της ουσίας και, περαιτέρω, να γίνει δεκτός. Και τούτο, διότι, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, με τον πληττόμενο όρο της Διακήρυξης περιορίζεται δυσανάλογα η δυνατότητα στήριξης διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου, στην περίπτωση που ο τελευταίος δεν καλείται να εκτελέσει τμήμα της σύμβασης. **19.** Ειδικότερα, με την παρατιθέμενη με τις απόψεις της αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή βασίζει την επιλογή της να θεσπίσει την πληττόμενη απαίτηση στην ανάγκη διακρίβωσης της ικανότητας των προσφερόντων και των τρίτων που πρόκειται να εκτελέσουν τμήμα της σύμβασης να παράσχουν τις υπό ανάθεση υπηρεσίες ποιοτικά και με εν γένει προσήκοντα τρόπο. Και ναι μεν, η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί νομίμως και επαρκώς την πληττόμενη απαίτηση, στο μέτρο που αυτή αφορά τρίτο, στο πρόσωπο του οποίου συμπίπτει, είτε εκ του νόμου είτε κατ' επιλογή και δήλωση του προσφέροντος, η ιδιότητα του υπεργολάβου, αλλά με την παρατιθέμενη αιτιολογία δεν τεκμηριώνεται η ανάγκη να συντρέχει το προσόν συμμετοχής του άρθρου 2.2.7, ήτοι η συμμόρφωση με τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, στο πρόσωπο τρίτου, ο οποίος δεν πρόκειται να εκτελέσει τμήμα της σύμβασης. Και τούτο, διότι, εφόσον η συμμόρφωση με τα συγκεκριμένα πρότυπα συνέχεται με την εξασφάλιση της ποιοτικής και προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης, η θέσπιση της σχετικής απαίτησης και για τρίτο που δεν θα παράσχει υπηρεσίες υπεργολαβικά βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου, καθώς ο επιδιωκόμενος σκοπός μπορεί να εξασφαλιστεί με ηπιότερο μέσο, ήτοι με τον ρητό περιορισμό της απαίτησης

μόνο στις περιπτώσεις τρίτου, ο οποίος πρόκειται να εκτελέσει υπεργολαβικά τμήμα της σύμβασης.

20. Με αυτά τα δεδομένα, η πληττόμενη απαίτηση, αν και παρίσταται συναφής και πρόσφορη, δεν παρίσταται αναγκαία για την επιλογή αναδόχου κατάλληλου για την εκτέλεση της σύμβασης, στο μέτρο που καταλαμβάνει και τρίτους που δεν πρόκειται να συμμετάσχουν στην υλοποίησή της. Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο όρος του άρθρου 2.2.7 της Διακήρυξης ως προς την απαίτηση σε περίπτωση στήριξης στην ικανότητα τρίτων, οι απαιτήσεις του συγκεκριμένου άρθρου να αφορούν αυτοτελώς και τρίτους οικονομικούς φορείς, στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται οι προσφέροντες, χωρίς τρίτοι αυτοί να αποτελούν εκ του νόμου ή να δηλώνονται, ως υπεργολάβοι της σύμβασης.

21. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο πληττόμενος όρος του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης, με τον οποίο απαιτείται για την παραδεκτή συμμετοχή των οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό να μην έχουν εμφανίσει συνολικά ζημία κατά τα έτη 2019, 2020 και 2021 είναι ασαφής, επειδή δεν διευκρινίζεται εάν η απαίτηση αφορά ζημίες προ ή μετά φόρων. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά την διαχειριστική χρήση του 2019 η ίδια παρουσιάζει αρνητικό αποτέλεσμα (ζημίες) μετά φόρων, ενώ αντιθέτως θετικό αποτέλεσμα (κέρδη) προ φόρων. Δηλώνει ακόμη ότι προτίθεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό επικαλούμενη στήριξη σε ικανότητες τρίτου ως προς το ανωτέρω κριτήριο της χρηματοοικονομικής επάρκειας, ισχυριζόμενη ότι έτσι διατηρεί το έννομο συμφέρον της για την προσβολή του επίμαχου όρου.

22. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά πιο πάνω (βλ. σκέψη 9) ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος, διότι προβάλλεται χωρίς έννομο συμφέρον. Και τούτο, διότι η προσφεύγουσα ισχυρίζεται κατ' αρχάς ότι ο πληττόμενος όρος της Διακήρυξης παρουσιάζει ασάφεια, η οποία καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή της ίδιας στον διαγωνισμό, αφού κατά τη διαχειριστική χρήση του 2019 αυτή παρουσιάζει αρνητικό αποτέλεσμα (ζημίες) μετά φόρων, ενώ αντιθέτως θετικό αποτέλεσμα (κέρδη) προ φόρων. Ωστόσο, η προσφεύγουσα δηλώνει ρητά, στη συνέχεια, την πρόθεσή της να συμμετάσχει στον διαγωνισμό στηριζόμενη στις ικανότητες τρίτου για την

πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης, χωρίς όμως, να προβάλλει ότι ο πληττόμενος όρος εμποδίζει ή δυσχεραίνει ουσιωδώς τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό με το συγκεκριμένο σχήμα που έχει επιλέξει. Η προσφεύγουσα δεν επικαλείται, δηλαδή, ότι ο προσβαλλόμενος όρος της προκαλεί βλάβη, εξειδικεύοντας τους λόγους για τους οποίους η ένταξη της επίμαχης απαίτησης εμποδίζει η καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη στήριξή της στις ικανότητες του τρίτου για τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, όπως, κατά δήλωσή της, έχει ήδη επιλέξει. Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος.

23. Με τον τρίτο λόγο της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο προϋπολογισμός της Διακήρυξης δεν επαρκεί για την κάλυψη του συνολικού κόστους εκτέλεσης της σύμβασης, όπως αυτό προκύπτει από το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, τις νόμιμες κρατήσεις επί της αμοιβής του αναδόχου, το κόστος αναλωσίμων, την εργοδοτική εισφορά για τον Ειδικό Λογαριασμό Παιδικών Κατασκηνώσεων (ΕΛΠΚ) ανά εργαζόμενο, το διοικητικό κόστος, το κόστος εγγυητικών, εξοπλισμού και τις λοιπές συναφείς δαπάνες εκτέλεσης της σύμβασης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, αφού παραθέτει στην προσφυγή της τις ισχύουσες, κατά τους ισχυρισμούς της, διατάξεις της εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας, προβαίνει σε υπολογισμό του ελάχιστου εργατικού κόστους για την εκτέλεση καθενός από τα δύο τμήματα της υπό ανάθεση σύμβασης βάσει δικών της παραδοχών (συγκεκριμένο αριθμό εργαζομένων απασχολούμενων με πλήρη ή μερική απασχόληση με το αντίστοιχο ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών κ.λπ.). Με τον τρόπο αυτόν, η προσφεύγουσα υπολογίζει το ετήσιο εργατικό κόστος για το Τμήμα Α' στο ποσό των 1.001.628,15 ευρώ. Σε αυτό προσθέτει κόστος αναλωσίμων ανερχόμενο σε ποσοστό 5%, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ήτοι 58.904,71 ευρώ, κρατήσεις ποσού 25.392,64 ευρώ, παρακράτηση φόρου ποσοστού 8%, ήτοι ποσού 92.216,13 ευρώ, με αποτέλεσμα να υπολογίζει τη δαπάνη εκτέλεσης της σύμβασης, χωρίς διοικητικό κόστος και εργολαβικό όφελος σε 1.178.141,63 ευρώ, ήτοι συνολική δαπάνη με ΦΠΑ 1.460.895,62 ευρώ κατ' έτος, η οποία υπερβαίνει την ετήσια εκτιμώμενη αξία της Διακήρυξης που ανέρχεται σε 1.383.166,67

ευρώ. Με αντίστοιχους υπολογισμούς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η δαπάνη εκτέλεσης του Τμήματος Β' της σύμβασης ανέρχεται σε 1.892.662,08 ευρώ και υπερβαίνει την ετήσια εκτιμώμενη αξία της Διακήρυξης που ανέρχεται σε 1.833.500,00 ευρώ.

24. Με τις απόψεις της, η αναθέτουσα αρχή παραθέτει αιτιολογία σχετικά με τον τρόπο υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, ο οποίος βασίστηκε στην αντίστοιχη δαπάνη συμβάσεων του προηγούμενου έτους. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι, ενώ βρισκόταν σε εξέλιξη διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση σύμβασης καθαριότητας και επειδή στο μεταξύ είχε λήξει η προηγούμενη εκτελούμενη σύμβαση, ανέθεσε σε διαφορετικά χρονικά σημεία εντός του 2022 συμβάσεις καθαριότητας μηνιαίας διάρκειας με αριθμούς ..., ... και ..., τις οποίες ανέλαβε η προσφεύγουσα προσφέροντας μηνιαία τιμή για την παροχή πανομοιότυπων υπηρεσιών καθαριότητας ύψους 262.106,05 ευρώ/μήνα, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Οι συμβάσεις αυτές ανατέθηκαν μετά την έναρξη ισχύος και των τριών ΥΑ 4241/127/2019, 107675/2021 και 38866/2022 που είχαν μέχρι τότε εκδοθεί σχετικά με το ύψος του κατώτατου μισθού. Λαμβάνοντας υπόψη τη δαπάνη αυτή, η αναθέτουσα αρχή υπολογίζει ετήσιο προϋπολογισμό καθαριότητας ποσού 3.145.272,60 ευρώ (262.106,05 ευρώ/μήνα X 12 μήνες), προϋπολογισμό διετίας ποσού 6.290.545,20 ευρώ (3.145.272,60 ευρώ/έτος X 2 έτη) και προϋπολογισμό τριετίας, εφόσον ασκηθεί το δικαίωμα προαίρεσης, ποσού 9.435.817,80 ευρώ (3.145.272,60 ευρώ/έτος X 3 έτη) ευρώ.

25. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι, εκκρεμούσας ακόμη της διαγωνιστικής διαδικασίας για την ανάθεση μακροχρόνιας σύμβασης καθαριότητας προέβη, μετά από έγκριση της ΕΑΑΔΗΣΥ, σε ανάθεση εξαμηνιαίας σύμβασης κατ' άρθρο 32 ν. 4412/2016 στην ήδη προσφεύγουσα με μηνιαία τιμή προσφοράς, η οποία υποβλήθηκε στις 30/11/2022, ποσού 265.359,85 ευρώ με ΦΠΑ. Ισχυρίζεται δε ότι υπολογιζόμενη ακόμη και με αυτή την τελευταία τιμή, η δαπάνη εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης για τρία (3) χρόνια ανέρχεται σε ποσό 9.552.954,60 ευρώ με ΦΠΑ, ήτοι σε ποσό χαμηλότερο της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της προσβαλλόμενης Διακήρυξης ποσού 9.650.000,00 ευρώ με ΦΠΑ.

26. Με τα ανωτέρω δεδομένα, η αναθέτουσα αρχή τεκμηριώνει παραθέτοντας σχετική αιτιολογία με τις απόψεις της τον τρόπο κατάρτισης του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης, ο οποίος ανάγεται στη δαπάνη για την παροχή αντίστοιχων υπηρεσιών κατά το τελευταίο έτος, σύμφωνα με το άρθρο 6 παρ. 11 ν. 4412/2016, λαμβανομένου υπόψη και ότι, λόγω των κανονιστικών μεταβολών που μεσολάβησαν σε σχέση με το ύψος του κατώτατου μισθού και των ποσοστών ασφαλιστικών εισφορών, η λήψη υπόψη δεδομένων προηγούμενου διαστήματος θα ήταν απρόσφορη. Η δε προσφεύγουσα, δεν προβάλλει ότι κατά την κατάρτιση του προϋπολογισμού της σύμβασης η αναθέτουσα αρχή δεν έλαβε υπόψη της ή παραβίασε οποιαδήποτε διάταξη της εργατικής ή κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί νόμιμα την κατάρτιση του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης.

27. Σε κάθε περίπτωση, ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος, διότι στηρίζεται σε υπολογισμούς που δεν βρίσκουν έρεισμα στη Διακήρυξη, αλλά σε αυθαίρετες παραδοχές της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα έχει υπολογίσει το εργατικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, όπως αναφέρει στην προσφυγή της, στη βάση της απασχόλησης συγκεκριμένου αριθμού εργαζομένων πλήρους ή μερικής απασχόλησης, ως εξής: «*ΤΜΗΜΑ Α: 59 άτομα για τις ημέρες από Δευτέρα έως Παρασκευή, εκ των οποίων 58 άτομα με 8ωρη απασχόληση (μερική απασχόληση με ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών 26,71%, δεδομένου ότι υπάγονται στον κλάδο βαρέων) και 1 άτομο με 8ωρη απασχόληση νύχτα (πλήρης απασχόληση με ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών 26,23%, δεδομένου ότι υπάγονται στον κλάδο βαρέων). 39 άτομα για το Σάββατο, εκ των οποίων 38 άτομα με 6ωρη απασχόληση και 1 άτομο με 8ωρη απασχόληση νύχτα. (μερική απασχόληση με ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών 26,71%, δεδομένου ότι υπάγονται στον κλάδο βαρέων). 37 άτομα για την Κυριακή, εκ των οποίων 36 άτομα με 6ωρη απασχόληση (μερική απασχόληση με ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών 26,71%, δεδομένου ότι υπάγεται στον κλάδο βαρέων) και 1 άτομο με 8ωρη απασχόληση νύχτα, (πλήρης απασχόληση με ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών 26,23%, δεδομένου ότι υπάγονται στον κλάδο βαρέων). Δύο (2) επόπτες, έναν επόπτη πρωί και ένα επόπτη απόγευμα, με αυτοπρόσωπη παρουσία στους χώρους*

των κτηρίων καθημερινά από τις 7:00 έως τις 21:00 και θα ελέγχει εάν ο προγραμματισμένος καθαρισμός γίνεται σύμφωνα με τους όρους της σύμβασης (μειωμένη απασχόληση με ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών εργαζόμενου 24,56%). ΤΜΗΜΑ Β: 88 άτομα για τις ημέρες από Δευτέρα έως Παρασκευή, εκ των οποίων 85 άτομα με 6ωρη απασχόληση και 3 άτομα με 5ωρη απασχόληση 39 άτομα για Σάββατο με 6ωρη απασχόληση και 33 άτομα για Κυριακή με 6ωρη απασχόληση(μερική απασχόληση με ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών 26,71%, δεδομένου ότι υπάγονται στον κλάδο βαρέων). Σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ο ανάδοχος θα διαθέτει έναν επόπτη με αυτοπρόσωπη παρουσία στους χώρους των κτηρίων καθημερινά από τις 7:00 έως τις 15:00 και θα ελέγχει εάν ο προγραμματισμένος καθαρισμός γίνεται σύμφωνα με τους όρους της σύμβασης (πλήρη απασχόληση με ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών εργαζόμενου 24,08%)».

28. Όμως, οι πιο πάνω παραδοχές, με βάση τις οποίες η προσφεύγουσα υπολογίζει το εργατικό κόστος για την εκτέλεση της σύμβασης, ανάγονται στην επιχειρηματική επιλογή κάθε διαγωνιζόμενου, και όχι στους όρους της Διακήρυξης, η οποία δεν απαιτεί συγκεκριμένο είδος απασχόλησης (πλήρη, μερική ή μερική τριάντα (30) ωρών εβδομαδιαίως) των εργαζομένων για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών καταλείποντας στους οικονομικούς φορείς την ευχέρεια να καταρτίσουν την προσφορά τους ελεύθερα στη βάση εργαζομένων είτε πλήρους, είτε μερικής απασχόλησης υπό την προϋπόθεση της τήρησης των αντίστοιχων κανόνων εργατικού και κοινωνικοασφαλιστικού δικαίου. Η Διακήρυξη αρκείται στον προσδιορισμό της διάρκειας παροχής των υπό ανάθεση υπηρεσιών καθαριότητας ανά ημέρα και ανά χώρο και των ατόμων που απαιτούνται ανά βάρδια, χωρίς όμως, να προσδιορίζει το είδος της σύμβασης εργασίας των εργαζομένων του αναδόχου που θα απασχοληθούν για την υλοποίηση των προβλέψεων της σύμβασης (πχ κάλυψη οκτάωρης βάρδιας από έναν εργαζόμενο πλήρους απασχόλησης ή από δύο εργαζόμενους τετράωρης απασχόλησης). Δεδομένου δε ότι σε καθένα από τα ανωτέρω είδη απασχόλησης αντιστοιχεί διαφορετικό ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών, όπως συνομολογεί και η προσφεύγουσα, η επιλογή εργαζομένων πλήρους ή μερικής απασχόλησης ή εργαζομένων μερικής απασχόλησης για τουλάχιστον τριάντα ώρες εβδομαδιαίως συμπαρασύρει

αντίστοιχα τη δαπάνη για την κάλυψη των κοινωνικοασφαλιστικών εισφορών και την εν γένει δαπάνη για την εκτέλεση της σύμβασης. Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης δεν επαρκεί για την υλοποίησή της πρέπει να απορριφθεί, διότι δεν στηρίζεται στους όρους της Διακήρυξης, αλλά στον υπολογισμό του εργατικού κόστους εκτέλεσης της σύμβασης βάσει των δικών της επιχειρηματικών επιλογών ως προς τον τρόπο κάλυψης των απαιτήσεων της Διακήρυξης. Κατά συνέπεια, ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τον όρο 2.2.7 της Διακήρυξης, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 11 Ιανουαρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ - ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ - ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ