

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Οκτωβρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Γερασιμούλα
- Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.09.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ) 1317/26.09.2022
προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «... .. – ...
..., ... &» και τον διακριτικό τίτλο «... ..», που εδρεύει στην ...
..., επί της οδού, αρ. ...-..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του «... –» και δη κατά της με αριθμ. πρωτ.
.../26.09.2022 Διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, διά της οποίας
προκήρυξε διεθνή δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων
για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης για τις ανάγκες του -,
προϋπολογισθείσας ετήσιας δαπάνης 550.552,44€ πλέον ΦΠΑ και με
δικαίωμα προαίρεσης για ένα έτος 550.552,44€ πλέον ΦΠΑ. Η εν λόγω
διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων
Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 29.08.2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς επίσης και στη
διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, με α/α συστήματος

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί, δεσμευθεί
και πληρωθεί το νόμιμο ποσό παραβόλου, κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2
του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ύψους
2.760,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), το οποίο υπολογίζεται βάσει
της προϋπολογισθείσας δαπάνης της υπό ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ, η
οποία ανέρχεται σε 550.552,44€ άνευ ΦΠΑ και εν προκειμένω διαπιστώνεται

ότι υπερβαίνει το απαιτούμενο ποσό παραβόλου κατά 7,23€, ποσό το οποίο θα πρέπει να επιστραφεί ως αχρεωστήτως καταβληθέν, ανεξάρτητα από την έκβαση της εξέτασης της προκείμενης προσφυγής.

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής και της δραστηριότητας που ασκεί καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Αρχής, ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017) από την προσφεύγουσα. Κοινοποιήθηκε δε η υπό εξέταση προσφυγή στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, αυθημερόν της ανάρτησης της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, καθώς και την παρ. 1 εδ. α' του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθρου 8 του Π.Δ. 39/2017. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει αποστείλει τις απόψεις επί της προκείμενης προσφυγής, παρόλο που νομίμως εκλήθη προς τούτο.

3. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 361 του Ν. 4412/2016 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ορίζεται ως εξής: «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής

προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης.». Από το συνδυασμό των διατάξεων του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016, συνάγεται ότι η προδικαστική προσφυγή πρέπει να ασκείται εντός της τασσόμενης στο Νόμο (κατά περίπτωση, δεκαήμερης ή δεκαπενθήμερης) προθεσμίας, η οποία κινείται είτε από την επόμενη της κοινοποίησης στον ενδιαφερόμενο της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης είτε από την επομένη της ημέρας κατά την οποία ο τελευταίος λαμβάνει πλήρη γνώση αυτής. Ειδικώς, στην περίπτωση προσβολής όρων προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής εκ μέρους του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα τεκμαίρεται ότι λαμβάνει χώρα μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευσή της στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) και από την επομένη της παρόδου του ως άνω δεκαπενθημέρου κινείται η τασσόμενη στο νόμο δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, εκτός αν από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει πραγματική γνώση της διακήρυξης εκ μέρους του ενδιαφερομένου σε χρόνο προ του δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευσή της στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., οπότε η δεκαήμερη προθεσμία ξεκινάει από την επομένη της πραγματικής γνώσης (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 61/2020, 56/2020, 41/2020, 109/2019, ΑΕΠΠ 7μελούς 13/2020, 12/2020). Ενόψει των ανωτέρω διαλαμβανομένων και δεδομένου ότι από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι α) η δημοσίευση της επίμαχης διακήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. έλαβε χώρα στις 29.08.2022, β) ως η προσφεύγουσα δηλώνει στο έντυπο της προσφυγής της έλαβε γνώση αυτής στις 13.09.2022, όπως εξάλλου προκύπτει και από το υποβληθέν αίτημά της περί παροχής διευκρινήσεων, την ως άνω ημερομηνία, μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, γ) η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται στις 23.09.2022, διά της ανάρτησής της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, γίνεται δεκτό ότι η υπόψη προσφυγή κατατέθηκε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα διά της υπό εξέταση προσφυγής της στρέφεται κατά όρων της κατά τα ως άνω διακήρυξης, υποστηρίζοντας συγκεκριμένα ότι οι «όροι της με αριθμό .../2021 ΑΗΔ Διακήρυξης του «...—» είναι σε απόλυτη αντίθεση και παραβιάζουν τις ρητά

καθοριζόμενες διατάξεις του εσωτερικού δικαίου (...) αλλά και του κοινοτικού δικαίου (...) και δεν επιτρέπουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, με συνέπεια να εμποδίζεται, ή άλλως, να δυσχεραίνεται ουσιαστικά η συμμετοχή της εταιρείας μας στο διαγωνισμό με την υποβολή προσφοράς η οποία να ανταποκρίνεται στις διατάξεις του νόμου, ενώ, σε κάθε περίπτωση, καλούμαστε να συμμετάσχουμε σ' αυτόν κάτω από εξαιρετικά δυσμενείς για την εταιρεία μας προϋποθέσεις. Εξάλλου, με βάση τις απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής για τον αριθμό και το χρόνο απασχόλησης του προσωπικού του αναδόχου, αλλά και τις λοιπές δαπάνες που βαρύνουν τον ανάδοχο, όπως τα στοιχεία αυτά προκύπτουν από τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές, ο προϋπολογισμός της διακήρυξης δεν επαρκεί για την κάλυψη του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους των εργαζομένων που θα απασχοληθούν και κατ' επέκτασιν του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης, με συνέπεια να εμποδίζεται ή, άλλως, να δυσχεραίνεται ουσιαστικά η συμμετοχή της εταιρείας μας στο διαγωνισμό με την υποβολή προσφοράς η οποία να ανταποκρίνεται στις διατάξεις του νόμου, ενώ, σε κάθε περίπτωση, καλούμαστε να συμμετάσχουμε σ' αυτόν κάτω από εξαιρετικά δυσμενείς για την εταιρεία μας προϋποθέσεις.[...] Εν προκειμένω, η εταιρεία μας με έννομο συμφέρον ασκεί την παρούσα προσφυγή κατά της με αριθμό .../2021 ΑΗΔ Διακήρυξης του «...–», εφόσον οι μη νόμιμοι και δυσανάλογοι όροι της διακήρυξης, νοθεύουν τον υγιή ανταγωνισμό και μας στερούν μη νόμιμα το δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό, με άμεση βλάβη των οικονομικών μας συμφερόντων». Αιτείται δε η προσφεύγουσα: «Να ακυρωθεί, άλλως οίκοθεν ανακληθεί ή τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη με αριθμό/2021 ΑΗΔ Διακήρυξη του «...–», κατά το μέρος, που όλως μη νομίμως και κατά παράβαση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, του εσωτερικού και κοινοτικού δικαίου, της αρχής του υγιούς ανταγωνισμού, της διαφάνειας, της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ορίζει συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ποσού 550.552,44 € πλέον Φ.Π.Α. 24% ετησίως, προκειμένου να αναπροσαρμοστεί από την Αναθέτουσα Αρχή η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού σε ποσό το οποίο θα επιτρέπει την υποβολή οικονομικών προσφορών που καλύπτουν το ελάχιστο απαιτούμενο συνολικό κόστος εκτέλεσης της

σύμβασης, σύμφωνα και με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης με αριθμό 02/2021, και παράλληλα με απαλοιφή των εκτεθέντων στην παρούσα όλως μη νόμιμων όρων, όπως επιβάλλουν η αρχή της νομιμότητας, του υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, αλλά και η υποχρέωση προστασίας του δημοσίου συμφέροντος».

5. Επειδή, η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό κρίση σύμβασης, έχοντας προς τούτο εμπειρία, επιθυμεί δε να συμμετάσχει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, πλην, όμως, εξαιτίας των παράνομων και περιοριστικών όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης, ως ειδικότερα αναλύεται με τη προσφυγή της, εμποδίζεται προς τούτο. Στοιχειοθετεί συνεπώς έννομο συμφέρον προς προσβολή των όρων που εμποδίζουν τη συμμετοχή της στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, δοθέντος ότι, οι μη νόμιμοι και δυσανάλογοι όροι της διακήρυξης, ως ισχυρίζεται, της στερούν μη νόμιμα το δικαίωμα συμμετοχής της στο διαγωνισμό, με άμεση βλάβη των οικονομικών της συμφερόντων, δεδομένου ότι η ίδια παρέχει υπηρεσίες φύλαξης αυξημένων απαιτήσεων σε όλη την Ελληνική Επικράτεια, και ως εκ τούτου οι τεθέντες όροι της διακηρύξεως καθώς και η τεθείσα εκ της διακηρύξεως μη νόμιμη προϋπολογισθείσα δαπάνη την εμποδίζουν να συμμετάσχει στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας άρθια και προσηκόντως τη προσφορά της.

6. Επειδή, η ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπεται από την αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας την προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού (άρθρο 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016) κείται εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου και συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους. Τούτο προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρθρων 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές

ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012, C-549/10P TOMRA, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T-201/04 Microsoft, Συλλογή 2007, σ. II- 3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13ης Αυγούστου 2003, 2003/741/EK στην Υπόθεση COMP D3/38.044- NDC Health/I MS Health: Interim Measures C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1, 7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας). Περαιτέρω, συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, αποτυπωθείσα στη διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκαλυμμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών (βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017, ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, 03/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1-1992, σ. 3401, σκ. 11). Συνεπώς, υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δε θα πρέπει να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΕΑΔΗΣΥ 635/2019, 823/2022, 1548-1549/2022). Άλλωστε, η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων δεν περιορίζεται μόνο σε όσους λαμβάνουν μέρος σε προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία, ως προσφέροντες, αλλά εκτείνεται στο σύνολο των δυνητικών προμηθευτών (βλ. αποφ. ΔΕΕ υποθ. 507/03, C-95/10 και Τμήμα VI Ε.Σ 940/2014, 1606/2016). Οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να εξασφαλίζουν την ανάπτυξη ελεύθερου ανταγωνισμού καθώς και

την ισότιμη και απρόσκοπτη πρόσβαση των ενδιαφερομένων που συμμετέχουν στις διαγωνιστικές διαδικασίες φορέων. Ενόψει των ανωτέρω θεμελιωδών αρχών, ο αναθέτων φορέας είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερος να διαμορφώνει κατά την κρίση του τους όρους της διακήρυξης, ωστόσο οι θεσπιζόμενες τεχνικές και άλλες προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΕΑ ΣΤΕ 9/2015, 415/2014, ΔΕφ Πει 26/2020 κ.ά.). Συνεπώς, τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό λόγο ... συμφέροντος και να μην είναι δυσανάλογοι με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Τμ. Μείζονος - Επταμελούς Σύνθεσης Ε.Σ. 3065/2014, 7380, 6022/2015, Στ Κλ. ΕΣ 12/2016, Στ Κλ. ΕΣ Πράξη 44/2018). Περαιτέρω, όσο πιο περιοριστικός επί του ανταγωνισμού είναι ο όρος τόσο περισσότερο αναγκαίος θα πρέπει να παρίσταται αυτός, για την επίτευξη του συμβατικού σκοπού και τόσο πιο στενά συνδεδεμένος με την προστασία και προώθηση των τυχόν νομικών υποχρεώσεων και του έργου της αναθέτουσας, ως και του συνδεδεμένου με το συμβατικό αντικείμενο δημοσίου συμφέροντος (ΑΕΠΠ 248/2019).

7. Επειδή, περαιτέρω, με την αρχή της νομιμότητας, που διέπει το σύνολο της διοικητικής δράσης, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία, ελλείψει σχετικής ρήτρας στη διακήρυξη, οι διαγωνιζόμενοι θα μπορούσαν να διαμορφώνουν την προσφορά τους και κάτω του ελάχιστου, κατά το νόμο, εργατικού κόστους, ο δε έλεγχος του στοιχείου αυτού δεν θα γινόταν κατά την κατάθεση των προσφορών αλλά μετά τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, δεν παραβιάζει μόνον την αρχή της νομιμότητας της διοικητικής δράσης, αλλά δημιουργεί συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού και προσκρούει, για το λόγο αυτό και στις αρχές της ισότητας

των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008, 791/2008), αφού οδηγεί σε μειονεκτική θέση τους καλόπιστους διαγωνιζόμενους, οι οποίοι διαμορφώνουν την προσφορά τους σεβόμενοι τις απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης, ως προς ό,τι αφορά τους όρους αμοιβής και ασφάλισης του απασχολούμενου προσωπικού.

8. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της διατείνεται η προσφεύγουσα ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη της επίμαχης υπό ανάθεση σύμβασης έχει τεθεί κατά παράβαση της εσωτερικής και κοινοτικής νομοθεσίας, καθόσον η ως άνω προϋπολογισθείσα δαπάνη της προσβαλλόμενης διακήρυξης, με βάση τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής σχετικά με τον αριθμό και το χρόνο απασχόλησης του προσωπικού του αναδόχου, αλλά και τις λοιπές δαπάνες που βαρύνουν τον ανάδοχο, όπως τα στοιχεία αυτά προκύπτουν από τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές, παραβιάζει την εργατική νομοθεσία και δεν επαρκεί για την κάλυψη του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης.

9. Επειδή, το ... διά της προσβαλλόμενης διακήρυξης του προκήρυξε, ανοικτό διεθνές ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την επιλογή αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών και με δικαίωμα παράτασης για ένα (1) επιπλέον έτος, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης ύψους 1.101.104,88€ πλέον ΦΠΑ 24% ή 1.365.370,06€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, όπως αναλυτικά περιγράφονται στο Παράρτημα 1 της υπόψη διακήρυξης, που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης. Σχετικά με τα ως άνω τιθέμενα ζητήματα, προβλέπονται τα εξής στην προσβαλλόμενη διακήρυξη: «1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ» του «...—... ...» για χρονικό διάστημα 12 μήνες από την υπογραφή της σύμβασης με δικαίωμα προαίρεσης για επιπλέον 12 μήνες, μετά τη λήξη της αρχικής σύμβασης. Αναλυτική περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στο Παράρτημα 1 της παρούσας διακήρυξης. Η εν λόγω υπηρεσία κατατάσσεται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων

συμβάσεων (CPV) : ...-... Υπηρεσίες Φύλαξης. Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για ένα (1) έτος ανέρχεται στο ποσό των 682.685,03€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 550.552,44 €) Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης εφόσον ενεργοποιηθεί το δικαίωμα προαίρεσης της σύμβασης για δώδεκα (12) επιπλέον μήνες, δηλαδή συνόλου σύμβασης για εικοσιτέσσερις (24) μήνες ανέρχεται στο ποσό των 1.365.370,06€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 1.101.104,88 €). Προσαύξηση φυσικού και οικονομικού αντικειμένου- Δικαίωμα προαίρεσης (παράτασης σύμβασης) Η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα να παρατείνει τη διάρκεια της σύμβασης, με μονομερή της δήλωση (απόφαση) που ασκείται πριν από τη λήξη αυτής, για δώδεκα (12) επιπλέον μήνες, με έναρξη την επομένη της ημερομηνίας λήξης, με τους ίδιους όρους της αρχικής σύμβασης (τροποποίηση της αρχικής σύμβασης κατά τη διάρκειά της σύμφωνα με την περ. α) της παρ. 1 του άρθρου 132 του ν. 4412/2016) [...] 2.4 Κατάρτιση - Περιεχόμενο Προσφορών 2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα 1 της Διακήρυξης, για όλες τις περιγραφόμενες υπηρεσίες. [...] 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/ Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης, όπως ορίζεται κατωτέρω: 1. το Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς του υποδείγματος του Παραρτήματος ΙΙΙ της διακήρυξης και 2. την Ανάλυση Οικονομικής Προσφοράς του τρόπου-μεθόδου υπολογισμού προσδιορισμού αυτής της τιμής. Το Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς συντάσσεται υποχρεωτικά σύμφωνα το υπόδειγμα του Παραρτήματος ΙΙΙ της διακήρυξης. Το υπόδειγμα συμπληρώνεται, χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή του, από τους οικονομικούς φορείς, σύμφωνα με την κείμενη εργατική, ασφαλιστική και σχετική νομοθεσία επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς. Η τιμή για καθένα από τα πεδία του υποδείγματος θα είναι μια και μοναδική. Η αναγραφή της τιμής σε Ευρώ (€) μπορεί να γίνεται μέχρι δύο δεκαδικά ψηφία. Το ύψος της Οικονομικής Προσφοράς δεν θα πρέπει να ξεπερνά την προϋπολογισθείσα δαπάνη. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων

κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις αναλύονται στην παρ. 5.1.2 και στο Μέρος Β του Παραρτήματος Ι της παρούσας. Το εκάστοτε ποσοστό ΦΠΑ επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Επισημαίνεται, ότι ο Προσφερόμενος Βασικός Μηνιαίος Μισθός πρέπει να είναι ίσος ή μεγαλύτερος από τον κατώτατο μηνιαίο μισθό, δηλαδή ο μισθός αυτός, θα πρέπει να είναι ίσος ή μεγαλύτερος από το βασικό μισθό όπως αυτός ορίζεται από την απόφαση οικ. 4241/127 (Β' 173/30.01.2019) της Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Αλληλεγγύης όπως ισχύει. [...]. 3. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής προβλεπόμενα στο άρθρο 68 του ν.3863/2010 (Α' 115): α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. Ο αριθμός των εργαζομένων ανά Τμήμα της σύμβασης αναφέρεται στο Παράρτημα Β, παρ. Β.4.1. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας σε βάρδιες οκτάωρης απασχόλησης. Δεν επιτρέπεται η υποβολή προσφοράς με πρόβλεψη ημιαπασχόλησης. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. Αντίγραφο της επισυνάπτεται στην Οικονομική Προσφορά. 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. Οι οικονομικοί φορείς (εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης) εξειδικεύουν υποχρεωτικά, με ποινή αποκλεισμού, σε χωριστό κεφάλαιο της Οικονομικής Προσφοράς τους υπό τον τίτλο «Ανάλυση Οικονομικής Προσφοράς», τα ως άνω στοιχεία της Οικονομικής Προσφοράς, όπου θα αναλύεται επαρκώς και με σαφήνεια ο τρόπος-μέθοδος υπολογισμού-προσδιορισμού των στοιχείων αυτής της τιμής. 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, το οποίο θα προσδιορίζεται και θα αιτιολογείται αναλυτικά στο εν λόγω χωριστό κεφάλαιο Ανάλυση Οικονομικής Προσφοράς. [...] Για την ορθή ανάλυση του εύλογου ποσοστού διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών, των

αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων προτείνεται στους οικονομικούς φορείς να συμβουλευτούν την Απόφαση 6/2016 και κάθε άλλη σχετική Απόφαση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. Το εργατικό κόστος θα υπολογιστεί υποχρεωτικά, επί ποινή αποκλεισμού, με το ημερομίσθιο ή ωρομίσθιο ανά περίπτωση για άγαμο εργαζόμενο με τριετή προϋπηρεσία κατ' ελάχιστο, βάσει της ισχύουσας Εθνικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. [...]. 4. Οποιαδήποτε μεταβολή στην ισχύουσα νομοθεσία που διέπει την παρούσα διακήρυξη αφενός είναι δεσμευτική για τον ανάδοχο ο οποίος και οφείλει να εφαρμόσει τις τυχόν αλλαγές άμεσα, αφετέρου δεν δύναται σε καμία περίπτωση η μεταβολή αυτή να προκαλέσει οποιαδήποτε πρόσθετη οικονομική επιβάρυνση για την Αρχή. [...] 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: κα) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης. [...]

5.1.7. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση ύψους 2% υπέρ Οργανισμών Ψυχικής Υγείας β) Κράτηση ύψους 0,07% υπέρ των λειτουργικών αναγκών της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, σύμφωνα με την παρ. 7 του άρθρου 375 του Ν.4412/2016, επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Επί της εν λόγω κράτησης επιβάλλεται χαρτόσημο 3% και κράτηση υπέρ ΟΓΑ ποσοστού 20% επί του χαρτοσήμου. γ) Κράτηση ύψους 0,06% υπέρ των λειτουργικών αναγκών της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών,

σύμφωνα με την παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και την ΚΥΑ 1191/17 (ΦΕΚ 969B/22-3-2017) επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων, επιβάλλεται δε επί της αξίας κάθε αρχικής, τροποποιητικής ή συμπληρωματικής σύμβασης, καθώς και επί της αξίας κάθε είδους δικαιώματος προαίρεσης. Επί της εν λόγω κράτησης επιβάλλεται χαρτόσημο 3% και κράτηση υπέρ ΟΓΑ ποσοστού 20% επί του χαρτοσήμου. δ) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. [...]. ε) Παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί της καθαρής συμβατικής αξίας των υπηρεσιών (άρθρο 64 του Ν.4172/2013)» Στο δε Παράρτημα 1, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης, ορίζεται: «ΓΕΝΙΚΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΑΝΑΔΟΧΟΥ Ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος: 3.1 Να διαθέτει τα παρακάτω άτομα: - την Νοσοκομειακή μονάδα ... δεκαεπτά (17) άτομα σε βάρδιες οκτάωρης απασχόλησης (πρωί –απόγευμα- νύχτα) και - για την Νοσοκομειακή μονάδα Αμ. Φλέμιγκ ένα (1) άτομο σε βάρδια για απογευματινή οκτάωρη απασχόληση για την πύλη εισόδου της πτέρυγας ... και ένα (1) άτομο σε βάρδια για οκτάωρη απασχόληση (πρωί, απόγευμα, νύχτα) για την πύλη εισόδου της πτέρυγας Να διαθέτει αυτοκίνητο για 24ωρη εποχούμενη περιπολία στον περιβάλλοντα χώρο του».

10. Επειδή, από τους παρατεθέντες στη προηγούμενη σκέψη της παρούσας όρους της προσβαλλόμενης διακήρυξης ρητώς προκύπτει ότι προβλέπονται τα εξής: α) η εκτιμώμενη αξία της υπόψη σύμβασης για ένα (1) έτος ανέρχεται στο ποσό των 550.552,44€ άνευ ΦΠΑ, β) δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ενεργοποιήσει δικαίωμα προαίρεσης της σύμβασης για δώδεκα (12) επιπλέον μήνες, γ) ο προσφερόμενος βασικός μηνιαίος μισθός πρέπει να είναι ίσος ή μεγαλύτερος από τον κατώτατο μηνιαίο μισθό, δηλαδή ο μισθός αυτός, θα πρέπει να είναι ίσος ή μεγαλύτερος από το βασικό μισθό όπως αυτός ορίζεται από την απόφαση οικ. 4241/127 (ΦΕΚ Β' 173/30.01.2019) της Υπουργού Εργασίας, ήτοι, ως ορίζεται στην ανωτέρω Υπουργική Απόφαση, για τους υπαλλήλους ο κατώτατος μισθός ανέρχεται στα 650,00€ και για τους εργατοτεχνίτες το κατώτατο ημερομίσθιο στα 29,04€, δ) ο ανάδοχος επιβαρύνεται από τις παρατεθείσες στον όρο 5.1.7 της διακήρυξης υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλης επιβάρυνσης,

σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ε) ο ανάδοχος θα πρέπει να διαθέσει δεκαεπτά (17) άτομα σε βάρδιες οκτάωρης απασχόλησης (πρωί –απόγευμα- νύχτα), ένα (1) άτομο σε βάρδια για απογευματινή οκτάωρη απασχόληση και ένα (1) άτομο σε βάρδια για οκτάωρη απασχόληση (πρωί, απόγευμα, νύχτα), ως επίσης και αυτοκίνητο για εικοσιτετράωρη εποχούμενη περιπολία στον περιβάλλοντα χώρο του

Επομένως, εκ των ανωτέρω ορισθέντων και βάσει αυτών υπολογισμών που προκύπτουν, εν προκειμένω και για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης απαιτούνται 33,6 άτομα πλήρους οκτάωρης απασχόλησης. Και τούτο διότι: α) $17 \text{ άτομα} \times 8 \text{ ώρες απασχόλησης ανά άτομο} \times 7 \text{ ημέρες} = 952 \text{ ώρες ανά εβδομάδα}$, β) $(1 \text{ άτομο} \times 8 \text{ ώρες απασχόλησης} \times 7 \text{ ημέρες}) + (3 \text{ άτομα} \times 8 \text{ ώρες} \times 7 \text{ ημέρες}) = 224 \text{ ώρες ανά εβδομάδα}$, γ) $3 \text{ άτομα} \times 8 \text{ ώρες απασχόλησης ανά άτομο} \times 7 \text{ ημέρες} = 168 \text{ ώρες ανά εβδομάδα}$, Σύνολο : $(952 + 224 + 168) / 40 \text{ ώρες ανά εβδομάδα ανά εργαζόμενο} = 33,6 \text{ άτομα πλήρους οκτάωρης απασχόλησης}$. Για τη νυχτερινή απασχόληση των εργαζομένων, προκύπτουν 56 ώρες νυχτερινής απασχόλησης ανά ημέρα. Και τούτο ειδικότερα διότι: α) $5 \text{ άτομα} \times 8 \text{ ώρες απασχόλησης ανά άτομο} = 40 \text{ ώρες}$, β) $1 \text{ άτομο} \times 8 \text{ ώρες απασχόλησης} = 8 \text{ ώρες}$, γ) $1 \text{ άτομο} \times 8 \text{ ώρες απασχόλησης} = 8 \text{ ώρες}$, Σύνολο: $40 + 8 + 8 = 56 \text{ ώρες νυχτερινής απασχόλησης ανά ημέρα}$. Για την απασχόληση Κυριακή και αργίες απαιτούνται 192 ώρες ανά Κυριακή – Αργία, διότι: α) $17 \text{ άτομα} \times 8 \text{ ώρες απασχόλησης ανά άτομο} = 136 \text{ ώρες}$, β) $(1 \text{ άτομο} \times 8 \text{ ώρες απασχόλησης}) + (3 \text{ άτομα} \times 8 \text{ ώρες απασχόλησης ανά άτομο}) = 32 \text{ ώρες}$, γ) $3 \text{ άτομα} \times 8 \text{ ώρες απασχόλησης ανά άτομο} = 24 \text{ ώρες}$, Σύνολο : $136 + 32 + 24 = 192 \text{ ώρες ανά Κυριακή – Αργία}$. Επομένως οι μικτές αποδοχές απασχολούμενου προσωπικού είναι 316.229,76€ ($784,30 \text{ € κατώτατος μισθός} \times 12 \text{ μήνες} \times 33,6 \text{ άτομα} = 316.229,76 \text{ € μικτές αποδοχές προσωπικού}$), το επιπλέον κόστος νυκτερινής απασχόλησης ανέρχεται σε 24.068,10€ ($365 \text{ ημέρες} \times 56 \text{ ώρες νυκτερινής απασχόλησης} \times 4,71 \text{ € κατώτατο ωρομίσθιο} \times 0,25 \text{ προσαύξηση νυκτερινής απασχόλησης} = 24.068,10 \text{ € επιπλέον κόστος νυκτερινής απασχόλησης}$) και όσον αφορά την επιπλέον απασχόληση Κυριακή-Αργία 41.372,64€ ($61 \text{ Κυριακές – Αργίες} \times 192 \text{ ώρες απασχόλησης κατά τις Κυριακές και τις Αργίες} \times 4,71 \text{ € κατώτατο ωρομίσθιο} \times 0,75$

προσαύξηση απασχόλησης κατά τις Κυριακές και τις Αργίες = 41.372,64€). Όσον αφορά συνεπώς τις μικτές αποδοχές μηνιαίου μισθού, το κόστος εν προκειμένω ανέρχεται σε 31.805,88€ (316.229,76€ μικτές αποδοχές προσωπικού + 24.068,10€ επιπλέον κόστος νυκτερινής απασχόλησης + 41.372,64€ επιπλέον κόστος απασχόλησης κατά τις Κυριακές και τις Αργίες) / 12 μήνες = 31.805,88€ μικτός μηνιαίος μισθός. Θα πρέπει να συνυπολογισθεί και το κόστος δώρων Πάσχα – Χριστουγέννων, που είναι 49.696,37€ (1,5 μισθός σύμφωνα με την κείμενη εργατική νομοθεσία X 31.805,88€ μικτός μισθός X 1,04166 προσαύξηση δώρων Πάσχα – Χριστουγέννων = 49.696,37€), επιπλέον δε το κόστος επιδόματος αδείας που ανέρχεται σε 15.902,94€ (0,5 μισθός σύμφωνα με την κείμενη εργατική νομοθεσία X 31.805,88 € μικτός μισθός = 15.902,94 €), το κόστος αντικαταστατών εργαζομένων σε κανονική άδεια που είναι 37.272,48€, διότι 1/12 αναλογία ημερών εργασίας / μήνα) X (316.229,76 € μικτές αποδοχές προσωπικού + 24.068,10€ επιπλέον κόστος νυκτερινής απασχόλησης + 41.372,64€ επιπλέον κόστος απασχόλησης κατά τις Κυριακές και τις Αργίες + 49.696,37€ κόστος Δώρων Πάσχα – Χριστουγέννων + 15.902,94 € κόστος επιδόματος αδείας) = 37.272,48€. Επιπροσθέτως, στο κόστος κάλυψης άδειας αντικαταστάτη, θα πρέπει να υπολογισθεί το κόστος αντικαταστατών εργαζομένων σε κανονική άδεια / 12 μήνες, που είναι 3.106,04€ Κόστος κάλυψης άδειας αντικαταστάτη. Επομένως, στις πάσης φύσεως αποδοχές προκύπτουν τα εξής ποσά: 316.229,76€ μικτές αποδοχές προσωπικού + 24.068,10€ επιπλέον κόστος νυκτερινής απασχόλησης + 41.372,64€ επιπλέον κόστος απασχόλησης κατά τις Κυριακές και τις Αργίες + 49.696,37€ κόστος Δώρων Πάσχα – Χριστουγέννων + 15.902,94€ κόστος επιδόματος αδείας + 37.272,48€ Κόστος αντικαταστατών εργαζομένων σε κανονική άδεια + 3.106,04€ Κόστος κάλυψης άδειας αντικαταστάτη = 487.648,33€ πάσης φύσεως αποδοχές. Σε αυτές προστίθενται και οι εισφορές ΙΚΑ εργοδότη, που είναι (22,29% άρθρο 31 του Ν.4756/2020) 487.648,33 € X 0,2229 =) 108.696,81€, με προκύπτον συνολικό ετήσιο εργατικό κόστος (συμπ. ασφ. εισφορών εργοδότη): 487.648,33 € + 108.696,81 € = **596.345,14€**. Ως εκ τούτων, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, διά της προσβαλλομένης με αρ. 02/2021 ΑΗΔ Διακήρυξης του ... απαιτείται, πλημμελώς, η υποβολή

οικονομικής προσφοράς από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, εντός του ορίου της προϋπολογισθείσας δαπάνης ποσού 550.552,44€ πλέον ΦΠΑ 24% ετησίως, η οποία, ωστόσο, προϋπολογισθείσα δαπάνη, ως αποδεικνύεται εκ των ανωτέρω, 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, το σύνολο του ποσού από τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων και δημοσίου, τη παρακράτηση φόρου 8%, αλλά και τον συνυπολογισμό της ειδικής εισφοράς υπέρ Ε.Λ.Π.Κ ανέρχεται σε 55.625,74€ ([550.552,44 € προσφερόμενη τιμή (συνολικός προϋπολογισμός) $\times$ 0,1554 % = **855,56€** νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων και δημοσίου ετησίως, 550.552,44 € προσφερόμενη τιμή (συνολικός προϋπολογισμός) – 855,56 € νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων και δημοσίου ετησίως] $\times$ 2% κράτηση υπέρ ταμείου ψυχικής υγείας = **10.993,94€**, 550.552,44 € προσφερόμενη τιμή (συνολικός προϋπολογισμός) – 855,56€ νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων και δημοσίου ετησίως – 10.993,94 € κράτηση 2% υπέρ ταμείου ψυχικής υγείας] $\times$ 8% παρακράτηση φόρου = **43.096,24€** παρακράτηση φόρου 8 % ετησίως, και **680,00€** ειδική εισφορά υπέρ Ε.Λ.Π.Κ.) επομένως η ορισθείσα προϋπολογισθείσα δαπάνη που προβλέπεται από την διακήρυξη, ύψους 550.552,44€ πλέον Φ.Π.Α. 24%, εντός της οποίας είναι παραδεκτή η υποβολή οικονομικής προσφοράς από κάθε ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, προκύπτει ότι δεν επαρκεί για την κάλυψη του ελάχιστου νόμιμου κόστους εκτέλεσης 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 παραπλήσια με τα ως άνω τιθέμενα ζητήματα ή και ομοίου

περιεχομένου διατύπωσαν, διά αιτημάτων διευκρινήσεων τους, πέντε ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς, χωρίς η αναθέτουσα αρχή να έχει παράσχει τις ζητούμενες διευκρινήσεις, ενώ, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ εμφανίζεται ότι δεν έχει υποβληθεί καμία προσφορά. Ενόψει των ανωτέρω γενόμενων δεκτών, οι προβαλλόμενοι διά του πρώτου λόγου προσφυγής ισχυρισμοί της 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 υπηρεσιών, 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, δεν μπορεί να υποβληθεί παραδεκτή προσφορά από διαγωνιζόμενο, εφόσον, κατά το οικονομικό της σκέλος, δεν έχουν ληφθεί υπόψη, κατά τον υπολογισμό του ελάχιστου κόστους παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών, οι αμοιβές του προσωπικού, όπως αυτές ίσχυαν κατά το χρόνο λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, με βάση την οικεία συλλογική σύμβαση εργασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 134/2011, 873/2010, 628/2010) και τον ορισθέντα κατώτατο μισθό.

11. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμη η απαίτηση περί ύπαρξης ασφαλιστηρίου συμβολαίου αστικής ευθύνης, αξίας ίσης του συνολικού συμβατικού τιμήματος συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και χρόνου ισχύος αντίστοιχου με το χρόνο διάρκειας της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένης και της προαίρεσης και συνεπώς μη νόμιμοι είναι και οι σχετικοί όροι. Συναφώς, στην προσβαλλόμενη διακήρυξη προβλέπονται τα εξής: «2.2.5 Οικονομική και

χρηματοοικονομική επάρκεια Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να: [...] - διαθέτουν Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Αστικής Ευθύνης, αξίας ίσης του συνολικού συμβατικού τιμήματος (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και χρόνο ισχύος αντίστοιχο με το χρόνο διάρκειας της σύμβασης (συμπεριλαμβανομένης και της προαίρεσης). Με το συμβόλαιο θα καλύπτονται ζημίες ή βλάβες που τυχόν θα προκληθούν στο κτηριακό συγκρότημα ή στις εγκαταστάσεις της Αναθέτουσας Αρχής, στο εργαζόμενο σε αυτήν προσωπικό ή σε οποιονδήποτε τρίτο, από υπαιτιότητα του αναδόχου ή των υπαλλήλων του ή των προστηθέντων του, ανεξάρτητα από τον αριθμό των παθόντων, οι οποίοι τυχόν θα εγείρουν αξίωση αποζημίωσης κατά τη διάρκεια της ασφαλιστικής περιόδου, καθώς και η κλοπή κάθε υλικού ή αντικειμένου.[...]. Για την πλήρωση του συγκεκριμένου κριτηρίου επάρκειας δεν απαιτείται η κατοχή του ασφαλιστηρίου κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς. Οι υποψήφιοι οφείλουν να προσκομίσουν εντός του Φακέλου Τεχνικής Προσφοράς (αντί εν ισχύ ασφαλιστηρίου συμβολαίου) υπεύθυνη δήλωση των ιδίων (τα φυσικά πρόσωπα) ή του νομίμου εκπροσώπου τους (τα νομικά πρόσωπα), με βεβαίωση του γνησίου της υπογραφής τους, ότι σε περίπτωση που αναδειχθούν προσωρινοί Ανάδοχοι, και κληθούν να υποβάλουν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, αναλαμβάνουν την υποχρέωση επί ποινή εκπτώσεως και ολικής κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, να προσκομίσουν ασφαλιστήριο συμβόλαιο, δυνάμει του οποίου θα καλύπτονται οι παραπάνω κίνδυνοι, το οποίο θα αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της σύμβασης που θα υπογραφεί. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, όλες οι ανωτέρω απαιτήσεις πρέπει να πληρούνται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης ή από ένα τουλάχιστον μέλος αυτής. Ο οικονομικός φορέας θα δηλώσει με το ΕΕΕΣ ότι διαθέτει τα ανωτέρω στοιχεία και έγγραφα και θα προσκομίσει τα αποδεικτικά στοιχεία στην Αναθέτουσα Αρχή εφόσον αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος, μετά την αποστολή της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν από την Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 [...] Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα εξής: [...] ε) Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο

Αστικής Ευθύνης Οι οικονομικοί φορείς θα διαθέτουν ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικής αστικής ευθύνης έναντι επαγγελματικών κινδύνων με ποσό ασφάλισης διπλάσιας τουλάχιστον της αξίας του συμβατικού τιμήματος και με χρόνο ισχύος αντίστοιχο με το χρόνο διάρκειας της σύμβασης που θα υπογραφεί, καθώς και το δικαίωμα προαίρεσης, εφ' όσον ασκηθεί. [...] Ο ανάδοχος πριν ή κατά την υπογραφή της σύμβασης υποχρεούται να υποβάλλει: 1) Την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης. 2) Το Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Αστικής Ευθύνης εν ισχύ, προς απόδειξη της οποίας θα υποβληθεί και το σχετικό παραστατικό εξόφλησης του ασφαλιστρού, αξίας τουλάχιστον 1.500.000,00 € και ότι θα το διατηρεί εν ισχύει καθ' όλο τον χρόνο ισχύος της σύμβασης που θα υπογραφεί για ατυχήματα, ζημιές ή βλάβες που τυχόν θα προκληθούν στο κτηριακό συγκρότημα ή στις εγκαταστάσεις του ..., στο εργαζόμενο σε αυτό προσωπικό ή σε οποιονδήποτε τρίτο, από αποκλειστική αμέλεια του αναδόχου ή των υπαλλήλων του ή των προστηθέντων του.»

12. Επειδή, από τους παρατεθέντες στην προηγούμενη σκέψη όρους της προσβαλλόμενης διακήρυξης συνάγεται, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι αυτοί είναι αντιφατικοί μεταξύ των, με αποτέλεσμα να καθιστούν αδύνατη την υποβολή νόμιμης προσφοράς, αλλά και την αντικειμενική κρίση επί των υποβληθεισών προσφορών. Και τούτο διότι οι συμμετέχοντες στον υπό κρίση διαγωνισμό οικονομικοί φορείς δεν δύνανται από το γράμμα της υπό κρίση διακήρυξης να γνωρίζουν με ασφάλεια το είδος του ασφαλιστηρίου συμβολαίου που θα πρέπει να προσκομίσουν ούτε τη διάρκεια που θα πρέπει να έχει το εν ισχύ ασφαλιστήριο συμβόλαιο που θα προσκομίσουν. Ειδικότερα, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 2.2.5 περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ορίζεται ότι θα πρέπει να διαθέτουν ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης, αξίας ίσης του συνολικού συμβατικού τιμήματος (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και με χρόνο ισχύος αντίστοιχο με το χρόνο διάρκειας της επίμαχης σύμβασης συμπεριλαμβανομένης και της προαίρεσης, στο άρθρο Β3, ωστόσο, ορίζεται ότι το ασφαλιστήριο συμβόλαιο θα πρέπει να είναι ποσού ασφάλισης διπλάσιας τουλάχιστον αξίας του συμβατικού τιμήματος και με χρόνο ισχύος αντίστοιχο με το χρόνο διάρκειας της σύμβασης που θα υπογραφεί, καθώς και

το δικαίωμα προαίρεσης, εφ' όσον ασκηθεί, ενώ με τους όρους του άρθρου 3.3 της προσβαλλόμενης διακήρυξης, περί κατακύρωσης - σύναψη σύμβασης, ορίζεται ότι το ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης θα πρέπει να είναι αξίας τουλάχιστον 1.500.000,00 € και ισχύος ταυτόσημης του χρόνου ισχύος της σύμβασης που θα υπογραφεί. Συνεπεία των ανωτέρω και δοθέντος ότι οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/ απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εν προκειμένω θα πρέπει να γίνουν δεκτοί ως νόμω και ουσία βάσιμοι. Ως εκ τούτου, οι σχετικοί (προσβαλλόμενοι) όροι θα πρέπει να τροποποιηθούν ή ακυρωθούν. Επιπλέον, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η συμπερίληψη της προαίρεσης στην ελάχιστη διάρκεια του ασφαλιστηρίου συμβολαίου περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, δεδομένου ότι κατά τη συνήθη πρακτική στην αγορά τα ασφαλιστήρια συμβόλαια έχουν ετήσια χρονική διάρκεια. Πρωτίστως όμως αποτελεί όρο περιοριστικό και απρόσφορο, δοθέντος ότι η ενεργοποίηση του δικαιώματος προαίρεσης από την αναθέτουσα αρχή αφορά σε γεγονός μελλοντικό και αβέβαιο. Mutatis mutandis ισχύουν τα προαναφερθέντα και σχετικά με το ποσό του ασφαλιστηρίου συμβολαίου. Άλλοις λόγοις, τα χρηματικά όρια του ασφαλιστηρίου συμβολαίου θα πρέπει να καθοριστούν επί τη βάση της επίμαχης σύμβασης, ήτοι της προϋπολογισθείσας ετήσιας δαπάνης της, μη συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, η ενεργοποίηση του οποίου, ως προελέχθη, στηρίζεται σε γεγονός αβέβαιο, υποθετικό και μελλοντικό.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω κριθέντων και γενόμενων δεκτών των λόγων προσφυγής κατά τα εκτενώς αναλυθέντα, στο πλαίσιο εφαρμογής των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών

σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ως ισχύει, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΣτΕ ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C448/2001, ENVAG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95) ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξαιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η προσβαλλόμενη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

14. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και γενόμενης δεκτής της εξεταζόμενης προσφυγής, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το παράβολο, σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη Προσφυγή.

Ακυρώνει τη προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Οκτωβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 10 Νοεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ