

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 10.09.2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.08.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 988/12.08.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «.....», η οποία εδρεύει επί της και, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του, που εδρεύει στα, οδός αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται και για την ακύρωση της υπ' αρ. διακήρυξης (εφεξής «η προσβαλλόμενη πράξη») ή όρων αυτής, αναφορικά με την ανάθεση σύναψης σύμβασης, με αντικείμενο την καθαριότητα των κοινόχρηστων χώρων και δημοτικών υπηρεσιών ευθύνης της ανωτέρω αναθέτουσας αρχής,

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτούνταν όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της υπό κρίση Προσφυγής, αίτημα το οποίο έγινε αποδεκτό με την υπ' αριθ. Α 380/2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και ανεστάλη η περαιτέρω πρόοδος της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης και ορίστηκε ως κατάλληλο μέτρο η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών μετά είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία ορισμού εξέτασης της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64), ποσού 7.784,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. διακήρυξη τουπροκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, διεθνούς διαγωνισμού, για την ανάθεση σύναψης σύμβασης, με αντικείμενο την καθαριότητα των κοινόχρηστων χώρων και δημοτικών υπηρεσιών ευθύνης της ανωτέρω αναθέτουσας αρχής για ένα έτος, προϋπολογισμού 1.556.612,76 άνευ Φ.Π.Α. (1.930.199,72 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 17.07.2019 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (παροχή υπηρεσίας), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής (16.07.2019) της Προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. (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 Α.Ε.Π.Π., 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).

4. Επειδή, στο άρθρο 361 παρ. 1 περ. (γ) έδαφ. β΄ Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017 προβλέπεται ότι «1. (σ)ε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ». Συνεπώς και σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 361 παρ. 1 περ. (γ) έδαφ. β΄ του Ν. 4412/2016 και αντιστοίχως του άρθρου 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017 προκύπτει ότι προβλέπεται δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης, ενώ πλήρης γνώση της προκήρυξης τεκμαίρεται σε κάθε περίπτωση μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. Περαιτέρω, από το περιεχόμενο του εν λόγω κανόνα δικαίου και τη γραμματική ερμηνεία αυτού συνάγεται διάκριση του χαρακτήρα της πλήρους γνώσης για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης σε πραγματική και τεκμαιρόμενη, ως εκ τούτου διαφοροποιείται αναλόγως το χρονικό σημείο εκκίνησης της προθεσμίας για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής. Ήτοι, σε περίπτωση πραγματικής γνώσης, η προθεσμία συνίσταται σε δέκα ημέρες από το γεγονός που προσδιορίζει την πραγματική γνώση της προκήρυξης, ενώ σε περίπτωση τεκμαιρόμενης γνώσης, η προθεσμία συνίσταται σε δέκα ημέρες από την πάροδο του δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση της προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (ΑΕΠΠ Α 5/2017). Η ανωτέρω ερμηνεία στοιχεί και με το προϊσχύσαν νομοθετικό πλαίσιο, καθώς οι δύο αυτές περιπτώσεις, πραγματικής και τεκμαιρόμενης γνώσης της προκήρυξης, προβλέπονταν και υπό το πρίσμα του άρθρου 4 παρ. 3 του προϊσχύσαντος Ν.3886/2010 με τη διαφορά ότι η τεκμαιρόμενη γνώση προσδιοριζόταν νομολογιακά σε εύλογο χρόνο από τη δημοσίευση της προκήρυξης (ΣτΕ ΕΑ 515/2012, 676/2011, ΔΕΦΑΘ 1687/2014, 430/2014).

5. Επειδή, στην υπό κρίση περίπτωση και σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις, η προθεσμία προς άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής έληγε στις 11.08.2019, αφού η υπό εξέταση διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 17.07.2019 και το δεκαπενθήμερο της πλήρους γνώσης αυτής έληξε την 01^η.08.2019, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία προς άσκηση της Προσφυγής και συνεπώς εμπροθέσμως ασκήθηκε η παρούσα στις 07.08.2019. Η δήλωση της προσφεύγουσας (σελ. 3, σημείο Δ της Προσφυγής) ότι έλαβε γνώση της προκήρυξης με την ανάρτηση αυτής στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 17.07.2019, θα πρέπει να γίνει δεκτό

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

ότι έχει το νόημα ότι από την ημερομηνία δημοσίευσης αυτή εκκινεί η τεκμαιρόμενη γνώση της, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, αφού δεν προκύπτει άλλως και με ασφαλή τρόπο πραγματική πλήρης γνώση του περιεχόμενου της προσβαλλόμενης διακήρυξης από την προσφεύγουσα και συνεπώς η γνώση αυτή τεκμαίρεται μετά την πάροδο δέκα πέντε ημερών από τη δημοσίευση αυτής στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (Δ.Εφ.Πειρ. Ν30/2019). Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής με το υπ' αριθ. 38297/13.08.2019 έγγραφο απόψεών της, περί εκπρόθεσμης άσκησης της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, δοθέντος ότι κατατέθηκε στις 07.08.2019, ενώ η τελευταία ημέρα προθεσμίας ήταν η 01.08.2019, τυγχάνει απορριπτέος ως νόμω αβάσιμος.

6. Επειδή, σε περίπτωση άσκησης Προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραδεκτώς προσβάλλονται αυτοί κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, αφού το δικαίωμα άσκησης αυτής, επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται για συμμετοχή σε διαγωνισμό και όχι απλά έχει υποστεί, αλλά και ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, γεγονός που στην περίπτωση της προσβολής όρων διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά, πλην, όμως, η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων της διακήρυξης ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της προσφοράς του, άρα στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Συνεπώς, εν γένει παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα ασκεί την παρούσα κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 3 του Π.Δ. 39/2017, στοιχειοθετώντας το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικείμενου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχοντας άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη και οι προσβαλλόμενοι όροι αυτής, δοθέντος ότι - ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται - δια των συγκεκριμένων προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης υφίσταται ζημία, αφού καθίσταται αφενός υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

της στον εν λόγω διαγωνισμό και αφετέρου τίθεται η υπό διαμόρφωση προσφορά της σε δυσμενέστερη μοίρα έναντι των προσφορών άλλων εν δυνάμει συμμετεχόντων, παραβιάζοντας κατά τούτο η προσβαλλόμενη διακήρυξη την αρχή της ισότητας και της αποφυγής των διακρίσεων των διαγωνιζομένων.

7. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή είναι τυπικά παραδεκτή και θα πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

8. Επειδή, το άρθρο 92 «Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «[...] 5. Ειδικά κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης και ανεξάρτητα από το είδος της διαδικασίας που επιλέγεται από την αναθέτουσα αρχή: α) η αναθέτουσα αρχή, ζητά από τους οικονομικούς φορείς να αναφέρουν υποχρεωτικά στα έγγραφα της σύμβασης, στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τις πληροφορίες/στοιχεία των σημείων α` έως στ` της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 και β) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, στην προσφορά τους να περιλαμβάνουν τις πληροφορίες/στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010». Περαιτέρω, το άρθρο 68 «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών», όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει με την παρ. 1 του άρθρου 22 του Ν.4144/2013 (ΦΕΚ Α' 88/18.4.2013) ορίζει ότι «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο, β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας, γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι, δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων, ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά, στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

χώρων. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι».

9. Επειδή, η προσφεύγουσα, με το πρώτο λόγο της Προσφυγής της, υποστηρίζει ότι θα πρέπει να ακυρωθεί ο όρος 2.4.3.2.δ της διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι παραβιάζεται η αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών, εφόσον με αυτόν απαιτείται η αποκάλυψη οικονομικών στοιχείων με τις τεχνικές προσφορές. Σε συμμόρφωση με τις προπαρατεθείσες - στην ακριβώς ανωτέρω σκέψη - διατάξεις, ο όρος 2.4.3.2. «Τεχνική Προσφορά» της διακήρυξης ορίζει ότι «[...] δ) Οι συμμετέχουσες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού, επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα στοιχεία του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 (ΦΕΚ 115/Α΄/15-07-2010) όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (ΦΕΚ 88/Α΄/18-04-2013), ήτοι : α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Τα ανωτέρω στοιχεία, επί ποινή αποκλεισμού, εξειδικεύονται σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους». Συνεπώς και σύμφωνα με τον προσβαλλόμενο αυτόν όρο της διακήρυξης ζητείται με τον φάκελο της τεχνικής προσφοράς, η αναφορά και προσκόμιση των οριζόμενων στοιχείων το άρθρου 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010. Εντούτοις, από τη διάταξη του άρθρου 92 του Ν. 4412/2016 με την οποία ορίζεται η αναθέτουσα αρχή να ζητά από τους οικονομικούς φορείς να αναφέρουν στην προσφορά τους τα στοιχεία των σημείων α` έτος στ` της παρ. 1 του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010,

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

σαφώς συνάγεται ότι η λέξη «προσφορά» της διάταξης αυτής, αναφέρεται στον φάκελο της οικονομικής προσφοράς και σε αυτόν θα πρέπει να περιλαμβάνονται τα στοιχεία αυτά του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 και όχι σε αυτόν, τον φάκελο, της τεχνικής προσφοράς. Και τούτο διότι από τη διάταξη του άρθρου 68 παρ.1 του Ν. 3863/2010 προκύπτει ότι τα ζητούμενα με την προσφορά στοιχεία αναφέρονται, μεταξύ άλλων, και σε στοιχεία προσδιοριστικά της οικονομικής προσφοράς, ήτοι τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι που πρόκειται να χρησιμοποιηθούν στο έργο, το προϋπολογισθέν ύψος των νόμιμων αποδοχών τους και το ύψος των σχετικών ασφαλιστικών εισφορών. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από την απαίτηση του άρθρου 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010 στην προσφορά να υπολογίζεται εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών, των αναλώσιμων και του εργολαβικού κέρδους, ήτοι θα πρέπει στην προσφορά να αναφέρονται τα οικονομικά μεγέθη των προαναφερόμενων στοιχείων, τα οποία αναφέρονται στον φάκελο της οικονομικής προσφοράς. Περαιτέρω και από την αιτιολογική έκθεση του άρθρου 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010 (σελ. 31) συνάγεται ότι τα στοιχεία αυτά θα πρέπει να αναφέρονται στον φάκελο της οικονομικής προσφοράς και όχι της τεχνικής, αφού αυτά ζητούνται προς έλεγχο και εξακρίβωσης τήρησης της εργατικής νομοθεσίας και του ελάχιστου μισθολογικού κόστους σε σχέση με το μισθολογικό κόστος, το οποίο μισθολογικό κόστος δηλώνεται με τον φάκελο της οικονομικής προσφοράς. Συνεπώς, τα στοιχεία του άρθρου 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010 δηλώνονται στον φάκελο της οικονομικής προσφοράς και δεν θα πρέπει να αποκαλύπτονται πριν το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, αφού αφενός η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και η βαθμολόγηση των οικονομικών προσφορών, συνιστούν απολύτως διακεκριμένες φάσεις της διαδικασίας, προκειμένου να διασφαλίζεται ότι δεν επηρεάζεται η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών από τα στοιχεία της οικονομικής προσφοράς και αφετέρου σύμφωνα με τη γενική αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς (Σ.τ.Ε. 843/2010, Σ.τ.Ε. ΕΑ 880/2010), μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών δεν είναι επιτρεπτή, για οποιονδήποτε λόγο, η το πρώτον ή η εκ νέου αξιολόγηση τεχνικών προσφορών, αφού οι διαδικαστικές αυτές ενέργειες με γνωστές τις

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων δεν διασφαλίζουν συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού (Σ.τ.Ε. 4282, 2321/2009, Σ.τ.Ε. ΕΑ 1177/2009) και για το λόγο αυτόν δεν θα πρέπει να αποκαλύπτονται τα οικονομικά μεγέθη της οικονομικής προσφοράς με το φάκελο της τεχνικής προσφοράς. Κατ' ακολουθίαν και δεδομένου ότι με τον όρο 2.4.3.2.δ της υπό εξέτασης διακήρυξης ζητείται με την τεχνική προσφορά η υποβολή των στοιχείων του άρθρου 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010, ο πρώτος λόγος της υπό κρίσης Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος και να ακυρωθεί ο υπόψη όρος της διακήρυξης.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο της Προσφυγής της υποστηρίζει ότι θα πρέπει να ακυρωθεί ο όρος 2.4.3.2.β της διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι παραβιάζεται η αρχή της διαφάνειας, εφόσον ο όρος αυτός είναι ασαφής και δεν προσδιορίζεται η έννοια της εκτέλεσης «anáλογων υπηρεσιών» του όρου αυτού, επιδεχόμενος κατά τούτο πολλαπλών και αντικρουόμενων ερμηνειών. Ο όρος 2.4.3.2. «*Τεχνική Προσφορά*» της διακήρυξης ορίζει ότι «[...] β) *Υποβολή καταλόγου των κυριότερων ανάλογων υπηρεσιών καθαριότητας που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας της σύμβασης και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Η παροχή υπηρεσιών αποδεικνύεται εάν μεν ο αποδέκτης είναι αναθέτουσα αρχή, με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από την αρμόδια αρχή, εάν δε (ο αποδέκτης) είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του ιδιωτικού φορέα ή, εφόσον τούτο δεν είναι δυνατόν, με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα.* Από τη γραμματική ερμηνεία της διάταξης αυτής της διακήρυξης, σαφώς προκύπτει ότι η απαιτούμενη υποβολή καταλόγου των κυριότερων ανάλογων υπηρεσιών αναφέρεται και προσδιορίζει το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, ήτοι υπηρεσίες καθαριότητας. Και αυτό γιατί το επίθετο «anáλογες» είναι προσδιοριστικό των λέξεων «υπηρεσιών καθαριότητας» και ως εκ τούτου ουδεμία ασάφεια ή πολλαπλή ερμηνεία του όρου αυτού υφίσταται, δεδομένου ότι προσδιορίζεται επακριβώς το είδος των συμβάσεων που οφείλουν να προσκομίσουν οι διαγωνιζόμενοι προς κάλυψη του όρου αυτού και των οποίων το οικονομικό αντικείμενο ουδόλως σχετίζεται με τον όρο αυτόν της διακήρυξης, ει μη μόνον

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

το αντικείμενό τους, δηλαδή συμβάσεις καθαριότητας. Κατ' ακολουθίαν, ο υπόψη λόγος της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

11. Επειδή, το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους [...].

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της Προσφυγής της υποστηρίζει ότι θα πρέπει να ακυρωθεί ο όρος 2.4.3.2.β της διακήρυξης, κατά το μέρος που ορίζει ότι «[...] Η παροχή υπηρεσιών αποδεικνύεται εάν μεν ο αποδέκτης είναι αναθέτουσα αρχή, με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από την αρμόδια αρχή, εάν δε (ο αποδέκτης) είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του ιδιωτικού φορέα ή, εφόσον τούτο δεν είναι δυνατόν, με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα», αφού παραβιάζεται το άρθρο 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι δεν προσδιορίζεται εάν η προσκόμιση σχετικής δήλωσης από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα είναι παραδεκτή, όχι μόνο σε περιπτώσεις αντικειμενικής αδυναμίας διάθεσης της βεβαίωσης από τον ιδιώτη-παραλήπτη των υπηρεσιών, αλλά και σε περιπτώσεις υποκειμενικής αδυναμίας του προσφέροντος να προσκομίσει την κατά τα παραπάνω βεβαίωση. Η διακήρυξη και δη ο όρος 2.4.3.2.β αυτής, σε υιοθέτηση των δυνατοτήτων του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, απαιτεί προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των συμμετεχόντων ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν, ήτοι με την προσκόμιση είτε πιστοποιητικών που έχουν εκδοθεί από την αρμόδια αρχή σε περίπτωση που ο αποδέκτης είναι αναθέτουσα αρχή, είτε βεβαιώσεων ιδιωτικού φορέα, εάν ο αποδέκτης των υπηρεσιών είναι ιδιωτικός φορέας «και εφόσον τούτο δεν είναι δυνατόν, με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα». Από τη γραμματική, τελολογική και συστηματική ερμηνεία του όρου 2.4.3.2.β στο πλαίσιο της διακήρυξης που τίθεται, προκύπτει ότι σε περίπτωση που είναι αδύνατη η προσκόμιση σχετικής βεβαίωσης από τον αποδέκτη των υπηρεσιών, αρκεί απλή δήλωση από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα, δηλαδή ο όρος αυτός σαφώς απαιτεί η προσκόμιση της σχετικής δήλωσης του οικονομικού φορέα να συνοδεύεται και να αποδεικνύεται από σχετικά έγγραφα από τα οποία θα προκύπτει η αδυναμία προσκόμισης σχετικής βεβαίωσης από τον αποδέκτη των υπηρεσιών, η αδυναμία αυτή, δε, εφόσον δεν προσδιορίζεται ειδικότερα κατά τη διακήρυξη καταλαμβάνει κάθε σχετικό προβαλλόμενο λόγο, αντικειμενικό ή υποκειμενικό, υπό την προϋπόθεση απόδειξής του. Ως εκ τούτου, ο όρος 2.4.3.2.β εις ουδέν παραβιάζει τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ.4 του Ν. 4412/2016 και ο σχετικός λόγος της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης». Περαιτέρω, το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια' του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «[...]. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...]». Επέκεινα, σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών [...]. 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε

εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».

14. Επειδή, ο όρος 2.2.5 «Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα» της διακήρυξης ορίζει ότι «[...] γ) να διαθέτουν τον απαιτούμενο τεχνικό εξοπλισμό σύμφωνα με τις απαιτήσεις της μελέτης (προσφερόμενα μηχανήματα και εργαλεία, προδιαγραφές αναλωσίμων και καθαριστικών προϊόντων κλπ)». Περαιτέρω, στο Παράρτημα Β «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ-ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΜΕΛΕΤΗΣ ΓΙΑ ΤΟ: ΤΜΗΜΑ 2 «ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ «ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΣΑΡΩΣΗ ΟΔΩΝ» της διακήρυξης και στον όρο 2.5 «Εξοπλισμός – Μηχανικά μέσα» αυτού ορίζεται ότι «(ο) ανάδοχος υποχρεούται επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτει και να το αποδεικνύει με έγγραφα, ιδιόκτητα ή μισθωμένα τα παρακάτω μέσα – εξοπλισμό που απαιτούνται για τη σωστή εκτέλεση της υπηρεσίας: [...] (έ)να (1)

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

αναρροφητικό σάρωθρο χωρητικότητας 5 έως μέτρων επί πλαισίου αυτοκινήτου [...] Ένα (1) γερανοφόρο (αρπάγη – καλάθι) [...]». Η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο της Προσφυγής της υποστηρίζει ότι θα πρέπει να ακυρωθεί ο όρος 2.2.5 της διακήρυξης αφού σε συνδυασμό με τον όρο 2.5 (σελ. 64 και 65 της διακήρυξης), υφίσταται παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, κατά το μέρος που με τους όρους αυτούς απαιτείται κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών, οι συμμετέχοντες να διαθέτουν ιδιότητα ή μισθωμένα τα εκεί μνημονευόμενα μηχανήματα, ενώ επιπλέον άκρως περιοριστικώς, από τεχνική άποψη και χωρίς να εξυπηρετείται καμία καλώς εννοούμενη σκοπιμότητα αναφορικά με την αποτελεσματικότερη και ποιοτικότερη εκτέλεση της σχετικής υπηρεσίας απαιτείται το αναρροφητικό σάρωθρο όπως είναι κατασκευασμένο ώστε να τίθεται και να λειτουργεί «επί πλαισίου αυτοκινήτου», αποκλείοντας σάρωθρα με ακριβώς ίδια τεχνικά χαρακτηριστικά, που όμως είναι αυτοκινούμενα, πολλώ δε μάλλον, η απαίτηση διάθεσης του μηχανήματος «επί πλαισίου αυτοκινήτου» επιβαρύνει την εκτέλεση των σχετικών εργασιών καθώς, αναγκαστικά, αυξάνει τις μη ωφέλιμες διαστάσεις του μηχανήματος (ως ωφέλιμες διαστάσεις του μηχανήματος νοούνται, αυτονοήτως, αυτές που αφορούν τα κ.μ. χωρητικότητας του σαρώθρου), περιορίζοντας έτσι τη δυνατότητα κίνησης του μέσα στην πόλη και τη δυνατότητα του για ελιγμούς με αποτέλεσμα τη βραδύτερη εκτέλεση των σχετικών εργασιών, ενώ είναι από τεχνικής απόψεως ακατανόητο για ποιο λόγο απαιτείται η διάθεση γερανοφόρου (αρπάγη-καλάθι) οχήματος τη στιγμή που οι σχετικές εργασίες μπορούν να εκτελεστούν κατά απολύτως ισοδύναμο τρόπο με τη χρήση ανυψωτικού καλαθοφόρου οχήματος, τη στιγμή δε που το τελευταίο είδος μηχανήματος είναι και το συνήθως απαιτούμενο σε αντίστοιχα έργα.

15. Επειδή, όπως γίνεται δεκτό, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007). Ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικείμενου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3^η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurttemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως και πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού. Τούτων λεχθέντων, στην υπό κρίση περίπτωση και κατά το μέρος που ο όρος 2.5 της διακήρυξης απαιτεί *«(ο) ανάδοχος (υποχρεούται) επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτει και να το αποδεικνύει με έγγραφα, ιδιότητα ή μισθωμένα τα παρακάτω μέσα – εξοπλισμό που απαιτούνται για τη σωστή εκτέλεση της υπηρεσίας: [...]»*, παρέπεται ότι αυτός είναι δυσανάλογος σε σχέση με το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα της υπό ανάθεση σύμβασης, αφού περιορίζει υπέρμετρα και αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, απαιτώντας την απόκτηση ή τη μίσθωση του συνόλου των μηχανημάτων που μνημονεύονται στις σελίδες 64-65 του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης ήδη κατά την κατάθεση της προσφοράς, μην παρέχοντας τη δυνατότητα απόδειξης με ηπιότερα μέσα ότι τα εν λόγω μηχανήματα θα βρίσκονται στη διάθεση των συμμετεχόντων, εφόσον αυτοί κηρυχθούν προσωρινοί ανάδοχοι. Άλλοις λόγοις, ο όρος αυτός, αποκλείοντας την απόδειξη με ηπιότερα μέσα, ήτοι με την προσκόμιση σχετικών προσυμφώνων μίσθωσης, ότι τα εν λόγω μηχανήματα θα βρίσκονται στη διάθεση των συμμετεχόντων, εφόσον αυτοί κηρυχθούν προσωρινοί ανάδοχοι, έτσι ώστε οι τελευταίοι να επιβαρυνθούν με τη σχετική δαπάνη μόνο αφ' ης στιγμής ανακηρυχθούν προσωρινοί μειοδότες, περιορίζει υπέρμετρα και πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού της υπό ανάθεση σύμβασης, τον ανταγωνισμό. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από το

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

γεγονός ότι προβλεπόταν στην υπό εξέταση διακήρυξη ιδιαίτερα μεγάλο χρονικά διάστημα μεταξύ της υποβολής των προσφορών (21.08.2019) και της εκκίνησης εκτέλεσης των εργασιών, περίπου εννέα μηνών, σύμφωνα με τον όρο 1.3 της διακήρυξης, ο οποίος ορίζει ότι *«(ο)ι συμβάσεις δεν μπορούν να υπογραφούν, για το τμήμα 1 πριν την 01-06-2020, για το τμήμα 2 πριν την 18-05-2020, για το τμήμα 3 πριν την 01-06-2020, για το τμήμα 4 πριν την 13-06-2020, ημερομηνίες που λήγουν οι ήδη υπάρχουσες συμβάσεις»*, γεγονός που καθιστά τον όρο περί απόκτησης ή μίσθωσης του συνόλου των μηχανημάτων που μνημονεύονται στις σελίδες 64-65 του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης κατά την υποβολή της προσφοράς ανατιολόγητα περιοριστικό από τη στιγμή που δεν επιτρέπει την απόδειξη πλήρωσής του με ηπιότερα, πλήν όμως, εξίσου αποτελεσματικά μέσα. Ωσαύτως, θα πρέπει να γίνει δεκτός και ο λόγος αυτός της Προσφυγής κατά το μέρος που ζητείται η ακύρωση του όρου 2.5.(3) και (6) με τον οποίο απαιτείται *«(έ)να (1) αναρροφητικό σάρωθρο χωρητικότητας 5 έως μέτρων επί πλαισίου αυτοκινήτου [...] Ένα (1) γερανοφόρο (αρπάγη – καλάθι) [...]»*. Και τούτο διότι οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές δεν ορίζονται ως *«επίδοση ή λειτουργική απαίτηση»* κατ' άρθρο 54 του Ν. 4412/2016, ενώ περαιτέρω ως προς τις τεχνικές αιτιάσεις της προσφύγουσας αναφορικά με τη μη, από τεχνική άποψη, εξυπηρέτηση καμίας καλώς εννοούμενης σκοπιμότητας αναφορικά με την αποτελεσματικότερη και ποιοτικότερη εκτέλεση της σχετικής υπηρεσίας, θα πρέπει να συναχθεί τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής ως προς την πραγματική βάση αυτών των ισχυρισμών, κατ' άρθρο 365 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, αφού ουδεμία *«αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης»*, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 παρατίθεται. Κατ' ακολουθίαν, ο τέταρτος λόγος της Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθεί ο όρος 2.5 του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης κατά τα ανωτέρω κριθέντα.

16. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο της Προσφυγής της, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, δεδομένου ότι υφίσταται ανεπάρκεια του προϋπολογισμού του υπό κρίση διαγωνισμού, αφού η κατάρτισή του έχει γίνει επί εσφαλμένων νομικών και πραγματικών παραδοχών, αναφέροντας κατ' ορθή επισκόπηση του λόγου αυτού της

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

Προσφυγής δώδεκα (12) επιμέρους λόγους. Ειδικότερα, 1. ο προϋπολογισμός της σύμβασης για τα Τμήματα 1,3 και 4 συμπίπτει απολύτως με το άθροισμα του εργοδοτικού κόστους και το κόστος αναλωσίμων, όπως αυτό έχει εκτιμηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή (σελ. 61, 95 και 106 της διακήρυξης) και συνεπώς οι σχετικοί προϋπολογισμοί αδυνατούν να καλύψουν το συνολικό κόστος παροχής των υπηρεσιών, ήτοι τα διοικητικά κόστη για την ορθή λειτουργία της οικείας εκμετάλλευσης, κόστη εγγυητικών επιστολών και να επιτρέψουν την απόσπαση εύλογου εργολαβικού ανταλλάγματος του αναδόχου 2. Ως βάση υπολογισμού του εργοδοτικού κόστους έχει τεθεί ο εργαζόμενος που δεν έχει συμπληρώσει καμία τριετία προϋπηρεσίας και δεν λαμβάνει χώρα μια εύλογη προσαύξηση για να καλυφθεί το κόστος διάθεσης εργαζομένων που θεμελιώνουν τριετίες (βλ. σχετικά τη δεσμευτική για τη διοίκηση υπ.αριθμ. 7613/395 από 18.2.2019 εγκύκλιο του Υπουργείου Εργασίας με θέμα «Οδηγίες για την εφαρμογή του κατώτατου μισθού», ενώ τυχόν υποχρέωση του αναδόχου να χρησιμοποιήσει εργαζομένους με καμία προηγούμενη ζετία προϋπηρεσίας είναι προδήλως παράνομη, καθώς αντιτίθεται στην κοινή πείρα, κατά την οποία μια εκμετάλλευση διαθέτει εργαζομένους των οποίων η προϋπηρεσία ποικίλει και συνιστά, άλλωστε, απαγόρευση έμμεση ηλικική διάκριση 3. Για το Τμήμα 2, στο πλαίσιο σύνταξης της οικείας μελέτης δεν έχει προσμετρηθεί πληθώρα παραγόντων και ανελαστικών μισθοδοτικών δαπανών, που βάσει της κείμενης νομοθεσίας είναι υποχρεωτικές για τον υπολογισμό του συνολικού εργατικού και εργοδοτικού κόστους, μεταξύ των οποίων, το κόστος αντικατάστασης των εργαζομένων από Δευτέρα έως Σάββατο, η προσαύξηση του παραπάνω κόστους με την καταβολή των εκ του νόμου προβλεπόμενων δώρων και επιδομάτων για τους αντικαταστάτες, ο συντελεστής προσαύξησης δώρου Χριστουγέννων και Πάσχα ύψους 4,166 τοις εκατό, η εισφορά υπέρ ΕΛΠΚ (20 ευρώ/άτομο για τους μισθοδοτούμενους κατά το μήνα Αύγουστο) 4. Δεν κοστολογείται από την Υπηρεσία η αποζημίωση για τη δικαιούμενη άδεια του προσωπικού, παρά μόνο το επίδομα αδειας αυτής. 5. Για το τμήμα 4 προκειμένου να εκτελεστεί το συγκεκριμένο έργο και βάσει της υποχρέωσης καθημερινής απασχόλησης 6 ατόμων πλήρους απασχόλησης για το χρονικό διάστημα από 1/4 έως 31/10, συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και Αργιών, από 09:00 έως 13:00 και από 16:00 έως 20:00, βάσει της εργατικής

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

νομοθεσίας, θα πρέπει στο δυναμικό του αναδόχου να απασχολούνται τουλάχιστον 8,4 άτομα πλήρους σαραντάωρης εβδομαδιαίας απασχόλησης, προκειμένου να χορηγούνται οι νόμιμες ημέρες ανάπαυσης στο προσωπικό. Ο παραπάνω υπολογισμός των απαιτούμενων ατόμων προκύπτει ως εξής: 6 άτομα *7 ημέρες(Δευτέρα έως και Κυριακή)*8ώρες ανά ημέρα=336 απαιτούμενες ώρες εβδομαδιαίως. Εάν διαιρεθούν οι απαιτούμενες εβδομαδιαίως ώρες, με τις 40 ώρες που απασχολείται έκαστος εργαζόμενος εβδομαδιαίως βάσει της εργατικής νομοθεσίας, προκύπτει απασχόληση 8,4 ατόμων σαραντάωρης εβδομαδιαίας απασχόλησης, προκειμένου να εκτελεστεί το συγκεκριμένο έργο. Οι ανωτέρω 8,4 εργαζόμενοι σαραντάωρης εβδομαδιαίας απασχόλησης θα πρέπει να λάβουν για το διάστημα της απασχόλησης τους, τόσο τις τακτικές νόμιμες αποδοχές που προβλέπονται, όσο και τα ανάλογα επιδόματα, δώρα Πάσχα και Χριστουγέννων, τη νόμιμη άδεια τους και το προβλεπόμενο επίδομα αδείας. Εντούτοις, στην υπό εξέταση προσβαλλόμενη πράξη, υπολογίζονται λανθασμένα επιδόματα και δώρα μόνο για 6 τα άτομα, χωρίς να υπολογίζονται δώρα και επιδόματα για τα 2,4 άτομα που είναι οι αντικαταστάτες αυτών κατά τις ημέρες ανάπαυσης τους (ρεπό) και οι οποίοι θα εργάζονται τακτικά καθ' όλο το διάστημα προκειμένου να επιτευχθεί η καθημερινή (Δευτέρα έως και Κυριακή) απασχόληση των 6 ατόμων. 6. Ενώ προβλέπεται απασχόληση προσωπικού για το διάστημα από 1/4 έως 30/4, δεν υπολογίζεται κατά την κοστολόγηση (σελ.105-106) αναλογία δώρου Πάσχα για τους εργαζόμενους που θα απασχοληθούν το συγκεκριμένο διάστημα, 7. Στην κοστολόγηση δεν έχει υπολογιστεί ο συντελεστής προσαύξησης Δώρου 4,166% καθώς επίσης και η εισφορά υπέρ Ειδικού λογαριασμού παιδικών κατασκηνώσεων (ΕΛΠΚ), η οποία ανέρχεται σε 20 ευρώ ανά άτομο για τους απασχολούμενους κατά το μήνα Αύγουστο. 8. Δεν κοστολογείται από την Υπηρεσία η δικαιούμενη άδεια του προσωπικού, παρά μόνο το επίδομα αδείας αυτής. 9. Για το τμήμα 1 της διακήρυξης σύμφωνα με το Παράρτημα Α, τμήμα 1, σελίδα 53 αυτής απαιτούνται για την εκτέλεση της υπηρεσίας 10 άτομα και ζητείται να αναλυθεί ο αριθμός των ατόμων για την κάλυψη των ρεπό, των εργαζομένων σύμφωνα με την κείμενη εργατική νομοθεσία, ενώ στην κοστολόγηση της (σελ.60-61 της διακήρυξης), προκειμένου να συντάξει τον προϋπολογισμό του έργου,

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

υπολογίζεται λανθασμένα επιδόματα και δώρα μόνο για 10 άτομα, χωρίς να υπολογίζει δώρα και επιδόματα για τα 2 επιπλέον άτομα που είναι οι αντικαταστάτες αυτών κατά τις ημέρες ανάπαυσης τους (ρεπό) και οι οποίοι θα εργάζονται τακτικά καθ' όλο το διάστημα προκειμένου να επιτευχθεί η καθημερινή (Δευτέρα έως και Κυριακή) απασχόληση των 10 ατόμων. 10. Στην κοστολόγηση δεν έχει υπολογιστεί ο συντελεστής προσαύξησης Δώρου 4,166% καθώς επίσης και η εισφορά υπέρ Ειδικού λογαριασμού παιδικών κατασκηνώσεων (ΕΛΠΚ), η οποία ανέρχεται σε 20 ευρώ ανά άτομο για τους απασχολούμενους κατά το μήνα Αύγουστο. 11. Δεν κοστολογείται από την Υπηρεσία η δικαιούμενη άδεια του προσωπικού, παρά μόνο το επίδομα αδείας αυτής. 12. Λανθασμένα υπολογίζεται προσαύξηση ημερομισθίου 75% για Κυριακές και Αργίες για 4 μόνο μέρες μηνιαίως, ήτοι 48 ημέρες ετησίως, αφού οι Κυριακές ανέρχονται σε 52 ετησίως και επιπλέον οι επίσημες αργίες σε 6, ήτοι σύνολο 58, ενώ και στην ίδια τη διακήρυξη (σελ. 80) υπολογίζεται ότι ο αριθμός των ετήσιων Κυριακών - αργιών ανέρχονται σε 54. Ο λόγος αυτός της Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, συναγομένου τεκμηρίου ομολογίας της αναθέτουσας αρχής ως προς την πραγματική βάση αυτών των ισχυρισμών, κατ' άρθρο 365 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, αφού ουδεμία «*αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης*», σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 παρατίθεται, αναφορικά με τις προβαλλόμενες αιτιάσεις της προσφεύγουσας και κατ' ακολουθίαν θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος ο ισχυρισμός ότι υφίσταται ανεπάρκεια της σχετικής προϋπολογισθείσας δαπάνης και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή ως βάσιμη, νόμω και ουσία ως προς τον πρώτο, τέταρτο και πέμπτο λόγο της και να απορριφθεί ως προς τον δεύτερο και τρίτο λόγο της, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, το παράβολο, δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να επιστραφεί (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 1070 / 2019

Δέχεται εν μέρει την Προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Ακυρώνει την υπ' αρ. διακήρυξη του, αναφορικά με την ανάθεση σύναψης σύμβασης, με αντικείμενο την καθαριότητα των κοινόχρηστων χώρων και δημοτικών υπηρεσιών ευθύνης της.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10 Σεπτεμβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 24 Σεπτεμβρίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσίκια