

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14 Νοεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη, δυνάμει της υπ' αρ. 9/16.10.2019 Απόφασης της Ολομέλειας της ΑΕΠΠ περί συγκρότησης εκ νέου του 2<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ καθώς και της υπ' αριθμ. 81/16.10.2019 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, περί ορισμού νέων Προέδρων των 2<sup>ου</sup> και 6<sup>ου</sup> Κλιμακίων της ΑΕΠΠ..

Για να εξετάσει την από 7.10.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1224/8.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», η οποία εδρεύει στη ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας «.....» και δη κατά της υπ' αριθμ. 3400/13.9.2019 (με αρ. πρωτ.15331/20.9.2019) απόφασης του Δ.Σ. της ως άνω αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε η ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» με τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως τούτη –η απόφαση- εκδόθηκε στο πλαίσιο του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ. πρωτ. ....(.....) διακήρυξη, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών ....., προϋπολογισθείσας δαπάνης ύψους 471.200,00€ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Κατά της παρεμβαίνουσας συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» με τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει ....., νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 18.10.2019 (ημεροχρονολογία

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα, επιδιώκει όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη προς τον σκοπό όπως γίνει δεκτή η προσφορά της στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και καταστεί εντέλει ανάδοχος, καθώς και απορριφθεί η προσφορά της έτερης συμμετέχουσας και νυν παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία ....., για τους λόγους που αναφέρει στη Προσφυγή της.

Με την ως άνω Παρέμβαση της η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτείται όπως απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και διατηρηθεί η ισχύς της υπ' αρ. 15331/20.9.2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της .....με την οποία γίνεται αποδεκτή η προσφορά της ίδιας και ανακηρύσσεται αυτή προσωρινή ανάδοχος του επίμαχου διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ....., εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (Α.Ε.Π.Π.), ποσού 1.900,00€, που αντιστοιχεί στο προβλεπόμενο ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης άνευ ΦΠΑ (380.000,00€) της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας προς σύναψη σύμβασης, στο πλαίσιο της οποίας ασκείται η προσφυγή.

2. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

### **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

3. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέτασή της, βάσει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, που ανέρχεται σε 380.000,00€ χωρίς ΦΠΑ (345 παρ. 1 και 6 παρ.1 του Ν. 4412/2016), του αντικειμένου της (υπηρεσίες) και της ημερομηνίας δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ (27.6.2019 με ΑΔΑΜ .....), δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016 και υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ενόψει δε των ως άνω θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ' του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

4. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος .....), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016, αφού η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό την 26.9.2019 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 7.10.2019, ήτοι εντός της ως άνω νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας, δεδομένου ότι η ημέρα 6.10.2019 Κυριακή είναι κατά νόμον ημέρα εξαιρεταία.

5. Επειδή, κατά της ως άνω προσφυγής εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς παρεμβαίνει η εταιρεία ..... επιδιώκοντας την απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης Η υπό εξέταση παρέμβαση έχει ασκηθεί με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και ασκείται με πρόδηλο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον του παρεμβαίνοντα οικονομικού φορέα, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, καθώς έχει υποβάλει προσφορά ομοίως με την προσφεύγουσα

## Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019

και εύλογα προσδοκά την σε αυτήν ανάθεση της σύμβασης, με τη προσφυγή της δε η προσφεύγουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Περαιτέρω, η προσφυγή κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες από την αναθέτουσα αρχή και δη στη παρεμβαίνουσα ως τη μόνη έτερη συμμετέχουσα εταιρεία, στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 8.10.2019, η δε παρεμβαίνουσα άσκησε τη Παρέμβαση της την 18.10.2019, επομένως εμπροθέσμως και στη νόμιμη δεκαήμερη προθεσμία από την κοινοποίηση της προσφυγής.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, ως ισχυρίζεται, νομίμως και παραδεκτως, εσφαλμένως δε διά της προσβαλλομένης απόφασης δεν απερρίφθη η οικονομική προσφορά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας ....., καθώς η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας είναι η μόνη παραδεκτή και νόμιμη προσφορά στον προκείμενο διαγωνισμό, αιτείται δε η προσφεύγουσα συναφώς με τη προσφυγή της, την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς με την προσβαλλόμενη πράξη, που εξεδόθη μη νόμιμα, κατά τους ισχυρισμούς της, υφίσταται ζημία, αφού διαφορετικά θα έπρεπε να καταστεί ανάδοχος της υπόψη σύμβασης.

7. Επειδή, ειδικότερα με την υπό εξέταση προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά που υπέβαλε η συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία με την επωνυμία ....., αναδεικνύοντας τη προσωρινή ανάδοχο του οικείου διαγωνισμού. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται στην υπό κρίση προσφυγή της, με τον πρώτο λόγο προσφυγής της, ότι η ως άνω συμμετέχουσα και ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία προέβη σε ψευδείς δηλώσεις στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε στον ένδικο διαγωνισμό και ειδικότερα δήλωσε ότι δεν υπάρχει καμιά εκ μέρους της «σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία

## Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019

της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες κυρώσεις». Εντούτοις, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι όπως έχει πληροφορηθεί, η αναθέτουσα αρχή του επίμαχου διαγωνισμού, .....έχει επιβάλει επανειλημμένως στην εταιρεία ..... ποινικές ρήτρες για πλημμελή εκτέλεση των συμβατικών της υποχρεώσεων, δηλαδή για επαναλαμβανόμενες πλημμέλειες κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενων συμβάσεων της με την ..... Εκτός, όμως, των ανωτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι υφίστανται επιπροσθέτως πλημμέλειες της ....., που αφορούν σε παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας από την ..... ή/και υπεργολάβους της ή/και παρένθετα νομικά πρόσωπα συσταθέντα ειδικά για το σκοπό της απαλλαγής αυτής από τον κίνδυνο καταγγελιών περί παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας (ενδεικτικά Urban Safety, KAS Facilities ΙΕΠΥΑ), για τις οποίες έχουν υποβληθεί από το 2018 και το 2019 καταγγελίες (πρώην, πλέον) εργαζομένων της, στην .....Στα τελευταία αυτά νομικά πρόσωπα η ..... μετέφερε προσωπικό που απασχολούσε για την εκτέλεση έργων της .....μόλις λίγους μήνες μετά την ίδρυση και αδειοδότησή τους, ενώ αυτά ενδεχομένως βρίσκονταν σε κατάσταση δικαιολογούσα τον αποκλεισμό τους (π.χ. πρόδηλης χρηματοοικονομικής ανεπάρκειας, εξαιτίας της οποίας δεν κατέβαλλαν και οφείλουν ακόμα δεδουλευμένες αποδοχές κ.λπ.) ή έχουν προβεί σε διακοπή εργασιών ή λύση της εταιρείας κ.λπ. Για τους λόγους τούτους η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε προς την αναθέτουσα αρχή το από 7.10.2019 αίτημα-ερώτημα, με το οποίο αιτείται από την .....ενεργούσα ως αναθέτουσα αρχή του ένδικου διαγωνισμού, να της βεβαιώσει εγγράφως σχετικά αφενός μεν με τις επιβληθείσες στην .....ποινικές ρήτρες λόγω επαναλαμβανόμενων πλημμελειών κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενων συμβάσεων της με την ..... αφετέρου δε σχετικά με τις επιβληθείσες στην .....ποινικές ρήτρες λόγω υπ καταβολής δεδουλευμένων αποδοχών στο προσωπικό που απασχολήθηκε στα έργα που ανέθεσε η .....στην εν λόγω εταιρεία. Για τον λόγο αυτό, δηλαδή λόγω της ύπαρξης των ανωτέρω επιβολών ποινικών ρητρών στην .....από την .....και λόγω παράβασης των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας, αλλά και λόγω της ανωτέρω ψευδούς δήλωσης του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας που υπεβλήθη με την προσφορά της, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η

## Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019

προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα αφού η αναθέτουσα αρχή όφειλε να έχει απορρίψει την προσφορά της ..... Η παράλειψη, όμως, της αναθέτουσας αρχής αφενός να προβεί στον αυτεπάγγελτο, όπως μπορούσε και υποχρεούταν, έλεγχο περί του ότι έχουν συντρέξει οι όροι εφαρμογής της διάταξης του όρου 2.2.3.4. (στ) της ένδικης διακήρυξης και περί της ως εκ τούτου ψευδούς δήλωσης της συμμετέχουσας στο υποβληθέν από αυτήν ΤΕΥΔ και αφετέρου να απορρίψει -λόγω ακριβώς της ύπαρξης επιβεβλημένων ποινικών ρητρών στην ..... από την ίδια την .....και της προεκτεθείσας ψευδούς δήλωσης- ως απαράδεκτη την προσφορά της εταιρείας αυτής και να την αποκλείσει από την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας καθιστούν την προσβαλλόμενη πράξη παράνομη και ακυρωτέα-εξαφανιστέα, άλλως ανακλητέα. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η αναδειχθείσα εν προκειμένω προσωρινή ανάδοχος έχει υπολογίσει εσφαλμένως στη προσφορά της το ύψος του διοικητικού κόστους και ειδικότερα του κόστους εκπαίδευσης και του κόστους ψυχομετρικής ανάλυσης του απασχοληθησόμενου στο έργο προσωπικού σύμφωνα με τους κανονιστικούς περιεχομένου όρους της προκείμενης διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα η .....στην οικονομική της προσφορά έχει προβλέψει για την τρίμηνη διάρκεια του διαγωνισμού ύψος διοικητικού κόστους παροχής υπηρεσιών (ΔΚ) μόλις 3.140,88€, το οποίο πέραν πολλών άλλων δαπανών που δεν καλύπτει, οπωσδήποτε δεν καλύπτει ούτε και την δαπάνη για τις υποχρεωτικές εκπαιδεύσεις. Με ταύτη πλημμέλεια, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η οικονομική προσφορά της ..... στον επίμαχο διαγωνισμό έχει καταστεί απαράδεκτη, καθώς δεν έχει συμπεριλάβει στο κόστος εκτέλεσης του διαγωνισμού της ουσιώδη οικονομική πρόβλεψη ρητά προβλεπόμενη από σχετικό όρο της διακήρυξης, ούτε και μπορεί αυτή η οικονομική πρόβλεψη άλλωστε να καλυφθεί άλλως πως με αναφορά σε λοιπά κονδύλια της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας αυτής. Επιπροσθέτως το υπολογισθέν από τη παρεμβαίνουσα ύψος διοικητικού κόστους υπολείπεται του απαιτούμενου καθώς είναι σε απόκλιση με τον όρο ΤΠ-4.3 της διακήρυξης που ορίζει «Πριν του ανατεθεί ο ρόλος της φύλαξης του συστήματος, το προσωπικό του Αναδόχου: • Η ..... έχει το δικαίωμα να ζητήσει το Προσωπικό Φύλαξης του Αναδόχου να υποβληθεί σε ψυχομετρική εξέταση σε

## Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019

Κέντρο το οποίο θα υποδείξει η ..... με έξοδα του Αναδόχου (κόστος εξέτασης κατά άτομο και κατ' εκτίμηση 150,00€).». Με τον τρίτο λόγο προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία έχει προβεί σε εσφαλμένο υπολογισμό του εργοδοτικού κόστους, καθώς σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 89 παρ. Γ του Ν. 3996/2011 και της κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδοθείσας Υ.Α. υπ' αριθ. 23411/2131/30-12-2011, όπως ισχύουν μετά το άρθρο 34 του Ν. 4144/2013 έχει θεσπιστεί υποχρεωτική (ετήσια) εργοδοτική εισφορά υπέρ του ειδικού λογαριασμού παιδικών κατασκηνώσεων του Οργανισμού Εργατικής Εστίας (Ο.Ε.Ε.) ποσού 20,00€ ανά εργαζόμενο με σχέση εξαρτημένης εργασίας ιδιωτικού δικαίου, η οποία καταβάλλεται από τον εργοδότη για κάθε εργαζόμενο ανεξαιρέτως του είδους απασχόλησης (πλήρης, μερική κ.λπ.), εφόσον για τους εν λόγω εργαζόμενους καταβάλλονται και εισφορές υπέρ του Ο.Ε.Ε., εισπράττεται δε η εν λόγω εισφορά από το ΙΚΑ -ΕΤΑΜ με τις εισφορές μηνός Αυγούστου. Η εν λόγω εισφορά αποτελεί εφάπαξ ποσό που υπολογίζεται ανά εργαζόμενο που απασχολείται κατά το μήνα Αύγουστο εκάστου έτους. Εν προκειμένω η εταιρεία ..... δηλώνει ότι θα απασχολήσει 88 φυσικά πρόσωπα - εργαζόμενους, καθώς και όσα πρόσωπα απαιτηθούν για την κάλυψη της νόμιμης άδειας των 88 αυτών ατόμων («ήτοι 88 φυσικά πρόσωπα προ τη λήψη νόμιμης άδειας»). Με βάση τον πιο πάνω αριθμό, και με δεδομένο ότι η εισφορά είναι η ίδια για όλο το προσωπικό, ανεξαρτήτως του χρόνου απασχόλησης των ημερών απασχόλησης, το ποσό της συγκεκριμένης εισφοράς ανέρχεται κατ' ελάχιστον σε  $(88 \times 20 \text{€}) = 1.760 \text{€}$ . Όμως όπως προκύπτει από την ανάλυση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας ....., έχει προϋπολογίσει σχετικώς μόνο 504,23€, αφού αυτή είναι η διαφορά μεταξύ των ασφαλιστικών εισφορών εργοδότη ποσού 62.839,12€ που δηλώνει στην 9η σειρά του πίνακα και των πραγματικών αναλογουσών ασφαλιστικών εισφορών επί αποδοχών εργαζομένων ύψους 251.249,06€ (ήτοι  $251.249,06 \text{€} \times 24,81\% = 62.334,89 \text{€}$ ). Επισημαίνεται περαιτέρω από τη προσφεύγουσα ότι η παρεμβαίνουσα εταιρεία δεν καλύπτει την εργοδοτική εισφορά υπέρ του ειδικού λογαριασμού παιδικών κατασκηνώσεων του Οργανισμού Εργατικής Εστίας (Ο.Ε.Ε.) ποσού 20,00€ ανά εργαζόμενο ούτε και ως διοικητικό κόστος, αφού όπως εκτέθηκε με τον δεύτερο λόγο

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

προδικαστικής προσφυγής, είναι μη νόμιμος και ο υπολογισμός του διοικητικού κόστους εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης. Αντίθετα η προσφεύγουσα σε πλήρη συμμόρφωση με τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας δηλώνει στην οικονομική της προσφορά ότι στο Διοικητικό Κόστος ύψους 30.662,04€ για τρεις μήνες, συμπεριλαμβάνεται τόσο το κόστος εισφοράς για τον Ειδικό Λογαριασμό Παιδικών Κατασκηνώσεων (ΕΛΠΚ) για 82 άτομα που δηλώνει ότι θα απασχολήσει, όσο και όλα τα άλλα διοικητικά κόστη εκπαίδευσης και ψυχομετρικών εξετάσεων των 82 εργαζομένων που δηλώνει ότι θα απασχολήσει. Ενόψει τούτων αιτείται η προσφεύγουσα όπως απορριφθεί ως απαράδεκτη και παράνομη η προσφορά της ....., τόσο ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής όσο και ως προς την οικονομική της προσφορά, η οποία παρανόμως έγινε αποδεκτή με την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, και να αποκλειστεί από τον διαγωνισμό.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθ. πρωτ. 17054/17.10.2019 έγγραφο της διατυπώνει τις απόψεις της, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο την 18.10.2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

9. Επειδή, στην υπόψη διακήρυξη ορίζονται τα εξής: «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ..... Το πρόγραμμα φύλαξης περιλαμβάνει προγραμματισμένες εργασίες φύλαξης, εξασφάλιση της διατήρησης του απαιτούμενου επιπέδου φύλαξης και αντιμετώπιση πρόσθετων, προγραμματισμένων ή έκτακτων αναγκών φύλαξης και περιγράφεται στο Παράρτημα VI - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ». Περαιτέρω στο άρθρο 2.2.3 με τίτλο Λόγοι αποκλεισμού: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: 2.2.3.1. Όταν υπάρχει σε βάρος του αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους: α)..... β)..... γ).... δ)..... ε)..... στ)..... Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται, επίσης, όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος

## Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019

του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. [...] Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (στ) η κατά τα ανωτέρω, περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση. 2.2.3.2. Στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) .... ή/και β) ..... ή/και γ) ο Αναθέτων Φορέας γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. 2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016. Σημειώνεται ότι ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 113), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, (β) .... (γ)..... (δ).... (ε) ..... (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιαστούς απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των

## Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019

πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.2.9.2 της παρούσας, (η) .... (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Σημειώνεται ότι ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης, στην περίπτωση αυτή εμπίπτουν τα προβλεπόμενα στη περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 113), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. Επισημαίνεται ότι η ..... υποχρεούται αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών να υποβάλλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στη ..... μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η ..... δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (η) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 4, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεδειγμένα ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας. 2.2.3.5. [...] 2.2.3.6. Ο προσφέρων αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις. 2.2.3.7. Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2. γ) και 2.2.3.4 μπορεί να

## Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019

προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση. 2.2.3.8. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. 2.2.3.9. Οικονομικός φορέας, στον οποίο έχει επιβληθεί, με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, η ποινή του αποκλεισμού αποκλείεται αυτοδίκαια και από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης».

10. Επειδή, με την πρώτη αιτίαση της και κατ'ορθή επισκόπηση αυτής, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα διατυπώνει στη προσφυγή της, ότι υφίστανται πλημμέλειες της αναδειχθείσας εν προκειμένω προσωρινής αναδόχου ....., που αφορούν παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και μάλιστα η ίδια η αναθέτουσα αρχή του επίμαχου διαγωνισμού, .....έχει επιβάλει επανειλημμένως στην ως άνω εταιρεία ποινικές ρήτρες για πλημμελή εκτέλεση των συμβατικών της υποχρεώσεων, δηλαδή για επαναλαμβανόμενες πλημμέλειες κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενων συμβάσεών της με την ....., αορίστως ωστόσο και ατεκμηρίωτα παραπονείται συναφώς, καθώς η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι οι ως άνω αιτιάσεις αποτελούν αποτέλεσμα «πληροφόρησης» της. Προς τούτο εξάλλου αναφέρει και το από 7.10.2019 αίτημα – ερώτημα της προς την αναθέτουσα αρχή, που ομοίως κατ'ορθή

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

επισκόπηση αποτελεί είδος υπομνήματος και όχι διευκρινιστικό ερώτημα επί του κανονιστικού περιεχομένου όρων της υπόψη διακήρυξης, χρίζοντος απάντησης. Και τούτο διότι στο ως άνω έγγραφο της, η νυν προσφεύγουσα, επαναλαμβάνει τις αιτιάσεις κατά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας, αιτούμενη να της γνωστοποιήσει ο αναθέτων φορέας ποινικές ρήτρες που ενδεχομένως έχει επιβάλλει στο πλαίσιο προηγούμενων συμβάσεων με την ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία, αίτημα ωστόσο αβασίμως προβαλλόμενο στο πλαίσιο της εν εξελίξει προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι πρόκειται για συμβάσεις μεταξύ της εδώ αναθέτουσας αρχής ..... και της νυν παρεμβαίνουσας εταιρείας και κυρίως διότι προσκρούει, το αίτημα τούτο και κατ'επέκταση η αιτίαση, στις δεσμεύσεις και υποχρεώσεις των συμβαλλομένων μερών, που δεν εμπερικλείουν τη γνωστοποίηση αυτών σε τρίτους. Το έννομο συμφέρον δε που προβάλλει η προσφεύγουσα, λόγω της συμμετοχής της, όπως ισχυρίζεται, στο διαγωνισμό, δεν ερείδεται στην άντληση τοιαύτης πληροφόρησης από τον αναθέτοντα φορέα, αλλά στο εάν ο τελευταίος τηρεί προσηκόντως και ως οφείλει τα επιτασσόμενα από τη διακήρυξη και του οικείου νομοθετικού πλαισίου. Πιο συγκεκριμένα και σύμφωνα με τους προδιαληφθέντες στη προηγούμενη σκέψη όρους της οικείας διακήρυξης που επιτάσσουν ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας [...] εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις» εν προκειμένω υπεύθυνη είναι η αναθέτουσα αρχή να αποφασίσει τον αποκλεισμό υποψηφίου για τον οποίο έχει διαπιστωθεί σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, προϋποθέσεις που σημειωτέον πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά. Με άλλα λόγια πρέπει να διαπιστωθεί τεκμηριωμένως από την αναθέτουσα αρχή α) σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια του

## Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019

οικονομικού φορέα β) κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο της δημόσιας σύμβασης και γ) τα προηγούμενα (α και β) να έχουν σαν αποτέλεσμα τη πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Καθώς ο αναθέτων φορέας στον επίμαχο διαγωνισμό αλλά και στις προηγούμενες συμβάσεις που επικαλείται η προσφεύγουσα ότι φέρουν τις ως άνω πλημμέλειες από την ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία, είναι ο ίδιος –.....- εναργώς προκύπτει ότι είναι εις γνώση του όλα τα απαιτούμενα εν προκειμένω στοιχεία και συνεπώς με μεγαλύτερη ευχέρεια εφαρμόζει τα του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης, υπό την έννοια ότι σε περίπτωση που η συμμετέχουσα εταιρεία ενέπιπτε με τις ενδεχομένως διαπιστωθείσες ως άνω πλημμέλειες στο πεδίο εφαρμογής του νόμου και των ειδικότερων όρων της διακήρυξης, θα την απέκλειε, ως άλλωστε δύναται και οφείλει. Προς επίρρωσιν των ανωτέρω, στο έγγραφο των απόψεων του (βλ. σκ. 8), όπου μπορεί να παραθέσει συμπληρωματική αιτιολογία, ο αναθέτων φορέας διατυπώνει συναφώς: «Η εταιρεία ..... έχει αναδειχθεί νομίμως ανάδοχος και εκτέλεσε ή εκτελεί συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης διαφόρων χώρων, γραμμών ή αμαξοστοιχιών της .....κατά το χρονικό διάστημα από 1.10.2018 και εντεύθεν, με προϋπολογισμό που ανέρχεται, συνολικά, σε 3.708.078,18 ευρώ. Κατά την εκτέλεση των συμβάσεων αυτών έχουν επιβληθεί στην ανάδοχο εταιρεία ..... ποινικές ρήτρες (για ελάσσονα και εξατομικευμένα, και όχι επαναλαμβανόμενα ή γενικευμένα παραπτώματα), το συνολικό ποσό των οποίων ανέρχεται σε 17.047,78 ευρώ. Είναι δε προφανές ότι το συνολικό ποσό αυτό των ρητρών είναι αμελητέο σε σχέση με τον αντίστοιχο όγκο των παρασχεθεισών, εκ της ....., υπηρεσιών και ως εκ τούτου παρέλκει και η οιαδήποτε αναλυτικότερη αναφορά στις ρήτρες αυτές. Ως εκ τούτου, και λαμβανομένου υπ' όψιν και του μη επαναλαμβανόμενου και μη γενικευμένου χαρακτήρα αυτών των παραπτωμάτων σε καμία περίπτωση δεν δύνανται αυτά να χαρακτηρισθούν ως «σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης», ως απαιτεί ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης. 2.2 Σημειωτέο, επίσης, ότι ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης, απαιτεί την ύπαρξη «σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης» που, μάλιστα, θα μπορούσε να οδηγήσει στην καταγγελία των εν θέματι συμβάσεων,

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

αποζημιώσεις ή ανάλογες κυρώσεις. Εκ της γραμματικής, αλλά, ιδίως, ενδεδειγμένης τελολογικής ερμηνείας του ανωτέρω όρου, σαφώς συνάγεται ότι οι απαιτούμενες πλημμέλειες θα πρέπει να είναι τόσο σοβαρές και ουσιώδεις, που να δύνανται να οδηγήσουν και σε αυτή τούτη την καταγγελία της σχετικής συμβάσεως. Ως εκ τούτου και ομορρόπως, οι «αποζημιώσεις ή ανάλογες κυρώσεις» στις οποίες αναφέρονται οι ανωτέρω διατάξεις, πρέπει να είναι αρκούντως σημαίνουσες, ώστε να «προσεγγίζουν» στην θεμελίωση καταγγελίας της εν θέματι σύμβασης, να συνιστούν, δηλαδή, εξαιρετικά σοβαρές παραβιάσεις συμβατικών υποχρεώσεων, παρόμοιες και ανάλογες με αυτές που θα μπορούσαν να οδηγήσουν στην καταγγελία της σχετικής σύμβασης. Η επιβολή δε ποινικών ρητρών, από μόνη της, δεν συνιστά «αποζημίωση» ή «ανάλογη κύρωση» εν τη εννοία των διατάξεων αυτών. Πολλώ δε μάλλον, προφανώς, και, αν μη τι άλλο, λόγω του ποσού των ποινικών ρητρών σε σχέση με το φυσικό αντικείμενο των σχετικών συμβάσεων, δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι η επιβολή των ρητρών αυτών οφείλει να οδηγήσει σε εξ αρχής αποκλεισμό του αναδόχου από μελλοντικές αντίστοιχες συμβάσεις: η επιβολή αντίστοιχου ύψους ποινικών ρητρών για ελάσσονα, εξατομικευμένα παραπτώματα, είναι απολύτως συνήθης εν όψει της ποσότητας αλλά και χαρακτήρα του φυσικού αντικειμένου των εν θέματι συμβάσεων φύλαξης, που εμπλέκουν πληθώρα εργαζομένων και καθιστούν εξαιρετικά δύσκολο τον πλήρη έλεγχο, εκ μέρους του αναδόχου, πολλών, ατομικών συμπεριφορών. Αν εγένετο δεκτή η υποχρέωση αποκλεισμού του αναδόχου στον οποίο έχουν επιβληθεί ανάλογες ποινικές ρήτρες από διαδικασίες ανάθεσης αντίστοιχων μελλοντικών συμβάσεων, θα οδηγούμασταν στο παντελώς άτοπο αποτέλεσμα να αποκλείονται από παρόμοιες διαδικασίες ανάθεσης, αν όχι όλες ανεξαιρέτως, τουλάχιστον η συντριπτική πλειοψηφία των εταιρειών με ανάλογο αντικείμενο, με αποτέλεσμα την αδυναμία εξεύρεσης «κατάλληλων» αναδοχών και, σε κάθε περίπτωση, την κατάφωρη στρέβλωση του ανταγωνισμού στο εν θέματι πεδίο οικονομικής δραστηριότητας».

11. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι η ανωτέρω κρίση συνιστά κρίση εκτιμητική

## Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019

(και, εν μέρει αξιολογική), την οποία η αναθέτουσα αρχή οφείλει, κατά την προσήκουσα χρήση της σχετικής διακριτικής της ευχέρειας, να εκδίδει με την δέουσα προσοχή και σύνεση, σε κάθε περίπτωση, καθίσταται επιβεβλημένη η προσεκτική εκτίμηση των παραπτωμάτων του αναδόχου, με βάση τις αρχές της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας. Πολλώ δε μάλλον που εν προκειμένω είναι εις γνώση της αναθέτουσας αρχής η προηγούμενη συμβατική συμπεριφορά της συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας και δεδομένων των στοιχείων που παρέθεσε στη συμπληρωματική αιτιολογία διά του εγγράφου των απόψεων της, κρίνεται ότι δεν πληρούνται οι τασσόμενες εν προκειμένω προϋποθέσεις, αντιθέτως ο αποκλεισμός της ως άνω εταιρείας a priori, λόγω της ύπαρξης αυτών των ποινικών ρητρών, θα συνιστούσε παραβίαση των ως άνω αρχών, ίδια δε της αρχής της αναλογικότητας.

12. Επειδή, περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή τηρώντας τα ορισθέντα από τη διακήρυξη κατά τα οποία: «η ..... υποχρεούται αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών να υποβάλλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στη ..... μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η ..... δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης» απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. 12386/23.7.2019 έγγραφο της στη Δ/ση Προγραμματισμού και Συντονισμού του ... προκειμένου για την έκδοση πιστοποιητικών του άρθρου 22 του Ν. 4144/13 όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 39 του Ν. 4488/17, αναφορικά και με τους δύο υποψήφιους αναδόχους του επίμαχου διαγωνισμού. Μετά τα με αριθμ. πρωτ. ΕΞ-317809/30.7.2019 και με αριθμ. πρωτ 324476/5.8.2019 απαντητικά έγγραφα του ....., ειδικότερα από τη Δ/ση Προγραμματισμού και Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων και από τη Δ/ση Προγραμματισμού και Συντονισμού Επιθεώρησης Ασφάλειας και Υγείας στην Εργασία αντιστοίχως, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των στοιχείων

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, προχώρησε η αναθέτουσα αρχή, περαιτέρω στη διαδικασία, αφού διαπίστωσε, και εκ της ως άνω ληφθείσας εκ του ..... απαντήσεως, ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού κάποιου εκ των διαγωνιζομένων και ότι οι κατατεθείσες προσφορές –κατά το σκέλος αυτό- είναι σύμφωνες με την ισχύουσα εργατική νομοθεσία. Δεδομένων τούτων οι ισχυρισμοί που προβάλλει η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο προσφυγής της πρέπει να απορριφθούν ως νόμω και ουσία αβάσιμοι.

13. Επειδή, σε ό,τι αφορά την αιτίαση της προσφεύγουσας περί ψευδούς δηλώσεως της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας στο ΤΕΥΔ και ειδικότερα αναφορικά με την αρνητική απάντηση της στο ερώτημα «Έχει επιδείξει ο οικονομικός φορέας σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης», δεδομένων των όσων αναλυτικώς έχουν εξετασθεί στη παρούσα (σκ. 10-12) πρέπει ομοίως να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

14. Επειδή, εξάλλου ως γίνεται δεκτό, το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ως επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 73 και των τυχόν κριτηρίων επιλογής των άρθρων 75-82 του Ν. 4412/2016 (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)») που έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της σύμβασης, ως εν προκειμένω ικανοποιείται η ως άνω προϋπόθεση από τη συμμετέχουσα και αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχο εταιρεία, νομίμως συμπληρωμένου και υποβληθέντος. Σημειώνεται δε ότι επειδή το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αντικαθιστά την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών.

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

Κατά συνέπεια, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, και την παράλληλη υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών/δικαιολογητικών, διότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο ως άνω κανόνας της προαπόδειξης, που εισάγει ο Ν. 4412/2016, με την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων. Εάν, ωστόσο, οι οικονομικοί φορείς υποβάλουν αυτοβούλως στον φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» -πέραν του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ- ένα ή περισσότερα από τα σχετικά πιστοποιητικά/δικαιολογητικά, η εν λόγω υποβολή δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς και αποκλεισμού του προσφέροντος, η δε αναθέτουσα αρχή δεν ελέγχει τα εν λόγω δικαιολογητικά στην παρούσα φάση.

15. Επειδή, οι προϋποθέσεις συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία αποτυπώνονται, προκειμένου για συμβάσεις κάτω του ορίου, στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ), το οποίο, ως προελέχθη, αποτελεί Υπεύθυνη Δήλωση των Οικονομικών Φορέων προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη και παρέχει προκαταρκτική απόδειξη ότι: α) ο οικονομικός φορέας δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 73 παρ. 1, 73 παρ. 2 και 73 παρ. 4 εδαφ. α και θ του Ν. 4412/2016 και β) ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75, 76 και 77 του ίδιου νόμου. Επομένως, λόγω του ότι το ΤΕΥΔ (το ΕΕΕΣ αντιστοίχως για άνω των ορίων) συνιστά προκαταρκτική απόδειξη, στο πλαίσιο επιτάχυνσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, επέχει θέση ενημερωμένης υπεύθυνης δήλωσης, επισύροντας στο πρόσωπο του υπογράφοντος, σε περίπτωση πραγμάτωσης της αντικειμενικής υπόστασης του Ν. 1599/1986, τις έννομες συνέπειες της ψευδούς δήλωσης. Ειδικότερα, κατά τη σαφή έννοια των διατάξεων των άρθρων 8 και 22 του Ν.1599/1986 για τη θεμελίωση της αντικειμενικής υπόστασης της πιο πάνω παράβασης, απαιτείται: 1) δήλωση ψευδών γεγονότων ως αληθινών ή άρνηση ή απόκρυψη αληθινών γεγονότων, τα οποία δεν αποδεικνύονται με το δελτίο ταυτότητας ή το διαβατήριο (όχι δε μόνο γεγονότων που αφορούν προσωπικά στοιχεία του δηλούντος), 2) η δήλωση αυτή να έχει συνταχθεί επί του προβλεπόμενου ειδικού χαρτιού και 3) η ψευδής έγγραφη υπεύθυνη δήλωση

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

να απευθύνεται, δηλαδή να υποβάλλεται, σε αρχή ή υπηρεσία του δημόσιου τομέα, για την υποκειμενική δε θεμελίωσή του, γνώση με την έννοια της βεβαιότητας (πλήρης γνώση - επίγνωση) των πραγματικών περιστατικών που συγκροτούν την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος και τη θέληση τελέσεως της πράξεως, η οποία φέρει στην πραγμάτωση της αντικειμενικής υποστάσεως αυτού (βλ. ενδεικτικά 290/2015 ΑΠ, ΔΕφΠατρ(Ποιν) 146/2016). Επιτελεί, επομένως, καταρχήν από άποψη τελολογική τον αυτό σκοπό με την υπεύθυνη δήλωση, συγκεντρώνοντας το σύνολο των δηλώσεων που οφείλουν να κατατεθούν σε επίπεδο προκαταρκτικής απόδειξης. Εν προκειμένω και από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι ορθώς και αληθώς απάντησε αρνητικά στο ως άνω πεδίο του ΤΕΥΔ η νυν παρεμβαίνουσα εταιρεία και τούτο διότι αφενός δεν είχε υποπέσει στις επικαλούμενες από τη προσφεύγουσα πλημμέλειες αφετέρου δεν προέβη εν γνώση της σε ψευδή δήλωση σχετικώς με τα ως άνω.

16. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η αναδειχθείσα εν προκειμένω προσωρινή ανάδοχος έχει υπολογίσει εσφαλμένως στη προσφορά της το ύψος του διοικητικού κόστους και ειδικότερα του κόστους εκπαίδευσης και του κόστους ψυχομετρικής ανάλυσης του απασχοληθησόμενου στο έργο προσωπικού σύμφωνα με τους κανονιστικούς περιεχομένου όρους της προκείμενης διακήρυξης και συνεπώς η προσφορά της είναι απορριπτέα.

17. Επειδή, στην υπόψη διακήρυξη ορίζονται, μεταξύ άλλων: «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, τα οριζόμενα στο Παράρτημα IV της διακήρυξης και σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 3863/2010, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. Η τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται σε ευρώ ανά μονάδα. Στην ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος οι οικονομικοί φορείς συμπληρώνουν στην οικονομική προσφορά το συνολικό συμβατικό τίμημα. Οι οικονομικοί φορείς θα επισυνάψουν στον (υπο)φάκελλο "οικονομική προσφορά" την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά τους ηλεκτρονικά υπογεγραμμένα και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία,

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα IV της παρούσας διακήρυξης, σε μορφή pdf. 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. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 0,6%. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 310 του Ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 1.3 της παρούσης. Στην προσφορά τους, οι οικονομικοί φορείς, πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάψουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. Οι συμμετέχουσες εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης, επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται 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. Τα ανωτέρω στοιχεία, επί ποινή αποκλεισμού, εξειδικεύονται σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους». Στο Παράρτημα II-Όροι ασφαλείας, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της ως άνω διακήρυξης, ορίζεται: «Εκπαίδευση και Προσόντα του Προσωπικού του Αναδόχου. Ο Ανάδοχος οφείλει, για την ικανοποίηση των Συμβατικών του Υποχρεώσεων και ανάλογα με τα καθήκοντα τα οποία αναθέτει σε αυτό, να διαθέτει

## Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019

κατάλληλα εκπαιδευμένο, ικανό και με τα αρμόζοντα προσόντα προσωπικό. Η εκπαίδευση και τα προσόντα του προσωπικού πρέπει να είναι σε συμφωνία με την Πολιτική Υγιεινής και Ασφάλειας του Αναδόχου, καθώς και τις τυχόν ειδικές απαιτήσεις που καθορίζονται από την Σύμβαση. Ο Ανάδοχος υποχρεούται να αποδεικνύει τα προσόντα και το επίπεδο εκπαίδευσης του προσωπικού του, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στην Σύμβαση. Το προσωπικό του Αναδόχου το οποίο θα εργασθεί στις εγκαταστάσεις της ..... οφείλει να έχει υποστεί την Υποχρεωτική Εκπαίδευση της ..... σε Κανονισμούς και Διαδικασίες που αφορούν την λειτουργία του συστήματος, σε Θέματα Ασφάλειας Τροχιάς και στην αντιμετώπιση καταστάσεων έκτακτης ανάγκης. Εφιστάται η προσοχή του Αναδόχου στο Συνημμένο 1 το οποίο περιγράφει τις απαιτήσεις της εκπαίδευσης αυτής. Ο αριθμός των ατόμων από το προσωπικό του Αναδόχου καθώς και τα προγράμματα εκπαίδευσης που θα πρέπει να παρακολουθήσουν θα καθοριστούν πριν την υπογραφή της σύμβασης. Η ..... παρέχει τη συγκεκριμένη εκπαίδευση στον Ανάδοχο με κόστος πενήντα (50,00) Ευρώ ανά άτομο και ανά ημέρα. Η χρονική διάρκεια ισχύος της ληφθείσας εκπαίδευσης παύει ισχύουσα με τη λήξη της σύμβασης του κατά περίπτωση Αναδόχου, ανεξαρτήτως χρονικής διάρκειας αυτής, η δε μέγιστη χρονική διάρκειά της, σε περίπτωση μακροχρόνιων ή επαναλαμβανομένων με τον ίδιο Ανάδοχο, συμβάσεων, ανέρχεται στα κατά τα οριζόμενα από τις διαδικασίες της Εταιρείας, αναλόγως του επιπέδου πιστοποίησης, τα οποία και είναι: ■ Ενημερωμένος επί Θεμάτων Τροχιάς, χωρίς ημερομηνία λήξης. ■ Πιστοποιημένος για Εργασίες Επί ή Πλησίον της Τροχιάς, με ισχύ δύο (2) ετών. [...] Εφόσον απαιτείται από το προσωπικό του Αναδόχου να εργασθεί επί ή πλησίον της τροχιάς, όπως προβλέπεται και από το Βιβλίο Κανονισμών της ....., ο Ανάδοχος υποχρεούται πριν την έναρξη των εργασιών να διασφαλίζει ότι το προσωπικό του έχει υποστεί την κατάλληλη εκπαίδευση και πιστοποίηση. Το προσωπικό του Αναδόχου όταν εργάζεται, υποχρεούται να φέρει πάντοτε μαζί του την Κάρτα Πιστοποίησης.» Περαιτέρω στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VI της διακήρυξης με τίτλο -Τεχνικές Προδιαγραφές ΤΠ-1 ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ, ορίζεται μεταξύ άλλων: «ΤΠ-4.3 Πριν του ανατεθεί ο ρόλος της φύλαξης του συστήματος, το προσωπικό του Αναδόχου: • Η ..... έχει το δικαίωμα να ζητήσει το Προσωπικό Φύλαξης του

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

Αναδόχου να υποβληθεί σε ψυχομετρική εξέταση σε Κέντρο το οποίο θα υποδείξει η ..... με έξοδα του Αναδόχου (κόστος εξέτασης κατά άτομο και κατ' εκτίμηση 150,00 €)».

18. Επειδή, από τους προδιαληφθέντες όρους της διακήρυξης και προκειμένου για την επίμαχη σύμβαση εναργώς προκύπτει ότι καταρχήν οι οικονομικοί φορείς πρέπει να υπολογίζουν στη προσφορά τους ένα εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων, ως άλλωστε επιτάσσεται από και από τις σχετικές αναγκαστικού δικαίου διατάξεις του νόμου σχετικά με τις συμβάσεις φύλαξης/καθαρισμού. Επιπροσθέτως και εν προκειμένω για την επίμαχη σύμβαση, απαιτείται από τους ως άνω όρους της διακήρυξης ο ανάδοχος να διαθέτει κατάλληλα εκπαιδευμένο, ικανό και με τα αρμόζοντα προσόντα προσωπικό, ο δε αριθμός των ατόμων από το προσωπικό του αναδόχου καθώς και τα προγράμματα εκπαίδευσης που θα πρέπει να παρακολουθήσουν θα καθοριστούν μεταξύ των «συμβαλλομένων» μερών πριν την υπογραφή της σύμβασης, η ..... μάλιστα παρέχει τη συγκεκριμένη εκπαίδευση στον ανάδοχο με κόστος πενήντα (50,00) Ευρώ ανά άτομο και ανά ημέρα. Ενόψει τούτων, ωστόσο εσφαλμένως η προσφεύγουσα προσφεύγει σε υπολογισμούς σχετικά με τον αριθμό των ατόμων που δηλώνει η έτερη συμμετέχουσα εταιρεία στη προσφορά της και την εκπαίδευση που θα χρειαστούν και δη από τον αναθέτοντα φορέα προς 50,00€ ανά άτομο και ανά ημέρα, καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι απαιτούνται εν προκειμένω 17.850,00€, ποσό το οποίο θα έπρεπε να δηλώσει η ως άνω εταιρεία στην οικονομική της προσφορά και μάλιστα στο διοικητικό κόστος παροχής υπηρεσιών, ούτως ώστε να καλύπτει την δαπάνη για τις ανωτέρω υποχρεωτικές εκπαιδεύσεις. Και τούτο διότι η μόνη προϋπόθεση που είναι υποχρεωτική για τον ανάδοχο είναι να διαθέτει το κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και ουχί να αξιοποιήσει υποχρεωτικώς την δυνατότητα παροχής εκπαίδευσης από τη ..... και δη για όλα τα άτομα του δηλωθέντος προς απασχόληση προσωπικού του. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο αριθμός των ατόμων που χρειάζεται να εκπαιδευθούν δεν είναι εκ των προτέρων

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

καθορισμένος, και, ούτως, δεν δύναται να καθορισθεί εκ των προτέρων το σχετικό κόστος της εκπαίδευσης. Προς επίρρωσιν δε των ανωτέρω, βασίμως η αναθέτουσα αρχή στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της ισχυρίζεται ότι «δεδομένου ότι η εταιρεία ..... εκτελεί, ήδη, και άλλες συναφείς με τη παρούσα συμβάσεις (με την .....ή και άλλους φορείς), πολλοί ή όλοι εκ των εργαζομένων της έχουν ήδη λάβει την απαιτούμενη εκπαίδευση, προ ενός (1) έτους, περίπου, ενώ εξακολουθούν να εργάζονται χωρίς διακοπή. Η δε ληφθείσα εκπαίδευση, σύμφωνα με τον ανωτέρω ρητό όρο της διακήρυξης, δεν έχει ημερομηνία λήξης (επί Θεμάτων Τροχιάς) ή έχει ισχύ δύο (2) ετών (για Εργασίες Επί ή Πλησίον της Τροχιάς) (και, ως εκ τούτου, εξακολουθεί να ισχύει).» Ως εκ τούτων, ο ως άνω από τη προσφεύγουσα εκ των προτέρων υπολογισμός του κόστους της εκπαίδευσης και ο σχετικός λόγος προσφυγής της πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Mutatis mutandis ισχύουν τα προαναφερόμενα και για το δεύτερο σκέλος της αιτίας της προσφεύγουσας, ότι δηλαδή δεν έχει υπολογίσει στη προσφορά της η ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία το κόστος ψυχομετρικής εξέτασης που είναι 150,00€ κατά άτομο. Από τους προδιαληφθέντες σχετικούς όρους της διακήρυξης εντούτοις προκύπτει, ως βασίμως ισχυρίζεται και η αναθέτουσα αρχή, ότι η σχετική υποχρέωση του αναδόχου είναι δυνητική, ως δυνητική δε, η υποχρέωση τούτη δεν είναι επιδεκτική ασφαλούς εκ των προτέρων οικονομικής εκτιμήσεως. Επιπροσθέτως, το εν θέματι κόστος των 150 ευρώ/άτομο, ως ρητώς αναφέρει ο οικείος όρος της διακήρυξης, δεν είναι ασφαλώς και εκ των προτέρων προσδιορισθέν αλλά ρητώς και εναργώς αναφέρεται ως εκτιμώμενο. Σημειωτέον επιπλέον ότι, σύμφωνα με την ανωτέρω διατύπωση της διακήρυξης, οι δυνητικές αυτές εξετάσεις θα διενεργηθούν με «έξοδα του Αναδόχου». Σύμφωνα δε με τη γραμματική ερμηνεία της ανωτέρω διατυπώσεως, η κάλυψη των εξόδων αυτών δύναται να προέλθει από οιαδήποτε - και ανεξάρτητη ενδεχομένως από την επίμαχη σύμβαση - πηγή εσόδων του αναδόχου, στον οποίο εξάλλου καταλείπεται και η σχετική διακριτική ευχέρεια. Σε διαφορετική περίπτωση η διακήρυξη θα απαιτούσε ρητώς την συμπερίληψη του (δυνητικά καταβληθησομένου) ποσού αυτού στην οικονομική προσφορά του Αναδόχου και στο προϋπολογιζόμενο συμβατικό τίμημα.

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

19. Επειδή, περαιτέρω, ως γίνεται δεκτό, όταν η διακήρυξη δεν καθορίζει σε κάποια διάταξή της το διοικητικό κόστος που θεωρείται εύλογο, όπερ ενδεχομένως θα ήταν περιοριστικό, ο προσδιορισμός εύλογου διοικητικού και εργολαβικού κέρδους για την παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών ανάγεται στον τρόπο άσκησης της επιχειρηματικής δραστηριότητας της κάθε συμμετέχουσας επιχείρησης, η οποία μπορεί να διαμορφώσει την οικονομική προσφορά της κατά την ελεύθερη κρίση της, αναλαμβάνοντας και το βάρος του επιχειρηματικού κινδύνου κατά τη διαμόρφωση της τιμής της προσφοράς της. Τα κόστη δηλαδή αυτά εξαρτώνται από την φύση και το μέγεθος της συγκεκριμένης σύμβασης, το μέγεθος, τις συνθήκες οργάνωσης και τις δυνατότητες εκάστου προσφέροντος κ.λπ. Επιπλέον, με δεδομένο ότι η συντριπτική πλειοψηφία των διαγωνισμών για υπηρεσίες καθαριότητας ή φύλαξης, όπως και ο συγκεκριμένος, διενεργείται επί τη βάσει του κριτηρίου ανάθεσης της χαμηλότερης τιμής, οι διαγωνιζόμενες εταιρείες νομίμως καταβάλουν κάθε δυνατή προσπάθεια συμπίεσης του λειτουργικού κόστους εκτέλεσης του έργου που αναλαμβάνουν (πρβ. ΕΑΔΔΗΣΥ ....). Εξάλλου, για τον προσδιορισμό (και την κρίση) του εύλογου διοικητικού κόστους και του εργολαβικού κέρδους του αναδόχου, οι αναθέτουσες αρχές νομίμως λαμβάνουν υπόψη της την τρέχουσα περίοδο δημοσιονομικής κρίσης αλλά και το ότι το εργοδοτικό όφελος δεν είναι πάντα δυνατόν να αποτιμηθεί χρηματικά μέσα στα στενά και συγκεκριμένα όρια μιας οικονομικής προσφοράς. Περαιτέρω, το γεγονός ότι κάποιος διαγωνιζόμενος έχει καταρτίσει την οικονομική του προσφορά κατά τρόπο, που ενδεχομένως δεν συμπίπτει με τον τρόπο που αξιολογεί την προσφορά του άλλος ανταγωνιστής του, χωρίς όμως να αποκλίνει από τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, όπως εν προκειμένω, δεν σημαίνει άνευ άλλου τινός ότι η προσφορά καθίσταται απορριπτέα, καθόσον η διαφοροποίηση, επ' ωφελεία του προσφέροντος, του τρόπου υπολογισμού του κόστους, ανάγεται στην ευχέρεια που διαθέτουν οι διαγωνιζόμενοι να οργανώνουν κατά τρόπο θεμιτό την επιχειρηματική τους δραστηριότητα για την κάλυψη των απαιτήσεων της διακήρυξης και να διαμορφώνουν κατάλληλα την οικονομική τους προσφορά, ενόψει μάλιστα και της φύσεως του διαγωνισμού, ως

## Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019

διαδικασίας της οποίας η έκβαση εξαρτάται ή επηρεάζεται ουσιωδώς από το ύψος των οικονομικών προσφορών (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 272/2008).

20. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η έτερη συμμετέχουσα και ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία έχει προβεί σε εσφαλμένο υπολογισμό του εργοδοτικού κόστους καθώς σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 89 παρ. Γ του Ν. 3996/2011 και της κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδοθείσας Υ.Α. υπ' αριθ. 23411/2131/30-12-2011, όπως ισχύουν μετά το άρθρο 34 του Ν. 4144/2013 έχει θεσπιστεί υποχρεωτική (ετήσια) εργοδοτική εισφορά υπέρ του ειδικού λογαριασμού παιδικών κατασκηνώσεων του Οργανισμού Εργατικής Εστίας (Ο.Ε.Ε.) ποσού 20,00€ ανά εργαζόμενο με σχέση εξαρτημένης εργασίας ιδιωτικού δικαίου, η οποία καταβάλλεται από τον εργοδότη για κάθε εργαζόμενο ανεξαιρέτως του είδους απασχόλησης (πλήρης, μερική κ.λπ.), ποσό το οποίο σύμφωνα με τους υπολογισμούς της προσφεύγουσας ανέρχεται κατ' ελάχιστον σε  $(88 \times 20 \text{€}) = 1.760 \text{€}$ , ενώ η ως άνω παρεμβαίνουσα εταιρεία εσφαλμένως έχει προϋπολογίσει σε 504,23€.

21. Επειδή, εν προκειμένω το ποσό για τον Ειδικό Λογαριασμό Παιδικών Κατασκηνώσεων (ΕΛΠΚ) είναι 20 ευρώ/έτος, το οποίο επιμερίζεται και στους 12 μήνες του έτους, ήτοι  $20 \text{ ευρώ} / 12 \text{ μήνες} = 1,67 \text{ ευρώ/μήνα}$ . Βασίμως δε ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι εάν το ανωτέρω ποσό το αναγάγουμε σε ευρώ/ώρα είναι:  $1,67 \text{ Ευρώ} / 166,67 \text{ ώρες εργασίας ανά μήνα} = 0,01 \text{ Ευρώ/ώρα}$ . Η συνολική δε επιβάρυνση υπέρ των παιδικών κατασκηνώσεων, βάσει των ωρών του διαγωνισμού είναι:  $41856 \text{ (ώρες τριμήνου)} \times 0,01 = 418,56 \text{€}$ . Συνεπώς, το ποσό των 504,23€ που, σύμφωνα με τους υπολογισμούς της ίδιας της προσφεύγουσας, έχει προβλεφθεί από την παρεμβαίνουσα εταιρεία για την κάλυψη της ανωτέρω εισφοράς, καλύπτει πλήρως το σχετικό απαιτούμενο ποσό (418,56 Ευρώ). Επιπλέον και δεδομένου ότι η εν θέματι σύμβαση είναι τρίμηνης (3) διάρκειας, δεν είναι εκ των προτέρων γνωστό αν και πόσοι εργαζόμενοι θα μισθοδοτηθούν κατά το μήνα Αύγουστο εκ της εν θέματι συμβάσεως. Ενόψει τούτων, ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Αντιθέτως, βασίμως ισχυρίζεται συναφώς η παρεμβαίνουσα ότι όπως

## **Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

προκύπτει από τους πίνακες ανάλυσης τόσο της προσφοράς της όσο και της προσφεύγουσας εταιρείας ....., όλα τα εργοδοτικά κόστη που σχετίζονται με τον ακριβή χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης και τα οποία δεν είναι δυνατόν να προβλεφθούν επακριβώς, ακριβώς λόγω μη δυνατότητας προσδιορισμού ακριβούς ημερομηνίας έναρξης και λήξης της σύμβασης (η οποία έχει τρίμηνη χρονική διάρκεια, δηλαδή διάρκεια μικρότερη του έτους), όπως το Δώρο Χριστουγέννων, Δώρο Πάσχα, Επίδομα αδειάς, υπολογίστηκαν με τον ίδιο τρόπο, ήτοι αναλογικά για το διάστημα της σύμβασης. Βάσιμος θα έπρεπε να κριθεί τέλος και ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, για τη περίπτωση που εξεταζόταν τούτος ο ισχυρισμός, δεδομένου ότι έγινε αποδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας από την αναθέτουσα αρχή, στο πλαίσιο τήρησης και εφαρμογής της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης, ότι δηλαδή η προσφεύγουσα εταιρεία ..... εσφαλμένως δεν υπολόγισε ως όφειλε βάσει νομοθεσίας την εισφορά υπέρ του ειδικού λογαριασμού παιδικών κατασκηνώσεων ως εργοδοτική εισφορά -αλλά ως διοικητικό κόστος- και ως εκ τούτου δεν την έχει συμπεριλάβει στην ανάλυση του άρθρου 68 που κατάθεσε στην οικονομική της προσφορά.

22. Επειδή, δεδομένων των ως άνω, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και η Παρέμβαση να γίνει δεκτή.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

**Αριθμός απόφασης: 1345 / 2019**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 14 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 4<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2019.

**Ο Πρόεδρος**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Η Γραμματέας**

**Τζέιμου Γιάννακα**

**α.α.**

**Βασιλική Κωστή**