

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
6° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 6 Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 29-9-2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1478/29.9.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που διατηρεί ... με έδρα την ..., οδός ... αριθ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ..., ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στη ..., οδός ... αριθ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «πρώτη παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην ..., ... αριθ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «δεύτερος παρεμβαίνων»), που διατηρεί ... με τον διακριτικό τίτλο «...», και εδρεύει στην ..., οδός ... αριθ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά να ακυρωθούν η με αριθ. πρωτ. .../... .2023 και .../... .2023 αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής περί προσωρινής και οριστικής κατακύρωσης αντίστοιχα, κατά το μέρος που δεν διέγνωσαν όλους τους λόγους αποκλεισμού των οικονομικών φορέων: **1)** ..., **2)** ..., **3)** ..., και **4)** ..., κατά τα ειδικότερα προβαλλόμενα με την προσφυγή.

Με τις παρεμβάσεις τους οι άνω παρεμβαίνοντες ζητούν την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, κατά το μέρος που αφορά έκαστο εξ αυτών.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 3.831,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. και χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Με την υπ' αριθμό .../2023 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου ... του ... (...) για το χρονικό διάστημα από .../.../2024 έως .../.../2026. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για την ... του ... επί της οδού ... αριθ. ... στη ... ανέρχεται στο ποσό των ...€, χωρίς Φ.Π.Α. (και στο ποσό των ...€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%). Η εκτιμώμενη αξία του δικαιώματος προαίρεσης ανέρχεται στο ποσό των €... ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α. (και στο ποσό των €... συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24%). Η αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίνεται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής. Η προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις ...-...-2023, ενώ το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις ...-...-2023 και έλαβε ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορά, πέντε (5) οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα ο προσφεύγων, η πρώτη παρεμβαίνουσα, ο δεύτερος παρεμβαίνων και οι εταιρείες «...» και «...». Με τα Πρακτικά ...' και ...', η Επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών του συνόλου των συμμετεχόντων, ενώ κατόπιν του ελέγχου και της αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών όλων των συμμετεχόντων, πλην του προσφεύγοντος, η προσφορά του οποίου

κρίθηκε σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης ως καλύπτουσα το νόμιμο εργατικό κόστος. Με την υπ' αριθμό .../...-...-2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκαν τα ανωτέρω Πρακτικά και αποφασίστηκε η απόρριψη των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» (ήδη πρώτη παρεμβαίνουσα), «...», «...» και «...» (ήδη δεύτερος παρεμβαίνων), για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά στο Πρακτικό Β'. Ο προσφεύγων αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος, καθώς κρίθηκε ότι πληροί τους όρους της Διακήρυξης και δεν παρουσιάζει αποκλίσεις από τις τεχνικές προδιαγραφές αυτής. Ακολούθως, με την υπ' αριθμό .../... .2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το Πρακτικό ...' της Επιτροπής του διαγωνισμού περί ελέγχου και αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης και ο προσφεύγων αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης οριστικής κατακύρωσης, στην οποία ενσωματώθηκε κατ' άρθρο 100 του ν. 4412/2016 και 3.3.1 της Διακήρυξης η προηγηθείσα απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, στρέφεται ο προσφεύγων και ζητά την ακύρωσή της κατά το μέρος που οι προσφορές όλων των υπολοίπων συνδιαγωνιζομένων οικονομικών φορέων, δηλαδή των 1) ..., 2) ..., 3) ... και 4) ... δεν απορρίφθηκαν για τους πρόσθετους – αναφερόμενους στην προσφυγή λόγους.

4. Η προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (υπηρεσίες), της προϋπολογισθείσας αξίας της, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 19-9-2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 29-9-2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση, ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι ψηφιακώς υπογεγραμμένη.

6. Ο προσφεύγων, ο οποίος με την προσβαλλόμενη απόφαση αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος, βάλλει κατά όλων των ανθυποψηφίων του - ήδη αποκλεισθέντων, προβάλλοντας επιπρόσθετους – δηλαδή πέραν αυτών που αναφέρονται στην προσβαλλομένη απόφαση- λόγους απόρριψης των προσφορών τους. Υποστηρίζει, σχετικά, ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής είναι βλαπτικές για τον ίδιο, κατά το μέρος που δεν διέγνωσαν όλους τους λόγους αποκλεισμού των συν διαγωνιζόμενων εταιρειών. Κατ' αρχάς, πρέπει να επισημανθεί ότι αναγνωρίζεται στον (οριστικό) ανάδοχο έννομο συμφέρον να ασκήσει προδικαστική προσφυγή, προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψηφίων του (πρβλ. ΣΤΕ 1573/2019, σκ. 10), αφού τυχόν ευδοκίμηση προδικαστικών προσφυγών των τελευταίων θα έχει ως αποτέλεσμα η προσφορά του (αναδόχου) να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί και από το ΔΕΕ (C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo σκ. 36), κάθε προσφέρων ο οποίος θεωρεί ότι μια απόφαση με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή του σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω αποφάσεως, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί επιπλέον να απορρεύσει από την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο. Στην προκειμένη περίπτωση, όλοι οι συμμετέχοντες, κατά των οποίων βάλλει ο προσφεύγων, έχουν αποκλειστεί με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Τούτο, ωστόσο, δεν σημαίνει ότι έχουν καταστεί οριστικώς αποκλεισθέντες, αφού αυτοί δύνανται να προσβάλλουν τον αποκλεισμό τους αρχικώς, ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, και κατόπιν ενώπιον των αρμόδιων Δικαστηρίων. Τυχόν ευδοκίμηση της προδικαστικής προσφυγής τους ή/και της αίτησης ακυρώσεως δύναται να οδηγήσει στην ακύρωση του αποκλεισμού τους και στην επάνοδό τους στην διαγωνιστική διαδικασία, και ενδεχομένως στην ανάληψη της σύμβασης (αφού οι οικονομικές προσφορές ορισμένων εξ αυτών είναι χαμηλότερες από αυτήν του προσφεύγοντος). Ενόψει των ανωτέρω, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος προς προβολή επιπρόσθετων λόγων απόρριψης των προσφορών των υπολοίπων – και ήδη αποκλεισθέντων - συμμετεχόντων συναρτάται από την άσκηση ή μη προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους των

τελευταίων κατά της απόφασης αποκλεισμού τους. Όπως προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και τελεί σε γνώση του κρίνοντος Κλιμακίου, η πρώτη παρεμβαίνουσα εταιρεία «...» και ο δεύτερος παρεμβαίνων «...» έχουν ασκήσει τις με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ .../2.10.2023 και .../29.9.2023 προδικαστικές προσφυγές αντιστοίχως, αμφισβητώντας την κρίση της προσβαλλομένης περί του αποκλεισμού τους. Ως εκ τούτου, εν γένει παραδεκτώς και μετ' εννόμου συμφέροντος, ο προσφεύγων βάλλει κατά της νομιμότητας των προσφορών τους, προβάλλοντας επιπρόσθετους λόγους αποκλεισμού τους. Περαιτέρω, όμως, άνευ εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά των λοιπών δύο οικονομικών φορέων «...» και «...», διότι αυτοί έχουν αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής και, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, δεν έχουν ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά του αποκλεισμού τους, με αποτέλεσμα να έχουν καταστεί οριστικώς αποκλεισθέντες και τρίτοι σε σχέση με τον διαγωνισμό. Συνεπώς, παρέλκει η εξέταση των λόγων της προσφυγής, που βάλλουν κατά των ως άνω δύο οικονομικών φορέων, ελλείψει βλάβης του προσφεύγοντος.

7. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις ...-...-2023 στην προβλεπόμενη από το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να ασκήσουν ενδεχομένως το προβλεπόμενο δικαίωμα παρέμβασής τους.

8. Η πρώτη παρεμβαίνουσα «...», η οποία έχει αποκλειστεί με την προσβαλλόμενη απόφαση και έχει ασκήσει προσφυγή κατά της απόφασης αυτής κατά τα προαναφερθέντα, υπέβαλε εν γένει παραδεκτώς, με έννομο συμφέρον και εμπροθέσμως στις ...-...-2023, την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της, αιτούμενη την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής καθ' ο μέρος προβάλλονται επιπρόσθετοι λόγοι απόρριψης της προσφοράς της. Ο δεύτερος παρεμβαίνων «...» άσκησε, ομοίως, παραδεκτώς, με προφανές έννομο συμφέρον και εμπροθέσμως στις ...-...-2023 την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή του, αιτούμενος την απόρριψη της προσφυγής καθ' ο μέρος προβάλλονται επιπρόσθετοι λόγοι αποκλεισμού της προσφοράς του.

9. Με την υπ' αριθ. .../2023 Πράξη της Προέδρου του Δου Κλιμακίου ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της προσφυγής. Σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις ...-...-2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης στο άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 προθεσμίας, σε όλους τους συμμετέχοντες και στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. τις με αριθ. πρωτ. .../13.10.2023 απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψή της για τους εκεί ειδικώς αναφερόμενους λόγους.

10. Ο **πρώτος** λόγος της προσφυγής στρέφεται κατά των εταιρειών «...» και «...», οι οποίες είναι οριστικώς αποκλεισθείσες κατά τα προαναφερθέντα και ως εκ τούτου δεν εξετάζεται, ελλείψει εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος.

11. Ο **δεύτερος** λόγος της προσφυγής εξετάζεται μόνο κατά το μέρος του που στρέφεται κατά της πρώτης παρεμβαίνουσας «...» και κατά του δεύτερου παρεμβαίνοντος «...». Ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι οι άνω συμμετέχοντες, κατά παράβαση του άρθρου 68 του ν. .../2020 σε συνδυασμό με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, έχουν δηλώσει εσφαλμένα τα Ειδικότερα, ως προς την πρώτη παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι, από τον συνδυασμό του αριθμού των εργαζομένων που δηλώνει ότι θα απασχολεί και των ... ανά ...- δηλαδή ... τ.μ.- προκύπτει ότι δεν καλύπτονται όλα τα ... που πρέπει να ... ο ανάδοχος. Τούτο, διότι κατά τους υπολογισμούς του προσφεύγοντος, κατόπιν αναγωγής των ... που δηλώθηκαν από την πρώτη παρεμβαίνουσα για τους εργαζομένους πλήρους απασχόλησης στα ..., που ... στους εργαζόμενους τετράωρης απασχόλησης, προκύπτει ότι οι τελευταίοι κατά τα ... θα παρέχουν ... στη Ως προς τον δεύτερο παρεμβαίνοντα «...» προβάλλει ότι, τα δηλωθέντα ... που δηλώνει ανά ... και ανά ..., δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις της Διακήρυξης για τον τ.μ. για περίοδο ..., και συγκεκριμένα για το χρονικό διάστημα από ... 2024 έως ... 2024, από ... 2025 έως ... 2025 και από ... έως ..., κατά τη διάρκεια των οποίων προβλέπεται ότι θα παρέχονται ... από ... άτομα τετράωρης απασχόλησης.

Σε σχέση με τους ισχυρισμούς αυτούς του προσφεύγοντος, λεκτέα τα εξής:

Στην παράγραφο 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 «Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις» (ΦΕΚ Α' 115), όπως αυτή ισχύει μετά την αντικατάστασή της με την παράγραφο 1 άρθρου 22 του ν. .../2013 (ΦΕΚ ...), ορίζεται ότι: «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα ..., οι ..., οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει ... ή ... διαγωνισμό για την ανάθεση, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες ... ή/και ... 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 ... ανά άτομο, όταν πρόκειται για Οι εταιρείες ... ή/και ... υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία...». Με την προαναφερόμενη διάταξη θεσπίζεται υποχρέωση των αναθετουσών αρχών να απαιτούν από τους διαγωνιζόμενους την υποβολή των αναφερόμενων σε αυτήν στοιχείων με την πρόβλεψη, καταρχήν, ειδικού όρου στις Διακηρύξεις των διαγωνισμών για την ανάθεση ... και ... (...).

Στο άρθρο 2.4.4 της προκείμενης Διακήρυξης ενσωματώνεται αυτούσια η διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. .../2010, ορίζοντας ότι οι συμμετέχουσες εταιρείες πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να αναφέρουν, υποβάλλοντας χωριστό αρχείο με την προσφορά τους, τα στοιχεία του άρθρου 68 παρ. 1 του ν. .../2010 όπως αντικαταστάθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 22 του ν. .../2013. Στα εν λόγω στοιχεία μεταξύ άλλων συμπεριλαμβάνεται η δήλωση «... στ) των ... ανά άτομο».

Περαιτέρω, στο **Παράρτημα Ι** της Διακήρυξης, υπό τίτλο Τεχνικές Προδιαγραφές προβλέπεται ότι: «Η παρούσα μελέτη αφορά την σύναψη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, με αντικείμενο την παροχή, επιφάνειας ... τμ περίπου, συν τους ... χώρους, επιφάνειας ... τμ περίπου (συνολικά ... τμ περίπου), για χρονικό διάστημα ... (...) ετών και πιο συγκεκριμένα για το διάστημα από .../.../2024 έως .../.../2026, σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου

4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει». Εν συνεχεία, παρατίθεται ανάλυση ανά μήνα και έτος για όλη την διάρκεια της σύμβασης του απασχολούμενου προσωπικού και προσδιορίζονται τα άτομα ανά ημέρα μερικής και πλήρους απασχόλησης και ανά βάρδια για καθεμία περίοδο.

Εκ των ανωτέρω προκύπτει, ότι τόσο η Διακήρυξη (άρθρο 2.4.4.) όσο και το άρθρο 68 του ν. .../2010 απαιτούν υποχρεωτικά και επί ποινή αποκλεισμού τη δήλωση, από τους συμμετέχοντες, των ... ανά άτομο που θα απασχοληθεί στο συνολικό υπό ανάθεση έργο. Ωστόσο, η Διακήρυξη δεν προβλέπει σε κανένα σημείο διακεκριμένο υπολογισμό των ... ανά άτομο και ανά ημέρα, ούτε διακρίνει τον υπολογισμό αυτών με βάση την μερική ή την πλήρη απασχόληση των εργαζομένων ή την χρονική περίοδο απασχόλησής τους, καθόσον ούτε το άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης ούτε το άρθρο 68 του ν. .../2010 εξειδικεύουν τον τρόπο υπολογισμού των ... που αντιστοιχούν ανά άτομο. Η μοναδική απαίτηση, που αναφέρεται από τις εν λόγω διατάξεις του νόμου αλλά και από την Διακήρυξη, είναι **ο εν γένει και σε επίπεδο συνολικής προσφοράς** προσδιορισμός ... (βλ. ... και ...). Όπως έχει συναφώς κριθεί (βλ. ...), η ειδικότερη απαίτηση αναφοράς των αναλογούντων σε έκαστο εργαζόμενο ... δεν θεσπίζεται προς το σκοπό διακρίβωσης της κάλυψης κατά χώρο του αντικειμένου του διαγωνισμού, αλλά αποβλέπει αποκλειστικώς στον έλεγχο τήρησης της εργατικής νομοθεσίας. Τούτο προκύπτει τόσο από τον σκοπό θέσπισης της απαίτησης αυτής σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν. .../2010 όσο και από την συστηματική ένταξή της στο μέρος της Διακήρυξης που αφορά στην οικονομική προσφορά. Συνεπώς, από την αναφορά των αναλογούντων σε έκαστο εργαζόμενο ... δεν μπορεί να στηριχθεί εμμέσως συμπέρασμα περί καλύψεως ή μη του απαιτούμενου έργου, στοιχείο που ανάγεται στην πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών.

Κατόπιν των ανωτέρω, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα:

Η πρώτη παρεμβαίνουσα «...» δήλωσε στην οικονομική προσφορά της ότι τα ... είναι ... ανά άτομο πλήρους απασχόλησης. Ο αριθμός αυτός προκύπτει από τη διαίρεση του ... προς ... (... τ.μ.) με τα ισοδύναμα άτομα πλήρους απασχόλησης, όπως αυτά δηλώνονται στην προσφορά της και ανέρχονται σε ... άτομα (άρα, ... τ.μ./... ισοδύναμοι εργαζόμενου= ... τ.μ. ανά εργαζόμενο).

Με τον τρόπο αυτό η προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας συμμορφώνεται πλήρως προς την απαίτηση του όρου 2.4.4 της Διακήρυξης, απορριπτομένων ως νόμω και ουσία αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Αυτό, διότι αφενός στη Διακήρυξη δεν προβλέπεται διακεκριμένη δήλωση των ... με βάση το καθεστώς απασχόλησης (...) των εργαζομένων και αφετέρου η μεθοδολογία υπολογισμού ... της πρώτης παρεμβαίνουσας τελεί σε στοίχιση και πάντως δεν αντιβαίνει προς τους όρους και τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και του νόμου.

Ο δεύτερος παρεμβαίνων «...» στην οικονομική προσφορά του δήλωσε «Ως προς ό,τι αφορά τα ... ανά άτομο και ανά ώρα εργασίας είναι κατά μέσο όρο ... τ.μ. κατά τις ημέρες εργασίας Δευτέρα με Παρασκευή και ... τ.μ. κατά τις ημέρες εργασίας Σαββάτου και Κυριακής. Όσον αφορά ... κατά την καλοκαιρινή περίοδο καθώς και των ημερών αργίας του έτους, αυτά είναι ανάλογα του αριθμού των ωρών των εργαζομένων κατά τις ημέρες αυτές σε συνάρτηση με τους ... που θα ... και θα ... οι οποίοι ... δεν ορίζονται με ... από την διακήρυξη. Ο ... ανά ... που αναλογεί σε κάθε ..., εξαρτάται από τη μορφή και δομή του ... καθώς και από τις ... κάθε ... (... ..., κλπ.)». Περαιτέρω, στην οικονομική προσφορά του δήλωσε ότι «α) Ο Συνολικός αριθμός εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο υπό ανάθεση έργο είναι ... εκ των οποίων οι ... είναι 4ωρης απασχόλησης (μερικής) και οι 4 είναι 8ωρης απασχόλησης (πλήρους) ανά ημέρα και βάρδια εργασίας». Ενόψει των ανωτέρω, ο δεύτερος παρεμβαίνων συμμορφώνεται προς την τιθέμενη απαίτηση της Διακήρυξης περί δήλωσης ..., που αναλογούν σε κάθε εργαζόμενο, και μάλιστα προέβη σε διάκριση με βάση την εργασία που θα παρέχεται κατά τις καθημερινές, τα Σαββατοκύριακα, την καλοκαιρινή περίοδο και τις αργίες. Οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος, ότι για τις κατονομαζόμενες στην προσφυγή ... εβδομάδες δεν καλύπτεται η απαίτηση ... του ... των ... του ..., είναι απορριπτέες ως νόμω και ουσία αβάσιμες. Τούτο, διότι πρώτον στη Διακήρυξη δεν προβλέπεται διακεκριμένη παράθεση του αριθμού των ... ανά ... και δεύτερον, διότι ο οικονομικός φορέας «...» ορθώς και σύμφωνα με τις προβλέψεις του Παραρτήματος Ι δήλωσε τα ... που αναλογούν στους εργαζομένους ανά ώρα εργασίας με βάση την παροχή υπηρεσιών κατά τις καθημερινές (Δευτέρα – Παρασκευή) και τα Σαββατοκύριακα, ενώ επίσης διευκρίνισε ότι την καλοκαιρινή περίοδο καθώς

και τις ημέρες αργίας του έτους, ... είναι ανάλογα του αριθμού των ωρών των εργαζομένων κατά τις ημέρες αυτές, σε συνάρτηση με ... που θα ... και θα ..., οι οποίοι χώροι δεν ορίζονται με ... στην Διακήρυξη. Μάλιστα, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει στις απόψεις της ότι, όπως προκύπτει από το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης κατά τα Σαββατοκύριακα αλλά και κατά τις χρονικές περιόδους που το προσωπικό είναι μειωμένο (Χριστούγεννα, Πάσχα, καλοκαίρι) οι ... δεν αφορούν στο σύνολο των ... του ..., αλλά μόνο σε μέρος αυτών. Κατόπιν των ανωτέρω, η δήλωση του δεύτερου παρεμβαίνοντος για ... που αναλογούν σε κάθε εργαζόμενο ανά ώρα παρίσταται σύμφωνη και πάντως δεν αντιβαίνει στις διατάξεις της Διακήρυξης και του νόμου.

Ενόψει των ανωτέρω, ο **δεύτερος** λόγος της προσφυγής, κατά το μέρος που βάλλει κατά των παρεμβαίνόντων, πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

12. Ο **τρίτος** λόγος της προσφυγής εξετάζεται μόνο κατά το μέρος που βάλλει κατά των παρεμβαίνόντων, αφού οι άλλες δύο εταιρείες («...» και «...») είναι οριστικώς αποκλεισθείσες. Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αμφότεροι οι παρεμβαίνοντες δεν καλύπτουν τις απαιτούμενες, βάσει της Διακήρυξης, ώρες Κυριακών και αργιών, με αποτέλεσμα οι οικονομικές προσφορές τους να υπολείπονται από το νόμιμο εργατικό κόστος. Όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης απόφασης, η οικονομική προσφορά τόσο της πρώτης παρεμβαίνουσας «...» όσο και του δεύτερου παρεμβαίνοντος «...» απορρίφθηκαν- κατ' επικύρωση του Πρακτικού ...'-, διότι οι φορείς αυτοί δεν υπολόγισαν ορθώς και σύμφωνα με τη Διακήρυξη τις ώρες των Κυριακών και των αργιών καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και συνεπεία τούτου οι προσφορές τους κρίθηκαν ως υπολειπόμενες του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους. Άρα, δεν πρόκειται για επιπρόσθετο λόγο αποκλεισμού, αλλά για τον ήδη διαγνωσθέντα από την αναθέτουσα αρχή λόγο αποκλεισμού των παρεμβαίνόντων. Ως εκ τούτου, αλυσιτελώς προβάλλεται από τον προσφεύγοντα, όπως άλλωστε και η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει στις απόψεις της. Σημειώνεται, ότι αμφότεροι οι παρεμβαίνοντες έχουν ασκήσει αυτοτελείς προδικαστικές προσφυγές κατά της απόφασης αποκλεισμού τους, επί των οποίων ο προσφεύγων έχει ασκήσει αντίστοιχες παρεμβάσεις. Επομένως, στο πλαίσιο των ασκηθεισών παρεμβάσεών του, ο προσφεύγων

δύναται να προβάλλει – όπως και πράγματι προβάλλει – τους ισχυρισμούς του υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το κεφάλαιό της αυτό, δηλαδή κατά το μέρος, που αποφασίστηκε η απόρριψη των προσφορών των εδώ παρεμβαινόντων λόγω μη σύννομου υπολογισμού των ωρών των Κυριακών και των αργιών στην οικονομική προσφορά τους.

13. Ο τέταρτος λόγος της προσφυγής εξετάζεται μόνο κατά το μέρος που στρέφεται κατά του δεύτερου παρεμβαίνοντος «...». Ο προσφεύγων προβάλλει ότι η προσφορά του άνω οικονομικού πρέπει να αποκλειστεί και για τον (επιπρόσθετο) λόγο, ότι δηλώνει ασυνήθιστα χαμηλό ..., καθώς δεν συμπεριλαμβάνει σε αυτό όλα τα αναγκαία κατά τη Διακήρυξη κόστη και η προσφορά του είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Όμως, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση, η μη συμπερίληψη του κόστους για τα πιστοποιητικά ISO και για την έκδοση της πιστοληπτικής ικανότητας, αποτέλεσε την έτερη αιτιολογική βάση απόρριψης της προσφοράς του δεύτερου παρεμβαίνοντος (βλ. σελ. ... του Πρακτικού Β') . Άρα, δεν πρόκειται για επιπρόσθετο λόγο αποκλεισμού του προσφεύγοντος, αλλά για ήδη διαγνωσθέντα από την αναθέτουσα αρχή λόγο αποκλεισμού. Ενόψει τούτου, αλυσιτελώς και απαραδέκτως προβάλλεται από τον προσφεύγοντα. Όπως αναφέρθηκε στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, ο δεύτερος παρεμβαίνων έχει ασκήσει τη με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ .../29.9.2023 προσφυγή, με αίτημα την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά του με την υπόψη αιτιολογική βάση. Ο νυν προσφεύγων έχει ασκήσει παρέμβαση επί της προσφυγής αυτής, δυνάμενος έτσι να προβάλλει τις αιτιάσεις του υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης ως προς το κεφάλαιο αυτό. Κατόπιν των ανωτέρω, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής κατά το μέρος που στρέφεται κατά του δεύτερου παρεμβαίνοντος και αφορά στο μη σύννομο και το ασυνήθιστα χαμηλό ... λόγω μη συμπερίληψης προβλεπόμενων από την Διακήρυξης επιμέρους δαπανών που το συγκροτούν πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελώς και απαραδέκτως προβαλλόμενος.

Περαιτέρω, στο πλαίσιο του υπόψη λόγου ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά του δεύτερου παρεμβαίνοντος, διότι το ... κέρδος που δηλώνει και ανέρχεται σε ... ευρώ για ολόκληρη την ...

διάρκεια της σύμβασης (δηλαδή για έτη ..., ... και ...), εξομοιούται με μηδενικό. Κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος η αναθέτουσα αρχή, καθ' υπέρβαση της διακριτικής της ευχέρειας, έκανε δεκτή την προσφορά του δεύτερου παρεμβαίνοντος, χωρίς να τον καλέσει σε αιτιολόγηση της προσφοράς του. Προβάλλει δε, ότι ο οικονομικός φορέας «...» δεν προσκόμισε κανένα αποδεικτικό στοιχείο, όπως π.χ. άλλες συμβάσεις από τις οποίες να προκύπτει και να αποδεικνύεται ότι έχει την οικονομική δυνατότητα να εκτελέσει την συγκεκριμένη σύμβαση με ιδιαίτερα μικρό Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της εμμένει στα αναφερόμενα στο Πρακτικό Β' της Επιτροπής του διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο «Τα ... κέρδη που δηλώνουν οι υπόλοιποι οικονομικοί φορείς είναι **χαμηλά** ως προς το ύψος τους, ωστόσο, επειδή: i) η διακήρυξη του διαγωνισμού δεν προέβλεπε ένα συγκεκριμένο ποσοστό ελάχιστου ... κέρδους που όφειλε κάθε εταιρεία να προϋπολογίσει στην προσφορά της, ii) ο ν. .../2010, αν και αναφέρεται σε εύλογο ... κέρδος, δεν αποτυπώνει τη μορφή που θα πρέπει να λαμβάνει αυτό (... ... κ.λπ.), iii) τα οικονομικά μεγέθη των ανωτέρω υποψήφιων οικονομικών φορέων δίνουν την ευχέρεια σε αυτούς να διαμορφώσουν το ύψος του ... τους κέρδους κατά την ελεύθερη επιχειρηματική τους κρίση, χωρίς να παραβιάζουν τους κανόνες του ανταγωνισμού και χωρίς να εγείρουν αμφιβολίες για τη δυνατότητά τους να εκτελέσουν ακώλυτα τη σύμβαση, iv) στο σκεπτικό πολλών δικαστικών αποφάσεων γίνεται δεκτό ότι το ... όφελος μιας επιχείρησης δύναται να συνίσταται, πέραν της λήψης οικονομικού οφέλους, και στην απόκτηση εμπειρίας απαιτούμενης σε επόμενους παρόμοιους διαγωνισμούς, στην ανάληψη συμβατικού αντικειμένου προκειμένου να διατηρήσει για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα το ανθρώπινο δυναμικό της, στη διατήρηση της φήμης και του γοήτρου της στη συγκεκριμένη επιχειρηματική αγορά, στην αύξηση του ετήσιου κύκλου εργασιών της, στη βελτίωση εν γένει της φήμης της, στην αύξηση του πελατολογίου της, στη διατήρηση των θέσεων εργασίας για το εξειδικευμένο προσωπικό που διαθέτει, με συνέπεια ο καθορισμός του ... κέρδους να ανάγεται στην ευχέρεια του κάθε διαγωνιζόμενου, και v) είναι της ίδιας τάξης μεγέθους, κρίνονται ως εύλογα και γίνονται αποδεκτά».

Ο **δεύτερος παρεμβαίνων** αντιτάσσει ότι, το ποσοστό ... κέρδους που δήλωσε, είναι εύλογο και σε καμία περίπτωση δεν εξομοιώνεται με μηδενικό-

λαμβάνοντας υπόψη ότι στο ... κέρδος συμπεριλαμβάνονται λογικοσυστηματικά και προσδοκώμενα οφέλη από την ανάθεση της σύμβασης που σχετίζονται με τη διαφήμιση της επιχείρησης και την ενίσχυση της φήμης της στον τομέα της δραστηριότητας της. Προβάλλει, δε, επικαλούμενος σχετική νομολογία και αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ (βλ. ΔΕΦΑΘ 380/2020, ΔΕΦΘεσ/νίκης 66/2021, 118/2020, ΔΕΦΛαρ 11/2022, ΑΕΠΠ 1644/2020, 1666/2020, 1329/2019), ότι το ποσό που υπολόγισε ως ... κέρδος, δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλό σε βαθμό, που να μπορεί να θεωρηθεί ότι η αναθέτουσα αρχή υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας.

Επί των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, στο πλαίσιο του υπόψη λόγου της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Από το άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης στο οποίο καθορίζεται το επί ποινή αποκλεισμού περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς, σε συνδυασμό με το εφαρμοστέο στην προκείμενη σύμβαση άρθρο 68 ν. .../2010, προκύπτει ότι απορρίπτεται ως απαράδεκτη οικονομική προσφορά διαγωνιζομένου, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών. Περαιτέρω, η οικονομική προσφορά διαγωνιζομένου πρέπει να περιλαμβάνει και το ... κόστος, καθώς επίσης και να καταλείπει και κάποιο περιθώριο κέρδους, ώστε να μην θέτει σε κίνδυνο την εκτέλεση της σχετικής σύμβασης (πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 108/2014, σκ. 6, 328/2013, σκ. 6, ΔΕΦΑΘ 86/2019, σκ. 8 και 11, 1815/2019 κ.α.). Τα προσδιοριστικά στοιχεία, που επιδρούν στη διαμόρφωση του ύψους του ... κέρδους, δεν ορίζονται στο οικείο νομοθετικό πλαίσιο, καθόσον ο καθορισμός τους ανάγεται στην ευχέρεια του διαγωνιζομένου να οργανώνει κατά τρόπο θεμιτό την άσκηση της επιχειρηματικής του δραστηριότητας, που σχετίζεται με τη δυναμικότητα της επιχείρησής του, τον επιχειρηματικό κίνδυνο που αναλαμβάνει και τις επιχειρηματικές προσδοκίες του κατά τον κρίσιμο, κατά περίπτωση, χρόνο (ΔΕΦΑΘ 691/2022). Στην προκείμενη περίπτωση, ο μεν προσφεύγων δεν αμφισβητεί ότι η οικονομική προσφορά του δεύτερου παρεμβαίνοντος καταλείπει κάποιο περιθώριο κέρδους, ο δε δεύτερος παρεμβαίνων προβάλλει ότι διαμόρφωσε την οικονομική προσφορά του με βάση τα υφιστάμενα δεδομένα της αγοράς, θεωρώντας ως κέρδος και την προβολή του από την παροχή υπηρεσιών στην αναθέτουσα αρχή καθώς και την αύξηση του πελατολογίου του, με συνέπεια να εδραιώσει τη θέση του στην

αγορά, να αυξήσει την πελατειακή βάση του, την εμπειρία του κ.λπ. Ενόψει των ανωτέρω, και με δεδομένο ότι σε κάθε περίπτωση ο δεύτερος παρεμβαίνων υπολόγισε κάποιο ... κέρδος από την εκτέλεση της σύμβασης (ποσού ... ευρώ), η προσφορά του δεν μπορεί να θεωρηθεί απαράδεκτη – όπως αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων-, διότι αυτή δεν συνίσταται αποκλειστικά στο εργατικό κόστος, ώστε να υφίσταται κίνδυνος μη κάλυψης του τελευταίου κατά παράβαση του άρθρου 68 του ν. .../2010, ενώ ο προσδιορισμός μεγαλύτερου ή μικρότερου ... κέρδους ανάγεται στην επιχειρηματική του ελευθερία. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή αιτιολόγησε επαρκώς την σχετική κρίση της, αναφέροντας ότι έλαβε υπόψη τη διαμορφωθείσα νομολογία, σύμφωνα με την οποία το ύψος του ... κέρδους ανάγεται στην επιχειρηματική επιλογή εκάστου συμμετέχοντος, καθώς και το γεγονός ότι ο δεύτερος παρεμβαίνων δεν δήλωσε μηδενικό ποσό. Επιπλέον, συνεκτίμησε το γεγονός ότι τα δηλωθέντα ποσά από τους άλλους τρεις (3) συμμετέχοντες κυμαίνονται στο ίδιο ύψος (...€ η εταιρεία ..., ...€ η εταιρεία ... και ...€ η εταιρεία ...) . Ενόψει των ανωτέρω, η εκ πρώτης όψεως κρίση της αναθέτουσας αρχής παρίσταται νόμιμη και δεν δύναται να συναχθεί, ότι αυτή υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας ως προς την μη εκτίμηση του ύψους του δηλωθέντος ... κέρδους του δεύτερου παρεμβαίνοντος, ως ασυνήθιστα χαμηλού. Κατόπιν των ανωτέρω, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής κατά το σκέλος αυτό πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, κατ' αποδοχή των αντίθετων αιτιάσεων της αναθέτουσας αρχής και του δεύτερου παρεμβαίνοντος.

14. Οι πέμπτος και έκτος λόγοι της προσφυγής δεν εξετάζονται, ελλείψει εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος. Τούτο, διότι ο προσφεύγων στρέφεται κατά της εταιρείας «...», της οποίας η προσφορά, όπως προαναφέρθηκε, απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, χωρίς αυτή να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης αποκλεισμού της, με αποτέλεσμα να έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείσα και άρα τρίτη σε σχέση με την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία.

15. Κατόπιν των ανωτέρω η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, να γίνουν δεκτές οι παρεμβάσεις και να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Δέχεται την πρώτη και τη δεύτερη παρεμβάσεις.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 27 Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ