

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 04 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α2302/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, την, από 30.08.2021, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1681/31.08.2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» -...(εφεξής αναθέτων φορέας), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ... απόφαση της με αρ. συνεδρίασης του διοικητικού συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, με την οποία εγκρίθηκε το, από 18.05.2021, πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «Παροχή υπηρεσιών καθαρισμού για έξι μήνες», προϋπολογισμού 2.385.000,00€, πλέον Φ.Π.Α 24%, CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (...), συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ:).

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

Με την παρέμβασή της, η 1^η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά της, με συνέπεια, να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης της προκηρυσσόμενης σύμβασης.

Με την παρέμβασή της, η 2^η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά της, με συνέπεια, να αναδειχθεί 2^η σε σειρά κατάταξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ., ποσού δώδεκα χιλιάδων εννιακοσίων είκοσι πέντε ευρώ (12.925,00 €) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 30.08.2021, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1681/31.08.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 4112/2021 πράξη του αναθέτοντος φορέα, με θέμα: «... “Παροχή υπηρεσιών καθαρισμού” - Ανάδειξη προσωρινού αναδόχου», αναρτήθηκε

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 19.08.2021.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή (3^η σε σειρά κατάταξης), θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά των δύο (2) ανταγωνιστών της. Το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, θεμελιώνεται εν προκειμένω στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 4112/2021 απόφαση του αναθέτοντος φορέα μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά των εταιριών «...» (προσωρινός μειοδότης) και «...» (2^η σε σειρά κατάταξης), διότι αμφοτέρως : α) υπολόγισαν εσφαλμένα το κόστος του επιδόματος αδείας του προσωπικού που θα απασχοληθεί στην εκτέλεση της οικείας σύμβασης και β) δεν δήλωσαν στο έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ. ότι θα χρησιμοποιήσουν υπερβολάβους, παρόλο που από τις υποβληθείσες τεχνικές προσφορές προκύπτει ότι οι ως άνω δύο εταιρείες δεν είναι αδειοδοτημένες να διαχειρίζονται μολυσματικά απόβλητα και επομένως, δεν δύνανται να υλοποιήσουν αυτοπροσώπως τις απαιτήσεις της παρ. 8 του όρου 2.3 («Γενικές Απαιτήσεις») του Παραρτήματος IV («Τεχνικές προδιαγραφές») της διακήρυξης σχετικά με τη διαχείριση των μολυσματικών απορριμμάτων, η οποία (διαχείριση) «... θα πρέπει να ακολουθεί την κείμενη νομοθεσία όσον αφορά την αποκομιδή, αποθήκευση και διάθεσή τους προς απομάκρυνση ή και καταστροφή αυτών ...».

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα 1^η παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (10.09.2021), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 31.08.2021 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά της,

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

με συνέπεια, να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης της οικείας σύμβασης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα 2^η παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (10.09.2021), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 31.08.2021 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά της, με συνέπεια, να καταταγεί 2^η σε σειρά κατάταξης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, απορρίπτεται ως απαράδεκτη οικονομική προσφορά διαγωνιζομένου, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών (ΕΑ ΣτΕ 328, 198, 76/2013, 108/2014, ΔΕφΑθ 312/2015).

7. Επειδή, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του εκάστοτε διαγωνισμού και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 18.19/2011, 3703/2010 κλπ), ενώ ο τρόπος σύνταξης εν γένει των προσφορών στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας, στην αποφυγή κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 457/2009, ΔΕφΑθ 29/2013 κλπ). Προσφορά που αποκλίνει, από απαράβατο όρο της διακήρυξης, καθίσταται απορριπτέα ως απαράδεκτη.

8. Επειδή, στο άρθρο 2.4.4. («Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) της επίμαχης διακήρυξης, ορίζεται ότι: «...οι συμμετέχουσες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού (εργολάβοι), 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

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά πλέον της εισφοράς για τις παιδικές κατασκηνώσεις (υπέρ Ε.Λ.Π.Κ.) του άρθρου 89 Γ του Ν. 3996/2011. 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. Πρέπει επίσης 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 επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι».

9. Επειδή, στο άρθρο 1 του α.ν. 539/45 «Περί χορηγήσεως κανονικών αδειών μετ' αποδοχών», όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 του ν. 3304/2004 «Ετήσια άδεια εργαζομένων, επιδότηση ανεργίας, θέματα ΙΚΑ κλπ.» ορίζεται ότι: «1.α. Κάθε μισθωτός από την έναρξη της εργασίας του σε υπόχρεη επιχείρηση και μέχρι τη συμπλήρωση δώδεκα (12) μηνών συνεχούς απασχόλησης, δικαιούται να λάβει ποσοστό της ετήσιας κανονικής άδειας με αποδοχές κατ' αναλογία με το χρόνο εργασίας που έχει συμπληρώσει στην ίδια υπόχρεη επιχείρηση. Το ποσοστό αυτό υπολογίζεται με βάση ετήσια άδεια εικοσιτεσσάρων εργάσιμων ημερών ή αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας, είκοσι (20) εργάσιμων ημερών, χωρίς να υπολογίζεται σε αυτές η ημέρα της εβδομάδας κατά την οποία δεν απασχολούνται οι μισθωτοί λόγω του εφαρμοζόμενου συστήματος εργασίας. β. Ο εργοδότης υποχρεούται μέχρι τη λήξη του πρώτου ημερολογιακού έτους, εντός του οποίου προσελήφθη ο μισθωτός να χορηγεί σε αυτόν την παραπάνω αναλογία της κανονικής άδειας. Κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει την ετήσια κανονική άδεια με αποδοχές, η οποία αναλογεί στο χρόνο απασχόλησής του στην υπόχρεη επιχείρηση και υπολογίζεται σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης α'. Η άδεια αυτή επαυξάνεται κατά μία (1) εργάσιμη ημέρα για κάθε έτος απασχόλησης επιπλέον του πρώτου μέχρι τις είκοσι έξι (26) εργάσιμες ημέρες ή μέχρι και τις είκοσι δύο (22) εργάσιμες ημέρες αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας. Για καθένα από τα επόμενα ημερολογιακά έτη, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει από την 1η Ιανουαρίου εκάστου έτους, την κανονική ετήσια άδεια με αποδοχές, η οποία υπολογίζεται

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

σύμφωνα με το προηγούμενο εδάφιο. Η ετήσια άδεια με αποδοχές, καθώς και το επίδομα αδειάς, εκτός από τις διατάξεις του νόμου αυτού διέπονται και από τις λοιπές συναφείς διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας».

10. Επειδή, στο άρθρο 3 παρ. 16 του ν. 4504/1966 «Εργατική νομοθεσία - Ταμεία ασφαλιστικά διάφορα κλπ.» προβλέπεται ότι: «16. Οι επί σχέσει εργασίας του ιδιωτικού δικαίου απασχολούμενοι, παρ' οιονδήποτε εργοδότη, μισθωτοί δικαιούνται κατ' έτος "επιδόματος αδειάς" ίσου προς το σύνολον των αποδοχών των υπό του Α.Ν. 539/1954 ή άλλων διατάξεων καθοριζομένων ημερών αδειάς αναπαύσεως μετ' αποδοχών, ων δικαιούται έκαστος μισθωτός, υπό τον περιορισμόν ότι το επίδομα τούτο δεν δύναται να υπερβαίνη τας αποδοχάς ενός 15ημέρου, διά τους επί μηνιαίω μισθώ αμειβομένους, των 13 δε εργασίμων ημερών, διά τους επί ημερομισθίω ή κατά μονάδα εργασίας ή επί ποσοστοίς ή κατ' άλλον τρόπον αμειβομένους μισθωτούς. Το ως άνω επίδομα καταβάλλεται ομού μετά των αποδοχών της αδειάς αναπαύσεως του μισθωτού. Εις περίπτωσιν καταγγελίας της συμβάσεως εργασίας, άνευ πταίσματος του μισθωτού, πριν ούτος συμπληρώση, παρά τω αυτώ εργοδότη δωδεκάμηνον συνεχή απασχόλησιν, αφ' ης προσελήφθη, ή αφ' ης έλαβε το επίδομα του προηγούμενου έτους, δικαιούται μέρους του ως άνω επιδόματος αναλόγου προς τον χρόνον της εργασιακής σχέσεως, ήτις διέρρευσεν, από της προσλήψεως ή από της λήψεως του προηγούμενου επιδόματος, μέχρι της ημέρας λύσεως της συμβάσεως εργασίας.».

11. Επειδή, στο, από 10.09.2021, έγγραφο απόψεων του οικείου αναθέτοντος φορέα αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή τα εξής: «[...] Ο πρώτος αυτός λόγος προσφυγής, δεν ευσταθεί. Θα πρέπει να σημειώσουμε ότι, το γεγονός, ότι ένας διαγωνιζόμενος καταρτίζει την οικονομική του προσφορά, με τρόπο διαφορετικό από τους άλλους, χωρίς παράλληλα να παραβιάζει την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, δεν καθιστά την προσφορά του μη νόμιμη/απαράδεκτη. Οι διαγωνιζόμενοι συντάσσουν την οικονομική τους προσφορά με βάση την επιχειρηματική δραστηριότητα και την οργανωτική τους δομή, με στόχο την ανάδειξή τους ως αναδόχων. Τα δύο αυτά στοιχεία (επιχειρηματική δραστηριότητα και οργανωτική δομή) είναι που προσδιορίζουν με ποιο τρόπο ο εκάστοτε διαγωνιζόμενος θα επιλέξει να συντάξει την οικονομική του προσφορά και να

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

υπολογίσει το εργατικό κόστος, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Με δεδομένο επιπλέον το γεγονός ότι σε συμβάσεις, όπως η συγκεκριμένη, ο χρόνος έναρξης παροχής υπηρεσιών είναι αντικειμενικά αδύνατο να προσδιορισθεί εκ των προτέρων, οι διαγωνιζόμενοι επιλέγουν ως τρόπο υπολογισμού τη διάρκεια του έτους. Τέλος, δεν υπάρχει ένας και συγκεκριμένος τρόπος υπολογισμού του επιδόματος αδείας, αφού αυτός (ο υπολογισμός) ακολουθεί τις αποδοχές αδείας (και τον τρόπο υπολογισμού τους), οι οποίες υπολογίζονται λαμβάνοντας υπόψη άλλες παραμέτρους. Με παραδοχή τα ανωτέρω, οι δύο διαγωνιζόμενες εταιρείες ..., και ... συνέταξαν τις οικονομικές τους προσφορές και ειδικότερα υπολόγισαν τη μισθοδοσία του προσωπικού τους, με βάση τη διάρκεια του έτους τηρώντας απαρέγκλιτα τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Δεν είναι τυχαίο δε, το γεγονός, ότι η προσφεύγουσα σε κανένα σημείο της υπό κρίση προσφυγής δεν αμφισβητεί τη νομιμότητα των στοιχείων των προσφορών των δύο ανωτέρω εταιρειών, αλλά θεωρεί ότι οι υπολογισμοί αυτοί, έπρεπε να γίνουν με βάση άλλα δεδομένα, δηλαδή τα δικά της δεδομένα, τα οποία προκρίνει ως τα μόνα ορθά. Θέλει δηλαδή η προσφεύγουσα να επιβάλει στον διαγωνισμό τα δικά της δεδομένα, τον δικό της τρόπο σύνταξης της προσφοράς, χωρίς όμως στη διακήρυξη να προβλέπεται ή να προκύπτει αντίστοιχη δέσμευση και χωρίς να αποδεικνύει την μοναδικότητα της ορθότητας τους. Αντίθετα από τις οικονομικές προσφορές των δύο εταιρειών προκύπτει, ότι αυτές έχουν τηρήσει απαρέγκλιτα τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας αφού έχουν λάβει υπόψη όλες τις παραμέτρους άδεια αντικαταστάτη, δώρο Πάσχα και Χριστουγέννων κ.λπ. Επομένως και ο υπολογισμός του επιδόματος αδείας με βάση τις επιχειρηματικές δυνατότητες των διαγωνιζομένων είναι ορθός, νόμιμος και ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης.

Ως προς τον 2^ο λόγο προσφυγής, ο αναθέτων φορέας παραπέμπει στην παρ. 8 του όρου 2.3. του Παραρτήματος IV της διακήρυξης, προκειμένου να τεκμηριώσει τους κάτωθι ισχυρισμούς: [...] Από τα ανωτέρω προκύπτει συνεπώς, ότι η διακήρυξη δεν υποχρεώνει τους συμμετέχοντες να προβούν σε κάποια δήλωση ή να προσκομίσουν κάποιο στοιχείο/έγγραφο, που να αφορά την αποκομιδή μολυσματικών απορριμμάτων. Αντικείμενο του διαγωνισμού είναι «Παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ...για έξι μήνες». Η αναφορά του τεύχους τεχνικών προδιαγραφών σε μολυσματικά απορρίμματα, γίνεται

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

προκειμένου να γνωρίζει ο ανάδοχος ότι μπορεί εκτάκτως να προκόψει η εν λόγω ανάγκη (έστω και αν είναι μηδαμινή η πιθανότητα) και να είναι έτοιμος να πράξει τα νόμιμα. Συνεπώς η αποκομιδή μολυσματικών απορριμμάτων, δεν αποτελεί αντικείμενο του διαγωνισμού αλλά πρόκειται για έκτακτη περίπτωση που ο ανάδοχος ενδέχεται να αντιμετωπίσει στο πλαίσιο παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και για το λόγο αυτό η ... του εφιστά τη προσοχή για να είναι ενήμερος και να γνωρίζει πως θα την αντιμετωπίσει. Γ. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι η αποκομιδή μολυσματικών απορριμμάτων γίνεται μόνο από αδειοδοτημένους φορείς διαχείρισης μολυσματικών αποβλήτων και ως εκ τούτου, αφού οι συμμετέχουσες εταιρείες δεν έχουν σχετική άδεια, είναι υποχρεωμένες να αναθέσουν την αποκομιδή τους σε υπεργολάβο που έχει σχετική άδεια. Τον υπεργολάβο αυτό όφειλαν σύμφωνα με τη προσφεύγουσα να δηλώσουν στο ΕΕΕΣ και να τον κατονομάσουν. Περαιτέρω ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι αφού δεν δήλωσαν στο ΕΕΕΣ την χρήση υπεργολάβου αποκομιδής μολυσματικών απορριμμάτων ούτε κατονόμασαν αυτόν στη τεχνική τους προσφορά, πρόκειται για αναληθή δήλωση, που θα έπρεπε να επιφέρει τον αποκλεισμό των δύο εταιρειών. Ο ανωτέρω ισχυρισμός της προσφεύγουσας δεν ευσταθεί. Η ... δεν είναι νοσοκομείο. Εν προκειμένω, δεν συντρέχει περίπτωση αναληθούς δηλώσεως στο ΕΕΕΣ. Πράγματι στη σχετική ερώτηση που περιλαμβάνεται στο ΕΕΕΣ του επίμαχου διαγωνισμού περί χρήσης υπεργολάβων για την εκτέλεση της σύμβασης, τόσο η εταιρεία ..., όσο και η εταιρεία ... απαντούν ότι δεν θα χρησιμοποιήσουν υπεργολάβο. Γιατί απαντούν έτσι; Γιατί προφανώς και οι δύο εταιρείες προτίθενται να εκτελέσουν οι ίδιες τη σύμβαση, χωρίς να αναθέσουν κάποιο τμήμα αυτής σε τρίτο. Η αποκομιδή μολυσματικών απορριμμάτων, δεν αποτελεί αντικείμενο της σύμβασης ούτε τμήμα αυτής. Η εν λόγω αποκομιδή αποτελεί πιθανότητα, αβέβαιο γεγονός και σε κάθε περίπτωση ανεπίδεκτο μέτρησης, ως προς τη συχνότητα εμφάνισής του, αλλά και την ποσότητα των εν λόγω απορριμμάτων κατά τη διάρκεια των έξι αυτών μηνών, με τη σημείωση μάλιστα στο τεύχος τεχνικών προδιαγραφών ότι «Η συχνότητα της αποκομιδής αυτού του τύπου είναι πολύ μικρή έως ανύπαρκτη». Τα ανωτέρω καθιστούν αδύνατη την εκ των προτέρων σύναψη συμφωνίας των διαγωνιζομένων με υπεργολάβο ειδικά αδειοδοτημένο για την ανάληψη εκ μέρους του υποχρέωσης αποκομιδής μολυσματικών απορριμμάτων, τα οποία δεν γνωρίζουν αν πράγματι θα

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

υπάρξουν, δεν γνωρίζουν τη συχνότητα και σε τι ποσότητες αυτά θα εμφανίζονται κλπ. Περαιτέρω από κανένα σημείο της διακήρυξης δεν προκύπτει η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να δηλώσουν τον αδειοδοτημένο υπεργολάβο τους για την αποκομιδή μολυσματικών απορριμμάτων. Γιατί αν πράγματι προέκυπτε τέτοιου είδους υποχρέωση, τότε και στα δικαιολογητικά του άρθρου 2.2.9.2. της διακήρυξης, θα υπήρχε μνεία της υποχρέωσης των διαγωνιζομένων να προσκομίσουν την άδεια του υπεργολάβου τους ή τη δική τους. Αντίθετα, η διακήρυξη καθώς και το τεύχος διευκρινίσεων, τονίζουν ότι για το εν λόγω ζήτημα, δηλαδή για την αποκομιδή μολυσματικών απορριμμάτων δεν χρειάζεται να προσκομισθεί κανένα στοιχείο. Επιπρόσθετα, πρέπει να σημειωθεί, ότι στο αρ. 1.4. της διακήρυξης «Θεσμικό Πλαίσιο», δεν γίνεται καμία αναφορά στο νόμο 4042/2012 και στις προβλεπόμενες άδειες λειτουργίας που πρέπει να έχει οποιοσδήποτε φορέας προτίθεται να προβεί σε διαχείριση αποβλήτων. Αποδεικνύεται συνεπώς, ότι ούτε ο νόμος, ούτε όρος της διακήρυξης υποχρεώνει τις εταιρείες ..., και ... να δηλώσουν στο ΕΕΕΣ τον υπεργολάβο που ενδέχεται να χρειασθεί να χρησιμοποιήσουν αν και εφόσον εμφανισθούν μολυσματικά απορρίμματα. Από το ανωτέρω δεδομένα, δεν μπορούσε η ... να αποκλείσει τις εταιρείες ..., και ..., για τους λόγους, που επικαλείται η προσφεύγουσα. Γιατί τότε η ... θα είχε αποφασίσει αποκλεισμό διαγωνιζομένων για λόγο που δεν προβλέπεται στη διακήρυξη. Τέλος και σε κάθε περίπτωση, ακόμα και να δεχθούμε προς στιγμή, τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, (τους οποίους βέβαια αρνούμεθα κατηγορηματικά), και πάλι δεν θα μπορούσε η ... να αποφασίσει τον αποκλεισμό των ανωτέρω εταιρειών, λόγω του τρόπου διατύπωσης της παραγράφου 8 του όρου 2.3 («Γενικές Απαιτήσεις») του Παραρτήματος IV - Τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης και της απαντήσεως στο ερώτημα 8 του τεύχους διευκρινίσεων, αναφορικά με τις υποχρεώσεις των διαγωνιζομένων. Η σύγκυση, που αυτές ίσως προκάλεσαν δεν θα μπορούσαν σε καμία περίπτωση να ερμηνευθούν σε βάρος των διαγωνιζομένων και να οδηγήσουν στον αποκλεισμό τους.».

12. Επειδή, στις 20.09.2021 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

13. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής; εσφαλμένος υπολογισμός κόστους επιδόματος αδείας. Κατά την προσφεύγουσα, οι δύο παρεμβαίνουσες εταιρείες υπολόγισαν εσφαλμένα το κόστος του επιδόματος αδείας του προσωπικού, που πρόκειται να απασχοληθεί για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης και επομένως, η οικονομικές τους προσφορές, που δεν καλύπτουν το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, θα έπρεπε να είχαν απορριφθεί. Ως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «... Πιο συγκεκριμένα, στο πεδίο που αφορά στο «Επίδομα Αδείας» του πίνακα οικονομικής προσφοράς που έχει συνταχθεί από την εταιρεία ... (σελ. 2) δηλώνονται, μεταξύ άλλων, τα εξής ποσά: 8ωρες βάρδιες 5ωρες βάρδιες, Επίδομα Αδείας 6.036,76€ 2.694,37€. Η δε εταιρεία «... ..», στο αντίστοιχο πεδίο που αφορά στο «Επίδομα Αδείας» του πίνακα οικονομικής προσφοράς της (βλ. «ανάλυση οικονομικής προσφοράς ... σύμφωνα με το άρθρο 68 του ν. 3863/2010»), δηλώνει, μεταξύ άλλων και τα εξής ποσά: 8ωρες βάρδιες 5ωρες βάρδιες, Επίδομα Αδείας 6.036,76€ 2.694,37€ Όπως προκύπτει από τους σχετικούς υπολογισμούς, το ποσό των 6.036,76 ευρώ που έχουν υπολογίσει οι ανωτέρω οικονομικοί φορείς για το κόστος του επιδόματος αδείας των εργαζομένων που θα απασχοληθούν με 8ωρες βάρδιες προέκυψε από τη διαίρεση των μικτών αποδοχών του προσωπικού (144.882,26 €) με 26 ημερομίσθια και τον πολλαπλασιασμό του αποτελέσματος αυτής με 1,0833 (13 ημερομίσθια το έτος/12 μήνες= 1,0833 ημερομίσθιο ανά μήνα). Αντίστοιχα, το ποσό των 2.694,37 ευρώ που έχουν υπολογίσει οι εν λόγω εταιρίες για το κόστος του επιδόματος αδείας των εργαζομένων που θα απασχοληθούν με 5ωρες βάρδιες, προέκυψε από τη διαίρεση των μικτών αποδοχών του προσωπικού αυτού (64.666,06 €) με 26 ημερομίσθια και τον πολλαπλασιασμό του αποτελέσματος αυτής με 1,0833 (13 ημερομίσθια το έτος/12 μήνες= 1,0833 ημερομίσθιο ανά μήνα). Δηλαδή για τον υπολογισμό του συνολικού επιδόματος αδείας του προσωπικού, οι εν λόγω εταιρίες έλαβαν, ως βάση υπολογισμού, το 1,0833 ημερομίσθιο ανά μήνα απασχόλησης. [...]». Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, σε περίπτωση απασχόλησης για χρονικό διάστημα μικρότερο των 12 μηνών «αυτός (ενν. ο εργαζόμενος) δικαιούται να λάβει αναλογικά τις αποδοχές αδείας και το επίδομα αδείας, ήτοι 2 ημέρες αποδοχές

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

αδείας, καθώς και 2 ημέρες επίδομα αδείας, με ανώτατο όριο τα 13 ημερομίσθια (βλ. σχετικούς πίνακες υπολογισμού αποδοχών αδείας και επιδόματος, ΔΕΝ 2005, σελ. 954 επ.). Προκειμένου, δηλαδή, να υπολογιστεί το ποσό των αποδοχών αδείας και εν συνεχεία, του επιδόματος αδείας ενός εργαζομένου, ο οποίος δεν απασχολήθηκε όλους τους μήνες του έτους, αλλά μόνο κατά τη διάρκεια μερικών εξ' αυτών, ως βάση υπολογισμού, λαμβάνονται τα 2 ημερομίσθια ανά μήνα. Επομένως, για τον ορθό υπολογισμό του κόστους του επιδόματος αδείας του προσωπικού που θα απαιτηθεί για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, απαιτείται ο υπολογισμός 2 ημερομισθίων ανά μήνα απασχόλησης και όχι του 1,0833 ημερομισθίου, όπως εσφαλμένα υπολόγισαν οι ανωτέρω εταιρίες. [...] Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι ο εργαζόμενος με σύστημα εξαήμερης απασχόλησης, κατά το πρώτο και δεύτερο ημερολογιακό έτος, δικαιούται να λάβει 24 ημέρες ετήσιας αδείας και συνεπώς 24 ημερομίσθια ως αποδοχές αδείας και 13 ημερομίσθια ως επίδομα αδείας. Σε περίπτωση μη απασχόλησης αυτού καθ' όλη τη διάρκεια του έτους (12 μήνες), ο εργαζόμενος λαμβάνει αναλογικά τις ημέρες αδείας, καθώς και τις αποδοχές και το επίδομα αδείας. Η αναλογία της δικαιούμενης εκ μέρους των μισθωτών ετήσιας άδειας αναψυχής υπολογίζεται στην περίπτωση της εξαήμερης απασχόλησης με βάση τις 24 ημέρες αδείας, ήτοι $24 \text{ ημέρες} / 12 = 2 \text{ ημέρες ανά ημερολογιακό μήνα}$. Κατά τη διάρκεια της άδειας οφείλονται στον μισθωτό οι «συνήθεις αποδοχές», εκείνες δηλαδή που θα ελάμβανε εάν απασχολούταν στην επιχείρηση κατά τον αντίστοιχο χρόνο, καθώς και επίδομα αδείας που ισούται με τις αποδοχές αδείας και το οποίο δεν μπορεί να υπερβεί τα 13 ημερομίσθια ... Κατά συνέπεια, οι αναλογούσες αποδοχές αδείας και το αναλογούν επίδομα αδείας ανέρχονται σε 2 ημερομίσθια ανά ημερολογιακό μήνα αντίστοιχα ... Η ανωτέρω αναλογία των 2 ημερομισθίων ανά μήνα, ως βάση υπολογισμού των αποδοχών και του επιδόματος αδείας δεν μεταβάλλεται, ούτε κατόπιν συμπληρώσεως 3 ετών εργασίας και άνω, οπότε και ο εργαζόμενος θεμελιώνει πλήρες δικαίωμα λήψης ετήσιας άδειας και κατά συνέπεια αποδοχών και επιδόματος αδείας ... Ενόψει των ανωτέρω, ο ορθός τρόπος υπολογισμού του επιδόματος αδείας των εργαζομένων που θα απασχοληθούν με δωρες βάρδιες, προκύπτει από τη διαίρεση των μικτών αποδοχών (144.882,26 €) με 26 ημερομίσθια και τον πολλαπλασιασμό του εν λόγω αποτελέσματος με 2 ημερομίσθια ανά

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

ημερολογιακό μήνα, ήτοι 11.144,79€. Αντίστοιχα, το συνολικό κόστος του επιδόματος αδείας των εργαζομένων που θα απασχοληθούν με 5ωρες βάρδιες προκύπτει από τη διαίρεση των μικτών αποδοχών (64.666,06 €) με 26 ημερομίσθια και τον πολλαπλασιασμό του εν λόγω αποτελέσματος με 2 ημερομίσθια ανά ημερολογιακό μήνα, ήτοι 4.974,31 €. ...».

i) Στο άρθρο 1.3.4 της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «*Η αρχική διάρκεια της σύμβασης που θα υπογραφεί μεταξύ της ... και του Αναδόχου θα είναι για διάστημα έξι (6) μηνών. Η έναρξη ισχύος της σύμβασης θα καθοριστεί με την υπογραφή του σχετικού συμφωνητικού παροχής υπηρεσιών*». Επιπλέον σύμφωνα με την απάντηση με αριθμ. 6 που δόθηκε στο τεύχος διευκρινίσεων της ... ΑΕ: «*Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε 6 μήνες. Το άρθρο «6.2 Διάρκεια σύμβασης» διορθώνεται ως κάτωθι «6.2.1 Η διάρκεια της Σύμβασης ορίζεται σε έξι (6) μήνες. Το εν λόγω χρονικό διάστημα αρχίζει από την ημερομηνία έναρξης της σύμβασης*». Λαμβανομένου υπόψη ότι η διάρκεια της σύμβασης που θα υπογραφεί μεταξύ της ...και του αναδόχου θα είναι για διάστημα έξι (6) μηνών και η έναρξη ισχύος της θα καθοριστεί με την υπογραφή του σχετικού συμφωνητικού παροχής υπηρεσιών, βασίμως ισχυρίζονται οι δύο παρεμβαίνοντες και ο αναθέτων φορέας, ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, κατά τον υπολογισμό του εργατικού κόστους, έλαβαν ως βάση υπολογισμού αυτού, ένα μέσο έτος 365 ημερών, το οποίο στη συνέχεια ανήγαγαν σε μηνιαία βάση, ακολουθώντας τον κατωτέρω τύπο: • (ετήσιο εργατικό κόστος / 12 μήνες X 6 μήνες απασχόλησης στο υπό κρίση έργο = συνολικό εργατικό κόστος για το υπό κρίση έργο).

Περαιτέρω, όσον αφορά στον υπολογισμό του επιδόματος αδείας των εργαζομένων, οι εργαζόμενοι με ημερομίσθιο δικαιούνται επίδομα αδείας, ποσού ίσου με 13 ημερομίσθια ετησίως. Επομένως, το συνολικό επίδομα αδείας που θα λάβει ένας εργαζόμενος με σύμβαση εξαρτημένης εργασίας αορίστου χρόνου μέσα σε ένα έτος δεν υπερβαίνει τα 13 ημερομίσθια ετησίως. Επομένως, για τον υπολογισμό του επιδόματος αδείας για το υπό ανάθεση έργο, διάρκειας μόλις έξι μηνών, ακολουθήθηκε ο κατωτέρω τύπος υπολογισμού: • (13 ημερομίσθια επίδομα αδείας ενός έτους / 12 μήνες X 6 μήνες εκτέλεσης του έργου). Για τους ανωτέρω λόγους, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, κατά τον οποίον το επίδομα αδείας δεν θα έπρεπε να υπολογισθεί από τους παρεμβαίνοντες επί τη βάσει του ετήσιου εργατικού

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

κόστους, επιμεριζόμενου στον χρόνο διάρκειας του υπόψη έργου, κρίνεται απορριπτέος, αφού, για την τυχόν αποδοχή του εν λόγω ισχυρισμού, θα έπρεπε να μεσολαβήσει, είτε λύση της σχέσης εργασίας με οποιοδήποτε τρόπο (π.χ. καταγγελία συμβάσεως εργασίας - απόλυση), είτε λήξη της εποχιακής απασχόλησης (π.χ. λήξη ισχύος συμβάσεως εργασίας ορισμένου χρόνου), προτού συμπληρωθεί δωδεκάμηνο στη σχέση εργασίας. Ωστόσο, ως βασίμως υποστηρίζει ο 1^{ος} παρεμβαίνων, δοθέντος ότι: α) η εκ των προτέρων συμφωνία εργοδότη και εργαζόμενου περί εγκατάλειψης ή παραίτησης εργαζομένου (βλ. άρθρ. 5 του α.ν 539/1945, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) είναι άκυρη και β) το προσωπικό που θα χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης, απασχολείται με σχέση εργασίας αορίστου χρόνου (και επομένως, δεν πρόκειται να απολυθεί μετά το πέρας της οικείας σύμβασης), στο προσωπικό αυτό θα καταβληθεί ολόκληρο το επίδομα αδείας, από το οποίο όμως, μόνο τα 6/12 θα επιβαρύνουν το υπόψη έργο, η διάρκεια του οποίου αντιστοιχεί σε έξι (6) μήνες.

Τέλος, βασίμως ισχυρίζεται η 2^η παρεμβαίνουσα, ότι ο ασφαλέστερος τρόπος υπολογισμού του επιδόματος αδείας ήταν, εν προκειμένω, η διάρκεια του έτους (12 μήνες) χ 6 μήνες, ως, άλλωστε, έπραξε και η ίδια η προσφεύγουσα κατά τον υπολογισμό του δώρου Πάσχα και του δώρου Χριστουγέννων και την αναλογία αυτών στο κόστος αντικατάστασης (ενώ για το επίδομα αδείας ακολούθησε διαφορετική μέθοδο). Με βάση τα προλεχθέντα, ο 1^{ος} λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, αλλά και περαιτέρω, ως απαραδέκτως προβαλλόμενος.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής: μη δήλωση υπεργολάβου στο Ε.Ε.Ε.Σ. για τη διαχείριση των μολυσματικών απορριμμάτων και μη υποβολή στοιχείων ως προς τη διαχείριση των μολυσματικών απορριμμάτων στην τεχνική προσφορά

i) Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι στο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ που αφορά στη χρήση υπεργολάβων για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης, οι δύο ανταγωνιστές της έδωσαν αρνητική απάντηση. Ως χαρακτηριστικά αναφέρει η προσφεύγουσα: *«Η απάντηση αυτή μπορεί να σημαίνει: α) είτε ότι οι εταιρείες αυτές είναι αδειοδοτημένες να διαχειρίζονται μολυσματικά απόβλητα, β) είτε ότι δεν έχουν δηλώσει ουσιώδες στοιχείο εκτέλεσης της σύμβασης, που είναι η χρήση του υπεργολάβου. Με δεδομένο ότι από καμία από τις προσφορές των δύο αυτών εταιρειών δεν δηλώνεται οποιαδήποτε αδειοδότηση για την*

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

διαχείριση μολυσματικών απορριμμάτων, προκύπτει ότι και οι δύο εταιρείες έχουν δηλώσει εσφαλμένα και αναληθώς στο ΤΕΥΔ τους ότι δεν θα χρησιμοποιήσουν οποιονδήποτε υπεργολάβο. Εξάλλου, ούτε στην τεχνική προσφορά οποιασδήποτε από τις εταιρείες αυτές αναφέρεται οτιδήποτε περί ανάθεσης υπεργολαβίας σε τρίτους, ούτε βέβαια έχει οποιαδήποτε από τις δύο εταιρείες κατονομάσει τον υπεργολάβο που θα αναλάβει τη διαχείριση των μολυσματικών αποβλήτων, κατά σαφή παράβαση των απαιτήσεων της Διακήρυξης. Αντιθέτως, η δική μας εταιρεία έχει νομίμως δηλώσει στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε με την προσφορά της ότι θα χρησιμοποιήσει υπεργολάβο για τον σκοπό ειδικά αυτόν (βλ. σελ. 6 του ΕΕΕΣ), δηλαδή για την διαχείριση των απορριμμάτων, και έχει δηλώσει ότι ο υπεργολάβος της θα είναι η εταιρεία «...», και το Α.Φ.Μ. της εταιρείας αυτής. ... Περαιτέρω, ουδεμία επίδραση ασκεί η πρόβλεψη της Διακήρυξης ότι η συχνότητα της αποκομιδής θα είναι πολύ μικρή έως ανύπαρκτη και ότι η αποκομιδή θα γίνεται από τον Ανάδοχο. ... Έτσι, η υποχρέωση δήλωσης της ανάθεσης υπεργολαβίας δεν εξαρτάται από την ποσότητα των μολυσματικών απορριμμάτων, αφού ούτε στον ν. 4412/2016, ούτε στην Διακήρυξη προβλέπεται όριο κάτω του οποίου επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να μην δηλώσουν μία υπεργολαβία και τον υπεργολάβο που προτείνουν. Συνεπώς, λόγω της αναληθούς αυτής δήλωσης που συμπεριέλαβε στο ΕΕΕΣ της τόσο η εταιρεία ..., όσο και η εταιρεία ..., καθώς και της παράλειψής τους να κατονομάσουν τον υπεργολάβο που θα χρησιμοποιήσουν, ο Αναθέτων Φορέας όφειλε να έχει απορρίψει τις προσφορές και των δύο εταιρειών. Άλλως και επικουρικώς, ο Αναθέτων Φορέας θα όφειλε να έχει καλέσει τόσο την εταιρεία ..., όσο και την εταιρεία ... σε παροχή διευκρινίσεων, θα όφειλε, δηλαδή, να τις καλέσει να διευκρινίσουν αν διαθέτουν άδεια διαχείρισης μολυσματικών αποβλήτων προκειμένου να μην χρησιμοποιήσουν υπεργολάβο για την διαχείρισή τους...». Προς τεκμηρίωση των ως άνω ισχυρισμών της, η προσφεύγουσα παραπέμπει στο άρθρο 11 του ν. 4042/2012 και στο άρθρο 3 του ν. 4819/2021 (ως προς την έννοια του «αποβλήτου»), στο Παράρτημα ΙΙΙ του ν. 4042/2012 (ως προς την έννοια των «μολυσματικών» απορριμμάτων) και στο άρθρο 36 παρ. 4 του Ν. 4042/2012 (ως προς την άδεια που απαιτείται για τη συλλογή και τη μεταφορά των μολυσματικών απορριμμάτων),

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

ii) Από το σαφές γράμμα του όρου 2.4.3.1. της διακήρυξης, που δεν καταλείπει αμφιβολίες επί του περιεχομένου του στον μέσο επιμελητή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το Δ.Ε.Ε, προκύπτει ότι κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να υποβάλλουν (επί ποινή απόρριψης της προσφοράς τους), μόνο την εγγυητική επιστολή συμμετοχής και το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), ως προκαταρκτική απόδειξη περί πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και περί μη συνδρομής στο πρόσωπό τους των λόγων αποκλεισμού της διακήρυξης. Επίσης, κατά το σαφές γράμμα του άρθρ. 2.2.9.2. της διακήρυξης, τα αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στο άρθρο αυτό, υποβάλλονται μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο, κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.2. της διακήρυξης.

Περαιτέρω, στο άρθρο 2.4.3.2 («Τεχνική προσφορά») της διακήρυξης προβλέπεται η σύνταξη της τεχνικής προσφοράς με τη συμπλήρωση της σχετικής ηλεκτρονικής φόρμας και η υποβολή δύο υπευθύνων δηλώσεων (με το περιεχόμενο που απαιτεί η διακήρυξη), χωρίς ουδόλως να προβλέπεται η υποβολή εγγράφου/στοιχείου σχετικά με τη διαχείριση των μολυσματικών απορριμμάτων. Τέλος, στην επίμαχη παράγραφο 8 του όρου 2.3 («Γενικές Απαιτήσεις») του Παραρτήματος IV («Τεχνικές προδιαγραφές») της διακήρυξης, την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα προς τεκμηρίωση του σχετικού λόγου προσφυγής, προβλέπεται ότι: *«Ο Ανάδοχος υποχρεούται να διασφαλίσει ότι όσα σκουπίδια ενδέχεται να είναι μολυσμένα ή να αποτελέσουν κίνδυνο για το προσωπικό θα τοποθετούνται σε χωριστές κόκκινες σακούλες των οποίων η αποκομιδή θα γίνεται με τον κατάλληλο τρόπο . Ο Ανάδοχος οφείλει να έχει σε κάθε σταθμό ειδικές σακούλες σκουπιδιών (συνήθως είναι κόκκινες), προκειμένου να συλλέγει μολυσματικά απορρίμματα. Η συχνότητα της αποκομιδής αυτού του τύπου είναι πολύ μικρή έως ανύπαρκτη και η αποκομιδή θα γίνεται από τον Ανάδοχο. Τα δε μολυσματικά απορρίμματα δεν θα απομακρύνονται όπως τα αστικά απορρίμματα, αλλά ο Ανάδοχος είναι υπεύθυνος για τη διαχείρισή τους. Ο Ανάδοχος θα γνωστοποιήσει στην ... την διαδικασία διαχείρισης των μολυσματικών απορριμμάτων η οποία θα πρέπει να ακολουθεί την κείμενη νομοθεσία όσον αφορά την αποκομιδή, αποθήκευση και διάθεσή τους προς απομάκρυνση ή και καταστροφή αυτών. Ως εκ τούτου*

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

δεν απαιτείται κάποιο αποδεικτικό στοιχείο κατά την υποβολή των προσφορών». Θα πρέπει στο σημείο αυτό να επισημανθεί ότι από την αδιάσπικτη διατύπωση του ως άνω όρου του Παραρτήματος IV – που, σημειωτέον, επαναλαμβάνεται και στην απάντηση με αρ. 8 του τεύχους διευκρινίσεων της ... ΑΕ, κατόπιν υποβολής σχετικού ερωτήματος - (βλ. για παράδειγμα, τις φράσεις: «Ο Ανάδοχος υποχρεούται...», «Ο Ανάδοχος θα γνωστοποιήσει στη ... την διαδικασία ...», «..δεν απαιτείται κάποιο αποδεικτικό στοιχείο κατά την υποβολή των προσφορών»), προκύπτει σαφώς ότι οι οικονομικοί φορείς δεν θα πρέπει να δηλώσουν ή να υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους κάποιο στοιχείο (π.χ τα στοιχεία του υπεργολάβου στον οποίον θα αναθέσουν τη σχετική διαχείριση ή την άδεια μεταφοράς και συλλογής των εν λόγω απορριμμάτων που διαθέτουν οι ίδιοι κλπ), ως προς τη διαδικασία που θα ακολουθήσουν για τη διαχείριση των μολυσματικών απορριμμάτων που τυχόν προκύψουν κατά την εκτέλεση των σχετικών εργασιών διότι, όπως, εξάλλου, προβλέπεται στον όρο αυτόν, η πιθανότητα αποκομιδής τέτοιου τύπου απορριμμάτων είναι πολύ μικρή έως ανύπαρκτη. Επομένως, κατά τους σαφώς διατυπωμένους όρους της ένδικης διακήρυξης (ως αυτή περαιτέρω διευκρινίστηκε), προκύπτει άνευ οιασδήποτε αμφιβολίας, ότι η διαδικασία διαχείρισης/αποκομιδής των μολυσματικών απορριμμάτων θα γνωστοποιηθεί νομίμως στον οικείο αναθέτοντα φορέα, κατά το στάδιο σύναψης της σύμβασης, αποκλειστικά από τον οριστικό ανάδοχο (και όχι από τους συμμετέχοντες), απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, γίνεται, εν προκειμένω, δεκτό, ότι οι δυο εταιρείες, κατά των οποίων στρέφεται η προσφεύγουσα, υπέβαλαν πλήρη φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς. Και τούτο, διότι υπέβαλαν νομίμως συμπληρωμένο Ε.Ε.Ε.Σ., στο οποίο δηλώθηκε, αφενός μεν, ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό τους οι λόγοι αποκλεισμού της διακήρυξης (βλ. Μέρος III: «Λόγοι αποκλεισμού» των υποβληθέντων Ε.Ε.Ε.Σ.), αφετέρου δε, ότι οι εταιρείες αυτές πληρούν τα κριτήρια επιλογής που έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.4. έως και 2.2.7. της διακήρυξης (βλ. Μέρος IV: «Κριτήρια επιλογής» των υποβληθέντων Ε.Ε.Ε.Σ.), καθώς επίσης και όλα τα δικαιολογητικά που προβλέπονται στο άρθρο 2.4.3.2. («Τεχνική προσφορά») της διακήρυξης. Εν όψει των ανωτέρω και

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

δοθέντος ότι στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, δεν υφίστατο υποχρέωση δήλωσης υπερβολάβου για τη διαχείριση των επίμαχων απορριμμάτων εκ μέρους των οικονομικών φορέων και επίσης, δεν υφίστατο υποχρέωση προσκόμισης σχετικών με την εν λόγω διαχείριση στοιχείων, δεν συντρέχει περίπτωση υποβολής αναληθών εντύπων Ε.Ε.Σ., αλλά ούτε και περίπτωση υποβολής πλημμελών τεχνικών προσφορών, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Σε κάθε περίπτωση, αν κατά την υπογραφή της σύμβασης, δεν προσκομισθούν από τον οριστικό ανάδοχο τα κατάλληλα ως προς τη διαχείριση των εν λόγω απορριμμάτων έγγραφα και στοιχεία, ο τελευταίος θα υποστεί όλες τις έννομες σε βάρος του συνέπειες.

Για τους ανωτέρω λόγους, βασίμως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας ότι: *«...Γιατί αν πράγματι προέκυπτε τέτοιου είδους υποχρέωση, τότε και στα δικαιολογητικά του άρθρου 2.2.9.2. της διακήρυξης, θα υπήρχε μνεία της υποχρέωσης των διαγωνιζομένων να προσκομίσουν την άδεια του υπερβολάβου τους ή τη δική τους. Αντίθετα η διακήρυξη καθώς και το τεύχος διευκρινίσεων, τονίζουν ότι για το εν λόγω ζήτημα, δηλαδή για την αποκομιδή μολυσματικών απορριμμάτων δεν χρειάζεται να προσκομισθεί κανένα στοιχείο. ...»*. Επισημαίνεται στο σημείο αυτό, ότι η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, που δεσμεύει, τόσο τους διαγωνιζομένους, όσο και την αναθέτουσα αρχή (βλ. Ε.Α. 1039/2007, πρβλ. ΣτΕ 2952/2004, 1415/2000, Ολ., Επ.Αν.Σ.Τ.Ε. 99/2008). Περαιτέρω, βάσει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελαχίστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, κατά το πνεύμα της ενωσιακής και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη κρίσιμης ιδιότητας για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό. Μάλιστα, ακόμη και εάν ήθελε υποθεθεί ότι από την ένδικη διακήρυξη συνάγεται η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να δηλώσουν στοιχεία ως προς τη διαχείριση των μολυσματικών απορριμμάτων, κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών τους, οι προσφορές των ως άνω δύο εταιρειών δεν θα μπορούσαν νομίμως να απορριφθούν από τη ... ΑΕ, διότι η σχετική υποχρέωση δεν έχει τεθεί ρητώς και σαφώς σε κάποιον όρο της διακήρυξης, ώστε να μπορεί να γίνει αντιληπτός από τον μέσο επιμελή

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

οικονομικό φορέα. Άλλωστε, κατά τα παγίως νομολογιακά κριθέντα, η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (βλ. ΕφΑΘ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, «Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο», εκδ. θ', σελ. 776, πρβλ., μεταξύ πολλών, και υπ' αριθμ. 728/2019 Απόφαση 7ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., σκέψη 10 κλπ). Περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν όρου που τυχόν επιδέχεται περαιτέρω ερμηνείας.

Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι κατά πάγια νομολογία, είναι μη νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά και δεν συμπλήρωσε στοιχείο της προσφοράς του διαφορετικό ή πρόσθετο από τα επί ποινή αποκλεισμού αξιούμενα στοιχεία της διακήρυξης του διαγωνισμού (βλ. ΣτΕ (Δ' Τμ.) 3703/2010, ΣτΕ 1329, 1616, 1619/2008 κλπ), ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και αντίστοιχα, θα πρέπει να γίνουν δεκτές η ασκηθείσες δύο (2) παρεμβάσεις, το δε παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τις ασκηθείσες παρεμβάσεις

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού δώδεκα χιλιάδων εννιακοσίων είκοσι πέντε ευρώ (12.925,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 04 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε αυθημερόν, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: Σ 33/2023

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ