

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 13/02/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05/01/2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 30/10.01.2023 της προσφεύγουσας εταιρείας, με την επωνυμία «... ...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά του ...» - ..., (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η Διακήρυξη υπ' αριθμόν 027/2022, με την οποία προκηρύχθηκε 1<sup>ος</sup> Επαναληπτικός Ηλεκτρονικός Ανοικτός Διεθνής Κοινός Διαγωνισμός, με αρ. Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ..., για την παροχή Υπηρεσιών Προετοιμασίας Γευμάτων για δύο (2) έτη, με δικαίωμα παράτασης για ένα (1) επιπλέον έτος, για τις ανάγκες της ... και της έδρας ... «...» CPV: 55321000-6, και να ματαιωθεί η διαγωνιστική διαδικασία.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή**

**Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την διακήρυξη υπ' αριθμόν 027/2022 προκηρύχθηκε 1<sup>ος</sup> Επαναληπτικός Ηλεκτρονικός Ανοικτός Διεθνής Κοινός Διαγωνισμός, για την παροχή Υπηρεσιών Προετοιμασίας Γευμάτων για δύο (2) έτη, με δικαίωμα παράτασης για ένα (1) επιπλέον έτος, για τις ανάγκες της ... και της έδρας ... «...» CPV: 55321000-6 με αρ. ΕΣΗΔΗΣ .... Η προσφεύγουσα έχει καταθέσει ηλεκτρονική προσφορά στο ΕΣΗΔΗΣ στις 13/01/2023 21:31:17 και απεστάλη και έντυπο φάκελο προσφοράς με υπ' αριθμ. πρωτ. .../17-01-2023. Δοθέντος δε, ότι η εν θέματι προσφορά δεν έχει αποσφραγιστεί δεν δύναται να διαγνωστεί αν η προσφορά έχει κατατεθεί ανεπιφυλάκτως ή με επιφύλαξη, συνεπώς παραδεκτώς εξετάζεται η οικεία προσφυγή.

## Αριθμός Απόφασης: 330/2023

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ..., ύψους 7.578,50 € ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης, [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γ.Γ.Π.Σ., όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, κρίσιμος χρόνος, από την άποψη του ισχύοντος νομοθετικού καθεστώτος, για τη διαμόρφωση της προσφοράς συμμετέχοντος σε διαγωνισμό, είναι ο χρόνος της διενέργειας του διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 74/2021, 17/2011, 89/2010 κ.ά.). Σύμφωνα δε με την αρχή της νομιμότητας, που διέπει το σύνολο της διοικητικής δράσης, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους οικονομικούς φορείς να τηρούν, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας, και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης (ΕΑ ΣτΕ 1100/2010, 791, 840, 1172/2008). Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν, επί ποινή αποκλεισμού, να διαμορφώσουν την οικονομική τους προσφορά συμπεριλαμβάνοντας, μεταξύ άλλων, και το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών, με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. Στους ίδιους δε απόκειται να αναζητήσουν στην κείμενη ασφαλιστική νομοθεσία το ποσοστό της ασφαλιστικής εισφοράς, που αντιστοιχεί στους απασχολούμενους που θα χρησιμοποιήσουν για την παροχή των υπηρεσιών τους, προκειμένου να το συνυπολογίσουν στη προσφερόμενη από αυτούς τιμή. Εξ άλλου, οικονομική προσφορά, που δεν καλύπτει το ελάχιστο κατά νόμο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών, αποκλείεται από τον διαγωνισμό (Σ.τ.Ε 2281,602/2021, ΕΑ 288/2020,76,198/2013).

5. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι *«Ωστόσο, στην επίμαχη περίπτωση, ο υπολογισμός του προϋπολογισμού από την αναθέτουσα Αρχή σε ύψος 1.515.700,58€ χωρίς ΦΠΑ δεν επαρκεί ώστε να υποβληθεί προσφορά*

## Αριθμός Απόφασης: 330/2023

που να τηρεί τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Μάλιστα, στο πλαίσιο καλής πίστης αποστείλαμε στις 27/12/2022, προς την Αναθέτουσα, επιστολή με την οποία αναλύαμε, βάσει συγκεκριμένων υπολογισμών και στοιχείων, τους λόγους για τους οποίους ο προβλεπόμενος από τη Διακήρυξη προϋπολογισμός δεν επαρκεί για να καλυφθούν τα εργατικά και διοικητικά κόστη. Στην επιστολή αυτή η αναθέτουσα απάντησε στις 02/01/2023 με το υπ' αρ. πρωτ. 9/02-01- 2023 έγγραφό της ισχυριζόμενη ότι: «Ο υπολογισμός του βασικού μισθού από την τριμελή επιτροπή του διαγωνισμού έχει γίνει βάση της εθνικής συλλογικής σύμβασης εργασίας του 2022...». «Στους πίνακες με τους υπολογισμούς που λεπτομερώς παραθέτει προς διευκρίνιση η εταιρεία ... ..., παρατηρούνται διαφοροποιήσεις από τους αντίστοιχους υπολογισμούς της στη σχετική Προσφυγή της Ενώπιος Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (υπ' αριθμ. πρωτ. .../31.10.22).» - «Στους πίνακες με τους υπολογισμούς που λεπτομερώς παραθέτει προς διευκρίνιση η εταιρεία ... ..., η υπολογισθείσα μηνιαία δαπάνη κατ' άτομο για τη θέση του Μαγείρα ορίζεται στα 713,00 ευρώ...» - «Στους πίνακες με τους υπολογισμούς που παραθέτει η εταιρεία ... ..., στον αριθμό των ατόμων ανά ειδικότητα με βάση τον οποίο υπολογίζονται οι μηνιαίες δαπάνες προστίθεται και ένα «κόστος αντικατάστασης εργαζομένων σε κανονική άδεια μισθωτών», ενώ ήδη φαίνεται να έχει υπολογισθεί αυτό όπως προκύπτει από τους προσαυξημένους συντελεστές που αναγράφονται στη στήλη «αριθμός ατόμων» - «Στον τελευταίο πίνακα...οι υπολογισμοί δαπανών έχουν γίνει για είκοσι άτομα με οχτάωρη απασχόληση, ενώ ο ζητούμενος αριθμός υπαλλήλων είναι δέκα άτομα σε οχτάωρη απασχόληση και δέκα άτομα σε τετράωρη απασχόληση. Ως εκ τούτου η μηνιαία δαπάνη στην συγκεκριμένη περίπτωση έχει υπερεκτιμηθεί από την εταιρεία.». Σε απάντηση προς τα ανωτέρω αναφέρουμε τα εξής: Από την 1.5.2022 και σύμφωνα με την υπ' αρ. 38866/21.4.2022 Υ.Α. με τίτλο: «Καθορισμός κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας», (ΦΕΚ 2030, τεύχος Β'), καθορίσθηκε ο νόμιμος κατώτατος μισθός για τους υπαλλήλους στο ποσό των 713,00 ευρώ και το νόμιμο κατώτατο ημερομίσθιο για τους εργατοτεχνίτες σε 31,85 ευρώ. Η μηνιαία δαπάνη κατά άτομο καθορίσθηκε σύμφωνα με την ειδικότητά τους, ως εκ τούτου: 1) Οι απασχολούμενοι με την ειδικότητα Μαγείρων εμπίπτουν στην έννοια του υπαλλήλου: α) τόσο λόγω των καθηκόντων τους, κατά την εκτέλεση των οποίων υπερέχει το πνευματικό

## Αριθμός Απόφασης: 330/2023

στοιχείο, αφού η εργασία τους αποτελεί προϊόν πνευματικού μόχθου που προϋποθέτει κατάρτιση, εμπειρία και υπευθυνότητα όπως πάγια δέχεται η νομολογία, β) όσο και λόγω της σαφούς πρόνοιας για ύπαρξη πτυχίου ή διπλώματος ή απολυτήριου τίτλου μαγειρικής σχολής που έχει σαν συνέπεια να θεωρούνται και κατά το τυπικό κριτήριο διάκρισής τους ως υπάλληλοι. Συνεπώς θα λαμβάνουν τον νόμιμο κατώτατο μισθό ανερχόμενο σε 713,00 ευρώ μηνιαίως.. Συγκεκριμένα, ενόψει των απαιτήσεων της επίμαχης σύμβασης προκύπτουν τα εξής: ΜΕΡΟΣ Α. Παροχή Υπηρεσιών Προσωπικού Εστίασης (Υπηρεσίες προετοιμασίας και διανομής Γευμάτων) στο Νοσοκομείο «...» ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ 596.345,76€ για 2 έτη χωρίς Φ.Π.Α, ήτοι 24.847,74€/μήνα χωρίς Φ.Π.Α. Για το ... «...». Ο Εργολάβος που θα αναδειχθεί υποχρεούται να απασχολεί συνεργείο που να καλύπτει τις ανάγκες του παρακάτω πίνακα: Απαιτείται ένας μάγειρας 8ωρης απασχόλησης για όλες τις ημέρες της εβδομάδας. Όπως είναι φυσικό ένα άτομο ως φυσική παρουσία δεν μπορεί να καλύψει τη θέση γιατί βάσει νόμου μπορεί να απασχοληθεί έως 40 ώρες εβδομαδιαίως (άτομο πλήρους απασχόλησης). Από τη διακήρυξη απαιτούνται  $(8 \text{ ώρες}) \cdot (7 \text{ ημέρες}) = 56 \text{ ώρες/εβδομάδα}$ , που αντιστοιχούν σε  $56/40 = 1,40$  άτομα πλήρους απασχόλησης, όπως δηλώνουμε στον Πίνακα Ανάλυσης που ακολουθεί. Απαιτούνται δύο βοηθοί μαγείρων 8ωρης απασχόλησης για όλες τις ημέρες της εβδομάδας. Όπως είναι φυσικό δύο άτομα ως φυσική παρουσία δεν μπορούν να καλύψουν τις θέσεις γιατί βάσει νόμου κάθε άτομο μπορεί να απασχοληθεί έως 40 ώρες εβδομαδιαίως (άτομο πλήρους απασχόλησης). Από τη διακήρυξη απαιτούνται  $(8 \text{ ώρες}) \cdot (7 \text{ ημέρες}) \cdot (2 \text{ άτομα}) = 112 \text{ ώρες/εβδομάδα}$ , που αντιστοιχούν σε  $112/40 = 2,80$  άτομα πλήρους απασχόλησης, όπως δηλώνουμε στον Πίνακα Ανάλυσης που ακολουθεί. Απαιτούνται δύο εργάτες 8ωρης απασχόλησης για όλες τις ημέρες της εβδομάδας. Όπως είναι φυσικό δύο άτομα ως φυσική παρουσία δεν μπορούν να καλύψουν τις θέσεις γιατί βάσει νόμου κάθε άτομο μπορεί να απασχοληθεί έως 40 ώρες εβδομαδιαίως (άτομο πλήρους απασχόλησης). Από τη διακήρυξη απαιτούνται  $(8 \text{ ώρες}) \cdot (7 \text{ ημέρες}) \cdot (2 \text{ άτομα}) = 112 \text{ ώρες/εβδομάδα}$ , που αντιστοιχούν σε  $112/40 = 2,80$  άτομα πλήρους απασχόλησης, όπως δηλώνουμε στον Πίνακα Ανάλυσης που ακολουθεί. Απαιτούνται οκτώ τραπεζοκόμοι 4ωρης απασχόλησης για όλες τις ημέρες της εβδομάδας. Όπως είναι φυσικό οκτώ άτομα ως φυσική παρουσία δεν μπορούν να καλύψουν τις θέσεις γιατί βάσει

## Αριθμός Απόφασης: 330/2023

νόμου κάθε άτομο μπορεί να απασχοληθεί έως 6 ημέρες εβδομαδιαίως. Από τη διακήρυξη απαιτούνται  $(4 \text{ ώρες}) \cdot (7 \text{ ημέρες}) \cdot (8 \text{ άτομα}) = 224 \text{ ώρες/εβδομάδα}$ , που αντιστοιχούν, για υπολογιστικούς λόγους, σε  $224/40 = 5,60$  άτομα πλήρους απασχόλησης, όπως δηλώνουμε στον Πίνακα Ανάλυσης που ακολουθεί. Το διοικητικό κόστος και το εργολαβικό κέρδος κάθε εταιρείας είναι σίγουρα διαφορετικά και ανάλογα με τις επιδιώξεις της. Σύμφωνα, όμως με τους όρους της διακήρυξης ο προϋπολογισμός δεν επαρκεί για να καλυφθεί το εργατικό κόστος και οι νόμιμες κρατήσεις, πόσο μάλλον και τα ανωτέρω στοιχεία κόστους. Ενόψει των ανωτέρω, κατά το μέρος που η σύμβαση αφορά την Παροχή Υπηρεσιών Προσωπικού Εστίασης (Υπηρεσίες προετοιμασίας και διανομής Γευμάτων) στο Νοσοκομείο ... «...», προβλέπεται προϋπολογισμός 596.345,76€ για 2 έτη χωρίς Φ.Π.Α, ήτοι 24.847,74€/μήνα, ενώ το ελάχιστο μηνιαίο κόστος, εφόσον τηρηθεί η εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, υπολογίζοντας μόνο το εργατικό κόστος και τις νόμιμες κρατήσεις (δεν έχουμε λάβει καν υπόψη το διοικητικό κόστος, κόστος υπέρ Ε.Λ.Π.Κ., εργολαβικό κέρδος κ.ά.) ανέρχεται κατ' ελάχιστον σε 26.022,47€/μήνα χωρίς Φ.Π.Α. ΜΕΡΟΣ Β. Παροχή Υπηρεσιών Προσωπικού Εστίασης (Υπηρεσίες προετοιμασίας και διανομής Γευμάτων) στο Νοσοκομείο ... «...» - .... ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ 919.354,82€ για 2 έτη χωρίς Φ.Π.Α, ήτοι 38.306,45€/μήνα χωρίς Φ.Π.Α.. Α2. Για την Οργανική Μονάδα .... Ο Εργολάβος που θα αναδειχθεί υποχρεούται να απασχολεί συνεργείο που να καλύπτει τις ανάγκες του παρακάτω πίνακα: Απαιτούνται δύο μάγειρες δωρης απασχόλησης για όλες τις ημέρες της εβδομάδας. Όπως είναι φυσικό δύο άτομα ως φυσική παρουσία δεν μπορούν να καλύψουν τις θέσεις γιατί βάσει νόμου κάθε άτομο μπορεί να απασχοληθεί έως 40 ώρες εβδομαδιαίως (άτομο πλήρους απασχόλησης) και έως 6 ημέρες. Από τη διακήρυξη απαιτούνται  $(6 \text{ ώρες}) \cdot (7 \text{ ημέρες}) \cdot (2 \text{ άτομα}) = 84 \text{ ώρες/εβδομάδα}$ , που αντιστοιχούν σε  $84/40 = 2,10$  άτομα πλήρους απασχόλησης, όπως δηλώνουμε στον Πίνακα Ανάλυσης που ακολουθεί. Απαιτούνται δύο βοηθοί μαγείρων δωρης απασχόλησης για όλες τις ημέρες της εβδομάδας. Όπως είναι φυσικό δύο άτομα ως φυσική παρουσία δεν μπορούν να καλύψουν τις θέσεις γιατί βάσει νόμου κάθε άτομο μπορεί να απασχοληθεί έως 40 ώρες εβδομαδιαίως (άτομο πλήρους απασχόλησης) και έως 6 ημέρες. Από τη διακήρυξη απαιτούνται  $(6 \text{ ώρες}) \cdot (7 \text{ ημέρες}) \cdot (2 \text{ άτομα}) = 84 \text{ ώρες/εβδομάδα}$ , που αντιστοιχούν σε  $84/40 = 2,10$  άτομα πλήρους απασχόλησης, όπως

## Αριθμός Απόφασης: 330/2023

δηλώνουμε στον Πίνακα Ανάλυσης που ακολουθεί. Απαιτούνται δύο πλήντες 6ωρης απασχόλησης για όλες τις ημέρες της εβδομάδας. Όπως είναι φυσικό δύο άτομα ως φυσική παρουσία δεν μπορούν να καλύψουν τις θέσεις γιατί βάσει νόμου κάθε άτομο μπορεί να απασχοληθεί έως 40 ώρες εβδομαδιαίως (άτομο πλήρους απασχόλησης) και έως 6 ημέρες. Από τη διακήρυξη απαιτούνται  $(6 \text{ ώρες}) \cdot (7 \text{ ημέρες}) \cdot (2 \text{ άτομα}) = 84 \text{ ώρες/εβδομάδα}$ , που αντιστοιχούν σε  $84/40 = 2,10$  άτομα πλήρους απασχόλησης, όπως δηλώνουμε στον Πίνακα Ανάλυσης που ακολουθεί. Απαιτούνται δέκα τραπεζοκόμοι 8ωρης απασχόλησης και δέκα τραπεζοκόμοι 4ωρης για όλες τις ημέρες της εβδομάδας. Όπως είναι φυσικό είκοσι άτομα ως φυσική παρουσία δεν μπορούν να καλύψουν τις θέσεις γιατί βάσει νόμου κάθε άτομο μπορεί να απασχοληθεί έως 40 ώρες εβδομαδιαίως (άτομο πλήρους απασχόλησης) και έως 6 ημέρες. Από τη διακήρυξη απαιτούνται  $(8 \text{ ώρες}) \cdot (7 \text{ ημέρες}) \cdot (10 \text{ άτομα}) + (4 \text{ ώρες}) \cdot (7 \text{ ημέρες}) \cdot (10 \text{ άτομα}) = 840 \text{ ώρες/εβδομάδα}$ , που αντιστοιχούν, για υπολογιστικούς λόγους, σε  $840/40 = 21,00$  άτομα πλήρους απασχόλησης, όπως δηλώνουμε στον Πίνακα Ανάλυσης που ακολουθεί. Ενόψει των ανωτέρω, κατά το μέρος που η σύμβαση αφορά τις υπηρεσίες προετοιμασίας και διανομής Γευμάτων στο Νοσοκομείο ... «...» - ... προβλέπεται προϋπολογισμός 919.354,82€ για 2 έτη χωρίς Φ.Π.Α, ήτοι 38.306,45€/μήνα χωρίς Φ.Π.Α ενώ το ελάχιστο μηνιαίο κόστος, εφόσον τηρηθεί η εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, υπολογίζοντας μόνο το εργατικό κόστος (δεν έχουμε λάβει καν υπόψη τις νόμιμες κρατήσεις, το διοικητικό κόστος, κόστος υπέρ Ε.Λ.Π.Κ., εργολαβικό κέρδος κ.ά.), ανέρχεται κατ' ελάχιστον σε 39.283,50€/μήνα χωρίς Φ.Π.Α. Με βάση όλα όσα εκτέθηκαν ανωτέρω, η παρούσα Διακήρυξη δεν προσδιορίζει επαρκή προϋπολογισμό προκειμένου ταυτόχρονα με τις υποβληθείσες προσφορές να τηρούνται οι απαιτήσεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας».

6. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., στις 20/01/2023, τις απόψεις της επί της εν θέματι προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψή της, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 30/01/2023. Επ' αυτών κατατέθηκε παραδεκτώς το από 06/02/2023 (δοθέντος ότι 4 και 5/2/2023 ήταν μέρες εξαιρετέες-Σάββατο και Κυριακή, αντίστοιχα) υπόμνημα της προσφεύγουσας.

7. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας αλλά και κατά πάγια αρχή του Διοικητικού Δικαίου, η διακήρυξη δημόσιου

## **Αριθμός Απόφασης: 330/2023**

διαγωνισμού αποτελεί την αφετηρία της διαγωνιστικής διαδικασίας και συνιστά κανονιστική πράξη της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία δεσμεύει τόσο την ίδια την Αναθέτουσα Αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 1616,1619/2008). Περαιτέρω, σύμφωνα με την παγιωμένη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου (Τμ.6°, 1283/2009), η διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό αλλά και το νομικό πρόσωπο, που τον έχει προκηρύξει, το οποίο υποχρεούται, από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού, να εφαρμόζει όσα ορίζονται σ' αυτήν (Πράξεις VI Τμ.Ε.Σ. 78/2007, 19/2005, 31/2003). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού είτε κατά την συνομολόγηση της σύμβασης, που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, καθιστά μη νόμιμη την σχετική διαδικασία (Πράξεις VI Τμ.Ε.Σ. 78/2007, IV Τμ. Ε.Σ. 70/2003, 105/2002, 78, 4/2001, 85/2000). Επ' αυτού, η ελληνική νομολογία, εκκινούσα από την αρχή της τυπικότητας των ελαχίστων όρων συμμετοχής, θεωρεί, ότι όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους της οικείας διαδικασίας με εξαίρεση εκείνες, για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο (ΣΤΕ 463/2007,3687/2004, ΕΑ ΣΤΕ 870/2006,Ελ. Συν. 1949/2009 Τμ. VI). Κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις (ΔΕΦΑΘ 236,511/2013, ΣΤΕ, ΔΕΦΑΘ 427/2011, 512/2011) και ειδικότερα τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας.

8. Επειδή, συνεπώς, ως βλάβη νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο επίκληση παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευόμενα, αφορώντα στη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, τα οποία είτε αποκλείουν είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν, άμεσα ή έμμεσα, το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις [ΣΤΕ (Ασφ) 14/2006, ΣΤΕ (Ασφ) 27/2006]. Στο ίδιο πλαίσιο κρίθηκε, ότι α) λόγοι περί αντίθεσης της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας και της Προκήρυξης σε συνταγματικές διατάξεις και σε διατάξεις της ΕΣΔΑ, β) λόγοι στρεφόμενοι κατά

## **Αριθμός Απόφασης: 330/2023**

επί μέρους όρων της Προκήρυξης, ως τεθέντων καθ' υπέρβαση των διατάξεων νόμου, και γ) λόγοι περί αντίθεσης επί μέρους όρων της Προκήρυξης, οι οποίοι επαναλαμβάνουν το περιεχόμενο των σχετικών νομοθετικών ρυθμίσεων, σε υπέρτερης τυπικής ισχύος διατάξεις, είναι απορριπτέοι ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι, αφού οι βασικές αιτιάσεις δεν συνοδεύονται με ειδικούς ισχυρισμούς-με επίκληση, μάλιστα, συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών- ότι, παρά το γεγονός ότι υπεβλήθη προσφορά στον διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον κατά περαίωση συγκεκριμένο πληττόμενο όρο ή προβαλλόμενη πλημμέλεια της Προκήρυξης (ΕΑ ΣτΕ Ολ 129-131/2016, 146-148/2016, πρβλ. ΕΑ 16/2015 σκ.7, 718/2012 σκ. 5, 616/2012 σκ.8). Λαμβάνοντας υπ' όψη τα ανωτέρω, σε περίπτωση που ένας ενδιαφερόμενος εκτιμά, ότι κάποιος ή κάποιοι όροι της διακήρυξης την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και ν' αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο, τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά δύο προϋποθέσεις : α) βλάβη του προσφεύγοντος και β) ιδιαίτερος δεσμός του προσφεύγοντος με την προσβαλλόμενη πράξη, ήτοι ο προσφεύγων να υφίσταται τη βλάβη αυτή με ορισμένη ιδιότητα που αναγνωρίζεται από τους κανόνες του δικαίου. Υπό την έννοια αυτή, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι προσωπικό (ατομικό), άμεσο και ενεστώς (παρόν), όχι απλά ενδεχόμενο, ούτε να είναι γενικό αλλά να προκύπτει από ορισμένη ατομική βλάβη του προσφεύγοντος, την οποία αυτός υπέστη ή κινδυνεύει να υποστεί λόγω της ειδικής νομικής κατάστασης, στην οποία αυτός βρίσκεται εν σχέσει προς την προσβαλλόμενη πράξη (Επ. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 2000, σελ 466 επ.). Προσωπικό ή ατομικό είναι το έννομο συμφέρον, όταν υφίσταται ειδικός δεσμός άλλως ειδική σχέση μεταξύ του προσφεύγοντος και της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης, που ξεχωρίζει το ατομικό του συμφέρον από το γενικό. (Σπ. Βλαχόπουλος, όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 745 επ.). Υπό το πρίσμα αυτό, για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, απαιτείται έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος, το οποίο συναρτάται με την ιδιότητα του προσφεύγοντος ως



## **Αριθμός Απόφασης: 330/2023**

υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣΤΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκήρυξης (ΣΤΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011), και δεν αρκεί το γενικό ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την τήρηση των νόμων και τη σύννομη άσκηση της διοικητικής εξουσίας (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Πρέπει επιπλέον το έννομο συμφέρον να είναι άμεσο, δηλαδή οι συνέπειες της προσβαλλόμενης πράξης ή της παράλειψης θα πρέπει να αφορούν απ'ευθείας στον προσφεύγοντα. Συνεπώς, άμεσο χαρακτηρίζεται το έννομο συμφέρον που θεμελιώνεται ευθέως σε δικαιώματα ή έννομες καταστάσεις του αιτούντος. Να υφίσταται, ο ίδιος, τη βλάβη που προκαλεί η διοικητική πράξη ή η παράλειψή της και όχι κάποιος άλλος. Τέλος, πρέπει να είναι και ενεστώς, υπό την έννοια, ότι η βλάβη, που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο με την συγκεκριμένη ιδιότητα που έχει, πρέπει να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο κατάθεσης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/1997). Απαιτείται, δηλαδή, η παραδοχή των λόγων ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης να συνεπάγεται ευθέως ευμενή μεταβολή στη θιγείσα, από την πληττόμενη πράξη, κατάσταση του προσφεύγοντος. Υπό την έννοια αυτή, ενεστώς ή παρόν είναι το έννομο συμφέρον που υπάρχει κατά το χρόνο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής και η έλλειψή του σε καμμία περίπτωση δεν δύναται να θεραπευθεί εκ των υστέρων. Άλλωστε, δικαστική προστασία παρέχεται, όταν η ανάγκη προς παροχή αυτής δεν ανάγεται σε ενδεχόμενες εξελίξεις αλλά θεμελιώνεται επί βεβαίων περιστατικών του παρόντος, νομίμως και εμπροθέσμως επικαλουμένων και εξειδικευομένων στην κατατεθείσα προσφυγή. Από τα ανωτέρω συνάγεται, ότι ο μη θιγόμενος σε έννομες σχέσεις του ή στα έννομα συμφέροντά του δεν δικαιούται να ασκήσει προσφυγή ως προφυλακτικό μέτρο κατά ενδεχόμενων εξελίξεων στο μέλλον. Η συνδρομή των όρων του παραδεκτού και κυρίως η θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την έγερση της προσφυγής αποτελεί δικονομική προϋπόθεση που, αν εκλείψει, η προσφυγή απορρίπτεται ως απαράδεκτη (ΑΕΠΠ 1359/2020).

9. Επειδή, από την επισκόπηση του εν θέματι διοικητικού φακέλλου, παρέπεται, ως προς την βασιμότητα των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ότι στους πίνακες με τους υπολογισμούς της προσφεύγουσας στην εν θέματι προσφυγή, η υπολογισθείσα μηνιαία δαπάνη κατ' άτομο, για τη θέση του

## **Αριθμός Απόφασης: 330/2023**

Μάγειρα, ορίζεται στα 713,00 ευρώ, ποσό το οποίο είναι σύμφωνο με την εθνική συλλογική σύμβαση εργασίας για το έτος 2022. Ωστόσο, η υπολογισθείσα μηνιαία δαπάνη κατ' άτομο, για τις θέσεις του Βοηθού Μάγειρα, του Πλύντη και του Τραπεζοκόμου, ανέρχεται στα 828,10 ευρώ, ποσό που τελεί σε αναντιστοιχία με την εθνική συλλογική σύμβαση εργασίας του έτους 2022. Επέκεινα, δεν καταδεικνύεται από την προσφεύγουσα, η οποία φέρει το βάρος απόδειξης, πώς η κατ' άτομο μισθολογική δαπάνη για τη θέση του Μάγειρα, του οποίου η θέση ευθύνης και τα καθήκοντα είναι προσαυξημένα σε σύγκριση με τις λοιπές ειδικότητες (βοηθού μάγειρα, πλύντη, τραπεζοκόμου), είναι χαμηλότερη των λοιπών ειδικοτήτων (βοηθού μάγειρα, πλύντη, τραπεζοκόμου). Στους πίνακες με τους υπολογισμούς που παραθέτει η προσφεύγουσα, στον αριθμό των ατόμων ανά ειδικότητα, με βάση τον οποίο υπολογίζονται οι μηνιαίες δαπάνες, προστίθεται και ένα «κόστος αντικατάστασης εργαζομένων σε κανονική άδεια μισθωτών», ενώ ήδη προκύπτει, ότι έχει υπολογισθεί αυτό, όπως φαίνεται από τους προσαυξημένους συντελεστές που αναγράφονται στη στήλη «αριθμός ατόμων» (π.χ. 2.80 άτομα έναντι 2 που ζητούνται, 1.40 άτομα έναντι 1 που ζητούνται 21 άτομα έναντι 20 που ζητούνται, κλπ.). Στον τελευταίο πίνακα, όπου περιγράφονται οι δαπάνες για τις θέσεις των τραπεζοκόμων του ΓΝΘ ...- ..., οργανική μονάδα ..., οι υπολογισμοί δαπανών έχουν γίνει για είκοσι άτομα με οχτάωρη απασχόληση ενώ ο απαιτούμενος αριθμός υπαλλήλων είναι δέκα άτομα με οχτάωρη απασχόληση και δέκα άτομα με τετράωρη απασχόληση. Ως εκ τούτου, η μηνιαία δαπάνη στην συγκεκριμένη περίπτωση έχει υπερεκτιμηθεί από την προσφεύγουσα, κατά 4140,95 ευρώ, βάσει των ιδικών της υπολογισμών, οι οποίοι ουδαμώς δύνανται να εκληφθούν ως η μόνη νόμιμη λύση υπολογισμού του κόστους της οικονομικής προσφοράς ως προς την επίμαχη διακήρυξη. Το διοικητικό κόστος και εργολαβικό κέρδος της εκάστοτε εταιρείας, που συμμετέχει στον διαγωνισμό, δεν είναι τα ίδια για όλους τους συμμετέχοντες και ούτε μπορούν να υπολογισθούν με ακρίβεια, βάσει κάποιου συγκεκριμένου συντελεστή, όπως παγίως κρίνεται νομολογιακώς. Τούτο, διότι ο τρόπος υπολογισμού του εργατικού κόστους ανάγεται στην επιχειρηματική πολιτική εκάστου διαγωνιζομένου, υπό την προϋπόθεση τήρησης της εργατικής νομοθεσίας και των όρων της διακήρυξης, δεν μπορεί δε νομίμως να αποκλεισθεί προσφορά διαγωνιζομένου, σε περίπτωση που προέβη σε

## **Αριθμός Απόφασης: 330/2023**

διαφορετικό τρόπο υπολογισμού ως προς τα κονδύλια του εργατικού κόστους από τον αναφερόμενο στη διακήρυξη ως ενδεικτικό, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα (ΑΕΠΠ 1599/2021. Ενδεικτικά, οι ανάγκες σε εργατικό δυναμικό, που αφορούν στο ... «...», όπως αποτυπώνονται στην παρούσα διακήρυξη διαγωνισμού, κατά συνομολόγηση της προσφεύγουσας και της αναθέτουσας Αρχής, είναι όμοιες με εκείνες που καλύπτει η ίδια η προσφεύγουσα από 1/10/2022 έως 31/12/2022, βάσει της τρίμηνης σύμβασης υπ' αριθμ. ΚΝ65-EKT/2022 (ΑΔΑ: 22ΣΥΜΝ011337768 2022-09-30), σε αναλογικό κόστος και δη ελλείπον από τον αντίστοιχο προϋπολογισμό της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι 24.846,00€ ανά μήνα και κατ' αναγωγή 596.304,00€ για 24 μήνες, χωρίς Φ.Π.Α. 24% (έναντι 596.345,76€ του προϋπολογισμού του διαγωνισμού), γεγονός που καταδεικνύει προδήλως, ότι δύναται ν' ανταποκριθεί στο γράμμα και στην ουσία που τίθενται από τους οικείους κανονιστικούς όρους της διακήρυξης και δη αποδεχόμενη η προσφεύγουσα την νομιμότητα αυτών. Η δε αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών παρίσταται άμοιρη νομικής επιρροής εν προκειμένω δοθέντος, ότι το επίδικο είναι η αντικειμενική δυνατότητα της προσφεύγουσας ν' ανταποκριθεί στους προδιαληφθέντες όρους του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης, οι οποίοι, δια της εκτέλεσης της τρίμηνης σύμβασης από την προσφεύγουσα, τεκμαίρονται de facto και de jure από αυτήν ως σύννομες. Συναφώς κατά τα ήδη κριθέντα στην σκέψη υπ' αριθ. 8 της παρούσας η προσφεύγουσα δεν απέδειξε, ως φέρουσα το βάρος απόδειξης, την βλάβη της εκ των προσβαλλόμενων όρων της οικείας διακήρυξης. Αντιθέτως εκ της ήδη ανταπόκρισης σε πανομοιότυπους όρους δύναται ευλόγως να συναχθεί ότι δεν υφίσταται βλάβη ως ουσιώδη παράμετρο του εννόμου συμφέροντος της.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το παράβολο της προσφεύγουσας.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

**Αριθμός Απόφασης: 330/2023**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13/02/2023 και εκδόθηκε στις 02/03/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ