

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 28.02.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει τη με ημερομηνία κατάθεσης στην Α.Ε.Π.Π. 26.01.2018 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 66/26.01.2018 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) 5/11/26.01.2018 της εταιρείας με την επωνυμία [...]και τον δ.τ. [...], που εδρεύει στην [...], όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθ. 2/16.01.2018 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου των διασυνδεδεμένων νοσοκομείων [...], κατ' αποδοχήν του από 11.01.2018 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης, όπως διαβιβάζεται με την Εισήγηση Δ.Σ. 38/11.01.2018 της αρμόδιας υπηρεσίας, ως προς το σκέλος που κατακυρώνει τα αποτελέσματα της υπ' αριθ. 27/2017 Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος για την ανάδειξη αναδόχου υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων του [...], στη μειοδότηρα εταιρεία [...], καθώς και κάθε προγενέστερης και μεταγενέστερης συναφούς πράξεως.

Της Παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία [...] και τον δ.τ. [...], όπως νόμιμα εκπροσωπείται και η οποία κατέθεσε τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)ΠΑΡ (Χ.Α.)/05.02.2018 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) 66/05.02.2018 Παρέμβαση.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που με αυτή κατακυρώθηκαν τα αποτελέσματα της υπ' αριθ. 27/2017 Πρόσκλησης

## **Αριθμός απόφασης: 162 / 2018**

Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος για την ανάδειξη αναδόχου υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων του [...], στη μειοδότηρια εταιρεία [...], αν και η προσφορά της είναι μη νόμιμη και παραβιάζει τη νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα.

Με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης ως άνω απόφασης, αφού σύμφωνα με την τελευταία, νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά της και κατακυρώθηκε ο υπό εξέταση διαγωνισμός σε αυτήν.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 27/2017 Πρόσκληση δημοσιεύθηκε ανοικτή πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος για την ανάδειξη αναδόχου υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων του [...] για χρονικό διάστημα δύο (2 μηνών), οι τεχνικές προδιαγραφές της οποίας είναι σύμφωνα με τους όρους της προηγούμενης σύμβασης 183/2015, που προέκυψε από τον αντίστοιχο διεθνή διαγωνισμό με αριθ. Διακήρυξης Φ62/2010, συνολικού προϋπολογισμού 209.000,00€, πλέον ΦΠΑ 24%, η οποία Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος δημοσιεύθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ και καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 05.12.2017 και με ΑΔΑ: Ω7Χ346906Π-Κ7Ω, ενώ δεν δημοσιεύθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) και δεν έλαβε Συστημικό Αριθμό.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό187070330958 0323 0071), ποσού 1045,00 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης ύψους

## **Αριθμός απόφασης: 162 / 2018**

209.000,00€ χωρίς το Φ.Π.Α, ενώ, προσέτι, επισυνάπτεται και εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το υπόψη παράβολο είναι πληρωμένο, καθώς και βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παράβολου από την αρμόδια Υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 209.000,00€ χωρίς Φ.Π.Α, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ, σύμφωνα με το άρθρο 120 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, ήτοι εντός της 10 ήμερης προς άσκηση προθεσμίας σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 (περ. α΄) του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (περ. α΄) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη εκδόθηκε στις 16.01.2018 και κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 17.01.2018 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 26.01.2018.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον παρεμβαίνει η εταιρεία με την επωνυμία [...] στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ.1 και 3 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, αφού η εν λόγω Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα από την αναθέτουσα αρχή με το από 29.01.2018 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. στις 05.02.2017, η παρεμβαίνουσα δε έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η

## **Αριθμός απόφασης: 162 / 2018**

προσφορά της, έχει κατακυρωθεί σε αυτήν ο υπό εξέταση διαγωνισμός και επί σκοπώ να καταστεί οριστική ανάδοχος της υπόψη σύμβασης.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 2/16.01.2018 απόφασης του Δ.Σ. των διασυνδεδεμένων νοσοκομείων [...] κατ' αποδοχήν του από 11.01.2018 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης όπως διαβιβάζεται με την Εισήγηση ΔΣ 38/11.01.2018 της αρμόδιας υπηρεσίας, ως προς το σκέλος που κατακυρώνει τα αποτελέσματα της υπ' αριθ. 27/2017 Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος για την ανάδειξη αναδόχου υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων του [...], στη μειοδότη εταιρεία και νυν παρεμβαίνουσα. [...], καθώς και κάθε προγενέστερης και μεταγενέστερης συναφούς πράξεως, αιτούμενη την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης για τους στην Προσφυγή της αναφερόμενους λόγους.

8. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, αφού είναι η δεύτερη μειοδότη εταιρεία στον υπό εξέταση διαγωνισμό, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας και ήδη παρεμβαίνουσας [...].

9. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 1697/07.02.2018 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής.

10. Επειδή, ο υπό εξέταση διαγωνισμός δεν διενεργείται μέσω του διαδικτυακού τόπου του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), ηλεκτρονικά, παρά τα οριζόμενα στο άρθρο 36 του Ν. 4412/2016, που προβλέπει ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης

## Αριθμός απόφασης: 162 / 2018

Δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο Φ.Π.Α.

11. Επειδή, επέκεινα και σύμφωνα με το άρθρο 22 δεν μας γνωρίστηκε από την αναθέτουσα αρχή ο λόγος για τον οποίο ο υπόψη διαγωνισμός δεν διενεργείται μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και αν εμπίπτει στις εξαιρέσεις του τρίτου εδαφίου της παρ. 1 του αρ. 22 του Ν.4412/2016 ή διενεργείται σε άλλον διαδικτυακό τόπο, στον οποίο λειτουργούν δικά της ηλεκτρονικά μέσα επικοινωνίας τα οποία υποστηρίζουν έναν εναλλακτικό δίαυλο για την ηλεκτρονική υποβολή προσφορών, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του προαναφερόμενου άρθρου, στον οποίο διαδικτυακό τόπο, άλλωστε και αν υπάρχει, δεν μας δόθηκε πρόσβαση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 9 του Π.Δ. 39/2016, αναλογικά εφαρμοζόμενο. Το ζήτημα αυτό, ωστόσο, δεν εξετάζεται περαιτέρω, καθόσον δεν εγείρεται σχετική αιτίαση από την Προσφεύγουσα για βλάβη της ή για αθεράπευτη πλημμέλεια της σχετικής Διακήρυξης.

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

13. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης*

## Αριθμός απόφασης: 162 / 2018

ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

14. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προσβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαίνεται αιτιολογημένα.

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».

16. Επειδή, περαιτέρω, το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια' του ίδιου Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «... Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: ..... ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης...».

## **Αριθμός απόφασης: 162 / 2018**

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 « ... Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό ...».

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 (Λόγοι απόρριψης προσφορών) του Ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαραίτατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης ...».

19. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 92 (Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής) του Ν. 4412/2016 «... 5. Ειδικά κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης και ανεξάρτητα από το είδος της διαδικασίας που επιλέγεται από την αναθέτουσα αρχή: α) η αναθέτουσα αρχή, ζητά από τους οικονομικούς φορείς να αναφέρουν υποχρεωτικά στα έγγραφα της σύμβασης, στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τις πληροφορίες/στοιχεία των σημείων α` έτος στ` της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 και β) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, στην προσφορά τους να περιλαμβάνουν τις πληροφορίες/στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010».

20. Επειδή, στο άρθρο 68 (Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών), όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει με την παρ. 1 του άρθρου 22 του Ν.4144/2013 (ΦΕΚ Α' 88/18.4.2013) ορίζεται ότι η «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά

## **Αριθμός απόφασης: 162 / 2018**

από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο, β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας, γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι, δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων, ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά, στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι».

21. Επειδή, εν προκειμένω και ως η αναθέτουσα αρχή αναφέρει (σελ. 1 των Απόψεών της), η υπόψη προσφυγή εξετάστηκε από την επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού, η οποία συνέταξε το από 06.02.2018 πρακτικό και το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. 04/06.02.2018 Θέμα 3 συνεδρίαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας και απέρριψε την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή. Εντούτοις, ως προελέχθη, μόνη η Α.Ε.Π.Π., είναι κατά νόμον αρμόδια σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις (βλ. σκέψεις 4, 12 - 14), να επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών. Όικοθεν προκύπτει, ότι η υπ' αριθ. 04/06.02.2018 απόφαση με την οποία έγινε αποδεκτό το από 06.02.2018



## Αριθμός απόφασης: 162 / 2018

Πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης είναι άκυρη, κατά το μέρος που έκρινε την υπόψη Προδικαστική Προσφυγή, λόγω αναρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής να αποφασίσει επί της προδικαστικής αυτής προσφυγής, γεγονός που όμως δεν επηρεάζει την περαιτέρω εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας και την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. εξέταση, αφού ορθώς η υπόψη Προδικαστική Προσφυγή ασκείται ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. από την οποία και θα κριθεί με την παρούσα.

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 4 (Γενικές Υποχρεώσεις της Εργολήπτριας εταιρείας) της Πρόσκλησης και πιο συγκεκριμένα στην παρ. 18 αυτού προβλέπεται ότι *«Ο Εργολάβος υποχρεούται να διαθέτει επόπτες του προσωπικού του (πρωινή και απογευματινή βάρδια σε όλες τις ημέρες), οι οποίοι θα δίνουν αναφορά στον Προϊστάμενο του Τμήματος Επιστάσις. Το προσωπικό του εργολάβου υποχρεούται να υπογράφει καθημερινά ... Ο εργολάβος οφείλει να αναφέρει τον τρόπο εποπτείας του προγράμματος εργασίας και την μέθοδο αντιμετώπισης εκτάκτων αναγκών (επί ποινή αποκλεισμού)»*, στοιχεία που αποδέχεται με την τεχνική της προσφορά η προσωρινή ανάδοχος και ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία.

23. Επειδή, το άρθρο 9 (Αναλυτική Κατάσταση Ωραρίου Προσωπικού κατά όροφο-κλινικές-τμήματα και τετραγωνικά αυτών μέτρα) της Πρόσκλησης ορίζει ότι *«παρατίθεται αναλυτικός κατάλογος με τους χώρους του Νοσοκομείου, τα ωράρια εργασίας, τον αριθμό των ατόμων που θα απασχολούνται μηνιαίως καθώς και σχόλια επί των εργασιών, ο οποίος θα τηρείται πιστά και να δύναται να τροποποιηθεί ανάλογα των μελλοντικών αλλαγών των χώρων του Νοσοκομείου ... Με βάση τον συγκεκριμένο πίνακα θα καταρτίζεται η κατάσταση παρουσίας του προσωπικού που θα αναφέρει τα ονόματα με τις υπογραφές των ατόμων που απασχολούνται, το ωράριό τους και ο χώρος απασχόλησης»*.

24. Επειδή, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας αλλά και την απολύτως κρατούσα άποψη στην επιστήμη του διοικητικού δικαίου, η διακήρυξη διαγωνισμού συνιστά στο σύνολο της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, συνακόλουθα και οι όροι της διακήρυξης έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, περιλαμβάνουν δηλαδή γενικούς και

## **Αριθμός απόφασης: 162 / 2018**

αφηρημένους κανόνες, η πιστή τήρηση των οποίων ελέγχεται από τα δικαστήρια ( βλ. για τη φύση των όρων της διακήρυξης ως κανονιστικών και την εξ αυτού του λόγου δέσμευση της Διοίκησης από το περιεχόμενο των διακηρύξεων Πρ. Παυλόπουλου (1997), Η σύμβαση εκτέλεσης δημοσίου έργου, Άρθρα και Γνωμοδοτήσεις σελ. 81 επ., Σπηλιωτόπουλου Επ., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Τόμος Ι (2017) σελ. 179 επ. Κανόνες που ρυθμίζουν το προσυμβατικό στάδιο, ενδεικτικώς ΣΤΕ 2992/1983, 4607/1986, 1127 και 4052/1990, 3306/1991, 1616 και 1619/2008). Εξ αυτής της παραδοχής συνάγεται ότι η διακήρυξη δεσμεύει απολύτως την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν τον διαγωνισμό παράλληλα όμως, η δεσμευτική ισχύ των όρων της διακήρυξης εκτείνεται και στους διαγωνιζόμενους. Επιπροσθέτως, η αρχή της προσήλωσης των διαγωνιζομένων στους όρους της διακήρυξης κατοχυρώνεται με ιδιαίτερη αυστηρότητα στο ενωσιακό δίκαιο, όπου γίνεται δεκτό ότι κάθε απόκλιση από τις υποχρεωτικές προβλέψεις της διακήρυξης συνιστά παράβαση του ενωσιακού δικαίου και κυρίως της αρχής της ισότητας μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η οποία αποτελεί και τη βάση των ενωσιακών κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις και συνδέεται άμεσα με την αρχή της διαφάνειας, οι οποίες αρχές αμφότερες αποσκοπούν στη διασφάλιση ότι όλοι οι υποψήφιοι έχουν σε όλα τα στάδια της διαδικασίας του διαγωνισμού ίσες ευκαιρίες όταν υποβάλουν τις προσφορές τους (ΔΕΚ C-243/89 “Storebaelt”, Επιτροπή κατά Δανίας, Συλλογή 1993, Ι σελ. 3353, ΔΕΚ C-87/94, “Wallon Buses”, Επιτροπή κατά Βελγίου, ΔΕΚ C-19/2000, Construction versus County Council of the County of Mayo (2001), Συλλογή I-7725, υπόθεση T-203/96, Embassy Limousine and Services versus Parliament (1998), Συλλογή II-4239, ΔΕΚ C-470/99, Universale Bau versus EBS (2002), Συλλογή I-11617, ΔΕΚ C-16/98 Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή I-8315, σκ. 103-109 όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων εφαρμόζεται σε όλες τις φάσεις της διαγωνιστικής διαδικασίας και όχι μόνο κατά το χρονικό σημείο υποβολής των προσφορών). Εξάλλου, σύμφωνα με τη νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των

## **Αριθμός απόφασης: 162 / 2018**

διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές/ αρχές.

25. Επειδή, επέκεινα σύμφωνα και με την προαναφερόμενη αρχή της τυπικότητας, που διέπει τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενεργείας των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή αυτών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους (ΣτΕ 279/2008), η προσκόμιση στο φάκελο της προσφοράς εκάστου διαγωνιζόμενου των οριζομένων στη διακήρυξη δικαιολογητικών απαιτείται να πραγματοποιείται με τον τρόπο που αυτή επακριβώς καθορίζει, μη επιδεχόμενης άλλης ερμηνείας (όπως προσκόμιση επιπλέον δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικής προσφοράς τα οποία δεν απαιτούνταν σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης). Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας (ως ανωτέρω ορίζεται), της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (ΣτΕ 1329/2008).

26. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. ΕΑ ΣτΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ και στην

## **Αριθμός απόφασης: 162 / 2018**

περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

27. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της ότι η οικονομική προσφορά της εταιρείας που ανακηρύχθηκε ανάδοχος του υπό εξέταση διαγωνισμού και ήδη παρεμβαίνουσας δεν συμφωνεί με την τεχνική προσφορά που κατέθεσε, αφού στην οικονομική της προσφορά δεν συμπεριλαμβάνεται το κόστος των δύο εποπτών καθαριότητας που σύμφωνα με τον όρο 4.18 της Πρόσκλησης απαιτούνται και το οποίο έχει η ίδια αποδεχθεί στην τεχνική της προσφορά, παραβιάζοντας κατ' ακολουθίαν τους όρους της διακήρυξης επί ποινή απόρριψης της προσφοράς.

28. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου και ειδικότερα τόσο από την τεχνική περιγραφή όσο και από την οικονομική προσφορά που η παρεμβαίνουσα εταιρεία κατέθεσε, εναργώς προκύπτει ότι με την τεχνική της προσφορά η προσωρινή ανάδοχος και ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία έχει αποδεχθεί την τήρηση του όρου περί ύπαρξης δύο εποπτών καθαριότητας του όρου 4.18, γεγονός που και η προσφεύγουσα συνομολογεί στην Προσφυγή της.

29. Επειδή, περαιτέρω και από την αδιάστικη διατύπωση της προαναφερόμενης διάταξης του όρου 4.18 της Πρόσκλησης (βλέπε σκέψη 22), προκύπτει η επί ποινή απαράδεκτου ανάγκη ύπαρξης 2 εποπτών καθαριότητας, συστηματικά ερμηνευόμενης, όμως, σε σχέση με τον όρο 9 της

## Αριθμός απόφασης: 162 / 2018

Πρόσκλησης δεν προκύπτει η ισχυριζόμενη από την προσφεύγουσα ανάγκη υπολογισμού του κόστους για επιπλέον άτομα απασχόλησης ως εποπτών του έργου, αφού στο άρθρο 9 και τον Πίνακα αυτού «Αναλυτική Κατάσταση Ωραρίου Προσωπικού», ουδέν σχετικό αναφέρεται. Κατ' ακολουθίαν και *argumentum e contrario* εφόσον στο άρθρο 9 της Πρόσκλησης δεν ορίζεται η απαίτηση απασχόλησης δύο ατόμων αποκλειστικά ως επόπτες έργου και δεν αναγράφονται *expressis verbis* οι ημέρες και ώρες απασχόλησης αυτών στο συνημμένο Πίνακα, ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι στην οικονομική προσφορά θα έπρεπε να υπολογίζονται και δύο επιπρόσθετα άτομα ως επόπτες, τυγχάνει νόμω και ουσία αβάσιμος, γενομένου δεκτού του ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας περί δυνατότητάς της να αναθέσει τη συγκεκριμένη υπηρεσία σε άτομα του προσωπικού καθαριότητας της εταιρείας της σε πλήρη συμμόρφωση με τα οριζόμενα στο όρο 4.18 της Πρόσκλησης. Άλλωστε, από κανένα σημείο της υπόψη Πρόσκλησης δεν προκύπτει ρητή απαγόρευση να συντρέχει στο ίδιο πρόσωπο η ιδιότητα του επόπτη έργου με κάποια άλλη ιδιότητα, ώστε να κριθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας ως απαράδεκτη, συνεπεία αντίθεσης με ρητό όρο της Πρόσκλησης.

30. Επειδή, επιπλέον, από την οικονομική της προσφορά, προκύπτει ότι αυτή είναι καθ' όλα σύμφωνη με τα απαιτούμενα στοιχεία του άρθρου 9 της Πρόσκλησης, αφού ο ζητούμενος αριθμός απασχολούμενων ατόμων ανά ημέρα είναι αυτός που απαιτείται από τον οριζόμενο πίνακα του άρθρου 9 της Πρόσκλησης. Και τούτο διότι θα πρέπει να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι ο Πίνακας ορίζει ως Γενικό Σύνολο απαιτούμενων ωρών τις 13801 ώρες μηνιαίως, οι οποίες αντιστοιχούν κατ' ελάχιστον σε 79,41 άτομα πλήρους οκτάωρης απασχόλησης, ήτοι 13801 συνολικές ώρες μηνιαίως / 4,345 εβδομάδες ανά μήνα / 40 ώρες πλήρους εβδομαδιαίας οκτάωρης απασχόλησης.

31. Επειδή, επιπροσθέτως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ανακηρυχθείσα ως προσωρινή ανάδοχος και ήδη παρεμβαίνουσα αφ' ης στιγμής δεν συμπεριέλαβε στην οικονομική της προσφορά και τον υπολογισμό

## **Αριθμός απόφασης: 162 / 2018**

δύο επιπλέον ατόμων ως επόπτες έργου, έχει υποβάλλει οικονομική προσφορά ζημιογόνα και χαμηλότερη του νομίμου εργατικού κόστους κατά παράβαση του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010. Ως εκ τούτου και κατά πάγια νομολογία (ΔΕφΑθ. 325/2015, ΔΕφΘεσ. 226/2014, ΔΕφΑθ. 289/2014, ΕΑ ΣτΕ 155/2013, 297/2009, 1255/2009) σύμφωνα με την οποία οικονομικές προσφορές που δεν περιλαμβάνουν το απαιτούμενο από το νόμο ελάχιστο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος, νόμιμα αποκλείονται από διαγωνισμούς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εν λόγω προσφορά της παρεμβαίνουσας θα έπρεπε να απορριφθεί.

32. Επειδή, εντούτοις, ο υπόψη ισχυρισμός αορίστως προβάλλεται, αφού η προσφεύγουσα δεν αναφέρει στο έγγραφο της Προσφυγής της ποιο είναι το ελάχιστο εργατικό κόστος ανά εργαζόμενο και ποιο το κόστος που προσφέρει με την οικονομική της προσφορά η προσφεύγουσα, ώστε να διαπιστωθεί η παραβίαση αυτού. Σε κάθε περίπτωση ο εν λόγω ισχυρισμός τυγχάνει νόμου και ουσία αβάσιμος, αφού η προσφεύγουσα προκειμένου να τεκμηριώσει την παραβίαση του ελάχιστου νομίμου εργατικού κόστους από τη μειοδότη εταιρεία, θεωρεί, εσφαλμένως ως αναφέρθηκε, ως δεδομένη από την Πρόσκληση την απαίτηση της απασχόλησης δύο ατόμων αποκλειστικά ως επόπτες έργου, προϋπόθεση που δεν υφίσταται ως προελέχθη (βλ. σκέψη 29).

33. Επειδή, σε κάθε περίπτωση υφίσταται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να διατυπώνει με σαφήνεια τους όρους της διακήρυξης, σύμφωνα δε με την αρχή της διαφάνειας επιβάλλεται στην αναθέτουσα αρχή να περιγράφει κατά τρόπο απολύτως σαφή και ακριβή τις πραγματικές συνθήκες υπό τις οποίες ο υποψήφιος ανάδοχος δύναται να συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία, σε περίπτωση δε επιλογής του να εκτελέσει τη σύμβαση, ούτως ώστε αυτός να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα συμμετάσχει ή όχι στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του, τις ίδιες ακριβώς ευκαιρίες με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του.

## Αριθμός απόφασης: 162 / 2018

34. Επειδή, έχει κριθεί συναφώς ότι τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, κατά την κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας), προσφορά τους (ΕΑΣΤΕ 423, 424, 425/2011). Τούτο, διότι 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 (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδ. θ', σελ. 776).

35. Επειδή, *obiter dictum* σημειώνεται ότι και αν ακόμα υποτεθεί ότι η Πρόσκληση απαιτούσε επί ποινή απαραδέκτου την απασχόληση δύο ατόμων αυτοτελώς και αποκλειστικώς ως επόπτες έργου, άτομα που δεν έλαβε υπόψη της η παρεμβαίνουσα εταιρεία με την οικονομική της προσφορά - γεγονός που δεν συντρέχει εν προκειμένω κατά τα προαναφερόμενα – δοθέντος ότι από κανένα σημείο της Πρόσκλησης δεν προκύπτει ρητή απαγόρευση να συντρέχει στο ίδιο πρόσωπο η ιδιότητα του επόπτη έργου με κάποια άλλη ιδιότητα, η ασάφεια αυτή δεν δύναται να ερμηνευθεί εις βάρος της παρεμβαίνουσας.

36. Επειδή, τούτων δοθέντων, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραδεκτώς έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας ως πληρούσα τους όρους του νόμου και της Πρόσκλησης και κατακυρώθηκε σε αυτήν ο υπό κρίση διαγωνισμός.

37. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως αόριστη, σε κάθε περίπτωση νόμω και ουσία αβάσιμη και να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

38. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό187070330958

**Αριθμός απόφασης: 162 / 2018**

0323 0071), ποσού 1045,00 €, θα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού 1045,00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Φεβρουαρίου 2018 και εκδόθηκε στις 20 Μαρτίου 2018.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Νεκτάριος Α. Μερτινός**