

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 29^η Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24/12/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 1394/27.12.2018, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο ... χλμ ΕΟ ... (Τ.Κ.) νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ... Νοσοκομείου ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αριθμό 53/2018 διακήρυξη κατά τους λόγους και κατά το μέρος που αναφέρεται ειδικώς στην προσφυγή της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο, ύψους 3.750,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., αντίγραφο της Τράπεζας Eurobank Ergasias A.E. της 24/12/2018 που αποδεικνύει την πληρωμή του, καθώς και εκτύπωση του e-παραβόλου αυτόματης δέσμευσης από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με αναφορά κατάστασης «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αριθμό ... διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό διεθνή διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου Υπηρεσιών

Αριθμός απόφασης: 185/2019

Παρασκευής και Διανομής Γευμάτων για ένα έτος, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 749.998,35€ € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για ένα έτος με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής στο τελικό κόστος ανά ημερήσιο μενού και ανά σπιζόμενο και με δικαίωμα προαίρεσης για ένα επιπλέον έτος (749.998,35€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ).

3.Επειδή περίληψη της προκήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της ΕΕ στις 26/11/2018 (...) ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 28/11/2018 (ΑΔΑΜ : ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή, με την από 18/12/2018 επιστολή διευκρινίσεων, η οποία απεστάλη στις 18/12/2018 στον οικονομικό φορέα ..., που προέβη σε αποστολή ερωτήσεων και αναρτήθηκε στην αρχική σελίδα του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), η αναθέτουσα αρχή επεσήμανε τα εξής « Αναφορικά με τον ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου Υπηρεσιών Παρασκευής & Διανομής Γευμάτων, Αρ. Διακ. ... και αρ. συστ. ΕΣΗΔΗΣ ... σας διευκρινίζουμε τα εξής:

1. Το κατώτατο όριο των σπιζόμενων ασθενών (450-10% =405 ασθενείς ημερησίως), όπως αναφέρεται στην παράγραφο 4.7.1 των τεχνικών προδιαγραφών, αποτελεί ενδεικτικό και όχι δεσμευτικό αριθμό με σκοπό να δοθεί μια τάξη μεγέθους του όγκου του επικείμενου παραγόμενου έργου. Ως εκ τούτου στην περίπτωση που για κάποιες ημέρες ο υποδεικνυόμενος από το τμήμα διατροφής αριθμός των σπιζόμενων είναι μικρότερος ή/και μεγαλύτερος των ορίων που ενδεικτικά έχουν τεθεί η αποζημίωση του αναδόχου θα υπολογίζεται κάθε φορά με βάση τον παραγόμενο αριθμό ημερήσιων μενού ανά μήνα.

2. Τα 35 άτομα που αναφέρονται στον πίνακα του άρθρου 2.11 αποτελούν το ελάχιστο πλήθος των ατόμων που οφείλει να διαθέσει ο ανάδοχος, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται το μόνιμο προσωπικό του νοσοκομείου. Σημειώνεται ότι η φύση του έργου και το σύνολο των ζητούμενων εργασιών, όπως περιγράφεται στην παράγραφο 1 και ιδιαίτερα στην 1.6.4., απαιτεί προσωπικό εκπαιδευμένο, υγιές, σταθερό και πλήρους απασχόλησης.

3. Ο ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται στον πίνακα δικαιολογητικών συμμετοχής στη σελ.9 της Διακήρυξης αφορά Υπηρεσίες Παρασκευής και διανομής γευμάτων γενικά και όχι αποκλειστικά σε νοσοκομεία. Ο εν λόγω ετήσιος κύκλος εργασιών αποδεικνύεται προσκομίζοντας τους ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών για τις αναφερόμενες χρήσεις (2015, 2016 & 2017).

4. Στο άρθρο 2.2.1 των τεχνικών προδιαγραφών αναφέρεται: «να προσκομιστούν Αποσπάσματα συμβάσεων σίτισης μεγάλου αριθμού ατόμων η διάρκεια και το αντικείμενο». Διευκρινίζεται ότι, όπως αναφέρεται και στην παράγραφο 1.6.6, ως μεγάλος αριθμός ορίζεται τουλάχιστον ο αριθμός των 450 ασθενών ημερησίως.

5. Τα ζητούμενα στην παράγραφο 2 των τεχνικών προδιαγραφών (άρθρα 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.2, 3.2.1, 3.2.2 και 3.2.3) θα πρέπει να προσκομιστούν στην τεχνική προσφορά».

5. Επειδή την 24/12/2018, ημέρα Δευτέρα, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1γ του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361παρ. 1 γ του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης την 28/11/2018 κατά τεκμήριο (16.12.2018 κατά δήλωσή της), με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η προσφεύγουσα ως διαγωνιζομένη που δραστηριοποιείται βάσει αντικειμένου στον οικείο χώρο και κατά δήλωσή της επιθυμεί να συμμετάσχει στον εν θέματι διαγωνισμό όμως καθίσταται αδύνατη άλλως ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της εξαιτίας των προβαλλόμενων λόγων, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής βλ. ενδεικτικά Ε.Α. 415/2014, 314/2013, 472/2012, 882/2011) .

7. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

Αριθμός απόφασης: 185/2019

8. Επειδή την 27/12/2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε γνωστοποίηση της άσκησης της υπό κρίση προσφυγής με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), προκειμένου να λάβει γνώση οιοσδήποτε οικονομικός φορέας θίγεται από ενδεχόμενη αποδοχή της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 3/1/2019 στην ΑΕΠΠ μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) τις με αριθμό πρωτ. 104/03.01.2019 Απόψεις (εκδοθείσες εκ των τμήματος Προμηθειών) επί της προδικαστικής προσφυγής ως εγκρίθηκαν με την υπ' αριθμ. 105/03.01.2019 εγκριτική Απόφαση αυτών του Διοικητή του νοσοκομείου) σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 9 παρ. 2 του ΠΔ. 39/2017.

10. Επειδή η προσφεύγουσα με την προσφυγή της επικαλούμενη τις αποφάσεις ΑΕΠΠ 59/2018 και 517/2018 υποστηρίζει τα εξής ότι ο προϋπολογισμός της διακήρυξης πρέπει – εφόσον υπολογιστούν όλα τα επιμέρους κονδύλια - να καταλείπει ένα περιθώριο εύλογου εργολαβικού κέρδους για τον ανάδοχο καθώς, στην αντίθετη περίπτωση, παραβλάπτονται τα νόμιμα συμφέροντα των υποψήφιων αναδόχων, η τήρηση των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, η αρχή της διαφάνειας κατά τη διαδικασία ανάθεσης και εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης, η αρχή του βιώσιμου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού και, συνεπώς, η αρχή της νομιμότητας και το δημόσιο συμφέρον λαμβάνοντας υπόψη ότι με βάση το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 απαγορεύονται οι υπερβολικά χαμηλές προσφορές. Περαιτέρω, αν και οι κανονιστικές πράξεις της διοίκησης, καταρχήν, δεν χρήζουν αιτιολογίας, όμως, από τη στιγμή που οικονομικός φορέας βάλλει με ειδικούς και τεκμηριωμένους ισχυρισμούς κατά όρων της διακήρυξης αμφισβητώντας, έτσι, την τεχνική τους ορθότητα και την αξιοπιστία τους, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει με την παράθεση ειδικής αιτιολογίας να αντικρούσει τους ως άνω ισχυρισμούς, ειδάλλως, η σχετική της ευχέρεια κατά τη θέσπιση των όρων της διακήρυξης καθίσταται ανέλεγκτη παραβιάζοντας, έτσι, την αρχή της διαφάνειας και το δικαίωμα πλήρους και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας του προσφεύγοντος (βλ. σχετικά ΔιοικΕφΠειραιά 41/2013 σκ. 6 όπου κρίθηκε ότι επί αιτιάσεων κατά τεχνικής

Αριθμός απόφασης: 185/2019

κρίσης της Αναθέτουσας Αρχής, η τελευταία υποχρεούται να παραθέσει ειδική αιτιολογία προς αντίκρουση τους και ΑΕΠΠ 517/2018).Εν συνεχεία αναφέροντας ότι οι μέθοδοι που δύνανται να χρησιμοποιηθούν (μεμονωμένα ή σωρευτικά) είναι η αναλυτική και η συγκριτική με βάση στοιχεία ομοειδών διαγωνισμών, υπεισέρχεται στην ειδικότερη αναφορά των προσδιοριστικών στοιχείων για τον υπολογισμό του κόστους της σχετικής υπηρεσίας που είναι τα ακόλουθα «α. η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται στο ένα (1) έτος, ο δε προϋπολογισμός της ορίζεται στα 749.998,35 € άνευ Φ.Π.Α.

β. προσωπικό: η κατ' ελάχιστο σύνθεση του διατιθέμενου εκ μέρους του αναδόχου προσωπικού, όπως προκύπτει από τον όρο 2.11 των Τεχνικών Προδιαγραφών-ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε (στο εξής: ΤΠ), ανέρχεται στα 35 άτομα. Με την παραδοχή ότι τα ως άνω 35 άτομα δεν απαιτείται να απασχολούνται καθημερινώς αλλά να απαρτίζουν την εβδομαδιαία δύναμη απασχολουμένων, η εκτέλεση της σχετικής υπηρεσίας απαιτεί την απασχόληση 21 εργαζομένων ημερησίως ώστε οι υπόλοιποι να τους αντικαθιστούν κυκλικά. Το ως άνω προσωπικό σύμφωνα με το από 18.12.2018 διευκρινιστικό έγγραφο της Αναθέτουσας πρέπει να είναι πλήρους απασχόλησης και κατάλληλα εκπαιδευμένο κατά τον όρο 2.1.3. των ΤΠ. Περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 2.9 των ΤΠ, επιφυλάσσεται υπέρ της Αναθέτουσας δικαίωμα «να ζητήσει από τον ανάδοχο την αύξηση ως τέσσερα (4) άτομα (οποιασδήποτε ειδικότητας) κρίνει η υπηρεσία ότι απαιτείται για την εύρυθμη λειτουργία της παρασκευής και διανομής των γευμάτων (δηλ. από 35 άτομα ως 39 άτομα) , χωρίς την μεταβολή της τιμής της προσφοράς». Τέλος, σύμφωνα με τον όρο 2.15 των ΤΠ το προσωπικό θα παρακολουθείται με δαπάνες του Αναδόχου από Ιατρό Εργασίας.

γ. αριθμός σιτιζόμενων και ποσότητα διατιθέμενων μερίδων: από τη συνδυαστική ερμηνεία των σχετικών όρων της διακήρυξης και του της παραγράφου 1 του από 18.12.2018 διευκρινιστικού εγγράφου της Αναθέτουσας προκύπτει ότι ο αριθμός των σιτιζόμενων έχει ως εξής:οι σιτιζόμενοι ασθενείς ανέρχονται στους 450 ημερησίως κατά μέσο όρο, τα δε παρεχόμενα προς αυτούς γεύματα και η σύνθεση τους ορίζονται στον όρους 4.8 και 4.9. . Πέραν των ασθενών/νοσηλεύομενων, ο ανάδοχος καλείται να παρέχει στο -οριζόμενο στον όρο 4.9.5. των ΤΠ- προσωπικό του Νοσοκομείου

Αριθμός απόφασης: 185/2019

τα εκεί οριζόμενα είδη και γεύματα. Από την από 18.12.2018 διευκρίνιση της Αναθέτουσας καθίσταται σαφές ότι ο αριθμός 450/ημέρα αναφέρεται μόνο στους ασθενείς του νοσοκομείου και όχι στο κατά τον όρο 4.9.5. προσωπικό του νοσοκομείου. Τούτου δεν προκύπτει μόνο από το σαφές γράμμα της παραπάνω διευκρίνισης («Το κατώτατο όριο των σιτιζόμενων ασθενών (450-10% =405 ασθενείς ημερησίως») αλλά και από το ότι τυχόν συμπερίληψη του υπό 4.9.5. προσωπικού στον αριθμό 450 θα συνεπαγόταν ότι ο τελευταίος θα μειωνόταν κατά 170 τις καθημερινές και κατά 70 τα Σαββατοκύριακα κάτι που δεν ανταποκρίνεται στη δυναμική του Νοσοκομείου και στην ίδια αντίληψη που σχηματίσαμε κατά την προβλεπόμενη στον όρο 6.12 των ΤΠ επιτόπια επίσκεψη μας. Περαιτέρω, δεν μπορεί να σταθεί λογικά ότι ο αριθμός των ασθενών μεταβάλλεται ανάλογα με το εάν η επίμαχη ημέρα είναι καθημερινή ή όχι.

Από τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι ο ανάδοχος υποχρεούται στην καθημερινή σίτιση 450 ασθενών ίου Νοσοκομείου καθώς και στην παροχή των προβλεπόμενων στον όρο 4.9.5 ειδών προς το εκεί προσδιοριζόμενο ποσοτικά προσωπικό του Νοσοκομείου.

Περαιτέρω, επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του από 18.12.2018 διευκρινιστικού εγγράφου της Αναθέτουσας, το εργολαβικό αντάλλαγμα/η αποζημίωση του αναδόχου υπολογίζεται, όχι τεκμαρτά (τελικό ετήσιο κόστος για τους 450 σιτιζόμενους του Νοσοκομείου/12 μήνες), αλλά με βάση τον παραγόμενο αριθμό ημερησίων μενού ανά μήνα» και, ως εκ τούτου, η μηνιαία και ετήσια αποζημίωση του ενδέχεται να είναι μικρότερη της προβλεπόμενης στην οικονομική του προσφορά. Εξάλλου, από την επιτόπια επίσκεψη μας προέκυψε ότι η δύναμη του Νοσοκομείου (κρεβάτια) ανταποκρίνεται σε 450 νοσηλευόμενους πλήρης νοσηλείας ημερησίως. Άλλωστε, αυτός είναι και ο λόγος για τον οποίο ο Πίνακας Οικονομικής Προσφοράς του όρου 4.8 των ΤΠ απαιτεί την παράθεση ειδικής τιμής ανά κάθε γεύμα (πρωινό, δεκατιανό, μεσημεριανό, πρόγευμα απογευματινό, δείπνο) ώστε η αποζημίωση του αναδόχου να ανταποκρίνεται αυστηρά στις μερίδες φαγητού που πράγματι διαθέτει πχ σε περιπτώσεις νοσηλείας ασθενών διάρκειας μικρότερης του 24ώρου ο ανάδοχος θα αποζημιώνεται μόνο για τα γεύματα (υποκατηγορίες του ημερησίου μενού) που πράγματι παρείχε σε κάθε

Αριθμός απόφασης: 185/2019

ασθενή. Εξάλλου, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η αμοιβή του θα γίνεται κατά τρόπο τεκμαρτό και μάλιστα ευνοϊκό για αυτόν και τούτο καθώς κάτι τέτοιο δεν προκύπτει από τη διακήρυξη.

δ. κόστος πρώτων υλών: το κόστος πρώτων υλών συνιστά το βασικό κόστος της εν λόγω υπηρεσίας και προσδιορίζεται στους όρους 4.9.1 έως 4.9.4 και 4.10 των ΤΠ (για τους ασθενείς) και στον όρο 4.9.5. (για το προσωπικό). Σημειώνεται δε ότι, οι απαιτήσεις των πρώτων υλών είναι ιδιαίτερα υψηλές καθώς προβλέπεται η καθημερινή παροχή πολλών τυποποιημένων -και αρά μη παραγόμενων από τον ανάδοχο ειδών (ατομικές συσκευασίες μελιού ή μαρμελάδας, ατομικές συσκευασίες γιαούρτι, παστεριωμένου γάλακτος και ατομικές συσκευασίες βουτύρου, φρούτο εποχής ή χυμό). Από τον όρο δε 4.9.3. προκύπτει ότι το ημερήσιο μενού θα συντίθεται, κυρίως, από πρώτες ύλες υψηλής διατροφικής αξίας και κόστους. Τέλος, όπως προκύπτει από τον Πίνακα Ποσοτήτων ανά μερίδα του όρου 4.10 των ΤΠ, οι ποσότητες ανά μερίδα υπερβαίνουν ουσιωδώς τα προβλεπόμενα όρια από τις οικείες αγορανομικές διατάξεις.

ε. λοιπά κόστη: αναλώσιμα καθαριότητας και χειροπετσέτες (όρος 6.8), σκεύη σερβιρίσματος επαγγελματικής νοσοκομειακής πορσελάνης (1.7.1.), όργανα μέτρησης θερμοκρασίας (1.8), ειδικά σερβίτσια μιας χρήσης με καπάκια (1.9), επισκευή βλαβών εξοπλισμού ώστε να παραδοθούν στο Νοσοκομείο όπως ήταν αρχικά (1.10-1.11), επισκευή λοιπών συνηθισμένων φθορών (1.13), κόστος υγειονομικών μέτρων (4.3.), μηχανήματα και υλικά καθαρισμού (6.6. έως 6.10), υπηρεσίες απεντόμωσης (6.11), στολές προσωπικού, υλικά συσκευασίας, γάντια μιας χρήσης, σάκοι απορριμμάτων (1.7), δειγματοληψία και ανάλυση τροφίμων σε εξειδικευμένα εργαστήρια (4.3.5). Σε αυτά πρέπει να αθροιστούν τα κόστη έκδοσης των απαιτούμενων εγγυητικών αποστολών, τα κόστη ασφάλισης του έργου όπως προβλέπονται στον οικείο όρο 1.2.1.1. Η του οικείου Πίνακα σελ.8-9 διακήρυξης.

B.6. Εξέταση του προϋπολογισμού με βάση αναλυτικά στοιχεία B.6.1. Εκτίμηση του εργοδοτικού κόστους:

Όπως προκύπτει υπό B.5. β. η εκτέλεση της σχετικής υπηρεσίας απαιτεί την απασχόληση 21 εργαζομένων πλήρους απασχόλησης ημερησίως ώστε οι υπόλοιποι να τους αντικαθιστούν κυκλικά. Όπως έχει κριθεί (ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: 185/2019

49/2018 σκ. 16 και 517/2018 σκ.27), οι αναθέτουσες «εφόσον δεν υφίστανται ειδικές απαιτήσεις προϋπηρεσίας στη διακήρυξη, θα πρέπει να εκτιμούν το εργατικό κόστος του τυχόν αναδόχου με βάση το μισθό των άνω των 25 ετών μισθωτών, ήτοι 586,08 ευρώ, καθώς τούτο το ποσό συνιστά μια ελάχιστη συνισταμένη των επιμέρους ποικίλων βασικών μισθών», ήτοι με δεδομένο ότι οι εργαζόμενοι παραμένουν νεοπροσλαμβανόμενοι αλλά χωρίς να θεμελιώνουν προϋπηρεσία(3ετή). Επίσης, με την ΑΕΠΠ 49/2018 (σκ. 10) κρίθηκε ότι «όταν αναθέτουσα υπολογίζει το εργατικό κόστος στο πλαίσιο της καταρτίσεως της εκτιμώμενης αξίας μιας διακήρυξης, και εφόσον η οικεία ανά περίπτωση επιμέρους εργασία δύναται να παρασχεθεί εναλλακτικά είτε με αμοιβή βάσει ημερομισθίου είτε με αμοιβή βάσει μηνιαίου μισθού, ο οικείος υπολογισμός εκ μέρους της θα πρέπει, βάσει και της δημοσιονομικής αρχής της οικονομικότητας που πρέπει να διέπει τις δημόσιες δαπάνες, να διενεργείται με βάση την παραδοχή αμοιβής με μηνιαίο μισθό. Και τούτο, διότι το σύστημα αυτό καταλήγει σε αθροιστικά μικρότερο εργατικό κόστος, άρα και μικρότερη επιβάρυνση επί της εκτιμώμενης αξίας της συμβάσεως.

Περαιτέρω, θα αντίκειτο στην κοινή πείρα και λογική και τα δεδομένα της αγοράς, η θέση του ΣΕΦ/ΑΡΧΙΜΑΓΕΙΡΑ να καλυφθεί από εργαζόμενο με λιγότερα από 3-6 έτη προϋπηρεσίας. Σε κάθε δε περίπτωση, ο επίμαχος διαγωνισμός δεν απευθύνεται σε εταιρείας παροχής ανθρώπινου δυναμικού/τραπεζοκομείας, αλλά σε εταιρείες παροχής υπηρεσιών σίτισης (βλ. όρο 1.6.2. κατά τον οποίο απαιτείται οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν μονάδα παρασκευής γευμάτων μεγάλης δυναμικής), ήτοι σε επιχειρήσεις που δεν είναι εξειδικευμένες, υπό την έννοια ότι δεν έχουν αντικείμενο δραστηριότητας, στο να διαθέτουν σε τρίτους φτηνό εργατικό δυναμικό.

Εν όψει τούτων υπολογίζουμε το εργοδοτικό κόστος με βάση τις ακόλουθες παραδοχές:

α. οι εργαζόμενοι, πλην του Αρχιμάγειρα, είναι άνω των 25 ετών, όλοι άγαμοι, χωρίς να θεμελιώνουν 3τίες και αμείβονται με μηνιαίο μισθό, β. ο αρχιμάγειρας έχει προϋπηρεσία 3-6 έτη

γ. ο μισθός των λαντζέρηδων, καθαριστών και αποθηκάρων

Αριθμός απόφασης: 185/2019

προσαυξάνεται σύμφωνα με τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις για τα βαρέα και ανθυγιεινά επαγγέλματα κατά 27,21%

δ. 21 εργαζόμενοι απασχολούνται ημερησίως ώστε να είναι δυνατή η κυκλική αντικατάσταση τους

ε. κατά τη διάρκεια της εκτέλεσης της σύμβασης οι εργαζόμενοι θα πρέπει να αντικατασταθούν από ισάριθμους κατά τη λήψη των ετήσιων υποχρεωτικών αδειών τους.

Με βάση τις παραπάνω παραδοχές (βλ. αναλυτικά και το επισυναφθέν και αναπόσπαστο μέρος της παρούσης αρχείο excel Σχετικό 1. Στο παραπάνω αρχείο υπό τα Κεφάλαια με τίτλο «ΒΑΣΙΚΕΣ ΑΠΟΔΟΧΕΣ ΟΛΟΙ ΟΙ ΕΜΜΙΣΘΟΙ» και «ΣΥΝΟΠΤΙΚΟΣ ΠΙΝΑΚΑΣ ΒΑΣΙΚΩΝ ΑΠΟΔΟΧΩΝ» προβαίνουμε σε μία εκτίμηση του εργοδοτικού κόστους με βάση τις ως άνω παραδοχές, ενώ στο Κεφάλαιο με τίτλο «ΑΜΟΙΒΗ ΒΑΣΗ ΘΕΣΗΣ» υιοθετούμενη μια πράγματι ανταποκρινόμενη στις συνθήκες της αγοράς εκτίμηση ποσού άνω των 500.000 €), το συνολικό εργοδοτικό κόστος ανέρχεται τουλάχιστον στο ποσό των 417.046,88 €. (βλ. και την υπ.αριθμ. 51/2015 διακήρυξη παροχής υπηρεσιών τραπεζοκομείας της αυτής Αναθέτουσας όπου με μικρές αποκλίσεις στον αριθμό και τις ώρες απασχόλησης του προσωπικού προέβλεπε προϋπολογισμό 524.924 €- Σχετικό 2). Ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι οι υπολογισμοί μας περιέχουν σχετικά σφάλματα ή λανθασμένες παραδοχές το εκτιμώμενο εργοδοτικό κόστος δεν δύναται να είναι μικρότερο των 400.000 €.

Β.6.2. Όπως εκτέθηκε υπό Β.5. γ) « σύμφωνα με την παράγραφο 1. του από 18.12.2018 διευκρινιστικού εγγράφου της Αναθέτουσας, το εργολαβικό αντάλλαγμα/η αποζημίωση του αναδόχου υπολογίζεται, όχι τεκμαρτά (τελικό ετήσιο κόστος για τους 450 σπιτιζόμενους του Νοσοκομείου /12 μήνες), αλλά με βάση «τον παραγόμενο αριθμό ημερησίων μενού ανά μήνα» και, ως εκ τούτου, η μηνιαία και ετήσια αποζημίωση του αναδόχου ενδέχεται να είναι μικρότερη της προβλεπόμενης στην οικονομική του προσφορά. Άλλωστε, αυτός είναι και ο λόγος για τον οποίο ο Πίνακας Οικονομικής Προσφοράς του όρου 4.8 των ΤΠ απαιτεί την παράθεση ειδικής τιμής ανά γεύμα, προκειμένου η αποζημίωση του αναδόχου να ανταποκρίνεται αυστηρά στις μερίδες φαγητού που πράγματι διαθέτει πχ σε περιπτώσεις νοσηλείας ασθενών διάρκειας μικρότερης του

Αριθμός απόφασης: 185/2019

24ώρου. Άλλως ειπείν, η αμοιβή του αναδόχου, σε περίπτωση, που το νοσοκομείο δεν φιλοξενεί 450 ασθενείς δικαιούμενους πλήρους μενού ημερησίως θα είναι μικρότερη του συνολικού ποσού της οικονομικής του προσφοράς (όπως αυτή αποτυπώνεται στο κελί του πίνακα του όρου 4.8. των ΤΠ υπό τον τίτλο «Τελικό Ετήσιο Κόστος χωρίς Φ.Π.Α. για τους 450 σιτιζόμενους του Νοσοκομείου»), παρά το ότι ο αριθμός των εκ μέρους του διατιθέμενων εργαζομένων θα είναι αμετάβλητος.

Ως εκ τούτου, η μέθοδος υπολογισμού του κόστους των πρώτων υλών προκύπτει εάν πάρουμε σαν βάση υπολογισμού ότι ο ανάδοχος θα παρέχει πλήρη μενού (τα οριζόμενα στη διακήρυξη 5 γεύματα) σε 450 ασθενείς ημερησίως καθώς η μη παροχή εκ μέρους του αναδόχου πλήρων μενού σε 450 ασθενείς, θα συνεπάγεται τη μείωση του σχετικού εργολαβικού ανταλλάγματος.

B.6.3. Περαιτέρω, όπως εκτέθηκε υπό B.5. γ) πέραν «των ασθενών/ νοσηλευόμενων, ο ανάδοχος καλείται να παρέχει στο οριζόμενο στον όρο 4.9.5. των ΤΠ προσωπικό του Νοσοκομείου τα εκεί οριζόμενα είδη και γεύματα».

Ως εκ τούτου, για τον ορθό υπολογισμό του κόστους προμήθειας των πρώτων υλών πρέπει: α. να υπολογιστεί το κόστος προμήθειας για τη συμμόρφωση με τον όρο 4.9.5. (βλ. παρακάτω B.6.4.) και β. κατόπιν να υπολογιστεί το κόστος προμήθειας πρώτων υλών για τη σίτιση των ασθενών (βλ. παρακάτω B.6.5).

B.6.4. Σύμφωνα με τον όρο 4.9.5. ο ανάδοχος καλείται να παρέχει τις καθημερινές (261 ημέρες μέσα στο έτος) για το προσωπικό του νοσοκομείου 170 μερίδες που περιλαμβάνουν η κάθε μία (l/ litre γάλα, σάντουιτς, χυμό ή φρούτο, 2 φακελάκια καφέ και ζάχαρη) για 261 ημέρες εντός του έτους, συνεπώς, $170 \times 261 = 44.370$ μερίδες ετησίως καθώς και 70 από τις ως άνω μερίδες τα Σάββατα και τις Κυριακές (104 ημέρες μέσα στα έτος) , ήτοι $104 \times 70 = 7.280$ μερίδες, ήτοι 51.650 μερίδες ετησίως. Με συγκρατημένους υπολογισμούς το κόστος για την παραπάνω προμήθεια, χωρίς να λαμβάνεται υπόψιν το εργοδοτικό κόστος, ανέρχεται σε 0,85 €/μερίδα, ήτοι 43.902 € συνολικά. Τα κόστη που λάβαμε υπόψιν μας για τους παραπάνω υπολογισμούς ανταποκρίνονται στα δεδομένα της αγοράς, λαμβάνουν υπόψιν

Αριθμός απόφασης: 185/2019

τους όχι θα έχουμε χονδρική πώληση και έχουν ως εξής ανά τεμάχιο: γάλα 0,12., σάντουιτς 0,40, φρούτο ή χυμός 0,20, 2 φακελάκια καφέ και 2 ζάχαρη 0,13.

Επίσης, στο πλαίσιο του ως άνω όρου ο ανάδοχος καλείται να προμηθεύσει το προσωπικό του νοσοκομείου με 52 (εβδομάδες που περιέχει το έτος) $52 \times 210 = 10920$ ατομικές συσκευασίες φρυγανιές των 16 γρ , $170 \times 52 = 8.840$ ατομικές συσκευασίες τυρί, $270 \times 52 = 14.040$ ατομικές συσκευασίες χυμό, $15 \times 52 = 780$ ατομικές συσκευασίες μπισκότου των 85 γραμμαρίων. Με συγκρατημένους, όπως στην ως άνω παράγραφο, υπολογισμούς το κόστος προμήθειας των παραπάνω ειδών ανέρχεται στα 4000 € . Ενδεικτικά, οι τιμές αγοράς ανά τεμάχιο για τις φρυγανιές είναι 0,05 € και για το χυμό 0,23 €.

B.6.5. Κόστος Προμήθειας των γευμάτων που συγκροτούν το πλήρες ημερήσιο μενού των νοσηλευόμενων ασθενών

B.6.5.1. Όπως εκτίθεται υπό B.6.2. η πλέον οικονομικά επωφελής εκδοχή των πραγμάτων για τον ανάδοχο θα είναι να σιτίζει με πλήρες μενού 450 νοσηλευόμενους του Νοσοκομείου καθημερινά, ήτοι να παρέχει $365 \times 450 = 164.250$ πλήρη μενού ημερησίως, ήτοι 164.250 από κάθε επί μέρους γεύμα (πρωινό, δεκατιανό, μεσημεριανό, απογευματινό πρόγευμα και δείπνο). Τα δε είδη από τα οποία θα απαρτίζονται τα ως άνω γεύματα περιγράφονται λεπτομερειακά στους όρους 4.9.1. έως 4.9.4. των ΤΠ. Για τον υπολογισμό του σχετικού κόστους λάβαμε υπόψιν μας το γεγονός ότι θα προμηθευόμαστε τα είδη σε επίπεδο χονδρικής και τα δεδομένα της οικείας αγοράς/αγορών καθώς και το κόστος μεταφοράς των σχετικών υλικών. Ένας συγκρατημένος υπολογισμός του κόστους κάθε γεύματος έχει ως εξής:

-πρωινό (όρος 4.9.1.): 0,5 €

-δεκατιανό και απογευματινό (όρος 4.9.2.): 0,5€ το κάθε ένα δοθέντος ότι κάθε ένα από τα παραπάνω τρία γεύματα περιέχει τυποποιημένα προϊόντα, ήτοι προϊόντα που δεν παράγονται/μαγειρεύονται από τον προμηθευτή (χυμός, σάντουιτς με τυρί 30 γραμμαρίων και ζαμπόν 30 γραμμαρίων, ατομικές συσκευασίες μέλη-μαρμελάδα, γιαούρτι, ατομική συσκευασία βουτύρου και ψωμί)

-μεσημεριανό και δείπνο (όρος 4.9.3.): 1,47 το κάθε ένα δοθέντος ότι η συντριπτική πλειοψηφία των σχετικών γευμάτων θα περιέχει υψηλού κόστους

Αριθμός απόφασης: 185/2019

πιάτα με βασική ύλη το κρέας (3 φορές/βδομάδα), το κοτόπουλο (3 φορές/βδομάδα), φιλέτο γαλοπούλας (2 φορές/βδομάδα), το ψάρι φέτα (1 με 2 φορές/βδομάδα), τον κιμά (3 έως 5 φορές/βδομάδα) και μόνο μία φορά την εβδομάδα θα παρέχονται πιάτα με όσπρια ή ζυμαρικά, ήτοι με φθηνότερα υλικά. Επίσης, όλα τα γεύματα θα συνοδεύονται από γαρνιτούρα, σαλάτα, φρούτο, γιαούρτι, ψωμί (ΤΠ 4.9.4). Σημειώνουμε, εν προκειμένω, ότι οι ορισθείσες με στον Πίνακα 4.10 ποσότητες κάθε μερίδας είναι ιδιαίτερα απαιτητικές για τα προϊόντα με βάση το κρέας και το ψάρι και, ως εκ τούτου, το ως άνω εκτιμώμενο κόστος άκρως μετριοπαθές.

Επαναλαμβάνουμε ότι, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (βλ. ιδίως τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς στον όρο 4.8 τον ΤΠ) και το από 18.12.2018 διευκρινιστικό έγγραφο, η αποζημίωση του αναδόχου δεν θα γίνεται τεκμαρτά, αλλά με βάση τα γεύματα που πράγματι διατίθενται στους πράγματι νοσηλευόμενους.

B.6.5.2. Με βάση τα παραπάνω το κόστος πρώτων υλών ενός πλήρους μενού νοσηλευόμενου ασθενή ανέρχεται στα $0,5 \times 3 + 1,47 \times 2 = 4,44$ €.

Κατά συνέπεια, το κόστος πρώτων υλών για την ετήσια παροχή πλήρους μενού σε 450 ασθενείς ανέρχεται στα $(4,44 \times 450) \times 365 = 729.270$ €. Άλλως ειπείν, ενώ στον όρο 4.8 των ΤΠ προ βλέπεται ανώτατο κόστος τελικού κόστους χωρίς ΦΠΑ ανά ημερήσιο μενού & ανά σπιζόμενο στο ποσό των 4,5662€, μόνο το κόστος προμήθειας των πρώτων υλών για την παρασκευή του ημερήσιου μενού ανέρχεται στα 4,44 €. Ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι οι ως άνω εκτιμήσεις μας για το κόστος των πρώτων υλών είναι λαθεμένες, η εκτιμώμενη αξία τους σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να είναι κατά 10% μικρότερη από τα ως άνω αναφερόμενα ποσά.

Με άλλα λόγια, το κόστος προμήθειας των υλικών για τα ημερήσια μενού, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι, δεν υφίστανται τα εργοδοτικά κόστη (άνω των 400.000€), τα κόστη για τη συμμόρφωση με τον όρο 4.9.5 (άνω των 45.000€) καθώς και τα κόστη όπως αυτά ενδεικτικά περιγράφονται στο σημείο ε) της παραγράφου Β.5. της παρούσης, σχεδόν, καλύπτει τη μέγιστη πιθανή αμοιβή του αναδόχου. Ως εκ τούτου, η ανάληψη της οικείας σύμβασης δεν μπορεί παρά να είναι ζημιογόνος για τον ανάδοχο.

B.7. Από τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι η προϋπολογισθείσα αξία

Αριθμός απόφασης: 185/2019

της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι υπερβολικά χαμηλή, έχει τεθεί κατά παράβαση των δεδομένων της κοινής πείρας, της αρχής της νομιμότητας και του βιώσιμου ανταγωνισμού, το δε υπερβολικά χαμηλό αυτής ευνοεί μόνο τους οικονομικούς φορείς που επιδιώκουν να εφαρμόσουν επιθετική τιμολογιακή πολιτική (*predatory-pricing*), να παρακάμψουν τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και να επιδιώξουν την αθέμιτη υπέρ αυτών τροποποίηση της σχετικής σύμβασης κατά την εκτέλεση της (βλ. ΑΕΠΠ 49/2018 σκ. 7) και, ως εκ τούτου, πρέπει να ακυρωθεί ο σχετικός όρος. Περαιτέρω, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι οι υπολογισμοί μας δεν είναι οι μόνοι αποδεκτοί ή περιέχουν μικρά σφάλματα ή μικρές ελλείψεις κατά την τεκμηρίωση, είναι σε κάθε περίπτωση εύλογοι και επαρκώς τεκμηριωμένοι και, τοιουτοτρόπως, κλονίζουν την αξιοπιστία του προσβαλλόμενου όρου και, ως εκ τούτου, η αναθέτουσα οφείλει να αιτιολογήσει ειδικώς τη σχετική κρίση της (ΔιοικΕφΠειραιά 41/2013 σκ. 6 και ΑΕΠΠ 517/2018 σκ. 27).

B.8. Αξιολόγηση του προϋπολογισμού της προσβαλλόμενης με βάση συγκριτικά στοιχεία.

B.8.1. Η διακήρυξη του Αντικαρκινικού Νοσοκομείου «ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ» δημοσιευθείσα στις 16.6.2016 (Σχετ.3) όριζε ετήσιο προϋπολογισμό στο ποσό των 685.483 € άνευ ΦΠΑ, οι δε απαιτήσεις κόστους των σχετικών υπηρεσιών ήταν σε πολύ μεγάλο βαθμό κατώτερες αυτών της προσβαλλόμενης (βλ. σελ. 16 της σχετικής διακήρυξης). Συγκεκριμένα, ο ανάδοχος καλείτο να παρέχει καθημερινά τρία γεύματα (αντί για πέντε) στους 175 (αντί για 450) ασθενείς του Νοσοκομείου για 365 ημέρες το χρόνο, τρία γεύματα στους 53 ασθενείς των ξενώνων, μεσημεριανό γεύμα σε 20 γιατρούς και δείπνο σε 12 γιατρούς του Νοσοκομείου για 365 ημέρες. Οι δε απαιτούμενες εκ της διακηρύξεως εργατώρες ανέρχονταν μόλις στις 22.500 ετησίως, σε αντίθεση με τις (21 άτομα ημερησίως επί 365 ημέρες) επί 8ώρες καθημερινά, ήτοι 61.320 εργατώρες στο έτος που προβλέπει η προσβαλλόμενη. Περαιτέρω, στο πλαίσιο του ως άνω διαγωνισμού δεν υφίστατο η υποχρέωση των υπό B.5. στοιχείο ε) ειδικών παροχών, ούτε πρόβλεψη για παροχή μικρογευμάτων ως ορίζεται στον όρο 4.9.5 της προσβαλλόμενης.

B.8.2. Σύμφωνα με την ΥΑ 2/3//2001 (ΥΑ 2/30866/0022 ΦΕΚ Β 1022 2001) η ημερήσια κατ' άτομο δαπάνη για τους διοικητικούς κρατούμενους είναι

Αριθμός απόφασης: 185/2019

2000 χιλιάδες δραχμές άνευ ΦΠΑ, ήτοι 5,5 €, ενώ η ανώτατη τιμή προσφοράς ανά σιτιζόμενο στο πλαίσιο της προσβαλλόμενης ανέρχεται στα 4,566 € ανά ημερήσιο μενού/σιτιζόμενο ασθενή. Και τούτο ενώ στο πλαίσιο της προσβαλλόμενης ο ανάδοχος καλείται να παρέχει πλήρεις υπηρεσίες τραπεζοκομίας και καθαριότητας καθώς και τα υπό 4.9.5. γεύματα στο προσωπικό του Νοσοκομείου. Εξάλλου, είναι δίδαγμα της κοινής πείρας ότι η ποιότητα, η ποσότητα και το κόστος παρασκευής των γευμάτων που παρέχονται σε διοικητικούς κρατούμενους είναι πολύ χαμηλότερα από το πρόγραμμα σίτισης που περιγράφεται στην προσβαλλόμενη (όρος 4.9), οι δε ποσότητες των μερίδων όπως περιγράφονται στον οικείο πίνακα της διακήρυξης (όρος 4.10) είναι ουσιαστικά μεγαλύτερες από τις προβλεπόμενες στις αγορανομικές διατάξεις.

Από τα παραπάνω προβαλλόμενα προκύπτει ότι ο τιθέμενος εκ της διακηρύξεως προϋπολογισμός είναι άλλως [sic] ανεπαρκής για την κάλυψη του συμβατικού αντικειμένου. Σε κάθε δε περίπτωση, η Αναθέτουσα φέρει το βάρος να αιτιολογήσει ειδικά τη σχετική κρίση της (ΔιοικΕφΠειραιά 41/2013 σκ. 6 και ΑΕΠΠ 517/2018 σκ. 27).

Γ. 2^{ος} ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΗΣ - ΠΑΡΑΝΟΜΟΣ Ο ΟΡΟΣ 2.9. ΤΩΝ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ

Γ.1. Ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι ο προϋπολογισμός της προσβαλλόμενης δεν είναι κάτω του κόστους, σύμφωνα με τα υπό Β. είναι σε κάθε περίπτωση ισχνός, μη επιτρέποντας, έτσι, τη μεσολάβηση γεγονότων που αυξάνουν τη δαπάνη παροχής των σχετικών υπηρεσιών. Σύμφωνα, όμως, με τον όρο 2.9. των ΤΠ επιφυλάσσεται υπέρ της Αναθέτουσας δικαίωμα «να ζητήσει από τον ανάδοχο την αύξηση ως τέσσερα (4) άτομα (οποιασδήποτε ειδικότητας) κρίνει η υπηρεσία ότι απαιτείται για την εύρυθμη λειτουργία της παρασκευής και διανομής των γευμάτων (δηλ. από 35 άτομα ως 39 άτομα), χωρίς την μεταβολή της τιμής της προσφοράς». Από τη διατύπωση του σχετικού όρου προκύπτει ότι με την -υποχρεωτικώς ανεπιφύλακτη- συμμετοχή του στη διαγωνιστική διαδικασία ο οικονομικός φορέας που θα κληθεί να εκτελέσει τη σύμβαση δεν έχει τη δυνατότητα να αμφισβητήσει τη νομιμότητα άσκησης του σχετικού δικαιώματος εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, η δε ενάσκηση της σχετικής αρμοδιότητας εκ μέρους της

Αριθμός απόφασης: 185/2019

τελευταίας δύναται, ανάλογα με το χρόνο άσκησης του και το ειδικότερο περιεχόμενο του, να επιβαρύνει το κόστος παροχής των σχετικών υπηρεσιών μέχρι και (υπό όλως πρόχειρους και συγκρατημένους υπολογισμούς) 29.000 € (σε περίπτωση που η Αναθέτουσα αιτηθεί την παροχή των 4 επιπλέον εργαζόμενων για 10 μήνες κατά την εκτέλεση της σύμβασης). Η δε εταιρεία μας με έννομο συμφέρον προσβάλλει τον σχετικό όρο (βλ. σχετικό ΕΑ ΣΤΕ 663/2007 σκ. 6 και 11 και ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΗΣ 3/2018 σκ. 11) καθώς περιέχει όρο που μετέπειτα θα ενσωματωθεί στην οικεία σύμβαση και ήδη εκ της νυν διατυπώσεως του διακινδυνεύει τα συμφέροντα μας, άλλως, όρο αόριστο παρέχοντα ανέλεγκτη διακριτική ευχέρεια στην Αναθέτουσα και, ως εκ τούτου, μη επιτρέποντα μας να συναγάγουμε με ασφάλεια τα αντικειμενικά δεδομένα για την κατάρτιση της οικονομικής μας προσφοράς».

13. Επειδή με τις Απόψεις της η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει τα εξής : [...]...

II. Απόκρουση της προδικαστικής προσφυγής

Την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή αρνούμαστε και αποκρούουμε καθ' όλο το περιεχόμενο της και ζητούμε την απόρριψή της για έλλειψη εννόμου συμφέροντος, νόμω και ουσία αβάσιμη, καθώς και το αίτημά της περί αναστολής εκτέλεσης της Διακήρυξης.

Επί των ισχυρισμών της προσφεύγουσας

Το Νοσοκομείο μας με την άνω Διακήρυξη με αριθμό ... προκήρυξε τον άνω ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό.

Το Νοσοκομείο μας πριν την δημοσίευση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ την 28.11.2018, είχε αναρτήσει ηλεκτρονικά με τα υπ' αρ. 14446/06-07-2018 & 15600/23-07-2018 έγγραφα τις τεχνικές προδιαγραφές των υπηρεσιών σίτισης και διανομής στη διαδικασία της «διαβούλευσης», κατά την οποία οι ενδιαφερόμενοι ανάδοχοι έχουν το δικαίωμα να διαφωνήσουν και να ζητήσουν αιτιολογημένα την τροποποίηση ή και την απάλειψη προδιαγραφών.

Όμως η προσφεύγουσα, όπως και κανένας άλλος ενδιαφερόμενος, κατά τη διαδικασία διαβούλευσης δεν διατύπωσε καμία αντίρρηση ή και παρατήρηση επί των τεχνικών προδιαγραφών, πολύ δε περισσότερο για το ύψος της προϋπολογισθείσας δαπάνης, το βασικότερο στοιχείο ενός διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 185/2019

Με την κρινόμενη προσφυγή της η άνω εταιρεία προβάλλει δύο λόγους παραπονούμενη αφενός ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη δεν επαρκεί για την αποκόμιση εύλογου κέρδους στον ανάδοχο και αφετέρου για την απαίτηση στον όρο 2.9. περί της δυνατότητας του Νοσοκομείου να ζητήσει την αύξηση μέχρι 4 άτομα, όποτε αυτή κριθεί αναγκαία από την υπηρεσία, ήτοι από 35 σε 39, χωρίς την μεταβολή της τιμής προσφοράς.

Η προσφεύγουσα εταιρεία στερείται εννόμου συμφέροντος στην άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, δεδομένου ότι δεν συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία.

Οι όροι του διαγωνισμού και ειδικότερα το ύψος του προϋπολογισμού τέθηκαν μετά από εκτίμηση των στοιχείων που έχουν οι υπηρεσίες του Νοσοκομείου σε συνδυασμό με τις σημερινές οικονομικές συνθήκες και τη δυνατότητα που παρέχει ο ετήσιος προϋπολογισμός του Νοσοκομείου.

Εφόσον η προσφεύγουσα, με τους εσφαλμένους υπολογισμούς της εκτιμά ότι δεν προκύπτει εύλογο εργολαβικό κέρδος είναι ελεύθερη να μην υποβάλει προσφορά.

Πρώτος Λόγος

Με το λόγο αυτό η προσφεύγουσα παραπονεύεται για την δήθεν ανεπάρκεια της προϋπολογισθείσας δαπάνης.

Όμως, αβάσιμα στην ουσία παραπονεύεται η προσφεύγουσα για τον λόγο ότι ο προϋπολογισμός των ζητούμενων υπηρεσιών προσδιορίστηκε σύμφωνα με τα οικονομικά στοιχεία που διαθέτουν οι υπηρεσίες του Νοσοκομείου. Με τα στοιχεία αυτά εκτιμάται ότι υφίσταται περιθώριο ευλόγου εργολαβικού κέρδους για τον ανάδοχο.

Η προσφεύγουσα κατά τον υπολογισμό του κόστους των προσφερθησόμενων υπηρεσιών που αναλύει στην προδικαστική προσφυγή εσφαλμένα κατ' αρχήν εκλαμβάνει ότι στον συνολικό αριθμό των ημερησίως σιτιζομένων (450 άτομα) δεν περιλαμβάνεται το προσωπικό το οποίο αναφέρεται στον όρο 4.9.5 της Διακήρυξης. Όμως, στον όρο 1 με τίτλο Υποχρεώσεις Αναδόχου του Παραρτήματος Ε' της προσβαλλόμενης Διακήρυξης ορίζεται με σαφήνεια ο αριθμός των σιτιζομένων σε 450 (ασθενείς και εφημερεύον προσωπικό) κατ' ελάχιστον ημερησίως +/- 10%.

Στον αριθμό αυτό των 450 σιτιζομένων περιλαμβάνεται και το προσωπικό των

Αριθμός απόφασης: 185/2019

κλειστών τμημάτων, για το οποίο ο ανάδοχος θα παρασκευάζει τα μικρογεύματα.

Το Νοσοκομείο έχει 410 οργανικές κλίνες από τις οποίες είναι αναπτυγμένες 352. Επιπλέον σιτίζονται καθημερινά 40 περίπου άτομα από το εφημερεύον προσωπικό. Συνεπώς ο άνω αριθμός των 450 σιτιζομένων τέθηκε ως όριο ασφαλείας.

Σε κάθε περίπτωση στην άνω από 18.12.2018 έγγραφη Διευκρίνιση 1 και σε απάντηση ερωτημάτων που έθεσε ενδιαφερόμενη εταιρεία, αποσαφηνίζεται ότι ο αριθμός των 450 σιτιζομένων ημερησίως τέθηκε ενδεικτικά ως τάξη μεγέθους. Ο λόγος είναι ότι ο ανάδοχος θα έχει υπόψη του αυτό τον αριθμό +/- 10%, για την προμήθεια των τροφίμων. Επισημαίνουμε ότι κατά το μήνα Αύγουστο, όπως και κατά τις εορτές των Χριστουγέννων και Πάσχα ο αριθμός των νοσηλευομένων και του προσωπικού μειώνεται λόγω αδειών, κλεισίματος χειρουργείων κλπ. Δεδομένου ότι ο αριθμός των σιτιζομένων ποικίλει, στην παρ. 4.7. του Παραρτήματος Ε' της Διακήρυξης αναλύεται η Διαδικασία Υπολογισμού των Γευμάτων. Εκεί προβλέπεται η κοινοποίηση στον ανάδοχο του μηνιαίου προγράμματος σίτισης, καθώς και καθημερινή ενημέρωση του προϊσταμένου του αναδόχου από το Τμήμα Διατροφής για τον αριθμό των γευμάτων της επόμενης ημέρας.

Η προσφεύγουσα προκειμένου να αυξήσει τεχνηέντως τις δαπάνες τις οποίες οφείλει να καλύπτει ως ανάδοχος, έχει υπολογίσει το εργατικό κόστος λαμβάνοντας ως προϋπόθεση την απασχόληση από αυτή προσωπικού άνω των 25 ετών και άγαμους. Αυτή η κατηγορία εργαζομένων αμείβεται με € 586,08 μηνιαίως. Όμως, στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη δεν υπάρχει αυτή η απαίτηση. Ο κάθε συμμετέχων έχει δικαίωμα να απασχολήσει εργαζομένους και κάτω των 25 ετών, καθώς η παρασχεθησόμενη από αυτούς τους τελευταίους εργασία, εξαιρουμένων των μαγείρων και του τεχνολόγου τροφίμων, δεν απαιτεί ούτε εξειδίκευση ούτε ιδιαίτερη εμπειρία. Εξάλλου, η απασχόληση από τον ανάδοχο νεαρών εργαζομένων κάτω των 25 ετών με χαμηλότερες αποδοχές της τάξεως των € 510,95 μηνιαίως, δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού του συμμετέχοντος από το διαγωνισμό.

Τέλος, όπως και η ίδια η προσφεύγουσα ομολογεί, η προμήθεια από αυτήν των ειδών διατροφής θα γίνεται σε τιμές χονδρικής. Αυτές οι τιμές υπόκεινται

Αριθμός απόφασης: 185/2019

σε διαπραγμάτευση και μειώνονται σημαντικά όταν πρόκειται για σταθερά μεγάλες ποσότητες.

Όλοι λοιπόν οι επιμέρους υπολογισμοί της προσφεύγουσας με τους οποίους επιχειρεί να αποδείξει ότι ο προϋπολογισμός της παροχής αυτών των υπηρεσιών δεν επαρκεί για την αποκόμιση εύλογου εργολαβικού κέρδους στηρίζονται σε εσφαλμένη βάση.

Όπως προκύπτει από την Διακήρυξη και την άνω Διευκρίνιση 1, ο ανάδοχος θα αμείβεται κατά μήνα με βάση τα παραχθέντα κατά την διάρκεια αυτού ημερήσια μενού. Το οριζόμενο από τη Διακήρυξη ποσό των € 4,5662 ως ανώτατο ποσό προσφοράς ανά μενού και ανά σιτιζόμενο, είναι επαρκές για να καλύψει το εργατικό κόστος, την προμήθεια των τροφίμων και να αποδώσει στον ανάδοχο ικανοποιητικό εργολαβικό κέρδος και όχι το υπερβολικό στο οποίο αποβλέπει η προσφεύγουσα.

Συνεπώς απορριπτέο ως ουσιαστικά αβάσιμο το προβαλλόμενο με το λόγο αυτό παράπονο.

Δεύτερος Λόγος

Με τον δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα παραπονείται ότι είναι παράνομος ο όρος που περιλαμβάνεται στη Διακήρυξη ... και ειδικότερα στον όρο 2 με τίτλο Προσωπικό Αναδόχου και στην παρ. 2.9 σχετικά με το δικαίωμα του Νοσοκομείου να ζητήσει από τον ανάδοχο την αύξηση ως 4 άτομα, όποτε η υπηρεσία κρίνει τούτο αναγκαίο χωρίς τη μεταβολή της τιμής της προσφοράς.

Ο όρος αυτός τέθηκε στη Διακήρυξη από λόγους πρόνοιας εκ μέρους του Νοσοκομείου για την αντιμετώπιση τυχόν εκτάκτων και μη προβλέψιμων περιστατικών, όπως, ενδεικτικά, απεργία του μονίμου προσωπικού.

Εξάλλου, δεν επιτρέπεται από το νόμο η «επέκταση» των συμβάσεων ως προς το καταβαλλόμενο ποσό πέραν του κατακυρωθέντος. Έτσι, για την τυχόν απαιτηθσόμενη έκτακτη και περιστασιακή απασχόληση μικρού αριθμού εργαζομένων του αναδόχου δεν είναι δυνατή η καταβολή αντίστοιχης αύξησης του εργολαβικού ανταλλάγματος.

Σε κάθε περίπτωση αβάσιμα κατά το νόμο αλλά και στην ουσία παραπονείται η προσφεύγουσα και συνεπώς, η κρινόμενη αίτηση πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη...»

14. Επειδή το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Μέθοδοι

Αριθμός απόφασης: 185/2019

υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης» προβλέπει τα εξής «1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. Αν η αναθέτουσα αρχή προβλέπει απονομή βραβείων ή καταβολή χρηματικών ποσών για τους υποψήφιους ή προσφέροντες, λαμβάνει υπόψη της τα ποσά αυτά κατά τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης.

2. Όταν αναθέτουσα αρχή αποτελείται από χωριστές επιχειρησιακές μονάδες λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία για όλες τις χωριστές επιχειρησιακές μονάδες. Κατά παρέκκλιση του πρώτου εδαφίου, όταν μία χωριστή επιχειρησιακή μονάδα είναι ανεξαρτήτως υπεύθυνη για τις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων της ίδιας ή ορισμένων κατηγοριών αυτών, η αξία των συμβάσεων μπορεί να υπολογίζεται στο επίπεδο της συγκεκριμένης μονάδας.

Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης και Οικονομικών εξειδικεύονται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρούσας παραγράφου. Με διαπιστωτική πράξη του καθ' ύλην αρμόδιου Υπουργού ή του Διοικητή ή του Προέδρου για τις Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές ορίζονται οι ανεξάρτητες επιχειρησιακές μονάδες των φορέων της Γενικής Κυβέρνησης που πληρούν τα κριτήρια, τους όρους και τις προϋποθέσεις του παρόντος άρθρου.

3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου. Η σύμβαση δεν κατατέμνεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους.

4. Η εκτιμώμενη αξία ισχύει τη στιγμή της αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού ή, στις περιπτώσεις όπου δεν προβλέπεται προκήρυξη διαγωνισμού, τη στιγμή που η αναθέτουσα αρχή εκκινεί τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, για παράδειγμα ερχόμενη σε επαφή με οικονομικούς φορείς για τους σκοπούς της σύναψης της σύμβασης, όπου ενδείκνυται κατά τα

ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 61.

[...]

8. Όταν προτεινόμενο έργο ή προτεινόμενη παροχή υπηρεσιών μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. Όταν η συνολική αξία των τμημάτων ισούται ή υπερβαίνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 5, το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) εφαρμόζεται στην ανάθεση κάθε τμήματος.

[...]

10. Κατά παρέκκλιση από τα προβλεπόμενα στις παραγράφους 8 και 9, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν συμβάσεις για μεμονωμένα τμήματα κατά τις διατάξεις του παρόντος Βιβλίου, λαμβάνοντας υπόψη την εκτιμώμενη αξία μόνο του τμήματος, εφόσον αυτή, χωρίς ΦΠΑ, είναι μικρότερη από 80.000 ευρώ για προμήθειες ή υπηρεσίες ή από 1.000.000 ευρώ για έργα. Πάντως, η συνολική αξία των τμημάτων που ανατίθενται με αυτόν τον τρόπο, δεν υπερβαίνει το 20 % της συνολικής αξίας όλων των τμημάτων στις οποίες έχει διαιρεθεί το προτεινόμενο έργο, η προτεινόμενη απόκτηση ομοιογενών αγαθών ή η προτεινόμενη παροχή υπηρεσιών.

11. Όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών οι οποίες έχουν περιοδικό χαρακτήρα ή οι οποίες προβλέπεται να ανανεωθούν μέσα σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, λαμβάνεται ως βάση για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης:

α) είτε η συνολική πραγματική αξία των διαδοχικών συμβάσεων του ίδιου τύπου οι οποίες συνήφθησαν κατά το προηγούμενο δωδεκάμηνο ή οικονομικό έτος, αναπροσαρμοσμένη, ει δυνατόν, προκειμένου να ληφθούν υπόψη ενδεχόμενες μεταβολές ως προς τις ποσότητες ή την αξία τους κατά τους δώδεκα μήνες που έπονται της αρχικής σύμβασης·

β) είτε η εκτιμώμενη συνολική αξία των διαδοχικών συμβάσεων που συνήφθησαν κατά το δωδεκάμηνο που έπεται της πρώτης παράδοσης ή κατά τη διάρκεια του οικονομικού έτους, εφόσον αυτό υπερβαίνει τους δώδεκα μήνες.

[...]».

15. Επειδή, το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζει ότι «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. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων. 2. Κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α`. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. 3. Οι ανάδοχοι δημοσίων συμβάσεων εντάσσονται κατά προτεραιότητα στα προγράμματα επιθεωρήσεων και ελέγχων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (Σ.ΕΠ.Ε.), σύμφωνα με το π.δ. 113/2014 (Α` 180) και του Σώματος Επιθεώρησης Περιβάλλοντος, Δόμησης, Ενέργειας και Μεταλλείων, σύμφωνα με το π.δ. 100/2014 (Α` 167), εφόσον πληρούν τα ειδικότερα κριτήρια που ορίζονται στις διατάξεις που διέπουν τη λειτουργία των υπηρεσιών αυτών. 4. Η υποχρέωση της παραγράφου 2: (α) επισημαίνεται στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα

Αριθμός απόφασης: 185/2019

με το άρθρο 53 και (β) αποτελεί ειδικό όρο της σύμβασης , σύμφωνα με το άρθρο 130. 5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ` της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ` της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α` 115)».Επειδή το άρθρο 45 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Συγκρότηση και τήρηση φακέλου δημόσιας σύμβασης» 1. Οι αναθέτουσες αρχές καταγράφουν την πρόοδο της διεξαγωγής όλων των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων είτε πραγματοποιούνται με ηλεκτρονικά μέσα είτε όχι.

2. Για την εκπλήρωση της υποχρέωσης της παραγράφου 1 η αναθέτουσα αρχή συντάσσει και σε ηλεκτρονική μορφή ειδικό «Φάκελο Δημόσιας Σύμβασης».

3. Ο Φάκελος Δημόσιας Σύμβασης συμπληρώνεται και επικαιροποιείται σε όλα τα επιμέρους στάδια σύναψης της σύμβασης και περιλαμβάνει κατ' ελάχιστον:

- α) την τεκμηρίωση της σκοπιμότητας της σύμβασης,
- β) τον προϋπολογισμό της σύμβασης και την τεκμηρίωσή του,
- γ) στοιχεία της ωριμότητας της σύμβασης κατά το άρθρο 49, 50, 51, 52,
- δ) την περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης,
- ε) τα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 53,

στ) όλα τα έγγραφα που είναι αναγκαία ώστε η αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να αιτιολογεί τις αποφάσεις που λαμβάνονται σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όπως, ενδεικτικά:

- αα) για την επικοινωνία με οικονομικούς φορείς και τις υπηρεσιακές κρίσεις,
- ββ) για την προετοιμασία των εγγράφων της σύμβασης,
- γγ) για τον διάλογο ή τη διαπραγμάτευση (εφόσον διεξήχθη),
- δδ) για την επιλογή του αναδόχου και την ανάθεση της σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 185/2019

ζ) αντίγραφο της σύμβασης, εφόσον η αξία της ισούται ή είναι μεγαλύτερη από 1.000.000 ευρώ όταν πρόκειται για δημόσια σύμβαση προμηθειών ή υπηρεσιών ή 10.000.000 ευρώ όταν πρόκειται για δημόσια σύμβαση έργων.

4. Τα έγγραφα και στοιχεία των περιπτώσεων α' - στ' της προηγούμενης παραγράφου τηρούνται τουλάχιστον για περίοδο τριών ετών από την παραλαβή του αντικειμένου της σύμβασης.

5. Το αντίγραφο της περίπτωσης ζ' της προηγούμενης παραγράφου τηρείται τουλάχιστον κατά τη διάρκεια της σύμβασης.[.....]».

16. Επειδή το άρθρο 49 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Επάρκεια προϋπολογισμού, ωριμότητα, μελέτες» προβλέπει ρητώς στην παρ. 1 : «1. Στοιχεία της ωριμότητας της σύμβασης αποτελούν ιδίως: α) η πλήρωση των προϋποθέσεων που τίθενται από ειδικές νομοθετικές διατάξεις για την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης (π.χ. εκπόνηση μελετών, εξασφάλιση χρηματοδότησης, συντέλεση απαλλοτριώσεων, μετακινήσεως δικτύων Οργανισμών Κοινής Ωφέλειας, εκπόνηση μελέτης περιβαλλοντικών επιπτώσεων, άρση εμποδίων λόγω αρχαιολογικών ευρημάτων, λοιπές σχετικές αδειοδοτήσεις). β) η νομιμότητα και πληρότητα των σχετικών εγγράφων της σύμβασης και γ) η δυνατότητα των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων να διαμορφώσουν, κατά την αντίστοιχη διαδικασία σύναψης, βάσιμες και ρεαλιστικές προσφορές, με βάση τα χορηγούμενα από την αναθέτουσα αρχή στοιχεία».

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρωνπροσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως:ε) την ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87... ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής... ».

Αριθμός απόφασης: 185/2019

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 86 του ν. 4412/2016 «[...] 9. Τα κριτήρια ανάθεσης δεν έχουν ως αποτέλεσμα την παροχή απεριόριστης ελευθερίας επιλογής στην εν λόγω αναθέτουσα αρχή. Διασφαλίζουν τη δυνατότητα αποτελεσματικού ανταγωνισμού και συνοδεύονται από προδιαγραφές που επιτρέπουν την αποτελεσματική επαλήθευση των πληροφοριών που παρέχονται από τους προσφέροντες, προκειμένου να αξιολογείται ο βαθμός συμμόρφωσής τους προς τα κριτήρια ανάθεσης. Εάν υπάρχουν αμφιβολίες, οι αναθέτουσες αρχές επαληθεύουν αποτελεσματικά την ακρίβεια των πληροφοριών και αποδείξεων, τις οποίες παρέχουν οι προσφέροντες....».

19. Επειδή με βάση το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπεται ρητώς ότι «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 απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...]».

20. Επειδή με το άρθρο 95 του ν. 4412/2016 με τίτλο « Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται «1. Η οικονομική προσφορά (προσφερόμενη τιμή) δίδεται σε ευρώ. 2. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ορίσει στα έγγραφα της σύμβασης ότι οι οικονομικές προσφορές συντάσσονται και υποβάλλονται, σύμφωνα με τα παρακάτω:

α) αν κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, οι οικονομικοί φορείς προσφέρουν επιμέρους ποσοστά έκπτωσης για κάθε ομάδα τιμών ομοειδών εργασιών του τιμολογίου και του προϋπολογισμού, εκφραζόμενα σε ακέραιες μονάδες επί τοις εκατό (%), ιδίως όταν είναι μεγάλο το πλήθος των τιμών μονάδας, με τις οποίες θα καταρτισθεί η σύμβαση. Οι οικονομικές προσφορές συντάσσονται,

Αριθμός απόφασης: 185/2019

αριθμητικώς και ολογράφως, υποχρεωτικά επί του εντύπου που χορηγεί η αναθέτουσα αρχή. Τα επιμέρους ποσοστά έκπτωσης πρέπει να βρίσκονται σε ομαλή σχέση μεταξύ τους. Ομαλή είναι η προσφορά όταν κανένα επιμέρους ποσοστό έκπτωσης (Ει) δεν είναι μικρότερο από $1,10Eμ-10\%$ ούτε μεγαλύτερο από $0,90Eμ + 10\%$. Προσφορά που έχει αποκλίσεις από τα όρια αυτά είναι απαράδεκτη. Είναι δυνατόν, σε κάποια ή κάποιες ομάδες εργασιών η προσφερόμενη έκπτωση να είναι μηδενική, εφόσον τηρούνται οι παραπάνω απαιτήσεις ομαλότητας ή

β) αν κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, οι οικονομικές προσφορές συντάσσονται με ελεύθερη συμπλήρωση ανοιχτού τιμολογίου, ιδίως όταν οι ποσότητες των εργασιών έχουν προμετρηθεί χωρίς κίνδυνο συμβατικών σφαλμάτων και δεν αναμένονται κατασκευαστικές αποκλίσεις. Στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς χορηγούνται από την αναθέτουσα αρχή, σε ηλεκτρονική ή έντυπη μορφή, σύμφωνα με το σχετικό υπόδειγμα που συμπεριλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης:

αα) τιμολόγιο όμοιο με το τιμολόγιο της υπηρεσίας, στο οποίο όμως οι τιμές είναι ασυμπλήρωτες και

ββ) προϋπολογισμός, όμοιος με τον προϋπολογισμό δημοπράτησης (εκτιμώμενη αξία σύμβασης) της αναθέτουσας αρχής στον οποίο όμως οι τιμές μονάδας, τα γινόμενα και τα αθροίσματα είναι ασυμπλήρωτα.

Το κονδύλιο για απρόβλεπτες δαπάνες, σύμφωνα με την περίπτωση α' της παρ. 3 του άρθρου 156, συμπληρώνεται από την υπηρεσία. Οι οικονομικοί φορείς προσφέρουν τιμές, συμπληρώνοντας ηλεκτρονικά ή έντυπα το ασυμπλήρωτο τιμολόγιο και προϋπολογισμό με τις προσφερόμενες από αυτούς τιμές χωρίς όμως καμία δέσμευση ομαλότητας. Συμπληρώνουν επίσης τα γινόμενα των ποσοτήτων επί τις τιμές, τα επιμέρους και το γενικό άθροισμα, το ποσό για γενικά έξοδα και όφελος εργολάβου (Γ.Ε. και Ο.Ε.) βάσει του αναγραφόμενου ποσοστού, αν προβλέπεται χωριστά και το συνολικό άθροισμα του προϋπολογισμού προσφοράς. Όλες οι τιμές στο τιμολόγιο συμπληρώνονται ολογράφως επί ποινή απαραδέκτου. Αριθμητική μόνο αναγραφή τιμής στο τιμολόγιο δεν λαμβάνεται υπόψη. Η έκπτωση αποτελεί το λόγο του προϋπολογισμού προσφοράς με τον προϋπολογισμό (εκτιμώμενη

Αριθμός απόφασης: 185/2019

αξία σύμβασης) της υπηρεσίας, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη το κονδύλιο για απρόβλεπτα (τεκμαρτή έκπτωση) ή

γ) σε περίπτωση εφαρμογής της παραγράφου 1 του άρθρου 50, η οικονομική προσφορά δίδεται αποκλειστικά κατ' αποκοπή για ολόκληρο το έργο ή για τμήματα του έργου. Οι οικονομικές προσφορές συντάσσονται υποχρεωτικά επί του εντύπου που χορηγεί η αναθέτουσα αρχή ή βάσει υποδείγματος που περιλαμβάνεται ως Παράρτημα στα έγγραφα της σύμβασης. Με τα έγγραφα της σύμβασης μπορεί να ζητείται και ανάλυση της κατ' αποκοπήν προσφοράς από το οικονομικό φορέα, προκειμένου να διαπιστωθούν και να αποτιμηθούν διαφοροποιήσεις που ενδεχόμενα θα προκύψουν, κατά το στάδιο της εκτέλεσης. Στην περίπτωση αυτή η ανάλυση της κατ' αποκοπήν προσφοράς επισυνάπτεται στη σύμβαση ή

δ) σε περίπτωση εφαρμογής της παρ. 2 του άρθρου 50, η οικονομική προσφορά δίδεται ως ποσοστό εξ αδιαιρέτου του ακινήτου και αντίστοιχων διηρημένων ιδιοκτησιών (αντιπαροχή) ή

ε) σε περίπτωση εφαρμογής της παρ. 3 του άρθρου 50, η οικονομική προσφορά περιλαμβάνει και άλλα ανταλλάγματα, εκτός από πλήρη χρηματική καταβολή ή αντιπαροχή ακινήτων, έναντι της κατασκευής και πιθανόν της λειτουργίας και συντήρησης του έργου (μερική ή ολική αυτοχρηματοδότηση).

Οι ανωτέρω περιπτώσεις, εκτός από την περίπτωση γ', μπορούν να εφαρμοστούν σε συνδυασμό μεταξύ τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης του ίδιου έργου, εφόσον η καθεμία αναφέρεται σε διαφορετικό αυτοτελές τμήμα του έργου...[...]».

21. Επειδή σύμφωνα με την υποπαράγραφο ΙΑ.11 « ΝΕΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗΣ ΝΟΜΙΜΟΥ ΚΑΤΩΤΑΤΟΥ ΜΙΣΘΟΥ ΚΑΙ ΚΑΤΩΤΑΤΟΥ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟΥ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΥΣ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΟΛΗΣ ΤΗΣ ΧΩΡΑΣ (ΔΙΑΤΑΞΗ ΠΛΑΙΣΙΟ), ΚΑΤΩΤΑΤΟΣ ΝΟΜΙΜΟΣ ΜΙΣΘΟΣ ΚΑΙ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΥΣ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΟΛΗΣ ΤΗΣ ΧΩΡΑΣ» του ν. 4093/2012, ορίζεται ότι: «1. Με την παρούσα διάταξη θεσπίζεται νέο σύστημα καθορισμού νόμιμου κατώτατου μισθού υπαλλήλων και ημερομισθίου εργατοτεχνιτών, το οποίο τίθεται σε ισχύ την 1.4.2013. Εντός του πρώτου τριμήνου του 2013 θεσπίζεται με πράξη υπουργικού συμβουλίου η διαδικασία διαμόρφωσης νομοθετικώς καθορισμένου νόμιμου κατώτατου

Αριθμός απόφασης: 185/2019

μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους εργαζόμενους ιδιωτικού δικαίου όλης της χώρας, λαμβάνοντας υπόψη την κατάσταση και τις προοπτικές της ελληνικής οικονομίας, της αγοράς εργασίας (ιδίως ως προς τα ποσοστά ανεργίας και απασχόλησης) και τη διαβούλευση της κυβέρνησης με εκπροσώπους κοινωνικών εταίρων, εξειδικευμένους επιστημονικούς, ερευνητικούς και λοιπούς φορείς. Κατά το Α` τρίμηνο του 2014 το σύστημα αυτό αξιολογείται ως προς την απλότητα και αποτελεσματικότητα της εφαρμογής, τη μείωση της ανεργίας, την αύξηση της απασχόλησης και τη βελτίωση της ανταγωνιστικότητας. 2.α. Το πρώτο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 8 του ν. 1876/1990 αντικαθίσταται ως εξής: «Οι εθνικές γενικές συλλογικές συμβάσεις εργασίας καθορίζουν τους ελάχιστους μη μισθολογικούς όρους εργασίας, που ισχύουν για τους εργαζόμενους όλης της χώρας. Βασικοί μισθοί, βασικά ημερομίσθια, κάθε είδους προσαυξήσεις αυτών και γενικά κάθε άλλος μισθολογικός όρος, ισχύουν μόνο για τους εργαζόμενους που απασχολούνται από εργοδότες των συμβαλλομένων εργοδοτικών οργανώσεων και δεν επιτρέπεται να υπολείπονται του νόμιμου νομοθετημένου κατώτατου μισθού και ημερομισθίου.» β. Στο τέλος της παραγράφου 2 του άρθρου 3 του ν. 1876/1990 προστίθενται οι λέξεις «,σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις της παρ. 1 του άρθρου 8 του νόμου.» 3. Μέχρι τη λήξη της περιόδου οικονομικής προσαρμογής που προβλέπουν τα Μνημόνια που προσαρτώνται στο ν. 4046/2012 και οι επακολουθούσες τροποποιήσεις αυτών καθορίζεται ο νόμιμος κατώτατος μισθός υπαλλήλων και το ημερομίσθιο εργατοτεχνιτών ως εξής: (α) Για τους υπάλληλους άνω των 25 ετών ο κατώτατος μισθός ορίζεται 586,08 ευρώ και για τους εργατοτεχνίτες άνω των 25 ετών το κατώτατο ημερομίσθιο ορίζεται σε 26,18 ευρώ. (β) Για τους υπάλληλους κάτω των 25 ετών ο κατώτατος μισθός ορίζεται 510,95 ευρώ και για τους εργατοτεχνίτες κάτω των 25 ετών το κατώτατο ημερομίσθιο ορίζεται σε 22,83 ευρώ. (γ) (i) Ο κατά τα άνω κατώτατος μισθός των υπαλλήλων άνω των 25 ετών προσαυξάνεται με ποσοστό 10% για κάθε τριετία προϋπηρεσίας και έως τρεις τριετίες και συνολικά 30% για προϋπηρεσία 9 ετών και άνω και το κατώτατο ημερομίσθιο των εργατοτεχνιτών άνω των 25 ετών προσαυξάνεται με ποσοστό 5% για κάθε τριετία προϋπηρεσίας και έως έξι τριετίες και συνολικά 30% για προϋπηρεσία

Αριθμός απόφασης: 185/2019

18 ετών και άνω. ii) Ο κατά τα άνω κατώτατος μισθός των υπαλλήλων κάτω των 25 ετών προσαυξάνεται με ποσοστό 10% για μία τριετία προϋπηρεσίας και για προϋπηρεσία 3 ετών και άνω και το κατώτατο ημερομίσθιο των εργατοτεχνιτών κάτω των 25 ετών προσαυξάνεται με ποσοστό 5% για κάθε τριετία προϋπηρεσίας και έως δύο τριετίες και συνολικά 10% για προϋπηρεσία 6 και άνω ετών. iii) [...]. δ) Οι ως άνω προσαυξήσεις προϋπηρεσίας καταβάλλονται σε εργαζόμενο με προϋπηρεσία σε οποιονδήποτε εργοδότη και με οποιαδήποτε ειδικότητα, για μεν τους εργατοτεχνίτες μετά τη συμπλήρωση του 18ου έτους της ηλικίας τους, για δε τους υπαλλήλους μετά τη συμπλήρωση του 19ου έτους της ηλικίας τους και ισχύουν για την συμπληρωθείσα υπηρεσία την 14.2.2012. ε) Πέραν της μηνιαίας τακτικής προσαύξησης λόγω προϋπηρεσίας καμία άλλη προσαύξηση δεν περιλαμβάνεται στο νομοθετικώς καθορισμένο κατώτατο μισθό και ημερομίσθιο. στ) Έως ότου η ανεργία διαμορφωθεί σε ποσοστό κάτω του 10% αναστέλλεται η προσαύξηση του νομοθετικώς καθορισμένου νόμιμου κατώτατου μισθού και ημερομισθίου για προϋπηρεσία, που συμπληρώνεται μετά την 14.2.2012. ζ) Ατομικές συμβάσεις εργασίας και συλλογικές συμβάσεις εργασίας κάθε είδους δεν επιτρέπεται να ορίζουν μηνιαίες τακτικές αποδοχές ή ημερομίσθιο πλήρους απασχόλησης κατώτερο από το νομοθετικώς καθορισμένο κατώτατο μισθό και ημερομίσθιο.

4. Κάθε αναφορά της ισχύουσας νομοθεσίας γενικά στον ελάχιστο μισθό ή στο ελάχιστο ημερομίσθιο της Εθνικής Γενικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας (ΕΓΣΣΕ) νοείται ο νόμιμος νομοθετημένος κατώτατος μισθός και κατώτατο ημερομίσθιο».

22. Επειδή σύμφωνα τη διάταξη του άρθρου 10 του ν. 3514/1928, ο οποίος κωδικοποιήθηκε με το από 8/13.12.1928 π.δ., όπως το άρθρο αυτό τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε με το άρθρο 7 του ν. 4558/1930 και αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 του ν.δ. 2655/1953, «ιδιωτικός υπάλληλος κατά την έννοιαν του παρόντος νόμου θεωρείται παν πρόσωπο κατά κύριον επάγγελμα ασχολούμενον επ' αντιμισθία, ανεξαρτήτως τρόπου πληρωμής, εις υπηρεσίαν ιδιωτικού καταστήματος, γραφείου ή εν γένει επιχειρήσεως ή οιασδήποτε εργασίας και παρέχον εργασίαν αποκλειστικής ή κατά κύριον χαρακτήρα μη σωματικήν. Δεν θεωρούνται ιδιωτικοί υπάλληλοι οι υπηρέται πάσης κατηγορίας, καθώς και παν εν γένει πρόσωπον, το οποίον

Αριθμός απόφασης: 185/2019

χρησιμοποιείται εν τη παραγωγή αμέσως ως βιομηχανικός, βιοτεχνικός, μεταλλευτικός ή γεωργικός εργάτης ή ως βοηθός ή μαθητευόμενος των εν λόγω κατηγοριών ή παρέχει υπηρετικές εν γένει υπηρεσίες». Σύμφωνα με παγία νομολογία, κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, η διάκριση του μισθωτού ως εργάτη ή υπαλλήλου εξαρτάται από το είδος την φύση και την μορφή της παρεχόμενης εργασίας, δηλαδή, από στοιχεία καθαρώς αντικειμενικά τα οποία συγκροτούν το ουσιαστικό κριτήριο διάκρισης, και όχι από τον περιεχόμενο στη σύμβαση χαρακτηρισμό αυτού ή τον τρόπο της αμοιβής του. Εργασία δε εργάτη θεωρείται εκείνη που προέρχεται αποκλειστικά ή κατά κύριο λόγο από την καταβολή σωματικής ενέργειας, εργάτης δε είναι εκείνος του οποίου η εργασία συνίσταται, αποκλειστικά ή κατά κύριο λόγο, στη χρησιμοποίηση των σωματικών του δυνάμεων. Ενώ όταν η εργασία είναι προϊόν πνευματικής καταβολής, τότε και εφόσον ο εργαζόμενος έχει την κατάρτιση και εμπειρία θεωρητική μόρφωση και κατάρτιση για την εκτέλεση της συγκεκριμένης εργασίας που απαιτείται γι' αυτήν και την εκτελεί με υπευθυνότητα και αναλαμβάνει πρωτοβουλίες με ανάληψη ευθύνης κατά την εκτέλεσή της, θεωρείται εργασία υπαλλήλου και εκείνοι που την ασκούν ανήκουν στην κατηγορία των ιδιωτικών υπαλλήλων. Έτσι, για τον χαρακτηρισμό προσώπου ως υπαλλήλου, απαιτείται και εξειδικευμένη εμπειρία, θεωρητική μόρφωση και ιδίως η ανάπτυξη πρωτοβουλίας και ανάληψη ευθύνης κατά την εκτέλεση της εργασίας, διότι μόνο όταν συντρέχουν αυτά τα στοιχεία κατά την εκτέλεση της εργασίας το πνευματικό στοιχείο υπερτερεί του σωματικού. Ειδικότερα, για τον χαρακτηρισμό ως ιδιωτικών υπαλλήλων των απασχολούμενων στη βιομηχανική παραγωγή, δεν αρκεί η άσκηση στο χειρισμό και στη ρύθμιση των μηχανικών μέσων με τα οποία, λόγω της αλματώδους τεχνολογικής προόδου, αναπληρώνεται η καταβολή μυϊκής δυνάμεως, αλλά απαιτείται εξειδικασμένη εμπειρία και ιδίως η ανάπτυξη πρωτοβουλίας και ανάληψη ευθύνης κατά την εκτέλεση της εργασίας, διότι μόνο όταν συντρέχουν αυτά τα στοιχεία κατά την εκτέλεση της εργασίας, το πνευματικό στοιχείο υπερτερεί του σωματικού (ΑΠ 596/1996 ΕΕργΔ 1996, σελ. 919, ΜΠρΠατρ 915/2000 ΕΕργΔ 2001, σελ. 114, ΕφΘεσ/νίκης 1577/2003 ΑΡΜ 2003, σελ. 1141, ΑΠ 1437/2004, ΑΠ 637/2005, ΜΠρΘεσ/νίκης 15289/2007 ΕΕργΔ 2008, σελ. 781,

Αριθμός απόφασης: 185/2019

ΜΠρΣαμ 262/2008 και εκεί αναφερόμενη νομολογία, ΑΠ 90/2009 ΔΕΕ 2009, σελ. 1391, ΑΠ 1405/2014, 90/2009, ΕφΘεσ/νικης 1512/2015 ΑΡΜ 2015, σελ. 2113, ΕιρΝ.Ιωνίας 303/2015, ΔΕΕ 2016 σελ. 1121, ΑΠ 1266/2017). Συνεπώς, δεν αμφισβητείται ενώ, σε κάθε περίπτωση, έχει και ad hoc κριθεί ότι εργαζόμενη/-ος υπό την ιδιότητα καθαρίστριας/ή έχει την ιδιότητα εργάτριας/-η (ΑΠ 464/2014, ΑΠ 284/1996), δεδομένου ότι κατά την εκτέλεση της συγκεκριμένης εργασίας υπερτερεί η καταβολή σωματικής ενέργειας και η χρησιμοποίηση σωματικών δυνάμεων, ενώ εξ άλλου η συγκεκριμένη εργασία καταφανώς εντάσσεται στις υπηρετικές εν γένει εργασίες κατά την έννοια του παραπάνω νόμου. Επισημαίνεται ότι ειδικά ως προς συγκεκριμένες ειδικότητες που απαιτούνται, ως είναι ο αρχιμάγειρας, μάγειρας Α και μάγειρας Β απαιτούνται συγκεκριμένες γνώσεις άλλως εξειδίκευση κι επομένως δεν έχουν οι συγκεκριμένοι εργαζόμενοι την ιδιότητα του εργάτη κατά τα ανωτέρω.

23. Επειδή σύμφωνα με την Δ.Α. 39/2004 «Για τους όρους αμοιβής εργασίας των Εργαζομένων στις Επιχειρήσεις Παροχής Υπηρεσιών όλης της χώρας», που κηρύχθηκε υποχρεωτική με την ΥΑ 13129/19.10.2004 (ΦΕΚ Β 1643/5.11.2004), καθιερώθηκε το 5νθήμερο –χωρίς μείωση μισθών αποδοχών- για τις αναφερόμενες εκεί κατηγορίες των εργαζομένων. Ειδικότερα, σύμφωνα με άρθ. 1 «Πεδίο ισχύος» : «1. Στην παρούσα υπάγονται οι εργαζόμενοι με σχέση εξαρτημένης εργασίας που απασχολούνται σε επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών που δραστηριοποιούνται στους χώρους ...: καθαρισμού κτιρίων και χώρων γενικά, και που έχουν τις παρακάτω ειδικότητες:γ. Βοηθητικό - τεχνικό προσωπικό (προσωπικό καθαριότητας - εισπράκτορες - αποθηκάριοι - κλητήρες - διανομείς)». Και περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθ. 4 «Εβδομάδα 5 ημερών» : «Καθιερώνεται για τους εργαζόμενους που υπάγονται στη ρύθμιση αυτή εβδομαδιαία εργασία πέντε ημερών, δώρου ημερησίας απασχόλησης και 40 ωρών εβδομαδιαίας εργασίας.....». Σύμφωνα δε με το άρθ. 5 «Εφαρμογή θεσμικών όρων Ε.Γ.Σ.Σ.Ε.» : «Οι θεσμικοί όροι της Ε.Γ.Σ.Σ.Ε. όπως ισχύει αποτελούν μέρος της παρούσας και ισχύουν και για τους μισθωτούς που υπάγονται σ' αυτή».

Αριθμός απόφασης: 185/2019

24. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 3 παρ. 3 «Χρονικά Όρια Εργασίας» της ΕΓΣΣΕ 1975 που κυρώθηκε με τον ν. 133/1975: «3. Ωράρια εβδομαδιαίας εργασίας, ισχύοντα ή συμβατικώς εφαρμοζόμενα, ελάσσονα των 45 ωρών, δεν θίγονται διά της παρούσης Εθνικής Γενικής Συλλογικής Συμβάσεως Εργασίας. Η εφαρμογή όμως εις τας περιπτώσεις ταύτας, συστήματος εβδομαδιαίας εργασίας πέντε (5) ημερών, διέπεται υπό των διατάξεων της παρούσης». Και περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθ. 5 παρ. 1 της ΕΓΣΣΕ : «1. Προκειμένου των επί μισθώ αμειβομένων μισθωτών, δια την εξεύρεσιν του ωρομισθίου των, τα 6/25 του συμπεφωνημένου ή νόμιμου μισθού διαιρούνται δια του αριθμού 40. Δια την εξεύρεσιν του ωρομισθίου των επί ημερομισθίω αμειβομένων μισθωτών, το ποσόν των 6 πλήρων (συμπεφωνημένων ή νομίμων) ημερομισθίων, διαιρείται ομοίως δια του αριθμού 40....».

25. Επειδή σύμφωνα με παγία νομολογία από την διάταξη του άρθρου 5 της από 26-7-75 ΕΓΣΣΕ, που κυρώθηκε με το Ν. 133/75, λαμβανομένης υπ' όψιν και της καθιέρωσης της 5θήμερης εβδομαδιαίας εργασίας των 40 ωρών, «για την εξεύρεση του ωρομισθίου, καθόσον αφορά εργαζόμενους που αμείβονται με μηνιαίο μισθό, ακολουθείται η μέθοδος που καθορίζει η ΕΓΣΣΕ της 26.2.1975, (6/25 του μηνιαίου μισθού : 40) εάν δε η εβδομαδιαία απασχόληση είναι μικρότερη των 40 ωρών, ο διαιρέτης ορίζεται ίσος προς τον αριθμό των ολιγότερων ωρών εβδομαδιαίας εργασίας. Αναφορικά με τους εργατοτεχνίτες που αμείβονται με ημερομισθιο, το ωρομισθίο τους εξευρίσκεται, με βάση την ίδια ΕΓΣΣΕ με τη μέθοδο πολλαπλασιασμού του ημερομισθίου επί 6 και της διαιρέσεως δια των ωρών εβδομαδιαίας εργασίας (άρθρ. 5, 6 της από 26-2-1975 ΕΓΣΣΕ)» (ΑΠ 1166/2014, για υπολογισμό ωρομισθίου καθαριστριών ad hoc ΜονΕφΠειρ 862/2014). Συνεπώς, ορθά υπολογίζεται το ωρομισθιο των εργατών «πολλαπλασιάζοντας το ημερομισθιο Χ 6 (και όχι Χ5) και στην συνέχεια διαιρώντας το γινόμενο με τον αριθμό 40 (αριθμό των ωρών εργασίας την εβδομάδα)» (ΑΠ 1317/2015). Και τούτο μάλιστα επειδή στους μισθωτούς που εφαρμόζεται το σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας «νόμιμο ωράριο θεωρούνται οι εννέα (9) ώρες ημερησίως και οι σαράντα πέντε εβδομαδιαίως. Η έκτη ημέρα της εβδομάδας, μολονότι, σύμφωνα με τις άνω διατάξεις περί πενθήμερης εργασίας, αποτελεί ημέρα υποχρεωτικής ανάπαυσης, εν τούτοις, για τον υπολογισμό του

Αριθμός απόφασης: 185/2019

εβδομαδιαίου μισθού και του χρόνου υπηρεσίας, θεωρείται πλασματικά χρόνος εργασίας. Έτσι, για τους εργαζόμενους με πενθήμερο, εφόσον αυτοί εξακολουθούν να λαμβάνουν τις αποδοχές των 6 εργασίμων ημερών και να απασχολούνται με το αυτό ωράριο εργασίας, ως ημερομίσθιο θεωρείται, όπως ακριβώς και για τους απασχολούμενους επί 6 ημέρες την εβδομάδα, το 1/6 της εβδομαδιαίας αμοιβής (εργατοτεχνίτες) ή το 1/25 του μηνιαίου μισθού (υπάλληλοι)» (ΑΠ1215/2004). Συνεπώς για την εξεύρεση του ωρομισθίου πρέπει να γίνει « .. αναγωγή στην προβλεπόμενη αμοιβή του για εργασία 8 ωρών ημερησίως και 40 ωρών εβδομαδιαίως αφού θεωρείται ότι οφείλονται εβδομαδιαίως στον εργαζόμενο, ανεξάρτητα από το σύστημα εβδομαδιαίας απασχόλησης του, έξι ημερομίσθια...» (ΕφΠειρ 545/2012 Δ/ΝΗ 2013,1615). Εξ άλλου, όπως έχει ad hoc κριθεί για τον υπολογισμό ωρομισθίου καθαριστριών μερικής απασχόλησης (ΜονΕφΠειρ 862/2014, ΑΠ 1166/2014) «στην παρ. 9 του άρθρου 38 ν. 1892/1990, (όπως αυτό αντικαταστάθηκε από το άρθρο 2 του ν. 2639/1998 και συμπληρώθηκε με άρθρο 7 Ν. 2874/2000), ορίζεται ότι: "Οι αποδοχές των εργαζομένων με σύμβαση ή σχέση εργασίας μερικής απασχόλησης, υπολογίζονται όπως και οι αποδοχές του συγκρίσιμου εργαζόμενου και αντιστοιχούν στις ώρες εργασίας της μερικής απασχόλησης. Κατά δε την παρ. 2 του ίδιου άρθρου "εργαζόμενος μερικής απασχόλησης νοείται κάθε εργαζόμενος με σύμβαση ή σχέση εξαρτημένης εργασίας του οποίου οι ώρες εργασίας υπολογιζόμενες σε ημερήσια, εβδομαδιαία, 15νθήμερη ή μηνιαία βάση είναι λιγότερες από το κανονικό ωράριο εργασίας του συγκρίσιμου εργαζόμενου με πλήρη απασχόληση (εδάφ. α), ως τέτοιος δε νοείται κάθε εργαζόμενος πλήρους απασχόλησης, που απασχολείται στην ίδια επιχείρηση με σύμβαση ή σχέση εξαρτημένης εργασίας και εκτελεί ίδια ή παρόμοια καθήκοντα, υπό τις αυτές συνθήκες (εδάφ. β). Έτσι, κατ' εφαρμογή των εν λόγω διατάξεων, για την εξεύρεση της ημερήσιας αμοιβής του μερικώς απασχολούμενου, πολλαπλασιάζεται το ωρομίσθιο που λαμβάνει ο συγκεκριμένος εργαζόμενος πλήρους απασχόλησης επί τις ώρες εργασίας του μερικώς απασχολούμενου. Περαιτέρω, με την ΥΑ 13129/2004 (ΦΕΚ Β' 1643/5-11-2004) "Κήρυξη υποχρεωτικής της απόφασης διαιτησίας 39/2004 που αφορά τους όρους αμοιβής και εργασίας των εργαζομένων στις επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών

Αριθμός απόφασης: 185/2019

όλης της Χώρας", που αφορά, μεταξύ άλλων τους εργαζόμενους που απασχολούνται με σχέση εξαρτημένης εργασίας σε επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στους χώρους του καθαρισμού κτιρίων, ως βοηθητικό προσωπικό καθαριότητας, καθιερώνεται, για τους εργαζόμενους που υπάγονται στη ρύθμιση αυτή εβδομαδιαία εργασία πέντε ημερών, 8ώρου ημερήσιας απασχόλησης και 40 ωρών εβδομαδιαίας εργασίας (άρθρο 4). Οι θεσμικοί όροι της ΕΓΣΣΕ όπως ισχύει αποτελούν μέρος αυτής και ισχύουν και για τους μισθωτούς που υπάγονται σ' αυτή (άρθρο 5) η δε ισχύς της αρχίζει από 1-1-2004 (άρθρο 8 αυτής)». Επί πλέον τα ως άνω διαλαμβάνονται επίσης και στην ιστοσελίδα του ΚΕΠΕΑ (Κέντρο Πληροφόρησης Εργαζομένων και Ανέργων) της ΓΣΕΕ (www.kepea.gr/aarticle.php?id=294) : «Υπολογισμός Ωρομισθίου Για τους αμειβόμενους με ημερομίσθιο, πολλαπλασιάζουμε το ημερομίσθιο επί 6 και το διαιρούμε με το ισχύον συμβατικό εβδομαδιαίο ωράριο, δηλαδή 40 ή λιγότερο, σε περίπτωση ωραρίου μικρότερου του 40ωρου ημερομίσθιο Χ 6 συμβατικό εβδομαδιαίο ωράριο (40 ή λιγότερο). ΠΑΡΑΔΕΙΓΜΑ 1ο : Για να βρούμε το ωρομίσθιο του εργάτη που παίρνει ημερομίσθιο 40 €, πολλαπλασιάζουμε τα 40 € επί 6 για να βρούμε τις εβδομαδιαίες αποδοχές, $40 \times 6 = 240$ € και στη συνέχεια το ποσό αυτό διαιρούμε με τον αριθμό 40, δηλαδή όσες είναι οι ώρες της εβδομαδιαίας εργασίας, οπότε $240 : 40 = 6$ € ωρομίσθιο». 26. Επειδή στους οικείους όρους της διακήρυξης προβλέπονται ενδεικτικώς τα εξής : ii) ΑΡΘΡΟ 1. ΤΙΜΗ-ΠΡΟΣΦΟΡΑ

1. Με την προσφορά, η τιμή θα δίνεται ανά μενού και ανά σπιζόμενο, σύμφωνα με τον πίνακα οικονομικής αξιολόγησης που υπάρχει στις τεχνικές προδιαγραφές. Οι τιμές θα εκφράζονται σε ευρώ € συμπεριλαμβανομένων και των τυχόν υπέρ τρίτων κρατήσεων, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, εκτός από τον Φ.Π.Α.

2. Κατά την ημερομηνία κατάθεσης των προσφορών, οι τιμές δεν επιτρέπεται να είναι ανώτερες από τις αντίστοιχες τιμές του Παρατηρητηρίου Τιμών (Ν. 3918/2011 άρθρο 13, όπως αυτό τροποποιήθηκε με τον Ν. 4052/2012 άρθρο 14).

3. Προσφορές που δε δίνουν τις τιμές σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζουν σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα θα απορρίπτονται ως απαράδεκτες.

Αριθμός απόφασης: 185/2019

4. Η αναγραφή της τιμής σε ΕΥΡΩ, μπορεί να γίνεται έως και τέσσερα δεκαδικά ψηφία, λόγω του υπάρχοντος μηχανογραφικού συστήματος καταχώρησης τιμολογίων.

5. Εφόσον από την προσφορά δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

6. Η τιμή της προσφοράς δεν υπόκειται σε μεταβολή κατά τη διάρκεια του χρόνου ισχύος της. Σε περίπτωση που ζητηθεί παράταση της διάρκειας ισχύος της προσφοράς, οι διαγωνιζόμενοι δε δικαιούνται, κατά την γνωστοποίηση της συγκατάθεσής τους, να υποβάλλουν νέο πίνακα με την τιμή προσφοράς.

7. Εάν στο διαγωνισμό οι προσφερόμενες τιμές είναι ασυνήθιστα χαμηλές θα εξετάζονται λεπτομερώς οι προσφορές πριν την έκδοση απόφασης κατακύρωσης. Για τον σκοπό αυτό θα ζητείται από τον υποψήφιο προμηθευτή έγγραφη αιτιολόγηση της ανάλυσης της Οικονομικής Προσφοράς σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 88 παράγραφο 1 του ν. 4412/16. Εάν και μετά την παροχή της ανωτέρω αιτιολόγησης οι προσφερόμενες τιμές κριθούν ως ασυνήθιστα χαμηλές, η Προσφορά θα απορρίπτεται.

8. Προσφορά που θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τη διακήρυξη, απορρίπτεται ως απαράδεκτη

9. Η υπηρεσία διατηρεί το δικαίωμα να ζητήσει από τους συμμετέχοντες στοιχεία απαραίτητα για την τεκμηρίωση των προσφερομένων τιμών, οι δε προμηθευτές υποχρεούνται να παρέχουν αυτά.

Προκειμένου να γίνει η σύγκριση των οικονομικών προσφορών με αυτές του Παρατηρητηρίου, θα πρέπει οι εταιρείες στην οικονομική τους προσφορά να αναγράφουν, εκτός από την τιμή του προσφερόμενου είδους, τον κωδικό και την τιμή με τα οποία αυτό έχει καταχωρηθεί στο παρατηρητήριο τιμών. Στην περίπτωση που το προσφερόμενο είδος δεν εντάσσεται στο Παρατηρητήριο τιμών αυτό θα πρέπει να αναγράφεται ρητά στην οικονομική προσφορά.ii) 2.9 Το νοσοκομείο δύναται να ζητήσει από τον ανάδοχο την αύξηση ως τέσσερα (4) άτομα (οποιασδήποτε ειδικότητας) κρίνει η υπηρεσία ότι απαιτείται για την εύρυθμη λειτουργία της παρασκευής και διανομής των γευμάτων (δηλ. από 35 άτομα ως 39 άτομα) , χωρίς την μεταβολή της τιμής της προσφοράς.

Αριθμός απόφασης: 185/2019

2.10 Η αποζημίωση του αναδόχου για την έκτακτη, απασχόληση επιπλέον ατόμων που διαθέτει, ούτως ώστε να εξυπηρετηθεί το Νοσοκομείο, για την κάλυψη εκτάκτων ή επείγουσών αναγκών του, περιλαμβάνεται στην τιμή της προσφοράς 2.12 Ο ανάδοχος υποχρεούται να διαθέσει Τεχνολόγο Τροφίμων ή σχετικής επιστήμης άτομο με εξειδίκευση σε θέματα Ασφάλειας και Υγιεινής τροφίμων - Υπεύθυνο Διασφάλισης Ποιότητας για εποπτεία - επιτήρηση υποστήριξη: της σωστής εφαρμογής του συστήματος HACCP, των ορθών εργασιακών πρακτικών σε όλες τις διεργασίες, του τρόπου παρακολούθησης των κρίσιμων σημείων ελέγχου και της παραγωγής ασφαλών τροφίμων. Επίσης ο Διευθυντής έργου και ο/η Τεχνολόγος Τροφίμων του αναδόχου θα αποτελούν τον σύνδεσμο Κανονισμών, διαδικασιών και επικοινωνίας με το Τμήμα Διατροφής.

2.13 Οι βάρδιες του προσωπικού και οι ώρες αναπληρωματικής ανάπαυσης (repos) θα εναλλάσσονται με τέτοιο τρόπο, ώστε να διασφαλίζεται η ομαλή σίτιση όλων των σιτιζομένων. Ομαλή σίτιση θα διασφαλίζεται ανεξαρτήτως απρόσμενων γεγονότων (για παράδειγμα έκτακτης απουσίας ή ασθένειας δηλωμένου προσωπικού βάρδιας), θα έχει προβλεφθεί και θα υπάρχει δυνατότητα άμεσης αναπλήρωσης.

2.14 Κατά την διάρκεια της σύμβασης και μετά την λήξη της, ο ανάδοχος και οι προστηθέντες αυτού αναλαμβάνουν την υποχρέωση να τηρούν εμπιστευτικά όλα τα στοιχεία, που τους έγιναν γνωστά λόγω της εργασίας τους, σχετικά με τις δραστηριότητες και τους χώρους του Νοσοκομείου. Η παραπάνω υποχρέωση αφορά ιδίως τα στοιχεία σχετικά με την κατάσταση υγείας των ασθενών και γενικά κάθε στοιχείο που μπορεί να θεωρηθεί ότι εμπίπτει στο ιατρικό απόρρητο.

2.15 Ο ανάδοχος και το προσωπικό αυτού οφείλει να τηρεί αυστηρά τους κανόνες πρόληψης ατυχημάτων για την προσωπική ασφάλεια κάθε εργαζομένου. Την ευθύνη για την τήρηση των κανόνων αυτών έχει ο ανάδοχος καθώς και για την παρακολούθηση του προσωπικού του από Ιατρό εργασίας.

2.16 Το προσωπικό του αναδόχου υποχρεούται να φέρει κατά την ώρα της εργασίας του καθαρή και ευπαρουσίαστη στολή. Η προμήθεια,

Αριθμός απόφασης: 185/2019

συντήρηση και πλύσιμο των στολών βαρύνουν αποκλειστικά τον ανάδοχο. Το προσωπικό οφείλει να διατηρεί υψηλό επίπεδο ατομικής υγείας και υγιεινής.

2.17 Οι αρμόδιοι του Νοσοκομείου που ασκούν υγειονομικό έλεγχο (βλ. Άρθρο 5 με τα άτομα που δικαιούνται να ασκούν έλεγχο στον ανάδοχο) μπορούν να απαγορεύσουν, πρόσκαιρα ή οριστικά, την εργασία σε όποιο άτομο κρίνουν επικίνδυνο για την δημόσια υγεία, είτε γιατί πάσχει από μεταδοτικό νόσημα ή είναι φορέας τέτοιου νοσήματος, είτε γιατί επανειλημμένα έχει διαπιστωθεί ότι δεν φροντίζει για την ατομική του καθαριότητα.

2.18 Το μόνιμο προσωπικό του Νοσοκομείου που απασχολείται στον τομέα της σίτισης θα καλύπτει συγκεκριμένες/βάρδιες, σύμφωνα με τις οδηγίες και το πρόγραμμα εργασίας που εκδίδει η προϊσταμένη του Τμήματος Διατροφής του Νοσοκομείου. Η κατανομή του προσωπικού του αναδόχου στις βάρδιες θα καθορίζεται σύμφωνα με τις ανάγκες του νοσοκομείου και θα είναι πάντα υπό την έγκριση της προϊσταμένης του τμήματος Διατροφής.

2.19. Οποιαδήποτε τυχόν διαφωνία στη σωστή οργάνωση και κατανομή της εργασίας, μεταξύ του αναδόχου και του τμήματος Διατροφής, θα παραπέμπεται στη Διοίκηση του Νοσοκομείου.».

27. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή ή αναθέτοντα φορέα, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ. ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

28. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και Ψ-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην

Αριθμός απόφασης: 185/2019

εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27).

29. Επειδή, περαιτέρω, διευκρινίζεται ότι διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης. Ειδικότερα, η αρμοδιότητα έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο: α) μπορεί, αλλά δεν έχει υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσοτέρων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τόμ. 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδοση, αριθμ. 149, σελ. 139).

30. Επειδή, πράξη που διενεργείται στα πλαίσια διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ελέγχεται μόνο στα ακραία όριά της, που καθορίζονται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

31. Επειδή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες 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

ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ', Σάκκουλας, σελ. 776).

32. Επειδή η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

33. Επειδή κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων, με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστηματική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τεολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική

Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

34. Επειδή, η κατά την έννοια του άρθρου 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 προδικαστική προσφυγή ασκείται παραδεκτώς σε περίπτωση που στρέφεται κατά πράξεως της αναθέτουσας αρχής μόνον εφόσον αυτή είναι εκτελεστή (βλ αντίστοιχα ΣΤΕ 409/2010 ΕΑ 119/2009, 324/2006, 241/2003).

35. Επειδή, κατά την κείμενη νομοθεσία και νομολογία, η Αναθέτουσα Αρχή έχει την υποχρέωση να παράσχει διευκρινίσεις στους υποψηφίους με βάση τα ως άνω εκτεθέντα και συνεπώς έχει εκτελεστό χαρακτήρα η σχετική πράξη της περί παροχής διευκρινίσεων στην περίπτωση που δικαιολογούνται αντικειμενικώς αμφιβολίες των ενδιαφερομένων ως προς την έννοια των όρων της διακήρυξης και των λοιπών τευχών δημοπράτησης. Επειδή ως έχει παγίως κριθεί, μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή, και δύνανται να προσβληθούν με την προσφυγή του Ν. 4412/2016 με την οποία θεωρείται εμπροθέσμως συμπροσβαλλομένη ως πλημμελής και η διακήρυξη, καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης αλλά το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κάποιο κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων. (πρβλ. Ε.Α.474/2005,532/2004).

36. Επειδή επιβεβαιωτική είναι η πράξη που εκδίδεται κατόπιν αίτησης επανεξέτασης μιας απόφασης, χωρίς όμως να υπάρχουν νέα ουσιώδη στοιχεία, οπότε το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του, η οποία επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη. Από δικονομική σκοπιά, όταν η προσβαλλόμενη πράξη είναι αμιγώς επιβεβαιωτική προγενέστερης πράξης, υπό την ανωτέρω έννοια, η προσφυγή είναι παραδεκτή μόνον υπό την προϋπόθεση ότι η επιβεβαιούμενη πράξη προσβλήθηκε εμπροθέσμως.(βλ.

ΓεΔΕΕ της 24ης Μαρτίου 2017, Τ-117/15, Εσθονία κατά Επιτροπής, βλ. σχόλιο V. Michel, *Europe, mai 2017*, n° 170).36.

37. Επειδή, καθόσον προσβλήθηκε εμπροθέσμως η Διακήρυξη, παραδεκτώς συμπροσβάλλεται και η διευκρίνιση επί όρων, δεδομένου μάλιστα ότι συνιστά εκτελεστή πράξη (βλ. ΔεφΑθ 383/2017).

38. Επειδή, εν προκειμένω, η δικαιολόγηση αυτής της δυνατότητας εκτίμησης των αναθετουσών αρχών δεν συνεπάγεται την απεριόριστη άσκηση διακριτικής ευχέρειας κατά την διαμόρφωση του προϋπολογισμού που συνιστά μία από τις βασικότερες συνιστώσες διαμόρφωσης υγιούς ανταγωνισμού και οι αποφάσεις τους θα πρέπει να καθοδηγούνται από τις γενικές αρχές των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις και της ΣΛΕΕ και να τηρούν τις γενικές αρχές δικαίου και ιδίως την αρχή της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης. Ειδικότερα, στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν. 4412/2016 (ομοίως άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να καθοδηγούνται και από την αρχή απαγόρευσης των διακρίσεων και την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού.

39. Επειδή από τις οικείες διατάξεις, συνάγεται ότι η προκήρυξη σύμβασης με υπερβολικά χαμηλή άλλως μη επαρκή προϋπολογιζόμενη δαπάνη, ήτοι δαπάνη που δεν δύναται να καλύψει το σύνολο των δαπανών συμπεριλαμβανομένου και του ευλόγου εργολαβικού οφέλους, με συνέπεια να καθίσταται ζημιογόνα, δύναται να οδηγεί στην υποβολή μόνο ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και στην νόθευση του ανταγωνισμού και της επί ίσοις όροις συμμετοχής των ενδιαφερομένων στους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αφού με τη μεθόδευση αυτή οι λοιποί δυνητικοί υποψήφιοι αποκλείονται a priori, ενώ η διαδικασία αποβαίνει υπέρ του διαγωνιζομένου εκείνου που προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί αδικαιολόγητα χαμηλού, σε σχέση με τα κρατούντα στην αγορά, τιμήματος. Περαιτέρω, η προβληματική για την υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς ως στοιχείου διακινδύνευσης και του δημοσίου συμφέροντος, στο μέτρο που ο ανάδοχος ενδέχεται, κατά λογική ακολουθία, να επιχειρήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης να καλύψει τη ζημία που υφίσταται, εξαιτίας του αδικαιολόγητα

χαμηλού τιμήματος, σε βάρος της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών ισχύει κατ' αναλογία και στην περίπτωση ανεπαρκούς προϋπολογισμού (βλ. σχετικά κατ' αναλογία S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, (2005,) σελ. 532-534; P Trepte, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, (Oxford, Oxford University Press, 2004,) σελ.165-166 and 197; και P Trepte, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, 2η έκδοση, (Oxford, Oxford University Press, 2007, σελ.474, και AR Engel, *Managing Risky Bids, Handbook of Procurement* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006, σελ.322, 326).

40. Επειδή, εξάλλου, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

41. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, ό.π., αρ. περ. 642· Β. Καψάλη, *«Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση»*, ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.), ομοίως Μ. Στασινόπουλο, *Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων*, Αθήνα, 1982, σ. 341, ο οποίος εύστοχα αναφέρει ότι «ο επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας» και διευκρινίζει πως «η διεΐσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας

αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» σελ. 381 ο.π.).

42. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.pnevdedou.gr>). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο

Αριθμός απόφασης: 185/2019

στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣΤΕ 2418/1976, 1061/1981). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ 461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, ΕΥ:Τ:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά ΕUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2016:370, σκέψη 43).

43. Επειδή, η δικαιολόγηση της διαμόρφωσης των κανονιστικών πράξεων και των επιμέρους στοιχείων αυτών από την αναθέτουσα αρχή βάσει της κείμενης νομοθεσίας, δεν συνεπάγεται την απεριόριστη άσκηση διακριτικής ευχέρειας δοθέντος ότι οι αποφάσεις τους θα πρέπει να καθοδηγούνται από τις γενικές αρχές των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις και της ΣΛΕΕ και να τηρούν τις γενικές αρχές δικαίου και ιδίως την αρχή της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης. Ειδικότερα, στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να καθοδηγούνται και από την αρχή απαγόρευση των διακρίσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

44. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση

Αριθμός απόφασης: 185/2019

C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

45. Επειδή, δεδομένου μάλιστα ότι δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου που απεστάλησαν στην ΑΕΠΠ, η ύπαρξη διενεργηθείσας οικονομοτεχνικής μελέτης, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί σε πλήρη αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, τεκμηριώνοντας κατά τρόπο εμπειριστατωμένο και αναλυτικό κατά τα επιμέρους κονδύλια τον προϋπολογισμό που έχει εγκρίνει και που οδηγούν στο ανώτατο ποσό των 4,5662 ευρώ ανά μενού συμπεριλαμβάνοντας όλες τις δαπάνες της σύμβασης. Σε κάθε, πάντως, περίπτωση, η άσκηση της σχετικής διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής δεν εκφεύγει του δικαστικού ελέγχου καθώς και του ελέγχου της ΑΕΠΠ εν προκειμένω (βλ. ΔΕφΑθ247/2016).

46. Επειδή, κατά την πάγια νομολογία επί του προϋσχύοντος νομικού πλαισίου, σε περίπτωση που διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, γεννάται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει με πλήρη, ειδική και σαφή αιτιολογία επί αυτών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 132/2016, πρβλ. ΕΑ 197/2015, 295/2011, 1260, 629/2010, 127/2009, 792/2008).

47. Επειδή η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

48. Επειδή, ως διδάγματα της κοινής πείρας θεωρούνται γενικές αρχές που συνάγονται επαγωγικά από την καθημερινή παρατήρηση της εμπειρικής πραγματικότητας, τη συμμετοχή στις συναλλαγές και τις γενικές τεχνικές ή επιστημονικές γνώσεις, οι οποίες έχουν γίνει κοινό κτήμα και χρησιμοποιούνται από το δικαστήριο για την εξειδίκευση των αορίστων

Αριθμός απόφασης: 185/2019

νομικών εννοιών και για έμμεση απόδειξη κρίσιμων γεγονότων, ή την εκτίμηση της αποδεικτικής αξίας των αποδεικτικών μέσων, που προσκομίστηκαν (ΟΛΑΠ 8/2005, ΣΤΕ 414/2006, ΔΕφ.Θεσ. 2632/2015).

49. Επειδή, ο προϋπολογισμός μιας διακήρυξης θα πρέπει να είναι σε κάθε περίπτωση επαρκής, ήτοι να περιλαμβάνει το σύνολο του εργατικού και ασφαλιστικού κόστους καθώς και των κρατήσεων που βαρύνουν τον ανάδοχο, το σύνολο των αναλωσίμων, καθώς και λοιπών δαπανών - ως επί παραδείγματι επιπλέον εξοπλισμό, γάντια, ρουχισμό/στολές, πορσελάνες κλπ - που απαιτούνται για την εκτέλεση της σύμβασης καθώς και εύλογο εργολαβικό κόστος ώστε να καθίσταται αυτή βιώσιμη και επουδενί ζημιογόνος (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 290/2017, 83/2017, πρβλ. ΕΑ 83/2017, 197/2015 κ.ά.).

50. Επειδή η δύναμη του άρθρου 3 του Ν. 4270/2014 αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης συνίσταται στη διαχείριση της περιουσίας και των υποχρεώσεων των φορέων της Γενικής Κυβέρνησης, που περιλαμβάνει τους φυσικούς πόρους και τους δημοσιονομικούς κινδύνους της χώρας και πρέπει να διενεργείται με σύνεση και με γνώμονα την εξασφάλιση της δημοσιονομικής βιωσιμότητας. Εξειδικεύεται, δε, η αρχή της οικονομικότητας, σύμφωνα με την οποία τα μέσα που χρησιμοποιούνται για την υλοποίηση των επιμέρους πολιτικών πρέπει να διατίθενται έγκαιρα, στην ενδεδειγμένη ποσότητα και ποιότητα, με την ελάχιστη δημοσιονομική επιβάρυνση και με τη χρήση των αναγκαίων όνο διοικητικών πόρων, στην αρχή της αποδοτικότητας, σύμφωνα με την οποία πρέπει να τηρείται η βέλτιστη δυνατή σχέση μεταξύ των χρησιμοποιούμενων μέσων και των επιτυγχανόμενων αποτελεσμάτων που έχουν εκ των προτέρων οριστεί. Η τήρηση όμως της χρήσης δημοσιονομικής διαχείρισης εντάσσεται στο ειδικότερο πλαίσιο της νομοθεσίας των δημοσίων συμβάσεων σε ισορροπία με τις λοιπές αρχές που το διέπουν, όπως περιγράφονται στο άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 (συνδεδεμένης δε της επιμέρους μεταξύ τους σχέσης με βάση το κριτήριο που θέτει η αρχή της αναλογικότητας) και πρωτίστως αυτή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού που συνιστά το θεμέλιο της ενωσιακής προσέγγισης των δημοσίων συμβάσεων, ερμηνευτική ρήτρα για κάθε άλλη αρχή και κανόνα εντός του οικείου νομικού συστήματος και κύριο «όχημα»

προώθησης της βιώσιμης κοινωνικοοικονομικής ανάπτυξης (βλ. ΑΕΠΠ 49/2018).

51. Επειδή, η κατεξοχήν ορθή μέθοδος ελέγχου του προϋπολογισμού είναι η αναλυτική μέθοδος, γεγονός που συνάδει τόσο με το γράμμα όσο και με το πνεύμα του Νόμου, που απαιτεί ανάλυση και τεκμηρίωση του τιθέμενου προϋπολογισμού ως στοιχείο του φακέλου της δημόσιας σύμβασης. Ασφαλώς, είναι θεμιτό στα πλαίσια αξιολόγησης της εμπειρίας και των διδαγμάτων της κοινής πείρας να χρησιμοποιηθούν στοιχεία προηγούμενων διαγωνιστικών διαδικασιών, σε επίπεδο, ωστόσο, επιβεβαιωμένης πραγματιστικής προσέγγισης και όχι άκριτης υιοθέτησης, καθώς σε κάθε περίπτωση, η νομολογία που αφορά στην αποδοχή ή μη της μόνης παραδεκτής προσφοράς, βάσει στοιχείων της αγοράς ή έτερων διαγωνιστικών διαδικασιών (βλ. ενδεικτικώς ΕΑ ΣΤΕ 88/2015), εξυπηρετεί την προσπάθεια διάσωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, στα στάδια μεταγενέστερο της διακήρυξης και σε κάθε περίπτωση η ως άνω επικαλούμενη νομολογία δεν ταυτίζεται με το υπό κρίση ζήτημα.

52. Επειδή, βάσει του άρθρου 45 του Ν. 4412/2016 εντάσσεται εντός των απαραίτητων στοιχείων του φακέλου της σύμβασης η οικονομική μελέτη του προϋπολογισμού της σχετικής διακήρυξης, άλλως αναλυτική τεκμηρίωση αυτής που εξυπηρετεί την αρχή της διαφάνειας και να αποδεικνύει την επάρκεια του προϋπολογισμού, την δυνατότητα υποβολής ρεαλιστικών προσφορών χωρίς διακινδύνευση της εκτέλεσης της σύμβασης (άρθρο 49 Ν. 4412/2016). Εξάλλου, και στο σχέδιο σύμβασης γενικών υπηρεσιών της ΕΑΔΔΗΣΥ υπαγορεύεται η αναφορά ανάλυσης και τεκμηρίωσης του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης (http://www.eaadhsy.gr/images/docs/2016-Υποδειγμα-GENIKES_YPHRESIES-v2.1.pdf).

53. Επειδή, περαιτέρω, στο «Έγγραφο Καθοδήγησης για Επαγγελματίες για την αποφυγή για την αποφυγή των συχνότερων σφαλμάτων κατά τις δημόσιες συμβάσεις έργων που χρηματοδοτούνται από τα Ευρωπαϊκά Διαρθρωτικά και Επενδυτικά Ταμεία» (σελ. 13-14) της Ευρωπαϊκής Ένωσης (2015), αναφέρεται ότι «...Η κατάρτιση ρεαλιστικού προϋπολογισμού προκειμένου να αποφέρει μια σύμβαση τα επιδιωκόμενα

Αριθμός απόφασης: 185/2019

αποτελέσματα και στη συνέχεια η εξασφάλιση των κεφαλαίων για τη χρηματοδότησή της είναι μία ακόμη δραστηριότητα καίριας σημασίας. Η δραστηριότητα αυτή πρέπει να βασίζεται σε ένα σαφές φάσμα απαιτήσεων και σε επίκαιρες πληροφορίες όσον αφορά τις τιμές της αγοράς. Ανάλογα με τη φύση της σύμβασης, πρέπει να περιλαμβάνεται κατάλληλο αποθεματικό έκτακτης ανάγκης. Ο προϋπολογισμός και το αποθεματικό έκτακτης ανάγκης πρέπει να επανεξετάζονται σε κρίσιμα στάδια καθ' όλη τη διάρκεια ζωής της σύμβασης. Το κόστος του κύκλου ζωής μπορεί να λαμβάνεται υπόψη στο σημείο αυτό, ως μέθοδος για την εκτίμηση του αναγκαίου προϋπολογισμού...Η δυνατότητα οικονομικής κάλυψης σχετίζεται επίσης, με το γεγονός ότι το κόστος της σύμβασης μπορεί να αυξηθεί σε σημείο που να υπερβαίνει το διαθέσιμο προϋπολογισμό, περίπτωση που πρέπει να αντιμετωπίζεται μέσω σχεδίων έκτακτης ανάγκης» (ΑΕΠΠ 517/2018).

54. Επειδή, ως ορθώς επισημαίνει η προσφεύγουσα, το προσωπικό το οποίο είναι κατ' ελάχιστον 35 και κατά μέγιστο 39 άτομα (εκ των οποίων τουλάχιστον τα 9 άτομα θα συνιστούν εξειδικευμένο προσωπικό (αρχιμάγειρας, μάγειρας, τεχνολόγος τροφίμων), πρέπει να είναι – με βάση τη δοθείσα διευκρίνιση –πλήρους απασχόλησης και κατάλληλα εκπαιδευμένο κατά τον όρο 2.1.3. των τεχνικών προδιαγραφών, ενώ με βάση το άρθρο 2.1.5 των τεχνικών προδιαγραφών απαιτείται η απασχόληση από τον ανάδοχο ιατρού εργασίας για την παρακολούθηση του προσωπικού που θα χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης. Επιπλέον, στο Παράρτημα των Τεχνικών προδιαγραφών αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι απαιτείται όσον αφορά τους υπαλλήλους της σίτισης, προηγούμενη απασχόληση στο αντικείμενο των ζητούμενων εργασιών (για τον αρχιμάγειρα και τον μάγειρα Α, υπολογίζεται τουλάχιστον η ετήσια εμπειρία τους), ενώ απαιτείται να αποδεικνύεται η συνεχής ενημέρωση και επιμόρφωση του προσωπικού σε θέματα τεχνολογίας, υγιεινής και παρασκευής προϊόντων σίτισης (σελ. 44 διακήρυξης).

55. Επειδή, αναφέρει η προσφεύγουσα – ως διαπίστωση και από την επιτόπια επίσκεψή της υφίστανται 450 κλίνες ασθενών. Ωστόσο, στο άρθρο 4.9.5. «μικρογεύματα προσωπικού – κλειστών τμημάτων», αναφέρονται συγκεκριμένα είδη και σύνολο κατ' είδος 170 ημερησίως τις καθημερινές και

Αριθμός απόφασης: 185/2019

70 τα σαββατοκύριακα, επομένως, τεκμαίρεται ότι - κατ' ελάχιστον - το σύνολο των ειδών ταυτίζεται με το σύνολο των ημερησίως σπιζομένων. Περαιτέρω, στην από 18/12/2018 διευκρίνιση αναφέρεται ρητώς – τροποποιώντας αντιστοίχως το άρθρο 1 των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης - ότι το κατώτατο όριο των σπιζόμενων ασθενών ανέρχεται σε 405 άτομα (450 -10%). Λαμβάνοντας υπόψη και τα οριζόμενα στο άρθρο 4.9.5., στο περιεχόμενο του οποίου δεν υφίσταται ειδική μνεία στην ως άνω αναφερθείσα διευκρίνιση, προκύπτει ότι κατά μέσο όρο σε ημερήσια βάση – σε επίπεδο εβδομάδας λαμβάνοντας υπόψη ωστόσο, το κατώτατο όριο των 405 ασθενών, η προσφέρουσα πρέπει να υπολογίζει τουλάχιστον 546 άτομα ($405/\text{ημέρα} + 170 \times 5 + 70 \times 2 \times 7$) με την επισήμανση, ασφαλώς ότι η σίπιση του προσωπικού δεν περιλαμβάνει τον αριθμό των γευμάτων που αφορούν τους ασθενείς. Σε κάθε περίπτωση, δε, στον ως άνω υπολογισμό προς κοστολόγηση, δεν περιλαμβάνονται και οι ποσότητες ειδών για το τμήμα αιμοδοσίας και τμήματος πυρηνικής ιατρικής, ψυχοογκολογικό. Τα, δε, αντιθέτως, προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ως προς τον προκύπτοντα αριθμό των μερίδων κρίνονται αβάσιμα μη έχοντας έρεισμα στο οικείο κανονιστικό πλαίσιο.

56. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι υφίσταται διάσταση μεταξύ αφενός του προϋπολογισμού και αφετέρου της απαιτούμενης να διαμορφωθεί επί μη σαφώς ορισμένων οικονομικών μεγεθών οικονομικής προσφοράς – σε κάθε περίπτωση έκαστος προσφέρων θα πρέπει να είναι εν δυνάμει προετοιμασμένος για τη μέγιστη απαιτούμενη ποσότητα και δυνητικά οι τιμές χονδρικής που θα επιτύχει διαφοροποιούνται βάσει ποσοτήτων – με το κριτήριο ανάθεσης και στοιχείο πληρωμής που είναι οι μερίδες που πραγματικά απαιτούνται και παρέχονται, γεγονός που δημιουργεί ευλόγως περιθώριο για περαιτέρω μείωση του οικονομικού οφέλους του προσφέροντος, καθώς ως αναφέρει ρητώς *«η μηνιαία και ετήσια αποζημίωση ενδέχεται να είναι μικρότερη της προβλεπόμενης στην οικονομική του προσφορά»*. Ο εν λόγω ισχυρισμός, λαμβάνοντας υπόψη τα διδάγματα της κοινής πείρας και την κοινή λογική κρίνεται ως βάσιμος.

57. Επειδή, η προσφεύγουσα αναφέρει στην προσφυγή της ότι θα έπρεπε να ληφθεί υπόψη για τη διαμόρφωση του προϋπολογισμού ο

Αριθμός απόφασης: 185/2019

κατώτερος μισθός των άνω των 25 άνευ προϋπηρεσίας, ήτοι κατά το χρόνο κατάθεσης της προσφυγής ποσού 586,08 ευρώ, λαμβάνοντας υπόψη, ότι δεδομένης της απαίτησης περί πλήρους απασχόλησης του προσωπικού και της αρχής της οικονομικότητας, είναι εύλογο η αναθέτουσα αρχή να υπολογίσει σε επίπεδο μισθού το εργατικό κόστος [βλ. ΑΕΠΠ 49/2018 (σκ. 10)]. Επί αυτής της βάσης αλλά και λαμβάνοντας υπόψη τις απαιτούμενες προσαυξήσεις των βαρέων και ανθυγιεινών επαγγελματιών η προσφεύγουσα προβαίνει σε πλήρη ανάλυση και τεκμηρίωση του συνολικού ποσού των 417.046,88 ευρώ άλλως 400.000 ευρώ με απόκλιση λόγω τυχόν υπολογιστικών λαθών. Ωστόσο, όλως αβασίμως υπολογίζει στην κατ' ελάχιστον αυτή εκτίμηση η προσφεύγουσα την εμπειρία του αρχιμάγειρα σε 3-6 έτη, εφόσον στις τεχνικές προδιαγραφές απαιτείται ετήσια εμπειρία και ο οικείος όρος δεν έχει προσβληθεί εγκαίρως από την προσφεύγουσα (πρβλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99 , σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00 , σκέψεις 32 έως 66). Ενώ, περαιτέρω, δεν έχει υπολογιστεί στον εν λόγω πίνακα η δυνατότητα προσαύξησης για κάποιο διάστημα του προσωπικού κατά 1-4 άτομα, οιασδήποτε ειδικότητας, καθώς και η απασχόληση του ιατρού εργασίας, γεγονός που συνηγορεί στο ότι ο υπολογισμός του εργατικού κόστους από την προσφεύγουσα, πέραν του ότι εν γένει καθίσταται δυσχερής, είναι αρκετά συντηρητικός και σε κάθε περίπτωση μη ανταποκρινόμενος με ακρίβεια στα ορθά μεγέθη.

58. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή εδράζει μεταξύ άλλων την αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας στο ότι δύναται να χρησιμοποιήσει προσωπικό κάτω των 25 ετών, προάγοντας εν τοις πράγμασι την εν λόγω παραδοχή, δεδομένου ότι εν γένει δεν απαιτείται ιδιαίτερη εξειδίκευση ή εμπειρία, κατά τα εκ μέρους της προβαλλόμενα.

59. Επειδή, ωστόσο, αναφορικά με 9 τουλάχιστον άτομα απαιτείται εξειδίκευση ως αναφέρεται άνωθεν , η δε ως άνω αντίκρουση υπό μορφή παραδοχής δεν βρίσκει έρεισμα στη διακήρυξη. Ειδικότερα, από καμία διάταξη της εν λόγω διακήρυξης δεν προκύπτει ρητά ή συνεκδοχικά η

Αριθμός απόφασης: 185/2019

υποχρέωση απασχόλησης αποκλειστικά προσωπικού κάτω των 25 ετών, το γεγονός, όμως, ότι ο επίμαχος προϋπολογισμός δεν φαίνεται να επαρκεί, με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, για το σχηματισμό ορθής, άρτιας και βιώσιμης προσφοράς, μπορεί να συνιστά έμμεση διάκριση, κατά παράβαση των σχετικών εθνικών και ενωσιακών διατάξεων (άρθρο 18 το Ν. 4412/2016, άρθρο 7 του Ν. 3304/2015, άρθρο 14 ΕΣΔΑ κλπ), που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αφού οδηγεί εμμέσως τους υποψηφίους στην επιλογή φθηνότερου προσωπικού (κάτω των 25 ετών), κατά το στάδιο της διαμόρφωσης της προσφοράς τους. Επισημαίνεται, δε, ότι οι αναθέτουσες αρχές, εφόσον δεν θεσπίζονται ειδικές απαιτήσεις προϋπηρεσίας στις διακηρύξεις θα πρέπει να εκτιμούν το εργατικό κόστος του αναδόχου, με βάση τον μισθό των άνω των 25 ετών, ήτοι κατά το χρόνο κατάρτισης της διακήρυξης 586,00 ευρώ, καθόσον το ποσό αυτό συνιστά μια ελάχιστη συνισταμένη των επιμέρους κατηγοριών εργαζομένων. Επομένως, ο εν λόγω ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής κρίνεται ως αβάσιμος.

60. Επειδή, ήδη κατά την ημέρα εξέτασης της υπό εξέταση προσφυγής υπεγράφη Υπουργική Απόφαση για την αύξηση του κατώτατου μισθού και ημερομισθίου (σε 650,00 ευρώ για προϋπηρεσία 0-3 έτη και 29,04 αντίστοιχα) και την κατάργηση του υποκατώτατου, ήτοι του κατώτατου μισθού για του εργαζόμενους κάτω των 25 ετών, με εφαρμογή από 1/2/2019 (<https://www.taxheaven.gr/news/news/view/id/43580>). Αναφορικά, δε, με τις αμοιβές του εξειδικευμένου προσωπικού επισημαίνεται ότι ο μάγειρας Α αμείβεται με κατώτερο μισθό 821,96 ευρώ το μήνα (<https://ergatika.gr/sse/hotel/panelinia/>) ενώ ο μάγειρας Β με το ποσό των 804,63 ευρώ (μικτός μισθός).

61. Επειδή, οι διατάξεις του εργατικού δικαίου, ως διατάξεις δημοσίας τάξης κατ' άρθρο 3 ΑΚ, είναι αναγκαστικού δικαίου (*ius cogens*) και ως εκ τούτου δεν αποτελούν αντικείμενο συμφωνίας των μερών - ως ισχύει για τους κανόνες ενδοτικού δικαίου - και εν γένει το περιεχόμενό τους κρίνεται ανεπίδεκτο μεταβολής, η δε ρύθμισή τους επιβάλλεται ως μόνη ενδεδειγμένη για γενικότερους λόγους και προς ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος (Δ. Η. ΠΑΠΑΣΤΕΡΙΟΥ, *Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου*, τόμος Ι/α, Εκδόσεις Σάκκουλα, 1994, σελ. 66). Επομένως, ανεξαρτήτως, ειδικότερης

Αριθμός απόφασης: 185/2019

ρύθμισης στην οικεία διακήρυξη, οι εν θέματι διατάξεις κασιχούουν κατά το χρόνο εφαρμογή τους. Με δεδομένη, δε, την αύξηση του κατώτατου μισθού κατά 63,94 ευρώ και την κατάργηση του υποκατώτατου που επικαλείται ως αντίκρουση του εν θέματι ισχυρισμού της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή, ο συγκεκριμένος προβαλλόμενος λόγος παρίσταται, καταρχήν, βάσιμος.

62. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι οι απαιτήσεις των πρώτων υλών είναι ιδιαίτερα υψηλές, ενώ προβλέπεται η καθημερινή παροχή πολλών τυποποιημένων ειδών (άρ. 4.9.1.-4.9.4 και 4.10 των τεχνικών προδιαγραφών). Επίσης, προβάλλει, χωρίς, ωστόσο, να πλήσσει τις εν θέματι προδιαγραφές και χωρίς να συνδέει αιτιωδώς κατά τρόπο σαφή την συγκεκριμένη αιτίαση με τον προβαλλόμενο λόγο περί ανεπάρκειας του προϋπολογισμού, επομένως καταρχήν απαραδέκτως, ότι οι ποσότητες ανά μερίδα υπερβαίνουν ουσιωδώς «τα προβλεπόμενα όρια από τις οικείες αγορανομικές διατάξεις». Ωστόσο, δεδομένου ότι τα εν θέματι όρια καθορίζουν κατ' ελάχιστον τις ποσότητες και όχι κατά μέγιστο (http://gge.gov.gr/wpcontent/uploads/2011/09/AGORANOMIKI_DIATAXI_7_2_009.pdf), ο εν θέματι ισχυρισμός κρίνεται και ως αβάσιμος.

63. Επειδή, όλως απαραδέκτως προβάλλει η προσφεύγουσα στοιχεία έτερης διαγωνιστικής διαδικασίας - και δη- όλως επικουρικώς – διαδικασιών και συμβάσεων, που είτε αφορούν σε τελείως διαφορετικό αντικείμενο υπηρεσιών ή δεν ταυτίζονται απολύτως ή αφορούν σε διαφορετικό κριτήριο ανάθεσης και μη ταυτόσημα μεγέθη - λόγω της αυτοτέλειας των διαδικασιών διενέργειας του διαγωνισμού (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007, κ.α.).

64. Επειδή, έχει κριθεί ότι ο καθορισμός της τιμής οικονομικής προσφοράς μέσω της κατώτερης τιμής του παρατηρητηρίου τιμών, ασυνδέτως με τις συνθήκες, το κόστος παραγωγής, συσκευασίας και ποιότητας του προϊόντος, αλλά και τις απαιτήσεις και τους όρους του διαγωνισμού, στο πλαίσιο του οποίου προσφέρεται το προϊόν (όπως π.χ. οι τεχνικές απαιτήσεις, οι ζητούμενες ποσότητες, το κριτήριο κατακύρωσης), οι συνωδές υποχρεώσεις που καλείται ν' αναλάβει ο προμηθευτής, χωρίς μάλιστα ο ενδιαφερόμενος να δύναται να αμφισβητήσει την τιμή αυτή,

προσक्रούει στο άρθρο 5 παρ. 1 του Σ., αφού υπολαμβάνει κατά πλάσμα δικαίου και δη αμαχήτως, ότι τα πραγματικά δεδομένα, που συγκρότησαν την καταχωρηθείσα στο Παρατηρητήριο τιμή, ταυτίζονται αναγκαίως με αυτά του διαγωνισμού (Δεφ Πειρ. 41/2013 (ΑΣΦ) σκ. 6).

65. Επειδή το βάρος της απόδειξης των ισχυρισμών της φέρει σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα, ως συνάγεται άλλωστε και από το γράμμα του νόμου, όπου αναφέρεται ρητώς ότι η ΑΕΠΠ αποφαίνεται με βάση τους προβαλλόμενους νομικούς και πραγματικούς ισχυρισμούς [άρθρο 367 ν. 4412/2016, βλ. ΔΕΚ απόφαση της 7-6-2005, Τ-303/03, Lidl Stiftung & Co. KG, με έδρα το Neckarsulm (Γερμανία), εκπροσωπούμενη από τον P. Groß, δικηγόρο, κατά Γραφείου Εναρμονίσεως στο πλαίσιο της Εσωτερικής Αγορά (εμπορικά σήματα, σχέδια και υποδείγματα) (ΓΕΕΑ), και παρεμβαίνουσα ενώπιον του Πρωτοδικείου: REWE-Zentral AG, με έδρα την Κολωνία (Γερμανία), σκέψεις 66,76-78)].

66. Επειδή, παρά το γεγονός ότι οι υπολογισμοί της προσφεύγουσας έχουν ως βάση ρητώς αναφερθέντα ποσά κατά είδος, ωστόσο, δεν προκύπτουν μετά αποδείξεως από την υπό εξέταση προσφυγή και τα προσκομισθέντα με αυτή έγγραφα, τα προϋπολογισθέντα ποσά των προς προμήθεια υλικών.

67. Επειδή, οίκοθεν, άλλωστε, νοείται ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί επανερχόμενη επί ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής, να απαντήσει αιτιολογημένα στις προβαλλόμενες αιτιάσεις και, αφού εκδώσει νέα σχετική πράξη, να ολοκληρώσει μέσα σε σύντομο χρονικό διάστημα τον επίδικο διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 220/2017, πρβλ. Ε.Α. 61/2017, 15/2016, 226/2013, 198/2013 κ.ά.).

68. Επειδή, επομένως, σε συνέχεια και των ανωτέρω, η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής με την οποία αποκρούονται οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της διακήρυξης παρίσταται προδήλως πλημμελής. Και τούτο, γιατί η αναθέτουσα αρχή δεν παρέθεσε καμία αιτιολόγηση ως προς τα οικονομικά κριτήρια της υπό ανάθεση σύμβασης, ούτε αντέκρουσε επί της ουσίας τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, τους οποίους απλώς αμφισβήτησε είτε με αόριστες αναφορές είτε επί τη βάσει λανθασμένων παραδοχών, ως η δυνητική απασχόληση ατόμων κάτω των 25

Αριθμός απόφασης: 185/2019

ετών με διαφορετική βάση μισθού (πρβλ. ΔΕΛΑΡ 13/2018). Επομένως, παρά την υποχρέωσή της να αιτιολογήσει ειδικώς και εμπειριστατωμένα την απόφασή της για έγκριση του συγκεκριμένου προϋπολογισμού, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε αιτιάσεις προς αντίκρουση καταρχήν μεμονωμένων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, οι οποίες δεν συνιστούν επαρκή αιτιολογία με βάση τα αναφερόμενα ανωτέρω (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 220/2017).

69. Επειδή, η ΑΕΠΠ δεν δύναται καθ' υποκατάσταση της Διοίκησης να προβεί σε κρίνει πρωτογενώς κατ' ουσίαν προβαίνοντας σε πλήρη αιτιολόγηση του επιλεγέντος προϋπολογισμού (βλ. ΔεφΘΕΣ 7/2019, ΕΑ 54/2018).

70. Επειδή ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι πριν την έναρξη της διαγωνιστικής διαδικασίας είχε αναρτήσει ηλεκτρονικά με τα υπ' αρ. 14446/06-07-2018 & 15600/23-07-2018 έγγραφα τις τεχνικές προδιαγραφές των υπηρεσιών σίτισης και διανομής στη διαδικασία της διαβούλευσης, ωστόσο ούτε η προσφεύγουσα ούτε κάποιος τρίτος διατύπωσαν παρατηρήσεις για τους πλησσομένους όρους, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, καθόσον το γεγονός αυτό δεν στερεί το δικαίωμα οιοδήποτε οικονομικού φορέα να στραφεί δυνάμει των άρθρων 345 επ. 4412/2016 κατά όρων της διακήρυξης.

71. Επειδή, σύμφωνα με τη θεμελιώδη – για τη διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής – διάταξη του άρθρου 365 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, σε περίπτωση αποστολής ελλιπών στοιχείων από την αναθέτουσα αρχή, τα οποία δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων, η Αρχή μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

72. Επειδή επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής, που πλήττει τις τεχνικές προδιαγραφές και δη επί του όρου 2.9., που προβλέπει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από τον ανάδοχο την αύξηση έως και κατά 4 άτομα (οποιασδήποτε ειδικότητας) για την εύρυθμη λειτουργία της παρασκευής και διανομής γευμάτων χωρίς την μεταβολή της τιμής της προσφοράς δέον ειπείν τα εξής. Καταρχήν, αντίθετα με τα προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον προς

Αριθμός απόφασης: 185/2019

προβολή του σχετικού λόγου, καθώς ο εν θέματι λόγος δεν ανάγεται εν γένει στην εκτέλεση της σύμβασης, αλλά είναι εν πολλοίς καθοριστικός για τη διαμόρφωση της οικονομικής της προσφοράς και για την διαμόρφωση της βούλησής της περί συμμετοχής ή μη στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία.

73. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής κατά τα ανωτέρω, μεταφράζεται σε δυνητική επιβάρυνση της οικονομικής προσφοράς ποσού έως και 29.000 ευρώ.

74. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι με αυτόν τον όρο επιχειρεί να καλύψει έκτακτες ανάγκες, όπως είναι η περίπτωση απεργιών του προσωπικού του Νοσοκομείου.

75. Επειδή, ωστόσο, η εν θέματι αιτιολογία δεν παρίσταται επαρκής και σύννομη, καθώς δεν συνεχεται – άλλως δεν παρουσιάζεται πως συνεχεται – η άσκηση ενός δικαιώματος των εργαζομένων του Νοσοκομείου με την εκτέλεση της εν θέματι σύμβασης, η οποία έχει συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές, όπου έχει προδιαγραφεί συγκεκριμένος αριθμός απασχολούμενων και έχει τεθεί ρητώς ως προϋπόθεση η συνδρομή των εργαζομένων του Νοσοκομείου, πέραν της τρέχουσας και απαραίτητης στα πλαίσια της καλόπιστης συναλλακτικής πρακτικής. Η μόνη δε σχετική αναφορά σε σχέση με την εμπλοκή των υπαλλήλων της αναθέτουσας αρχής είναι η γενικόλογη αναφορά σε συνεργασία του αναδόχου με τους τελευταίους καθώς και στο άρθρο 2.1.8 της διακήρυξης, όπου αναφέρεται ότι θα καλύπτουν συγκεκριμένες βάρδιες, χωρίς, ωστόσο, η συνδρομή τους να είναι σαφώς ορισμένη, δημιουργώντας το δικαιολογητικό έρεισμα περί ανάγκης προσαύξησης του προσωπικού του αναδόχου.

76. Επειδή από της ενάρξεως ισχύος της, η Συνθήκη ΕΚ προβλέπει ρητά ότι στο πλαίσιο της οικονομικής τους πολιτικής, η δράση των κρατών μελών πρέπει να τηρεί την αρχή της οικονομίας της ανοικτής αγοράς με ελεύθερο ανταγωνισμό (C-198/01, απόφαση της 9/9/2003, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) και Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, σκ. 47).

77. Επειδή, δεν είναι θεμιτή η μετακύληση τυχόν εγγενούς κόστους ή εν γένει αναγκών – έστω και περιστασιακών - ενός φορέα Διοίκησης σε μια

δημόσια σύμβαση, συμπιέζοντας κατά τρόπο προφανώς αντιαναγωνιστικό και αθέμιτο το εργολαβικό όφελος του υποψηφίου αναδόχου και δημιουργώντας σε κάθε περίπτωση ερείσματα διακινδύνευσης της προσήκουσας εκπλήρωσης της εν θέματι σύμβασης.

78. Επειδή η αρχή της αναλογικότητας, η οποία κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 25 παρ. 1 Συντ., αναλύεται στις αρχές της αναγκαιότητας, καταλληλότητας και αναλογικότητας με τη στενή έννοια, και κατατάσσεται εντός των αρχών του ενωσιακού δικαίου, κατά την πάγια νομολογία ΔΕΕ. Έχει, δε, την έννοια ότι ένα κράτος μέλος οφείλει κατά τη διαδικασία επιλογής των κατάλληλων προς λήψη μέτρων, να επιλέγει αυτά που προξενούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση της διακριτικής του ευχέρειας, προκρίνοντας μεταξύ μέτρων που θεωρεί αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (βλ. μεταξύ άλλων ΔΕΕ απόφαση της 1-12-2011, υπόθεση C145/10, ΔΕΚ απόφαση της 20ης Ιουνίου 2002 C313/99, κα).

79. Επειδή ως προαναφέρθη, η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

80. Επειδή η Διοίκηση με την σύναψη εν προκειμένω δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών, ήτοι συμφωνιών για προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών, που υπόκεινται σε ειδικό νομικό καθεστώς, εκτός από τη διασφάλιση του ελεύθερου ανταγωνισμού, έχει ως στόχο και τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, δυνάμει του οποίου το κράτος και οι φορείς του θα προμηθευτούν τα απαιτούμενα αγαθά ή τις παρεχόμενες υπηρεσίες με το μικρότερο δυνατό κόστος στα πλαίσια της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης. Επομένως, οι ανταγωνιστικές διαφανείς αγορές δημοσίων συμβάσεων βοηθούν τις δημόσιες αρχές να αποκτούν φθηνότερα και καλύτερης ποιότητας αγαθά και υπηρεσίες σε χαμηλότερο κόστος (Μ. Οικονόμου, *Δημόσιες*

συμβάσεις και δίκαιο ελεύθερου ανταγωνισμού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σελ. 6).

81. Επειδή, εν προκειμένω, κρίνεται ότι δεν εξυπηρετεί κατά τρόπο αναλογικό με την επιβάρυνση και διακινδύνευση που προκαλεί στην επιτυχή εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης ο εν θέματι όρος, ενώ σε κάθε περίπτωση με βάση τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα είναι αντίθετος στο ενωσιακό δίκαιο. Επομένως, ο εν θέματι προβαλλόμενος λόγος κρίνεται ως βάσιμος.

82. Επειδή οι πλημμέλειες ως προς την σαφήνεια και την ακρίβεια ουσιωδών όρων της Διακήρυξης συνιστούν, σε κάθε περίπτωση, και μη προσήκουσα δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ και εν γένει τήρηση των κανόνων δημοσιότητας κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαγωνιστικής διαδικασίας [βλ. και την με αρ. 4/2014 (υπ' αριθμ. 294/2014 απόφαση) κατευθυντήρια οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ υπό τον τίτλο «Τήρηση διατυπώσεων δημοσιότητας κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων» η οποία ενσωματώνει την ενωσιακή και εθνική νομολογία].

83. Επειδή πρέπει να γίνει δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

84. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

85. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ύψους τριών χιλιάδων επτακοσίων πενήντα ευρώ (3.750,00 €) πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016, άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους τριών χιλιάδων επτακοσίων πενήντα ευρώ (3.750,00 €) στην προσφεύγουσα.

Αριθμός απόφασης: 185/2019

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 29^η Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε την 18^η Φεβρουαρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Άννα Χριστοδουλάκου

Χρήστος Κάτρης