

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18 Ιανουαρίου 2021, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη, δυνάμει της με αριθμό 2209/2020 Πράξης Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1874/11-12-2020 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «*****», νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του ν.π.δ.δ με την επωνυμία «*****», όπως νομίμως εκπροσωπείται και

της παρεμβαίνουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «*****», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό ***** , με την οποία, αποφασίστηκε η μη αποδοχή του από 6 Οκτωβρίου 2020 Πρακτικού Αξιολόγησης Οικονομικών Προσφορών της Επιτροπής του Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών καθαριότητας των κτιρίων του, η απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας και η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και αποφάσισε τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό *****), ποσού 8.812,50 €, το οποίο αναλογεί

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

στο προβλεπόμενο, σύμφωνα τις ως άνω αναφερόμενες διατάξεις, ποσοστό (0,5%) επί της, χωρίς ΦΠΑ, προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (1.762.500,00€).

2. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή ανατέθηκε στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 11-12-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, με τη με αριθμό 01/2020 διακήρυξη, το ***** προκήρυξε ηλεκτρονικό δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας των κτιρίων του, διάρκειας ενός έτους, με δικαίωμα παράτασης με τους ίδιους όρους ενός τριμήνου μονομερώς *****, προϋπολογισμού 1.762.500,00€ άνευ Φ.Π.Α. και 2.185.500,00€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (στο εξής «διαγωνισμός»), ο οποίος (ο διαγωνισμός δηλαδή) διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό *****. Στον διαγωνισμό, συμμετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, επιπλέον δε και οι εταιρείες « *****», αποφασίστηκε κατ' αποδοχή του Πρακτικού Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, να γίνουν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων με την επωνυμία «*****», για τους λόγους που αναπτύσσονται στην Απόφαση αυτή. Κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής από την και εδώ προσφεύγουσα, η ΑΕΠΠ με τη με αριθμό ***** Απόφασή της ακύρωσε την πιο πάνω απόφαση του Διευθυντή – Συντονιστή του Ιδρύματος, κατά το μέρος με το οποίο έγινε αποδεκτή η συμμετοχή της εταιρείας «*****» στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. Κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ η εταιρεία «*****» άσκησε αίτηση αναστολής στο Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, η οποία όμως απορρίφθηκε με την υπ' αρ. 257/2020 Απόφαση του Δικαστηρίου. Ακολούθως, η αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού προχώρησε στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας και με το από 06-10-2020 Πρακτικό Αξιολόγησης Οικονομικών Προσφορών εισηγήθηκε την κατακύρωση του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα η οποία είχε υποβάλει προσφορά ποσού 1.492.500,00€, πλέον Φ.Π.Α. 24%, έναντι της παρεμβαίνουσας, η οποία είχε

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

υποβάλει προσφορά ποσού 1.558.549,35€ πλέον Φ.Π.Α. 24%. Προηγουμένως, με το υπ' αρ. πρωτ. ***** έγγραφο του Τμήματος Προμηθειών της Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών του ιδρύματος ζητήθηκαν τόσο από την προσφεύγουσα όσο και από την παρεμβαίνουσα διευκρινίσεις επί των οικονομικών τους προσφορών, οι οποίες κρίθηκαν επαρκείς. Στις 02-11-2020, τέλος, συνήλθε το Διοικητικό Συμβούλιο του ***** (Θέμα 5ο) Απόφασή του (στο εξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») αποφάσισε Α) ομόφωνα τη «μη αποδοχή του από 6 Οκτ 20 Πρακτικού Αξιολόγησης Οικονομικών Προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού του Ιδρύματος που εισηγείται την κατακύρωση του Ηλεκτρονικού Ανοικτού Δημόσιου Διαγωνισμού στον ως άνω φορέα [ενν. την προσφεύγουσα] ... καθόσον ο εν λόγω οικονομικός φορέας υπολόγισε εσφαλμένα την οικονομική του προσφορά με βάση τα 67,13 άτομα πλήρους απασχόλησης αντί 68 όπως καθορίζεται ρητά στη Διακήρυξη: «...απαιτούνται τουλάχιστον 68 εργαζόμενοι (2685:40)» και «ΣΥΝΟΛΟ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ=68 ΑΤΟΜΑ», Παράρτημα «Γ», ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ.» Επίσης, ο αριθμός αυτών των εργαζομένων, δηλαδή 67,13 αναφέρεται και στις από 22 Οκτ 20 έγγραφες διευκρινήσεις του εν λόγω φορέα» και Β) κατά πλειοψηφία «Την αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****», καθόσον: (1) Σύμφωνα με το από 6 Οκτ 20 Πρακτικού Αξιολόγησης Οικονομικών Προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του Ιδρύματος είναι ο οικονομικός φορέας που προσέφερε την δεύτερη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη μηνιαία τιμή ... (2) Το μηνιαίο κόστος αναλωσίμων, το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 1.310,00 € κρίνεται εύλογο για την κάλυψη του συνόλου του αντικειμένου της σύμβασης, λαμβάνοντας υπόψη και τις από 22 Οκτωβρίου 2020 πρόσθετες διευκρινήσεις του φορέα. ...». Κατά της απόφασης αυτής του ***** στρέφεται η προσφεύγουσα, τόσο κατά το μέρος με το οποίο κρίνεται απορριπτέα η προσφορά της, όσο και κατά το μέρος με το οποίο γίνεται αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και κατακυρώνεται η σύμβαση σε αυτή, για τους λόγους και με τους ειδικούς ισχυρισμούς που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή.

4. Επειδή, όπως έχει ήδη κριθεί (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 663/2020, σκ. 3), ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (σύμβαση υπηρεσιών), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

αρχή, ανήκουσα στη Γενική Κυβέρνηση, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση προκήρυξης του επίμαχου διαγωνισμού στην Ε.Ε.Ε.Ε., εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016 (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του νόμου), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α΄ του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 30-11-2020 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 10-12-2020, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης, κατά τις ανωτέρω διατάξεις, δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή της.

6. Επειδή, εξάλλου, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης και προς τον σκοπό απόρριψης της κρινόμενης προσφυγής, με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτώς, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017 παρεμβαίνει η μετά την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας προσωρινή μειοδότης της σύμβασης, ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «*****», με την αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 21-12-2020 (ήτοι την πρώτη εργάσιμη μέρα μετά τη λήξη της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή της, που συνέπιπτε όμως να είναι Κυριακή) και κοινοποιηθείσα και στην ΑΕΠΠ από ίδιας ημερομηνίας παρέμβασή της.

7. Επειδή, στις 18-12-2020, το ***** – Συντονιστή του, με το οποίο το Ίδρυμα παραθέτει τις απόψεις του επί της προσφυγής, με τις οποίες για τους λόγους και με τους ισχυρισμούς που σε αυτές αναπτύσσονται, ζητεί την απόρριψή της.

8. Επειδή, τέλος, η προσφεύγουσα, στις 12-01-2021, παραδεκτώς ανήρτησε στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το από

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

ίδιας ημερομηνίας υπόμνημά της, κατά την έννοια των διατάξεων του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παραγράφου του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει.

9. Επειδή, όπως αναφέρεται στην 3^η σκέψη της παρούσας, μετά τη με αριθμό 663/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ και τη με αριθμό 257/2020 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, το ***** αποσφράγισε και αξιολόγησε τις οικονομικές προσφορές μόνον της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας, η Επιτροπή δε του Διαγωνισμού, αφού θεώρησε επαρκείς τις ζητηθείσες διευκρινίσεις επί των προσφορών τους εισηγήθηκε την αποδοχή τους και την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου της σύμβασης, αφού είχε προσφέρει χαμηλότερη τιμή έναντι της παρεμβαίνουσας. Κατά συνέπεια, η προσφεύγουσα διατηρεί την προσδοκία να της ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση και συνακόλουθα με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, καταρχάς κατά το μέρος που, αντίθετα με τα όσα εισηγούνταν η επιτροπή του διαγωνισμού, απέρριψε την προσφορά της.

10. Επειδή, συγκεκριμένα, με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η διακήρυξη, αναφερόμενη σε «σύνολο εργαζομένων = 68 άτομα» αναφέρεται σε εργαζόμενους φυσικά πρόσωπα. Δεν αναφέρεται σε «εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης», που είναι η βάση υπολογισμού του εργατικού κόστους. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία απέρριψε την οικονομική προσφορά της με την αιτιολογία ότι υπολόγισε εσφαλμένα την οικονομική της προσφορά με βάση 67,13 άτομα πλήρους απασχόλησης αντί των 68 έσφαλε, είναι μη νόμιμη διότι εκκίνησε από την εσφαλμένη προϋπόθεση ότι οι «εργαζόμενοι πλήρους απασχόλησης» ταυτίζονταν με τους εργαζόμενους φυσικά πρόσωπα. Η προσφεύγουσα, αντιθέτως, υπολόγισε την οικονομική της προσφορά με βάση την απαίτηση της Διακήρυξης για απασχόληση προσωπικού επί 2.685 ώρες εβδομαδιαίως, δηλαδή υπολόγισε το εργατικό κόστος της σύμβασης επακριβώς με βάση τις απαιτήσεις της διακήρυξης, όπως ισχυρίζεται, αλλά και με το νόμο σε σχέση με τις απαιτούμενες από τη διακήρυξη ώρες απασχόλησης και σε καμία περίπτωση δεν υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους ή

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

του ελάχιστου κόστους που απαιτεί η διακήρυξη. Σημειώνει, δε περαιτέρω, ότι ειδικά για τους σκοπούς του υπολογισμού της εισφοράς υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων έλαβε ως βάση τα 68 άτομα, αφού δεν νοείται δεκαδικός αριθμός ειδικά στον υπολογισμό αυτόν. Η προσφεύγουσα τέλος ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα, ανεξαρτήτως της νομιμότητας ή η μη των λοιπών υπολογισμών της, από τα αρχεία με τις ονομασίες «Υπόδειγμα Οικονομικής προσφοράς» και «Στοιχεία άρθρου 68» τα οποία συμπεριέλαβε στην οικονομική της προσφορά προκύπτει ότι υπολογίζει τους «εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης» σε αριθμό μικρότερο από τον αριθμό 68, αλλά και τον αριθμό που τους υπολογίζει η προσφεύγουσα (67,07 η παρεμβαίνουσα έναντι 67,13 της προσφεύγουσας), εσφαλμένα δε, κατόπιν, εκλαμβάνει (η παρεμβαίνουσα) ότι ο αριθμός 68 αποτελεί στρογγυλοποίηση του 67,07 και όχι αριθμός φυσικών προσώπων και προχωρά σε υπολογισμό της οικονομικής της προσφοράς με βάση τον αριθμό 68. Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα επικαλείται ασάφεια των επίμαχων όρων της διακήρυξης, που δεν μπορεί να ερμηνεύεται σε βάρος της.

11. Επειδή, η διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο τους διαγωνιζόμενους όσο και την αναθέτουσα αρχή, στο άρθρο 2, υπό τον τίτλο Γενικοί και Ειδικό Όροι Συμμετοχής, στο στοιχείο δ., παράγραφος (4) («Περιεχόμενα φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών»), μεταξύ άλλων, ορίζει ότι: «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση την τιμή, όπως ορίζεται κατωτέρω και σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος «Γ» της Διακήρυξης: α) Η τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται σε ευρώ και αφορά το σύνολο. [...] (ζ) Οι συμμετέχουσες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης (εργολάβοι), επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: 1/ Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο 2/ Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. 3/ Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. 4/ Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. 5/ Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. 6/ Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Τα ανωτέρω στοιχεία, επί ποινή

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

αποκλεισμού, εξειδικεύονται σε χωριστό κεφάλαιο της οικονομικής προσφοράς τους. Πρέπει επίσης να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι». Στο Παράρτημα Γ της διακήρυξης («Οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης»), εξάλλου, μεταξύ άλλων ορίζονται τα εξής: «Ανάλυση των Απαιτούμενων Ωρών Εργασίας για το σύνολο των χώρων του Ιδρύματος 1. Καθημερινές εργασίες (Δευτέρα έως και Παρασκευή). Πρωί + Απόγευμα (Δευτέρα έως Παρασκευή) = 404 ώρες/ημέρα. Επομένως, οι απαιτούμενες εργατοώρες από Δευτέρα έως και Παρασκευή είναι: $404 \times 5 = 2020$ ώρες. 2. Εργασίες Σαββάτου. Πρωί + Απόγευμα Σαββάτου = 315 ώρες/ημέρα. 3. Εργασίες Κυριακής. Πρωί + Απόγευμα Κυριακής = 240 ώρες/ημέρα. 4. Εργασίες καθαρισμού τζαμιών: 3 ημέρες/εβδομάδα \times 8 ώρες/ημέρα = 24 ώρες την εβδομάδα. 5. Περιοδικές εργασίες καθαριότητας: Σάββατο: 5 άτομα \times 8 ώρες = 40 ώρες. Κυριακή: 5 άτομα \times 8 ώρες = 40 ώρες. Ώρες που απαιτούνται/εβδομάδα για τις περιοδικές εργασίες γενικής καθαριότητας = 80 ώρες/εβδομάδα. 6. Εργασίες καθαριότητας Ιατρείο Παπάγου : 3 ημέρες/εβδομάδα \times 2 ώρες/ημέρα = 6 ώρες την εβδομάδα. Επομένως, για την κάλυψη όλων των αναγκών του Ιδρύματος απαιτούνται: $2020 + 315 + 240 + 24 + 80 + 6$ ώρες = 2.685 ώρες την εβδομάδα. Αντιστοιχία των Απαιτούμενων Ωρών Εργασίας σε Άτομα. Με βάση την ισχύουσα νομοθεσία για τους εργαζόμενους στην καθαριότητα (πενθήμερο και 8ωρο) ο κάθε εργαζόμενος απασχολείται 40 ώρες την εβδομάδα. Επομένως, για την κάλυψη των 2.685 ωρών την εβδομάδα (7ημερο) απαιτούνται τουλάχιστον 68 εργαζόμενοι ($2685:40$). ΣΥΝΟΛΟ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ = 68 ΑΤΟΜΑ». Στο παράρτημα «Α», τέλος, της διακήρυξης υπό τον τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΓΕΝΙΚΩΝ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ», μεταξύ άλλων, ορίζεται ότι: «Οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών της παρούσας αποτελούν τα ελάχιστα αναγκαία χαρακτηριστικά της υπηρεσίας που απαιτούνται, προκειμένου αυτή να προσδιορισθεί αντικειμενικά με τρόπο που να ανταποκρίνεται στις ανάγκες του Νοσοκομείου, είναι δε απαραίτατοι και η οποιαδήποτε μη συμμόρφωση προς αυτούς συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, σύμφωνα με την κρίση της

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

αρμόδιας Επιτροπής Αξιολόγησης. [...] Άρθρο 3 Προσωπικό του Αναδόχου [1...]
10. Ο ανάδοχος πρέπει απαραίτητα να διαθέτει εξήντα οκτώ (68) εργαζόμενους απασχόλησης σαράντα (40) ωρών εβδομαδιαίως, για τον καθαρισμό των χώρων του Νοσοκομείου, οι οποίοι θα καλύπτουν όλες τις βάρδιες σε όλα τα τμήματα του Νοσοκομείου. Σε περίπτωση μη πλήρους απασχόλησης του προσωπικού (μερική απασχόληση) ο αριθμός των ατόμων προσαυξάνεται αναλόγως. ...». Από τους προπαραταθέντες όρους της διακήρυξης και των παραρτημάτων που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος αυτής συνάγεται ότι οι εργαζόμενοι που θα απασχοληθούν για την κάλυψη των αναγκών καθαριότητας του Ιδρύματος, μπορεί να είναι πλήρους απασχόλησης, μπορεί όμως και να είναι μερικής απασχόλησης. Δεν επιβάλλεται, συνεπώς, μονοσήμαντα η απασχόληση εργαζομένων πλήρους απασχόλησης για την κάλυψη των αναγκών της σύμβασης, των περί του αντιθέτου διισχυριζόμενων απορριπτομένων ως αβασίμων. Ούτε προκύπτει, όμως, ότι στην περίπτωση που δηλώνεται ότι θα απασχοληθούν εργαζόμενοι πλήρους απασχόλησης θα πρέπει για την κάλυψη των αναγκών καθαριότητας του Ιδρύματος οι εργαζόμενοι αυτοί να απασχοληθούν οπωσδήποτε για σαράντα ώρες εβδομαδιαίως έκαστος, αρκεί να καλύπτονται οι συνολικές ώρες απασχόλησης για την κάλυψη των αναγκών της σύμβασης κατά τις απαιτήσεις ανά ημέρα και υπηρεσία που προβλέπεται από τη διακήρυξη. Η διατύπωση, δε, του Παραρτήματος Α «... να διαθέτει εξήντα οκτώ (68) εργαζόμενους απασχόλησης σαράντα (40) ωρών εβδομαδιαίως, ...», ενόψει των ρυθμίσεων του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης περί «αντιστοιχίας» των απαιτούμενων ωρών σε άτομα, έχει το αρκούντως σαφές νόημα ότι, εφόσον ο ανάδοχος απασχολήσει εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης (εργαζόμενους δηλαδή που με βάση την ισχύουσα νομοθεσία απασχολούνται για σαράντα ώρες εβδομαδιαίως), τότε αυτοί θα ανέρχονται σε 68 άτομα, όχι ότι θα απασχολούνται υποχρεωτικά για τις ανάγκες της σύμβασης για σαράντα ώρες εβδομαδιαίως έκαστος, ούτε ότι το ελάχιστο εβδομαδιαίο εργατικό κόστος για την εκτέλεση της υπό δημοπράτηση σύμβασης ανέρχεται στο γινόμενο των νομίμων αποδοχών 68 εργαζομένων πλήρους απασχόλησης επί σαράντα (40) ώρες εργασίας εβδομαδιαίως. Και τούτο, διότι τα 68 άτομα πλήρους απασχόλησης δεν είναι το ακριβές πηλίκο των συνολικών απαιτούμενων ανά εβδομάδα ωρών εργασίας για την κάλυψη των αναγκών καθαριότητας της αναθέτουσας αρχής από εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης προς 40 ώρες εβδομαδιαίας

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

απασχόλησης, αφού πράγματι το πηλίκο των 2.685 ωρών συνολικής εβδομαδιαίας απασχόλησης όλων των εργαζομένων του αναδόχου προς 40 ώρες απασχόλησης ενός εργαζομένου πλήρους απασχόλησης ισούται με 67,125. Η ερμηνεία αυτή, εξάλλου, των προβλέψεων της διακήρυξης και των παραρτημάτων αυτής δεν κλονίζεται ούτε από το με αριθ. ***** έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, που αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σε απάντηση σχετικού ερωτήματος της παρεμβαίνουσας, ούτε από το με αριθ. ****, το οποίο επίσης αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού σε απάντηση ερωτήματος άλλου ενδιαφερόμενου να συμμετάσχει στον διαγωνισμό φορέα. Και τούτο, διότι, από τη διατύπωση του πρώτου εγγράφου που έχει ως εξής: «στ. Για την κάλυψη του συνόλου των απαιτούμενων ωρών εργασίας, ..., απαιτούνται τουλάχιστον 68 άτομα, όπως διαπιστώνεται σαφώς στα Παραρτήματα «Β» και «Γ» της Δκξης», προκύπτει ότι επιβάλλεται ελάχιστος αριθμός 68 εργαζομένων κατά τους όρους των Παραρτημάτων «Β» και «Γ» της διακήρυξης, δηλαδή, ότι ο αριθμός τους θα ανέρχεται σε 68, εφόσον θα είναι πλήρους απασχόλησης, χωρίς να προκύπτει ότι για τις ανάγκες της σύμβασης επιβάλλεται να απασχοληθούν υποχρεωτικά κατ' ελάχιστον για σαράντα ώρες εβδομαδιαίως έκαστος, από τη διατύπωση δε του δεύτερου εγγράφου «α. Όσον αφορά στο κριτήριο 2(4)(β), απαιτείται σαφώς το απασχολούμενο προσωπικό να είναι πλήρους απασχόλησης» προκύπτει ότι δεν αφορά το προσωπικό που, σύμφωνα με τα ανωτέρω, απαιτείται να δηλώσει ο υποψήφιος ανάδοχος ότι θα απασχολήσει για την εκτέλεση της σύμβασης, αλλά ότι αφορά το προσωπικό που απαιτείται να αποδείξει ότι διαθέτει κάθε οικονομικός φορέας για τη νόμιμη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, αφού το άρθρο 2(4)(β) της διακήρυξης καθιερώνει ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας κάθε υποψηφίου, για τη νόμιμη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, να απασχολεί ήδη 68 εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης και δεν θεσπίζει ούτε τεχνική προδιαγραφή για την εκτέλεση της σύμβασης, ούτε απαίτηση για το ελάχιστο περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς, συνεπώς δεν ασκεί επιρροή στο εδώ εξεταζόμενο ζήτημα. Αν, αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή επιθυμούσε για την κάλυψη των ωρών συνολικής εβδομαδιαίας απασχόλησης εργαζομένων πλήρους απασχόλησης να απασχοληθούν 68 εργαζόμενοι υποχρεωτικά κατ' ελάχιστον για 40 ώρες απασχόλησης έκαστος, ακόμη και αν η απασχόληση αυτή υπερβαίνει τις ελάχιστες απαιτούμενες ώρες απασχόλησης για την κάλυψη των αναγκών της

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

σύμβασης, θα έπρεπε να είχε εκφραστεί σαφέστερα. Ασάφειες όμως ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης έχει κριθεί ότι 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). Συνακόλουθα, το ελάχιστο εργατικό κόστος για την απασχόληση των εργαζομένων πλήρους απασχόλησης για την κάλυψη των αναγκών καθαριότητας της σύμβασης νομίμως δεν υπολογίζεται επί 68 ατόμων απασχολούμενων υποχρεωτικά κατ' ελάχιστον για σαράντα ώρες απασχόλησης εβδομαδιαίως έκαστος, αλλά για τις ώρες πραγματικής εβδομαδιαίας απασχόλησης αυτών, αρκεί το σύνολο των ωρών απασχόλησης αυτών να καλύπτει τις 2.685 ώρες συνολικής εβδομαδιαίας απασχόλησης εργαζομένων πλήρους απασχόλησης, για το ύψος του, δε, λαμβάνονται υπόψη, εκτός των αποδοχών επί πραγματικών ωρών απασχόλησης των εργαζομένων, οι λοιπές νόμιμες επιβαρύνσεις, ως εκ του καθεστώτος απασχόλησής τους (πλήρης απασχόληση), οι ασφαλιστικές εισφορές για αυτούς και άλλα.

12. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει τόσο από το αρχείο «*****» της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, όσο και από το αρχείο «Στοιχεία άρθρου 68» αυτής, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δήλωσε ότι για την κάλυψη των αναγκών καθαριότητας του Ιδρύματος θα απασχολήσει εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης, προσδιόρισε δε τον αριθμό τους σε 67,13 άτομα. Για τον λόγο αυτό, με το με αριθμό ***** ζήτησε από την προσφεύγουσα την παροχή διευκρινίσεων. Στο από 22-10-2020 έγγραφό της, με το οποίο ανταποκρίθηκε στο αίτημα περί διευκρινίσεων, η προσφεύγουσα ισχυρίστηκε, μεταξύ άλλων, τα εξής: «... η εταιρεία μας ορθά υπολόγισε την οικονομική της προσφορά με βάση την απαίτηση της Διακήρυξης για απασχόληση προσωπικού επί 2.685 ώρες εβδομαδιαίως στις οποίες

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

αντιστοιχούν 67,13 άτομα πλήρους απασχόλησης (2.685 ώρες εβδομαδιαίως/ 40 ώρες εβδομαδιαίας απασχόλησης ανά εργαζόμενο = 67,13 άτομα πλήρους απασχόλησης). Προφανώς, ο ανωτέρω υπολογισμός της Διακήρυξης για συνολικό αριθμό εργαζομένων ανερχόμενο σε 68 άτομα έχει προκύψει έπειτα από στρογγυλοποίηση. Όμως, σε κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν γίνεται αναφορά σε απαίτηση στρογγυλοποίησης του επίμαχου αριθμού εργαζομένων που προκύπτει από την απαίτηση της Διακήρυξης για απασχόληση προσωπικού συνολικά επί 2.685 ώρες εβδομαδιαίως και για απασχόληση κάθε εργαζομένου 40 ώρες την εβδομάδα ...». Τον ως άνω ισχυρισμό, άλλωστε, ότι δηλαδή υπολόγισε το εργατικό κόστος με βάση τις απαιτήσεις της διακήρυξης σε ώρες απασχόλησης, για τις οποίες δεν απαιτούνταν 68 άτομα απασχολούμενα για σαράντα ώρες εβδομαδιαίως έκαστο, αλλά 67,13 απασχολούμενα για τις ώρες αυτές και συνεπώς δεν υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους ή του ελάχιστου κόστους που απαιτεί η διακήρυξη, προβάλλει η προσφεύγουσα και με την προσφυγή της. Ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Και τούτο, διότι από την οικονομική της προσφορά προκύπτει ότι για τις ανάγκες της σύμβασης έλαβε υπόψη της ότι θα απασχολήσει εργαζομένους πλήρους απασχόλησης, οι συνολικές εβδομαδιαίες ώρες απασχόλησης των οποίων δεν υπολείπονται των συνολικών απαιτούμενων ανά εβδομάδα ωρών εργασίας για την κάλυψη των αναγκών καθαριότητας της αναθέτουσας αρχής από εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης, η αναφορά δε στην οικονομική της προσφορά ότι ο αριθμός τους ανέρχεται σε 67,13 και όχι σε 68 δεν έχει το νόημα ότι για τις ανάγκες της σύμβασης θα απασχοληθεί αριθμός εργαζομένων πλήρους απασχόλησης μικρότερος από αυτόν που επιβάλλεται από τη διακήρυξη, ούτε και πολύ περισσότερο ότι θα απασχοληθεί μη ακέραιος αριθμός εργαζομένων, πράγμα άτοπο άλλωστε, αλλά ότι για τον υπολογισμό του εργατικού κόστους αυτών λαμβάνονται υπόψη εργαζόμενοι πλήρους απασχόλησης, ο αναφερόμενος δε αριθμός τους προκύπτει από το πηλίκο των 2.685 ωρών ελάχιστης απαιτούμενης συνολικής εβδομαδιαίας απασχόλησης όλων των εργαζομένων της προς 40 ώρες απασχόλησης ενός εργαζομένου πλήρους απασχόλησης. Προκύπτει, δηλαδή, ότι ο αριθμός των 67,13 εργαζομένων είναι απλώς ένα θεωρητικό μέγεθος, μια μονάδα αναγωγής του χρόνου απασχόλησης, επί του οποίου ενσωματώνονται επιμέρους πηγές

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

κόστους (πρβλ. ΑΕΠΠ 186/2019) και αντιστοιχεί, πολλαπλασιαζόμενη με το κόστος κάθε θέσης εργασίας πλήρους απασχόλησης εργασίας στο πραγματικό εργατικό κόστος για την παροχή συνολικά 2.685 ωρών συνολικής εβδομαδιαίας απασχόλησης από εργαζομένους πλήρους απασχόλησης, όπως απαιτεί η διακήρυξη. Η παρεμβαίνουσα αντιθέτως, παρόλο που και η ίδια αντιστόιχησε τις ελάχιστες απαιτούμενες ώρες απασχόλησης για τις ανάγκες της σύμβασης με απασχόληση 67,07 ατόμων πλήρους απασχόλησης (βλ. αρχεία με τις ονομασίες «Υπόδειγμα Οικονομικής προσφοράς» και «Στοιχεία άρθρου 68» της οικονομικής της προσφοράς), εντούτοις υπολόγισε το εργατικό κόστος για την εκτέλεση της σύμβασης με την παραδοχή ότι για τις ανάγκες της σύμβασης θα καταβάλει νόμιμες αποδοχές και λοιπές επιβαρύνσεις για 68 εργαζομένους πλήρους απασχόλησης, σαν να πρόκειται να απασχοληθούν για σαράντα (40) ώρες εβδομαδιαίως έκαστος, χωρίς τούτο να απαιτείται για τις ανάγκες της σύμβασης. Ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας, όμως, το εργατικό κόστος που υπολόγισε η παρεμβαίνουσα για τις ανάγκες της σύμβασης, με τον πιο πάνω τρόπο, δεν προκύπτει από τις διατυπώσεις της διακήρυξης ως το ελάχιστο επί ποινή αποκλεισμού, ούτε επειδή η παρεμβαίνουσα επέλεξε να υποβάλει προσφορά με τον τρόπο αυτό, καθίσταται μη νόμιμη η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλονται, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Τούτων, έπεται ότι το Διοικητικό Συμβούλιο του **** έσφαλε που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι η προσφεύγουσα υπολόγισε εσφαλμένα την οικονομική της προσφορά με βάση 67,13 άτομα πλήρους απασχόλησης και όχι 68 όπως προβλέπει η διακήρυξη, η δε προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος αυτό είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί. Συνακόλουθα, ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

13. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της βάλλει και κατά της προσφοράς της συνυποψήφιάς της εταιρείας ***** , ήδη παρεμβαίνουσας, η οποία με την προσβαλλόμενη πράξη έγινε αποδεκτή. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι, παρά τις προβλέψεις της διακήρυξης για παροχή 11 ωρών νυχτερινής εργασίας ημερησίως, κατά τις καθημερινές (από Δευτέρα έως Παρασκευή), για τις ανάγκες της σύμβασης, από τα αρχεία

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

«ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΔΚΞΗ 01-2020» και «003. ΣΤΟΙΧΕΙΑ άρθρου 68» της οικονομικής της προσφοράς προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα έλαβε υπόψη της και υπολόγισε για την εξαγωγή του εργατικού κόστους της προσφοράς της 10 ώρες νυχτερινής εργασίας ημερησίως, κατά τις ημέρες αυτές (καθημερινές), με αποτέλεσμα η προσφορά της να υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους κατά ποσό 426,70€ ετησίως και συνεπώς έπρεπε για τον λόγο αυτό να απορριφθεί.

14. Επειδή, σε σχέση με την ως άνω αιτίαση της προσφεύγουσας, η οποία αποκλείστηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο ελέγχου των οικονομικών προσφορών στον διαγωνισμό, κατά τις προσφορές της *****, της οποίας η προσφορά κατά το ίδιο στάδιο με την ίδια προσβαλλόμενη πράξη έγινε δεκτή, και η οποία αιτίαση είναι διαφορετική από αυτή για την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, τόσο το ***** όσο και η παρεμβαίνουσα ισχυρίζονται καταρχήν ότι, αφού η προσφεύγουσα έχει ήδη αποκλειστεί, προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος και επομένως είναι απορριπτέα προεχόντως για τον λόγο αυτό.

15. Επειδή, σύμφωνα με την πάγια (μέχρι πρόσφατα) νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, εφόσον δεν πιθανολογείται σοβαρώς ότι ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού εχώρησε παρανόμως ή ότι παραβιάσθηκε το ίσο μέτρο κρίσης, αυτός δεν έχει πλέον έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου και της συμμετοχής του στην επόμενη φάση του διαγωνισμού, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται τρίτος ως προς τον διαγωνισμό αυτόν (ενδεικτικώς ΣΤΕ ΕΑ 349, 344/2017, 106/2013, 274/2012). Εξάλλου, ανέκυψε, το ζήτημα κατά πόσον τα γενόμενα δεκτά από το ΔΕΕ με τις προαναφερθείσες αποφάσεις, και ιδίως με την απόφαση Archus και Gama, εφαρμόζονται και στην περίπτωση διαφοράς η οποία εγείρεται με την άσκηση αίτησης αναστολής, όχι κατά το τελικό στάδιο της ανάθεσης, αλλά σε προηγούμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας για την σύναψη δημόσιας σύμβασης (όπως τα στάδια ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής ή ελέγχου και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών), ζήτημα που δεν αντιμετωπίσθηκε με τις ανωτέρω αποφάσεις του

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

ΔΕΕ, οι οποίες αφορούν το στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης. Τούτο έγινε δεκτό με ορισμένες αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών (ΣΤΕ Ε.Α. 22/2018 και, κυρίως, 30/2019). Με άλλες αποφάσεις, όμως, έγινε δεκτό το αντίθετο (ΣΤΕ Ε.Α. 349/2017), ότι δηλαδή, στην περίπτωση απόρριψης της προσφοράς του αιτούντος από την αναθέτουσα αρχή σε στάδιο προγενέστερο της ανάθεσης της σύμβασης και, εν συνεχεία, απόρριψης από το δικαστήριο της αίτησης αναστολής του κατά του αποκλεισμού του, δεν στοιχειοθετείται έννομο συμφέρον αυτού να επιδιώξει τον αποκλεισμό του έτερου διαγωνιζομένου, προβάλλοντας και άλλες πλημμέλειες της προσφοράς του τελευταίου, πέραν των αιτιάσεων περί παραβίασης του ίσου μέτρου κρίσης. Την άποψη αυτή υιοθέτησε και η 180/2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, με την οποία το ως άνω ζήτημα, λόγω της σπουδαιότητάς του και ύπαρξης αντίθετης νομολογίας, παραπέμφθηκε στην Επιτροπή Αναστολών της Ολομέλειας του Δικαστηρίου, υπό πενταμελή σύνθεση, με την απόφαση 235/2019 της οποίας κρίθηκαν, κατά πλειοψηφία, τα ακόλουθα: «...από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 - οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2) - ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του (περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσας αιτήσεως

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

ακυρώσεως. Προκειμένου, εξ άλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του (λ.χ. διότι παρήλθε το χρονικό διάστημα, το οποίο αφορούσε η σύμβαση), αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μιν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία. Πέραν τούτων, για την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, δεν απαιτείται η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ένα και μόνον στάδιο, που καταλήγει στην έκδοση μόνον μίας (κατακυρωτικής) πράξης του αναθέτοντος φορέα. Αδιάφορο, από της εξεταζομένης απόψεως, είναι, περαιτέρω, και το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η, βάσει της επίμαχης διαδικασίας, σύμβαση. Επιχείρημα υπέρ της απόψεως αυτής συνάγεται άλλωστε και από την απόφαση BTG & CÖ του ΔΕΕ, με την σκέψη 34 της οποίας έγινε δεκτό, κατά τα προαναφερθέντα, ότι η έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης παρέχει σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα την δυνατότητα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού του, "αλλά και, επί όσο χρόνο η

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του”, συμπεριλαμβανομένων, αναγκάως, και των βλαπτικών αποφάσεων του αναθέτοντος φορέα που εκδίδονται σε επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ούτε μπορεί να αποκρουσθεί η άποψη αυτή κατ’ επίκληση εθνικών δικονομικών κανόνων ή πρακτικών, στα πλαίσια της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών της Ένωσης, εν όψει των γενομένων δεκτών με την απόφαση Lombardi του ΔΕΕ. Προϋπόθεση, ωστόσο, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος. Στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του, όπως, εξ άλλου, και ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως. Αδιάφορος, τέλος, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος είναι ο αριθμός των συνδιαγωνιζομένων του ο αποκλεισθείς, ωστόσο, πρέπει, προκειμένου να είναι κατ’ αρχήν λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, να πλήττει την συμμετοχή απάντων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης». Κατόπιν αυτών, η Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ, με την πιο πάνω απόφασή της, υπέβαλε στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα: «1. α) Έχουν τα άρθρα 1 (παρ. 3), 2 (παρ. 1, στοιχ. α και β) και 2α (παρ. 2) της Οδηγίας 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 76), ερμηνευόμενα υπό το φως των κριθέντων με τις αποφάσεις Fastweb (C-100/12), PFE (C-689/13), Archus και Gama (C-131/16) και Lombardi (C-333/18), την έννοια ότι αντίκεινται σε εθνική νομολογιακή πρακτική, κατά την οποία, όταν, όχι στο τελικό στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης, αλλά σε προηγούμενο στάδιο

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

της διαγωνιστικής διαδικασίας (όπως το στάδιο του ελέγχου των τεχνικών προσφορών), με πράξη του αναθέτοντος φορέα αποκλεισθεί ένας διαγωνιζόμενος και γίνει, αντιθέτως, δεκτός άλλος ενδιαφερόμενος (ανταγωνιστής), ο αποκλεισθείς, στην περίπτωση που απορριφθεί από το αρμόδιο δικαστήριο η αίτηση αναστολής του κατά το μέρος που στρέφεται κατά του αποκλεισμού του, διατηρεί το έννομο συμφέρον να προβάλει με την ίδια αίτηση αναστολής κατά του άλλου διαγωνιζομένου μόνον ότι αυτός έγινε δεκτός κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσεως; β) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 1α, έχουν οι ως άνω διατάξεις την έννοια ότι ο αποκλεισθείς, κατά τα ανωτέρω, δύναται να προβάλει με την αίτηση αναστολής οποιαδήποτε αιτίαση κατά της συμμετοχής του ανταγωνιστή στην διαδικασία του διαγωνισμού, να παραπονηθεί δηλαδή και για άλλες αυτοτελείς πλημμέλειες της προσφοράς του ανταγωνιστή, άσχετες με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείσθηκε η δική του προσφορά, προκειμένου να ανασταλεί η συνέχιση του διαγωνισμού και η ανάθεση στον ανταγωνιστή της σύμβασης, με πράξη που επρόκειτο να εκδοθεί σε επόμενο στάδιο της διαδικασίας, ώστε, στη συνέχεια, σε περίπτωση ευδοκιμήσεως του κυρίου ενδίκου βοηθήματος (αίτηση ακυρώσεως), να αποκλεισθεί ο ανταγωνιστής, να ματαιωθεί η ανάθεση της σύμβασης και να καταλείπεται, ως εκ τούτου, η πιθανότητα να κινηθεί νέα διαδικασία για την ανάθεση της σύμβασης, στην οποία θα μετάσχει ο αποκλεισθείς προσφεύγων;

2. Ασκή επιρροή για την απάντηση στο προηγούμενο ερώτημα το ότι προϋπόθεση για την παροχή προσωρινής (αλλά και οριστικής) δικαστικής προστασίας αποτελεί η προηγούμενη ανεπιτυχής άσκηση προσφυγής ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου εξέτασης προσφυγών, εν όψει και των κριθέντων με την απόφαση *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15); 3. Ασκή επιρροή για την απάντηση στο πρώτο ερώτημα η διαπίστωση ότι, στην περίπτωση αποδοχής των αιτιάσεων του αποκλεισθέντος κατά της συμμετοχής του ανταγωνιστή στον διαγωνισμό, (α) είναι αδύνατη η επαναπροκήρυξή του ή ότι (β) ο λόγος, για τον οποίο αποκλείσθηκε ο προσφεύγων, καθιστά αδύνατη την συμμετοχή του σε περίπτωση επαναπροκηρύξεως του διαγωνισμού;».

16. Επειδή, τα ως άνω ζητήματα συνάπτονται στενά με το τιθέμενο, κατά τ' ανωτέρω, στην προκειμένη περίπτωση ζήτημα, εάν, κατά την έννοια των

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

διατάξεων του άρθρου 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ερμηνεύομενων υπό το φως των διατάξεων των άρθρων 1 (παρ. 1 τρίτο εδάφιο και παρ. 3) και 2α (παρ. 1 και 2) της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (L 395), αναγνωρίζεται στο διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε με απόφαση της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο του ελέγχου των οικονομικών προσφορών, έννομο συμφέρον να προσβάλει, με προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, παράλληλα με τη νομιμότητα του αποκλεισμού του, και τη νομιμότητα του μη αποκλεισμού του συνδιαγωνιζόμενου του, προβάλλοντας άλλη αυτοτελή πλημμέλεια της οικονομικής προσφοράς του άσχετη με την πλημμέλεια για την οποία αποκλείσθηκε η δική του προσφορά. Κατά συνέπεια, ως εκ του ότι η ερμηνεία, από την εν λόγω άποψη των διατάξεων αυτών δεν μπορεί, εν όψει των προεκτεθέντων, να θεωρηθεί ως απαλλαγμένη ευλόγων αμφιβολιών, ενόψει της στο παρόν στάδιο εξέλιξης της νομολογίας της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 299/2020 σκ. 12), και εν αναμονή της απάντησης του ΔΕΕ στο σχετικό με το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος προσωρινώς αποκλεισθέντος ερώτημα του Δικαστηρίου, δεν μπορεί η προσφεύγουσα, που αποκλείσθηκε με την απόφαση του*****, με την οποία ταυτόχρονα έγινε δεκτή η προσφορά της *****, να στερηθεί το δικαίωμά της να εξετασθεί επί της ουσίας η κατά της απόφασης αυτής προδικαστική της προσφυγή, με την οποία αμφισβητείται η νομιμότητα τόσο του αποκλεισμού της όσο και της αποδοχής της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης της (βλ. ΣτΕ Ολ. 1819/2020, ΑΕΠΠ επτ. 10/2020).

17. Επειδή, συνακόλουθα, ο λόγος για τον οποίο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθεί δεν είναι απορριπτέος ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος, πρέπει ωστόσο να απορριφθεί ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος. Και τούτο, διότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους κατά ποσό 426,70€ ετησίως, και αληθής υποτιθέμενος, δεν αρκεί για να καταστήσει ζημιογόνο (κάτω του κόστους δηλαδή) συνολικά την προσφορά της παρεμβαίνουσας. Όπως προκύπτει από τα αρχεία «ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΔΚΞΗ 01-2020» και «003. ΣΤΟΙΧΕΙΑ άρθρου 68» της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας το προσδοκώμενο από αυτήν ετήσιο εργολαβικό όφελος ανέρχεται σε 1.140,00€, συνεπώς το υπολειπόμενο, κατά τους ισχυρισμούς της

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

προσφεύγουσας, ποσό στην προσφορά της παρεμβαίνουσας εξ Ευρώ 426,70€, θα μπορούσε να καλυφθεί από το ποσό αυτό, χωρίς ζημία της παρεμβαίνουσας (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 138/2019, σκ. 8). Εξάλλου, εφόσον, σε κάθε περίπτωση, από την προκύπτουσα διαφορά δεν επέρχεται μεταβολή της αρχικής αξιολόγησης και κατάταξης των οικονομικών προσφορών, αφού η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας και χωρίς να συνυπολογίσει το ποσό των 426,70€ στην προσφορά της εξακολουθεί να μην είναι χαμηλότερη της προσφεύγουσας, ο προβληθείς σε βάρος της ισχυρισμός κατά τον οποίο παρανόμως έγινε δεκτή η προσφορά της, λόγω εσφαλμένου υπολογισμού του κόστους ωρών νυχτερινής εργασίας κατά τις καθημερινές είναι απορριπτός ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος και για τον λόγο αυτό (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 346/2011).

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή κατά το μέρος της με το οποίο διώκεται η ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης του ***** όσον αφορά την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτή, κατά το μέρος της όμως με το οποίο διώκεται η ακύρωση της προσβαλλόμενης όσον αφορά την αποδοχή της προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί. Συναφώς, η επί της προσφυγής παρέμβαση κατά το μέρος της με το οποίο διώκεται η διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης όσον αφορά την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί, κατά το μέρος της όμως με το οποίο διώκεται η διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης όσον αφορά την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας πρέπει να γίνει δεκτή.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 258 / 2021

Ακυρώνει τη με αριθμό ***** με την επωνυμία «*****», με την οποία, αποφασίστηκε η μη αποδοχή του από 6 Οκτωβρίου 2020 Πρακτικού Αξιολόγησης Οικονομικών Προσφορών της Επιτροπής του Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών καθαριότητας των κτιρίων του Ιδρύματος, κατά το μέρος που απορρίπτεται η οικονομική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «*****».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 18 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 8 Φεβρουαρίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου

και α/α Μαρία Κατσαρού