

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 11 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 03.01.2022 με ΓΑΚ 14/04.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», με δ.τ. «.....», που εδρεύει στ.. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (διακριτικός τίτλος: «.....»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 13.01.2022 Παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 13.01.2022 Παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «.....», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 13.01.2022 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η απόφαση της 21ης16-12-2021 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (Θέμα 22ο, ΑΔΑ: ...), και τα συμπροσβαλλόμενα Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το μέρος τους με το οποίο έκαναν αποδεκτές τις προσφορές των εταιρειών «...», «...», «... και «...».

Με τις Παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Αριθμός απόφασης: 308/2022

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... ποσού €6.191,00.

2. Επειδή, με την υπ' αρ. ... Διακήρυξη (α/α ΕΣΗΔΗΣ: ...) η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών καθαρισμού κτιρίων, για την κάλυψη των αναγκών του, για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών, με δικαίωμα προαίρεσης για δύο (2) επιπλέον έτη. Η προϋπολογιζόμενη δαπάνη της υπό ανάθεση σύμβασης για την αρχική διάρκειά της ανέρχεται στο ποσό των 1.238.093,42 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 24% (3.714.280,26 ευρώ συμπ/νου Φ.Π.Α. 24%). Καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 19η-04-2021 και ώρα 15:00.

3. Επειδή, στον διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και άπασες οι παρεμβαίνουσες. Με το Πρακτικό υπ' αρ. πρωτ. ... η αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των φακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής όλων των υποψηφίων αναδόχων, πλην εταιρείας ... για την οποία εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της. Ακολούθως, η αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην αποσφράγιση και αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων αναδόχων και εισηγήθηκε την αποδοχή τους δυνάμει του υπ' αρ. πρωτ. 44437/11-11-2021 Πρακτικού της, ενώ με το υπ' αρ. πρωτ. 46594/25-11-2021 Πρακτικό της εισηγήθηκε την αποδοχή όλων των οικονομικών προσφορών των ανωτέρω εταιρειών και την ανάδειξη της εταιρείας «...» ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού. Τα ανωτέρω Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού εγκρίθηκαν δυνάμει της απόφασης της 21ης 16-12-2021 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (Θέμα 22ο, ΑΔΑ: ...).

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, η οποία κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες στις 23.12.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 03.01.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: 308/2022

από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό με παραδεκτή προσφορά και προσδοκά να απορριφθούν οι προσφορές των παρεμβαινουσών εταιρειών προς τον σκοπό να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 03.01.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 1903/18.01.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν αλλά δεν προβαίνει σε αυτές σε αντίκρουση των αιτιάσεων που προβάλλει η προσφεύγουσα.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνουν άπασες οι παρεμβαίνουσες εταιρείες, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 03.01.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και οι εν λόγω παρέμβασεις ασκήθηκαν με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ εντός της προβλεπόμενης 10ήμερης προθεσμίας, οι παρεμβαίνουσες, δε, έχουν προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβουν, αφού επιδιώκουν τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχουν γίνει δεκτές οι προσφορές τους.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες

Αριθμός απόφασης: 308/2022

προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται αρχικά κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρείας «...» και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς όφειλαν να καταθέσουν στην οικονομική τους προσφορά αναλυτική μηνιαία κοστολόγηση των πάσης φύσεως νόμιμων αποδοχών όλων των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο συγκεκριμένο έργο βάσει του ζητούμενου προγράμματος, στο οποίο περιλαμβάνεται και ο επόπτης κατά την πρωινή βάρδια για τις ημέρες Δευτέρα έως Παρασκευή. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά της επειδή δεν περιλαμβάνει μηνιαία κοστολόγηση των πάσης φύσεως αποδοχών του επόπτη καθαριότητας, παρόλο που σύμφωνα με το ζητούμενο πρόγραμμα και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, απαιτείται η καθημερινή πρωινή οκτάωρη απασχόλησή του, με φυσική παρουσία στους χώρους του Νοσοκομείου και η αντικατάστασή του από άλλο εργαζόμενο – αντικαταστάτη σε περίπτωση απουσίας του.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω λόγο: Το άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης ορίζει «... Ο (υπο)φάκελος «Οικονομική Προσφορά», περιλαμβάνει επί ποινή απόρριψης έγγραφο του συμμετέχοντος στο οποίο να αναφέρονται από τα οριζόμενα στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 (ΦΕΚ 115/Α/15.07.2010) τα ακόλουθα: α) Αναλυτική μηνιαία κοστολόγηση που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο συγκεκριμένο έργο βάσει του ζητούμενου προγράμματος. β) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά ανά μήνα...». Περαιτέρω, στο «Παράρτημα Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης» ορίζεται: «ΜΕΡΟΣ Β' – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ. Ι. ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ. 1. ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ. ... 19. Να διαθέτει ένα (1) επιπλέον άτομο επόπτη κατά την πρωινή βάρδια για το συντονισμό και εφαρμογή των εργασιών και δε θα συμπεριλαμβάνεται στη συνολική καθημερινή δύναμη των προβλεπόμενων ατόμων. Κατά την απογευματινή βάρδια, καθώς και κατά τις ημέρες αργιών και τα Σαββατοκύριακα

Αριθμός απόφασης: 308/2022

θα ορίζεται υπεύθυνο άτομο από το προσωπικό που συμπεριλαμβάνεται στην ημερήσια δύναμη. Κατά τις ημέρες απουσίας του επόπτη, αυτός θα αναπληρώνεται από το άτομο που θα έχει οριστεί από την εταιρεία ως αναπληρωτής του...». Επίσης στην σελίδα 52 της Διακήρυξης στο πρόγραμμα καθαριότητας ορίζεται ότι «*ΠΡΩΙΝΗ ΒΑΡΔΙΑ. Σύνολο ατόμων απασχόλησης: 42 άτομα και 1 άτομο επόπτης εργασιών. ΑΠΟΓΕΥΜΑΤΙΝΗ ΒΑΡΔΙΑ. Σύνολο ατόμων απασχόλησης: 19 άτομα. ΝΥΧΤΕΡΙΝΗ ΒΑΡΔΙΑ. Σύνολο ατόμων ημερησίως: 43+19+3= 65 άτομα*».

Η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...» στον φάκελο της οικονομικής προσφοράς της έχει συμπεριλάβει το αρχείο με τίτλο «4. Στοιχεία άρθρου 68_signed.pdf», στο οποίο δηλώνει ότι θα απασχολούνται 73,20 άτομα πλήρους απασχόλησης και ένα (1) επιπλέον άτομο ως επόπτης κατά την πρωινή βάρδια των εργασιμών ημερών (Δευτέρα – Παρασκευή), ενώ στην προσφορά της έχει υπολογίσει εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής υπηρεσιών, συμπεριλαμβανομένων εκτός των άλλων της εισφοράς υπέρ Ε.Λ.Π.Κ. και του κόστους του επόπτη. Περαιτέρω, στο κατατεθέν αρχείο με τίτλο «3. Ανάλυση Εργατικής Νομοθεσίας.pdf» παραθέτει με λεπτομέρεια τα στοιχεία της οικονομικής της προσφοράς και το κόστος διοικητικής υποστήριξης, στο οποίο περιλαμβάνεται και το κόστος του επόπτη. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η κοστολόγηση των αποδοχών του επόπτη καθαριότητας πρέπει να περιλαμβάνεται στην ανάλυση του εργατικού κόστους του προσωπικού καθαριότητας, είναι αβάσιμος διότι σύμφωνα με την υπό α/α 19 τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, διευκρινίζεται ότι ο επόπτης δε θα συμπεριλαμβάνεται στη συνολική καθημερινή δύναμη των προβλεπόμενων ατόμων. Επομένως, το κόστος εποπτείας του έργου δεν αποτελεί εργοδοτικό ή εργατικό κόστος και ως εκ τούτου ορθά υπολογίζεται στην οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας ως στοιχείο του διοικητικού κόστους εκτέλεσης, αφού μάλιστα η τελευταία έχει δηλώσει ακριβώς το κονδύλι για αυτό, γεγονός που δεν αμφισβητείται εξάλλου από την προσφεύγουσα όσον αφορά το ύψος αυτού. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η παρεμβαίνουσα εταιρεία έχει υποβάλει νομίμως την οικονομική της προσφορά και ο υπό κρίση λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

10. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρείας «...» και ισχυρίζεται ότι πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 308/2022

απορριφθεί διότι έχει υπολογίσει εσφαλμένα τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων με αποτέλεσμα το ποσό κρατήσεων ύψους 24.912,72 € που έχει δηλώσει και υπολογίζει στην οικονομική της προσφορά, να υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου κατά ποσό 500,20 €.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω λόγο: Το άρθρο 2.4.4. «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»-Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» της διακήρυξης, ορίζει ότι: «*Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης...*». Επίσης, σύμφωνα με την υπ' αριθμ 14903/13-4-2021 Διευκρίνιση της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία αναρτήθηκε στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ διευκρινίστηκε ως προς τον τρόπο υπολογισμού των νομίμων υπέρ τρίτων κρατήσεων το εξής: «*Ο ανάδοχος επιβαρύνεται με τις παρακάτω νόμιμες κρατήσεις: > 0,07 % υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ στην καθαρή τιμή του τιμολογίου χωρίς ΦΠΑ - Χαρτόσημο 3% επί του συνόλου των προαναφερόμενων κρατήσεων - 20% ΟΓΑ χαρτόσημο επί του χαρτοσήμου > 0,06 % υπέρ ΑΕΠΠ στην καθαρή τιμή του τιμολογίου χωρίς ΦΠΑ - Χαρτόσημο 3% επί του συνόλου των προαναφερόμενων κρατήσεων - 20% ΟΓΑ χαρτόσημο επί του χαρτοσήμου > Ο φόρος (8%) επί του φορολογητέου ποσού > 2% υπέρ των Οργανισμών Ψυχικής Υγείας που εποπτεύονται από το Υπουργείο Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης (μετά την αφαίρεση όλων των παραπάνω κρατήσεων πλην του φόρου). Πουθενά στην εν λόγω διευκρίνιση, αλλά και σε καμία από τις διευκρινήσεις δεν έχει αναφερθεί από πλευράς του Νοσοκομείου ότι απαιτείται η συμπερίληψη της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% στην οικονομική προσφορά».*

Κατόπιν αυτού, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα (επικαλούμενη και την ad hoc απόφαση 1226/2021 του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ) ο υπολογισμός των κρατήσεων γίνεται ως εξής: Πρώτα υπολογίζονται οι νόμιμες κρατήσεις που ορίζονται από το νόμο 4412/2016 και το υπ' αριθμ. πρωτοκόλλου 14093/13-04-2021 έγγραφο παροχής διευκρινήσεων της Αναθέτουσας Αρχής, ποσοστού 0,13468 % [Α]. Κατόπιν αφαιρείται το υπό στοιχείο [Α] ποσό που

Αριθμός απόφασης: 308/2022

αντιστοιχεί στις κρατήσεις του ν. 4412/2016 και του υπ' αριθμ. πρωτοκόλλου 14093/13-04-2021 εγγράφου παροχής διευκρινήσεων της Αναθέτουσας Αρχής, από το ποσό που αντιστοιχεί στην καθαρή αξία της σύμβασης και στο εναπομείναν ποσό υπολογίζεται η κράτηση ποσοστού 2%, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. (Δ.Υ.6α) Γ.Π./οικ.36932/17.03.09 ΚΥΑ), (B), ήτοι: (καθαρή αξία σύμβασης – [A]) X 2 % = [B] ποσό κράτησης ποσοστού 2% υπέρ των οργανισμών ψυχικής υγείας που εποπτεύονται από το Υπουργείο ...Επομένως η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...» όφειλε να υπολογίσει ως σύνολο κρατήσεων το ποσό των 25.412,92 ευρώ με τον εξής τρόπο: 1.191.960,00 ευρώ καθαρή αξία προσφερόμενου τιμήματος X 0,13468 %, κρατήσεις του ν. 4412/2016 και του υπ' αριθμ. πρωτοκόλλου 14093/13-04-2021 εγγράφου παροχής διευκρινήσεων της διακήρυξης → 1.605,33 €. Έπειτα, 1.191.960,00 ευρώ καθαρή αξία σύμβασης – 1.605,33 ευρώ κρατήσεις του ν. 4412/2016 και του υπ' αριθμ. πρωτοκόλλου 14093/13-04-2021 εγγράφου παροχής διευκρινήσεων της διακήρυξης) X κράτηση ποσοστού 2% υπέρ των οργανισμών ψυχικής υγείας που εποπτεύονται από το Υπουργείο ... → 23.807,09 €. Η παρεμβαίνουσα «...» όμως έχει υπολογίσει κρατήσεις συνολικού ποσού 24.912,72 ευρώ ισχυριζόμενη αβάσιμα ότι οι κρατήσεις πρέπει να υπολογισθούν επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων, ήτοι στο σύνολο του εργατικού, ασφαλιστικού, διοικητικού κόστους, των αναλωσίμων και του εργολαβικού κέρδους, χωρίς Φ.Π.Α και όχι επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, καθισταμένης με αυτό τον τρόπο της προσφοράς της απορριπτέας. Ως εκ τούτου ο υπό κρίση λόγος πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφοράς της εταιρείας «...».

12. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας «...» και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς όφειλαν να καταθέσουν στην οικονομική τους προσφορά αναλυτική μηνιαία κοστολόγηση των πάσης φύσεως νόμιμων αποδοχών όλων των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο συγκεκριμένο έργο βάσει του ζητούμενου προγράμματος, στο οποίο περιλαμβάνεται και ο επόπτης κατά την πρωινή βάρδια για τις ημέρες Δευτέρα έως Παρασκευή. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά της επειδή δεν περιλαμβάνει μηνιαία κοστολόγηση των πάσης φύσεως αποδοχών του

Αριθμός απόφασης: 308/2022

επόπτη καθαριότητας, παρόλο που σύμφωνα με το ζητούμενο πρόγραμμα και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, απαιτείται η καθημερινή πρωινή οκτάωρη απασχόλησή του, με φυσική παρουσία στους χώρους του Νοσοκομείου και η αντικατάσταση του από άλλο εργαζόμενο – αντικαταστάτη σε περίπτωση απουσίας του και στην ανάλυση του διοικητικού της κόστους υπολογίζει αναλογία κόστους εποπτείας ποσού 3.970,71 € για όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, με την αιτιολογία ότι το κόστος αυτό θα καλυφθεί από επόπτες που ήδη απασχολεί η εταιρεία σε άλλα έργα. Επιπλέον διότι κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας συνυπολογίζει τις κατ' έθιμο αργίες της 1^{ης} Ιανουαρίου, 6^{ης} Ιανουαρίου, Μ. Παρασκευής, Καθαράς Δευτέρας, της ημέρας του Αγίου Πνεύματος και του Πολιούχου της ..., στις αργίες κατά τις οποίες απαιτούνται λιγότερες ώρες απασχόλησης σύμφωνα με τη διακήρυξη, πλην όμως σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν ορίζεται ότι στις αργίες κατά τις οποίες απαιτούνται λιγότερες ώρες απασχόλησης περιλαμβάνονται πέρα από τις υποχρεωτικές εκ του νόμου αργίες και οι κατ' έθιμο αργίες.

13. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ως άνω λόγους κατά της παρεμβαίνουσας «...» : Αρχικά πρέπει να σημειωθεί ότι η παρεμβαίνουσα δεν αντέκρουσε επί της ουσίας τις αιτιάσεις της προσφυγής και απλώς ισχυρίστηκε ότι η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της απαραδέκτως και άνευ εννόμου συμφέροντος διότι η θέση της προσφεύγουσας, ουδόλως δύναται να μεταβληθεί ευμενώς από τυχόν αποδοχή της προσφυγής της ως προς την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της «...», αφού η τελευταία δεν έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας και σε κάθε περίπτωση έπεται σε σειρά μειοδοσίας. Ο εν λόγω ισχυρισμός όμως πρέπει να απορριφθεί και τούτο διότι όπως έχει κριθεί με την υπ' αριθ. 1573/2019 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας «10...Εξάλλου, όπως έχει κριθεί και από το ΔΕΕ (C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo σκ. 36) κάθε προσφέρων ο οποίος θεωρεί ότι μια απόφαση με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω αποφάσεως, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από

Αριθμός απόφασης: 308/2022

την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο. Η νομολογιακή αυτή αντιμετώπιση στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρέωσης των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της ανωτέρω C-54/18). Εξάλλου, η αναγνώριση και στον (αρχικό) προσωρινό ανάδοχο εννόμου συμφέροντος ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψηφίων του κρίνεται πλέον επιβεβλημένη στην περίπτωση που, ως εν προκειμένω, η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται σε ένα μόνο στάδιο (ήτοι εκδίδεται μία μόνο εκτελεστή διοικητική πράξη με την οποία κρίνεται το νομότυπο των κατατεθεισών προσφορών από απόψεως πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής και επάρκειας των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων), δεδομένου ότι ο κίνδυνος ν' ανατραπεί το (αρχικώς) ευνοϊκό γι' αυτόν αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας και η εντεύθεν προκαλούμενη σε αυτόν ζημία ως εκ του αποκλεισμού του κατόπιν ασκήσεως και ευδοκιμήσεως προδικαστικών προσφυγών με αντικείμενο τη νομιμότητα της προσφοράς του από τους ανθυποψηφίους του, είτε εκείνων των οποίων οι προσφορές έχουν γίνει ομοίως δεκτές είτε και όσων δεν έχουν οριστικώς αποκλεισθεί, είναι χρονικά, τουλάχιστον, αμεσότερος». Εν προκειμένω προκύπτει ότι κατά της προσφεύγουσας έχουν στραφεί με προδικαστική προσφυγή άλλες συνδιαγωνιζόμενες εταιρείες γεγονός που οδηγεί στο να μην έχει οριστικοποιηθεί το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και επομένως η κατάταξή τους, με αποτέλεσμα η προσφεύγουσα να έχει έννομο συμφέρον να στραφεί κατά των εταιρειών που έπονται στην σειρά μειοδοσίας.

Όσον αφορά τους πρώτους δύο λόγους της προσφυγής λεκτέα τα εξής: Όπως κρίθηκε στην σκέψη 9 της παρούσης ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η κοστολόγηση των αποδοχών του επόπτη καθαριότητας πρέπει να περιλαμβάνεται στην ανάλυση του εργατικού κόστους του προσωπικού καθαριότητας, είναι αβάσιμος διότι σύμφωνα με την υπό α/α 19 τεχνική

Αριθμός απόφασης: 308/2022

προδιαγραφή της διακήρυξης, ρητώς διευκρινίζεται ότι ο επόπτης δε θα συμπεριλαμβάνεται στη συνολική καθημερινή δύναμη των προβλεπόμενων ατόμων. Επομένως, το κόστος εποπτείας του έργου δεν αποτελεί εργοδοτικό ή εργατικό κόστος και ως εκ τούτου ορθά υπολογίζεται στην οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας ως στοιχείο του διοικητικού κόστους εκτέλεσης. Κατόπιν αυτού οι δύο πρώτοι λόγοι είναι αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν.

Όσον αφορά τον τρίτο λόγο σχετικά με τις αργίες λεκτέα τα εξής: Η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...» έχει δηλώσει στην οικονομική της προσφορά επί λέξει ότι « Ένα μέσο έτος έχει 365 ημέρες από τις οποίες οι 52 είναι Κυριακές και 52 Σάββατα , 7 επίσημες και πληρωτές αργίες (25 Μαρτίου, 1η Μαΐου, Δευτέρα του Πάσχα, 15 Αυγούστου, 28η Οκτωβρίου, 25 Δεκεμβρίου, 26 Δεκεμβρίου) και έξι εθιμοτυπικές αργίες (Πρωτοχρονιά, Θεοφάνια, Μεγάλη Παρασκευή, Καθαρά Δευτέρα, Αγίου Πνεύματος και για την πόλη της ... ο Πολιούχος Άγιος ...)». Όμως σύμφωνα με την εργατική νομοθεσία (άρθρο 60 του Ν.4808/2021) οι επίσημες και πληρωτές αργίες κατά έτος είναι μόνο οι 25 Μαρτίου, 1η Μαΐου, Δευτέρα του Πάσχα, 15 Αυγούστου, 28η Οκτωβρίου, 25 Δεκεμβρίου, 26 Δεκεμβρίου και όχι οι εθιμοτυπικές αργίες κατά τις οποίες δεν απαγορεύεται η λειτουργία των επιχειρήσεων. Κατόπιν αυτού βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι από τη στιγμή που ούτε στη Διακήρυξη ούτε στην ισχύουσα νομοθεσία προβλέπεται πως στις κατ' έθιμο αργίες απαιτείται η απασχόληση λιγότερων ατόμων, η παρεμβαίνουσα έχει πλημμελώς υπολογίσει λιγότερα άτομα που ανάγονται στον αριθμό 71,20 ενώ ο ορθός αριθμός ατόμων που απαιτούνται είναι 73,20 και ένας επόπτης. Αυτό έχει σαν αποτέλεσμα η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας «...» να υπολείπεται του νόμιμου εργατικού κόστους και να πρέπει να απορριφθεί προς τούτο. Κατόπιν των ανωτέρω ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

14. Επειδή, τέλος, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «...» και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι έχει υπολογίσει λιγότερες ώρες νυκτερινής απασχόλησης, αμειβόμενες με την νόμιμη προσαύξηση 25 % για νυκτερινή απασχόληση, κατά πλήρη παράβαση της εργατικής νομοθεσίας και της διακήρυξης.

15. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω λόγο: Σύμφωνα με το ζητούμενο πρόγραμμα καθαρισμού της διακήρυξης (σελ. 52 επ.) προκύπτει ότι

Αριθμός απόφασης: 308/2022

οι επιπλέον ετήσιες ώρες προσαύξησης νυχτερινής απασχόλησης ανέρχονται σε: $[254 \text{ εργάσιμες ημέρες} \times 19 \text{ άτομα απασχολούμενα κατά την βάρδια } 15:00 - 23:00 \times 1 \text{ ώρα (22.00-23.00)} + 254 \text{ εργάσιμες ημέρες} \times 3 \text{ άτομα απασχολούμενα κατά την βάρδια } 23:00 - 07:00 \times 7 \text{ ώρες (23.00 06.00)}] = 10.160 \text{ ώρες και } [111 \text{ ημέρες ΣΚ και Αργίες} \times 8 \text{ άτομα απασχολούμενα κατά την βάρδια } 15:00 - 23:00 \times 1 \text{ ώρα (22.00-23.00)} + 111 \text{ ημέρες ΣΚ και Αργίες} \times 3 \text{ άτομα απασχολούμενα κατά την βάρδια } 23:00 - 07:00 \times 7 \text{ ώρες (23.00-06.00)}] = 3.219 \text{ ώρες. Σύνολο ωρών νυχτερινής απασχόλησης: } 10.160 \text{ ώρες} + 3.219 \text{ ώρες} = 13.379 \text{ ώρες νυχτερινής απασχόλησης ετησίως, αμειβόμενες με επιπλέον προσαύξηση νυχτερινής απασχόλησης } 25 \text{ \%}.$

Η εταιρεία «...» όμως στη οικονομική της προσφορά (αρχείο Οικονομική Προσφορά Signed) έχει υπολογίσει 8760 ώρες / 52,14 εβδομάδες / 40 ώρες = 4,2 άτομα πλήρους απασχόλησης και επομένως 4,2 άτομα $\times (755,04 \text{ €} \times 25 \text{ \%}) \times 12 \text{ μήνες} = 9.513,50 \text{ €}$ το έτος ή 792,79 € μηνιαίως, ενώ το ορθό που θα έπρεπε να υπολογίσει είναι 13.379 ώρες / 52,14 εβδομάδες / 40 ώρες = 6,41 άτομα πλήρους απασχόλησης και επομένως 6,41 άτομα $\times (755,04 \text{ €} \times 25 \text{ \%}) \times 12 \text{ μήνες} = 14.519,42 \text{ €}$ το έτος ή 1.209,95 € μηνιαίως. Άρα η οικονομική της προσφορά της έχει χαμηλότερο εργατικό κόστος από το νόμιμο και πρέπει να απορριφθεί. Κατόπιν των ανωτέρω ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

16. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση της εταιρείας «...» και απορρίπτει τις παρεμβάσεις των εταιρειών «...» και «...».

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις προσφορές των παρεμβαινουσών εταιρειών «...» και «...», καθώς και της εταιρείας «...», σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 308/2022

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 03 Μαρτίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ