

**Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, την 04.04.2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Αργυρώ Τσουλούφα – Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.03.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 330/15.03.2019 και χρέωσης στο 2<sup>ο</sup> κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, της εταιρίας με την επωνυμία «.....» και με δ.τ. «.....», η οποία εδρεύει στην ....., οδός....., αρ. ...., νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής «προσφεύγων/προσφεύγουσα»).

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΕΙΔΙΚΟ ΑΝΤΙΚΑΡΚΙΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΠΕΙΡΑΙΑ «ΜΕΤΑΞΑ»» που εδρεύει στον Πειραιά, οδός Μπόταση, αρ. 51, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «Νοσοκομείο» ή «ΑΑ») και κατά όρων της με αριθ. αρ. 72/2018 (όπως τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 4/28.02.2019 - θέμα 14 – απόφαση ΔΣ του Νοσοκομείου) Διακήρυξης του ΕΙΔΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΑΡΚΙΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΠΕΙΡΑΙΑ «ΜΕΤΑΞΑ» με αντικείμενο «την ανάδειξη αναδόχου καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων & του περιβάλλοντος χώρου του ειδικού αντικαρκινικού νοσοκομείου Πειραιά «ΜΕΤΑΞΑ» για χρονικό διάστημα ενός έτους, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 663.998,93€ πλέον ΦΠΑ, όπως τροποποιήθηκε δυνάμει της υπ' αρ. 4/28-2-2019 απόφασης ΔΣ του Νοσοκομείου, με δικαίωμα προαίρεσης για ένα ακόμη έτος», για τους λόγους που αναφέρει στην προσφυγή του.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η Προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί, άλλως οίκοθεν ανακληθεί ή τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη υπ'

## **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

αριθμ. 72/2018 διακήρυξη του Ειδικού Αντικαρκινικού Νοσοκομείου Πειραιά «ΜΕΤΑΞΑ», όπως τροποποιήθηκε δυνάμει της υπ' αρ. 4/28-2-2019 (θέμα 14) απόφασης ΔΣ του Νοσοκομείου, κατά το μέρος, α) που όλως μη νομίμως και κατά παράβαση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, του εσωτερικού και κοινοτικού δικαίου, της αρχής του υγιούς ανταγωνισμού, της διαφάνειας, της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ορίζει συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ποσού 663.998,93€ πλέον Φ.Π.Α. 24%, εκ των οποίων δηλώνεται και ορίζεται ρητά ως προϋπολογισθείσα δαπάνη εργατικού κόστους κατ' ανώτατο όριο το ποσό των 588.199,20€ (και λοιπά κόστη των οικονομικών προσφορών το ποσό των 75.799,73€), προκειμένου να αναπροσαρμοστεί από την Αναθέτουσα Αρχή η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού σε ποσό το οποίο θα επιτρέπει την υποβολή οικονομικών προσφορών που καλύπτουν το ελάχιστο απαιτούμενο συνολικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, σύμφωνα και με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης με αριθμό 72/2018 του Νοσοκομείου και β) που όλως μη νομίμως απαιτεί τη σύνταξη οικονομικών προσφορών και την παροχή από τους συμμετέχοντες 81.770 εργατοωρών καθαρισμού ετησίως, αν και με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης οι προσφερόμενες εργατοώρες καθαρισμού ανέρχονται σε 81.607,50 ώρες, δεδομένου ότι οι Κυριακές & Αργίες μέσα σε ένα έτος είναι 59 και όχι 58, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα με τους λόγους Προσφυγής της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Αργυρώ Τσουλούφα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, με τη με αριθ. 72/2018 διακήρυξη του Ειδικού Αντικαρκινικού Νοσοκομείου Πειραιά «ΜΕΤΑΞΑ», προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός άνω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου (οικονομικού φορέα) Καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων

## **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

& του περιβάλλοντος χώρου του Νοσοκομείου «ΜΕΤΑΞΑ» για χρονικό διάστημα ενός έτους, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 663.998,93€ πλέον Φ.Π.Α., με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) ακόμη έτος, όπως τροποποιήθηκε δυνάμει της υπ' αρ. 4/28-2-2019 (θέμα 14) απόφασης ΔΣ του Νοσοκομείου, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία Διακήρυξη εστάλη για δημοσίευση στην Εφημερίδα της Ε.Ε. την 26/12/2018 και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 31.12.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 69187. Καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή προσφορών μετά την ως άνω τροποποίηση ορίστηκε η 4<sup>η</sup> Απριλίου 2019 και ώρα 23:59:00.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 264701463959 0513 0035), ποσού 3.320,00€, το οποίο υπολογίζεται εν προκειμένω με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη άνευ ΦΠΑ της υπό ανάθεση σύμβασης.

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

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 663.998,93€ πλέον ΦΠΑ (όπως τροποποιήθηκε δυνάμει της υπ' αρ. 4/28-2-2019 απόφασης ΔΣ του Νοσοκομείου), ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000€, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ε.Ε. (26.12.2018) σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν.

## **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», η οποία γνώση επήλθε εν προκειμένω κατά δήλωση της προσφεύγουσας στο έντυπο της Προσφυγής της, την 04.03.2019, (ημερομηνία ανάρτησης της προσβαλλομένης τροποποιηθείσας διακήρυξης στο ΕΣΗΔΗΣ) οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 14.03.2019.

6. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων της υπ' αριθμ. 72/2018 διακήρυξης του Ειδικού Αντικαρκινικού Νοσοκομείου Πειραιά «ΜΕΤΑΞΑ», όπως αυτοί τροποποιήθηκαν δυνάμει της υπ' αρ. 4/28-2-2019 (θέμα 14) απόφασης ΔΣ του Νοσοκομείου, διότι κατά την προσφεύγουσα είναι σε απόλυτη αντίθεση και παραβιάζουν τις ρητά καθοριζόμενες διατάξεις του εσωτερικού δικαίου (Ν. 4412/2016) αλλά και του κοινοτικού δικαίου (Οδηγία 2014/24/ΕΕ) και δεν επιτρέπουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού. Και τούτο διότι με βάση τις απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής για τον αριθμό και το χρόνο απασχόλησης του προσωπικού του αναδόχου, αλλά και τις λοιπές δαπάνες που βαρύνουν τον ανάδοχο, όπως τα στοιχεία αυτά προκύπτουν από τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές, ο προϋπολογισμός της διακήρυξης δεν επαρκεί για την κάλυψη του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους των εργαζομένων που θα απασχοληθούν και κατ' επέκτασιν του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης, με συνέπεια να εμποδίζεται ή, άλλως, να δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή της στο διαγωνισμό με την υποβολή προσφοράς η οποία να ανταποκρίνεται στις διατάξεις του νόμου, ενώ, σε κάθε περίπτωση, καλείται να συμμετάσχει σ' αυτόν κάτω από εξαιρετικά δυσμενείς

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

για την εταιρεία της προϋποθέσεις. Επιπλέον δε, μη νομίμως και κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας η διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού θέτει απαίτηση για παροχή 81.770 εργατοωρών απασχόλησης, με αντίστοιχο υπολογισμό εργατικού κόστους για τις ανωτέρω εργατοώρες, ερειδόμενη στην όλως εσφαλμένη προϋπόθεση ότι ένα έτος 365 ημερών αποτελείται από 255 καθημερινές ημέρες και όχι 254 καθημερινές και από 58 Κυριακές & Αργίες και όχι 59 Κυριακές & Αργίες, αιτούμενη κατ' ακολουθίαν την ακύρωση της.

7. Επειδή, κατ' άρθρο 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, συνεπώς και σε όποιον έχει ενδιαφέρον για συμμετοχή σε διαγωνισμό, όπερ μεθερμηνευόμενο στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης.

8. Επειδή, ενόψει όσων εκτέθηκαν στις προηγούμενες σκέψεις (βλ. σκ. 6-7), η κρινόμενη προσφυγή ασκείται καταρχήν με έννομο συμφέρον από την προσφεύγουσα, η οποία ισχυρίζεται ότι είναι εξειδικευμένη στο χώρο του αντικειμένου της ένδικης διακήρυξης, δηλαδή στο χώρο των υπηρεσιών καθαριότητας, καθώς έχει ήδη αναλάβει, εκτελεί και έχει εκτελέσει με απόλυτη επιτυχία ανάλογες, με τις δημοπρατούμενες, υπηρεσίες καθαριότητας, προϋπολογιζομένων δαπανών εκατομμυρίων ευρώ ετησίως, με αναθέτουσες αρχές διάφορους φορείς του Δημοσίου, με αποτέλεσμα να διαθέτει εξαιρετική τεχνογνωσία και δεδομένη ικανότητα στην παροχή των απαιτούμενων από την διακήρυξη υπηρεσιών και επιθυμεί την συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία συμμετοχή της αποκλείεται ή πάντως δυσχεραίνεται ουσιαδώς, καθόσον η ως άνω προϋπολογισθείσα δαπάνη της Διακήρυξης, με βάση τις απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής για τον αριθμό και το χρόνο

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

απασχόλησης του προσωπικού του αναδόχου, αλλά και τις λοιπές δαπάνες που βαρύνουν τον ανάδοχο, όπως τα στοιχεία αυτά προκύπτουν από τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές, παραβιάζει την εργατική νομοθεσία και δεν επαρκεί για την κάλυψη του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης.

9. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προδικαστική προσφυγή της προβάλλει ότι : «α) η προϋπολογισθείσα δαπάνη της Διακήρυξης, με βάση τις απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής για τον αριθμό και το χρόνο απασχόλησης του προσωπικού του αναδόχου, αλλά και τις λοιπές δαπάνες που βαρύνουν τον ανάδοχο, όπως τα στοιχεία αυτά προκύπτουν από τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές, παραβιάζει την εργατική νομοθεσία και δεν επαρκεί για την κάλυψη του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της, η υπ' αρ. 72/2018 διακήρυξη του Ειδικού Αντικαρκινικού Νοσοκομείου Πειραιά «ΜΕΤΑΞΑ» απαιτεί την υποβολή οικονομικής προσφοράς από τους συμμετέχοντες, εντός του ορίου της προϋπολογισθείσας δαπάνης ποσού 663.998,93€ πλέον Φ.Π.Α. 24% ετησίως, η οποία αφενός θα καλύπτει το νόμιμο εργατικό κόστος των απαιτούμενων καθαριστών για την εκτέλεση του έργου χωρίς να υπερβαίνει το ποσό των 588.199,20€, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υπ' αρ. 4103/28-02-2019 εισήγηση του τμήματος Προμηθειών της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία εγκρίθηκε από την υπ' αρ. 4/28-02-2019 (θέμα 14) απόφαση ΔΣ του Νοσοκομείου και τροποποίησε την προϋπολογισθείσα δαπάνη της υπ' αρ. 72/2018 διακήρυξης, και αφετέρου θα περιλαμβάνει, επί ποινή αποκλεισμού, τα λοιπά κόστη που προβλέπονται τόσο εκ της διακηρύξεως όσο και εκ της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, όπως το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων υλικών, το εργολαβικό κέρδος εκτέλεσης του έργου και τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και Τρίτων, χωρίς να υπερβαίνουν το ποσό των 75.799,73€. Κάθε δε οικονομική προσφορά που παραβιάζει τις εν λόγω απαιτήσεις της διακήρυξης θα απορρίπτεται από την Αναθέτουσα Αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα. Εν προκειμένω, κατά την προσφεύγουσα,

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης με αριθμό 72/2018 απαιτείται ρητά η εκτέλεση του υπό ανάθεση έργου με 39,65 άτομα πλήρους εβδομαδιαίας απασχόλησης (40 ώρες απασχόλησης την εβδομάδα). Κάθε εργαζόμενος που απασχολείται στην παροχή υπηρεσιών καθαριότητας (καθαριστής-καθαρίστρια), αμείβεται ως εργατοτεχνίτης, καθώς ασκεί χειρωνακτική εργασία (βλ. ad hoc ΑΠ 351/1990), με ημερομίσθιο, το οποίο ορίζεται από την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας 2018 και την με αριθμό 4241/127/30-01-2019 Υπουργική Απόφαση (ΦΕΚ ΤΕΥΧΟΣ Β΄ 173/30-01-2019) και ανέρχεται από 01/02/2019 και εφεξής στο ποσό των 29,04€. Κατόπιν των ανωτέρω, το συνολικό μηνιαίο εργατικό κόστος των εργαζομένων που θα απασχοληθούν για την εκτέλεση του υπό κρίση έργου, μετά και την αύξηση του κατώτατου νόμιμου ημερομισθίου και μισθού από 01/02/2019 και εφεξής, είναι το ακόλουθο: 1. Μικτές Αποδοχές Προσωπικού καθαριότητας : 81.607,50 ετήσιες ώρες X 4,356 € ωρομίσθιο = 355.482,27€ ετησίως. 2. Επιπλέον κόστος νυχτερινής απασχόλησης: 365 ημέρες X 6,5 ώρες Κυριακής - Αργίας X 4,356€ ωρομίσθιο X 0,25 προσαύξηση βάρδιας = 2.583,6€ ετησίως. 3. Επιπλέον κόστος απασχόλησης Κυριακές & Αργίες: 59 ημέρες X 110,5 ώρες Κυριακής-Αργίας X 4,356€ ωρομίσθιο X 0,75 προσαύξηση βάρδιας = 21.299,21€ ετησίως. 4. Συνολικό Μικτό Ημερομίσθιο για το σύνολο των εργαζομένων : (355.482,27€ + 2.583,65€ + 21.299,21€) / 12 μήνες / 26 ασφαλιστικά ημερομίσθια το μήνα = 1.215,91€ για το σύνολο των εργαζομένων ημερησίως 5. Κόστος επιδόματος αδείας : 13 μικτά ημερομίσθια X 1.215,91€ μικτό ημερομίσθιο = 15.806,83€ ετησίως 6. Κόστος Δώρου Πάσχα & Χριστουγέννων : 40 ημερομίσθια X 1.215,91€ μικτό ημερομίσθιο X 1,04166 προσαύξηση = 50.662,59€ ετησίως 7. Κόστος αντικαταστατών εργαζομένων σε κανονική άδεια : 1/12 (αναλογία ημερών εργασίας / μήνα) X 24 / 26 (αναλογία εργάσιμων ημερών / ημερών ασφάλισης) X (355.482,27€ + 2.583,65€ + 21.299,21€ + 15.806,83€ + 50.662,59€) = 34.294,97€ ετησίως 8. Αποζημίωση αδείας : 34.294,97€ / 12 μήνες = 2.857,91€ ετησίως 9. Πάσης Φύσεως Νόμιμες Αποδοχές Εργαζομένων : 355.482,27€ + 2.583,65€ + 21.299,21€ + 15.806,83€ +

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

50.662,59€ + 34.294,97€ + 2.857,91€ = 482.987,43€ ετησίως 10. Εισφορές ΕΦΚΑ (πρώην ΙΚΑ) εργοδότη (27,21% για εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης) : 482.987,43€ X 27,21 % = 131.420,88€ ετησίως. Επομένως, το συνολικό ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος ανέρχεται σε 482.987,43€ πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές + 131.420,88€ ασφαλιστικές εισφορές ΕΦΚΑ (πρώην ΙΚΑ) εργοδότη = 614.408,31€ για όλο το χρονικό διάστημα παροχής υπηρεσιών καθαριότητας, ήτοι για ένα (1) έτος. Ωστόσο, η προϋπολογισθείσα δαπάνη που προβλέπεται από τη διακήρυξη με αριθμό 72/2018 για την κάλυψη του εργατικού κόστους, όπως αυτή τροποποιήθηκε και αναπροσαρμόστηκε με την υπ' αριθμ. 4/28-2-2019 απόφαση ΔΣ του Νοσοκομείου, και εντός της οποίας είναι παραδεκτή η υποβολή οικονομικής προσφοράς από κάθε ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, ανέρχεται στο ποσό των 588,199,20€ για το συνολικό διάστημα του ενός (1) έτους εκτέλεσης του έργου. Συνεπώς, η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη για την κάλυψη του εργατικού κόστους που προβλέπει και ορίζει ρητά η ως άνω διακήρυξη, ποσού 588.199,20€, ΥΠΟΛΕΙΠΕΤΑΙ ΤΟΥ ΕΛΑΧΙΣΤΟΥ ΝΟΜΙΜΟΥ ΕΡΓΑΤΙΚΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ κατά 26.209,11€ (614.408,31€ - 588.199,20€), παραβιάζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης για παροχή υπηρεσιών καθαριότητας. Σημειωτέον δε, ότι η οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων στον υπό κρίση διαγωνισμό, προκειμένου να είναι νόμιμη και παραδεκτή, πρέπει να περιλαμβάνει εκτός του εργατικού κόστους, και το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων υλικών, το εργολαβικό κέρδος εκτέλεσης του έργου και τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και Τρίτων, το οποίο κατ' ανώτατο όριο ανέρχεται στο ποσό των 75.799,73€. Ωστόσο, η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ποσού 663.998,93€ της διακήρυξης ΔΕΝ ΕΠΑΡΚΕΙ για την κάλυψη τόσο του εργατικού κόστους εκτέλεσης του έργου όσο και των λοιπών δαπανών και επιβαρύνσεων που απαιτεί από τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό τόσο η διακήρυξη όσο και η νομοθεσία που διέπει αυτή. Επομένως, ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού δεν επαρκεί για να καλύψει το συνολικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, όπως αυτό συντίθεται από το εργατικό κόστος, τις νόμιμες κρατήσεις επί της αμοιβής του



### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

αναδόχου, το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων, και τις λοιπές συναφείς δαπάνες εκτέλεσης της σύμβασης, με συνέπεια να καθίσταται αδύνατη η υποβολή προσφοράς, η οποία να επιτρέπει στον ανάδοχο να καλύπτει όλες τις προαναφερθείσες συμβατικές υποχρεώσεις του και να προσδοκά ένα εύλογο περιθώριο κέρδους. Τούτο δε εμποδίζει σφόδρα την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αλλά και αποβαίνει εις βάρος του δημοσίου συμφέροντος, αφού ο ανάδοχος που τυχόν υποβάλει, παρά ταύτα, προσφορά εντός των ορίων της προϋπολογιζόμενης δαπάνης, θα συνάψει σύμβαση με το νοσοκομείο, από την οποία δεν θα μπορεί να εξοφλήσει ούτε τις ελάχιστες έστω νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων του, ούτε τις ασφαλιστικές εισφορές του προσωπικού του, ούτε το διοικητικό του κόστος και λοιπά κόστη, όπως κόστος αναλωσίμων υλικών, κόστος ειδών ατομικής υγιεινής για τις ανάγκες ασθενών, επισκεπτών και προσωπικού Νοσοκομείου, κόστος εργαλείων και μηχανημάτων καθαρισμού, κόστος διοικητικής υποστήριξης, εγγυητικών επιστολών, ασφάλειας & υγιεινής (ΜΑΠ), λοιπά έξοδα, νόμιμες κρατήσεις επί της αξίας τιμολογίου, αλλά ούτε και θα δύναται να αποκομίσει οιοδήποτε εργολαβικό όφελος. Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία του ΣΤΕ, η οικονομική προσφορά διαγωνιζομένου έχει κριθεί ότι *δεν μπορεί κατά κοινή αντίληψη να συντίθεται μόνο από το κόστος μισθοδοσίας του προσωπικού που θ' απασχοληθεί στην παροχή των επίμαχων υπηρεσιών φυλάξεως, αλλά θα πρέπει να περιλαμβάνει και το λειτουργικό (διοικητικό) κόστος και κόστος αναλωσίμων, καθώς επίσης και να καταλείπει και κάποιο περιθώριο κέρδους, ώστε να μη θέτει σε κίνδυνο την εκτέλεση της σχετικής συμβάσεως* (βλ. Ε.Α. 675/2002, 272/2008, 1257, 1262 1297,1299/2009, 970/2010, βλ. και Ε.Α. 187/2013). Σε περίπτωση, περαιτέρω, που, υπό τις ως άνω, σύμφωνα με τις τιθέμενες από τη διακήρυξη προδιαγραφές, υποβληθούν προσφορές, αυτές θα είναι εκ των πραγμάτων ασυνήθιστα χαμηλές και κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, *η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, εφόσον δεν αιτιολογείται επαρκώς, νοθεύει τον ανταγωνισμό και πλήττει την αρχή της ισότητας των συμμετεχόντων στους δημόσιους διαγωνισμούς, καθώς με τον τρόπο αυτό αποκλείονται οι λοιποί*

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

συμμετέχοντες κατά το στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης από τον διαγωνιζόμενο εκείνον, ο οποίος προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί ασυνήθιστα χαμηλού τιμήματος, αναφορικά με τα κρατούντα στην αγορά για το οικείο είδος υπηρεσιών. Επίσης, η υποβολή της προσφοράς αυτής δύναται να πλήξει και το δημόσιο συμφέρον, στο μέτρο που ο ανάδοχος που έχει υποβάλει ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά και έχει επιτύχει την υπέρ αυτού κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού, ενδέχεται, κατά λογική ακολουθία, να επιχειρήσει κατά την εκτέλεση των υπηρεσιών να καλύψει τη ζημία που υφίσταται λόγω του ασυνήθιστα χαμηλού τιμήματος που λαμβάνει, με μείωση της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (βλ. πράξη 240/2007 VI Τμ. Ε.Σ.). Έχει δε κριθεί ότι είναι απορριπτέα, ως προφανώς ζημιογόνος, οικονομική προσφορά η οποία υπολείπεται του ελάχιστου κόστους μισθοδοσίας του προσωπικού που θα απασχοληθεί με την παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από την ισχύουσα νομοθεσία και τις συναφείς συλλογικές συμβάσεις εργασίας, με βάση τις οποίες πρέπει να ερμηνεύεται η διακήρυξη του διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 135/2011, 136/2011, 1122/2010, 1255/2009, βλ. και ΕΑΣΤΕ 1344/2008, 1090/2006, πρβλ. ΣΤΕ 4058/2001, 805/2001). Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να υποβληθεί παραδεκτή προσφορά από διαγωνιζόμενο, εφόσον, κατά το οικονομικό της σκέλος, δεν έχουν ληφθεί υπόψη, κατά τον υπολογισμό του ελάχιστου κόστους παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών, οι αμοιβές του προσωπικού, όπως αυτές ίσχυαν κατά το χρόνο λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, με βάση την οικεία συλλογική σύμβαση εργασίας (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 134/2011, 873/2010, 628/2010). Συνεπώς, με την ως άνω μη νόμιμη τεθείσα προϋπολογισθείσα δαπάνη του διαγωνισμού, είναι σαφής και αναμφισβήτητη η παραβίαση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας καθώς συνάμα και των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού, της διαφάνειας, της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, δεδομένου ότι το τιθέμενο εκ της διακηρύξεως ποσό κάλυψης εργατικού κόστους δεν επιτρέπεται να υπερβαίνει το ποσό 588.199,20€ ετησίως, αν και το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

ανέρχεται στο ποσό των 614.408,31 €, η δε συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη δεν επιτρέπεται να υπερβαίνει το ποσό των 663.998,93€ ετησίως. Για το λόγο αυτό θα πρέπει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 72/2018 διακήρυξη, όπως τροποποιήθηκε δυνάμει της υπ' αρ. 4/28-2-2019 απόφασης ΔΣ του Νοσοκομείου, άλλως να τροποποιηθεί η ανωτέρω διακήρυξη κατά το μέρος της οριζόμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης, προκειμένου να αναπροσαρμοστεί από την Αναθέτουσα Αρχή η προϋπολογιζόμενη δαπάνη της διακήρυξης σε ποσό το οποίο θα επιτρέπει την υποβολή οικονομικών προσφορών που καλύπτουν το ελάχιστο απαιτούμενο συνολικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, όπως επιβάλλουν η αρχή της νομιμότητας και του υγιούς ανταγωνισμού αλλά και η υποχρέωση προστασίας του δημοσίου συμφέροντος. β) Μη νόμιμη και εσφαλμένη απαίτηση παροχής από τους συμμετέχοντες για #81.770# εργατώρες απασχόλησης ετησίως με υπολογισμό αντίστοιχου εργατικού κόστους, αν και, με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, οι ετήσιες εργατώρες καθαρισμού ανέρχονται σε #81.607,50# και όλως εσφαλμένως και κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας η διακήρυξη υπολογίζει 58 Κυριακές & Αργίες ετησίως, αν και το σύνολο των Κυριακών & Αργιών ενός έτους ανέρχεται σε 59. Αντιστοίχως, εσφαλμένα υπολογίζονται 255 καθημερινές ημέρες ανά έτος, αν και ένα έτος 365 ημερών περιλαμβάνει 254 καθημερινές ημέρες (ΔΕΥΤΕΡΑ-ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ). Κατά την προσφεύγουσα, η διακήρυξη με αρ. 72/2018 όλως μη νομίμως και εσφαλμένως στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΣΤ' «ΑΝΑΛΥΣΗ ΚΟΣΤΟΥΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ» αυτής, ως παράμετρο υπολογισμού του εργατικού κόστους θέτει και αναγράφει 6 Αργίες και 255 καθημερινές ημέρες το έτος, παρά το γεγονός ότι ρητά η εργατική νομοθεσία προβλέπει 7 Αργίες ετησίως και 254 καθημερινές ημέρες το έτος. Ως εκ τούτου ο απαιτούμενος αριθμός παρεχόμενων εργατωρών απασχόλησης ετησίως, ήτοι 81.770 εργατώρες, είναι μη νόμιμος και εσφαλμένος, δεδομένου ότι με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης οι συμμετέχοντες θα έπρεπε να παρέχουν και να υπολογίσουν το εργατικό κόστος της οικονομικής τους προσφοράς για 81.607,50 εργατώρες απασχόλησης ετησίως. Επομένως,

## **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

κατά τα ως άνω υπό στοιχείο β) της προσφυγής, θα πρέπει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 72/2018 διακήρυξη, όπως τροποποιήθηκε δυνάμει της υπ' αρ. 4/28-2-2019 (θέμα 14) απόφασης ΔΣ του Νοσοκομείου, άλλως να τροποποιηθεί η ανωτέρω διακήρυξη κατά το μέρος που όλως μη νομίμως απαιτεί τη σύνταξη οικονομικών προσφορών και την παροχή από τους συμμετέχοντες 81.770 εργατωρών καθαρισμού ετησίως, αν και με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας οι προσφερόμενες εργατώρες καθαρισμού ανέρχονται σε 81.607,50 ώρες, δεδομένου ότι οι Κυριακές & Αργίες μέσα σε ένα έτος είναι 59 και όχι 58, όπως επιβάλλουν η αρχή της νομιμότητας, του υγιούς ανταγωνισμού αλλά και η υποχρέωση τήρησης της εργατικής νομοθεσίας.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή με το με αρ. 6/26-3-2019 Πρακτικό Συνεδρίασης του ΔΣ του Νοσοκομείου, το οποίο αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ στις 26-03-2019, ενέκρινε ομόφωνα την με αρ. πρωτ. 5757/26-3-2019 εισήγηση του Τμήματος Προμηθειών του Νοσοκομείου σχετικά με τις απόψεις της Υπηρεσίας αναφορικά με την προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «.....» κατά της υπ' αρ. 72/2018 Διακήρυξης, στις οποίες, σε απάντηση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, προβάλλονται τα εξής: «Ως προς τα αναφερόμενα στην Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας «.....» είναι παρατηρητέα τα ακόλουθα: 1. Όλοι οι φορείς που υπάγονται στο Υπουργείο Υγείας υποχρεούνται να λαμβάνουν υπόψη τους τις αναρτημένες τιμές του Παρατηρητηρίου Τιμών κατά την κατάρτιση του προϋπολογισμού έκαστου Διαγωνισμού. Όσον αφορά στην ανάδειξη αναδόχου Υπηρεσιών Καθαριότητας υπάρχει αντίστοιχο Παρατηρητήριο Τιμών Υπηρεσιών (Π.Τ.Υ.), βάσει του οποίου προσδιορίζεται επακριβώς ο τρόπος υπολογισμού του ανώτατου πλαφόν προϋπολογισμού, με τη βασική διευκρίνιση ότι: «Σε περίπτωση που η μηνιαία δαπάνη της τελευταίας ληξάσης σύμβασης ενός Νοσοκομείου είναι μικρότερη από την καθοριζόμενη μηνιαία δαπάνη που προκύπτει από τον Πίνακα "ΠΤ-ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ" είναι υποχρεωτικό ότι η "Προϋπολογισθείσα Δαπάνη της Νέας Διαγωνιστικής Διαδικασίας" θα

## **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

προκύπτει με βάση την μικρότερη εξ αυτών». Ως εκ τούτου όλες οι σχετικές αναφορές ανάλυσης κόστους παρατίθενται παρεμπιπτόντως των όλων απαιτήσεων της διαγωνιστικής διαδικασίας και με κύριο σκοπό να μην παρουσιάζονται διαφοροποιήσεις στις προσφορές των συμμετεχόντων ως προς τις συνολικές κατ' έτος ώρες εργασίας καθώς και στον απαιτούμενο αριθμό απασχολούμενων (βλ. συνημμένη εκτύπωση Π.Τ.Υ.) 2. Συνεπώς, η υπηρεσία μας, σύμφωνα και με την πρακτική υπολογισμού της αναπροσαρμογής του προϋπολογισμού της προσφεύγουσας εταιρείας σε κατατεθειμένη επιστολή της στο συστημικό αριθμό 69187, του εν λόγω Διαγωνισμού στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, όσον αφορά στο σκέλος του εργατικού κόστους, έπειτα από τη σχετική υπ' αρ. 4241/127/30-1-19 Υ.Α. (ΦΕΚ Β' 173/30-1-19), προσαύξησε το κόστος του εργατικού σκέλους κατά 10,92%, δεδομένου ότι όλες οι αναφερόμενες ανώτατες τιμές, τόσο στο Π.Τ.Υ. όσο και στα ποσά προηγούμενων συναφθεισών συμβάσεων, αφορούσαν σε υπολογισμούς πριν τη σχετική αύξηση κατώτατων μισθών και ημερομισθίων. 3. Ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, η προσφεύγουσα ότι έχει χωρήσει εσφαλμένος υπολογισμός των εργατωρών, δεδομένου ότι οι αργίες εκάστου έτους είναι 59 και όχι 58. Παρατηρείται στο σημείο αυτό ότι η υπ' αριθ. 72/2018 διακήρυξη του Νοσοκομείου μας δημοσιεύτηκε την 26/12/18 στην εφημερίδα της ΕΕ και 31/12/18 στο ΕΣΗΔΗΣ, ημερομηνία κατά την οποία εκκίνησε η κατ' άρθρο 361 παράγραφος (γ) προθεσμία του Ν. 4412/2016 για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά των όρων αυτής, προθεσμία που παρήλθε άπρακτη για την προσφεύγουσα. Και ναι μεν με την με την υπ' αριθ. 4/28-2-2019 (θέμα 14) απόφαση ΔΣ του Νοσοκομείου μας τροποποιήθηκε η επίμαχη Διακήρυξη, η τροποποίηση όμως αυτή αφορούσε αποκλειστικά και μόνο την αναπροσαρμογή του προϋπολογισμού του διαγωνισμού, κατ' εφαρμογή της υπ' αριθ. 4241/127/30-01-2019 ΥΑ (ΦΕΚ τ. Β' 173/30-01-2019), με την οποία αυξήθηκε το κατώτατο νόμιμο ημερομίσθιο. Ειδικότερα, δεδομένου ότι η μόνη τροποποίηση που επήλθε οπιγενώς αφορούσε στην αύξηση του προϋπολογισμού του εργατικού κόστους κατά ποσοστό 10,92%, εκκίνησε για τις συμμετέχουσες νέα προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής,

## **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

μόνο όμως ως προς τις μεταβολές που επέφερε η επιγενόμενη τροποποίηση και όχι ως προς όλους τους όρους της Διακήρυξης. Ως προς τον υπολογισμό των αργιών εκάστου έτους ουδεμία μεταβολή επήλθε από δημοσίευσης της Διακήρυξης μέχρι σήμερα. Δεδομένου ότι η εταιρεία δεν προσέφυγε για το ζήτημα αυτό κατά της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της με αριθ.72/18 Διακήρυξης, κατά το στάδιο της δημοσίευσής της, ήτοι πριν την ανάρτηση της διευκρίνησης αναπροσαρμογής, εκπροθέσμως προβάλλει τους σχετικούς ισχυρισμούς της το πρώτον στο στάδιο αυτό. 4. Επιπροσθέτως, στην παρ. 2 του υπ' αρ. 1050/19-2-2019 (ΑΔΑ:99ΖΥΟΞΤΒ-Δ5Μ) διευκρινιστικού εγγράφου της ΕΑΑΔΗΣΥ, αναφέρεται ότι βάσει της νομολογίας των εθνικών δικαστηρίων και του δικαστηρίου της Ε.Ε., «οι τυχόν νομοθετικές ή κανονιστικές μεταβολές που εμφιλοχωρούν, ενώ ήδη εξελίσσονται διαδικασίες ανάθεσης, δεν επηρεάζουν τις διαδικασίες αυτές, εκτός και αν έχουν, ρητώς, αναδρομική ισχύ.», κάτι που δεν αναφέρεται στην εν λόγω ΥΑ αύξησης των κατώτατων μισθών και ημερομισθίων, καθώς επίσης και ότι: «...οι εν εξελίξει διαδικασίες ανάθεσης δύνανται να ολοκληρώνονται υπό το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της σχετικής διακήρυξης. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω επισημαίνεται, ωστόσο, ότι κατά την εκτέλεση των συμβάσεων που συνάπτονται ως άνω, οι αποδοχές των εργαζομένων υπολογίζονται και καταβάλλονται βάσει των οριζομένων στην υπ' αρ. 4241/127/30.01.2019 Υπουργική Απόφαση.». Ως εκ τούτου, ο προϋπολογισμός της επίμαχης Διακήρυξης θα μπορούσε και να μην αναπροσαρμοστεί, σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερόμενα και συναρτήσει του ΠΤ. Εντούτοις, το γεγονός ότι ο εν λόγω Διαγωνισμός δεν είχε αποσφραγιστεί, οδήγησε την υπηρεσία να ενσωματώσει την αύξηση του κατώτατου μισθού και του κατώτατου ημερομισθίου (ΥΑ 4241/127/30-1-2019) και να αναπροσαρμόσει αναλόγως τον προϋπολογισμό, ο οποίος σημειωτέον αποτελεί απόρροια της χαμηλότερης μηνιαίας δαπάνης, που πέτυχε το Νοσοκομείο από προηγούμενους Διαγωνισμούς και Διαπραγματεύσεις, με την ίδια την προσφεύγουσα εταιρεία. 5. Τέλος, ως προς την παρατήρηση της εταιρείας σχετικά με την (δυνάμει της υπ' αριθ. 4241/127/30-01-2019 ΥΑ) κατάργηση

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

*του «υποκατώτατου μισθού» για εργαζόμενους ηλικίας κάτω των 25 ετών, η οποία προκαλεί, κατά τους ισχυρισμούς της, έτι μεγαλύτερη αύξηση του εργατικού της κόστους της τάξεως του 27%, υπογραμμίζεται ότι εν προκειμένω σε άπασες τις Διακηρύξεις καθαριότητας του Νοσοκομείου μας (περιλαμβανομένης της τρέχουσας), προβλέπεται ρητά ότι το εργατικό κόστος υπολογίζεται για άτομα άνω των 25 ετών. Ουδεμία επιρροή ασκεί συνεπώς εν προκειμένω η κατάργηση του «υποκατώτατου μισθού» για εργαζόμενους ηλικίας κάτω των 25 ετών».*

12. 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, 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 (ΟΛΣΤΕ 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).

13. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η αρχή της διαφάνειας προϋποθέτουν, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA).

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

14. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

15. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι : «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ....., (β) ....., (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ»

16. Επειδή, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και κατ' αναλογία με τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία στο πλαίσιο εφαρμογής του ν. 3886/2010 (ΣΤΕ 219/2011, 884, 333, 140/2010, 11016/2009), τα οποία γίνεται δεκτό ότι ομοίως ισχύουν και για τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, με την άσκηση της προβλεφθείσας στο Βιβλίο IV του ν. 4412/2016 προδικαστικής προσφυγής επιδιώκεται η εξασφάλιση της παροχής δικαστικής προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο, ώστε αφενός μεν να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία στη συγκεκριμένη περίπτωση μέτρα, προκειμένου να αποτρέπεται η δημιουργία καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, αφετέρου δε να μην παρακωλύεται, κατά τρόπο που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, η εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού και η σύναψη της σύμβασης, με την αδικαιολόγητη παράταση της εκκρεμότητας σχετικά με τη νομιμότητα της διαδικασίας αυτής. Ειδικότερα, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν



### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012).

17. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου των εγγράφων του διαγωνισμού και αναφορικά με την ιστορικότητα και το χρονικό των ενεργειών που έλαβαν χώρα προκύπτουν τα εξής: 1. Με την υπ' αρ. 35/20-12-2018 (θέμα 9) απόφαση ΔΣ εγκρίθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές και η διενέργεια διαγωνισμού. 2. Στις 26-12-2018 δημοσιεύθηκε η Διακήρυξη Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού άνω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου υπηρεσιών καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων και του περιβάλλοντος χώρου του Νοσοκομείου στην Εφημερίδα της Ε.Ε. με ημερομηνία αποσφράγισης την 19-2-2019 και στις 31-12-2019 δημοσιεύθηκε αυτή στο ΕΣΗΔΗΣ. 3. Στις 30-01-2019 εκδόθηκε η με αριθμό 4241/127/30-01-2019 Υπουργική Απόφαση (ΦΕΚ ΤΕΥΧΟΣ Β' 173/30-01-2019), σύμφωνα με την οποία από 01/02/2019 και εφεξής αυξάνεται το κατώτατο ημερομίσθιο των καθαριστών/καθαριστριών και ανέρχεται στο ποσό των 29,04€. 4. Στις 30-1-2019 ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου διεξαγωγής του διαγωνισμού υπόμνημα/διευκρινιστικό ερώτημα προς την αναθέτουσα, στο οποίο έθετε το ζήτημα της ανεπάρκειας του προϋπολογισμού να καλύψει το απαιτούμενο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος βάσει της ανωτέρω εργατικής νομοθεσίας (ΥΑ 4241/127/30-01-2019) και σε συνδυασμό με τις οριζόμενες τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης, αφού κατά τον προσφεύγοντα το συνολικό εργατικό και ασφαλιστικό κόστος του προσωπικού που απαιτείται για την κάλυψη του υπό ανάθεση έργου εφόσον κατά τη διακήρυξη απαιτούνται 81.770 συνολικά εργατοώρες καθαρισμού ετησίως και 39,65

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

άτομα, ανέρχεται σε 612.877,00€ ετησίως, ποσό που υπερβαίνει της ετήσιας προϋπολογιζόμενης δαπάνης του εν λόγω διαγωνισμού, ήτοι 606.091,13€ χωρίς ΦΠΑ. 5. Στις 04-03-2019 αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ η με αρ. 4/28-2-2019 (θέμα 14) απόφαση ΔΣ, με την οποία εγκρίθηκε η αναπροσαρμογή της προϋπολογιζόμενης δαπάνης βάσει της υπ' αρ. 4241/127/30-1-2019 Υπουργικής Απόφασης και η παράταση των προθεσμιών του εν λόγω διαγωνισμού. 6. Στις 14-3-2019 κατατέθηκε η προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «.....» κατά της υπ' αρ. 72/2018 Διακήρυξης.

18. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου της σύμβασης και των διατάξεων της διακήρυξης, αναφορικά με τους υπό στοιχείο α) ισχυρισμούς της προσφυγής, ήτοι ότι ο προϋπολογισμός της διακήρυξης δεν επαρκεί για την κάλυψη του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους των εργαζομένων που θα απασχοληθούν και κατ' επέκτασιν του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης, εφόσον η διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού θέτει απαίτηση για παροχή 81.770 εργατοωρών απασχόλησης, με αντίστοιχο υπολογισμό εργατικού κόστους για τις ανωτέρω εργατοώρες, λεκτέα είναι τα παρακάτω: Στη με αρ. 72/2018 διακήρυξη, τόσο πριν την τροποποίησή της με την με αρ. 4/28-2-2019 απόφαση του ΔΣ, σύμφωνα με την οποία αναπροσαρμόστηκε αποκλειστικά και μόνο η προϋπολογισθείσα δαπάνη προκειμένου να συνάδει με τα όσα ορίζονται στην υπ' αρ. 4241/127/30-01-2019 Υπουργική Απόφαση περί αύξησης του κατώτατου ημερομισθίου από 01-02-2019 των καθαριστών στο ποσό των 29,04 όσο και μετά την τροποποίησή της αναφορικά με την προϋπολογιζόμενη δαπάνη, σε σχετικά άρθρα της διακήρυξης ορίζονται τα εξής: α) σύμφωνα με το άρθρο 4.2.2. της διακήρυξης (σελίδα 12) *«Περιεχόμενα (υπο)Φακέλου Οικονομική Προσφορά»*, *Η Οικονομική Προσφορά: Υποβάλλεται ηλεκτρονικά επί ποινή απορρίψεως στον (υπό)φάκελο «Οικονομική Προσφορά»*. *Η οικονομική προσφορά, συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Στην συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική*

## **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται... Επισημαίνεται ότι: Αντιπροσφορές δε γίνονται δεκτές και απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Εναλλακτικές προσφορές δε γίνονται δεκτές και απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Εάν υποβληθούν τυχόν εναλλακτικές προσφορές δε θα ληφθούν υπ' όψιν. Ο υποψήφιος προμηθευτής ο οποίος θα υποβάλλει τέτοιες φύσης προσφορές δεν δικαιούται σε καμία περίπτωση να διαμαρτυρηθεί ή να επικαλεστεί λόγους προσφυγής κατά της απόρριψης των προσφορών αυτών....». Σύμφωνα δε με το άρθρο 9 της διακήρυξης, σελίδα 15, «Προσφερόμενη τιμή – Νόμισμα» ... 9.5. Το προσφερόμενο μηνιαίο κόστος καθώς και όλα τα προσφερόμενα κόστη ωρομισθίων, θα υπολογιστούν Υποχρεωτικά Επί Ποινή Απόρριψης για άτομα άνω των 25 ετών, όπου θα αποδεικνύεται η τουλάχιστον ενός έτους προϋπηρεσία/εμπειρία τους, βάσει της ισχύουσας Εθνικής Γενικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού. Το κόστος των εργατικών δεν θα πρέπει (με ποινή αποκλεισμού) να υπολείπεται του ελάχιστου προβλεπόμενου νομίμου ως ανωτέρω. Προσφορά που δεν έχει υπολογιστεί σύμφωνα με το προαναφερόμενο της παρούσης παραγράφου δεν λαμβάνεται υπόψη και δεν αξιολογείται. 9.6 Με το προσφερόμενο μηνιαίο κόστος, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς υποχρεούνται ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ να αναφέρουν στην οικονομική προσφορά και το κόστος του ωρομισθίου για πρωινή και απογευματινή βάρδια εργάσιμης ημέρας, το ωρομίσθιο Αργίας και Σαββατοκύριακου καθώς και το ωρομίσθιο βραδινής βάρδιας. 9.7 Οι προσφερόμενες τιμές που δεν καλύπτουν το κόστος των αμοιβών και της ασφάλισης του προσωπικού των ζητούμενων υπηρεσιών ως ανωτέρω (παρ.9.5 και 9.6) βάσει της ισχύουσας Εθνικής Γενικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού θα απορρίπτονται ως απαράδεκτες. 9.8. 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).» Σύμφωνα, περαιτέρω, με τον πίνακα ,

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

«ΑΝΑΛΥΣΗ ΚΟΣΤΟΥΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ», σελίδα 100-101 της διακήρυξης απαιτούνται συνολικά 81.770 εργατοώρες καθαρισμού ετησίως (για καθημερινές, Σάββατα, Κυριακές και Αργίες) και απαιτούμενος αριθμός προσωπικού 39,65 άτομα). Επομένως, από τα ως άνω, καθίσταται σαφές ότι τα όσα προβάλλει ο προσφεύγων ακόμη και αν παραδεκτώς και ενδεχομένως βασίμως δύναντο να προβληθούν στο πλαίσιο παραδεκτής και εμπρόθεσμης προσφυγής κατά διακήρυξης, δεν είναι δυνατόν να προβληθούν παραδεκτώς στο πλαίσιο της προκείμενης προσφυγής. Και τούτο διότι τα όσα επικαλείται ότι τον εμποδίζουν να υποβάλει προσφορά, λόγω των απαιτήσεων της διακήρυξης και του προϋπολογισμού αυτής, δεν προέκυψαν με την τροποποίηση της διακήρυξης αλλά ίσχυαν και πριν από αυτήν και ουδόλως μεταβλήθηκαν με την προσβαλλόμενη. Ως εκ τούτων, όλες οι αιτιάσεις του προσφεύγοντα προς αμφισβήτηση των εν λόγω όρων της διακήρυξης όφειλαν να είναι προϊόν προδικαστικής προσφυγής σε προγενέστερο στάδιο, ήτοι εντός του χρονικού διαστήματος που προβλέπεται στο άρθρο 361 του ν. 4412/2016 από τη δημοσίευση της διακήρυξης, προθεσμία δε που έχει προ πολλού παρέλθει πριν την άσκηση της παρούσας προσφυγής. Συνεπώς, και σύμφωνα και με τη σκ. 16, οι σχετικοί υπό στοιχείο α) ισχυρισμοί της προσφυγής προβάλλονται εκπροθέσμως και ανεπιταίρως το πρώτον με την εν λόγω προδικαστική προσφυγή και πρέπει να απορριφθούν ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι.

19. Επειδή, αναφορικά με τους ισχυρισμούς στο υπό στοιχείο β) της εν λόγω προσφυγής ότι πρέπει να ακυρωθεί, άλλως οίκοθεν ανακληθεί ή τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 72/2018 διακήρυξη του Ειδικού Αντικαρκινικού Νοσοκομείου Πειραιά «ΜΕΤΑΞΑ», όπως τροποποιήθηκε δυνάμει της υπ' αρ. 4/28-2-2019 (θέμα 14) απόφασης ΔΣ του Νοσοκομείου, κατά το μέρος που όλως μη νομίμως απαιτεί τη σύνταξη οικονομικών προσφορών και την παροχή από τους συμμετέχοντες 81.770 εργατοώρες καθαρισμού ετησίως, αν και με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης οι προσφερόμενες εργατοώρες καθαρισμού ανέρχονται σε 81.607,50 ώρες, δεδομένου ότι οι Κυριακές & Αργίες μέσα σε ένα έτος είναι

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

59 και όχι 58, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έχει χωρήσει εσφαλμένος υπολογισμός των εργατωρών, δεδομένου ότι οι αργίες εκάστου έτους είναι 59 και όχι 58. Ωστόσο, η υπ' αριθ. 72/2018 διακήρυξη του Νοσοκομείου δημοσιεύτηκε την 26/12/18 στην εφημερίδα της ΕΕ και 31/12/18 στο ΕΣΗΔΗΣ, ημερομηνία κατά την οποία εκκίνησε η κατ' άρθρο 361 παράγραφος (γ) προθεσμία του Ν. 4412/2016 για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά των όρων αυτής, προθεσμία που παρήλθε άπρακτη και δεν ασκήθηκε καμία προσφυγή από την προσφεύγουσα. Και ναι μεν, όπως ορθά ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεών της, με την με υπ' αριθ. 4/28-2-2019 (θέμα 14) απόφαση ΔΣ του Νοσοκομείου τροποποιήθηκε η επίμαχη Διακήρυξη, η τροποποίηση, όμως, αυτή αφορούσε αποκλειστικά και μόνο την αναπροσαρμογή του προϋπολογισμού του διαγωνισμού, κατ' εφαρμογή της υπ' αριθ. 4241/127/30-01-2019 ΥΑ (ΦΕΚ τ. Β' 173/30-01-2019), με την οποία αυξήθηκε το κατώτατο νόμιμο ημερομίσθιο. Ειδικότερα δε, η μόνη τροποποίηση που επήλθε οφигενώς αφορούσε στην αύξηση του προϋπολογισμού του εργατικού κόστους κατά ποσοστό 10,92% και επ' αυτής της συγκεκριμένης τροποποίησης και των μεταβολών που επέφερε εκκίνησε για τις συμμετέχουσες νέα προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Νομίμως, επομένως, με την προδικαστική προσφυγή μπορεί να προσβληθεί το μεταβαλλόμενο με την τροποποίηση της διακήρυξης στοιχείο/όρος και όχι όλοι οι όροι της Διακήρυξης (βλ. παραπάνω σκ. 6). Επειδή, ως προς τον υπολογισμό των αργιών εκάστου έτους, αδιαφόρως αν τούτος έγινε κατά τρόπο εσφαλμένο ή μη από την αναθέτουσα, πάντως ουδεμία μεταβολή επήλθε από δημοσίευσής της Διακήρυξης, ήτοι από 31/12/2018 (ημερομηνία ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ και ΚΗΜΔΗΣ) και μέχρι σήμερα και δεδομένου ότι η προσφεύγουσα εταιρεία δεν προσέφυγε για το λόγο αυτό, ενώ είχε κάθε έννομο συμφέρον να το πράξει, στο προβλεπόμενο εκ της διάταξης 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 νόμιμο χρονικό διάστημα από της δημοσίευσής της διακήρυξης και η προθεσμία άσκησης της προσφυγής παρήλθε άπρακτη. Δεδομένου, λοιπόν, ότι η εταιρεία δεν προσέφυγε για το ζήτημα του λανθασμένου υπολογισμού

### **Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

αργιών και ως απόρροια αυτού του υπολογισμού των εργατωρών απασχόλησης που απαιτούνται σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης κατά το στάδιο της δημοσίευσής της, ήτοι πριν την ανάρτηση της διευκρίνησης αναπροσαρμογής, εκπροθέσμως προβάλλει τους σχετικούς ισχυρισμούς της το πρώτον στο στάδιο αυτό και αυτοί πρέπει ως ανεπικαιρώς προβαλλόμενοι να απορριφθούν ως απαράδεκτοι.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν όλων των ανωτέρω και από τη συνδυαστική εφαρμογή των ως άνω όρων της Διακήρυξης, την τήρηση των αρχών του ενωσιακού δικαίου και εφαρμογή του οικείου νομικού πλαισίου αλλά και τα πραγματικά δεδομένα της προς εξέταση υπόθεσης, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή είναι απορριπτέα στο σύνολό της και κατά κάθε επιμέρους αίτημα αυτής.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 264701463959 0513 0035), ποσού τριών χιλιάδων τριακοσίων είκοσι ευρώ (3.320,00€).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 4 Απριλίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 24 Απριλίου 2019.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Αριθμός απόφασης: 461 / 2019**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αθηνά Μπουζιούρη**