

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος – Εισηγητής, Μαργαρίτα Κανάβα και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.12.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2285/10-12-2021 Προδικαστική Προσφυγή του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο, στην οδό ... (εφεξής ο «προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της αναθέτουσας αρχής ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθ. ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής (εφεξής «η προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί εν συνόλω η προσβαλλόμενη, άλλως οι επιμέρους προβαλλόμενοι όροι αυτής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή Γεώργιο Κουκούτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, έχει καταβληθεί παράβολο, το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 756.000,00 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, για την άσκηση της προσφυγής 3.780,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 09.12.2021 πληρωμή στην Alpha Bank και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί δέσμευσης).

Αριθμός απόφασης: 162/2022

2. Επειδή με την υπ' αριθ. ... Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με ανοιχτή διαδικασία άνω των ορίων με τίτλο «ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑ ΚΤΙΡΙΑΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ & ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ ΧΩΡΟΥ ΤΟΥ ... ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΩΝ ΤΩΝ ΔΟΜΩΝ «...», ... & «... ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗΣ» ΓΙΑ ΕΝΑ (1) ΕΤΟΣ, ΜΕ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΜΟΝΟΜΕΡΟΥΣ ΠΑΡΑΤΑΣΗΣ ΕΚ ΜΕΡΟΥΣ ΤΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΓΙΑ ΔΥΟ (2) ΜΗΝΕΣ ΚΑΙ ΕΠΙΠΛΕΟΝ ΓΙΑ ΔΕΚΑ (10) ΜΗΝΕΣ ΜΕ ΣΥΜΦΩΝΙΑ ΚΑΙ ΤΩΝ ΔΥΟ (2) ΜΕΡΩΝ», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, προϋπολογιζόμενης δαπάνης για ένα έτος 756.000 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 17%.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 23/11/2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ την 29/11/2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 9/12/2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29/11/2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την αναθέτουσα αρχή 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. γ) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή στις 10/12/2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου

Αριθμός απόφασης: 162/2022

του διαγωνισμού προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθ. 3134/2021 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι ως ισχυρίζεται είναι επιχείρηση που δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό, λόγω όμως των προσβαλλόμενων όρων εμποδίζεται να λάβει μέρος, οι δε περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι.

9. Επειδή στις 27/12/2021 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα: *«Το Νοσοκομείο δύναται να ζητήσει από τον ανάδοχο να προσλάβει και άλλους υπαλλήλους, αν κρίνει ότι η σύνθεση του προσωπικού τόσο αριθμητικά όσο και κατά ειδικότητες δεν επαρκεί για την εξυπηρέτηση του Νοσοκομείου ... Πλην όμως, η παραπάνω πρόβλεψη της διακήρυξης έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τις προβλέψεις του αρ. 68 του ν. 3863/2010, αφού επιτρέπει την υποβολή προσφορών με υπολογισμό εργατικού κόστους ακόμη και υπολειπόμενου του*

Αριθμός απόφασης: 162/2022

ελάχιστου Νομίμου που απαιτείται για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, δοθέντος ότι καταλείπει περιθώριο υποβολής προσφορών που δεν θα καλύπτουν τις ανάγκες των δημοπρατούμενων υπηρεσιών, οι οποίες, σύμφωνα με τον ίδιο όρο, θα δύνανται να καλυφθούν μεταγενέστερα, δηλαδή εάν «κριθεί ότι η σύνθεση του προσωπικού δεν επαρκεί». Περαιτέρω, από τον παραπάνω όρο προκύπτει αμφισημία περί του εάν ο προϋπολογισμός της σύμβασης δύναται να καλύψει το κόστος των δημοπρατούμενων υπηρεσιών, πολλώ δε μάλλον καταλείποντας και περιθώριο εύλογου εργολαβικού κέρδους για τον ανάδοχο, αφού, ενόψει του παραπάνω όρου η επάρκεια του προϋπολογισμού, αφήνεται να κριθεί μετά το πέρας της διαγωνιστικής διαδικασίας ότε και «το Νοσοκομείο [θα] δύναται να ζητήσει από τον ανάδοχο να προσλάβει και άλλους υπαλλήλους, αν κρίνει ότι η σύνθεση του προσωπικού τόσο αριθμητικά όσο και κατά ειδικότητες δεν επαρκεί για την εξυπηρέτηση του Νοσοκομείου».

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι: «Από τον ανωτέρω όρο των τεχνικών προδιαγραφών ορίζεται η δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει από τον ανάδοχο να προσλάβει επιπλέον άτομα για την εκτέλεση του έργου. Η εν λόγω δυνατότητα έρχεται σε ευθεία συμμόρφωση με τις διατάξεις του άρθρου 132 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 4.5. της διακήρυξης, ήτοι την τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους. Η εν λόγω δυνατότητα δεν επηρεάζει την οικονομική προσφορά του προσφέροντος οικονομικού φορέα, δεδομένου ότι η τυχόν τροποποίηση – επαύξηση του αντικειμένου της σύμβασης, με βάση το άρθρο 4.5. της διακήρυξης και το άρθρο 132 του ν. 4412/2016, θα επαυξήσει – τροποποιήσει τη συμβατική αξία με βάση τις τιμές της οικονομικής προσφοράς του αναδόχου. Ως εκ τούτου ουδεμία παραβίαση του προϋπολογισμού του διαγωνισμού και του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 υφίσταται και για το λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί ο πέμπτος λόγος της προσφυγής και καθ' ολοκληρία η υπό κρίση προσφυγή».

14. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού

Αριθμός απόφασης: 162/2022

και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.[...]

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [.....]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [.....]».

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της. Οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν επίσης να καθαρίζουν αν απαιτείται μεταβίβαση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας [...] 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή

Αριθμός απόφασης: 162/2022

λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά [...]

17. 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). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις

Αριθμός απόφασης: 162/2022

και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

18. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

19. Επειδή, η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη (ΕΑ 977/2006, 303/2007, 307/2007, 1049/2007 κα), η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό προσώπων (βλ. ΣτΕ 9/2015 Ασφ., ΕΑ 415/2014, 354/2014, κλπ).

20. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, 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., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS*

Αριθμός απόφασης: 162/2022

Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

21. Επειδή, και στην περίπτωση της προαναφερόμενης σκέψης, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης του εγχώριου και ενωσιακού δικαίου (βλ. ΣΤΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/20), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

22. Επειδή, συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικείμενου και των απαιτήσεων της

Αριθμός απόφασης: 162/2022

διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3η Φεβρουαρίου 1993 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie* κατά *Commissariaat voor de Media*, C-148/91, σκ. 9, *Dieter Kraus* κατά *Land Baden-Wurttemberg*, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως και πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού.

23. Επειδή έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσομένης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, απορρίπτονται δε ως απαράδεκτοι λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). (ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑΘ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές

Αριθμός απόφασης: 162/2022

προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/20).

24. Επειδή στο άρθρο 2 παρ. 9 και 10 των Γενικών Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης προβλέπονται τα ακόλουθα: «9. Ο ανάδοχος πρέπει απαραίτητα να διαθέτει 37 συνολικά εργαζόμενους, 8 ωρών εργασίας ημερησίως έκαστος, 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. Στο τέλος των ενδεικτικών προδιαγραφών καταθέτουμε ενδεικτικό πρόγραμμα με την ημερήσια και εβδομαδιαία απασχόληση του προσωπικού καθαριότητας με τα άτομα, τους χώρους και τα ρεπό ανάπαυσης. 10. Το Νοσοκομείο δύναται να ζητήσει από τον ανάδοχο να προσλάβει και άλλους υπαλλήλους, αν κρίνει ότι η σύνθεση του προσωπικού τόσο αριθμητικά όσο και κατά ειδικότητες δεν επαρκεί για την εξυπηρέτηση του Νοσοκομείου» και ο όρος 4.5. της διακήρυξης ορίζει ότι «Η σύμβαση μπορεί να τροποποιείται κατά τη διάρκειά της, χωρίς να απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου 132 του ν. 4412/2016, κατόπιν γνωμοδότησης του αρμοδίου οργάνου της αναθέτουσας αρχής».

25. Επειδή η τεχνική προδιαγραφή της παρ. 10 του άρθρου 2 προβλέπει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από τον ανάδοχο να προσλάβει, κατά την κρίση της, και άλλους υπαλλήλους, σε αριθμό και ειδικότητες που θα καθορίσει η αναθέτουσα αρχή. Πλην, όμως, επειδή η αναθέτουσα αρχή αφενός μεν στα έγγραφα της σύμβασης δεν καθορίζει με σαφήνεια ποιος θα είναι ο απαιτούμενος αριθμός των επιπλέον υπαλλήλων, έστω ποσοστιαία ή σε ένα συγκεκριμένο εύρος, και ταυτόχρονα στις απόψεις της ρητώς αναφέρει ότι αυτοί θα κληθούν να παράσχουν τις υπηρεσίες τους χωρίς τροποποίηση του προϋπολογισμού, ο οποίος, ωστόσο, έχει υπολογιστεί στη βάση συγκεκριμένων δεδομένων, αφενός μεν δεν μπορεί να συνταχθεί άρτια και συγκρίσιμη προσφορά από τους συμμετέχοντες αφού

Αριθμός απόφασης: 162/2022

εν τέλει δεν είναι σε θέση να γνωρίζουν ποια είναι η βάση υπολογισμού της προσφοράς τους κι αφετέρου, σε κάθε περίπτωση μπορεί να διακινδυνεύσει η εκτέλεση της σύμβασης αυτής καθ' εαυτής καθώς αναλόγως των μελλοντικών κι αβέβαιων απαιτήσεων της αναθέτουσας αρχής, δεν είναι βέβαιο ότι ο ανάδοχος θα μπορεί ν' ανταποκριθεί σε αυτήν. Επιπλέον, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ενόψει της δημιουργούμενης αβεβαιότητας σχετικά με τον τρόπο σύνταξης της προσφοράς πράγματι δύναται να προκύψει παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας σχετικά με τον υπολογισμό του ελάχιστου εργατικού κόστους, αφού ο τελευταίος θα υπολογίσει το εργατικό κόστος με βάση το απαιτούμενο από τη διακήρυξη προσωπικό (37 εργαζόμενοι ημερησίως) κι όχι το επιπλέον που δεν γνωρίζει τον αριθμό του. Συνεπώς, αβασίμως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ότι ο προσβαλλόμενος όρος *«δεν επηρεάζει την οικονομική προσφορά του προσφέροντος οικονομικού φορέα»*. Άρα αν αλλάξουν τα δεδομένα και χρειαστεί ο ανάδοχος να απασχολήσει και επιπλέον άτομα με την ίδια προσφορά, προφανώς δεν θα καλύπτεται το εργατικό κόστος και αν το απορροφήσει ο ίδιος τότε διακινδυνεύει την εκτέλεση της σύμβασης. Περαιτέρω δε, επειδή ο όρος αυτός της διακήρυξης από τη θέση του στις τεχνικές προδιαγραφές και με τον τρόπο που διατυπώνεται δημιουργεί αντικειμενικά αμφισημία, καθόσον αφενός δεν περιγράφει με ακρίβεια την ποσότητα και το είδος των υπηρεσιών που μπορεί να απαιτηθούν από τη διακήρυξη, ώστε να είναι εφικτή η υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών, αφετέρου δεν είναι σαφές ότι πρόκειται για την πρόσληψη προσωπικού κατά τους όρους του άρθρου 132, όπως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, δεδομένου ότι εν προκειμένω ουδεμία παραπομπή γίνεται στο εν λόγω άρθρο (132). Ως εκ τούτου, το περιεχόμενο της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 10 του άρθρου 2 ως διατυπώνεται τίθεται προδήλως κατά γενικό και αόριστο τρόπο, χωρίς να μπορεί να καταστεί σαφές από όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους το αληθές νόημα της συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής, οι όροι υπό τους οποίους θα ισχύσει και αν εντέλει οι όροι αυτοί αφορούν στην προσφορά που υποβάλλουν οι υποψήφιοι στο πλαίσιο της παρούσας σύμβασης. Ως εκ τούτου, η αμφισημία του συγκεκριμένου όρου δημιουργεί ασάφεια ως προς το αν εντέλει καλύπτεται το κόστος των υπηρεσιών που προβλέπει η διακήρυξη,

Αριθμός απόφασης: 162/2022

καθώς και ως προς το αν καταλείπεται περιθώριο εύλογου εργολαβικού κέρδους για τον ανάδοχο, καθόσον η επάρκεια του προϋπολογισμού, ενόψει του παραπάνω όρου, αφήνεται να διαπιστωθεί, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, μετά το πέρας της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Συνεπώς, ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Βάσει δε των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, ακύρωσης διάταξης της διακήρυξης που ρυθμίζει τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95).

26. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής δοθέντος ότι αφενός μεν η προεκτεθείσα πλημμέλεια της διακήρυξης παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωσή της (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007) αφετέρου ο προσφεύγων έχει ρητό κύριο αίτημα ακύρωσης εν συνόλω της διακήρυξης και άρα δεν υφίσταται βλάβη από τη μη εξέταση της νομιμότητας των λοιπών όρων, προδήλως διότι ουδείς όρος ακυρωθείσας διακήρυξης εξακολουθεί να υφίσταται. Πέραν τούτου, ουδείς δύναται να προδικάσει ότι η αναθέτουσα αρχή θα επαναπροκηρύξει το διαγωνισμό με νέα διακήρυξη που θα περιλαμβάνει εκ νέου τους ίδιους όρους (πλην του ακυρωθέντος) που πλήττονται με την παρούσα προσφυγή.

27. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

28. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

29. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 162/2022

Ακυρώνει εν συνόλω την υπ' αριθ. ... Διακήρυξη

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 3.780,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε την 3^η Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ