

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**1<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Ιουνίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.5.2020 κατατεθείσα και με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 640/28-5-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « .....», νομίμως εκπροσωπούμενη.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, με την επωνυμία « .....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση των με αρ. πρωτ. ....../18-5-2020 και ....../25-5-2020 διευκρινίσεων του αναθέτοντος επί της με αρ. .... διακήρυξης για τη ΦΥΛΑΞΗ ΑΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ..... με ανθρώπινο δυναμικό του Προϊσταμένου Διεύθυνσης Προμηθειών και Εφοδιασμού του αναθέτοντος, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 10.628.299,03 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 27-4-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 27-4-2020 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α .....

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. .... και ποσού 15.000,00 ευρώ, πληρώθηκε δε δια του από 27-5-2020 εμβάσματος .....

2. Επειδή, εμπροθέσμως ασκείται η από 27-5-2020 προσφυγή, δεδομένου ότι την 18-5-2020 και την 25-5-2020 αντιστοίχως κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα οι δύο προσβαλλόμενες εκτελεστές πράξεις διευκρινίσεων του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας, οι οποίες τροποποίησαν ουσιωδώς όρους, το περιεχόμενο των οποίων ο προσφεύγων, μετ' εννόμου συμφέροντος και υπό την ιδιότητα του ως ενδιαφερομένου προς υποβολή προσφοράς, αλλά και θιγομένου εξ αυτών λόγω του επικαλούμενου αντιανταγωνιστικού χαρακτήρα και της άνισης μεταχείρισης που επιφέρουν δια της επιτρεπτής υποβολής παράνομων και ζημιογόνων προσφορών, προσβάλλει, στο πλαίσιο διαδικασίας που λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Συγκεκριμένα, η πρώτη εκ των προσβαλλομένων ορίζει ότι *«Διευκρινίζεται ότι το υπό των παραγράφων 1.3 και 2.4.4 της Διακήρυξης αναγραφόμενο υπολογιστέο κόστος εκπαίδευσης, δεν συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά που καλείται να υποβάλει έκαστος συμμετέχων οικονομικός φορέας και δεν συνεχεται με το προσφερόμενο συμβατικό τμήμα.»*, η δε δεύτερη εξ αυτών επιβεβαίωσε την ούτως ή άλλως και αυτοτελώς εμπροθέσμως προσβαλλόμενη πρώτη, με το εξής περιεχόμενο *«1.- Επιβεβαιώνουμε ότι το κόστος εκπαίδευσης για έκδοση άδειας σε ηλεκτροδοτούμενο δίκτυο δεν θα συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά και δεν συνεχεται με το προσφερόμενο οικονομικό τμήμα. Το εν λόγω κόστος πρέπει εντούτοις να υπολογισθεί από κάθε οικονομικό φορέα και να δηλωθεί στην προσφορά του, καθ' όσον τούτο ορίζει αυστηρά η Διακήρυξη στην παράγραφο 2.4.4 αυτής.»*. Είναι δε όλως αβάσιμος ο ισχυρισμός του αναθέτοντος περί βεβαιωτικού χαρακτήρα των προσβαλλομένων, επί τη βάση

## Αριθμός Απόφασης: 733/2020

ότι οι προσβαλλόμενες διευκρινίσεις δεν μεταβάλλουν το εξαρχής περιεχόμενο της διακήρυξης, καθώς ο όρος 2.4.4 αναφέρει συγκεκριμένα (βλ. αμέσως επόμενη σκέψη), ως επί ποινή αποκλεισμού περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς, ότι υπολογίζεται το κόστος εκπαίδευσης στην οικονομική προσφορά, μαζί με τα λοιπά κόστη που συνδέονται με αυτή (διοικητικό κόστος, αναλώσιμα, κέρδος και κρατήσεις, που τίθενται ομού και παρατακτικά μετά του κόστους εκπαίδευσης), ενώ οι ως άνω διευκρινίσεις ορίζουν, σε αντίθεση με τον όρο 2.4.4 και άρα μεταβάλλοντας αυτόν, ότι το κόστος εκπαίδευσης δεν συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά (ενώ ο όρος 2.4.4 το αναφέρει ως απαραίτητο περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς) και δεν λαμβάνεται υπόψη ως κονδύλι κόστους της οικονομικής προσφοράς. Αντίθετα, κατά τα ανωτέρω, οι προσβαλλόμενες διευκρινίσεις έχουν εκτελεστό χαρακτήρα, ακριβώς διότι, ασχέτως αν τηρήθηκε ο τύπος και η αναγκαίοι κανόνες αρμοδιότητας περί εκδόσεως τους (ζήτημα περαιτέρω εξεταστέο, ως ενδεχόμενη αυτοτελής πλημμέλεια των προσβαλλόμενων πράξεων, κατά την προσφυγή), σε κάθε περίπτωση επιφέρουν μια νέα ρύθμιση στο κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας, ήτοι παράγουν έννομες συνέπειες επί της διαδικασίας, της αξιολόγησης, του κριτηρίου ανάθεσης δια του αντικειμένου συγκρίσεως μεταξύ των προσφορών και επί των υποχρεώσεων των προσφερόντων. Ο προσφεύγων επικαλείται ότι ο μη συνυπολογισμός του κόστους εκπαίδευσης στην οικονομική προσφορά, είναι μη νόμιμος και οι ανωτέρω διευκρινίσεις αναρμοδίως εκδοθείσες, ο δε παρεμβαίνων εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ως ενδιαφερόμενος προς υποβολή προσφοράς, ασκεί (κατά παρέκταση στην επόμενη εργάσιμη ημέρα, μετά τη δέκατη ημέρα από την κοινοποίηση της προσφυγής) την από 15-6-2020 παρέμβαση του κατόπιν της από 3-6-2020 κοινοποίηση της προσφυγής, ο αναθέτων αιτείται με τις από 10-6-2020 Απόψεις του την απόρριψη της προσφυγής, αντικρούει δε ο προσφεύγων με το από 12-6-2020 Υπόμνημά του. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, την 11-5-2020, η αναθέτουσα παρείχε τη με αρ. πρωτ. .... διευκρίνιση, προκειμένου «*Αναφορικά με την εν θέματι διακήρυξη,*

## Αριθμός Απόφασης: 733/2020

διευκρινίζονται τα κάτωθι: 1. Επιβεβαιώνεται ότι την προβλεπόμενη εκπαίδευση και κτήση άδειας εργασίας σε ηλεκτροδοτούμενα δίκτυα οφείλουν να υποστούν μόνο το προσωπικό που θα εργαστεί στο ηλεκτροδοτούμενο δίκτυο του ΟΣΕ και το οποίο εκτιμάται στα 220 άτομα περίπου. 2. Επιβεβαιώνεται ότι το κόστος των 800 ευρώ αναφέρεται στο συνολικό ανά άτομο κόστος της εκπαίδευσης. 3. Το συνολικό κόστος εκπαίδευσης θα υπολογισθεί από κάθε υποψήφιο ανάδοχο και θα συναρτάται με τον αριθμό των ατόμων που αυτός θα δηλώσει ότι θα απασχολήσει στο ηλεκτροδοτούμενο δίκτυο και που κατ' εκτίμηση της Υπηρεσίας ανέρχεται σε 220 άτομα περίπου. 4. Διευκρινίζεται ότι δεν απαιτείται υπολογισμός του κόστους εκπαίδευσης για το προσωπικό που διαθέτει ήδη την απαιτούμενη άδεια εργασίας σε ηλεκτροδοτούμενο Δίκτυο, παρά μόνον για το προσωπικό που θα υπολογίσει να διαθέσει κάθε οικονομικός φορέας προς εκπαίδευση από τον ΟΣΕ.», ορίζοντας ούτως ότι το κόστος εκπαίδευσης θα υπολογισθεί από τον ανάδοχο, πλην όμως όχι για το προσωπικό που διαθέτει ήδη την απαιτούμενη άδεια εργασίας, παρά μόνο για το προσωπικό που θα εκπαιδευθεί από τον αναθέτοντα το πρώτον, προς εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Με την πρώτη ως άνω προσβαλλομένη όμως, τα ως άνω μετεβλήθησαν, αφού ορίστηκε το πρώτον ότι δεν θα υπολογιστεί κανένα κόστος εκπαίδευσης στην οικονομική προσφορά μετεχόντων και ότι δεν συνεχεται με το προσφερόμενο τίμημα (και άρα, ότι δεν χρειάζεται, κατ' αποτέλεσμα να ληφθεί υπόψη για την κατ' άρ. 88 Ν. 4412/2016 κρίση περί μη ζημιογόνου και σύμφωνου με το εργατικό κόστος, τιμήματος), ανεξαρτήτως αν είναι ήδη εκπαιδευμένοι ή όχι, με τη δε δεύτερη προσβαλλομένη να μην επιβεβαιώθηκε ότι δεν υπολογίζεται το ως άνω κονδύλι στην οικονομική προσφορά, αλλά ορίστηκε ότι αυτό πρέπει να δηλωθεί στην προσφορά και να ληφεί εν γένει υπόψη από τους προσφέροντες. Κατά τον δε όρο 1.3 της διακήρυξης, προβλέφθηκε ότι «Το προσωπικό του Αναδόχου θα πρέπει να διαθέτει την απαιτούμενη θεωρητική και πρακτική εκπαίδευση που προβλέπετε, α) στον Γενικό Κανονισμό Κινήσεως του ΟΣΕ (μέρη Α + Β), στο εγχειρίδιο κυκλοφορίας «Κ», και β) άδεια εργασίας σε ηλεκτροκινούμενα δίκτυα (1897/22-12-03/Β'/ΦΕΚ) όπου απαιτείται ή να εκπαιδευτεί επιτυχώς στα ανωτέρω από στελέχη του ..... Η δαπάνη εκπαίδευσης βαρύνει αποκλειστικά τον Ανάδοχο και

## Αριθμός Απόφασης: 733/2020

ανέρχεται περίπου σε 800,00 € ανά άτομο για ομάδες εκπαιδευομένων άνω των 15 ατόμων. Η εκπαίδευση του αναγκαιούτως προσωπικού θα περατωθεί πριν από την ημερομηνία υπογραφής της σχετικής σύμβασης με μέριμνα και των δύο μερών. (πληροφορίες σχετικά με την εκπαίδευση κα ..... , τηλ. 210-.....) Σημείωση 1: Το ελάχιστο εργατικό κόστος για 24 μήνες ανέρχεται σε 9.552.546,00 € συμπεριλαμβανομένου του ΕΛΠΚ, σύμφωνα με την Υπουργική απόφαση 4241/127 – ΦΕΚ Τεύχος Β 173/30.01.2019, με την οποία ορίστηκε ο κατώτατος μισθός και το κατώτατο ημερομίσθιο, και την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (ΕΓΣΣΕ). Κάθε προσφορά που δεν λαμβάνει υπόψη τα παραπάνω θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη.», ενώ κατά τον όρο 2.4.4 της διακήρυξης ορίζεται ότι «Κάθε προσφέρων θα υποβάλει συμπληρωμένους τους Πίνακες Οικονομικής Προσφοράς του Παραρτήματος ΙΙΙ που θα είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένοι από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφέροντος. Το κόστος φύλαξης, με Ανθρώπινο Δυναμικό, βασίζεται στην Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας και στους κανόνες εργατικής νομοθεσίας. Η τιμή επί ποινή αποκλεισμού έχει υπολογιστεί στα πλαίσια της Εθνικής Γενικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας και τους κανόνες της εργατικής νομοθεσίας. Οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν επί ποινή αποκλεισμού: Να υπολογίσουν : εύλογο διοικητικό κόστος παροχής υπηρεσιών, κόστος αναλωσίμων, εύλογο εργολαβικό κέρδος, κόστος εκπαίδευσης και των νομίμων υπέρ δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Να τεκμηριώσουν πλήρως την προσφερόμενη τιμή τους, παρέχοντας αναλυτική μεθοδολογία υπολογισμού του κόστους και της τιμής πώλησης, περιλαμβάνοντας σε αυτή ποσότητες και τιμές μονάδος για το σύνολο των στοιχείων που την απαρτίζουν. Ειδικότερα: - Το πλήθος, κόστος και τιμή πώλησης των ωρών παρεχόμενης υπηρεσίας ανά κατηγορία (ημερήσιες, νυχτερινές, ημερήσιες αργίας, νυχτερινές αργίας). - Η σύναψη της σύμβασης και ο υπολογισμός του κόστους θα γίνει με βάση: Εργάσιμες ημέρες έτους: 254 Σάββατα: 52 Κυριακές – Αργίες : 59. Επιπλέον -και επί ποινή αποκλεισμού- οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό οφείλουν να μας γνωρίσουν τα παρακάτω: Τον αριθμό των εργαζομένων. Τις ημέρες και ώρες εργασίας. Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι. Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές

## **Αριθμός Απόφασης: 733/2020**

αυτών των εργαζομένων. Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά Την ανάλυση κόστους ωρών. Οι τιμές των Πινάκων της Οικονομικής Προσφοράς θα εκφράζονται αριθμητικώς και ολογράφως σε ΕΥΡΩ, χωρίς ΦΠΑ. ... Διατύπωση σχολίων ή ρητών επιφυλάξεων σχετικά με την Οικονομική προσφορά, τον τόπο και τον τρόπο παράδοσης, θα θεωρηθεί ως επιφύλαξη επί των όρων της προκήρυξης και θα οδηγήσει στην απόρριψη της Οικονομικής προσφοράς του υποψηφίου που τις διατυπώνει. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. ... Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται. ... Κάθε είδους άλλη δαπάνη (έξοδα μεταφοράς, κόστος ασφάλισης, χρηματοοικονομικά έξοδα κλπ) βαρύνει τον ανάδοχο. Ο Αναθέτων Φορέας διατηρεί το δικαίωμα να ζητά από τους συμμετέχοντες στοιχεία απαραίτητα για την τεκμηρίωση των προσφερομένων τιμών (ιδίως όταν αυτές είναι ασυνήθιστα χαμηλές για το αντικείμενο της υπηρεσίας), οι δε συμμετέχοντες υποχρεούνται να παρέχουν τα στοιχεία αυτά και να διευκολύνουν κάθε σχετικό έλεγχο του Αναθέτοντα Φορέα. Η τιμή επί ποινή αποκλεισμού θα έχει υπολογισθεί στα πλαίσια της ισχύουσας εργατικής νομοθεσίας, που αφορά στους εργαζόμενους στις ιδιωτικές επιχειρήσεις αντίστοιχου αντικειμένου και τους κανόνες της εργατικής νομοθεσίας και δεν θα υπολείπεται των κατωτάτων ορίων του Νόμιμου Κατώτατου Ημερομισθίου και της Εθνικής Γενικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας (ΕΓΣΣΕ) κατά την ημέρα διενέργειας του διαγωνισμού, για τις εργασίες που προσδιορίζονται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης. Η Αξία της σύμβασης θα αυξομειωθεί κατά το ποσοστό ή ποσόν αυξομείωσης που θα επέλθει από τυχόν αυξομείωση της ΕΓΣΣΕ ή του Νόμιμου Κατώτατου Ημερομισθίου (Ν.4093/12 ως ισχύει, εγκύκλιος 26352/28-11-12) ή οποιασδήποτε άλλης μεταβολής της κείμενης εργατικής νομοθεσίας. Επίσης στην οικονομική τους προσφορά οι ενδιαφερόμενοι θα πρέπει να υπολογίζουν το εύλογο διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών, των αναλωσίμων, του εργολαβικού κέρδους και των νομίμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπρόσθετα θα πρέπει

## **Αριθμός Απόφασης: 733/2020**

να επισυνάψουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας, στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι. Όλα τα παραπάνω στοιχεία είναι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 «Νέο ασφαλιστικό σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις» (Φ.Ε.Κ. 115/Α/15-07-2010) και οι συμμετέχοντες πρέπει να τα εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της οικονομικής τους προσφοράς.». Επομένως, ο ανάδοχος πριν την υπογραφή της σύμβασης πρέπει να μεριμνήσει ώστε το προσωπικό του να εκπαιδευθεί από τον αναθέτοντα, αναλαμβάνοντας δε ο ίδιος και κόστος 800 ευρώ ανά άτομο. Ο αναθέτων, αρχικά είχε δια της διακήρυξης ορίσει ότι το κόστος εκπαίδευσης πρέπει να συνυπολογισθεί ως κόστος που βαρύνει την οικονομική προσφορά, εν συνεχεία αρχικά διευκρίνισε ότι τούτο δεν αφορά προφανώς προσωπικό ήδη εκπαιδευμένο, ενώ περαιτέρω, κατά τις προσβαλλόμενες πράξεις της τροποποίησε τα ανωτέρω, ορίζοντας ότι το κόστος αυτό δεν θα αποτελέσει κονδύλι ληπτέο υπόψη για την ορθότητα και νομιμότητα της οικονομικής προσφοράς. Περαιτέρω, δεδομένου ότι κατά τη διακήρυξη το συμβατικό αντικείμενο περιλαμβάνει 89 θέσεις φύλαξης, εκ των οποίων οι 60 24ωρες, 6 16ωρες, 16 8ωρες, 6 9ωρες και 1 10ωρη, προφανώς η εκτέλεση απαιτεί εκατοντάδες άτομα προσωπικού, με αποτέλεσμα το ως άνω κόστος 800 ευρώ κατ' άτομο ουδόλως να είναι αμελητέο. Ο ίδιος δε ο αναθέτων κατά την από 11-5-2020 ανακοίνωση του, υπολογίζει το αναγκαίο προσωπικό σε περίπου 220 άτομα, άρα και το οικείο κόστος σε 176.000 ευρώ περίπου, ήτοι σε ποσοστό περίπου 1,65% επί της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, ύψος που όχι μόνο δεν είναι ασήμαντο, αλλά ενώ πολύ μικρότερα ποσοστά επί της εκτιμώμενης αξίας, συχνά σε διαδικασίες ανάθεσης υπηρεσιών φύλαξης, όπου ούτως ή άλλως οι προσφορές τείνουν να συμπιέζονται σε μικρά εύρη συγκριτικής έκπτωσης, είναι καθοριστικά για την επιλογή αναδόχου, αλλά και για την κατάγνωση του νομίμου, κατ' άρ. 18 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και άρ. 68 Ν. 3863/2020, των οικονομικών προσφορών. Κατά τα όσα όμως εν τέλει ο αναθέτων όρισε, αυτό το κονδύλι που προδήλως βαρύνει τον ανάδοχο όπως ρητά ορίζει η διακήρυξη και άρα, αυτός θα πρέπει να καταβάλει στον αναθέτοντα και συνεπώς, προφανώς και συνιστά κόστος του για την εκτέλεση

## Αριθμός Απόφασης: 733/2020

της σύμβασης, σε αντίθεση με κάθε άλλη πηγή κόστους της εκτέλεσης, δεν θα θεωρείται ως μέρος της οικονομικής προσφοράς και δεν θα λαμβάνεται υπόψη ως βαρύνον αυτή. Κατά τον τρόπο αυτό, οι ως άνω προσβαλλόμενες διευκρινίσεις καταλείπουν ισχυρό ενδεχόμενο επιλογής ως πλέον συμφέρουσας, οικονομικής προσφοράς κατώτερης του ελάχιστου αναγκαίου κόστους εκτέλεσης και άρα, ζημιογόνου και παραβιάζουσας το ελάχιστο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος. Τούτο, αφού αν αυτό το κονδύλι δεν ληφθεί υπόψη ως πηγή κόστους της προσφοράς, ενδέχεται να κριθούν αποδεκτές προσφοράς, οι οποίες εσφαλμένα θα εμφανίζονται ως μη ζημιογόνες και τηρούσες την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, αποκλειστικά και μόνο διότι δεν θα αφαιρείται το ως άνω κόστος εκπαίδευσης από αυτές. Περαιτέρω, είναι συναφώς προφανές το ενδεχόμενο να επιλεγεί μια τέτοια προσφορά ως πλέον συμφέρουσα έναντι άλλης, η οποία τηρεί το εργατικό και ασφαλιστικό κόστος και δεν είναι ζημιογόνος, ακριβώς διότι ούτως και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, θα εξομοιώνονται ανόμοιες καταστάσεις, ήτοι καλύπτουσες το αναγκαίο νόμιμο κόστος και μη καλύπτουσες αυτές. Και ναι μεν ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι η ως άνω, προδήλως αποκλίνουσα από τα νόμιμα και συνήθη σε διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης φύλαξης και καθαριότητας, ρύθμιση δικαιολογείται από την ειδική περίπτωση ο προσφεύγων να έχει ήδη εκπαιδευμένο προσωπικό και άρα, να μην υφίσταται το σχετικό κόστος εκπαίδευσης, με αποτέλεσμα, η εξομοίωση του με οικονομικούς φορείς που δεν έχουν εισέτι εκπαιδεύσει προσωπικό να διευκολύνει τον ανταγωνισμό εκ τρίτων. Πλην όμως, το επιχείρημα αυτό είναι απορριπτικό, διότι πρώτον, ο ανταγωνισμός προστατεύεται κατ' άρ. 18 Ν. 4412/2016 μόνο στο πλαίσιο νόμιμης ανάπτυξης του και αποφυγής αδικαιολόγητων στρεβλώσεων και άρα, τεχνητού, ήτοι αδικαιολόγητου περιορισμού του, ουδόλως δε δικαιολογώντας παράβαση διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, οι οποίες είναι εξίσου και δια της ίδιας διατάξεως προστατευτέες. Δεύτερον, τα ανωτέρω, επιτρέποντας την εξαίρεση κονδυλίου σαφούς κόστους της προσφοράς από τον έλεγχο νομιμότητας, επάρκειας και ορθότητας αυτής, παραβιάζουν εξ αρχής το ισχύον για κάθε είδος διαδικασίας, άρ. 313 και δη της παρ. 2 και 3 Ν. 4412/2016, περί αδικαιολόγητα χαμηλών προσφορών, που επιτάσσει στο



## **Αριθμός Απόφασης: 733/2020**

πλαίσιο κάθε διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, οι προσφορές να είναι δικαιολογημένες όσον αφορά αν μη τι άλλο την κάλυψη του εργατικού και ασφαλιστικού κόστους, αλλά και άγει σε αποκλεισμό αδικαιολόγητα χαμηλής προσφορά. Τρίτον, ανεξαρτήτως των όποιων νυν συνθηκών, σε κάθε είδους και αντικειμένου διαδικασία, ενδέχεται ένας οικονομικός φορέας να διαθέτει εξαρχής δυνατότητα υποβολής χαμηλότερης προσφοράς ή προσφοράς με μεγαλύτερο κέρδος για τον ίδιο, σε σχέση με τους δυνητικούς ανταγωνιστές του, λόγω πόρων, εμπειρίας και εν γένει μέσων κάθε είδους που ήδη διαθέτει, έναντι της ανάγκης άλλων που δεν διαθέτουν ήδη τα ως άνω μέσα και πόρων, να αποκτήσουν τυχόν αυτούς για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία (όπως επί παραδείγματι, έτοιμα δείγματα αγαθών, ήδη εκδοθείσες πιστοποιήσεις, ήδη διενεργηθέντες εργαστηριακούς ελέγχους, διαθέσιμα αποθέματα, διαθέσιμο προσωπικό, οχήματα, μισθωμένα ακίνητα και εν γένει τεχνικά και οικονομικά μέσα). Υπό τη λογική όμως του παρεμβαίνοντος και του αναθέτοντος, κάθε εν τέλει προδιαγραφή και κριτήριο επιλογής θα διακινδυνευόταν ως αντιανταγωνιστικό εκ μόνου του λόγου ότι κάποιος οικονομικός φορέας δεν το διαθέτει και δη, δύναται να το αποκτήσει πλην όμως, η απόκτηση του συνεπάγεται πρόσθετο κόστος έναντι άλλων, που ήδη το έχουν αποκτήσει. Ουδόλως όμως δύναται αναθέτουσα αρχή ή αναθέτων φορέας, να διαχωρίζει συγκεκριμένες επαγόμενες κόστος απαιτήσεις της διακήρυξης και να εξαιρεί αυτές από το αντικείμενο της οικονομικής προσφοράς, ήτοι το αντικείμενο σύγκρισης εξάλλου μεταξύ των προσφορών, προς ανάδειξη της πλέον συμφέρουσας μεταξύ αυτών και άρα, και του αναδόχου. Τέταρτον, ο προσφεύγων, ασχέτως αν κατέχει ή όχι και σε ποιο βαθμό, το προσόν του εκπαιδευθέντος προσωπικού, αλυσιτελώς ούτως προβαλλόμενων των εκατέρωθεν περί τούτου ισχυρισμών των διαδίκων, σε κάθε περίπτωση έχει υποστεί το οικείο κόστος στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης του με τον αναθέτοντα και άρα, δικαιολογημένα τυχόν ευρίσκεται στην όποια ευνοϊκή θέση του έναντι άλλων οικονομικών φορέων. Πέμπτον, εφόσον ο αναθέτων έκρινε ότι η παραπάνω απαίτηση ανάληψης από τον ανάδοχο του κόστους εκπαίδευσης του προσωπικού του από τον αναθέτοντα, δικαιολογεί για λόγους ίσων ευκαιριών και ευρύτερου ανταγωνισμού, τα ανωτέρω, δύνατο να αναλάβει

## **Αριθμός Απόφασης: 733/2020**

εξαρχής ο ίδιος το κόστος εκπαίδευσης, άνευ επιβάρυνσης του αναδόχου, ιδίως δεδομένου ότι εκ της φύσης του το ως άνω προσόν, δεν χρησιμεύει σε τίποτε άλλο παρά στην ανάληψη συμβάσεων αναδόχου με τον ίδιο τον αναθέτοντα ως αντισυμβαλλόμενο, ο δε παρεμβαίνων δύνατο δε να προσβάλει την παραπάνω απαίτηση. Έκτον και κυριότερον, όσα ορίστηκαν δια των προσβαλλόμενων διευκρινίσεων, εν τέλει δεν άγουν στην πραγματική διευκόλυνση άλλων οικονομικών φορέων με ανεκπαιδευτο προσωπικό να μετάσχουν, αφού σε κάθε περίπτωση και πάλι οι τελευταίοι θα οφείλουν να καταβάλουν το οικείο ποσό στον αναθέτοντα και άρα, ούτως ή άλλως θα επιβαρυνθούν οικονομικά με αποτέλεσμα τη μείωση του πραγματικού τους κέρδους ή την υποχρέωση τους να υποβάλουν μεγαλύτερη σε ύψος προσφορά, εφόσον σκοπούν να τηρήσουν τις υποχρεώσεις τους περί εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Αλλά, καταλήγουν απλώς στην τεχνητή νομιμοποίηση παράνομων και ζημιογόνων προσφορών, διευκολύνοντας αποκλειστικά όποιον είναι διατεθειμένος είτε να μην τηρήσει τις νόμιμες υποχρεώσεις του έναντι των εργαζομένων του είτε να αναλάβει τη σύμβαση με ζημία και δη, σημαντική, απλώς εξαιρώντας τη ζημία αυτή από την οικονομική του προσφορά και μεταφέροντας τη στα εν γένει έξοδα της επιχείρησής του, κατά τρόπο μιν, τεχνητά μη ληπτέο υπόψη, στο πλαίσιο της οικονομικής προσφοράς (στην οποία εξάλλου, θα πρέπει να συνυπολογισθεί ακόμα και το όποιο συνδεόμενο με τη σύμβαση εν γένει διοικητικό κόστος του αναδόχου, ακόμη δε και οικείες δαπάνες έδρας και διοίκησης του, που συνεχονται και αυξάνονται δια της εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης), πλην όμως σαφέστατα πραγματικό. Εξάλλου, δια των ανωτέρω, η διαδικασία καταλήγει και σε πρόδηλες στρεβλώσεις και παράδοξα, αφού κατά τη δεύτερη προσβαλλόμενη διευκρίνιση, το κόστος εκπαίδευσης θα αναγράφεται στην προσφορά, αλλά δεν θα λαμβάνεται υπόψη ως κονδύλι της προσφοράς για τους σκοπούς του άρ. 68 Ν. 3863/2020 και του άρ. 18 παρ. 2 και 313 Ν. 4412/2016 (και ούτως, θα δύναται να αναδειχθεί ως πλέον συμφέρουσα, προσφορά με ακόμη και πολύ μικρή διαφορά από τη δεύτερη σε μειοδοσία, την ώρα που η φαινόμενη ως πλέον συμφέρουσα θα φέρει βάρος δεκάδων και εκατοντάδων χιλιάδων ευρώ, ως καταγεγραμμένο κόστος εκπαίδευσης, ενώ η δεύτερη τυχόν θα απέχει σε κόστος εκπαίδευσης

## **Αριθμός Απόφασης: 733/2020**

κατά ποσό πολλαπλάσιο από τη μεταξύ τους διαφορά ή ακόμη και θα έχει μηδενικό κόστος εκπαίδευσης), με αποτέλεσμα να θίγεται και να στρεβλώνεται και το ίδιο το κατ' άρ. 311 Ν. 4412/2016 και άρ. 2.3.1 της διακήρυξης, κριτήριο ανάθεσης περί της πλέον συμφέρουσας προσφοράς αποκλειστικά βάσει τιμής. Επιπλέον, η αιτίαση του αναθέτοντος ότι η ειδική εκπαίδευση που ο ίδιος επί ρητά οριζόμενης στη διακήρυξη κατ' άτομο αμοιβής θα παράσχει στο προσωπικό του αναδόχου, αναγκαστικά κατ' άρ. 1.3 της διακήρυξης πριν την υπογραφή της σύμβασης, δεν συνέχεται με το τίμημα στην προκειμένη διαδικασία, όχι μόνο είναι προδήλως παράλογος, αφού το κόστος αυτό θα καταβληθεί ακριβώς ώστε ο ανάδοχος να υπογράψει και να εκτελέσει τη σύμβαση κατά ρητό όρο της διακήρυξης, αλλά αντίκειται και στην ίδια τη διακήρυξη, όπως και περαιτέρω τη δεύτερη διευκρίνιση που απαίτησε το κόστος αυτό να καταγραφεί στην προσφορά. Το κόστος δε αυτό ουδόλως έχει πληροφοριακό χαρακτήρα, όπως επικαλείται ο αναθέτων, αλλά θα αποτελέσει πραγματική δαπάνη που ο ανάδοχος θα υποχρεωθεί να καταβάλει για να εκκινήσει και να εκτελέσει τη σύμβαση και άρα, να λάβει και το αντίτιμο των υπηρεσιών του και το οποίο ουδόλως θα κατέβαλε αν δεν ήταν ανάδοχος. Περαιτέρω, αντιστοίχως απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος, ότι το κόστος εκπαίδευσης θα εξακολουθεί να καταγράφεται και να υπολογίζεται στην προσφορά, απλώς δεν θα υπολογιστεί για τους σκοπούς σύγκρισης οικονομικών προσφορών. Και τούτο, διότι σκοπός και έννοια του υπολογισμού συγκεκριμένου κόστους στην οικονομική προσφορά, είναι ακριβώς η στοιχειοθέτηση του συνολικού προσφερόμενου τιμήματος, δηλαδή του ύψους της οικονομικής προσφοράς, ακριβώς για την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης, ήτοι εν προκειμένω κατά τον όρο 2.3.1 της διακήρυξης, της χαμηλότερης τιμής, επί τη βάση σύγκρισης των περισσότερων οικονομικών προσφορών. Ακριβώς δε, επειδή το κόστος αυτό, δια των προσβαλλόμενων διευκρινίσεων εξαιρείται από το συγκριτέο μεταξύ των προσφορών ύψος των προσφερόμενων τιμημάτων και άρα, εξαιρείται από την οικονομική προσφορά, ασχέτως αν κατά τη δεύτερη διευκρίνιση καταγράφεται αυτό, πλην όμως άνευ έννομων συνεπειών για την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης, οι ως άνω διευκρινίσεις, είναι εκτελεστές, ως τροποποιούσες τον όρο 2.4.4 της

## **Αριθμός Απόφασης: 733/2020**

διακήρυξης, βλ. και σκ. 2 ανωτέρω και άρα και εμπροθέσμως προσβληθείσες, κατ' αυτοτελή προθεσμία από αυτή της τροποποιηθείσας δι' αυτών διακήρυξης, η οποία εκκίνησε από την ειδικότερη κοινοποίηση τους στον προσφεύγοντα, αλλά συγχρόνως είναι, όπως βάσιμα ο προσφεύγων ισχυρίζεται, μη νόμιμες, διότι κατά τα αναλυτικώς εκτεθέντα ανωτέρω παραβιάζουν τα άρ. 68 Ν. 3863/2020 και άρ. 18 και 311 Ν. 4412/2016, αλλά και την αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και ίσης μεταχείρισης, αφού στρεβλώνουν το κριτήριο ανάθεσης της χαμηλότερης τιμής, εξαιρώντας κονδύλι κόστους άμεσα συνδεδεμένου με την ανάληψη και εκτέλεση της σύμβασης από τη σύγκριση των οικονομικών προσφορών και εξομοιώνουν προσφορές που υπολογίζουν και σε κάθε περίπτωση περιλαμβάνουν πλήρως κάθε πηγή κόστους (ασχέτως του ποσού στο οποίο τυχόν ανέρχεται το κόστος εκπαίδευσης για κάθε ανά περίπτωση προσφέροντα ή αν όντως έχει κάθε προσφέρων τέτοιο κόστος, αφού σε κάθε περίπτωση, αν για κάποιον το κόστος είναι μηδενικό, σε κάθε περίπτωση περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά του), ως και τις εργατικές και ασφαλιστικές υποχρεώσεις του αναδόχου, με προσφορές που παραβιάζουν τα ανωτέρω.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθούν αμφότερες οι προσβαλλόμενες διευκρινίσεις του αναθέτοντος, ως και το σύνολο των όρων και του περιεχομένου αυτών, καθ' ο μέρος ορίζουν ότι το παραπάνω κόστος εκπαίδευσης προσωπικού του αναδόχου δεν θα ληφθεί υπόψη ως κονδύλι κόστους της οικονομικής προσφοράς του, ομού μετά των λοιπών εξόδων και δαπανών που συνεχονται με τη σύμβαση, όπως εξάλλου εξαρχής ορθά όρισε ο όρος 2.4.4 της διακήρυξης, προ των ανωτέρω διευκρινίσεων.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο με αρ. .... και ποσού 15.000,00 ευρώ.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

**Αριθμός Απόφασης: 733/2020**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τις με αρ. πρωτ. ....../18-5-2020 και ....../25-5-2020 διευκρινίσεις του αναθέτοντος φορέα επί της με αρ. .... διακήρυξης για τη ΦΥΛΑΞΗ ΑΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ....., κατά το οριζόμενο στη σκ. 4 ανωτέρω, μέρος αυτών.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου με αρ. .... και ποσού 15.000,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Ιουνίου 2020 και εκδόθηκε στις 29 Ιουνίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΙΣΟΚΕΦΑΛΟΥ ΕΛΕΝΗ**