

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 18.04.2022 με ΓΑΚ 577/19.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» (διακριτικός τίτλος: «...»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει να διαγραφούν τα δικαιολογητικά συμμετοχής που απαιτούνται από το άρθρο 2.2.6 παρ. β) και το άρθρο 2.4.3.2 παρ. 11) της Διακήρυξης καθώς επίσης και των παραγράφων 3.1., 3.6., 3.8. και 3.9. των Τεχνικών Προδιαγραφών, να ζητηθούν οι απαιτήσεις των άρθρων 2.2.6 παρ. β) και 2.4.3.2 παρ. 11) της Διακήρυξης καθώς επίσης και των παραγράφων 3.1., 3.6., 3.8. και 3.9. των Τεχνικών Προδιαγραφών, ήτοι οι ονομαστικές μισθοδοτικές καταστάσεις με τα μισθολογικά στοιχεία και τα στοιχεία εθνικότητας, οι βεβαιώσεις από τον ιατρό εργασίας για τον πλήρη εμβολιασμό του προσωπικού, πιστοποιητικά υγείας, πιστοποιητικά εμβολιασμού covid-19 και αποδεικτικά εμπειρίας σε προϋπηρεσία σε χώρο παροχής Υπηρεσιών Υγείας μετά την υπογραφή της σύμβασης άλλως να συμπεριληφθούν στο άρθρο 2.2.9.2 της Διακήρυξης, δηλαδή στα δικαιολογητικά κατακύρωσης και να διαγραφεί ο όρος που σημειώνεται στην παρ. 7 του άρθρου 1.3 της Διακήρυξης «Επίσης, σε περίπτωση σύναψης σύμβασης από ανώτερο φορέα (ΕΚΑΠΥ, ΚΑΑ), ή κάλυψης των αναγκών με προσωπικό ορισμένου ή αορίστου χρόνου η σύμβαση παύει να ισχύει.»

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού €2.479,84 σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με την με αριθμό ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...) προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός άνω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου παροχής «Υπηρεσιών Καθαριότητας» CPV: ..., συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.230.000,000 Ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης για ένα επιπλέον έτος (ετήσια προϋπολογισθείσα δαπάνη με ΦΠΑ: 615.000 Ευρώ και δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) επιπλέον έτος με ΦΠΑ: 615.000 Ευρώ), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής ενταγμένου στον Προγραμματισμό Προμηθειών και Υπηρεσιών του έτους 2022 για την κάλυψη των αναγκών του ... Με την ως άνω Διακήρυξη ορίστηκε ότι η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η εν λόγω διακήρυξη έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

3. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 18.04.2022, ήτοι εντός της, προβλεπόμενης στο άρθρο 3.4 της διακήρυξης, προθεσμίας των δέκα (10) ημερών από την πραγματική και τεκμαιρόμενη, κατά το άρθρο 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016, πλήρη γνώση της διακήρυξης, η οποία συντελέσθηκε στις 08.04.2022.

4. Επειδή, στις 19.04.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και παράλληλα απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ'αριθμ. πρωτ. 10928/27.04.2022 απόψεις της ζητώντας την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 28.04.2022 ενώ η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως στις 03.05.2022 το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της προς αντίκρουση αυτών.

5. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή της 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).

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη

να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήσης του, η δε θέσπιση με την 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 ή καθιστά ουσιαστικά δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές 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, 303/2007, 977/2006).

7. Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004)

8. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο σκοπός και το αντικείμενο εργασιών της ανταποκρίνονται πλήρως στις ζητούμενες με τη διακήρυξη υπηρεσίες, διότι έχει ως αντικείμενο εργασιών μεταξύ άλλων, την παροχή υπηρεσιών καθαρισμού κτιρίων, νοσοκομείων, χώρων γραφείων και εργοστασίων, αεροδρομίων, σταθμών λεωφορείων και σιδηροδρόμων και γενικά χώρων και μέσων μετακίνησης επιβατών, καθώς και λοιπών χώρων και εγκαταστάσεων, και θα μπορούσε να ανταποκριθεί πλήρως στο σύνολο των προϋποθέσεων του νόμου, τόσο από πλευράς κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, όσο και από πλευράς μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού, εφόσον οι όροι της Διακήρυξης δεν παραβίαζαν ευθέως τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου και τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείεται ή να

καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της προσφεύγουσας στον ως άνω διαγωνισμό. Ειδικότερα αναφέρει ότι στο μέτρο που δραστηριοποιείται επί σειρά ετών στην παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, καλύπτει πλήρως τα ελάχιστα επίπεδα ικανότητας και καταλληλότητας για την παραδεκτή συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό, ως αυτά περιγράφονται στην εν λόγω διάταξη. Έτι περαιτέρω, διαθέτει την απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης. Παρά ταύτα, παρόλο που η εταιρεία διαθέτει και τους κατάλληλους ανθρώπινους πόρους δεν είναι εφικτό κατά το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής στην διαγωνιστική διαδικασία του Νοσοκομείου, να απαιτείται η προσκόμιση των στοιχείων του συνόλου του προσωπικού που θα απασχολείται. Όλα τα ως άνω αναφερόμενα, περιορίζουν τον ανταγωνισμό, παραβιάζοντας ευθέως τις διατάξεις περί ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επομένως, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι προς διασφάλιση και εξυπηρέτηση των αναγκών της, η αναθέτουσα αρχή όρισε στην προσβαλλόμενη διακήρυξη ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας απαιτείται να πληροί μεταξύ άλλων και τα κάτωθι: - Άρθρο 2.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της σύμβασης.....».

- Άρθρο 2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν:

α) μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις μεγαλύτερο ή τουλάχιστον ίσο με το $\frac{1}{2}$ της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (ήτοι 307.500,00 Ευρώ) συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης δραστηριοτήτων του. Αν ο οικονομικός φορέας λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας θα υποβάλλει δήλωση για όσο χρόνο λειτουργεί. β) την απαραίτητη πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης από αναγνωρισμένο πιστωτικό ίδρυμα ύψους 307.500,00 Ευρώ τουλάχιστον για χρηματοδότηση και πιστοδοτήσεις.

- Άρθρο 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) να έχουν εμπειρία αθροιστικά ενός έτους (αποδεδειγμένη) στην παροχή υπηρεσιών καθαρισμού Μονάδων Υγείας (Νοσοκομείων ή Κέντρων Υγείας ή άλλων χώρων Υγείας) εκτεινόμενη σε βάθος πενταετίας. β) Να εξακολουθούν να ισχύουν οι απαιτήσεις της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και τα δικαιολογητικά τα οποία τεκμηριώνουν την ικανότητα του προσωπικού για την διάθεση του στην παρεχόμενη υπηρεσία όπως έχει περιγραφεί στην τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα και βάσει των προδιαγραφών της παρούσας διακήρυξης.

Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης.

-2.2.7 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης. Ο Ανάδοχος πρέπει να διαθέτει πιστοποιητικό συστήματος διασφάλισης ποιότητας ΣΕ ΙΣΧΥ, καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης κατά: ISO 9001 ή άλλο ισοδύναμο, με πεδίο εφαρμογής υπηρεσιών καθαρισμού. ISO 14001 ή άλλο ισοδύναμο συστήματος περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO 45001:2018 ή άλλο ισοδύναμο για το σύστημα Διαχείρισης Υγείας και Ασφάλειας στην εργασία με ενσωματωμένες οδηγίες και διαδικασίες για τον περιορισμό της λοίμωξης Covid-19 οι οποίες συνοδεύονται με σχετική βεβαίωση της τήρησης οδηγιών.»

Επιπλέον, στο άρθρο 2.4.3.2. ορίζεται ότι στον φάκελο της «Τεχνικής Προσφοράς» ο προσφέρων επισυνάπτει ψηφιακά υπογεγραμμένα τα κάτωθι:

«11) Να κατατεθούν τα απαραίτητα έγγραφα τα οποία τεκμηριώνουν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του προσωπικού που θα αναλάβει το έργο σύμφωνα με την Ενότητα 3: ΠΡΟΣΩΠΙΚΟ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ και ειδικότερα τις παραγράφους 3.1, 3.6, 3.8 και 3.9 των τεχνικών προδιαγραφών της παρούσας.».

Εν συνεχεία, στα ως άνω κρίσιμα άρθρα των Τεχνικών Προδιαγραφών ορίζεται ότι: «3.1. Ο ανάδοχος υποχρεούται να διαθέσει έμπειρο προσωπικό με αποδεικνυόμενη προϋπηρεσία σε χώρο παροχής υπηρεσιών Υγείας, δεν πρέπει να εναλλάσσεται συχνά και να είναι εκπαιδευμένο σε γενικού και ειδικούς κανόνες υγιεινής, ανάλογα με τη θέση εργασίας του, σύμφωνα με το πρόγραμμα που θα καταρτισθεί και κατατεθεί. ...

3.6. Στο Νοσοκομείο θα κατατεθούν αποδεικτικά ασφάλισης εργαζομένων στο Ι.Κ.Α. ή σε άλλο δημόσιο οργανισμό. Αλλοδαποί μπορούν να απασχοληθούν μόνο εφόσον έχουν τα απαραίτητα έγγραφα παραμονής στην Ελλάδα. Το Νοσοκομείο μπορεί να ζητήσει οποτεδήποτε οποιαδήποτε πληροφορία για την εργασιακή σχέση του προσωπικού με τον ανάδοχο.

3.8. Ο ανάδοχος πρέπει να υποβάλει στο Νοσοκομείο ονομαστικές μισθοδοτικές καταστάσεις, οι οποίες θα εμφανίζουν όλα τα μισθολογικά στοιχεία και τα στοιχεία Εθνικότητας του προσωπικού του εργολάβου, που απασχολείται στο νοσοκομείο.

3.9. Ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να καταθέσει βεβαίωση από τον ιατρό εργασίας που απασχολεί ότι το προσωπικό του είναι εμβολιασμένο έναντι της ηπατίτιδας Α, Β, τετάνου και υπόκειται στον αντίστοιχο εργαστηριακό έλεγχο όσο συχνά προβλέπεται από τη νομοθεσία. Επιπλέον, το προσωπικό να έχει στην κατοχή του ενημερωμένο πιστοποιητικό υγείας για την έκδοση του οποίου απαιτούνται ακτινογραφία θώρακα, καλλιέργεια κοπράνων για σαλμονέλα και παρασιτολογική κοπράνων. Επίσης το προσωπικό πρέπει να έχει πιστοποιητικό covid – 19. Το πιστοποιητικό εμβολιασμού κάθε υπαλλήλου του αναδόχου θα πρέπει να βρίσκεται ανά πάσα στιγμή σε ισχύ και να αντικατοπτρίζει τις επιταγές και αλλαγές της νομοθεσίας περί αυτού. Το καταγεγραμμένο αρχείο που αφορά το προσωπικό καθαριότητας διατηρείται από τον Επόπτη Υγείας του Γενικού Νοσοκομείου»

Η προσφεύγουσα αναφέρει ότι με τα διαλαμβανόμενα στο i. άρθρο 2.2.6 παρ. β) και ii. 2.4.3.2 παρ. 11) της Διακήρυξης καθώς επίσης και με τις παραγράφους 3.1., 3.6., 3.8. και 3.9. των Τεχνικών Προδιαγραφών, η αναθέτουσα αρχή παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού καθόσον η συμπερίληψη των όρων αυτών συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή η ουσιαδώς δυσχερής συμμετοχή σε αυτόν, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων και τούτο διότι κατόπιν επισκόπησης και μελέτης των τεχνικών απαιτήσεων που περιγράφονται στον πίνακα κατανομής προσωπικού ανά βάρδια και ενδεικτικού εβδομαδιαίου προγράμματος της Διακήρυξης, το πλήθος των εργαζομένων που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης ανέρχεται σε 35 – 40 άτομα. Επομένως, συνδυαστικά με τις απαιτήσεις των άρθρων 2.2.6 παρ. β) και το άρθρο 2.4.3.2 παρ. 11) της Διακήρυξης καθώς επίσης και με τις παραγράφους 3.1., 3.6., 3.8. και 3.9. των Τεχνικών Προδιαγραφών, προκύπτει ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας, ο οποίος επιθυμεί να καταθέσει

νόμιμη και παραδεκτή προσφορά πρέπει να ασκεί ήδη δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της σύμβασης στα ..., καθόσον σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής απαιτείται να κατατεθούν κατά τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία οι ονομαστικές μισθοδοτικές καταστάσεις με τα μισθολογικά στοιχεία και τα στοιχεία εθνικότητας, οι βεβαιώσεις από τον ιατρό εργασίας για τον πλήρη εμβολιασμό του προσωπικού, πιστοποιητικά υγείας, πιστοποιητικά εμβολιασμού covid-19 και αποδεικτικό εμπειρίας σε προϋπηρεσία σε χώρο παροχής Υπηρεσιών Υγείας, αποκλείοντας όμως με αυτό τον τρόπο τους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται σε όλη την ελληνική επικράτεια (εκτός από τα ...) με ιδιαίτερη επιτυχία και καλύπτουν όλα τα υπόλοιπα απαιτούμενα κριτήρια της Διακήρυξης.

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω πρώτο λόγο: Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 παρ. β) και το άρθρο 2.4.3.2 παρ. 11) της Διακήρυξης καθώς επίσης και με τις παραγράφους 3.1., 3.6., 3.8. και 3.9. των Τεχνικών Προδιαγραφών, όπως αυτά περιγράφονται στην ανωτέρω σκέψη 9, για τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία απαιτείται οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να καταθέσουν κατά τη συμμετοχή τους στον φάκελο Τεχνικής Προσφοράς τα εξής στοιχεία για το προσωπικό που θα απασχοληθεί στο Νοσοκομείο: i. Αποδεικτικά ασφάλισης των εργαζομένων στο ΙΚΑ ή σε άλλο δημόσιο οργανισμό, ii. Ονομαστικές μισθοδοτικές καταστάσεις, στις οποίες να υπάρχουν όλα τα μισθολογικά στοιχεία και τα στοιχεία εθνικότητας, iii. Βεβαίωση από τον ιατρό εργασίας ότι είναι πλήρως εμβολιασμένο, iv. Πιστοποιητικά υγείας, v. Πιστοποιητικά εμβολιασμού COVID-19, vi. Να είναι έμπειρο με αποδεικνυόμενη προϋπηρεσία σε χώρο παροχής Υπηρεσιών Υγείας. Επομένως, όπως ορθά υποστηρίζει η προσφεύγουσα, απαιτείται να κατατεθούν κατά τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία οι ονομαστικές μισθοδοτικές καταστάσεις με τα μισθολογικά στοιχεία και τα στοιχεία εθνικότητας, οι βεβαιώσεις από τον ιατρό εργασίας για τον πλήρη εμβολιασμό του προσωπικού, πιστοποιητικά υγείας, πιστοποιητικά εμβολιασμού covid-19 και αποδεικτικό εμπειρίας σε προϋπηρεσία σε χώρο παροχής Υπηρεσιών Υγείας για 35-40 άτομα, γεγονός το οποίο συνεπάγεται ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας υποχρεωτικά πρέπει να δραστηριοποιείται μόνο στα ... Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι στο άρθρο 2.2.9.2 Αποδεικτικά Μέσα (Δικαιολογητικά κατακύρωσης) στην ενότητα Β4 σχετικά με τα αποδεικτικά μέσα της τεχνικής ικανότητας δίνεται η δυνατότητα στον προσωρινό ανάδοχο σε περίπτωση που έχουν επέλθει μεταβολές στο προσωπικό που δήλωσε

στην αρχική του προσφορά να καταθέσει: Υπεύθυνη Δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη ότι εξακολουθούν να ισχύουν οιασδήποτε της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και τα δικαιολογητικά τα οποία τεκμηριώνουν την ικανότητα του προσωπικού για την διάθεσή του στην παρεχόμενη υπηρεσία, όπως έχει περιγραφεί στην τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα και βάσει των προδιαγραφών της παρούσας διακήρυξης και σε περίπτωση που έχουν επέλθει μεταβολές στο προσωπικό που θα συμμετέχει στην παρεχόμενη υπηρεσία αυτό θα πρέπει να δηλώνεται και να κατατίθενται εκ νέου τα σχετικά δικαιολογητικά τεκμηρίωσης της ικανότητάς του να συμμετέχει στην παρεχόμενη υπηρεσία. Όμως, όπως βάσιμα αντικρούει η προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη, οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας που δραστηριοποιείται επαγγελματικά σε άλλο σημείο της Ελλάδας και επιθυμεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό πρέπει αρχικά κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς να δηλώσει το προσωπικό που δε θα έχει κατοικία στα ... και εν συνεχεία κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, σε περίπτωση που αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος, να συνάψει σύμβαση εργασίας με το προσωπικό που τελικά θα απασχοληθεί. Με αυτό τον τρόπο όμως ο προσωρινός ανάδοχος θα υποχρεωθεί να υπογράψει τις συμβάσεις εργασίας στο στάδιο πριν ακόμα την υπογραφή της σύμβασης, με αποτέλεσμα για όσο χρονικό διάστημα καθυστερήσει η υπογραφή αυτή να επιβαρύνεται με τις οικονομικές υποχρεώσεις των συμβάσεων ενώ το προσωπικό βρίσκεται σε αναμονή. Περαιτέρω, αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι αφού η προσφεύγουσα συμμετείχε στην διαβούλευση των τεχνικών προδιαγραφών δεν έχει έννομο συμφέρον να προσβάλει τους όρους της διακήρυξης στο παρόν στάδιο και τούτο διότι αφενός μεν κατά τη διαβούλευση ήταν γνωστές μόνο οι τεχνικές προδιαγραφές και όχι τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αφετέρου δε η συμμετοχή στο διαβούλευση δεν συνεπάγεται και την υποχρεωτική αποδοχή των όρων. Κατόπιν αυτού συνάγεται ότι η προσκόμιση των ως άνω περιγραφόμενων δικαιολογητικών στο στάδιο υποβολής προσφοράς περιορίζει τον κύκλο των υποψηφίων αναδοχών σε βάρος του Δημοσίου συμφέροντος παραβιάζοντας ευθέως τις διατάξεις περί ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ η υποχρέωση προσκόμισης αυτών κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης θα έδινε τη δυνατότητα σε περισσότερους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν προσφορά. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής είναι βάσιμος, πρέπει να

γίνει δεκτός και να ακυρωθούν τα προσβαλλόμενα άρθρα της διακήρυξης.

11. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι ο όρος που περιλαμβάνεται στο άρθρο 1.3 παρ.7 της Διακήρυξης (σελ.5), με τον οποίο ορίζεται ότι «Επίσης, σε περίπτωση σύναψης σύμβασης από ανώτερο φορέα (ΕΚΑΠΥ, ΚΑΑ), ή κάλυψης των αναγκών με προσωπικό ορισμένου ή αορίστου χρόνου η σύμβαση παύει να ισχύει», είναι καταχρηστικός και πρέπει να ακυρωθεί διότι δεν είναι σύμφωνος με το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων.

12. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω δεύτερο λόγο: Το 133 του Ν. 4412/2016 ορίζει σχετικά με τη δυνατότητα καταγγελίας μιας δημόσιας σύμβασης τα εξής: *«1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν, υπό τις προϋποθέσεις που ορίζουν οι κείμενες διατάξεις, να καταγγέλλουν μια δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, εφόσον: α) η σύμβαση έχει υποστεί ουσιώδη τροποποίηση, που θα απαιτούσε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης δυνάμει του άρθρου 132, β) ο ανάδοχος, κατά το χρόνο της ανάθεσης της σύμβασης, τελούσε σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 και, ως εκ τούτου, θα έπρεπε να έχει αποκλειστεί από τη διαδικασία της σύναψης σύμβασης, γ) η σύμβαση δεν έπρεπε να ανατεθεί στον ανάδοχο λόγω σοβαρής παραβίασης των υποχρεώσεων που υπέχει από τις Συνθήκες και την Οδηγία 2014/24/ΕΕ, η οποία έχει αναγνωρισθεί με απόφαση του Δικαστηρίου της Ένωσης στο πλαίσιο διαδικασίας δυνάμει του άρθρου 258 της ΣΛΕΕ.*

2. Οι αναθέτουσες αρχές, υπό τις προϋποθέσεις που ορίζουν οι κείμενες διατάξεις, καταγγέλλουν υποχρεωτικά μια δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, εφόσον συντρέχει η περίπτωση της παρ. 5 ή της παρ. 7 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α` 115). ».

Επομένως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ο προσβαλλόμενος όρος στο άρθρο 1.3 παρ.7 της Διακήρυξης (σελ.5), με τον οποίο ορίζεται ότι «Επίσης, σε περίπτωση σύναψης σύμβασης από ανώτερο φορέα (ΕΚΑΠΥ, ΚΑΑ), ή κάλυψης των αναγκών με προσωπικό ορισμένου ή αορίστου χρόνου η σύμβαση παύει να ισχύει.», δεν βρίσκει νομικό έρεισμα και είναι καταχρηστικός, γενομένου δεκτού του υπό κρίση δεύτερου λόγου της προσφυγής.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθούν τα προσβαλλόμενα άρθρα της διακήρυξης.

14. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη διακήρυξη, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 16 Ιουνίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η Γραμματέας

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ

Α/Α

ΝΑΥΣΙΚΑ – ΣΟΦΙΑ ΜΠΑΣΔΕΛΗ