

H

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13-04-2018 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη -Εισηγήτρια- και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να έξετάσει την από 03-04-2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 319/04-04-2018, της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «»

και τον διακριτικό τίτλο «», η οποία εδρεύει στην επί της οδού , νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της με αριθ. πρωτ. Διακήρυξης Ηλεκτρονικού, Ανοικτού, Δημόσιου Διαγωνισμού του για την παροχή της υπηρεσίας «»

Χρονικό διάστημα επτά (7) μηνών, προϋπολογισθείσας δαπάνης 197.580,65€ άνευ Φ.Π.Α. και 245.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η Προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης διακήρυξης για το λόγο ότι αυτή περιέχει όρους που παραβιάζουν διατάξεις του εσωτερικού και ενωσιακού δικαίου, οι οποίοι βλάπτουν το δικαίωμα συμμετοχής της στον υπόψη διαγωνισμό, παραβιάζοντας τις αρχές της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού

και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων.

Ετέρωθεν, η Προσφεύγουσα αιτείται διπώς διαταχθεί η αναστολή προόδου της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας και να παραταθεί η κατάληξη του σταδίου υποβολής προσφορών ή, άλλως να οριστούν όποια μέτρα κρίνει κατάλληλα η ΑΕΠΠ, έως την έκδοση απόφασης της επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέψη κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί 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), ποσού 988,00€, όπως τούτο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,50% επί της συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας, άνευ ΦΠΑ, της προκηρυχθείσας σύμβασης.

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 197.580,65 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς πάραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

3. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως 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 τεκμαιρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», διοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο

Αριθμός απόφασης: Α.177 / 2018

ΚΗΜΔΗΣ στις 20-03-2018, και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 03-04-2018, ήτοι εντός της εκ του νόμου προθεσμίας για την πλήρωση της τεκμαιρόμενης πλήρους γνώσης. Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα δηλώνει στο έντυπο της προσφυγής ως ημερομηνία κατά την οποία ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης ή απόφασης, την 03-04-2018.

4. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση δλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

5. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

6. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής

– λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

7. Επειδή, παρέπειται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αριθ. πρωτ.

Διακήρυξης Ηλεκτρονικού, Ανοικτού, Δημόσιου Διαγωνισμού του , για την παροχή της υπηρεσίας

επτά (7) μηνών, προϋπολογισθείσας δαπάνης 197.580,65€ άνευ Φ.Π.Α. και 245.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την οποία ανωτέρω διακήρυξη η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εμπεριέχει παράνομους όρους, οι οποίοι παραβιάζουν τις αρχές ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, καταλύουν δε το δικαίωμά της, να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό. Ειδικότερα, η

Αριθμός απόφασης: Α.177/2018

προσφεύγομσα προβάλλει ότι με βάση τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής για τον αριθμό και το χρόνο απασχόλησης του προσωπικού του αναδόχου της υπόψη σύμβασης, όπως τα στοιχεία αυτά προκύπτουν από τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές, ο προϋπολογισμός της εν λόγω διακήρυξης δεν επαρκεί για την κάλυψη του ελάχιστου νόμιμου κόστους των εργαζομένων που θα απασχοληθούν και κατ' επέκταση του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης. Περαιτέρω, ισχυρίζεται η προσφεύγομσα, ότι με βάση τις προβλεπόμενες και οριζόμενες από την εν λόγω διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές εκτέλεσης του έργου, η εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα δαπάνη ποσού ύψους 197.580,65 € για χρονικό διάστημα επτά (7) μηνών, δεν επαρκεί όχι μόνο για την κάλυψη εργολαβικού κέρδους, διοικητικού κόστους, κόστους αναλωσίμων υλικών και νομίμων κρατήσεων επί της προσφερόμενης τιμής –ήτοι της οικονομικής προσφοράς- των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά, το πιο σημαντικό κατά την προσφεύγομσα, όπως αναφέρει στους λόγους προσφυγής της, δεν επαρκεί για την κάλυψη του εργατικού κόστους, καθώς όπως διατυπώνει, υπολείπεται η εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα δαπάνη της προσβαλλόμενης του ποσού του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους, όπως αυτό απαιτείται αφενός για την απασχόληση 8,4 ατόμων οκτάωρης πλήρους πενθήμερης εβδομαδιαίας απασχόλησης για την εκτέλεση των υπηρεσιών του Παραρτήματος Α της ως άνω αναφερόμενης διακήρυξης και αφετέρου για την απασχόληση 33,6 ατόμων οκτάωρης πλήρους πενθήμερης εβδομαδιαίας απασχόλησης για την εκτέλεση των υπηρεσιών του Παραρτήματος Β. Κατόπιν τούτου, με την υπό κρίση Προσφυγή της, αιτείται την ακύρωση της προσβαλλομένης διακήρυξης για τους ως άνω λόγους, σωρεύοντας σχετικό αίτημα αναστολής προόδου της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίση προσφυγής της.

9. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγομσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι, αν και αποτελεί οικονομικό φορέα εξειδικευμένο στο χώρο του αντικειμένου της ένδικης διακήρυξης, δηλαδή στο χώρο των υπηρεσιών φύλαξης, ο οποίος δραστηριοποιείται στον τομέα αυτό επί σειρά ετών έχοντας εκτελέσει ανάλογες με τις δημοπρατούμενες

υπηρεσίες φύλαξης, προϋπολογιζόμενων δαπανών εκατομμυρίων ευρώ ετησίως, και ως εκ τούτου έχει εύλογο ενδιαφέρον και δικαίωμα να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά, όπως και εύλογη προσδοκία να κηρυχθεί ανάδοχος της υπόψη σύμβασης, οι όροι της διακήρυξης που θίγονται με τους ως άνω λόγους προσφυγής της, κατά τους ισχυρισμούς της, περιορίζουν το δικαίωμα συμμετοχής της, καθιστώντας ιδιαιτέρως δυσχερή έως ανέφικτη την εκ μέρους της υποβολή προσφοράς σε συμμόρφωση με τους επίμαχους όρους.

10. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε τραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό όπως και εύλογη προσδοκία να της ανατεθεί η υπόψη σύμβαση, οι ως άνω παρανόμως τιθέμενοι –κατά τους ισχυρισμούς της- όροι της διακήρυξης, ματαιώνουν τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την προσωρινή διασφάλιση του δικαιώματός της να συμμετέχει στην περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι να έχει τη δυνατότητα να υποβάλλει τη προσφορά της, νομίμως και εμπροθέσμως, έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής της, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος για την προσβολή της επίμαχης

εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

12. Επειδή, ο υπό κρίση διαγωνισμός διέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τις οποίες προβλέπεται ότι : «

1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2 , 3. , 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος».

13. Επειδή, περαιτέρω το αντικείμενο της υπόψη σύμβασης διέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 68 παρ.1 του Ν. 3863/2010 που ορίζει ότι: «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ... η οποία αναθέτει απευθείας ή

προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρίες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Οι εταιρίες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι.» Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι στις διακηρύξεις των δημοσίων διαγωνισμών για παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης ζητείται από τους προσφέροντες, επί ποινή αποκλεισμού, η αναφορά των στοιχείων α' έως στ' της παρ. 1 του άρθρου 68, η οποία αποσκοπεί στον έλεγχο από την αναθέτουσα αρχή ότι διασφαλίζονται τα εργασιακά και ασφαλιστικά δικαιώματα των εργαζομένων στις εταιρίες που παρέχουν τις υπηρεσίες αυτές. Περαιτέρω, σύμφωνα με την παραπάνω διάταξη, ο υπολογισμός στις προσφορές των διαγωνιζομένων ενός ευλόγου ποσοστού διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νομίμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων αποσκοπεί στην αναλυτική περιγραφή του κόστους παροχής των υπηρεσιών, ούτως ώστε να καθίσταται ελέγχιμο το ύψος της οικονομικής προσφοράς σε σχέση με το αντικείμενο της υπηρεσίας (ΕλΣυν.Τμ.VI 2092/2011). Συνακολούθως, οι εταιρίες παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και φύλαξης στην προσφορά τους, κατά την ρητώς εκπεφρασμένη με τις

Δοιαίμος απόφασης Α.177 / 2018

διατάξεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 βούληση του νομοθέτη, πρέπει να υπολογίζουν εύλογο -και κατά συνεκδοχή ελέγχιμο από τις αναθέτουσες αρχές, με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής και τις παρεχόμενες από τις προσφέρουσες εταιρείες εξηγήσεις – πισσοστό διοικητικού κόστους και εργολαβικού κέρδους (πρβλ. ΣτΕ 198/2013, ΔΕφΘεσ 344/2012, ΕΛΣυν VI Τμ. 150/2014), το δε κόστος αμοιβής των εργαζομένων επιβάλλεται να μην υπολείπεται του οριζομένου στην οικεία συλλογική σύμβαση εργασίας ή στην εθνική γενική συλλογική σύμβαση εργασίας, η δε προσφορά θα πρέπει επιπλέον να ενσωματώνει και ένα εύλογο πισσοστό αναλωσίμων, εργολαβικού κέρδους καθώς και τις νόμιμες κρατήσεις (ΔΕφΘεσ 339/2013). Σε αντίθεση, ωστόσο, προς το κόστος αμοιβής του προσωπικού, που είναι δυνατόν και πρέπει να προσδιορίζεται επακριβώς με βάση αντικειμενικά δεδομένα, το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων και το εργολαβικό κέρδος εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να εκτιμηθούν ως εύλογα, προκειμένου η προσφορά να θεωρηθεί αποδεκτή. Η κρίση αυτή της αναθέτουσας αρχής ελέγχεται ως προς την τήρηση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας, σύμφωνα και με τα δεδομένα της κοινής πείρας (ΕΛΣυν VI Τμ. 1664/2012, 1725/2012, 143, 150, 159/2014).

14. Επειδή, το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, προβλέπει όταν μια οικονομική προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή ως προς τα έργα, αγαθά ή υπηρεσίες που αφορά, τότε η αναθέτουσα απαιτεί από τον προσφέροντα να παράσχει εντός οριζόμενης από αυτήν και κατ' ανώτατο όριο δεκαήμερη από την οικεία πρόσκλησή της, προθεσμία, εξηγήσεις περί της τιμής ή του κόστους που προτείνει στην προσφορά του. Οι δε παρ. 2-3 της παραπάνω διάταξης ορίζουν ότι «*2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγέσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου*

89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18.». Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει την εξουσία όπως απορρίψει άνευ ετέρου ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, ανεξαρτήτως δε του ποσοστού της έκπτωσης, αλλά υποχρεούται να καλέσει τον προσφέροντα να αιτιολογήσει σχετικώς (ΕλΣυν Τμ. VI Πράξεις 240, 257/2007). Από τα ως άνω αναφερόμενα, προκύπτει ότι οι περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εξηγήσεις δύνανται να περιλαμβάνουν κάθε στοιχείο που τις καταδεικνύει ως νόμιμες και ως μη ούσες προϊόν στρέβλωσης του ανταγωνισμού ή παράβασης άλλου δικαιικού κανόνα, μεταξύ των οποίων και αυτές που σχετίζονται με τις κατά το άρθρο 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 «υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου». Η δε ανωτέρω αναφορά στο δέον και κατάλληλο περιεχόμενο των εξηγήσεων είναι ενδεικτική («ιδίως»), όπερ σημαίνει ότι και ο προσφέρων δύναται να επικαλεστεί κάθε άλλη βάση που κρίνει σκόπιμη για τη δικαιολόγηση της προσφοράς του (ΣτΕ ΕΑ 295/2011, 1260, 841/2010, 127/2009, 1208/2008), αλλά και η αναθέτουσα να ζητήσει επιπλέον, καθ' υλοποίηση της προβλεπόμενης κατά το άρθρο 88 παρ. 3, διάταξης, κάθε άλλο στοιχείο για την απόδειξη του σχετικού ζητήματος. Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, η οικεία απόφαση της αναθέτουσας αρχής δια της οποίας ενσωματώνεται και σκέλος περί της αποδοχής ή απόρριψης ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, κατόπιν των

Αριθμός απόφασης: Α.177 / 2018

υποχρεωτικών εξηγήσεων του προσφέροντος, θα πρέπει να είναι ειδικά και επαρκώς αιτιολογημένη. Εξάλλου, ο δικαιολογημένος χαρακτήρας μιας ιδιαίτερα χαμηλής προσφοράς θα αποβεί προς όφελος της αναθέτουσας αρχής, με την ανάληψη της οικείας σύμβασης σε χαμηλό τίμημα.

15. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη την ισχύουσα ως άνω νομοθεσία και δη το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013, συνάγεται ότι οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης ως υποψήφιοι διαγωνιζόμενοι συμμετέχοντες σε οικεία διαγωνιστική διαδικασία υποχρεούνται να αναφέρουν στην προσφορά τους, *inter alia*, τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι, το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων, καθώς και το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. Επιπροσθέτως, οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων, ως ΕΚ τούτου, οι διαγωνιζόμενοι επιβεβαιώνουν ότι πληρούν τις προϋποθέσεις που κατοχυρώνουν το δικαίωμα συμμετοχής τους στον υπόψη διαγωνισμό, όπως αυτές διαμορφώνονται κατά την ισχύουσα νομοθεσία και τους εκάστοτε όρους της αντίστοιχης διακήρυξης.

16. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι το νόμιμο ελάχιστο εργατικό κόστος για το χρονικό διάστημα παροχής των υπηρεσιών φύλαξης της υπόψη διακήρυξης / σύμβασης για το σύνολο των απαιτούμενων τμημάτων φύλαξης αυτής, εργαζομένων ηλικίας άνω των 25 ετών, ανέρχεται στο ποσό των 210.810,22 €, η οικονομική δε προσφορά των διαγωνιζόμενων θα πρέπει να ανέρχεται σε αυτό το ύψος ποσού, συνεπάγεται, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη που προβλέπει η με αριθμ. πρωτ. 2530/20-03-2018 Διακήρυξη του ποσού 197.580,65 € υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους, εφόσον

οι απασχολούμενοι εργαζόμενοι είναι ηλικίας άνω των 25 ετών. Σε κάθε περίπτωση, προβάλλει η προσφεύγουσα ότι οι απασχολούμενοι εργαζόμενοι δεν δύναται να είναι ηλικίας κάτω των 25 ετών, αφού οι τεχνικές προδιαγραφές της υπόψη διακήρυξης αναφέρουν έμπειρα και ικανά στελέχη.

17. Επειδή, ως προελέχθη, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ποσού 197.580,65€ της προσβαλλόμενης διακήρυξης, δεν επαρκεί για την κάλυψη του εργατικού κόστους εκτέλεσης του έργου, πολλώ δε μάλλον δεν περιλαμβάνει το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων υλικών, το εργολαβικό κέρδος και τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων που επωμίζονται οι διαγωνιζόμενοι υποψήφιοι ανάδοχοι.

18. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, γίνεται αντιληπτό ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που συνδέονται με τη νομιμότητα των τιθέμενων δρών της διακήρυξης αναφορικά με την εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης, η οποία συνδέεται άρρηκτα με τις τεχνικές προδιαγραφές της προσβαλλόμενης και τις επιταγές του οικείου νομοθετικού πλαισίου σχετικά με την εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, μάλιστα απαιτούν την κατανόηση, εμπέδωση και εξέταση του αντικειμένου της σύμβασης στο ως άνω αναφερόμενο πλαίσιο, προς τούτο δε εμπεριέχει τεχνική κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/15, 10/15, 20/15, 35/15, 41/15, 46/15).

19. Επειδή, κατά τα λοιπά, νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς η πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας με την πάροδο της καταληκτικής ημεροχρονολογίας υποβολής των προσφορών και την αποσφράγιση και τον έλεγχο των υποφακέλων των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών ήθελε βασίμως θεωρηθεί ότι ουδέν προσφέρει στην περαιτέρω πρόοδο του διαγωνισμού, του οποίου τα αποτελέσματα δύνανται να ανατραπούν, ενώ παράλληλα η πρόοδος του υπόψη διαγωνισμού ζημιώνει την προσφεύγουσα, καθιστώντας

Δριθμός απόφασης: Α.177./2018

αλυσιτελή την αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την προσβαλλόμενη με αριθ. πρωτ. Διακήρυξη Ηλεκτρονικού, Ανοικτού, Δημόσιου Διαγωνισμού του για την παροχή της υπηρεσίας «

» για χρονικό διάστημα επτά (7) μηνών, προϋπολογισθείσας δαπάνης 197.580,65€ άνευ Φ.Π.Α. και 245.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, έως την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 13 Απριλίου 2018, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Ο Γραμματέας

Νεκτάριος Αγγ. Μερτινός

