

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 15 Σεπτεμβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 07.07.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1060/12.07.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» με τον διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ατομικής επιχείρησης, με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής ο «παρεμβαίνων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθούν: (α) το απόσπασμα πρακτικών-απόφαση της ... ης/17.05.23 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... , και το ενσωματωθέν πρακτικό της επιτροπής, κατά το μέρος που έγιναν αποδεκτές και δεν απορρίφθηκαν οι οικονομικές προσφορές των εταιρειών «...» και «...» και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία «...», και (β) το απόσπασμα πρακτικών-απόφαση της ... ης/21.06.23 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... , και το ενσωματωθέν πρακτικό της επιτροπής, κατά το μέρος, με το οποίο αποφασίσθηκε η ανάδειξη της εταιρείας «...», ως οριστικής αναδόχου.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, 600,00€ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, με την διακήρυξη, υπ' αριθμό .../2023, προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου για την ... για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους με δικαίωμα παράτασης ένα (1) έτος, συνολικής εκτιμώμενης αξίας για το ένα έτος 161.290,32 €, χωρίς Φ.Π.Α, και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 10.03.2023, υπό Α.Δ.Α.Μ , καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

3.Επειδή η εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν έξι οικονομικοί φορείς, και δη η προσφεύγουσα, ο παρεμβαίνων και οι εταιρείες «...», «...», «...» και «...». Ακολούθως, η σειρά μειοδοσίας διαμορφώθηκε ως εξής: Πρώτος ο παρεμβαίνων, δεύτερη η «...», τρίτη η προσφεύγουσα, τέταρτη η «...», πέμπτη η «...» και έκτη η «...». Τέλος, δυνάμει του αποσπάσματος πρακτικών της ... ης/17.05.23 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... και του αποσπάσματος πρακτικών της ... ης/21.06.23 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... , αντίστοιχα, προσωρινός και οριστικός ανάδοχος αναδείχθηκε ο παρεμβαίνων. Κατά των

ανωτέρω αποφάσεων στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή της. Σημειωτέον ότι τα προσβαλλόμενα πρακτικά έχουν γνωμοδοτικό χαρακτήρα, ως εκ τούτου μόνον οι προσβαλλόμενες αποφάσεις, ήτοι το απόσπασμα πρακτικών-απόφαση της ... ης/17.05.23 και το απόσπασμα πρακτικών- απόφαση της ... ης/21.06.23 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., προσβάλλονται παραδεκτώς δια της προσφυγής, ως οι μόνες έχουσες εκτελεστό χαρακτήρα, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρ. 360 του Ν. 4412/2016

5.Επειδή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 27.06.2023, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 07.07.2023, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης. Η προσφυγή ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, διότι η προσφεύγουσα (3^η στην σειρά μειοδοσίας) βάλλει κατά των προσφορών συνδιαγωνιζόμενων εταιρειών, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση.

6.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την προσφυγή στις 12.07.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους. Ο δε παρεμβαίνων άσκησε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 21.07.2023, την παρέμβασή του επί της κρινόμενης προσφυγής με πρόδηλο δε έννομο συμφέρον, αφού έχει αναδειχθεί οριστικός ανάδοχος.

7. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 13.07.2023, τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής.

8. Όπως έχει παγίως κριθεί, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα πολλώ δε μάλλον εφ' όσον περιλαμβάνει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν, κατά την διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της

εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης, εφ' όσον δε η προσφορά υπολείπεται του ελαχίστου εργοδοτικού κόστους, απορρίπτεται καθώς επίσης επειδή, επιπροσθέτως, παραβιάζονται οι αρχές προστασίας του ανόθευτου ανταγωνισμού, της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (ΔΕΦ Αθ 236/213, 511/2013, ΔΕΦ Αθ 427/2011, 512/2011). Οικονομικές προσφορές, που δεν περιλαμβάνουν το απαιτούμενο από τον νόμο ελάχιστο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος, νόμιμα αποκλείονται από διαγωνισμούς. Ίδια δε, όταν από τους όρους της διακήρυξης συνάγεται, ότι είναι απορριπτέα οικονομική προσφορά, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών, όπως το κόστος τούτο προσδιορίζεται από την ισχύουσα νομοθεσία και την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (Ε.Γ.Σ.Σ.Ε.) (πρβλ. Ε.Α. Σ.Τ.Ε. 198.187/2013, 1272, 986/2010, 1259, 1255, 1069/2009, 1344/2008, 1090/2006). Στην ένδικη διακήρυξη, και δη στο άρθρο 1.7 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης», ορίζεται, ότι: *«Οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι: α) τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016»*. Περαιτέρω, στο άρθρο 2.4.4. της διακήρυξης αναφέρεται ρητώς, ότι η οικονομική προσφορά θα περιέχει τις απαιτήσεις που αναφέρονται στο άρθρο 68 του Ν. 3863 / 2010, επί ποινή απόρριψης, και θα περιλαμβάνει στοιχεία του Πίνακα του Παραρτήματος IV. Ο ανωτέρω πίνακας συμπληρώνεται σύμφωνα με την κείμενη εργατική, ασφαλιστική και σχετική Νομοθεσία, επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς, επισυναπτομένων στον Φάκελλο Οικονομικής Προσφοράς στοιχείων της προαναφερόμενης Νομοθεσίας (ισχύουσας Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας). Η τιμή για καθ' ένα από τα πεδία του ανωτέρω πίνακα θα είναι μία και μοναδική και θα αναλύεται επαρκώς και με σαφήνεια ο τρόπος- μέθοδος υπολογισμού-προσδιορισμού αυτής της τιμής.

9.Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτή, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ο παρεμβαίνων δεν υπολόγισε στο κόστος αντικατάστασης αδειών καθόλου προσαυξήσεις (νυκτών, αργιών και Κυριακών), με αποτέλεσμα να υπολείπεται του ελαχίστου νομίμου εργατικού κόστους.

10. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχήν, η προσφεύγουσα βασίμως ισχυρίζεται, ότι στην προσφορά των οικονομικών φορέων έπρεπε να υπολογισθεί και το κόστος αντικατάστασης των εργαζομένων στην περίπτωση της κανονικής αδείας τους. Τούτο, διότι οι εργαζόμενοι εργάζονται/καλύπτουν όλες τις ημέρες της εβδομάδας (από Δευτέρα έως Κυριακή) και όλες τις βάρδιες (πρωί – απόγευμα – νύχτα). Συνεπώς, και οι αντικαταστάτες θα εργάζονται, κατά τις ημέρες αδείας του βασικού εργαζομένου, και Κυριακές/αργίες και νύκτες. Ο αντικαταστάτης δικαιούται όλες τις τακτικές και έκτακτες αποδοχές (Μικτές Αποδοχές, Προσαυξήσεις Νυχτερινών και Κυριακών & Αργιών, Δώρο Χριστουγέννων και Πάσχα, Επίδομα Αδείας κλπ.) για τις ημέρες που θα εργασθεί. Ωστόσο, ορθώς ο παρεμβαίνων, στο κόστος αντικατάστασης αδειών, δεν υπολογίζει καθόλου προσαυξήσεις (νυχτερινών, αργιών και Κυριακών), τις οποίες στην οικονομική του προσφορά υπολογίζει (χωρίς τις αναλογούσες ασφαλιστικές εισφορές) συνολικά σε 7.820,18€ το χρόνο και 651,68€ το μήνα, αντίστοιχα. Τούτο, διότι οι προσαυξήσεις, που έχει υπολογίσει, αφορούν αυτούς που εργάζονται. Άρα οι προσαυξήσεις, κατά τις ημέρες της άδειας, αφορούν στους εργαζόμενους και όχι στους αδειούχους, οι οποίοι, για τις ημέρες της άδειας, δεν θα λάβουν τις προσαυξήσεις, αφού δεν εργάζονται Κυριακή/ αργία ή νυχτερινό ωράριο. Βασίμως, λοιπόν, ο παρεμβαίνων υποστηρίζει στην παρέμβασή του, ότι ο συνυπολογισμός για τους αντικαταστάτες των εν λόγω προσαυξήσεων θα οδηγούσε σε διπλό υπολογισμό των εν λόγω ποσών για το διάστημα της άδειας και δεν πρέπει να υπολογισθεί για τους αντικαταστάτες. Αντιθέτως, οι υπολογισμοί της προσφεύγουσας για νυχτερινά, Κυριακές και αργίες για τους αντικαταστάτες θα οδηγούσαν σε υπολογισμό περισσότερων από 365 νυκτών, και κατ' ακολουθία περισσότερων από 9 αργιών, περισσότερων δε από 52 Κυριακών

δηλαδή, θα οδηγούσαν σε κόστος για τους αντικαταστάτες, που θα υπερέβαινε την μονοετή διάρκεια της επίδικης σύμβασης. (βλ. επιστημονική έκθεση της Μαρίας Πουλάκη, Οικονομολόγου, με αρ. πρωτ. ΕΑΔΗΣΥ ΕΙΣ. 592711.09./2023, κατόπιν του αιτήματος, με αρ. πρωτ. ΕΑΔΗΣΥ ΕΙΣ. 5130/25.07.2023, της Προέδρου της ΕΑΔΗΣΥ). Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει ν' απορριφθεί ως αβάσιμος, διότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος δεν υπολείπεται του νόμιμου και η οικονομική του προσφορά δεν αντιβαίνει στον νόμο και στην διακήρυξη.

11. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτή, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ο παρεμβαίνων υπολόγισε ασφαλιστικές εισφορές κατώτερες των νομίμων, με αποτέλεσμα η προσφορά του να υπολείπεται του ελαχίστου νόμιμου εργατικού κόστους.

12.Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, ο ΚΑΔ ... (Δραστηριότητες ιδιωτικού αστυνομικού και παροχής υπηρεσιών ασφάλειας) με βάση τον ΟΔΗΓΟ ΣΥΝΔΕΣΗΣ ΚΩΔΙΚΩΝ (Ο.ΣΥ.Κ.) του ΕΦΚΑ, συνδέεται με τις ειδικότητες... : Νυκτοφύλακας και ... : Θυρωροί, φύλακες και ασκούντες συναφή επαγγέλματα (πλην νυκτοφυλάκων), οι οποίοι αντίστοιχα έχουν Πακέτο Ασφαλιστικής Κάλυψης (Π.Α.Κ.) 105 και 101, το οποίο σημαίνει, ότι οι εν λόγω εταιρείες πρέπει να προσλαμβάνουν «νυκτοφύλακες», όταν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του Νόμου περί νυχτερινής εργασίας. Στο Π.Α.Κ. 105, οι προβλεπόμενες εργοδοτικές εισφορές είναι μεγαλύτερες, διότι η ειδικότητα «νυκτοφύλακα» εντάσσεται στα Βαρέα και Ανθυγιεινά Επαγγέλματα. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι ο παρεμβαίνων υπολόγισε ασφαλιστικές εισφορές κατώτερες των νομίμων, αφού οι εργοδοτικές εισφορές, που αφορούν σε νυκτοφύλακες, είναι μεγαλύτερες από 22,29%. Ο δε παρεμβαίνων υπολόγισε για το σύνολο των εργαζομένων, συμπεριλαμβανομένων και των εργαζομένων σε νυκτερινή βάρδια, τις εργοδοτικές εισφορές με το Π.Α.Κ. ... δηλαδή 22,29% επί του μικτού βασικού μισθού. Σημειωτέον ότι, στο πεδίο εφαρμογής των μέχρι σήμερα υπογεγραμμένων κλαδικών συλλογικών συμβάσεων εργαζομένων στις

επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών ασφάλειας και συστημάτων ασφάλειας όλης της χώρας του Ν. 2518/1997, αναφέρεται η ειδικότητα «Προσωπικό Ασφαλείας (Φύλακες - Αρχιφύλακες - Επόπτες)», η οποία δεν εμφανίζεται στις ειδικότητες του ΕΦΚΑ. Επομένως, η αναφορά μιας ειδικότητας στις συλλογικές συμβάσεις δεν μπορεί να τεκμηριώσει την άποψη του παρεμβαίνοντος, ότι οι ιδιωτικές εταιρείες φύλαξης μπορούν να καλύπτουν την νυκτερινή βάρδια με εργαζόμενους ειδικότητας, που εμπίπτει στο Π.Α.Κ ... , δηλαδή, με εργαζόμενους ειδικότητας ... : Θυρωροί, φύλακες και ασκούντες συναφή επαγγέλματα (πλήν νυκτοφυλάκων) (ειδικότητας: «φύλακες» εφ' εξής), ανεξάρτητα των ετήσιων ωρών παροχής νυκτερινής εργασίας. Περαιτέρω, είναι σαφές, ότι, κατά το νομοθετικό πλαίσιο του ΕΦΚΑ, διαχωρίζονται οι φύλακες που απασχολούνται στις εταιρείες με ΚΑΔ ... , σε αυτούς που παρέχουν νυκτερινή εργασία και σε αυτούς που δεν παρέχουν νυκτερινή εργασία. Μάλιστα, προβλέπονται μεγαλύτερες ασφαλιστικές εισφορές για τους παρέχοντες νυκτερινή εργασία, εντασσομένων τούτων στα Βαρέα και Ανθυγιεινά Επαγγέλματα. Σημειωτέον, ότι νυκτερινή εργασία είναι η απασχόληση που πραγματοποιείται κατά τις νυκτερινές ώρες, οι οποίες έχουν καθορισθεί από 22:00 μ.μ. έως 6:00 π.μ. (.../...Κ.Υ.Α. και άρθρο 2, Π.Δ. 88/1999). Ειδικότερα, σύμφωνα με το Π.Δ. 88/1999, εργαζόμενος την νύκτα είναι (α) κάθε εργαζόμενος κατά την νυκτερινή περίοδο επί τρεις τουλάχιστον ώρες του ημερήσιου κανονικού χρόνου εργασίας του ή (β) κάθε εργαζόμενος, ο οποίος ενδέχεται να πραγματοποιεί κατά την νυκτερινή περίοδο τουλάχιστον 726 ώρες του ετήσιου χρόνου εργασίας του, εφ' όσον δεν προβλέπεται μικρότερος αριθμός ωρών από συλλογικές συμβάσεις ή άλλες διατάξεις. Για τον υπολογισμό του ανωτέρω χρόνου λαμβάνεται υπ' όψη ο ημερήσιος συνολικός χρόνος εργασίας του εργαζόμενου, εφ' όσον σ' αυτόν περιλαμβάνονται 3 τουλάχιστον ώρες του χρονικού διαστήματος 24.00-05.00, ανεξαρτήτως ώρας έναρξης και λήξης βάρδιας, και η εργασία του εργαζόμενου είναι σε 7 τουλάχιστον συνεχείς ώρες εργασίας. Το προς απάντηση ερώτημα επομένως που ανακύπτει είναι αν, στις περιπτώσεις βάρδιας φύλαξης, η κάλυψη της νυκτερινής βάρδιας (ωράριο 22:00 έως 06:00) θα πρέπει υποχρεωτικά να γίνει από εργαζόμενο αντίστοιχης ειδικότητας, δηλαδή «νυκτοφύλακα», με το αντίστοιχο πακέτο ασφαλιστικής κάλυψης, ή υπάρχει η δυνατότητα να

καλυφθούν όλες οι ημερήσιες και νυχτερινές βάρδιες από εργαζόμενους ειδικότητας «Θυρωροί, φύλακες και ασκούντες συναφή επαγγέλματα (πλήν νυκτοφυλάκων)» με εναλλασσόμενες βάρδιες. Στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» της εν λόγω διακήρυξης προβλέπεται, ότι: *«Οι Υπηρεσίες φύλαξης στους χώρους του ... θα παρέχονται όλες τις ημέρες της εβδομάδας, με την διάθεση ενός (1) υπαλλήλου ανά βάρδια. Για την παροχή των υπηρεσιών θα διατεθούν από τον ανάδοχο εργαζόμενοι για οκτώ (8) ώρες εργασίας ανά άτομο [...] ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΑΝΑΔΟΧΟΥ: [...] 2. Χρόνος φύλαξης: Οι υπηρεσίες θα παρέχονται σε 24ωρη βάση με ένα φύλακα θωρης απασχόλησης ανά βάρδια...»*. Η υποχρέωση του αναδόχου, λοιπόν, αφορά σε ημερήσια οργάνωση της εργασίας σε 3 βάρδιες. Δεν εκτείνεται στον τρόπο κάλυψης των εν λόγω βαρδιών. Ειδικότερα, η απαίτηση της παροχής υπηρεσίας *«σε 24ωρη βάση με ένα φύλακα θωρης απασχόλησης ανά βάρδια...»* προσδιορίζει μόνο τον ρυθμό περιτροπής των εργαζομένων στην εργασία κατά βάρδιες, στην οποία οι εργαζόμενοι διαδέχονται ο ένας τον άλλον στις ίδιες θέσεις εργασίας με ορισμένο ρυθμό περιτροπής, οποίος μπορεί να είναι συνεχής ή ασυνεχής, σύμφωνα με τον οποίο οι εργαζόμενοι επιτελούν μία εργασία σε διαφορετικές ώρες, σε μία δεδομένη περίοδο ημερών ή εβδομάδων. Κατά την ένδικη διακήρυξη, οι φύλακες θα εργάζονται εκ περιτροπής, ένας φύλακας ανά οκτάωρο, και επομένως τρεις (3) εντός του 24ώρου. Πέραν αυτού, η διακήρυξη δεν προσδιορίζει κάτι άλλο και κατ' επέκταση δεν δεσμεύει τον ανάδοχο για κάτι άλλο. Επομένως, η εν λόγω απαίτηση μπορεί να καλυφθεί είτε από φύλακες, οι οποίοι καλύπτουν πάντα την ίδια βάρδια, είτε από φύλακες θωρης απασχόλησης, οι οποίοι εναλλάσσονται στις βάρδιες, δηλαδή άλλοτε καλύπτουν την πρωινή, άλλοτε την μεσημεριανή και άλλοτε την νυκτερινή βάρδια, είτε και από τον συνδυασμό των ανωτέρω. Με βάση τον ανωτέρω ορισμό της νυκτερινής εργασίας, στην περίπτωση, κατά την οποία η νυκτερινή βάρδια καλύπτεται καθημερινά από τον ίδιο φύλακα, απαιτείται η ειδικότητα «νυκτοφύλακα», αφού αυτός θα απασχολείται καθημερινά κατά την νύκτα, οπότε θα έχει αυξημένες ασφαλιστικές εισφορές. Από την διακήρυξη, ωστόσο, δεν προκύπτει η απαίτηση η νυκτερινή βάρδια να καλυφθεί από τον ίδιο πάντα εργαζόμενο, οπότε θα έπρεπε να προσληφθεί νυκτοφύλακας. Επομένως, ο παρεμβαίνων έχει την δυνατότητα να καλύψει, όπως βασίμως υποστηρίζει

στην παρέμβασή του, τις νυκτερινές βάρδιες με εργαζομένους ειδικότητας «φύλακας», με εναλλασσόμενες βάρδιες. Τούτο, όμως, υπό την προϋπόθεση, ότι τηρούνται οι προϋποθέσεις που τίθενται από την εργατική νομοθεσία, ότι, δηλαδή, οι ώρες νυκτερινής εργασίας του εργαζόμενου με ειδικότητα «φύλακα» δεν δύνανται να ξεπεράσουν ετήσια τις 726 ώρες, όπου για τον υπολογισμό των 726 ωρών υπολογίζεται ο ημερήσιος συνολικός χρόνος εργασίας του εργαζόμενου, ο οποίος δεν δύναται να είναι μικρότερος των 7 ωρών, από τις οποίες οι 3 ώρες εμπίπτουν στο διάστημα από 24.00-05.00. Στην συγκεκριμένη διακήρυξη που προβλέπεται ένας «φύλακας» ανά 8ωρη βάρδια, ο ίδιος «φύλακας» νομιμοποιείται να καλύψει 90 (726ώρες/8 ώρες= 90,75) «8ωρες νυκτερινές βάρδιες» εντός ενός έτους. Λαμβανομένου υπ' όψη, ότι, για την κάλυψη των 365 ημερών εργασίας, ο παρεμβαίνων προσφέρει 4,2 εργαζομένους, έχει στην διάθεσή του 4,2 x 90 «8ωρες νυκτερινές βάρδιες»=378, ήτοι «8ωρες νυκτερινές βάρδιες», συνολικά για την κάλυψη των απαιτούμενων για ένα έτος 365 νυκτερινών βαρδιών. Διαφορετικά, οι 365 νυκτερινές βάρδιες μπορούν να καλυφθούν από 4,06 εργαζομένους, ως «φύλακες», όπου ο κάθε ένας από αυτούς θα καλύψει 90 «8ωρες νυκτερινές βάρδιες». Περαιτέρω, επειδή 4,06 εργαζόμενοι είναι λιγότεροι από τους 4,20 εργαζομένους που έχει προϋπολογίσει ο παρεμβαίνων, αυτός μπορεί νόμιμα να καλύψει τις νυκτερινές βάρδιες με το προσωπικό ειδικότητας «φύλακα». Δεδομένου δε ότι κάποιες από τις νυκτερινές βάρδιες θα καλυφθούν από τους αντικαταστάτες των αδειούχων, τουλάχιστον 30 «8ωρες νυκτερινές βάρδιες» θα καλυφθούν από τους αντικαταστάτες. Άρα οι 4,2 εργαζόμενοι με 378 «8ωρες νυκτερινές βάρδιες» μπορούν να καλύψουν 335 (=365-30) νυκτερινές βάρδιες χωρίς να απαιτείται η πρόσληψη «νυχτοφύλακα». Επιπλέον, αν η σύμβαση υπογραφεί και ενεργοποιηθεί πριν την 1.1.2024, η εταιρεία θα μπορεί να καλύψει περισσότερες από 90 «8ωρες νυκτερινές βάρδιες» ανά εργαζόμενο, δεδομένου ότι οι νυκτερινές βάρδιες, που θα γίνουν στο 2023, δεν θα συνυπολογισθούν στις 90, αφού ο περιορισμός των 726 ωρών νυκτερινής εργασίας ανά εργαζόμενο «φύλακα» είναι ετήσιος. Βάσει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο παρεμβαίνων υπολόγισε ορθά τις ασφαλιστικές εισφορές και η προσφορά του δεν υπολείπεται του ελαχίστου νομίμου εργατικού κόστους. (βλ. επιστημονική έκθεση της Μαρίας Πουλάκη, Οικονομολόγου, με αρ. πρωτ.

ΕΑΔΗΣΥ ΕΙΣ. 592711.09./2023). Άρα, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

13.Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της εταιρείας «...», ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η εν λόγω εταιρεία υπολόγισε ασφαλιστικές εισφορές κατώτερες των νομίμων, με αποτέλεσμα η προσφορά της να υπολείπεται του ελαχίστου νομίμου εργατικού κόστους.

14.Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Ο λόγος αυτός της προσφυγής είναι απορριπτέος, ως αβάσιμος. Εν προκειμένω, η εταιρεία «...» υπολόγισε ορθά τις ασφαλιστικές εισφορές και η προσφορά της δεν υπολείπεται του ελαχίστου νομίμου εργατικού κόστους, καθώς δεν υποχρεούται από την διακήρυξη σε κάλυψη της 8ωρης νυκτερινής βάρδιας από εργαζόμενο με ειδικότητα «νυχτοφύλακα», η οποία βαρύνεται με αυξημένες ασφαλιστικές εισφορές (Π.Α.Κ. 105). Ως εκ τούτου, η εν λόγω εταιρεία δύναται να καλύψει την νυκτερινή βάρδια από εργαζόμενο ειδικότητας «φύλακα», υπό την προϋπόθεση, ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις, που τίθενται από το Π.Δ. 88/1999, και οι ώρες των εργαζομένων που εναλλάσσονται στην νυκτερινή βάρδια υπολείπονται των 726 ωρών ετησίως, υπολογιζόμενες σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην νομοθεσία (κατ' αναλογία, σύμφωνα με τα εκτεθέντα στην σκέψη 12). Πιο αναλυτικά: Λαμβάνοντας υπ' όψη, ότι ο καθ' ένας από τους 4,2115 εργαζομένους, ειδικότητας «φύλακα», που προτίθεται να απασχολήσει με βάση την προσφορά της, η εν λόγω εταιρεία μπορεί να καλύψει νόμιμα 90 «8ωρες νυκτερινές βάρδιες» ($90 \times 8 = 720$ ώρες < 726 ώρες) ετήσια οι 4,2115 εργαζόμενοι μπορούν να καλύψουν 379 «8ωρες νυκτερινές βάρδιες» ($= 90 \times 4,2115 = 379,035$), οι οποίες υπερβαίνουν τις νυκτερινές βάρδιες κατ' έτος, οι οποίες είναι ίσες με τις ημέρες του έτους (365 ή 366). Αν ληφθεί υπ' όψη, ότι οι αντικαταστάτες των αδειούχων θα καλύψουν τις νυκτερινές βάρδιες που αντιστοιχούν στο διάστημα απασχόλησής τους (30), οι διαθέσιμες 379 8ωρες νυκτερινές βάρδιες υπερκαλύπτουν τις μειωμένες κατά 30 ετήσιες νυκτερινές βάρδιες ($366 - 30 = 336$ νυκτερινές βάρδιες). Αν δε η σύμβαση υπογραφεί και ενεργοποιηθεί εντός του 2023, τότε η εν λόγω

εταιρεία θα μπορεί να καλύψει περισσότερες από 90 νυκτερινές βάρδιες ανά εργαζόμενο, δεδομένου ότι οι νυκτερινές βάρδιες, που θα λάβουν χώρα εντός του 2023, δεν θα συνυπολογισθούν στις 90, αφού ο περιορισμός των 726 ωρών νυκτερινής εργασίας ανά εργαζόμενο «φύλακα» είναι ετήσιος. (βλ. επιστημονική έκθεση της Μαρίας Πουλάκη, Οικονομολόγου, με αρ. πρωτ. ΕΑΔΗΣΥ ΕΙΣ. 592711.09./2023).

15. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της εταιρείας «...», ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η εν λόγω εταιρεία υπολόγισε τα έξοδα δημοσιεύσεων σε ποσό κατώτερο από αυτό που ορίσθηκε με τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις της αναθέτουσας Αρχής.

16.Επειδή, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, στο άρθρο 1.6 της διακήρυξης, με τίτλο «Δημοσιότητα», και δη στην παράγραφο που αφορά στα «Έξοδα δημοσιεύσεων» ορίζεται, ότι: *«Η δαπάνη των δημοσιεύσεων στον Ελληνικό Τύπο βαρύνει τον προμηθευτή.»*. Κατά δεύτερον, με το υπ' αριθμ. πρωτ. .../22-03-2023 έγγραφο της αναθέτουσας Αρχής, το οποίο αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., δόθηκαν διευκρινίσεις στα ερωτήματα, που τέθηκαν από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς. Μεταξύ αυτών, η παροχή διευκρινίσεων αφορούσε και στα έξοδα δημοσιεύσεων. Συγκεκριμένα, στο ως άνω έγγραφο αναφέρεται: *«Μετά από ερωτήματα, ενημερώνουμε ότι στην .../2023 διακήρυξη για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης με διάθεση προσωπικού προέκυψαν οι παρακάτω διευκρινήσεις: 1. Το συνολικό ποσό των εξόδων δημοσίευσης είναι 390,60€...»*. Δεδομένου ότι οι παρεχόμενες διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται, εφ' όσον δεν έχει αμφισβητηθεί η νομιμότητά τους (όπως εν προκειμένω), τα έξοδα δημοσίευσης ανέρχονται σε 390,60€. (ΕΑΔΗΣΥ 338/2023, 1291/2022, 534/2022). Όμως, η εταιρεία «...» περιέλαβε στην προσφορά της έξοδα δημοσίευσης ύψους 315,00€, αντί των ορθών 390,60€. (βλ. επιστημονική έκθεση της Μαρίας Πουλάκη, Οικονομολόγου, με αρ. πρωτ. ΕΑΔΗΣΥ ΕΙΣ. 592711.09./2023). Η δε αναθέτουσα, στις απόψεις της, συνομολογεί την

βασιμότητα του λόγου αυτού, αναφέροντας για την εν λόγω εταιρεία τα εξής: «...Η εταιρεία στην ανάλυση κόστους που κατέθεσε υπολογίζει εσφαλμένα τα έξοδα δημοσίευσης 315,00€ όμως δεν εντοπίστηκε από την Επιτροπή. Η οικονομική προσφορά της εταιρείας θα έπρεπε να είχε απορριφθεί για το λόγο αυτό, καθώς υπολείπεται του κόστους που ορίστηκε μετά τη διευκρίνηση». Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και να ακυρωθεί το απόσπασμα πρακτικών-απόφαση της 11ης/17.05.23 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... , καθ' ο μέρος έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας «...».

18.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 4 Οκτωβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός Απόφασης: 1373 /2023

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ