

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 16/06/2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 672/09.05.2023, του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου (εφ' εξής «προσφεύγουσα»).

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

Της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την εν θέματι προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 12/27.04.2023 (θέμα 15^ο) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... , με την οποία αποφασίσθηκε η αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του οικονομικού φορέα «...» και η ανάδειξη του ως οριστικού αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης, η συμπροσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 09/29.03.2023 (θέμα 16^ο) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... , με την οποία, κατ' αποδοχή των πρακτικών αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και των οικονομικών προσφορών, αποφασίσθηκε, μεταξύ άλλων, η αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...» και η ανάδειξη, ως προσωρινού αναδόχου, του οικονομικού φορέα «...».

Με την οικεία παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την Διακήρυξη, υπ' αριθ. .../2023, του ... προκηρύχθηκε ανοικτός επαναληπτικός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με αντικείμενο «...», προϋπολογισμού 135.000,00€, για δώδεκα (12) μήνες, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά,

Αριθμός Απόφασης: 982/2023

αποκλειστικά βάσει τιμής. Στις 28/04/2023 γνωστοποιήθηκε η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 12/27.04.2023 (θέμα 15^ο), απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... , με την οποία αποφασίσθηκε η αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του οικονομικού φορέα «...» και η ανάδειξή του, ως οριστικού αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης. Στην εν λόγω απόφαση ενσωματώνεται, κατά νόμο και κατά την διακήρυξη, η συμπροσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 09/29.03.2023 (θέμα 16^ο), απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... , με την οποία, κατ' αποδοχή των πρακτικών αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και των οικονομικών προσφορών, αποφασίσθηκε, μεταξύ άλλων, η αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...» και η ανάδειξη, ως προσωρινού αναδόχου, του οικονομικού φορέα «...».

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... , αξίας 675,00 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ, όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε εμπροθέσμως τις απόψεις της επί της προσφυγής στις 19/05/2023 δοθείσης της από 08/05/2023 κατάθεσης της οικείας προσφυγής.

5. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου προκύπτει, ότι η προσφεύγουσα εταιρεία αβασίμως ισχυρίζεται, ότι η παρεμβαίνουσα *“ΔΕΝ ΕΛΑΒΕ ΥΠΟΨΙΝ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΩΝ ΑΠΟΔΟΧΩΝ ΤΩΝ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΤΟΥ ΓΙΑ ΤΟΝ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟ ΤΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ”* και ότι *«Ο ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ «...», ΔΗΛΩΝΕΙ ΜΗ ΝΟΜΙΜΑ ΟΤΙ ΟΙ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΕΣ ΤΩΝ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΤΟΥ ΜΕ ΝΥΧΤΕΡΙΝΗ ΑΠΑΣΧΟΛΗΣΗ ΚΑΙ ΑΠΑΣΧΟΛΗΣΗ ΚΥΡΙΑΚΩΝ & ΑΡΓΙΩΝ ΘΑ ΛΑΒΟΥΝ ΠΑΡΑΝΟΜΑ ΑΠΟΔΟΧΕΣ ΣΑΝ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΙ ΜΟΝΟΝ ΗΜΕΡΑ*

Αριθμός Απόφασης: 982/2023

ΚΑΙ ΜΟΝΟΝ ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗΣ ΑΠΑΣΧΟΛΗΣΗΣ". Τούτο, διότι ο εν θέματι ισχυρισμός δεν προκύπτει από οποιοδήποτε στοιχείο της υποβληθείσας Οικονομικής Προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Ο υπολογισμός του κόστους αντικατάστασης των εργαζομένων κατά την λήψη της νόμιμης άδειάς τους έγινε σύμφωνα με την ισχύουσα εργατική νομοθεσία και αναλύεται στους πίνακες της υποβληθείσας οικονομικής προσφοράς. Αβάσιμοι δε είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας περί μη συνυπολογισμού των προσαυξήσεων για νυχτερινή απασχόληση και απασχόληση κατά τις Κυριακές και τις Αργίες, για τους εργαζόμενους που θα αντικαταστήσουν τους βασικούς εργαζόμενους, κατά την άδειά τους, και του τρόπου υπολογισμού της άδειας αντικαταστάτη. Και τούτο, διότι από την υποβληθείσα οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας προκύπτει, ότι έχει υπολογισθεί σε χωριστό πεδίο το κόστος προσαυξήσεων για το χρονικό διάστημα δώδεκα μηνών, όπως προβλέπεται συναφώς από την ένδικη Διακήρυξη, ήτοι η παρεμβαίνουσα έχει προβεί σε χωριστό υπολογισμό του συνόλου των προβλεπόμενων προσαυξήσεων, ως εμφανίζεται στον σχετικό Πίνακα της Οικονομικής μας προσφοράς, υπολογίζοντας τις ημέρες και ώρες της συνολικής διάρκειας της σύμβασης για τις ακόλουθες προσαυξήσεις: α) προσαύξηση κόστους νυχτερινής ώρας καθημερινής (25% Δευτέρα έως Παρασκευή), β) προσαύξηση κόστους νυχτερινής ώρας καθημερινής (25% Σάββατο), γ) προσαύξηση κόστους πρωινής και απογευματινής ώρας Κυριακής (75%), δ) προσαύξηση κόστους πρωινής και απογευματινής ώρας Αργίας (75%), ε) προσαύξηση κόστους νυχτερινής ώρας Κυριακής (100%) και στ) προσαύξηση κόστους νυχτερινής ώρας Αργίας (100%). Υπολογίζοντας το σύνολο των προσαυξήσεων για το σύνολο των ωρών εργασίας της διάρκειας της σύμβασης, ποσού 11.342,05 €, εν συνεχεία το ανάγει η παρεμβαίνουσα σε μηνιαίο κόστος, ποσού 945,17 €. Έτσι, υπό την ερμηνευτική εκδοχή της προσφεύγουσας εταιρείας, περί μη συνυπολογισμού των προσαυξήσεων για τους αντικαταστάτες, τούτο θα ισοδυναμούσε με διπλό υπολογισμό των προσαυξήσεων (βλ. Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.1047,1048/2022). Ωσαύτως, στην οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, έχει αποτυπωθεί πλήρης και ακριβής ημερολογιακός υπολογισμός των νόμιμων προσαυξήσεων νυχτερινών, Κυριακών και αργιών και σύμφωνα με το νόμιμο ωρομίσθιο των 4,278 € και, ως εκ τούτου, αβασίμως και άρα κατά τρόπο απορριπτέο η προσφεύγουσα

Αριθμός Απόφασης: 982/2023

εταιρεία συγχέει τον υπολογισμό αυτών με τους αντικαταστάτες αδειών. Τούτο, διότι το κόστος των προσαυξήσεων είναι συγκεκριμένο, αυτοτελές (ασχέτως αν θα αφορά απασχόληση των βασικών φυλάκων του έργου ή αντικαταστάτη τους κατά τη λήψη νόμιμης άδειας) και επιβαρύνει τα υπόλοιπα, βασίμως υπολογισμένα, κόστη των απασχολούμενων στο έργο. Στην συνέχεια, στην προσφορά της παρεμβαίνουσας έχουν υπολογισθεί αναλυτικά τα δώρα Χριστουγέννων και Πάσχα, καθώς και το επίδομα αδειάς του συνόλου των απασχολούμενων ατόμων του έργου, όπως έχουν αποτυπωθεί αναλυτικά στους πίνακες της οικονομικής της προσφοράς. Εκ των προδιαληφθέντων προκύπτει, ότι η παρεμβαίνουσα έχει υπολογίσει, στην οικονομική της προσφορά, το νόμιμο εργατικό κόστος, τηρώντας την ισχύουσα εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, και η προσφορά της είναι σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης. Συνεπώς, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας ερείδεται επί εσφαλμένης βάσης και θα πρέπει ν' απορριφθεί ως αβάσιμος. Ως προς τον δεύτερο ισχυρισμό της προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο η παρεμβαίνουσα δεν έχει τηρήσει την ασφαλιστική και εργατική νομοθεσία, λεκτέα είναι τα κάτωθι. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε την οικονομική της προσφορά, τηρώντας την ισχύουσα εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία και είναι σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης. Σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.4, Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών, η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο, ήτοι την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα IV της διακήρυξης. Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε, στην οικονομική της προσφορά, το Παράρτημα IV πλήρως συμπληρωμένο και σύμφωνο με τους Πίνακες αυτού. Τα ποσά αναλύονται στον Πίνακα του άρθρου 68 του Ν.3863/2010, που έχει υποβληθεί μαζί με Πίνακα Υπολογισμού του εργατικού κόστους.

6. Επειδή, στην συνέχεια, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της «...», υποστηρίζοντας ότι «η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα «...», πρέπει να αποκλεισθεί για τον λόγο ότι το ποσό που έχει υπολογίσει για κόστος νυκτερινής απασχόλησης, υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου, κατά πλήρη παράβαση της εργατικής νομοθεσίας και της διακήρυξης. Και τούτο διότι υπολογίζει ότι οι εργαζόμενοί του τόσο κατά τις ημέρες Δευτέρα έως

Αριθμός Απόφασης: 982/2023

Παρασκευή, όσο και κατά τις Κυριακές και Αργίες, θα εργασθούν συνολικά 8 ώρες νύχτα, αμειβόμενες με προσαύξηση 25% και 100% αντίστοιχα, ενώ με βάση τις προδιαγραφές της διακήρυξης, οι ώρες αυτές είναι 9». Από την επισκόπηση του φακέλλου και την σχετική συνομολόγηση της αναθέτουσας Αρχής, περί της ουσιαστικής βασιμότητας του οικείου ισχυρισμού, κρίνεται, ότι δεν υπολογίσθηκε η μία επιπλέον ώρα στο κόστος της νυκτερινής απασχόλησης, στην προσφορά της «...». Ο ως άνω, εσφαλμένος και κατά παράβαση των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, υπολογισμός συμπαρασύρει και έχει ως αποτέλεσμα τον εσφαλμένο και κάτω του νομίμου υπολογισμό του συνολικού εργατικού κόστους και της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα «...». Επομένως, η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα «...» είναι απαράδεκτη, καθ' όσον, από το περιεχόμενο της οικονομικής του προσφοράς, προκύπτει, ότι υπολογίζει κόστος επιπλέον νυκτερινής απασχόλησης, υπολειπόμενο του ελάχιστου νομίμου, καθ' όσον υπολογίζει λιγότερες ώρες νυκτερινής απασχόλησης αμειβόμενες με προσαύξηση 25% τις εργάσιμες ημέρες και με προσαύξηση 100% τις Κυριακές και τις Αργίες, από τις πραγματικά απαιτούμενες για το υπό ανάθεση έργο, κατά παράβαση των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης και της εργατικής νομοθεσίας. Η ως άνω πλημμέλεια της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» καθιστά αυτήν αντιβαίνουσα στις, επί ποινή αποκλεισμού, τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και της εργατικής νομοθεσίας και ζημιογόνο. Πιο συγκεκριμένα, ο οικονομικός φορέας, «...», δηλώνει, ως συνολικό επιπλέον κόστος νυκτερινής απασχόλησης, το ποσό των 3.179,8400 €, κατά τις ημέρες Δευτέρα – Σάββατο, και το ποσό των 2.552,2400 €, κατά τις Κυριακές και τις Αργίες, ετησίως, ενώ το ελάχιστο νόμιμο ορθό ποσό, που θα έπρεπε να υπολογίσει, με βάση τους δικούς του υπολογισμούς, σε συνδυασμό με τις προδιαγραφές, το πρόγραμμα της διακήρυξης και την εργατική νομοθεσία, ανέρχεται σε 3.577,32 €, κατά τις ημέρες Δευτέρα – Σάββατο, και σε 2.871,27 €, κατά τις Κυριακές και τις Αργίες, αντίστοιχα. Ως εκ τούτου, ο ως άνω εσφαλμένος υπολογισμός του επιπλέον κόστους νυκτερινής απασχόλησης, από τον οικονομικό φορέα «...», έχει ως αποτέλεσμα το παράνομο και κάτω του ελάχιστου νομίμου υπολογισμού του κόστους επιπλέον νυκτερινής απασχόλησης, και κατ' επέκταση του εργατικού της κόστους, το ποσό του

Αριθμός Απόφασης: 982/2023

οποίου υπολείπεται κατά ποσό τουλάχιστον 397,48 € ετησίως, για τις ημέρες Δευτέρα – Σάββατο, και κατά ποσό τουλάχιστον 319,03€ ετησίως, για τις Κυριακές και τις αργίες. Κατά συνέπεια, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, ν' απορρίψει την προσφορά του οικονομικού φορέα «...», για την ανωτέρω πλημμύεια, καθ' ότι ο προαναφερθείς εσφαλμένος υπολογισμός συνιστά παραβίαση της απαίτησης της υπό κρίση διακήρυξης, καθώς και των απαρέγκλιτων διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Τ' ανωτέρω έχουν ήδη γίνει δεκτά από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (βλ. ad hoc ΕΑΔΗΣΥ 944/2022). Συνεπώς, η εταιρεία «...» θα έπρεπε να υπολογίσει το νυχτερινό κόστος βάσει 9 ωρών αντί των 8, που έχει υπολογίσει διά της προσφοράς της, και άρα η απόφαση της αναθέτουσας Αρχής τυγχάνει ακυρωτέα, κατά το σημείο τούτο.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής να γίνει εν μέρει δεκτό, να γίνει δεκτή η παρέμβαση, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16/06/2023 και εκδόθηκε στις 03/07/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ