

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 6-2-2024 με την εξής σύνθεση Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει α) την από 29-12-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1/2-1-2024 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής η «πρώτη προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και β) την από 2-1-2024 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 16/3-1-2024 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής η «δεύτερη προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα. Οι ως άνω προσφυγές συνεξετάζονται λόγω συνάφειας, καθώς αφορούν στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία.

Κατά του «...» (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Επί της πρώτης ως άνω προδικαστικής προσφυγής άσκησε παρέμβαση η εταιρία με την επωνυμία «...» όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Επί της δεύτερης ως άνω προδικαστικής προσφυγής άσκησαν παρέμβαση: (α) η εταιρία με την επωνυμία «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και (β) η εταιρία με την επωνυμία «...» και νυν πρώτη προσφεύγουσα, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή, η πρώτη προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των υπ' αρ. πρωτ. .../11-12-2023 (απόφαση της ... Συνεδρίασης της 11.12.2023) και .../21.12.2023 (απόφαση της ... Έκτακτης Συνεδρίασης της 21.12.2023) Πράξεων της ... Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, καθ' ο μέρος απορρίφθηκε η προσφορά της και αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό.

Με τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της ανωτέρω Πράξης ... της ... Έκτακτης Συνεδρίασης της 21-12-2023, της ... Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, καθώς και της ενσωματωθείσα σε αυτήν ως άνω .../11-12-2023 Πράξης της ίδιας ...

Αριθμός Απόφασης: 385, 386/2024

Επιτροπής, της ... Συνεδρίασης αυτής, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας ... , μόνο για τον αναφερόμενο σε αυτή λόγο και κατά το μέρος που αναδείχθηκε η εταιρεία ... οριστική ανάδοχος της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η εξέταση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση κάθε προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 3.528,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικό ... και ... αντίστοιχα και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, την με αριθ. ... Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονική ανοιχτή διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων, για την «...», χρονικής διάρκειας είκοσι τεσσάρων (24) μηνών, για τις ανάγκες της ... , με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 705.600,00€ χωρίς Φ.Π.Α. 24%. Ο διαγωνισμός αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ...

3. Επειδή, οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπρόθεσμα, μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς. Ειδικότερα αμφότερες οι προσφεύγουσες παραδεκτώς στρέφονται μόνο κατά της υπ' αριθμ. ... Πράξης της ... Έκτακτης Συνεδρίασης της ... Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, αφού οι έτερες προσβαλλόμενες πράξεις έχουν ενσωματωθεί σε αυτήν και, συνεπώς, απαραδέκτως προσβάλλονται αυτοτελώς.

4. Επειδή, εμπροθέσμως η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της επί των δύο προσφυγών μέσω ΕΣΗΔΗΣ.

Αριθμός Απόφασης: 385, 386/2024

5. Επειδή, οι παρεμβάσεις έχουν ασκηθεί εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς.

6. Επειδή, στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, συμμετείχαν οι πορσφεύγουσες εταιρείες ... και η παρεμβαίνουσα εταιρεία ... Δυνάμει της Πράξης ... της ... Έκτακτης Συνεδρίασης της ... Επιτροπής της 21-12-2023 της Αναθέτουσας Αρχής αποφασίστηκε, κατόπιν έγκρισης του από 20-12-2023 3ου Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, η ανάδειξη της εταιρείας ... ως οριστικής αναδόχου του διαγωνισμού με συνολική προσφερόμενη τιμή για τους 24 μήνες ύψους 501.840,00€ χωρίς ΦΠΑ και 622.281,60€ συμπ/νου ΦΠΑ. Κατά την ίδια ημερομηνία κοινοποιήθηκε και η ενσωματωθείσα σε αυτήν με αριθμ. .../11-12-2023 Πράξη της ... Επιτροπής της 44ης Συνεδρίασης αυτής δυνάμει της οποίας εγκρίθηκαν το από 4-12-2023 1ο Πρακτικό και το από 4-12-2023 2ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών και απορρίφθηκε η υποβληθείσα προσφορά της εταιρείας ... στο στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, ενώ κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των δύο άλλων διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκε η εταιρεία ... προσωρινή ανάδοχος.

7. Επειδή, στο αρ. 73 παρ. 8 και 9 ν.4412/206 προβλέπονται τα εξής:
«7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στην παρ. 1 και στην παρ. 4, εκτός από την περ. β' αυτής, μπορεί να προσκομίζει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη

Αριθμός Απόφασης: 385, 386/2024

σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7, εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας σαράντα (40) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή, συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Αν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία του πρώτου εδαφίου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκδώσει απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7 και χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9. 9. Για τις ανάγκες των παρ. 7 και 8, με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων, συγκροτείται επιτροπή, τριετούς θητείας, που απαρτίζεται από: α) έναν (1) εκπρόσωπο της ΕΑΑΔΗΣΥ, που εκτελεί χρέη Προέδρου, β) έναν (1) εκπρόσωπο του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων, γ) έναν (1) εκπρόσωπο του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, δ) έναν (1) εκπρόσωπο του Υπουργείου Υγείας και ε) έναν (1) εκπρόσωπο του Υπουργείου Δικαιοσύνης, με τους αναπληρωτές τους. Η θητεία των μελών της επιτροπής του προηγούμενου εδαφίου είναι τριετής. Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων ρυθμίζεται η διαδικασία αποστολής προς την επιτροπή του πρώτου εδαφίου του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής για γνωμοδότηση, οι προϋποθέσεις εξέτασης και επανεξέτασης επανορθωτικών μέτρων που ελήφθησαν και για τα οποία έχει ήδη εκδώσει γνώμη η επιτροπή, ειδικότερα ζητήματα οργάνωσης και λειτουργίας της επιτροπής, καθώς και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα για την εφαρμογή των οριζόμενων στην παρ. 8. 10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παρ. 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παρ. 4 στα τρία

Αριθμός Απόφασης: 385, 386/2024

(3) έτη από την ημερομηνία έκδοσης πράξης που βεβαιώνει το σχετικό γεγονός. 11. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται σε δημόσιες συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ίση ή κατώτερη των δύο χιλιάδων πεντακοσίων (2.500) ευρώ χωρίς ΦΠΑ».

8. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή αιτείται την απόρριψη του σχετικού λόγου.

9. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου η προσφεύγουσα στο πεδίο του ΕΕΕΣ «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του εργατικού δικαίου;» έθεσε την απάντηση ΝΑΙ δηλώνοντας ότι «σύμφωνα με την υπ' αριθ. 306/2023 απόφαση του Αρείου Πάγου η νόμιμη εκπρόσωπος της εταιρίας έχει καταδικαστεί 7 μήνες με αναστολή για την πράξη μη καταβολής δεδουλευμένων αποδοχών. Σημειώνεται ότι έχουν καταβληθεί ως σήμερα όλες οι δεδουλευμένες αποδοχές των εργαζομένων της εταιρίας». Περαιτέρω, κατόπιν πρόσκλησής της από την Αναθέτουσα Αρχή, απέστειλε την από 28-11-2023 επιστολή, στην οποία αναφέρεται ότι «Η αναφερόμενη απόφαση του ... αφορά μεμονωμένη περίπτωση εργατικής αντιδικίας με εργαζόμενο, ο οποίος είχε εξοφληθεί ολοσχερώς προ θειάς και όπως σας θέσαμε στο σύντομο ιστορικό της υπόθεσης, στην από 30/10/2023 επιστολή διευκρινήσεων, ο συγκεκριμένος εργαζόμενος είχε ολοσχερώς εξοφληθεί, πλην όμως, το δευτεροβάθμιο δικαστήριο ουσίας δεν έλαβε υπόψη του τις εξοφλητικές ενυπόγραφες αποδείξεις του εγκαλούντα υποπίπτοντας στην εσφαλμένη καταδικαστική του παραδοχή, ενώ έπρεπε κατά ορθή εκτίμηση των αποδείξεων να καταστρώσει αθωωτική κρίση. Είναι σημαντικό επίσης να αναφέρουμε ότι ο συγκεκριμένος εργαζόμενος δεν προσέφυγε κατά της εταιρίας μας αστικά ώστε να διεκδικήσει τα όσα τάχα του οφείλαμε. [...] Τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε η εταιρία μας είναι ότι όλοι οι εργαζόμενοι της εξοφλούνται προσηκόντως χωρίς καμία προστριβή, δεν επαναλήφθηκε εκ νέου παρόμοιο περιστατικό, ήταν όπως προαναφέραμε μια μεμονωμένη περίπτωση εργατικής αντιδικίας, ούτε είχε συμβεί πριν από αυτό, λαμβάνοντας υπόψη ότι η εταιρία λειτουργεί με τον ίδιο εκπρόσωπο από το 2001, δηλαδή 22 χρόνια.». Επομένως, σε αντίθεση με όσα αναφέρει η Αναθέτουσα Αρχή η προσφεύγουσα δήλωσε κάποια μέτρα αυτοκάθαρσης, τα

Αριθμός Απόφασης: 385, 386/2024

οποία μάλιστα επεξηγήθηκαν κατόπιν πρόσκλησης της ίδιας της Αναθέτουσας Αρχής. Εντούτοις, καίτοι η τελευταία έκρινε ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, κατά παράβαση του νόμου, δεν έλαβε καμία απόφαση για τη διαπίστωση (ή μη) της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων, αφού δεν απευθύνθηκε στην αρμόδια επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, προκειμένου να λάβει τη σύμφωνη γνώμη της. Ωστόσο, σύμφωνα με την παρ. 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016: «Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7, εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας σαράντα (40) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή, συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Αν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία του πρώτου εδαφίου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκδώσει απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7 και χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9». Εν όψει των ανωτέρω, η σχετική κρίση της Αναθέτουσας Αρχής καθίσταται ακυρωτέα, καθότι δεν προηγήθηκε η σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας επιτροπής του άρθρ. 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, ως ισχύει (βλ. μεταξύ πολλών, υπ' αριθμ. 939/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ), οι δε ισχυρισμοί περί μη αναφοράς τέτοιων μέτρων αβασίμως προβάλλεται, όπως ανωτέρω αναλύεται. Συνεπώς, με πλημμελή αιτιολογία και κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας. Τούτο, διότι, προ της αποδοχής ή απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας ήταν, σε κάθε περίπτωση, υποχρεωτικό να κριθεί η επάρκεια (ή μη) των δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων και δη, με τη διαδικασία που προβλέπεται ρητά στον νόμο, η προσβαλλόμενη πράξη πάσχει ακυρότητας, λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Συναφώς, ο σχετικός λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

10. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της κατά της αναδόχου εταιρείας προβάλλει τα εξής: *«Σε αντίθεση με τα ως άνω που ακολουθούν πιστά τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας ως προς τον υπολογισμό των προσαυξήσεων για απασχόληση νύχτα και*

Αριθμός Απόφασης: 385, 386/2024

Κυριακές και Αργίες, η ανάδοχος εταιρεία ... πλημμελώς στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία δηλώνει τα κάτωθι [...] Δηλαδή ως προκύπτει και δηλώνει ευθαρσώς πλημμελώς πολλαπλασιάζει τον βασικό μισθό με την προσαύξηση του 75% για απασχόληση σε Κυριακές και Αργίες και τέλος με τον αριθμό των ατόμων που θα απασχοληθούν σε Κυριακές και Αργίες για 4392 ετήσιες ώρες Κυριακών και Αργιών καταλήγοντας κατά τούτο σε πλημμελές αποτέλεσμα καθώς δεν εξευρίσκει το ωρομίσθιο ως ρητώς η εργατική νομοθεσία προβλέπει. Δηλώνοντας 4392 ετήσιες ώρες Κυριακών και αργιών δηλώνει επιπλέον κόστος Κυριακών και αργιών $1.228,50$ ανά άτομο $\times 2,10$ άτομα $\times 12$ μήνες = $14.742,00$ Αντιθέτως ο ορθός υπολογισμός για 4392 ετήσιες ώρες θα ήταν να τις πολλαπλασιάσει με $\times 4,68 = 20.554,56\text{€}$. $20.554,56 \times 75\%$ λόγω προσαύξησης σε Κυριακές - Αργίες = $15.415,92\text{€}$ Συνεπώς, προκύπτει $15.415,92 - 14.742 = 673,92$ διαφορά στο έτος στις μικτές αποδοχές Κυριακών και αργιών, καθιστάμενης της προσφοράς της απορριπτέας ως ζημιογόνου κατά τούτο. Στο ίδιο σφάλμα υποπίπτει και για την νυχτερινή απασχόληση όπου δηλώνει 8.760 ετήσιες ώρες: Μηνιαίο κόστος : $819,00 \times 12$ μήνες = $9.828,00$ ευρώ, ετήσιες μικτές αποδοχές για την εργασία για Κυριακή και αργίες. Αντιθέτως, ο ορθός υπολογισμός για τις 8.760 ετήσιες ώρες $\times 4,68 = 40.996,80\text{€}$ $40.996,80 \times 25\%$ λόγω προσαύξησης για απασχόληση σε νυχτερινές ώρες = $10.249,20\text{€}$ Συνεπώς, προκύπτει $10.249,20 - 9.828,00 = 421,20\text{€}$ διαφορά στις ετήσιες μικτές αποδοχές κατά την εργασία νυχτερινής απασχόλησης. Η συνολική δε διαφορά της υποβληθείσας προσφοράς της ανέρχεται σε: $421,20 + 673,92 = 1.095,12 \text{ €}$ στις ετήσιες μικτές αποδοχές . $1.095,12 \times 22,29\% = 244,10 \text{ €}$ διαφορά που προκύπτει στις εργοδοτικές εισφορές. Έτσι, η συνολική διαφορά : $1.095,12 + 244,10 = 1.339,22 \text{ €}$ ΕΤΗΣΙΩΣ καθιστάμενης της ... της προσφοράς προφανώς ζημιογόνου. Και τούτο χωρίς να ληφθεί υπόψη και να υπολογιστούν τα επιδόματα των εργαζομένων, το κόστος αντικαταστατών και οι νόμιμες κρατήσεις που επηρεάζονται εξαιτίας του ως άνω εσφαμένου τρόπου υπολογισμού.[...] Εν προκειμένω λοιπόν, η ανάδοχος εταιρεία ενώ ρητώς δήλωσε στην υποβληθείσα οικονομική της προσφορά και δη στον επί ποινή αποκλεισμού υποβληθέντα Πίνακα ότι ορισμένοι εργαζόμενοί της έχουν ήδη συμπληρώσει τριετίες όφειλε να συνυπολογίσει αυτές στην υποβληθείσα οικονομική της προσφορά με δεδομένο το «ξεπάγωμα» των τριετιών από την

Αριθμός Απόφασης: 385, 386/2024

1- 1-2024 και εφεξής και συγκεκριμένα με ποσοστό 10% για κάθε τριετία προϋπηρεσίας και έως 3 τριετίες για τους 2 εργαζόμενους που η ίδια δηλώνει και συνολικά σε ποσοστό 30% για προϋπηρεσία εννέα (9) ετών και άνω για τους 3 εργαζόμενους που η ίδια δηλώνει. Κατά τούτο και εφόσον ουδόλως προκύπτει από την υποβληθείσα οικονομική της προσφορά ο υπολογισμός των δηλωθέντων τριετιών και των αντίστοιχων προσαυξήσεων για τους 5 στον αριθμό εργαζόμενους της, η προσφορά της καθίσταται άνευ ετέρου απορριπτέα, λόγω αντίθεσής της στις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας.»

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή και η παρεμβαίνουσα αιτούνται την απόρριψη του σχετικού λόγου.

12. Επειδή, ως προς τον ως άνω προβαλλόμενο λόγο λεκτέα τα ακόλουθα: Όπως έχει κριθεί νομολογιακά, κριτήριο για τον χαρακτηρισμό του εργαζομένου ως υπαλλήλου ή εργατοτεχνίτη είναι κατά πόσο κατά την άσκηση των καθηκόντων του υπερέχει η πνευματική ή η σωματική εργασία αντίστοιχα. Στην απόφαση ΑΠ 1266/2017 αναφέρεται σχετικά ότι: «[...] η διάκριση του μισθωτού ως εργάτη ή υπαλλήλου εξαρτάται από το είδος της παρεχόμενης εργασίας και όχι από τον περιεχόμενο στη σύμβαση χαρακτηρισμό αυτού ή τον τρόπο της αμοιβής του. Εργασία δε εργάτη θεωρείται εκείνη που προέρχεται αποκλειστικά ή κατά κύριο λόγο από την καταβολή σωματικής ενέργειας, ενώ όταν η εργασία είναι προϊόν πνευματικής καταβολής, τότε και εφόσον ο εργαζόμενος έχει την κατάρτιση και εμπειρία που απαιτείται γι' αυτήν και την εκτελεί με υπευθυνότητα, θεωρείται εργασία υπαλλήλου και εκείνοι που την ασκούν ανήκουν στην κατηγορία των ιδιωτικών υπαλλήλων. Έτσι, για τον χαρακτηρισμό προσώπου ως υπαλλήλου, απαιτείται και εξειδικευμένη εμπειρία, θεωρητική μόρφωση και ιδίως η ανάπτυξη πρωτοβουλίας και ανάληψη ευθύνης κατά την εκτέλεση της εργασίας, διότι μόνο όταν συντρέχουν αυτά τα στοιχεία κατά την εκτέλεση της εργασίας το πνευματικό στοιχείο υπερτερεί του σωματικού. Ειδικότερα, για τον χαρακτηρισμό ως ιδιωτικών υπαλλήλων των απασχολούμενων στη βιομηχανική παραγωγή, δεν αρκεί η άσκηση στο χειρισμό και στη ρύθμιση των μηχανικών μέσων με τα οποία, λόγω της αλματώδους τεχνολογικής προόδου, αναπληρώνεται η καταβολή μυϊκής δυνάμεως, αλλά απαιτείται εξειδικευμένη εμπειρία και ιδίως η ανάπτυξη πρωτοβουλίας και ανάληψη

Αριθμός Απόφασης: 385, 386/2024

ευθύνης κατά την εκτέλεση της εργασίας, διότι μόνο όταν συντρέχουν αυτά τα στοιχεία κατά την εκτέλεση της εργασίας, το πνευματικό στοιχείο υπερτερεί του σωματικού (ΑΠ 1405/2014, 90/2009) [...]». Θα πρέπει να σημειωθεί ότι στη σελ 70 επ. της Διακήρυξης, όπου εξειδικεύονται τα καθήκοντα των εργαζομένων περιλαμβάνονται και εργασίες που δεν προσιδιάζουν στη σωματική εργασία και επιπροσθέτως προϋποθέτουν αυξημένη εγρήγορση (ενημέρωση βιβλίου συμβάντων, ενημέρωση έκκτα συμβάντα, χρήση πυροσβεστικών μέσων). Υπό τις παρούσες συνθήκες προκύπτει ότι η Οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν θα μπορούσε να έχει αποκλεισθεί για τον λόγο ότι έλαβε ως βάση υπολογισμού τον μισθό του υπαλλήλου και όχι το ωρομίσθιο του εργατοτεχνίτη. Ωστόσο σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία για την απασχόληση σε καθημερινή νυχτερινή εργασία καταβάλλεται επιπλέον προσαύξηση 25% και για την εργασία σε ημέρα Κυριακή και σε αργίες καταβάλλεται επιπλέον προσαύξηση 75%. Όπως ορθά προβάλλει η προσφεύγουσα – ζήτημα το οποίο δεν άπτεται του τρόπου υπολογισμού - για τον προσδιορισμό της προσαύξησης του καταβαλλόμενου ωρομισθίου πρέπει να αθροιστούν όλες οι ανωτέρω πρόσθετες παροχές και να διαιρεθούν με τον αριθμό των εργασιμων ημερών της περιόδου που αντιστοιχούν σε κάθε μισθωτό και το πηλίκο που θα προκύψει πρέπει να προστεθεί στο καταβαλλόμενο ημερομίσθιο. Εν προκειμένω ωστόσο προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα υπολόγισε την αμοιβή και άρα και τις προσαυξήσεις Κυριακών αργιών αλλά και νυκτερινής εργασίας με τη μέθοδο της μετατροπής του συνολικού αριθμού αντιστοίχων ωρών ετησίως στους αναλογούντες ισοδύναμους μισθωτούς πλήρους απασχόλησής. Πλην όμως για να καταλήξει στη μετατροπή σε ισοδύναμους μισθωτούς διαίρεσε τις συνολικές ώρες απασχόλησης δια του αριθμού ωρών απασχόλησής ανά ισοδύναμο μισθωτό σύμφωνα με το αρχείο προσφοράς ΜΕΘΟΔΟΛΟΓΙΑ 002. Έτσι όμως κατέληξε να υπολογίσει τις προσαυξήσεις επί βάσης μικρότερης της εκ του νόμου απαιτούμενης. Και αυτό διότι κατά νόμο σε περίπτωση μισθωτών αμειβόμενων με μηνιαίο μισθό όπως εν προκειμένω, η βάση υπολογισμού των παραπάνω προσαυξήσεων δηλαδή το ωρομίσθιο ισούται με το πηλίκο του μηνιαίου μισθού δια 170. Συνεπώς ο τρόπος υπολογισμού της παρεμβαίνουσας, ο οποίος οδηγεί σε μικρότερο του νομίμου εργατικό κόστος, αντίκειται στον εκ του νόμου ορθό τρόπο υπολογισμού ως προς τις

Αριθμός Απόφασης: 385, 386/2024

προσαυξήσεις Κυριακών αργιών αλλά και νυκτερινής εργασίας, όπως βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα.

13. Επειδή, τα παραπάνω αναφερόμενα παρέχουν αυτοτελές έρεισμα περί απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ... και νυν αναδόχου, συνεπώς, η εξέταση των έτερων ισχυρισμών της προσφυγής σχετικά με την απόρριψη της εν λόγω προσφοράς παρέλκει.

14. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της προβάλλει πρόσθετο λόγο απόρριψης της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας. Ειδικότερα υποστηρίζει ότι στο υποβληθέν από την εταιρεία «...» έντυπο ΕΕΕΣ, δεν αναφέρεται η με αριθμ. ... απόφαση του ... Δ/ντή του ... , με την οποία απορρίφθηκε η από 06.06.2023 ενδικοφανής προσφυγή που άσκησε η αιτούσα κατά της ... από 12.05.2023 απόφασης του Προϊσταμένου του ... με την οποία επιβλήθηκε σε βάρος της πρόστιμο, ποσού 30.000 €, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του ν. 2518/1997 (ΦΕΚ Α' 164), όπως αυτός συμπληρώθηκε και τροποποιήθηκε με τον Ν. 3707/2008 (ΦΕΚ Α' 209), για την περιγραφόμενη στην εν λόγω απόφαση παράβαση. Επειδή ενόψει των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής κρίνεται ως ακυρωτέα, η Αναθέτουσα Αρχή καλείται να εκδώσει νέα απόφαση κατά τα διαλαμβανόμενα ειδικότερα στις προηγούμενες σκέψεις, ως προς την ανάδοχο εταιρεία και κατόπιν τήρησης του ουσιώδους τύπου της διαδικασίας ως προς την εταιρεία «...». Στο πλαίσιο αυτό και δοθέντων όσων προβάλλονται από την δεύτερη προσφεύγουσα αναφορικά με πιθανούς πρόσθετους λόγους αποκλεισμού της ως άνω εταιρείας, η Αναθέτουσα Αρχή θα πρέπει στην αιτιολογία της νέας πράξης να διαλάβει κρίση περί του εάν πράγματι τα αναφερόμενα στην δεύτερη προσφυγή ως προς την «...», τα οποία έχουν πλέον περιέλθει σε γνώση της, θα έπρεπε να έχουν δηλωθεί στο ΕΕΕΣ της τελευταίας στο πεδίο των λόγων αποκλεισμού ώστε να αξιολογηθούν από την Αναθέτουσα αρχή.

15. Επειδή, ενόψει όλων των ανωτέρω οι προδικαστικές προσφυγές πρέπει να γίνουν δεκτές, να απορριφθούν οι παρεμβάσεις, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και δη αφενός κατά το μέρος που εξεδόθη κατά παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει τη σύμφωνη γνώμη της

Αριθμός Απόφασης: 385, 386/2024

Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν.4412/2016 περί επάρκειας ή μη των δηλωθέντων από την πρώτη προσφεύγουσα επανορθωτικών μέτρων, αφετέρου κατά το μέρος που έκανε δεκτή την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας «...» και την ανακήρυξε ανάδοχο. Τέλος, πρέπει να επιστραφεί σε κάθε προσφεύγουσα το παράβολο που κατέθεσε για την άσκηση της προσφυγής της.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τις προδικαστικές προσφυγές.

Απορρίπτει τις παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. πρωτ. ... Πράξη της ... Επιτροπής του ... (απόφαση της ... Έκτακτης Συνεδρίασης ... Επιτροπής της 21.12.2023), κατά το μέρος που εξεδόθη κατά παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν.4412/2016, περί επάρκειας ή μη των δηλωθέντων από την πρώτη προσφεύγουσα εταιρεία «...» επανορθωτικών μέτρων αλλά και κατά το μέρος που έκανε δεκτή την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας «...» και την ανακήρυξε ανάδοχο.

Αναπέμπει την υπόθεση στην Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου αυτή να ενεργήσει κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό και ειδικότερα στις σκέψεις 9 και 14 της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή σε κάθε προσφεύγουσα του παραβόλου που κατέθεσε για την άσκηση της προσφυγής της.

Κρίθηκαν και αποφασίσθηκαν στις 6-2-2024 και 7-2-2024 και εκδόθηκαν στις 27-2-2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ιωάννης Λαμπρόπουλος

Η γραμματέας

Φωτεινή Μαραντίδου

και α/α Μιχαήλ Σοφινός

Αριθμός Απόφασης: 385, 386/2024