

Η

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

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 31/05/2024, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 591/23-04-2024 του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά : «...» (εφ' εξής «αναθέτων Φορέας»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Την παρέμβαση της εταιρείας, με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την οικεία προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη υπό ΑΔΑΜ ... 2024-03-28 Διακήρυξη Ανοικτού Διαγωνισμού με αριθμό ... «...» προϋπολογισμού 1.984.451,00 € πλέον Φ.Π.Α. 24% (2.460.719,24 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%), με δικαίωμα προαίρεσης έως του 50% ήτοι έως 992.225,50€ πλέον ΦΠΑ 24%, συνολικού προϋπολογισμού συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης έως 2.976.676,50€ πλέον ΦΠΑ 24% (έως 3.691.078,86€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερο εργολαβικό όφελος), κατά το μέρος που προσβάλλονται οι όροι των άρθρων 1.3.2, 1.3.4, 2.2.6.1 και 2.4.4 της Διακήρυξης και των συναφών αυτών, καθώς και το υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος VII, καθώς και να ακυρωθεί κάθε συναφής και σχετική προγενέστερη ή μεταγενέστερη της Διακήρυξης πράξη και κάθε άλλος σχετικός προγενέστερος ή μεταγενέστερος όρος.

Με την εν θέματι παρέμβαση, επιδιώκεται η απόρριψη της οικείας προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή η «...» δημοσίευσε την υπό ΑΔΑΜ ... 2024-03-28 Διακήρυξη Ανοικτού Διαγωνισμού με αριθμό ... , προϋπολογισμού 1.984.451,00 € πλέον Φ.Π.Α. 24% (2.460.719,24 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%), με δικαίωμα προαίρεσης έως του 50% ήτοι έως 992.225,50€ πλέον ΦΠΑ 24%, συνολικού προϋπολογισμού συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης έως 2.976.676,50€ πλέον ΦΠΑ 24% (έως 3.691.078,86€ Συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερο εργολαβικό όφελος).

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. Τούτο, διότι ο επίδικος διαγωνισμός προκηρύχθηκε από την ... εταιρεία «...», η οποία ιδρύθηκε με το άρθρο 1 του ν.δ. 496/1970 (Α'73), λόγω δε της δραστηριότητάς της (παροχή ... υπηρεσιών) και του έμμεσου ελέγχου της από το Ελληνικό Δημόσιο, αποτελεί 'δημόσια επιχείρηση' και 'αναθέτοντα φορέα' (ΣΤΕ 1939/2022 σκ. 10).

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 δεσμευμένο, ... αξίας 9.923,00 €, 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 οι απόψεις επί της κρινόμενης προσφυγής απεστάλησαν στις 02/05/2024 δοθείσης της από 22/04/2024 κατάθεσης της ένδικης προσφυγής. Επ' αυτών κατατέθηκε το από 08/05/2024 υπόμνημα της προσφεύγουσας δοθέντος ότι η 7^η Μαΐου ήταν ημέρα εξαιρετέα.

5. Επειδή από την επισκόπηση του φακέλλου προκύπτουν τα εξής, για τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ως προς τον προϋπολογισμό της επίμαχης διακήρυξης. Λαμβανομένου υπ' όψη, ότι οι διατάξεις περί κατωτάτου μισθού ιδρύουν κανόνες δημόσιας τάξης, τυγχάνουν ευθείας και αμέσου

Αριθμός Απόφασης:903/2024

εφαρμογής και καταλαμβάνουν και διαγωνιστικές διαδικασίες με ήδη δημοσιευμένη διακήρυξη. Η διά των απόψεων μνεία της αναθέτουσας περί μελλοντικής αναπροσαρμογής κρίνεται αλυσιτελής, διότι αυτή μπορεί να λάβει χώρα αποκλειστικά με ανάκληση και επαναδημοσίευση νέα διακήρυξης ή με τροποποίηση της υφισταμένης. Επιπρόσθετα, εάν προχωρήσει η διαγωνιστική διαδικασία με το αναγραφόμενο στην Διακήρυξη μισθολογικό κόστος και τον αναγραφόμενο προϋπολογισμό, όλα τα απαιτούμενα έγγραφα και στοιχεία, που υπολογίζονται βάσει αυτού, θα πρέπει να εκδοθούν και να προσκομισθούν από τους οικονομικούς φορείς, βάσει του ατεκμηρίωτου προϋπολογισμού, για να ελεγχθεί εάν πληρούν τις συγκεκριμένες προϋποθέσεις συμμετοχής.

6. Επειδή επέκεινα, επί του δευτέρου λόγου της κρινόμενης προσφυγής, λεκτέα τα εξής. Η συρρίκνωση του εργολαβικού οφέλους εκ της διακήρυξης θέτει υπό διακινδύνευση το αξιόπιστο των τιθέμενων προσφορών, λόγω κινδύνου υποβολής ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών. Σε ό,τι αφορά στο επίδομα αδείας, βάσει εγκυκλίων του Υπουργού Απασχόλησης, κάθε μισθωτός, που συνδέεται με σύμβαση εξαρτημένης σχέσης εργασίας ορισμένου ή αορίστου χρόνου, δικαιούται να λάβει ετήσια άδεια με αποδοχές από την έναρξη της απασχόλησής του σε συγκεκριμένη υπόχρεη επιχείρηση. Η άδεια αυτή χορηγείται από τον εργοδότη αναλογικά (ποσοστό) με βάση το χρονικό διάστημα, που απασχολήθηκε ο εργαζόμενος στον εργοδότη αυτό. Η αναλογία της χορηγούμενης άδειας υπολογίζεται βάσει ετήσιας άδειας 20 εργασίμων ημερών επί πενθημέρου εβδομαδιαίας εργασίας και 24 εργασίμων ημερών επί εξαημέρου, η οποία αντιστοιχεί σε 12 μήνες συνεχούς απασχόλησης. Ο εργοδότης υποχρεούται, μέχρι την λήξη του πρώτου ημερολογιακού έτους εντός του οποίου προσελήφθη ο μισθωτός, να χορηγήσει τμηματικά την ετήσια κανονική άδεια με αποδοχές, η οποία αναλογεί στον χρόνο απασχόλησής του στην υπόχρεη επιχείρηση. Κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει την ετήσια κανονική άδεια με αποδοχές, η οποία αναλογεί στον χρόνο απασχόλησής του στην υπόχρεη επιχείρηση και υπολογίζεται, όπως ανωτέρω. Η άδεια αυτή επαυξάνει κατά μία (1) εργάσιμη ημέρα για κάθε έτος απασχόλησης επιπλέον του πρώτου μέχρι τις είκοσι έξι (26) εργάσιμες ημέρες σε περίπτωση εξαήμερης εβδομαδιαίας εργασίας ή μέχρι τις είκοσι δύο (22) ημέρες αν στην

Αριθμός Απόφασης:903/2024

επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας. Κατά το τρίτο ημερολογιακό έτος καθώς και κατά τα επόμενα, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει ολόκληρη την ετήσια άδειά του και σε κάθε χρονικό σημείο του έτους αυτού. Επισημαίνεται, ότι, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 6 της Ε.Γ.Σ.Σ.Ε. 2000/2001, εργαζόμενοι που έχουν συμπληρώσει υπηρεσία 10 ετών στον ίδιο εργοδότη ή προϋπηρεσία 12 ετών σε οποιονδήποτε εργοδότη και με οποιαδήποτε σχέση εργασίας, δικαιούνται άδειας 30 εργασίμων ημερών, αν εφαρμόζεται σύστημα εξαήμερης εβδομαδιαίας εργασίας, και 25 εργασίμων ημερών, αν εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας. Από 01-01-2008 (Ε.Γ.Σ.Σ.Ε. 2008/2009), μετά την συμπλήρωση 25ετούς υπηρεσίας ή προϋπηρεσίας δικαιούνται μιας (1) επιπλέον εργάσιμης ημέρας, δηλ. συνολικά τριάντα μιας (31) ημερών επί εξαημέρου και είκοσι έξι (26) εργασίμων ημερών επί πενθημέρου. Εκτός από τις αποδοχές αδειάς, οι μισθωτοί δικαιούνται να λάβουν και «Επίδομα αδειάς» (αρ. 3 Ν. 4504/66). Το επίδομα της αδειάς υπολογίζεται, όπως υπολογίζονται και οι αποδοχές της αδειάς, με τον περιορισμό, ότι δεν μπορεί να υπερβεί τον μισό μισθό για όσους μισθωτούς αμείβονται με μισθό, και τα 13 ημερομίσθια για όσους αμείβονται με ημερομίσθιο ή με ποσοστά κλπ. Το επίδομα αδειάς ακολουθεί την άδεια και καταβάλλεται από τον εργοδότη, μαζί με τις αποδοχές αδειάς του μισθωτού, κατά την έναρξη της αδειάς του μισθωτού, κατ' αναλογία πάντα των ημερών αδειάς που λαμβάνει κάθε φορά ο μισθωτός. Όσον αφορά στο επίδομα αδειάς, τονίζονται τα εξής. Όπως είναι γνωστό, κάθε εργαζόμενος μαζί με την άδεια δικαιούται αποδοχές αδειάς καθώς και επίδομα αδειάς (άρ. 3, παρ.16 Ν.4504/1966). Το δικαίωμα λήψης επιδόματος αδειάς αποτελεί επακόλουθο του δικαιώματος λήψης κανονικής αδειάς και υπολογίζεται, όπως και οι αποδοχές αδειάς -είναι δηλαδή ίσες προς το σύνολο των αποδοχών αδειάς με τον περιορισμό ότι δεν δύναται να υπερβεί για όσους μεν αμείβονται με μισθό, τον μισό μισθό, για όσους δε αμείβονται με ημερομίσθιο ή ημερομίσθιο ή ποσοστά, τα 13 ημερομίσθια. Ως εκ τούτου, οι μισθωτοί, οι οποίοι λαμβάνουν τμήμα ή ολόκληρη την άδεια, δικαιούνται και αναλόγων αποδοχών επιδόματος αδειάς τόσο για τα πρώτο και δεύτερο ημερολογιακά έτη, όσο και για τα επόμενα έτη. Επίσης, αναφορικά με τις λοιπές άδειες: το ενδεχόμενο για μια ομάδα 90 ατόμων ή και περισσότερων για ένα έτος να ασθενήσει ή να λάβει ειδικές εκ του νόμου άδειες είναι στατιστικά βέβαιο και

παρ' όλα αυτά αγνοείται. Πρόκειται για σταθερό μισθολογικό κόστος (όπως έχει ορισθεί με τιμολόγηση ανάλογα με τις παρουσίες στην εργασία), το οποίο σίγουρα θα προκύψει και ωστόσο δεν έχει ληφθεί υπ' όψη από τον αναθέτοντα Φορέα. Όλες τις προδιαληφθείσες παραμέτρους, εν όψει μάλιστα και της μεταβολής του κατώτατου μισθού, όφειλε επί ποινή ακυρότητας να τα έχει λάβει υπ' όψη και να τα ενσωματώσει η ένδικη διακήρυξη στους οικείους όρους. Κατά τούτο, η ανωτέρω παράλειψη καθιστά ακυρωτέα την ένδικη διακήρυξη.

7. Επειδή επί του τρίτου λόγου προσφυγής, λεκτέα τα εξής. Τα οριζόμενα στο υπόδειγμα της οικονομικής προσφοράς είναι ακυρωτέα, κατά το μέρος που έρχονται σε αντίθεση με τις προβλέψεις της ίδιας της διακήρυξης (παράγραφος 1.3.1), περί δυνατότητας υποβολής προσφοράς για μέρος του έργου με ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής το 1/3 του συνολικού. Τούτο, διότι ευρίσκονται σε αντίθεση με τον ν. 4412/2016 (άρθρο 53), όπου καθορίζεται, ότι οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις, ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. Συνεπεία των ανωτέρω και της προαναφερόμενης αμφισημίας, αν ο υποψήφιος ανάδοχος θελήσει να συμμετάσχει για μέρος μόνο του έργου, τότε υποχρεούται εκ του εσφαλμένου της διακήρυξης να υποβάλει προσφορά, με περαιτέρω κίνδυνο την μετέπειτα απόρριψη της συμμετοχής του. Επί του τετάρτου λόγου της προσφυγής λεκτέα τα εξής. Ο σκοπός των προηγουμένων διακηρύξεων ερείδεται στο ότι το ταχυδρομικό δεν είναι ένα απλό μεταφορικό έργο, διότι διενεργείται υπό ειδικές συνθήκες και με αυξημένες εγγυήσεις, προκειμένου να διασφαλίζονται και τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις που απορρέουν από το άρθρο 19 του Συντάγματος. Με άλλα λόγια, σε μία τέτοια σύμβαση ο επιλεγείς δεν είναι ένας απλός ανάδοχος, αλλά αναγορεύεται, εν όψει της φύσης του αντικειμένου, σε ευθέως συμμετέχοντα σε κρατική λειτουργία. Η εμπειρία λοιπόν σε ... έργο αποτελεί εγγύηση τήρησης του άρθρου 19 έναντι των χρηστών της υπηρεσίας από πάροχο που έχει συνείδηση των υποχρεώσεωών του λόγω της σχετικής εμπειρίας. Η κατάργηση της σχετικής προϋπόθεσης στην ένδικη διακήρυξη και η αντικατάστασή της από εμπειρία μόνον σε "συναφές" κατά τις απόψεις έργο, δηλαδή απλώς μεταφορικό, τελεί εκτός νομοθετικής εξουσιοδότησης. Εν όψει δε μιας παγιωμένης κατάστασης δεν παρατίθενται στην διακήρυξη οι

Αριθμός Απόφασης:903/2024

όροι που δικαιολογούν την μεταβολή, με συνέπεια να καθίσταται ανέφικτος ο διοικητικός και δικαστικός έλεγχος της τήρησης των άκρων ορίων της νομοθετικής εξουσιοδότησης. Και μόνη δηλαδή η έλλειψη αιτιολογίας για την εν λόγω μεταβολή καθιστά άκυρο τον σχετικό όρο. Τούτο, διότι το ταχυδρομικό έργο είναι ιδιάζον και δεν είναι συναφές με άλλα απλώς παρεμφερή μεταφορικά έργα. Αβασίμως δε με τις απόψεις γίνεται επίκληση του Ν. 4053/2012, βάσει του οποίου ταχυδρομικό έργο ασκούν μόνον οι αδειοδοτούμενοι από την Ε.Ε.Τ.Τ φορείς. Η αναφορά είναι αλυσιτελής, διότι η αληθής έννοια του λόγου της προσφυγής είναι, ότι δεν περιλαμβάνεται πια ο εγγυητικός όρος της επιτέλεσης ταχυδρομικού έργου υπό την έννοια, ότι το νομικό πρόσωπο που θα χρησιμοποιείται ως προστηθείς των ... να έχει εμπειρία της σχετικής παροχής σε έναν εκ των άνω αδειοδοτούμενων από την Ε.Ε.Τ.Τ φορέων στην ημεδαπή ή σε αντίστοιχους φορείς της αλλοδαπής. Το ταχυδρομικό έργο έχει τις ιδιαιτερότητες και σχετίζεται με ... , κατά τους επιμέρους ορισμούς του Ν 4053/2012. Στο άρθρο 1 του νόμου αυτού δίδονται οι εξής ορισμοί : Ταχυδρομικές υπηρεσίες: Οι υπηρεσίες που συνίστανται στην περισυλλογή, διαλογή, μεταφορά και διανομή των ταχυδρομικών αντικειμένων Εδάφια 6 – 9: 6. Περισυλλογή: Η δραστηριότητα που συνίσταται στη συλλογή των ταχυδρομικών αντικειμένων από φορέα παροχής ταχυδρομικών υπηρεσιών. 7. Διανομή: Η διαδικασία που περιλαμβάνει τη διαλογή στο κέντρο διανομής και την παράδοση των ταχυδρομικών αντικειμένων στους παραλήπτες. 8. Ταχυδρομικό αντικείμενο: Αντικείμενο με συγκεκριμένο παραλήπτη, αποστελλόμενο υπό την τελική του μορφή υπό την οποία το αναλαμβάνει ο φορέας παροχής της ταχυδρομικής υπηρεσίας. Τα αντικείμενα αυτά περιλαμβάνουν π.χ., πέραν των αντικειμένων αλληλογραφίας, βιβλία, καταλόγους, εφημερίδες, περιοδικά και ταχυδρομικά δέματα που περιέχουν εμπορεύματα με ή χωρίς εμπορική αξία. 9. Αντικείμενο αλληλογραφίας: Επικοινωνία υπό γραπτή μορφή, επί οποιουδήποτε υλικού υποθέματος, που μεταφέρεται και παραδίδεται στη διεύθυνση την οποία έχει αναγράψει ο αποστολέας στο ίδιο το αντικείμενο ή στη συσκευασία του. Τα βιβλία, οι κατάλογοι, οι εφημερίδες και τα περιοδικά δεν θεωρούνται αντικείμενα αλληλογραφίας. Συνεπώς, η απάλειψη του σχετικού όρου και η ανεπίτρεπτη από την διακήρυξη εξομοίωση του ως άνω έργου προς τα "εμπορευματοκιβώτια και προς "σάκουσ" καθιστούν την διακήρυξη μη νόμιμη,

Αριθμός Απόφασης:903/2024

επιτρέποντας την συμμετοχή φορέων παντελώς ασχέτων προς το αντικείμενο, επί βλάβη πρωτίστως του ανταγωνισμού αλλά και αυτού τούτου του δημοσίου συμφέροντος.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο στην προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31/05/2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 18/06/2024 στην Αθήνα.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ