

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελευθερία Καλαμιώτη και Χρυσάνθη Ζαράρη, σε αναπλήρωση του Μέλους του 1^{ου} Κλιμακίου Ειρήνης Αφοκάρδου δυνάμει της υπ' αριθ. 57/2022 Πράξης Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ, Μέλη.

Για να εξετάσει: α) την από 15/7/2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1001/18-7-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής: η ...) που εδρεύει στ.... ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα και β) την από 15/7/2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1017/21-7-2022 προδικαστική προσφυγή της ατομικής επιχείρησης ... (εφεξής: η ...) που εδρεύει στο ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ... (η αναθέτουσα αρχή) όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με τις υπόψη προδικαστικές προσφυγές αμφότερες οι προσφεύγουσες στρέφονται κατά: α) της υπ' αριθ. πρωτ. 13431/5-7-2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής με Θέμα: *«Κατακύρωση του αποτελέσματος του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων – με αριθμ. πρωτ. προκήρυξης ... (ΑΔΑ: ... ΑΔΑΜ: ...), α/α ΕΣΗΔΗΣ ... – με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης χώρων των κτιρίων που στεγάζεται η Κεντρική Υπηρεσία (... και ...) και η ... (...) του Υπουργείου ...»*, και β) της ενσωματωθείσας στην ανωτέρω και συμπροσβαλλόμενης υπ' αριθ. πρωτ. 12070/17.6.2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής με θέμα *«Αποδοχή των 1ου/20.5.2022 και 2ου/7.6.2022 Πρακτικών της Επιτροπής αξιολόγησης των προσφορών του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων - με αριθμ. πρωτ. προκήρυξης ... (ΑΔΑ: ... ΑΔΑΜ: ...), α/α ΕΣΗΔΗΣ ... - με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης χώρων των κτιρίων που στεγάζεται η ... (... και ...) και η ... (...) του Υπουργείου ...»*.

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

Υπέρ του κύρους των προσβαλλόμενων παρεμβαίνουν: α) ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής: η ...), ο οποίος εδρεύει στο ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα, και έχει ασκήσει παρέμβαση με αριθ. ΕΑΔΗΣΥ 3951/2022 με αίτημα την απόρριψη της πρώτης ως άνω προδικαστικής προσφυγής και παρέμβαση με αριθ. ΕΑΔΗΣΥ 3952/2022 με αίτημα την απόρριψη της δεύτερης ως άνω προδικαστικής προσφυγής, κατά το μέρος που την αφορούν και β) η ..., η οποία έχει ασκήσει την υπ' αριθ. ΕΑΔΗΣΥ 4002/2022 παρέμβαση με αίτημα την απόρριψη της δεύτερης ως άνω προδικαστικής προσφυγής, κατά το μέρος που την αφορά.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ύψους 116.129,03 άνευ ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε παράβολο ποσού 720,00 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...) που υπερβαίνει το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας ύψους 116.129,03 άνευ ΦΠΑ. Ως εκ τούτου, το υπερβάλλον ποσό των 120,00 ευρώ είναι επιστρεπτέο ως αχρεωστήτως καταβληθέν ανεξαρτήτως της έκβασης της προδικαστικής προσφυγής.

3. Επειδή, με την υπ' αριθ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑΜ: ...) προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης χώρων των κτιρίων που στεγάζεται η Κεντρική Υπηρεσία (... και ...) και η ... (...) του Υπουργείου ... για δώδεκα (12) μήνες. Ειδικότερα,

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

προβλέφθηκε στην Διακήρυξη ότι η έναρξη ισχύος της υπό ανάθεση σύμβασης θα λάβει χώρα μετά την λήξη της ισχύουσας σύμβασης και τυχόν παρατάσεών της, ο χρόνος της οποίας προσδιορίστηκε συγκεκριμένα με το υπ' αριθ. πρωτ. 8267/21-04-2022 έγγραφο παροχής διευκρινήσεων της αναθέτουσας αρχής στις 31/5/2022. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε 112.129,03 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%, ήτοι συνολικά 144.000,00 ευρώ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 29/4/2022. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν επτά (7) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων οι προσφεύγουσες και η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθ. πρωτ. 12070/17-6-2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκαν τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού περί αποσφράγισης και ελέγχου των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς και ανεδείχθη προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης η παρεμβαίνουσα, η οποία προσέφερε την χαμηλότερη τιμή. Με την υπ' αριθ. πρωτ. 13431/5-7-2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού περί ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα. Αμφότερες οι ανωτέρω αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στους συμμετέχοντες διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 5/7/2022.

4. Επειδή, η Διακήρυξη αναρτήθηκε στις 11/4/2022 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό Α/Α ...

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου της σύμβασης (υπηρεσίες), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, η πρώτη προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στις 15/7/2022 νομίμως και εν γένει παραδεκτώς, ήτοι διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικώς υπογεγραμμένη, εντός της νόμιμης δεκαήμερης

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

προθεσμίας από την κοινοποίηση των προσβαλλόμενων που έλαβε χώρα στις 5/7/2022, και με έννομο συμφέρον, καθόσον η προσφεύγουσα, η οποία έχει καταταγεί έβδομη κατά σειρά μειοδοσίας, προβάλλει ότι βλάπτεται από την μη νόμιμη, κατά τους ισχυρισμούς της, αποδοχή των προσφορών των διαγωνιζομένων που προηγούνται αυτής στην κατάταξη. Επιπροσθέτως, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε με χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

7. Επειδή, η δεύτερη προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στις 27/6/2022 νομίμως και εν γένει παραδεκώς, ήτοι διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικώς υπογεγραμμένη, εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση των προσβαλλόμενων, και με έννομο συμφέρον, καθόσον η προσφεύγουσα επικαλείται βλάβη από την μη νόμιμη, κατά τους ισχυρισμούς της, αποδοχή της προσφοράς της καταταγείσας πάνω από αυτήν στον πίνακα Με έννομο συμφέρον βάλλει η δεύτερη προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα που δεν έχει αποκλειστεί από τον διαγωνισμό και κατά της αποδοχής των προσφορών των λοιπών διαγωνιζόμενων (ΔΕΕ απόφαση της 24ης Μαρτίου 2021, ΝΑΜΑ Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές κλπ, C-771/19). Επιπροσθέτως, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε με χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε αμφότερες τις προδικαστικές προσφυγές στους θιγόμενους στις 20/7/2022 και υπέβαλε τις απόψεις της επ' αυτών δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 26/7/2022, νομίμως και εμπροθέσμως.

9. Επειδή, οι προαναφερθείσες παρεμβάσεις ασκήθηκαν νομίμως και εν γένει παραδεκώς, ήτοι διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικώς υπογεγραμμένες, εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση των προδικαστικών προσφυγών, και με έννομο συμφέρον, δοθέντος ότι με τις κρινόμενες προδικαστικές προσφυγές προβάλλονται λόγοι απόρριψης των προσφορών των παρεμβαινουσών.

10. Επειδή, με τις υπ' αριθ. 1445/2022 και 1669/2022 Πράξεις Προέδρου του 1ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

της πρώτης προδικαστικής προσφυγής, ενώ με τις υπ' αριθ. 1484/2022 και 1671/2022 Πράξεις Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής.

11. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι *«μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος»*. Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

12. Επειδή, η Διακήρυξη συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011, ΣΤΕ 3669/2015, 5022/2012).

13. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα ... βάλλει κατά των προσβαλλόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής προβάλλοντας ότι αυτές είναι ακυρωτέες, κατά το μέρος τους με το οποίο έγιναν δεκτές στον προκείμενο διαγωνισμό οι προσφορές των διαγωνιζόμενων α) ..., β) ..., γ) ..., δ) ένωσης ... και ε) ..., οι οποίες, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, είναι απορριπτέες, διότι έχουν υπολογίσει εργατικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης μικρότερο του νόμιμου, καθόσον υπολόγισαν για ολόκληρη την διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, η οποία καταλαμβάνει και το έτος 2023, τις ασφαλιστικές εισφορές με τον μειωμένο συντελεστή του άρθρου 31 Ν. 4756/2020, ο οποίος ισχύει μέχρι την 31/12/2022, ενώ στην συνέχεια επανέρχεται σε εφαρμογή συντελεστής ανερχόμενος σήμερα σε 24,08%. Η Διακήρυξη του προκείμενου διαγωνισμού, παραπέμπει ρητώς στην

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

εφαρμογή, κατά τη σύναψη και την εκτέλεση της σύμβασης, του ισχύοντος εργατικού και κοινωνικοασφαλιστικού νομοθετικού καθεστώτος (βλ. άρθρα 1.7 και 4.3.1 και ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης). Περαιτέρω, σύμφωνα με την Διακήρυξη, η οποία δημοσιεύθηκε στις 11/4/2022, η αρχική διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης προβλέπεται δωδεκάμηνη, αρχόμενη κατ' άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, μετά την λήξη της ισχύουσας σύμβασης φύλαξης της αναθέτουσας αρχής. Με την προαναφερθείσα διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής προσδιορίστηκε ο χρόνος λήξης της υφιστάμενης σύμβασης στις 31/5/2021, μετά από τον οποίο αναμένεται η έναρξη της σύμβασης. Κατά την κρίσιμη δε, από πλευράς ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (29/4/2022), βρισκόταν σε ισχύ η ρύθμιση του άρθρου 31 του Ν. 4756/2020, σύμφωνα με την οποία οι ασφαλιστικές εισφορές των μισθωτών εργαζομένων μειώθηκαν κατά τρεις (3) ποσοστιαίες μονάδες από το ύψος που είχε διαμορφωθεί την 1η.6.2020. Η διάρκεια της εν λόγω ρύθμισης, η οποία ίσχυε αρχικά έως τις 31/12/2022, παρατάθηκε έως τις 31/12/2022 με το άρθρο 81 του Ν. 4826/2021 (ΦΕΚ Α' 160/07.09.2021). Όπως παγίως πλέον κρίνεται (βλ. ΔΕΦΑΘ 999/2022, 2117/2021, 430/2021, ΔΕΦΘες/νίκης 357/2022, 215/2022, 218/2021 κ.α., ΑΕΠΠ 1206,1207/2022, 85/2022 κ.α.), κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, η περί μειωμένων ασφαλιστικών εισφορών ρύθμιση έχει σαφώς προσδιορισμένη χρονική ισχύ έως 31.12.2022, μετά την πάροδο της οποίας επανέρχεται αυτοδικαίως το προηγούμενο ασφαλιστικό καθεστώς, οι δε οικονομικοί φορείς που συμμετείχαν στον ένδικο διαγωνισμό όφειλαν καταρχήν να γνωρίζουν και να εφαρμόσουν σωστά την παραπάνω διάταξη σε συνδυασμό με τις προϊσχύουσες και τις λοιπές κοινωνικοασφαλιστικές ρυθμίσεις και να διαμορφώσουν αναλόγως τις οικονομικές τους προσφορές, υπολογίζοντας τις αναλογούσες ασφαλιστικές εισφορές με βάση τα υψηλότερα ποσοστά που προβλέπονται από τις διατάξεις των άρθρων 48 του ν. 4670/2020 και 97 του ν. 4387/2016 που ίσχυαν πριν τη θέση σε ισχύ του άρθρου 31 του ν. 4756/2020, η εφαρμογή του οποίου δεν καταλαμβάνει το σύνολο της διάρκειας της προκείμενης σύμβασης, που, σε κάθε περίπτωση, προβλεπόταν να εκκινήσει μετά τις 31/5/2022, οπότε έληγε η διάρκεια της υφιστάμενης σύμβασης φύλαξης της αναθέτουσας αρχής, εκτεινόμενη οπωσδήποτε και στο έτος 2023 (αρχική

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

διάρκεια σύμφωνα με την Διακήρυξη: 1/6/2022 – 31/5/2023). Εάν δε καταλειπόταν οποιαδήποτε αμφιβολία ως προς τον τρόπο που η αναθέτουσα Αρχή αντιλαμβάνεται την έννοια της διατάξεως αυτής, ο μέσος επιμελής διαγωνιζόμενος θα μπορούσε να διατυπώσει σχετικό διευκρινιστικό ερώτημα, κατά την ευχέρεια που του δίδει ο οικείος. όρος της οικείας διακήρυξης (πρβλ. ΔΕφΑθ 430/2021, ΔΕφΘεσ 218/2021). Ωστόσο, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, οι οικονομικοί φορείς, την απόρριψη της προσφοράς των οποίων ζητά η προσφεύγουσα, διαμόρφωσαν την οικονομική προσφορά τους υπολογίζοντας το ύψος των αναλογουσών ασφαλιστικών εισφορών με βάση τους μειωμένους συντελεστες, κατ' εφαρμογή της προσωρινού χαρακτήρα και μη ισχύουσας αναφορικά με τον χρόνο εκτέλεσης της ένδικης σύμβασης ρύθμισης του άρθρου 31 του ν. 4745/2020. Συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από τις οικονομικές προσφορές τους: α) η ... εφάρμοσε ποσοστό 22,54%, β) η ... εφάρμοσε ποσοστό 22,29%, γ) η ... εφάρμοσε ποσοστό 22,29, δ) η ένωση ... εφάρμοσε ποσοστό 22,29% και ε) η ... εφάρμοσε ποσοστό 22,54%. Με τον τρόπο όμως αυτόν και μη διατυπωθείσας αμφιβολίας ή επιφύλαξης εκ μέρους των ανωτέρω οικονομικών φορέων ως προς το ισχύον κοινωνικοασφαλιστικό καθεστώς, αυτοί δεν τήρησαν τους ισχύοντες κοινωνικοασφαλιστικούς κανόνες, υπολογίζοντας ασφαλιστικές εισφορές κατώτερες των νομίμων, κατά παράβαση των όρων της Διακήρυξης, καθώς και των αντίστοιχων άρθρων 18 παρ. 2 και 95 παρ. 5 α' του Ν. 4412/2016. Η πλημμέλεια δε αυτή συνιστά λόγο απόρριψης των προσφορών τους και, ως εκ τούτου ο προκείμενος λόγος της πρώτης προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός στο σύνολό του.

14. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα ... βάλλει κατά των προσβαλλόμενων αποφάσεων προβάλλοντας ότι αυτές είναι ακυρωτές κατά το μέρος τους με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας ... και της κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, διότι αυτή υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού κόστους για την εκτέλεση της σύμβασης, και συγκεκριμένα διότι το υπολογισθέν από την ανάδοχο επίδομα αδείας υπολείπεται της νόμιμης απαιτούμενης δαπάνης που αντιστοιχεί στον χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης, ο οποίος εκτείνεται σε δύο ημερολογιακά έτη. Ειδικότερα, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «η εταιρεία '...', αν και η

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

διακήρυξη ορίζει ρητά ότι η οικονομική προσφορά υποβάλλεται με τη συμπλήρωση του πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς για το διάστημα από 01/06/2022 – 31/05/2023, υπολογίζει και δηλώνει ότι οι εργαζόμενοι της που θα απασχοληθούν κατά το διάστημα αυτό, θα λάβουν επίδομα αδείας το οποίο αντιστοιχεί συνολικά σε 0,5 μισθό (ήτοι 12,5 ημερομίσθια). Πλην όμως σύμφωνα με την ισχύουσα εργατική νομοθεσία το επίδομα αδείας, το οποίο αντιστοιχεί σε 0,5 μισθό ετησίως (με ανώτερο τα 12,5 ημερομίσθια) εκκαθαρίζεται υποχρεωτικά κάθε τέλος του έτους. Επομένως για το διάστημα από 1/06/2022 -31/12/2022 (έτος 2022) οι εργαζόμενοι θα λάβουν επίδομα αδείας ίσο με μισό μισθό (ή 12,5 ημερομίσθια) και για το διάστημα από 1/1/2023 – 31/05/2023 θα λάβουν επίδομα αδείας το οποίο αντιστοιχεί σε 10 ημερομίσθια (2 ημερομίσθια Χ 5 μήνες). Ως εκ τούτου για το συνολικό χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης (1/06/2022- 31/05/2023) το καταβαλλόμενο επίδομα αδείας αντιστοιχεί σε 22,5 ημερομίσθια». Η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει στα ανωτέρω ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας βασίζονται στην εσφαλμένη, κατά την αναθέτουσα αρχή, προϋπόθεση ότι η δαπάνη επιδόματος αδείας για το δεύτερο ημερολογιακό έτος, στο οποίο εκτείνεται η σύμβαση «προϋποθέτει μόνιμη σύνθεση του προσωπικού του αναδόχου μολονότι η με αριθμ. Πρωτ. ... (ΑΔΑ: ... ΑΔΑΜ: ...), α/α ΕΣΗΔΗΣ ... διακήρυξη δεν το επιβάλλει. Το επίδομα αδείας υπολογίστηκε με αναγωγή σε ετήσια βάση και για το έτος 2023 χωρίς δεδομένο ότι το προσωπικό που θα απασχοληθεί θα είναι με την ίδια σύνθεση». Η παρεμβαίνουσα ... προβάλλει τα εξής: «η εταιρεία μας προέβη στον κάτωθι υπολογισμό για το επίδομα αδείας των εργαζομένων της: 0,5 μισθός σύμφωνα με την κείμενη εργατική νομοθεσία (4.392,08 + 380,63) /2/12= 198,86 € μηνιαίο κόστος επιδόματος αδείας. Η εκ μέρους της προσφεύγουσας διαπιστούμενη πλημμέλεια στον υπολογισμό μας εντοπίζεται στο έτος 2023, καθόσον ισχυρίζεται ότι οφείλαμε να υπολογίσουμε 10 ημερομίσθια (2 ημ/μήνα έως τη συμπλήρωση 12,5 ημερομισθίων χ 5 μήνες εκτέλεσης της σύμβασης) και να μην προβούμε σε αναγωγή σε ετήσια βάση ως πράξαμε και για τα δύο έτη. Ωστόσο, προκειμένου πράγματι να είχαν νόμιμη βάση και αιτιολογικό έρεισμα οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας έπρεπε η οικεία διακήρυξη να απαιτεί σταθερή σύνθεση του προσωπικού και μόνιμη. Εν προκειμένω στην οικεία διακήρυξη (σελ. 46) προβλέπεται ότι: '6. Το προσωπικό φύλαξης που θα διατεθεί στο Υπουργείο θα έχει, κατά το δυνατόν,

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

μόνιμη σύνθεση, προκειμένου να αναγνωρίζεται από το προσωπικό του. 7. Ο Ανάδοχος οφείλει να αντικαθιστά αμέσως και χωρίς αντιρρήσεις κάθε μέλος του προσωπικού του, το οποίο θα κριθεί ακατάλληλο (για ανάρμοστη συμπεριφορά ή για οποιαδήποτε λόγο), εάν ειδοποιηθεί εγγράφως από την Αναθέτουσα Αρχή. Πέραν των ανωτέρω, όπως έχει γίνει δεκτό (πρβλ. ΔΕφΘεσ 168/2020 σκέψη 18) οικονομική προσφορά που, κατά παράβαση της κείμενης εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος των εργαζομένων που, κατ' απαίτηση της διακήρυξης και με βάση σχετική δήλωση του οικονομικού φορέα θα απασχοληθεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης, είναι απορριπτικά ως απαράδεκτη, όπως απαράδεκτη είναι και οικονομική προσφορά η οποία περιλαμβάνει εργατικό κόστος που δεν αναλύεται επαρκώς. Εξάλλου, επαρκής θεωρείται ότι είναι η ανάλυση που καθιστά ευχερή τη διάγνωση του τρόπου εξαγωγής του σχετικού ποσού και τον έλεγχο των στοιχείων που λήφθηκαν υπόψη για τον προσδιορισμό του. Με τα δεδομένα αυτά και ελλείψει ρητής αντίθετης πρόβλεψης στη διακήρυξη ή στον νόμο, κατά την πιθανολογούμενη περαιτέρω έννοια των ίδιων διατάξεων, στην περίπτωση που το προϋπολογιζόμενο από οικονομικό φορέα ποσό εργατικού κόστους υπερβαίνει το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος (ήτοι αυτό που προκύπτει με βάση τις απαιτούμενες από τη διακήρυξη ημέρες και ώρες εργασίας και τον απαιτούμενο από αυτήν αριθμό εργαζομένων, αλλά και τα ειδικότερα στοιχεία που προκύπτουν από τη σχετική ανάλυση του οικονομικού φορέα), τυχόν επιμέρους σφάλματα ή παραλείψεις κατά τον σχετικό υπολογισμό, τα οποία προκύπτουν από υποβληθείσα επαρκή (κατά την προαναφερόμενη έννοια) ανάλυση, δεν δύνανται να καταστήσουν απαράδεκτη την οικονομική προσφορά, εφόσον αυτά δεν κρίνονται ουσιώδη. Τούτο δε για τον λόγο ότι η απαιτούμενη από τον νόμο ανάλυση του δηλωθέντος εργατικού κόστους φαίνεται να αποσκοπεί ακριβώς στη διακρίβωση ότι κατά τον υπολογισμό του δεν λήφθηκαν υπόψη στοιχεία που προσκρούουν στους όρους της διακήρυξης και δεν παραβιάστηκαν διατάξεις της κείμενης εργατικής νομοθεσίας κατά τρόπο που πλήττει τα εργασιακά και ασφαλιστικά δικαιώματα των εργαζομένων, με περαιτέρω συνέπεια υπολογισμό εργατικού κόστους κατώτερου του νόμιμου ελάχιστου εργατικού κόστους. Ως εκ τούτου, χαρακτηρίζονται ουσιώδη τα σφάλματα και οι παραλείψεις, τα οποία στοιχειοθετούν παραβίαση των όρων της ένδικης διακήρυξης και της εργατικής

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

νομοθεσίας προς βλάβη των εργασιακών και ασφαλιστικών δικαιωμάτων των εργαζομένων και τα οποία αν δεν είχαν επιλοχωρήσει, θα είχαν ως αποτέλεσμα το προϋπολογιζόμενο εργατικό κόστος να υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους (ΔΕφΘεσ 65/2020 και ήδη ΔΕφΘεσ Τριμελούς Σύνθεσης 269/2021). Περαιτέρω δε, κατά την νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και των Διοικητικών Εφετείων, έχει κριθεί ότι η επ' ωφελεία μιας διαγωνιζόμενης εταιρείας διαφοροποίηση του τρόπου υπολογισμού του εργατικού κόστους, του διοικητικού κόστους και του εργολαβικού κέρδους ανάγεται περαιτέρω στην ευχέρεια, που διαθέτουν οι διαγωνιζόμενοι να οργανώνουν κατά θεμιτό τρόπο την επιχειρηματική τους δραστηριότητα για την κάλυψη των απαιτήσεων της Διακήρυξης και να διαμορφώνουν νομίμως τις τιμές τους εν όψει και της φύσης του διαγωνισμού ως μειοδοτικού (βλ. *ad hoc* ΕΑ ΣτΕ 272/2008, ΔΕφΠειρ. 2/2014). Η εταιρεία μας προέβη στον υπολογισμό του επιδόματος αδείας με αναγωγή σε ετήσια βάση και για το έτος 2023, όλως νομίμως καθόσον ουδόλως απαιτείτο από την οικεία διακήρυξη ότι το προσωπικό που θα απασχοληθεί να είναι σταθερό και σε μόνιμη σύνθεση όπως εσφαλμένως υπολαμβάνει η προσφεύγουσα εταιρεία. Μάλιστα, ο ως άνω όρος της διακήρυξης δεν συνεπάγεται ρητή υποχρέωση των διαγωνιζομένων να διατηρήσουν το προσωπικό αμετάβλητο κατά τη διάρκεια των 12 μηνών εκτέλεσης της σύμβασης, η δε υποχρέωση του αναδόχου να διαθέτει το προσωπικό σε μόνιμη σύνθεση προκειμένου να αναγνωρίζεται από το προσωπικό του Υπουργείου Τουρισμού δύναται να ικανοποιηθεί ακόμη και αν οι φύλακες αλλάξουν εντός του έτους, υπό την προϋπόθεση ότι δεν θα αλλάζουν τακτικά ώστε να προκαλείται σύγχυση και αβεβαιότητα στο προσωπικό του Υπουργείου (168/2020 απόφαση του ΔΕφΘεσσαλονίκης ΙΓ' Ακυρωτικό). Ο υπολογισμός της προσφεύγουσας εταιρείας αντίθετα συνιστά μία τεχνική διόγκωση του κόστους εκ μέρους της ΑΕΠΠ με βάση τους υπολογισμούς της, λαμβάνοντας μάλιστα υπόψη τόσο την πάγια νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων της χώρας όσο και το γεγονός ότι ουδόλως οριζόταν ρητά εκ της διακηρύξεως ο τρόπος υπολογισμού που όφειλαν οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς να ακολουθήσουν για τη διαμόρφωση της προσφοράς τους ή ακόμη και ουδόλως απαιτείτο στο Υπόδειγμα της Οικονομικής Προσφοράς η παράθεση ειδικώς του κόστους επιδόματος αδείας, προκειμένου να δύναται να υποστηριχθεί ότι η εταιρεία μας

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

κατά παρέκκλιση των οικείων διατάξεων δεν υπολόγισε νομίμως τα ανωτέρω ποσά. Έτι, περαιτέρω, ουδόλως οριζόταν εκ της διακηρύξεως το ποσό του ελάχιστου νόμιμου εργατικού και ασφαλιστικού κόστους ούτε ως ενδεικτικό ποσό ώστε να δύναται να υποστηριχθεί ότι η διαπιστούμενη κατά την προσφεύγουσα απόκλιση εδράζεται και στους υπολογισμούς της αναθέτουσας αρχής. Τα ανωτέρω μάλιστα τονίζουμε ad hoc έχουν κριθεί δυνάμει της με αριθμ. 691/2022 απόφασης του ΙΔ' Τμήματος του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τριμελούς Σύνθεσης Ακυρωτικής Αρμοδιότητας) που ακύρωσε την με αριθμ. 1568/2021 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, αφορώσα διαγωνισμό φύλαξης της ... όπου η εταιρεία μας αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος. Ειδικότερα, ως κρίθηκε δυνάμει της υπό κρίση απόφασης όπου οι όροι της ομοιάζουν με την υπό κρίση διακήρυξη: '...Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. με την προσβαλλόμενη απόφαση, δεχόμενη τον σχετικό ισχυρισμό της ήδη παρεμβαίνουσας, ότι δηλαδή η αιτούσα δεν υπολόγισε στο συνολικό εργατικό κόστος, τη χορήγηση άδειας σε εργαζόμενο απασχολούμενο επί 31 μήνες συνεχώς, έκρινε ότι οι υπολογισμοί του εργατικού κόστους εκ μέρους της αιτούσας, υπολείπονται του ελαχίστου εκ του νόμου προβλεπόμενου και εξ αυτού του λόγου είναι αποκλειστέα. Όμως, εφόσον στην ένδικη διακήρυξη δεν ορίζεται ρητά συγκεκριμένος τρόπος υπολογισμού του εργατικού κόστους και του ύψους αυτού, η μεθοδολογία του υπολογισμού του, δεν μπορεί να αποτελέσει κρίσιμο ζήτημα, για τον αποκλεισμό της αιτούσας. Συνεπώς, με μη νόμιμη αιτιολογία η Α.Ε.Π.Π. ήχθη στην κρίση ότι η προσφορά της αιτούσας υπολείπεται του νομίμου ελάχιστου εργατικού κόστους, εφόσον, για να αχθεί στην κρίση αυτή στηρίχθηκε στην υπόθεση ότι 'τεχνητά' δεν θα απασχοληθεί όλο το προσωπικό της αιτούσας συνεχώς για μήνες, υποχρέωση που δεν πηγάζει από την ένδικη διακήρυξη, κατά τον βάσιμο ισχυρισμό της αιτούσας'. Σε κάθε δε περίπτωση, με δεδομένη την λήξη της υπό ανάθεση σύμβασης την 31-5-2023 ουδόλως τούτο συνεπάγεται ότι η εταιρεία μας θα απολύσει τους εργαζομένους της στο αυτό διάστημα αλλά τουναντίον θα τους χρησιμοποιήσει σε άλλη σύμβαση που διαθέτει, με αποτέλεσμα να μην επιβαρυνθεί με το κόστος αυτό η προκείμενη σύμβαση ή να καταστρατηγήσει τα δικαιώματά τους. Συνεπώς, με βάση τα ανωτέρω ο πρώτος λόγος της προσφυγής της εταιρείας ... είναι απορριπτέος ως αβάσιμος».

15. Σύμφωνα με τα άρθρα 1.7 και 4.3.1 της Διακήρυξης και τους όρους

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

του Παραρτήματος Ι αυτής, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να τηρούν και να εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, την εργατική νομοθεσία. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης με τις διατάξεις του άρθρου 68 Ν. 3863/2010 προκύπτει ότι είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη οικονομική προσφορά, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από το σύνολο των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων. Ενόψει αυτού, οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, επί ποινή αποκλεισμού, να παραθέτουν στην προσφορά τους ακριβή δεδομένα για τον καθορισμό του ύψους των πιο πάνω αποδοχών, ώστε να προκύπτει κατά τρόπο σαφή ότι η προσφορά καλύπτει τα ελάχιστα όρια νόμιμου εργατικού κόστους για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης (πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 288/2020, 285/2020, ΔΕφΘεσ/νικης 342/2022 κ.ά.). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 16 Ν. 4504/1966, *«οι επί σχέσει εργασίας του ιδιωτικού δικαίου απασχολούμενοι, παρ' οιοδήποτε εργοσότη, μισθωτοί δικαιούνται κατ' έτος "επίδοματος αδείας" ίσου προς το σύνολον των αποδοχών των υπό του Α.Ν. 539/1954 ή άλλων διατάξεων καθοριζομένων ημερών αδείας αναπαύσεως μετ' αποδοχών, ων δικαιούται έκαστος μισθωτός, υπό τον περιορισμόν ότι το επίδομα τούτο δεν δύναται να υπερβαίνει τας αποδοχάς ενός 15ημέρου, διά τους επί μηνιαίω μισθώ αμειβομένους, των 13 δε εργασίμων ημερών, διά τους επί ημερομισθίω ή κατά μονάδα εργασίας ή επί ποσοστοίς ή κατ' άλλον τρόπον αμειβομένους μισθωτούς. Το ως άνω επίδομα καταβάλλεται ομού μετά των αποδοχών της αδείας αναπαύσεως του μισθωτού. Εις περίπτωσιν καταγγελίας της συμβάσεως εργασίας, άνευ πταίσματος του μισθωτού, πριν ούτος συμπληρώση, παρά τω αυτών εργοδότη δωδεκάμηνον συνεχή απασχόλησιν, αφ' ης προσελήφθη, ή αφ' ης έλαβε το επίδομα του προηγουμένου έτους, δικαιούται μέρους του ως άνω επίδοματος αναλόγου προς τον χρόνον της εργασιακής σχέσεως, ήτις διέρρευσεν, από της προσλήψεως ή από της λήψεως του προηγουμένου επίδοματος, μέχρι της ημέρας λύσεως της συμβάσεως εργασίας»*. Επιπροσθέτως, το άρθρο 2 παρ. 1 α.ν. 539/1945, όπως ισχύει, προβλέπει τα εξής: *«1.α. Κάθε μισθωτός από την έναρξη της εργασίας του σε υπόχρη επιχείρηση και μέχρι τη συμπλήρωση δώδεκα (12) μηνών συνεχούς απασχόλησης, δικαιούται να λάβει ποσοστό της ετήσιας*

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

κανονικής άδειας με αποδοχές κατ' αναλογία με το χρόνο εργασίας που έχει συμπληρώσει στην ίδια υπόχρεη επιχείρηση. Το ποσοστό αυτό υπολογίζεται με βάση ετήσια άδεια εικοσιτεσσάρων εργάσιμων ημερών ή αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας, είκοσι (20) εργάσιμων ημερών, χωρίς να υπολογίζεται σε αυτές η ημέρα της εβδομάδας κατά την οποία δεν απασχολούνται οι μισθωτοί λόγω του εφαρμοζόμενου συστήματος εργασίας. β. Ο εργοδότης υποχρεούται μέχρι τη λήξη του πρώτου ημερολογιακού έτους, εντός του οποίου προσελήφθη ο μισθωτός να χορηγεί σε αυτόν την παραπάνω αναλογία της κανονικής άδειας. Κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει την ετήσια κανονική άδεια με αποδοχές, η οποία αναλογεί στο χρόνο απασχόλησής του στην υπόχρεη επιχείρηση και υπολογίζεται σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης α'. Η άδεια αυτή επαυξάνεται κατά μία (1) εργάσιμη ημέρα για κάθε έτος απασχόλησης επιπλέον του πρώτου μέχρι τις είκοσι έξι (26) εργάσιμες ημέρες ή μέχρι και τις είκοσι δύο (22) εργάσιμες ημέρες αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας». Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι σε όλους τους μισθωτούς πρέπει να χορηγείται μέσα σε κάθε ημερολογιακό έτος άδεια αναψυχής (ή "αναπαύσεως"), με τις συνήθεις αποδοχές. Ο εργοδότης πρέπει σε κάθε περίπτωση να χορηγήσει την άδεια, την οποία ο εργαζόμενος δικαιούται, μέσα στο ημερολογιακό έτος για το οποίο πρόκειται και, παράλληλα, να καταβάλει τις αποδοχές των ημερών αδείας σαν ο εργαζόμενος να είχε δουλέψει κανονικά (ΑΠ 1050/2018). Επιπροσθέτως, οι μισθωτοί δικαιούνται να λάβουν, κατά την έναρξη της κανονικής τους άδειας, και το επίδομα αδείας (ΑΠ 831/2015). Το δε επίδομα αδείας ισούται με τις αποδοχές αδείας, περιορίζεται όμως στον μισό μηνιαίο μισθό για τους αμειβόμενους με μισθό πλήρους απασχόλησης και στα δεκατρία (13) ημερομίσθια πλήρους απασχόλησης για τους αμειβόμενους με ημερομίσθιο. Στην περίπτωση δε που οι αποδοχές αδείας υπερβαίνουν τον μισό μηνιαίο μισθό πλήρους απασχόλησης, το επίδομα ισούται σε κάθε περίπτωση με τον μισό μηνιαίο μισθό (Θ. Γεωργόπουλου, Υπολογισμός αδείας, αποδοχών και επιδόματος αδείας σε μικτό σύστημα απασχόλησης κατά το ίδιο ημερολογιακό έτος, ΔΕΝ, Τόμος 68/2021, Τεύχος 1609, σελ. 1163). Για τον υπολογισμό του επιδόματος αδείας τα ημερομίσθια των αποδοχών αδείας ισούνται με τις

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

ημέρες αδείας πολλαπλασιαζόμενες επί 1,2. Και τούτο, διότι σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, καθώς και με τις ειδικότερες διατάξεις για την κανονική άδεια των μισθωτών, το ημερομίσθιο (και το αντίστοιχο 1/25 του μηνιαίου μισθού) αντιστοιχεί σε 6,66 ώρες εργασίας (ήτοι 6 ώρες και 40 λεπτά). Το αυτό ισχύει όχι μόνο για τούς μισθωτούς με σύστημα εξαήμερου εργασίας αλλά και για τούς εργαζόμενους με σύστημα οκτάωρης πενθήμερης εργασίας. Η ρύθμιση αυτή στηρίζεται στο άρθρο 6 της από 26-2-75 ΕΓΣΣΕ (ΔΕΝ 1975 σελ. 179 - εκυρώθη με τον Ν. 133/75) που προβλέπει ότι και οι μισθωτοί που απασχολούνται επί 5 ημέρες, αλλά επί 8 ώρες ημερησίως (5X8=40 ώρες εβδομαδιαίως), καλύπτουν με την εργασία τους (1 ώρα και 20 λεπτά επί πλέον των 6 ωρών και 40 λεπτών που αντιστοιχούν στο εξαήμερο) και την έκτη ημέρα της εβδομάδος. Συνεπώς για τον υπολογισμό των αποδοχών αδείας σε τόσα ημερομίσθια, όσες είναι και οι ημέρες της ετήσιας κανονικής αδείας, λαμβάνεται υπόψη η αναλογία μεταξύ πέντε και έξι ημερών εργασίας, ώστε τα ημερομίσθια των αποδοχών αδείας να ισούνται με τις ημέρες αδείας πολλαπλασιαζόμενες επί 1,2. (βλ. ΔΕΝ, ο.π., σελ. 1162).

16. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, η Διακήρυξη προβλέπει ότι η υπό ανάθεση σύμβαση θα εκκινήσει μετά την λήξη της υφιστάμενης σύμβασης φύλαξης της αναθέτουσας αρχής, η οποία τοποθετείται, σύμφωνα με την από 21/4/2022 διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, στις 31/5/2022. Με τα ανωτέρω δεδομένα, για τον υπολογισμό του απαιτούμενου για την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης εργατικού κόστους, οι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η παρεμβαίνουσα, βασίστηκαν για την κατάρτιση των προσφορών τους στην παραδοχή ότι η σύμβαση θα εκτεινόταν σε δύο ημερολογιακά έτη, πράγμα που, με την σειρά του, επηρεάζει το δικαίωμα λήψης κανονικής αδείας των εργαζομένων που θα απασχοληθούν κατά την εκτέλεσή της, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις. Συγκεκριμένα, όπως συνομολογεί στην παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα στηρίχτηκε στην εν λόγω παραδοχή («*με δεδομένη την λήξη της υπό ανάθεση σύμβασης την 31-5-2023*»), καταρτίζοντας την προσφορά της με δεδομένο ότι οι υπό ανάθεση υπηρεσίες θα παρασχεθούν για επτά (7) μήνες κατά το έτος 2022 (1/6/2022-31/12/2022) και για πέντε (5) μήνες κατά το έτος 2023 (1/1/2023-31/5/2023). Όπως, όμως, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, οι εργαζόμενοι για την εκτέλεση της υπό ανάθεσης σύμβασης θα έπρεπε

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

εντός του έτους 2022 να λάβουν την κανονική άδεια που αντιστοιχεί στην απασχόληση από 1/6/2022 έως 31/12/2022 και εντός του έτους 2023 να λάβουν την κανονική άδεια που αντιστοιχεί στην απασχόληση από 1/1/2023 έως και 31/5/2023. Αντιστοίχως, οι εν λόγω εργαζόμενοι έπρεπε εντός των ως άνω ημερολογιακών ετών να λάβουν το δικαιούμενο επίδομα αδειάς, πράγμα που οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να λάβουν υπόψη τους για τον υπολογισμό του εργατικού κόστους της σύμβασης. Ενόψει των γενομένων δεκτών στην προηγούμενη σκέψη, για το έτος 2022 οι εργαζόμενοι του οικονομικού φορέα θα έπρεπε να λάβουν τα 7/12 των ημερών αδειάς που δικαιούνται, και σε κάθε περίπτωση τα 7/12 των 20 ημερών που είναι η κατώτατη προβλεπόμενη διάρκεια αδειάς. Σύμφωνα δε με την παρέμβαση, η ίδια η παρεμβαίνουσα στηρίζει τους υπολογισμούς της σε εργαζόμενους για διάρκεια ενός έτους. Συνεπώς, σύμφωνα με την ανάπτυξη που προηγήθηκε στην ανωτέρω σκέψη, οι εργαζόμενοι από 1/6/2022 έως 31/12/2022 θα έπρεπε να λάβουν επίδομα αδειάς ποσό που να αναλογεί σε αποδοχές 11,67 εργασίμων ημερών $[(20/12) \times 7]$ πολλαπλασιαζόμενο επί 1,20 (όση η αναλογία μεταξύ 5 και 6 ημερών), ήτοι επίδομα που αντιστοιχεί σε 14 ημέρες $(11,67 \times 14)$. Όμως, οι αποδοχές του 15ημέρου ισούνται με τις αποδοχές 12,5 ημερών $(25 \text{ εργάσιμες ημέρες} / 2 = 12,5)$. Στις 11,67 ημέρες αδειάς για το έτος 2022 αντιστοιχεί επίδομα αδειάς ανερχόμενο στο (μέγιστο) του μισού μηνιαίου μισθού. Όπως, όμως, επίσης βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού και δεν αρνείται η παρεμβαίνουσα, η τελευταία υπολόγισε το επίδομα αδειάς που οφείλεται στους εργαζόμενους για ολόκληρη την διάρκεια της προκείμενης σύμβασης σε μισό μηνιαίο μισθό, με αποτέλεσμα το υπολογισθέν εργατικό κόστος να υπολείπεται του νόμιμου κατά την αντιστοιχία του επιδόματος αδειάς που αναλογεί στον χρόνο απασχόλησης των εργαζομένων κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος εκτέλεσης της σύμβασης. Ανεξαρτήτως, δηλαδή, της ορθότητας ή μη των υπολογισμών της προσφεύγουσας για το συγκεκριμένο ποσό του επιδόματος αδειάς που αντιστοιχεί στην απασχόληση των εργαζομένων για πέντε μήνες κατά το έτος 2023, δεδομένου ότι η παρεμβαίνουσα δεν υπολόγισε κανένα ποσό για το έτος 2023 (πράγμα που η ίδια αβασίμως αποδίδει σε «επουσιώδη πλημμέλεια» της προσφοράς της), το υπολογισθέν εργατικό κόστος υπολείπεται του νόμιμου απαιτούμενου για την παροχή των

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

υπηρεσιών της υπό ανάθεση σύμβασης. Η δαπάνη αυτή βαρύνει το εργατικό κόστος για την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας, διότι, όπως προαναφέρθηκε, η οικονομική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει ακριβή δεδομένα για πάσης φύσεως αποδοχές των εργαζομένων που θα απασχοληθούν για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, υπό τις συνθήκες που προβλέφθηκαν από την Διακήρυξη και την από 21/4/2022 διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής και έγιναν δεκτές ανεπιφύλακτα από τους οικονομικούς φορείς, μεταξύ των οποίων και η παρεμβαίνουσα, ήτοι με την παραδοχή της έναρξης της σύμβασης την 1^η/6/2022 και την λήξη της στις 31/5/2023. Ο δε ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, με τον οποίο αυτή δεν αμφισβητεί ότι θα οφείλει επίδομα αδείας στους εργαζόμενους που θα απασχοληθούν για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης από 1/1/2023 έως 31/5/2023, αλλά προβάλλει ότι αυτό δεν θα επιβαρύνει την δαπάνη εκτέλεσης της προκείμενης σύμβασης, είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υπολογίζουν το εργατικό κόστος βάσει των ειδικότερων συνθηκών λειτουργίας της επιχείρησής τους (ΔΕΦΑΘ 389/2018). Όπως, όμως, προαναφέρθηκε, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του νόμου και της Διακήρυξης, απαιτείται ο υπολογισμός της εργατικής δαπάνης που αντιστοιχεί στην απασχόληση συγκεκριμένου αριθμού εργαζομένων για την εκτέλεση της συγκεκριμένης υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ απορρίπτεται ως απαράδεκτη οικονομική προσφορά που δεν καλύπτει τις νόμιμες αποδοχές του προσωπικού που θα απασχοληθεί κατά την διάρκεια της σύμβασης, όπως αυτή διευκρινίστηκε από την αναθέτουσα αρχή προς τον σκοπό της κατάρτισης των οικονομικών προσφορών, ήτοι από 1/6/2022 έως και 31/5/2022 (ΔΕΦΑΘ 389/2018, ΑΕΠΠ 629/2018). Κατόπιν των ανωτέρω, ο προκείμενος λόγος της πρώτης προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

17. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα βάλλει κατά των προσβαλλόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής προβάλλοντας ότι αυτές είναι ακυρωτές κατά το μέρος τους με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της ..., διότι η οικονομική προσφορά της τελευταίας, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού κόστους για την εκτέλεση της σύμβασης, καθόσον έχει υπολογιστεί μικρότερος αριθμός

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

εργαζομένων από αυτόν που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η Διακήρυξη απαιτεί την παροχή υπηρεσιών για 252 ώρες εβδομαδιαίως συνολικά, οι οποίες διαιρούμενες με 40 ώρες εργασίας ανά άτομο εβδομαδιαίως, σημαίνουν απασχόληση 6,3 ατόμων ($252/40=6,30$). Σύμφωνα με την Διακήρυξη «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών φύλαξης χώρων των κτιρίων που στεγάζεται η Κεντρική Υπηρεσία (... και ...) και η ... (...) του Υπουργείου ..., για το χρονικό διάστημα ενός έτους από την ανάρτηση της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ. ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ: 144.000,00€ για την ανάθεση όλων των κάτωθι υπηρεσιών. Η παρούσα σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε τμήματα. Προσφορές υποβάλλονται επί ποινή αποκλεισμού για το σύνολο των εν λόγω υπηρεσιών. Α. Κτίριο που στεγάζεται η Κεντρική Υπηρεσία του Υπουργείου ... (...,...) Αντικείμενο της σύμβασης: Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών φύλαξης χώρων του κτιρίου που στεγάζεται η Κεντρική Υπηρεσία (...) του Υπουργείου ..., για το χρονικό διάστημα ενός έτους από την ανάρτηση της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ. Το εν λόγω κτίριο αποτελείται από υπόγειο, ισόγειο και έξι (6) ορόφους πάνω από το ισόγειο. Οι υπηρεσίες φύλαξης θα παρέχονται ως εξής: Ι. Καθημερινά, από Δευτέρα έως και Σάββατο και σε ωράριο από 06:00 έως 22:00 με έναν (1) ένστολο φύλακα ανά βάρδια. Β. Κτίριο που στεγάζεται η Κεντρική Υπηρεσία του Υπουργείου ... (...,...) Αντικείμενο της σύμβασης: Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών φύλαξης χώρων του κτιρίου που στεγάζεται η Κεντρική Υπηρεσία (...) του Υπουργείου ..., για το χρονικό διάστημα ενός έτους από την ανάρτηση της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ. Το εν λόγω κτίριο αποτελείται από πέντε υπόγειους ορόφους, ισόγειο, ημιώροφο και έξι (6) ορόφους πάνω από τον ημιώροφο. Οι υπηρεσίες φύλαξης θα παρέχονται ως εξής: Ι. Καθημερινά, από Δευτέρα έως και Σάββατο και σε ωράριο από 06:00 έως 22:00 με έναν (1) ένστολο φύλακα ανά βάρδια. Γ. Κτίριο που στεγάζεται η ... (...) του Υπουργείου Αντικείμενο της σύμβασης: Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών φύλαξης χώρων του κτιρίου που στεγάζεται η ... (...) του Υπουργείου ..., για το χρονικό διάστημα ενός έτους από την ανάρτηση της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ. Το εν λόγω κτίριο αποτελείται από υπόγειο, ισόγειο και πέντε (5) ορόφους πάνω από το ισόγειο. Οι υπηρεσίες φύλαξης θα παρέχονται ως εξής: Ι. Καθημερινά, από Δευτέρα έως και Παρασκευή και σε

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

ωράριο από 07:00 έως 19:00 με έναν (1) ένστολο φύλακα ανά βάρδια». Ενόψει των ανωτέρω προβλέψεων της Διακήρυξης, όπως βασίμως υποστηρίζουν η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, ο υπολογισμός της παρεμβαίνουσας, βασιζόμενος στην παραδοχή ότι η υπό ανάθεση σύμβαση προβλεπόταν να εκκινήσει μετά την λήξη της υφιστάμενης σύμβασης στις 31/5/2022 και να λήξει στις 31/5/2023, σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, όπως διευκρινίστηκε με την από 21/4/2022 διευκρίνιση, δεν είναι εσφαλμένος. Και τούτο, διότι η παρεμβαίνουσα υπολογίζει τον αριθμό των εργαζομένων επί τη βάσει 306 ημερών για την φύλαξη των δύο εγκαταστάσεων της αναθέτουσας αρχής επί εξαήμερο και 255 ημερών για την φύλαξη της μίας εγκατάστασης επί πενθήμερο. Ειδικότερα, το διάστημα από 1/6/2022 έως και 31/5/2023, το οποίο βάσει των προαναφερθεισών διατάξεων της Διακήρυξης και της από 21/4/2022 διευκρίνισης της αναθέτουσας αρχής λαμβάνεται υπόψη για την κατάρτιση της οικονομικής της προσφοράς των διαγωνιζομένων, περιλαμβάνει πενήντα δύο (52) Σάββατα και ισάριθμες Κυριακές και εννέα (9) αργίες (Αγίου Πνεύματος 13/6/2022, 15/8/2022, 28/10/2022, 26/12/2022, 6/1/2023, Καθαρά Δευτέρα 27/2/2023, Μεγάλη Παρασκευή 14/4/2023, Δευτέρα του Πάσχα 17/4/2023, 1/5/2023), ήτοι 304 ημέρες επί εξαήμερης εργασίας και 252 ημέρες επί πενθήμερης εργασίας. Η παρεμβαίνουσα υπολόγισε τους απαιτούμενους για την παροχή των υπηρεσιών της υπό ανάθεση σύμβασης ως εξής: 306 ημέρες Δευτέρα-Σάββατο *16 ώρες την ημέρα) + (306 ημέρες Δευτέρα-Σάββατο *16 ώρες την ημέρα)+(255 ημέρες Δευτέρα-Παρασκευή *12 ώρες την ημέρα)/52,14 εβδομάδες το έτος /40 ώρες εργασίας την εβδομάδα = 6,16 φύλακες ισοδύναμοι πλήρους απασχόλησης. Με τα ανωτέρω δεδομένα, ο αριθμός των εργαζομένων κατά την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν υπολείπεται του απαιτούμενου για την παροχή των υπηρεσιών της υπό ανάθεση σύμβασης, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της δεύτερης προσφεύγουσας. Ομοίως, απορριπτέοι είναι και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι ο υπολογισμός από την παρεμβαίνουσα των απαιτούμενων για την εκτέλεση της σύμβασης εργαζομένων σε 6,13 καθιστά εσφαλμένους και τους λοιπούς υπολογισμούς του εργατικού κόστους που εδράζονται σε αυτόν. Ως εκ τούτου, ο προκείμενος λόγος της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος.

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

18. Επειδή, επιπροσθέτως, η δεύτερη προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της ..., ισχυριζόμενη ότι αυτή έπρεπε να έχει απορριφθεί, διότι το υπολογισθέν εργολαβικό όφελος ποσού 12,00 ευρώ κατ' έτος δεν είναι εύλογο, γεγονός που παραβιάζει τις διατάξεις των άρθρων 88 Ν. 4412/2016 και 68 Ν. 3863/2010 και, επιπροσθέτως, συνιστά αθέμιτο ανταγωνισμό έναντι των λοιπών διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων. Η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει στα ανωτέρω ότι «σε αντίθεση με το κόστος μισθοδοσίας και ασφάλισης του προσωπικού, που είναι δυνατόν να προσδιορίζεται επακριβώς με βάση αντικειμενικά δεδομένα, το διοικητικό κόστος το κόστος αναλωσίμων και το εργολαβικό κέρδος αποδίδεται αναγκαστικά με ποσά που μπορεί να ποικίλλουν μεταξύ των προσφορών διαφόρων υποψηφίων». Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται τα εξής: «Στην υπό κρίση, λοιπόν, περίπτωση, ως προς ό,τι αφορά το ποσό του εργολαβικού κέρδους που έχουμε υπολογίσει, οφείλουμε να παρατηρήσουμε ότι, αν και εμφανίζεται μικρό σε σύγκριση με το συνολικό οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης, πάντως είναι απολύτως εύλογο, αν συνεκτιμηθούν οι ειδικότερες περιστάσεις τις οποίες έλαβε υπόψη της η Εταιρία μας κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς της. Ειδικότερα, το οικονομικό όφελος που προσδοκά η Εταιρία μας από την προκειμένη σύμβαση, δεν συναρτάται μόνον με το (μικρό έστω) εργολαβικό κέρδος που έχουμε υπολογίσει, αλλά και με άλλους ουσιώδεις παράγοντες, που αφορούν τα οικονομικά δεδομένα του ανταγωνισμού που αναπτύσσεται στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων παροχής υπηρεσιών φύλαξης των φορέων του Δημόσιου Τομέα (και μάλιστα με εξαιρετικά περιορισμένα ποσοστά κέρδους). Υπό το πρίσμα αυτό, η συμμετοχή μας στο διαγωνισμό δεν είναι οικονομικώς αδιάφορη, αφού από την ανάθεση της σύμβασης η Εταιρία μας προσδοκά και άλλα πρόσθετα οικονομικά οφέλη, τα οποία, βεβαίως, δεν μπορούσαμε να απεικονίσουμε στην οικονομική μας προσφορά. Σημειώνουμε ενδεικτικά, το αυτονόητο επιχειρηματικό όφελος που προκύπτει για την Εταιρία μας από την επιδιωκόμενη συνεργασία μας με το Υπουργείο ..., με την συνακόλουθη ενίσχυση του κύκλου εργασιών μας, την διατήρηση του προσωπικού μας, καθώς και την ενίσχυση και βελτίωση εν γένει της επιχειρηματικής εικόνας και της φήμης μας, ως μιας σημαντικής Εταιρίας του κλάδου της, η οποία διαθέτει σχετική εξειδίκευση και μπορεί να αναλαμβάνει και να εκτελεί με επιτυχία

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

συμβάσεις υπηρεσιών ασφάλειας, παρέχοντας ολοκληρωμένες λύσεις υπηρεσιών φύλαξης και δη προς Υπουργεία και λοιπούς φορείς της Κεντρικής Κυβέρνησης και του στενού δημοσίου τομέα. Τα στοιχεία αυτά αποκτούν επίσης πρόσθετη σημασία, αφού συμβάλλουν στην απόκτηση ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος σε άλλους παρόμοιους διαγωνισμούς, ιδίως από πλευράς απόδειξης της τεχνικής ικανότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας της Εταιρίας μας αλλά και της ανάληψης παρόμοιων έργων (δείτε σχετικώς και άρθρο 75 παρ. 1, 2 και 4 Ν. 4412/2016). Τέλος, η επιτρεπτή επιχειρηματική της επιλογή περί συμπίεσης του εργολαβικού της κέρδους προκειμένου να αναλάβει τις δημοπρατούμενες υπηρεσίες φύλαξης στο Υπουργείο Τουρισμού επιβεβαιώνεται από τη σπουδαιότητα που έχει το οικείο Υπουργείο στην συνολική ανάπτυξη και προβολή της χώρας κατά το τελευταία δύο έτη εν μέσω μάλιστα οικονομικής κρίσης και εξαιτίας της αύξησης του τουρισμού, αποτελώντας ένα νευραλγικό Υπουργείο όπου η παροχή των υπηρεσιών μας προς αυτό θα αυξήσει αυτονόητα την προβολή της εταιρείας μας. Έτσι, η εταιρεία μας κατά την απόλυτη διακριτική της ευχέρεια ανέλαβε το ρίσκο ενός χαμηλού χρηματικού κέρδους από την εκτέλεση του προκείμενου έργου, αποβλέποντας στα αντισταθμιστικά οφέλη και κριτήριο που την ώθησαν σε αυτήν της την επιλογή. Όλα όσα προαναφέρθηκαν, συνιστούν εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες, τις οποίες διαθέτει και, πάντως, φρόντισε να εξασφαλίσει η Εταιρεία μας με σκοπό την επιτυχή διεκδίκηση της σύμβασης, που δικαιολογούν απολύτως τα κόστη που έχουμε υπολογίσει και διασφαλίζουν την ομαλή και ακώλυτη υλοποίηση του έργου, με πλήρη κάλυψη των συμβατικών μας υποχρεώσεων (πρβλ. ΔΕφΘεσ 178/2014, ΔΕφΑΘ 86/2019, ΔΕφΓειραιά 140/2021)».

19. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της Διακήρυξης, σε συνδυασμό με το εφαρμοστέο στην προκείμενη σύμβαση άρθρο 68 Ν. 3863/2010, προκύπτει ότι απορρίπτεται ως απαράδεκτη οικονομική προσφορά διαγωνιζομένου, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών, περαιτέρω δε, η οικονομική προσφορά διαγωνιζομένου πρέπει να περιλαμβάνει και το λειτουργικό (διοικητικό) κόστος, καθώς επίσης και να καταλείπει και κάποιο περιθώριο κέρδους, ώστε να μην θέτει σε κίνδυνο την εκτέλεση της σχετικής σύμβασης (πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 108/2014, σκ. 6, 328/2013, σκ. 6, ΔΕφΑΘ 86/2019,

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

σκ. 8 και 11, 1815/2019 κ.α.). Τα δε προσδιοριστικά στοιχεία που επιδρούν στη διαμόρφωση του ύψους του εργολαβικού κέρδους δεν ορίζονται στο οικείο νομοθετικό πλαίσιο, καθόσον ο καθορισμός τους ανάγεται στην ευχέρεια του διαγωνιζόμενου να οργανώνει κατά τρόπο θεμιτό την άσκηση της επιχειρηματικής του δραστηριότητας, που σχετίζεται με τη δυναμικότητα της επιχείρησής του, τον επιχειρηματικό κίνδυνο που αναλαμβάνει και τις επιχειρηματικές προσδοκίες του κατά τον κρίσιμο, κατά περίπτωση, χρόνο (ΔΕφΑΘ 691/2022). Στην προκείμενη περίπτωση, η μεν προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας καταλείπει κάποιο περιθώριο κέρδους, η δε παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι διαμόρφωσε την οικονομική της προσφορά με βάση τα υφιστάμενα δεδομένα της αγοράς, θεωρώντας την προσφορά της συμφέρουσα και επωφελή για την ίδια και αποβλέποντας, μεταξύ άλλων, στην ενίσχυση της φήμης της, στην διατήρηση του προσωπικού της εν μέσω οικονομικής κρίσης, στην απόκτηση πρόσθετης εμπειρίας και πλεονεκτήματος έναντι των ανταγωνιστών της και στην εν γένει βελτίωση της επιχειρηματικής της θέσης στην οικεία αγορά. Επομένως, η παρεμβαίνουσα, κατά την ελεύθερη επιχειρηματική της επιλογή, όπως αυτή τεκμηριώθηκε με την παρέμβαση, αποδίδει στην υπό ανάθεση σύμβαση οικονομική αξία που διαφοροποιείται επιτρεπτώς του οικονομικού ανταλλάγματος που θα αποκομίσει από την εκτέλεσή της (πρβλ. ΔΕΕ, απόφαση της 10ης Σεπτεμβρίου 2020, Tax-Fin-Lex d.o.o., C-367/19, σκ. 28). Ενόψει των ανωτέρω, και με δεδομένο ότι, σε κάθε περίπτωση η παρεμβαίνουσα υπολόγισε κάποιο εργολαβικό κέρδος από την εκτέλεση της σύμβασης (ποσού 12,00 ευρώ), η προσφορά της δεν μπορεί να απορριφθεί λόγω παράβασης των διατάξεων του άρθρου 68 Ν. 3863/2010, διότι αυτή δεν συνίσταται αποκλειστικά στο εργατικό κόστος, ενώ ο προσδιορισμός μεγαλύτερου ή μικρότερου εργολαβικού κέρδους ανάγεται στην επιχειρηματική της ελευθερία. Ενόψει δε του ότι η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας (πρβλ. ΣΤΕ 208/2020), ο ισχυρισμός περί «*παραβίασης*» του άρθρου 88 Ν. 4412/2016 είναι απορριπτέος ως αόριστος και ανεπίδεκτος εκτίμησης. Κατόπιν των ανωτέρω, ο προκείμενος λόγος αποκλεισμού είναι απορριπτέος.

20. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα βάλλει κατά των

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

προσβαλλόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής προβάλλοντας ότι αυτές είναι ακυρωτέες κατά το μέρος τους με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της ..., διότι, κατά τους ισχυρισμούς της, ο εν λόγω οικονομικός φορέας έπρεπε να απορριφθεί, διότι δήλωσε ανακριβώς στο ΕΕΕΣ ότι δεν έχει βρεθεί στο παρελθόν ένοχος ψευδών δηλώσεων. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα παραθέτει μία απόφαση αναθέτουσας αρχής και δύο αποφάσεις της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ), με τις οποίες η ... αποκλείστηκε από προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες, διότι δεν είχε δηλώσει στα οικεία ΕΕΕΣ πραγματικά περιστατικά που συνιστούσαν ενδεχομένως λόγους αποκλεισμού, με αποτέλεσμα να απορριφθεί η προσφορά της στις εν λόγω προδικαστικές διαδικασίες επί τη βάση του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' Ν. 4412/2016. Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης, το οποίο στοιχεί προς το άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ' Ν. 4412/2016, «*αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας*». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.1 της Διακήρυξης «*Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1*». Κατά πάγια νομολογία, όπως συνάγεται από το όλο σύστημα των ρυθμίσεων του Ν. 4412/2016, οι οποίες αναπαράγονται στην προκείμενη Διακήρυξη, οι εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

ρυθμίσεις αποσκοπούν στο να αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητας (ΕΑ ΣΤΕ 40/2019, 93/2020 κ.α.). Οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να υποβάλουν συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής στο διαγωνισμό, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το υποβάλλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από τη διακήρυξη και δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι κατά περίπτωση προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ειδικότερα, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία, δυνάμει να στοιχειοθετήσουν λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, εάν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (ΕΑ ΣΤΕ 204/2019, 117/2019, πρβλ. ΕΑ 237/2019). Με τον τρόπο αυτόν διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων, ενώ ταυτόχρονα παρέχεται σε όλους τους υποψηφίους, επί ίσοις όροις, η δυνατότητα να θέσουν υπόψη της αναθέτουσας αρχής ή φορέα όλα τα στοιχεία (λήψη επανορθωτικών μέτρων, λήξη περιόδου αποκλεισμού κλπ.), τα οποία, κατά την άποψή τους, αίρουν τον λόγο αποκλεισμού (πρβλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 3.10.2019, Delta κλπ., C-267/18, EU:C:2019:826, σκ. 36, ΕΑ ΣΤΕ 93/2020). Περαιτέρω, από τους προπαρατεθέντες όρους της Διακήρυξης και ιδίως της παραγράφου 2.3.3.3.ζ, που αντιστοιχεί στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν. 4412/2016 (ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού), συνάγεται ότι η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου, σχετικά με πραγματικά περιστατικά, που θα μπορούσαν να στοιχειοθετήσουν νόμιμο λόγο αποκλεισμού του από τον ένδικο διαγωνισμό, η οποία περιλαμβάνεται στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του ΕΕΕΣ, έχει αναχθεί από την αναθέτουσα αρχή σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού. Συναφώς, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, ως προκαταρκτική απόδειξη της απουσίας λόγων αποκλεισμού από τον παρόντα διαγωνισμό, να υποβάλουν πλήρως και προσηκόντως συμπληρωμένο το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ, το οποίο περιλαμβάνει χωριστό πεδίο για κάθε νόμιμο λόγο αποκλεισμού. Εκ των

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

ανωτέρω παρέπεται ότι το ερώτημα της παραγράφου 2.3.3.3.ζ της Διακήρυξης, αποσκοπούσε στην άντληση πληροφοριών σχετιζόμενων με πραγματικά περιστατικά, που θα μπορούσαν να στοιχειοθετήσουν νόμιμο λόγο αποκλεισμού του συμμετέχοντος φορέα από τον ένδικο διαγωνισμό, εφόσον είχε κριθεί ένοχος ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών σε έτερο διαγωνισμό που συμμετείχε, ήτοι λόγο που στοιχεί με τον προβλεπόμενο στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ του ν. 4412/2016 λόγο αποκλεισμού. Από τη σαφή διατύπωση του ερωτήματος, τη σύνδεσή του με πιθανή (και όχι βεβαία) στοιχειοθέτηση λόγου αποκλεισμού και τη συστηματική του θέση στη διάρθρωση των ερωτημάτων του συγκεκριμένου ΕΕΕΣ προκύπτει ότι με το συγκεκριμένο ερώτημα δεν εζητείτο από τον οικονομικό φορέα να καταγράψει μόνο εκείνα τα πραγματικά δεδομένα που συνιστούν μετά βεβαιότητας λόγο αποκλεισμού του, αλλά και εκείνα που πιθανώς θα μπορούσαν να υπαχθούν στον οικείο λόγο ή έτερο συναφή, συνεκτιμωμένων και των μέτρων επανόρθωσης/αυτοκάθαρσης που λήφθηκαν και θα έπρεπε να καταγραφούν από αυτόν στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να προβεί στην τελική της εκτίμηση (πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 40/2019, σκ. 17, ΔΕΦΑΘ 231/2022, ΑΕΠΠ 263/2020). Στην προκείμενη περίπτωση, η ... απάντησε «ΟΧΙ» στο πεδίο του ΕΕΕΣ με το ερώτημα *«Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα υποβολής δικαιολογητικών, απόκτηση εμπιστευτικών πληροφοριών. Ο οικονομικός φορέας επιβεβαιώνει ότι: α) έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) δεν ήταν σε θέση να υποβάλει, χωρίς καθυστέρηση, τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, και δ) έχει επιχειρήσει να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντα φορέα, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση;»*. Όπως, όμως, βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η ... είχε αποκλειστεί με δύο

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

αποφάσεις της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) υπ' αριθ. 143/2022 και 622/2022 από ισάριθμες διαγωνιστικές διαδικασίες, διότι διαπιστώθηκε η συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο το άρθρο 22 Ν.4782/2021. Επομένως, ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω, η αιτούσα όφειλε να δηλώσει στο οικείο πεδίο, τις εκδοθείσες εις βάρος του δύο αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ με αριθ. 143/2022 και 628/2022, οι οποίες δεν προκύπτει να έχουν ανακληθεί ή ακυρωθεί μέχρι σήμερα ούτε είναι δυνατός ο παρεμπόπτων έλεγχος του κύρους απόφασης άλλης απόφασης της Αρχής. Επισημαίνεται ότι, σε περίπτωση που η ... προέβαινε σε θετική απάντηση και δήλωνε τα ανωτέρω στο ΕΕΕΣ, δεν θα αποκλειόταν άνευ άλλου από το διαγωνισμό, αλλά, εφόσον δήλωνε – ως όφειλε - και τα σχετικά επανορθωτικά μέτρα, θα δίδοταν στην αναθέτουσα αρχή, μέσω της διαδικασίας του άρθρου 79 παρ. 8 Ν. 4412/2016, το περιθώριο να κρίνει αν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της από τον προκείμενο διαγωνισμό (πρβλ. ΔΕφΠειρ 231/2022). Κατόπιν των ανωτέρω, ο προκείμενος λόγος της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

21. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα βάλλει κατά των προσβαλλόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής προβάλλοντας ότι αυτές είναι ακυρωτές κατά το μέρος τους με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας ..., διότι από την απάντηση της τελευταίας στο πεδίο του ΕΕΕΣ περί αθέτησης υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου, προκύπτει ότι στο πρόσωπό της συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού περί παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας και τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα έχει συνομολόγησει ότι σε χρονικό διάστημα μικρότερο της τριετίας της έχουν επιβληθεί οι υπ' αριθ. .../27-9-2021 (υψηλής σοβαρότητας), .../27-9-2021 (πολύ υψηλής σοβαρότητας), και .../27-9-2021 (πολύ υψηλής σοβαρότητας) πράξεις επιβολής προστίμου, οι οποίες στοιχειοθετούν τους λόγους αποκλεισμού των άρθρων 2.2.3.4. περ. α' και στ' της Διακήρυξης, ενώ, σε κάθε περίπτωση, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η ... δεν απέδειξε την αξιοπιστία της αποδεικνύοντας τη λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης, αφού τα επικαλούμενα στο ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας επανορθωτικά μέτρα συνίστανται – πάντα κατά τους ισχυρισμούς της

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

προσφεύγουσας – σε αόριστες αναφορές περί οργανωτικών μέτρων για τον μέσο συνετό επιχειρηματία. Η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει στα ανωτέρω τα εξής: «όπως δηλώσαμε και στο υποβληθέν με την προσφορά μας, Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβαση και συγκεκριμένα στο πεδίο / ερώτημα αυτού: ‘Αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου’, κατόπιν του ΕΝΟΣ, ΙΔΙΟΥ ΔΙΕΝΕΡΓΗΘΕΝΤΟΣ ΕΛΕΓΧΟΥ, ο οποίος διενεργήθηκε την 06/08/2021 και ώρα 09:45, επιβλήθηκαν στην εταιρεία μας: α) οι με αρ. .../27-09-2021 (‘υψηλής’ σοβαρότητας), β) .../27-09-2021 (‘πολύ υψηλής’ σοβαρότητας) και γ) .../27-09-2021 (‘πολύ υψηλής’ σοβαρότητας) Πράξεις Επιβολής Προστίμου του ΣΕΠΕ (ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΕΡΓΑΣΙΑΚΩΝ ΣΧΕΣΕΩΝ ..., ΤΜΗΜΑ ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗΣ ΕΡΓΑΣΙΑΚΩΝ ΣΧΕΣΕΩΝ ...) για παράβαση της εργατικής νομοθεσίας ‘υψηλής’ και ‘πολύ υψηλής’ σοβαρότητας, όπως προκύπτει από το Δελτίο Ελέγχου με ημερομηνία 06/08/2021, που συνεχίζεται στα ίδια επόμενα δελτία (βλ. υπ’ αριθμ. .../6.08.2021 Δελτίο Ελέγχου και συμπληρωματικό Δελτίο Ελέγχου .../16-08-2021), σε συνδυασμό με τα σώματα των ανωτέρω αναφερόμενων πράξεων επιβολής προστίμου (σχετικό 1). Από το περιεχόμενο τόσο των σχετικών δελτίων ελέγχου, όσο και των ίδιων των πράξεων επιβολής προστίμου, προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι αυτά λογίζονται κατά νόμο κατά νόμο, κατά την έννοια της ρητής διάταξης του άρθρου 68 Ν. 3863/2010 και κατά την νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ως μία πράξη επιβολής προστίμου, δεδομένου ότι επιβλήθηκαν στην εταιρεία μας, κατόπιν ενός (1) ίδιου διενεργηθέντος ελέγχου. Συγκεκριμένα: (α) στο υπ’ αριθμ. .../6.08.2021 Δελτίο Ελέγχου και ειδικότερα στη σελίδα 2 (αριθμός δελτίο ελέγχου ...), αναφέρεται ρητά η φράση ‘Συνέχεια του ... Δ.Ε’ (δελτίου ελέγχου) (β) στο συμπληρωματικό Δελτίο Ελέγχου .../16-08-2021, αναφέρεται ρητά ότι ‘Σε συνέχεια του επιτόπιου ελέγχου που διενεργήθηκε στο προσωπικό φύλαξης της επιχείρησης στο εργοστάσιο της ... στις 06-08-2021, ημέρα Παρασκευή και ώρα 09:45..’ Επομένως προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι το συμπληρωματικό Δελτίο Ελέγχου .../16-08-2021, αποτελεί κατ’ ουσίαν συνέχεια του ελέγχου της 06.08.2021 και δεν συνιστά νέο έλεγχο. Εξάλλου και οι ίδιες οι πράξεις επιβολής προστίμων αναφέρουν η κάθε μία επί λέξει ότι: ‘ Η διαπίστωση προκύπτει σε συνέχεια του επιτόπιου ελέγχου που διενεργήθηκε στο προσωπικό φύλαξης της επιχείρησης στο εργοστάσιο της ... στις 06-08-

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

2021, ημέρα Παρασκευή και ώρα 09:45. (σχετ. τα υπ' αρ, .../6-8-2021 Δελτία Ελέγχου)' Επομένως από το ίδιο το σώμα των παραπάνω πράξεων επιβολής προστίμων, προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι αυτά αφορούν και επιβλήθηκαν στην εταιρεία μας, κατόπιν ενός ίδιου διενεργηθέντος ελέγχου και συγκεκριμένα κατόπιν του επιτόπιου ελέγχου που διενεργήθηκε στο προσωπικό φύλαξης της επιχείρησης στο εργοστάσιο της ... στις 06-08-2021, ημέρα Παρασκευή και ώρα 09:45. Ως εκ τούτου, προκύπτει ρητώς και αδιαμφισβήτητα τόσο από το σώμα των ανωτέρω Δελτίων Ελέγχου (υπ' αριθμ. .../6.08.2021 Δελτίο Ελέγχου και συμπληρωματικό Δελτίο Ελέγχου .../16-08-2021), όσο και από τα σώματα των ανωτέρω αναφερόμενων προστίμων (ανωτέρω σχετικό 1), ότι τα ανωτέρω πρόστιμα αφορούν τον ΙΔΙΟ ΕΝΑ (1) έλεγχο που διενεργήθηκε την 06/08/2021 και ώρα 09:45 και ΟΧΙ τρεις διαφορετικούς, αυτοτελείς επιτόπιους διενεργηθέντες ελέγχους των ελεγκτικών οργάνων του ΣΕΠΕ. Ως εκ τούτου, δοθέντος ότι οι ως άνω πράξεις επιβολής προστίμου επιβλήθηκαν στην εταιρία μας κατόπιν του ΕΝΟΣ, ΙΔΙΟΥ ΔΙΕΝΕΡΓΗΘΕΝΤΟΣ ΕΛΕΓΧΟΥ, όπως προκύπτει από το Δελτίο Ελέγχου με ημερομηνία 06/08/2021, που συνεχίζεται στα ίδια επόμενα δελτία (βλ. υπ' αριθμ. .../6.08.2021 Δελτίο Ελέγχου και συμπληρωματικό Δελτίο Ελέγχου .../16-08-2021), σε συνδυασμό με τις σχετικές πράξεις επιβολής προστίμου και το οποίο Δελτίο Ελέγχου (υπ' αριθμ. .../6.08.2021 Δελτίο Ελέγχου και συμπληρωματικό Δελτίο Ελέγχου .../16-08-2021) αφορά τον ΙΔΙΟ ένα (1) έλεγχο που διενεργήθηκε την 06/08/2021 και ώρα 09:45 και όχι τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, τα πρόστιμα αυτά λογίζονται κατά νόμο, κατά την έννοια της ρητής διάταξης του άρθρου 68 Ν. 3863/2010 και κατά την νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ως μία (1) Πράξη Επιβολής Προστίμου 'υψηλής' ή 'πολύ υψηλής' σοβαρότητας. Για αυτό τον λόγο η εταιρία μας ΔΕΝ εμπίπτει σε κανέναν από τους αναφερόμενους στα άρθρα 73 παρ. 4 περ. α' και θ' , 18 παρ. 2 και 5 του ν. 4412/2016, σε συνδυασμό σε συνδυασμό με την περιπτ. γ' της παραγράφου 2 του αρ. 68 του ν.3863/2010 και το άρθρο 2.2.3.4 α' και θ' της διακήρυξης λόγους αποκλεισμού, όπως άλλωστε διαπιστώθηκε τόσο από την αναθέτουσα αρχή όσο και από το Ελεγκτικό Συνέδριο με τις υπ' αριθμ. 42/2021 και 3/2022 Πράξεις, με τις οποίες κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η σύναψη σύμβασης φύλαξης της εταιρείας μας με το ... και το ..., κατόπιν των διενεργηθέντων διαγωνισμών με αριθμό διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

... (...) και με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... (...), στους οποίους δηλώθηκαν οι ανωτέρω πράξεις επιβολής προστίμου με τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης (σχετικό 2). Επομένως ουδέν επαγγελματικό παράπτωμα έχει διαπράξει η εταιρεία μας και ούτε έχει παραβιάσει τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και ως εκ τούτου η κρινόμενη προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί. Σε κάθε περίπτωση και προς αποκατάσταση της αλήθειας δέον να τονισθεί ότι η εταιρεία μας όχι μόνο δήλωσε - όλως εκ περισσού και χωρίς να είναι υπόχρεη προς τούτο, δεδομένου ότι δεν εμπίπτει στο σχετικό λόγο αποκλεισμού των άρθρων 73 παρ. 4 περ. α' και θ', 18 παρ. 2 και 5 του ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με συνδυασμό με την περιπτ. γ' της παραγράφου 2 του αρ. 68 του ν.3863/2010 και το άρθρο 2.2.3.4 α' και θ' της διακήρυξης - τα ληφθέντα από εκείνη επανορθωτικά μέτρα, αλλά κατέθεσε και τα σχετικά έγγραφα που αποδεικνύουν τη λήψη αυτών και την αξιοπιστία της εταιρείας μας ('14. Επανορθωτικά Μέτρα ...'), σε αντίθεση με τα όσα ψευδώς και χάριν εσφαλμένων εντυπώσεων ισχυρίζεται ο προσφεύγων οικονομικός φορέας». Επιπροσθέτως, η παρεμβαίνουσα συνυπέβαλε με την παρέμβαση τις επίμαχες πράξεις επιβολής προστίμου και την συναφή έκθεση ελέγχου.

22. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2.2.3.4 της Διακήρυξης, «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, περί αρχών που εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ιδίως στις περιπτώσεις της παρ. 2γ του Ν. 3863/10, δηλαδή εάν σε βάρος του έχουν επιβληθεί, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως 'υψηλής' ή 'πολύ υψηλής' σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους, καθώς

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

και αα) εάν έχει κηρυχθεί έκπτωτος, κατ` εφαρμογή της παραγράφου 7 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) εάν σε βάρος του έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ` εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α` 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, ... (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις ... (θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, ιδίως στις περιπτώσεις της παρ. 2(γ) του Ν. 3863/10, δηλαδή εάν σε βάρος του έχουν επιβληθεί, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως 'υψηλής' ή 'πολύ υψηλής' σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους, καθώς και αα) εάν έχει κηρυχθεί έκπτωτος, κατ` εφαρμογή της παραγράφου 7 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) εάν σε βάρος του έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ` εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α` 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3)

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (θ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία έκδοσης πράξης που βεβαιώνει το σχετικό γεγονός». Από την γραμματική διατύπωση των εφαρμοστέων όρων της Διακήρυξης που διέπει τον προκείμενο διαγωνισμό, προκύπτει ότι τυχόν παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας υπάγονται στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 περ. α' και περ. στ', υπό την προϋπόθεση ότι πληρούνται οι κατά τα άνω ειδικότεροι όροι της Διακήρυξης, και συγκεκριμένα η προϋπόθεση να έχουν διαπιστωθεί οι παραβάσεις σε πλείονες ελέγχους (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 20/2020, σκ. 14, ΔΕΦΑΘ 1715/2022). Στην προκείμενη περίπτωση, όπως βασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα και προκύπτει από τα προσκομιζόμενα και επικαλούμενα έγγραφα, τα τρία αναφερόμενα στο ΕΕΕΣ της πρόστιμα προέκυψαν σε έναν και μόνο έλεγχο στις 6/8/2021. Ως εκ τούτου, δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις για την υπαγωγή των εν λόγω προστίμων στους κατά τα άνω προβλεπόμενους από την Διακήρυξη λόγους αποκλεισμού. Τέλος, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ της ... υπάγονται στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4.στ' της Διακήρυξης, χωρίς κανέναν ειδικότερο ισχυρισμό ως προς συνδρομή του, και, ως εκ τούτου, αορίστως. Κατόπιν των ανωτέρω, ο προκείμενος λόγος της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος.

23. Επειδή, σύμφωνα με την σκέψη 16 έγινε δεκτός προβαλλόμενος από την πρώτη προσφεύγουσα λόγος ακύρωσης των προσβαλλόμενων ως προς την αποδοχή της προσφοράς της ... και της κατακύρωσης σε αυτήν του αποτελέσματος του διαγωνισμού και, επομένως, η πρώτη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή κατά τα άνω, η προσβαλλόμενη να ακυρωθεί κατά το μέρος της αυτό και η παρέμβαση της ... κατά της πρώτης προδικαστικής προσφυγής να απορριφθεί. Ενόψει των ανωτέρω, δοθέντος ότι η ως άνω πλημμέλεια της προσφοράς της ... παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς της, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση λοιπών προβαλλόμενων κατ' αυτής λόγων (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007).

24. Επειδή, σύμφωνα με τη σκέψη 13, γίνεται δεκτός λόγος ακύρωσης

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

προβαλλόμενος από την πρώτη προσφεύγουσα κατά των προσβαλλόμενων ως προς την αποδοχή, των προσφορών α) ..., β) ..., γ) ..., δ) ένωσης ... και ε), με την δε σκέψη 20 γίνεται δεκτός επιπρόσθετος λόγος ακύρωσης προβαλλόμενος από την δεύτερη προσφεύγουσα ως προς την αποδοχή της προσφοράς της Επομένως, η δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει μερικώς δεκτή κατά τα ως άνω. Ενόψει των ανωτέρω, δοθέντος ότι οι διαπιστωθείσες πλημμέλειες των προσφορών των ανωτέρω πέντε (5) οικονομικών φορέων παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση των προσβαλλόμενων κατά το σκέλος που αφορούν την αποδοχή των προσφορών τους, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση λοιπών προβαλλόμενων κατ' αυτών λόγων από τις προσφεύγουσες (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007).

25. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση στο σύνολό της.

26. Επειδή, κατόπιν της αποδοχής της πρώτης προδικαστικής προσφυγής, πρέπει να απορριφθεί η παρέμβαση της πρώτης παρεμβαίνουσας κατ' αυτής και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου στην πρώτη προσφεύγουσα.

27. Επειδή, κατόπιν της μερικής αποδοχής της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής, μόνο κατά το σκέλος της που αφορούσε την ακύρωση των προσβαλλόμενων ως προς την αποδοχή της προσφοράς της ..., πρέπει να γίνουν δεκτές οι παρεμβάσεις κατ' αυτής και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου στην δεύτερη προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση κατά της πρώτης προδικαστικής προσφυγής.

Δέχεται τις παρεμβάσεις κατά της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή των καταβληθέντων παραβόλων σε αμφότερες τις προσφεύγουσες.

Αριθμός απόφασης: 1318,1319/2022

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Αυγούστου 2022 και δημοσιεύθηκε στις 12 Σεπτεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ
Α/Α ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΛΙΖΙΔΗΣ**