

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 14 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10-9-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1266/11-9-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ .....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της Απόφασης 22-8/22ης συνεδρ./30-7-2020 Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτή την προσφορά και ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο τον παρεμβαίνοντα, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την ανάθεση ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ-ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΞΕΝΩΝΑ ΦΙΛΟΞΕΝΙΑΣ ΔΗΜΟΥ ..... 2019-2020 ΚΑΙ ΓΙΑ ΤΗ ΦΥΛΑΞΗ ΣΥΝΕΡΓΕΙΟΥ ΚΑΙ ΣΤΑΘΜΑΡΧΕΙΟΥ-ΤΜΗΜΑ Α ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΞΕΝΩΝΑ ΦΙΛΟΞΕΝΙΑΣ ΔΗΜΟΥ ..... 2019-2020, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. .... διακήρυξη, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας της όλης διαδικασίας 113.625,47 ευρώ και επιμέρους εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας του ΤΜΗΜΑΤΟΣ Α που αφορά η

προσφυγή 62.034,83 ευρώ, η οποία διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... την 27-12-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α .....

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. .... και ποσού 600,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 10-9-2020 στρεφόμενη κατά της από 31-8-2020 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, προσφυγή, ο δε προσφεύγων που κατέστη το πρώτον αποδεκτός και δεύτερος μετά τον παρεμβαίνοντα μειοδότης δια της προσβαλλομένης και ενώ στο πλαίσιο προηγούμενης εκτελεστής πράξης, είχε αποκλεισθεί ομού μετά του παρεμβαίνοντος για το ΤΜΗΜΑ Α της διαδικασίας, στρέφεται κατά της ομοίως το πρώτον δια της προσβαλλομένης, αποδοχής και ανακήρυξης του ομοίως εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος από 15-9-2020 και κατόπιν της από 11-9-2020 κοινοποίησης της προσφυγής, παρεμβαίνοντος, ως προσωρινού αναδόχου στο ίδιο ΤΜΗΜΑ Α, αντικρούει δε η αναθέτουσα με τις από 18-9-2020 Απόψεις της. Απαραδέκτως πάντως, ο παρεμβαίνων προβάλλει έλλειψη εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος επικαλούμενος λόγους αποκλεισμούς του, που ουδόλως διαγνώσθηκαν από την αναθέτουσα, διότι δια παρέμβασης δεν είναι δυνατή η προβολή λόγων απόρριψης αποδεκτής προσφοράς, ακόμη και επί τω τέλει απόρριψης προσφυγής του αποδεκτού προσφεύγοντος, η πράξη αποδοχής του οποίου διατηρεί τεκμήριο νομιμότητας ως την τυχόν δια προσφυγής του έτερου

διαγωνιζομένου ακύρωσης της, προσφυγή που όμως δεν ασκήθηκε και δεν δύναται να υποκατασταθεί δια παρέμβασης, ενώ άλλωστε, ήδη από 10-9-2020, όταν και παρήλθε η προθεσμία προσβολής της νυν προσβαλλομένης (και) από τον παρεμβαίνοντα (που πάντως, δύνατο, αν είχε ασκήσει εμπρόθεσμη προσφυγή να αιτηθεί με έννομο συμφέρον την ακύρωση αποδοχής του προσφεύγοντος ακόμη και ως δεύτερου μετά τον ίδιο μειοδότη), σε κάθε περίπτωση η αποδοχή του προσφεύγοντος κατέστη οριστική και μη δεκτική αμφισβήτησης. Ομοίως, αλυσιτελώς η αναθέτουσα επικαλείται ότι είχε ζητήσει διευκρινίσεις περί της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος, την οποία και αφορούν οι ισχυρισμοί της προσφυγής και η οικονομική ανάλυση αυτού δεν έτυχε ένστασης ενώ ήταν γνωστή στους συνδιαγωνιζομένους, διότι το πρώτον δια της νυν προσβαλλομένης κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και δεν υφίστατο νωρίτερα εκτελεστή πράξη αποδοχής της προσφοράς του, κατά της οποίας θα δύνατο να προβληθούν σχετικοί ισχυρισμοί, ενώ άλλωστε, η μη υποβολή υπομνήματος διαγωνιζομένου ενώπιον της αναθέτουσας προκειμένου να ελέγξει προ αποδοχής προσφοράς σχετικές πλημμέλειες, προφανώς και δεν αναιρεί το έννομο συμφέρον του διαγωνιζομένου να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της το πρώτον δεχόμενης την ανταγωνίστρια προσφορά, εκτελεστής πράξης ούτε αναιρεί το κατά το ΒΙΒΛΙΟ IV Ν. 4412/2016 σχετικό δικαίωμα προσφυγής κατά εκτελεστών πράξεων της αναθέτουσας. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατά το ΜΕΡΟΣ Α ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης, παρατίθεται ανάλυση προϋπολογισμού του οικείου τμήματος, ώστε να στοιχειοθετηθεί η σχετική εκτιμώμενη αξία. Το δε γεγονός ότι η αναθέτουσα εκτέλεσε κατά την κρίση της συγκεκριμένους υπολογισμούς για την εξαγωγή της αξίας αυτής, ουδόλως καθιστά τον προϋπολογισμό ως κατ' ελάχιστον υποχρεωτικό, υπό την έννοια ότι δεν αποκλείεται προσφορά κατώτερη αυτού (άλλως δεν θα ήταν δυνατόν να δοθεί έκπτωση, άλλωστε), εφόσον αφενός πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές καλύπτοντας τις απαιτήσεις φύλαξης σε προσωπικό και ώρες εργασίας, αφετέρου καλύπτει το ελάχιστο νόμιμο εργατικό

κόστος, το οποίο προκύπτει κατ' εφαρμογή της οικείας νομοθεσίας, χωρίς οι σχετικοί υπολογισμοί της αναθέτουσας (σκοπούντες άλλωστε, στην κάλυψη κάθε ακόμη και υπερβάλλοντος του κατ' ελάχιστον νομίμου, κόστους) να συνιστούν όρους του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας, θεσπίζοντας οι ίδιοι απευθείας το κόστος, ακόμη και αν τυχόν αυτό αληθώς αντιστοιχεί σε μικρότερο μέγεθος. Σε κάθε περίπτωση κατά το ως άνω ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, το ΤΜΗΜΑ Α αντιστοιχεί σε 1 θέση 24ωρης φύλαξης συμπ/νων Κυριακών και αργιών για διάστημα 11 μηνών. Ο δε παρεμβαίνων κατέληξε σε 4,192907207 φύλακες ως ισοδύναμους εργαζομένους πλήρους απασχόλησης, με βάση υπολογισμό 8016 ωρών εργασίας που αντιστοιχούν σε απασχόληση από 1/4/2020 έως 28/2/2021, οι οποίες με τη σειρά τους αντιστοιχούν σε 728,7273 ώρες ανά μήνα. Εν συνεχεία, ο παρεμβαίνων διαίρεσε τις ως άνω 728,7273 ώρες, αλλά δια 173,8 ώρες ανά μήνα, μέγεθος που εξήχθη με διαίρεση των 365 ημερών του έτους δια 12 μηνών, περαιτέρω δια 7 ημερών και εύρεση αριθμού εβδομάδων ανά μήνα και περαιτέρω, πολλαπλασιασμό των 40 ωρών ανά εβδομάδα με τον αριθμό των εβδομάδων. Δηλαδή, ο παρεμβαίνων εκτέλεσε υπολογισμό βάσει των αληθώς εκτελούμενων από εργαζόμενο πλήρους απασχόλησης αριθμό ωρών εργασίας σε έναν μέσο ημερολογιακό μήνα, αντί του τεκμαρτού εκ του νόμου προκύπτοντος χρόνου εργασίας 25 εργάσιμων ημερών, που χρησιμοποιείται για την αναγωγή μηνιαίου μισθού σε ημερομίσθιο και ωρομίσθιο (δια 6 ωρών και 40 λεπτών) και για τον υπολογισμό των ασφαλιστικών ημερών. Όμως, στο πλαίσιο εύρεσης του αληθούς αριθμού ισοδύναμων εργαζομένων πλήρους απασχόλησης, δηλαδή των αντιστοιχούντων εκ των εργαζομένων της επιχείρησης, ωρών πραγματικής εργασίας που θα απασχοληθούν όντως στο έργο, τούτο δεν είναι παράνομο, αφού το προκείμενο ζητούμενο δεν είναι πόσο θα αμειφθεί ή πόσες εισφορές θα καταβληθούν για κάθε εργαζόμενο στο πλαίσιο της εν γένει εργασίας του, αλλά πόσοι όντως θα απασχοληθούν στο έργο έστω και στο πλαίσιο αθροίσματος χρόνου εργασίας εκ των εν γένει εργαζομένων της επιχείρησης που θα απασχοληθούν στο έργο, προκειμένου αυτοί εν συνεχεία να αποτελέσουν τη βάση υπολογισμού για την εξαγωγή του κόστους σε επίπεδο

αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών, εκ του εν γένει τέτοιου κόστους της επιχείρησης, που αντιστοιχούν στο έργο. Αβασίμως δε ο προσφεύγων επικαλείται ότι οι ως άνω εργαζόμενοι (4,192907207) δεν δύνανται να καλύψουν τις 732 ώρες εργασίας που απαιτεί η διακήρυξη, λόγω του ότι η μηνιαία εργασία τους αντιστοιχεί σε 166,65 ώρες και τούτο διότι πρώτον, η διακήρυξη δεν απαιτήσε 732 ώρες, αλλά υπολόγισε το μέγεθος αυτό ως βάση εξαγωγής προϋπολογισμού, ενώ αυτό που απαιτήσε ήταν 1 θέση 24ωρης φύλαξης για 11 μήνες, το πόσες δε ώρες αντιστοιχούν σε αυτή την 24ωρη εργασία σε 11 μήνες, δεν συνιστά ζήτημα που δύναται να ορίσει ή μη η διακήρυξη, αλλά πραγματικό ζήτημα. Δεύτερον, ουδόλως ο νόμος σε μισθωτό αμειβόμενο με μηνιαίο μισθό επιβάλλει ωράριο 166,65 ωρών εργασίας τον μήνα, αλλά το ωράριο επιβάλλεται με επίπεδο την εβδομάδα ως 40 ώρες και όχι τον μήνα. Το δε μέγεθος των 166,67 ωρών δεν είναι αυτό στο οποίο ο νόμος ορίζει ότι αντιστοιχεί η πλήρης μηνιαία απασχόληση, η οποία αντιστοιχεί σε επίπεδο ωρών σε 40 ώρες/εβδομάδα επί όσες εβδομάδες ή μέρη εβδομάδων καλύπτει ένας μήνας, αλλά το μέγεθος αυτό συνιστά αντίστροφη εξαγωγή εκ του τρόπου μετατροπής μηνιαίου μισθού σε ημερομίσθιο με βάση τις 25 λαμβανόμενες προς τούτο υπόψη εργάσιμες ανά μήνα. Όμως, το προκείμενο ζήτημα δεν αφορά αναγωγή μηνιαίου μισθού σε ημερομίσθια και ωρομίσθια, αλλά σε υπολογισμό του αληθούς χρόνου εργασίας στο οποίο αντιστοιχεί η εκτέλεση του νυν έργου και περαιτέρω, στο πόση απασχόληση εξ όσης δύναται να προσφερθεί από το σύνολο των εργαζομένων της επιχείρησης, επιμερίζεται στο έργο, ώστε να υπολογισθεί εν συνεχεία το κατά πόσον η επιχείρηση θα επιβαρυνθεί, με αφιέρωση προσωπικού της, από την εκτέλεση του έργου. Αυτό είναι και το νόημα του υπολογισμού ισοδύναμων εργαζομένων και όχι προφανώς, ότι θα απασχοληθούν 4 ειδικώς και συγκεκριμένα μισθωτοί και ένας 5<sup>ος</sup> μισθωτός θα απασχοληθεί κατά 0,192907207, αφού ουδόλως η διακήρυξη ορίζει το πόσα φυσικά πρόσωπα εν τέλει θα απασχοληθούν στη διάρκεια του έργου και άρα, ο ανάδοχος δύναται για να καλύψει τις συνολικές ώρες του έργου, να μετακινεί προσωπικό του από άλλες απασχολήσεις, να εναλλάσσει αυτό και να συμπληρώνει ελευθέρως τις απαιτούμενες βάρδιες με όποιο ανά

ημέρα και φορά πρόσωπο επιθυμεί, ενώ εξάλλου δύναται να απασχολεί και προσωπικό μερικής απασχόλησης ανά βάρδια, το δε ως άνω μέγεθος 4,192907207 συνιστά την αναλογία σε επίπεδο πραγματικού χρόνου απασχόλησης και με μονάδα μέτρησης τον χρόνο της αληθούς εργασίας ενός πλήρως απασχολούμενου μισθωτού επί του συνολικού διαθέσιμου προς απασχόληση χρόνου εργασίας εκ του συνόλου των μισθωτών της επιχείρησης, με την οποία αναλογία επιβαρύνεται η επιχείρηση για το έργο, ήτοι ποιο μέρος εκ του συνολικού χρόνου απασχόλησης του προσωπικού της, επιμερίζεται στο έργο αυτό, επί τη βάση δε αυτής της αναλογίας, που αναπαρίσταται απλώς με μονάδα μέτρησης έναν ιδεατό και όχι πραγματικό, εργαζόμενο πλήρους απασχόλησης, περαιτέρω υπολογίζεται και ορθά, η αντίστοιχη επιβάρυνση σε επίπεδο κόστους αποδοχών και ασφάλισης της επιχείρησης για την εκτέλεση του έργου, ήτοι επιμερίζεται στο έργο το αναλογούν σε αυτό μέρος εκ του συνολικού κόστους που θα καταβάλλει για τους εργαζόμενους της. Εξ ου και οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί κατάτμησης εργαζομένων είναι αβάσιμοι, όπως και απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί του περί παράνομου υπολογισμού 4,192907207 αντί 5 εργαζομένων, που εξάλλου αποτέλεσε ένα μέγεθος για τον υπολογισμό του προϋπολογισμού και όχι απαίτηση της διακήρυξης να απασχολούνται 5 εργαζόμενοι σε κάθε μήνα (εξάλλου αν 5 εργαζόμενοι απασχοληθούν μόνο στο συγκεκριμένο έργο, κατά τα ανωτέρω, θα περισσεύει και αδιάθετος χρόνος εργασίας, αφού το έργο αντιστοιχεί σε λιγότερο χρόνο εργασίας από αυτό που οφείλουν 5 πλήρως απασχολούμενοι και άρα, δεν είναι ορθός υπολογισμός ως κόστους του έργου με βάση τις πλήρεις για κάθε μήνα αποδοχές και λοιπά κόστη 5 εργαζομένων, καθώς ούτως θα προέκυπτε αναίτια υπερκοστολόγηση της προσφοράς). Περαιτέρω, παρότι αβάσιμα ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο παρεμβαίνων δεν υπολόγισε εισφορές περί ΕΛΠΚ με βάση 5 εργαζόμενους, αφού όντως κατά την ανάλυση που παρείχε με τις διευκρινίσεις του, φαίνεται πως υπολόγισε αυτές με βάση 5 εργαζόμενους, ήτοι 100 ευρώ και όχι με κάποια αναλογία επί της αληθούς απασχόλησης σε επίπεδο ισοδύναμων εργαζομένων, πάντως, ακόμη και αν υπολόγιζε τις εισφορές αυτές βάσει τέτοιας αναλογίας επί του συνολικού κόστους της

επιχείρησης του για τέτοιες εισφορές, τούτο θα ήταν ούτως ή άλλως ορθό, σε κάθε όμως περίπτωση ο ισχυρισμός είναι και ουσία αβάσιμος κατά τα ανωτέρω. Επομένως, δεδομένου ότι ο προσφεύγων δεν προβάλλει έτερα σφάλματα υπολογισμού όσον αφορά τον εκ του παρεμβαίνοντος υπολογισμό του εργατικού και ασφαλιστικού κόστους, το σύνολο των ισχυρισμών του είναι απορριπτό.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δε δεκτή η Παρέμβαση.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το παράβολο με αρ. .... και ποσού 600,00 ευρώ.

#### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με αρ. .... και ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14-10-2020 και εκδόθηκε στις 26-10-2020

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ**