

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 20.08.2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος σε αναπλήρωση του Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Ευαγγελία Μιχολίτση και Χρήστος Σώκος σε αναπλήρωση της Άννας Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1404/13.07.2021 της ατομικής επιχείρησης του ... με δ.τ. «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ...με την επωνυμία «...» και το δ.τ. «...» και,

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες αποφάσεις, ήτοι το υπ' αριθ. πρωτ. 4630/17.06.2021 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και η υπ' αριθ. πρωτ. 5006/02.07.2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που έγιναν δεκτές οι οικονομικές προσφορές των παραπάνω αναφερόμενων οικονομικών φορέων και αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία με την επωνυμία «...» και να ακυρωθεί η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να συμμορφωθεί με την υπ' αριθ. 1033,1034/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της οικείας προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 9271/16-12-2020 Διακήρυξη προκηρύχθηκε από τη «...» ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

ορίων για την ανάδειξη αναδόχου του έργου με τίτλο «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΚΑΙ ΦΥΛΑΞΗΣ ΣΤΟ ... ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑ», εκτιμώμενης συνολικής ανώτατης προϋπολογισθείσας αξίας, χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης, εκατόν σαράντα οκτώ χιλιάδων οκτακοσίων ευρώ (148.800,00 €) συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ 24%: εκατόν είκοσι χιλιάδων ευρώ (120.000,00 €), ΦΠΑ 24%: 28.800,00 €), και με το δικαίωμα προαίρεσης 50% διακοσίων είκοσι τριών χιλιάδων διακοσίων ευρώ (223.200,00 €) συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός με δικαίωμα προαίρεσης χωρίς ΦΠΑ 24%: εκατόν ογδόντα χιλιάδων ευρώ (180.000,00€), ΦΠΑ 24%: 43.200,00 €) και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, ήτοι κριτήριο μειοδοσίας και ανάδοχος ανακηρύσσεται όποιος από τους μειοδότες προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή για το σύνολο των υπηρεσιών φύλαξης και ασφάλειας, το κείμενο της οποίας καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. την 17-12-2020, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου έλαβε συστημικό αριθμό ... Στον επίδικο διαγωνισμό, ο οποίος διενεργήθηκε την 12.01.2021 από την αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού, έλαβαν μέρος πέντε (5) διαγωνιζόμενοι, ήτοι η παρεμβαίνουσα «...», η προσφεύγουσα «...», η εταιρία «...», η εταιρία «...» και ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...». Μετά την κατάρτιση του καταλόγου προσφερόντων κατά σειρά μειοδοσίας της διαγωνιστικής διαδικασίας, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη σε έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής των εταιρειών που συμμετείχαν στον επίδικο διαγωνισμό και μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου κατήρτισε το υπ' αριθμ. 2059/17-03-2021 πρακτικό της, σύμφωνα με το οποίο απορρίφθηκαν ως απαράδεκτες οι προσφορές των υποψήφιων οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» και «...», όσον αφορά στους φακέλους των οικονομικών προσφορών, διότι οι οικονομικές προσφορές αμφοτέρων δεν ήταν σύμφωνες με την εργατική νομοθεσία και ως προς την πρώτη διότι προέβη σε λάθος τρόπο υπολογισμού της οικονομικής προσφοράς, ενώ έγιναν αποδεκτές ως νόμιμες και παραδεκτές οι προσφορές των υποψηφίων οικονομικών φορέων «...», «...» και «...-» στο σύνολό τους, μετά την παροχή διευκρινήσεων από αυτούς για την ιδιαίτερα

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

ασυνήθιστη/χαμηλή προσφορά τους και κατακυρώθηκε το έργο στην εταιρεία με την επωνυμία «...». Μετά ταύτα, με την υπ' αριθμ. 2403/30-03-2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «...» αποφασίστηκε η έγκριση του από 17 Μαρτίου 2021 με αρ. πρωτ. 2059/17-03-2021 Ενιαίου Πρακτικού, το οποίο αφορά στον Έλεγχο και Αξιολόγηση των Φακέλων Δικαιολογητικών/Τεχνικής και Οικονομικής Προσφοράς, σύμφωνα με το οποίο η Επιτροπή εισηγήθηκε ομόφωνα την απόρριψη ως απαράδεκτων των Προσφορών των υποψήφιων οικονομικών φορέων: α) «...» και β) «...» όσον αφορά στους Φακέλους Δικαιολογητικών και Τεχνικών Προσφορών, για τους λόγους που παρατέθηκαν στο υπ' αριθμ. σχετικό (4) Πρακτικό, την αποδοχή ως νόμιμων και παραδεκτών των Προσφορών των υποψηφίων οικονομικών φορέων: α) «...», β) «...» και γ) «... - ...» όσον αφορά στους Φακέλους Δικαιολογητικών, Τεχνικών Προσφορών και Οικονομικών Προσφορών καθώς και την ανάδειξη ως «προσωρινού αναδόχου» του Διαγωνισμού την εταιρεία «...». Κατά των παραπάνω αποφάσεων προδικαστική προσφυγή άσκησε και η εταιρεία «...» (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 743/09.04.2021 προδικαστική προσφυγή), με την οποία ισχυρίστηκε ότι κακώς απορρίφθηκε η οικονομική της προσφορά, με την αιτιολογία ότι δεν καλύπτει το ελάχιστο προβλεπόμενο εκ του νόμου εργοδοτικό κόστος. Στο πλαίσιο της εν λόγω προσφυγής η προσφεύγουσα άσκησε την από 22.04.2021 παρέμβασή. Τέλος, προδικαστική προσφυγή κατά των παραπάνω αποφάσεων και κατά το σκέλος που έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και αναδείχθηκε αυτός ως προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης άσκησε και η εταιρεία «...» (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 802/16.04.2021 προδικαστική προσφυγή). Επί των με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 755/12.04.2021 και 743/09.04.2021 προδικαστικών προσφυγών της προσφεύγουσας και της εταιρείας «...», οι οποίες συνεξετάστηκαν, εξεδόθη η υπ' αριθ. 1033,1034/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ. Με την απόφαση αυτή έγινε δεκτή, κατ' αρχήν, η προδικαστική προσφυγή της «...», καθώς και η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, και κρίθηκε ότι οι προσφορές των εταιρειών «...» και «...» έπρεπε να απορριφθούν. Επίσης, επί της με ΓΑΚ 802/16.04.2021 προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας «...» εξεδόθη η υπ' αριθ. 1032/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία κρίθηκε, ομοίως, ότι η

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

προσφορά της εταιρείας «...» έπρεπε να απορριφθεί. Κατά της ανωτέρω, απόφασης της ΑΕΠΠ, η εταιρεία «...» άσκησε αίτηση αναστολής (ANM 408/2021), η οποία απερρίφθη από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την υπ' αριθ. 270/2021 απόφαση. Η δε αναθέτουσα αρχή, με την προσβαλλόμενη υπ αριθ. πρωτ. 5006/02.07.2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου, που εξεδόθη σε συνέχεια του συμπροσβαλλόμενου υπ' αριθ. πρωτ. 4630/17.06.2021 πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, απέρριψε τις οικονομικές προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...» και ταυτόχρονα, έκανε δεκτή την οικονομική προσφορά της ... και την ανέδειξε ως προσωρινή ανάδοχο της σύμβασης. Έτι, δε, περαιτέρω, έκανε δεκτή την οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα «...», αν και αυτή είχε ήδη απορριφθεί οριστικώς με το υπ' αριθ. πρωτ. 2059/17.03.2021 ενιαίο πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και τις υπ' αριθ. πρωτ. 05/26.03.2021/5 και 2403/30.03.2021 αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής. Κατά, συνεπώς, της εν λόγω απόφασης της αναθέτουσας αρχής και του οικείου πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού προσφεύγει η προσφεύγουσα.

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016, το νόμιμο παράβολο, με κωδικό ..., ποσού 600,00 ευρώ, καθότι το νόμιμο ποσό παραβόλου υπολογιζόμενο σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ (120.000 ευρώ).

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ποσού εκατόν σαράντα οκτώ χιλιάδων οκτακοσίων ευρώ (148.800,00 €) συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ 24%: εκατόν είκοσι χιλιάδων ευρώ (120.000,00 €), ΦΠΑ 24%: 28.800,00 €), και με το δικαίωμα προαίρεσης 50% διακοσίων είκοσι τριών χιλιάδων διακοσίων ευρώ (223.200,00 €) συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός με δικαίωμα προαίρεσης χωρίς ΦΠΑ 24%: εκατόν ογδόντα χιλιάδων ευρώ (180.000,00€), ΦΠΑ 24%: 43.200,00 €), ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 02-07-2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, και ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 12.07.2021 ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

5. Επειδή, καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, καθώς, επιδιώκει την αποδοχή της προσφυγής της, επί τω τέλει ανάληψης της εν θέματι σύμβασης.

6. Επειδή, στις 13.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017. Επ' αυτής ασκήθηκε παραδεκτώς η οικεία παρέμβαση.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ως προς την προσφορά της παρεμβαίνουσας υποστηρίζει ότι *«Στην κρινόμενη, ωστόσο, περίπτωση η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. πρωτ. 5006/02.07.2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... και το συμπροσβαλλόμενο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού έκανε δεκτή την οικονομική προσφορά της εταιρείας «...», αναφέροντας κατά τρόπο προδήλως αποσπασματικό χωρία της υπ' αριθ. υπ' αριθ. 1033, 1034/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, από τα οποία ΔΗΘΕΝ προκύπτει ότι η συγκεκριμένη οικονομική προσφορά είναι σύμφωνη με τις διατάξεις της κείμενης εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Παρά ταύτα, από μία απλή επισκόπηση της συγκεκριμένης απόφασης της ΑΕΠΠ προκύπτει αβίαστα ότι δεν έχει το συγκεκριμένο περιεχόμενο που της απέδωσε η αναθέτουσα αρχή, παρερμηνεύοντας την κρίση της ΑΕΠΠ, αλλά ΤΟ ΑΚΡΙΒΩΣ ΑΝΤΙΘΕΤΟ. Συγκεκριμένα, όπως αναλυτικώς αναφέρθηκε ανωτέρω, με τη συγκεκριμένη απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε ότι πράγματι το ποσό των 5,8734 ευρώ/ώρα που δήλωσε η συγκεκριμένη εταιρεία στην οικονομική της προσφορά, ως το*

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

συνολικό εργοδοτικό κόστος ανά ώρα για την απασχόληση του προσωπικού της υπολείπεται από το ελάχιστο νόμιμο, σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Και ναι μεν έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή της εταιρείας αυτής, πλην όμως όχι με το σκεπτικό ότι τάχα η οικονομική της προσφορά όφειλε να γίνει δεκτή από την αναθέτουσα αρχή, αλλά ότι για να είναι νόμιμος ο αποκλεισμός της έπρεπε πρώτα η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει διευκρινίσεις ως προς το εάν στο ποσό των 5,8734 ευρώ/ώρα συμπεριλαμβάνονται οι εργοδοτικές εισφορές ύψους 22,54%. Το γεγονός, άλλωστε, αυτό προκύπτει αναμφίβολα και από το ότι η εταιρεία «...» άσκησε αίτηση αναστολής κατά της συγκεκριμένης απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία εκκρεμεί ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και συζητείται στις 16.07.2021. Και τούτο διότι, είναι εμφανές ότι εάν με την συγκεκριμένη απόφαση είχε κριθεί ότι η οικονομική της προσφορά έπρεπε να γίνει δεκτή από την αναθέτουσα αρχή θα ήταν ευμενής για αυτήν και δεν θα την οδηγούσε στο να την αμφισβητήσει δικαστικά. Και μόνο το γεγονός της άσκησης αίτησης αναστολής από τη συγκεκριμένη εταιρεία κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ αποδεικνύει περίτρανα ότι αυτή είχε αρνητικές συνέπειες για τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Εκ τούτων, συνεπώς, προκύπτει αβίαστα ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής και το συμπροσβαλλόμενο πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού είναι προδήλως ακυρωτέα για τους εξής λόγους: (α) Διότι ΟΥΔΟΛΩΣ η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από τη συγκεκριμένη εταιρεία να διευκρινίσει το κατά πόσον στο ποσό των 5,8734 ευρώ/ώρα συμπεριλαμβάνονται οι εργοδοτικές εισφορές ύψους 22,54%. (β) Διότι ΟΥΔΕΠΟΤΕ διευκρινίστηκε από τη συγκεκριμένη εταιρεία το ως άνω ουσιώδες και κρίσιμο δεδομένο. (γ) Διότι, εν πάση περιπτώσει, ΟΥΔΟΛΩΣ προκύπτει από τις προσβαλλόμενες αποφάσεις το εάν στο ποσό 5,8734 ευρώ/ώρα συμπεριλαμβάνονται οι εργοδοτικές εισφορές ύψους 22,54%. Από τα παραπάνω, συνεπώς, προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής και το συμπροσβαλλόμενο πρακτικό τυγχάνουν προδήλως ακυρωτέες, διότι έρχονται σε ευθεία αντίθεση με την υπ' αριθ. 1033, 1034/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, και δεν φέρουν νόμιμη αιτιολογία, αφού δεν αναφέρεται καν αν στο ποσό των 5,8734 ευρώ/ώρα

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

συμπεριλαμβάνονται οι εργοδοτικές εισφορές ύψους 22,54% ή όχι και έρχονται σε ευθεία αντίθεση με τη διακήρυξη και τον νόμο. Σε κάθε περίπτωση, τέλος, ανεξαρτήτως των ανωτέρω, με την αίτηση αναστολής που άσκησε η εταιρεία «...» συνομολογεί ευθέως ότι πράγματι στο ποσό των 5,8734 ευρώ/ώρα που δήλωσε στην οικονομική της προσφορά συμπεριλαμβάνονται οι εργοδοτικές εισφορές ύψους 22,54%. Ειδικότερα, στην εν λόγω αίτηση αναστολής (βλ. σελ. 17) αναφέρει ρητώς, σαφώς και κατηγορηματικώς ότι το ποσό των 5,8734 ευρώ/ώρα προκύπτει από τη διαίρεση του συνολικού εργοδοτικού της κόστους, συμπεριλαμβανομένων των εργοδοτικών εισφορών. δηλαδή του ποσού των 100.963,89 ευρώ, με τον συνολικό αριθμό των ωρών που απαιτούνται για την εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι με τον αριθμό 17.190 ώρες. Αντιθέτως, το εργοδοτικό της κόστος χωρίς τις εργοδοτικές της εισφορές ανέρχεται κατά την εσφαλμένη εκτίμησή της στο ποσό των 82.392,59 ευρώ, το οποίο εάν διαιρεθεί με τον αριθμό 17.190 ώρες, τότε προκύπτει η τιμή 4,80, η οποία υπολείπεται ακόμη περισσότερο από το ελάχιστο εργοδοτικό κόστος, βάσει της κείμενης εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και όσα κρίθηκαν από την ΑΕΠΠ με την υπ' αριθ. 1033, 1034/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ. Ως εκ τούτου, όφειλε, εν πάση περιπτώσει, η αναθέτουσα αρχή προς συμμόρφωση με τη συγκεκριμένη απόφαση της ΑΕΠΠ να απορρίψει κατά δέσμια αρμοδιότητα την οικονομική προσφορά της συγκεκριμένης εταιρείας. Οι προσβαλλόμενες, δε, αποφάσεις με τις οποίες έπραξε το ακριβώς αντίθετο τυγχάνουν προδήλως μη νόμιμες και ακυρωτές. Σε κάθε περίπτωση, το ελάχιστο εργατικό κόστος, προσδιορίζεται από τις συνολικές νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων, τις αναλογούσες εργοδοτικές εισφορές, την αναλογία που αντιστοιχεί στα δώρα εορτών (Πάσχα, Χριστουγέννων), στην κανονική άδεια, στο επίδομα αδείας και στο κόστος αντικατάστασης εργαζομένων λόγω κανονικής αδείας. Οικονομική προσφορά που υπολείπεται του κατώτερου ορίου εργοδοτικού κόστους είναι απαράδεκτη και απορριπτέα ως μη σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης και προφανώς ζημιογόνος (Δεφ Θεσ 81/2015, 245/2012, ΕΣ3976/2014) και ΑΕΠΠ 421-422/2020 σκέψη 39-40). Όπως γίνεται, δε, δεκτό, «ως συνήθεις αποδοχές ταυτιζόμενες εννοιολογικά με τις τακτικές αποδοχές με βάση τις οποίες υπολογίζονται οι

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

αποδοχές και το επίδομα αδείας καθώς και τα επιδόματα εορτών Πάσχα και Χριστουγέννων και εξευρίσκονται το ωρομίσθιο και η προσαύξηση για την παρεχόμενη υπερωριακή εργασία, νοούνται ο συμβατικός ή νόμιμος μισθός ή το ημερομίσθιο, και φυσικά οποιαδήποτε άλλη πρόσθετη εργοδοτική παροχή σε χρήμα ή σε είδος που καταβάλλεται κατά τη διάρκεια της συμβάσεως εργασίας, με την προϋπόθεση ότι η παροχή αυτή δίδεται σταθερά και μόνιμα ως αντάλλαγμα της παρεχόμενης εργασίας. Από τα παραπάνω, συνεπώς, προκύπτει ότι για την υλοποίηση της υπό ανάθεση σύμβασης, σύμφωνα με τις προδιαγραφές που έθεσε η αναθέτουσα αρχή στην επίμαχη διακήρυξη, το κόστος της ημερήσιας ώρας για την απασχόληση μισθωτών που αμείβονται, βάσει της υπ' αριθ. 4241/127/30-01- 2019 Υπουργικής Απόφασης και της εκάστοτε ισχύουσας Επιχειρησιακής Σύμβασης, με κατώτατο μισθό ύψους 650,00 ανέρχεται κατά κατώτατο όριο σε 6,1057 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται αναλυτικά σύμφωνα με τον κατωτέρω πίνακα (κόστους ημερήσιας ώρας βάσει της ΕΓΣΣΕ). Βάσει, συνεπώς, του ανωτέρω πίνακα η τιμή ημερήσιας ώρας είναι 6,1057 και όχι 5,8734 ευρώ. όπως εσφαλμένα και μη νόμιμα υπολόγισε η εταιρεία κατά τη σύνταξη της προσφοράς της και δήλωσε στον πίνακα 1. Συνακόλουθα, η τιμή ημερήσιας ώρας Κυριακών και αργιών (με προσαύξηση 75%) ανέρχεται σε 10,69 και όχι 10.3473. όπως εσφαλμένα και μη νόμιμα υπολόγισε η εταιρεία κατά τη σύνταξη της προσφοράς της και δήλωσε στον πίνακα 1. Η τιμή νυχτερινής ώρας (με προσαύξηση 25%) ανέρχεται σε 7,64 και όχι σε 7.3647 ευρώ, όπως εσφαλμένα και μη νόμιμα υπολόγισε η εταιρεία κατά ανέρχεται σε 12,22 και όχι 11.8385 ευρώ, όπως εσφαλμένα και μη νόμιμα υπολόγισε η εταιρεία κατά τη σύνταξη της προσφοράς της και δήλωσε στον πίνακα 1. Εάν ληφθεί δε υπόψη ότι, βάσει των προδιαγραφών της υπό ανάθεση σύμβασης, για την υλοποίηση αυτής απαιτείται, όπως συνομολογεί και η ίδια η εταιρεία, απασχόληση 9.696 ωρών σε κανονική βάρδια, απασχόληση 1.984 ωρών σε Κυριακές και αργίες (προσαύξηση 75%), απασχόληση 2.424 ωρών σε νυχτερινές ώρες (προσαύξηση 25%) και απασχόληση 496 ωρών σε Κυριακές και αργίες σε νυχτερινές ώρες (προσαύξηση 100%), τότε συνάγεται ότι το σύνολο των τακτικών αποδοχών των μισθωτών για το σύνολο των ωρών υλοποίησης της σύμβασης

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

διαμορφώνεται ως εξής: (α) για απασχόληση σε κανονική βάρδια: $6,11 \cdot 9696 \OmegaΡΕΣ = 59.242,66$ ευρώ (και όχι σε 57.837,61 ευρώ, όπως εσφαλμένα και μη νόμιμα υπολόγισε η προσφεύγουσα εταιρεία στον πίνακα 2, σημ. 1 της οικονομικής της προσφοράς), (β) για απασχόληση σε Κυριακές και αργίες: $10,69 \cdot 1984 \OmegaΡΕΣ = 21.208,96$ ευρώ (και όχι 20.710,98 ευρώ, όπως εσφαλμένα και μη νόμιμα υπολόγισε η προσφεύγουσα εταιρεία στον πίνακα 2, σημ. 2 της οικονομικής της προσφοράς), (γ) για απασχόληση σε νυχτερινές ώρες: $7,64 \cdot 2.424 \OmegaΡΕΣ = 18.519,36$ ευρώ (και όχι 18.074,313, όπως εσφαλμένα και μη νόμιμα υπολόγισε η προσφεύγουσα εταιρεία στον πίνακα 2, σημ. 3 της οικονομικής της προσφοράς) και (δ) για απασχόληση σε Κυριακές και αργίες σε νυχτερινές ώρες: $12,22 \cdot 496 \OmegaΡΕΣ = 6.061,12$ ευρώ (και όχι 5.917,38 ευρώ, όπως εσφαλμένα και μη νόμιμα υπολόγισε η προσφεύγουσα εταιρεία στον πίνακα 2, σημ. 4 της οικονομικής της προσφοράς). Δηλαδή, το σύνολο του εργατικού κόστους ανέρχεται στο ποσό των 105.032,10 ευρώ ($59.242,66 + 21.208,96 + 18.519,36 + 6.061,12$) και όχι στο ποσό των 101.123,88 ευρώ, όπως εσφαλμένα και μη νόμιμα υπολόγισε και δήλωσε η εταιρεία στον πίνακα 3. σημ. 14 της οικονομικής της προσφοράς. Το γεγονός, δε, αυτό επηρεάζει ουσιωδώς και όλους τους λοιπούς υπολογισμούς που έχουν λάβει χώρα στον πίνακα 3 της οικονομικής προσφοράς (σημ. 15-21), με αποτέλεσμα το συνολικό κόστος που έχει δηλώσει η προσφεύγουσα ύψους 127.149,60 ευρώ να μην επαρκεί για την κάλυψη του συνολικού εργοδοτικού της κόστους. Από τα παραπάνω, συνεπώς, προκύπτει ότι η προσφορά της ανθυποψήφιας εταιρείας πρέπει να απορριφθεί, διότι δεν καλύπτει κατά τρόπο πρόδηλο το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, όπως αυτό προκύπτει από διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, αλλά και από τους όρους της επίμαχης διακήρυξης. Έτι περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 3 παρ. 1 του α.ν 539.1945 κατά τη διάρκεια της άδειας ανάπαυσης ο μισθωτός δικαιούται τις συνήθεις αποδοχές τις οποίες θα δικαιούταν εάν απασχολείτο στην υπόχρεη επιχείρηση κατά τον αντίστοιχο χρόνο της άδειας του ή τις τυχόν για την περίπτωση αυτή καθορισμένες με συλλογική σύμβαση. Κατά την παρ. ε του ίδιου άρθρου στην έννοια των τακτικών αποδοχών περιλαμβάνονται και οι κάθε είδους πρόσθετες ή συμπληρωματικές τακτικές παροχές (αντίτιμο τροφής, επιδόματα κ.λ.π Από

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

το συνδυασμό, άλλωστε, των ως άνω διατάξεων με αυτές των άρθρων 648, 653, 666, 679 Α.Κ της κυρωθείσας με τον ν. 3248/1955 υπ' αριθμ. 95/1949 Διεθνούς Συμβάσεως περί προστασίας του ημερομισθίου και των άρθρων 2 της κυρωθείσας με το ν. 133/1975 και από 26/2/1975 ΕΓΣΣΕ 1 παρ. 1 του ν. 435/1976, 1 παρ. 2 του ν. 1082/1980 και των κατά καιρούς εκδοθεισών υπουργικών αποφάσεων περί χορηγήσεως δώρων για τις εορτές του Πάσχα και των Χριστουγέννων συνάγεται ότι ως συνήθεις αποδοχές ταυτιζόμενες εννοιολογικά με τις τακτικές αποδοχές με βάση τις οποίες υπολογίζονται οι αποδοχές και το επίδομα αδείας καθώς και τα επιδόματα εορτών Πάσχα και Χριστουγέννων και εξευρίσκονται το ωρομίσθιο και η προσαύξηση για την παρεχόμενη υπερωριακή εργασία, νοούνται ο συμβατικός ή νόμιμος μισθός ή το ημερομίσθιο, και φυσικά οποιαδήποτε άλλη πρόσθετη εργοδοτική παροχή σε χρήμα ή σε είδος που καταβάλλεται κατά τη διάρκεια της συμβάσεως εργασίας, με την προϋπόθεση ότι η παροχή αυτή δίδεται σταθερά και μόνιμα ως αντάλλαγμα της παρεχόμενης εργασίας. Έτσι, εφόσον παρέχονται τακτικά και σταθερά, περιλαμβάνονται στις τακτικές αποδοχές μεταξύ άλλων και η αμοιβή για υπερεργασία και για νόμιμη υπερωριακή απασχόληση καθώς και οι προσαυξήσεις για τη παροχή εργασίας κατά τη νύχτα, ημέρα Κυριακή και τις αργίες και γενικά κάθε προσαύξηση το βασικού μισθού ή του ημερομισθίου (ΟΛΑΠ 5/2011). Στην προκειμένη, ωστόσο, περίπτωση, στην οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» δεν υπολογίζονται προσαυξήσεις επί των αποδοχών για του εργαζομένους που λαμβάνουν άδεια, οι οποίοι κατά το χρόνο της αδείας, δικαιούνται όπως αναλύθηκε, τις συνήθεις αποδοχές οι οποίες περιλαμβάνουν και τις προσαυξήσεις για την παροχή εργασίας κατά την νύχτα τη Κυριακές και τις αργίες. Ειδικότερα, επι την βάση των υπολογισμών της «...» προκύπτει ότι δεν έχουν υπολογιστεί στην οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» και οι προσαυξήσεις για την παροχή εργασίας κατά την νύχτα τις Κυριακές και τις αργίες για τους αντικαταστάτες των 'κανονικών' εργαζομένων, όσο οι τελευταίοι βρίσκονται σε άδεια ανάπαυσης. Το ανωτέρω σφάλμα στην οικονομική προσφορά της «...» οδηγεί τελικά σε χαμηλότερο υπολογισμό (ωρομισθίου) και των αποδοχών αδείας των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο με συνέπεια το υπολογιζόμενο

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

εργατικό κόστος να υπολείπεται του νομίμου. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά της «...». Ειδικότερα σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, καθώς και τις ειδικότερες διατάξεις για την κανονική άδεια των μισθωτών (Α.Ν.539/45) το ημερομίσθιο (και το αντίστοιχο 1/25 για τους αμειβόμενους με μισθό) αντιστοιχεί σε 6,66 ώρες εργασίας (ήτοι 8 ώρες και 40 λεπτά). Το ημερομίσθιο αυτό ισχύει και για τους μισθωτούς με σύστημα εξαήμερου εργασίας αλλά και για τους εργαζόμενους με σύστημα οκτάωρης πενθήμερης εργασίας . Και αυτό γιατί οι μισθωτοί που απασχολούνται με πενθήμερο και για οκτώ ώρες ημερησίως (5*8= 40 εβδομαδιαίες ώρες) καλύπτουν και την έκτη ημέρα της εβδομάδας. Το κόστος άδειας αυτής της επιπλέον ημέρας δεν έχει υπολογιστεί στην οικονομική προσφορά της εταιρείας «...». Η ανωτέρω παράληψη οδηγεί τελικά σε χαμηλότερο υπολογισμό των αποδοχών αδειας και της αδειας αντικαταστάτη για όλες τις αναλύσεις που προσκομίζει η εταιρεία με συνέπεια το υπολογιζόμενο εργατικό κόστος να υπολείπεται του νομίμου. Σύμφωνα με την ισχύουσα εργατική νομοθεσία και ειδικότερα με την ΥΑ Ζ1-178/13/02/2001 απόφαση. Από τους ανωτέρω πίνακες προκύπτει ότι το κόστος ώρας συμπεριλαμβανομένων ΚΑΛΥΨΗ ΚΑΝΟΝΙΚΗΣ ΑΔΕΙΑΣ, ΑΔΕΙΑ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΗ, ΔΩΡΟ ΠΑΣΧΑ, ΔΩΡΟ ΧΡΙΣΤΟΥΓΕΝΝΩΝ, ΕΠΙΔΟΜΑ ΑΔΕΙΑΣ και ΕΡΓΟΔΟΤΙΚΕΣ ΕΙΣΦΟΡΕΣ 22,54% για το σύνολο των ημερησίων ωρών που είναι 9.696 σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης Το κόστος ώρας της εταιρείας «...» υπολείπεται του νομίμου. Με βασικό μισθό που αναφέρει στην οικονομική της προσφορά η εταιρεία «...» και τους αμείβει ως μισθωτούς με 25 ασφαλιστικά ημερομίσθια και ωρομίσθιο 3,90€ . Για τα 7 άτομα που θα απασχοληθούν στο έργο για 12 μήνες και για ημερήσια βάση πενθήμερου χωρίς νυκτερινά καθημερινής Κυριακή και αργιών είναι $54.600,00\text{€}/12/7 = 650,00\text{€}$ μικτά. Η εταιρεία, ωστόσο, κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας υπολογίζει πρώτα το Δώρο ΧΡΙΣΤΟΥΓΕΝΝΩΝ Πάσχα και επίδομα αδειας και κατόπιν υπολογίζει την κάλυψη κανονικής άδειας και την άδεια αντικαταστάτη, πλην όμως στην οικονομική της προσφορά αποδέχεται ότι τα ασφαλιστικά ημερομίσθια είναι 25: Οι αμοιβές του προσωπικού υπάγονται στην Επιχειρησιακή Σύμβαση εργασίας της εταιρείας,

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

την οποία έχουμε επισυνάψει στην προσφορά μας, καθώς και βάση της Υπουργικής Απόφασης 4241/127/30-01-2019, ο μισθός υπαλλήλου ανέρχεται στα 650€ μικτά μηνιαίως και το ωρομίσθιο προκύπτει ως εξής: $650\text{€} / 25$ ημέρες ασφάλισης = $26\text{€} \times 6 / 40 = 3,90\text{€}$ Στην ανάλυση της στην κάλυψη κανονικής άδειας αντί να διαιρεί δια $25/25$ η για 12 μήνες διαιρεί $24/25$: Κάλυψη αδειας $1/12 \times (24/25) \times (64.701\text{€} + 8424,56\text{€} + 2695,88\text{€} = 75.821,43\text{€})/12 = 6.065,69\text{€€}$ με συνέπεια να υπολείπεται του νομίμου της κάλυψης αδειας και αυτό έχει ως συνέπεια να συμπαρασύρει το δώρο Χριστουγέννων Πάσχα και επίδομα αδειας τα οποία έπρεπε να συμπεριλάβει αρχικά και όχι εκ των υστέρων. Ο υπολογισμός είναι λανθασμένος και ως εκ τούτου υπολείπεται και το νομίμου εργατικού κόστους τα οποία αναλύουμε ανωτέρω καθώς και του ωρομισθίου που είναι $6,1057\text{€}$ βάση της ανάλυσης που υποβάλουμε και όχι $5,8743\text{€}$ που επικαλείται η εταιρεία «...». Επιπροσθέτως και ο υπολογισμός νυκτερινών των αργιών έχει υπολογιστεί λάθος και γι αυτό υπολείπεται του εργατικού κόστους και του ωρομισθίου».

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, απέστειλε έγγραφο απόψεων της στην ΑΕΠΠ στις 27/07/2021 επί των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, όπου αναφέρονται τα κάτωθι. «Επί του μοναδικού παραδεκτού λόγου προσφυγής και του ισχυρισμού της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» σχετικά με τη νομιμότητα της οικονομικής της προσφοράς της εταιρείας «...» και του τρόπου υπολογισμού του ελάχιστου ωρομισθίου και της δήθεν μη νομιμότητας της συμμόρφωσή μας με την ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση της Αρχής σας αναφέρουμε τα εξής: Μετά την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ που ακυρώνει την απόφαση της Αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ.3. Ν. 4412/2016: «Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ». Αυτό σημαίνει ότι η Αναθέτουσα Αρχή, με δεδομένο ότι η ΑΕΠΠ εμποδίζεται ως εκ της περιορισμένης αρμοδιότητάς της να προβεί στις αναγκαίες ενέργειες υποχρεώνεται να προβεί σε θετικές ενέργειες π.χ. να αποκλείσει από τη διαδικασία ορισμένο συμμετέχοντα εάν η απόφαση της ΑΕΠΠ διαπιστώσει πλημμέλεια στη συμμετοχή του ή στα δικαιολογητικά της τεχνικής προσφοράς του ή υποχρεώνεται να προβεί σε νέα επαναξιολόγηση τεχνικών ή

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

οικονομικών προσφορών εάν η ΑΕΠΠ διαπιστώσει ελλιπή ή πλημμελή αιτιολόγηση σε κάποιο από αυτά τα στάδια. Επισημαίνεται ότι, ακόμη και εάν η Αναθέτουσα Αρχή ασκήσει το, κατ' άρθρο 372 παρ.1 Ν. 4412/2016, δικαίωμά της για άσκηση αίτησης αναστολής, δεν προκύπτει ρητώς από τις οικείες διατάξεις ότι αίρεται η υποχρέωση συμμόρφωσης προς την (ακυρωτική) απόφαση της ΑΕΠΠ. Συνεπώς, σε κάθε περίπτωση, εφόσον δεν προβλέπεται διαφορετικά σε νομοθετική διάταξη, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να συμμορφωθεί προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, εκτός εάν ο δικαστής της αίτησης αναστολής εκδώσει προσωρινή διαταγή για την αναστολή της περαιτέρω διαδικασίας. Όπως προαναφέραμε, μετά την έκδοση της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ (σχετικό Γ'), σε εφαρμογή και σε συμμόρφωση της ως άνω αποφάσεως της ΑΕΠΠ έχει εκδοθεί από την εταιρεία μας η με αρ. πρωτ. 5006/02-07-2021 απόφαση της εταιρείας μας περί έγκρισης του με αρ. πρωτ. 4630/17-06-2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού (Σχετικό 3) και εν συνεχεία λόγω λάθους εκ παραδρομής εκδόθηκε από την εταιρεία μας η με αρ. πρωτ. 5664/22-07-2021 απόφαση της εταιρείας μας περί έγκρισης του με αρ. πρωτ. 5291/13-07-2021 Διορθωμένου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού (σχετικό 4), η οποία Απόφαση σε συμμόρφωση την ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ, ορίζει ως προσωρινή Ανάδοχο την εταιρεία «...». Η ΑΕΠΠ σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, έκανε πλήρως δεκτή την προσφυγή της εταιρείας «...», δεν έθεσε κανένα όρο και φυσικά ούτε με το διατακτικό της υποχρέωσε εμάς ή την ως άνω εταιρεία να παρέχουμε ή να ζητήσουμε διευκρινίσεις. Το διατακτικό της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ είναι ρητό και κατηγορηματικό. Κάνει δεκτή την ως άνω προσφυγή της εταιρείας «...» και ως εκ τούτου η Προσφορά της γίνεται αποδεκτή. Οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι νόμω και ουσία αβάσιμοι, πλήρως αναπόδεικτοι και αλυσιτελείς και πρέπει να απορριφθούν καθ' ολοκληρίαν. Στην προκειμένη περίπτωση η εταιρεία «...» (εφεξής καλουμένης χάριν συντομίας «...») ζήτησε και πέτυχε (λανθασμένα κατά την άποψή μας) την ακύρωση της ως άνω αρχικής απόφασής μας καθώς όπως αναφέρει αφενός η οικονομική της προσφορά υπερκαλύπτει το ελάχιστο κόστος, όπως ορίζεται στις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και αφετέρου ότι ο

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

διαφορετικός τρόπος υπολογισμού της οικονομικής της προσφοράς είναι καθ' όλα νόμιμος και επιτρεπτός κατά τους ορισμούς της Διακήρυξης, αλλά και κατά την εργατική νομοθεσία. Φυσικά, οι ισχυρισμοί αυτοί της «...» παραμένουν - κατά την άποψή μας- πλήρως απαράδεκτοι, νόμω και ουσία αβάσιμοι και προτείνονται εντελώς αλυσιτελώς. Παρά τα ανωτέρω, η απόφαση της ΑΕΠΠ με αριθμό 1032,1033/2021 (σχετικό Γ') παραμένει ισχυρή και νόμιμη, από τη στιγμή που δεν έχει ανατραπεί καθοιονδήποτε τρόπο από τους λοιπούς συμμετέχοντες. Μάλιστα η σκέψη 32 της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ που με τόσο θέρμη επικαλείται η προσφεύγουσα αναφέρει στο κλείσιμό της τα εξής ρητά και κατηγορηματικά: «...Τούτων δοθέντων, οι ισχυρισμοί της πρώτης προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί..... Η κατάληξη αυτή δεν αφήνει κανένα περιθώριο ερμηνείας ως προς το τι θα ήθελε να διατάξει η ΑΕΠΠ με την ως άνω απόφαση της είναι ξεκάθαρο ότι η ΑΕΠΠ ήθελε να κάνει δεκτούς όλους τους ισχυρισμούς της εκεί προσφεύγουσας εταιρείας «...» και ως εκ τούτου να γίνει δεκτή και η κατατεθειμένη Προσφορά της στον οικείο Διαγωνισμό. Το μόνο νόμιμο και αποδεκτό που θα μπορούσε να κάνει η εταιρεία μας ως Αναθέτουσα είναι να συμμορφωθεί με τις επιταγές του αρ. 367 παρ.3 του Ν.4412/2016 και εν τέλει να συμμορφωθεί με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ. Επομένως, όλοι οι ισχυρισμοί της Προσφεύγουσας περί δήθεν μη νόμιμης κρίσης περί του παραδεκτού της συμμόρφωση μας προς την απόφαση της ΑΕΠΠ και της επιγενόμενης ως δεκτής της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου εταιρείας «... » είναι πλήρως αβάσιμοι, αναπτόδικοι και αλυσιτελείς και πρέπει να απορριφθούν καθ' ολοκληρίαν.».

9. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι «Στην υπό κρίση περίπτωση, όπως έχουμε αναφέρει στην οικονομική μας προσφορά αλλά και στις παρασχεθείσες διευκρινίσεις μας προς την αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τους ανωτέρω παρατεθέντες όρους της διακήρυξης και τις λοιπές εφαρμοστέες διατάξεις, ο υπολογισμός του κατώτερου νομίμου εργοδοτικού κόστους για την παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών φύλαξης, διαμορφώνεται κατά τον τρόπο που περιγράφεται στη συνέχεια: Αρχικά, πρέπει να αναφερθεί ότι το προσωπικό ασφαλείας που πρόκειται να απασχοληθεί κατά την εκτέλεση του έργου, είναι μισθωτοί εργαζόμενοι πενθήμερης 8ωρης

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

απασχόλησης, οι οποίοι αμείβονται με σταθερό μισθό, για όλες τις ημέρες του μήνα. Οι αποδοχές τους περιλαμβάνουν εκτός από τον βασικό νόμιμο μισθό τους και τις τυχόν προσαυξήσεις, σε περίπτωση εργασίας σε ωράριο για το οποίο προβλέπεται η επιβολή προσαύξησης, ήτοι εργασίας σε καθημερινή (ΔΕΥΤΕΡΑ-ΣΑΒΒΑΤΟ) κατά το νυχτερινό ωράριο (22:00-06:00, προσαύξηση 25%), και εργασίας σε ημέρα ΑΡΓΙΑ τόσο κατά το ημερήσιο ωράριο (06:00-22:00, προσαύξηση 75%), όσο και κατά το νυκτερινό ωράριο (22:00-06:00, προσαύξηση 100%). Όσον αφορά τον υπολογισμό του βασικού μικτού μισθού των εργαζομένων, αυτός ορίζεται σύμφωνα με την υπ' αριθ. οικ. 4241/127 Υπουργική Απόφαση (Φ.Ε.Κ. Β' 173/30-01-2019), σε συνδυασμό και με την υπ' αριθ. οικ. 7613/395/18-2-2019 εγκύκλιο του Υπουργείου Εργασίας, στο ποσό των 650,00 ευρώ μηνιαίως, το οποίο ισχύει για όλους τους εργαζόμενους με την απαιτούμενη από την διακήρυξη προϋπηρεσία. β. Ως εκ τούτου, το εργατικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης υπολογίζεται ως ακολούθως: Σύμφωνα με τη διακήρυξη, οι απαιτούμενες ώρες απασχόλησης του προσωπικού φύλαξης στο ... Συγκρότημα, ανάλογα και με την κατά περίπτωση απαιτούμενη προσαύξηση, έχουν ως εξής, για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών: Σύνολο ημερήσιων ωρών: 8 ώρες X 4 φύλακες X 303 ημέρες = 9.696 ώρες. Σύνολο ημερήσιων ωρών Κυριακών - Αργιών: 8 ώρες X 4 φύλακες X 62 ημέρες = 1.984 ώρες. Σύνολο νυχτερινών ωρών: 8 ώρες X 1 φύλακας X 303 ημέρες = 2.424 ώρες. Σύνολο νυχτερινών ωρών Κυριακών - Αργιών: 8 ώρες X 1 φύλακας X 62 ημέρες = 496 ώρες. Ως εκ τούτου, οι συνολικές ετήσιες ώρες απασχόλησης του προσωπικού ανέρχονται σε 14.600. Αυτό σημαίνει ότι για τις ανάγκες εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης απαιτείται η απασχόληση 7 εργαζομένων πλήρους πενθήμερης οκτάωρης απασχόλησης, ήτοι: $14.600 \text{ ώρες} / 52,14 \text{ εβδομάδες} (= 365:7) / 40 \text{ ώρες} = 7,00$ εργαζόμενοι. Περαιτέρω, όπως επισημάναμε και με την ανάλυση της οικονομικής μας προσφοράς προς την αναθέτουσα Αρχή, οι αμοιβές του προσωπικού μας υπάγονται στην Επιχειρησιακή Σύμβαση εργασίας της Εταιρίας μας, την οποία και επισυνάψαμε στην προσφορά μας, σύμφωνα με την οποία και κατ' εφαρμογή της προαναφερθείσας υπ' αριθ. 4241/127/30-01-2019 Υπουργικής Απόφασης, ο μισθός εκάστου υπαλλήλου μας ανέρχεται σε

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

650,00 € μικτά μηνιαίως. Ως εκ τούτου, το ωρομίσθιο απασχόλησης του προσωπικού φύλαξης της Εταιρίας μας, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας υπολογίζεται ως ακολούθως: $650 \text{ €} / 25 \text{ ημέρες ασφάλισης} = 26 \text{ €} \times 6/40 = 3,90\text{€}$. γ. Όσον αφορά, ακολούθως, τον υπολογισμό του μηνιαίου κόστους εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης, ελλείψει αναφοράς προκαθορισμένης ημερομηνίας έναρξης και λήξης αυτής σύμφωνα με τη διακήρυξη, αυτό διαμορφώνεται με βάση τα κατ' αρχήν ισχύοντα για τον α-ριθμό των καθημερινών εργασίμων ημερών, των Κυριακών και των αργιών σε ετήσια βάση. Μικτές αποδοχές: $650,00 \text{ €} \text{ μηνιαίος μισθός} \times 7 \text{ άτομα} \times 12 \text{ μήνες} = 54.600,00 \text{ €}$. Σύμφωνα δε με την κείμενη νομοθεσία για καθημερινή νυχτερινή εργασία υπάρχει επιπλέον προσαύξηση 25%, οπότε το επιπλέον κόστος των νυχτερινών βαρδιών υπολογίζεται ως εξής: $2.920 \text{ ώρες} \times 3,9 \text{ €} \times 0,25\% = 2.847,00 \text{ €}$. Επιπρόσθετα, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία για εργασία Κυριακών -Αργιών υπολογίζεται επιπλέον προσαύξηση 75%, με αποτέλεσμα το επιπλέον κόστος απασχόλησης σε ημέρα Κυριακή ή Αργίες να υπολογίζεται ως ακολούθως: $2480 \text{ ώρες} \times 3,9\text{€} \times 0,75\% = 7.254,00\text{€}$ Συνεπώς, οι συνολικές μικτές νόμιμες αποδοχές των απασχολούμενων φυλάκων ανέρχονται σε: $54.600\text{€} + 2847\text{€} + 7254\text{€} = 64.701\text{€} / 12 \text{ μήνες} / 7 \text{ άτομα} = 770,25\text{€} \text{ μηνιαίως κατ' άτομο}$. δ. Ακολούθως, επί του ανωτέρω ποσού των 770,25 € μηνιαίως υπολογίζονται και τα οφειλόμενα δώρα Χριστουγέννων και Πάσχα, καθώς και τα επιδόματα αδειάς κλπ. ως ακολούθως: *ί.* Δώρα Χριστουγέννων – Πάσχα $770,25\text{€} \times 1,5 \text{ μισθός} \times 7 \text{ άτομα} \times 1,04166 = 8.424,56\text{€}$ *ίί.* Επίδομα Αδειάς $770,25\text{€} \times 0,5 \text{ μισθός} \times 7 \text{ άτομα} = 2.695,88\text{€}$ *ίίί.* Κάλυψη αδειάς $1/12 \times (24/25) \times (64.701\text{€} + 8424,56\text{€} + 2695,88\text{€} = 75.821,43\text{€})/12 = 6.065,69\text{€}$ *ίν.* Άδεια Αντικαταστάτη Κάλυψη αδειάς $/ 12 = 6.065,69\text{€} / 12 = 505,47\text{€}$ *ε.* Κατόπιν των ανωτέρω το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης υπολογίζεται ως ακολούθως: $64.701 + 8.424,56 + 2.695,88 + 6.065,69\text{€} + 505,47\text{€} = 82.392,59\text{€} \text{ ετησίως}$. Επί του ανωτέρω ποσού υπολογίζονται στη συνέχεια οι ετήσιες οφειλόμενες εργοδοτικές εισφορές ως κάτωθι: $82.392,59\text{€} \times 22,54\% = 18.571,29\text{€} \text{ ετησίως}$. Σύμφωνα, συνεπώς, με τα ανωτέρω το συνολικό ετήσιο νόμιμο εργατικό κόστος εκτέλεσης της παρούσας σύμβασης υπολογίζεται ως

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

82.392,59€ + 18.571,29€ = 100.963,89€. στ. Κατόπιν τούτων, υπολογίσαμε την ημερήσια τιμή εργατοώρας προς συμπλήρωση του Πίνακα 1 του εμπεριεχόμενου στο Παράρτημα IV της διακήρυξης «Υποδείγματος Οικονομικής Προσφοράς» ως εξής: 9.696 καθημερινές ώρες + 1984 ώρες Κυριακών αργιών X 1,75 + 2424 ώρες νυχτερινών X 1,25 + 496 ώρες νυχτερινής ώρας Κυριακών - Αργιών X 2 = 100.963,89 € (Συνολικό εργατικό κόστος), ήτοι 9696 + 3472 + 3030 + 992 = 100.963,89€, ή διαφορετικά 17190 ώρες = 100.963,89€. Κατά συνέπεια, 100.963,89€ / 17190 ώρες = 5,8734€ ημερήσια ώρα. Από το σύνολο, συνεπώς, των ανωτέρω προδήλως προκύπτει ότι εν προκειμένω, η Εταιρία μας, συμμορφούμενη πλήρως προς τις ισχύουσες διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, και λαμβάνοντας υπόψη τους όρους της διακήρυξης που προβλέπουν τον τρόπο κατάρτισης των οικονομικών προσφορών και τα δεδομένα βάσει των οποίων διαμορφώνονται αυτές, υπέβαλε απολύτως σαφή οικονομική προσφορά για το σύνολο των ζητούμενων υπηρεσιών, η οποία αναλύεται, εξειδικεύεται και τεκμηριώνεται στους σχετικούς πίνακες που έχουν καταρτιστεί σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, στους οποίους (πίνακες) γίνεται λε-πτομερής παράθεση όλων των στοιχείων που έχουν ληφθεί υπόψη κατά την διαμόρφωση της προσφοράς (αποδοχές προσωπικού, εργοδοτικές ασφαλιστικές εισφορές, νόμιμες κρατήσεις, διοικητικό κόστος, εργολαβικό όφελος, τιμή ώρας κ.λπ.). Επίσης, σε συμμόρφωση προς τα οριζόμενα στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010, όπως ισχύει, έχει υποβληθεί ανάλυση με όλα τα στοιχεία που ζητούνται με την παρ. 1 του άρθρου αυτού (αριθμός εργαζομένων, συλλογική σύμβαση εργασίας, ύψος προϋπολογισμένου ποσού αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών κ.λπ.), προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της οικονομικής προσφοράς από πλευράς συμμόρφωσης προς τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Όπως και πιο πάνω αναφέραμε, παρά ταύτα, η αναθέτουσα Αρχή ζήτησε με το υπό ημερομηνία 5-2-2021 αίτημά της από την Εταιρία μας, την υποβολή διευκρινίσεων επί της οικονομικής μας προσφοράς ως προς με τον τρόπο του εκ μέρους μας υπολογισμού της «ΤΙΜΗΣ ΗΜΕΡΗΣΙΑΣ ΩΡΑΣ 5,87€», καθώς και αναφορικά με την αιτιολόγηση του τρόπου υπολογισμού του διοικητικού

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

μας κόστους, του κόστους αναλωσίμων και του εργολαβικού κέρδους. Σε απάντηση του ανωτέρω αιτήματος της αναθέτουσας Αρχής, καταθέσαμε ενώπιον της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού την υπό ημερομηνία 12-2-2021 επιστολή μας για την παροχή διευκρινίσεων, παραθέτοντας, εκτός άλλων, τον τρόπο του εκ μέρους μας υπολογισμού του εργατικού κόστους εκτέλεσης της σύμβασης. Με το υπ' αριθ. πρωτ. 2059/17-3-2021 πρακτικό αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, καθώς και των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των υποψηφίων αναδόχων απορρίφθηκαν από την αρμόδια Επιτροπή οι κατά τα ανωτέρω χορηγηθείσες εκ μέρους μας έγγραφες διευκρινίσεις και χαρακτηρίστηκε λανθασμένος ο εκ μέρους μας υπο-λογισμός της οικονομικής μας προσφοράς, με την εξής αιτιολογία: «η οικονομική προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα δεν είναι σύμφωνη με την εργατική νομοθεσία και πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη διότι ο υπολογισμός του ποσού 5,87€/ώρα δεν επαρκεί για την κάλυψη των μισθών και των Δώρων και Επιδομάτων τα οποία προβλέπονται από την εργατική νομοθεσία και ως εκ τούτου ο υπολογισμός αυτός είναι μη νόμιμος. Οι ως άνω διευκρινίσεις έγιναν αποδεκτές ως προς το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων και το εργολαβικό κέρδος. Ειδικότερα, οι ανωτέρω οικονομικές προσφορές δεν πρέπει να γίνουν αποδεκτές καθότι ο νόμιμος υπολογισμός του ωρομισθίου, το οποίο ζητείται από τη Διακήρυξη προκύπτει ως εξής: Υπάλληλος με μικτό μισθό 650 ευρώ (ελάχιστες νόμιμες αποδοχές). Για έναν υπάλληλο με μικτό μισθό 650 ευρώ, που απασχολείται σε επιχείρηση σε πενθήμερη βάση, με ωράριο 40 ώρες εβδομαδιαία, τα βασικά μισθολογικά στοιχεία είναι τα ακόλουθα: α) Τα ένσημα που δικαιούται ο υπάλληλος, ανεξαρτήτως του πόσες μέρες εργασίας έχει κάθε μήνας εργασίας είναι 25. β) Το ημερομίσθιο του υπαλλήλου είναι $650/25=26$ ευρώ. γ) Το ωρομίσθιο του υπαλλήλου είναι $26/6,667=3,90$ ευρώ. Ο υπολογισμός του ωρομισθίου γίνεται με διαίρεση του ημερομισθίου του υπαλλήλου με 6,667 και όχι 8 ώρες που δουλεύει, καθώς σύμφωνα με τη νομοθεσία του ΙΚΑ και την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας, στις εργάσιμες μέρες της βδομάδας που δουλεύει ένας υπάλληλος είτε με πενθήμερη, είτε με εξαήμερη, συμπεριλαμβάνεται και το Σάββατο (δηλαδή η

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

έκτη μέρα). Συνεπώς οι 40 ώρες εβδομαδιαίας εργασίας στους υπολογισμούς που κάνουμε, μεταφράζονται σε $40/6$ μέρες = 6,667 ώρες εργασίας ανά ημέρα. Υπολογισμός συνολικού μισθολογικού κόστους επί τη βάση του ωρομισθίου. Χρησιμοποιώντας ως βάση το κατώτερο ωρομίσθιο (3,90€) το συνολικό μισθολογικό κόστος ανά ώρα απασχόλησης ωρομισθίου υπαλλήλου υπολογίζεται ως ακολούθως: ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΠΟΣΟ Α. ΩΡΟΜΙΣΘΙΟ 3,9000 Β. ΚΑΝΟΝΙΚΗ ΑΔΕΙΑ - ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ (Α/12,5) 0,3120

Γ ΑΔΕΙΑ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ (Β/12,5) 0,0250

Δ ΣΥΝΟΛΟ (Α+Β+Γ) 4,2370

Ε ΔΩΡΟΧΡΙΣΤ. (Δ* 1,04166/12) 0,3678

ΣΤ ΔΩΡΟ ΠΑΣΧΑ (Δ/2 * 1,04166/12) 0,1839

Ζ ΕΠΙΔΟΜΑ ΑΔΕΙΑΣ (Δ/2/12) 0,1765

Η ΣΥΝΟΛΟ (Δ+Ε+ΣΤ+Ζ) 4,9652

Θ ΕΡΓΟΔΟΤΙΚΕΣ ΕΙΣΦΟΡΕΣ (Η*22,54%) 1,1192

Ι ΤΕΛΙΚΟ ΣΥΝΟΛΟ (Η+Θ) 6,0843

Επομένως, η ελάχιστη τιμή ώρας είναι 6,08€. Επιπροσθέτως, ο οικονομικός φορέας ..., προβαίνει και σε λάθος τρόπο υπολογισμού της οικονομικής Προσφοράς. Ειδικότερα, η Διακήρυξη απαιτεί αρχικά τον υπολογισμό του ωρομισθίου (Παράρτημα IV) και να γίνουν όλοι οι υπολογισμοί βάσει του συνολικού ωρομισθίου που θα προκύψει. Δηλαδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη θα πρέπει να υπολογισθεί το ωρομίσθιο και στη συνέχεια να ακολουθήσουν οι υπόλοιποι υπολογισμοί. Οι υπολογισμοί του οικονομικού φορέα ... ξεκινούν από εκτίμηση των απαιτούμενων ανθρωπομηνών, γεγονός που δεν ζητείται από τη Διακήρυξη και ακολούθως καταλήγουν στον υπολογισμό του ωρομισθίου, ο οποίος όμως είναι λανθασμένος. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Η Διακήρυξη στην συγκεκριμένη περίπτωση, όπως αναφέρθηκε, προβλέπει αρχικά υπολογισμό της ημερήσιας ώρας (Πίνακας 1) και στη συνέχεια αναγωγή στις ζητούμενες ώρες (Πίνακας 2). Επομένως, ο τρόπος υπολογισμού του ως άνω οι-κονομικού φορέα είναι και λανθασμένος πέρα από μη νόμιμος». Ωστόσο, όπως επισημάναμε και με την από 9-4-2021 προδικαστική μας προσφυγή, η ανωτέρω αιτιολογία απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της Εταιρίας μας ήταν απολύτως λανθασμένη, για τους κάτωθι ιδίως λόγους: Όπως ήδη αναφέρθηκε, με τον πίνακα 4 του παραρτήματος IV της διακήρυξης, ουδόλως εξειδικεύθηκε ο ειδικότερος τρόπος ανάλυσης και επεξήγησης του ελάχιστου νομίμου εργατικού κόστους εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ εκείνο που προκύπτει και από την όλη κατάστρωση των όρων της διακήρυξης, είναι ότι έχουν οριστεί οι προς κάλυψη ανάγκες του...Συγκροτήματος, το πρόγραμμα και οι ώρες απασχόλησης του ζητούμενου προσωπικού φύλαξης, χωρίς περαιτέρω να προβλέπεται σχετική ειδική υποχρέωση των υποψηφίων αναδόχων να υπολογίσουν με συγκεκριμένο τρόπο το εργοδοτικό κόστος, βάσει του οποίου υπολογίζεται η τιμή ανά ώρα απασχόλησης αλλά και διαμορφώνεται η συνολική τιμή της οικονομικής προσφοράς. Εξάλλου, ως είναι κοινώς γνωστό, οι εργαζόμενοι στο τομέα παροχής υπηρεσιών φύλαξης αμείβονται με μηνιαίο μισθό και όχι με ημερομίσθιο, και επομένως ο υπολογισμός του εργατικού κόστους των υπό ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης γίνεται επί τη βάση του κατώτατου νόμιμου μηνιαίου μισθού των 650,00 ευρώ, σύμφωνα με τα ανωτέρω αναλυτικώς διαλαμβανόμενα. Ειδικότερα, το απολύτως ουσιώδες στοιχείο που θέσαμε υπόψη της αναθέτουσας Αρχής με τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις μας αλλά και την οικονομική μας προσφορά, έγκειται στο ότι ο υπολογισμός του εργατικού κόστους τελεί σε συσχέτιση με τον τρόπο αμοιβής των εργαζομένων, υπό την έννοια ότι το κόστος των τακτικών αποδοχών του

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

προσωπικού φύλαξης, ως αμειβόμενων με μισθό και όχι με ημερομίσθιο, υπολογίζεται με βάση τον καταβαλλόμενο μισθό [του οποίου, φυσικά, το ύψος δεν συναρτάται με τον αριθμό ημερών εργασίας, ο οποίος, ευνοήτως, διαφοροποιείται ανά μήνα (π.χ. 31 ημέρες τον Ιανουάριο, 28 ημέρες τον Φεβρουάριο, 30 ημέρες τον Απρίλιο κ.ο.κ.)]. Περαιτέρω, όσον αφορά το κόστος των νόμιμων προσαυξήσεων λόγω εργασίας σε νυκτερινό ωράριο ή/και κατά τις Κυριακές και αργίες, στην περίπτωση αυτή και μόνον χρησιμοποιείται το ωρομίσθιο ως μονάδα υ-πολογισμού των πρόσθετων αυτών αμοιβών (Κ. Λαναράς, Νομοθεσία Εργατική και Ασφαλιστική, 2014, σελ. 554-555, βλ. σχετικώς και ΑΠ 62/2012, 1989/1995 κ.ά.). Συνεπώς, εφόσον η Εταιρία μας έχει λάβει υπόψη, ως αφητηρία των υπολογισμών της, τις μηνιαίες τακτικές ακαθάριστες αποδοχές των εργαζομένων (650,00 ευρώ), καθώς και τις νόμιμες προσαυξήσεις για τον υπολογισμό του επιπλέον κόστους απασχόλησής τους σε νυκτερινό ωράριο ή/και σε Κυριακή ή αργία, είναι προφανές ότι το δηλωθέν ποσό των 5,8734 ευρώ, ως τελικό (εργατικό) κόστος ανά εργατοώρα, τελεί σε πλήρη συμφωνία προς τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και είναι απολύτως επαρκές για την κάλυψη του κόστους των πάσης φύσεως νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στην προκειμένη σύμβαση, καθώς και των αναλογουσών επ' αυτών ασφαλιστικών εισφορών. Επισημαίνουμε προς τούτο, ότι, όπως γίνεται δεκτό, το γεγονός ότι κάποιος διαγωνιζόμενος έχει καταρτίσει την οικονομική του προσφορά κατά τρόπο, που ενδεχομένως δεν συμπίπτει με τον τρόπο που αξιολογεί την προσφορά του άλλος ανταγωνιστής του (ή και η αναθέτουσα Αρχή, όπως εν προκειμένω), χωρίς όμως και να αποκλίνει από τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, δεν σημαίνει βεβαίως ότι η προσφορά καθίσταται απορριπτή, καθόσον η διαφοροποίηση, επ' ωφελεία του προσφέροντος, του τρόπου υπολογισμού του κόστους, ανάγεται στην ευχέρεια που διαθέτουν οι διαγωνιζόμενοι να οργανώνουν κατά τρόπο θεμιτό την επιχειρηματική τους δραστηριότητα για την κάλυψη των απαιτήσεων της διακήρυξης και να διαμορφώνουν κατάλληλα την οικονομική τους προσφορά, ενόψει μάλιστα και της φύσεως του διαγωνισμού, ως διαδικασίας της οποίας η έκβαση εξαρτάται ή επηρεάζεται ουσιωδώς από το ύψος των οικονομικών

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

προσφορών (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 272/2008). Δεν είναι επίσης τυχαίο ότι η Εταιρία μας υπολογίζει, ορθώς, την ίδια βασική τιμή ωρομισθίου όπως και η αναθέτουσα Αρχή (3,90 €). Ωστόσο, οι ειδικότεροι υπολογισμοί στους οποίους έχει προβεί η τελευταία σύμφωνα με το από 12-01-2021 (αριθ. πρωτ. 2059/17-3-2021) πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, (στους οποίους έχει εμμείνει η αναθέτουσα Αρχή και με τις υπ' αριθ. πρωτ. 3149/22-4-2021 απόψεις της επί της προσφυγής μας) παραβλέπουν το ότι οι εργαζόμενοι αμείβονται με μισθό και στηρίζονται στην εσφαλμένη παραδοχή ότι η μεθοδολογία υπολογισμού του ωρομισθίου για την εξεύρεση του κόστους των προσαυξήσεων (νυκτερινών, Κυριακών και αρνιών) επί των αμοιβών των εργαζομένων, πρέπει να χρησιμοποιηθεί και για την εξεύρεση του συνολικού κόστους εργατούρας, ενώ αυτό, για το λόγο που προαναφέραμε. Δεν είναι ορθό, δοθέντος ότι οι εργαζόμενοι αμείβονται με μισθό και επομένως, παρότι είναι σταθερό το ποσό των αποδοχών τους, ο χρόνος εργασίας για τον οποίο αμείβονται, ποικίλλει ανά μήνα. Συνεπώς, είναι εμφανές το σφάλμα των υπολογισμών της αναθέτουσας Αρχής, όπως αυτοί παρατίθενται στο πιο πάνω πρακτικό, με συνέπεια να καθίσταται πλημμελής και η κατ' επί-κληση αυτών απόρριψη της οικονομικής μας προσφοράς. Εξάλλου, στο βαθμό που υποστηριζόταν ότι οι οικονομικές προσφορές έπρεπε να καταρτιστούν αποκλειστικά κατά τον τρόπο που είχε προκρίνει η Επιτροπή. αυτό θα οδηγούσε σε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση/ διευκρίνιση του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, καθώς θα οριζόταν για πρώτη φορά στο παρόν στάδιο της διαδικασίας ο επιθυμητός για την αναθέτουσα Αρχή τρόπος υπολογισμού του εργατικού κόστους, ενώ, αντιθέτως, δεν έχει τεθεί καμία ειδικότερη σχετική απαίτηση στη διακήρυξη. Άλλωστε, σε απόλυτη συμμόρφωση προς τα ζητούμενα της διακήρυξης, η Εταιρία μας έχει δηλώσει ακριβώς σύμφωνα με τον πίνακα 1 του παραρτήματος IV, το κόστος ημερήσιας ώρας και το κόστος ώρας με προσαυξήσεις, ενώ στη συνέχεια, με βάση αυτό έχει προβεί στον πίνακα 2 σε αναγωγή στις ζητούμενες ώρες, και, τέλος, στον πίνακα 3 έχει κάνει λεπτομερή ανάλυση της οικονομικής της προσφοράς. Επίσης, δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι με το παράρτημα IV ζητείται η συμπλήρωση και του πίνακα 4 (Ανάλυση στοιχείων οικονομικής

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

προσφοράς), ο οποίος όμως, όπως ορίζεται σχετικώς (σελ. 65 της διακήρυξης), «δεν έχει συγκεκριμένη μορφή», ενώ περιλαμβάνονται σ' αυτόν «...υποχρεωτικά κατ' ελάχιστον τα εξής: Αναλύονται και επεξηγούνται επαρκώς, διεξοδικά και με σαφήνεια ο τρόπος/ μέθοδος υπολογισμού/ προσδιορισμού των στοιχείων των Πινάκων 1, 2 & 3 και ιδίως των νόμιμων αποδοχών και των ασφαλιστικών εισφορών (εργατικό κόστος)». Όπως προκύπτει από τα παραπάνω, με την υπ' αριθ. 1033, 1034/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. έγινε δεκτός ο προβληθείς από μέρους μας ισχυρισμός ότι με τον πίνακα 4 του παραρτήματος IV της διακήρυξης του διαγωνισμού ουδόλως εξειδικεύθηκε ο ειδικότερος τρόπος ανάλυσης και επεξήγησης του ελαχίστου νομίμου εργατικού κόστους εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ εκείνο που προκύπτει και από την όλη κατάσταση των όρων της διακήρυξης, είναι ότι έχουν οριστεί οι προς κάλυψη ανάγκες του...Συγκροτήματος, το πρόγραμμα και οι ώρες απασχόλησης του ζητούμενου προσωπικού φύλαξης, χωρίς περαιτέρω να προβλέπεται σχετική ειδική υποχρέωση των υποψηφίων αναδόχων να υπολογίσουν με συγκεκριμένο τρόπο το εργοδοτικό κόστος, βάσει του οποίου υπολογίζεται η τιμή ανά ώρα απασχόλησης, αλλά και διαμορφώνεται η συνολική τιμή της οικονομικής προσφοράς. Τούτου, δοθέντος η οικονομική προσφορά εκάστου υποψηφίου μπορεί να διαμορφώνεται κατά την ελεύθερη κρίση του, με την επιφύλαξη, πάντως, της συμμόρφωσης προς τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Εξάλλου, το γεγονός ότι κάποιος διαγωνιζόμενος έχει καταρτίσει την οικονομική του προσφορά κατά τρόπο, που ενδεχομένως δεν συμπίπτει με τον τρόπο που αξιολογεί την προσφορά του άλλος ανταγωνιστής του (ή και η αναθέτουσα Αρχή, όπως εν προκειμένω), χωρίς όμως και να αποκλίνει από τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, δεν σημαίνει ότι η προσφορά καθίσταται απορριπτή, καθόσον η διαφοροποίηση, επ' ωφελεία του προσφέροντος, του τρόπου υπολογισμού του κόστους, ανάγεται στην ευχέρεια των διαγωνιζόμενων να οργανώνουν κατά τρόπο θεμιτό την επιχειρηματική τους δραστηριότητα για την κάλυψη των απαιτήσεων της διακήρυξης και να διαμορφώνουν κατάλληλα την οικονομική τους προσφορά, ενόψει και της φύσεως του διαγωνισμού, ως διαδικασίας της οποίας η έκβαση

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

εξαρτάται ή επηρεάζεται ουσιαστικά από το ύψος των οικονομικών προσφορών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 272/2008). Εν προκειμένω, όπως με σαφήνεια αναφέρεται στη σκέψη 31 της πιο πάνω απόφασης, η Α.Ε.Π.Π. επαλήθευσε τόσο την επιμέρους ανάλυση όσο και το σύνολο των υπολογισμών του εργοδοτικού κόστους από την Εταιρία μας τους οποίους και χαρακτήρισε ορθούς, χωρίς να εντοπίσει καμία απολύτως πλημμέλεια στη μεθοδολογία που έχουμε χρησιμοποιήσει για την τεκμηρίωση της οικονομικής μας προσφοράς. Συνεπώς, η Α.Ε.Π.Π., ενόψει και των κριθέντων με την σκέψη 30 της απόφασής της, έχει αποδεχθεί ως θεμιτό - και επομένως αποδεκτό - τον τρόπο υπολογισμού του εργατικού κόστους από την Εταιρία μας. Παρά ταύτα, με τη σκέψη 32 της ίδιας απόφασης, η Α.Ε.Π.Π., κατά προδήλως αντιφατικό τρόπο, δέχθηκε ότι «το κόστος της ώρας απασχόλησης, συμπεριλαμβανομένων σε αυτό των εργοδοτικών εισφορών ... ανέρχεται σε 6,08 ευρώ/ώρα, κατά την άποψη της αναθέτουσας, ή σε 6,1057 ευρώ/ώρα, κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, ... συνιστά το ελάχιστο κόστος της απασχόλησης ανά ώρα», ή ότι «... το ποσό των 5,8734 ευρώ ανά ώρα ... υπολείπεται του ελάχιστου κόστους ανά ώρα...», διατυπώνοντας περαιτέρω την κρίση, μεταξύ άλλων, ότι «...προτού απορριφθεί η προσφορά της προσφεύγουσας όφειλε η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εάν στο δηλωθέν κόστος ανά ώρα συμπεριλαμβάνονται ή όχι οι εργοδοτικές εισφορές ύψους 22,54%, ώστε ευλόγως να συγκρίνει αυτό με το αντίστοιχο νόμιμο κόστος/ώρα του πίνακα», ή ότι πρέπει να υπάρξει σύγκριση με το κόστος ανά ώρα που έχει υπολογιστεί κατά ανάμοιο τρόπο από την αναθέτουσα Αρχή ή την παρεμβαίνουσα. Πλην όμως, σε αντίθεση προς όσα αναλυτικά διαλαμβάνονται στη σκέψη 31 της υπ' αριθ. 1033, 1034/2021 απόφασης της Α.Ε.Π.Π, βάσει των οποίων επαληθεύτηκε η ορθότητα των υπολογισμών της οικονομικής μας προσφοράς, δεν περιλαμβάνεται στη σκέψη 32 καμία αντίστοιχη αναλυτική αξιολόγηση και επαλήθευση όσων προβλήθηκαν από μέρους της αναθέτουσας Αρχής αλλά και της επιχείρησης «...» που άσκησε παρέμβαση, ως προς τον από μέρους τους υπολογισμό του εργατικού κόστους, ώστε, με βάση τη σχετική ουσιαστική - τεχνική κρίση, να επεξηγείται για ποιο λόγο, παρά τα κριθέντα με τη σκέψη 31, θα έπρεπε η οικονομική προσφορά μας να υποβληθεί στη βάση της

σύγκρισης με τα επιμέρους ποσά που προκύπτουν βάσει της απολύτως ανόμοιας μεθοδολογίας υπολογισμών που έχουν χρησιμοποιήσει τόσο η αναθέτουσα Αρχή όσο και η πιο πάνω επιχείρηση. Πέραν όμως του ότι η αναθέτουσα Αρχή είχε εκκινήσει από διαφορετική αφετηρία υπολογισμού του εργατικού κόστους, και επομένως δεν θα ήταν πρόσφορη και λυσιτελής οποιαδήποτε σύγκριση με τους δικούς μας υπολογισμούς, πρέπει και πάλι να επισημανθεί ότι, όπως και πιο πάνω αναφέραμε, αν και Εταιρία μας υπολόγισε, ορθώς, την ίδια βασική τιμή ωρομισθίου όπως και η αναθέτουσα Αρχή (3,90 €), οι περαιτέρω υπολογισμοί της τελευταίας παραβλέπουν ότι οι εργαζόμενοι αμείβονται με μισθό και στηρίζονται στην εσφαλμένη παραδοχή ότι το ωρομίσθιο πρέπει να χρησιμοποιηθεί για την εξεύρεση του συνολικού κόστους εργατώρας, ενώ για τους αμειβόμενους με μισθό, το ωρομίσθιο χρησιμοποιείται μόνο για την εξεύρεση του κόστους των προσαυξήσεων (νυκτερινών, Κυριακών και αργιών). Άλλωστε, σε αντιστοίχως εσφαλμένη παραδοχή έχει στηρίξει του υπολογισμούς της και η πιο πάνω επιχείρηση, που άσκησε παρέμβαση κατά της προσφυγής μας. Με τον συγκεκριμένο τρόπο υπολογισμού, όμως, παραβλέπεται ο τρόπος αμοιβής των εργαζομένων φύλαξης, οι οποίοι είναι μισθωτοί, ενώ αντίθετα, η μεθοδολογία που χρησιμοποιεί η αναθέτουσα Αρχή, προσιδιάζει στον τρόπο αμοιβής εργαζόμενου με ωρομίσθιο. Συνεπώς, δεν παρείχετο καν περιθώριο αξιολόγησης της οικονομικής μας προσφοράς σε συσχέτιση με τους καταφανώς εσφαλμένους υπολογισμούς της αναθέτουσας Αρχής..».

14. Επειδή, με την λίαν πρόσφατη απόφαση επί της εξεταζόμενης υπόθεσης, του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών υπ' αριθ. 270/2021, εκρίθη, ότι «ο εσφαλμένος υπολογισμός της τιμής ημερήσιας ώρας άγει σε απόρριψη της οικονομικής προσφοράς, μόνο όταν ο υπολογισμός του συνολικού κόστους της σύμβασης βασίζεται σε αυτόν. Στην κρινόμενη περίπτωση, η αιτούσα εφαρμόζοντας τη δική της -αντίστροφη- μέθοδο υπολογισμού του συνολικού κόστους της σύμβασης υπολόγισε πρώτα το συνολικό εργατικό κόστος και μετά εξ αυτού συνήγαγε την τιμή ημερήσιας ώρας, με αποτέλεσμα, ο τυχόν εσφαλμένος -εκ των υστέρων- υπολογισμός της τιμής ημερήσιας ώρας ουδεμία επίδραση να ασκεί στον καθόλα νόμιμο υπολογισμό του κρίσιμου για την

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

επιλογή αναδόχου συνολικού κόστους. Λαμβάνοντας αυτό υπόψη, η Α.Ε.Π.Π. έκρινε ότι εσφαλμένα απερρίφθη η προσφορά της αιτούσας, στην οποία ορθώς και νομίμως υπολογίστηκε το συνολικό κόστος σε (100.963,89 ευρώ συνολικό ετήσιο νόμιμο εργατικό κόστος + Ποσοστό διοικητικού κόστους, Κόστος αναλωσίμων, Εργολαβικό κόστος και Κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και υπέρ τρίτων & όλους τους νόμιμους φόρους= 102.540 ευρώ, και έκανε δεκτή την προσφυγή της απορρίπτοντας παράλληλα την παρέμβαση της επιχείρησης «...». Κατόπιν τούτων, άνευ εννόμου συμφέροντος η αιτούσα ασκεί την κρινόμενη αίτηση κατά της ως άνω απόφασης της Α.Ε.Π.Π. που έκανε δεκτή την προσφυγή της».

15. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, από την επισκόπηση του φακέλου κρίνονται τα κάτωθι. Μετά την έκδοση της υπ' αριθ. 1033,34/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ που ακυρώνει την απόφαση της Αναθέτουσας αρχής, εξεδόθη η με αρ. πρωτ. 5006/02-07-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί έγκρισης του με αρ. πρωτ. 4630/17-06-2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και εν συνεχεία λόγω λάθους εκ παραδρομής εκδόθηκε η με αρ. πρωτ. 5664/22-07-2021 απόφαση περί έγκρισης του με αρ. πρωτ. 5291/13-07-2021 Διορθωμένου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία απόφαση σε συμμόρφωση την ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ, ορίζει ως προσωρινή Ανάδοχο την εταιρεία «... ». Περαιτέρω, εφόσον με τη σκέψη 31 της υπ' αριθ. 1033, 1034/2021 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. έγινε δεκτό ότι η οικονομική προσφορά στηρίζεται σε νόμιμους και ορθούς υπολογισμούς, παρέπεται ότι την κρίση αυτή έχει ήδη αποδεχθεί η αναθέτουσα Αρχή με την πληττόμενη υπ' αριθ. 5006/2-7-2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, αφού, αντί να εμμείνει σε όσα είχε προβάλει προς απόρριψη της οικονομικής προσφοράς αλλά και της προσφυγής της παρεμβαίνουσας, προέβη νομίμως στην ανάδειξη της ως προσωρινής αναδόχου. Συνελόντι ειπείν, εφόσον η αναθέτουσα Αρχή συμμορφώθηκε, με όσα κρίθηκαν με την υπ' αριθ. 31 σκέψη της υπ' αριθ. 1033,1034/2021 απόφασης της Α.Ε.Π.Π., έχει ανακαλέσει και μεταβάλει την προηγούμενη ουσιαστική κρίση της, βάσει της οποίας είχε υποστηρίξει ότι το κόστος της ώρας απασχόλησης, συμπεριλαμβανομένων σε αυτό των εργοδοτικών εισφορών ανέρχεται άνευ ετέρου σε 6,08 ευρώ/ώρα,

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

αποδεχόμενη ήδη ως ορθό τον υπολογισμό του εργοδοτικού κόστους σε 5,8734 ευρώ ανά ημερήσια Κατά συνέπεια, δεν δύναται στο παρόν στάδιο να τεθεί ζήτημα συμμόρφωσης προς όσα εκ παραλλήλου κρίθηκαν με τη σκέψη 32 της ίδιας απόφασης της ΑΕΠΠ, δοθέντος ότι, κατά το μέρος αυτό, η Α.Ε.Π.Π. στηρίχθηκε σε όσα είχε προβάλει συναφώς επί της τότε προσφυγής της νυν παρεμβαίνουσας η αναθέτουσα Αρχή, η οποία όμως, ήδη, με την υπ' αριθ. πρωτ. 5006/2-7-2021 απόφαση της, ενόψει των κριθέντων με τη σκέψη 31 της προδιαληφθείσας απόφασης της ΑΕΠΠ, έχει αποδεχθεί ως νόμιμο και μη αποκλίνοντα από τη διακήρυξη τον τρόπο υπολογισμού του εργοδοτικού κόστους από μέρους της παρεμβαίνουσας. Εξάλλου, υπό το δεδομένο αυτό, η πληττόμενη απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, ως εκδοθείσα σε συμμόρφωση προς την υπ' αριθ. 1033,1034/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., στερείται εκτελεστού χαρακτήρα και επομένως δεν δύναται να πληγεί παραδεκτώς με την υπό κρίση προσφυγή. Συνεπώς, και από την άποψη αυτή, απαραδέκτως προσβάλλει η προσφεύγουσα την υπ' αριθ. 5006/2-7-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής εφόσον δεν έχει πλήξει την υπ' αριθ. 1033,1034/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., στην οποία στηρίζεται. Τέλος, η προσφεύγουσα κατά το στάδιο της αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, δεν προέβαλε επικαίρως, με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της υπ' αριθ. πρωτ. 2403/30-3-2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ότι συντρέχουν και οι προβαλλόμενοι με την υπό κρίση προσφυγή λόγοι απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ενώ, ουδόλως έχει αμφισβητήσει όσα αναλυτικά κρίθηκαν με τη σκέψη 31 της υπ' αριθ. 1033,1034/2021 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. Συνεπώς, ούτε από την άποψη αυτή μπορεί να προβάλει παραδεκτώς, με την εξεταζόμενη προσφυγή, αιτιάσεις κατά της αποδοχής της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας καθώς έχει ήδη εκκαθαριστεί κατά το μέρος αυτό η οικεία διαφορά, δεδομένου ότι με την υπ' αριθ. 1033,1034/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. κρίθηκε σύνομη η μέθοδος υπολογισμού του εργοδοτικού κόστους από την παρεμβαίνουσα.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή απορρίπτεται και η περί του αντιθέτου παρέμβαση γίνεται δεκτή.

Αριθμός απόφασης: 1356/2021

17. Επειδή, σε ακολουθία της ως άνω σκέψης το παράβολο της προσφεύγουσας καταπίπτει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε στις 24 Αυγούστου στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Παναγιώτα Καλαντζή