

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 02 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.7.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1061/28.7.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...» με διακριτικό τίτλο «...», (εφεξής «η παρεμβαίνουσα»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. αποφάσεων 19ης/16-6-2022 & 22ης/14-7 2022 συνεδρίασης Δ.Σ. του ... (εφεξής οι «προσβαλλόμενες»), με τις οποίες εγκρίνονται τα με αρ. πρωτ. 6935/8-6-22 πρακτικό Νο2 της επιτροπής με τα αποτελέσματα του ανοίγματος των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών και του με αρ. πρωτ. 6936/8-6-22 πρακτικό Νο 3 της επιτροπής με τα αποτελέσματα του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών, τα οποία αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του παρόντος πρακτικού και το με αρ. πρωτ. 7952/5-7-22 πρακτικό Νο 4 της επιτροπής με τα αποτελέσματα του ανοίγματος των δικαιολογητικών κατακύρωσης, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του παρόντος πρακτικού κατά το σκέλος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «... (δ.τ. ...)» και αναδείχθηκε αυτή ως ανάδοχος.

Με την παρέμβασή της, η ως άνω παρεμβαίνουσα, αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, κατά το μέρος που την αφορά, και τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού 600,00€), υπολογιζόμενο επί της εκτιμώμενης, άνευ ΦΠΑ, αξίας της σύμβασης, ήτοι επί του ποσού των 112.903,22€.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη του ... προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την: «Παροχή υπηρεσιών καθαριότητας για δύο (2) έτη των κτιριακών εγκαταστάσεων ... του ...», ενδεικτικού προϋπολογισμού 140.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%. Σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της οικείας Διακήρυξης ο Πίνακας των Κτιριακών Εγκαταστάσεων του ... έχει ως εξής: 1. ..., 2. ..., 3. ..., 4. ..., 5. 6. ..., 7., 8. ... 5. Κατά τον όρο 2.4.4 της Διακήρυξης Οι προσφορές θα δίνονται για το σύνολο καθαρισμού των Δομών. Προσφορές που δεν αναφέρονται στο σύνολο απορρίπτονται ως απαράδεκτες.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 17.03.2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

4. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 1.5 της Διακήρυξης, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η Τρίτη 05/04/2022 και ώρα 11:00 π.μ., και ως ημερομηνία αποσφράγισης προσφορών η Δευτέρα 11/04/2022 και ώρα 09:00 π.μ κατά τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 3.1.1 της Διακήρυξης. Στη σχετική διαγωνιστική διαδικασία υπέβαλαν προσφορά τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, συμπεριλαμβανομένης της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας, και δη οι ακόλουθοι: α) ..., β) ..., γ) ..., δ) ... Εταιρεία εμπορίου – Παροχής Υπηρεσιών. Πρώτη σε σειρά μειοδοσίας αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα, δεύτερη η προσφεύγουσα, τρίτη η ... και τέταρτη η ...

5. Επειδή δυνάμει της υπ' αριθμ. απόφαση 19ης/16-06-2022 συνεδρίασης του Δ.Σ. του αποφασίσθηκε ομόφωνα: α) Η αποδοχή του με

Αριθμός Απόφασης: 1375 /2022

αρ. πρωτ. 6935/8-6-22 πρακτικού Νο2 της επιτροπής με τα αποτελέσματα του ανοίγματος των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών και του με αρ. πρωτ. 6936/8-6-22 πρακτικού Νο 3 της επιτροπής με τα αποτελέσματα του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών και β) Ο ορισμός της εταιρείας «...» ως προσωρινού αναδόχου. Τέλος, με την απόφαση της υπ' αριθμ. 22ης/14-07-2022 συνεδρίασης του Δ.Σ. του ... αποφασίσθηκε ομόφωνα: α) Η αποδοχή του με αρ. πρωτ. 7952/5-7-22 πρακτικού Νο 4 της επιτροπής με τα αποτελέσματα του ανοίγματος των δικαιολογητικών των δικαιολογητικών κατακύρωσης, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του ως άνω πρακτικού και β) Ο ορισμός της εταιρείας «...» ως οριστικού αναδόχου. Η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε μετά των ενσωματωμένων σε αυτή και εγκεκριμένων Πρακτικών, στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 18-7-2022. Κατά της ως άνω εκτελεστής απόφασης της αναθέτουσας αρχής, στρέφεται η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή της, αιτούμενη την ακύρωσή της, για τους σε αυτήν ειδικώς αναφερόμενους λόγους.

6. Επειδή ο διαγωνισμός ως εκ του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α., της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, όπως μετονομάστηκε κατ' άρθρ. 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

7. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση, ως προελέχθη, κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 18-7-2022, και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 28-7-2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση, ενώ, επίσης, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και είναι ψηφιακώς υπογεγραμμένη.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει καταταγεί δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας ερειδόμενο στη

Αριθμός Απόφασης: 1375 /2022

ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στο διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη την 29-7-2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή η παρεμβαίνουσα και αναδειχθείσα οριστική ανάδοχος άσκησε εν γένει παραδεκτώς, με προφανές έννομο συμφέρον, και εμπροθέσμως, δια κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 05-8-2022, την υπό ίδια ημερομηνία Παρέμβασή της, αιτούμενη την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, και τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων, δυνάμει των οποίων αναδείχθηκε ανάδοχος.

11. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1518/2022 Πράξη του Προέδρου του παρόντος Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής η 22-9-2022 και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της προσφυγής ως και επί του ενσωματωμένου σε αυτήν αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

12. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, δεν προκύπτει αποστολή απόψεων της αναθέτουσας αρχής είτε στην ΕΑΔΗΣΥ είτε στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, αναφορικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 3^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία.

14. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

15. Επειδή στο Ν. 4412/2016 στο **άρθρο 18** υπό τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές

Αριθμός Απόφασης: 1375 /2022

αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης....

2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους....».

16. Επειδή στο **άρθρο 68** «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών» του **N. 3863/2010**, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (ΦΕΚ 88/ Α), ορίζεται ότι: «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους

Αριθμός Απόφασης: 1375 /2022

πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι [...]».

17. Επειδή στη Διακήρυξη του διαγωνισμού που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο αυτού, δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣτΕ 352/2016, 53/2011, ΣτΕ 3669/2015, 5022/2012), στο άρθρο «2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται: «...Στην αναλυτική οικονομική προσφορά, που θα κατατεθεί σε μορφή pdf, περιλαμβάνονται : Α. η προσφερόμενη μηνιαία τιμή, Β. η προσφερόμενη ετήσια τιμή, Γ. η προσφερόμενη τιμή για τα δύο (2) έτη που απαιτείται από τον ανάδοχο για την ανάληψη και ολοκλήρωση της καθαριότητας, σύμφωνα με τις συνημμένες τεχνικές προδιαγραφές του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II, στην οποία θα γίνει και η κατακύρωση του διαγωνισμού και η οποία σε καμία περίπτωση δεν πρέπει να ξεπερνά τον προϋπολογισμό της Διακήρυξης. Δ. η προσφερόμενη μηνιαία τιμή (κατανομή κόστους) αναλυτικά ανά δομή για τα άτομα, τις ημέρες & ώρες σύμφωνα με το Παράρτημα I, καθώς και η τιμή εργατοώρας.

Οι προσφορές θα δίνονται για το σύνολο καθαρισμού των Δομών Προσφορές που δεν αναφέρονται στο σύνολο απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Οι τιμές αριθμητικώς και ολογράφως θα δίδονται ως εξής: 1. Τιμή με κρατήσεις χωρίς Φ.Π.Α. 2. Ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό (%), στο οποίο υπάγεται η εργασία. 3 Τιμή με Φ.Π.Α.

Όλες οι τιμές θα δίδονται σε ευρώ, στρογγυλοποιημένο σε δύο δεκαδικά ψηφία .Η προσφερόμενη τιμή και οι ώρες που αναφέρονται στο Παράρτημα I, θα αποτελούν σημείο αναφοράς για τον προσδιορισμό της εργατοώρας, για κάθε πιθανή μείωση ή επέκταση των υπό καθαρισμό δομών. Απαράβατος όρος είναι οι εταιρίες να εξειδικεύουν, με ποιινή αποκλεισμού, στην οικονομική προσφορά σε χωριστό κεφάλαιο, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 (ΦΕΚ 115/Α) «Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις», όπως τροποποιήθηκαν με τις διατάξεις του άρθρου 22 του Ν.

Αριθμός Απόφασης: 1375 /2022

4144/2013 (ΦΕΚ 88/Α) «Αντιμετώπιση της παραβατικότητας στην Κοινωνική Ασφάλιση και στην αγορά εργασίας και λοιπές διατάξεις αρμοδιότητας του Υπουργείου Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας», τα εξής:

- α) τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο
- β) τις ημέρες και τις ώρες εργασίας
- γ) τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι
- δ) το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων
- ε) το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά

στ) τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο.

Για την απεικόνιση των παραπάνω στοιχείων, θα πρέπει να ληφθούν υπόψη οι ώρες και ημέρες εργασίας του Παραρτήματος Ι.

Σε καμιά περίπτωση δεν πρέπει η προσφορά να περιλαμβάνει ασάφειες ως προς το κόστος, κρυφά κόστη κ.λ.π.».

18. Επειδή περαιτέρω, κατά την ρητώς εκπεφρασμένη με τις διατάξεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/10 βούληση του νομοθέτη, πρέπει να υπολογίζεται εύλογο -και κατά συνεκδοχή ελέγχιμο από τις αναθέτουσες αρχές, με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής και τις παρεχόμενες από τις προσφέρουσες εταιρείες εξηγήσεις, ποσοστό διοικητικού κόστους και εργολαβικού κέρδους (ΣΤΕ 198/2013, ΔΕφΘεσσαλ. 344/2012, ΕΛΣυν VI Τμ. 150/2014). Σε αντίθεση, ωστόσο, προς το κόστος αμοιβής του προσωπικού, που είναι δυνατόν να προσδιορίζεται επακριβώς με βάση αντικειμενικά δεδομένα, το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων και το εργολαβικό κέρδος αποδίδονται αναγκαστικά με ορισμένη ελαστικότητα και πρέπει να εκτιμηθούν από την αναθέτουσα αρχή ως εύλογα, προκειμένου η προσφορά να θεωρηθεί αποδεκτή. Η κρίση αυτή της αναθέτουσας αρχής ελέγχεται ως προς την τήρηση των άκρων ορίων της διακριτικής του ευχέρειας, σύμφωνα και με τα δεδομένα της κοινής πείρας (ΕΛΣυν VI Τμ. 1664/2012, 1725/2012, 143, 150, 159/2014).

19. Επειδή, 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 αδειας, το διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών, τα αναλώσιμα, το εργολαβικό κέρδος και τις κρατήσεις υπέρ τρίτων.

20. Επειδή κατά πάγια νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, οικονομική προσφορά, που υπολείπεται του κατώτερου ορίου εργατικού κόστους, όπως αυτό προσδιορίζεται με τη Διακήρυξη, είναι απαράδεκτη και απορριπτέα, ως μη σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης και προφανώς ζημιογόνος, έστω και αν δεν υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού κόστους, που προσδιορίζεται από την ισχύουσα νομοθεσία και τις συναφείς Συλλογικές Συμβάσεις Εργασίας (Δ.Εφ Θεσ. 81/215, ΕΣ (Μείζονος) 3976/2014 κ.α).

21. Επειδή η προσφεύγουσα στην προσφυγή της επικαλείται πως η παρεμβαίνουσα υπολογίζει στην οικονομική της προσφορά εργατικό κόστος κατώτερο του ελάχιστου νομίμου, καθώς προκύπτει ότι το εργατικό κόστος που δηλώνει υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους κατά 947,56€ (370,87€ δομή «...» + 82,39€ δομή «...» + 247,15€ δομή «... » + 247,15€ δομή «...»), καθώς τα ποσά που δηλώνει για τις μεικτές αποδοχές άδειας για τις ανωτέρω δομές υπολείπονται των ελάχιστων νομίμων, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην προσφυγή της.

22. Επειδή αναφορικά με τους ισχυρισμούς της προσφυγής και επί τη βάσει του οικείου νομοθετικού πλαισίου και επί τη βάσει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών λεκτέα είναι τα εξής: Η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της ισχυρίζεται πως: *«Σχετικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι η εταιρεία μας θα έπρεπε κατά το δεύτερο έτος της σύμβασης, να υπολογίσει 21 ημέρες άδειας, αναφέρουμε ότι, ούτε από την περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης ούτε από οποιοδήποτε άλλο όρο της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, προβλέπεται το καθεστώς απασχόλησης των εργαζομένων του αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Το εν λόγω καθεστώς συνάπτεται προς την συμβατική σχέση των εργαζομένων με τον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα, η οποία διαμορφώνεται ελευθέρως κατά τη βούληση των συμβαλλόμενων μερών, και δεν προκύπτει αναγκαίως από τις τεχνικές απαιτήσεις της υπό ανάθεση σύμβασης (βλ.*

Αριθμός Απόφασης: 1375 /2022

ΔΕφΘες/νικης136/2022), απορριπτόμενων των περί αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα αναποδείκτως ισχυρίζεται ότι η εταιρεία μας κατά το δεύτερο έτος της σύμβασης πρόκειται να απασχολήσει ακριβώς τους ίδιους εργαζόμενους. Αυτό όμως εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια κάθε οικονομικού φορέα αν θα κρατήσει τους ίδιους εργαζόμενους στην ίδια σύμβαση και τον δεύτερο χρόνο ή αν θα τους μεταφέρει σε άλλη σύμβαση και θα απασχολήσει άλλους στην θέση τους».

Σύμφωνα με τα άρθρα 1.7 και 4.3.1 της Διακήρυξης, 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 κ.ά.). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 16 Ν. 4504/1966, «*οι επί σχέσει εργασίας του ιδιωτικού δικαίου απασχολούμενοι, παρ' οιοδήποτε εργοδότη, 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 υπερβαίνη 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*

Αριθμός Απόφασης: 1375 /2022

προηγούμενου έτους, δικαιούται μέρους του ως άνω επιδόματος αναλόγου προς τον χρόνον της εργασιακής σχέσεως, ήτις διέρρευσεν, από της προσλήψεως ή από της λήψεως του προηγούμενου επιδόματος, 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 υπόχρεη επιχείρηση και μέχρι τη συμπλήρωση δώδεκα (12) μηνών συνεχούς απασχόλησης, δικαιούται να λάβει ποσοστό της ετήσιας 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 χορηγήει 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). Ειδικότερα, οι μισθωτοί δικαιούνται να λάβουν, κατά την έναρξη της κανονικής τους άδειας, και το επίδομα αδείας (ΑΠ 831/2015). Περαιτέρω για τον υπολογισμό του απαιτούμενου για την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης εργατικού κόστους, οι οικονομικοί

Αριθμός Απόφασης: 1375 /2022

φορείς έπρεπε να βασιστούν στην παραδοχή ότι η σύμβαση θα εκτεινόταν σε δύο ημερολογιακά έτη, πράγμα που, με την σειρά του, επηρεάζει το δικαίωμα λήψης κανονικής άδειας των εργαζομένων που θα απασχοληθούν κατά την εκτέλεσή της, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις. Όπως, όμως, βασίμως με την προσφυγή της επικαλείται η προσφεύγουσα, προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού και συνομολογεί η παρεμβαίνουσα όσον αφορά τη δική της προσφορά πως το υπολογισθέν από την παρεμβαίνουσα εργατικό κόστος υπολείπεται του νόμιμου κατά το ποσό που αντιστοιχεί στο επίδομα αδείας που αντιστοιχεί στον χρόνο απασχόλησης των εργαζομένων κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος εκτέλεσης της 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. 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 το δεύτερο έτος, αλλά προβάλλει ότι εναπόκειται στην διακριτική της ευχέρεια αν θα κρατήσει τους ίδιους εργαζόμενους στην ίδια σύμβαση και τον δεύτερο χρόνο ή αν θα τους μεταφέρει σε άλλη σύμβαση και θα απασχολήσει άλλους στην θέση τους, 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. 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. (ΔΕφΘεσ/νίκης 389/2018, ΑΕΠΠ 629/2018, 1206/2022 ΕΑΔΗΣΥ). Κατόπιν των ανωτέρω, ο προκείμενος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

Αριθμός Απόφασης: 1375 /2022

23.Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή. Να απορριφθεί η παρέμβαση. Να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες αποφάσεις 19ης/16-6-2022 & 22ης/14-7-2022 συνεδρίασης Δ.Σ. του ... δυνάμει των οποίων έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή ανάδοχος.

24.Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν από την προσφεύγουσα παράβολο κατ' άρθρ. 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες αποφάσεις 19ης/16-6-2022 & 22ης/14-7-2022 συνεδρίασης Δ.Σ. του ... δυνάμει των οποίων έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή ανάδοχος.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 02 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 22 Σεπτεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ