

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 26 Νοεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 9-08-2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1604/10-08-2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...» (διακριτικός τίτλος: «....»), που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., εφεξής «ο προσφεύγων», όπως νόμιμα εκπροσωπείται, σε συμμόρφωση με την Προσωρινή Διαταγή υπ' αριθμ. ΠΔΝ 496/2021 του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής με την οποία, η ως άνω Προσφυγή αναπέμπεται στην ΑΕΠΠ, κατόπιν της σιωπηρής απόρριψης αυτής.

Κατά του ... και κατά της υπ' αριθ. συν. 27η/θέμα 49ο/22-7-2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., με την οποία έγιναν δεκτά τα αντίστοιχα πρακτικά της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, που αφορούν τα στάδια του ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, και εν συνεχεία των οικονομικών προσφορών των υποψηφίων αναδόχων, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο αφενός μεν απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος κι αφετέρου έγιναν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...» κι, επιπλέον έπρεπε ν'απορριφθεί και για πρόσθετους λόγους η προσφορά του οικονομικού φορέα «...», (εφεξής «η προσβαλλομένη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, εφεξής «ο α' παρεμβαίνων».

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στ.. ..., οδός ... αριθμ. ..., εφεξής «ο β' παρεμβαίνων».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλομένης κατά τα ως άνω.

Με την παρέμβασή του ο α' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας Προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Με την παρέμβασή του ο β' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας Προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.036,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην Τράπεζα Πειραιώς), που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 207.177,03€.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθ. πρωτ. ... διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών φύλαξης και ασφάλειας των χώρων και εγκαταστάσεων του Νοσοκομείου, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους και με δικαίωμα παράτασης ενός (1) ακόμη έτους, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης (συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης) 414.354,06 € χωρίς Φ.Π.Α. ή, άλλως, 513.799,03 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 29-04-2021 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 9.08.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του

διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 28-07-2021 , β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6.Επειδή, ο προσφεύγων, καταρχήν, με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή κατά της απόρριψης της προσφοράς του και επικαλείται ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη απόρριψη αυτής και όφελος από την ανάθεση στον ίδιο της υπό κρίση σύμβασης. Ωστόσο, με την υπό εξέταση προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης και κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά του α' και του β' παρεμβαίνοντος. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣτΕ 408/2018, σε περίπτωση που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής του ανωτέρω οικονομικού φορέα χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της

αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Εφόσον, όμως, κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος το έννομο συμφέρον του εξαρτάται από την επίκληση συμφέροντος ματαιώσεως της διαγωνιστικής διαδικασίας και επισημαίνεται ότι με την απόφαση του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 (επί της υποθέσεως C-771/19, NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.), κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, κρίθηκε ότι «ένας προσφέρων ο οποίος αποκλείστηκε από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε στάδιο προγενέστερο του σταδίου της ανάθεσης της σύμβασης αυτής και του οποίου η αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης αποκλεισμού του από τη διαδικασία αυτή απορρίφθηκε μπορεί να προβάλει, με την ταυτοχρόνως ασκηθείσα αίτησή του για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς άλλου προσφέροντος, όλους τους ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της νομοθεσίας αυτής, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Η δυνατότητα αυτή δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου, την οποία έπρεπε, βάσει του εθνικού δικαίου, να ασκήσει προηγουμένως ο εν λόγω προσφέρων κατά της απόφασης αποκλεισμού του, εφόσον η απόρριψη αυτή δεν έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου». Εν προκειμένω, ο προσφεύγων, στρεφόμενος κατά των προσφορών αμφότερων των παρεμβαινόντων, οι οποίοι και μόνο κατά τον χρόνο άσκησης της υπό κρίση προσφυγής συμμετέχουν στη διαδικασία και οι προσφορές τους έχουν γίνει δεκτές, επικαλείται συμφέρον ματαιώσεως της διαγωνιστικής διαδικασίας στην περίπτωση απόρριψης της προσφυγής του κατά το σκέλος αυτής που αφορά την απόρριψη της προσφοράς του κι, επομένως, μετ' εννόμου συμφέροντος, προβάλλει λόγους κατά της αποδοχής των προσφορών αμφότερων των νυν παρεμβαινόντων. Περαιτέρω, με την προσφυγή προβάλλονται ισχυρισμοί περί απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» για έτερους, πρόσθετους λόγους αποκλεισμού από τους αναφερόμενους στην προσβαλλόμενη απόφαση. Εντούτοις η προσβαλλόμενη, κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά του ανωτέρω

διαγωνιζόμενου είναι επωφελής ως προς το διατακτικό της για τον προσφεύγοντα και συνεπώς η πράξη απόρριψης μίας προσφοράς δεν μπορεί, υπό το πρίσμα αυτό, να προβληθεί παραδεκτά από άλλον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό, με αίτημα την αντικατάσταση των αιτιολογιών της απόρριψης ή την προσθήκη επιπλέον τέτοιων. Οι, δε, διαφορετικοί ή επιπλέον λόγοι απόρριψης προσφοράς μπορεί να προβληθούν από έτερο συνδιαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα μόνο σε περίπτωση, που η αρχική απόρριψη ακυρωθεί ή ανακληθεί και η αρχικώς απορριφθείσα προσφορά γίνει εκ των υστέρων αποδεκτή, οπότε ο έτερος συνδιαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας θα δικαιούται είτε να εγείρει και αυτός προδικαστική προσφυγή κατά της εκ των υστέρων αποδοχής της προσφοράς είτε να προσφύγει δικαστικώς κατά της ως άνω αποδοχής προβάλλοντας νέες αιτιάσεις κατά της επίμαχης προσφοράς. Ως εκ τούτου, εν προκειμένω, δοθέντος ότι ο οικονομικός φορέας «...» δεν αμφισβήτησε τον αποκλεισμό του δια προδικαστικής προσφυγής, οι σχετικοί ισχυρισμοί της υπό εξέταση προσφυγής προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος και τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι. Κατά την ειδική γνώμη του μέλους Χ. Ζαράρη, *«μετά την απόφαση NAMA C-771/19 “ο αποκλεισθείς προσφέρων δικαιούται να προβάλει οποιονδήποτε ισχυρισμό κατά της απόφασης περί αποδοχής άλλου προσφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του (σκ. 41 της ως άνω απόφασης του ΔΕΕ) και κατόπιν έκδοσης της δεν συντρέχει λόγος επανάληψης των κριθέντων με την με αρ. ΕΑ 408/2018. Αναφορικά με τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία ... θεωρείται οριστικά αποκλεισθείς»*.

7. Επειδή στις 11-08-2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς τους έτερους ενδιαφερόμενους στη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2802/2021 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της Προσφυγής κατόπιν αναπομπής της στην ΑΕΠΠ.

9. Επειδή, ο α' παρεμβαίνων κατέθεσε στις 17.08.2021, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του και έχει καταταγεί πρώτος σε σειρά μειοδοσίας και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

10. Επειδή, ο β' παρεμβαίνων κατέθεσε στις 18-08-2021, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει έννομο συμφέρον καθώς, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και επικαλείται με την παρέμβασή του, συμμετείχε στο διαγωνισμό και η προσφορά του έγινε δεκτή κατατασσόμενος δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας μετά τον α' παρεμβαίνοντα, επιδιώκει δε διά της διατηρήσεως της προσβαλλομένης την διατήρηση της θέσης του.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 20.08.2021 στην ΑΕΠΠ απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα.

12. Επειδή, ο προσφεύγων υπέβαλε στις 25.08.2021, ήτοι εμπροθέσμως, ενώπιον της ΑΕΠΠ υπόμνημά του προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ καθόσον κατά τη διάταξη του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι : *«Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης».*

14. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο α' παρεμβαίνων, ο β' παρεμβαίνων και ο οικονομικός φορέας «...». Με την υπ' αριθ. συν. 27η/θέμα 49ο/22-7-2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... και κατ' αποδοχή των αντιστοίχων πρακτικών της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, που αφορούν τα στάδια του ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, και εν συνεχεία των οικονομικών προσφορών των υποψηφίων αναδόχων, αποφασίστηκε μεταξύ άλλων, η

απόρριψη της τεχνικής προσφοράς του προσφεύγοντος και του οικονομικού φορέα «...», καθώς και η αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των εταιριών «...» (β' παρεμβαίνων) και «...» (α' παρεμβαίνων) και η προσωρινή κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού υπέρ της τελευταίας με συνολική τιμή προσφοράς 256.414,84€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Περαιτέρω, δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας κατετάγη η εταιρία «...» με συνολική προσφερθείσα τιμή 256.514,66 €, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Τέλος, όσον αφορά στην οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος, τούτη α-νήλθε συνολικά στα 251.263,68€, ο δε οικονομικός φορέας «...» προσέφερε συνολικά 251.037,68€ συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ.

14. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα:[...] 1.α. Με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η προσφορά της Εταιρίας μας με την αιτιολογία ότι, «σε αντίθεση με το νόμιμο ωράριο ενός εργαζομένου που ανέρχεται σε 166,67 ώρες/μήνα, η εν λόγω εταιρία, στην ανάλυση της οικονομικής προσφοράς προσθέτει επιπλέον 160 εργατοώρες του δέκατου πέμπτου ατόμου, με αποτέλεσμα ο υπολογισμός του εργατικού κόστους να υπολείπεται κατά 6,67 ώρες μηνιαίως».

β. Επί του ανωτέρω λόγου απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της Εταιρίας μας από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία οφείλουμε να επισημάνουμε τα εξής: Σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. 20372/21-5-2021 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας Αρχής, εξειδικεύθηκε ο τρόπος υπολογισμού του εργατικού κόστους εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης, ο οποίος θα πρέπει να πραγματοποιηθεί σύμφωνα με τον κάτωθι πίνακα[...] Σύμφωνα με τα ανωτέρω, και υπό το δεδομένο ότι οι παρασχεθείσες διευκρινίσεις έχουν ενσωματωθεί στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑΣΤΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008 κ.ά.), καθίσταται πρόδηλο ότι οι επιπλέον ώρες απασχόλησης του 15ου ατόμου για τις ανάγκες εκτέλεσης της σύμβασης υπολογίζονται με βάση την πρωινή βάρδια, ως ακολούθως:

Καθημερινές ώρες (Δευτέρα ως Παρασκευή) πρωί: 960 (ώρες / μήνα) / 4 εβδομάδες = 240 (ώρες / εβδομάδα) / 5 ημέρες = 48 (ώρες / ημέρα) / 6 βάρδιες = 8 ώρες ανά βάρδια.

Τούτων δοθέντων, η Εταιρία μας υπολόγισε τις επιπλέον εργατοώρες για το δέκατο πέμπτο άτομο που θα κληθεί να απασχολήσει σε περίπτωση ανάδειξης της ως αναδόχου, ως εξής: 8 ώρες ανά βάρδια X 5 ημέρες = 40 ώρες ανά εβδομάδα X 4 εβδομάδες = 160 ώρες ανά μήνα.

Ως εκ τούτου, προδήλως προκύπτει ότι η Εταιρία μας ορθώς υπολόγισε τον αριθμό των επιπλέον ωρών απασχόλησης του δεκάτου πέμπτου ατόμου που απαιτείται για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, σε απόλυτη συμφωνία και με τον κοινοποιηθέντα από την αναθέτουσα Αρχή πίνακα υπολογισμού εργατικού κόστους, με αποτέλεσμα μη νομίμως και ελλείψει νομίμου ερείσματος να έχει κριθεί απορριπτέα η τεχνική μας προσφορά από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, δοθέντος ότι με την προβαλλόμενη αιτιολογία το Νοσοκομείο έχει αξιολογήσει την προσφορά μας κατά τρόπο διαφορετικό από όσα το ίδιο έχει ορίσει με τις δοθείσες κατά τα άνω διευκρινίσεις.

Γ. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΚΑΤΑ ΤΗΣ ΑΠΟΔΟΧΗΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΤΩΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟ-ΡΕΩΝ «...» ΚΑΙ «...»

[...]Ως εκ τούτου, εφόσον η Εταιρία μας στρέφεται κατά της αποδοχής των προσφορών των εταιριών «...» και «...», προβάλλοντας αυτοτελείς αιτιάσεις που ανάγονται στο παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και αφορούν πλημμέλειες των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των εν λόγω εταιριών, οι οποίες κατατείνουν στον αποκλεισμό τους, με έννομο συμφέρον ασκεί την παρούσα προδικαστική προσφυγή, εφόσον η αποδοχή της και ο αποκλεισμός των ως άνω εταιριών, κατατείνει, προδήλως στην κίνηση νέας διαδικασίας ανάθεσης[...]

II. Ως προς την αποδοχή της προσφοράς της εταιρίας «...»

1.α. Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.4 «Περιεχόμενα φακέλου Οικονομική Προσφορά / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι:[...]Από την απλή ανάγνωση των ανωτέρω στοιχείων προκύπτει προδήλως ότι η εταιρία «...» έχει υπολογίσει το κόστος των οφειλόμενων εκ μέρους της επιδομάτων αδείας και των δώρων Πάσχα και Χριστουγέννων χωρίς να έχει λάβει υπόψη τις νόμιμες προσαυξή-σεις. Πιο συγκεκριμένα και σύμφωνα με την κείμενη εργατική νομοθεσία για τον υπολογισμό των επιδομάτων (Δώρων Πάσχα, Χριστουγέννων, επιδόματος

Αριθμός Απόφασης: Σ1767/2021

αδείας και κάλυψης αδείας), έκαστος οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να υπολογίσει το σύνολο των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων του μαζί με τις προσαυξήσεις των Κυριακών – Αργιών.

Περαιτέρω, επισημαίνουμε ότι οι εργαζόμενοι που θα χρησιμοποιηθούν για την κάλυψη των αδειών θα απασχοληθούν, προφανώς σε όλες τις θέσεις και σε όλα τα ωράρια εργασίας του Νοσοκομείου (Πρωινή, Απογευματινή και Βραδινή βάρδια), με αποτέλεσμα στο κόστος υπο-λογισμού της κάλυψης αδείας (κόστος αντικατάστασης υπαλλήλων σε άδεια), να πρέπει να υπολογισθεί το σύνολο των αναλογιών αποδοχών, δώρων, επιδομάτων κ.λπ.

Εν προκειμένω, σύμφωνα με την πιο πάνω ανάλυση, η εταιρία «...» υπολογίζει το εργατικό κόστος εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης βάσει του κατώτατου νόμιμου μικτού μισθού, ποσού 650,00€, ο οποίος όμως δεν συμπεριλαμβάνει τις προσαυξήσεις των νυκτερι-νών, Κυριακών και Αργιών. Αντιθέτως, όπως πιο πάνω έχουμε επισημάνει, επειδή ακριβώς συνυπολογίζονται και οι προσαυξήσεις, οι μικτές μηνιαίες αποδοχές, βάσει των οποίων θα έπρεπε να υπολογίζεται το κόστος του επιδόματος αδείας και των δώρων Πάσχα και Χρι-στουγέννων, ανέρχεται στο ποσό των 749,64€, υπολογίζεται δε ως ακολούθως: Μικτές αποδοχές: 650,00 € μηνιαίος μισθός X 14 άτομα X 12 μήνες = 109.200,00 €. Σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για την απασχόληση σε καθημερινή νυχτερινή εργασία καταβάλλεται επιπλέον προσαύξηση 25%, με αποτέλεσμα το επιπλέον κόστος της εργασίας σε νυχτερινή βάρδια να υπολογίζεται ως εξής: 365 ημέρες (ετήσιος υπολογισμός για όλο το έτος) X 16 ώρες νυχτερινή απασχόληση (2 βάρ-διες 8ωρες) X 3,9 € (ωρομίσθιο) X 0,25% (προσαύξηση νυχτερινής εργασίας) = 5.694,00€ Περαιτέρω, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για την εργασία σε ημέρα Κυριακή και σε αργίες καταβάλλεται επιπλέον προσαύξηση 75%, οπότε το επιπλέον κόστος απασχόλησης σε ημέρα Κυριακή και σε αργίες υπολογίζεται ως εξής: 59 ημέρες (Κυριακές - Αργίες ετησίως, με βάση το χρόνο υποβολής των προσφορών) X 64 ώρες (8 βάρδιες των 8 ωρών πρωι – απόγευμα – βράδυ) X 3,9€ (ωρομίσθιο) X 0,75% (προ-σαύξηση Κυριακών – Αργιών) = 11.044,80 €.

Κατόπιν τούτων, οι συνολικές μικτές αποδοχές για τις ανάγκες εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης εξευρίσκονται ως εξής:

109.200,00 € + 5.694,00 € + 11.044,80 € = 125.938,80€ / 12 μήνες / 14 άτομα = 749,64€ μη-νιαίως κατ άτομο, ενώ με αφετηρία το ποσό αυτό επ' αυτού του ποσού πρέπει περαιτέρω να γίνει και ο υπολογισμός των οφειλόμενων δώρων και επιδομάτων. Κατά το μέρος, συνεπώς, που η εταιρία «...» έχει παραλείψει πει να υπολογίσει τις οφειλόμενες εκ μέρους της νόμιμες προσαυξήσεις Κυριακών – Αργιών για την εξεύρεση του κόστους του επιδόματος αδείας και των δώρων Πάσχα και Χριστουγέννων, είναι προ-φανές ότι, με τον τρόπο αυτό, υποδηλώνει πως οι εργαζόμενοι δεν θα αμειφθούν για την εργασία που θα παρέχουν τις νυχτερινές βάρδιες, τις Κυριακές και τις Αργίες, με συνέπεια να μειώνεται τεχνηέντως το εργατικό κόστος που πράγματι την βαρύνει, κάτω του νομίμου, και, συνακόλουθα, να παρακάμπτεται και να καταστρατηγείται η ισχύουσα εργατική και α-σφαλιστική νομοθεσία[...]

II. Ως προς την αποδοχή της προσφοράς της εταιρίας «...»

1. Πρώτος λόγος προσφυγής

α. Στο άρθρο «2.2.2 Εγγύηση συμμετοχής» της διακήρυξης του παρόντος διαγωνισμού ορίζονται, εκτός των άλλων, τα ακόλουθα:

[...]Παρά ταύτα, από την επισκόπηση των δικαιολογητικών συμμετοχής της εταιρίας «...» διαπιστώσαμε ότι αυτή κατέθεσε την υπ' αριθ. ... εγγυητική επιστολή της Εθνικής Τράπεζας για τη συμμετοχή της στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία συνολικού ποσού 4.143,54€, ήτοι ποσού το οποίο υπολείπεται κατά πολύ εκείνου που κατά τα ανωτέρω απαιτείται, με αποτέλεσμα να μην έχει γίνει νομίμως δεκτή η προσφορά της στον προκείμενο διαγωνισμό, λόγω της μη συμμόρφωσής της προς απαράβατο όρο του κανονιστικού κειμένου της διαδικασίας ανάθεσης. Εξάλλου, επειδή ο πιο πάνω όρος είναι απολύτως ειδικός και αφορά αποκλειστικά την υπο ανάθεση σύμβαση, δεν μπορεί να υποστηριχθεί πειστικά ότι, για την εξεύρεση του ποσού της εγγύησης, δεν υπολογίζεται η αξία των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης.

15. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «Ως προς την απόρριψη της τεχνικής της προσφοράς (Ενν. της προσφεύγουσας): Η αναθέτουσα αρχή στις 21-05-2021 κοινοποίησε μέσω ΕΣΗΔΗΣ το υπ' αριθμ. πρωτ. 20372 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων στο οποίο περιελήφθη ενδεικτικός πίνακας των ωρών και βαρδιών που απαιτούνται για την κάλυψη

των αναγκών του νοσοκομείου ενώ επίσης διευκρινίστηκε ότι δύναται να τροποποιηθεί βάσει των αναγκών αυτού. Σκοπός του εν λόγω εγγράφου, ήταν αφενός η κατανομή του αριθμού των εργαζομένων σε βάρδιες σύμφωνα με τις ελάχιστες απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής και αφετέρου η τήρηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία διαμόρφωσης των οικονομικών προσφορών τους. Συνεπώς, το περιεχόμενο του ως άνω εγγράφου δεν τάσσεται κατά του νομικού πλαισίου που διέπει την διαγωνιστική διαδικασία καθώς εφαρμοστέες στον τρόπο υπολογισμού του μισθολογικού και ασφαλιστικού κόστους είναι οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, σύμφωνα με την οποία το νόμιμο ωράριο ενός εργαζομένου ανέρχεται σε 166,67 ώρες μηνιαίως.

Ως προς την αποδοχή της προσφοράς της εταιρίας «...»:

Α) Σύμφωνα με τα ζητούμενα της Διακήρυξης και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής το ποσό των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής των υποψηφίων αναδόχων θα πρέπει να ανέρχεται τουλάχιστον στο ποσοστό 2% επί της συνολικής δαπάνης των προσφερόμενων υπηρεσιών, μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης. Ως εκ τούτου, η εγγυητική επιστολή που κατέθεσε η εταιρία ... καλύπτει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης.

[...]Ως προς την αποδοχή της προσφοράς της εταιρίας «...»:

Η επιτροπή αποδέχεται στο σύνολό της την αρχική γνωμοδότηση της αρμόδιας επιτροπής αξιολόγησης των προσφορών, ως προς την συμμόρφωση της προσφοράς με τις κείμενες διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Σημειώνεται δε, ότι, καθώς δεν προσδιορίζεται από την Αναθέτουσα Αρχή ημερομηνία έναρξης της προς υπογραφή σύμβασης, δεν είναι εκ των πραγμάτων εφικτό να υπολογιστούν με ακρίβεια το σύνολο των αργιών, νυχτερινών και λοιπών αποδοχών που προσαυξάνουν την μισθολογική δαπάνη. Σε κάθε περίπτωση, το Νοσοκομείο κρίνει ότι καλύπτεται από την κατάθεση δήλωσης της εταιρίας περί τήρησης των όρων της ισχύουσας εργατικής νομοθεσίας και τυχόν μεταβολών αυτής, καθ' όλη τη διάρκεια της προς υπογραφή σύμβασης.

Ως προς τους λόγους προσφυγής κατά της εταιρίας «...», η επιτροπή δεν προχωρά στην αξιολόγηση αυτών, καθώς η προσφορά της εν λόγω εταιρίας έχει απορριφθεί από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας

βάσει της υπ. αριθμ. Θ49/ΔΣ27/22-07-2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Π.Γ.Ν. ...».

16. Επειδή, ο α' παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «[...]

Οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως αόριστοι και απαράδεκτοι, άλλως ως αβάσιμοι, διότι:[...]Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι δήθεν η εταιρία μας δεν έχει υπολογίσει ορθά το κόστος επιδόματος αδείας, δώρου Πάσχα και δώρου Χριστουγέννων, διότι δεν έλαβε υπόψη της τις προσαυξήσεις για νυκτερινή εργασία και εργασία σε Κυριακές. Ωστόσο, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός προβάλλεται όλως αορίστως, και άρα δεν μπορεί να ελεγχθεί η ουσιαστική βασιμότητά του, διότι δεν συνοδεύεται από κανέναν υπολογισμό ως προς το ποιο είναι κατά την κρίση της προσφεύγουσας το ορθό κόστος με βάση την προσφορά της δικής μας εταιρίας (που κατά τα λοιπά δεν αμφισβητείται η νομιμότητα της από την προσφεύγουσα). [...] Εξάλλου, το γεγονός ότι η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της υποστηρίζει μια διαφορετική μεθοδολογία υπολογισμού του εργατικού κόστους, ιδίως του κόστους δώρων και επιδόματος αδείας ουδόλως καθιστά άνευ ετέρου τον υπολογισμό της δικής μας εταιρίας παράνομο, εφόσον δεν συνοδεύεται από συγκεκριμένους υπολογισμούς που να αποδεικνύουν ότι το εργατικό κόστος που η δική μας εταιρία υπολόγισε είναι κατώτερο του νομίμου (ΕΑ ΣτΕ 272/2008).[...]Αντίθετα, η δεύτερη προσφεύγουσα παρουσιάζει τον τρόπο που η ίδια υπολόγισε το κόστος επιδόματος αδείας, δώρου Χριστουγέννων και δώρου Πάσχα, επί τη βάσει των στοιχείων της δικής της προσφοράς (βλ. σελ. 20 της προσφυγής), χωρίς να αποδεικνύει εν τέλει αν και κατά πόσο η δεύτερη παρεμβαίνουσα υπολόγισε εσφαλμένα τα δώρα και το επίδομα αδείας...Σε κάθε περίπτωση, ουδόλως αποδεικνύεται ότι η υποτιθέμενη πλημμέλεια έχει ως αποτέλεσμα το συνολικό εργατικό κόστος που υπολογίσαμε να είναι κατώτερο του νομίμου, και άρα ο πρώτος λόγος προσφυγής, όπως προβάλλεται, είναι αβάσιμος και δεν δύναται να οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς μας[...].Ειδικότερα, όσον αφορά τον υπολογισμό του επιδόματος αδείας και των δώρων Χριστουγέννων-Πάσχα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατ' ορθή εκδοχή ο υπολογισμός των οφειλόμενων δώρων και επιδομάτων έπρεπε να γίνει με βάση το ποσό των 749,64 ευρώ (βλ. σελ.18 της προσφυγής της), ούτως ώστε να περιλαμβάνει

Αριθμός Απόφασης: Σ1767/2021

και τις προσαυξήσεις Κυριακών/αργιών και νυχτερινών. Ωστόσο, όπως αναφέρουμε και στην οικονομική προσφορά μας, η εταιρία μας υπολόγισε το επίδομα αδείας και τα δώρα Χριστουγέννων και Πάσχα, ως εξής:

- Κόστος επιδόματος αδείας (περιλαμβανομένων και εισφορών ΙΚΑ του εργοδότη) : $650 + 146,51 = 796,51/2/12 = 33,19$

- Κόστος δώρων Πάσχα - Χριστουγέννων (περιλαμβανομένων και εισφορών ΙΚΑ του εργοδότη):

Δ.Π. : $650 + 146,51 = 796,51/2 \times 1,04166 /12 = 34,57$

[14]

Δ.Χ. : $650 + 146,51 = 796,51 \times 1,04166 /12 = 69,14$

Σύνολο : 103,71

Συνεπώς, η εταιρία μας υπολόγισε το επίδομα αδείας, όπως και τα δώρα Χριστουγέννων και Πάσχα, με βάση υπολογισμού το ποσό των 796,51 ευρώ, δηλ. ποσό μεγαλύτερο αυτού που η προσφεύγουσα υπολαμβάνει ως την ορθή βάση υπολογισμού 749,64 ευρώ [...] Με ορθή αιτιολογία απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρίας[...]όπως ορθά επισημαίνεται από την αναθέτουσα αρχή, το νόμιμο ωράριο ενός εργαζομένου που απασχολείται με οκτάωρη απασχόληση ανέρχεται σε 166,67 ώρες μηνιαίως. Επομένως, αν για κάποιον εργαζόμενο υπολογίζονται λιγότερες από 166,67 ώρες μηνιαίως, τούτο σημαίνει ότι δεν θα απασχολείται για 8, αλλά για λιγότερες ώρες[...]

17. Επειδή, ο β' παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «[...]Πλην όμως στην παράγραφο 2.2.2.1 του διαγωνισμού αναφέρεται ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής θα ανέρχεται σε ποσοστό 2% επί της συνολικής δαπάνης (άνευ ΦΠΑ) των Περαιτέρω σύμφωνα με την παράγραφο 1.3 της διακήρυξης με θέμα «Συνοπτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης ορίζεται ότι αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών φύλαξης και ασφάλειας των χώρων και εγκαταστάσεων του για (1) έτος, με δυνατότητα παράτασης ενός (1) ακόμη έτους. Δεδομένου ότι η οικονομική μας προσφορά αφορά την παροχή υπηρεσιών φύλαξης για ένα έτος, όπως απαιτούσε και ο διαγωνισμός, έτσι και η εγγυητική συμμετοχής έχει υπολογιστεί σε κόστος υπηρεσιών που αντιστοιχούν στο ένα

έτος. Η διακήρυξη δυνητικά δίνει το δικαίωμα της παράτασης της σύμβασης για ένα έτος ακόμα, πλην όμως είναι πιθανό η Αναθέτουσα Αρχή να μην προχωρήσει στην παράταση της σύμβασης. Αρα σε κάθε περίπτωση κατά το χρόνο έκδοσης της εγγυητικής επιστολής το αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών φύλαξης και ασφάλειας των χώρων του ... για ένα (1) έτος και η συνολική δαπάνη ανέρχεται στο ποσό των 207.177,03 ευρώ, οπότε $207.177,03 \times 2\% = 4.143,54$ ευρώ, οπότε ορθώς εξεδόθη η υπ'αριθμ. 3067027230 εγγυητική επιστολή συμμετοχής της εταιρίας μας.

Άλλωστε και η ίδια η προσφεύγουσα ... κατά την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής ακολούθησε ακριβώς τον ίδιο υπολογισμό βασιζόμενη στις ανωτέρω παραδοχές και εξέδωσε παράβολο που αφορά το κόστος υπηρεσιών ενός έτους και όχι για χρονικό διάστημα δύο ετών».

18. Επειδή, με το υπόμνημά του ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «[...]Ήδη με τις υποβληθείσες υπ' αριθ. συν. 29/θ. 14ο/19-8-2021 έγγραφες απόψεις της η αναθέτουσα Αρχή επικαλούμενη το ως άνω υπ' αριθ. πρωτοκ. 20372/21-5-2021 έγγραφο διευκρινίσεων της υποστηρίζει ότι «το περιεχόμενο του ως άνω εγγράφου δεν τάσσεται κατά του νομικού πλαισίου που διέπει την διαγωνιστική διαδικασία καθώς εφαρμοστέες στον τρόπο υπολογισμού του μισθολογικού και ασφαλιστικού κόστους είναι οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, σύμφωνα με την οποία το νόμιμο ωράριο ενός εργαζομένου ανέρχεται σε 166,67 ώρες μηνιαίως». Περαιτέρω, ωστόσο, εντελώς αντιφατικά η αναθέτουσα Αρχή αναφέρει στο ίδιο ως άνω έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της ότι σκοπός του εν λόγω εγγράφου της, ήταν «αφενός η κατανομή του αριθμού των εργαζομένων σε βάρδιες σύμφωνα με τις ελάχιστες απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής και αφετέρου η τήρηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία διαμόρφωσης των οικονομικών προσφορών τους». Όπως ήδη αναφέρθηκε και επιβεβαιώνεται με τις απόψεις της αναθέτουσας Αρχής, οι παρασχεθείσες εκ μέρους της ως άνω έγγραφες διευκρινίσεις έχουν ενσωματωθεί στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, αποσκοπούν δε στην εξειδίκευση του κανονιστικού πλαισίου αυτού με την παροχή οδηγιών κατά την υποβολή των προσφορών εκ μέρους των υποψηφίων αναδόχων, κατά τρόπο ώστε να διασφαλίζεται η τήρηση της

αρχής της ίσης μεταχείρισης αυτών. Συνεπώς, εφόσον το ίδιο το Νοσοκομείο έχει αποσαφηνίσει με τις διευκρινίσεις του ότι το εργατικό κόστος του 15ου ατόμου θα υπολογιστεί με βάση την πρωινή βάρδια, αναφέροντας παράλληλα ότι οι ώρες της πρωινής βάρδιας ανά μήνα θα είναι 960, δηλαδή 160 για κάθε βάρδια ($960 : 6 = 160$), δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι δεν έχουμε υπολογίσει το νόμιμο κόστος απασχόλησης του 15ου ατόμου, επειδή, κατά την αναθέτουσα Αρχή, αντιστοιχεί αίφνης σε 166,67 ώρες. Αυτό σημαίνει ότι, κατά το μέρος που ενδιαφέρει εν προκειμένω, οι διευκρινίσεις του Νοσοκομείου (όπως και ο υπολογισμός, βάσει αυτών, του κόστους απασχόλησης του 15ου εργαζόμενου), δεν ερευνώνται υπό το πρίσμα της συμβατότητάς τους (ή μη) προς τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει το Νοσοκομείο, αλλά με βάση την κανονιστική ρύθμιση που έχει τεθεί πρωτογενώς μ' αυτές, ως προς ό,τι φορά τον προσδιορισμό του εργατικού κόστους του 15ου ατόμου, ο οποίος ανεπίτρεπτα τροποποιήθηκε κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών. Δοθέντος, λοιπόν, ότι από κανέναν όρο του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού δεν ορίζεται διαφορετικός τρόπος υπολογισμού του κόστους του συγκεκριμένου υπαλλήλου, ώστε να παραμεριστούν οι δοθείσες διευκρινίσεις και να υπολογιστεί αυτό βάσει απασχόλησης 166,67 ωρών μηνιαίως, είναι καταφανώς μη νόμιμη η αιτιολογία αποκλεισμού της Εταιρίας μας από τον επίμαχο διαγωνισμό[...].γ. Εν προκειμένω, σύμφωνα με την πιο πάνω ανάλυση, η εταιρία «...» υπολογίζει το εργατικό κόστος βάσει του κατώτατου νόμιμου μικτού μισθού, ποσού 650,00 €, ο οποίος όμως δεν συμπεριλαμβάνει τις προσαυξήσεις των νυκτερινών, Κυριακών και Αργιών, κατά το μέρος αυτές λαμβάνονται υπόψη για την εξεύρεση του κόστους των επιδομάτων αδείας και εορτών.

Αντιθέτως, επειδή ακριβώς συνυπολογίζονται και οι προσαυξήσεις, οι μικτές μηνιαίες αποδοχές, βάσει των οποίων θα έπρεπε να υπολογίζεται το κόστος του επιδόματος αδείας και των δώρων Πάσχα και Χριστουγέννων, ανέρχονται κατ' ελάχιστο στο ποσό των 749,64€, εξευρίσκονται δε ως ακολούθως:

i. Μικτές αποδοχές: $650,00 \text{ € μηνιαίος μισθός} \times 14 \text{ άτομα} \times 12 \text{ μήνες} = 109.200,00 \text{ €}$.

ii. Σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για την απασχόληση σε καθημερινή νυχτερινή εργασία καταβάλλεται επιπλέον προσαύξηση 25%, με

Αριθμός Απόφασης: Σ1767/2021

αποτέλεσμα το επιπλέον κόστος της εργασίας σε νυχτερινή βάρδια να υπολογίζεται ως εξής:

$365 \text{ ημέρες (υπολογισμός για όλο το έτος)} \times 16 \text{ ώρες νυχτερινή απασχόληση (2 βάρδιες 8ωρες)} \times 3,9 \text{ € (ωρομίσθιο)} \times 0,25\% \text{ (προσαύξηση νυχτερινής εργασίας)} = 5.694,00\text{€}$

iii. Περαιτέρω, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για την εργασία σε ημέρα Κυριακή και σε αργίες καταβάλλεται επιπλέον προσαύξηση 75%, οπότε το επιπλέον κόστος απασχόλησης σε ημέρα Κυριακή και σε αργίες υπολογίζεται ως εξής: $59 \text{ ημέρες (Κυριακές - Αργίες ετησίως, με βάση το χρόνο υποβολής των προσφορών)} \times 64 \text{ ώρες (8 βάρδιες των 8 ωρών πρωι - απόγευμα - βράδυ)} \times 3,9\text{€ (ωρομίσθιο)} \times 0,75\% \text{ (προσαύξηση Κυριακών - Αργιών)} = 11.044,80 \text{ €}.$

Κατόπιν τούτων, οι συνολικές μικτές αποδοχές για τις ανάγκες εκτέλεσης της υπό ανά-θεση σύμβασης εξευρίσκονται ως εξής:

$109.200,00 \text{ €} + 5.694,00 \text{ €} + 11.044,80 \text{ €} = 125.938,80\text{€} / 12 \text{ μήνες} / 14 \text{ άτομα} = 749,64\text{€ μηνιαίως κατ άτομο, ενώ με αφετηρία το ποσό αυτό επ' αυτού του ποσού πρέπει περαι-τέρω να γίνει και ο υπολογισμός των οφειλόμενων δώρων και επιδομάτων.}$

δ. Κατά το μέρος, συνεπώς, που η εταιρία «...» έχει παραλείψει πει να υπολογίσει τις οφειλόμενες εκ μέρους της νόμιμες προσαυξήσεις Κυριακών – Αργιών για την εξεύρεση του κόστους του επιδόματος αδείας και των δώρων Πάσχα και Χριστουγέννων, είναι προφανές ότι, με τον τρόπο αυτό, υποδηλώνει πως οι εργαζόμενοι δεν θα αμειφθούν για την εργασία που θα παρέχουν τις νυχτερινές βάρδιες, τις Κυριακές και τις Αργίες, με συνέπεια να μειώνεται τεχνηέντως το εργατικό κόστος που πράγματι την βαρύνει, κάτω του νομίμου, και, συνακόλουθα, να παρακάμπτεται και να καταστρατηγείται η ισχύουσα εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία. Δοθέντος, συνεπώς, ότι η οικονομική προσφορά της εν λόγω εταιρίας είναι καταφανώς μη νόμιμη, με συνέπεια να υπολείπεται κατά πολύ του ελαχίστου νομίμου εργοδοτικού κόστους, όπως αυτό υπολογίζεται με βάση τις απαιτήσεις της διακήρυξης αλλά και την κείμενη εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, καθίσταται εμφανές ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της στην προκείμενη διαγωνιστική

διαδικασία και αποφασίστηκε η υπέρ αυτής προσωρινή κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού.

ε. Εξάλλου, είναι καταφανώς αβάσιμα όσα επικαλείται το Νοσοκομείο με τις απόψεις του, προφασιζόμενο ότι, τάχα, δεν μπορεί να γνωρίζει τον ακριβή αριθμό των Κυριακών και των αργιών (σε κάθε περίπτωση πάντως, αυτό δεν ισχύει για τις προσαυξήσεις 25% των νυκτερινών σε καθημερινή βάση), ώστε να μπορεί να προβεί σε σχετικό έλεγχο, όταν είναι γνωστός σε όλους ο αριθμός των Κυριακών ετησίως (κατ' ελάχιστο 52) αλλά και των νομοθετημένων αργιών, στις οποίες το κόστος απασχόλησης των εργαζομένων προ-σαυξάνεται κατά 75%), και επομένως μόνον μικρή απόκλιση (σε περίπτωση μη σαφούς προσδιορισμού των Κυριακών και αργιών με τη διακήρυξη) θα μπορούσε να δικαιολογηθεί, όχι δε και πλήρης απουσία υπολογισμού του εν λόγω στοιχείου κόστους[...]

19. Επειδή, στο άρθρο 18 Ν.4412/2016 (με τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)») ορίζεται ότι: «1. ... 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. ...».

20. Επειδή το άρθρο 68 «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών» του Ν. 3863/2010, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (ΦΕΚ 88/ Α), ορίζει 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

Αριθμός Απόφασης: Σ1767/2021

υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούνται 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 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 [...] 3. Στη σύμβαση που συνάπτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή με τους εργολάβους περιλαμβάνονται τα στοιχεία α έως στ της πρώτης παραγράφου, καθώς και ειδικός όρος για την εφαρμογή των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και της νομοθεσίας περί υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων και πρόληψης του επαγγελματικού κινδύνου. Όταν δεν αναγράφονται τα ανωτέρω στοιχεία και όροι, η σύμβαση είναι άκυρη και απορρίπτεται η δαπάνη πληρωμής [...]».

21. Επειδή, σύμφωνα με την Δ.Α. 39/2004 «Για τους όρους αμοιβής εργασίας των Εργαζομένων στις Επιχειρήσεις Παροχής Υπηρεσιών όλης της χώρας», που κηρύχθηκε υποχρεωτική με την ΥΑ 13129/19.10.2004 (ΦΕΚ Β 1643/5.11.2004), καθιερώθηκε το 5νθήμερο -χωρίς μείωση μισθών αποδοχών για τις αναφερόμενες εκεί κατηγορίες των εργαζομένων. Ειδικότερα, σύμφωνα με άρθ. 1 «Πεδίο ισχύος» : « 1. Στην παρούσα υπάγονται οι εργαζόμενοι με σχέση εξαρτημένης εργασίας που απασχολούνται σε επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών που δραστηριοποιούνται στους χώρους καθαρισμού κτιρίων και χώρων γενικά, και που έχουν τις παρακάτω ειδικότητες: γ. Βοηθητικό - τεχνικό

Αριθμός Απόφασης: Σ1767/2021

προσωπικό (προσωπικό καθαριότητας - εισπράκτορες - αποθηκάριοι - κλητήρες - διανομείς)». Και περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. 4 «Εβδομάδα 5 ημερών» : «Καθιερώνεται για τους εργαζόμενους που υπάγονται στη ρύθμιση αυτή εβδομαδιαία εργασία πέντε ημερών, 8ώρου ημερησίας απασχόλησης και 40 ωρών εβδομαδιαίας εργασίας.....». Σύμφωνα δε με το άρθρ. 5 «Εφαρμογή θεσμικών όρων Ε.Γ.Σ.Σ.Ε.» : «Οι θεσμικοί όροι της Ε.Γ.Σ.Σ.Ε. όπως ισχύει αποτελούν μέρος της παρούσας και ισχύουν και για τους μισθωτούς που υπάγονται σ' αυτή».

22. Επειδή, σύμφωνα με την υπ' αριθμό οικ. 4241/127/2019 (ΦΕΚ 173/Β/30-1-2019) Υπουργική Απόφαση: «Τον καθορισμό, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 103 του ν. 4172/2013 (Α' 167), όπως ισχύει, του νόμιμου κατώτατου μισθού και του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίου, για πλήρη απασχόληση, για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας, χωρίς ηλικιακή διάκριση, ως εξής: α) Για τους υπαλλήλους ο κατώτατος μισθός ορίζεται στα εξακόσια πενήντα ευρώ (650,00 €). β) Για τους εργατοτεχνίτες το κατώτατο ημερομίσθιο ορίζεται στα είκοσι εννέα ευρώ και τέσσερα λεπτά (29,04 €). Η απόφαση αυτή ισχύει από 1 Φεβρουαρίου 2019». Περαιτέρω, σύμφωνα με την εγκύκλιο 761//2019: ΕΓΚ.ΥΠΕΚΑΑ 18/2/19 με θέμα «Οδηγίες για την εφαρμογή του κατώτατου μισθού και του κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας» προβλέπεται ότι: «[...] Συνεπώς, ως προς τις ήδη διαμορφωθείσες προσαυξήσεις λόγω προϋπηρεσίας, εφαρμόζονται οι διατάξεις των στοιχείων i και iii της περ. γ', χωρίς τις ηλικιακές αναφορές, και των περ. δ' έως στ' της υποπαρ. ΙΑ.11.3 της παρ. ΙΑ του άρθρου πρώτου του ν. 4093/2012 (Α' 222), όπως ισχύει. [...]».

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρ. 3 παρ. 3 «Χρονικά Όρια Εργασίας» της ΕΓΣΣΕ 1975 που κυρώθηκε με τον ν. 133/1975: «3. Ωράρια εβδομαδιαίας εργασίας, ισχύοντα ή συμβατικώς εφαρμοζόμενα, ελάσσονα των 45 ωρών, δεν θίγονται διά της παρούσης Εθνικής Γενικής Συλλογικής Συμβάσεως Εργασίας. Η εφαρμογή όμως εις τας περιπτώσεις ταύτας, συστήματος εβδομαδιαίας εργασίας πέντε (5) ημερών, διέπεται υπό των διατάξεων της παρούσης.» Και περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. 5 παρ. 1 της ΕΓΣΣΕ : « 1. Προκειμένου των επί μισθώ αμειβομένων μισθωτών, δια την εξεύρεσιν του

ωρομισθίου των, τα 6/25 του συμπεφωνημένου ή νόμιμου μισθού διαιρούνται δια του αριθμού 40. Δια την εξεύρεσιν του ωρομισθίου των επί ημερομισθίω αμειβομένων μισθωτών, το ποσόν των 6 πλήρων (συμπεφωνημένων ή νομίμων) ημερομισθίων, διαιρείται ομοίως δια του αριθμού 40..... »

24. Επειδή, σύμφωνα με παγία νομολογία από την διάταξη του άρθρου 5της από 26-7-75 ΕΓΣΣΕ, που κυρώθηκε με το Ν. 133/75, λαμβανομένου υπ' όψιν και της καθιέρωσης της 5νθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας των 40 ωρών, «για την εξεύρεση του ωρομισθίου, καθόσον αφορά εργαζόμενους που αμείβονται με μηνιαίο μισθό, ακολουθείται η μέθοδος που καθορίζει η ΕΓΣΣΕ της 26.2.1975, (6/25 του μηνιαίου μισθού:40) εάν δε η εβδομαδιαία απασχόληση είναι μικρότερη των 40 ωρών, ο διαιρέτης ορίζεται ίσος προς τον αριθμό των ολιγότερων ωρών εβδομαδιαίας εργασίας. Αναφορικά με τους εργατοτεχνίτες που αμείβονται με ημερομίσθιο, το ωρομίσθιό τους εξευρίσκεται, με βάση την ίδια ΕΓΣΣΕ με τη μέθοδο πολλαπλασιασμού του ημερομισθίου επί 6 και της διαιρέσεως δια των ωρών εβδομαδιαίας εργασίας (άρθρ. 5, 6 της από 26-2-1975 ΕΓΣΣΕ). (ΑΠ1166/2014, για υπολογισμό ωρομισθίου καθαριστριών ad hocΜονΕφΠειρ862/2014). Συνεπώς, υπολογίζεται το ωρομίσθιο των εργατών «πολλαπλασιάζοντας το ημερομίσθιο Χ 6 (και όχι Χ5) και στην συνέχεια διαιρώντας το γινόμενο με τον αριθμό 40 (αριθμό των ωρών εργασίας την εβδομάδα). (ΑΠ 1317/2015). Και τούτο μάλιστα επειδή στους μισθωτούς που εφαρμόζεται το σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας «νόμιμο ωράριο θεωρούνται οι εννέα (9) ώρες ημερησίως και οι σαράντα πέντε εβδομαδιαίως. Η έκτη ημέρα της εβδομάδας, μολονότι, σύμφωνα με τις άνω διατάξεις περί πενθήμερης εργασίας, αποτελεί ημέρα υποχρεωτικής ανάπαυσης, εν τούτοις, για τον υπολογισμό του εβδομαδιαίου μισθού και του χρόνου υπηρεσίας, θεωρείται πλασματικά χρόνος εργασίας. Έτσι, για τους εργαζόμενους με πενθήμερο,εφόσον αυτοί εξακολουθούν να λαμβάνουν τις αποδοχές των 6 εργασίμων ημερών και να απασχολούνται με το αυτό ωράριο εργασίας, ως ημερομίσθιο θεωρείται, όπως ακριβώς και για τους απασχολούμενους επί 6 ημέρες την εβδομάδα, το 1/6 της εβδομαδιαίας αμοιβής (εργατοτεχνίτες) ή το 1/25 του μηνιαίου μισθού(υπάλληλοι)» (ΑΠ1215/2004). Συνεπώς για την εξεύρεση του ωρομισθίου πρέπει να γίνει «..αναγωγή στην προβλεπόμενη αμοιβή του για

εργασία 8 ωρών ημερησίως και 40 ωρών εβδομαδιαίως αφού θεωρείται ότι οφείλονται εβδομαδιαίως στον εργαζόμενο, ανεξάρτητα από το σύστημα εβδομαδιαίας απασχόλησης του, έξι ημερομίσθια...» (ΕφΠειρ 545/2012 Δ/ΝΗ2013,1615). Εξάλλου, όπως έχει ad hoc κριθεί για τον υπολογισμό ωρομισθίου καθαριστριών μερικής απασχόλησης (ΜονΕφΠειρ 862/2014, ΑΠ 1166/2014) «στην παρ. 9 του άρθρου 38 ν. 1892/1990, (όπως αυτό αντικαταστάθηκε από το άρθρο 2 του ν. 2639/1998 και συμπληρώθηκε με άρθρο 7 Ν. 2874/2000), ορίζεται ότι: «Οι αποδοχές των εργαζομένων με σύμβαση ή σχέση εργασίας μερικής απασχόλησης, υπολογίζονται όπως και οι αποδοχές του συγκρίσιμου εργαζόμενου και αντιστοιχούν στις ώρες εργασίας της μερικής απασχόλησης. Κατά δε την παρ. 2 του ίδιου άρθρου "εργαζόμενος μερικής απασχόλησης νοείται κάθε εργαζόμενος με σύμβαση ή σχέση εξαρτημένης εργασίας του οποίου οι ώρες εργασίας υπολογιζόμενες σε ημερήσια, εβδομαδιαία, 15νθήμερη ή μηνιαία βάση είναι λιγότερες από το κανονικό ωράριο εργασίας του συγκρίσιμου εργαζόμενου με πλήρη απασχόληση (εδάφ. α), ως τέτοιος δε νοείται κάθε εργαζόμενος πλήρους απασχόλησης, που απασχολείται στην ίδια επιχείρηση με σύμβαση ή σχέση εξαρτημένης εργασίας και εκτελεί ίδια ή παρόμοια καθήκοντα, υπό τις αυτές συνθήκες (εδάφ. β). Έτσι, κατ' εφαρμογή των εν λόγω διατάξεων, για την εξεύρεση της ημερήσιας αμοιβής του μερικώς απασχολουμένου, πολλαπλασιάζεται το ωρομίσθιο που λαμβάνει ο συγκεκριμένος εργαζόμενος πλήρους απασχόλησης επί τις ώρες εργασίας του μερικώς απασχολουμένου. Περαιτέρω, με την ΥΑ 13129/2004 (ΦΕΚ Β' 1643/5-11-2004) "Κήρυξη υποχρεωτικής της απόφασης διαιτησίας 39/2004 που αφορά τους όρους αμοιβής και εργασίας των εργαζομένων στις επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών όλης της Χώρας", που αφορά, μεταξύ άλλων τους εργαζόμενους που απασχολούνται με σχέση εξαρτημένης εργασίας σε επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στους χώρους του καθαρισμού κτιρίων, ως βοηθητικό προσωπικό καθαριότητας, καθιερώνεται, για τους εργαζόμενους που υπάγονται στη ρύθμιση αυτή εβδομαδιαία εργασία πέντε ημερών, 8ώρου ημερήσιας απασχόλησης και 40 ωρών εβδομαδιαίας εργασίας (άρθρο 4). Οι θεσμικοί όροι της ΕΓΣΣΕ όπως ισχύει αποτελούν μέρος αυτής και ισχύουν και για τους μισθωτούς που υπάγονται σ' αυτή (άρθρο 5) η δε ισχύς της αρχίζει

από 1-1-2004 (άρθρο 8 αυτής).» Επιπλέον τα ως άνω διαλαμβάνονται επίσης και στην ιστοσελίδα του ΚΕΠΕΑ (Κέντρο Πληροφόρησης Εργαζομένων και Ανέργων) της ... (www.kepea.gr/aartide.php?id=294) :«Υπολογισμός Ωρομισθίου. Για τους αμειβόμενους με ημερομίσθιο, πολλαπλασιάζουμε το ημερομίσθιο επί 6 και το διαιρούμε με το ισχύον συμβατικό εβδομαδιαίο ωράριο, δηλαδή 40 ή λιγότερο, σε περίπτωση ωραρίου μικρότερου του 40ωρου ημερομίσθιο Χ 6 συμβατικό εβδομαδιαίο ωράριο (40 ή λιγότερο)».

25.Επειδή, στο ΒΔ 748/1966 «Περί κωδικοποίησης, καταργήσεως, τροποποίησης και συμπληρώσεως των διατάξεων της κειμένης νομοθεσίας περί εβδομαδιαίας και Κυριακής αναπαύσεως και ημερών αργίας » ως τροποποιημένο ισχύει, ορίζεται ότι «[...]Αρθρ. 4. 1. Καθορίζονται ως ημέραι υποχρεωτικής αργίας οι κάτωθι: α) Η 25η Μαρτίου. β) Η Δευτέρα του Πάσχα. γ) Η εορτή της Κοιμήσεως του Θεοτόκου, και δ) Η εορτή της Γεννήσεως του Χριστού. ε) η 26η Δεκεμβρίου. 2. Καθορίζονται ως ημέραι προαιρετικής αργίας, κατά την κρίσιν του εργοδότη οι κάτωθι: α) Η 1η Μαΐου και β) Η 28η Οκτωβρίου. Η απασχόλησις των μισθωτών των καταστημάτων ως και η λειτουργία τούτων απαγορεύεται μέχρι της 13.00 ώρας της Μ.Παρασκευής.

26.Επειδή, σύμφωνα με τον ΑΝ 380/1968 άρθρο 1, όπως τροποποιήθηκε με το άρθ. 14 του ν. 4468/2017 «1. Η 1η Μαΐου καθορίζεται ως ημέρα υποχρεωτικής αργίας. Με απόφαση του Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης μετατίθεται η αργία της 1ης Μαΐου σε άλλη εργάσιμη ημέρα, εφόσον συμπίπτει με Κυριακή, με ημέρα της Μεγάλης Εβδομάδας ή με τη Δευτέρα του Πάσχα.».

27. Επειδή, σύμφωνα με την ΥΑ 19040/1981 «Επιδόματα (δώρα) εορτών μισθωτών ιδιωτικού δικαίου», άρθρο 1: «1. Όλοι οι μισθωτοί, που αμείβονται με μισθό ή με ημερομίσθιο, δικαιούνται, από τους πάσης φύσεως εργοδότες του : α) Επίδομα εορτών Χριστουγέννων ίσο με ένα μηνιαίο μισθό για τους αμειβόμενους με μισθό και με 25 ημερομίσθια για τους αμειβόμενους με ημερομίσθιο και β) Επίδομα εορτών Πάσχα, ίσο με μισό μηνιαίο μισθό, για τους αμειβόμενους με μισθό, και με 15 ημερομίσθια για τους αμειβόμενους με ημερομίσθιο. 2. Τα ανωτέρω επιδόματα καταβάλλονται στο ακέραιο εφόσον η σχέση εργασίας των μισθωτών με τον υπόχρεο εργοδότη διάρκησε ολόκληρη τη χρονική περίοδο, στην περίπτωση του επιδόματος εορτών

Πάσχα από 1 Ιανουαρίου μέχρι 30 Απριλίου και στην περίπτωση του επιδόματος εορτών Χριστουγέννων από 1 Μαΐου μέχρι 31 Δεκεμβρίου κάθε χρόνου. 3. Από τους ανωτέρω μισθωτούς, εκείνοι, που η σχέση εργασίας τους με τον υπόχρεο, στην καταβολή του επιδόματος εορτών Χριστουγέννων και Πάσχα, εργοδότη, δεν διάρρηξε ολόκληρο το ανωτέρω χρονικό διάστημα, δικαιούνται : α) Σαν επίδομα εορτών Χριστουγέννων, ποσό ίσο με 2/25 του μηνιαίου μισθού ή δύο (2) ημερομίσθια, ανάλογα με το συμφωνημένο τρόπο αμοιβής, για κάθε δεκαεννεάημερο χρονικό διάστημα διάρκειας της εργασιακής σχέσεώς τους, και β) Σαν επίδομα εορτών Πάσχα ποσό ίσο με το 1/15 του μισού μηνιαίου μισθού ή ένα ημερομίσθιο, ανάλογα με τον συμφωνημένο τρόπο αμοιβής, για κάθε δήμερο χρονικό διάστημα διάρκειας της εργασιακής σχέσεώς τους, μέσα στις χρονικές περιόδους που αναφέρονται στην παρ. 2 του παρόντος άρθρου[...]

4. Στο χρόνο διαρκείας της εργασιακής σχέσεως δεν υπολογίζονται οι ημέρες, κατά τις οποίες ο μισθωτός, αν και δε ελύθηκε η εργασιακή του σχέση, απέσχε από την εργασία του αδικαιολόγητα, ή λόγω αδείας χωρίς αποδοχές. Συνυπολογίζεται πάντως ο χρόνος της υποχρεωτικής αποχής από την εργασία των γυναικών πριν και μετά από τον τοκετό [...] άρθρο 3 : «1. Τα επιδόματα εορτών Χριστουγέννων και Πάσχα υπολογίζονται βάσει των πράγματι καταβαλλομένων μισθών ή ημερομισθίων την 10 Δεκεμβρίου κάθε χρόνου, για το επίδομα Χριστουγέννων και την 15η ημέρα πριν από το Πάσχα για το επίδομα Πάσχα, ή την ημερομηνία λύσεως της εργασιακής σχέσεως. Σαν καταβαλλόμενος μισθός ή ημερομίσθιο νοείται το σύνολο των τακτικών αποδοχών του μισθωτον, από τις οποίες εξαιρείται μόνο το επίδομα "δυσχερούς διαβιώσεως" το οποίο αποκλείεται από το Ν.Δ. 907/1971. 2. Τακτικές αποδοχές για την εφαρμογή των διατάξεων της παρούσης θεωρούνται ο μισθός ή το ημερομίσθιο, καθώς και κάθε άλλη παροχή (είτε σε χρήμα, είτε σε είδος, όπως τροφή, κατοικία, κ.λ.π.) εφόσον καταβάλλεται από τον εργοδότη σαν συμβατικό ή νόμιμο αντάλλαγμα της παρεχομένης από τον μισθωτό εργασίας τακτικά κάθε μήνα, ή κατ' επανάληψη περιοδικά, κατά ορισμένα χρονικά διαστήματα του χρόνου. Σαν τακτικές αποδοχές προσδιορίζονται ενδεικτικά εκείνες που έχουν κριθεί από την Νομολογία όπως : [...] (γ) Το επίδομα αδείας και λοιπές τακτικές παροχές».

28.Επειδή, σύμφωνα με τον Ν. 4504/1966 «Εργατική νομοθεσία-ασφαλιστικά ταμεία», άρθρο 3: «[...]16. Οι επί σχέσει εργασίας του ιδιωτικού δικαίου απασχολούμενοι, παρ' οιοδήποτε εργοδότη, μισθωτοί δικαιούνται κατ' έτος "επιδόματος αδείας" ίσου προς το σύνολον των αποδοχών των υπό του Α.Ν. 539/1954 ή άλλων διατάξεων καθοριζομένων ημερών αδείας αναπαύσεως μετ' αποδοχών, των 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 προηγουμένου έτους, δικαιούται μέρους του ως άνω επιδόματος αναλόγου προς τον χρόνον της εργασιακής σχέσεως, ήτις διέρρευσεν, από της προσλήψεως ή από της λήψεως του προηγουμένου επιδόματος, μέχρι της ημέρας λύσεως της συμβάσεως εργασίας [...]»

29. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη:[...] 1.3 «Συνοπτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» [...] *αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών φύλαξης και ασφάλειας των χώρων και εγκαταστάσεων του Π.Γ.Ν.Α. για (1) έτος, με δυνατότητα παράτασης ενός (1) ακόμη έτους*[...] 2.2.2.1 «*η εγγυητική επιστολή συμμετοχής θα ανέρχεται σε ποσοστό 2% επί της συνολικής δαπάνης (άνευ ΦΠΑ) των προσφερόμενων υπηρεσιών*»[...] «2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, για όλες τις περιγραφόμενες υπηρεσίες[...] 2.4.4 «Περιεχόμενα φακέλου Οικονομική Προσφορά / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» [...] «... Η Οικονομική Προσφορά θα πρέπει να έχει την εξής μορφή και περιεχόμενο: ...Ο ανωτέρω πίνακας συμπληρώνεται (χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή του) από τους υποψήφιους αναδόχους, σύμφωνα με την κείμενη εργατική, ασφαλιστική και σχετική Νομοθεσία. Η τιμή για καθένα από τα πεδία του παραπάνω πίνακα θα είναι μια και μοναδική και

θα αναλύεται επαρκώς και με σαφήνεια ο τρόπος-μέθοδος υπολογισμού-προσδιορισμού αυτής της τιμής... Το κόστος των εργατικών δεν θα πρέπει (επί ποινή αποκλεισμού) να υπολείπεται του ελαχίστου προβλεπόμενου νομίμου. Προσφορά που δεν έχει υπολογιστεί σύμφωνα με το προαναφερόμενο της παρούσης παραγράφου δεν λαμβάνεται υπόψη και δεν αξιολογείται...».ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 1 - Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης-Τεχνικές Προδιαγραφές *ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ* Οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών της παρούσας αποτελούν τα ελάχιστα αναγκαία χαρακτηριστικά της υπηρεσίας που απαιτούνται, προκειμένου αυτή να προσδιορισθεί αντικειμενικά με τρόπο που να ανταποκρίνεται στις ανάγκες του Νοσοκομείου, είναι δε απαράβατοι και η οποιαδήποτε μη συμμόρφωση προς αυτούς συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, σύμφωνα με την κρίση της αρμόδιας Επιτροπής Αξιολόγησης. Χώροι- αριθμός ατόμων-πρόγραμμα εργασίας Οι χώροι του θα επιτηρούνται καθημερινά καθ' όλη τη διάρκεια του 24ώρου (πρωί-απόγευμα-νύχτα). Ο συνολικός αριθμός των ατόμων που θα απασχολεί ο ανάδοχος θα είναι τουλάχιστον δεκαπέντε (15) άτομα, προκειμένου να καλυφθούν οι εννέα (9) δωρες βάρδιες για τις καθημερινές και οι οχτώ (8) δωρες βάρδιες για τα Σάββατο -Κυριακές-Αργίες. Η απασχόληση του προσωπικού θα είναι πλήρης και συνεχής και το κάθε άτομο θα καλύπτει οπωσδήποτε το δώρο εργασίας του. Η απασχόληση του προσωπικού θα είναι 40 ώρες εβδομαδιαίως ανά άτομο σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία...».

30. Επειδή, 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 την ισχύουσα νομοθεσία και τη Διακήρυξη του Διαγωνισμού (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 313/2015, 441/2014, 328,198, 187/2013 κ.ά.). Ως έχει παγίως κριθεί, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης, εφόσον δε η προσφορά υπολείπεται του ελαχίστου εργοδοτικού

κόστους, απορρίπτεται κατά τα ως άνω και επιπροσθέτως επειδή παραβιάζονται οι αρχές προστασίας του ανόθευτου ανταγωνισμού, της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (ΔΕΦΑΘ 236/213, 511/2013 και εκεί αναφερόμενη νομολογία του ΣΤΕ, ΔΕΦΑΘ 427/2011, 512/2011). Σε κάθε περίπτωση, κατά την πάγια νομολογία (ΔΕΦΑΘ. 325/2015, ΔΕφΘεσ. 226/2014, ΔΕΦΑΘ. 289/2014, ΕΑ ΣΤΕ 155/2013, 297/2009, 1255/2009) οικονομικές προσφορές που δεν περιλαμβάνουν το απαιτούμενο από το νόμο ελάχιστο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος, νόμιμα αποκλείονται από διαγωνισμούς. Άλλωστε, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Οι δε κανόνες που τίθενται με τη Διακήρυξη κατισχύουν, ως ειδικότεροι κάθε άλλης διάταξης (βλ. Ε.Α.348/2010, 613/2009), εφόσον δεν προσβληθούν ευθέως και επικαίρως (ΣΤΕ ΕΑ 253/2020).

31. Επειδή οι παρά των τραπεζών συνήθως εκδιδόμενες εγγυητικές επιστολές αποτελούν ιδιαίτερο είδος και τύπο εγγυήσεως, δημιούργημα της συναλλακτικής πρακτικής (ΑΚ 361), που διέπεται από τις διατάξεις περί παραγγελίας του ΕμπΝ και τις διατάξεις περί εντολής (714 επ.) του ΑΚ (ΑΠ 862/1996), κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του (ΑΠ 1793/2008, 983/1999, 1433/1998, 48/1996) και μάλιστα ανεξάρτητα από το κύρος ή την ελαττωματικότητα της σχέσης μεταξύ αφενός του υπέρ ου η επιστολή και του λήπτη και αφετέρου μεταξύ του εγγυητή και του υπέρ ου η επιστολή (ΕΣ 134/2013 Ζ΄ Κλιμάκιο-Πράξη, Σπ. Ψυχομάνη Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων τ. Ι Γενικό Μέρος, εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ σελ. 353). Χαρακτηριστικό της

εγγυητικής επιστολής είναι ότι με αυτήν οι συναλλασσόμενοι δεν αποβλέπουν στην απόκτηση προσθέτου φερεγγυότητας, αλλά στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στο δανειστή του καλυπτομένου με αυτήν ποσού με απλή ειδοποίηση του δανειστού, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει στα δικαστήρια και στη χρονοβόρο συνήθως διαδικασία, τους (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1273/2014, 1884/2013). Επιπλέον, η εγγυητική επιστολή αποτελεί έγγραφη υπόσχεση τράπεζας προς οφειλέτη πελάτη της ότι θα εκπληρώσει ορισμένη χρηματική οφειλή του πελάτη της προς τον δανειστή του, είτε στην περίπτωση που ο πελάτης δεν εκπληρώσει την παροχή του (εγγυητική επιστολή υπό όρο), είτε στην περίπτωση που ο δανειστής δηλώσει ότι ο πελάτης της τράπεζας δεν εκπλήρωσε την παροχή του (εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση ή χωρίς όρους). Με τη σύμβαση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι του δανειστή να του καταβάλει οφειλή τρίτου, λόγω δε του ενδοτικού χαρακτήρα των περί εγγυήσεως διατάξεων δεν αποκλείεται να περιληφθεί στη σύμβαση ρήτρα, κατά την οποία ο εγγυητής θα καταβάλει το ποσό της εγγυήσεως σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το υπαρκτό και το νόμιμο του χρέους και να προβάλει την ένσταση διζήσεως ((βλ. σχετ. ΕφΑθ 7798/2006, ΑΠ 1433/1998 ΕΛΛΔ 1999, σελ. 633, ΑΠ 48/1996 ΕΛΛΔ 1996, σελ. 1332, ΑΠ 210/1993 ΝοΒ 1994, σελ. 399, ΑΠ 467/ 1992 ΕΛΛΔ 1993, σελ. 1075, ΑΠ 10/1992 ΝοΒ 1993, σελ. 45 70, ΑΠ593/1989 ΕΛΛΔ 1990, σελ. 1252, ΑΠ 585/1989 ΝοΒ 1990, σελ. 820, ΕφΑθ 8188/2003 ΕΛΛΔ 2004, σελ. 852, ΕφΑθ 6281/ 2002 ΕΛΛΔ 2004, σελ. 1071, ΕφΑθ 11349/1995 ΕΕμπΔ 1996, σελ. 51, Λ. Γεωργακόπουλου, Χρηματοπιστωτικό και Τραπεζικό Δίκαιο, 1999, εκδ. Π.Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, σελ. 402-407, Σπ. Ψυχομάνη, Τραπεζικό Δίκαιο - Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, 1999, εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, σελ. 297- 366, Απ. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, εκδ. Π.Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, σελ. 135-198).

32. Επειδή, η μη συμμόρφωση της εγγυητικής επιστολής προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης καθιστά αυτήν απαράδεκτη και επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς του υποψηφίου οικονομικού φορέα στο σύνολό της, εφόσον οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής δεν πληρούν τους ουσιώδεις όρους που τέθηκαν στην διακήρυξη (Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 259/2011, 386/2009, 803/2008, 487/1998, ΓνΝΣΚ 356/2003, πρβλ. ΣτΕ 600/2011)..

33.Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, τον οποίο τόσο η αναθέτουσα αρχή, όσο και ο α' παρεμβαίνων ως αβάσιμο, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι με μη ορθή αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του για τον λόγο ότι «σε αντίθεση με το νόμιμο ωράριο ενός εργαζομένου που ανέρχεται σε 166,67 ώρες/μήνα, η εν λόγω εταιρία, στην ανάλυση της οικονομικής προσφοράς προσθέτει επιπλέον 160 εργατοώρες του δέκατου πέμπτου ατόμου, με αποτέλεσμα ο υπολογισμός του εργατικού κόστους να υπολείπεται κατά 6,67 ώρες μηνιαίως».

34. Επειδή, από τα άρθρα 2.4.1, 2.4.4 της διακήρυξης σε συνδυασμό με το Παράρτημα Ι αυτής προκύπτει ότι όλοι οι εργαζόμενοι θα απασχολούνται υποχρεωτικά σε 8ωρες βάρδιες, ο δε μισθός τους θα υπολογίζεται με βάση την ισχύουσα εργατική νομοθεσία και άρα ως βάση των συνολικών ωρών της απασχόλησής τους ανά μήνα λαμβάνονται υπόψη οι 166,67 ώρες, ήτοι 40 ώρες εβδομαδιαίως / 6 ημέρες ασφάλισης εβδομαδιαίως x 25 ημερομίσθια (βλ. σκέψεις 23,24). Το ίδιο προκύπτει και από το υπ' αριθμ. Πρωτ. 20372/21-5-2021 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα στο ως άνω έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, που, ως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων και η αναθέτουσα αρχή, δεν αμφισβητεί δε ο α' παρεμβαίνων, έχει ενσωματωθεί στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, περιελήφθη ενδεικτικός πίνακας των ωρών και βαρδιών που απαιτούνται για την κάλυψη των αναγκών του νοσοκομείου, ο οποίος, ως διευκρινίστηκε δύναται να τροποποιηθεί βάσει των αναγκών αυτού. Με τις εν λόγω διευκρινήσεις ορίστηκε ότι για την κάλυψη των ωρών εργασίας απαιτούνται 14 άτομα που θα εργάζονται επί οκτάωρο. Επίσης, ότι το εργατικό κόστος του 15^{ου} ατόμου θα υπολογιστεί με βάση την πρωινή βάρδια 6:00 με 14:00, ήτοι, επίσης, επί οκταώρου. Ακόμη, ρητώς διευκρινίστηκε ότι το κόστος ασφάλισης θα υπολογιστεί με βάση την ισχύουσα νομοθεσία. Συνεπώς, με τις ως άνω διευκρινίσεις ουδόλως η αναθέτουσα αρχή, ως εσφαλμένως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, τροποποίησε το νόμιμο τρόπο υπολογισμού του μισθού από τη βάση των 166,67 ωρών εργασίας ανά μήνα, που προκύπτει ως ακολούθως: 40 ώρες εβδομαδιαίως / 6 ημέρες ασφάλισης εβδομαδιαίως x 25 ημερομίσθια = 166,667 ώρες εργασίας/μήνα (βλ. σκέψεις 23,24) στη βάση των 160 ωρών εργασίας ανά μήνα. Παραταύτα,

ως προκύπτει από την επισκόπηση της οικονομικής προσφοράς του προσφεύγοντος, ο τελευταίος εσφαλμένως έλαβε ως βάση υπολογισμού του στην ανάλυση της οικονομικής του προσφοράς τις 160 ώρες εργασίας ανά μήνα, ήτοι 8 ώρες ανά βάρδια X 5 ημέρες = 40 ώρες ανά εβδομάδα X 4 εβδομάδες = 160 ώρες ανά μήνα. Συνεπώς, ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής πρέπει ν' απορριφθεί.

35. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά του α' παρεμβαίνοντος πρέπει ν' απορριφθεί καθώς εντοπίζονται σφάλματα στον υπολογισμό του εργατικού κόστους, και συγκεκριμένα του επιδόματος αδείας και των δώρων Χριστουγέννων-Πάσχα και ειδικότερα διότι, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, ο α' παρεμβαίνων δεν έλαβε υπόψιν του κατά τους υπολογισμούς του τις προσαυξήσεις για νυκτερινή εργασία και εργασία σε Κυριακές. Τους ανωτέρω ισχυρισμούς του προσφεύγοντος αποκρούουν ως αβάσιμους τόσο η αναθέτουσα αρχή, όσο και ο α' παρεμβαίνων.

36. Επειδή, από τα αναφερόμενα στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης ((Βλ. ιδίως ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ [...] *πρόγραμμα εργασίας. Οι χώροι του επιτηρούνται καθημερινά καθ' όλη τη διάρκεια του 24 ωρου (πρωί-απόγευμα-νύχτα)* [...] *προκειμένου να καλυφθούν οι (9) 8ωρες βάρδιες για τις καθημερινές και οι οχτώ (8) 8ωρες βάρδιες για τα Σάββατο-Κυριακα-Αργίες η απασχόληση του προσωπικού θα είναι πλήρης και συνεχής και κάθε άτομο θα καλύπτει οπωσδήποτε το 8ωρο εργασίας του. Η απασχόληση του προσωπικού θα είναι 40 ώρες εβδομαδιαία σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία[...]*»)) και στις διευκρινήσεις της αναθέτουσας αρχής είναι σαφές ότι οι εργαζόμενοι στις υπηρεσίες φύλαξης του Νοσοκομείου θα εργάζονται σε τακτική βάση Κυριακές-αργίες και νύχτες.

37. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 1 του Α.Ν. 539/1945, κατά την διάρκεια της αδείας ανάπαυσης ο μισθωτός δικαιούται τις συνήθεις αποδοχές, τις οποίες θα δικαιούνταν, εάν απασχολείτο στην υπόχρεη επιχείρηση κατά τον αντίστοιχο χρόνο της αδείας του ή τις τυχόν, για την περίπτωση αυτή, καθορισμένες με συλλογική σύμβαση, ενώ κατά την παρ. 3 του ίδιου άρθρου (όπως αυτή ισχύει μετά την απάλειψη φράσης με το άρθρο 1 παρ. 2 του ν. 4547/1966) στην έννοια των αποδοχών περιλαμβάνονται και

οι κάθε είδους πρόσθετες ή συμπληρωματικές τακτικές παροχές (αντίτιμο τροφής, επιδόματα κ.λ.π.). Πρέπει να σημειωθεί, ότι οι ρυθμίσεις του Α.Ν. 539/1945 διασφαλίζουν τις ελάχιστες, υπέρ όλων των εργαζομένων, εγγυήσεις ως προς τις άδειες αναψυχής και τις συναφείς αποδοχές κ.λ.π. και λόγω του εντόνως προστατευτικού χαρακτήρα τους και του στενού δεσμού τους με την ικανοποίηση και προστασία του γενικότερου κοινωνικού συμφέροντος, αποτελούν μονομερώς αναγκαστικό δίκαιο. Κατά συνέπεια απόκλιση από τις σχετικές διατάξεις αυτού επιτρέπεται μόνο για την εφαρμογή ευμενέστερων, για τον εργαζόμενο, διατάξεων άλλων πηγών, κατ' επιταγή της αρχής της εύνοιας των μισθωτών, η οποία εφαρμόζεται όχι μόνο στην σχέση συλλογικής και ατομικής συμβάσεως εργασίας, αλλά και στην σχέση περισσότερων πηγών διαφορετικής ιεραρχικής βαθμίδας (ΟΛΑΠ 5/2011), υπό το πρίσμα δε αυτό πρέπει να ληφθεί και θεωρηθεί η περιεχόμενη στην ως άνω διάταξη, ως προς τις αποδοχές αδείας που δικαιούται ο μισθωτός, εναλλακτική διαζευκτική δυνατότητα χορήγησης των καθορισμένων, για την περίπτωση αυτή, με συλλογική σύμβαση, αποδοχών.

38.Επειδή, περαιτέρω, κατά τη ρητή περί τούτου διάταξη του άρθρου 3 παρ. 2 της υπ' αριθμό 19040/1981 απόφασης των Υπουργών Οικονομικών και Εργασίας «Χορήγηση επιδομάτων εορτών Χριστουγέννων και Πάσχα στους μισθωτούς όλης της χώρας που απασχολούνται με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου» (ΦΕΚ Α 742), η οποία εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 1 του ν. 1082/1980, ως τακτικές αποδοχές για την εφαρμογή των διατάξεων αυτής θεωρούνται ο μισθός και το ημερομίσθιο, καθώς και κάθε άλλη παροχή (είτε σε χρήμα, είτε σε είδος, όπως τροφή, κατοικία κ.λ.π.), εφόσον καταβάλλεται από τον εργοδότη σαν συμβατικό ή νόμιμο της παρεχομένης από τον μισθωτό εργασίας τακτικά κάθε μήνα ή κατ' επανάληψη περιοδικά κατά ορισμένα χρονικά διαστήματα του χρόνου, κατά δε το εδάφιο β της ως άνω διάταξης στις ως άνω τακτικές αποδοχές περιλαμβάνονται ενδεικτικά: α) οι προσαυξήσεις της νομίμου και τακτικώς παρεχομένης εργασίας κατά τις Κυριακές ή αργίες και τις νυκτερινές ώρες, εφόσον δίνονται στο μισθωτό σταθερά και μόνιμα σαν αντάλλαγμα για την παροχή εργασίας κατά τις ανωτέρω ημέρες και ώρες τακτικά κάθε μήνα ή κατ' επανάληψη περιοδικά κατά ορισμένα διαστήματα β) η αμοιβή που καταβάλλεται από τον

εργοδότη στο μισθωτό για τη νόμιμη υπερωριακή εργασία, εφόσον η εργασία αυτή, χωρίς να απαγορεύεται από το νόμο, παρέχεται τακτικά, γ) το επίδομα αδείας, ενώ κατά το εδάφιο γ αυτής στις ως άνω τακτικές αποδοχές περιλαμβάνεται και η συμπληρωματική αμοιβή για υπερεργασία και μάλιστα όχι μόνο η συνεχής, αλλά και εκείνη η οποία εμφανίζει ορισμένη συχνότητα επανάληψης από τη φύση της σύμφωνα με το πρόγραμμα του εργοδότη.

39.Επειδή, από τον συνδυασμό της ανωτέρω διάταξης του άρθρου 3 παρ. 1 και 3 του ΑΝ 539/1945 με τις διατάξεις των άρθρων 3 παρ. 16 του Ν. 4504/1966 (που αφορά επίδομα αδείας) και εκείνες των άρθρων 648, 653, 666, 679 του Α.Κ., της κυρωθείσας με το ν. 3248/1955 υπ' αριθμό 95/1949 Διεθνούς Συμβάσεως «περί προστασίας του ημερομισθίου», 2 της κυρωθείσας με το ν. 133/1975 από 26/2/1975 Εθνικής Γενικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας, 1 παρ. 2 του ν. 1082/1980 και 3 της ΥΑ 19040/1981, προκύπτει, ότι ως «συνήθεις αποδοχές», ταυτιζόμενες με τις «τακτικές αποδοχές» της παρ. 2 εδ. β και γ του άρθρου 3 της ΥΑ 19040/1981, με βάση τις οποίες υπολογίζονται οι αποδοχές και το επίδομα αδείας, καθώς και τα επιδόματα εορτών Πάσχα και Χριστουγέννων, νοούνται ο συμβατικός ή νόμιμος μισθός ή το ημερομίσθιο, καθώς και οποιαδήποτε άλλη πρόσθετη εργοδοτική παροχή, σε χρήμα ή σε είδος, που καταβάλλεται κατά την διάρκεια της σύμβασης εργασίας, με την προϋπόθεση, ότι η παροχή αυτή δίδεται σταθερά και μόνιμα ως αντάλλαγμα της παρεχόμενης εργασίας (πλην του επιδόματος αδείας στις αποδοχές αδείας). Επομένως, εφόσον παρέχονται τακτικά και σταθερά, περιλαμβάνονται στις τακτικές αποδοχές, μεταξύ άλλων, οι προσαυξήσεις για την παροχή εργασίας κατά τη νύκτα, τις Κυριακές και τις αργίες και γενικά κάθε προσαύξηση του βασικού μισθού ή του ημερομισθίου (ΟΛΑΠ 16/2011, ΑΠ 1367/2020).

40.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω οι πρόσθετες παροχές για τον υπολογισμό του επιδόματος Χριστουγέννων-Πάσχα, σε χρήμα αποτελούνται, μεταξύ άλλων από την προσαύξηση (75%) της νόμιμης απασχόλησης κατά τις Κυριακές ή επίσημες αργίες (άρθρο 2 του Ν.Δ. 3755/1957) και την προσαύξηση (25%) για απασχόληση τη νύχτα (βλ.άρθρο 2 του Κ.Υ.25825/1951). Για τον προσδιορισμό της προσαύξησης του καταβαλλόμενου ωρομισθίου πρέπει να αθροιστούν όλες οι ανωτέρω

Αριθμός Απόφασης: Σ1767/2021

πρόσθετες παροχές και να διαιρεθούν με τον αριθμό των εργάσιμων ημερών της περιόδου που αντιστοιχούν σε κάθε μισθωτό και το πηλίκο που θα προκύψει πρέπει να προστεθεί στο καταβαλλόμενο ημερομίσθιο. Το συνολικό ποσό του Δώρου Χριστουγέννων, όπως αυτό προκύπτει από τους ανωτέρω υπολογισμούς, πρέπει να προσαυξηθεί και με αναλογία του επιδόματος αδείας, το οποίο ως ετήσια αμοιβή ανήκει στις τακτικές αποδοχές και είναι ίσο με 4,166% των τακτικών αποδοχών (μισθού ή ημερομισθίου) ή συντελεστής 0,04166 (δηλ. $0,5 : 12 = 0,04166$ ή $13 : 312 = 0,04166$ δηλ. εβδομάδες $52 \times 6 = 312$ ημερομίσθια).

41. Επειδή, ακόμη, από τις προαναφερόμενες νομοθετικές διατάξεις και τους σχετικούς όρους της διακήρυξης (2.4.1, 2.4.4 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι: ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΑΝΑΔΟΧΟΥ - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ) συνάγεται 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 την ισχύουσα νομοθεσία και την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 313/2015, 441/2014, 328,198, 187/2013 κ.ά.). Εξάλλου, κατά τη σαφή διατύπωση των ίδιων όρων της διακήρυξης, ενόψει και της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, η οποία σκοπό έχει να εξασφαλίσει την τήρηση των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσης (ΣΤΕ 194/2011), η δια του Εντύπου Οικονομικής Προσφοράς υποβολή των στοιχείων του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 και η αναλυτική καταγραφή – υπολογισμός του προϋπολογισμένου ποσού των νόμιμων αποδοχών του προσωπικού που θα απασχοληθεί στο έργο και του ύψους των αναλογουσών ασφαλιστικών εισφορών αποτελούν προϋπόθεση του παραδεκτού της οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων, παράλειψη δε υποβολής αυτών ή υποβολή τους κατά τρόπο ελλιπή, καθιστά την οικονομική προσφορά απαράδεκτη και ως εκ τούτου απορριπτέα (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 758/2010).

42. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσφοράς του α' παρεμβαίνοντος αυτός έχει υπολογίσει τα επιδόματα Χριστουγέννων-Πάσχα στον «ΠΙΝΑΚΑ ΤΡΟΠΟΥ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ ΑΝΑΛΥΣΗΣ ΚΟΣΤΟΥΣ

Αριθμός Απόφασης: Σ1767/2021

ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ», ως εξής: «[...]Κόστος δώρων Πάσχα - Χριστουγέννων (περιλαμβανομένων και εισφορών ΙΚΑ του εργοδότη):

$$\Delta.Π. : 650 + 146,51 = 796,51 / 2 \times 1,04166 / 12 = 34,57$$

$$\Delta.Χ. : 650 + 146,51 = 796,51 \times 1,04166 / 12 = 69,14$$

$$\text{Σύνολο} : 103,71$$

43. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, ο παρεμβαίνων ως βάση υπολογισμού των επίμαχων δαπανών έχει λάβει το ποσό των 650,00 ευρώ, το οποίο αντιστοιχεί στο κατώτατο μηνιαίο μισθό (άρθρ. πρώτο του Ν.4093/2012, ΥΑ 4241/127/2019), προσθέτοντας και τις σχετικές εργοδοτικές εισφορές ενώ, στους υπολογισμούς του δεν έχει λάβει υπόψη την προσαύξηση του ως άνω μισθού λόγω απασχόλησης Κυριακών-αργιών και νυχτών, στους εργαζομένους που, κατά το πρόγραμμα φύλαξης της διακήρυξης θα εργάζονται τακτικά Κυριακές-αργίες και νύχτες. Ειδικότερα, όπως με σαφήνεια προκύπτει από την ανάλυση κόστους της προσφοράς του α' παρεμβαίνοντος ελλείπει παντελώς ο υπολογισμός των προσαυξήσεων λόγω εργασίας τις Κυριακές-αργίες και τα νυκτερινά στα επιδόματα Χριστουγέννων και Πάσχα. Αντιθέτως προκύπτει η προσαύξηση του δώρου μόνο με την αναλογία του επιδόματος αδείας, το οποίο ως ετήσια αμοιβή ανήκει στις τακτικές αποδοχές και είναι ίσο με 4,166% των τακτικών αποδοχών (μισθού ή ημερομισθίου) ή συντελεστής 0,04166 (δηλ. $0,5 : 12 = 0,04166$ ή $13 : 312 = 0,04166$ δηλ. εβδομάδες $52 \times 6 = 312$ ημερομίσθια). Με αυτόν τον τρόπο, όμως, εν προκειμένω, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν παραπάνω, δεν τηρήθηκαν οι διατάξεις της κείμενης εργατικής νομοθεσίας, όπως επί ποινή αποκλεισμού απαιτείται από τη διακήρυξη.

44.Επειδή, απορριπτέος τυγχάνει ο ισχυρισμός του α' παρεμβαίνοντος περί αοριστίας της προσφυγής, η οποία, κατά τον τελευταίο δεν προσδιορίζει σε ποιο ακριβώς σημείο του υπολογισμού του έσφαλλε. Και τούτο διότι η προσφεύγουσα προσδιορίζει ακριβώς με την προσφυγή της ότι η πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρείας έγκειται στον μη συνυπολογισμό των προσαυξήσεων (λόγω εργασίας Κυριακές-αργίες και νύχτες) στον υπολογισμό των επιδομάτων Χριστουγέννων-Πάσχα, το οποίο και προκύπτει από την απλή επισκόπηση της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος και τους εκεί αναφερόμενους συντελεστές, ήτοι, ενδεικτικά

Αριθμός Απόφασης: Σ1767/2021

για το δώρο Χριστουγέννων ο παρεμβαίνων υπολογίζει $650 + 146,51 = 796,51 \times 1,04166 / 12 = 69,14$, που αντιστοιχεί σε μισθό +εργοδοτικές εισφορές Χ επίδομα αδείας, από τα οποία καταφανώς ελλείπει η οποιαδήποτε αναφορά/ υπολογισμός των ως άνω νομίμων προσαυξήσεων. Άλλωστε, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, ο προσφεύγων προσδιορίζει επακριβώς στην προσφυγή και στο υπόμνημά του ποιος είναι ο νόμιμος τρόπος υπολογισμού, ο δε παρεμβαίνων εσφαλμένως αποκρούει τον εν λόγω υπολογισμό ως γενικό και μη αφορώντα την περίπτωση του ιδίου και τούτο διότι, τόσο οι συντελεστές των προσαυξήσεων για την εργασία Κυριακές-αργίες και τα νυκτερινά είναι συγκεκριμένοι και προκύπτουν από τον νόμο, όσο και ο αριθμός των Κυριακών-νομοθετημένων αργιών, στις οποίες το κόστος απασχόλησης των εργαζομένων προσαυξάνει είναι γνωστά και κοινά για όλους. Ομοίως ισχύει και για τις προσαυξήσεις 25% των νυκτερινών σε καθημερινή βάση. Για τον ίδιο λόγο είναι αβάσιμα όσα επικαλείται το Νοσοκομείο με τις απόψεις του, ότι δήθεν, δεν μπορεί να γνωρίζει τον ακριβή αριθμό των Κυριακών και των αργιών ώστε να μπορεί να προβεί σε σχετικό έλεγχο, όταν είναι γνωστός σε όλους ο αριθμός των Κυριακών ετησίως (κατ' ελάχιστο 52) αλλά και των νομοθετημένων αργιών (βλ. παραπάνω), στις οποίες το κόστος απασχόλησης των εργαζομένων προσαυξάνεται. Οπότε όποιον τρόπο υπολογισμού και να επιλέξει κανείς για την προσφορά του οι ανωτέρω συντελεστές είναι οι ίδιοι και θα πρέπει να προκύπτουν από την ίδια την προσφορά. Εξάλλου αλυσιτελώς ισχυρίζεται ο α' παρεμβαίνων ότι τυγχάνει απαράδεκτος ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος για τον λόγο ότι δεν συσχέτισε την εν λόγω πλημμέλεια με τον υπολογισμό του συνολικού εργατικού κόστους, από την οποία συσχέτιση και μόνο-κατά τον παρεμβαίνοντα- θα μπορούσε να προκύψει εάν πράγματι στην προκειμένη περίπτωση η προσφορά υπολείπεται συνολικά του κατώτερου εργατικού κόστους. Τούτο δε διότι, η ως άνω πλημμέλεια της προσφοράς αρκεί από μόνη της για την απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν υπό σκέψεις 39-41 κι, επομένως, αλυσιτελώς προβάλλεται.

45. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής που όφειλε ο β' παρεμβαίνων να καταθέσει θα έπρεπε να ανέρχεται στο ποσό των 8.287,08

ευρώ τουλάχιστον. Σχετικά με τον ανωτέρω λόγο της προσφυγής τόσο η αναθέτουσα αρχή, όσο και ο β' παρεμβαίνων ισχυρίζονται ότι πρέπει ν' απορριφθεί ως αβάσιμος διότι σύμφωνα με τα ζητούμενα της Διακήρυξης και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής το ποσό των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής των υποψηφίων αναδόχων θα πρέπει να ανέρχεται τουλάχιστον στο ποσοστό 2% επί της συνολικής δαπάνης άνευ ΦΠΑ των προσφερόμενων υπηρεσιών.

46.Επειδή, στην παράγραφο 2.2.2.1 του διαγωνισμού αναφέρεται ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής θα ανέρχεται σε ποσοστό 2% επί της συνολικής δαπάνης (άνευ ΦΠΑ) των προσφερόμενων υπηρεσιών. Περαιτέρω σύμφωνα στην παράγραφο 1.3 της διακήρυξης ορίζεται ότι η συνολική εκτιμώμενη δαπάνη είναι 414.354,06€ πλέον ΦΠΑ - 513.799,03€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ήτοι ως συνολική δαπάνη ορίζεται στη διακήρυξη αυτή που συμπεριλαμβάνει και το δικαίωμα προαίρεσης κι, επομένως, επ' αυτής έπρεπε να υπολογιστεί η εγγυητική επιστολή συμμετοχής παρά τα αντιθέτου ισχυριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή και τον β' παρεμβαίνοντα, τα τυγχάνουν απορριπτέα.

47.Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης ο β' παρεμβαίνων υπέβαλε με την προσφορά του εγγυητική επιστολή ποσού 4.143,54 ευρώ.

48.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η εγγυητική επιστολή συμμετοχής του β' παρεμβαίνοντα που υπολογίστηκε επί του ετήσιου ποσού δαπάνης που ανέρχεται στο ποσό των 207.177,03 ευρώ ($207.177,03 \times 2\% = 4.143,54$ ευρώ) και όχι επί του ποσού των 414.354,06€, ήτοι $414.354,06\text{€} \times 2\% = 8.287,08\text{€}$ τουλάχιστον, υπολείπεται του νομίμου ποσού και η προσφορά του πρέπει ν' απορριφθεί ως απαράδεκτη. Σημειώνεται ότι τόσο ο προσφεύγων όσο και ο α' παρεμβαίνων υπολόγισαν την εγγυητική επιστολή συμμετοχής τους με βάση το συνολικό ποσό ως προσδιορίζεται στο 1.3 άρθρο της διακήρυξης, ήτοι το ποσό των 414.354,06€ και υπέβαλαν με την προσφορά τους αντίστοιχη εγγυητική επιστολή συμμετοχής ποσού 8.278,08 ευρώ. Ειδικότερα, οι ισχυρισμοί του β' παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι καθόσον αποδέχθηκε τους όρους της διακήρυξης, μη ασκώντας επικαίρως προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια ουδεμία επιφύλαξη

διατύπωσε ως προς τον επίμαχο όρο, ούτε όμως υπέβαλε σχετικό ερώτημα στην αναθέτουσα αρχή, ομοίως απορριπτέοι είναι και οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχή η οποία δεν δύναται να μην εφαρμόσει τους όρους τους οποίους υποβλήθηκε.

49. Επειδή, κατόπιν αποδοχής των ανωτέρω που αποτελούν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα απόρριψης της προσφοράς του β παρεμβαίνοντα και αποδοχής της προσφυγής κατά το οικείο σκέλος, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής που αφορούν την αποδοχή της προσφοράς του β' παρεμβαίνοντα.

50. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η προσφυγή καθώς και η α' παρέμβαση και ν' απορριφθεί η β' παρέμβαση.

51. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης πρέπει ν' αποδοθεί το καταβληθέν παράβολο στον προσφεύγοντα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Δέχεται εν μέρει την α' παρέμβαση, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο ο παρεμβαίνων αιτείται την διατήρηση της προσβαλλομένης κατά το σκέλος αυτής με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος.

Απορρίπτει την β' παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο έκανε δεκτή την προσφορά του α' και του β' παρεμβαίνοντος, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την απόδοση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 26-11-2021 και εκδόθηκε στις 03.12.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ