

**Η**

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

**8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Μαρτίου 2019 με την εξής σύνθεση:  
Χρήστος Σώκος Πρόεδρος και Εισηγητής, Ιωάννης Κίτσος, Ιωάννα Θεμελή,  
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.02.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 202/15-02-2019 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «...Α.Ε.», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αρ. πρωτ. 493α/2/31-1-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής με θέμα έγκριση Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας/ Αξιολόγησης Προσφορών του Διεθνούς Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού ...για την «Παροχή Υπηρεσιών Φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων του ...και του περιβάλλοντος χώρου/κήπου», κατά το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η οικονομική προσφορά της και αποφασίστηκε η προκήρυξη εκ νέου του ως άνω διαγωνισμού με ταυτόχρονη τροποποίηση των προδιαγραφών του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

## Αριθμός απόφασης: 404/2019

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 1.600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...και την εξόφληση αυτού στην Τράπεζα Πειραιώς στις 15.02.2019).

2. Επειδή με την με αριθ. ...Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Διεθνής ανοιχτός ηλεκτρονικός Διαγωνισμός με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ .... Αντικείμενο της σύμβασης είναι η «Παροχή Υπηρεσιών Φύλαξης του κτιριακού συγκροτήματος του .... και του περιβάλλοντος χώρου/κήπου» για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης 320.000,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α και 396.800,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α 24%, (και με δικαίωμα προαίρεσης διάρκειας ενός έτους εκτιμώμενης αξίας 320.000,00€ χωρίς ΦΠΑ) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίστηκε η Δευτέρα 17.09.2018 και ώρα 13.00 μμ και ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η 24.09.2018, ημέρα Δευτέρα και ώρα 11.00 πμ.

3. Επειδή, επί του Α΄ Σταδίου της αποσφράγισης των (υπο-)Φακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών, δυνάμει του από 29.01.2019 ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ που συνέταξε η ορισθείσα Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού του άρθρου 221 παρ. 1 Ν. 4412/2016 προκύπτει πως στον συγκεκριμένο Διαγωνισμό συμμετείχαν εκτός από την προσφεύγουσα και άλλες δύο εταιρείες ήτοι, η «...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και η «...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ». Η Επιτροπή, μετά τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών και των τριών συμμετεχουσών εταιρειών εισηγήθηκε την απόρριψη τους διότι δεν πληρούνταν οι όροι και οι προδιαγραφές της Διακήρυξης. Ειδικά για την προσφορά της προσφεύγουσας εισηγήθηκε την απόρριψή της με την αιτιολογία ότι «έχει προσκομίσει προσφορά στην οποία τροποποιεί τον «Πίνακα Κόστους Ωρας» όπως αυτός ορίζεται στο Παράρτημα V της διακήρυξης. Συγκεκριμένα: •Δεν υπολογίζει ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗ ΑΔΕΙΑΣ αλλά υπολογίζει ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ το οποίο μεταθέτει στο μέρος α' του πίνακα και το υπολογίζει επί των βασικών ΜΗΝΙΑΙΩΝ ΑΠΟΔΟΧΩΝ (α). •Δεν υπολογίζει ΚΟΣΤΟΣ ΚΑΤΑΣΚΗΝΩΣΕΩΝ δικαιολογώντας ότι «το κόστος κατασκηνώσεων δεν υπολογίζεται στο εργατικό κόστος διότι σε τέτοια περίπτωση κατά τον

## Αριθμός απόφασης: 404/2019

υπολογισμό του εργατικού κόστους θα προσαύξανε λόγω προσαυξήσεων με αποτέλεσμα να προκύπτει μεγαλύτερο από το ποσό των 20€ ανά εργαζόμενο». Λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι: •Στην Διακήρυξη ..., Παράρτημα V, σελ. 89 αναφέρεται ότι «... Οι παρακάτω πίνακες συμπληρώνονται χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους από τους οικ. Φορείς σύμφωνα με την κείμενη εργατική και ασφαλιστική και σχετική νομοθεσία και προσκομίζονται στην οικονομική προσφορά με ποινή απαραδέκτου της προσφοράς...». •Ο τρόπος υπολογισμού του κόστους κατασκηνώσεων καθίσταται μη εμφανής στην προσφορά, μιας και περιλαμβάνεται στο διοικητικό κόστος, αντί του εργατικού (παρά τα όσα ορίζει η διακήρυξη)». Με την υπ' αριθμ. 493<sup>α</sup> / 2/31-01-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το ως άνω ΠΡΑΚΤΙΚΟ και αποφασίστηκε παράλληλα η προκήρυξη εκ νέου του ως άνω Διαγωνισμού με ταυτόχρονη τροποποίηση των προδιαγραφών του.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με την οποία απερρίφθη η οικονομική προσφορά της, προσέφυγε η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 15.02.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωσή της.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, όπως ομολογεί η προσφεύγουσα (σελ. 3 της Προσφυγής), στις 05.02.2019, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 15.02.2019, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης απόφασης ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον (ΣτΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελής) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον τομέα της παροχής υπηρεσιών φύλαξης συμμετείχε στον επίμαχο Διαγωνισμό και πλέον μετά την έκδοση της

## Αριθμός απόφασης: 404/2019

προσβαλλόμενης Απόφασης με την οποία απερρίφθη η οικονομική της προσφορά, παρανόμως όπως υποστηρίζει η ίδια, υφίσταται βλάβη όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, κοινοποίησε στις 18.02.2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 25.02.2019 απόψεις της σχετικά με αυτήν.

8. Επειδή, το άρθρο 2.6.4.- Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών Προσφορών της Διακήρυξης , ορίζει ότι «*Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα Διακήρυξη κριτήριο ανάθεσης όπως ορίζεται στην παρ. 2.5. Η οικονομική προσφορά συμπληρώνεται επί ποινή αποκλεισμού σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V (πίνακες Οικονομικής Προσφοράς της παρούσας). Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία (παρ. 5 περ. α του άρθρου 95 του Ν.4412/2016), μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3.% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Οι οικονομικές προσφορές θα συνοδεύονται υποχρεωτικά από ανάλυση μισθοδοσίας, πλήρη τεκμηρίωση των προσφερομένων τιμών και υπεύθυνη δήλωση ότι τηρείται η ισχύουσα εργατική νομοθεσία , άλλως απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται δηλώνοντας το χρόνο ισχύος της προσφοράς τους. Για τον υπολογισμό της οικονομικής προσφοράς χρησιμοποιείται ως προβλεπόμενος χρόνος έναρξης της σύμβασης η 01 Οκτωβρίου 2018...».* Περαιτέρω, στο Παράρτημα V της διακήρυξης, στη σελίδα 89 ορίζεται ότι «*Οι παρακάτω πίνακες συμπληρώνονται χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους από τους Οικονομικούς Φορείς σύμφωνα με την κείμενη εργατική και ασφαλιστική και σχετική νομοθεσία και προσκομίζονται στην οικονομική προσφορά με ποινή απαράδεκτου της*

## **Αριθμός απόφασης: 404/2019**

προσφοράς».

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

10. Επειδή η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι *«...Ως προς το κόστος παιδικών κατασκηνώσεων: Από τους προπαρατεθέντες όρους ως άνω της διακήρυξης και το Παράρτημα V αυτής, σε συνδυασμό προς τις διατάξεις του άρθρου 89 περ. Γ του Ν. 3996/2011 και της 23411/2131/30- 122011 απόφασης του Υπουργού και του Υφυπουργού Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, προκύπτει η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην οικονομική τους προσφορά το κονδύλιο των 20 ευρώ ετησίως για καθένα από τους εργαζόμενους που θα απασχοληθούν, ως εργοδοτική εισφορά υπέρ του Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων και ήδη Ε.Λ.Π.Κ.. Ωστόσο, οι ως άνω διατάξεις της διακήρυξης, στις οποίες αναφέρονται τα στοιχεία που, επί ποινή απαραδέκτου, οφείλουν να παραθέτουν στην προσφορά τους οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, δεν επιβάλλουν στους διαγωνιζόμενους ρητή και αναντίλεκτη υποχρέωση να συμπεριλάβουν το επίμαχο κονδύλιο σε συγκεκριμένο πεδίο είτε στο «Σύνολο Μισθοδοτικού Κόστους - εργοδοτικών εισφορών» αφού τούτο δεν φαίνεται τοσούτον ευρέως νοούμενο, ώστε να περιλάβει υποχρεωτικώς κάθε οφειλόμενο προς οποιονδήποτε ασφαλιστικό ή συναφή φορέα ποσό, πλην των ασφαλιστικών - εργοδοτικών εισφορών - , είτε στο «Διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών»», αλλά ούτε και να αναγράψουν αυτό σε ξεχωριστό κεφάλαιο της οικονομικής τους προσφοράς, δεδομένου, άλλωστε, ότι δεν προβλέπεται*

## Αριθμός απόφασης: 404/2019

σχετικό πεδίο στα υποδείγματα των πινάκων που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα V της διακήρυξης. Στο μόνο σημείο όπου προβλέπεται η αναγραφή σε ξεχωριστό πεδίο του Κόστους Κατασκηνώσεων είναι στον τελευταίο πίνακα κόστους ώρας στη σελίδα 91 της διακήρυξης. Προφανής είναι ο διακριτός χαρακτήρας του κονδυλίου τούτου, το οποίο, παρότι ούτε και γνησίως διοικητικό κόστος περιγράφει, πάντως δεν αναπαριστά ασφαλιστική εισφορά, καθότι, μάλιστα, δεν υπολογίζεται επί του ποσού της εργατικής δαπάνης, και δεν εντάσσεται ως εκ τούτου στη συμβατική εργατική δαπάνη, αλλ' εμπίπτει στην εν ευρεία εννοία εργοδοτική δαπάνη. Κατά συνέπεια, είναι ευλόγως υποστηρίξιμη η άποψη ότι είναι επιτρεπτή η αναγραφή του επίμαχου κονδυλίου στο διοικητικό κόστος υπό τον αναπόδραστο όρο ότι, συμποσούμενο μετά των λοιπών κονδυλίων της εργατικής δαπάνης, δεν υπολείπεται του προσδιοριζόμενου στη διακήρυξη ελάχιστου νόμιμου κόστους παροχής υπηρεσιών. (πρβλ. *ad hoc* απόφαση Ν141/2018 του ΔΕφΘεσ (Τμήμα Γ' Ακυρωτικό). Πέραν των ανωτέρω, κατά τα οριζόμενα το άρθρο 34 του Ν. 4144/2013, προβλέπεται η σύσταση Ενιαίου Λογαριασμού για την Εφαρμογή Κοινωνικών Πολιτικών (Ε.Λ.Ε.Κ.Π.), στους πόρους του οποίου περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, «Τα προβλεπόμενα, από την περίπτωση Γ του άρθρου 89 του ν. 3996/2011, όπως εξειδικεύτηκαν στην 23411/2131/30.12.2011 (Β 29/2012) κοινή απόφαση του Υπουργού και Υφυπουργού Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, έσοδα του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων (Ε.Λ.Π.Κ.), τα οποία διατίθενται αποκλειστικά για τους θεσπισμένους με τις διατάξεις αυτές σκοπούς». Για την ανωτέρω εισφορά εκδόθηκε η υπ' αριθ. 49/2013 εγκύκλιος του Ι.Κ.Α. (αριθ. πρωτ. Ε20/2/2-8-2013), σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην οποία, επιβλήθηκε «ετήσια εργοδοτική εισφορά είκοσι (20) ευρώ, ανά εργαζόμενο με σχέση εξαρτημένης εργασίας ιδιωτικού δικαίου, καταβλητέα από τους εργοδότες οι οποίοι καταβάλλουν εισφορές υπέρ του Οργανισμού Εργατικής Εστίας». Επίσης, στην υπ' αριθ. 63/2013 εγκύκλιο του Ι.Κ.Α. (αριθ. πρωτ. Ε20/3/24-10-2013) αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι «η εν λόγω εργοδοτική εισφορά αφορά όσους εργαζόμενους απασχολήθηκαν με σχέση εξαρτημένης εργασίας ιδιωτικού δικαίου και μισθοδοτήθηκαν κατά το μήνα Αύγουστο, ανεξάρτητα από τη διάρκεια της ημερήσιας ή μηνιαίας απασχόλησής τους». Από τη γραμματική διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται με σαφήνεια ότι η εν λόγω εισφορά επιβάλλεται «ανά εργαζόμενο με σχέση εξαρτημένης εργασίας ιδιωτικού

## **Αριθμός απόφασης: 404/2019**

δικαίου» και για «όσους εργαζόμενους απασχολήθηκαν με σχέση εξαρτημένης εργασίας ιδιωτικού δικαίου και μισθοδοτήθηκαν κατά τον μήνα Αύγουστο». Δηλαδή, το ποσό της συγκεκριμένης εισφοράς είναι σταθερό, καταβάλλεται άπαξ ανά εργαζόμενο που απασχολείται κατά το μήνα Αύγουστο, και δεν υπόκειται σε αυξομειώσεις ανάλογα με την τυχόν απασχόληση σε νυκτερινό ωράριο ή Κυριακές και αργίες. Ως εκ τούτου, το ποσό της εισφοράς δεν οφείλεται σε περίπτωση κατά την οποία οι εργαζόμενοι απασχοληθούν σε άλλα χρονικά διαστήματα εντός του έτους, που δεν περιλαμβάνουν το μήνα Αύγουστο. Το αυτό έχει κριθεί *ad hoc* και με την με αριθμ. 704/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ (4ο Κλιμάκιο), όπου και εκδικάστηκε προδικαστική προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας ...κατά της αναθέτουσας αρχής ... / ..., και επί της οποίας η εταιρεία μας είχε ασκήσει παρέμβαση. Η εταιρεία μας σαφώς δήλωσε ότι «το εν λόγω κόστος κατασκηνώσεων δεν υπολογίζεται στο εργατικό κόστος διότι σε τέτοια περίπτωση κατά τον υπολογισμό του εργατικού κόστους θα προσαύξανε λόγω προσαυξήσεων με αποτέλεσμα να προκύπτει μεγαλύτερο από το ποσό των 20€ ανά εργαζόμενο». Και τούτο διότι όπως ρητά έχει γίνει δεκτό σύμφωνα με τα ανωτέρω η εν λόγω κράτηση ανέρχεται στο ποσό των 20.00 για κάθε εργαζόμενο και δεν προσαυξάνεται σε περίπτωση κατά την οποία ο εργαζόμενος απασχολείται κατά τις νυκτερινές ώρες καθημερινής, ή σε ημέρα Κυριακή ή αργίας ή κατά τις νυκτερινές ώρες Κυριακής και αργίας. Στην αντίθετη περίπτωση δηλαδή που το εν λόγω πάγιο ποσό υπολογιζόταν στο κόστος ωριαίας καθημερινής απασχόλησης τότε η εν λόγω εισφορά θα συμμετείχε στη διαμόρφωση του ωρομισθίου με αποτέλεσμα το ποσό αυτό να πολλαπλασιάζεται εκ νέου κατά τον υπολογισμό των προσαυξήσεων του εργατικού κόστους. Τυχόν συμπερίληψη και επιμερισμός του κόστους εισφοράς υπέρ Ε.Λ.Π.Κ. στο ποσό του ωρομισθίου έχει ως συνέπεια κάθε περαιτέρω υπολογισμός στον οποίο χρησιμοποιείται το ωρομίσθιο (όπως π.χ. για τις προσαυξήσεις νυκτερινών και Κυριακών - αργιών) να οδηγεί σε περαιτέρω επαύξηση του ήδη υπολογισμένου κόστους για την εισφορά υπέρ Ε.Λ.Π.Κ., με αποτέλεσμα το ποσό της εισφοράς να διαμορφώνεται τελικά σε ύψος πολύ περισσότερο ανώτερο από αυτό των 20,00 ευρώ ανά εργαζόμενο.»

11. Επειδή η αναθέτουσα αντικρούει τον πρώτο λόγο της προσφυγής και αναφέρει σχετικώς ότι «Κατά τη σαφή διατύπωση των όρων της διακήρυξης και ειδικότερα με τη διατύπωση της παραγράφου 2.6.4. υπό τον τίτλο «Περιεχόμενα

## **Αριθμός απόφασης: 404/2019**

Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών», στη σελίδα 32 αυτής, ορίζεται ότι: «Η οικονομική προσφορά συμπληρώνεται επί ποινή αποκλεισμού σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V (πίνακες Οικονομικής Προσφοράς της παρούσας)»... Περαιτέρω, με το Παράρτημα V της διακήρυξης, στη σελίδα 89 αυτής ορίζεται ότι «Οι παρακάτω πίνακες συμπληρώνονται χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους από τους Οικονομικούς Φορείς σύμφωνα με την κείμενη εργατική και ασφαλιστική και σχετική νομοθεσία και προσκομίζονται στην οικονομική προσφορά με ποινή απαραδέκτου της προσφοράς». Επίσης, στη σελίδα 91 αυτής, αποτυπώνεται πίνακας κόστους ώρας, ο οποίος, σύμφωνα και με τα ανωτέρω αναφερόμενα, πρέπει να συμπληρωθεί από τους οικονομικούς φορείς για το παραδεκτό της οικονομικής τους προσφοράς. Μεταξύ άλλων, οι τελευταίοι καλούνται να δηλώσουν σε αυτόν το κόστος εργοδοτικής εισφοράς για τον Ειδικό Λογαριασμό Παιδικών Κατασκηνώσεων (Ε.Λ.Π.Κ.) («Κόστος Κατασκηνώσεων»). Από το σύνολο επομένως των προαναφερόμενων όρων της διακήρυξης προκύπτει ρητώς ότι η προσφεύγουσα εταιρεία είχε σαφή και αδιαμφισβήτητη υποχρέωση να συμπληρώσει τους ανωτέρω πίνακες κατά τον τρόπο που προβλέπεται από την οικεία διακήρυξη του διαγωνισμού και συνεπώς να υπολογίσει το Κόστος Κατασκηνώσεων στον πίνακα κόστους ώρας και όχι σε άλλο σημείο της οικονομικής της προσφοράς, όπως στον υπολογισμό του ετήσιου διοικητικού κόστους για την παροχή των υπηρεσιών φύλαξης και τούτο μάλιστα, επί ποινή απαραδέκτου της οικονομικής της προσφοράς. Εξάλλου, σε περίπτωση που η προσφεύγουσα εταιρεία είχε οποιαδήποτε αντίρρηση επί της νομιμότητας του συγκεκριμένου τρόπου υπολογισμού του πίνακα κόστους ώρας και ειδικότερα επί της συμπερίληψης του σχετικού κονδυλίου του Κόστους Κατασκηνώσεως σε αυτόν, αντί της πρόβλεψης υπολογισμού του στο διοικητικό κόστος, ως διατείνεται εν προκειμένω με την υπό κρίση Προσφυγή της, όφειλε να προσφύγει εντός της νόμιμης προθεσμίας και σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' του Ν.4412/2016 κατά της ίδιας της υπ' αριθμ. ...διακήρυξης, γεγονός το οποίο ουδέποτε έπραξε. Αντιθέτως, η προσφεύγουσα όχι μόνο δεν προσέφυγε κατά της σχετικής διακήρυξης του Οργανισμού μας, αλλά υπέβαλε την προσφορά της ανεπιφύλακτα αποδεχόμενη τους όρους αυτής στο σύνολό τους, παραπονούμενη το πρώτον σήμερα με την υπό κρίση προσφυγή της για την απόρριψη της οικονομικής της προσφοράς και τη



## Αριθμός απόφασης: 404/2019

ματαίωση του διαγωνισμού, στηριζόμενη σε λόγο που αφορά στη νομιμότητα του υπό εξέταση όρου της διακήρυξης. Συνεπώς, μη νόμιμα προβάλλεται ενώπιόν Σας ο ανωτέρω λόγος προσφυγής και πρέπει εκ του λόγου αυτού να κριθεί απορριπτός. Άλλωστε, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (Ε Σ VI Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους....Με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή των οικονομικών φορέων στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης και δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση αυτών (Σ.τ.Ε. ΣΤ' 1620/2015). Η αδυναμία της αμφισβήτησης των όρων της διακήρυξης ισχύει και στο μεταγενέστερο στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης που συνάπτεται με τον ανάδοχο οπότε οι όροι της διακήρυξης έχουν καταστεί και όροι της σύμβασης (Δ.Ε.Κ. C-496/1999, C-454/2006, Σ.τ.Ε. Ολ. 1667/2011, Σ.τ.Ε. Ολ. 964/1998, 966/1998, 1415/2000, Σ.τ.Ε. 3602/2005, Σ.τ.Ε. 702/2008, Σ.τ.Ε. 1794/2008). Τούτο δε, δηλαδή η αδυναμία παρεμπίπτουσας αμφισβήτησης της νομιμότητας όρων της διακήρυξης, η οποία δεν έχει προσβληθεί ευθέως, ισχύει, κατά λογική ακολουθία, και στο μεταγενέστερο στάδιο της εκτέλεσης της συναφθείσης με τον ανάδοχο σύμβασης, οπότε οι όροι της διακήρυξης έχουν πλέον καταστεί όροι της σύμβασης διότι, πέραν των ανωτέρω, η αντίθετη άποψη θα είχε και ως συνέπεια την, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ανεπίτρεπτη, εκ των υστέρων, ανατροπή των όρων με βάση τους οποίους αναπτύχθηκε ο ανταγωνισμός, διαμορφώθηκαν οι προσφορές των διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκε ο ανάδοχος (Δ.Ε.Κ. απόφαση της 29/04/2004 «CAS Succhi di Frutta SpA», C-496/1999, σκέψεις 106 έως 125 και απόφαση της 19/06/2008 «Presstext Nachrichtenagentur GmbH», C-454/2006, σκέψεις 55 και επόμενες και ιδίως 59 και 60, Σ.τ.Ε. 2137/2012).... Ειδικώς σε ότι αφορά την ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων τονίζεται ότι οι λοιποί συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, ήτοι η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», πράγματι κατά πιστή τήρηση των όρων της διακήρυξης, συμπεριέλαβαν τον υπολογισμό του Κόστους Κατασκευών στον πίνακα κόστους ώρας, όπως ακριβώς προβλεπόταν στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V αυτής,

## **Αριθμός απόφασης: 404/2019**

υποβάλλοντας οικονομική προσφορά μεγαλύτερη από αυτήν που υπέβαλε τελικώς η προσφεύγουσα κατά παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης. Με τον τρόπο αυτόν η προσφεύγουσα εταιρεία απέκτησε μη επιτρεπτό ανταγωνιστικό πλεονέκτημα έναντι των λοιπών διαγωνιζομένων, οι οποίοι συμμορφώθηκαν με τον οικείο όρο της διακήρυξης, τον οποίο, ανεξαρτήτως της κρίσεως επί της νομιμότητας αυτού, αποδέχτηκαν με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό και τη μη νόμιμη και εμπρόθεσμη προσφυγή κατά της διακήρυξης και από τον οποίο όρο δεσμεύονταν κατά την υποβολή της οικονομικής τους προσφοράς. Σημειώνεται τέλος, ότι σε ότι αφορά την υπ' αριθμ. 141/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, στην οποία η προσφεύγουσα αναφέρεται προς επίρρωση των ισχυρισμών της, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: με την προαναφερόμενη απόφαση κρίθηκε το παραδεκτό της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζόμενου σε σχέση με τον τρόπο αναγραφής της εργοδοτικής εισφοράς υπέρ του Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων και τη συμπερίληψή της σε συγκεκριμένο πεδίο της οικονομικής του προσφοράς. Ειδικότερα κρίθηκε ότι «οι ως άνω διατάξεις της διακήρυξης, στις οποίες αναφέρονται τα στοιχεία που, επί ποινή απαραδέκτου, οφείλουν να παραθέτουν στην προσφορά τους οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, δεν επιβάλλουν στους διαγωνιζόμενους ρητή και αναντίλεκτη υποχρέωση να συμπεριλάβουν το επίμαχο κονδύλιο σε συγκεκριμένο πεδίο είτε [...] αφού τούτο δεν φαίνεται τσοσούτον ευρέως νοούμενο, ώστε να περιλάβει υποχρεωτικός κάδε οφειλόμενο προς οποιονδήποτε ασφαλιστικό ή συναφή φορέα ποσό, πλην των ασφαλιστικών - εργοδοτικών εισφορών - είτε [...], αλλά ούτε και να αναγράψουν αυτό σε ξεχωριστό κεφάλαιο της οικονομικής τους προσφοράς, δεδομένου, άλλωστε, ότι δεν προβλέπεται σχετικό πεδίο στα υποδείγματα των πινάκων που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα II της διακήρυξης. [...] αλλά εμπίπτει στην εν ευρεία εννοία εργοδοτική δαπάνη, για την οποία ωστόσο, δεν προβλέπεται στην ένδικη διακήρυξη συγκεκριμένο πεδίο προς συμπλήρωση. Κατά συνέπεια, είναι ευλόγως υποστηρίξιμη η άποψη ότι είναι επιτρεπτή η αναγραφή του επίμαχου κονδυλίου στο διοικητικό κόστος υπό τον αναπρόδροστο όρο ότι, συμποσούμενο μετά των λοιπών κονδυλίων της εργατικής δαπάνης, δεν υπολείπεται του προσδιοριζόμενου στη διακήρυξη ελάχιστου νόμιμου κόστους παροχής υπηρεσιών». Εκ των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι το Ακυρωτικό Δικαστήριο έκρινε το παραδεκτό της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζόμενου στη βάση

## Αριθμός απόφασης: 404/2019

διαφορετικών νόμιμων προϋποθέσεων συμμετοχής στο διαγωνισμό. Ειδικότερα, από το σκεπτικό της υπ'αριθμ. 141/2018 απόφασης προκύπτει αδιαμφισβήτητο ότι στην εκεί κρινόμενη περίπτωση εξέλειπε από τη διακήρυξη του διαγωνισμού ρητή και αναντίλεκτη υποχρέωση περίληψης της εισφοράς υπέρ του Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων σε συγκεκριμένο πεδίο της οικονομικής προσφοράς που αφορούσε το εργοδοτικό κόστος, όπως αντιθέτως σαφώς προκύπτει στην υπό εξέταση περίπτωση. Όπως αναφέρεται και ανωτέρω, η υπ'αριθμ. ...διακήρυξη του Οργανισμού μας ρητώς και αναντιλέκτως προβλέπει επί ποινή απαραδέκτου την αναγραφή της εισφοράς υπέρ του Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων («Κόστος Κατασκηνώσεων») στον Πίνακα Κόστους Ωρας και όχι σε οποιοδήποτε άλλο σημείο της οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων. Σε κάθε περίπτωση, η υποχρέωση της προσφεύγουσας να συμπεριλάβει την εργοδοτική εισφορά παιδικών κατασκηνώσεων στο ρητά προβλεπόμενο πεδίο του «Πίνακα κόστους Ωρας» προκύπτει ιδίως από τη νομική φύση της ανωτέρω εισφοράς ως ασφαλιστικής. Σύμφωνα με την πάγια θέση της θεωρίας και της νομολογίας, ως ασφαλιστική εισφορά θεωρείται η καταβολή (ή παρακράτηση) από τον εργοδότη ενός χρηματικού ποσού για έναν ειδικό σκοπό, την χρηματοδότηση της κοινωνικής ασφάλισης. Από την άλλη πλευρά, ο χαρακτηρισμός ενός ποσού ως εισφοράς ή όχι δεν εξαρτάται από την ονομασία που του απέδωσε ο νομοθέτης, αλλά συνάγεται από τον σκοπό που εξυπηρετεί η παροχή. Έτσι λ.χ. το ΣτΕ έκρινε ότι η επιβάρυνση των φαρμακευτικών επιχειρήσεων με το ιατρόσημο υπέρ του Τ. .Α.Υ. αποτελεί εισφορά η οποία...μεταξύ των δι' αυτής βαρυνομένων φαρμακευτικών επιχειρήσεων κ.λπ. προς τους ωφελουμένους η ασφαλισμένους, συνιστά υπό ευρύτεραν έννοιαν εισφοράν». Ομοίως, η ΤριμΔιοικΠρωτΑθ 12058/1990 έκρινε ότι αποτελεί ασφαλιστική εισφορά η κράτηση 1% επί λογαριασμών εργολάβων δημοσίων έργων υπέρ του ΤΣΜΕΔΕ. Εν προκειμένω, με το άρθρο 89 περ. Γ ν. 3996/2011 συστήθηκε Ειδικός Λογαριασμός Παιδικών Κατασκηνώσεων στον Οργανισμό Εργατικής Εστίας (Ο.Ε.Ε.) και θεσπίστηκε εργοδοτική εισφορά 20,00 ευρώ ετησίως για κάθε εργαζόμενο, συνεισπραττόμενη με τις τακτικές εισφορές του Ο.Ε.Ε. Κατ' εξουσιοδότηση των ανωτέρω διατάξεων, εκδόθηκε η ΥΑ 23411/2131/30-12-2011 ΦΕΚ Β 29 2012 για τις διαδικασίες είσπραξης, ελέγχου, διαχείρισης κλπ. του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων. Από 14.2.2012 καταργήθηκε ο Οργανισμός Εργατικής Εστίας και οι αρμοδιότητές του

## **Αριθμός απόφασης: 404/2019**

μεταφέρθηκαν στον ΟΑΕΔ, με τη σύσταση του Ειδικού Λογαριασμού Κοινωνικής Πολιτικής (βλ. Ν.4093/2012 και την υπ'αριθμ. 7/28-2-2012 Π.Υ.Σ.). Ακολούθως, με τις διατάξεις του άρθρου 34 του Ν.4144/2013 (ΦΕΚ 88/18-4-2013 τ.Α') καταργήθηκε ο Ειδικός Λογαριασμός Κοινωνικής Πολιτικής και συστήθηκε στον ΟΑΕΔ νέος Κλάδος με την επωνυμία «Λογαριασμός Κοινωνικής Πολιτικής». Περαιτέρω, κατ' εφαρμογή του άρθρου 34 παρ. 3 ν. 4144/2013, ο ως άνω νέος Κλάδος ενοποιήθηκε με τον Κλάδο με την επωνυμία «Λογαριασμός για την Απασχόληση και την Επαγγελματική Κατάρτιση» (ΛΑΕΚ) και δημιουργήθηκε ο «Ενιαίος Λογαριασμός για την Εφαρμογή Κοινωνικών Πολιτικών» (Ε.Λ.Ε.Κ.Π.), ενώ οι ενοποιηθέντες κλάδοι παρέμειναν απόλυτα διακριτοί, υποκείμενοι σε χωριστή παρακολούθηση και με απόλυτη διαχειριστική αυτοτέλεια... Από τον σκοπό, επομένως, που εξυπηρετεί η ως άνω θεσπισθείσα εργοδοτική εισφορά προκύπτει η νομική φύση αυτής ως ασφαλιστικής εισφοράς που βαρύνει τον εργοδότη, έχουσα - ως εκ τούτου - μισθολογικό χαρακτήρα (για τον μισθολογικό χαρακτήρα των εργοδοτικών εισφορών βλ. αντί πολλών Κ. Κρεμαλή, «Η νομική φύση της ασφαλιστικής παροχής», ΕΔΚΑ 1981, σελ. 385). Αναντίρρητα, επομένως, έπρεπε να συμπεριληφθεί αυτή στο εργοδοτικό - μισθολογικό κόστος, ενώ ουδεμία σχέση έχει η εν λόγω εισφορά με το διοικητικό κόστος.»

12. Επειδή από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προκύπτει ότι στο άρθρο 2.6.4. της Διακήρυξης ορίζεται λεπτομερώς ο τρόπος σύνταξης της οικονομικής προσφοράς των οικονομικών φορέων. Η οικονομική προσφορά επι ποινή αποκλεισμού έπρεπε να συμπληρωθεί σύμφωνα με τους πίνακες του Παραρτήματος V της Διακήρυξης. Μάλιστα στην Διακήρυξη οριζόταν ρητά ότι οι πίνακες αυτοί συμπληρώνονται χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους από τους οικονομικούς φορείς και προσκομίζονται με ποινή απαραδέκτου. Στον «ΠΙΝΑΚΑ ΚΟΣΤΟΥΣ ΩΡΑΣ» υπήρχε πεδίο για συμπλήρωση του κόστους κατασκηνώσεων, όμως η προσφεύγουσα άφησε αυτό το πεδίο κενό και στην προσφορά της έκανε παραπομπή όπου ανέφερε ότι το κόστος κατασκηνώσεων δεν υπολογίζεται στο εργατικό κόστος διότι σε τέτοια περίπτωση κατά τον υπολογισμό του θα αυξανόταν λόγω προσαυξήσεων με αποτέλεσμα να προκύπτει ποσό μεγαλύτερο από 20,00 ευρώ ανά εργαζόμενο και ως εκ τούτου το κόστος κατασκηνώσεων θα υπολογιζόταν στο διοικητικό κόστος. Επομένως,

## Αριθμός απόφασης: 404/2019

η προσφεύγουσα κατά την υποβολή της προσφοράς της, αμφισβήτησε για πρώτη φορά την απαίτηση της αναθέτουσας αρχής να αναγραφεί ως εργοδοτικό – ασφαλιστικό κόστος το ποσό εισφοράς υπέρ κατασκηνώσεων, το οποίο θα έπρεπε να αναγραφεί ρητώς και επί ποινή αποκλεισμού στον «ΠΙΝΑΚΑ ΚΟΣΤΟΥΣ ΩΡΑΣ» και όχι ως διοικητικό κόστος, όπως η ίδια διατείνεται. Η προσφεύγουσα όμως από την στιγμή που αμφισβητούσε τον συγκεκριμένο όρο της υπ' αριθμ. ... Διακήρυξης θα έπρεπε να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της Διακήρυξης αυτής προτού υποβάλει την προσφορά της, γεγονός το οποίο ουδέποτε έπραξε. Μάλιστα υπέβαλε την προσφορά της ανεπιφύλακτα αποδεχόμενη έτσι τους όρους της Διακήρυξης στο σύνολό της και δεν είναι επιτρεπτή η από μέρους της εκ των υστέρων αμφισβήτηση αυτών. Αντιθέτως, οι άλλες δύο συμμετέχουσες εταιρείες, συμπλήρωσαν στις προσφορές τους το πεδίο του κόστους κατασκηνώσεων «ΠΙΝΑΚΑ ΚΟΣΤΟΥΣ ΩΡΑΣ» όπως ακριβώς οριζόταν στο παράρτημα V της διακήρυξης με αποτέλεσμα να αυξηθεί η προσφορά τους ως προς το εργατικό-ασφαλιστικό κόστος. Εξάλλου η επικαλούμενη υπ' αριθμ. 141/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης έχει κρίνει σε διαφορετική βάση ουσιαστικών προϋποθέσεων συμμετοχής σε διαγωνισμό, αφού στην εκεί υπό κρίση περίπτωση δεν προβλεπόταν στην διακήρυξη συγκεκριμένο πεδίο προς συμπλήρωση του επίμαχου κονδυλίου, κάτι το οποίο δεν ισχύει στην παρούσα υπόθεση όπου προβλέπεται ρητώς και επί ποινή αποκλεισμού συγκεκριμένο πεδίο στον πίνακα για το κονδύλιο αυτό. Επομένως από τη στιγμή που ο συγκεκριμένος όρος της Διακήρυξης ουδέποτε προσεβλήθη με προδικαστική προσφυγή από την προσφεύγουσα, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού στρέφεται κατά της Διακήρυξης αλυσιτελώς και χωρίς έννομο συμφέρον. Ως εκ τούτου ο πρώτος λόγος της προσφυγής της προβάλλεται απαραδέκτως και πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι *«Ως προς τον υπολογισμό της κόστους αντικατάστασης στην οικονομική μας προσφορά και ουχί της αποζημίωσης αδείας. Η εταιρεία μας, κατά τη διαμόρφωση της οικονομικής της προσφοράς ρητά δεν υπολογίζει κάποιο ποσό στο αντίστοιχο πεδίο υπό τίτλο αποζημίωση αδείας. Αντ' αυτού έχει υπολογίσει ορθώς και κατά την επιχειρηματική της επιλογή το απαιτούμενο κόστος αντικατάστασης άδειας για τους απασχολούμενους στο έργο*

## **Αριθμός απόφασης: 404/2019**

εργαζομένους της. Ειδικότερα, στο άρθρο 1 «Ετήσια άδεια με αποδοχές» του Ν. 3302/2004 ορίζεται ότι «1. Η διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του Α.Ν. 539/1945 (ΦΕΚ 229 Α'), όπως τροποποιήθηκε με την παράγραφο 1 του άρθρου 13 του Ν. 3227/2004 (ΦΕΚ 31 Α'), αντικαθίσταται ως 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 χορηγεί σε αυτόν την παραπάνω αναλογία της κανονικής άδειας. Κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει την ετήσια κανονική άδεια με αποδοχές, η οποία αναλογεί στο χρόνο απασχόλησής του στην υπόχρεη επιχείρηση και υπολογίζεται σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης α'. Η άδεια αυτή επαυξάνεται κατά μία (1) εργάσιμη ημέρα για κάθε έτος απασχόλησης επιπλέον του πρώτου μέχρι τις είκοσι έξι (26) εργάσιμες ημέρες ή μέχρι και τις είκοσι δύο (22) εργάσιμες ημέρες αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας. Για καθένα από τα επόμενα ημερολογιακά έτη, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει από την 1η Ιανουαρίου εκάστου έτους, την κανονική ετήσια άδεια με αποδοχές, η οποία υπολογίζεται σύμφωνα με το προηγούμενο εδάφιο. Η ετήσια άδεια με αποδοχές, καθώς και το επίδομα αδειάς, εκτός από τις διατάξεις του νόμου αυτού διέπονται και από τις λοιπές συναφείς διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας». Επιπλέον, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 1 του Α.Ν. 539/1945, όπως συμπληρώθηκε με το άρθρο 3 παρ. 15 του Ν. 4504/1966: «Η χρονική περίοδος χορηγήσεως της άδειας κανονίζεται μεταξύ εργοδότη και μισθωτών, του πρώτου υποχρεωμένου να χορηγήσει την αιτηθείσαν άδειαν το πολύ εντός διμήνου από της υπό του δευτέρου διατυπώσεως της σχετικής αιτήσεως. Πάντως, το ήμισυ τουλάχιστον των κατ' έτος, εν εκάστη επιχειρήσει, δικαιουμένων αδειάς, δέον να ικανοποιούνται εντός του από 1ης Μαΐου μέχρι

## **Αριθμός απόφασης: 404/2019**

30ης Σεπτεμβρίου χρονικού διαστήματος. Η κατά τα ανωτέρω απαιτούμενη αίτηση σκοπεί μόνον εις τον προσδιορισμόν των χρονικών ορίων, εντός των οποίων υφίσταται υποχρέωσις δια την χορήγησιν της αδείας και δεν αποτελεί τυπικήν προϋπόθεσιν δια την υπό του μισθωτού, κατά τας διατάξεις του παρόντος νόμου, άσκησιν του εις άδειαν μετ' αποδοχών δικαιώματος αυτού, του εργοδότη υποχρεουμένου όπως, προ της λήξεως του ημερολογιακού έτους, παράσχη την άδειαν, έστω και αν δεν εξητήθη αυτή υπό του μισθωτού». Από τη διάταξη αυτή συνάγεται ότι η προβλεπόμενη από τον Α.Ν. 539/1945 ετήσια (κανονική) άδεια πρέπει να χορηγείται στον μισθωτό οπωσδήποτε μέσα στο έτος στο οποίο αφορά και δεν επιτρέπεται, ούτε με συμφωνία μεταξύ του τελευταίου και του εργοδότη, η μεταφορά αυτής εν όλω ή εν μέρει στο επόμενο ή μεθεπόμενο έτος. Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 5 παρ. 1 του Α.Ν. 539/1945, όπως έχει τροποποιηθεί με το άρθρο 3 του Ν.Δ. 3755/1957, ο εργοδότης που αρνήθηκε να χορηγήσει στον μισθωτό τη νόμιμη κατ' έτος άδειά του, υποχρεούται, μόλις λήξει το έτος κατά το οποίο ο μισθωτός δικαιούται την άδεια, να καταβάλει σε αυτόν: α) τις αποδοχές που αντιστοιχούν στις ημέρες της άδειας και β) προσαυξήσεις των αποδοχών αυτών κατά 100% (δηλαδή τις αποδοχές άδειας στο διπλάσιο). Η προσαύξηση αυτή θεωρείται αστική κύρωση της υπερημερίας του εργοδότη, για τον λόγο αυτό και προϋποθέτει υπαιτιότητα του εργοδότη, έστω και στον βαθμό της ελαφράς αμέλειας (άρθρο 300 ΑΚ), η οποία όμως (υπαιτιότητα) δεν υπάρχει, όταν ο μισθωτός δεν ζήτησε την άδεια, οπότε και δεν δικαιούται την προσαύξηση (ΟΛΑΠ 32/2005 ΕλλΔνη 2005.1030, ΑΠ 434/2011 ΔΕΝ 67.1274, ΑΠ 809/2010, ΑΠ 1678/2007, ΑΠ 1394/2005, ΑΠ 1339/2005, ΑΠ 1045/2004 δημοσιευμένες σε ΤΝΠ Νόμος, ΑΠ 1234/2003 ΕλλΔνη 2005.1357, ΑΠ 636/2000 ΔΕΝ 2000.1357, ΑΠ 1554/1997 ΔΕΝ 1998.682). Είναι επιπλέον πρόδηλο ότι αποζημίωση αδείας με την προσαύξηση του 100% δεν καταβάλλεται στην περίπτωση που ο εργαζόμενος έλαβε κανονικά τις δικαιούμενες ημέρες άδειας αναψυχής. Ο σκοπός του δικαιώματος ετήσιας άδειας συνίσταται στην παροχή στον εργαζόμενο της δυνατότητας να αναπαυθεί και να έχει στη διάθεσή του ένα χρονικό διάστημα αναψυχής και ψυχαγωγίας. Συγκεκριμένα, η χορήγηση της άδειας αναψυχής νομοθετήθηκε δεδομένου ότι η περιοδική ανάπαυση των εργαζόμενων και η περιοδική ανάπαυση των εργαζομένων και η ανάληψη από αυτούς των σωματικών και ψυχικών δυνάμεων τους είναι αναγκαία για τη διατήρηση της σωματικής και ψυχικής τους υγείας. Η

## **Αριθμός απόφασης: 404/2019**

εταιρία μας, σεβόμενη καταρχήν το προσωπικό που απασχολεί και τηρώντας τις διατάξεις του νόμου φροντίζει πάντοτε ώστε να χορηγεί την εκ του νόμου προβλεπόμενη άδεια αναψυχής, προκειμένου να διασφαλίσει στους εργαζόμενους τον απαραίτητο ελεύθερο χρόνο για την ανάληψη των σωματικών και ψυχικών τους δυνάμεων. Για το λόγο αυτό, στην οικονομική προσφορά που υποβάλλαμε φροντίσαμε ώστε η επιχείρησή μας να υπολογίσει «κόστος αντικατάστασης» από έτερο εργαζόμενο που θα απασχολείται τις ημέρες αδείας των εργαζομένων που θα απασχολούνται στο έργο. Με τον τρόπο αυτό οι εργαζόμενοι μας θα λαμβάνουν κανονικά την άδεια αναψυχής, τις ημέρες δε απουσίας τους θα απασχολείται στη φύλαξη άλλος εργαζόμενος και δεν θα υποχρεωνόμαστε να καταβάλλουμε αποζημίωση αδείας. Ως εκ τούτου, η εταιρία μας παντελώς νόμιμα δεν υπολόγισε στο κόστος μισθοδοσίας τη καταβολή αποζημίωσης αδείας, αλλά προσμέτρησε το κόστος αντικατάστασης. Με βάση τα ανωτέρω, η αντικατάσταση των φυλάκων είναι υποχρεωτική για τον εργοδότη, αφού βάσει της εργατικής νομοθεσίας, ο εργοδότης υποχρεούται σε ΠΑΡΟΧΗ ΑΔΕΙΑΣ μετ' αποδοχών στον εργαζόμενο από την ημέρα της εργασίας του. Αυτό σημαίνει ότι ο αδειούχος εργαζόμενος για το διάστημα αυτό πρέπει υποχρεωτικά να αντικατασταθεί από άλλον εργαζόμενο, ο οποίος για το διάστημα που θα εργασθεί θα πρέπει να λάβει τις νόμιμες αποδοχές, όπως προβλέπεται παραπάνω, τις οποίες ορθώς υπολόγισε η εταιρεία μας και παρανόμως δεν έκανε αποδεκτές η αναθέτουσα αρχή. (βλ. ad hoc περί της υποχρεωτικότητας συνυπολογισμού του κόστους αντικατάστασης Ε.Α. ΣτΕ 316/2007 - η συγκεκριμένη υποχρέωση του εργοδότη, δεν σχετίζεται με το αντικείμενο της εκτελούμενης σύμβασης, αλλά απορρέει από τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, που εφαρμόζονται σε κάθε περίπτωση εξαρτημένης εργασίας). Επομένως, ακόμη κι αν δεν προβλέπεται το κόστος αυτό από την προκήρυξη, η τήρηση της υποχρέωσης αυτής είναι αυτονόητα υποχρεωτική, καθώς απορρέει από τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Συνεπώς, ορθώς η εταιρεία μας κατά τη διαμόρφωση της οικονομικής της προσφοράς ΔΕΝ υπολόγισε ποσό που να αντιστοιχεί στην αποζημίωση αδείας των εργαζομένων της αλλά ωστόσο υπολόγισε το κόστος αντικατάστασης των απασχολούμενων φυλάκων κατά τη χορήγηση της νόμιμης αδείας τους. Η επιλογή αυτή της εταιρείας μας ήταν απολύτως σύμφωνη με τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και συνιστά επιχειρηματική της επιλογή η



## Αριθμός απόφασης: 404/2019

απαρέγκλιτη χορήγηση της ετήσιας άδειάς τους. Κατά αυτόν τον τρόπο δεν προκαλείται ουδεμία παράβαση των διατάξεων του άρθρου 68 του ν.3863/2010 ή ακόμη και των διατάξεων της οικείας διακήρυξης, ενώ η οικονομική της προσφορά ουδόλως υπολείπεται του νόμιμου εργατικού κόστους.»

14. Επειδή η αναθέτουσα αντικρούει τον δεύτερο λόγο της προσφυγής και αναφέρει σχετικώς ότι «Καταρχήν, επισημαίνουμε ότι, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα έχει υπολογίσει το «κόστος αντικατάστασης» με τρόπο ώστε αυτό να υπολείπεται του νόμιμου μισθολογικού κόστους του αντικαταστάτη. Ειδικότερα, το μηνιαίο «κόστος αντικατάστασης», για να μην υπολείπεται του νόμιμου κόστους, θα έπρεπε να υπολογίζεται ως εξής: α) για τους αρχιφύλακες: μικτός μισθός + αναλογία δώρου Πάσχα+αναλογία δώρου Χριστουγέννων + αναλογία επιδόματος αδειάς /12 μήνες =>  $639,00 + 30,24 + 60,48 + 29,03 = 758,75 / 12 \text{ μήνες} = 63,23 \text{ ευρώ ανά μήνα}$  ενώ η προσφεύγουσα εταιρεία το ορίζει στο μηνιαίο ποσό των 57,69 ευρώ, και β) για τους φύλακες: μικτός μισθός + αναλογία δώρου Πάσχα+αναλογία δώρου Χριστουγέννων + αναλογία επιδόματος αδειάς /12 μήνες =>  $586,08 + 27,73 + 55,468 + 26,625 = 695,90 / 12 \text{ μήνες} = 57,99 \text{ ευρώ ανά μήνα}$ , ενώ η προσφεύγουσα εταιρεία το ορίζει στο μηνιαίο ποσό των 52,91 ευρώ. Τέτοιου είδους ελλειματικός υπολογισμός δεν είναι δυνατός όταν προβλέπεται (όπως στον πίνακα του Παραρτήματος της διακήρυξης εν προκειμένω) ο υπολογισμός αποζημίωσης αδειάς (η οποία περιλαμβάνει αναλογία δωροεπιδομάτων). Δηλαδή, η πρόβλεψη αποζημίωσης αδειάς αποτελεί λογιστικό τρόπο ορθής αποτύπωσης του μισθολογικού κόστους και δεν υποδηλώνει την παραβίαση της υποχρέωσης χορήγησης αυτούσιας της αδειάς. Περαιτέρω, προς αποφυγή επαναλήψεων, αναφερόμαστε στην υποχρέωση της προσφεύγουσας να υποβάλει την οικονομική της προσφορά σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, κατά των οποίων ουδόλως προσέφυγε (βλ. αναλυτικά σκέψη 11 του παρόντος).

15. Επειδή όπως εκτέθηκε λεπτομερώς στην ως άνω σκέψη 12 προκύπτει ότι στο άρθρο 2.6.4. της Διακήρυξης ορίζεται ο τρόπος σύνταξης της οικονομικής προσφοράς των οικονομικών φορέων. Η οικονομική προσφορά επιποινή αποκλεισμού έπρεπε να συμπληρωθεί σύμφωνα με τους πίνακες του Παραρτήματος V της Διακήρυξης. Μάλιστα στην Διακήρυξη οριζόταν ρητά ότι οι πίνακες αυτοί συμπληρώνονται χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους από τους οικονομικούς φορείς και προσκομίζονται με ποινή απαραδέκτου. Στον «ΠΙΝΑΚΑ

## **Αριθμός απόφασης: 404/2019**

ΚΟΣΤΟΥΣ ΩΡΑΣ» υπήρχε πεδίο για συμπλήρωση του κόστους αποζημίωσης αδείας, όμως η προσφεύγουσα άφησε αυτό το πεδίο κενό και στην προσφορά της έκανε παραπομπή όπου ανέφερε ότι δεν καταβάλλεται αποζημίωση αδείας αλλά υπολογίζεται κόστος αντικατάστασης, λόγω της επαγγελματικής της σχέσης με τους εργαζόμενους. Επομένως, η προσφεύγουσα κατά την υποβολή της προσφοράς της, αμφισβήτησε για πρώτη φορά την απαίτηση της αναθέτουσας αρχής να υπολογιστεί κόστος αποζημίωσης αδείας. Η προσφεύγουσα όμως από την στιγμή που αμφισβητούσε τον συγκεκριμένο όρο της υπ' αριθμ. ... Διακήρυξης θα έπρεπε να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της Διακήρυξης αυτής προτού υποβάλει την προσφορά της, γεγονός το οποίο ουδέποτε έπραξε. Μάλιστα υπέβαλε την προσφορά της ανεπιφύλακτα αποδεχόμενη έτσι τους όρους της Διακήρυξης στο σύνολό της και δεν είναι επιτρεπτή η από μέρους της εκ των υστέρων αμφισβήτηση αυτών. Επομένως από τη στιγμή που ο συγκεκριμένος όρος της Διακήρυξης ουδέποτε προσεβλήθη με προδικαστική προσφυγή από την προσφεύγουσα, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού στρέφεται κατά της Διακήρυξης αλυσίτελως και ελλείψει εννόμου συμφέροντος. Ως εκ τούτου και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής της προβάλλεται απαραδέκτως και πρέπει να απορριφθεί.

16. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26.03.2019 και εκδόθηκε στις 15.04.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Αριθμός απόφασης: 404/2019**

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Χρήστος Σώκος**

**Νικόλαος Λιακασιδης**