

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 19 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 11.01.2021 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 105/11.01.2021 της Ιδιωτικής Κεφαλαιουχικής Εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας της Ετερόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 1802/28.12.2020 Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικού 49/28.12.2020), θέμα 16^ο, της Οικονομικής Επιτροπής της ... (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία η έγκριση των υπ' αριθμ. 1/11.12.2020, υπ' αριθμ. 2/16.12.2020 και υπ' αριθμ. 3/22.12.2020 Πρακτικών της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, Αξιολόγησης Προσφορών και Διαδικασιών Διαπραγμάτευσης, κατά το μέρος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η υπ' αριθμ. 1802/28.12.2020 Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικού 49/28.12.2020), θέμα 16^ο, της Οικονομικής Επιτροπής της ... (ΑΔΑ:

...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία η έγκριση των υπ' αριθμ. 1/11.12.2020, υπ' αριθμ. 2/16.12.2020 και υπ' αριθμ. 3/22.12.2020 Πρακτικών της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, Αξιολόγησης Προσφορών και Διαδικασιών Διαπραγμάτευσης, κατά το μέρος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η ... ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Δημόσιο Διαγωνισμό, με αριθμό Διακήρυξης Νο ... και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 25.11.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή «ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΚΤΙΡΙΩΝ ΤΗΣ ...», (CPV: ...), συνολικού προϋπολογισμού εκατόν σαράντα χιλιάδων ευρώ (140.000,00 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας δώδεκα (12) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 7^η Δεκεμβρίου 2020 και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 11^η Δεκεμβρίου 2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 12:00 π.μ. Η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 07.12.2020 και ώρα 11:27:41 π.μ. την υπ' αριθμ. 200854 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 1802/28.12.2020 Απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικού 49/28.12.2020), θέμα 16^ο, της Οικονομικής Επιτροπής της ... (ΑΔΑ: ...), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 04.01.2021, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία

Αριθμός Απόφασης: 479/2021

κατέθεσε στις 11.01.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 1802/28.12.2020 Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικού 49/28.12.2020), θέμα 16^ο, της Οικονομικής Επιτροπής της ... (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία η έγκριση των υπ' αριθμ. 1/11.12.2020, υπ' αριθμ. 2/16.12.2020 και υπ' αριθμ. 3/22.12.2020 Πρακτικών της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, Αξιολόγησης Προσφορών και Διαδικασιών Διαπραγμάτευσης, κατά το μέρος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού και γ) να λάβει έγκαιρα γνώση τόσο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής όσο και της τυχόν ασκηθείσας παρεμβάσεως.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 11.01.2021 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

Αριθμός Απόφασης: 479/2021

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 13.01.2021, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 20.01.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 20 Ιανουαρίου 2021 παρέμβαση της Ετερόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η προσφορά της έχει γίνει αποδεκτή στη συνέχεια του διαγωνισμού και έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 107/11.01.2021 Πράξης της «Περί Ορισμού

Αριθμός Απόφασης: 479/2021

Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 11.01.2021 και υπέβαλε στις 22.01.2021, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13.Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν αποδεκτή και κατετάγη δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, με συνολικό προσφερόμενο ποσό εκατόν είκοσι δύο χιλιάδων εννιακοσίων ογδόντα τριών ευρώ και είκοσι λεπτών (122.983,20 €) έναντι του συνολικού προσφερόμενου ποσού εκατόν είκοσι χιλιάδων εννιακοσίων ευρώ (120.900,00 €) της παρεμβαίνουσας και προσωρινής αναδόχου, όπως αναφέρεται στο υπ' αριθμ. 2/16.12.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, Αξιολόγησης Προσφορών και Διαδικασιών Διαπραγμάτευσης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 1802/28.12.2020 Απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικού 49/28.12.2020), θέμα 16^ο, της Οικονομικής Επιτροπής της ... (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία η έγκριση των υπ' αριθμ. 1/11.12.2020, υπ' αριθμ. 2/16.12.2020 και υπ' αριθμ. 3/22.12.2020 Πρακτικών της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, Αξιολόγησης Προσφορών και Διαδικασιών Διαπραγμάτευσης, κατά το μέρος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα εταιρεία θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στην εσφαλμένη αποδοχή της προσφοράς έτερων προσφερόντων και εν προκειμένω στη ζημία που υφίσταται από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και δη

της παρεμβαίνουσας, όπως αυτή ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως η προσφεύγουσα εταιρεία να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, στρεφόμενη κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

Νομίμως και παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» και το άρθρο 102 «Συμπλήρωση-αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης, όπως τις επικαλούνται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα.

16. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα 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.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων

συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣτΕ 18/2011, ΣτΕ 19/2011, ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 1616/2008, ΕΑ ΣτΕ 254/2008 κλπ).

17. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η 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 (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και

η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕλΣυν 78/2007).

18.Επειδή, τα πραγματικά περιστατικά της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης, όπως παρατίθενται από την προσφεύγουσα και ομονοούν σε αυτά τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα, έχουν ως ακολούθως. Δυνάμει του από 17.12.2020 Υπομνήματος, το οποίο κοινοποιήθηκε στην αναθέτουσα αρχή αυθημερόν, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η προσφεύγουσα ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι με βάση τους υπολογισμούς και αναλυτικούς πίνακες που παρέθετε στο εν λόγω υπόμνημα: «[...]. Ο υπολογισμός του εργατικού κόστους από την εταιρεία ... δεν έχει γίνει σύμφωνα με την Υ.Α. 4241/127/30.01.2019 (ΦΕΚ Β΄ 173).», ενώ παράλληλα ζητούσε από την αναθέτουσα: «...σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, αλλά και σύμφωνα με τις παρ. 3.1.1 και 3.1.2 της διακήρυξης του διαγωνισμού, να καλέσει τον οικονομικό φορέα να δώσει διευκρινίσεις για τον τρόπο υπολογισμού του εργατικού κόστους αναλυτικά (τρόπος υπολογισμού αποδοχών, επιδόματος αδείας, επιδόματα Δώρων Χριστουγέννων και Πάσχα, κόστος αντικατάστασης εργαζομένων). Οι παραπάνω διευκρινίσεις θα θέλαμε να κοινοποιηθούν και στην εταιρεία μας η οποία είναι δεύτερη σε σειρά κατάταξης

Αριθμός Απόφασης: 479/2021

και έχει έννομο συμφέρον.». Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 269873/7913/17.12.2020 εγγράφου της, με θέμα: «Ζητούνται διευκρινίσεις για το διαγωνισμό-Υπηρεσίες καθαριότητας των κτιρίων της ...», το οποίο κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. αιτήθηκε από την παρεμβαίνουσα την παροχή σχετικών διευκρινίσεων ως εξής: «Σε συνέχεια του ανωτέρω σχετικού και κατά τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών απο την Επιτροπή Διαγωνισμού και σύμφωνα με το άρθρο 3.1.1 της Διακήρυξης, όπου «...Η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016...», να μας διευκρινίσετε/αιτιολογήσετε εντός πέντε (5) ημερών απο την κοινοποίηση της παρούσας, την ανάλυση του ύψους της οικονομικής σας προσφοράς που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων καθώς και το ύψος των ασφαλιστικών τους εισφορών (επίδομα αδείας, Δώρο Πάσχα, Δώρο Χριστουγέννων, κόστος αντικαταστάτη). [...]». Στο ανωτέρω αίτημα της αναθέτουσας αρχής, η παρεμβαίνουσα ανταποκρίθηκε, υποβάλλοντας στις 18.12.2020, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού, τις ζητηθείσες διευκρινίσεις, γεγονός που πιστοποιήθηκε από την Επιτροπή του Διαγωνισμού και στο υπ' αριθμ. 3/22.12.2020 Πρακτικό της («...και διαπιστώθηκε ότι η ανωτέρω εταιρεία υπέβαλε σε ειδική φόρμα του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ με αριθμό ... έγγραφο παροχής διευκρινίσεων (αριθμ. πρωτ. 271925/7963/21-12-2020). [...]»), η οποία εν τέλει κατέληξε στο συμπέρασμα ότι: «[...]. Η προσφορά κρίνεται **αποδεκτή** καθώς οι διευκρινίσεις που χορηγήθηκαν τεκμηριώνουν επαρκώς τον τρόπο υπολογισμού του εργατικού κόστους αναλυτικά (επίδομα αδείας, Δώρο Πάσχα, Δώρο Χριστουγέννων, κόστος αντικαταστάτη) και είναι αρκούτσως τεκμηριωμένες.

Τελική άποψη: Η επιτροπή έκρινε ότι όλα τα ανωτέρω στοιχεία καθιστούν την οικονομική προσφορά της εν λόγω εταιρείας **παραδεκτή**. [...]». Κατόπιν των ανωτέρω, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 1802/28.12.2020 Απόφαση

(Απόσπασμα Πρακτικού 49/28.12.2020), θέμα 16^ο, της Οικονομικής Επιτροπής της ... (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία η έγκριση μεταξύ άλλων και του υπ' αριθμ. 3/22.12.2020 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, Αξιολόγησης Προσφορών και Διαδικασιών Διαπραγμάτευσης.

19. Επειδή, με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 8-18 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «Γ. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που η προσφορά της παρεμβαίνουσας κρίθηκε αποδεκτή και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει η προσφεύγουσα υπό 1), ότι η παρεμβαίνουσα δεν έχει υπολογίσει με νόμιμο τρόπο τις αποδοχές που αντιστοιχούν στο Δώρο Χριστουγέννων των εργαζομένων που δηλώνει στην προσφορά της, για τους λόγους που αναλύει στις οικείες σελίδες της προσφυγής της, ενώ συναφώς ισχυρίζεται, υπό 2), ότι η παρεμβαίνουσα δεν έχει υπολογίσει με νόμιμο τρόπο τις αποδοχές που αντιστοιχούν στο Επίδομα Αδείας των εργαζομένων που δηλώνει στην προσφορά της, σύμφωνα με τους υπολογισμούς και τους αναλυτικούς πίνακες που παραθέτει προς υποστήριξη του προβαλλόμενου ισχυρισμού. Τέλος, η προσφεύγουσα, υπό 3), διατείνεται ότι το συνολικό ποσό των αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών που υπολογίζει η παρεμβαίνουσα για το σύνολο των εργαζομένων της, υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού κόστους, σύμφωνα με την ισχύουσα εργατική νομοθεσία, όπως εκθέτει λεπτομερώς στις αντίστοιχες σελίδες της προσφυγής της. Επί του ανωτέρω μόνου λόγου προσφυγής, όπως αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου 14529/746/22.01.2021 Απόψεών της, αφού πρώτα παραθέτει το ιστορικό του διαγωνισμού και το νομικό πλαίσιο που διέπει την επίμαχη διαφορά, υποστηρίζει τα ακόλουθα: «[...].

Νομικό Πλαίσιο:

1) Για τα δώρα εορτών Πάσχα και Χριστουγέννων ισχύει, όπως είναι γνωστό, η ΥΑ 19040/81 (βλ. ΔΕΝ 2013 σ. 1495), που εξεδόθη κατ' εξουσιοδότηση του Ν. 1082/80.

2) Για τον υπολογισμό του δώρου λαμβάνεται υπ' όψη ο τρόπος αμοιβής του μισθωτού (με μηνιαίο μισθό, ημερομίσθιο, ωρομίσθιο, ποσοστά κλπ.)

3) Σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία, όλοι οι μισθωτοί που απασχολούνται στον ιδιωτικό τομέα με σχέση εξαρτημένης εργασίας αορίστου ή ορισμένου χρόνου, πλήρους ή μερικής απασχόλησης σε οποιονδήποτε εργοδότη, δικαιούνται δώρα εορτών. Έτσι, οι εργαζόμενοι που η σχέση εργασίας τους με τον εργοδότη είχε διάρκεια χωρίς διακοπή όλη αυτή τη χρονική περίοδο, δικαιούνται ολόκληρο το Δώρο, που είναι ίσο με έναν μηνιαίο μισθό για τους αμειβόμενους με μισθό και με 25 ημερομίσθια για τους αμειβόμενους με ημερομίσθιο. Ειδικότερα όμως για όσους αμείβονται με ωρομίσθιο, ο υπολογισμός γίνεται, βάσει του μέσου όρου των αποδοχών του διαστήματος από 1-5-2020 μέχρι 31-12-2020. Διαιρούνται, δηλαδή, οι συνολικές αμοιβές που έλαβε ο μισθωτός μέσα στο διάστημα αυτό διά του αριθμού των ημερών του διαστήματος αυτού κατά τις οποίες ο μισθωτός εργάστηκε η διατήρησε αξίωση για τις αποδοχές του. Το ποσό που προκύπτει πολλαπλασιάζεται επί τον αριθμό των ημερομισθίων που αναλογούν στη διάρκεια της εργασιακής σχέσης.

Η υπό κρίση περίπτωση:

Στη συγκεκριμένη περίπτωση και σύμφωνα με τα όσα ισχυρίζεται η εταιρεία "...” στην προσφυγή της έχουμε να επισημάνουμε τα εξής:

1) Η εταιρεία "...” ισχυρίζεται ότι η εταιρεία δεν έχει υπολογίσει με νόμιμο τρόπο τις αποδοχές που αντιστοιχούν στο Δώρο Χριστουγέννων, Δώρο Πάσχα και Επίδομα Αδείας των εργαζομένων, σύμφωνα με την ισχύουσα εργατική νομοθεσία [ΥΑ. 4241/127/30.01.2019(ΦΕΚ Β' 173)

Η επιτροπή διαγωνισμού, στην προκειμένη περίπτωση έκρινε ότι η προσφορά της εταιρείας "...” καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος των εργαζομένων και έχει υπολογίσει σωστά τις αποδοχές που αντιστοιχούν στο Δώρο Χριστουγέννων, Δώρο Πάσχα και Επίδομα Αδείας των εργαζομένων καθώς σε

Αριθμός Απόφασης: 479/2021

όσους αμείβονται με ωρομίσθιο, ο υπολογισμός γίνεται, βάσει του μέσου όρου των αποδοχών του διαστήματος από 1-5-2020 μέχρι 31-12-2020. Διαιρούνται, δηλαδή, οι συνολικές αμοιβές που έλαβε ο μισθωτός μέσα στο διάστημα αυτό διά του αριθμού των ημερών του διαστήματος αυτού κατά τις οποίες ο μισθωτός εργάστηκε η διατήρησε αξίωση για τις αποδοχές του. Το ποσό που προκύπτει πολλαπλασιάζεται επί τον αριθμό των ημερομισθίων που αναλογούν στη διάρκεια της εργασιακής σχέσης. Το συνολικό ποσό των δώρων και του επιδόματος αδείας που δικαιούται ο μισθωτός θα πολλαπλασιασθεί επί τον συντελεστή 0,041666. Επομένως στην προκειμένη περίπτωση οι εργαζόμενοι, επειδή δεν εργάζονται με μισθό και δεν έχουν καθημερινή πενθήμερη εργασία, οι αμοιβές τους ανά μήνα δεν είναι σταθεροί αλλά διαφορετικά ποσά ανάλογα τις ημέρες που θα εργάζονται.

Τούτο αποδεικνύεται και απο τους πίνακες που σας επισυνάπτουμε με τους οποίους έχουμε υπολογίσει ενδεικτικά για έναν (1) εργαζόμενο όπου θα προσφέρει τις υπηρεσίες του στο κίριο στις Περιφερειακές Παρατάξεις επί της Κύπρου 87 για 3 ώρες μία φορά την εβδομάδα ο μηνιαίος του μισθός ανέρχεται στο ποσό των 56,68ευρώ. Από τους πίνακες που σας επισυνάπτουμε και που αναλύεται το κόστος ανά μήνα για τον εργαζόμενο είναι ξεκάθαρο ότι ο μισθός διαφέρει με αποτέλεσμα το ποσό του Δώρου Χριστουγέννων, Δώρου Πάσχα και του Επιδόματος Αδείας των εργαζομένων που προκύπτει να μην είναι το ίδιο όσο ο ενδεικτικός μηνιαίος μισθός που αναφέρεται στη προσφορά του οικονομικού φορέα. Ήτοι προκύπτει για το Δώρο Χριστουγέννων ποσό 55,27ευρώ, Δώρο Πάσχα ποσό 28,05 ευρώ και Επίδομα Αδείας ποσό 27,34ευρώ, ποσά που αντιστοιχούν στις τιμές που έχει δώσει και η εταιρεία και κάποιες μικρές αποκλίσεις προφανώς προκύπτουν απο τις στρογγυλοποιήσεις στο πρόγραμμα

Απο όλα τα ανωτέρω αναφερόμενα προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας "...” έχει υπολογίσει σωστά το ελάχιστο εργατικό εργατικό κόστος αντίστοιχα όλων των εργαζομένων που έχει δηλώσει στην οικονομική του προσφορά.

Συμπέρασμα:

Με βάση τα παραπάνω ζητούμε να απορριφθεί η εν λόγω προσφυγή ως *απαράδεκτη*. [...]». Ομοίως, επί του μοναδικού ως άνω λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, υποστηρίζει ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας, αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της, είναι νόμω και ουσία αβάσιμοι για τους λόγους που επικαλείται στις σελ. 7-14 της ασηθείσας παρέμβασής της.

20. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδελεχούς επισκόπησης του φακέλου της υπόθεσης, λεκτέα τυγχάνουν τα ακόλουθα. Σύμφωνα με το επικαλούμενο νομικό πλαίσιο, στο οποίο ομονοούν τόσο η προσφεύγουσα, όσο και η παρεμβαίνουσα, αλλά και η αναθέτουσα αρχή, παρά το γεγονός ότι προβαίνουν σε διαφορετική ερμηνευτική προσέγγισή του, είναι σαφές ότι για τους εργαζόμενους που αναφέρονται στην οικονομική προσφορά έκαστου οικονομικού φορέα και οι οποίοι αμείβονται με ωρομίσθιο ο υπολογισμός του Δώρου Χριστουγέννων και Πάσχα, καθώς και ο υπολογισμός του Επιδόματος Αδείας γίνεται, βάσει του μέσου όρου των αποδοχών του διαστήματος από 01.05.2020 έως και 31.12.2020. Διαιρούνται, δηλαδή, οι συνολικές αμοιβές που έλαβε ο μισθωτός μέσα στο διάστημα αυτό διά του αριθμού των ημερών του διαστήματος αυτού κατά τις οποίες ο μισθωτός εργάστηκε ή διατήρησε αξίωση για τις αποδοχές του. Το ποσό που προκύπτει πολλαπλασιάζεται επί τον αριθμό των ημερομισθίων που αναλογούν στη διάρκεια της εργασιακής σχέσης. Το συνολικό ποσό των δώρων και του επιδόματος αδείας που δικαιούται ο μισθωτός θα πολλαπλασιασθεί επί τον συντελεστή 0,041666. Στην προκειμένη περίπτωση ωστόσο, η προσφεύγουσα με τις προβαλλόμενες αιτιάσεις της, λαμβάνει ως δεδομένο το ζητούμενο, καθώς υποστηρίζει ότι (σελ. 10 της προσφυγής της) σε κάθε περίπτωση και με βάση τους ως άνω υπολογισμούς, κάθε εργαζόμενος δικαιούται Δώρο Χριστουγέννων που αντιστοιχεί «...σε ποσό μεγαλύτερο από τις μηνιαίες αποδοχές και σε καμία περίπτωση ποσό χαμηλότερο από τις μηνιαίες του αποδοχές, είτε είναι εργαζόμενος πλήρους είτε μερικής απασχόλησης.», θεωρώντας περαιτέρω, όλως αυθαίρετα ότι «Σύμφωνα με την Διακήρυξη του

Διαγωνισμού, η διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης ορίζεται σε **δώδεκα (12) μήνες** από την υπογραφή της σύμβασης. Συνεπώς, **οι εργαζόμενοι δικαιούνται ολόκληρο το Δώρο Χριστουγέννων** (1 μισθό ή 25 ημερομίσθια, συν την προσαύξηση του συντελεστή επιδόματος αδείας).», καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι, το ποσό που αντιστοιχεί στο Δώρο Χριστουγέννων για κάθε εργαζόμενο, δεν δύναται σε καμία περίπτωση να υπολείπεται των μηνιαίων αποδοχών εκάστου εξ αυτών, αναφέροντας μάλιστα ότι η παρεμβαίνουσα δεν έχει συμπεριλάβει την προσαύξηση του συντελεστή επιδόματος αδείας 0,041666, ως όφειλε, σύμφωνα με τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Όπως όμως ορθά υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και προβάλλει και η παρεμβαίνουσα, παραθέτοντας σχετικούς υπολογισμούς (βλ. και τους αναλυτικούς πίνακες που η παρεμβαίνουσα υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή προς παροχή των σχετικών διευκρινίσεων), οι προτεινόμενοι από την παρεμβαίνουσα εργαζόμενοι με ωρομίσθιο, οι οποίοι δεν έχουν καθημερινή πενήθημερη εργασία, καταληκτικά αμείβονται με μηνιαίους μισθούς, που δεν είναι σταθεροί, αλλά λαμβάνουν διαφορετικά ποσά ανάλογα με τις πραγματικά παρασχεθείσες ώρες εργασίας, σύμφωνα με τις ημέρες που εργάστηκαν. Εξάλλου, σημειώνεται ότι στον βαθμό που η προσφεύγουσα επιδιώκει να στοιχειοθετήσει την παρανομία της υποβληθείσας προσφοράς της παρεμβαίνουσας και τον ισχυρισμό ότι υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού κόστους, εν συγκρίσει με τη δική της προσφορά, προβαίνει σε έναν ανυποστήριχτο υπολογισμό, λαμβάνοντας ως βάση υπολογισμού του ορθού κατά την άποψή της ελάχιστου εργατικού κόστους, αποκλειστικά το συνολικό εργατικό κόστος που περιλαμβάνεται στη δική της οικονομική προσφορά και ούτως, υπό την έννοια αυτή, ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται όλως αορίστως. Ως εκ περισσού δε τονίζεται ότι όπως βάσιμα προβάλλει η παρεμβαίνουσα και δεν αντικρούει η προσφεύγουσα «[...]. Σε κάθε περίπτωση ο επικαλούμενος από την προσφεύγουσα δήθεν λανθασμένος και μη σύννομος υπολογισμός των αποδοχών και των κατ' αναλογία αυτών Δώρο Χριστουγέννων και επίδομα αδείας οδηγεί σε διαφορά ανερχόμενη στο ποσό των 1.934,41 (διαφορά από το άθροισμα των μηνιαίων μισθών του πίνακα της σελίδας 11 και 12 της

προσφυγής μείον το άθροισμα των ποσών που αναφέρει ο αυτός πίνακας όπως έχει υπολογίσει η εταιρεία μας το Δώρο Χριστουγέννων.) Ήτοι και στην περίπτωση που ήθελε γίνει δεκτή η εκδοχή της προσφεύγουσας ότι δήθεν δεν έχω υπολογίσει νόμιμα το Δώρο Χριστουγέννων από το άθροισμα του πίνακα σελ 11 και 12 της προσφυγής και πάλι η προσφορά μου υπολείπεται από την προσφορά της προσφεύγουσας κατά 148,89 ευρώ (122.983,00 η προσφορά της προσφεύγουσας -120.900,00 η προσφορά μου = 2.083-1934,41 ευρώ η διαφορά από τα ποσά που επικαλείται η προσφεύγουσα = 148,89 ευρώ). [...]» (κατ' ορθό υπολογισμό, αντί του ποσού των 148,89 ευρώ που αναφέρει η παρεμβαίνουσα, η διαφορά που προκύπτει ανέρχεται στο ποσό των 148,59 €). Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων και με βάση τους υπολογισμούς της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής, ο μοναδικός λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος για τους δύο πρώτους ισχυρισμούς και ως αόριστος για τον τρίτο, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περὶ του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή να απορριφθεί.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

23. Επειδή, πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης: 479/2021

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 19 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε την 11 Μαρτίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα