

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.03.2022 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ (και ήδη ΕΑΔΗΣΥ) 407/14.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή του της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στ... .. επί της οδού αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται, (εφεξής η «προσφεύγουσα»).

Κατά της «.....» (εφεξής «η αναθέτουσα αρχή»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Και την από 19.03.2022 Παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στ... .. επί της, αρ. (εφεξής «η παρεμβαίνουσα», όπως νομίμως εκπροσωπείται).

Με την προδικαστική της προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 195/2022 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της (θέμα18^ο) με τίτλο: «Έγκριση 3ου πρακτικού (Δικαιολογητικά Κατακύρωσης) του Ανοιχτού, Ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων, με τίτλο «.....», με κριτήριο αξιολόγησης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής», με την οποία εγκρίθηκε το από τις συνεδριάσεις στις 7-2-2022 και 18-2-2022 3ο πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος του υπό ανάθεση έργου η εταιρεία «.....» και στην οποία ενσωματώθηκε η συμπροσβαλλόμενη, υπ'αριθμ. 1670/2021 απόφαση της Οικονομικής

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

Επιτροπής, με την οποία εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό (Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά) και το 2^ο Πρακτικό (Οικονομική Προσφορά) της επιτροπής διενέργειας του Διαγωνισμού, οι οποίες εκδόθηκαν στο πλαίσιο της υπ' αρ./...-...-... διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής με την οποία προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου παροχής υπηρεσιών φύλαξης με εκτιμώμενη αξία 280.560,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις ...-...-... με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

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 Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.403,00 ευρώ, υπερβάλλον κατά το ποσό των 0,20 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία του τμήματος της σύμβασης, για το οποίο ασκείται η προσφυγή, ήτοι 280.560,00 € ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ./...-...-... Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου με εκτιμώμενη αξία 280.560,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις ...-...-... με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1 και άρθρου 379, παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 14.03.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 03.03.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή, την 15^η.03.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 573/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 30.03.2022 προς την ΑΕΠΠ και προς όλους τους συμμετέχοντες δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις υπ' αριθμ. Πρωτοκ. 191457/30.03.2022 απόψεις της, με τις οποίες υποστηρίζει ότι η κρινόμενη προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί για τους λόγους που αναλυτικά παραθέτει σε αυτές.

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

8. Επειδή, στις 19.03.2022 η εταιρεία με την επωνυμία «.....», κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Παρέμβαση προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, με την οποία επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής, για τους λόγους που αναλυτικά παραθέτει σε αυτήν. Την ως άνω παρέμβαση κοινοποίησε η αναθέτουσα αρχή προς όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την 21^η.03.2022.

10. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

11. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα του υπό κρίση διαγωνισμού, της οποίας η προσφορά κατετάγη δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας μετά και την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στη μη ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου καθώς και στη ζημία της από την τυχόν παράνομη συμμετοχή έτερων προσφερόντων, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση (ΔΕΕ, απόφαση της 14.02.2019, C-54/18 - Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo, σκ. 35-37).

12. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. 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.).

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). 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. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

13. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, καταρχήν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso NV κατά Vlaams Gewest, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα ως άνω, ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33).

14. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

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. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, 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).

15. Επειδή, στο αρ. 102 του Ν. 4412/2016 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών», ως ισχύει εν προκειμένω μετά την τροποποίησή του με το αρ. 42 Ν. 4782/2021 ορίζεται ότι : *«Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.»*.

16. Επειδή, στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4782/2021 ως προς την τροποποίηση του αρ. 102 Ν. 4412/2016 επισημαίνονται τα εξής: *«Με το άρθρο 42 τροποποιείται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των*

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής. Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί. Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρίας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα».

17. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο προσφυγής προβάλλει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι μη νόμιμη κατά το ότι δεν έλαβε υπόψιν το σύνολο των αποδοχών των εργαζομένων της για

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

τον υπολογισμό του κόστους αντικατάστασης. Ειδικότερα ισχυρίζεται τα εξής: «Η εταιρεία «.....», κατά τον υπολογισμό του κόστους αντικατάστασης των εργαζομένων της, δηλαδή κατά τον υπολογισμού του επιπλέον κόστους που καλείται να καταβάλει ο εργοδότης στους εργαζόμενους οι οποίοι αντικαθιστούν τους ευρισκόμενους σε νόμιμη κανονική άδεια εργαζόμενους κατά το χρόνο της άδειας αυτής, όλως μη νομίμως δεν συμπεριέλαβε στο σύνολο των τακτικών αποδοχών των εργαζομένων της, βάσει του οποίου εξάγεται το ως άνω κόστος, τις προσαυξήσεις νυκτερινής απασχόλησης και απασχόλησης κατά τις Κυριακές & τις Αργίες, όπως αδιαμφισβήτητα προκύπτει από την έγγραφη ανάλυση της οικονομικής της προσφοράς προς την Αναθέτουσα Αρχή. Ως εκ τούτου το δηλωθέν μηνιαίο κόστος αντικατάστασης και κατ' επέκταση το συνολικό κόστος αντικατάστασης της προσφοράς της ως άνω εταιρείας ΥΠΟΛΕΙΠΕΤΑΙ ΤΟΥ ΝΟΜΙΜΟΥ κόστους αντικατάστασης, δεδομένου ότι τα δηλωθέντα από την εταιρεία ποσά, ως αυτά αναλύονται κατωτέρω, αντιστοιχούν ΜΟΝΟΝ για εργαζόμενο που απασχολείται από Δευτέρα έως Παρασκευή κατά την πρωινή ή απογευματινή βάρδια εκτέλεσης των υπηρεσιών φύλαξης. Ωστόσο η διακήρυξη με αριθμό πρωτοκόλλου/...-...-... ρητά απαιτεί νυκτερινή απασχόληση και απασχόληση Κυριακών & Αργιών για την εκτέλεση του έργου, το δε επιπρόσθετο κόστος νυκτερινής απασχόλησης και απασχόλησης Κυριακών & Αργιών δεν έχει προσμετρηθεί από την ανωτέρω εταιρεία για τον υπολογισμό του κόστους αντικατάστασης για το σύνολο των ατόμων που πρόκειται να απασχολήσει για την εκτέλεση του έργου. Επομένως, η οικονομική προσφορά της εταιρείας «.....» παραβιάζει τις απαρέγκλιτες διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και για το λόγο αυτό θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της ως άνω εταιρείας. Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 1 του Α.Ν. 539/1945, όπως συμπληρώθηκε με την παρ. 15 του άρθρου 3 του Ν. 4504/1966, ορίζεται επί λέξει το εξής: «Η χρονική περίοδος χορηγήσεως της άδειας κανονίζεται μεταξύ εργοδότη και μισθωτού, του πρώτου υποχρεουμένου 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 αδειών δέον να ικανοποιούνται εντός του από 1η Μαΐου μέχρι 30 Σεπτεμβρίου

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

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 άδειας 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 εάν δεν εζητήθη αύτη υπό του μισθωτού».

Σύμφωνα με το άρθρο 6 του Ν. 3144/2003 (ΦΕΚ-111 Α') όπως τροποποιημένο ισχύει, ορίζεται επί λέξει το εξής: «Ο εργαζόμενος δικαιούται κατά τον πρώτο χρόνο εργασίας του σε συγκεκριμένο εργοδότη να λάβει από την έναρξη της απασχόλησής του ποσοστό της ετήσιας κανονικής άδειας αε αποδοχές, που προβλέπεται κατά τις κείμενες διατάξεις ότι δικαιούται μετά από συνεχή απασχόληση τουλάχιστον δώδεκα (12) μηνών σύμφωνα με το άρθρο 2 του α.ν. 539/1945, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 1346/1983 και όπως εκάστοτε ισχύει, κατ' αναλογία με το χρόνο εργασίας, που έχει συμπληρώσει στον ίδιο εργοδότη. Η ετήσια κανονική άδεια, η οποία θα χορηγείται σύμφωνα με τη διαδικασία του προηγούμενου εδαφίου, καθώς και το επίδομα άδειας, διέπονται κατά τα λοιπά από τις οικείες διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας.» Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 1 του Ν. 3302/2004 «Ρύθμιση ετήσιας άδειας εργαζομένων και άλλες διατάξεις (ΦΕΚ Α' 267) «Ετήσια άδεια με αποδοχές» ορίζεται επί λέξει το κάτωθι: «1. Η διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 2 του Α.Ν. 539/1945 (ΦΕΚ 229 Α'), όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 13 του Ν. 3227/2004 (ΦΕΚ Α' 31), αντικαθίσταται ως εξής: «1α. Κάθε μισθωτός από την έναρξη της εργασίας του σε υπόχρεη επιχείρηση και μέχρι τη συμπλήρωση 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 24 εργάσιμων ημερών ή αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα 5νθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας 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 1ου ημερολογιακού έτους, εντός του οποίου προσελήφθη ο

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

μισθωτός να χορηγεί σε αυτόν την παραπάνω αναλογία της κανονικής άδειας. Κατά το 2ο 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 εδ. β' της περ. α'. Η άδεια αυτή επαυξάνεται κατά 1 εργάσιμη ημέρα για κάθε έτος απασχόλησης επιπλέον του 1ου μέχρι τις 26 εργάσιμες ημέρες ή μέχρι και τις 22 εργάσιμες ημέρες αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα 5ήνθημερης 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.» Εξάλλου, με βάση τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 1 του Α.Ν. 539/1945 όπως συμπληρώθηκε με το άρθρο 3 του Ν.Δ. 3755/1957 ορίζεται επί λέξει το κάτωθι: «Πάσα συμφωνία μεταξύ εργοδότη και μισθωτού περιλαμβάνουσα την εγκατάλειψιν του εις άδειαν δικαιώματος του μισθωτού ή την παραίτησιν τούτου από του εν λόγω δικαιώματος, και εάν προβλέπη την καταβολή εις αυτόν επηυξημένης αποζημιώσεως, θεωρείται ανύπαρκτος. Επιφυλασσομένων των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας, εργοδότης αρνούμενος την χορήγησιν εις μισθωτόν αυτού της νομίμου κατ' έτος αδειάς του, υποχρεούται όπως άμα τη λήξει του έτους, καθ' ό δικαιούται αδειάς ο μισθωτός και μετά προηγουμένην διαπίστωσιν της παραλείψεως ταύτης υπό οργάνου του Υπουργείου Εργασίας, καταβάλη εις αυτόν τας αντιστοίχους αποδοχάς των ημερών αδειάς, ηυξημένας κατά 100%». Περαιτέρω, στο άρθρο 3 του Α.Ν. 539/1945 «Περί χορηγήσεως κατ' έτος εις τους μισθωτούς αδειών μετ' αποδοχών» (Φ.Ε.Κ. Α' 229/6-9-1945), όπως τροποποιημένος ισχύει, ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής: «1. Κατά την διάρκειαν της αδειάς ο μισθωτός δικαιούται, των συνήθων αποδοχών, ών θα εδικαιούτο εάν απησχολείτο παρά τη υποκειμένη επιχειρήσει κατά τον αντίστοιχον χρόνον ή των αποδοχών των τυχόν δια την περίπτωσιν ταύτην καθωρισμένων δια συλλογικής συμβάσεως. ... 3. Εν τη εννοία των αποδοχών περιλαμβάνονται και αι παντός είδους πρόσθετοι ή συμπληρωματικοί τακτικάί παροχαί (αντίτιμον τροφής, επιδόματα κλπ.) ...». Επιπρόσθετα, σύμφωνα με το άρθρο 1.3 «Συνοπτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης», σελίδα 5 της διακήρυξης προβλέπεται επί λέξει το εξής: «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η
.....

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

1. Εργοτάξιο στην περιοχή (Δήμος)

Το Εργοτάξιο λειτουργεί σε οικόπεδο έκτασης περίπου 15.000 τ. μ. το οποίο περιλαμβάνει κτιριακές εγκαταστάσεις (γραφεία και αποθήκες) 2.500 τ. μ., χώρους στάθμευσης των Μηχανημάτων έργου, καθώς και χώρους εναπόθεσης - αποθήκευσης υλικών (αλάτι κ. λ. π.),

Οι περίοδοι στατικής φύλαξης έχουν ως εξής:

Από Δευτέρα έως Παρασκευή

Ένα (1) άτομο από τις 14.00 έως 22.00

Δύο (2) άτομα από τις 22.00 έως 06.00

Σάββατο, Κυριακή και Αργίες

Ένα (1) άτομο από τις 06.00 έως 14.00

Ένα (1) άτομο από τις 14.00 έως 22.00

Δύο (2) άτομα από τις 22.00 έως 06.00

2. Εργοτάξιο στην περιοχή (Δήμος)

Το Εργοτάξιο λειτουργεί σε οικόπεδο έκτασης 16.000 τ. μ., το οποίο περιλαμβάνει κτιριακές εγκαταστάσεις το αρχείο της πρώην Ν.Α. Θεσσαλονίκης, (γραφεία , αποθήκες) 1.000 τ. μ., χώρους στάθμευσης των Μηχανημάτων έργου, καθώς και χώρους εναπόθεσης υλικών (αλάτι κ. λ. π.).

Οι περίοδοι στατικής φύλαξης έχουν ως εξής:

Από Δευτέρα έως Παρασκευή

Ένα (1) άτομο από τις 14.00 έως 22.00

Ένα (1) άτομο από τις 22.00 έως 06.00

Σάββατο, Κυριακή και Αργίες

Ένα (1) άτομο από τις 06.00 έως 14.00

Ένα (1) άτομο από τις 14.00 έως 22.00

Ένα (1) άτομο από τις 22.00 έως 06.00».

Από την αδιάστικτη γραμματική διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας προκύπτει αδιαμφισβήτητα ότι τα θέματα χορήγησης ετήσιας άδειας με αποδοχές στους μισθωτούς και εργατοτεχνίτες ρυθμίζονται

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

συγκεκριμένα από τις διατάξεις του Α.Ν. 539/1945, όπως αυτός ισχύει σήμερα μετά τις τροποποιήσεις που έχει υποστεί με το άρθρο 6 του Ν. 3144/2003 και το άρθρο 1 Ν. 3302/2004 και συμπληρώθηκε με τις διατάξεις των άρθρων 24 του Ν. 3996/2011 και 53 του Ν. 4611/2019 και τροποποιήθηκε εκ νέου με τις διατάξεις του άρθρου 51 του Ν. 4808/2021.

Περαιτέρω σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, οι αποδοχές και το επίδομα αδείας υπολογίζονται επί των «συνήθων αποδοχών. (άρθρο 3 Α.Ν. 539/1945), η έννοια των οποίων είναι ταυτόσημη με τις τακτικές αποδοχές που λαμβάνονται υπόψη για τον υπολογισμό των επιδομάτων εορτών Χριστουγέννων και Πάσχα. Έτσι, τέτοιου είδους χρηματικές παροχές θεωρούνται εκτός άλλων, η προσαύξηση της αμοιβής για εργασία κατά τις Κυριακές, τις Αργίες και τις νυκτερινές ώρες (ΟΛΑΠ 5/2011 Τ.Ν.Π. «Νόμος», ΑΠ 361/2015 Τ.Ν.Π. «Νόμος», ΑΠ 273/1993 ΔΕΝ 49 σ. 1290, ΕφΑΘ 1950/1995 ΔΕΝ 53 σ. 610 κ.ά.).

Επομένως με βάση τις ανωτέρω ρητές απαιτήσεις της νομοθεσίας, προκύπτει ότι για τον υπολογισμό του ΚΟΣΤΟΥΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΣΕ ΚΑΝΟΝΙΚΗ ΑΔΕΙΑ, δηλαδή για τον υπολογισμό του επιπλέον κόστους που καλείται να καταβάλει ο εργοδότης στους εργαζόμενους οι οποίοι αντικαθιστούν τους ευρισκόμενους σε νόμιμη κανονική άδεια εργαζομένους κατά το χρόνο της άδειας αυτής, λαμβάνονται υπόψη τόσο οι βασικές μικτές αποδοχές συμπεριλαμβανομένων του επιδόματος και αποδοχών αδείας και των δώρων Πάσχα-Χριστουγέννων, όσο και οι αποδοχές που δικαιούνται να λάβουν για εργασία κατά τις Κυριακές, τις αργίες και τη νύχτα, δοθέντος ότι αφενός η εργασία κατά τη διάρκεια αυτών προβλέπεται τακτικά και με βεβαιότητα και αφετέρου ότι το κόστος αντικατάστασης αφορά το σύνολο των αποδοχών που δικαιούνται κατά το νόμο να λάβουν οι αντικαταστάτες των τακτικών εργαζομένων κατά τον επίμαχο χρόνο (βλ. ΑΔ ΗΟC ΑΕΠΠ 555/2019).

Επομένως ως τακτικές αποδοχές επί τη βάσει των οποίων εξάγεται και προκύπτει το κόστος αντικατάστασης εργαζομένων σε κανονική άδεια νοούνται ο μισθός ή το ημερομίσθιο, καθώς και κάθε άλλη εργοδοτική παροχή, σε χρήμα ή και σε είδος (όπως τροφή, κατοικία, κ.λπ.), η οποία καταβάλλεται ως νόμιμο αντάλλαγμα της παρεχομένης εργασίας τακτικά κάθε μήνα ή σε

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

επαναλαμβανόμενα χρονικά διαστήματα, καθώς επίσης, μεταξύ άλλων, η προσαύξηση της αμοιβής για εργασία κατά τις Κυριακές, τις Αργίες και τις νυκτερινές ώρες (ΑΠ 1448/2002 ΔΕΝ 59 σ. 919, ΑΠ 71/2002 ΕΛΔνη 44 σ. 751, ΑΠ 1060/1990 κ.ά, βλ. και Σ. Βλαστό, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, 2005, σελ. 792- 793, Κ. Λαναρά, Νομοθεσία εργατική και ασφαλιστική, 2014, σελ. 663-664).

Εξάλλου σύμφωνα με την υπ' αριθ. 8900/1946 κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και Εργασίας, όπως αυτή ερμηνεύθηκε με το άρθρο 1 της υπ' αριθ. 25825/1951 κοινής απόφασης των ίδιων Υπουργών, ο μισθωτός που προσφέρει εργασία κατά τις Κυριακές και άλλες μη εργάσιμες εορτές δικαιούνται προσαύξησης 75% η οποία υπολογίζεται εις «το κεκανονισμένον εκάστοτε ημερομίσθιον», ενώ σύμφωνα με την υπ' αριθ. 18310/1946 των αυτών ως άνω Υπουργών, στους πάσης φύσεως μισθωτούς που απασχολούνται από 10 μ.μ. μέχρι 6 π.μ. (νυκτερινή εργασία) καταβάλλονται «αι εκάστοτε κεκανονισμεναι νόμιμοι αποδοχαί. ηυξημέναι κατά 25%».

Σημειωτέον δε, ότι με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης οι εργαζόμενοι φύλακες που θα χρησιμοποιηθούν για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης φύλαξης των εγκαταστάσεων της, θα απασχολούνται σε εικοσιτετράωρη βάση και για όλη την διάρκεια της εβδομάδας (συμπεριλαμβανομένων των αργιών). Επομένως οι αντικαταστάτες των εργαζομένων, που θα χρησιμοποιήσει η ως άνω εταιρεία, θα κληθούν να αντικαταστήσουν τους τακτικούς εργαζόμενους που θα χρησιμοποιηθούν για την εκτέλεση του έργου κατά τη διάρκεια που αυτοί θα απουσιάζουν και ως εκ τούτου θα κληθούν να καλύψουν με βεβαιότητα και τη νυκτερινή βάρδια και τη βάρδια Κυριακής και Αργίας, για τις οποίες θα πρέπει να λάβουν προσαυξημένες αποδοχές, σύμφωνα με την κείμενη εργατική νομοθεσία, γεγονός που ουδόλως λαμβάνεται υπόψη από την ως άνω εταιρεία κατά την εξαγωγή του κόστους αντικατάστασης, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς της.

Πιο συγκεκριμένα η εταιρεία «.....», όπως προκύπτει από την κατατεθειμένη ανάλυση της οικονομικής της προσφοράς προς την Αναθέτουσα Αρχή (βλ. αρχείο «3. ΠΙΝΑΚΑΣ ΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚ. ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_.....», σελ. 4), κατά παράβαση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας, έχει υπολογίσει το

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

κόστος αντικατάστασης εργαζομένων σε κανονική άδεια, χωρίς να έχει συμπεριλάβει στις αποδοχές των εργαζομένων, με βάση τις οποίες γίνεται ο σχετικός υπολογισμός του, τις προσαυξήσεις για παροχή εργασίας κατά τις Κυριακές & Αργίες. καθώς και κατά τη νυκτερινή απασχόληση. Τούτο δε, αν και ρητά προβλέπεται από τους όρους της Διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές αυτής, η απαίτηση για απασχόληση ατόμων στη φύλαξη της τόσο σε Κυριακές & Αργίες όσο και κατά τη νύχτα.

Πιο ειδικά, στη σελίδα 4 του αρχείου «3. ΠΙΝΑΚΑΣ ΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚ. ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_.....» της οικονομικής της προσφοράς, κατά τον προσδιορισμό του μηνιαίου κόστους αντικατάστασης, δηλώνει ρητά το εξής:

A. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ:
« ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΙ ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΝΤΑΙ: 4,6411 ΦΥΛ. ΗΜΕΡΕΣ ΑΔΕΙΑΣ ΑΝΑ
ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟ
ΑΝΑ ΜΗΝΑ: 2 ΗΜ. - ΑΠΟΔΟΧΕΣ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟΥ: 26,00 (€/ΗΜ) ΚΑΙ
ΕΠΟΜΕΝΩΣ ΤΟ ΜΗΝΙΑΙΟ
ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΩΝ ΓΙΑ ΑΔΕΙΕΣ ΕΙΝΑΙ: 4,6411 φ. X 2
ΗΜ. X 26,00
(€/ΗΜ/ΣΘΙΟ) ^ 241,3372 (€/Μ)»

B. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ:
« ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΙ ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΝΤΑΙ: 3,2411 ΦΥΛ. ΗΜΕΡΕΣ ΑΔΕΙΑΣ ΑΝΑ
ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟ
ΑΝΑ ΜΗΝΑ: 2 ΗΜ. - ΑΠΟΔΟΧΕΣ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟΥ: 26,00 (€/ΗΜ) ΚΑΙ
ΕΠΟΜΕΝΩΣ ΤΟ ΜΗΝΙΑΙΟ
ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΩΝ ΓΙΑ ΑΔΕΙΕΣ ΕΙΝΑΙ: 3,2411 φ. X 2
ΗΜ. X 26,00
(€/ΗΜ/ΣΘΙΟ) ^ 168,5372 (€/Μ)»

Δηλαδή η ανωτέρω εταιρεία υπολογίζει το κόστος αντικατάστασης και για τα δύο μέρη φύλαξης, επί τη βάσει ημερομισθίου ποσού 26,00 €, το οποίο προκύπτει από τον κατωτέρω υπολογισμό:

650 € βασικός κατώτατος μισθός που ίσχυε κατά την υποβολή της

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

προσφοράς / 25 ασφαλιστικά ημερομίσθια μηνιαίως για τους μισθωτούς φύλακες = 26,00 € ημερομίσθιο.

Πλην όμως το ως άνω ημερομίσθιο, επί τη βάσει του οποίου έχει υπολογισθεί το κόστος αντικατάστασης και για τα δύο τμήματα φύλαξης, αντιστοιχεί στο ημερομίσθιο άνευ προσαυξήσεων για νυκτερινή απασχόληση και απασχόληση κατά τις Κυριακές και τις Αργίες, ήτοι αντιστοιχεί στο βασικό ημερομίσθιο και όχι στο τακτικώς καταβαλλόμενο, κατά πλήρη παράβαση της εργατικής νομοθεσίας.

Τούτο διότι, από το ως άνω ίδιο αρχείο με τίτλο «3. ΠΙΝΑΚΑΣ ΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚ. ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_.....», προκύπτει ότι η συμμετέχουσα εταιρεία, υπολογίζει ως μηναίο εργατικό κόστος πλέον προσαυξήσεων, ήτοι ως τακτικές μηνιαίες αποδοχές των εργαζομένων της:

A. Για το εργοτάξιο: το ποσό των 3.963,1145 €, ήτοι το ποσό των (3.963,1145 € /4,6411) 853,92 € μηνιαίως κατ' άτομο.

B. Για το εργοτάξιο: το ποσό των 2.697,8906 €, ήτοι το ποσό των (2.697,8906 € / 3,2411) 832,40 € μηνιαίως κατ' άτομο.

Επομένως το τακτικώς καταβαλλόμενο ημερομίσθιο, επί τη βάσει του οποίου όφειλε να υπολογίσει το κόστος αντικατάστασης του προσωπικού της ανέρχεται σε:

A. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ:
853,92 € τακτικές καταβαλλόμενες αποδοχές μηνιαίως κατ' άτομο σύμφωνα με την οικονομική της προσφορά / 25 ασφαλιστικά ημερομίσθια μηνιαίως για τους μισθωτούς φύλακες = 34,16 € τακτικώς καταβαλλόμενο ημερομίσθιο επί τη
βάσει του
οποίο υπολογίζεται σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία το κόστος
αντικατάστασης
και όχι 26,00 €, όπως όλως παρανόμως και κατά παράβαση της εργατικής
νομοθεσίας
υπολογίζει η εταιρεία «.....», επί ποινή απόρριψης της προσφοράς της.

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

B. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ

832,40 € τακτικές καταβαλλόμενες αποδοχές μηνιαίως κατ' άτομο / 25 ασφαλιστικά ημερομίσθια μηνιαίως για τους μισθωτούς φύλακες = 33,30 €
τακτικώς
καταβαλλόμενο ημερομίσθιο επί τη βάσει του οποίου υπολογίζεται σύμφωνα με την
κείμενη νομοθεσία το κόστος αντικατάστασης και όχι 26,00 €, όπως όλως
παρανόμως
και κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας υπολογίζει η εταιρεία «.....»,
επί ποινή απόρριψης της προσφοράς της.
Ως εκ τούτου η εταιρεία «.....», κατά την εξαγωγή του κόστους αντικατάστασης, όφειλε να προβεί στον κατωτέρω υπολογισμό:

A. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ

« ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΙ ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΝΤΑΙ: 4,6411 ΦΥΛ. ΗΜΕΡΕΣ ΑΔΕΙΑΣ ΑΝΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟ ΑΝΑ ΜΗΝΑ: 2 ΗΜ. - ΑΠΟΔΟΧΕΣ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟΥ: 34,16 (€/ΗΜ) ΚΑΙ ΕΠΟΜΕΝΩΣ ΤΟ ΜΗΝΙΑΙΟ
ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΩΝ ΓΙΑ ΑΔΕΙΕΣ ΕΙΝΑΙ: 4,6411 φ. X 2
ΗΜ. X 34,16
(€/ΗΜ/ΣΘΙΟ) ^ 317,08 (€/Μ)» και ΟΧΙ 241,3372 €/μήνα που όλως παρανόμως
και
κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας υπολογίζει η εταιρεία «.....», επί
ποινή απόρριψης της προσφοράς της

B. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ

« ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΙ ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΝΤΑΙ: 3,2411 ΦΥΛ. ΗΜΕΡΕΣ ΑΔΕΙΑΣ ΑΝΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟ ΑΝΑ ΜΗΝΑ: 2 ΗΜ. - ΑΠΟΔΟΧΕΣ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟΥ: 33,30 (€/ΗΜ) ΚΑΙ ΕΠΟΜΕΝΩΣ ΤΟ ΜΗΝΙΑΙΟ
ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΩΝ ΓΙΑ ΑΔΕΙΕΣ ΕΙΝΑΙ: 3,2411 φ. X 2
ΗΜ. X 33,30
(€/ΗΜ/ΣΘΙΟ) ^ 215,86 (€/Μ)» και ΟΧΙ 168,5372 €/μήνα που όλως παρανόμως
και

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας υπολογίζει η εταιρεία «.....», επί ποινή απόρριψης της προσφοράς της

Συνεπώς, σύμφωνα με την προσφορά της εταιρίας «.....», το κόστος αντικατάστασης, δηλαδή το κόστος του προσωπικού που θα αντικαταστήσει το τακτικό προσωπικό της εταιρείας, όταν αυτό θα απουσιάζει με άδεια, έχει υπολογισθεί με βάση τις βασικές αποδοχές αυτών και όχι με βάση τις τακτικές αποδοχές αυτών, δηλαδή ΔΕΝ έχει υπολογισθεί λαμβανομένων υπόψη των συνολικών αποδοχών του προσωπικού φύλαξης, συμπεριλαμβανομένων των προσαυξήσεων για απασχόληση κατά τις νυκτερινές ώρες και κατά τις Κυριακές και τις Αργίες.

Δηλαδή το υπολογιζόμενο από την ως άνω εταιρεία κόστος αντικατάστασης, δεν περιλαμβάνει τις ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΕΣ ΑΠΟΔΟΧΕΣ των εργαζομένων, συμπεριλαμβανομένων και των προσαυξήσεων για εργασία κατά τη νύχτα και κατά τις Κυριακές & Αργίες.

Επομένως η εταιρεία «.....» για τους εργαζόμενους της που θα κληθούν να αντικαταστήσουν τους απουσιάζοντες σε άδεια εργαζόμενους κατά τη νυκτερινή βάρδια και κατά τις Κυριακές & Αργίες, κατά τις οποίες θα πρέπει να καταβληθούν αποδοχές νομίμως προσαυξημένες, θα τους δώσει παράνομα κόστος αντικατάστασης, το οποίο ΔΕΝ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΙ τις προσαυξήσεις της νυχτερινής απασχόλησης και απασχόλησης Κυριακών & Αργιών, σύμφωνα με τα ανωτέρω.

Συνεπώς, η εταιρεία «.....», για τον υπολογισμό του κόστους αντικατάστασης του συνόλου των ατόμων που θα απασχολήσει θα έπρεπε να λάβει υπόψη το ημερομίσθιο ποσού 34,16 € για το εργοτάξιο και το ημερομίσθιο ποσού 33,30 € για το εργοτάξιο ΚΑΙ ΟΧΙ το ημερομίσθιο ποσού 26,00 € που έχει λάβει υπόψη στην οικονομική της προσφορά για κάθε ένα εργοτάξιο φύλαξης, το οποίο ΔΕΝ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΙ προσαυξήσεις νύχτας, Κυριακών και Αργιών.

Από τα ανωτέρω, προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η ανωτέρω εταιρεία λαμβάνει υπόψιν της, για τον υπολογισμό του κόστους αντικατάστασης, ΜΟΝΟΝ το βασικό ημερομίσθιο και όχι το τακτικώς καταβαλλόμενο, ΗΤΟΙ ΔΕΝ ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΙ ΣΤΟ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟ ΕΠΙ ΤΗ ΒΑΣΕΙ ΤΟΥ

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

ΟΠΟΙΟΥ ΠΡΟΚΥΠΤΕΙ ΤΟ ΔΗΛΩΘΕΝ ΑΠΟ ΕΚΕΙΝΗ ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΤΙΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΙΣ ΝΥΚΤΕΡΙΝΗΣ ΑΠΑΣΧΟΛΗΣΗΣ ΚΑΙ ΑΠΟΣΧΟΛΗΣΗΣ ΚΥΡΙΑΚΩΝ & ΑΡΓΙΩΝ, σύμφωνα με τα ανωτέρω.

Ως εκ τούτου η εταιρεία «.....», κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας, δήλωσε μεν ότι οι αντικαταστάτες των εργαζομένων της θα λάβουν αποδοχές κατά το διάστημα που θα κληθούν να αντικαταστήσουν τους εργαζόμενους της, ωστόσο υπολόγισε τα ποσά αυτά, τεχνηέντως και παρανόμως, μόνον επί των βασικών αποδοχών τους (ήτοι επί αποδοχών οι οποίες αντιστοιχούν σε ημερήσια απασχόληση από Δευτέρα έως και Σάββατο) ΚΑΙ ΟΧΙ επί του συνόλου των καταβαλλόμενων αποδοχών των εργαζομένων, ήτοι χωρίς να συμπεριληφθούν οι προσαυξήσεις νυχτερινής απασχόλησης και απασχόλησης Κυριακών & Αργιών.

Επειδή και κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας η προσφορά που παραβιάζει εργατική νομοθεσία, νόμιμα αποκλείεται από τον διαγωνισμό ως μη νόμιμη. Επίσης είναι απορριπτέα, ως προφανώς ζημιογόνος, οικονομική προσφορά που υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού και ασφαλιστικού κόστους του προσωπικού που θα απασχοληθεί με την παροχή των υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από την ισχύουσα εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, στις οποίες ρητώς παραπέμπει και η επίμαχη διακήρυξη (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1255/2009, 1344/2008, 1090/2006).

Επειδή κατά την νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας οικονομικές προσφορές που δεν περιλαμβάνουν το απαιτούμενο από το νόμο νόμιμο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος έχουν ως αποτέλεσμα να είναι ζημιογόνες, αφού δεν καλύπτουν το ελάχιστο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος και γι' αυτό το λόγο νόμιμα αποκλείονται από διαγωνισμούς (ΕΑ ΣτΕ 297/2009).

Συνεπώς, η οικονομική προφοράς της εταιρείας «.....», παραβιάζει την εργατική νομοθεσία, η τήρηση της οποίας, απαρέγκλιτα και επί ποινή αποκλεισμού, απαιτείται από τη διακήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού και γι' αυτό το λόγο μη νόμιμα και αβάσιμα έγινε αποδεκτή η οικονομική της προσφορά με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις της Αναθέτουσας Αρχής και ως εκ τούτου θα πρέπει να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες αποφάσεις της κατά το μέρος που ενέκριναν όπως μη νομίμως και αβασίμως την οικονομική προσφορά της ως άνω εταιρείας».

18. Επειδή, επί του ανωτέρω πρώτου λόγου προσφυγής η παρεμβαίνουσα εταιρεία αντιτάσσει τα εξής: «Από την ως άνω ανάλυση του τρόπου υπολογισμού της οικονομικής προσφοράς μας προκύπτει ότι και στα δύο εργοτάξια (..... και) στο υπ' αρ. «7» πεδίο με τίτλο «ΔΑΠΑΝΗ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΩΝ ΓΙΑ ΑΔΕΙΕΣ» λαμβάνεται υπόψη για τον υπολογισμό του σχετικού κόστους το βασικό ημερομίσθιο ποσού 26,00 ευρώ, χωρίς επιπλέον κόστος για νυκτερινή εργασία και εργασία Κυριακές και αργίες, όπως ορθά παρατήρησε η προσφεύγουσα, και έχει ως εξής (...): Στην ως άνω τιμή (του πεδίου «7» της προσφοράς της με τίτλο «ΔΑΠΑΝΗ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΩΝ ΓΙΑ ΑΔΕΙΕΣ») δεν συμπεριλαμβάνονται οι προσαυξήσεις για νυκτερινή εργασία και εργασία σε Κυριακές και αργίες, όχι λόγω ακούσιου ή εκούσιου σφάλματος, αλλά διότι το κόστος αυτό έχει υπολογιστεί και αναφέρεται ευκρινώς και με σαφήνεια στο υπ' αρ. «2» πεδίο της ως άνω ανάλυσής μας με τίτλο «ΚΟΣΤΟΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΩΝ ΣΥΝΟΛΙΚΑ ΚΑΙ ΜΗΝΙΑΙΩΣ», το οποίο έχει ως εξής:

α. Για το εργοτάξιο

«2. ΚΟΣΤΟΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΩΝ ΣΥΝΟΛΙΚΑ ΚΑΙ ΜΗΝΙΑΙΩΣ:

121 (ημ) X 160 X 3,8999 (€/Ω) X 75/100 -> 5.662,6548 (€/Διετίας)

121 (νυκ) X 80 X 3,8999 (€/Ω) X 100/100 X 2 Π.Φ. 7.550,2064 (€/Διετίας)

609 (νυκ) X 80 X 3,8999 (€/Ω) X 25/100 X 2 Π.Φ. -> 9.500,1564 (€/Διετίας)

Σύνολο Προσαυξήσεων Διετίας 22.713,0176 (€/Διετίας)

Κόστος Προσαυξήσεων ανά μήνα = 22.713,0176 (€/Διετίας) : 24μ.= 946,3757 (€/Μ)»

β. Για το εργοτάξιο

«2. ΚΟΣΤΟΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΩΝ ΣΥΝΟΛΙΚΑ ΚΑΙ ΜΗΝΙΑΙΩΣ:

121 (ημ) X 160 X 3,8999 (€/Ω) X 75/100 -> 5.662,6548 (€/Διετίας)

121 (νυκ) X 80 X 3,8999 (€/Ω) X 100/100 -> 3.775,1032 (€/Διετίας)

609 (νυκ) X 80 X 3,8999 (€/Ω) X 25/100 -> 4.750,0782 (€/Διετίας)

Σύνολο Προσαυξήσεων Διετίας -> 14.187,8362 (€/Διετίας)

Κόστος Προσαυξήσεων ανά μήνα = 14.187,8362 (€/Διετίας) : 24μ.= 591,1598 (€/Μ)»

Προκύπτει, επομένως, ότι οι 121 ημέρες, για τις οποίες έχουμε υπολογίσει

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

προσαυξήσεις λόγω εργασίας σε Κυριακή και αργία, οι 121 ημέρες, για τις οποίες έχουμε υπολογίσει προσαυξήσεις λόγω νυκτερινής εργασίας σε Κυριακή και αργία, καθώς και οι 609 ημέρες, για τις οποίες έχουμε υπολογίσει προσαυξήσεις λόγω νυκτερινής εργασίας, και για τα δύο εργοτάξια αφορούν στο σύνολο της διεισδυτικής διάρκειας της σύμβασης. Συνεπώς στο πεδίο αυτό περιλαμβάνονται όλες οι ημέρες, που από το νόμο προβλέπονται προσαυξήσεις, και οι οποίες απαιτούνται για την εκτέλεση του έργου είτε από τους σταθερούς και μόνιμους φύλακες είτε από τους αντικαταστάτες αυτών. Δηλαδή, με άλλα λόγια, οι ως άνω ημέρες, για τις οποίες έχουμε υπολογίσει νόμιμα και νομότυπα τις σχετικές προσαυξήσεις, καταλαμβάνουν την εργασία τόσο του σταθερού προσωπικού, που απαιτείται για την εκτέλεση του έργου, όσο και των αντικαταστατών αυτού. Εάν υπολογίζαμε τις προσαυξήσεις αυτές και στο πεδίο «2», στο οποίο αναφέρουμε όλες τις ημέρες, για τις οποίες ο νόμος απαιτεί προσαυξημένη εργατική αμοιβή, και στο πεδίο «7», το οποίο αφορά στο κόστος των αντικαταστατών, όπως διατείνεται η προσφεύγουσα, θα ήταν λανθασμένη και παράνομα προσαυξημένη η προσφορά μας, διότι το κόστος αυτό για τους αντικαταστάτες θα είχε υπολογιστεί δύο φορές».

19. Επειδή, επί του πρώτου προβαλλόμενου λόγου προσφυγής η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται με τις απόψεις της ότι «(...) η Επιτροπή Διαγωνισμού κατά την αξιολόγηση των Οικονομικών Προσφορών που κατατέθηκαν στον διαγωνισμό, εξέτασε την Ανάλυση της Οικονομικής Προσφοράς όπως είχε ορθώς υποβληθεί και από τις πέντε (5) διαγωνιζόμενες εταιρείες. Ειδικότερα και όσον αφορά στην παρεμβαίνουσα «.....», η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι το Κόστος Αντικατάστασης έχει συμπεριληφθεί στην Αναλυτική Οικονομική Προσφορά στο πεδίο «Κόστος Προσαυξήσεων Συνολικά και Μηνιαίως».

20. Επειδή, ύστερα από την εξέταση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του πρώτου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής: Πράγματι από τα οριζόμενα στον όρο 1.3 της Διακήρυξης προκύπτει ότι για την εκτέλεση της δημοπρατούμενης υπηρεσίας θα απαιτηθεί νυκτερινή απασχόληση των

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

εργαζομένων (22:00 – 06:00) καθώς και απασχόληση κατά τις ημέρες Σάββατο – Κυριακή και τις επίσημες αργίες, στις οποίες, όπως ορθώς παραθέτει η προσφεύγουσα, οι εργαζόμενοι μισθοδοτούνται διαφορετικά. Ωστόσο, η παρεμβαίνουσα, ως και η ίδια συνομολογεί έχει υπολογίσει το κόστος αντικατάστασης των εργαζομένων της βάσει του βασικού ημερομίσθιου ποσού 26,00 ευρώ, χωρίς επιπλέον κόστος για νυκτερινή εργασία και εργασία Κυριακές και αργίες, το οποίο ωστόσο ισχυρίζεται ότι περιλαμβάνει σε έτερο πεδίο της προσφοράς της. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι στο πεδίο υπ' αρ. «2» της ανάλυσής της με τίτλο «ΚΟΣΤΟΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΩΝ ΣΥΝΟΛΙΚΑ ΚΑΙ ΜΗΝΙΑΙΩΣ» περιλαμβάνεται ευκρινώς και με σαφήνεια ότι οι 121 ημέρες, για τις οποίες έχει υπολογίσει προσαυξήσεις λόγω εργασίας σε Κυριακή και αργία, οι 121 ημέρες, για τις οποίες έχει υπολογίσει προσαυξήσεις λόγω νυκτερινής εργασίας σε Κυριακή και αργία, καθώς και οι 609 ημέρες, για τις οποίες έχει υπολογίσει προσαυξήσεις λόγω νυκτερινής εργασίας, και για τα δύο εργοτάξια αφορούν στο σύνολο της διετούς διάρκειας της σύμβασης και επομένως στο πεδίο αυτό περιλαμβάνονται όλες οι ημέρες, που από το νόμο προβλέπονται προσαυξήσεις, και οι οποίες απαιτούνται για την εκτέλεση του έργου είτε από τους σταθερούς και μόνιμους φύλακες είτε από τους αντικαταστάτες αυτών. Πλην όμως από την διατύπωση του οικείου πεδίου της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, όπως αυτή παραπάνω παρατίθεται, δεν προκύπτει ευκρινώς σε τι ακριβώς αντιστοιχούν τα ποσά των προσαυξήσεων που υπολογίζει και παραθέτει και ως εκ τούτου δεν δύναται να διαπιστωθεί αν πράγματι έχει υπολογισθεί ορθώς το κόστος αντικατάστασης των εργαζομένων που θα απασχολήσει συμπεριλαμβανομένων των επιπλέον αποδοχών που θα κληθεί να καταβάλει για την απασχόλησή τους σε νυκτερινή βάρδια, Κυριακές και αργίες. Αντιθέτως, αορίστως επιγράφεται το πεδίο «ΚΟΣΤΟΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΩΝ ΣΥΝΟΛΙΚΑ ΚΑΙ ΜΗΝΙΑΙΩΣ» και από τα ποσά και τους υπολογισμούς που παρατίθενται δεν προκύπτει ρητώς η πλήρωση της ως άνω προϋπόθεσης. Κατά τούτο έσφαλε η αναθέτουσα αρχή αποδεχόμενη την προσφορά της παρεμβαίνουσας εν όψει και της ανωτέρω εκτιθέμενης αρχής της τυπικότητας που διέπει τον τρόπο συντάξεως των προσφορών και ο σχετικός λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός. Η ως άνω πλημμέλεια όμως δεν συνεπάγεται την άνευ ετέρου απόρριψη της

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

προσφοράς της παρεμβαίνουσας, καθώς η αναθέτουσα αρχή δύναται να καλέσει αυτήν σε συμπλήρωση και αποσαφήνιση της προσφοράς της βάσει των οριζόμενων στο αρ. 102 του Ν. 4412/2016, προκειμένου να διαπιστωθεί αν πράγματι στο πεδίο «2» της ανάλυσης της προσφοράς της έχει ληφθεί υπ' όψη και ρητώς υπολογισθεί στο κόστος αντικατάστασης των εργαζομένων το ύψος των αποδοχών βάσει των ημερομισθίων που προβλέπονται για νυχτερινή απασχόληση και απασχόληση κατά τα σαββατοκύριακα και τις αργίες.

21. Επειδή, με το δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα προβάλλει τα κάτωθι κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας: *«Η μειοδότηρια εταιρεία «.....», υπέβαλε παράνομη και κάτω του νόμιμου ελάχιστου εργατικού κόστους οικονομική προσφορά, καθόσον υπολογίζει παράνομο και κάτω του ελαχίστου νομίμου κόστους αντικατάστασης, το οποίο αντιστοιχεί σε αποδοχές 2 ασφαλιστικών ημερομισθίων το μήνα (ήτοι 24 ασφαλιστικών ημερομισθίων το έτος) και για τα δύο (2) έτη εκτέλεσης της σύμβασης.*

Πλην όμως, σύμφωνα με την εργατική νομοθεσία οι αποδοχές αδειάς των εργαζόμενων πενθήμερης απασχόλησης, ανεξαρτήτως ημερησίων ωρών απασχόλησης, καθώς και των εργαζομένων εξαήμερης απασχόλησης, ανέρχονται σε 24 ημερομίσθια κατά τον 1^ο χρόνο απασχόλησης (ήτοι 2 ημερομίσθια / μήνα) και σε 25 ημερομίσθια κατά τον 2^ο χρόνο απασχόλησης (ήτοι 2,08 ημερομίσθια / μήνα).

Επομένως ο μέσος όρος των ημερομισθίων που αντιστοιχούν στα δύο έτη εκτέλεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι η μειοδότηρια εταιρεία ακολουθεί τον εξής τρόπο υπολογισμού εργατικού κόστους :

μηνιαίο εργατικό κόστος X 12 μήνες = ετήσιο εργατικό κόστος άρα συνολικό εργατικό κόστος = ετήσιο εργατικό κόστος X 2 έτη,

ανέρχεται σε 24,5 ασφαλιστικά ημερομίσθια, ήτοι σε 2,04 ασφαλιστικά ημερομίσθια το μήνα.

Ως εκ τούτου η εταιρεία «.....», όφειλε κατά την εξαγωγή του κόστους αντικατάστασης να θέσει ως βάση υπολογισμού της τα 2,04 ασφαλιστικά ημερομίσθια μηνιαίως, τα οποία αντιστοιχούν στο μέσο όρο των μηνιαίων

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

ασφαλιστικών ημερομισθίων που συνιστούν τις αποδοχές αδειάς και για τα δύο έτη εκτέλεσης της σύμβασης και όχι τα 2 ασφαλιστικά ημερομίσθια μηνιαίως, όπως όλως εσφαλμένως και παρανόμως πράττει.

Ο ως άνω εσφαλμένος υπολογισμός έχει ως αποτέλεσμα το παράνομο και κάτω του ελάχιστου νομίμου κόστους αντικατάστασης, με αποτέλεσμα το εν γένει παράνομο της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «.....».

Η ως άνω προσφορά της εταιρείας καθίσταται τέλος και ζημιογόνος, καθόσον όταν η εταιρεία «.....», κληθεί να καταβάλλει στους αντικαταστάτες των εργαζομένων της, τις νόμιμες αποδοχές που δικαιούνται, αυτές θα υπολείπονται του ελάχιστου νομίμου.

Επομένως, θα πρέπει να γίνει δεκτή η παρούσα προσφυγή μας και να απορριφθεί η όλως μη νόμιμη οικονομική προσφορά της εταιρείας «.....», κατά τα ανωτέρω.

Πιο συγκεκριμένα:

Σύμφωνα με το άρθρο 1 του Ν. 3302/2004 (ΦΕΚ-267 Α') όπως τροποποιημένο ισχύει, ορίζεται επί λέξει το 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 αδειάς 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 αδειάς.

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

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

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 1 η 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 αδείας, εκτός από τις διατάξεις του νόμου αυτού διέπονται και από τις λοιπές συναφείς διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας.»

Επομένως, με το άρθρο 1 του Ν.3302/2004 αντικαθίσταται η διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του Α.Ν.539/1945, όπως αυτή τροποποιήθηκε με την παρ.1 του άρθρου 2 του Ν.1346/1983 και αντικαταστάθηκε με την παρ.1 του άρθρου 13 τον Ν.3227/2004 και επαναφέρεται το «ημερολογιακό έτος» ως βάση χορήγησης της ετήσιας άδειας με αποδοχές των εργαζομένων, ενώ παράλληλα, διευκρινίζεται πλήρως και συμπληρώνεται η διαδικασία λήψης της άδειας κατά τα δύο πρώτα ημερολογιακά έτη της εργασιακής σχέσης του μισθωτού.

Ειδικότερα, με τη νέα παράγραφο 1α τον Α.Ν.539/1945, προβλέπεται ότι όλοι οι εργαζόμενοι, οι οποίοι συνδέονται με σύμβαση ή σχέση εργασίας ορισμένου ή αορίστου χρόνου, δικαιούνται να λάβουν ετήσια άδεια με αποδοχές από την έναρξη της απασχόλησής τους σε συγκεκριμένη υπόχρεη επιχείρηση. Η άδεια αυτή χορηγείται από τον εργοδότη αναλογικώς (ποσοστό) με βάση το χρονικό διάστημα που απασχολήθηκε ο εργαζόμενος στον εργοδότη αυτό.

Η εν λόγω διάταξη της παρ.1 α, όπως και η αντίστοιχη ρύθμιση του άρθρου 6 του Ν.3144/2003, καταργεί το βασικό χρόνο εργασίας-αναμονής (12 μήνες σύμφωνα με τον Α.Ν.539/1945 ή 10 μήνες κατά την ΕΣΣΕ του έτους 2002), τον οποίο έπρεπε να συμπληρώσει ο μισθωτός στον ίδιο εργοδότη για τη θεμελίωση δικαιώματος λήψης άδειας. Οι ρυθμίσεις αυτές τον Ν.3302/2004, εφαρμόζουν τη νομολογία του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (υπόθεση C-173/1999 της 28ης-06-01), η οποία ερμήνευσε το άρθρο 7 της Οδηγίας 93/104/ΕΚ, σχετικά με τη χορήγηση ετήσιας άδειας με αποδοχές.

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

Σύμφωνα με την εν λόγω κοινοτική ρύθμιση, όπως ερμηνεύτηκε με τη σχετική απόφαση του Δικαστηρίου, κάθε εργαζόμενος δικαιούται κατ' ελάχιστον 4 εβδομάδες άδειας κατ' έτος, η οποία δύναται να χορηγηθεί κατ' αναλογία τον χρόνο απασχόλησης.

Σύμφωνα με τον παραπάνω νόμο, για την εύρεση του αριθμού των ημερών αδείας ενός εργαζόμενου λαμβάνεται υπόψη αν αυτός διανύει το πρώτο, το δεύτερο ή το τρίτο και εφ' εξής ημερολογιακό έτος. Στο πρώτο και στο δεύτερο έτος οφείλονται τμήματα αδείας ανάλογα προς τον χρόνο υπηρεσίας, ενώ από το τρίτο και εφ' εξής έτος οφείλεται πλήρης άδεια.

Συγκεκριμένα:

Κατά το πρώτο ημερολογιακό έτος, υπολογίζεται ο συνολικός αριθμός των ημερών αδείας από την ημερομηνία πρόσληψης μέχρι και 31/12 του έτους πρόσληψης. Για εξαήμερη απασχόληση για κάθε μήνα εργασίας αναλογούν 2 ημέρες αδείας (24 /12 μηνών). Για πενθήμερη απασχόληση η αναλογία είναι 20/12 για κάθε μήνα εργασίας.

Κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος, μέχρι ο εργαζόμενος να συμπληρώσει 12μηνο υπηρεσίας ο υπολογισμός γίνεται όπως και στο πρώτο ημερολογιακό έτος, ενώ από την στιγμή που θα συμπληρώσει το 12μηνο υπηρεσίας και μέχρι 31/12 οι ημέρες αδείας που δικαιούται είναι 25/12 για κάθε μήνα εργασίας για εξαήμερη απασχόληση και 21/12 για κάθε μήνα εργασίας για πενθήμερη απασχόληση.

Κατά τρίτο ημερολογιακό έτος ο εργαζόμενος δικαιούται ολόκληρη άδεια σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο. Ο αριθμός των ημερών αδείας όμως εξαρτάται και από το αν κατά το χρονικό σημείο χορήγησης ο εργαζόμενος έχει ή όχι συμπληρώσει 2 έτη υπηρεσίας. Αν δεν έχει συμπληρώσει 2 έτη υπηρεσίας, οι ημέρες αδείας που δικαιούται είναι 25 για εξαήμερη απασχόληση και 21 μέρες για πενθήμερη απασχόληση. Αν έχει συμπληρώσει 2 έτη υπηρεσίας, οι ημέρες αδείας που δικαιούται είναι 26 για εξαήμερη απασχόληση και 22 μέρες για πενθήμερη απασχόληση. Για κάθε επόμενο ημερολογιακό έτος ο αριθμός των ημερών αδείας είναι 26 επί εξαήμερου και 22 επί πενθημέρου.

Με βάση την ανωτέρω ανάλυση υπολογίζονται οι ημέρες αδείας από το πρώτο έως και τρίτο χρόνο απασχόλησης.

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

Ο υπολογισμός των αποδοχών αδείας είναι ο κοινός τόσο για την πενθήμερη απασχόληση (ανεξαρτήτως ωρών ημερήσιας απασχόλησης), όσο και για την εξαήμερη. Συγκεκριμένα:

Κατά το πρώτο έτος οι αποδοχές που δικαιούται ο εργαζόμενος είναι 2 ημερομίσθια για κάθε μήνα εργασίας, ήτοι για το πρώτος έτος πληρωτέες αποδοχές αδείας είναι 24 ημερομίσθια (2 X12 μήνες).

Κατά το δεύτερο έτος, οι πληρωτέες αποδοχές είναι ίσες με 25 ημερομίσθια ;h 2,08 ημερομίσθια μηνιαίως (25 / 12 μήνες).

ΕΠΟΜΕΝΩΣ ο ΜΕΣΟΣ ΟΡΟΣ αποδοχών αδείας για τους 24 μήνες εκτέλεσης του έργου ανέρχεται σε 24,5 ασφαλιστικά ημερομίσθια τα οποία υπολογίζονται ως ακολούθως:

(24 ασφαλιστικά ημερομίσθια αποδοχές αδείας το 1^ο έτος + 25 ασφαλιστικά ημερομίσθια αποδοχές αδείας το 2^ο έτος) /2 έτη εκτέλεσης της σύμβασης = 24,5

ασφαλιστικά ημερομίσθια μέσος όρος 2 ετών ή 2,04 ημερομίσθια κατά μέσο όρο μηνιαίως (24,5 / 12 μήνες).

Στην προκειμένη περίπτωση η εταιρεία «.....» κατά την εξαγωγή του εργατικού της κόστους για τους 24 μήνες εκτέλεσης της σύμβασης, ακολούθησε, σύμφωνα με το αρχείο «3. ΠΙΝΑΚΑΣ ΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚ. ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_.....», την κατωτέρω μέθοδο υπολογισμού του εργατικού της κόστους:

$$\begin{aligned} \text{μηνιαίο εργατικό κόστος} \times 12 \text{ μήνες} &= \text{ετήσιο εργατικό κόστος άρα συνολικό} \\ \text{εργατικό κόστος} &= \text{ετήσιο εργατικό κόστος} \times 2 \text{ έτη} \end{aligned}$$

Πλην όμως κατά την εξαγωγή του κόστους αντικατάστασης πολλαπλασίασε το ημερομίσθιο των αποδοχών των αντικαταστατών X 2 ασφαλιστικά ημερομίσθια και όχι X 2,04 το οποίο αποτελεί τον μέσο όρο των ασφαλιστικών ημερομισθίων που συνιστούν τις αποδοχές αδείας των εργαζομένων της και για τα δύο έτη εκτέλεσης της σύμβασης, κατά πλήρη και κατάφωρη παράβαση

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

της εργατικής νομοθεσίας.

Δηλαδή η εταιρεία «.....», προέβη στον κατωτέρω υπολογισμό του κόστους αντικατάστασης:

A. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ

« ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΙ ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΝΤΑΙ: 4,6411 ΦΥΛ. ΗΜΕΡΕΣ ΑΔΕΙΑΣ ΑΝΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟ ΑΝΑ ΜΗΝΑ: 2 ΗΜ. - ΑΠΟΔΟΧΕΣ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟΥ: 26,00 (€/ΗΜ) ΚΑΙ ΕΠΟΜΕΝΩΣ ΤΟ ΜΗΝΙΑΙΟ

ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΩΝ ΓΙΑ ΑΔΕΙΕΣ ΕΙΝΑΙ: 4,6411 φ. X 2 ΗΜ. X 26,00

(€/ΗΜ/ΣΘΙΟ) ^ 241,3372 (€/Μ)»

B. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ

« ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΙ ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΝΤΑΙ: 3,2411 ΦΥΛ. ΗΜΕΡΕΣ ΑΔΕΙΑΣ ΑΝΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟ ΑΝΑ ΜΗΝΑ: 2 ΗΜ. - ΑΠΟΔΟΧΕΣ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟΥ: 26,00 (€/ΗΜ) ΚΑΙ ΕΠΟΜΕΝΩΣ ΤΟ ΜΗΝΙΑΙΟ

ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΩΝ ΓΙΑ ΑΔΕΙΕΣ ΕΙΝΑΙ: 3,2411 φ. X 2 ΗΜ. X 26,00

(€/ΗΜ/ΣΘΙΟ) ^ 168,5372 (€/Μ)»

ΕΝΩ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΗΝ ΕΡΓΑΤΙΚΗ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ ΘΑ ΕΠΡΕΠΕ ΝΑ ΠΡΟΒΕΙ ΣΤΟΝ ΚΑΤΩΤΕΡΩ ΤΡΟΠΟ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ:

A. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ

« ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΙ ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΝΤΑΙ: 4,6411 ΦΥΛ. ΗΜΕΡΕΣ ΑΔΕΙΑΣ ΑΝΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟ ΚΑΤΑ ΜΕΣΟ ΟΡΟ ΓΙΑ 2 ΕΤΗ ΑΝΑ ΜΗΝΑ: 2,04 ΗΜ. - ΑΠΟΔΟΧΕΣ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟΥ: 26,00 (€/ΗΜ) ΚΑΙ ΕΠΟΜΕΝΩΣ ΤΟ ΜΗΝΙΑΙΟ ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΩΝ ΓΙΑ ΑΔΕΙΕΣ ΕΙΝΑΙ:

4,6411 φ. X 2,04 ΗΜ. X 26,00 (€/ΗΜ/ΣΘΙΟ) + 246,16 € και όχι 241,3372 (€/Μ), που όλως

παρανόμως υπολογίζει», χωρίς να συνυπολογίζουμε και την έτερη πλημμέλεια στον

υπολογισμό του κόστους αντικατάστασης που αναλύεται ανωτέρω

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

B. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ

« ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΙ ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΝΤΑΙ: 3,2411 ΦΥΛ. ΗΜΕΡΕΣ

ΑΔΕΙΑΣ ΑΝΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟ ΚΑΤΑ ΜΕΣΟ ΟΡΟ ΓΙΑ 2 ΕΤΗ ΑΝΑ ΜΗΝΑ:

2,04 ΗΜ. - ΑΠΟΔΟΧΕΣ ΗΜΕΡΟΜΙΣΘΙΟΥ: 26,00 (€/ΗΜ) ΚΑΙ ΕΠΟΜΕΝΩΣ

ΤΟ ΜΗΝΙΑΙΟ ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΩΝ ΓΙΑ ΑΔΕΙΕΣ ΕΙΝΑΙ:

3,2411 φ. Χ 2,04 ΗΜ. Χ 26,00 (€/ΗΜ/ΣΘΙΟ) ^ 171,91 € και όχι 168,5372 (€/Μ)

που όλως

παρανόμως υπολογίζει», χωρίς να συνυπολογίζουμε και την έτερη πλημμέλεια

στον

υπολογισμό του κόστους αντικατάστασης που αναλύεται ανωτέρω

Επομένως η εταιρεία, όφειλε επί ποινή αποκλεισμού, κατά την εξαγωγή του μηνιαίου κόστους αντικατάστασης εργαζομένων σε κανονική άδεια κατ' άτομο, να πολλαπλασιάσει το ημερομίσθιο των αποδοχών των αντικαταστατών της Χ 2,04 ημερομίσθια, το οποία αποτελούν τον μέσο όρο των ασφαλιστικών ημερομισθίων που συνιστούν τις αποδοχές αδειάς των εργαζομένων της και για τα δύο έτη εκτέλεσης της σύμβασης και όχι να πολλαπλασιάσει τις ως άνω αποδοχές Χ 2 ημερομίσθια, όπως παρανόμως και κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας πράττει.

Ο ως άνω εσφαλμένος υπολογισμός έχει ως αποτέλεσμα το παράνομο και κάτω του ελάχιστου νομίμου κόστους αντικατάστασης, με αποτέλεσμα το εν γένει παράνομο της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «.....».

Η ως άνω προσφορά της εταιρείας καθίσταται τέλος και ζημιογόνος, καθόσον όταν η εταιρεία «.....», κληθεί να καταβάλλει στους αντικαταστάτες των εργαζομένων της, τις νόμιμες αποδοχές που δικαιούνται, αυτές θα υπολείπονται του ελάχιστου νομίμου.

Συνεπώς, η οικονομική προφορά της εταιρείας «.....», παραβιάζει την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, η τήρηση της οποίας, απαρέγκλιτα και επί ποινή αποκλεισμού, απαιτείται από τη διακήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού, και γι' αυτό το λόγο θα πρέπει γίνει δεκτή η παρούσα προσφυγή».

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

22. Επειδή, επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής η παρεμβαίνουσα εταιρεία προβάλλει τους κάτωθι ισχυρισμούς: «Στην προδικαστική προσφυγή προβάλλεται ο νομικά και ουσιαστικά αβάσιμος ισχυρισμός ότι, εφόσον ένας εργαζόμενος δικαιούται 24 ημέρες άδεια τον πρώτο χρόνο και 25 ημέρες άδεια το δεύτερο χρόνο (σύμφωνα με το άρ. 1 του Ν. 3302/2004), έχουμε υπολογίσει δήθεν εσφαλμένα ότι για το δεύτερο έτος εκτέλεσης της σύμβασης θα απαιτηθούν 24 ημέρες άδεια για κάθε φύλακα, ήτοι 2 ημέρες μηνιαίως, διότι κατά τους ισχυρισμούς της στο δεύτερο έτος αναλογεί μία ημέρα αδειάς περισσότερη, δηλαδή 25 ημέρες.

Κατά τη διαμόρφωση του εργατικού κόστους στην οικονομική προσφορά μας και ιδιαίτερα του κονδυλίου που αφορά το κόστος των αντικαταστατών, έχουμε χρησιμοποιήσει ως βάση το δεδομένο ότι κάθε εργαζόμενος δικαιούται άδεια 24 ημερών κατ' έτος, ήτοι δύο ημερών μηνιαίως, και για τα δύο έτη παροχής των υπηρεσιών σύμφωνα με τη διακήρυξη. Ο τρόπος υπολογισμού αυτός δεν είναι εσφαλμένος και το επιχείρημα της προσφεύγουσας είναι παραπαιστικό, διότι βασίζεται στην ανύπαρκτη προϋπόθεση ότι οι ίδιοι εργαζόμενοι θα παρέχουν εργασία για την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης από την έναρξη ισχύος της μέχρι τη λήξη της, το οποίο από πουθενά δεν προκύπτει ούτε και προβλέπεται τέτοια υποχρέωση από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς.

Η διάταξη του άρ. 1 του Ν. 3302/2004 ρυθμίζει τον τρόπο κατά τον οποίον προσαυξάνονται οι ημέρες αδειάς ανάλογα με το χρόνο προϋπηρεσίας στον ίδιο εργοδότη. Από καμία διάταξη νόμου, όμως, ούτε βέβαια και από τη διακήρυξη προβλέπεται ότι κατά τον δεύτερο χρόνο εκτέλεσης της επίμαχης σύμβασης οι εργαζόμενοι, ανεξάρτητα από τον χρόνο από τον οποίον προσελήφθησαν στην εταιρεία, δικαιούνται μία επιπλέον ημέρα εργασίας, και δεν θα μπορούσε να οριστεί κάτι τέτοιο, διότι δεν υπάρχει η υποχρέωση να απασχολούνται οι ίδιοι εργαζόμενοι στις επίμαχες φυλάξεις από την αρχή μέχρι τη λήξη της σύμβασης.

Με άλλα λόγια, θα είχε κάποια βασιμότητα ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

μόνο στην υποθετική περίπτωση που από τη διακήρυξη οριζόταν η υποχρέωση να παρέχουν εργασία για την εκτέλεση της σύμβασης καθ' όλο το διάστημα ισχύος της οι ίδιοι εργαζόμενοι, χωρίς να υπάρχει δικαίωμα αλλαγής στη σύνθεσή τους (το οποίο, βέβαια, εκτός των άλλων είναι και εντελώς παράλογο και γι' αυτό δεν έχει υπάρξει ποτέ ως όρος σε καμία διακήρυξη ή σύμβαση). Τότε και μόνο τότε θα προέκυπτε ότι ο φύλακας με τη συμπλήρωση του πρώτου έτους, θα εδικαιούτο μία ημέρα παραπάνω ως άδεια. Και μόνο τότε θα είχαμε υποχρέωση να τη συνυπολογίσουμε για το κόστος των αντικαταστατών.

Η πραγματικότητα, όμως, είναι ότι η διακήρυξη δεν μας απαγορεύει το δεύτερο έτος να απασχολήσουμε νεοπροσλαμβανόμενο προσωπικό, που δεν θα έχει συμπληρώσει ένα έτος εργασίας στην εταιρεία μας και συνεπώς δεν θα του αντιστοιχεί μία ημέρα παραπάνω, Εφόσον δεν απαγορεύεται κάτι τέτοιο, όχι μόνο έχουμε δικαίωμα να το πράξουμε, αλλά είναι και μία θεμιτή ενέργεια, προκειμένου να μειωθεί το εργατικό κόστος.

Οι οικονομικοί φορείς δεν δεσμεύονται στον τρόπο υπολογισμού της οικονομικής προσφοράς τους από τη μέθοδο που ακολουθεί άλλος συνδιαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας ή η αναθέτουσα αρχή και ο μόνος όρος για το παραδεκτό της είναι η συμφωνία της προσφοράς τους με την εργατική νομοθεσία. Είναι πάγια η νομολογία, σύμφωνα με την οποία η επ' ωφελεία μιας διαγωνιζόμενης εταιρείας διαφοροποίηση του τρόπου υπολογισμού του εργατικού κόστους, του διοικητικού κόστους και του εργολαβικού κέρδους ανάγεται περαιτέρω στην ευχέρεια, που διαθέτουν οι διαγωνιζόμενοι να οργανώνουν κατά θεμιτό τρόπο την επιχειρηματική τους δραστηριότητα για την κάλυψη των απαιτήσεων της διακήρυξης και να διαμορφώνουν νομίμως τις τιμές τους εν όψει και της φύσης του διαγωνισμού ως μειοδοτικού (βλ. *ad hoc* ΕΑ ΣτΕ 272/2008, ΔΕφΠειρ. 2/2014) και ότι η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να εφαρμόσει τον τρόπο υπολογισμού της προσφεύγουσας εταιρείας αλλά και κυρίως δεν υποχρεούται να προσαρμόσει τους υπολογισμούς της προσφεύγουσας στις απαιτήσεις της διακήρυξης (βλ. ΕΑ ΣτΕ 412/2010).

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

Επίσης και στην ΑΕΠΠ 704/2018 προβλέπεται ότι «Το γεγονός ότι κάποιος διαγωνιζόμενος έχει καταστρώνει την Οικονομική Προσφορά του κατά διαφορετικό τρόπο έναντι ανταγωνιστή του προσφέροντα, υπό την επιφύλαξη βέβαια τήρησης των απαιτήσεων που έχουν τεθεί στη Διακήρυξη και τη συμφωνία με την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, αποτελεί σύμφυτο χαρακτηριστικό της επιχειρηματικής δράσης που αναπτύσσουν οι οικονομικοί φορείς (εν προκειμένω) στο πεδίο των δημοσίων διαγωνισμών και της ελευθερίας να οργανώνουν κατά τρόπο ανταγωνιστικό, ήτοι καλύτερο για τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής που προκηρύσσει τον Διαγωνισμό, πολύ περισσότερο όταν κριτήριο ανάθεσης αποτελεί (όπως εδώ) το μειοδοτικό κριτήριο ανάθεσης, έτσι ώστε η αναδοχή της σύμβασης να εξαρτάται ουσιαστικά από το μικρότερο ύψος των οικονομικών προσφορών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 272/2008)».

Επομένως από πουθενά δεν προκύπτει ότι το δεύτερο έτος εκτέλεσης της σύμβασης θα απασχολούνται ακριβώς οι ίδιοι φύλακες, οι οποίοι πρωτοξεκίνησαν να εργάζονται κατά την έναρξη παροχής των υπηρεσιών φύλαξης. Εκτός του ότι έχουμε δικαίωμα να μετακινήσουμε τους εργαζομένους αυτούς σε άλλη φύλαξη και να τους αντικαταστήσουμε με προσωπικό που δεν θα εργάζεται πάνω από έτος στην εταιρεία μας, ώστε να δικαιούται μία ημέρα παραπάνω άδεια, είναι πολύ πιθανό οι ως άνω εργαζόμενοι να αποχωρήσουν οικειοθελώς πριν την παρέλευση του πρώτου έτους ή να ζητήσουν τη μετακίνηση σε άλλη φύλαξη.

Συμπερασματικά, εφόσον από νόμο, διοικητική πράξη ή διακήρυξη δεν επιβάλλεται να απασχολείται καθ' όλο το διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης και για όλη τη διάρκεια ισχύος της ακριβώς το ίδιο προσωπικό, ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας δεν έχει καμία βασιμότητα».

23. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής προβάλλει τα εξής: «όσον αφορά στον 2ο λόγο Προσφυγής, σημειώνουμε ότι

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

στην οικεία διακήρυξη δεν προβλέπεται υποχρέωση του Αναδόχου να απασχολεί τους ίδιους εργαζόμενους καθ' όλη την διάρκεια εκτέλεσης του έργου. Για τον λόγο αυτό η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε ως ορθό τον υπολογισμό της παρεμβαίνουσας για χορήγηση αδείας 24 ημερών ανά έτος».

24. Επειδή, μετά την εξέταση του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης και την εξέταση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του δεύτερου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής: Πράγματι, σύμφωνα με την κείμενη εργατική νομοθεσία, την οποία ορθώς παραθέτει η προσφεύγουσα, οι αποδοχές αδείας των εργαζομένων πενθήμερης και εξαήμερης εργασίας ανέρχονται σε 24 ημερομίσθια κατά τον 1^ο χρόνο απασχόλησης και σε 25 ημερομίσθια κατά τον 2^ο χρόνο απασχόλησης. Ωστόσο, η αύξηση των ημερών αδείας και συνακόλουθα η αύξηση των αποδοχών αδείας από 24 σε 25 κατά τα οριζόμενα στο αρ. 1 του Ν. 3302/2004 ημερομίσθια προϋποθέτει να παραμείνει ο εργαζόμενος στην επιχείρηση για διάστημα πλέον του ενός έτους, καθώς αφετηρία για τον υπολογισμό των ημερών αδείας μετ' αποδοχών που δικαιούται είναι, κατά τη διατύπωση του ως άνω άρθρου «*το πρώτο ημερολογιακό έτος εντός του οποίου προσελήφθη ο μισθωτός*». Δεδομένου δε ότι από κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν προβλέπεται ότι ο ανάδοχος υποχρεούται ή δεσμεύεται να απασχολεί τους ίδιους ακριβώς εργαζόμενους καθ' όλη τη διάρκεια ανάληψης των συμβατικών της υποχρεώσεων, όπως ορθώς υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, δεν έχει εμφιλοχωρήσει σφάλμα στην προσφορά της κατά το ότι υπολογίζει το κόστος αντικατάστασης των εργαζομένων και για τα δύο έτη με βάση υπολογισμού τα 24 ημερομίσθια ανά έτος, καθώς η βάση αυτή δεν παραβιάζει κάποιο ρητό όρο της Διακήρυξης, καθώς επαφίεται στην επιχειρηματική επιλογή του αναδόχου αν θα συνεχίσει να απασχολεί το ίδιο προσωπικό καθ' όλη τη διετή διάρκεια της σύμβασης ή όχι. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

25. Επειδή, με τον τρίτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι παρανόμως η προσφορά της παρεμβαίνουσας έγινε δεκτή καθώς δεν έχει υπολογίσει ορθώς το εργατικό κόστος, δεδομένου ότι ο μήνας Μάιος του

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

έτους 2022 αποτελείται από 5 Κυριακές και 1 αργία για το λόγο ότι η 1^η Μαΐου 2022 συμπίπτει με Κυριακή και ως εκ τούτου μεταφέρεται στην επόμενη εργάσιμη ημέρα σύμφωνα με την εργατική νομοθεσία. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι : « Η εταιρεία «.....», ελλείπει καθορισμένου χρονικού διαστήματος εκτέλεσης της σύμβασης από την Αναθέτουσα Αρχή, επιλέγει κατά την δική της κρίση να θέσει ως βάση υπολογισμού του εργατικού της κόστους το χρονικό διάστημα από 1/1/2022 έως 31/12/2023 και όχι το μέσο έτος (βλ. αρχείο «3. ΠΙΝΑΚΑΣ ΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚ. ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_.....», σελ. 1-2).

Ευθύς εξαρχής τονίζουμε ότι εφόσον στη υπό κρίση διακήρυξη δεν προβλέπεται συγκεκριμένο χρονικό διάστημα έναρξης και λήξης της σύμβασης (άρθρο 1.3 και 6.2 της διακήρυξης), κάθε οικονομικός φορέας είναι ελεύθερος να υπολογίσει την οικονομική του προσφορά είτε θέτοντας ως βάση υπολογισμού αυτής το μέσο έτος είτε καθορίζοντας ο ίδιος ένα συγκεκριμένο χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης. Πλην όμως οι οικονομικοί φορείς οφείλουν το εργατικό κόστος που θα υπολογίσουν να αντιστοιχεί και να μην υπολείπεται του νομίμου σε συνάρτηση με τη μεθοδολογία υπολογισμού που ακολουθούν. Θα πρέπει δηλαδή εφόσον ένας οικονομικός φορέας ακολουθήσει τη μεθοδολογία υπολογισμού του μέσου έτους, το εργατικό κόστος που υπολογίζει να αντιστοιχεί στο ελάχιστο εργατικό κόστος ενός μέσου έτους, αν όμως καθορίσει στην οικονομική του προσφορά ένα συγκεκριμένο χρονικό διάστημα διάρκειας της σύμβασης (όπως εν προκειμένω), το εργατικό κόστος που υπολογίζει θα πρέπει επί ποινή απόρριψης, να αντιστοιχεί στο ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος του εν λόγω διαστήματος.

Εν προκειμένω η εταιρεία «.....», ελλείπει καθορισμένου χρονικού διαστήματος εκτέλεσης της σύμβασης από την Αναθέτουσα Αρχή, επιλέγει κατά την δική της κρίση να θέσει ως βάση υπολογισμού του εργατικού της κόστους, το χρονικό διάστημα από 1/1/2022 έως 31/12/2023 (βλ. αρχείο «3. ΠΙΝΑΚΑΣ ΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚ. ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_.....», σελ. 1-2).

Επομένως θα πρέπει το εργατικό κόστος που υπολογίζει και δηλώνει, να μην υπολείπεται του εργατικού κόστους που αντιστοιχεί στο διάστημα αυτό (1/1/2022 - 31/12/2023).

Εν προκειμένω το εργατικό κόστος που υπολογίζει η ως άνω εταιρεία για το

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

χρονικό διάστημα από 1/1/2022 - 31/12/2023, ΥΠΟΛΕΙΠΕΤΑΙ του ελάχιστου νομίμου, καθόσον η ως άνω εταιρεία υπολογίζει λιγότερες Κυριακές και Αργίες που αντιστοιχούν στο διάστημα αυτό, καθόσον οι Κυριακές & οι Αργίες που αντιστοιχούν στο διάστημα από 1/1/2022 - 31/12/2023 ανέρχονται σε 122 και όχι σε 121 όπως εσφαλμένα υπολογίζει.

Και τούτο διότι για το Μήνα Μάιο του έτους 2022, η εταιρεία «.....», δηλώνει ότι οι Κυριακές ανέρχονται σε 4 και οι Αργίες σε 1.

Πλην όμως για το Μήνα Μάιο του έτους 2022, αντιστοιχούν 5 Κυριακές και 1 Αργία, ήτοι 6 συνολικά Κυριακές και Αργίες και συγκεκριμένα:

A. Κυριακές Μαΐου 2022:

- 1) Η 1^η Μαΐου, ημέρα Κυριακή
- 2) Η 8^η Μαΐου, ημέρα Κυριακή
- 3) Η 15^η Μαΐου, ημέρα Κυριακή
- 4) Η 22^η Μαΐου, ημέρα Κυριακή και
- 5) Η 29^η Μαΐου, ημέρα Κυριακή

B. Αργίες Μαΐου 2022:

6) Η μεταφορά της 1^{ης} Μαΐου στην επόμενη εργάσιμη ημέρα σύμφωνα με το άρθρο 14 του ν. 4468/2017, καθόσον συμπίπτει με Κυριακή.

Σύνολο Κυριακών και Αργιών κατά το Μήνα Μάιο του έτους 2022 (5 Κυριακές + 1 Αργία=) 6 ΚΥΡΙΑΚΕΣ & ΑΡΓΙΕΣ ΚΑΙ ΟΧΙ 5 ΟΠΩΣ ΟΛΩΣ ΕΣΦΑΛΜΕΝΩΣ ΥΠΟΛΟΓΙΖΕΙ

Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ «.....» κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας.

Τούτο διότι σύμφωνα με το άρθρο 14 του ν. 4468/2017, ορίζεται επί λέξει ότι: «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». Από τη γραμματική διατύπωση της ανωτέρω νομοθετικής πρόβλεψης, προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας η ΥΠΟΧΡΕΩΤΙΚΗ μεταφορά της 1^{ης} Μαΐου σε άλλη εργάσιμη ημέρα, σε περίπτωση που συμπίπτει με Κυριακή και ως εκ τούτου η συμμετέχουσα

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

εταιρεία, όφειλε να υπολογίσει τις ανωτέρω αναφερόμενες 5 Κυριακές και την μεταφορά της 1^{ης} Μαΐου σε άλλη εργάσιμη ημέρα στο συνολικό πλήθος Κυριακών και Αργιών του μηνός Μαΐου του έτους 2022.

Επομένως το ορθό πλήθος Κυριακών και Αργιών για το Μήνα Μάιο του έτους 2022 που όφειλε η εταιρεία «.....», να υπολογίσει στην οικονομική της προσφορά, ανέρχεται σε 6, ήτοι 5 Κυριακές + 1 αργία που αφορά στην μεταφορά της 1ης Μαΐου στην επόμενη εργάσιμη ημέρα, σύμφωνα με το άρθρο 14 του ν. 4468/2017.

Επομένως το συνολικό πλήθος Κυριακών και Αργιών για το διάστημα από 1/1/2022 - 31/12/2023 που ορίζει η ως άνω εταιρεία ως χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης, ανέρχεται σε 122 και όχι 121, όπως παρανόμως και εσφαλμένως υπολογίζει η εταιρεία «.....» στην οικονομική της προσφορά επί ποινή απόρριψης.

Ο ως άνω εσφαλμένος υπολογισμός των Κυριακών και Αργιών, έχει ως αποτέλεσμα τον εσφαλμένο υπολογισμό του εργατικού κόστους, αναφορικά στις προσαυξήσεις Κυριακών και Αργιών τις οποίες, υπολογίζει ως ακολούθως:

A. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ

121 (ημ) X 16Ω X 3,8999 (€/Ω) X 75/100 - 5.662,6548 (€/Διετίας)

121 (νυκ) X 8Ω X 3,8999 (€/Ω) X 100/100 X 2 Π.Φ. - 7.550,2064 (€/Διετίας)

B. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ

121 (ημ) X 16Ω X 3,8999 (€/Ω) X 75/100 - 5.662,6548 (€/Διετίας)

121 (νυκ) X 8Ω X 3,8999 (€/Ω) X 100/100 - 3.775,1032 (€/Διετίας)

**ΕΝΩ ΤΟ ΟΡΘΟ ΠΟΥ ΘΑ ΕΠΡΕΠΕ ΝΑ ΥΠΟΛΟΓΙΣΕΙ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΗΝ
ΚΕΙΜΕΝΗ**

ΕΡΓΑΤΙΚΗ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ ΑΝΕΡΧΕΤΑΙ ΣΕ:

A. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ

122 (ημ) X 16Ω X 3,8999 (€/Ω) X 75/100 - 5.709,4536 (€/Διετίας) ΚΑΙ ΌΧΙ
5.662,6548 € ΠΟΥ ΟΛΩΣ ΠΑΡΑΝΟΜΩΣ ΥΠΟΛΟΓΙΖΕΙ

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

122 (νυκ) X 8Ω X 3,8999 (€/Ω) X 100/100 X 2 Π.Φ. - 7.612,6048 € (€/Διετίας)
ΚΑΙ ΟΧΙ 7.550,2064 € ΠΟΥ ΟΛΩΣ ΠΑΡΑΝΟΜΩΣ ΥΠΟΛΟΓΙΖΕΙ

B. ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟΤΑΞΙΟ

122 (ημ) X 16Ω X 3,8999 (€/Ω) X 75/100 - 5.709,4536 (€/Διετίας) ΚΑΙ ΟΧΙ
5.662,6548 € ΠΟΥ ΟΛΩΣ ΠΑΡΑΝΟΜΩΣ ΥΠΟΛΟΓΙΖΕΙ

122 (νυκ) X 8Ω X 3,8999 (€/Ω) X 100/100 - 3.806,3024 € (€/Διετίας) ΚΑΙ
ΟΧΙ 3.775,1032 € ΠΟΥ ΟΛΩΣ ΠΑΡΑΝΟΜΩΣ ΥΠΟΛΟΓΙΖΕΙ

Επομένως ο ως άνω εσφαλμένος υπολογισμός του πλήθους Κυριακών και Αργιών που η εταιρεία «.....» υπολογίζει, συμπαρασύρει και έχει ως αποτέλεσμα τον εσφαλμένο και κάτω του νομίμου υπολογισμό του εργατικού κόστους αναφορικά στο ελάχιστο κόστος προσαυξήσεων απασχόλησης κατά τις Κυριακές και Αργίες και κατ' επέκταση του ελάχιστου συνολικού εργατικού κόστους της οικονομικής της προσφοράς, επί ποινή απόρριψης.

Η οικονομική της προσφορά καθίσταται περαιτέρω απορριπτέα και ως ζημιογόνος, καθόσον όταν η μειοδότηρια εταιρεία κληθεί να καταβάλλει το επιπλέον κόστος προσαύξησης για την απασχόληση των εργαζομένων της κατά τις Κυριακές και τις Αργίες για το χρονικό διάστημα από 1/1/2022-31/12/2023, τούτο θα ΥΠΟΛΕΙΠΕΤΑΙ του ελάχιστου νόμιμου, σύμφωνα με τα ανωτέρω.

Συνεπώς, η εταιρεία «.....», θα έπρεπε να έχει αποκλειστεί από την συνέχιση της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας για την εν λόγω πλημμέλεια, που συνιστά παραβίαση των επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεων της υπό κρίση διακήρυξης, καθώς και των απαρέγκλιτων διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Για αυτό το λόγο, η παρούσα προσφυγή μας θα πρέπει να γίνει δεκτή στο σύνολό της».

26. Επειδή, επί του ανωτέρω προβαλλόμενου λόγου προσφυγής η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται τα εξής: «Διατείνεται η προσφεύγουσα ότι η αργία της 1^{ης} Μαΐου 2022 είναι ημέρα Κυριακή και επειδή -για τον λόγο αυτόν- θα μεταφερθεί η εν λόγω αργία σε άλλη εργάσιμη ημέρα, θα έπρεπε να υπολογίσουμε μία επιπλέον αργία, ήτοι και την Κυριακή 1^η Μαΐου (την οποία έχουμε ήδη υπολογίσει) και την άλλη ημέρα, στην οποία θα μεταφερθεί η αργία

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

αυτή, η οποία κανονικά θα ήταν εργάσιμη. Ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας είναι νομικά και ουσιαστικά αβάσιμος, όπως προκύπτει από τις διατάξεις, που η ίδια επικαλείται. Συγκεκριμένα αναφέρει τη διάταξη του άρ. 14 του Ν. 4468/2017, σύμφωνα με την οποία η αργία της 1^{ης} Μαΐου μετατίθεται με Υπουργική Απόφαση σε άλλη ημέρα, εφόσον συμπίπτει με Κυριακή, με ημέρα της Μεγάλης Εβδομάδας ή με τη Δευτέρα του Πάσχα. Κατ' αρχάς πρέπει να επισημανθεί ότι η ως άνω διάταξη προβλέπει ότι μετατίθεται σε άλλη εργάσιμη ημέρα, χωρίς να προσδιορίζει ποια θα είναι αυτή, και όχι στην επόμενη εργάσιμη ημέρα, όπως νόμω αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Το κυριότερο, όμως, είναι πως η προσφεύγουσα αποσιωπά εντελώς ότι η μετάθεση δεν γίνεται αυτόματα, αλλά θα πρέπει να προηγηθεί Υπουργική Απόφαση και συνεπώς η μετάθεση θα γίνει υπό την προϋπόθεση έκδοσης της Υπουργικής Απόφασης. Αυτό ακριβώς το καθεστώς προβλέπεται στην ως άνω διάταξη και αυτό συμβαίνει στην πράξη κάθε έτος, που η Πρωτομαγιά συμπίπτει με άλλη αργία, μέχρι και σήμερα. Πάντα βάσει Υπουργικής Απόφασης μεταφερόταν η αργία αυτή σε άλλη ημερομηνία, οι οποία εκδιδόταν πριν λίγες ημέρες.

Συνεπώς κατά τα ανωτέρω η έκδοση της Υπουργικής Απόφασης αποτελεί μελλοντική αίρεση, από την οποία εξαρτάται η μετάθεση της αργίας σε άλλη εργάσιμη ημέρα. Δεν είναι, επομένως, δυνατό μία οικονομική προσφορά να διαμορφώνεται βάσει γεγονότων μελλοντικών και αβέβαιων, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Κατά την υποβολή της προσφοράς το νομοθετικό δεδομένο είναι ότι η 1^η Μαΐου 2022 συμπίπτει με ημέρα Κυριακή και συνεπώς πρέπει να υπολογιστεί ως μία αργία. Το γεγονός ότι μέχρι σήμερα εκδιδόταν Υπουργική Απόφαση για μεταφορά της, δεν καθιστά βέβαιο ότι θα εκδίδεται συνεχώς και αδιαλείπτως και στο μέλλον γενικότερα αλλά και ειδικά για τη συγκεκριμένη επίμαχη ημέρα. Ουδείς γνωρίζει εκ των προτέρων εάν τελικά θα εκδοθεί η απόφαση αυτή για μεταφορά της αργίας και πολύ περισσότερο δεν γνωρίζουμε σε ποια ημερομηνία θα μεταφερθεί, ώστε να υπολογιστεί άλλη μία ημέρα ως αργία κατά τη διαμόρφωση του εργατικού κόστους. Συνεπώς ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας βασίζεται στην εσφαλμένη παραδοχή ότι το εργατικό κόστος θα πρέπει να διαμορφώνεται

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

βάσει γεγονότων μελλοντικών και αβέβαιων και γι' αυτό είναι απορριπτέα.

Εξάλλου, μετά την ως άνω διάταξη που επικαλείται προσφεύγουσα (η οποία, ακόμα και αν θεωρήσουμε ότι ισχύει, επαληθεύει την ορθότητα του υπολογισμού μας κατά τα ανωτέρω) θεσπίστηκε η διάταξη του άρ. 60 του Ν. 4408/2021 (ΦΕΚ Α' 101) με ισχύ από 19.06.2021 και συνεπώς καταλαμβάνει και την υπό κρίση διακήρυξη. Στη διάταξη αυτήν προβλέπονται τα εξής: «7. Καθορίζονται ως ημέρες υποχρεωτικής αργίας, για όλες τις επιχειρήσεις, εκμεταλλεύσεις και εργασίες γενικά, οι οποίες αργούν κατά τις Κυριακές και τις ημέρες αργίας, οι ακόλουθες:

- α) Η 1η Ιανουάριου.
- β) Η εορτή των Θεοφανίων (6η Ιανουάριου).
- γ) Η 25η Μαρτίου.
- δ) Η Δευτέρα του Πάσχα.
- ε) Η 1η Μάιου.
- στ) Η εορτή της Κοιμήσεως της Θεοτόκου (15η Αυγούστου).
- ζ) Η 28η Οκτωβρίου.
- η) Η εορτή της Γεννήσεως του Χριστού (25η Δεκεμβρίου).
- θ) Η 26η Δεκεμβρίου.

2. Με αποφάσεις του Υπουργού Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων, που εκδίδονται μετά από γνωμοδότηση του Ανώτατου Συμβουλίου Εργασίας (Α.Σ.Ε.) και δημοσιεύονται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, μπορούν να ορίζονται και άλλες εορτές, μέχρι πέντε (5) κατ' έτος, ως ημέρες υποχρεωτικής ή προαιρετικής αργίας ανά την Επικράτεια. Εφόσον πρόκειται για τοπικές αργίες, η αρμοδιότητα ανήκει στους περιφερειάρχες. Με την ίδια διαδικασία, δύναται να καταργούνται ή να αλλάζουν οι προβλεπόμενες αργίες». Συνεπώς, ορίζεται μεν η 1^η Μάιου ως υποχρεωτική αργία, αλλά δεν προβλέπεται ειδικά και ρητά μεταφορά της σε άλλη ημερομηνία. Αντιθέτως προβλέπεται ότι με Υπουργική Απόφαση δύναται να ορίζονται και άλλες ημέρες ως αργίες γενικά. Επομένως, το γεγονός ότι με την πρόσφατη αυτή διάταξη, η οποία είναι νεότερη σε σύγκριση με αυτήν που επικαλείται η προσφεύγουσα (και

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

συνεπώς, ακόμα και αν γινόταν δεκτό ότι ήταν σε σύγκρουση αυτές οι δύο διατάξεις, Θα κατίσχυε η νεότερη έναντι της προγενέστερης) δεν προβλέπεται η δυνατότητα μεταφοράς της 1^{ης} Μαΐου ειδικά και ρητά, επιτείνεται ακόμη περισσότερο η αβεβαιότητα σχετικά με το αν υπάρχει η δυνατότητα μεταφοράς της πλέον, αλλά, ακόμα και αν εξακολουθεί να ισχύει αυτή η δυνατότητα, εάν εν τελεί θα εκδοθεί η απαραίτητη για τη μετάθεση της αργίας Υπουργική Απόφαση. Συμπερασματικά, είναι νομικά και ουσιαστικά αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, διότι για τους ανωτέρω λόγους η μετάθεση της αργίας της 1^{ης} Μαΐου, ακόμα και αν υπό το νέο νομοθετικό καθεστώς είναι εφικτή παρόλο που δεν προβλέπεται ρητά, σε κάθε περίπτωση είναι ένα γεγονός μελλοντικό και αβέβαιο υπό την αίρεση έκδοσης Υπουργικής Απόφασης και συνεπώς δεν μπορεί να διαμορφωθεί η οικονομική προσφορά με τη μετάθεση ως δεδομένη και να υπολογιστεί μία επιπλέον αργία».

27. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή επί του ανωτέρω προβαλλόμενου τρίτου λόγου προσφυγής ισχυρίζεται τα εξής: «Όσον αφορά στον 3^ο λόγο προσφυγής, όντως η 1^η Μαΐου 2022 συμπίπτει με Κυριακή και σύμφωνα με το άρθρο 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 1^{ης} Μαΐου σε άλλη εργάσιμη ημέρα, εφόσον συμπίπτει με Κυριακή, με ημέρα της Μεγάλης Εβδομάδας ή με τη Δευτέρα του Πάσχα.». Κατά την χρονική στιγμή σύνταξης της Οικονομικής Προσφοράς από μέρος της παρεμβαίνουσας “.....”, η απαραίτητη για την μετάθεση της αργίας, Απόφαση του Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης δεν είχε εκδοθεί, επομένως δεν θα μπορούσε να αποτελεί μέρος της Οικονομικής του Προσφοράς».

28. Επειδή, μετά την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του τρίτου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, όπως ορθώς υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η μεταφορά της αργίας της 1^{ης} Μαΐου σε άλλη εργάσιμη ημέρα προβλέπεται εκ του νόμου (αρ. 14 Ν. 4468/2017) ότι

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

υποχρεωτικώς λαμβάνει χώρα, εφόσον συμπίπτει με Κυριακή, ημέρα της Μεγάλης Εβδομάδας ή τη Δευτέρα του Πάσχα. Το δε γεγονός ότι για τον προσδιορισμό της ακριβούς ημερομηνίας μεταφοράς της εν λόγω αργίας εντός του έτους 2022 απαιτείται επιπροσθέτως και η έκδοση διοικητικής πράξης (απόφασης του Υπουργού Εργασίας), η οποία ωστόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν είχε εκδοθεί, δεν ασκεί επιρροή στο γεγονός ότι για το έτος 2022 η εκ μεταφοράς αργία της 1^{ης} Μαΐου σε έτερη εργάσιμη ημέρα θα έπρεπε να έχει συμπεριληφθεί εκ μέρους της παρεμβαίνουσας στις ημέρες υποχρεωτικής αργίας του έτους και συνακόλουθα θα έπρεπε να έχει ληφθεί υπ' όψη για τον ορθό υπολογισμό του εργατικού κόστους. Συνεπώς, ο τρίτος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής.

29. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή εν όλω.

30. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή κατά το σκεπτικό.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.
3. Απορρίπτει την παρέμβαση ως προς τον πρώτο και τρίτο λόγο προσφυγής και δέχεται αυτήν ως προς τον δεύτερο λόγο.
4. Διατάσσει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης: 710 / 2022

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21.04.2022 και εκδόθηκε στις 11.05.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ