

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Ιανουαρίου 2024 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννης Λαμπρόπουλος Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη - Μέλος, Ελευθερία
Καλαμιώτη - Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 11-12-2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)
ΕΑΔΗΣΥ 1993/13-12-2023 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την
επωνυμία «...» και με τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»),
που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα
εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και με τον διακριτικό τίτλο
«...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει ..., επί της ..., όπως νόμιμα
εκπροσωπείται, που άσκησε παρέμβαση στο πλαίσιο της προδικαστικής
προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η
με αριθμ. 106/28-11-2023 (ΑΔΑ: ...) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου
της Αναθέτουσας Αρχής, με θέμα «...» με την οποία αποφασίστηκε η
κατακύρωση του διαγωνισμού ... της Αναθέτουσας Αρχής στην
παρεμβαίνουσα, καθώς και οι συμπροσβαλλόμενες αποφάσεις που
αναφέρονται στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή και ενσωματώνονται
κατά νόμο στην προσβαλλόμενη απόφαση κατακύρωσης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο
ποσού 600,00 € σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ.
39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή με την υπ' αρ. ... (υπ' αρ. πρωτ. ...) Διακήρυξη προκήρυξε επαναληπτικό ηλεκτρονικό ανοικτό Διαγωνισμό για την ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : (CPV: ... «...»). Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 75.000,00€ πλέον ΦΠΑ 24% (93.000,00€ συμπτ/νου του ΦΠΑ). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε ένα (1) έτος, από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης. Η ανωτέρω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις ... με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό α/α Στον διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας τις προσφορές τους η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα, καθώς και η εταιρεία με την επωνυμία «...». Η Επιτροπή Διαγωνισμού, με το υπ' αριθ. 1ο και αριθμό πρωτ. 29060/03-10-2023 πρακτικό της, κατόπιν αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των οικονομικών φορέων, πρότεινε την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών όλων των διαγωνιζομένων. Στη συνέχεια, με το υπ' αρ. 2ο και αριθμό πρωτ. 29628/09-10-2023 πρακτικό, κατόπιν αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών όλων των οικονομικών φορέων πρότεινε: (α) την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» γιατί ο αριθμός των εργαζομένων ανέρχονταν σε 3,58 αντί 3,6979 όπως προβλέπεται επί ποινή αποκλεισμού στη Διακήρυξη και στις παρασχεθείσες διευκρινίσεις με το υπ' αριθ. πρωτ. 28145/27-09-2023 έγγραφο του Τμήματος Προμηθειών της Αναθέτουσας Αρχής. (β) Την αποδοχή των οικονομικών προσφορών των λοιπών οικονομικών φορέων, οι οποίοι πληρούν τους όρους και τις προϋποθέσεις του Διαγωνισμού (η προσφορά της παρεμβαίνουσας ως οικονομικότερη βάσει τιμής ύψους 69.815,45 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α έναντι της προσφοράς της προσφεύγουσας ύψους 71.520,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α.). Με την υπ' αριθμ. 9/Συν. 24η/16-10-2023 (Α.Δ.Α.: ...) Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής εγκρίθηκαν τα ως άνω πρακτικά (1ο & 2ο) και ανακηρύχθηκε

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, ενώ με την υπ' αριθ. πρωτ. ... πρόσκληση κλήθηκε η παρεμβαίνουσα για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ακολούθησε η αποσφράγιση του φακέλου και ο έλεγχος/αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης από την ως άνω αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού, για την οποία συντάχθηκε το με αριθμ. 3ο και με αριθμό πρωτ. 32930/06-11-2023 πρακτικό, διαπίστωσε δε η Επιτροπή ότι τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά πληρούν τις προϋποθέσεις και τους όρους των παρ. 2.2.4. έως 2.2.8. της - διακήρυξης και είναι σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παρ. 2.2.9.2. αυτής και έκρινε ότι αυτά είναι στο σύνολό τους έγκυρα και πλήρη. Με την υπ' αριθ. 4/Συν. 27η/09-11-2023 (Α.Δ.Α.: ...) Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής εγκρίθηκε το ως άνω υπ' αριθ. 3ο/06-11-2023 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και με την προσβαλλόμενη με αριθμ. ... (ΑΔΑ: ...) Απόφαση του ίδιου Διοικητικού Συμβουλίου, κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η Αναθέτουσα Αρχή ασκεί, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 11-12-2023 με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 29-11-2023, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Μετ' ενόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, στρεφόμενη κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της ανάδειξης αυτής ως οριστικού αναδόχου, ως έχουσα υποβάλλει παραδεκτή προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό, επιδιώκοντας την ανάθεση σε αυτήν της σύμβασης.

5. Επειδή, στις 13-12-2023 η Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής προς τους ενδιαφερόμενους, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με το αρ.

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

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. 2353/2023 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης.

7. Επειδή, στις 19-12-2023 η παρεμβαίνουσα κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, την παρέμβασή της εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώ, ως έχουσα αναδειχθεί οριστικός ανάδοχος της επίμαχης σύμβασης.

8. Επειδή, στο άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή διαβιβάζει, το αργότερο εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την ημέρα κατάθεσης της προδικαστικής προσφυγής, μαζί με τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης και τις απόψεις της επί της προσφυγής, στις οποίες μπορεί να συμπεριλάβει και αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης. Στην ίδια παράγραφο ορίζεται, περαιτέρω, ότι οποιοδήποτε από τα μέρη δύναται να καταθέσει συμπληρωματικό υπόμνημα εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Στην παράγραφο 8 του ίδιου άρθρου ορίζεται ρητώς ότι όλες οι προθεσμίες του άρθρου αυτού είναι αποκλειστικές. Από το συνδυασμό των διατάξεων αυτών συνάγεται ότι οι ως άνω προθεσμίες χαρακτηρίζονται από τις ίδιες τις εν λόγω διατάξεις ως αποκλειστικές, γιατί, ακριβώς, εξυπηρετούν την ανάγκη της έγκαιρης προσκόμισης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ του συνόλου των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης, με τα εκατέρωθεν προσβαλλόμενα, ώστε να καθίσταται δυνατή εντός των, επίσης, αποκλειστικών προθεσμιών, τόσο η εξέταση της υπόθεσης σε σαράντα (40) ημέρες, κατ' απώτατο όριο, από την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής, όπως ορίζεται στην παράγραφο 4 του ίδιου ως άνω άρθρου, όσο και η έκδοση απόφασης εντός είκοσι (20) ημερών από την εξέταση της προσφυγής, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 367 παρ. 1 του ίδιου ν. 4412/2016. Ειδικότερα, ως προς τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, καθίσταται αναγκαία η εντός της ως άνω αποκλειστικής προθεσμίας διαβίβασή τους, για τον πρόσθετο λόγο ότι με αυτές δύναται να παρατεθεί αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, επί της οποίας θα πρέπει να παρέχεται ο αναγκαίος χρόνος, τόσο σε οποιοδήποτε μέρος για την αντίκρουσή της, όσο, κυρίως, και στο επιλαμβανόμενο της εξέτασης της προσφυγής Κλιμάκιο της

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

ΕΑΔΗΣΥ, προς συνεκτίμησή τους, για την έγκαιρη και ορθή διάγνωση της διαφοράς. Άλλωστε, ο χαρακτηρισμός των προθεσμιών αυτών ως αποκλειστικών για τις ανάγκες της εντός των, επίσης, αποκλειστικών ως άνω προθεσμιών, εξέτασης και έκδοσης απόφασης από την ΕΑΔΗΣΥ, υπαγορεύτηκε για τον ίδιο λόγο, για τον οποίο, ομοίως, χαρακτηρίζονται ως αποκλειστικές και οι προθεσμίες του άρθρου 372 του ίδιου ν.4412/2016, για τις ενέργειες των διαδίκων, ώστε να καταστεί δυνατή η έγκαιρη εκδίκαση της υπόθεσης από το δικαστήριο. Κατ' ακολουθίαν όλων των ανωτέρω, η διαβίβαση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής εκτός της πιο πάνω αποκλειστικής προθεσμίας των δεκαπέντε ημερών από την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής, δεν εξυπηρετεί τις προαναφερόμενες ανάγκες και έχει ως αποτέλεσμα να μη λαμβάνονται υπόψη από το Κλιμάκιο της ΕΑΔΗΣΥ, που εξετάζει την προδικαστική προσφυγή. Στην υπό εξέταση υπόθεση, στις 28-12-2023 η Αναθέτουσα Αρχή, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, κοινοποίησε τις από 28-12-2023 απόψεις της, οι οποίες, ως κατατεθείσες εκτός της δεκαπενθήμερης σχετικής προθεσμίας, (δεδομένου ότι η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στις 11-12-2023 με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η δε ως άνω δεκαπενθήμερη προθεσμία έληξε στις 27-12-2023, λόγω της αργίας της 15^{ης} ημέρας που ήταν η 26-12-2023), ενόψει των αμέσως ανωτέρω, δεν λαμβάνονται υπόψη από το Κλιμάκιο.

9. Επειδή, η διακήρυξη 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.). 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

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

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.).

10. Επειδή, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, επάγονται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

11. Επειδή, με τον μοναδικό λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι μη νόμιμη, διότι, σύμφωνα με την Διακήρυξη, η υπό ανάθεση σύμβαση έχει διάρκεια ένα έτος και συγκεκριμένα με καθορισμένη χρονική διάρκεια για το διάστημα από 1/10/2023 - 30/09/2024 και, ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να υποβάλλουν την οικονομική τους προσφορά για το διάστημα αυτό. Εντούτοις, το υπολογιζόμενο από την παρεμβαίνουσα επίδομα αδείας υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου, ενώ σύμφωνα με την εργατική νομοθεσία το επίδομα αδείας για αμειβόμενους με μισθό αντιστοιχεί σε μισό μισθό (ή σε 2 ημερομίσθια ανά μήνα με μέγιστο όριο τα 12,5 ημερομίσθια) και εκκαθαρίζεται στο τέλος κάθε έτους, ήτοι την 31^η Δεκεμβρίου εκάστου έτους. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, το καταβλητέο επίδομα αδείας για το χρονικό διάστημα 1/10/2023 - 31/12/2023 αντιστοιχεί σε 6 ημερομίσθια (2 ημερομίσθια ανά μήνα επί 3 μήνες) και για το χρονικό διάστημα από 1/1/2024 - 30/09/2024 αντιστοιχεί σε μισό μηνιαίο μισθό. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από την απλή επισκόπηση της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, το υπολογισθέν από αυτήν επίδομα αδείας, παραβιάζει πλήρως τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου, με αποτέλεσμα το παράνομο και απορριπτέο της οικονομικής της προσφοράς, δεδομένου ότι η διακήρυξη καθορίζει συγκεκριμένο χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης (1/10/2023 - 30/09/2024), επί τη βάση του οποίου υπολογίζεται η οικονομική προσφορά. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ακυρωτέα, κατά το μέρος της με το οποίο έγινε δεκτή στον διαγωνισμό η προσφορά της παρεμβαίνουσας και της κατακυρώθηκε το αποτέλεσμά του, διότι υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους για την εκτέλεση της σύμβασης, αποδίδοντας ρητώς το σφάλμα στο γεγονός ότι η παρεμβαίνουσα κατά την κοστολόγηση του επιδόματος αδείας, μη νομίμως έλαβε υπόψη της λιγότερα ημερομίσθια από τα αναλογούντα στην ένδικη σύμβαση, κατά παράβαση των άρθρων 2 του Ν. 539/1945 και 3 περ. 16 του ν. 4504/1966. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ο υπολογισμός του επιδόματος αδείας από την παρεμβαίνουσα παραβιάζει τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, οι οποίες προβλέπουν ότι κάθε εργαζόμενος δικαιούται κατ' έτος επίδομα αδείας το

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

οποίο εκκαθαρίζεται στο τέλος κάθε έτους και αντιστοιχεί σε δύο ημερομίσθια ανά μήνα με ανώτατο όριο τα 12,5 ημερομίσθια για τους μισθωτούς φύλακες ή μισό μισθό. Επομένως, στην προκειμένη περίπτωση, σύμφωνα με την προσφεύγουσα, το επίδομα αδείας όφειλε να υπολογιστεί ως εξής: για το πρώτο ημερολογιακό έτος εκτέλεσης της σύμβασης (2023), δηλαδή για το διάστημα 1/10/2023 – 31/12/2023, ο εργαζόμενος δικαιούται επίδομα αδείας ύψους ίσου με 6 ημερομίσθια (2 ημερομίσθια /μήνα X 3 μήνες), για το δε δεύτερο ημερολογιακό έτος εκτέλεσης της σύμβασης (2024), δηλαδή για το διάστημα 1/1/2024 – 30/09/2024, ο εργαζόμενος δικαιούται επίδομα αδείας ίσο με μισό μηνιαίο μισθό, ήτοι 12,5 ημερομίσθια, συνολικά το επίδομα αδείας για το χρονικό διάστημα από 1/10/2023 έως 30/09/2024 αντιστοιχεί σε ποσό ίσο με 18,5 ημερομίσθια (6+12,5). Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, κατ' εφαρμογή της εργατικής νομοθεσίας, η παρεμβαίνουσα όφειλε να υπολογίσει το ποσό του επιδόματος αδείας στο ύψος των 18,5 ημερομισθίων και όχι των 12,5 ημερομισθίων, όπως εσφαλμένα έπραξε. Στην οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, το ετήσιο κόστος του μικτού μισθού με προσαυξήσεις και εισφορές ανέρχεται στο ποσό των 50.012,51 ευρώ, ενώ αντίστοιχα, το μηνιαίο στο ποσό των 4.167,71 € (= 50.012,51 ευρώ/ 12 μήνες). Το δε μέσο μικτό ημερομίσθιο ανέρχεται σε 166,71 ευρώ (=4.167,71 € μικτός μισθός / 25 ημερομίσθια το μήνα) για όλους τους φύλακες (3,7 άτομα). Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, το επίδομα αδείας (α) για το έτος 2023 έπρεπε να έχει υπολογιστεί στο ποσό των 1.000,26 € (=166,71 ευρώ X 6 μήνες) (β) για το έτος 2024 στο ποσό των 2.083,89 €: (= 4.167,71 € μικτός μισθός X 0,5) και συνολικά για όλη τη διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης (από 01/10/2023 – 30/09/2024) έπρεπε να ανέρχεται στο ποσό των 3.084,15 € (1.000,26 € + 2.083,89 €) και όχι στο ποσό των 2.083,89 €. Επομένως, κατά την προσφεύγουσα, το εργατικό κόστος και δη το επίδομα αδείας που υπολόγισε η παρεμβαίνουσα, υπολείπεται του νομίμου κατά το ποσό 1.000,26 €, το οποίο αντιστοιχεί στο επίδομα αδείας του έτους 2023 και καθιστά την οικονομική της προσφορά παράνομη. Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η παρεμβαίνουσα με την οικονομική της προσφορά συνομολογεί ότι για το έτος 2023 και δη για το διάστημα από 1/10/2023 – 31/12/2023 δεν θα καταβάλει το αναλογούν επίδομα αδείας στους εργαζομένους της, με

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

αποτέλεσμα ο ως άνω εσφαλμένος υπολογισμός να συμπαρασύρει το συνολικό ύψος του επιδόματος αδείας για την εκτέλεση της υπό ανάθεση παροχής υπηρεσιών και κατ' επέκταση του συνολικού εργατικού κόστους και της συνολικής οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

12. Επειδή, **επί του μοναδικού λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται** ότι, σύμφωνα με την εργατική νομοθεσία αλλά και τους όρους της διακήρυξης, ο υπολογισμός του επιδόματος αδείας του εργαζομένου που πρόκειται να παρέχει τις υπηρεσίες του για ένα έτος ανέρχεται στο ύψος των 12,5 ημερομισθίων, ότι ο εργαζόμενος, ο οποίος θα απασχοληθεί στην εκτέλεση της υπό ανάθεση παροχής υπηρεσιών, θα πρέπει να λάβει ως επίδομα αδείας για το ένα έτος διάρκειας της σύμβασης το ήμισυ του μικτού μηνιαίου μισθού του, ότι, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, καθίσταται σαφές ότι η διάρκεια της σύμβασης είναι ετήσια και, συνεπώς, θα πρέπει να υπολογιστεί εργατικό κόστος, που αντιστοιχεί σε παροχή υπηρεσιών ενός έτους, ότι πουθενά στην νομοθεσία δεν προβλέπεται η εκκαθάριση του επιδόματος αδείας στο τέλος κάθε έτους και ότι η παραδοχή αυτή εκτός από παράνομη οδηγεί σε αυθαίρετη και ανεπίτρεπτη διεύρυνση των χρονικών ορίων της σύμβασης εργασίας. Περαιτέρω, αναφέρει ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας καταλήγει να επιβαρύνει παράνομα την αναθέτουσα αρχή με την καταβολή του επιδόματος αδείας δύο ημερολογιακών ετών στον εργαζόμενο, ο οποίος κατά τη διάρκεια των ετών αυτών θα παράσχει τις υπηρεσίες του και σε άλλους φορείς. Τέλος, υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι η οικονομική της προσφορά υποβλήθηκε σε απόλυτη συμφωνία, τόσο με τους όρους της διακήρυξης, όσο και με τους κανόνες της εργατικής νομοθεσίας αναφορικά με τον υπολογισμό του επιδόματος αδείας, και ουδόλως 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.

13. Επειδή, στο άρθρο 2 του ν. 539/1945(ΦΕΚ Α 229),όπως οι διατάξεις αυτού τροποποιήθηκαν με το άρθρο 1 του ν. 3302/2004 (Φ.Ε.Κ. Α 267) προβλέπεται ότι: «1.α. Κάθε μισθωτός από την έναρξη της εργασίας του σε υπόχρημη επιχείρηση και μέχρι τη συμπλήρωση δώδεκα (12) μηνών

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

συνεχούς απασχόλησης. δικαιούται να λάβει ποσοστό της ετήσιας κανονικής άδειας με αποδοχές κατ' αναλογία με το χρόνο εργασίας που έχει συμπληρώσει στην ίδια υπόχρεη επιχείρηση. Το ποσοστό αυτό υπολογίζεται με βάση ετήσια άδεια εικοσιτεσσάρων εργάσιμων ημερών ή αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας, είκοσι (20) εργάσιμων ημερών, χωρίς να υπολογίζεται σε αυτές η ημέρα της εβδομάδας κατά την οποία δεν απασχολούνται οι μισθωτοί λόγω του εφαρμοζόμενου συστήματος εργασίας. β. Ο εργοδότης υποχρεούται μέχρι τη λήξη του πρώτου ημερολογιακού έτους, εντός του οποίου προσελήφθη ο μισθωτός να χορηγεί σε αυτόν την παραπάνω αναλογία της κανονικής άδειας. Κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει την ετήσια κανονική άδεια με αποδοχές, η οποία αναλογεί στο χρόνο απασχόλησής του στην υπόχρεη επιχείρηση και υπολογίζεται σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης α'. Η άδεια αυτή επαυξάνεται κατά μία (1) εργάσιμη ημέρα για κάθε έτος απασχόλησης επιπλέον του πρώτου μέχρι τις είκοσι έξι (26) εργάσιμες ημέρες ή μέχρι και τις είκοσι δυο (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.». Περαιτέρω, στο άρθρο 3 παρ. 16 του ν.4504/1966 «Περί τροποποιήσεως και συμπληρώσεως διατάξεων τινών της εργατικής νομοθεσίας και περί ετέρων τινών διατάξεων (ΦΕΚ Α' 57) ορίζεται ότι: «Οι επί σχέσει εργασίας του ιδιωτικού δικαίου απασχολούμενοι, παρ' οιοδήποτε εργοδότη, μισθωτοί δικαιούνται κατ' έτος "επιδόματος αδείας" ίσου προς το σύνολον των αποδοχών των υπό του Α.Ν. 539/1954 ή άλλων διατάξεων καθοριζομένων ημερών αδείας αναπαύσεως μετ' αποδοχών, των δικαιούται έκαστος μισθωτός, υπό τον περιορισμόν ότι το επίδομα τούτο δεν δύναται να υπερβαίνει τας αποδοχάς ενός 15ημέρου, διά τους επί μηνιαίω μισθώ αμειβομένους, των 13 δε εργάσιμων ημερών, διά τους επί ημερομισθίω ή κατά μονάδα εργασίας ή επί ποσοστοίς ή κατ' άλλον τρόπον αμειβομένους μισθωτούς. Το ως άνω επίδομα καταβάλλεται ομού μετά των αποδοχών της

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

αδείας αναπαύσεως του μισθωτού. Εις περίπτωσιν καταγγελίας της συμβάσεως εργασίας, άνευ πταίσματος του μισθωτού, πριν ούτος συμπληρώση, παρά τω αυτώ εργοδότη δωδεκάμηνον συνεχή απασχόλησιν, αφ' ης προσελήφθη, ή αφ' ης έλαβε το επίδομα του προηγούμενου έτους, δικαιούται μέρους του ως άνω επιδόματος αναλόγου προς τον χρόνον της εργασιακής σχέσεως, ήτις διέρρευσεν, από της προσλήψεως ή από της λήψεως του προηγούμενου επιδόματος, μέχρι της ημέρας λύσεως της συμβάσεως εργασίας». Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι το δικαίωμα λήψης επιδόματος αδείας, αποτελεί συνακόλουθο του δικαιώματος λήψης κανονικής αδείας. Το επίδομα αδείας υπολογίζεται σε ετήσια ημερολογιακή βάση και ισούται με τις αποδοχές αδείας, με τον περιορισμό ότι δεν μπορεί να υπερβεί, για όσους μεν αμείβονται με μισθό πλήρους απασχόλησης, τον μισό μισθό, για όσους δε αμείβονται με ημερομίσθιο ή ωρομίσθιο ή ποσοστά, τα 13 ημερομίσθια.

14. Επειδή, η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς, ορίζει σχετικά με τα τιθέμενα στην προδικαστική προσφυγή ζητήματα τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης «Αντικείμενο της σύμβασης είναι Στο άρθρο 1.4 – Θεσμικό πλαίσιο της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπονται από την κείμενη νομοθεσία και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως: (...) Των σε εκτέλεση των ανωτέρω νόμων εκδοθεισών κανονιστικών πράξεων, των λοιπών διατάξεων που αναφέρονται ρητά ή απορρέουν από τα οριζόμενα στα συμβατικά τεύχη της παρούσας, καθώς και του συνόλου των διατάξεων του ασφαλιστικού, εργατικού, κοινωνικού, περιβαλλοντικού και φορολογικού δικαίου που διέπει την ανάθεση και εκτέλεση της παρούσας σύμβασης, έστω και αν δεν αναφέρονται ρητά παραπάνω. (...)». Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης - Περιεχόμενα Φακέλου Οικονομική Προσφορά / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα μοναδικό κριτήριο ανάθεσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψη προσφοράς μόνο βάσει της τιμής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα IV της διακήρυξης (...) ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ: 1. Οι

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, επί ποινή αποκλεισμού υποχρεούνται, να τηρήσουν τις διατάξεις του άρθρου 68 Ν.3863/2010, Α' 115), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και να αναφέρουν ρητώς στην οικονομική προσφορά τους, εκτός των άλλων τα εξής (να συμπληρώσουν τα ακόλουθα στοιχεία στον ΠΙΝΑΚΑ Ι: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στην σύμβαση. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά, για το σύνολο των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο, συμπεριλαμβανομένης της εισφοράς υπέρ Ε.Λ.Π.Κ. (...)

3. Οι υποψήφιοι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να έχουν στα υπόψη τους και τα εξής: (...) Η προσφερόμενη τιμή δεν μπορεί να είναι χαμηλότερη του κόστους μισθοδοσίας, το οποίο πρέπει να καλύπτει τουλάχιστον τα οριζόμενα από την εργατική νομοθεσία (αμοιβές προσωπικού φύλαξης με τις ανάλογες προσαυξήσεις, επιδόματα, ασφαλιστικές εισφορές, κλπ) βάσει της οικείας ΣΣΕ όπως ισχύει. (...).

Σύμφωνα δε με το άρθρο 6.2.1. της Διακήρυξης «Η διάρκεια της Σύμβασης ορίζεται από την υπογραφή της και για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους» και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της Διακήρυξης - Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης (σελ. 59) προβλέπεται ότι «Αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης είναι ...». Περαιτέρω, σύμφωνα με το Παράρτημα IV – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς της Διακήρυξης (σελ. 63 επ.) και δη στο Έντυπο Ανάλυσης των Στοιχείων της Οικονομικής Προσφοράς και ειδικότερα της Ανάλυσης προσδιορισμού εργατικού κόστους (για όλους τους προς απασχόληση στο έργο εργαζόμενους - σελ.65-66 της Διακήρυξης), προβλέπεται στο ενσωματωμένο Πίνακα η υποχρέωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα να παραθέσει το κόστος (1) του βασικού μηνιαίου μισθού, (2) της κανονικής άδειας, (3) της άδειας αντικαταστάτη, (4) του επιδόματος αδείας, (5) των δώρων Πάσχα και Χριστουγέννων, με την σημείωση με έντονη γραφή (σελ. 66 της Διακήρυξης) επί λέξει, ως εξής: «• Για να υπάρχει ομοιομορφία στις προσφορές των συμμετεχόντων να υπολογίσετε ως ημερομηνία έναρξης της σύμβασης την 01-10-2023 και ώρα 07:00 και λήξη την 30-09-2024 και ώρα 07:00.». Από τον συνδυασμό των παραπάνω όρων

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

της Διακήρυξης με τις διατάξεις του εφαρμοστέου στην προκείμενη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης παροχής ... του άρθρου 68 ν. 3863/2010, προκύπτει ότι είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη οικονομική προσφορά, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από το σύνολο των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων.

15. Επειδή, **επί του μοναδικού λόγου της κρινόμενης προσφυγής, λεκτέα είναι τα εξής:** Σύμφωνα με τους ανωτέρω όρους της Διακήρυξης και των διατάξεων που παρατέθηκαν, οι οικονομικοί φορείς, προκειμένου να προβούν στον νόμιμο υπολογισμό του εργατικού κόστους και, ειδικότερα, του επιδόματος αδείας, οφείλουν να υπολογίσουν αυτό με βάση τις ανωτέρω διατάξεις, σε αντιστοιχία του χρόνου εργασίας που θα παρασχεθεί ανά ημερολογιακό έτος και όχι με βάση τη συνολική χρονική διάρκεια της σύμβασης, η οποία επεκτείνεται σε πέραν του ενός ημερολογιακά έτη. Από την επισκόπηση της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας (αρχείο με την ονομασία «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ.pdf», ίδια δε σελ. 4 αυτής), όπως συνομολογεί η ίδια στην παρέμβασή της, αυτή υπολόγισε ότι το κόστος του επιδόματος αδείας των εργαζομένων που πρόκειται να παρέχουν τις υπηρεσίες τους για ένα έτος (από 01.0.2023 έως 30.09.2024) ανέρχεται στο ύψος των 12,5 ημερομισθίων, που αντιστοιχεί στο ποσό των 2.083,89 €: (= 4.167,71 € μικτός μισθός X 0,5). Σύμφωνα, όμως, με την ισχύουσα εργατική νομοθεσία, ο τρόπος υπολογισμού του επιδόματος αδείας γίνεται κατά ημερολογιακό έτος και ισούται με τις αποδοχές αδείας εφόσον αυτές δεν υπερβαίνουν (α) τον μισό (1/2) μισθό για όσους αμείβονται με μισθό πλήρους απασχόλησης, (β) τα 13 ημερομίσθια για όσους αμείβονται με ημερομίσθιο ή ωρομίσθιο ή ποσοστά, ως βάσιμα υποστηρίζει και η προσφεύγουσα Στην προκείμενη περίπτωση, το χρονικό σημείο έναρξης ισχύος της προκείμενης σύμβασης είναι η 01.10.2023 και η λήξη της στις 31.09.2024. Ως εκ τούτου, ο νόμιμος υπολογισμός του επιδόματος αδείας με βάση τις ανωτέρω διατάξεις επιβάλλεται να γίνει σε αντιστοιχία με το χρόνο εργασίας που θα παρασχεθεί ανά ημερολογιακό έτος και όχι με βάση τη συνολική χρονική διάρκεια της σύμβασης, η οποία είναι μεν ετήσια (12 μήνες), ωστόσο επεκτείνεται σε πέραν του ενός ημερολογιακά έτη (2023 και 2024). Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η παρεμβαίνουσα έσφαλε κατά τον υπολογισμό του επιδόματος

Αριθμός Απόφασης: 274 / 2024

αδείας, διότι δεν έλαβε υπόψη το επίδομα αδείας που δικαιούνται οι εργαζόμενοι για το έτος 2023, το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 1.000,26 € (=166,71 ευρώ X 6 μήνες), με αποτέλεσμα το υπολογισθέν εργατικό κόστος να υπολείπεται του νόμιμου κατά την αντιστοιχία του επιδόματος αδείας που αναλογεί στον χρόνο απασχόλησης των εργαζομένων κατά τα δύο ως άνω ημερολογιακά έτη εκτέλεσης της σύμβασης. Επομένως, η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας υπολείπεται του νόμιμου εργατικού κόστους, κατά το ποσό αυτό, κατά παράβαση των όρων της Διακήρυξης και της εργατικής νομοθεσίας, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Κατά συνέπεια, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε όπως απορρίψει κατά δεσμία αρμοδιότητα την προσφορά της παρεμβαίνουσας, γενομένου δεκτού ως βασίμου του μοναδικού λόγου της κρινόμενης προσφυγής.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η παρέμβαση να απορριφθεί, η προσβαλλόμενη να ακυρωθεί και να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με αριθμ. 106/28-11-2023 (ΑΔΑ: ...), με την οποία αποφασίστηκε η κατακύρωση του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Ιανουαρίου 2024 και εκδόθηκε στις 7 Φεβρουαρίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ
α/α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ