

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 30.10.2018 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.09.2018 Προδικαστική Προσφυγή με
Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(ΑΕΠΠ) 971/26.09.2018 της εταιρίας με την επωνυμία «...», η οποία εδρεύει
στη, οδός, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της με αριθ. 203/25.09.2018 απόφασης της Συγκλήτου του
Πανεπιστημίου ... με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της οικονομικής
προσφοράς της εταιρίας «....» και η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου της
εταιρίας «....» όπως και κατά της με αριθ. πρωτ. 19112/18/ΓΠ/25.09.2018
Σύμβασης μεταξύ του Πανεπιστημίου ... και της αναδόχου εταιρίας, όπως οι εν
λόγω προσβαλλόμενες πράξεις εκδόθηκαν στο πλαίσιο διαδικασίας
διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης του Πανεπιστημίου ... για την
ανάδειξη αναδόχου που θα αναλάβει τη φύλαξη των κτιριακών εγκαταστάσεων
του Πανεπιστημίου ..., στις πόλεις του ..., της ..., των ..., της ... και της

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας «...» με δ.τ. «...», η οποία εδρεύει
στην, οδός, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η Προσφεύγουσα επιδιώκει την
ακύρωση της προσβαλλόμενης με αριθ. 203/25.09.2018 απόφασης κατά το
μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η οικονομική προσφορά της και αναδείχθηκε
ως ανάδοχος της υπόψη σύμβασης η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «...» όπως και
της προσβαλλόμενης με αριθ. σύμβασης διότι, κατά τους ισχυρισμούς της

Αριθμός απόφασης: 940/2018

προσφεύγουσας, αφενός μεν, κατά παράβαση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας και της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, απορρίφθηκε η προσφορά της έναντι της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης της και δη παρεμβαίνουσας εταιρίας, αφετέρου δε, κατά παράβαση της διάταξης του άρθρου 368 του ν. 4412/2016, συνήφθη η οικεία σύμβαση.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της κριθείσας προσφυγής, άλλως τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, κατά το μέρος που με αυτήν αναδείχθηκε η ίδια ως προσωρινή ανάδοχος της υπόψη σύμβασης και ακολούθως ανέλαβε την εκτέλεση αυτής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με αριθ. 18779/18/ΓΠ/21.09.2018 Πρόσκληση του Πανεπιστημίου προκηρύχθηκε διαγωνισμός για τη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για τη φύλαξη των κτιριακών εγκαταστάσεων του Πανεπιστημίου ... στις πόλεις του ..., της ..., των ..., της ... και της ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και ειδικότερα α) για το κτιριακό συγκρότημα της Σχολής Επιστημών Υγείας στην πόλη της ... για διάστημα 84 ημερών και β) για τα κτιριακά συγκροτήματα στις πόλεις του ..., των ..., της ... και της ... για διάστημα 66 ημερών, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 73.646,69 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και 91.321,89 ευρώ με ΦΠΑ, η οποία διαδικασία ενεργείται χωρίς τη χρήση του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού 600,00€, το οποίο συνιστά το κατώτατο κατά το νόμο ποσό παραβόλου που πρέπει να καταβληθεί με βάση την προϋπολογισθείσα αξία της οικείας σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 940/2018

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 73.646,69 χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου διενέργειάς του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ.α'), δοθέντος ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση των προσβαλλόμενων στις 25.09.2018, ήτοι κατά το χρόνο έκδοσής τους, και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 26.09.2018, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

5. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αριθ. 203/25.09.2018 απόφασης της Συγκλήτου του Πανεπιστημίου ... με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της εταιρίας «...» και η ανάδειξη ως αναδόχου της εταιρίας «...» όπως και κατά της με αριθ. πρωτ. ... υπογραφείσας Σύμβασης μεταξύ του Πανεπιστημίου και της αναδόχου εταιρίας, αιτούμενη την ακύρωση αυτών για το λόγο ότι, αφενός μεν η αναθέτουσα αρχή απέρριψε παρανόμως και με εσφαλμένη αιτιολογία την οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, η οποία είχε υποβληθεί καθόλα νόμιμα και κατ' εφαρμογή των κανόνων της εργατικής νομοθεσίας, αφετέρου δε η αναθέτουσα αρχή προέβη κατά παράβαση της οικείας νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων στην υπογραφή της εν λόγω σύμβασης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απόρριψη της οικονομικής της προσφοράς με την αιτιολογία ότι : *«ο υπολογισμός των μεικτών αποδοχών των εργαζομένων για όλα τα κτιριακά συγκροτήματα προς φύλαξη συμπεριλαμβανομένων και των προσαυξήσεων είναι λανθασμένος επειδή στον νόμιμο θεσμοθετημένο κατώτατο μισθό έχει υπολογίσει για εργασία όπως αυτή αναλύεται για 6,667 ώρες ημερησίως και όχι για οκτώ ώρες τις οποίες αναγάγει*

Αριθμός απόφασης: 940/2018

στις ώρες φύλαξης. Συνεπώς, προκύπτει ότι η προσφορά της υπολείπεται του νόμιμου θεσμοθετημένου κατώτατου μηνιαίου μεικτού μισθού που έπρεπε να ανέρχεται στο ποσό των 586,08 ευρώ ανά εργαζόμενο συν τις προσαυξήσεις και όχι στο ποσό που προκύπτει από τον υπολογισμό των πραγματικών ωρών φύλαξης ανά κτίριο συν τις προσαυξήσεις» είναι εσφαλμένη διότι, κατά την αναλογία που δέχεται η αναθέτουσα αρχή για 166,67 ώρες εργασίας μηνιαίως/25 ημέρες εργασίας μηνιαίως προκύπτουν 6,67 ώρες εργασίας για τον εργαζόμενο ημερησίως, με συνέπεια η διαφορά που διαπιστώνει η αναθέτουσα αρχή να μην είναι πραγματική καθόσον οι 6,67 ώρες εργασίας αντιστοιχούν σε 6 ημέρες εργασίας, ενώ εάν αναχθούν σε 5ήμερη απασχόληση τότε αντιστοιχούν σε 8 ώρες εργασίας την ημέρα. Άλλωστε, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, σύμφωνα την ισχύουσα νομοθεσία οι μισθωτοί που απασχολούνται επί 5 ημέρες αλλά επί 8 ώρες ημερησίως (5x8 = 40 ώρες εβδομαδιαίως) καλύπτουν με την εργασία τους 1 ώρα και 20 λεπτά επιπλέον των 6 ωρών και 40 λεπτών που αντιστοιχούν στην εξαήμερη εργασία, ήτοι καλύπτουν με την εργασία τους την έκτη ημέρα της εβδομάδας, καθότι, κατά την πλήρη πενθήμερη εργασία το ημερήσιο ωράριο εργασίας ανέρχεται σε 8 ώρες. Ενόψει τούτων, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς μας είναι παντελώς εσφαλμένη, μη στηριζόμενη σε αριθμητικούς υπολογισμούς και επαληθεύσεις και δεν προκύπτει ουδόλως ούτε καν στοιχειωδώς σε τι ακριβώς συνίσταται ο λόγος απόρριψής μας και κατά πόσον η εταιρία μας τηρεί ή όχι το απαιτούμενο ωράριο των φυλάκων». Περαιτέρω, με το δεύτερο λόγο προσφυγής της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της απορρίφθηκε παρανόμως και για το λόγο ότι η αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και συγκεκριμένα της διάταξης του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, δεν την κάλεσε προηγουμένως σε εξηγήσεις και διευκρινίσεις σχετικά με το ύψος της προσφοράς της. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η υπογραφέισα μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας εταιρίας με αριθ. πρωτ. ... Σύμβαση πρέπει να ακυρωθεί διότι συνήφθη κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 368 του Ν. 4412/2016, επικουρικώς δε και σε περίπτωση μη ακύρωσης της υπογραφέισας

Αριθμός απόφασης: 940/2018

σύμβασης, αιτείται να επιδικαστεί σε βάρος της αναθέτουσας αρχής πρόστιμο ίσο με το 10% της αξίας της σύμβασης.

6. Επειδή, το έννομο συμφέρον της Προσφεύγουσα στοιχειοθετείται εκ του γεγονότος ότι η ίδια έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της στον εν λόγω διαγωνισμό, προσδοκώντας εύλογα να της ανατεθεί η υπόψη σύμβαση, καθότι υπέβαλε οικονομική προσφορά με τη χαμηλότερη τιμή, και δη προσφορά ποσού 86.082,66 ευρώ, έναντι της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης και δη παρεμβαίνουσας εταιρίας «...», ποσού 89.958,18 ευρώ, παρά ταύτα όμως η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας απερρίφθη, κατ'εσφαλμένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, με συνέπεια την ανάθεση και υπογραφή της σύμβασης με την παρεμβαίνουσα εταιρία.

7. Επειδή, παρεμβαίνει η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «....», η οποία Παρέμβαση, ασκείται εν γένει παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, αφού, η εν λόγω Προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή προς τους ενδιαφερόμενους τρίτους στις 01.10.2018, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η παρεμβαίνουσα, και η Παρέμβαση κατατέθηκε στις 08.10.2018, ήτοι εντός της σχετικής δεκαήμερης προθεσμίας προς άσκηση παρέμβασης. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν αναδεικνύεται η ίδια ανάδοχος των δημοπρατούμενων υπηρεσιών και ακολούθως προβαίνει στην υπογραφή της συμπροσβαλλόμενης με αριθ. ... σύμβασης με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών φύλαξης α) για το κτιριακό συγκρότημα της Σχολής Επιστημών Υγείας στην πόλη της ... για διάστημα 84 ημερών και β) για τα κτιριακά συγκροτήματα στις πόλεις του ..., των ..., της ... και της ... για διάστημα 66 ημερών. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας περί του νόμιμου χαρακτήρα της οικονομικής της προσφοράς, προβάλλοντας ότι η προσφεύγουσα υπολόγισε εσφαλμένως τις νόμιμες προσαυξήσεις για νυχτερινή

Αριθμός απόφασης: 940/2018

εργασία και εργασία την Κυριακή των 4,78 φυλάκων, κάνοντας αναγωγή των νόμιμων προσαυξήσεων στις ώρες απασχόλησης, ήτοι υπολογίζοντας τη νόμιμη προσαύξηση επί των ωρών νυχτερινής εργασίας και εργασίας σε Κυριακές/αργίες, αντί να υπολογίσει κατά το ορθόν τη νόμιμη προσαύξηση για νυχτερινή εργασία και εργασία σε Κυριακές/αργίες επί του νόμιμου ωρομισθίου, με αποτέλεσμα να στηρίξει σε εσφαλμένους υπολογισμούς όλη την οικονομική της προσφορά. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένως η προσφεύγουσα χρησιμοποίησε το ωρομίσθιο ύψους 3,516 ευρώ για τον υπολογισμό των ως άνω νόμιμων προσαυξήσεων, αντί του νόμιμου ωρομισθίου ύψους 3,82 ευρώ, το οποίο διαμορφώνεται στο ποσό αυτό εάν στο κόστος των νόμιμων μηνιαίων τακτικών αποδοχών (χωρίς τις νόμιμες προσαυξήσεις) συνυπολογιστεί το κόστος του αντικαταστάτη αδείας και της αδείας αυτού. Ήτοι, όπως αναλυτικά εκθέτει η παρεμβαίνουσα, δεδομένου ότι κάθε εργαζόμενος με καθεστώς εξαήμερης εργασίας δικαιούται άδεια 2 ημέρες το μήνα και ως εκ τούτου ο εργοδότης κάθε μήνα, εκτός από το μικτό μισθό του εργαζομένου 586,08 ευρώ επιβαρύνεται υποχρεωτικά με δύο ημερομίσθια (ήτοι 46,88 ευρώ) για τον αντικαταστάτη της αδείας, ο οποίος με τη σειρά του δικαιούται αναλογία άδειας 2 ημερών το μήνα (ήτοι πρόσθετη μηνιαία οικονομική επιβάρυνση ύψους 7,75 ευρώ), το ελάχιστο συνολικό κόστος τακτικών αποδοχών (χωρίς νόμιμες προσαυξήσεις) κάθε μήνα ανέρχεται σε 586,08 ευρώ, πλέον 46,88 ευρώ (αναλογία μισθού αντικαταστάτη αδείας βασικού εργαζομένου), και πλέον 3,75 ευρώ (αναλογία μισθού αντικαταστάτη του αντικαταστάτη αδείας), ήτοι συνολικά στο ποσό των 636,71 ευρώ, οπότε το ωρομίσθιο δεν ανέρχεται σε 3,52 ευρώ αλλά σε 3,82 ευρώ (636,71 ευρώ : 25 ημέρες : 6,67 ώρες). Υπό αυτά τα δεδομένα, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η προσφεύγουσα θα μπορούσε να μην εφαρμόσει το ωρομίσθιο ύψους 3,82 ευρώ στους υπολογισμούς της μόνο εάν επέλεγε να υπολογίσει χωριστά τις αποδοχές των αντικαταστατών αδείας και τις νόμιμες προσαυξήσεις τους και χωριστά τις αποδοχές του προσωπικού με τις νόμιμες προσαυξήσεις τους, πράγμα το οποίο σε κάθε περίπτωση δεν έπραξε. Ενόψει των ανωτέρω, κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, η οικονομική προσφορά της

Αριθμός απόφασης: 940/2018

προσφεύγουσας στηρίζεται σε εσφαλμένους και κατά παρέκκλιση από την εργατική νομοθεσία υπολογισμούς.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθ. πρωτ. 9921/18/ΓΠ/04.10.2018 έγγραφο απόψεων επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, με το οποίο υπεραμύνεται της νομιμότητας της προσβαλλόμενης απόφασης.

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»*. Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...»* και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017

10. Επειδή, στο άρθρο 18 παρ. 2 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : *«Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις*

Αριθμός απόφασης: 940/2018

περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους». Περαιτέρω, στο άρθρο 92 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : «... 5. Ειδικά κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης και ανεξάρτητα από το είδος της διαδικασίας που επιλέγεται από την αναθέτουσα αρχή: α) η αναθέτουσα αρχή, ζητά από τους οικονομικούς φορείς να αναφέρουν υποχρεωτικά στα έγγραφα της σύμβασης, στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τις πληροφορίες/στοιχεία των σημείων α` έτος στ` της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 και β) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, στην προσφορά τους να περιλαμβάνουν τις πληροφορίες/στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010».

11. Επειδή, στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 με τίτλο : «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών» ορίζεται ότι : «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής : α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο, β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας, γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι, δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων, ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά, στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό

Αριθμός απόφασης: 940/2018

κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι».

12. Επειδή, στη με αριθ. πρωτ. 18779/18/ΓΠ/21.09.2018 Πρόσκληση του Πανεπιστημίου ... για τη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, πέραν του ότι προσδιορίζεται το αντικείμενο και η προϋπολογισθείσα αξία της υπό ανάθεση σύμβασης, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και αποσφράγισης αυτών, προβλέπεται ρητώς ότι: «Κατά τα λοιπά ισχύουν όσα αναφέρονται στη Διακήρυξη του συνοπτικού διαγωνισμού με αριθ. πρωτ. ... (ΑΔΑΜ ...). Αντιστοίχως, στη με αριθ. πρωτ. ... (ΑΔΑΜ ...) Διακήρυξη στο άρθρο 4 προβλέπεται ότι : «Κατά την εκτέλεση της παρούσας σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α' του Ν.4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση της σύμβασης και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. Η αθέτηση της υποχρέωσης της ανωτέρω παραγράφου συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, του Ν.4412/2016, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης και εκτέλεσης της παρούσας σύμβασης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010», στο άρθρο 11.2.Γ προβλέπεται ότι : «1. Ο φάκελος «Οικονομική προσφορά» θα περιέχει το έντυπο της οικονομικής προσφοράς

Αριθμός απόφασης: 940/2018

(περιλαμβάνεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Γ' της παρούσας διακήρυξης) συμπληρωμένο (η τιμή σε ευρώ), υπογεγραμμένο και σφραγισμένο από τον νόμιμο/ -ους εκπρόσωπο/ -ους του οικονομικού φορέα. Η οικονομική προσφορά υπογράφεται κατά περίπτωση από τον νόμιμο/ -ους εκπρόσωπο/ -ους του νομικού προσώπου και σε περίπτωση ένωσης είτε από όλους τους φορείς που την αποτελούν είτε από τον κοινό εκπρόσωπό τους. 2. Οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ακόλουθα στοιχεία (άρθρο 68 παρ 1 του Ν.3863/2010 (Α' 115) όπως ισχύει ανά μήνα και στο σύνολο των ημερών φύλαξης: 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. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. 3. Το τίμημα της προσφοράς κάθε προσφέροντος (ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΑΜΟΙΒΗ) θα δοθεί με μια τιμή ανά μήνα και στο σύνολο των ημερών φύλαξης ανά κτίριο, σύμφωνα με τις οδηγίες του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Γ' της διακήρυξης και των αναφερομένων στην παρούσα παράγραφο. Στην τιμή θα περιλαμβάνονται οι τυχόν υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, εκτός από τον αναλογούντα Φ.Π.Α. για τις προσφερόμενες υπηρεσίες φύλαξης στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπονται από την παρούσα διακήρυξη».

13. Επειδή, από τα ανωτέρω εναργώς προκύπτει ότι σκοπός του νομοθέτη είναι η προστασία των εργαζομένων και η καταβολή σε αυτούς των νομίμων, πάσης φύσεως, αποδοχών τους, καθώς και η καταβολή των απαιτούμενων ασφαλιστικών τους εισφορών από την πλευρά των εργοδοτών. Τα ανωτέρω αναφέρονται - πέραν τυχόν γενικών ρητρών – ad hoc στο χώρο των εταιρειών παροχής υπηρεσιών φύλαξης και καθαρισμού, ορίζοντας ότι τα εν γένει νομικά πρόσωπα του δημοσίου και οι πάσης φύσεως φορείς που

Αριθμός απόφασης: 940/2018

ανήκουν σε αυτό κατά τη διεξαγωγή σχετικών διαγωνισμών θα πρέπει να συμπεριλαμβάνουν όρο περί τήρησης της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας στις διακηρύξεις τους, αλλά και να προβαίνουν στους απαιτούμενους ελέγχους κατά την πληρωμή των σχετικών συμβάσεων. Η δε προαναφερόμενη διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 ως ειδικότερη διάταξη, ρυθμίζουσα το διαγωνιστικό πλαίσιο της παροχής υπηρεσιών φύλαξης και καθαρισμού, κατισχύει των γενικών διατάξεων. Συνεπώς, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι προαναφερόμενες διατάξεις (βλ. σκ. 12) της υπόψη διακήρυξης, κατ' εφαρμογή της ανωτέρω νομοθεσίας, θα πρέπει να τηρούνται και ουδεμία δυνατότητα παρέκκλισης υφίσταται.

14. Επειδή, άλλωστε, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, κατ'εφαρμογή της αρχής της νομιμότητας, που διέπει το σύνολο της διοικητικής δράσης, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία, ελλείψει σχετικής ρήτρας στη διακήρυξη, οι διαγωνιζόμενοι θα μπορούσαν να διαμορφώνουν την προσφορά τους και κάτω του ελάχιστου, κατά το νόμο, εργατικού κόστους, ο δε έλεγχος του στοιχείου αυτού δεν θα γινόταν κατά την κατάθεση των προσφορών αλλά μετά τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, δεν παραβιάζει μόνον την αρχή της νομιμότητας της διοικητικής δράσης, αλλά δημιουργεί συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού και προσκρούει, για το λόγο αυτό και στις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (ΕΑΣΤΕ 134/2011, 1100/2010, 873/2010, 628/2010, 58/2009, 1344/2008, 840/2008, 791/2008, 1172/2008, 1090/2006, 4058/2001, 805/2001), αφού οδηγεί σε μειονεκτική θέση τους καλόπιστους διαγωνιζόμενους, οι οποίοι διαμορφώνουν την προσφορά τους σεβόμενοι τις απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης, ως προς ό,τι αφορά τους όρους αμοιβής και ασφάλισης του απασχολούμενου προσωπικού.

Αριθμός απόφασης: 940/2018

15. Επειδή, ως ήδη εκτέθηκε ανωτέρω, με τον πρώτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα επικαλείται ότι εσφαλμένως απορρίφθηκε η προσφορά της καθότι με την αναλογία που δέχεται η αναθέτουσα αρχή περί εργασίας συνολικά 4,78 φυλάκων μηνιαίως επί τη βάσει των 166,67 ωρών εργασίας για κάθε φύλακα μηνιαίως, στην περίπτωση εφαρμογής συστήματος εξαήμερης εργασίας, όπως στην προσφορά της, οι 166,67 ώρες εργασίας μηνιαίως κατανέμονται σε 6,67 ώρες εργασίας ημερησίως (166,67 ώρες εργασίας μηνιαίως / 25 ημέρες), οι οποίες ώρες εάν αναχθούν στο σύστημα της 5ήμερης εργασίας, τότε κατανέμονται σε 8 ώρες εργασίας ημερησίως, δηλαδή το αποτέλεσμα που επέρχεται είναι ταυτόσημο, με συνέπεια η διαφορά που διαπιστώνει η αναθέτουσα αρχή να μην είναι πραγματική.

16. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 18628/17/ΓΠ/05.12.2017 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής διευκρινίζεται ότι : *«Ο απαιτούμενος αριθμός ατόμων για τη φύλαξη των κτιριακών εγκαταστάσεων προκύπτει ως ακολούθως : Η 24ωρη φύλαξη απαιτεί (365 ημέρες x 24 ώρες) = 8760 ώρες ετησίως. Κάθε φύλακας εργάζεται 166,67 ώρες μηνιαίως και ετησίως (11 μήνες x 166,67 ώρες) = 1.833,37 ώρες/ετησίως (ο ένας μήνας είναι η κανονική άδειά του). Από τη διαίρεση των συνολικών ωρών φύλαξης 8.760 ετησίως δια 1833,37 ώρες ανά φύλακα προκύπτει ότι απαιτούνται 4,78 φύλακες οι οποίοι θα καλύπτουν ρεπτό, άδειες κτλ. Ο προϋπολογισμός του κάθε τμήματος έχει εγκριθεί από το Υπουργείο Παιδείας με τον αναφερόμενο αριθμό ατόμων για κάθε φύλαξη για εργαζόμενους άνω των 25 ετών και με μισθό 586,08 ευρώ. Επιπλέον, ενημερώνουμε ότι σε κάθε προϋπολογισμό Τμήματος έχουν υπολογισθεί : α) Δώρα Χριστουγέννων, Πάσχα, επιδόματα αδείας, β) τα νυχτερινά και η εργασία τις Κυριακές και Αργίες, γ) Διοικητικό κόστος, δ) εργολαβικό κόστος, ε) κρατήσεις στ) ΦΠΑ 24%»*. Ήτοι, επί τη βάσει της 24ωρης φύλαξης, οι προσφορές των διαγωνιζομένων διαμορφώνονται λαμβάνοντας υπόψιν ότι για κάθε φύλακα απαιτούνται 1.833,37 ώρες εργασίας ετησίως και 166,67 ώρες εργασίας μηνιαίως όπως και ότι για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης απαιτούνται συνολικά 4,78 φύλακες, αριθμός στον οποίο συνυπολογίζονται οι εργαζόμενοι που θα καλύπτουν ρεπτό, άδειες κτλ.

Αριθμός απόφασης: 940/2018

17. Επειδή, η εθνική γενική συλλογική σύμβαση εργασίας (ΕΓΣΣΕ) θεσπίστηκε μαζί με τις λοιπές κατηγορίες συλλογικών συμβάσεων εργασίας (ΣΣΕ) με το Ν. 1876/1990 και αφορά στους εργαζομένους όλης της χώρας ανεξαρτήτως οποιουδήποτε άλλου ειδικότερου προσδιορισμού, ήτοι αφορά εργαζομένους με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου, τόσο στον ιδιωτικό τομέα όσο και στο Δημόσιο, τα Ν.Π.Δ.Δ. και στους ΟΤΑ. Σκοπός της ΕΓΣΣΕ ήταν η θέσπιση νόμιμων γενικών ελάχιστων (κατώτατων) όρων αμοιβής και εργασίας για τους εργαζόμενους που απασχολούνται σε όλη την ελληνική Επικράτεια, σε οποιοδήποτε εργοδότη, και οι οποίοι δεν υπάγονται σε οποιαδήποτε άλλη κατηγορία ΣΣΕ. Εντούτοις, με πρόσφατες νομοθετικές ρυθμίσεις επήλθαν θεμελιώδεις αλλαγές στα μέχρι πρότινος ισχύοντα για την ΕΓΣΣΕ. Πλέον, η ΕΓΣΣΕ δεν αποτελεί το μόνο ρυθμιστικό μέσο για τη θέσπιση γενικών κατώτατων νόμιμων όρων εργασίας, καθότι δυνάμει του άρθρου πρώτου, παρ. ΙΑ.11 §1 Ν. 4093/2012 θεσπίστηκε νέο σύστημα καθορισμού νόμιμου γενικού κατώτατου μισθού υπαλλήλων και ημερομισθίου εργατοτεχνιτών, τεθέν σε ισχύ από 01η.04.2013. Βάσει της ανωτέρω διάταξης, μετά τη χρονολογία αυτή ο νόμιμος κατώτατος μισθός και το κατώτατο ημερομίσθιο των εργαζομένων όλης της χώρας ορίζεται αποκλειστικά με κρατικό κανόνα, και όχι πλέον με ΕΓΣΣΕ. Έτσι, από την εισαγωγή του νέου αυτού συστήματος, κάθε αναφορά της νομοθεσίας στον ελάχιστο μισθό ή στο ελάχιστο ημερομίσθιο της ΕΓΣΣΕ, παραπέμπει στο νομοθετημένο γενικό κατώτατο μισθό και στο κατώτατο ημερομίσθιο (άρθρο Πρώτο, παρ. ΙΑ.11 §4 Ν. 4093/2012). Στο πλαίσιο αυτό, με ειδική προσωρινής ισχύος διάταξη (άρθρο Πρώτο, παρ. ΙΑ.11 §3 Ν. 4093/2012), προβλέφθηκαν τα εξής: «Μέχρι τη λήξη της περιόδου οικονομικής προσαρμογής που προβλέπουν τα Μνημόνια που προσαρτώνται στο ν. 4046/2012 και οι επακολουθούσες τροποποιήσεις αυτών καθορίζεται ο νόμιμος κατώτατος μισθός υπαλλήλων και το ημερομίσθιο εργατοτεχνιτών ως εξής: (α) Για τους υπάλληλους άνω των 25 ετών ο κατώτατος μισθός ορίζεται 586,08 ευρώ και για τους εργατοτεχνίτες άνω των 25 ετών το κατώτατο ημερομίσθιο ορίζεται σε 26,18 ευρώ. (β) Για τους υπάλληλους κάτω των 25 ετών ο κατώτατος μισθός ορίζεται 510,95 ευρώ και για τους εργατοτεχνίτες κάτω των

Αριθμός απόφασης: 940/2018

25 ετών το κατώτατο ημερομίσθιο ορίζεται σε 22,83 ευρώ.[...](ζ) Ατομικές συμβάσεις εργασίας και συλλογικές συμβάσεις εργασίας κάθε είδους δεν επιτρέπεται να ορίζουν μηνιαίες τακτικές αποδοχές ή ημερομίσθιο πλήρους απασχόλησης κατώτερο από το νομοθετικώς καθορισμένο κατώτατο μισθό και ημερομίσθιο».

18. Επειδή, από την εξέταση των πινάκων οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας για τα κτιριακά συγκροτήματα ..., ... και ... διαπιστώνεται κατ'αρχήν ότι η προσφορά της διαμορφώνεται με βάση το σύστημα εξαήμερης εργασίας και 6,667 ωρών ημερήσιας εργασίας, οι οποίες ισοδυναμούν με 8 ώρες ημερήσιας εργασίας που αντιστοιχούν σε 5νθήμερη απασχόληση. Παρόλα αυτά, κατόπιν υπολογισμού των ωρών νυχτερινής εργασίας από Δευτέρα έως Σάββατο σε 456, των ωρών πρωινής και απογευματινής εργασίας σε Κυριακές και αργίες σε 144 και των ωρών νυχτερινής εργασίας σε Κυριακές και αργίες σε 72, η προσφεύγουσα υπολόγισε προσαύξηση ποσοστού 25% για νυχτερινή εργασία από Δευτέρα έως Σάββατο, ποσοστού 75% για πρωινή και απογευματινή εργασία σε Κυριακή και αργία και ποσοστού 100% για νυχτερινή εργασία σε Κυριακή και αργία επί των ως άνω ωρών, υπολογισμοί οι οποίοι είναι καθόλα εσφαλμένοι διότι, όπως ρητά επιτάσσει η εργατική νομοθεσία, το ποσοστό της προσαύξησης για νυχτερινή εργασία και εργασία σε Κυριακές και αργίες υπολογίζεται επί του νόμιμου ωρομισθίου, και όχι όπως το υπολόγισε η προσφεύγουσα με προσαύξηση επί των ωρών εργασίας, ποσά τα οποία στο τέλος άθροισε και πολλαπλασίασε με το ωρομίσθιο 3,516 ευρώ. Συνεπώς, για τον ορθό υπολογισμό των εν λόγω κονδυλίων, η προσφεύγουσα θα έπρεπε πρώτα να υπολογίσει το κόστος εργασίας για 456, 144 και 72 ώρες νυχτερινής εργασίας και εργασίας σε Κυριακές και αργίες αντίστοιχα επί το νόμιμο ωρομίσθιο ύψους 3,516 ευρώ και έπειτα επί του ποσού αυτού να εφαρμόσει την προβλεπόμενη εκ του νόμου προσαύξηση που αντιστοιχεί σε καθεμία περίπτωση. Περαιτέρω, εσφαλμένως η προσφεύγουσα χρησιμοποίησε για τους ανωτέρω υπολογισμούς το ωρομίσθιο ύψους 3,516 ευρώ, όπως τούτο πράγματι προκύπτει με βάση τον κατώτατο μηνιαίο μισθό ύψους 586,08 ευρώ, στον οποίον όμως δεν έχουν συνυπολογιστεί το κόστος αντικαταστάτη και

Αριθμός απόφασης: 940/2018

άδειας αντικαταστάτη. Και τούτο διότι, εφόσον η προσφεύγουσα, κατά τη μέθοδο υπολογισμού που αναλύει, δεν προέβη σε χωριστούς υπολογισμούς των κονδυλίων που αντιστοιχούν στις αποδοχές των εργαζομένων με τις νόμιμες προσαυξήσεις και στις αποδοχές των αντικαταστατών αδειών με τις νόμιμες προσαυξήσεις, αθροίζοντας στο τέλος τα χωριστά αυτά κόστη, αλλά αντίθετα επέλεξε να συνυπολογίσει τα δύο αυτά κόστη, όπως αποδεικνύεται από τα δηλούμενα στις γραμμές 1 και 9 των πινάκων της προσφοράς της, όπου υπολογίζει για τα 4,78 άτομα -στα οποία συμπεριλαμβάνονται και τα άτομα για την κάλυψη ρεπό και αδειών- μικτές αποδοχές ύψους 636,62 ευρώ, ήτοι αποδοχές όπου συνυπολογίζεται το κόστος αντικαταστατών, γίνεται αντιληπτό ότι το ωρομίσθιο αυτών πλέον ανέρχεται στο ποσό των 3,82 ευρώ, και όχι στο ποσό των 3,516 ευρώ, το οποίο δεν περιλαμβάνει το κόστος αντικαταστάτη. Ενόψει τούτων, προκύπτει ότι η προσφορά της προσφεύγουσας υπολείπεται του νόμιμου θεσμοθετημένου κατώτατου μηνιαίου μεικτού μισθού που έπρεπε να ανέρχεται στο ποσό των 586,08 ευρώ ανά εργαζόμενο συν τις προσαυξήσεις και όχι στο ποσό που προκύπτει από τον υπολογισμό των πραγματικών ωρών φύλαξης ανά κτίριο συν τις προσαυξήσεις, λόγος για τον οποίο απερρίφθη η προσφορά της. Εξάλλου, όπως υποστηρίζει βάσιμα η παρεμβαίνουσα και εκθέτει αναλυτικά στην ασκηθείσα παρέμβασή της, η προσφεύγουσα υπέπεσε σε εσφαλμένους υπολογισμούς κατά τη διαμόρφωση της οικονομικής της προσφοράς, παραβιάζοντας ως εκ τούτου την ισχύουσα εργατική νομοθεσία.

19. Επειδή, κατ'ακολουθία των ανωτέρω, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ορθώς απερρίφθη η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας για τους αναφερόμενους στην παραπάνω σκέψη λόγους, απορριπτομένου ως αβάσιμου του πρώτου λόγους προσφυγής, καθότι η προσβαλλόμενη δε θα πρέπει να ακυρωθεί, αφού έστω και με εν μέρει άλλη αιτιολογία, το κύρος της δε θίγεται, σε κάθε δε περίπτωση ακόμα και η ενδεχόμενη πλημμελής εν μέρει αιτιολογία της προσβαλλόμενης δεν έχει επίπτωση στο κύρος αυτής, εάν ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της συμμετέχουσας εταιρίας ως απαράδεκτης, όταν γίνεται δεκτό ότι και με τη μη ορθή αιτιολογία, η προσβαλλόμενη είναι ορθή ως προς το διατακτικό της (ΣΤΕ 2239/1970, 4698/1988, ΔΠρΘες 71/2000).

Αριθμός απόφασης: 940/2018

20. Επειδή, εκ των διαλαμβανόμενων ως άνω, γίνεται δεκτό ότι ως αβάσιμος απορρίπτεται και ο δεύτερος λόγος προσφυγής περί παραβίασης του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 σχετικά με την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς να καλέσει τον προσφεύγοντα σε παροχή διευκρινίσεων, υποχρέωση η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, δεν τηρήθηκε εν προκειμένω. Και τούτο διότι, όπως ευλόγως έχει κριθεί από τη νομολογία, οικονομική προσφορά που δεν περιλαμβάνει το απαιτούμενο από το νόμο ελάχιστο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος, νόμιμα αποκλείεται από διαγωνισμούς (ΔΕΦΑΘ. 325/2015, ΔΕΦΘεσ. 226/2014, ΔΕΦΑΘ. 289/2014, ΕΑ ΣτΕ 155/2013, 297/2009, 1255/2009), ειδικά δε για την περίπτωση που η προσφορά αυτή απορρίπτεται ως υπολειπόμενη του νόμιμου εργατικού κόστους, δεν προκύπτει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής για προηγούμενη κλήση σε παροχή διευκρινίσεων, καθώς η οικονομική προσφορά δεν πληροί απαραίτητο όρο της διακήρυξης που επιτάσσει την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας (ΣτΕ 3921/2013). Άλλωστε, ερμηνεία κατά την οποία θα γινόταν δεκτό ότι, η κατ' άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 υποχρέωση παροχής διευκρινίσεων σε περίπτωση ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, εφαρμόζεται άνευ ετέρου σε περίπτωση υποβολής μιας προσφοράς ασυνήθιστα χαμηλής σε σχέση με τις υπόλοιπες προσφορές που υποβλήθηκαν στον ίδιο διαγωνισμό, γίνεται αντιληπτό ότι θα οδηγούσε στην καθιέρωση μιας γενικευμένης υποχρέωσης των αναθετουσών αρχών να κάνουν χρήση του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, πριν την απόρριψη οποιασδήποτε οικονομικής προσφοράς, ανεξαρτήτως της κρίσης τους επί του χαρακτήρα της προσφοράς αυτής και της τήρησης των απαραίτητων όρων της διακήρυξης.

21. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της συναφθείσας από σύμβασης με την παρεμβαίνουσα εταιρία «...», για το λόγο ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη στη σύναψη αυτής, κατά παράβαση του άρθρου 364 του Ν. 4412/2016 με το οποίο ορίζεται ότι : *«Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα*

Αριθμός απόφασης: 940/2018

με το άρθρο 368. {...}», αιτούμενη ως εκ τούτου την κήρυξη της ακυρότητας της συναφθείσας σύμβασης, κατά το άρθρο 368 του Ν. 4412/2016, με το οποίο ορίζεται ότι : «*Με την επιφύλαξη του άρθρου 370 και της παραγράφου 2 του άρθρου 371, η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης που έχει συναφθεί, εάν διαπιστώσει ότι: (α) ή (β) αν δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με τα άρθρο 364' ή (γ)*». Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου πράγματι διαπιστώνεται ότι η προσβαλλόμενη με αριθ. 203/25.09.2018 απόφαση της Συγκλήτου του Πανεπιστημίου, με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας και η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου της παρεμβαίνουσας, όπως και η συμπροσβαλλόμενη με αριθ. πρωτ. σύμβαση, εκδόθηκαν την 25.09.2018, οπότε η προβλεπόμενη κατ' άρθρο 361 του Ν. 4412/2016 δεκαήμερη προθεσμία, από την κοινοποίηση, άλλως από την πλήρη γνώση των ως άνω πράξεων, εντός της οποίας κάθε ενδιαφερόμενος δικαιούται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή, σε κάθε περίπτωση τοποθετείται σε χρονικό σημείο μεταγενέστερο της 25.09.2018, οπότε και συνήφθη η συμπροσβαλλόμενη με την παρούσα σύμβαση, χωρίς η αναθέτουσα αρχή να αναμείνει ως όφειλε εκ του νόμου να παρέλθει η νόμιμη προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, με αποτέλεσμα να στοιχειοθετείται κατ'αρχήν παράβαση της διάταξης του άρθρου 368 περ. β) του Ν. 4412/2016.

22. Επειδή, παρόλα αυτά, κατά τη διάταξη του άρθρου 370 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : «*1. Η ΑΕΠΠ μπορεί να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία έχει ανατεθεί παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, εάν διαπιστώσει ότι επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης. 2. Οικονομικά συμφέροντα τα οποία συνδέονται άμεσα με τη σύμβαση δεν συνιστούν επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος. Τέτοια συμφέροντα είναι μεταξύ άλλων, τα έξοδα λόγω καθυστέρησης στην εκτέλεση της σύμβασης, τα έξοδα λόγω της κίνησης νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, τα έξοδα λόγω αλλαγής του οικονομικού φορέα ο οποίος εκτελεί τη σύμβαση και τα έξοδα των νομικών υποχρεώσεων λόγω της κήρυξης της σύμβασης ως ανενεργού. Η ύπαρξη*

Αριθμός απόφασης: 940/2018

οικονομικών συμφερόντων για τη διατήρηση των αποτελεσμάτων μιας σύμβασης θεωρείται ως επιτακτικός λόγος εφόσον σε εξαιρετικές περιστάσεις η ακυρότητα θα οδηγούσε σε δυσανάλογες συνέπειες. 3. Αν η ΑΕΠΠ αποφασίσει, σύμφωνα με την παράγραφο 1 να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία συνάφθηκε παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση. Η ΑΕΠΠ έχει διακριτική ευχέρεια να καθορίσει το ύψος του προστίμου λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης. Το ύψος του προστίμου δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Με ειδική απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα».

23. Επειδή, δοθέντος ότι, ως κρίθηκε στις σκέψεις 18-20 της παρούσας, η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας νομίμως απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη με αριθ. 203/2018 απόφαση ως υπολειπόμενη του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους, με συνέπεια μοναδικός προσωρινός ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης να είναι η παρεμβαίνουσα εταιρία «...» και συνεκτιμούμενων των ιδιαίτερων περιστάσεων που συγχέονται με την επείγουσα ανάγκη ανάθεσης των υπηρεσιών φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων του Πανεπιστημίου ... (σε 5 πόλεις), οι οποίες υπηρεσίες έχουν ήδη αρχικώς προκηρυχθεί με τη με αριθ. ... διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων, έως την ολοκλήρωση του οποίου η αναθέτουσα αρχή διενήργησε συνοπτικό διαγωνισμό για διάστημα 47 ημερών και εν συνεχεία την υπόψη διαδικασία διαπραγμάτευσης για χρονικό διάστημα 84 ημερών (κτιριακά συγκροτήματα στην πόλη της ...) και 66 ημερών (κτιριακά συγκροτήματα στις πόλεις του ..., των ..., της ... και της ...), προκειμένου να ανταποκριθεί άμεσα στις ανάγκες φύλαξης του Πανεπιστημίου, γίνεται δεκτό ότι εν προκειμένω συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής συνοψίζονται στο γεγονός ότι : «*την ημερομηνία υπογραφής της ένδικης σύμβασης (25.9.2018) έληγε η χρονική διάρκεια του προηγούμενου διαγωνισμού φύλαξης, οπότε, όλα τα κτίρια του*

Αριθμός απόφασης: 940/2018

Πανεπιστημίου ... , που πολλά από αυτά περιέχουν αντικείμενα και εξοπλισμό μεγίστης αξίας, θα παρέμεναν τελείως αφύλακτα και απροστάτευτα από επιβουλές κακόβουλων παραγόντων», όπως και στο γεγονός ότι : «είχε ανακύψει εξαιρετικά κινδυνώδης κατάσταση για τα έννομα συμφέροντα και δικαιώματα του Πανεπιστημίου ... , η οποία δημιουργούσε αντικειμενικώς συνθήκες ανωτέρας βίας, που επέβαλαν την άμεση υπογραφή της προσβαλλόμενης ΑΠ 19112/18/ΓΠ/25.9.2018 εργολαβικής σύμβασης». Συνεπώς, υπό τη συνδρομή επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι κατά τα αναφερόμενα ως άνω συνεχονται με την αναγκαιότητα ανάθεσης των επίμαχων υπηρεσιών για πεπερασμένο χρονικό διάστημα (66 ημέρες και 84 ημέρες αντίστοιχα), ενόψει της εκκρεμότητας στα διοικητικά δικαστήρια ανάθεσης της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με τη με αριθ. 18085/17/ΓΠ/28-11-2017 διακήρυξη με το αυτό αντικείμενο, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η συναφθείσα εν προκειμένω σύμβαση έχει πεπερασμένη χρονική διάρκεια (από 14.10.18 έως 18.12.2018 για τις πόλεις ..., ..., ..., ... και από 26.09.18 έως 18.12.2018 για την πόλη της ...) και έχει ήδη εκτελεστεί σε σημαντικό μέρος της, επιβάλλεται η διατήρηση των αποτελεσμάτων αυτής με την παρεμβαίνουσα εταιρία «...», η οποία άλλωστε συνιστά και τη μοναδική υποψήφια προσωρινή ανάδοχο που κατά την κρίση της παρούσας νομίμως ανέδειξε η ενεργηθείσα διαδικασία διαπραγμάτευσης. Κατόπιν τούτων, απορρίπτεται το αίτημα της προσφεύγουσας περί κήρυξης της ακυρότητας της προσβαλλόμενης σύμβασης.

24. Επειδή, σε περίπτωση απορρίψεως του αιτήματος περί κήρυξης της ακυρότητας της συναφθείσας εν προκειμένω σύμβασης, η προσφεύγουσα αιτείται, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 370 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 με την οποία ορίζεται ότι : «.....3. Αν η ΑΕΠΠ αποφασίσει, σύμφωνα με την παράγραφο 1 να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία συνάφθηκε παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση. Η ΑΕΠΠ έχει διακριτική ευχέρεια να καθορίσει το ύψος του προστίμου λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της

Αριθμός απόφασης: 940/2018

αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης. Το ύψος του προστίμου δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Με ειδική απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα», να της επιδικαστεί πρόστιμο ίσο με το 10% της αξίας της εν θέματι σύμβασης.

25. Επειδή, κατόπιν μη κηρύξεως της ακυρότητας της συναφθείσας σύμβασης για τους αναφερόμενους στη σκέψη 23 της παρούσας λόγους και συνεκτιμώντας αφενός μεν τη σοβαρότητα της παράβασης της αναθέτουσας αρχής να προβεί στη σύναψη της προσβαλλόμενης σύμβασης παρά την επιβαλλόμενη εκ του νόμου αναστολή και αφετέρου δε την πεπερασμένη χρονική διάρκεια της συναφθείσας σύμβασης, το περιορισμένο οικονομικό αντικείμενο αυτής και την επιτακτική ανάγκη φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων του Πανεπιστημίου, επιτάσσεται, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 370 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, η επιβολή προστίμου σε βάρος της αναθέτουσας αρχής ύψους 1% επί της αξίας της συναφθείσας σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ) η οποία ανέρχεται στα 72.546,92 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ), ήτοι πρόστιμο ύψους 725,47 ευρώ. Το πρόστιμο τούτο η ΑΕΠΠ αποφασίζει υπό το σχηματισμό του παρόντος Κλιμακίου να περιέλθει στην προσφεύγουσα εταιρία.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί κατά τα οριζόμενα στις σκέψεις 18, 20 και 23 ενώ περαιτέρω πρέπει να επιβληθεί στην αναθέτουσα αρχή, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 370 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, πρόστιμο ύψους 1% επί της αξίας της συναφθείσας σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ), ήτοι πρόστιμο ύψους 725,47 ευρώ, το οποίο θα πρέπει να περιέλθει από την αναθέτουσα αρχή στην προσφεύγουσα εταιρία.

27. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...) ποσού 600,00€ πρέπει να καταπέσει.

Αριθμός απόφασης: 940/2018

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται στην ασκηθείσα Παρέμβαση.

Επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή πρόστιμο ύψους 1% επί της αξίας της συναφθείσας σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ), ήτοι πρόστιμο 725,47 Ευρώ, το οποίο πρέπει να περιέλθει από την αναθέτουσα αρχή στην προσφεύγουσα.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 600,00€

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 30 Οκτωβρίου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 06 Νοεμβρίου 2018.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σταυρούλα Κουρή

Μαρία Μανώλογλου