

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 10.01.2019 με την εξής σύνθεση:  
Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και  
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.12.2018 Προδικαστική Προσφυγή με  
Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών  
(ΑΕΠΠ)/1344/17.12.2018 της προσφεύγουσας ατομικής επιχείρησης με την  
επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....».

Κατά του ΙΔΡΥΜΑΤΟΣ ΝΕΟΛΑΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑ ΒΙΟΥ ΜΑΘΗΣΗΣ  
(Ι.ΝΕ.ΔΙ.ΒΙ.Μ.) [εφεξής αναθέτουσα αρχή] και

Της Παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «.....» και τον  
διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη  
Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα  
επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 5933/348/30.11.2018 απόφαση του  
Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο  
της υπ' αριθμ. 621/21/2018 Διακήρυξης, με αντικείμενο τις «Υπηρεσίες φύλαξης  
της Σ.Ε. Πάτρας (CPV: 7971300-5)», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης  
72.000,00€ πλέον ΦΠΑ. Η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της  
Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 621/21/2018 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος, ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με αντικείμενο τις «Υπηρεσίες φύλαξης της Σ.Ε. Πάτρας (CPV: 7971300-5)», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 72.000,00€ πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 09.02.2018 με ΑΔΑΜ:18PROC002647873 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α 54244. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 06.03.2018 και ώρα 17.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 12.03.2018 και ώρα 11.00 π.μ. Στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα: 1) ....., 2) ..... και 3) ..... Κατόπιν έκδοσης της με αριθμό 836/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε στην επαναξιολόγηση των (υπό)φακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ –ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» και στον αποκλεισμό της προσφοράς του οικονομικού φορέα «.....», λόγω λανθασμένης συμπλήρωσης του Τ.Ε.Υ.Δ. Οι Τεχνικές προσφορές των οικονομικών φορέων που παρέμειναν στη διαγωνιστική διαδικασία έλαβαν την εξής βαθμολογία: 1) ..... (114,80 βαθμοί) και 2) ..... (104,05 βαθμοί). Μετά την αποσφράγιση των Οικονομικών προσφορών, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού εξέδωσε το υπ' αριθμ. 3/28.11.2018 Πρακτικό, με το οποίο εισηγήθηκε την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της παρεμβαίνουσας, καθώς ο Τελικός Βαθμός Συνολικής Προσφοράς της παρουσίαζε το μικρότερο λόγο (254,43 έναντι του ΤΒΣΠ της προσφεύγουσας 293,82). Με την υπ' αριθμ. 5933/348/30.11.2018 απόφασή του, το Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε και ενέκρινε: «α) το πρακτικό Νο.3 αξιολόγησης του (υπό) φακέλου «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» της Επιτροπής Διενέργειας Δημόσιου Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με περιγραφή «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΦΥΛΑΞΗΣ ΤΗΣ Σ.Ε. ΠΑΤΡΑΣ», με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη οικονομική προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης

*ποιότητας/τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 68.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. β) Την ανάδειξη της προσφέρουσας “.....” σε προσωρινή ανάδοχο της σύμβασης».*

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 248263170959 0211 0028, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 72.000,00€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά την 26.06.2017.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 03.12.2018. Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 8 (Επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων) της ΥΑ 56902/215/2017 (ΦΕΚ 1924/Β), που ρυθμίζει τις «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)»: «2. Τα σχετικά στοιχεία αποστολής, κοινοποίησης, υποβολής ή ανάρτησης που αποτυπώνονται στις αντίστοιχες οθόνες της διεπαφής του χρήστη, και ειδικότερα ο καταγεγραμμένος χρόνος αυτών, αποτελούν απόδειξη επικοινωνίας και διακίνησης εγγράφων μέσω του Συστήματος. Οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας της προαναφερθείσας κατά περίπτωση αποστολής, κοινοποίησης ή υποβολής και

λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη». Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την ανωτέρω ειδική διάταξη, η άσκηση της Προσφυγής θεωρείται εμπρόθεσμη έως τις 23.59 μ.μ. της καταληκτικής ημερομηνίας.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας και έχει υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την αποδοχή της Οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου, παρά το γεγονός ότι κατά τους ισχυρισμούς της παραβιάζει όρους της Διακήρυξης και διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας.

7. Επειδή, η Παρέμβαση έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την 20.12.2018 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, έλαβε δε ΓΑΚ ΠΑΡ 828/20.12.2018. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στους υπόλοιπους συμμετέχοντες, η οποία έγινε με ηλεκτρονικά μέσα (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 14.12.2018. Η δε παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον, δεδομένου ότι έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης και η υπό κρίση Προσφυγή επιδιώκει τον αποκλεισμό της.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι εσφαλμένη για τον λόγο ότι η Οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας παραβιάζει διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Ειδικότερα κατά την προσφεύγουσα, η προσωρινή ανάδοχος δεν έχει συντάξει τον Τυποποιημένο Πίνακα της Οικονομικής προσφοράς του άρθρου 14 σύμφωνα με τους όρους της ισχύουσας εργατικής νομοθεσίας, καθώς: (α) Στην παρ. 1.1 για το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού για τις πάσης φύσεως νόμιμες μικτές αποδοχές των εργαζομένων αναφέρει το ποσό των 50.014,29047€ και στην παρ. 1.2 για το ύψος των ασφαλιστικών

εργοδοτικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά αναφέρει το ποσό των 12.533,58119€. Άρα συνολικό ποσό για τις άνω παραγράφους 1.1 (50.014,29047€) + 1.2 (12.533,58119€) = 62.547,87€. Όμως λαμβάνοντας υπόψη ότι δυνάμει των δικών της υπολογισμών και αναλύσεων που εμπεριέχονται στην άνω οικονομική της προσφορά, το κόστος της εργατοώρας ανέρχεται σε 6,159 ευρώ/ώρα πλέον των προσαυξήσεων που υπολογίζει η ίδια και είναι 25% για την νυχτερινή απασχόληση και 75% για την ημερήσια απασχόληση Κυριακής & Αργίας & 100% για την νυχτερινή απασχόληση Κυριακής & Αργίας, σύνολο προσαυξήσεων 11.591,58€. Σύμφωνα όμως με τη Διακήρυξη (βλ. άρθρο 14 αριθ. 1 και αριθμός 2 της Διακήρυξης και της τεχνικής περιγραφής της διακήρυξης για τις ώρες και ημέρες απασχόλησης των εργαζομένων στο άνω έργο), ο συγκεκριμένος υπολογισμός για τις άνω παραγράφους του άνω άρθρου, θα έπρεπε να γίνει βάσει του αριθμού των εργαζομένων και λαμβάνοντας υπόψη τις ημέρες και ώρες που απασχολούνται αυτοί, ήτοι: Για 365 ημέρες εργασίας το έτος επί 24 ώρες ημερησίως = 8760 ώρες ετησίως. Άρα ο υπολογισμός της άνω προσφοράς της θα έπρεπε να έχει ως εξής: α) 8760 ώρες επί 6,159 ευρώ (τιμή προσφοράς της άνω εταιρείας) = 53.952,84€ και αυτό το ποσό θα έπρεπε να αναγράφει και όχι το ποσό των 50.014,29047€, που λανθασμένα αναγράφει. Αθροίζοντας τις προσαυξήσεις που η ίδια η παρεμβαίνουσα έχει υπολογίσει (11.591,58€), το ορθό σύνολο των άνω ποσών ανέρχεται στα 65.544,42€ (ήτοι 53.952,84€+11.591,58€) αντί για το λανθασμένο ποσό των 62.547,87€, που υπολογίζει η παρεμβαίνουσα. Το ίδιο αποτέλεσμα προκύπτει και από τον υπολογισμό με μηνιαίες ώρες, ήτοι: α) Για ετήσιες ώρες 8760 ώρες δια 12μήνες = 730 ώρες επί 6,159 ευρώ = 4.496,07€ μήνας επί 12 μήνες = 53.952,84€ ετησίως.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. 625/557/49915/21.12.2018 Απόψεις της απαντά στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ως εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 14 [(υπο)φάκελος οικονομική προσφορά] της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς έπρεπε να συμπληρώσουν τον πίνακα με τις απαιτήσεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013, αναφέροντας α)

τον αριθμό των εργαζομένων, β) τις ημέρες και τις ώρες εργασίας, γ) τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι, δ) το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων και ε) το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. Η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας για εσφαλμένο υπολογισμό των αποδοχών των εργαζομένων, παρά το γεγονός ότι έγινε σύμφωνα με το άρθρο 68, υποδηλώνει ότι η προσφεύγουσα υπονοεί ότι υπάρχει αντίθεση του άρθρου 68 με την εργατική νομοθεσία. Επιπροσθέτως, επικαλείται την υποπαράγραφο ΙΑ.11 του Ν. 4093/2012, σύμφωνα με την οποία: «3. 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 25 ετών το κατώτατο ημερομίσθιο ορίζεται σε 22,83 ευρώ. (γ) i) Ο κατά τα άνω κατώτατος μισθός των υπαλλήλων άνω των 25 ετών προσαυξάνεται με ποσοστό 10% για κάθε τριετία προϋπηρεσίας και έως τρεις τριετίες και συνολικά 30% για προϋπηρεσία 9 ετών και άνω και το κατώτατο ημερομίσθιο των εργατοτεχνιτών άνω των 25 ετών προσαυξάνεται με ποσοστό 5% για κάθε τριετία προϋπηρεσίας και έως έξι τριετίες και συνολικά 30% για προϋπηρεσία 18 ετών και άνω. ii) Ο κατά τα άνω κατώτατος μισθός των υπαλλήλων κάτω των 25 ετών προσαυξάνεται με ποσοστό 10% για μία τριετία προϋπηρεσίας και για προϋπηρεσία 3 ετών και άνω και το κατώτατο ημερομίσθιο των εργατοτεχνιτών κάτω των 25 ετών προσαυξάνεται με ποσοστό 5% για κάθε τριετία προϋπηρεσίας και έως δύο τριετίες και συνολικά 10% για προϋπηρεσία 6 και άνω ετών». Επισημαίνει επίσης την απαίτηση του άρθρου 14 της Διακήρυξης, οι πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές και οι ασφαλιστικές εισφορές, να αφορούν εργαζόμενους άνω των 25 ετών με τριετή τουλάχιστον

προϋπηρεσία, καθώς και τον καθορισμό του ωραρίου στο Παράρτημα Α (σημείο ΣΤ), ως εξής: «Ωράριο εργασίας: Άτομο ένα (1) από 07:00 έως 15:00 (πρωινή φύλαξη), Άτομο ένα (1) από 15:00 έως 23:00 (απογευματινή φύλαξη) και Άτομο ένα (1) από 23:00 έως 07:00 (νυχτερινή φύλαξη). Η φύλαξη θα πραγματοποιείται στην μονάδα επτά (7) ημέρες την βδομάδα καθώς και όλες τις αργίες». Κατά την αναθέτουσα αρχή, το προσωπικό φύλαξης (φύλακες) λογίζονται ως υπάλληλοι και σε καμία περίπτωση δε μπορούν να θεωρηθούν εργατοτεχνίτες. Οπότε οι αποδοχές πρέπει να καταβάλλονται με τη μορφή μισθού και όχι ωρομισθίου. Στη συγκεκριμένη περίπτωση ο υπολογισμός των αποδοχών πρέπει να γίνει στη βάση μισθού ύψους 586,08 € προσαυξημένου σε ποσοστό 10%, ήτοι τελικού ποσού 644,69 €. Βάσει των απαιτήσεων απασχόλησης της Διακήρυξης απαιτείται να απασχοληθούν για την εκτέλεση της σύμβασης 4,2 υπάλληλοι κι αυτό γιατί: 7 ημέρες X 24 ώρες = 168 ώρες εβδομαδιαία. Πλήρης απασχόληση υπαλλήλου την εβδομάδα: 40 ώρες. 168 ώρες / 40 ώρες = 4,2 φύλακες. Η αναθέτουσα αρχή καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η παρεμβαίνουσα υπολόγισε ορθά τις πάσης φύσεως αποδοχές του προσωπικού (μηνιαία μισθοδοσία, δώρα εορτών, επίδομα αδείας, αντικαταστάτες αδειών, άδειες αντικαταστατών) πλην της απασχόλησης νυχτερινών και εξαιρέσιμων ημερών, βάσει 4,2 υπαλλήλων (φυλάκων) με μηνιαίο μισθό 644,69 €. Αναφέρει επίσης ότι ο υπολογισμός της προσφεύγουσας με συντελεστές υπολογισμού τις ώρες εκτέλεσης της σύμβασης και ωρομισθίου είναι εντελώς αυθαίρετος και δε βασίζεται σε καμία διάταξη της κείμενης νομοθεσίας. Αντίθετα, το κόστος ωρομισθίου (3,87 €) που αναγράφει η παρεμβαίνουσα στην προσφορά της είναι απολύτως σωστό (644,69 μισθός/25 ημερομίσθια/6,67 ώρες + αναλογίες δώρου Πάσχα, δώρου Χριστουγέννων, επιδόματος αδείας, αποζημιώσεις αδείας, εργοδοτικών εισφορών) και πρέπει να χρησιμοποιηθεί ως βάση υπολογισμού μόνο για τις ώρες εργασίας που επιβάλλουν προσαύξηση αποδοχών, δεδομένου ότι η Διακήρυξη απαιτεί απασχόληση προσωπικού κατά τις νυχτερινές ώρες και κατά τις Κυριακές και επίσημες αργίες. Ως νυχτερινή εργασία ορίζεται η απασχόληση μεταξύ των ωρών 22.00 έως 06.00. Οι εργαζόμενοι που εργάζονται κατά τις

νυχτερινές ώρες δικαιούνται προσαύξηση 25% επί του νόμιμου ημερομίσθιου για τις ώρες που εργάσθηκαν (Κ.Υ.Α. 18310/1946 & Κ.Υ.Α. 25825/1951). Οι εργαζόμενοι που εργάζονται κατά τις Κυριακές και επίσημες Αργίες δικαιούνται προσαύξηση 75% επί του νόμιμου ημερομίσθιου για τις ώρες που εργάσθηκαν (Κ.Υ.Α. 18310/1946 & Κ.Υ.Α. 25825/1951). Ο μηνιαίος μισθός αντιστοιχεί σε εικοσιπέντε εργάσιμες ημέρες (Α.Π. 1741/1984) και για το λόγο αυτό ο ασφαλιστικός φορέας καταλογίζει 25 ασφαλιστικά ημερομίσθια ανά μήνα εργασίας στους αμειβόμενους με μηνιαίο μισθό. Αντίστοιχα για την αναγωγή σε ημερομίσθιο του μισθωτού οφείλουμε να διαιρέσουμε το ημερομίσθιο (1/25 του μισθού) με 6,67 ώρες εργασίας την ημέρα καθώς οι 40 ώρες εργασίας την εβδομάδα κατά την πάγια πρακτική λογίζονται ότι εκτελούνται σε 6 εργάσιμες ημέρες κι αυτό γιατί το Σάββατο είναι εργάσιμη.

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τις διατάξεις του Ν. 4093/2012 και του άρθρου 38 του Ν. 1892/1990, απαντά στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ως εξής: *«Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη στη θεωρία και τη νομολογία, οι αποδοχές των εργαζομένων που αμείβονται με μισθό, ανταποκρίνονται στις εργάσιμες ημέρες κάθε μήνα, οι οποίες κατά τεκμήριο λογίζονται ως 25. Επομένως για να βρεθεί ο ημερήσιος μισθός τους διαιρούμε το μηνιαίο μισθό με τον αριθμό 25 (ορ. Κων Λαναράς Νομοθεσία Εργατική και Ασφαλιστική έκδοση 2018 σελ. 666). Ακολουθώντας, οι αποδοχές των εργαζομένων με σύμβαση ή σχέση εργασίας μερικής απασχόλησης Με βάση τις ανωτέρω διατάξεις, αν προβλέπεται μηνιαίος μισθός για τον πλήρως απασχολούμενο «συγκρίσιμο» εργαζόμενο και για τον μερικώς απασχολούμενο πρέπει να υπολογισθεί μηνιαίος μισθός κατ' αντιστοιχία με τις ώρες εργασίας της μερικής απασχόλησης. Κατά συνέπεια ο τρόπος αμοιβής του μερικώς απασχολούμενου δεν μεταβάλλεται π.χ. από αμοιβή με μισθό σε αμοιβή με ημερομίσθιο και εφόσον για το «συγκρίσιμο εργαζόμενο με πλήρη απασχόληση» προβλέπεται να αμείβεται με μηνιαίο μισθό, με μηνιαίο μισθό θα αμείβεται και ο μερικώς απασχολούμενος (ορ. Έγγραφο Υπουργείου Εργασίας 36311/840/5.11.2013)».* Στην προκειμένη περίπτωση, δεδομένου ότι η ειδικότητα «φύλακας ασφαλείας», που θα απασχοληθεί στο έργο, είναι



«υπάλληλος» και όχι «εργατοτεχνίτης», η παρεμβαίνουσα υπολόγισε την Οικονομική της προσφορά βάσει μηνιαίου μισθού και όχι βάσει ημερομισθίου. Συγκεκριμένα, δεδομένου ότι πρόσθετη απαίτηση της Διακήρυξης ήταν το προσωπικό να είναι άνω των 25 ετών και με μία συμπληρωμένη τριετία προϋπηρεσίας υπολόγισε ως βασικό μικτό μηνιαίο μισθό το ποσό 586,08 προσαυξημένο κατά 10% (1 τριετία), ήτοι υπολόγισε συνολικά ως βασικό μικτό μηνιαίο μισθό το ποσό των 644,69 ευρώ. Το ωρομίσθιο, το οποίο προκύπτει από τον ως άνω μισθό ανέρχεται στο ποσό των 3,87 ευρώ και υπολογίζεται από τη σχέση 644,69 ευρώ δια 166,67 ώρες μηνιαίας απασχόλησης (με νόμιμη απασχόληση 40 ώρες την εβδομάδα). Το ωρομίσθιο αυτό δεν χρησιμοποιείται γενικά για τον υπολογισμό των αποδοχών, αλλά αποτελεί τη βάση επί της οποίας γίνονται οι νόμιμες προσαυξήσεις πλέον του βασικού μισθού για τυχόν νυχτερινή απασχόληση και απασχόληση σε ημέρα Κυριακή ή Αργία. Σε καμία περίπτωση δεν υπολογίζεται η αμοιβή ενός υπαλλήλου βάσει ωρομισθίου ή ημερομισθίου. Δηλαδή ο υπάλληλος πλήρους απασχόλησης 40 ωρών την εβδομάδα θα λάβει τον ίδιο μισθό όσες εργάσιμες ημέρες και αν έχει ο ημερολογιακός μήνας, είτε η απασχόλησή του είναι με καθεστώς εξαήμερης εργασίας την εβδομάδα, είτε με καθεστώς πενθήμερης εργασίας. Δεδομένου μάλιστα ότι η Διακήρυξη ζητούσε στη 2η Παρατήρηση της σελίδας 30, να αναλύεται το εργατικό κόστος ως προς τον τρόπο υπολογισμού και να μην υπολείπεται του νόμιμου εργατικού κόστους, η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι, για την πλήρωση του ως άνω όρου κατέθεσε με την Οικονομική της προσφορά Πίνακα 4 σελίδων με τίτλο αρχείου «ΤΡΟΠΟΣ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ ΚΟΣΤΟΛΟΓΙΟΥ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ». Από τη μελέτη του Πίνακα αυτού προκύπτει με απόλυτη σαφήνεια και βεβαιότητα η ορθότητα, πληρότητα και νομιμότητα της οικονομικής της προσφοράς. Όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ατομικής επιχείρησης ότι η παρεμβαίνουσα υπολογίζει το κόστος εργατοώρας (χωρίς νόμιμες προσαυξήσεις νύχτας Κυριακής και Αργίας) σε 6,159 ευρώ και το σύνολο των προσαυξήσεων σε 11.591,58 ευρώ, η παρεμβαίνουσα τον χαρακτηρίζει αβάσιμο και αναληθή. Το μοναδικό κόστος εργατοώρας (ωρομίσθιο) που αναφέρει στην Οικονομική της προσφορά και συγκεκριμένα

στον Πίνακα είναι το ποσό των 3,87 ευρώ, το οποίο αποτελεί τη βάση επί της οποίας υπολογίσθηκαν όλες οι νόμιμες προσαυξήσεις, πλέον του βασικού μισθού, για νυχτερινή απασχόληση και απασχόληση σε ημέρα Κυριακή ή Αργία. Επιπρόσθετα, από τον ίδιο Πίνακα προκύπτει ότι ως συνολικό μηνιαίο κόστος νομίμων προσαυξήσεων για τις παραπάνω αιτίες και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, ως προς τη συνολική διάρκεια του έργου και ειδικότερα τις μέρες και ώρες απασχόλησης, έχει υπολογισθεί στο συνολικό ποσό των 566,03 ευρώ (ήτοι νύχτα Δευτέρα έως Παρασκευή ποσό 165,68 ευρώ + νύχτα Σάββατο ποσό 32,88 ευρώ + Κυριακή και Αργία ποσό 220,48 ευρώ + νύχτα Κυριακή και Αργία ποσό 146,99 ευρώ) και άρα για 12 μήνες το ποσό των 6.792,36 ευρώ. Όσον αφορά το ποσό των 6,16 ευρώ που αναφέρεται από την προσφεύγουσα ως κόστος ώρας σε έναν πίνακα της Οικονομικής της προσφοράς, όπου εννοεί πιθανώς ότι αυτό είναι το κόστος ώρας, αφού έχουν συμπεριληφθεί τα κόστη των δώρων, επιδομάτων, αδειών και εργοδοτικών εισφορών. Σε κάθε περίπτωση αυτό το νούμερο από καμία διάταξη της εργατικής νομοθεσίας δεν προκύπτει ότι πρέπει να πολλαπλασιαστεί με τον αριθμό ωρών εργασίας, ώστε να προκύψουν οι αποδοχές που θα λάβει ένας υπάλληλος. Η προσφεύγουσα έχει υπολογίσει εσφαλμένα την Οικονομική της προσφορά, με αποτέλεσμα να καταστεί ακριβότερη, αφού ενώ ορθά αρχικά έλαβε ως βάση υπολογισμού της οικονομικής προσφοράς της το σωστό μηνιαίο μιστό για υπάλληλο άνω των 25 ετών με προϋπηρεσία 3 ετών, ποσού 644,69€. Η προσφεύγουσα, για τον υπολογισμό της οικονομικής της προσφοράς, εφάρμοσε ανεπίτρεπτα και παράνομα συνδυαστικά εν μέρει τις διατάξεις που ισχύουν για τους υπαλλήλους και εν μέρει τις διατάξεις που ισχύουν για τους εργατοτεχνίτες. Ωστόσο η παρεμβαίνουσα ουδέποτε προσέβαλε την Οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, για τον λόγο ότι, όπως αναφέρει στην Παρέμβασή της, ήταν υψηλότερη από τη δική της και δεν θα είχε έννομο συμφέρον να το πράξει.

11. 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.

12. Επειδή, στο άρθρο 95 (Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «[...] 5. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: α) η τιμή του προς προμήθεια υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης, β) στις περιπτώσεις των παραγράφων 9 και 10 του άρθρου 53, όταν από τα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται αναπροσαρμογή τιμών, τότε η οικονομική προσφορά υποβάλλεται υποχρεωτικά σε ποσοστό έκπτωσης επί της τιμής της εκτιμώμενης αξίας του υλικού ή της παροχής υπηρεσίας [...]».

13. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή

συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

14. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 68 (Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών του Ν. 3863/2010 προβλέπεται 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 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».

15. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 14 της Διακήρυξης [(Υπο) φάκελος Οικονομική Προσφορά] προβλέπεται ότι: «Ο ( υπο ) φάκελος θα περιέχει επί ποινή αποκλεισμού συμπληρωμένο, όπως παρατίθεται, χωρίς αλλαγές τον παρακάτω πίνακα ανάλυσης κόστους:

1) Αριθμός των εργαζομένων:	
-----------------------------	--

**Αριθμός απόφασης: 95/2019**

2) Ημέρες και ώρες εργασίας:		
3) Συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι (ΕΠΙΣΥΝΑΠΤΕΤΑΙ αντίγραφο της στο τέλος):		
<b>ΕΠΙΜΕΡΙΣΜΟΣ ΣΥΝΟΛΙΚΗΣ ΔΑΠΑΝΗΣ</b>		
	ΑΡΙΘΜΗΤΙΚΩΣ	ΟΛΟΓΡΑΦΩΣ
1.1 Ύψος του προϋπολογισμένου ποσού (Συνολικά) που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες μικτές αποδοχές των εργαζομένων:		
1.2 Ύψος των ασφαλιστικών εργοδοτικών εισφορών (Συνολικά) με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά:		
1.3 Διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών:		
1.4 Αναλώσιμα:		
1.5 Εργολαβικό κέρδος:		
ΣΥΝΟΛΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΜΗ ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΟΥ ΦΠΑ		
ΣΥΝΟΛΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΟΥ ΦΠΑ		

Σε περίπτωση που υπάρχει διαφορά μεταξύ των δύο αναγραφών, υπερισχύει η τιμή που έχει αναγραφεί ολογράφως. Σε περίπτωση που αναγράφεται εσφαλμένος Φ.Π.Α, αυτός διορθώνεται από την υπηρεσία. Οι προσφορές στις οποίες δεν προκύπτουν με σαφήνεια οι προσφερόμενες τιμές ή συνολική τιμή απορρίπτονται. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις. Η Οικονομική Προσφορά θα αφορά την παροχή υπηρεσιών για ένα ημερολογιακό έτος. Σε περίπτωση άσκησης του δικαιώματος προαίρεσης για παράταση ενός έτους από την Αναθέτουσα Αρχή, ισχύει η ίδια Οικονομική Προσφορά. ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ: 1. Η επιτροπή δύναται να αναζητήσει από τους υποψήφιους συμμετέχοντες, εφόσον το κρίνει απαραίτητο, να στοιχειοθετήσουν και υποβάλουν αναλυτικά τη σύνταξη της οικονομικής τους προσφοράς σε ότι αφορά την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας. 2. Το εργατικό κόστος θα αναλύεται ως προς τον τρόπο υπολογισμού του και δεν πρέπει να υπολείπεται του ελάχιστου προβλεπόμενου νόμιμου κόστους, βάσει της ισχύουσας Εθνικής Γενικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας και Εργατικής Νομοθεσίας κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού. Προσφορά που δεν έχει υπολογιστεί σύμφωνα με το προαναφερόμενο της παρούσης παραγράφου δε λαμβάνεται υπόψη και δεν αξιολογείται. 3. Σύμφωνα με το Άρθρο 68 του Ν. 3863 (ΦΕΚ 115 Α΄) «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών»: Όταν 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, αναθέτουν ή προκηρύσσουν διαγωνισμό για παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης, οφείλουν να ζητούν από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία 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. Σημείωση : Οι πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές και οι ασφαλιστικές εισφορές, θα αφορούν εργαζόμενους άνω των 25 ετών με τριετή

τουλάχιστον προϋπηρεσία. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης (εργολάβοι) πρέπει, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Επιπροσθέτως, οφείλουν να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι. Στην περίπτωση, όπου το καθεστώς των συλλογικών συμβάσεων εργασίας έχει μεταβληθεί, θα πρέπει να επισυναφθούν τα ισοδύναμα έγγραφα.

- Στην παρούσα διακήρυξη, η Αναθέτουσα Αρχή (Ι.ΝΕ.ΔΙ.ΒΙ.Μ.), ως εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους των παρεχόμενων υπηρεσιών φύλαξης, ορίζει τουλάχιστον με 2% (δύο τοις εκατό), του προϋπολογισμού του έργου μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και ο υποψήφιος ανάδοχος – επί ποινή απορρίψεως – δεν μπορεί να συνυπολογίσει ποσοστό μικρότερο αυτού. - Το κόστος των Αναλωσίμων Υλικών των παρεχόμενων υπηρεσιών φύλαξης δε δύναται να υπολείπεται κάτω του 2% (δύο τοις εκατό) του προϋπολογισμού του έργου μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και ο υποψήφιος ανάδοχος – επί ποινή απορρίψεως – δεν μπορεί να συνυπολογίσει ποσοστό μικρότερο αυτού. - Το εργολαβικό κέρδος θεωρείται εύλογο, ως ποσοστό 4% (τέσσερα τοις εκατό) της συνολικής Οικονομικής Προσφοράς μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ του Προσφέροντα και – επί ποινή απορρίψεως – δεν μπορεί να συνυπολογίσει ποσοστό μικρότερο αυτού. - Σε περίπτωση που η επιτροπή αξιολόγησης κρίνει ότι η οικονομική προσφορά ενός διαγωνιζόμενου είναι υπερβολικά χαμηλή, της δίδεται το δικαίωμα να ζητήσει εγγράφως διευκρινήσεις που να τεκμηριώνουν τον τρόπο υπολογισμού της οικονομικής προσφοράς, το ύψος του συνολικού ποσού και να κρίνει αν αυτές είναι επαρκείς για την αιτιολόγηση της προσφοράς. - Στο κόστος υπολογισμού να ληφθεί υπόψη τα νέα ποσοστά ασφαλιστικών εισφορών, τυχόν έκτακτες λοιπές εισφορές [...] - Οι παραπάνω όροι αποσκοπούν στην αναλυτική περιγραφή του κόστους παροχής των υπηρεσιών, ούτως ώστε να καθίσταται ελέγξιμο το ύψος της οικονομικής προσφοράς σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης».

16. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός 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 και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

17. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. 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 (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

18. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζομένων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).



19. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή, η προσφεύγουσα ατομική επιχείρηση ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα έχει υπολογίσει εσφαλμένα τις μικτές αποδοχές των εργαζομένων και συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι, λαμβάνοντας ως βάση το ωρομίσθιο ύψους 6,159€ και πολλαπλασιάζοντας αυτό με τις ώρες εργασίας ετησίως ( $365 \times 24 = 8.760$ ), προκύπτει γινόμενο ίσο με 53.952,84€. Αθροίζοντας σε αυτό τις προσαυξήσεις ύψους 11.591,58€, προκύπτει το συνολικό ποσό των 65.544,42€, ενώ η παρεμβαίνουσα το έχει υπολογίσει σε 62.547,87€. Ωστόσο, από την επισκόπηση της ηλεκτρονικής Οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι, όπως άλλωστε αναφέρει και η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της και η προσωρινή ανάδοχος στην Παρέμβασή της, έχει υπολογίσει τις μικτές αποδοχές των εργαζομένων λαμβάνοντας ως βάση όχι το ωρομίσθιο, αλλά τον βασικό μικτό μισθό των 644,69€. Το ωρομίσθιο, το οποίο προκύπτει από τον μισθό αυτό ( $644,69 / 166,67$ ) και το οποίο χρησιμεύει μόνο στον υπολογισμό των προσαυξήσεων, ανέρχεται στο ποσό των 3,87€. Σημειώνεται ότι η παρεμβαίνουσα στην προσφορά της δεν αναφέρει το επικαλούμενο από την προσφεύγουσα ωρομίσθιο των 6,159€, ούτε υπολογίζει προσαυξήσεις ύψους 11.591,58€, όπως εσφαλμένα προβάλλει η προσφεύγουσα. Λαμβάνοντας ως βάση τον βασικό μικτό μηνιαίο μισθό των 644,69€, προσθέτοντας μηνιαία κάλυψη αδείας, άδεια αντικαταστάτη, επιδόματα Πάσχα, Χριστουγέννων και αδείας καθώς και προσαυξήσεις λόγω νυχτερινής απασχόλησης σε καθημερινή, ημερήσια απασχόλησης σε αργία και νυχτερινής απασχόλησης σε αργία, το εργατικό κόστος ανέρχεται στο ποσό των 50.014,29047€. Προσθέτοντας και τις εργοδοτικές εισφορές ύψους 12.533,581179€, το συνολικό εργατικό κόστος ανέρχεται στο ποσό των 62.547,87€. Από τα προαναφερόμενα προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα έχει υπολογίσει ορθά το εργατικό κόστος και έχει αναλύσει τα ποσά στην Οικονομική της προσφορά με τη μέγιστη δυνατή ακρίβεια. Σημειώνεται ότι ο βασικός μικτός μισθός των 644,69€ προκύπτει από την υπ' αριθμ. 6/28.02.2012 Πράξη Υπουργικού Συμβουλίου και αφορούν σε εργαζόμενους άνω των 25 ετών και με 3-6 έτη προϋπηρεσία, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Κατά συνέπεια, και παρόλο που η προσφεύγουσα

ατομική επιχείρηση δεν το προβάλλει ευθέως αλλά εμμέσως, το μόνο που μένει να εξεταστεί είναι κατά πόσο ήταν ορθή η κρίση της αναθέτουσας αρχής να δεχτεί ως βάση υπολογισμού του εργατικού κόστους τον μηνιαίο μισθό (644,69€), αντί για το ωρομίσθιο. Επ' αυτού θα πρέπει να σημειωθεί αφενός ότι στη Διακήρυξη και τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις ουδέποτε προσδιορίστηκε η βάση υπολογισμού του εργατικού κόστους και αφετέρου ότι η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της αναφέρει ρητά ότι: «Το προσωπικό φύλαξης (φύλακες) λογίζονται ως υπάλληλοι και σε καμία περίπτωση δεν μπορούν να θεωρηθούν εργατοτεχνίτες. Οπότε οι αποδοχές πρέπει να καταβάλλονται με τη μορφή μισθού και όχι ωρομισθίου». Δεδομένου ότι το ζήτημα δεν επιλύεται εκ των διατάξεων του νόμου, έχει κριθεί νομολογιακά ότι κριτήριο για τον χαρακτηρισμό του εργαζομένου ως υπαλλήλου ή εργατοτεχνίτη είναι κατά πόσο κατά την άσκηση των καθηκόντων του υπερέχει η πνευματική ή η σωματική εργασία αντίστοιχα. Επί παραδείγματι, στις αποφάσεις ΕφΛαρ 30/2010 και ΜΠρωτΘες 8598/1993 κρίθηκε ότι ο φύλακας, και όταν ακόμη παρακολουθεί την προσέλευση ή αποχώρηση προσώπων και σημειώνει τα συμβάντα κατά τη διάρκεια της βάρδιάς του, ασκεί εργασία προεχόντως σωματική. Αντιθέτως, στην απόφαση ΔΕφΑθ 260/2014 αναφέρεται ότι η αναθέτουσα αρχή κατά τον προσδιορισμό του ελάχιστου εργατικού κόστους στην οικονομοτεχνική μελέτη της έλαβε ως βάση υπολογισμού των αποδοχών του προσωπικού φύλαξης τον μηνιαίο μισθό. Στην απόφαση ΑΠ 1266/2017 αναφέρεται σχετικά ότι: «[...] η διάκριση του μισθωτού ως εργάτη ή υπαλλήλου εξαρτάται από το είδος της παρεχόμενης εργασίας και όχι από τον περιεχόμενο στη σύμβαση χαρακτηρισμό αυτού ή τον τρόπο της αμοιβής του. Εργασία δε εργάτη θεωρείται εκείνη που προέρχεται αποκλειστικά ή κατά κύριο λόγο από την καταβολή σωματικής ενέργειας, ενώ όταν η εργασία είναι προϊόν πνευματικής καταβολής, τότε και εφόσον ο εργαζόμενος έχει την κατάρτιση και εμπειρία που απαιτείται γι' αυτήν και την εκτελεί με υπευθυνότητα, θεωρείται εργασία υπαλλήλου και εκείνοι που την ασκούν ανήκουν στην κατηγορία των ιδιωτικών υπαλλήλων. Έτσι, για τον χαρακτηρισμό προσώπου ως υπαλλήλου, απαιτείται και εξειδικευμένη εμπειρία, θεωρητική μόρφωση και ιδίως η ανάπτυξη

πρωτοβουλίας και ανάληψη ευθύνης κατά την εκτέλεση της εργασίας, διότι μόνο όταν συντρέχουν αυτά τα στοιχεία κατά την εκτέλεση της εργασίας το πνευματικό στοιχείο υπερτερεί του σωματικού. Ειδικότερα, για τον χαρακτηρισμό ως ιδιωτικών υπαλλήλων των απασχολούμενων στη βιομηχανική παραγωγή, δεν αρκεί η άσκηση στο χειρισμό και στη ρύθμιση των μηχανικών μέσων με τα οποία, λόγω της αλματώδους τεχνολογικής προόδου, αναπληρώνεται η καταβολή μυϊκής δύναμης, αλλά απαιτείται εξειδικασμένη εμπειρία και ιδίως η ανάπτυξη πρωτοβουλίας και ανάληψη ευθύνης κατά την εκτέλεση της εργασίας, διότι μόνο όταν συντρέχουν αυτά τα στοιχεία κατά την εκτέλεση της εργασίας, το πνευματικό στοιχείο υπερτερεί του σωματικού (ΑΠ 1405/2014, 90/2009) [...]». Θα πρέπει να σημειωθεί ότι στο Παράρτημα Α της Διακήρυξης, όπου εξειδικεύονται οι Τεχνικές προδιαγραφές της υπό ανάθεση σύμβασης, στη μεν περιγραφή καθηκόντων των εργαζομένων περιλαμβάνονται και εργασίες που δεν προσιδιάζουν στη σωματική εργασία και επιπροσθέτως προϋποθέτουν αυξημένη εγρήγορση (χρήση ασυρμάτου επικοινωνίας και ανιχνευτή μετάλλων, ενημέρωση βιβλίου συμβάντων, έλεγχος κάθε διαρροής, υπερχειλίσης, θραύσης, ενημέρωση για τα εφημερεύοντα νοσοκομεία και φαρμακεία, γνώση και χρήση διακοπών και πινάκων φωτισμού χαμηλής τάσης και ύδρευσης, γνώση δικτύων πυροπροστασίας και, σε περίπτωση ανάγκης, χρήση πυροσβεστικών μέσων), στα δε Προσόντα προβλέπεται ότι οι φύλακες πρέπει να είναι απόφοιτοι Μέσης Εκπαίδευσης και προαιρετικά να γνωρίζουν την αγγλική γλώσσα. Υπό τις παρούσες συνθήκες και λαμβάνοντας υπόψη αφενός ότι η αναθέτουσα αρχή χαρακτήρισε ρητά στις Απόψεις της τους εργαζόμενους φύλακες ως υπαλλήλους και αφετέρου ότι με την υπό κρίση Προσφυγή δεν προσβάλλονται όροι της Διακήρυξης, ώστε να εξεταστεί περαιτέρω η σαφήνεια ή η νομιμότητά τους, προκύπτει ότι η Οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν θα μπορούσε να έχει αποκλεισθεί για τον λόγο ότι έλαβε ως βάση υπολογισμού τον μισθό του υπαλλήλου και όχι το ωρομίσθιο του εργατοτεχνίτη. Ως εκ τούτου, ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος, δεκτών γενομένων των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

20. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη και η ασκηθείσα Παρέμβαση να γίνει δεκτή.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού 600,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 600,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10.01.2019 και εκδόθηκε στις 28.01.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κουρή Σταυρούλα**

**Νικολαΐδου Ανθούλα**