

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 16 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Μέλος.

Για να εξετάσει: α) την από 6.04.2023 προδικαστική προσφυγή, με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 498/07.04.2023 του οικονομικού φορέα «...», με διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα, (εφεξής «α' προσφεύγων»).

β) την από 07.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 502/07.04.2023 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα, (εφεξής «β' προσφεύγων»).

Κατά του ΝΠΔΔ με την επωνυμία «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή) .

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα, (εφεξής α' παρεμβαίνων).

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής β' παρεμβαίνων).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο α' προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος: α) έγιναν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων 1. «...», 2. «...», 3.«...», 4. «...», 5. «...», 6. «...» για τα τμήματα 11-15 του οικείου διαγωνισμού, β) δεν διαγνώστηκε η συνδρομή επάλληλων λόγων απόρριψης των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...» για τα ίδια τμήματα και γ) κατακυρώθηκε ο εν θέματι διαγωνισμός για το τμήμα 11 στην εταιρεία «...» και για τα τμήματα 12-15 στην εταιρεία «...».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο β' προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έγιναν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «1. ...», 2. «...» και 3. «...».

Με την παρέμβασή του ο α' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας α' προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του και αναδείχθηκε ανάδοχος για το τμήμα 11 του οικείου διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή του ο β' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη αμφοτέρων των ασκηθεισών προσφυγών και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης κατά το σκέλος αυτής

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της α' προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.260,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...). Περαιτέρω, για την άσκηση της β' προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 651,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Επειδή, με την αριθμ. πρωτ. .../2022 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός, διεθνής, άνω των ορίων, ηλεκτρονικός δημόσιος μειοδοτικός διαγωνισμός, για την ανάδειξη αναδόχου ή αναδόχων υπηρεσιών καθαριότητας για τις ανάγκες των υπηρεσιών της ..., που εδρεύουν σε ..., ..., ..., ..., ..., ... και για τους Συνοριακούς Σταθμούς χωρικής αρμοδιότητας της ... καθώς και προμήθειας ειδών καθαριότητος και ευπρεπισμού της ... για τα έτη 2023 και 2024, προϋπολογισμού τριακοσίων ογδόντα ενός χιλιάδων πεντακοσίων είκοσι ενός ευρώ και εννέα λεπτών (381.521,09€), χωρίς Φ.Π.Α. 24%, ή τετρακοσίων εβδομήντα τριών χιλιάδων ογδόντα έξι ευρώ και δεκαπέντε λεπτών (473.086,15€) με ΦΠΑ 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών θεσπίστηκε η 16.11.2022, και ως ημερομηνία ανοίγματος των δικαιολογητικών η 22/11/2022, σύμφωνα με το υπ' αριθμ. .../11.10.2022 έγγραφο διευκρινίσεων έγγραφο του ασκούντα καθήκοντα συντονιστή ΑΠ.Δ-ΗΠ-Δ.Μ. της αναθέτουσας αρχής. Στον εν λόγω διαγωνισμό υπήρχε η δυνατότητα για υποβολή προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα (ανά ομάδα υπηρεσιών).

Συναφώς εκτός των προσφευγουσών εταιρειών, συμμετείχαν στον οικείο διαγωνισμό επίσης οι ακόλουθοι οικονομικοί φορείς: 1. «...» για τα τμήματα 1 έως 15. 2. «...» για τα τμήματα 11 έως 15. 3. «...» για τα τμήματα 11 έως 15. 4. «...» για τα τμήματα 1 και 7. 5. «...» για τα τμήματα 1 έως 16. 6. «...» για το τμήμα 12. 7. «...» για τα τμήματα 1 έως 15. 8. «...» για τα τμήματα 8,10. 9. «...» για τα τμήματα 8,9,10,11,12,14,15. 10. «...» για τα τμήματα 1 έως 7. 11. «...» για τα τμήματα 11 έως 15. 3.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρίστηκε στο Κεντρικό Μητρώο

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

Δημοσίων Συμβάσεων στις 14-10-2022 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή αμφότερες οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές ασκήθηκαν εμπρόθεσμα στις 06-04-2023 και 07-04-2023 αντιστοίχως, λαμβανομένου υπόψη του χρόνου κοινοποίησης της προσβαλλόμενης στους α' και β' προσφεύγοντες στις 28-03-2023, διά της ανάρτησής της στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Επίσης, αμφότερες οι προσφυγές ασκήθηκαν με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκαν στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 362 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν για τα τμήματα 11-15, εννέα οικονομικοί φορείς, ήτοι: 1. η α' προσφεύγουσα εταιρεία, 2. η εταιρεία «...» για τα τμήματα 1 έως 15 3. Η εταιρεία «...» για τα τμήματα 11 έως 15. 4. Η εταιρεία «...» για τα τμήματα 11 έως 15, 5. Η εταιρεία «...» για τα τμήματα 1 έως 16, 6. ο οικονομικός φορέας «...» για το τμήμα 12, 7.Ο οικονομικός φορέας «...» για τα τμήματα 1 έως 15, 8.ο οικονομικός φορέας «...» για τα τμήματα 9,11,14,15 και 9. Ο οικονομικός φορέας «...» για τα τμήματα 8,9,10,11,12,14,15.3. Με το πρακτικό 1 (διακ..../2022)/..., η επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των τεχνικών προσφορών όλων των συμμετεχόντων και την αποστολή στην επιτροπή της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 από την αναθέτουσα αρχή σχεδίων αποφάσεων για την αποδοχή ή μη των επανορθωτικών μέτρων των εταιρειών «...» για τα τμήματα 1 έως 15 και «...». Με το υπ' αρ. πρακτικό 2/(διακ..../2022)/12-01-2023 η επιτροπή εισηγήθηκε: Α) Την αποδοχή των υπο-φάκελων «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» των κάτωθι οικονομικών φορέων: 1. «...» για τα τμήματα 1 έως 15. 2. «...» για τα τμήματα 11 έως 15. 3. «...» για τα τμήματα 11 έως 15. 4. «...» για τα τμήματα 1 έως 16. 5. «...» για το τμήμα 12. 6.«...» για τα τμήματα 1 έως 15. 7. «...» για τα τμήματα 9,11,14,15. 8. «...» για τα τμήματα 8,9,10,11,12,14,15 και 9. «...» για τα τμήματα 11 έως 15. Γ) Τη συνέχιση της διαδικασίας κατακύρωσης του διαγωνισμού στο επόμενο στάδιο (υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης). Με την υπ' αριθμ. .../08.03.2023 απόφαση του συντονιστή της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε: Α) η έγκριση, στο σύνολό τους, των με αριθμ. 1 (διακ. .../2022)/10-01-2023 συνέχεια του από 29-12-2022, το 2/ (διακ..../2022)/12-01-2023 και το 3/ (διακ..../2022) 07-03-2023 πρακτικών της επιτροπής διαγωνισμού. Β) Η αποδοχή όλων των

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

προσφορών, δεδομένου ότι όλες ήταν εμπρόθεσμες. Γ) Η αποδοχή των υπο - φάκελων «Δικαιολογητικά συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά των οικονομικών φορέων: 1. «...» για τα τμήματα 11 έως 15. 2. «...» για τα τμήματα 1 έως 16. 3.«...» για το τμήμα 12. 4.«...» για τα τμήματα 1 έως 15. 5. «...» για τα τμήματα 9,11,14,15. 6. «...» για τα τμήματα 8,9,10,11,12,14,15. 7. «...» για τα τμήματα 11 έως 15. Δ) Η απόρριψη των υποφακέλων «Δικαιολογητικά συμμετοχής -Τεχνική Προσφορά του οικονομικού φορέα :1. «...» για τα τμήματα 1 έως 15, σύμφωνα με την αριθμ. Γνωμ.9Ε/2023 της Επιτροπής της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/20162. «...» για τα τμήματα 11 έως 15, σύμφωνα με την αριθμ. Γνωμ. 9Δ/2023 της Επιτροπής της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Ε) Η αποδοχή των υπο-φάκελων «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» των κάτωθι οικονομικών φορέων: 1. «...» για τα τμήματα 11 έως 15. 2. «...» για τα τμήματα 1 έως 16. 3.«...» για το τμήμα 12. 4. «...» για τα τμήματα 1 έως 15. 5. «...» για τα τμήματα 9,11,14,15. 6. «...» για τα τμήματα 8,9,10,11,12,14,15. 7. «...» για τα τμήματα 11 έως 15. Ζ) Η συνέχιση της διαδικασίας κατακύρωσης του διαγωνισμού στο επόμενο στάδιο (υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης). Ακολούθως, με την υπ' αριθμ. .../28.03.2023 απόφαση του συντονιστή της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε αφενός η έγκριση στο σύνολο του με αριθμ. 4 (διακ..../2022)/24-03-2023 πρακτικού της επιτροπής διαγωνισμού, και η στους κάτωθι οικονομικούς φορείς: Τμήμα 11«...», για 64.369,00 € χωρίς ΦΠΑ. Τμήμα 12 «...» για 25.399,99€ χωρίς ΦΠΑ. Τμήμα 13 «...» για 19.599,91€ χωρίς ΦΠΑ. Τμήμα 14 «... ...» για 58.299,88€ χωρίς ΦΠΑ. Τμήμα 15 «...» για 58.299,88 € χωρίς ΦΠΑ. Συνεπώς, ο α' προσφεύγων, ο οποίος κατετάγη, τέταρτος σε σειρά μειοδοσίας ως προς το τμήμα 11, πέμπτος ως προς το τμήμα 12, τέταρτος ως προς το τμήμα 13, πέμπτος ως προς το τμήμα 14 και πέμπτος ως προς το τμήμα 15, με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά των υπολοίπων συμμετεχόντων, επικαλούμενος ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη αποδοχή αυτών και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως προσωρινού αναδόχου. Ειδικότερα, ως προς τις εταιρείες «...» και «...», ο α' προσφεύγων στρέφεται κατ' αυτών απαραδέκτως, δεδομένου ότι οι εν λόγω εταιρείες έχοντας αποκλεισθεί από τον διαγωνισμό κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα και μη έχοντας οι τελευταίες ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά του αποκλεισμού τους, θεωρούνται ως οριστικώς αποκλεισθείσες από τον οικείο διαγωνισμό. Περαιτέρω, ο β' προσφεύγων, ο οποίος κατατάχθηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας για τα τμήματα 14 και 15, με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά του ανακηρυχθέντος για τα εν λόγω τμήματα ως προσωρινού αναδόχου οικονομικού φορέα και κατά του τρίτου και τέταρτου κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα, επικαλούμενος ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη αποδοχή αυτών.

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε αμφότερες τις προσφυγές προς όλους τους ενδιαφερόμενους στις 07-04-2023.

8. Επειδή, ο α΄ παρεμβαίνων στις 12-04-2023 άσκησε νόμιμα, εμπρόθεσμα, έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον, παρέμβασή του για την απόρριψη της ασκηθείσας α΄ προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης κατά το σκέλος αυτής που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του. Επίσης, ο β΄ παρεμβαίνων άσκησε νόμιμα, εμπρόθεσμα στις 13/4/2023 έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον, παρέμβασή του για την απόρριψη αμφότερων των ασκηθεισών προσφυγών και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης κατά το σκέλος αυτής που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 13-04-2023 απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. οικ. .../13-4-2023 απόψεις της, τις οποίες αυθημερόν κοινοποίησε σε αμφοτέρους τους προσφεύγοντες.

10. Επειδή, ο α΄ προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής του προσφυγής βάλλει κατά της προσβαλλόμενης καθ' ό μέρος έκανε δεκτές τις προσφορές των 1. «...», 2. «...» και 3. «...», οι οποίες κατά τους ισχυρισμούς τυγχάνουν απαράδεκτες ως υποκοστολογημένες και άρα είναι απορριπτέες, λόγω εσφαλμένου υπολογισμού του νόμιμου εργατικού κόστους. Ειδικότερα, ισχυρίζεται πως οι προαναφερθείσες προσφορές είναι απαράδεκτες καθόσον δεν έχουν συμπεριλάβει το εργατικό κόστος που αντιστοιχεί στην παροχή των υπηρεσιών κατά την 29^η Φεβρουαρίου 2024. Δεδομένου ότι το εν λόγω έτος τυγχάνει δίσεκτο και η οικεία διακήρυξη προβλέπει ότι η ισχύς των συμβάσεων που θα συναφθούν θα ξεκινούν από την υπογραφή τους και σε καμία περίπτωση πριν την 1^η Φεβρουαρίου 2023 και ως και την 31^η Δεκεμβρίου 2024, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς όφειλαν να έχουν δηλώσει στην προσφορά τους 394 ημέρες εργασίας για κάθε συνοριακό σταθμό για τους χειμερινούς μήνες, ως έπραξε και η ίδια και όχι 393 ημέρες, ως έπραξαν οι πρώτες.

11. Επειδή, το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 προβλέπει 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

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

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». Επίσης, στη διακήρυξη του εν θέματι διαγωνισμού προβλέπεται ρητά (σελ. 7 και 15) ότι: «Η ισχύς των συμβάσεων που θα συναφθούν θα ξεκινούν από την υπογραφή τους και σε καμία περίπτωση πριν την 1η Φεβρουαρίου 2023 και η διάρκειά τους θα είναι έως τις 31 Δεκεμβρίου 2024». Ομοίως στη διάταξη 6.2.1. της διακήρυξης (σελ. 60) επαναλαμβάνεται ρητά ότι: «Η ισχύς των συμβάσεων που θα συναφθούν θα ξεκινούν από την υπογραφής τους και σε καμία περίπτωση πριν την 1η Φεβρουαρίου 2023 και ως και την 31η Δεκεμβρίου 2024».

12. Επειδή, από τις προαναφερόμενες νομοθετικές διατάξεις και τους σχετικούς όρους της διακήρυξης συνάγεται 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 την ισχύουσα νομοθεσία και την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 313/2015, 441/2014, 328,198, 187/2013 κ.ά.). Περαιτέρω, απορρίπτεται ως απαράδεκτη προσφορά που παραβιάζει τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Εν προκειμένω, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς, ως ορθώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δεν υπολόγισαν στην προσφορά τους το σύνολο των ημερών εργασίας που θα έπρεπε να δηλωθεί επί ποινή απόρριψης της προσφοράς τους, ήτοι 394 ημέρες, όπως έχει δηλώσει τόσο η ίδια η προσφεύγουσα στην σχετική της οικονομική προσφορά αλλά και λοιποί συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς όπως ο «...» και ο «...», αλλά αντιθέτως δήλωσαν στις οικονομικές τους προσφορές 393 ημέρες, με αποτέλεσμα οι τελευταίες να μην καλύπτουν το ελάχιστο εργατικό κόστος. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά των οικονομικών φορέων 1. «...», για το τμήμα 11 (Συνοριακός Σταθμός ...) και για το τμήμα 15 (Συνοριακός Σταθμός ...) και 2. «...» για το τμήμα 11 (Συνοριακός Σταθμός ...), για το τμήμα 12 (Συνοριακός Σταθμός ...), για το τμήμα 13 (Συνοριακός Σταθμός ...), για το τμήμα 14 (Συνοριακός Σταθμός ...), και για το τμήμα 15 (Συνοριακός Σταθμός ...) και 3. «...» για το τμήμα 11 (Συνοριακός Σταθμός ...), για το Τμήμα 12 (Συνοριακός

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

Σταθμός ...), για το τμήμα 13 (Συνοριακός Σταθμός ...), για το τμήμα 14 (Συνοριακός Σταθμός ...) και για το τμήμα 15 (Συνοριακός Σταθμός ...) του διαγωνισμού και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του έτερου λόγου της προσφυγής περί πλημμελειών της προσφοράς των εν λόγω διαγωνιζόμενων. Πάρα ταύτα κατά την εξέταση του εν λόγω ισχυρισμού επί της ουσίας του, λεκτέα τα κάτωθι:

Με τον δεύτερο λόγο της πρώτης προδικαστικής προσφυγής και τον πρώτο λόγο της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής αμφότερες οι προσφεύγουσες προβάλλουν ότι η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» είναι απορριπτέα, διότι η τελευταία δεν έχει υπολογίσει το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών, σύμφωνα τις ισχύουσες κατά το χρόνο υποβολής της προφοράς της διατάξεις, με αποτέλεσμα να παραβιάζει την ισχύουσα κατά τον κρίσιμο χρόνο κοινωνικοασφαλιστική νομοθεσία και να υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους για την εκτέλεση της σύμβασης. Ειδικότερα, προβάλλεται ότι η «...» έχει καταρτίσει την προσφορά της με βάση τα μειωμένα ποσοστά ασφαλιστικών εισφορών του άρθρου 31 του ν. 4756/2020, για όλο το χρονικό διάστημα της σύμβασης, το οποίο εκτείνεται στα έτη 2023-2024, αντί για τα ποσοστά που επρόκειτο να επανισχύσουν μετά την λήξη ισχύος της προαναφερθείσας διάταξης στις 31/12/2022. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την α' προσφυγή ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει υπολογίσει για το τμήμα 11 (Συνοριακός Σταθμός ...) τις αντίστοιχες ασφαλιστικές εισφορές με ποσοστό 22,92%, για το τμήμα 12 (Συνοριακός Σταθμός ...) με ποσοστό 23,08%, για το τμήμα 13 (Συνοριακός Σταθμός ...) με ποσοστό 23,23%, για το τμήμα 14 (Συνοριακός Σταθμός ...) με ποσοστό 22,92% και για το τμήμα 15 (Συνοριακός Σταθμός ...) με ποσοστό 22,94% και όχι με το ορθό ποσοστό 24,56%. Αντιστοίχως, ο οικονομικός φορέας «....» έχει υπολογίσει τις εν λόγω ασφαλιστικές εισφορές, αφαιρουμένου του ποσού που αντιστοιχεί στον ΕΛΠΚ ύψους 120€, με ποσοστό 22,77% και όχι με το ορθό ποσοστό 24,56%.

14. Επειδή το άρθρο 97 του νόμου 4387/2016 ορίζει για το ποσοστό της επικουρικής ασφάλισης τα εξής: «1. Από 1.6.2016 και μέχρι τις 31.5.2019, το ποσό της μηνιαίας εισφοράς για την επικουρική ασφάλιση στο Ε.Τ.Ε.Α. όλων των μισθωτών, ασφαλισμένων πριν και μετά την 1.1.1993, υπολογίζεται σε ποσοστό 3,5% για τον ασφαλισμένο και σε ποσοστό 3,5% για τον εργοδότη επί των ασφαλιστέων αποδοχών του εργαζομένου, όπως προσδιορίζονται στο άρθρο 38. Από 1.6.2019 και μέχρι την 31.5.2022, το ποσό της μηνιαίας εισφοράς στο Ε.Τ.Ε.Α. όλων των μισθωτών, ασφαλισμένων πριν και μετά την 1.1.1993, υπολογίζεται σε ποσοστό 3,25% για τον ασφαλισμένο και σε ποσοστό 3,25% για τον εργοδότη επί των ασφαλιστέων

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

αποδοχών του εργαζομένου, όπως προσδιορίζονται στο άρθρο 38. Μετά το πέρας της εξαετίας, το ποσοστό της μηνιαίας εισφοράς επανέρχεται στο ύψος που ίσχυε κατά τις 31.12.2015.». Αρα, από 1-6-2022 και εφεξής το ποσοστό επικουρικής ασφάλισης μειώνεται κατά 0,50% και διαμορφώνεται από 6,50% (3,25 % στις εργοδοτικές εισφορές + 3,25 % στις εργατικές εισφορές) στο 6% (3% στις εργοδοτικές εισφορές + 3 % στις εργατικές εισφορές). Συνεπώς, οι ανωτέρω αναφερόμενες εργατικές και εργοδοτικές εισφορές, μειώνονται κατά ποσοστό 0,25% αντίστοιχα και άρα διαμορφώνονται ως εξής: Από 01.06.2022 και έως 31.12.2022: 1. Οι ασφαλιστικές εισφορές του εργοδότη για κωδικό 101 (μικτά) αντιστοιχούν σε 22,29% και οι ασφαλιστικές εισφορές του εργοδότη για κωδικό 3129(μικτά) αντιστοιχούν σε 22,77 %. 2. Οι ασφαλιστικές εισφορές του εργοδότη για κωδικό 105 (βαρέα) αντιστοιχούν σε 24,44% για πλήρως απασχολούμενους εργαζόμενους και για κωδικό 3133(βαρέα) αντιστοιχούν σε 24,92% μερική απασχόληση άνω των 30 ωρών. Από 01.01.2023: 1. Οι ασφαλιστικές εισφορές του εργοδότη για κωδικό 101 (μικτά) αντιστοιχούν σε 24,08% και για κωδικό 3129(μικτά) (εργαζόμενοι μερικής απασχόλησης) αντιστοιχούν σε 24,56% 2. Οι ασφαλιστικές εισφορές του εργοδότη για κωδικό 105 (βαρέα) αντιστοιχούν σε 26,23% για πλήρη απασχολούμενους εργαζόμενους και για κωδικό 3133(βαρέα) αντιστοιχούν σε 26,71% μερική απασχόληση άνω των 30 ωρών».

15. Επειδή, εν προκειμένω, στα άρθρα της διακήρυξης του εν θέματι διαγωνισμού προβλέπεται ρητά πως η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται από 01.02.2023 έως 31.12.2024 και ως καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών θεσπίστηκε η 16.11.2022, και ως ημερομηνία ανοίγματος των δικαιολογητικών η 22/11/2022 σύμφωνα με το υπ' αρ. .../11.10.2022 έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής και άρα όλη σύμβαση εκτείνεται χρονικά στο έτος 2023 και 2024. Κατά συνέπεια, οι διαγωνιζόμενοι σε καμία περίπτωση δεν μπορούσαν να υπολογίσουν τα μειωμένα ποσοστά εισφορών του Ν. 4756/2020, τα οποία κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής προσφορών (16.11.2022) είχαν ισχύ μόνο έως 31.12.2022.

Σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις της διακήρυξης, όπως διευκρινίστηκαν με το προαναφερθέν έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, κατά την κρίσιμη από πλευράς ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (16/11/2022), πριν την οποία υποβλήθηκαν και οι προσφορές των διαγωνιζομένων, βρισκόταν σε ισχύ η ρύθμιση του άρθρου 31 του ν. 4756/2020, σύμφωνα με την οποία οι ασφαλιστικές εισφορές των μισθωτών εργαζομένων μειώθηκαν κατά τρεις (3) ποσοστιαίες μονάδες από το ύψος που είχε διαμορφωθεί την 1η.6.2020. Η διάρκεια της παραπάνω ρύθμισης του άρθρου 31 του ν. 4756/2020 προβλεπόταν εξ αρχής ως περιορισμένης χρονικής ισχύος και είχε παραταθεί έως τις 31/12/2022 με το άρθρο 81 του ν. 4826/2021.

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

Όπως παγίως έχει κριθεί (βλ. ΔΕφΑθ 157/2023, 155/2023, 1720/2022, 999/2022, 2117/2021, 430/2021, ΔΕφΘεσ/νίκης 114/2023, 357/2022, 215/2022, 218/2021 κ.α.), κατά την έννοια της παραπάνω διάταξης, οι περί μειωμένων ασφαλιστικών εισφορών ρυθμίσεις είχαν σαφώς προσδιορισμένη χρονική ισχύ έως 31.12.2022, μετά την πάροδο της οποίας επανερχόταν αυτοδικαίως το προηγούμενο ασφαλιστικό καθεστώς, οι δε οικονομικοί φορείς που συμμετείχαν στον προκείμενο διαγωνισμό όφειλαν καταρχήν να γνωρίζουν και να εφαρμόζουν σωστά την παραπάνω διάταξη σε συνδυασμό με τις προϊσχύουσες και τις λοιπές κοινωνικοασφαλιστικές ρυθμίσεις και να διαμορφώσουν αναλόγως τις οικονομικές τους προσφορές, υπολογίζοντας τις αναλογούσες ασφαλιστικές εισφορές με βάση τα υψηλότερα ποσοστά που προβλέπονται από τις διατάξεις των άρθρων 48 του ν. 4670/2020 και 97 του ν. 4387/2016 που ίσχυαν πριν τη θέση σε ισχύ του άρθρου 31 του ν. 4756/2020, η εφαρμογή του οποίου δεν καταλάμβανε κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών το σύνολο της διάρκειας της προκείμενης σύμβασης, που, σε κάθε περίπτωση, θα εκτεινόταν οπωσδήποτε και στο έτος 2023. Ακόμη και με δεδομένη πλέον την παγίωση των μειωμένων ποσοστών ασφαλιστικών εισφορών, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 ν. 4997/2022 (ΦΕΚ Α' 219/25.11.2022) που τέθηκε σε ισχύ στις 25/11/2022, κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών στον προκείμενο διαγωνισμό ίσχυε η διάταξη περί μείωσης των εισφορών μόνο έως τις 31/12/2022. Επομένως, προκειμένου οι οικονομικές προσφορές να είναι συγκρίσιμες, οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να τις διαμορφώσουν βάσει των ισχυουσών κατά την κατάρτιση και υποβολή τους διατάξεων, και όχι βάσει της αβέβαιης κατά τον χρόνο εκείνο πιθανότητας εκ νέου μείωσης των ασφαλιστικών εισφορών (πρβλ. ΕΑΔΗΣΥ 591,592/2023 σκ. 15-22 και 284/2022, σκ. 42).

Στην υπό κρίση υπόθεση, όπως βάσιμα ισχυρίζονται αμφότερες οι προσφεύγουσες, προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η εταιρεία «...» διαμόρφωσε την οικονομική προσφορά της υπολογίζοντας το ύψος των αναλογουσών ασφαλιστικών εισφορών με βάση τους μειωμένους συντελεστές, κατ' εφαρμογή της - προσωρινού χαρακτήρα και μη ισχύουσας αναφορικά με τον χρόνο εκτέλεσης της ένδικης σύμβασης - ρύθμισης του άρθρου 31 του ν. 4745/2020. Συγκεκριμένα, στην οικονομική πρόσφορα της εταιρείας «...» παρατίθενται τα ωράρια απασχόλησης των εργαζομένων. Ειδικότερα, από τα όσα δηλώνει καθίσταται σαφές ότι οι εργαζόμενοι θα απασχολούνται σε 4ώρες βάρδιες (εργαζόμενοι μερικής απασχόλησης). Εφόσον, λοιπόν, πρόκειται για καθαριστές/ριες που θα απασχολούνται με 4ωρο, θα υπάγονται αναγκαστικά σε ασφαλιστικές εισφορές του εργοδότη για κωδικό 3129 (μικτά) (εργαζόμενοι μερικής απασχόλησης) που αντιστοιχούν σε 24,56%. Επομένως, με βάση τις ως άνω διατάξεις της ασφαλιστικής νομοθεσίας, οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να υπολογίσουν τις εισφορές με βάση τα ακόλουθα ποσοστά: -Ποσοστό 24,56% από

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

01/01/2023 και μετά κατά το κρίσιμο διάστημα κατάθεσης προσφορών(16/11/2022). Αντίθετα, η εταιρεία «....» υπολόγισε εσφαλμένα τις ασφαλιστικές εισφορές με ποσοστό μικρότερο κατά πολύ του νόμιμου για όλο το χρονικό διάστημα της σύμβασης δηλαδή για διάστημα που αφορούσε το 2023-2024 και κατά συνέπεια να υπολείπεται των νόμιμων αποδεκτών εργοδοτικών εισφορών και στους δυο «ΣΥΝΟΡΙΑΚΟΥΣ ΣΤΑΘΜΟΥΣ ... ΚΑΙ ...». Σύμφωνα με την πρόσφορα της εταιρείας δήλωσε πάσης φύσεως αποδοχές 42.609,55€ και εργοδοτικές εισφορές 9.778,19€ δηλαδή ποσοστό $9.778,19\text{€}/42.609,55\text{€} \approx 22,95\%$ που υπολείπεται κατά πολύ του ορθού και νόμιμου κατά την κατάθεση των προσφορών της εταιρείας (16/11/2022) 24,56% που έπρεπε να υπολογίσει. Με τον τρόπο όμως αυτό η «....» παραβίασε τους ισχύοντες κοινωνικοασφαλιστικούς κανόνες, υπολογίζοντας ασφαλιστικές εισφορές κατώτερες των νομίμων, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης, όπως διευκρινίστηκαν με το έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτ. .../11.10.2022, καθώς και των αντίστοιχων άρθρων 18 παρ. 2 και 95 παρ. 5 α' του Ν. 4412/2016. Η πλημμέλεια αυτή συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς της και, ως εκ τούτου ο προκείμενος λόγος που προβάλλεται από αμφοτέρες τις προσφεύγουσες πρέπει να γίνει δεκτός και να αποκλεισθεί η προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα, κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής.

Ομοίως, ως προς τον οικονομικό «...», κατά του οποίου στρέφεται για τον ίδιο λόγο η α' προσφεύγουσα, ο τελευταίος οικονομικός φορέας, ως ορθώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, έχει υπολογίσει για το τμήμα 12 (Συνοριακός σταθμός ...) τις εργοδοτικές εισφορές της με τα μειωμένα ποσοστά του ν. 4756/2020 και δη με ποσοστό 22,77% (και όχι με το ορθό 24,56%). Και τούτο διότι από το αρχείο της οικονομικής του προσφοράς προκύπτει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει δηλώσει ως ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζόμενων το ποσό των 18.741,63€ και ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά (2) το ποσό των 4.392,67€, στο οποίο ποσό όμως περιλαμβάνεται και το ποσό των 120 € που αντιστοιχεί στο ποσό υπέρ ΕΛΚΠ. Αφαιρουμένου δε του τελευταίου ποσού από το ποσό των ασφαλιστικών εισφορών ($4.392,67 - 120 = 4.272,67$ €), προκύπτει ότι το ποσοστό υπολογισμού των ασφαλιστικών εισφορών είναι πράγματι μειωμένο δεδομένου ότι όπως προκύπτει από τον υπολογισμό $4272,67/18741,63 = 0,2277 \cdot 100$, το ποσοστό που έχει υπολογισθεί με την εν λόγω οικονομική προσφορά για τις ασφαλιστικές εισφορές ανέρχεται σε 22,77%. Εν όψει των ανωτέρω η σχετική πλημμέλεια συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» για το τμήμα 12 (Συνοριακός Σταθμός ...) και, ως εκ τούτου ο προκείμενος λόγος πρέπει να γίνει δεκτός και να αποκλεισθεί η προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα για το εν λόγω τμήμα, κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής.

16. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της α΄ προσφυγής και τον δεύτερο λόγο της β΄ προσφυγής, αμφότερες οι προσφεύγουσες βάλλουν κατά της προσβαλλόμενης, καθ' ό μέρος έκανε δεκτές τις προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...», παρά το γεγονός ότι στις τελευταίες δεν είχε υπολογισθεί σωστά η παρακράτηση φόρου 8% και για το λόγο αυτό θα έπρεπε να απορριφθούν. Ειδικότερα ισχυρίζονται οι προσφεύγουσες ότι εσφαλμένως η παρακράτηση φόρου 8% δεν υπολογίσθηκε επί της καθαρής αξίας της τιμής της προσφοράς προ ΦΠΑ αφαιρουμένων των κρατήσεων.

17. Επειδή, το άρθρο 95 παρ. 5 περ. α΄ του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας αγαθών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: [...] η τιμή του προς προμήθεια αγαθού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, καθώς και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης». Το άρθρο 2.1.3 της διακήρυξης ορίζει ότι: «Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά το αργότερο επτά (7) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και απαντώνται αντίστοιχα, στο πλαίσιο της παρούσας, στη σχετική ηλεκτρονική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία είναι προσβάσιμη μέσω της Διαδικτυακής πύλης(www.promitheus.gov.gr). Αιτήματα παροχής συμπληρωματικών πληροφοριών - διευκρινίσεων υποβάλλονται από εγγεγραμμένους στο σύστημα οικονομικούς φορείς, δηλαδή από εκείνους που διαθέτουν σχετικά διαπιστευτήρια που τους έχουν χορηγηθεί (όνομα χρήστη και κωδικό πρόσβασης) και απαραίτητα το ηλεκτρονικό αρχείο με το κείμενο των ερωτημάτων είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο. Αιτήματα παροχής διευκρινίσεων που είτε υποβάλλονται με άλλο τρόπο είτε το ηλεκτρονικό αρχείο που τα συνοδεύει δεν είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο, δεν εξετάζονται. Η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα, δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο έξι (6) ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών, β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της παράτασης θα είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών ή των αλλαγών. Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, η παράταση της προθεσμίας εναπόκειται στη

διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής. Τροποποίηση των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας (πχ αλλαγή/μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών καθώς και σημαντικές αλλαγές των εγγράφων της σύμβασης, σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο) δημοσιεύεται στην ΕΕΕΕ (με το τυποποιημένο έντυπο «Διορθωτικό»21) και στο ΚΗΜΔΗΣ».

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 64 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν.4172/2013), προβλέπεται ότι: «2. Οι φορείς γενικής κυβέρνησης «εκτός από τις κεφαλαιουχικές εταιρείες» κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από «φυσικά ή νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, να παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως:... γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών». Επιπλέον, στην υπ' αριθ. 1120/25.4.2014 ΠΟΛ. της Διεύθυνσης Φορολογίας Εισοδήματος(Δ12) του Υπουργείου Οικονομικών, αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι: «... ο παρακρατούμενος φόρος εισοδήματος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών, ήτοι στην αξία που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των τυχόν κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου, του Μ.Τ.Π.Υ. και λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, οι οποίες βαρύνουν το φυσικό ή νομικό πρόσωπο που λαμβάνει την αμοιβή, εφόσον η επιβολή τους προβλέπεται με νόμο και είναι υποχρεωτική η καταβολή αυτών». Επίσης, στη διακήρυξη ορίζεται ότι: «5.1.2. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση 0,10% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (αρ. 7 του Ν. 4912/21 όπως ισχύει). β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών (παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016). Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού.»

19. Επειδή, περαιτέρω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ..../10-11-2022 έγγραφο του ασκούντα καθήκοντα συντονιστή ΑΠ.Δ-ΗΠ-Δ.Μ., ..., προέβη σε διευκρίνιση σχετικά με τον υπολογισμό

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

της οικονομικής προσφοράς. Η διευκρίνιση γνωστοποιήθηκε αυθημερόν στους ενδιαφερόμενους με ανάρτηση στην αρχική σελίδα του ΕΣΗΔΗΣ και με αποστολή διά του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού. Με τα δεδομένα αυτά, η εν λόγω διευκρίνιση, χωρήσασα κατά τον κατά τα ανωτέρω προβλεπόμενο νόμιμο τρόπο, συνιστάμενο στην ανάρτησή της ηλεκτρονικά στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ και στην κοινοποίησή της σε όλους τους ενδιαφερόμενους, και μη αμφισβητηθείσα από οποιονδήποτε από τους διαγωνιζόμενους, εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και ως εκ τούτου παρήγαγε δεσμευτικά αποτελέσματα τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους μετέχοντες στον διαγωνισμό, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής (ΔΕφΘες 72/2020). Ειδικότερα, με το ως άνω έγγραφο η αναθέτουσα αρχή διευκρίνισε ότι «η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος αξίας 8% γίνεται από την αρμόδια οικονομική υπηρεσία. Σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να υπολογίζεται από τους οικονομικούς φορείς στην υποβολή της προσφοράς τους ανεξάρτητα αν στο κλείσιμο του οικονομικού έτους συμψηφίζεται από την αρμόδια ΔΟΥ». Από τη ρητή διατύπωση της εν λόγω δεσμευτικής διευκρίνισης προκύπτει η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη από αυτούς τιμή όχι μόνον τις κρατήσεις υπέρ τρίτων, αλλά και το ποσοστό 8% παρακράτησης φόρου εισοδήματος που προβλέπεται από το άρθρο 64 του ν. 4172/2013 (ΔΕφΑθ 714/2021). Επίσης, για την θέσπιση της ως άνω υποχρέωσης δεν ήταν αναγκαίο να περιληφθεί στο υπόδειγμα του πίνακα οικονομικής προσφοράς, που εμπεριέχεται στο Παράρτημα IV της διακήρυξης, ειδικό πεδίο προς συμπλήρωση ή ειδική μνεία για το ως άνω ποσοστό 8% (adhocΔΕφΑθ1821/2021)[...]. Περαιτέρω, «εφόσον από το περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει, ότι σε αυτή δεν είχε συνυπολογιστεί η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% που θα βαρύνει τις πληρωμές, σε περίπτωση που αυτή καταστεί ανάδοχος του επίδικου διαγωνισμού, η οικονομική προσφορά της, μη συμπεριλαμβάνουσα την ανωτέρω επιβάρυνση, είναι απορριπτέα, ως παρεκκλίνουσα από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του ενδίκου διαγωνισμού. Άλλωστε, η φύση της ως άνω παρακράτησης, ως φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, δεν αναιρεί την υποχρέωση του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό να συμπεριλάβει τη συγκεκριμένη επιβάρυνση στην οικονομική προσφορά του, και, επομένως, είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι και οι περαιτέρω ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας περί κατ' ουσίαν μη εννοιολογικής ταύτισης των λοιπών κρατήσεων με την παρακράτηση φόρου 8%, η οποία συμψηφίζεται με το φόρο που αναλογεί στο συνολικό εισόδημα του αναδόχου και περί επιβάρυνσης της αναθέτουσας αρχής με την φορολογική υποχρέωση του αναδόχου, όταν η παρακράτηση φόρου περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά.», (βλ. αρ. 124/2023

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά και αρ. 2175/2022 απόφαση Διοικητικού Εφετείου Αθηνών), ενώ «Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της διακήρυξης συνάγεται η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων κάθε άλλη επιβάρυνση, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και το ποσοστό 8% παρακράτησης φόρου εισοδήματος της παρ. 2 του άρθρου 64 του ν. 4172/2013. Τούτο προκύπτει ευθέως από το άρθρο 2.4.4 της διακήρυξης, το οποίο προβλέπει ρητώς ότι η προσφορά των συμμετεχόντων θα πρέπει να περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, την επίμαχη παρακράτηση, αλλά και από το σχετικό Υπόδειγμα του Παραρτήματος Β', όπου στο προς συμπλήρωση πεδίο με α/α 10, που αφορά τις νόμιμες υπέρ του Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, ορίζεται ρητώς ότι σε αυτές (κρατήσεις) περιλαμβάνεται και η παρακράτηση φόρου εισοδήματος σε ποσοστό 8%. Εκ τούτων παρέπεται ότι η μη συμπερίληψη στην οικονομική προσφορά της εν λόγω παρακράτησης, άγει στον αποκλεισμό του υποψηφίου από την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Η συνέπεια αυτή απαγγέλλεται, άλλωστε, και ρητώς από τη διάταξη της περ. α' του άρθρου 2.4.6 της διακήρυξης, στην οποία ορίζεται ότι προσφορά, που δεν υποβάλλεται με τον τρόπο και το περιεχόμενο που ορίζεται στο άρθρο 2.4.4, απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Κατά συνέπεια, τα προβαλλόμενα με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης αίτησης, με τον οποίο πλήττεται ως πλημμελώς αιτιολογημένη η εξεταζόμενη κρίση της προσβαλλόμενης απόφασης, δεν πιθανολογούνται σοβαρώς ως βάσιμα και πρέπει να απορριφθούν. Ειδικότερα, ο ισχυρισμός της αιτούσας ότι το ποσοστό φόρου 8%, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του τιμολογίου, δεν συνιστά κράτηση υπέρ Δημοσίου ή τρίτων ούτε επιβάρυνση του αναδόχου, ώστε να προκύπτει υποχρέωση ρητού επιπρόσθετου υπολογισμού του στην οικονομική προσφορά είναι απορριπτέος, δεδομένου ότι η σχετική υποχρέωση συμπερίληψης αυτού στην προσφερόμενη τιμή προβλέπεται, εν πάση περιπτώσει, και δη επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, από ρητή διάταξη της διακήρυξης, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, καθ' ο δε μέρος πλήττεται ευθέως ο σχετικός όρος της διακήρυξης, ο υπό κρίση λόγος είναι απορριπτέος ως ανεπικαίρως προβαλλόμενος, δεδομένου ότι η αιτούσα δεν προβάλλει ούτε άλλωστε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι είχε διατυπώσει επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα του ως άνω όρου ή ότι είχε στραφεί κατ' αυτού με την υποβολή της κατ' άρθρο 372 του ν. 4412/2016 προδικαστικής προσφυγής και, εν συνεχεία, με την άσκηση σχετικής αίτησης αναστολής» (βλ απόφαση 198/2021 του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών).

20. Επειδή, από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, προκύπτει ότι ο β' παρεμβαίνων «...» και ο οικονομικός φορέας «...» συμπεριέλαβαν μεν στην οικονομική τους προσφορά τη δαπάνη που αντιστοιχεί στην κατά τα άνω παρακράτηση φόρου

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

εισοδήματος ποσοστού 8%, πλην όμως амφότεροι οι εν λόγω οικονομικοί φορείς την υπολόγισαν εσφαλμένα. Ειδικότερα, ο β' παρεμβαίνων για το τμήμα 11 του διαγωνισμού (Συνοριακός σταθμός ...) στην σειρά με αριθμό «(7) Κρατήσεις υπέρ τρίτων» του εντύπου της οικονομικής του προσφοράς δήλωσε το ποσό των 5.103,46€ και στην σειρά «σύνολο (3)+(4)+(5)+(6)+(7) χωρίς φπα» το ποσό των 67.926,11€, για το τμήμα 12 του διαγωνισμού (Συνοριακός σταθμός ...) στη σειρά «(7) Κρατήσεις υπέρ τρίτων» το ποσό των 1961,08€ και στη σειρά «σύνολο (3)+(4)+(5)+(6)+(7) χωρίς ΦΠΑ» το ποσό των 26.101,62€, για το τμήμα 14 του διαγωνισμού (Συνοριακός σταθμός ...) στην σειρά με αριθμό «(7) Κρατήσεις υπέρ τρίτων» της οικονομικής του προσφοράς δήλωσε το ποσό των 4.401,73€ και στη σειρά «σύνολο (3)+(4)+(5)+(6)+(7) χωρίς φπα» το ποσό των 58.586,21€ και για το τμήμα 15 του Διαγωνισμού (Συνοριακός σταθμός ...) στην σειρά με αριθμό «(7) Κρατήσεις υπέρ τρίτων» της οικονομικής του προσφοράς δήλωσε το ποσό των 4.401,73€ και στη σειρά «σύνολο (3)+(4)+(5)+(6)+(7) χωρίς φπα» το ποσό των 58.586,21€. Πλην όμως, οι εν λόγω κρατήσεις έχουν υπολογισθεί λανθασμένα καθόσον αυτές θα πρέπει να υπολογίζονται επί της καθαρής αξίας της τιμής της προσφοράς προ ΦΠΑ αφαιρουμένων των κρατήσεων. Ως εκ τούτου για το τμήμα 11 οι κρατήσεις ανέρχονται στο ποσό των $67.926,11 - 5.103,46 = 62.822,65$ € $62.822,65 \cdot 0,12432\% = 78,10$ €. Η παρακράτηση φόρου 8% πρέπει να υπολογισθεί στο συνολικό δηλωθέν άνευ ΦΠΑ αφαιρουμένων των κρατήσεων, ήτοι ανέρχεται στο ποσό των $62.822,65 - 78,10 = 62.744,55$ € $62.744,55 \cdot 8\% = 5.019$ €. Επομένως το σύνολο των κρατήσεων που θα έπρεπε να δηλωθεί στην σειρά «7 Κρατήσεις υπέρ τρίτων» για το τμήμα 11 είναι $78,10 + 5.019 = 5.097,10$ € και όχι το ποσό των 5.103,46€ που εσφαλμένως έχει δηλώσει ο β' παρεμβαίνων. Ως εκ τούτου, ο πίνακας που αναφέρεται στην σελ 43 της πρώτης προσφυγής, στον οποίο παρατίθενται οι υπολογισμοί της πρώτης προσφεύγουσας για την παρακράτηση φόρου δεν ευσταθεί καθόσον οι σχετικοί υπολογισμοί έχουν γίνει με βάση υπολογισμού τη γραμμή του σχετικού πίνακα «σύνολο (3)+(4)+(5)+(6)+(7) χωρίς φπα,» χωρίς όμως από το αντίστοιχο ποσό να αφαιρούνται οι συνολικές κρατήσεις, με αποτέλεσμα οι τελευταίες να έχουν υπολογισθεί επί της ουσίας δύο φορές, ενώ επίσης δεν ευσταθούν και οι αντίστοιχοι υπολογισμοί που αναφέρονται στην δεύτερη παρέμβαση, καθόσον ναι μεν σε αυτούς έχει χρησιμοποιηθεί η σωστή βάση υπολογισμού (ήτοι το ποσό των 62.822,65 € που προκύπτει από το συνολικό δηλωθέν ποσό χωρίς φπα, αφαιρουμένων των κρατήσεων) πλην όμως η παρακράτηση φόρου 8% δεν έχει υπολογισθεί στο καθαρό ποσό, ήτοι στο ποσό αφαιρουμένων πρώτα των κρατήσεων 78,10€ και ως εκ τούτου οι σχετικοί υπολογισμοί είναι εσφαλμένοι. Με βάση τα διαλαμβανόμενα ανωτέρω, ο σχετικός λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος, πλην όμως δεν θα πρέπει να οδηγήσει σε άνευ ετέρου αποκλεισμό του β'

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

παρεμβαίνοντας, καθόσον οι δηλωθείσες κρατήσεις στην οικονομική του προσφορά (5.103,46 €) είναι μεγαλύτερες από τις πραγματικές που θα έπρεπε να δηλωθούν (5.097,10€) και ως εκ τούτου η προσφορά του δεν τυγχάνει υποκοστολογημένη. Το αυτό ισχύει και για τα υπόλοιπα τμήματα του διαγωνισμού, που δηλώνει ο β' παρεμβαίνων στην οικονομική του προσφορά, ήτοι για το τμήμα 12, 14 και 15. Συγκεκριμένα κατά τα ανωτέρω, το σύνολο των κρατήσεων, συμπεριλαμβανομένης της παρακράτησης φόρου για το τμήμα 12 θα έπρεπε να είχε υπολογισθεί στο ποσό των 1.958,85 € και όχι στο ποσό των 1.961,08€ που δήλωσε ο β' παρεμβαίνων και για τα τμήματα 14 και 15 το ποσό των 4.396,72€ και όχι το ποσό των 4.401,73€ που δήλωσε ο τελευταίος.

Αντίστοιχα αναφορικά με τον οικονομικό φορέα «...», κατά τα ανωτέρω, το σύνολο των κρατήσεων, συμπεριλαμβανομένης της παρακράτησης φόρου για το τμήμα 11 θα έπρεπε να είχε υπολογισθεί στο ποσό των 4.903,34 ευρώ και όχι στο δηλωθέν ποσό των 4.921,98 €, για το τμήμα 12 θα έπρεπε να είχε υπολογισθεί στο ποσό των 2.111,61€ και όχι στο δηλωθέν ποσό των 2.116,80€, για το τμήμα 13 στο ποσό των 1.581,30 € και όχι στο δηλωθέν ποσό των 1.587,32€, για το τμήμα 14 στο ποσό των 4.547,64€ και όχι στο δηλωθέν ποσό των 4.564,94€ και τέλος για το τμήμα 15 στο ποσό των 4.563,85€ και όχι στο δηλωθέν ποσό των 4.581,21.

Επομένως, όπως βασίμως υποστηρίζουν οι προσφεύγουσες, οι οικονομικές προσφορές της β' παρεμβαίνουσας και του οικονομικού φορέα «... εμφανίζουν την εν λόγω πλημμέλεια ως προς τον υπολογισμό της παρακράτησης φόρου 8%, πλην όμως οι τελευταίες δεν δύνανται να απορριφθούν καθόσον από τα δηλωθέντα ποσά προκύπτει ότι οι συνολικές κρατήσεις που έχουν δηλωθεί είναι μεγαλύτερες από τις πραγματικές, με συνέπεια να μην εμφανίζονται αυτές ως υποκοστολογημένες.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, οι υπό κρίση προδικαστικές προσφυγές θα πρέπει να γίνει δεκτές εν μέρει.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφούν τα παράβολα που κατέθεσαν αμφότερες οι προσφεύγουσες (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει τις α' και β' προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει τις α' και β' παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την υπ' αρ. πρωτ. Οικ. .../08.03.2023 απόφαση του συντονιστή της αναθέτουσας αρχής και των ενσωματωθέντων σε αυτήν υπ' αριθμ. 2/ (διακ.

Αριθμός απόφασης: 851, 852 /2023

.../2022)/12-01-2023, το 3/ (διακ. .../2022) 07-03-2023 πρακτικών και β) την υπ' αρ. πρωτ. οικ. .../28.3.2023 απόφαση και του ενσωματωθέντος σε αυτήν υπ' αριθμ. 4 (διακ. .../2022)/24-3-2023 πρακτικού της επιτροπής διαγωνισμού της αναθέτουσας αρχής κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή σε αμφότερες τις προσφεύγουσες των προσκομισθέντων παραβόλων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 06 Ιουνίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ