

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 07^η Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 02.05.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 641/04.05.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 14.05.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής της ...ης συνεδρίασής της, την 24^η.04.2023, με την οποία αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα οριστική ανάδοχος, καθώς και η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής κατά την ... συνεδρίασή της στις 04.04.2023, κατά το μέρος που έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος,

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού €600,00.

2. Επειδή, την με αριθμ. πρωτοκόλλου .../16.2.2023 διακήρυξη η

Αριθμός απόφασης: 994/2023

αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης του «Ξενώνα Φιλοξενίας Γυναικών θυμάτων Βίας» του Δήμου ... για οκτώ (8) μήνες προϋπολογισμού 41.840,400 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%) και 51.882,100 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%).

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Η παρεμβαίνουσα κατόπιν υποβολής της από 3.3.2023 οικονομικής προσφοράς συνολικής αξίας 49.561,310 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), με την υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά την 17η συνεδρίασή της στις 4.4.2023, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος ενώ με την υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής κατά την ... συνεδρίασή της στις 24.4.2023, αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος και κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός σε αυτήν.

4. Επειδή, κατά των ως άνω αποφάσεων, των οποίων πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 25.04.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 04.05.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, 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. Η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον επιδιώκει την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων προς το σκοπό να αναδειχθεί η ίδια οριστική ανάδοχος.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 04.05.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../16.05.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 04.05.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 15.05.2023, ημέρα Δευτέρα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και με σαφές έννομο συμφέρον,

καθότι η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση των προσβαλλόμενων πράξεων με τις οποίες έχει ανακηρυχθεί οριστική ανάδοχος.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών 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. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας διότι στον πίνακα Β1 της οικονομικής προσφοράς της και συγκεκριμένα στο πεδίο 10 έχει υπολογίσει ως νόμιμες κρατήσεις το ποσό των 5,68 ευρώ μηνιαίως, ήτοι 45,44 ευρώ για την 8μηνη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης. Προκύπτει, δηλαδή, ότι στις νόμιμες κρατήσεις δεν έχει συμπεριλάβει την παρακράτηση φόρου 8% παράνομα και αντίθετα με την πάγια θέση της νομολογίας αλλά και την ίδια τη διακήρυξη εν προκειμένω.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα συνομολογούν ότι στην οικονομική προσφορά της τελευταίας δεν υπολογίστηκε η παρακράτηση φόρου 8%. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι δεν προβλέπεται ρητά υποχρέωση των διαγωνιζόμενων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή την εν λόγω παρακράτηση φόρου, πλην όμως ο ισχυρισμός της αυτός είναι αβάσιμος και τούτο διότι έχει κριθεί νομολογιακά ότι 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 και 5.1.2 της διακήρυξης, το οποίο προβλέπει ρητώς ότι η προσφορά των συμμετεχόντων θα πρέπει να περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, την επίμαχη παρακράτηση 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. Ειδικότερα, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας 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. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πρώτος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις κατά το μέρος που έκαναν αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Κατόπιν της ως άνω σκέψης η εξέταση των λοιπών λόγων κατά της παρεμβαίνουσας παρέλκει ως αλυσιτελής. Παρ' όλα αυτά και σε κάθε περίπτωση συνάγονται τα ακόλουθα σχετικά με τους υπόλοιπους δύο λόγους:

10. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί και για τον λόγο ότι δεν έχει συνυπολογίσει στην οικονομική προσφορά της τη δαπάνη του κόστους δημοσιεύσεων. Επίσης ισχυρίζεται ότι ενδεχόμενος ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι αυτό το κόστος περιλαμβάνεται στο πεδίο του διοικητικού κόστους, εγείρει αμφιβολίες αφενός σχετικά με το ποια κόστη γενικά περιλαμβάνονται στο εν λόγω πεδίο και αφετέρου, ειδικότερα, εάν πράγματι το συγκεκριμένο κόστος δημοσιεύσεων αποτελεί μέρος αυτής της τιμής.

11. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο: Η διακήρυξη στα άρθρα 1.6 και 2.4.4. ορίζει ότι πρέπει να συμπεριληφθεί υποχρεωτικά το κόστος δημοσιεύσεων στην οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων, πλην όμως δεν ορίζει το ακριβές ποσό ή ποσοστό. Επίσης, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα αρχή, στο υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς που περιλαμβάνεται στο Παράρτημα II της Διακήρυξης, δεν υπάρχει διακριτό πεδίο με τίτλο «Δαπάνη δημοσιεύσεων» και ως εκ τούτου νομίμως η παρεμβαίνουσα το έχει συμπεριλάβει στο διοικητικό κόστος, το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 116,49 ευρώ ανά μήνα και είναι εύλογο για την κάλυψη της δαπάνης αυτής.

12. Επειδή, τέλος η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας διότι είναι μη νόμιμη η τιμή του εργατικού κόστους, ως υπολειπόμενη του ελάχιστου νομίμου ποσού, και συγκεκριμένα για το ότι αφενός είναι ασαφής ο τρόπος υπολογισμού του αριθμού των απαιτούμενων φυλάκων για την εκτέλεση της σύμβασης και αφετέρου ο αριθμός αυτός είναι μη νόμιμος, καθότι υπολείπεται του πραγματικού αριθμού προσωπικού, που είναι αναγκαίος σύμφωνα με την εργατική νομοθεσία.

13. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον τρίτο λόγο: Η προσφεύγουσα έχει προβεί στον υπολογισμό του απαιτούμενου προσωπικού λαμβάνοντας ως δεδομένο ότι η σύμβαση θα εκτελεσθεί κατά το χρονικό διάστημα 1/4/2023 έως 30/11/2023. Όμως, ο υπολογισμός αυτός είναι λανθασμένος διότι στη διακήρυξη αναφέρεται μόνο χρονικό διάστημα 8 μηνών για την εκτέλεση της σύμβασης και όχι οι ακριβείς ημερομηνίες. Με δεδομένο λοιπόν ότι η σύμβαση δεν θα εκτελεστεί στο χρονικό διάστημα από 01.04.2023 έως και 30.11.2023, οι υπολογισμοί που παραθέτει η προσφεύγουσα είναι αόριστοι και δεν μπορούν να εκτιμηθούν από το κρίνον Κλιμάκιο. Σε κάθε περίπτωση, η παρεμβαίνουσα προκύπτει ότι έχει υπολογίσει με τη δική της μεθοδολογία, η οποία είναι ορθή, τον αριθμό των απαιτούμενων φυλάκων σε 3,2221 για την εκτέλεση της σύμβασης και ως εκ τούτου ο υπό κρίση τρίτος λόγος πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

Αριθμός απόφασης: 994/2023

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες πράξεις , σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης και απορρίπτει την υπό κρίση προσφυγή κατά τα λοιπά.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 12η Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε την 3^η Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ