

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 22^α Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 15.05.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 696/15.05.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 25.05.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί το προσβαλλόμενο απόσπασμα από τα πρακτικά της με αριθμό 15ης /28.04.2023 συνεδρίασης του διοικητικού συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό απόφασης 68/2023, με την οποία, αποφασίστηκε η αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας «...» και η ανάδειξη της ως οριστικής αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης. Στην εν λόγω απόφαση ενσωματώνεται κατά νόμο και κατά τη διακήρυξη, η συμπεροσβαλλόμενη με την παρούσα υπ' αριθμ. 51/2023 απόφαση, με την οποία αποφασίστηκε η αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

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

Αριθμός απόφασης: 1035/2023

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, με την διακήρυξη με αριθμό πρωτοκόλλου .../01-03-2023 της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοιχτός δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών ..., κατά τα έτη 2023-2024. Τα ,, βρίσκονται επί των οδών α) ... και β) Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 122.008,71 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € 98.394,12 ΦΠΑ: € 23.614,59). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε δώδεκα (12) μήνες. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, αποκλειστικά βάσει της τιμής για το σύνολο των υπηρεσιών Ως καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών ορίστηκε η 17/03/2023 και ώρα 15:00 μ.μ..

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Στις 04/05/2023 κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες το προσβαλλόμενο απόσπασμα από τα πρακτικά της με αριθμό 15ης /28.04.2023 συνεδρίασης του διοικητικού συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό απόφασης 68/2023, με την οποία, αποφασίστηκε η αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας «...» και η ανάδειξη της ως οριστικής αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 04.05.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 15.05.2023, ημέρα Δευτέρα, 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 16.05.2023 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. .../ 29.05.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: 1035/2023

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 16.05.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 25.05.2023, 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 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 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 την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας διότι έχει υπολογίσει λανθασμένα τις υπέρ τρίτων κρατήσεις και την παρακράτηση φόρου με αποτέλεσμα το ποσό κρατήσεων ύψους 6.421,29 € που έχει υπολογίσει η τελευταία να υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου κατά ποσό 513,18 €. Ειδικότερα αναφέρει ότι σύμφωνα με τα άρθρα 2.4.4 και 5.1.2 της διακήρυξης οι νόμιμες κρατήσεις υπολογίζονται ως εξής: 0,1 % κράτηση υπέρ Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων + 0,02 κράτηση υπέρ του Δημοσίου = 0,12 + 0,0036 % ποσοστό χαρτοσήμου με το οποίο επιβαρύνονται οι ως άνω κρατήσεις (0,12 % x 3%) + 0,00072 % ποσοστό υπέρ ΟΓΑ με το οποίο επιβαρύνεται το ποσοστό χαρτοσήμου (0,0036 % x 20%) = 0,12432 % συνολική κράτηση υπέρ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ και υπέρ του Δημοσίου,

Αριθμός απόφασης: 1035/2023

επιβαρυνόμενες με χαρτόσημο και ΟΓΑ χαρτοσήμου. Περαιτέρω, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς οφείλουν, να υπολογίσουν στην οικονομική τους προσφορά την προβλεπόμενη εκ του νόμου παρακράτηση φόρου 8%, η οποία επιβάλλεται μετά την αφαίρεση οιοδήποτε φόρου και κράτησης. Στη συνέχεια η προσφεύγουσα παραθέτει την μεθοδολογία που σύμφωνα με αυτή γίνεται ο υπολογισμός των κρατήσεων ως εξής: Πρώτα υπολογίζονται οι νόμιμες κρατήσεις που ορίζονται από το νόμο 4412/2016 και το άρθρο 5.1.2 της διακήρυξης, ποσοστού 0,12432 % [Α] . Στη συνέχεια αφαιρείται το υπό στοιχείο [Α] ποσό που αντιστοιχεί στις κρατήσεις του ν. 4412/2016 και του άρθρου 5.1.2 της διακήρυξης, από το ποσό που αντιστοιχεί στην καθαρή αξία της σύμβασης και στο εναπομείναν ποσό υπολογίζεται η παρακράτηση φόρου 8%, (Β), ήτοι: $(\text{καθαρή αξία σύμβασης} - [Α]) \times 8 \% = [Β]$ ποσό παρακράτησης φόρου 8%. Σύνολο κρατήσεων και παρακράτησης φόρου $[Γ] = [Α] + [Β]$. Κατόπιν αυτού η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε να υπολογίσει ως εξής τις κρατήσεις: 85.459,20 ευρώ καθαρή αξία προσφερόμενου τιμήματος $\times$ 0,12432 %, κρατήσεις του ν. 4412/2016 και του άρθρου 5.1.2 της διακήρυξης $\rightarrow$ 106,25 € και όχι 98,26 €. Περαιτέρω, 85.459,20 ευρώ καθαρή αξία σύμβασης $-$ 106,25 € ευρώ κρατήσεις του ν. 4412/2016 και του άρθρου 5.1.2 της διακήρυξης $\times$ παρακράτηση φόρου 8% $\rightarrow$ 6.828,22 € και όχι 6.323,03€. Επομένως το σύνολο των κρατήσεων ανέρχεται στο ποσό των 6.934,47 ευρώ και όχι στο ποσό των 6.421,29 ευρώ που υπολόγισε η παρεμβαίνουσα.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ανωτέρω ισχυρισμούς της υπό κρίση προσφυγής: Η παρεμβαίνουσα στην οικονομική της προσφορά έχει υπολογίσει τις κρατήσεις ως εξής: Ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως αποδοχές των εργαζομένων: 64.239,71 €. Ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά: 14.319,03€. Διοικητικό κόστος: 392,79 €. Κόστος αναλωσίμων: 47,13 €. Εργολαβικό κέρδος: 39,25 €. Το σύνολο των ανωτέρω ανέρχεται στο ποσό των 79.037,91€ και αποτελεί την αξία της υπηρεσίας πάνω στην οποία υπολογίζονται οι κρατήσεις. Έτσι λοιπόν η παρεμβαίνουσα επί του ποσού των 79.037,91 € έχει υπολογίσει τις κρατήσεις ως εξής: Κράτηση 0,10% υπέρ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.: $79.037,91 \text{ €} \times 0,10\% = 79,04 \text{ €}$. Κράτηση 0,02% υπέρ Δημοσίου: $79.037,91 \text{ €} \times 0,02\% = 15,81 \text{ €}$. Χαρτόσημο και ΟΓΑ χαρτ/μου επί των ανωτέρω κρατήσεων $[(79,04 + 15,81) \times$

Αριθμός απόφασης: 1035/2023

3,6%] = 3,41€. Επομένως, το σύνολο των νόμιμων κρατήσεων που έχει υπολογίσει μετά του αναλόγου χαρτοσήμου ανέρχεται στο ποσό των 98,26€ (79,04€ + 15,81€ + 3,41€ = 98,26€). Η παρακράτηση φόρου 8% αντιστοιχεί στο ποσό των 6.323,03 (79.037,91€ X 8% = 6.323,03€) και το σύνολο προσφοράς της παρεμβαίνουσας προ Φ.Π.Α. ανέρχεται στο ποσό των 85.459,20€. Η προσφεύγουσα αβάσιμα ισχυρίζεται ότι ως βάση υπολογισμού των κρατήσεων υπέρ δημοσίου και τρίτων και της παρακράτησης φόρου πρέπει να ληφθεί υπόψη το ποσό των 85.459,20€, διότι το εν λόγω ποσό αντιστοιχεί στο σύνολο της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, δηλαδή στο ποσό που ήδη εμπεριέχει τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων και την παρακράτηση φόρου 8%. Η προσφεύγουσα ενώ όφειλε να υπολογίσει ως ποσό βάσης υπολογισμού των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων το ποσό των 79.037,91€, υπολόγισε λανθασμένα τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων (98,26€) στο ποσό των 85.459,20€, ποσό το οποίο εμπεριέχει τις εν λόγω κρατήσεις, ήτοι 79.037,91€ + 98,26€. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η παρεμβαίνουσα υπολόγισε νομίμως το σύνολο των κρατήσεων επί του ορθού ποσού και οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει 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

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 12 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1035/2023

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ