

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 25^η Αυγούστου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 330/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... την, από 31.10.2022, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1529/1.11.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία “...” (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 430/12.10.2022 (συνεδρίαση υπ' αριθμ. 28/12.10.2022, θέμα 14^ο) απόφαση ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. .../03.10.2022 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού, στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. 344/10.08.2022 (συνεδρίαση υπ' αριθμ. .../10.08.2022, θέμα 14^ο) απόφαση κατακύρωσης του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την παροχή «Υπηρεσιών ...», CPV: ..., συνολικού προϋπολογισμού 140.000,00 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο ανάθεση την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής – χαμηλότερη τιμή (με αριθμ. πρωτ. .../2022 διακήρυξη, συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού εξακοσίων (600,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 31.10.2022, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1129/2022, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη με αριθμ. 430/2022 πράξη του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με θέμα 14^ο: «Έγκριση του υπ' αριθμ. πρωτ. .../03-10-2022 Πρακτικού αποσφράγισης - αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης της Επιτροπής, σχετικά με την παροχή υπηρεσιών ... στο ..., συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 140.000,00€ με το ΦΠΑ (Διακ. .../2022)» αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 20.10.2022.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώως και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 430/2022 πράξη της αναθέτουσας αρχής, στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. 344/2022 απόφαση κατακύρωσης, μη νομίμως έγινε δεκτή η

προσφορά των οικονομικών φορέων «...» (προσωρινός μειοδότης) και «...», αφού δεν πληρούν απαραίτατους όρους της εν θέματι διακήρυξης,

5. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. 13023/07.11.2022 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

6. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: Α. ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...». •^{1ος} λόγος προσφυγής: παραβίαση των διατάξεων της διακήρυξης σχετικά με τον απαιτούμενο αριθμό απασχολούμενων. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της ως άνω εταιρείας και περαιτέρω, μη νομίμως αναδείχθηκε αυτή ως προσωρινός και εν συνεχεία, ως οριστικός ανάδοχος του υπόψη διαγωνισμού, διότι κατά παράβαση των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, υπολόγισε λιγότερα άτομα από τα ζητούμενα για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης (βλ. σελ. 56): «Ο ανάδοχος υποχρεούται να παρέχει στο ... προσωπικό για όλες τις ημέρες της εβδομάδας, όλες τις ημέρες του έτους, συμπεριλαμβανομένων των Σαββάτων-Κυριακών και Αργιών ως εξής: Α) Τρία (3) άτομα με εξάωρη, πενθήμερη εργασία, για υπηρεσίες Μαγείρου (για πρωινή βάρδια 7:00 – 13:00 ή για απογευματινή βάρδια 13:00.-19:00.) Β) Τέσσερα (4) άτομα με εξάωρη, πενθήμερη εργασία, για υπηρεσίες τραπεζοκόμου (για πρωινή βάρδια 7:30 – 13:30 ή για απογευματινή βάρδια 13:30 - 19:30)» Ακολουθώντας, με το με αριθμ. πρωτ. .../12.07.2022 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής προς την εταιρεία «...», που έχει αναρτηθεί στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, διευκρινίστηκε ότι: «Ο Ανάδοχος υποχρεούται να παρέχει στο ... προσωπικό για όλες τις ημέρες της εβδομάδας, όλες τις ημέρες του έτους, συμπεριλαμβανομένων των Σαββάτων-Κυριακών και Αργιών ως εξής: • Τρία (3) άτομα με εξάωρη εργασία, για υπηρεσίες Μαγείρου (για πρωινή βάρδια 7:00 – 13:00 ή για απογευματινή βάρδια 13:00 - 19:00) • Τέσσερα (4) άτομα με εξάωρη εργασία, για υπηρεσίες τραπεζοκόμου (για πρωινή βάρδια 7:30 – 13:30 ή για απογευματινή βάρδια 13:30 - 19:30)». Τέλος, στο άρθρο 2.2.9.2 παρ. Β.11. της διακήρυξης προβλέπεται ότι: «Επιπλέον, ο υποψήφιος Ανάδοχος μαζί με τα παραπάνω δικαιολογητικά θα πρέπει να καταθέσει

φάκελο με τα άτομα που θα αναλάβουν το έργο περιλαμβανομένων και των αντικαταστατών τους και θεωρημένο από την επιθεώρηση εργασίας κατάλογο των εργαζομένων. Σημειώνεται ότι γίνεται αποδεκτός και ο πίνακας απασχολούμενου προσωπικού – εργαζομένων από το πληροφοριακό σύστημα ΕΡΓΑΝΗ στον οποίο αποτυπώνεται ο αριθμός πρωτοκόλλου και η ημερομηνία υποβολής του (βάσει της ΥΑ 5072/6/25-2-2013 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει).». Από τις ανωτέρω διατάξεις της διακήρυξης, ως αυτές περαιτέρω διευκρινίστηκαν, συνάγεται σαφώς ότι ο υποψήφιος θα πρέπει να υπολογίσει στην οικονομική του προσφορά το σύνολο των εργαζομένων που απαιτούνται για την εκτέλεση του προς ανάθεση έργου και πιο συγκεκριμένα, ότι απαιτείται η απασχόληση (κατ' ελάχιστον) των εξής ατόμων: α) 3 άτομα μάγειρες X 6 ώρες X 7 ημέρες την εβδομάδα = 126 ώρες εβδομαδιαίως, εκφρασμένο σε άτομα 8ωρης πλήρους απασχόλησης: 126 ώρες εβδομαδιαίως/40 ώρες (5 ημέρες * 8 ώρες) = 3,15 άτομα πλήρους απασχόλησης και β) 4 άτομα τραπεζοκόμοι X 6 ώρες X 7 ημέρες την εβδομάδα = 168 ώρες εβδομαδιαίως, εκφρασμένο σε άτομα 8ωρης πλήρους απασχόλησης: 168 ώρες /40 ώρες (5 ημέρες * 8 ώρες) = 4,2 άτομα πλήρους απασχόλησης. Παρά το γεγονός ότι το σύνολο των απαιτούμενων ατόμων, εκφρασμένων κοστολογικά σε άτομα οκτάωρης πλήρους απασχόλησης αντιστοιχεί σε 3,15 μάγειρες και σε 4,2 τραπεζοκόμους, ήτοι, σε 7,35 άτομα πλήρους οκτάωρης απασχόλησης, η καθής η προσφυγή υπολόγισε 3 άτομα για μάγειρες και 4 άτομα για τραπεζοκόμους, ήτοι, 7 άτομα πλήρους οκτάωρης απασχόλησης και όχι 7,35 άτομα (3,15 μάγειρες και 4,2 τραπεζοκόμους), που απαιτούνται κατ' ελάχιστον, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές και τους όρους της διακήρυξης. Ειδικότερα, από το αρχείο: «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΕΛΙΚΗ signed.pdf» (βλ. σελ. 1 και 3), προκύπτει ότι η καθής η προσφυγή υπολόγισε μόλις 3 άτομα ως μάγειρες και όχι 3,15 και μόλις 4 άτομα ως τραπεζοκόμους και όχι 4,2, ως ζητείται. Ομοίως, στο αρχείο: «ΥΠΕΥΘ_ΔΗΛ_. ΝΟΜΟΣ 3863 signed.pdf», η καθής η προσφυγή δήλωσε, ως αριθμό εργαζομένων, 7 άτομα και όχι 7,35 και επομένως, η προσφορά της θα έπρεπε να είχε απορριφθεί, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Θα πρέπει, επίσης, να σημειωθεί ότι όσον αφορά στους μάγειρες, η εταιρεία προέβη στους κάτωθι υπολογισμούς (βλ. σελ. 1 του αρχείου: «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΕΛΙΚΗ signed.pdf»): Μικτές αποδοχές προσωπικού 3 άτομα X 558,54 μηνιαίως κατ'

άτομο = $1.675,62\text{€} \times 12 \text{ μήνες} = 20.107,44\text{€}$, ενώ θα έπρεπε κατ' ελάχιστον να έχει υπολογίσει: Μικτές αποδοχές προσωπικού 3,15 άτομα $\times 558,54$ μηνιαίως κατ' άτομο = $1.759,40 \text{ €} \times 12 \text{ μήνες} = 21.112,80 \text{ €}$. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα προκύπτει ότι οι μικτές αποδοχές προσωπικού που έχει υπολογίσει για τους μάγειρες, εκτός του ότι αντιστοιχούν σε λιγότερα άτομα (3) από τα ελάχιστα απαιτούμενα (3,15), υπολείπονται για τον λόγο αυτόν κατά το ποσό των $1.005,36 \text{ €}$ ($21.112,80 \text{ €} - 20.107,44 \text{ €}$). Μάλιστα, η εταιρεία ακολούθησε την ίδια μεθοδολογία (υπολογισμός εργατικού κόστους επί τη βάσει 3 μαγείρων και όχι 3,15, όπως κατ' ελάχιστον απαιτείται, και για τον υπολογισμό των λοιπών κονδυλίων που αφορούν στους μάγειρες και ως εκ τούτου, το υπολογισθέν για τους μάγειρες εργατικό κόστος - που, όπως προαναφέρθηκε, αντιστοιχεί σε λιγότερα άτομα - καθιστά την επίμαχη προσφορά (εκτός από μη νόμιμη) και ζημιογόνο.

Περαιτέρω, όσον αφορά στους τραπεζοκόμους η εν λόγω εταιρεία προέβη στους κατωτέρω υπολογισμούς (βλ. σελ. 3 του αρχείου «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΕΛΙΚΗ signed»): Μικτές αποδοχές προσωπικού 4 άτομα $\times 623,79$ μηνιαίως κατ' άτομο = $2.495,16\text{€} \times 12 \text{ μήνες} = 29.941,92\text{€}$, ενώ θα έπρεπε κατ' ελάχιστον να έχει υπολογίσει: Μικτές αποδοχές προσωπικού 4,2 άτομα $\times 623,79$ μηνιαίως κατ' άτομο = $2.619,92\text{€} \times 12 \text{ μήνες} = 31.439,04\text{€}$, Επομένως οι μικτές αποδοχές προσωπικού που έχει υπολογίσει για τους τραπεζοκόμους, πέραν του ότι αντιστοιχούν σε λιγότερα άτομα (4) από τα ελάχιστα απαιτούμενα (4,2), υπολείπονται για το λόγο αυτόν, κατά το ποσό των $1.497,12\text{€}$ ($31.439,04\text{€} - 29.941,92\text{€}$). Την ίδια μεθοδολογία (υπολογισμός εργατικού κόστους επί τη βάσει 4 ατόμων τραπεζοκόμων και όχι επί τη βάσει 4,2 ατόμων, όπως κατ' ελάχιστον απαιτείται), ακολούθησε η εν λόγω εταιρεία και για των υπολογισμό των λοιπών κονδυλίων που αφορούν στους τραπεζοκόμους. Ως εκ τούτου, το υπολογισθέν για τους τραπεζοκόμους εργατικό κόστος, το οποίο, όπως προαναφέρθηκε, αντιστοιχεί εν προκειμένω σε λιγότερα άτομα, καθιστά την επίμαχη προσφορά ζημιογόνο. Εν όψει των ανωτέρω η επίμαχη προσφορά κρίνεται πλημμελής και συνεπώς, απορριπτέα, ως, εξάλλου, συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή στο σχετικό έγγραφο απόψεών του προς την Αρχή, όπου αναφέρει συγκεκριμένα ότι η προσφορά αυτή παρουσιάζει ελλείψεις που άγουν στον αποκλεισμό του συγκεκριμένου διαγωνιζόμενου από τη διαδικασία, δυνάμει του άρθρ. 2.4.6.

της διακήρυξης. Συναφώς, ο 1^{ος} λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής: εσφαλμένος υπολογισμός των νόμιμων υπέρ τρίτων κρατήσεων. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι λόγω του εσφαλμένου υπολογισμού των νόμιμων υπέρ τρίτων κρατήσεων, το δηλωθέν από την καθής η προσφυγή ποσό των κρατήσεων, ύψους 10.188,86 €, υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου κατά το ποσό των 325,16€, με αποτέλεσμα η οικονομική της προσφορά να καθίσταται παράνομη και ζημιογόνος. Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.4. («Περιεχόμενα Φακέλου “Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών») της διακήρυξης: *«Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού κέρδους και των νομίμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων....»*. Περαιτέρω, στο άρθρο 5.1. της διακήρυξης προβλέπεται ότι: *«5.1.2. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης»*. Βάσει της διακήρυξης και της κείμενης νομοθεσίας, οι νόμιμες υπέρ του δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, οι οποίες βαρύνουν την υπό ανάθεση σύμβαση είναι οι ακόλουθες: > Κράτηση 0,07 % υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ στην καθαρή τιμή του τιμολογίου χωρίς ΦΠΑ (άρθρο 4 παρ. 3 εδ. ζ' του ν. 4013/2011, όπως τροποποιήθηκε με τα άρθρα 44 του ν. 4605/2019 και 235 παρ.1 του ν. 4610/2019), στην οποία επιβάλλεται χαρτόσημο 3% και 20% ΟΓΑ χαρτόσημο επί του χαρτοσήμου > Κράτηση 0,06% υπέρ ΑΕΠΠ στην καθαρή τιμή του τιμολογίου χωρίς ΦΠΑ (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016), στην οποία επιβάλλεται χαρτόσημο 3% και 20% ΟΓΑ χαρτόσημο επί του χαρτοσήμου > Κράτηση 0,02 % υπέρ της ανάπτυξης και συντήρησης του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ (άρθρο 36 παρ. 6 του ν. 4412/2016), στην οποία επιβάλλεται χαρτόσημο 3% και 20% ΟΓΑ χαρτόσημο επί του χαρτοσήμου > Κράτηση 2% υπέρ των Οργανισμών Ψυχικής Υγείας που εποπτεύονται από το Υπουργείο Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης (μετά την αφαίρεση όλων των παραπάνω κρατήσεων)» (Δ.Υ.6α) Γ.Π./οικ.36932/17.03.09 ΚΥΑ) > Η παρακράτηση φόρου 8 % επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου (άρθρο 64 παρ. 2 του ν.4172/2013). Σύμφωνα με την υπ'

αριθμ. (Δ.Υ.6α) Γ.Π./οικ.36932/17.03.09 ΚΥΑ) με θέμα: «Τρόπος και διαδικασία είσπραξης και απόδοσης παρακρατούμενου ποσοστού 2% κατά την εξόφληση των τιμολογίων των συμβάσεων των προμηθειών και υπηρεσιών υγείας (άρθρ. 3 ν. 3580/2007)» και ειδικότερα σύμφωνα με το άρθρο 1 αυτής: *«Η παρακράτηση ποσοστού 2% επί της αξίας των τιμολογίων των συμβάσεων των προμηθειών και υπηρεσιών υγείας μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και κάθε άλλου παρακρατούμενου ποσού υπέρ τρίτων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 3, του ν. 3580/2007, θα γίνεται από το Τμήμα Οικονομικής Διαχείρισης Προμηθειών και Υπηρεσιών από Ασφαλιστικούς Οργανισμούς της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας»*. Περαιτέρω, στις διατάξεις του άρθρου 64 παρ. 2 του ν.4172/2013 (Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος, Α' 167), προβλέπεται ότι: *«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...»*. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται ότι το ελάχιστο συνολικό νόμιμο ποσό των νόμιμων υπέρ τρίτων κρατήσεων που όφειλε να υπολογίσει η εν λόγω εταιρεία ανέρχεται στο ποσό των 10.514,02€ και υπολογίζεται ως ακολούθως: • 105.349,80 ευρώ καθαρή αξία προσφερόμενου τιμήματος X 0,1554 %, κρατήσεις του ν. 4013/2011 και 4412/2016 → 163,71€ • (105.349,80 ευρώ καθαρή αξία σύμβασης – 163,71 ευρώ κρατήσεις του ν. 4013/2011 και 4412/2016) X κράτηση ποσοστού 2% υπέρ των οργανισμών ψυχικής υγείας που εποπτεύονται από το Υπουργείο Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης → 2.103,72 € • (105.349,80 ευρώ καθαρή αξία σύμβασης – 163,71 ευρώ κρατήσεις του ν. 4013/2011 και 4412/2016 – 2.103,72 € κράτηση ποσοστού 2% υπέρ των οργανισμών ψυχικής υγείας που εποπτεύονται από το Υπουργείο Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης) X 8 % παρακράτηση φόρου → 8.246,59 € σύνολο κρατήσεων: 10.514,02€ και όχι 10.188,86€, ως εσφαλμένα υπολόγισε η καθής η προσφυγή. Θα πρέπει, επίσης, να σημειωθεί ότι εσφαλμένος υπολογισμός των κρατήσεων καθιστά την οικονομική προσφορά της καθής η προσφυγή και ζημιογόνο, καθόσον το δηλωθέν από

την εταιρεία αυτή ποσό ύψους 10.188,86€, υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου (10.514,02€), κατά το ποσό των 325,16€. Άλλωστε, ως συνομολογεί στο σχετικό έγγραφο απόψεων της η αναθέτουσα αρχή, η εν λόγω προσφορά *«... περιέχει ελλείψεις, κατά παράβαση του όρου 2.4.4. της Διακήρυξης, ελλείψεις οι οποίες ελέγχονται κατά τον όρο 2.4.6 περίπτωση α' της Διακήρυξης, ως λόγοι απόρριψης της προσφοράς.»*.

Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλουν την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και κατά την αξιολόγηση των προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, σκέψεις 34 και 44), οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της επιτροπής διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣτΕ 743/2000), ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

Τέλος, σημειώνεται ότι η εξέταση των 3^{ου} λόγου προσφυγής για την ακύρωση της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμ. 430/2022 πράξης του Δ.Σ. ..., παρέλκει ως αλυσιτελής, δοθέντος ότι οι προαναφερόμενες πλημμέλειες της ως άνω πράξης, στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. 344/2022 πράξη του Δ.Σ του ... [1.παραβίαση των διατάξεων της διακήρυξης σχετικά με τον απαιτούμενο αριθμό απασχολούμενων και 2. εσφαλμένος υπολογισμός των νόμιμων υπέρ τρίτων κρατήσεων), παρέχουν έκαστη εξ αυτών αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της καθής η προσφυγή (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. βλ. και ΑΕΠΠ 818/2018, σκ. 62 και ΑΕΠΠ 839/2018, σκ. 53, 969/2019 σκ. 49).

2. ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...»

●1^{ος} λόγος προσφυγής: υποβολή εγγύησης συμμετοχής με μικρότερο χρόνο ισχύος από τον οριζόμενο στη διακήρυξη. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα, καθότι υπέβαλε εγγυητική επιστολή συμμετοχής με χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ελάχιστο οριζόμενο στην διακήρυξη. Στο άρθρο 2.2.1 («Εγγύηση συμμετοχής») της διακήρυξης ορίζεται σαφώς ότι: *«...Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου*

ισχύος της προσφοράς του άρθρου 2.4.5 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται...» Περαιτέρω, στον όρο 2.4.5 («Χρόνος ισχύος προσφορών») της διακήρυξης προβλέπεται ότι: «*Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα 12 μηνών από την επόμενη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προφορών.*». Από τη σαφή γραμματική διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων της διακήρυξης, που δεν καταλείπει αμφιβολίες επί του περιεχομένου τους στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το Δ.Ε.Ε, προκύπτει ότι η εγγύηση συμμετοχής θα πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς, ήτοι για 30 ημέρες μετά την παρέλευση των 12 μηνών από την επόμενη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προφορών (εν προκειμένω, 28.07.2022), άλλως, η υποβληθείσα προφορά απορρίπτεται, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής που υποβάλλονται στον παρόντα διαγωνισμό θα πρέπει να ισχύουν τουλάχιστον μέχρι την 28η.08.2023, προκειμένου να είναι νόμιμες, έγκυρες και αποδεκτές από την αναθέτουσα αρχή, άλλως, απορρίπτονται.

Στην υπό κρίση υπόθεση, η καθής η προσφυγή υπέβαλε την με αριθμό ... εγγυητική επιστολή της Τράπεζας ..., έκδοσης 25.07.2022, με χρόνο ισχύος έως την 30^η.01.2023 (βλ. προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή, όπου αναφέρεται ότι: «*Η παρούσα ισχύει μέχρι την 30/01/2023*»), ήτοι, με λήξη ισχύος προγενέστερη της 28^{ης}.08.2023, με συνέπεια, να μην καλύπτεται ο οριζόμενος από τη διακήρυξη ελάχιστος χρόνος ισχύος. Με βάση τα προαναφερόμενα, η προσφορά της καθής η προσφυγή θα έπρεπε να είχε απορριφθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα της οικείας αναθέτουσας αρχής και επομένως, ο 1^{ος} λόγος της κρινόμενης προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

●2^{ος} λόγος προσφυγής: παράλειψη υπολογισμού της παρακράτησης φόρου 8%. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η καθής η προσφυγή, κατά παράβαση των όρων της ένδικης διακήρυξης, δεν υπολόγισε στην προσφορά της την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%. Επισημαίνεται ότι στο άρθρο 2.4.4. («Περιεχόμενα Φακέλου “Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών») της επίμαχης διακήρυξης, ορίζεται

ότι: «Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού κέρδους και των νομίμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων....». Περαιτέρω, στην παρ. 5.1.2 της διακήρυξης ορίζεται ότι: «Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης». Επίσης, στο με αριθμ. πρωτ. 8264/12.07.2022 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με θέμα: «Διευκρινίσεις του υπ' αριθμ. .../20-06-2022 (συστ. ...) διαγωνισμού παροχής υπηρεσιών εστίασης», αναφέρεται (επί λέξει) ότι: «B) Απαιτείται να συμπεριληφθεί ο υπολογισμός της παρακράτησης 8% στην προσφορά.». Ως, εξάλλου, κρίθηκε πρόσφατα με την υπ' αριθμ. Ν89/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (βλ. σκέψη 7): «...ανεξαρτήτως της φύσης της επίμαχης παρακράτησης φόρου ως κράτησης υπέρ του Δημοσίου ή τρίτων, ή επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης, πάντως, στην προκειμένη περίπτωση, με ρητή αναφορά στον Πίνακα 1 των Γενικών όρων του Διαγωνισμού, στους όρους 5.1.1./5.1.2. της Διακήρυξης «Ειδικό Όρο Εκτέλεσης», καθώς και στο άρθρο 5 «Πληρωμή – Κρατήσεις» του Παραρτήματος Δ (Υπόδειγμα Σύμβασης) της οικείας Διακήρυξης, συμπεριλαμβάνεται μεταξύ των χρηματικών ποσών που βαρύνουν τον ανάδοχο το ως άνω ποσοστό (8%) φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου...». Ως, επίσης, έχει παγίως κριθεί υπό το προϋσχόν νομοθετικό καθεστώς, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και εφόσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕΦΑΘ (αναστ.) 451/2014, 437/2013, βλ. και ΑΕΠΠ 1057/2020, 643/2020). Επομένως, με την ως άνω διευκρίνιση, η οποία εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του ένδικου διαγωνισμού, αφού δεν αμφισβητήθηκε από κανέναν διαγωνιζόμενο με άσκηση προσφυγής, ορίστηκε σαφώς ότι οι συμμετέχοντες οφείλουν να υπολογίσουν στην προσφορά τους την παρακράτηση φόρου

εισοδήματος 8%, τυχόν δε μη συνυπολογισμός της εν λόγω παρακράτησης, συνεπάγεται την άνευ άλλου τινός απόρριψη της προσφοράς τους. Εν όψει των ανωτέρω και λαμβανομένου υπόψη ότι ο οικονομικός φορέας «...» υπέβαλε προσφορά συνολικού ποσού 112.896,00 €, πλέον Φ.Π.Α, προκύπτουν οι κάτωθι υπολογισμοί: 112.896,00€ συνολικό προσφερόμενο τίμημα X 0,1554% κρατήσεις του ν. 4013/2011 και 4412/2016 = 175,44€ (112.896,00€ συνολικό προσφερόμενο τίμημα - 175,44€ κρατήσεις του ν. 4013/2011 και 4412/2016) * 2 % κράτηση υπέρ των οργανισμών ψυχικής υγείας που εποπτεύονται από το Υπουργείο Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης = 2.254,41€ (112.896,00€ συνολικό προσφερόμενο τίμημα - 175,44€ κρατήσεις ν. 4013/2011 και 4412/2016 - 2.254,41€ κράτηση υπέρ των οργανισμών ψυχικής υγείας που εποπτεύονται από το Υπουργείο Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης) * 8 % παρακράτηση φόρου = 8.837,29€, Σύνολο : 175,44 € + 2.254,41 € + 8.837,29 € = 11.627,14€. Επομένως, δοθέντος ότι στο υποβληθέν ηλεκτρονικό αρχείο: «1_ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ_signed.pdf», που υπέβαλε η καθής η προσφυγή, δηλώθηκε ως ποσό κρατήσεων το ποσό των 2.433,36€, το οποίο προκύπτει από την πράξη 112.896,00 € X 2,1554%, η προσφορά της υπολείπεται του νόμιμου ποσού κατά 8.833,78€ (11.267,14€ - 2.433,36€), ποσό το οποίο ισούται, κατά τα ανωτέρω, με το ποσό που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου 8%. Άλλωστε, η μη συμπερίληψη του ως άνω παρακρατούμενου φόρου 8% στην προσφερόμενη τιμή, καθιστά την υπό εξέταση οικονομική προσφορά ζημιογόνο. Και τούτο, διότι εάν συμπεριληφθεί το ποσό των 8.833,78€ (παρακράτησης φόρου 8%) στην προσφερόμενη από την καθής η προσφυγή τιμή, τότε το ποσό των 22,08€ που έχει υπολογίσει ως εργολαβικό κέρδος εκμηδενίζεται και η οικονομική της προσφορά καθίσταται ζημιογόνος. Ως, εξάλλου, συνομολογεί στο σχετικό έγγραφο απόψεών της η αναθέτουσα αρχή, η εν λόγω προσφορά «... περιέχει ελλείψεις, κατά παράβαση του όρου 2.4.4. της Διακήρυξης, ελλείψεις οι οποίες ελέγχονται κατά τον όρο 2.4.6 περίπτωση α' της Διακήρυξης, ως λόγοι απόρριψης της προσφοράς.». Με βάση τα προαναφερόμενα και δεδομένου ότι ο οικονομικός φορέας «...», κατά παράβαση τιθέμενης επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης της διακήρυξης - την οποία, σημειωτέον, είχε πλήρως αποδεχθεί με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στον διαγωνισμό - δεν συνυπολόγισε, ούτε συμπεριέλαβε στον πίνακα της

οικονομικής του προσφοράς την παρακράτηση φόρου 8%, ως ζητείτο, ο 2^{ος} λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

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

8. 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.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 430/12.10.2022 απόφαση ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. 344/10.08.2022 απόφαση κατακύρωσης, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την παροχή «Υπηρεσιών ...», σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων (600,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Αυγούστου 2023 και εκδόθηκε αυθημερόν, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ