

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 10.11.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1583/14.11.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «... ...» και το διακριτικό τίτλο «... ΚΤΙΡΙΑ ΕΠΕ» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφ' εξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρείας «... ...» (εφ' εξής η «πρώτη παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρείας «... ...» (εφ' εξής η «δεύτερη παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθμό πρωτ. 274/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (Πρακτικό 41) του Δήμου ... ως και της ενσωματωθείσας σ' αυτήν με αριθμό 253/2022 (Πρακτικό 39) απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (εφ' εξής οι «προσβαλλόμενες»), καθ' ο μέρος αναδείχθηκε προσωρινή και εν συνεχεία οριστική ανάδοχος για τα Τμήματα 1 και 3 του εν θέματι διαγωνισμού η εταιρεία «... ...» και για το Τμήμα 2 η εταιρεία «... ...».

Με την παρέμβασή της, η πρώτη παρεμβαίνουσα ζητεί την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής, κατά το μέρος που την αφορά.

Με την παρέμβασή της, η δεύτερη παρεμβαίνουσα ζητεί την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής, κατά το μέρος που την αφορά.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού 749,00 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), το οποίο υπολογίζεται με βάση την αξία άνευ Φ.Π.Α. των Τμημάτων 1, 2 και 3, επί των οποίων ασκείται η προσφυγή, ήτοι €137.400. Όμως, η προσφεύγουσα κατέβαλε υπερβάλλον παράβολο κατά το ποσό των 62 € (εφ'όσον $137.400 \times 0,5\% = 687$), το οποίο ποσό πρέπει να της επιστραφεί, ανεξάρτητα από την έκβαση της προσφυγής.

2.Επειδή, δυνάμει της με αριθμό 11468/26-7-2022 Διακήρυξης, ο Δήμος ... προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με σφραγισμένες προσφορές και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της ανά τμήμα χαμηλότερης τιμής. Αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης είναι οι «*Υπηρεσίες Καθαριότητας Εσωτερικών Χώρων Κτηρίων και Παραρτημάτων του Δήμου ...*» προϋπολογισμού 149.700,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 24%. Ο εν θέματι διαγωνισμός υποδιαιρείτο σε τέσσερα (4) Τμήματα. Σύμφωνα με τον όρο 1.3 της Διακήρυξης οι οικονομικοί φορείς δύναντο να υποβάλλουν προσφορά για ένα ή περισσότερα Τμήματα. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρίσθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 26.07.2022 με ΑΔΑΜ22PROC..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις (3) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα, η εταιρεία «... ...» και η εταιρεία «... ...». Οι ως άνω τρεις οικονομικοί φορείς υπέβαλαν προσφορά και για τα τρία επίδικα Τμήματα. Η σειρά μειοδοσίας στα μεν επίδικα Τμήματα 1 και 3 ήταν η εξής: Πρώτη η «... ...», δεύτερη η προσφεύγουσα και τρίτη η «... ...». Στο δε

επίδικο Τμήμα 2 η σειρά μειοδοσίας ήταν η εξής: Πρώτη η «... ...», δεύτερη η προσφεύγουσα και τρίτη η «... ...». Τέλος, με τις προσβαλλόμενες, προσωρινή και εν συνεχεία οριστική ανάδοχος των Τμημάτων 1 και 3 ανακηρύχθηκε η πρώτη παρεμβαίνουσα, ενώ του Τμήματος 2 προσωρινή και εν συνεχεία οριστική ανάδοχος ανακηρύχθηκε η δεύτερη παρεμβαίνουσα. Κατά των ως άνω εκτελεστών κατακυρωτικών αποφάσεων του αναθέτοντος φορέα, στρέφεται η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή της, αιτούμενη την ακύρωσή τους για τους ειδικώς αναφερόμενους σε αυτήν λόγους.

4.Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 31.10.2022, η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 10.11.2022, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από της κοινοποίησης των προσβαλλόμενων, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα, έχοντας καταταγεί δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας στα επίδικα τμήματα, βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς των αναδόχων, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθούν τα τμήματα αυτά.

7.Επειδή, ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 21.11.2022 στους

συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

8.Επειδή, ο αναθέτων φορέας, δεν κοινοποίησε απόψεις σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή.

9.Επειδή, η πρώτη παρεμβαίνουσα, έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος των τμημάτων 1 και 3, άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως την 01.12.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσφυγής, την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της, υπέρ της διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων. Η δε δεύτερη παρεμβαίνουσα, έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος του τμήματος 2, άσκησε στις 02.12.2022, την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της, υπέρ της διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων (που αν και τιτλοφορείται «Απόψεις», από την επισκόπηση του περιεχομένου του προκύπτει ότι είναι παρέμβαση), η οποία όμως είναι εκπρόθεσμη, καθώς ασκήθηκε πέραν της δεκαήμερης αποκλειστικής προθεσμίας του άρ. 362 αρ. 3 του Ν. 4412/2016 από της κοινοποίησης της προσφυγής.

10. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη πως ήταν απορριπτέα η προσφορά της, καθώς υπολογίζει απασχόληση προσωπικού που υπολείπεται τιθέμενου όρου της Διακήρυξης, που έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, και συγκεκριμένα τον όρο, ο οποίος περιλαμβάνεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού αντικείμενου της Σύμβασης» (προσαρμοσμένο από την Αναθέτουσα Αρχή) «ΜΕΡΟΣ Α - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ» της Διακήρυξης (σελ. 52): «...Ο ανάδοχος υποχρεούται να απασχολεί καθημερινά 10 εργάτες ή εργάτριες πλήρους απασχόλησης και 1 εργάτη/εργάτρια μειωμένης απασχόλησης και για χρονικό διάστημα έξι μηνών από την υπογραφή της σύμβασης». Περαιτέρω, με το δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας ήταν απορριπτέα, περιέχουσα ασάφειες, ώστε να μη δύναται

να προκύψει με σαφήνεια ο αριθμός των ατόμων που προτίθεται να απασχολήσει στο έργο.

11. Επειδή, αναφορικά με τους πρώτο και δεύτερο λόγους της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού αντικειμένου της Σύμβασης» (προσαρμοσμένο από την Αναθέτουσα Αρχή) «ΜΕΡΟΣ Α - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ» της Διακήρυξης (σελ. 52) ορίζεται ότι: «...Ο ανάδοχος υποχρεούται να απασχολεί καθημερινά 10 εργάτες ή εργάτριες πλήρους απασχόλησης και 1 εργάτη/εργάτρια μειωμένης απασχόλησης και για χρονικό διάστημα έξι μηνών από την υπογραφή της σύμβασης». Περαιτέρω, στην οικονομική προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας υπάρχει πίνακας με στήλη «ΑΤΟΜΑ» όπου αναφέρονται δέκα εργαζόμενοι ($1+6+2+1=10$). Όμως, παράλληλα, στην οικονομική προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «Ο αριθμός των εργαζομένων 13 εργαζόμενοι αντιστοιχεί σε φυσικό πλήθος εργαζομένων». Συνεπώς, πράγματι υπάρχει ασάφεια στην οικονομική προσφορά της εν λόγω παρεμβαίνουσας ως προς τον αριθμό των εργαζομένων, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Όμως, και οι δύο ως άνω αριθμοί των εργαζομένων που αναφέρονται στην επίμαχη οικονομική προσφορά, ήτοι 10 και 13, δεν είναι σύμφωνοι με τον αριθμό των εργαζομένων που απαιτεί η Διακήρυξη, ήτοι 11. Περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του νέου άρθ. 102, οι προβλεπόμενες από αυτές διευκρινίσεις, δίδονται μόνον εφ'όσον ζητηθούν από το αρμόδιο όργανο, κατά τη διαγραφόμενη διαδικασία, λαμβάνονται δε υπ'όψη, εν όψει και της αυστηρώς τυπικής διαδικασίας των δημοσίων διαγωνισμών, μόνον εφ'όσον έχουν ως αντικείμενο τη συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων και όχι την αναπλήρωση της έλλειψης τέτοιων στοιχείων ή την τροποποίηση του περιεχόμενου της προσφοράς, ώστε να απαλειφθούν αντιθέσεις και να συμφωνεί αυτή με όρους της διακήρυξης (81/2022 ΑΕΠΠ, πρβλ. ΣτΕ 1856/2008, 2660/2004 7μ., ΕΑ ΣτΕ 668, 567/2009, ΔΕφΑθ 743/2012 (ΑΣΦ), κ.ά.). Εν προκειμένω, η επίμαχη ασάφεια στην οικονομική προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας δεν δύναται να αρθεί με την παροχή διευκρινίσεων, κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ακόμη και μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021. Τούτο δε, καθ'όσον η

αναθέτουσα Αρχή έχει, βάσει της τελευταίας αυτής διάταξης, σχετική δυνατότητα να καλέσει τον διαγωνιζόμενο να συμπληρώσει στοιχεία του φακέλλου του (και όχι δέσμια αρμοδιότητα), όπως προκύπτει τόσο από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021, όπου ορίζεται ότι «με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή συμπληρωθούν τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας», όσο και από το γεγονός ότι η δυνατότητα αυτή παρέχεται υπό προϋποθέσεις, ήτοι εφόσον δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα, με τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων και εφόσον η διευκρίνιση-συμπλήρωση αφορά στοιχεία ή δεδομένα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα (βλ. σχετ. αιτιολογική έκθεση). Άλλωστε, και η νέα (μετά την τροποποίηση με το ν. 4782/2021) διατύπωση της διάταξης του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 ουσιαστικά υιοθετεί τη διατύπωση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 56 παρ.4), σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα Αρχή έχει τη δυνατότητα να ζητεί από τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν τα δικαιολογητικά τους, τηρουμένων, όμως, απολύτως των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας (18/2022 Δ.ΕΦ.Χανίων). Συνεπώς, η επίμαχη ασάφεια στον αριθμό των εργαζομένων, ήτοι 10 ή 13, δεν δύναται να αρθεί κατά τα ανωτέρω, διότι θα είχε ως συνέπεια την τροποποίηση του περιεχόμενου της προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας, ώστε να απαλειφθούν αντιθέσεις και να συμφωνεί αυτή με όρους της διακήρυξης, ήτοι με τον αριθμό των εργαζομένων, 11. Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί και να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της πρώτης παρεμβαίνουσας. Κατ' ακολουθία ο πρώτος και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνουν δεκτοί, καθώς η προσφορά του οικονομικού φορέα «... ...» ήτοι της νυν πρώτης παρεμβαίνουσας, έπρεπε να απορριφθεί για τα Τμήματα 1 και 3 του εν θέματι διαγωνισμού.

12. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της οικονομικής προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της πρώτης, η τελευταία δήλωσε εργατικό κόστος, το οποίο υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου των δημοπρατούμενων υπηρεσιών. Αναλυτικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της

προσφεύγουσας, η πρώτη παρεμβαίνουσα δήλωσε για εργατικό-κοινωνικοασφαλιστικό κόστος το συνολικό ποσό των 98.434,9 ευρώ, ενώ «...η Διακήρυξη όρισε με τρόπο αυθεντικό και μονοσήμαντο ποιο ακριβώς ήταν το ελάχιστο εργατικό κόστος για την προσήκουσα εκτέλεση των επίδικων υπηρεσιών, προσδιορίζοντας το οικείο εργατικό-κοινωνικοασφαλιστικό κόστος στο ποσό των 129.994,44 €, το οποίο προδήλως ταυτίζεται με το ελάχιστο νόμιμο».

13. Επειδή, στο Παράρτημα Ι «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού αντικειμένου της Σύμβασης» (προσαρμοσμένο από την Αναθέτουσα Αρχή) «ΜΕΡΟΣ Α - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ» της Διακήρυξης (σελ. 55) ορίζονται τα εξής: **«Ο ενδεικτικός προϋπολογισμός της παρούσας μελέτης προκύπτει με βάση τη προϋπολογισθείσα ανάλυση κόστους η οποία παρουσιάζεται. Υπόθεση της προϋπολογισθείσας ανάλυσης κόστους είναι ο ανάδοχος να απασχολήσει έξι (10) εργάτες/τριες καθαριότητας πλήρους απασχόλησης και 1 εργάτη/τρια μειωμένης απασχόλησης.**

Ενδεικτική ανάλυση κόστους:

- Οι εργαζόμενοι θα εργάζονται και θα αμείβονται σύμφωνα με τις διατάξεις που προβλέπει η εθνική συλλογική σύμβαση εργασίας.
- Οι Αποδοχές των εργαζομένων πλήρους απασχόλησης ανέρχονται στα 828,10 € έκαστος (682,61 € καθαρές αποδοχές + 145,49 € εισφορές εργαζομένου). Επομένως μεικτές αποδοχές 10 εργαζομένων για 12 μήνες ανέρχονται στο ποσό των 99.372,00€
- Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών του εργοδότη ανέρχεται στις 24.534,00 €
- Οι Αποδοχές των εργαζομένων μειωμένης απασχόλησης ανέρχονται στα 414,05 € (355,59 € καθαρές αποδοχές + 58,46 € εισφορές εργαζομένου). Επομένως μεικτές αποδοχές 1 εργαζομένου για 12 μήνες ανέρχονται στο ποσό των 4.968,60€
- Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών του εργοδότη ανέρχεται στα 1.119,84 €

Επομένως:

- Το συνολικό μισθολογικό κόστος ανέρχεται στις 129.994,44 €
- Το ύψος των υπέρ τρίτων κρατήσεων ανέρχεται στα 800,00 €
- Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο ανέρχονται συνολικά περίπου στα 600 m²

Το συνολικό κόστος παροχής της Υπηρεσίας αναλύεται ως εξής:

1. Μισθολογικό Κόστος : 129.994,44 € (96,72%)

2. Διοικητικό Κόστος : 2.000,00 € (1,49%)

3. Κόστος Αναλωσίμων : 2.400,00 € (1,78%)

Συμπερασματικά:

ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ: 134.394,44 € (89,77%)

ΜΕΓΙΣΤΟ ΕΡΓΟΛΑΒΙΚΟ ΚΕΡΔΟΣ: 15.305,56 € (10,23%)»

14. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Στο Παράρτημα Ι «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού αντικειμένου της Σύμβασης» (προσαρμοσμένο από την Αναθέτουσα Αρχή) «ΜΕΡΟΣ Α - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ» της Διακήρυξης (σελ. 55) ορίζεται στην ενδεικτική ανάλυση κόστους και το μισθολογικό κόστος ύψους 129.994,44€. Περαιτέρω, η πρώτη παρεμβαίνουσα στην οικονομική της προσφορά δήλωσε για εργατικό-κοινωνικοασφαλιστικό κόστος το συνολικό ποσό των 98.434,9 ευρώ. Κατ' αρχάς, σε κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν περιλαμβάνεται όρος, σύμφωνα με τον οποίο το δηλωθέν από τους διαγωνιζόμενους στην προσφορά τους εργατικό κόστος δεν θα πρέπει να υπολείπεται του ενδεικτικού κόστους του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης. Επομένως, δοθέντος ότι αφ' ενός μεν ρητώς ορίζεται στη Διακήρυξη ότι ο υπολογισμός του ελάχιστου εργατικού κόστους στο ποσό των 129.994,44 ευρώ, όπως αυτός παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, είναι εκτίμηση ενδεικτική βασιζόμενη σε τύπο υπολογισμού που ακολούθησε η αναθέτουσα Αρχή και δεν αποτελεί το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος που απαιτείται κατά την εργατική νομοθεσία, αφ' ετέρου δε ο τρόπος υπολογισμού του εργατικού κόστους ανάγεται στην επιχειρηματική πολιτική εκάστου διαγωνιζομένου, υπό την προϋπόθεση τήρησης της εργατικής νομοθεσίας και των όρων της Διακήρυξης,

δεν μπορεί νομίμως να αποκλεισθεί προσφορά διαγωνιζομένου, σε περίπτωση που προέβη σε διαφορετικό τρόπο υπολογισμού ως προς τα κονδύλια του εργατικού κόστους από τον αναφερόμενο στη Διακήρυξη ως «ενδεικτικό» και επέχοντα τη θέση παραδείγματος προς τους διαγωνιζομένους (βλ. και ΑΕΠΠ 272/2022, 1599/2021). Με άλλα λόγια, μόνη η απόκλιση του υπολογισθέντος, από τον συμμετέχοντα, εργατικού κόστους από αυτό που παραθέτει η αναθέτουσα Αρχή ως «ενδεικτικό» εργατικό κόστος, δεν συνεπάγεται και την μη τήρηση της κείμενης εργατικής νομοθεσίας κατά τον υπολογισμό του και ως εκ τούτου δεν μπορεί να επιφέρει τον αποκλεισμό του από την διαγωνιστική διαδικασία, δεδομένου ότι στο ως άνω Παράρτημα παρατίθεται ενδεικτικός- και άρα όχι δεσμευτικός- υπολογισμός του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους (Δ.Εφ.Αθ. 1383/2022 σκ. 10). Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, οι ισχυρισμοί της πρώτης παρεμβαίνουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί, ενώ απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας και κατ' ακολουθία ο τρίτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

15. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η οικονομική προσφορά της εταιρείας «... ...» και νυν δεύτερης παρεμβαίνουσας ήταν απορριπτέα, καθώς παρέλειψε να υποβάλει στο φάκελλο συμμετοχής της τη βεβαίωση του εδ.γ του αρ. 26 του Ν.4257/2014, σύμφωνα με το οποίο *«Επιχείρηση Ο.Τ.Α α και β βαθμού δεν επιτρέπεται να συμμετάσχει σε δημόσιο διαγωνισμό ή να εισπράξει οποιοδήποτε χρηματικό ποσό από φορέα του δημόσιου τομέα, αν δεν υποβάλλει, μαζί με τα αναγκαία κατά περίπτωση δικαιολογητικά, τη βεβαίωση του προηγούμενου εδαφίου»*.

16.Επειδή, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Ο οικείος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος καθώς σε κανένα άρθρο της Διακήρυξης δεν ζητείται η επίμαχη βεβαίωση ως προϋπόθεση συμμετοχής στον εν θέματι διαγωνισμό. Άλλωστε, οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, οι οποίες διέπουν τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, είτε διέπονται από το εθνικό δίκαιο είτε από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, επιβάλλουν σαφή και ακριβή μνεία στη Διακήρυξη των απαιτούμενων, προς συμμετοχή στους διαγωνισμούς, προσόντων και των υποβλητέων, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικών και λοιπών

στοιχείων. Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνον τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς και ειδικώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιοτήτων ή γεγονότων κρίσιμων για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα Αρχή ή ο αναθέτων φορέας, δεν δύναται να προβεί σε αποκλεισμό διαγωνιζομένου από τη διαγωνιστική διαδικασία, λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών ή και επί πλέον από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικών συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 2723/2018, ΕΑ 382/2015 5μ., 53, 19/2011, πρβλ. ΣΤΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008).

17. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η οικονομική προσφορά της εταιρείας «... ...» και νυν δεύτερης παρεμβαίνουσας ήταν απορριπτέα ως ζημιογόνος, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της πρώτης, η τελευταία δεν συμπεριέλαβε στην οικονομική της προσφορά την παρακράτηση φόρου 8%.

18.Επειδή, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα Αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν, όσο και τους διαγωνιζομένους (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.) η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα Αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης, αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Ομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της Διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς. Περαιτέρω, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.α. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ.α.), εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους.

19.Επειδή, ο όρος 2.4.4 της οικείας Διακήρυξης ορίζει ότι: «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης [τιμή], όπως ορίζεται κατωτέρω: Η τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται σε ευρώ (€) για κάθε τμήμα χωριστά, σύμφωνα με τα όσα αναγράφονται στην παράγραφο 2.3.1 της παρούσης. Επισημαίνεται ότι στην ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος θα συμπληρωθεί η συνολική προσφερόμενη τιμής (πλέον ΦΠΑ) για 12 μήνες για κάθε τμήμα ξεχωριστά. Δεδομένου ότι στο ηλεκτρονικό σύστημα δεν μπορεί να αποτυπωθεί αναλυτικά η οικονομική προσφορά η ανάλυση κόστους και όσα προβλέπονται να δηλωθούν από τους οικονομικούς φορείς σύμφωνα με το άρθρο 68 του Ν.3863/2010 όπως τροποποιήθηκε με το αρθ.22 του Ν.4144/2013, ο προσφέρων υποχρεούται να επισυνάψει στον (υπο)φάκελλο “οικονομική προσφορά” την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του (χρησιμοποιώντας το συνημμένο στο Παράρτημα ΙΙ Έντυπο Προσφοράς) ψηφιακά υπογεγραμμένη και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία σε μορφή pdf.] Η ανάθεση θα γίνει σε ένα ή περισσότερους αναδόχους. Κριτήριο ανάθεσης είναι χαμηλότερη ανά τμήμα τιμή. Προσφορές υποβάλλονται, για όλα τα τμήματα της δημόσιας σύμβασης ή μέρος αυτών. **Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης.** Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου και στην επ’ αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ’ όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται . Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς οφείλουν σύμφωνα με το άρθρο 68 του Ν.3863/2010, όπως τροποποιήθηκε με το αρθ.22 του Ν.4144/2013, να αναγράφουν επί ποινή αποκλεισμού 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

στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο.

Τα ανωτέρω στοιχεία, εξειδικεύονται στο φάκελο της οικονομικής προσφοράς τους. Στην προσφορά τους οι υποψήφιοι, 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, οφείλουν να επισυνάπτουν στην προσφορά τους αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας, στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι. Η προσφορά τους θα πρέπει να κατατεθεί σύμφωνα με το Υπόδειγμα του Εντύπου Οικονομικής Προσφοράς (Παράρτημα II), το οποίο οι Οικονομικοί Φορείς συμπληρώνουν για το Τμήμα – Τμήματα που επιθυμούν να συμμετέχουν. Οι υποψήφιοι πρέπει να υποβάλουν ηλεκτρονικά την οικονομική τους προσφορά για την υλοποίηση του συνόλου ή τμήματος των υπηρεσιών του παρόντος διαγωνισμού. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 γ) η τιμή προσφοράς υπερβαίνει τη τιμή μονάδος του τμήματος του προϋπολογισμού της σύμβασης».

20.Επειδή, ο όρος 5.1.2 της οικείας Διακήρυξης ορίζει 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 παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις:**

α) Κράτηση 0,07% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων¹¹⁸

β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ της ανάπτυξης και συντήρησης του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, 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 του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης, σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016¹¹⁹.

γ) Κράτηση 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016)¹²⁰. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ. **Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού».**

21.Επειδή, ο όρος 2.4.6 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» της Διακήρυξης ορίζει ότι: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: **α)** η οποία αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), **2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών)**, 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας...».

22.Επειδή, αναφορικά με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Κατ' αρχάς, η εταιρεία «... ..», ήτοι η δεύτερη παρεμβαίνουσα, δεν συμπεριέλαβε στην οικονομική της προσφορά την επίμαχη παρακράτηση 8% (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ»). Περαιτέρω, κατά τη γραμματική διατύπωση της παρ. 2.4.4. της Διακήρυξης, η οποία καθορίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών των υποψηφίων αναδόχων - όπως της αντίστοιχης διάταξης του άρθρου 95 (παρ.5) του ν. 4412/2016 - στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνονται, εκτός από τις υπέρ του Δημοσίου και

τρίτων κρατήσεις, και κάθε άλλη, κατά την κείμενη νομοθεσία, επιβάρυνση (πλην Φ.Π.Α) για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης, ως τέτοια δε νοείται και η κατ' άρθρο 64 (παρ.2) του ν. 4172/2013 παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% (πρβλ. ΣτΕ 563/2008), αφού αφ' ενός στην ανωτέρω διάταξη της Διακήρυξης δεν γίνεται οποιαδήποτε διάκριση σχετικά με το χαρακτήρα ή τη φύση της επιβάρυνσης, για την οποία υφίσταται υποχρέωση συμπερίληψης εκ μέρους των διαγωνιζομένων στην προσφερόμενη τιμή, αφ' ετέρου η εν λόγω παρακράτηση, διενεργούμενη κατά την καταβολή στον ανάδοχο της αξίας των κάθε είδους υπηρεσιών που παρέχει, όπως εν προκειμένω, στην αναθέτουσα Αρχή και υπολογιζόμενη επί της αξίας αυτών, έχει ως αποτέλεσμα τη μείωση, κατά το αντίστοιχο ποσοστό, του παρεχόμενου για την εκτέλεση των υπηρεσιών εργολαβικού ανταλλάγματος, εν όψει, μάλιστα, και του ότι, σύμφωνα με τον όρο 5.1.2 της Διακήρυξης, με κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα Αρχή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού των παρεχομένων υπηρεσιών. Η υποχρέωση αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση, με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο, της αντικειμενικότητας στην ανάθεση των υπηρεσιών και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με την προεκτεθείσα ρητή διάταξη της παρ. 2.4.6 (περ. α') της ένδικης Διακήρυξης σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (βλ. ΣτΕ 563/2008 σκ.4, πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 482/2006, 800, 256/2004). Μάλιστα, η εν λόγω υποχρέωση των διαγωνιζομένων δεν συναρτάται με την ύπαρξη ή μη στον Πίνακα/Εντυπο Οικονομικής Προσφοράς του Παραρτήματος II της Διακήρυξης διακεκριμένου προς τούτο πεδίου (1923/2022 Δ.Εφ.Αθ. σκ. 9). Κατά συνέπεια, εφ' όσον από το περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας προκύπτει, ότι στην προσφορά αυτήν δεν είχε συνυπολογισθεί η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, που θα βαρύνει τις πληρωμές σε περίπτωση που αυτή καταστεί ανάδοχος του επίδικου διαγωνισμού, η οικονομική της προσφορά, μή συμπεριλαμβάνουσα την ανωτέρω επιβάρυνση, είναι απορριπτέα, ως παρεκκλίνουσα από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του ένδικου διαγωνισμού (124/2022 Δ.Εφ.Πειραιά). Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα

σκέψη, δεκτοί πρέπει να γίνουν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας και κατ' ακολουθία ο πέμπτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

23.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να απορριφθούν η πρώτη και η δεύτερη παρέμβαση και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, δυνάμει των οποίων: (α) αφ' ενός κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «... ...», ήτοι της νυν πρώτης παρεμβαίνουσας, και αναδείχθηκε αυτός ανάδοχος των Τμημάτων 1 και 3 του εν θέματι διαγωνισμού, και (β) αφ' ετέρου κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «... ...», ήτοι της νυν δεύτερης παρεμβαίνουσας, και αναδείχθηκε αυτός ανάδοχος του Τμήματος 2 του εν θέματι διαγωνισμού, ενώ αμφότερες έπρεπε να αποκλεισθούν από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

24.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την πρώτη παρέμβαση.

Απορρίπτει τη δεύτερη παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 19 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 9 Ιανουαρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ