

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 12 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 3/4/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 478/4-4-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ... και τον διακριτικό τίτλο ... που εδρεύει στο ..., οδός ... & ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ... (...), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στη ..., ..., και εκπροσωπείται νόμιμα, και

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των αποφάσεων του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με αριθμούς 1728/4/10-02-2023 και 1733/5/23-03-2023, κατά το μέρος τους που έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας στον διαγωνισμό της αναθέτουσας αρχής για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης ... (αριθμός Διακήρυξης .../2022).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 674,57 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία ποσού 134.913,76 ευρώ των τμημάτων της σύμβασης που αποτελούν αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2022 (αριθμός πρωτ. .../20-9-2023) προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης για την «...» διάρκειας

δύο (2) ετών με δικαίωμα προαίρεσης για παράταση έξι (6) επιπλέον μηνών. Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, ανέρχεται σε 875.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Το αντικείμενο της σύμβασης υποδιαιρείται σε δέκα (10) τμήματα, καθένα από τα οποία αντιστοιχεί σε μία γεωγραφική περιφέρεια, με δικαίωμα των οικονομικών φορέων να υποβάλουν προσφορά για ένα, περισσότερα ή όλα τα τμήματα. Προκήρυξη της σύμβασης δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ S: ...). Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 23/9/2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 25/10/2022.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν συνολικά δέκα επτά (17) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα που υπέβαλαν προσφορά για όλα τα τμήματα. Με την πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος των επιμέρους τμημάτων της σύμβασης που αποτελούν αντικείμενο της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής (Π.Δ. Κρήτης, Π.Δ. Δυτικής Ελλάδας, Π.Δ. Πελοποννήσου και Π.Δ. Ηπείρου) η παρεμβαίνουσα και των υπολοίπων τμημάτων η προσφεύγουσα. Με τη δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού για τα παραπάνω τμήματα στην παρεμβαίνουσα και για τα υπόλοιπα στην προσφεύγουσα. Οι προσβαλλόμενες κοινοποιήθηκαν στους οικονομικούς φορείς μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 24/3/2023.

4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (παροχή υπηρεσιών), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.

5. Η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα που συμμετέχει παραδεκτά στον διαγωνισμό ασκεί την προδικαστική προσφυγή με έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγο απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, απορριπτομένων των περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.
6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς οικονομικούς φορείς στις 5/4/2023 και υπέβαλε στις 13/4/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, απόψεις επ' αυτής. Κατόπιν αυτού, η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 11/5/2023, μετά την πάροδο της αποκλειστικής πενθήμερης προθεσμίας του άρθρου 365 παρ. 1 περ. γ' και 8 ν. 4412/2016 συμπληρωματικό υπόμνημα που δεν λαμβάνεται υπόψη λόγω εκπροθέσμου.
7. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε παρέμβαση στις 18/4/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, καθώς επίσης και με έννομο συμφέρον με αίτημα τη διατήρηση ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής.
8. Η Διακήρυξη συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣΤΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.).
9. Με τον μόνο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των προσβαλλόμενων αποφάσεων, κατά το μέρος τους που έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, παρά το γεγονός ότι έχει υπολογίσει εσφαλμένα τις ασφαλιστικές εισφορές. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα 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 παρεμβαίνουσα έχει καταρτίσει την προσφορά της με βάση τα μειωμένα ποσοστά ασφαλιστικών εισφορών του άρθρου 31 του ν. 4756/2020, ήτοι 22,29% για την τριετή διάρκεια της σύμβασης, η οποία εκτείνεται στα έτη 2023-2025, αντί για τα ποσοστά που επρόκειτο να επανισχύσουν μετά την λήξη ισχύος της προαναφερθείσας διάταξης στις 31/12/2022.

10. Σύμφωνα με τα άρθρα 1.7 και 4.3 της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι, εφόσον αναδειχθούν ανάδοχοι της σύμβασης, θα τηρούν τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Επιπρόσθετα, εφαρμοστέες στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία είναι και οι διατάξεις του άρθρου 68 ν. 3863/2010, στις οποίες ρητά παραπέμπει και η Διακήρυξη.

11. Περαιτέρω, σύμφωνα με την Διακήρυξη, η οποία δημοσιεύθηκε στις 23/9/2022, η αρχική διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης προβλεπόταν τριετής εκτεινόμενη κατ' αρχήν στο διάστημα από 1/5/2023 έως 30/4/2025. Δύο (2) ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ζήτησαν διευκρινίσεις ως προς το εφαρμοστέο ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών για την κατάρτιση της οικονομικής της προσφοράς. Η αναθέτουσα αρχή απάντησε στα ερωτήματα με έγγραφό της με ημερομηνία 14/10/2022, το οποίο κοινοποιήθηκε μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού με παραλήπτες όλους τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς σε όλους τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, με το εξής περιεχόμενο: *«Ερώτηση 4η . Πόσο θα είναι το ποσοστό των ασφαλιστικών εισφορών που πρέπει να υπολογίσω στην προσφορά μου διότι τα μέχρι τώρα ποσοστά έχουν ισχύ μέχρι 31/12/2022 και η φύλαξη θα ξεκινήσει από 1/5/2023. Απάντηση: Το ποσοστά των ασφαλιστικών εισφορών που πρέπει να υπολογίσετε στην προσφορά σας είναι τα ισχύοντα, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς σας».*

12. 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 (25/10/2022), κατά την οποία υποβλήθηκε και η προσφορά της παρεμβαίνουσας, 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.

13. Όπως παγίως κρίνεται (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 τη διάρκεια της προκείμενης σύμβασης που θα εκκινούσε, σε κάθε περίπτωση, εντός του 2023.

14. Ακόμη δε 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 στο μέλλον (πρβλ. ΕΑΔΗΣΥ 591,592/2023, 284/2022, σκ. 42).

15. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού και συνομολογεί η παρεμβαίνουσα, η τελευταία 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 της προσφορά (βλ. έγγραφο με τίτλο «Ανάλυση Προσδιορισμού Μηνιαίων Αποδοχών» ανά τμήμα) η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι υπολογίζει τις εισφορές με ποσοστό 22,29%. Τα ποσοστά αυτά υπολείπεται του ποσοστού, στο οποίο προβλεπόταν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της στον διαγωνισμό (25/10/2022) ότι θα επανέρχονταν οι ασφαλιστικές εισφορές από 1/1/2023, ήτοι των ποσοστών που κατά τον κρίσιμο χρόνο ήταν εφαρμοστέα για την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης, ανερχόμενα σε 24,08% για πλήρη απασχόληση και 24,56% για μερική απασχόληση. Με τον τρόπο, όμως, αυτό η παρεμβαίνουσα παραβίασε τους ισχύοντες κοινωνικοασφαλιστικούς κανόνες και τους όρους της Διακήρυξης, όπως διευκρινίστηκαν με το έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με 14/10/2022, καθώς επίσης και τα αντίστοιχα άρθρα 18 παρ. 2 και 95 παρ. 5 α' του ν. 4412/2016. Η πλημμέλεια-αυτή συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς της.

16. Απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι υπολόγισε τις ασφαλιστικές εισφορές με το μειωμένο ποσοστό του άρθρου 31 του ν. 4745/2020 βασιζόμενη στο έγγραφο με αριθμό πρωτ. 226245/17-5-2022 της Γενικής Διεύθυνσης Εισφορών ΕΦΚΑ με τίτλο «Μείωση ασφαλιστικών εισφορών του κλάδου επικουρικής ασφάλισης από 1.6.2022», καθόσον, ανεξάρτητα του ότι, όπως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, στο έγγραφο αυτό δεν γίνεται αναφορά στο καθεστώς που επρόκειτο να ισχύσει από 1/1/2023 έως 31/8/2025, δεν αίρεται το γεγονός ότι η ρύθμιση του ν. 4745/2020 είχε σαφώς ορισμένη διάρκεια που δεν καταλάμβανε τον προβλεπόμενο από τη Διακήρυξη χρόνο εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης. Ούτε η αναφορά στο έγγραφο αυτό της διάταξης του άρθρου 8 παρ. 4 ν. 4670/2020 σχετικά με την προσαύξηση των εισφορών επικουρικής ασφάλισης από την 1/1/2025 και σύμφωνα με τον δείκτη μεταβολής μισθών δικαιολογεί τους υπολογισμούς της παρεμβαίνουσας, αφού αφορά το διάστημα μετά την 1.1.2025 και μόνο τις εισφορές επικουρικής ασφάλισης.

17. Περαιτέρω, απορριπτέος είναι ο περί ασάφειας των όρων της Διακήρυξης ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, διότι, πέραν του ότι, όπως προαναφέρθηκε, οι εξαιρετικές διατάξεις του άρθρου 31 του ν. 4756/2020 είχαν ρητά προσδιορισμένη χρονική ισχύ μέχρι τις 31/12/2022, η αναθέτουσα αρχή χορήγησε διευκρίνιση, κατόπιν σχετικών ερωτημάτων άλλων οικονομικών

φορέων, με την οποία αποσαφήνισε ότι οι εισφορές υπολογίζονται με τις ισχύουσες διατάξεις κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Εάν δε καταλειπόταν οποιαδήποτε αμφιβολία στην παρεμβαίνουσα, θα μπορούσε και εκείνη να διατυπώσει πρόσθετο διευκρινιστικό ερώτημα, σύμφωνα με τη δυνατότητα που της παρέχει ο όρος 2.1.3 της Διακήρυξης. Ωστόσο, η παρεμβαίνουσα, διαμορφώνοντας, χωρίς επιφύλαξη, την οικονομική της προσφορά για το χρονικό διάστημα από 1/5/2023 και εξής σύμφωνα με τις ως άνω εξαιρετικές διατάξεις του άρθρου 31 του ν. 4756/2020, παρά την προβλεπόμενη λήξη ισχύος τους στις 31.12.2022, παραβίασε τους ισχύοντες κοινωνικοασφαλιστικούς κανόνες, υπολογίζοντας ασφαλιστικές εισφορές κατώτερες των νόμιμων, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της.

18. Τέλος, απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι η προσφορά της καλύπτει το απαιτούμενο ποσό του εργατικού κόστους, διότι την έχει καταρτίσει με βάση αριθμό εργαζομένων μεγαλύτερο από τον απαιτούμενο, οπότε το ποσό των αυξημένων εισφορών μπορεί να καλυφθεί με τη μείωση του αριθμού των εργαζομένων. Και τούτο, διότι στην προκείμενη περίπτωση δεν τίθεται ζήτημα, είτε σφάλματος μαθηματικού υπολογισμού, είτε ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς λόγω υπολογισμού χαμηλού διοικητικού κόστους ή εύλογου κέρδους, το περιεχόμενο και το ύψος των οποίων δεν ορίζονται κατά νόμο, παρά προσδιορίζονται ελεύθερα από τους διαγωνιζόμενους, αλλά παράβασης εφαρμοστέων διατάξεων του κοινωνικοασφαλιστικού δικαίου. Εξάλλου, δεν μπορεί να επιτραπεί ο επανυπολογισμός του εργατικού κόστους με τα ορθά ποσοστά και με διαφορετικό αριθμό εργαζομένων, σύμφωνα με τους περιεχόμενους στην παρέμβαση υπολογισμούς, διότι κάτι τέτοιο θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Κατά συνέπεια, η παραπάνω παράβαση, η οποία είναι ουσιώδης και ανεπίδεκτη συμπλήρωσης ή διόρθωσης, καθιστά την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας απαράδεκτη (βλ. ΔΕφΑθ 894/2023, πρβλ. ΔΕφΑθ 159/2021, ΔΕφΠειρ 90/2021, σκ. 17, ΕΑΔΗΣΥ 1151/2022 κ.α.). Κατόπιν των παραπάνω, ο μόνος λόγος της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

19. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η παρέμβαση να απορριφθεί και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 29 Μαΐου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ