

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 26.09.2019 με την εξής σύνθεση:  
Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1053/20.08.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της εταιρείας .....[εφεξής αναθέτουσα αρχή] και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 110/26.07.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. .... Διακήρυξης, με αντικείμενο την «.....». Η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. .... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την «.....», προϋπολογισθείσα αξία 495.898,77€ πλέον ΦΠΑ και

## Αριθμός απόφασης: 1183/2019

κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 28.05.2019 με ΑΔΑΜ: ..... και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 29.05.2019 με Α/Α ..... Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 24.06.2019 και ώρα 15.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 28.06.2019 και ώρα 10.00 π.μ. Στη διαγωνιστική διαδικασία υπέβαλαν προσφορά 3 οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα: «.....», «.....». Με την υπ' αριθμ. 109/15.07.2019 απόφασή του το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής επικύρωσε το υπ' αριθ. 5803/10-7-2019 Πρακτικό της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού περί απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «.....» και αποδοχής των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας. Με την υπ' αριθμ. 110/26.07.2019 απόφασή του το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής επικύρωσε το υπ' αριθ. 6281/26-7-2019 Πρακτικό της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού περί αποδοχής των οικονομικών προσφορών της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας, αναδεικνύοντας την τελευταία προσωρινή ανάδοχο. Τέλος, με την υπ' αριθμ. 114/16.08.2019 απόφασή του το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής επικύρωσε το υπ' αριθμ. 6676/09.08.2019 Πρακτικό της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού περί αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ανέδειξε την παρεμβαίνουσα οριστική ανάδοχο.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 110/26.07.2019 πράξη είναι νομικά πλημμελής, έχει εκδοθεί άνευ νομίμου αιτιολογίας, κατά παράβαση κατ' ουσίαν διάταξης νόμου ή πάντως κατά πλάνη περί τα πράγματα, προβάλλοντας ειδικότερα τους εξής ισχυρισμούς: Ι. Όσον αφορά το εμπρόθεσμο και το παραδεκτό της προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 19 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας καθώς και του άρθρου 22 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 8 παρ. 1 της ΥΑ 56902/215/02.06.2017 περί λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ

## Αριθμός απόφασης: 1183/2019

και επισημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε τις αποφάσεις υπ' αριθμ. 109/15.07.2019 και 110/26.07.2019 του Διοικητικού Συμβουλίου της την 16.07.2019 και την 26.07.2019 αντίστοιχα στην Κονσόλα Διαχείρισης του ΕΣΗΔΗΣ αντί για τη λειτουργικότητα «Επικοινωνία», με αποτέλεσμα η ίδια να λάβει γνώση για την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης την 08.08.2019, εξ αφορμής της αποσφράγισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας. Η προσφεύγουσα συμπεραίνει σχετικά ότι η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής εκκίνησε την 08.08.2019, κατά την οποία έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης. II. Η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις των παραγράφων 1.7, 2.2.6, 4.3 της διακήρυξης, τα άρθρα 6 και 13 του υποδείγματος σύμβασης καθώς και νομολογία σχετικά με οικονομικές προσφορές που κρίθηκαν απορριπτέες επειδή ήταν ασυνήθιστα χαμηλές, καθώς υπολείπονταν του ελάχιστου κόστους μισθοδοσίας του προσωπικού και ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι αδικαιολόγητα χαμηλή και δεν επαρκεί για την κάλυψη του κόστους που πραγματικά απαιτείται για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, προβάλλοντας ειδικότερα τις εξής πλημμέλειες: (1) Μη ορθός υπολογισμός του προσωπικού που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης: Στα αρχεία που έχουν επισυναφθεί στην οικονομική της προσφορά, η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι για την κάλυψη των απαιτήσεων της σύμβασης θα χρησιμοποιήσει 27,21 άτομα πλήρους απασχόλησης, συμπεριλαμβανομένων των ατόμων για την κάλυψη των ρεπό. Κατά την προσφεύγουσα, ο αριθμός αυτός δεν επαρκεί για την κάλυψη των απαιτήσεων της σύμβασης, σύμφωνα με τις τεχνικές απαιτήσεις της διακήρυξης. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην διακήρυξη, ισχύουν τα εξής δεδομένα: Ιχθυόσκαλα .....((40 ώρες X7 ημέρες)+(8ώρες X6 ημέρες)+(18 ώρες X6 ήμερες)) / 40 ώρες πλήρους απασχόλησης ανά εργαζόμενο = 10,9 πραγματικοί εργαζόμενοι, ισοδύναμοι πλήρους απασχόλησης (α). Ιχθυόσκαλα .....(24 ώρες X2 θέσεις φύλαξης X7 ημέρες) / 40 ώρες πλήρους απασχόλησης ανά εργαζόμενο = 8,4 πραγματικοί εργαζόμενοι, ισοδύναμοι πλήρους απασχόλησης (β). Ιχθυόσκαλα .....(24 ώρες X7 ημέρες) / 40 ώρες πλήρους απασχόλησης ανά εργαζόμενο = 4,2

## Αριθμός απόφασης: 1183/2019

πραγματικοί εργαζόμενοι, ισοδύναμοι πλήρους απασχόλησης ( $\gamma$ ). Λαχαναγορά .....(24 ώρες Χ7 ημέρες) / 40 ώρες πλήρους απασχόλησης ανά εργαζόμενο = 4,2 πραγματικοί εργαζόμενοι, ισοδύναμοι πλήρους απασχόλησης ( $\delta$ ). Συνεπώς, η προσφεύγουσα διαπιστώνει ότι ο αριθμός του προσωπικού που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης ανέρχεται σε 27,70 ( $=\alpha+\beta+\gamma+\delta$ ) εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης και όχι σε 27,21 που έχει υπολογίσει η παρεμβαίνουσα, με αποτέλεσμα, είτε να μην μπορεί να καλύψει το σύνολο των απαιτήσεων του έργου, είτε, προκειμένου να τις καλύψει, να πρέπει οι εν λόγω εργαζόμενοι να απασχοληθούν παραπάνω από τον νόμιμο χρόνο απασχόλησης τους χωρίς να αμειφθούν για τις πρόσθετες αυτές υπηρεσίες τους. (2) Η προσφεύγουσα επικαλείται λανθασμένο υπολογισμό του κατώτερου νόμιμου εργατικού κόστους. α. Ειδικότερα, το κατώτερο νόμιμο εργατικό κόστος προκύπτει ως εξής: Ο βασικός μισθός των εργαζομένων έχει ορισθεί σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση υπ' αριθ. οικ. 4241/127 περί «Καθορισμού κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας», (ΦΕΚ Β' 173/30-01 2019), με ισχύ από την ημερομηνία εφαρμογής της, ήτοι από την 1-2-2019. Ο βασικός μισθός ανέρχεται σε 650,00 ευρώ και αφορά εργαζόμενους με ένα (1) έτος, τουλάχιστον, ενώ το μηνιαίο μισθοδοτικό κόστος που αναλογεί σε κάθε εργαζόμενο, ισοδύναμο πλήρους απασχόλησης, χωρίς υπολογισμό προσαυξήσεων (ήτοι για φύλακες που θα εργάζονται μόνο καθημερινές και σε ημερήσιο ωράριο) ανέρχεται στο ποσό των 1.036,52€. Επί του ποσού αυτού θα πρέπει να υπολογιστούν και οι προσαυξήσεις που ισχύουν για νυχτερινή απασχόληση σε ημέρα καθημερινής (25%), καθώς και για την ημερήσια (75%) και νυχτερινή απασχόληση (100%) σε ημέρα Κυριακής - Επίσημης Αργίας. Για τον υπολογισμό του κόστους των προσαυξήσεων λαμβάνονται υπόψη: 1.036,52€ / 166,67 αναλογία ωρών εργασίας/ασφάλισης = 6,219€ ανά ώρα ημερήσιας απασχόλησης. Οι ημέρες του επόμενου ετήσιου χρονικού διαστήματος, εντός του οποίου πρόκειται να εκτελεστεί η σύμβαση, διαχωρίζονται σε 307 ημέρες Δευτέρα-Σάββατο (χωρίς προσαύξηση) και σε 59 ημέρες Κυριακών και αργιών. Επομένως, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ισχύουν τα

## Αριθμός απόφασης: 1183/2019

εξής: Ιχθυόσκαλα .....Για την κάλυψη του προγράμματος φύλαξης απαιτούνται 10,9 εργαζόμενοι ισοδύναμοι πλήρους απασχόλησης σε κυλιόμενο πρόγραμμα, ήτοι  $((40 \text{ ώρες} \times 7 \text{ ημέρες}) + (8 \text{ ώρες} \times 6 \text{ ημέρες}) + (18 \text{ ώρες} \times 6 \text{ ημέρες})) / 40 \text{ ώρες} = 10,9 \text{ εργαζόμενοι}$ . Επομένως έχουμε:  $10,9 \text{ εργαζόμενοι} \times 1.036,52\text{€} \text{ μηνιαίως} \times 12 \text{ μήνες} = 135.576,82\text{€}$  307 ημέρες Δ-ΣΧ 16ώρες (22:00-06:00)  $\times 1,55475\text{€} = 7.636,93\text{€}$  307 ημέρες Δ-ΣΧ 18ώρες (00:00-06:00)  $\times 1,55475\text{€} = 8.591,55\text{€}$  59 ημέρες Κ&Α  $\times 24 \text{ ώρες} (06:00-22:00) \times 4,66425\text{€} = 6.604,58\text{€}$  59 ημέρες Κ&ΑΧ 16ώρες (22:00-06:00)  $\times 6,219\text{€} = 5.870,74\text{€}$ . Συνεπώς το συνολικό εργατικό κόστος ανέρχεται στο ποσό των 164.280,62€. Ιχθυόσκαλα .....Για την κάλυψη του προγράμματος φύλαξης απαιτούνται 8,4 εργαζόμενοι ισοδύναμοι πλήρους απασχόλησης σε κυλιόμενο πρόγραμμα, ήτοι  $(24 \text{ ώρες} \times 2 \text{ θέσεις φύλαξης} \times 7 \text{ ημέρες} / 40 \text{ ώρες} = 8,4 \text{ εργαζόμενοι}$ ). Επομένως:  $8,4 \text{ εργαζόμενοι} \times 1.036,52\text{€} \text{ μηνιαίως} \times 12 \text{ μήνες} = 104.481,22\text{€}$  307 ημέρες Δ-ΣΧ 16ώρες (22:00-06:00)  $\times 1,55475\text{€} = 7.636,93\text{€}$  59 ημέρες Κ&Α  $\times 32 \text{ ώρες} (06:00-22:00) \times 4,66425\text{€} = 8.806,10\text{€}$  59 ημέρες Κ&ΑΧ 16ώρες (22:00-06:00)  $\times 6,219\text{€} = 5.870,74\text{€}$  Συνεπώς το συνολικό εργατικό κόστος για την ιχθυόσκαλα .....ανέρχεται στο ποσό των 126.794,99€ Ιχθυόσκαλα .....Για την κάλυψη του προγράμματος απαιτούνται 4,2 εργαζόμενοι ισοδύναμοι πλήρους απασχόλησης σε κυλιόμενο πρόγραμμα, ήτοι  $(24 \text{ ώρες} \times 7 \text{ ημέρες} / 40 \text{ ώρες} = 4,2 \text{ εργαζόμενοι}$ ). Επομένως έχουμε:  $4,2 \text{ εργαζόμενοι} \times 1.036,52\text{€} \text{ μηνιαίως} \times 12 \text{ μήνες} = 52.240,61\text{€}$  307 ημέρες Δ-ΣΧ 8ώρες (22:00-06:00)  $\times 1,55475\text{€} = 3.818,47\text{€}$  59 ημέρες Κ&Α  $\times 16 \text{ ώρες} (06:00-22:00) \times 4,66425\text{€} = 4.403,05\text{€}$  59 ημέρες Κ&ΑΧ 8ώρες (22:00-06:00)  $\times 6,219\text{€} = 2.935,37\text{€}$  Συνεπώς το συνολικό εργατικό κόστος για την ιχθυόσκαλα .....ανέρχεται στο ποσό των 63.397,50€ Λαχαναγορά .....Για την κάλυψη του προγράμματος απαιτούνται 4,2 εργαζόμενοι ισοδύναμοι πλήρους απασχόλησης σε κυλιόμενο πρόγραμμα, ήτοι  $(24 \text{ ώρες} \times 7 \text{ ημέρες} / 40 \text{ ώρες} = 4,2 \text{ εργαζόμενοι}$ ). Επομένως:  $4,2 \text{ εργαζόμενοι} \times 1.036,52\text{€} \text{ μηνιαίως} \times 12 \text{ μήνες} = 52.240,61\text{€}$  307 ημέρες Δ-ΣΧ 8ώρες (22:00-06:00)  $\times 1,55475\text{€} = 3.818,47\text{€}$  59 ημέρες Κ&ΑΧ 16ώρες (06:00-22:00)  $\times 4,66425\text{€} = 4.403,05\text{€}$  59 ημέρες Κ&ΑΧ 8ώρες (22:00-06:00)  $\times 6,219\text{€} = 2.935,37\text{€}$ . Συνεπώς το συνολικό εργατικό κόστος για την Λαχαναγορά

## Αριθμός απόφασης: 1183/2019

.....ανέρχεται στο ποσό των 63.397,50€. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, το κατώτερο νόμιμο εργατικό κόστος ανέρχεται στο ποσό των 417.870,61€, σε αντίθεση με το ποσό των 412.346,79€ ετησίως που έχει υπολογίσει η παρεμβαίνουσα. β. Περαιτέρω, σχετικά με το εργατικό κόστος που έχει υπολογίσει, η προσφεύγουσα επισημαίνει τα εξής: Πρώτον, λανθασμένος υπολογισμός αριθμού εργαζομένων (ήτοι 27,21 αντί του ορθού 27,70) όπως ανωτέρω αποδείξαμε, με αποτέλεσμα τον λανθασμένο υπολογισμό του συνολικού εργατικού κόστους. Δεύτερον, μη ορθός υπολογισμός κόστους ημερησίων αποδοχών. Ο εν λόγω οικονομικός φορέας υπολογίζει το ποσό των 31,72 ευρώ ως κόστος ημερήσιων αποδοχών όπως προκύπτει από την πράξη  $(17686,50+4432,242615,48+2247,61)= 26981,83 /27,21 /25 /1,2506=31,72€$ . Το ποσό αυτό, όμως, είναι εσφαλμένο, αφού από το τελικό ποσό αφαιρούνται ασφαλιστικές εισφορές 25,06% και όχι 24,81% όπως θα έπρεπε και όπως έχει υπολογίσει η παρεμβαίνουσα σε όλη την υπόλοιπη προσφορά της. Συνεπώς, ο σωστός υπολογισμός, για το κόστος ημερήσιων αποδοχών, έπρεπε να είναι  $(17686,50 + 4432,242615,48 +2247,61)= 26.981,83/ 27,21/ 25/ 1,2481 = 31,78€$ . Το σφάλμα αυτό συμπαρασύρει και επηρεάζει τα ακόλουθα ποσά: το μηνιαίο κόστος του επιδόματος αδείας έπρεπε να ανέρχεται σε 1.124,32€ αντί για 1.122,14€ και το μηνιαίο κόστος του δώρου Πάσχα-Χριστουγέννων έπρεπε να ανέρχεται σε 3.513,24€ αντί για 3.506,55€. (3) Λανθασμένος υπολογισμός ποσού παρακράτησης 3%. Το ύψος της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 3,00%, έχει υπολογισθεί από την παρεμβαίνουσα στο ποσό των 1.048,18€ μηνιαίως. Όμως, κατά την προσφεύγουσα, το ποσό αυτό δεν επαρκεί για την κάλυψη του ανωτέρου στοιχείου κόστους. Ειδικότερα:  $35.747,09 € - 53,68 € = 35.693,41 €$ , που αποτελεί το καθαρό ποσό μετά την αφαίρεση των κρατήσεων. Στο εν λόγω καθαρό ποσό θα πρέπει να υπολογιστεί το ποσοστό της παρακράτησης 3% (βλ. άρθρο 5.1.1.δ, σελ. 28 της διακήρυξης), και επομένως:  $35.693,41 € \times 3\% = 1.070,80 €$ . Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα υπολογίζει το εν λόγω κονδύλιο στο ποσό των 1.041,18 € και επομένως το υπόλοιπο που απομένει μετά την διενέργεια της παρακράτησης, δεν επαρκεί για την κάλυψη των λοιπών προϋπολογιζόμενων ποσών. Συνεπώς, η προσφορά της

## Αριθμός απόφασης: 1183/2019

υπολείπεται κατά 29.62€ του ελάχιστου νόμιμου ποσού που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης. Κατά την προσφεύγουσα, η κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού σε οικονομικό φορέα του οποίου η οικονομική προσφορά υπολείπεται του κατώτερου νόμιμου εργατικού κόστους, θα έχει ως αναπόφευκτο αποτέλεσμα την συμπίεση των αποδοχών των εργαζομένων, με συνέπεια να παραβιάζεται ευθέως η εργατική νομοθεσία, αφού ως ανάδοχος δεν θα είναι σε θέση να καταβάλει τις νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων, ενώ, σε κάθε περίπτωση, η ελλειμματική αυτή προσφορά οδηγεί σε μείωση της ποσότητας και ποιότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών φύλαξης.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή εμμένει στην ορθότητα της προσβαλλόμενης πράξης, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: I. Ότι η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί εκπρόθεσμα, επειδή η προσβαλλόμενη πράξη αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 26.07.2019 και έτσι έγινε προσβάσιμη και γνωστή σε όλους τους διαγωνιζόμενους, τηρουμένης της πάγιας αρχής της ίσης μεταχείρισης όλων των διαγωνιζομένων, που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς. Κατά την αναθέτουσα αρχή, η δεκαήμερη προθεσμία άσκησης της προσφυγής εξέπνευσε την 05.08.2019. II. Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται περαιτέρω ότι η προσφυγή στρέφεται κατά πράξης, η οποία η οποία έχει αντικειμενικά απορροφηθεί από την μεταγενέστερη υπ' αριθ. 114/16.08.2019 απόφαση κατακύρωσης και ως εκ τούτου θα έπρεπε με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή να προσβληθεί κυρίως αυτή και με αυτόν τον τρόπο να προσβάλλεται η απορροφηθείσα σε αυτήν υπ' αριθ. 110/26.07.2019. Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της, με το δεδομένο ότι η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε (την 19.08.2019 και ώρα 17:38:07) μετά την γνωστοποίηση μέσω της ανάρτησης της υπ' αριθ. 114/16.08.2019, η οποία συντελέστηκε την 19.08.2019 και ώρα 10:23:16, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η τελευταία συμπροσβάλλεται με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, γεγονός το οποίο θα επέρχεται αν αυτή (η υπ' αριθ. 114/16.08.2019) είχε αναρτηθεί ΜΕΤΑ την άσκηση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, πολύ δε περισσότερο που η προσφεύγουσα είχε προθεσμία μέχρι την 29.08.2019 να προσβάλλει την κατά τα πιο πάνω υπ' αριθ. 114/16-8-2019 απόφαση και μέσω

αυτής βέβαια και την προσβαλλόμενη με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή υπ' αριθ. 110/26.07.2019 απόφαση. III. Όσον αφορά τους λόγους που προβάλλονται με την υπό κρίση προσφυγή, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι είχαν γίνει γνωστοί στην αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού, η οποία προκειμένου να σχηματίσει άποψη επ' αυτών την 31.07.2019 ζήτησε διευκρινίσεις από την παρεμβαίνουσα, βασιζόμενη στο άρθρο 3.1.1 της Διακήρυξης, στο οποίο προβλέπεται ότι: *«Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016»*. Η αναθέτουσα αρχή παραθέτει αυτούσιο το από 05.08.2019 υπόμνημα με το οποίο η παρεμβαίνουσα απάντησε στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας, επισημαίνει ότι η επιτροπή αξιολόγησε εκ νέου την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι οι εξηγήσεις που παρείχε ήταν ικανοποιητικές και αιτείται την απόρριψη της προσφυγής. IV. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει επιπλέον λόγους για τους οποίους θεωρεί ότι η προσφυγή είναι απορριπτέα και ειδικότερα: *«1. Το αντικείμενο του διαγωνισμού αφορά την ..... (Οι αιτούμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : .....). 2. Η ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης θα δημιουργήσει μια σειρά από σοβαρότατα προβλήματα στην φύλαξη των πιο πάνω Ιχθυοσκαλών και της Λαχαναγοράς ..., όπως ενδεικτικά αναφέρουμε τα ακόλουθα: Επειδή δημιουργείται κενό ελέγχου στη διακίνηση νωπών τροφίμων, αλλά και την εύρυθμη φύλαξη και λειτουργία των Ιχθυοσκαλών και της Λαχαναγοράς ....., με συνέπεια ενδεχόμενες δυσχέρειες και καθυστερήσεις στην τροφοδοσία του καταναλωτικού κοινού. Επειδή τα ανωτέρω επιδρούν και σε ζητήματα δημόσιας υγείας, δεδομένου ότι η επίβλεψη της καθαριότητας είναι μέρος της φύλαξης και εύρυθμης λειτουργίας των χώρων. Επειδή έχει λήξει η σύμβαση του υφιστάμενου εργολάβου και δεν υπάρχει η δυνατότητα ανανεώσεως της, αλλά ούτε και αναθέσεως σε οιονδήποτε τρίτο με διαδικασίες προβλεπόμενες από το νόμο. Γι' αυτούς τους*



## Αριθμός απόφασης: 1183/2019

*λόγους ΖΗΤΑΜΕ Να απορριφθεί στο σύνολό της η με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 1053/20-08-2019 Προδικαστική Προσφυγή [...]».*

5. Επειδή, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: I. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται καταρχάς ότι η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί απαραδέκτως επειδή η προσφεύγουσα προβάλλει τυπική πλημμέλεια της αναθέτουσας αρχής και συγκεκριμένα τον πλημμελή τρόπο κοινοποίησης της προσβαλλόμενης πράξης, χωρίς να επικαλείται βλάβη η οποία να της προκλήθηκε από την πλημμέλεια αυτή. Η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι η προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής εκκινεί από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης και δεν αμφισβητεί την εμπρόθεσμη άσκηση της υπό κρίση προσφυγής. II. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται περαιτέρω ότι η προσφυγή έχει ασκηθεί απαραδέκτως, για τον πρόσθετο λόγο ότι όλες οι προβαλλόμενες αιτιάσεις κατά της οικονομικής προσφοράς της έχουν ήδη προβληθεί με το από 31.07.2019 υπόμνημα της προσφεύγουσας και έχουν ήδη εξεταστεί από την αναθέτουσα αρχή. Προκειμένου να ενισχύσει τον προαναφερόμενο ισχυρισμό της, η παρεμβαίνουσα επικαλείται νομολογία (233/2014 ΔΕφΑθ, 111/2019 ΔΕφΑθ), η οποία αφορά σε απαράδεκτη προβολή λόγων που έχουν ήδη προβληθεί με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής (υπό το προϊσχύσαν πλαίσιο του Ν. 3886/2010) ή της ΑΕΠΠ (σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016). III. Όσον αφορά τους προβαλλόμενους λόγους, η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι πρέπει να απορριφθούν, επισημαίνοντας ότι *«το γεγονός ότι κάποιος διαγωνιζόμενος έχει καταστρώσει την Οικονομική Προσφορά του κατά διαφορετικό τρόπο έναντι ανταγωνιστή του προσφέροντα, υπό την επιφύλαξη βέβαια τήρησης των απαιτήσεων που έχουν τεθεί στη Διακήρυξη και τη συμφωνία με την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, αποτελεί σύμφυτο χαρακτηριστικό της επιχειρηματικής δράσης που αναπτύσσουν οι οικονομικοί φορείς (εν προκειμένω) στο πεδίο των δημοσίων διαγωνισμών και της ελευθερίας να οργανώνουν κατά τρόπο ανταγωνιστικό, ήτοι καλύτερο για τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής που προκηρύσσει τον Διαγωνισμό, πολύ*

περισσότερο όταν κριτήριο ανάθεσης αποτελεί (όπως εδώ) το μειοδοτικό κριτήριο ανάθεσης, έτσι ώστε η αναδοχή της σύμβασης να εξαρτάται ουσιωδώς από το μικρότερο ύψος των οικονομικών προσφορών (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 272/2008, ΑΕΠΠ 704/2018 σκέψη 12)». Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα προβάλλει τα εξής:

i. Ως προς τον αριθμό του απασχολούμενου προσωπικού: «Η προσφεύγουσα, κατά τους δικούς της υπολογισμούς, καταλήγει στο όλως άτοπο και αβάσιμο συμπέρασμα ότι σύμφωνα με τα οριζόμενα εκ της διακήρυξης, και προς τη κάλυψη των απαιτήσεων των υπηρεσιών της υπό ανάθεση σύμβασης, απαιτείται συνολικά για την Ιχθυόσκαλα, .....και τη Λαχαναγορά..., η απασχόληση 27,70 φυλάκων, χωρίς, ωστόσο, να προσδιορίζει και να επικαλείται ειδικώς μέρος της διακήρυξης από το οποίο να προκύπτει ο ανωτέρω αριθμός απασχολούμενων φυλάκων. Αντιθέτως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, σύμφωνα με το Παράρτημα I, Μέρος Α' «Περιγραφή φυσικού αντικείμενου της σύμβασης», της παρούσας διακήρυξης, τα μόνα σημεία από τα οποία δύναται όπως συναχθεί με ασφάλεια ο αριθμός των απασχολούμενων φυλάκων, είναι το σημείο 2.ΙΑ (σελ. 33 της διακήρυξης) και 3 (σελ. 34-35 της διακήρυξης). Στα ως άνω χωρία του Μέρους Α' του Παραρτήματος I, δίνεται μια γενική κατεύθυνση προς τους οικονομικούς φορείς σχετικά με τις βάρδιες και τα ωράρια που το απασχολούμενο προσωπικό οφείλει να καλύψει, αναφέροντας παράλληλα τον ελάχιστο αριθμό των φυλάκων που θα απασχολούνται σε βάρδιες στην Ιχθυόσκαλα ....., .....και στη Λαχαναγορά ....., χωρίς όμως η αναθέτουσα αρχή να δεσμεύει τους οικονομικούς φορείς να προβούν σε συγκεκριμένο τρόπο υπολογισμού των ατόμων που πρόκειται να απασχοληθούν. Συνεπώς, σύμφωνα με τη διακήρυξη, για την Ιχθυόσκαλα .....απαιτούνται: “1 άτομο 06:00 - 14:00 όλες τις ημέρες της εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. 1 άτομο 06:00 - 14:00 όλες τις ημέρες της εβδομάδας πλην Κυριακής και αργιών. 2 άτομα 14:00 - 22:00 όλες τις ημέρες της εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. 2 άτομα 22:00 – 06:00 όλες τις ημέρες της εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. 3 άτομα 00:00 – 06:00 για όλες τις ημέρες της εβδομάδας πλην Σαββάτου προς Κυριακή και αργιών”. Για την Ιχθυόσκαλα .....: “2 άτομα 06:00- 14:00 όλες τις ημέρες τις

## Αριθμός απόφασης: 1183/2019

εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. 2 άτομα 14:00- 22:00 όλες τις ημέρες τις εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. 2 άτομα 22:00- 06:00 όλες τις ημέρες τις εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών”. Για την Ιχθυόσκαλα .....: “1 άτομο 06:00- 14:00 όλες τις ημέρες τις εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. 1 άτομο 14:00- 22:00 όλες τις ημέρες τις εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. 1 άτομο 22:00- 06:00 όλες τις ημέρες τις εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών”. Και για τη Λαχαναγορά .....: “1 άτομο 06:00- 14:00 όλες τις ημέρες τις εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. 1 άτομο 14:00- 22:00 όλες τις ημέρες τις εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. 1 άτομο 22:00- 06:00 όλες τις ημέρες τις εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών”. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, η εταιρία μας σε πλήρη συμμόρφωση με τις απαιτήσεις της παρούσας διακήρυξης, έχει υπολογίσει για την Ιχθυόσκαλα .....ένα (1) άτομο οκτάωρης απασχόλησης πρωινής βάρδιας για όλες τις ημέρες της εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών, ένα (1) άτομο οκτάωρης απασχόλησης πρωινής βάρδιας για όλες τις ημέρες της εβδομάδας πλην Κυριακής και αργιών, δύο (2) άτομα οκτάωρης απασχόλησης απογευματινής βάρδιας για όλες τις ημέρες της εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών, δύο (2) άτομα οκτάωρης απασχόλησης βραδινής βάρδιας για όλες τις ημέρες της εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών και τρία (3) άτομα εξάωρης απασχόλησης νυχτερινής βάρδιας για τις ημέρες Δευτέρα έως Παρασκευή και Κυριακή, ήτοι για όλες τις ημέρες της εβδομάδας πλην Σαββάτου προς Κυριακή και αργιών. Για την Ιχθυόσκαλα .....έχουμε υπολογίσει δύο (2) άτομα οκτάωρης απασχόλησης πρωινής βάρδιας, δύο (2) άτομα οκτάωρης απασχόλησης απογευματινής βάρδιας και δύο (2) άτομα οκτάωρης απασχόλησης νυχτερινής βάρδιας για όλες τις ημέρες της εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. Για την Ιχθυόσκαλα .....έχουμε υπολογίσει ένα (1) άτομο οκτάωρης απασχόλησης πρωινής βάρδιας, ένα (1) άτομο οκτάωρης απασχόλησης απογευματινής βάρδιας και ένα (1) άτομο οκτάωρης απασχόλησης νυχτερινής

βάρδιας για όλες τις ημέρες της εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. Τέλος για την Λαχαναγορά .....έχουμε υπολογίσει ένα (1) άτομο οκτάωρης απασχόλησης πρωινής βάρδιας, ένα (1) άτομο οκτάωρης απασχόλησης απογευματινής βάρδιας και ένα (1) άτομο οκτάωρης απασχόλησης νυχτερινής βάρδιας για όλες τις ημέρες της εβδομάδας συμπεριλαμβανομένων Κυριακών και αργιών. Προς επίρρωση τούτου, αναφερόμαστε στο αρχείο με τα στοιχεία άρθρου 68 Ν. 3863/2010 και στο αρχείο με την οικονομική ανάλυση της προσφοράς μας, ήδη υποβληθέντα εντός του φακέλου της οικονομικής μας προσφοράς (Σχετικά 6, 7 & 8), τα οποία και επικαλούμαστε.

22. Συνολικά δηλαδή, έχουμε δηλώσει ότι το απαιτούμενο προσωπικό που θα απασχοληθεί για την προσήκουσα εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών είναι 27,21 άτομα, το οποίο προκύπτει με την ακόλουθη μεθοδολογία που ακολουθεί η εταιρία μας για τον υπολογισμό των ατόμων προσωπικού για την κάλυψη των υπηρεσιών: Όπως και η προσφεύγουσα συνομολογεί (σελ. 17 προσφυγής) το επερχόμενο έτος έχει 307 ημέρες, Δευτέρα έως Σάββατο και 59 ημέρες, που αντιστοιχούν σε Κυριακές και αργίες. Συνεπώς 366 ημέρες του έτους /7 ημέρες την εβδομάδα ισούται με 52,285 εβδομάδες το έτος. Άρα 52,285 εβδομάδες ανά έτος/12 μήνες ισούται με 4,357 εβδομάδες ανά μήνα x 40 ώρες εβδομαδιαίως ισούται με 174 ώρες ανά μήνα κατ' άτομο πλήρους απασχόλησης. Συνεπώς, αθροίζοντας τις ώρες που έχουμε δηλώσει στους πίνακες της ανάλυσης της οικονομικής μας προσφοράς ανά υποκατάστημα του φορέα της αναθέτουσας αρχής (βλ. σχετ. 7), προκύπτουν:  $21.686+17.568+8.784+8.784=56.822$  ώρες ετησίως &  $56.822/12$  μήνες= $4.735,166$  ώρες μηνιαίως. Άρα  $4.738,166/174$  (ώρες μηνιαία κατ' άτομο)= $27,21$  άτομα πλήρους απασχόλησης.

23. Επομένως, καταρρίπτεται ως όλως αναληθής και αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί εσφαλμένου υπολογισμού ατόμων προσωπικού εκ μέρους της εταιρίας μας, αντί του φερόμενου ορθού υπολογισμού 27.70 ατόμων προσωπικού. Αναλογικά προς τα ανωτέρω, προκύπτει το μισθοδοτικό κόστος της εταιρίας μας όπως αναλυτικά περιγράφεται στο αρχείο της "Οικονομικής Ανάλυσης" της οικονομικής μας προσφοράς (βλ. σχετ. 8), κατά το οποίο το σύνολο του εργατικού κόστους

αντιστοιχεί σε 27.531,63€ πάσης φύσεως μηνιαίες αποδοχές και 6.830,60€ ασφαλιστικές εισφορές. Συνεπώς, δεδομένων των ανωτέρω, καθίσταται όλως αβάσιμος και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί την εκ μέρους μας αδυναμία να καλυφθούν οι απαιτήσεις των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών με κίνδυνο την υπερεργασία του προσωπικού, διότι η οικονομική μας προσφορά έχει υπολογισθεί λαμβάνοντας υπόψη τις νόμιμες αποδοχές και τις ασφαλιστικές εισφορές των σε σύνολο 27,21 ατόμων, που ορθώς έχουμε υπολογίσει ότι επρόκειτο να απασχοληθούν για την προσήκουσα εκτέλεση των παρόντων υπηρεσιών. ii. Ως προς τον υπολογισμό του κατώτερου νόμιμου εργατικού κόστους 24. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ακολουθεί και πάλι δικούς της υπολογισμούς, καταφάσκοντας άτοπα και αβάσιμα συμπεράσματα ότι η εταιρία μας έχει υποβάλει οικονομική προσφορά “προφανώς ζημιογόνο”, δήθεν υπολειπόμενη του ελάχιστου κόστους μισθοδοσίας του προσωπικού που πρόκειται να απασχοληθεί, και ως “ασυνήθιστα χαμηλή” πρέπει να απορριφθεί. Ωστόσο, εν αντιθέσει με το σχετικό αβάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας εταιρίας «.....», η εταιρία μας έχει προβεί σε πλήρως ορθό υπολογισμό του ποσού που αντιστοιχεί στο κόστος ημερήσιων αποδοχών, όπως τούτο προκύπτει από την επισκόπηση των κάτωθι πινάκων, που αυτούσιοι συμπεριλαμβάνονται στο αρχείο της οικονομικής ανάλυσης της προσφοράς μας που έχουμε υποβάλει ηλεκτρονικά (βλ. σχετ. 8): [...] 25. Ειδικότερα, αθροίζοντας το κόστος μικτών αποδοχών προσωπικού πλήρους απασχόλησης, τις εισφορές ΙΚΑ του εργοδότη, το πρόσθετο κόστος Κυριακών και Αργιών (συμπεριλαμβανομένων των εργοδοτικών εισφορών) και το επιπλέον κόστος νυχτερινών (συμπεριλαμβανομένων, εξίσου, των εργοδοτικών εισφορών), ήτοι τα στοιχεία με α/α 1, 2, 5 & 6 του ως άνω Πίνακα 2, προκύπτει ότι:  $17.686,50+4.388,02+2.610,25+2.243,14 = 26.927,91$  ευρώ. Και επομένως, το κόστος ημερήσιων αποδοχών  $26.927,91/27,21/25/1,2481$  ισούται με 31,72€, όπως ορθώς έχει υπολογίσει η εταιρία μας. Συνεπώς όλα τα στοιχεία που υπολογίζονται στην οικονομική μας προσφορά είναι σύμφωνα με τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Δεν καταλείπεται δε, ουδεμία αμφιβολία ως προς την έλλειψη των προϋποθέσεων, δυνάμενων να καταστήσουν την οικονομική μας

προσφορά ως “προφανώς ζημιογόνα”, ως όλως αβάσιμα επικαλείται η προσφεύγουσα, δεδομένου ότι για να καταστεί μία οικονομική προσφορά ζημιογόνα, πρέπει να υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου κόστους μισθοδοσίας του απασχολούμενου προσωπικού (ΕΑ ΣτΕ 135, 136/2011, 1122/2010, 1255/2009 κ.α.), προϋπόθεση που εν προκειμένω ουδόλως συντρέχει, ως έχουμε αποδείξει αναλυτικά ανωτέρω. Σε κάθε περίπτωση, εκ μόνου του γεγονότος ότι η αναθέτουσα αρχή ήδη αξιολόγησε τους ισχυρισμούς που προβλήθηκαν δια των από 31.07.2019 και 05.08.2019 υπομνημάτων και έκρινε τις αιτιάσεις του από 05.08.2019 υπομνήματός μας ως “ικανοποιητικές”, δεν καταλείπεται περιθώριο όπως χαρακτηριστεί η οικονομική μας προσφορά ζημιογόνα. 26. Ως προς τον εκ μέρους της προσφεύγουσας χαρακτηρισμό της οικονομικής μας προσφοράς ως “ασυνήθιστα χαμηλή”, αναφέρουμε ότι ως προς τη συμμόρφωση των προσφορών με τις κείμενες διατάξεις στους τομείς του κοινωνικού, εργατικού ή περιβαλλοντικού δικαίου ή με τις διατάξεις του διεθνούς εργατικού δικαίου, στο άρθρο 88 παρ. 3, εδ. 3 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι απορρίπτεται μία προσφορά εφόσον διαπιστωθεί ότι είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δε συμμορφώνεται με υποχρεώσεις που θεσπίστηκαν με το υποχρεωτικό δίκαιο της ΕΕ ή με το συμβατό με αυτήν εθνικό δίκαιο (παρ. 2, άρθρου 18 και εδ. 3, παρ. 3, άρθρου 88 ν. 4412/2016). Στην περίπτωση που διαπιστωθεί παραβίαση των υποχρεώσεων του άρθρου 18, παρ. 2, του ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή δεν έχει διακριτική ευχέρεια αλλά υποχρεούται να απορρίψει την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Και σε αυτήν την περίπτωση, όμως και παρά την αυστηρότητα της διατύπωσης της ρύθμισης του εδ. 3, παρ. 3, άρθρου 88 ν. 4412/2016, απαιτείται να διενεργηθεί πρώτα η διαδικασία διευκρινίσεων από τον οικονομικό φορέα κατ’άρθρο 88 παρ. 2, περ. δ του ν. 4412/2016 προκειμένου να επιβεβαιωθεί εάν η προσφορά δε συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις του άρθρου 18 παρ. 2, του ν. 4412/2016 (Βλ Ηλία Καμπίτση «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές» σε «Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Νομολογική Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή» της Ευαγγελίας - Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Ηλία Μάζου, Ιωάννη Κίτσου, Νομική Βιβλιοθήκη 2019, σελ. 380). Τα ανωτέρω, επιρρωνύονται εκ του γεγονότος ότι, όπως έχουμε

αναφέρει ως άνω, η αναθέτουσα αρχή εξέτασε, αξιολόγησε και απεφάνθη επί των ισχυρισμών του από 31.07.2019 υπομνήματος της προσφεύγουσας, οι οποίοι επαναλαμβάνονται ταυτόσημοι στην σχολιαζόμενη της παρούσας προδικαστική προσφυγή, και ως εκ τούτου, έχει κριθεί ήδη το σύννομο της οικονομικής μας προσφοράς και η συμμόρφωση αυτής με τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την εργασιακή και ασφαλιστική νομοθεσία άνευ οιασδήποτε διακινδύνευσης των εργατικών δικαιωμάτων. iii. Ως προς το ποσό παρακράτησης φόρου 3% 27. Σύμφωνα με τον όρο 5.1.2 (σελίδα 28) της Διακήρυξης, “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., την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: [...] δ) Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 3% επί του καθαρού ποσού”. 28. Η εταιρία μας έχει προβεί σε ορθό υπολογισμό του ποσού παρακράτησης φόρου 3%, έχοντας υπολογίσει αυτό επί τη βάση του καθαρού ποσού της οικονομικής μας προσφοράς (άνευ ΦΠΑ και λοιπών φόρων), ύψους ποσού 34.705,92 ευρώ, στο οποίο αντιστοιχεί ποσό παρακράτησης ύψους 1.041,18 ευρώ μηνιαίως. Το δε ποσό των 1.070,80 ευρώ, που εσφαλμένα θέτει υπόψιν σας η προσφεύγουσα εταιρία «.....» ως το ορθό ύψος του ποσού παρακράτησης φόρου 3% έχει προκύψει ύστερα από εσφαλμένους υπολογισμούς της εν λόγω εταιρίας, η οποία, στη βάση υπολογισμού έχει συνυπολογίσει το ίδιο το κόστος της παρακράτησης, εξάγοντας κατ’ αυτόν τον τρόπο εσφαλμένο αποτέλεσμα. Ως εκ τούτου, η εταιρία μας δεν έχει υποπέσει σε κανένα σφάλμα ως προς τον υπολογισμό του ποσού παρακράτησης φόρου 3%, το οποίο όχι απλώς δεν υπολείπεται του νομίμου, αλλά αντίθετα είναι υψηλότερο αυτού. 29. Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη όλα τα ανωτέρω, σε συνδυασμό με τα εισφερόμενα αποδεικτικά στοιχεία, τα οποία νομίμως έχουμε υποβάλει και ηλεκτρονικά στην διαδικτυακή πλατφόρμα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, παραχρήμα προκύπτει η εκ μέρους μας απαρέγκλιτη τήρηση της εργατικής, ασφαλιστικής και φορολογικής νομοθεσίας, αφής στιγμής εντός της οικονομικής

μας προσφοράς έχουμε υπολογίσει το σύνολο των αποδοχών που δικαιούται το απασχολούμενο προσωπικό, συμπεριλαμβανομένων επιδομάτων, νόμιμων προσαυξήσεων, ασφαλιστικών εισφορών, νόμιμων κρατήσεων αλλά και λοιπών δαπανών που σχετίζονται με την εκτέλεση της σύμβασης (αναλώσιμα υλικά, κόστη διοικητικής υποστήριξης κλπ), ενώ παράλληλα απομένει και το εύλογο ποσό εργολαβικού κέρδους (19,00 € για κάθε ένα μήνα) ούτως ώστε να αποφεύγεται οιοσδήποτε κίνδυνος κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Ως εκ τούτου, οι προβαλλόμενοι εκ της σχολιαζόμενης με την παρούσα προδικαστικής προσφυγής ισχυρισμοί κατά της οικονομικής προσφοράς της εταιρίας μας τυγχάνουν το πρώτον απορριπτέοι ως απαράδεκτοι αλλά και ως αβάσιμοι, άτοποι και αναληθείς [...]».

6. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ....., ποσού ευρώ δύο χιλιάδων τετρακοσίων εβδομήντα εννέα και πενήντα λεπτών (€2.479,50), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

7. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου, αλλά και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 495.898,77€ πλέον ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116).

8. Επειδή, όσον αφορά την προθεσμία άσκησης της Προδικαστικής Προσφυγής, επισημαίνονται τα εξής: Σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 του Ν. 4412/2016 και 4 του Π.Δ. 39/2017: «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15)



ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα [...]». Στην προκειμένη περίπτωση, η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 110/26.07.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, στην οποία έχουν πρόσβαση όλοι ανεξαιρέτως και όχι μόνο οι συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, την 26.07.2018. Η προσφεύγουσα, η οποία δεν ειδοποιήθηκε για την προαναφερόμενη ανάρτηση, κατά δήλωσή της έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης την 08.08.2019. Σύμφωνα με την προαναφερόμενη περίπτωση (γ) της παρ. 1 των άρθρων 361 του Ν. 4412/2016 και 4 του Π.Δ. 39/2017, η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής εκκίνησε την 08.08.2019, κατά την οποία η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση της πράξης και έληξε την 19.08.2019, δεδομένου ότι η 18.08.2019 ήταν ημέρα Κυριακή. Πράγματι, η υπό κρίση Προσφυγή αναρτήθηκε στη λειτουργικότητα Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ την 19.08.2019 και συνεπώς είναι εμπρόθεσμη. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι, εάν η προσφεύγουσα δεν είχε δηλώσει στην προσφυγή της ότι έλαβε πλήρη γνώση την 08.08.2019, η προθεσμία θα εκκινούσε από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης σε εκείνη, η οποία έλαβε χώρα τελικώς την 19.08.2019, όταν η αναθέτουσα αρχή την ανήρτησε στη λειτουργικότητα Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ, όπως επιτάσσουν οι διατάξεις του άρθρου 16 της ΥΑ 56902/215/02.06.2017 (ΦΕΚ 1924/Β), η οποία εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 36 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η Παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την 29.08.2019 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, έλαβε δε αριθμό 870. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στους υπόλοιπους

συμμετέχοντες, η οποία έγινε με ηλεκτρονικά μέσα (μέσω της λειτουργικότητας Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ) την 20.08.2019. Η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Παρέμβασης, καθώς η υπό κρίση Προσφυγή στρέφεται ευθέως κατά της συμμετοχής της στη διαγωνιστική διαδικασία, ενώ έχει ήδη καταστεί οριστική ανάδοχος.

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

11. Επειδή, όσον αφορά τον εκτελεστό χαρακτήρα της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 110/26.07.2019 πράξης, επισημαίνονται τα εξής: Στη διαδικασία της σύνθετης διοικητικής ενέργειας, οι προηγούμενες πράξεις αποβάλλουν την αυτοτέλειά τους, δηλαδή τον εκτελεστό χαρακτήρα τους, και ενσωματώνονται στην τελική. Κατά συνέπεια, η μόνη παραδεκτως προσβαλλόμενη πράξη είναι η τελική, με την προσβολή της οποίας μπορούν να προβληθούν πλημμέλειες και των προηγούμενων πράξεων. Εξαιρέση από

τον προαναφερόμενο κανόνα της ενιαίας δικονομικής αντιμετώπισης της σύνθετης διοικητικής ενέργειας συνιστά η διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, όπου προβλέπεται η ευθεία προσβολή ενδιάμεσης εκτελεστής πράξης. Ειδικότερα, στην παρ. 4 του άρθρου 100 του Ν. 4412/2016 προβλέπονται τα εξής: «4. Τα αποτελέσματα κάθε σταδίου επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες μαζί με αντίγραφο των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών του αντίστοιχου σταδίου. [...] Για τις συμβάσεις που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, αποσφραγίζονται οι φάκελοι δικαιολογητικών, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς όλων των διαγωνιζόμενων για όλα τα στάδια και εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα: α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας και β) του δεύτερου σταδίου, ήτοι της υποβολής προσφορών, στην περίπτωση κλειστής διαδικασίας και ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση. Κατά των ανωτέρω αποφάσεων χωρεί ένσταση, σύμφωνα με το άρθρο 127 για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως και εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, προ ΦΠΑ, ή η, σύμφωνα με το άρθρο 360, προδικαστική προσφυγή για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, προ ΦΠΑ». Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η υπ' αριθμ. 110/26.07.2019, με την οποία επικυρώθηκαν τα αποτελέσματα του Πρακτικού 2, κρίθηκαν αποδεκτές οι οικονομικές προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η τελευταία, μπορούσε να προσβληθεί αυτοτελώς από την προσφεύγουσα από την 08.08.2019, ημερομηνία κατά την οποία δήλωσε ότι έλαβε γνώση του περιεχομένου της έως και την 19.08.2019 και ώρα 10:23:16 π.μ., κατά την οποία της κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ η υπ' αριθμ. 114/16.08.2019 απόφαση κατακύρωσης, η οποία είναι και η τελική πράξη της σύνθετης

διοικητικής ενέργειας. Μετά την έκδοση (και κοινοποίηση) της απόφασης κατακύρωσης, η προγενέστερη υπ' αριθμ. 110/26.07.2019 απόφαση απέβαλε την εκτελεστότητά της. Δεδομένου ότι η υπό κρίση προσφυγή αφενός ασκήθηκε μέσω ανάρτησης στη λειτουργικότητα Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ την 19.08.2019 και ώρα 17:38:07 μ.μ., ήτοι μετά την ανάρτηση της απόφασης κατακύρωσης και αφετέρου δεν στρέφεται κατά αυτής, προκύπτει σύμφωνα με τα ανωτέρω ότι στρέφεται κατά μη εκτελεστής πράξης. Επισημαίνεται ότι η μη προσβολή της απόφασης κατακύρωσης δεν διαπιστώνεται απλώς από το αίτημα της προσφυγής, αλλά προκύπτει από το σύνολο του περιεχομένου της, άλλωστε είναι χαρακτηριστικό ότι στο αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων η προσφεύγουσα ζητά την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, προκειμένου να μην εκδοθεί απόφαση κατακύρωσης. Θα πρέπει να σημειωθεί επίσης ότι, δεδομένου ότι δεν είχε παρέλθει η δεκαήμερη προθεσμία από την πλήρη γνώση της υπ' αριθμ. 110/26.07.2019, η προσφεύγουσα μπορούσε να προβάλει τις αιτιάσεις της κατά της εν λόγω απόφασης σχετικά με την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, υπό την προϋπόθεση όμως ότι θα ζητούσε με την προσφυγή της την ακύρωση και της τελευταίας πράξης (της μόνης εκτελεστής), ήτοι της απόφασης κατακύρωσης. Η παράλειψή της αυτή συνιστά την άσκηση της προσφυγής απαράδεκτη και, κατά συνέπεια, δεν είναι δυνατό να εξεταστούν στην ουσία οι προβαλλόμενοι λόγοι.

12. Επειδή, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η υπό κρίση προσφυγή είναι απαράδεκτη και για τον λόγο ότι προβάλλει αιτιάσεις που έχουν ήδη προβληθεί στην αναθέτουσα αρχή και έχουν εξεταστεί από την επιτροπή διαγωνισμού είναι απορριπτέος. Η νομολογία που επικαλείται η παρεμβαίνουσα αφορά είτε σε προσφυγές που ασκήθηκαν στο πλαίσιο του προϊσχύσαντος Ν. 3886/2010 ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, είτε σε προσφυγές που ασκήθηκαν στο πλαίσιο του Ν. 4412/2016 ενώπιον της ΑΕΠΠ. Και στις δύο όμως προαναφερόμενες περιπτώσεις, οι λόγοι που οι δικαστικές αποφάσεις έκριναν ότι προβλήθηκαν απαραδέκτως είχαν ήδη προβληθεί με προδικαστική προσφυγή ενώπιον του αρμοδίου οργάνου, ενώ στην υπό κρίση περίπτωση οι

ισχυρισμοί αυτοί προβλήθηκαν αρχικά μέσω υπομνήματος και εξετάστηκαν από την επιτροπή διαγωνισμού.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και η ασκηθείσα Παρέμβαση πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού 2.479,50€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 2.479,50€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26.09.2019 και εκδόθηκε την 16.10.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κουρή Σταυρούλα**

**Τσουλούφα Αργυρώ**