

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 5 Σεπτεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Ζαράρη και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην: α) από 23.08.2019, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1059/26.08.2019 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης και β) στην, από 26.08.2019, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1071/27.08.2019, της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «..» νομίμως εκπροσωπούμενης

Κατά του Υπουργείου Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με τις ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές, οι προσφεύγουσες εταιρίες επιδιώκουν, όπως ακυρωθεί η με αρ. πρωτ. 53650/4740/14.08.2019 Απόφαση του Υπουργού Μεταφορών και Υποδομών, κατ' αποδοχή των Νο 1/21.06.2019 και Νο 2/02.07.2019 Πρακτικών, καθώς και του, από 08.07.2019, Συμπληρωματικού (του ως άνω Νο 2 Πρακτικού) Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του

δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης στο κτίριο της Κεντρικής Υπηρεσίας του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών επί της συμβολής των οδών Αναστάσεως 2 και Τσιγάντε (Δήμος Παπάγου) και στο κτίριο του Υπουργείου επί της Λεωφόρου Κηφισίας 37-39 (Δήμος Αμαρουσίου), για χρονικό διάστημα είκοσι τεσσάρων (24) μηνών», CPV: [79713000-5] – Υπηρεσίες Φύλαξης, προϋπολογισμού 552.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (υπ' αριθμ. 3/24.04.2019 Διακήρυξη - ΑΔΑ: 6ΠΥΡ465ΧΘΞ-27Β, Συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: 72692,1).

Με τις δύο (2) ασκηθείσες Παρεμβάσεις της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η πρώτη και η δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή (αντίστοιχα) και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια και Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση των ανωτέρω Προδικαστικών Προσφυγών προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί: α) το υπ' αριθμ. 29200715395910180020 ποσού δύο χιλιάδων διακοσίων είκοσι πέντε ευρώ και ογδόντα ενός λεπτών 2.225,81 € 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) και β) το υπ' αριθμ. 29286837195910250054 ποσού δύο χιλιάδων διακοσίων είκοσι πέντε ευρώ και ογδόντα ενός λεπτών 2.225,81 € αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5

Αριθμός απόφασης: Α 422 423/2019

παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός)

2. Επειδή, οι προσφεύγουσες εταιρίες άσκησαν την, από 23.08.2018, Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/1059/26.08.2019 και την από 26.08.2019, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1071/27.08.2019, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού.

3. Επειδή, οι ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές στρέφονται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 552.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, 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 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα οι ως άνω προσφεύγουσες προσβάλλουν την ως άνω Απόφαση, καθόσον οι κατ' αυτής Προδικαστικές Προσφυγές έχουν κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού.

5. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα, της οποίας η οικονομική προσφορά απορρίφθηκε τελικώς, ήτοι μετά την παροχή διευκρινίσεων επί του υπολογισμού της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% στην οικεία αναθέτουσα αρχή, μολονότι η αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού είχε προτείνει αρχικώς την κατακύρωση της υπό ανάθεση δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών σε αυτήν, έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, μέχρι την έκδοση οριστικής

Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της Προσφυγής. Με την ασκηθείσα Προσφυγή, η προσφεύγουσα διαμαρτύρεται για την απόρριψη της οικονομικής της προσφοράς, που είχε ως συνέπεια να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης του προς ανάθεση αντικειμένου, η ανταγωνίστριά της εταιρία «...». Ειδικότερα, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σελ. 5 της Προσφυγής της), ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον η οικεία αναθέτουσα αρχή μη νομίμως και καταχρηστικώς απέρριψε την οικονομική της προσφορά, με την αιτιολογία ότι δεν συμπεριέλαβε σε αυτήν την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%. Εν συνεχεία, η ως άνω προσφεύγουσα, με παραπομπή στις θεμελιώδεις αρχές της χρηστής διοίκησης, της τυπικότητας και της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης, καθώς και στα άρθρα 64 του Ν. 4172/2013, 24 του Ν. 2198/1994 και 95 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, καθώς και στα άρθρα 2.4.4. και 5.1.2. της οικείας Διακήρυξης, υποστηρίζει ότι, σε κανένα άρθρο της Διακήρυξης δεν θεσπίζεται ρητώς η υποχρέωση των υποψηφίων να συμπεριλάβουν το επίμαχο ποσοστό παρακράτησης φόρου στην οικονομική τους προσφορά. Κατά τους ειδικότερους δε ισχυρισμούς της (βλ. σελ. 11 της Προσφυγής) *«[...] η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί νόμιμη κράτηση υπέρ δημοσίου ή τρίτων, καθώς υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων στο καθαρό ποσό της αξίας των υπηρεσιών, μετά την αφαίρεση των κρατήσεων υπέρ τρίτων και Δημοσίου. Η παρακράτηση λοιπόν 8% για υπηρεσίες επί καθαρού ποσού, δεν αποτελεί νόμιμη εισφορά υπέρ τρίτων, αλλά φορολογική υποχρέωση του αναδόχου. Προσθήκη του ποσού αυτού στην οικονομική προσφορά θα αποτελούσε για την αναθέτουσα αρχή μια δυσανάλογη επιβάρυνση του συνολικού κόστους για τις υπηρεσίες [...] Σε κάθε περίπτωση και μέχρι να επιστραφεί το ποσό της παρακράτησης κατά την ετήσια εκκαθάριση των φορολογικών δηλώσεων, η εταιρεία καλύπτει όλες τις φορολογικές, ασφαλιστικές και μισθοδοτικές υποχρεώσεις της από τα ήδη υπάρχοντα κεφάλαιά της. Από τις βεβαιώσεις πιστοληπτικής ικανότητας, από τους ισολογισμούς της εταιρείας, από την φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα [...] η εταιρεία αποδεικνύει έμπρακτα τη χρηματοοικονομική της επάρκεια και ότι ανταποκρίνεται χρόνια τώρα με άριστο τρόπο στις υποχρεώσεις της [...] Δεδομένου, λοιπόν, ότι ζητήθηκαν*

διευκρινίσεις από την αναθέτουσα αρχή με τα ως άνω έγγραφα, προκύπτει ότι το εν λόγω ζήτημα είναι διευκρινιστέο, ήτοι υπάρχει η δυνατότητα μεταγενέστερης χορήγησης πληροφορίας ή διευκρίνισης [...]»

6. Επειδή, περαιτέρω, η δεύτερη προσφεύγουσα, της οποίας η οικονομική προσφορά απορρίφθηκε από την αναθέτουσα αρχή, έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, μέχρι την έκδοση οριστικής Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της Προσφυγής. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σελ. 5 της Προσφυγής της), ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον, με την προσβαλλόμενη Απόφαση του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών, μη νομίμως και καταχρηστικώς απορρίφθηκε η οικονομική της προσφορά, με συνέπεια να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης, η εταιρία «...». Πιο συγκεκριμένα, η ως άνω προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η με αρ. πρωτ. 53650/4740/14-08-2019 Απόφαση του κ. Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών, όπως και το εγκριθέν μ' αυτή πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού «[...] είναι νομικά πλημμελής και πρέπει να ακυρωθεί, ως εκδοθείσα άνευ νομίμου αιτιολογίας και κατά παράβαση κατ' ουσίαν διάταξης νόμου ή, πάντως, κατά πλάνη περί τα πράγματα, κατά το μέρος που η οικονομική μας προσφορά κρίθηκε απορριπτέα και κατ' αποτέλεσμα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρία «...» [...] β. Σε πλήρη συμμόρφωση προς τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης, η Εταιρία μας υπέβαλε απολύτως σαφή οικονομική προσφορά τόσο για τα δύο επιμέρους τμήματα του έργου, όσο και για το σύνολο των ζητούμενων υπηρεσιών, η οποία αναλύεται, εξειδικεύεται και τεκμηριώνεται με σχετικούς αναλυτικούς πίνακες, οι οποίοι έχουν καταρτιστεί σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και το υπόδειγμα του παραρτήματος IV, με λεπτομερή παράθεση όλων των στοιχείων που έχουν ληφθεί υπόψη κατά την κατάρτιση της προσφοράς μας [...] Πιο συγκεκριμένα, όσον αφορά την πιο πάνω Επιχειρησιακή Συλλογική Σύμβαση, υποβάλαμε, σε αρχείο .pdf, ευκρινές φωτοαντίγραφο νόμιμα

επικυρωμένου από Δικηγόρο αντιγράφου αυτής, καθώς και της συνημμένης πράξης κατάθεσης στο Σ.ΕΠ.Ε. (αριθμός ΕΣ245/8-11-2017). Συνεπώς, από ουδεμία έλλειψη πάσχει η οικονομική μας προσφοράς και, συνακόλουθα, κατά προφανή πλάνη περί τα πράγματα αναφέρεται στο υπ' αριθ. 2/1-7-2019 πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού ότι «Από τον έλεγχο του φακέλου “Οικονομική Προσφορά” προέκυψε ότι δεν περιλαμβάνεται αντίγραφο της Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας, στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι», αφού το συγκεκριμένο έγγραφο έχει αποδεδειγμένα υποβληθεί. Ως εκ τούτου, είναι καταφανώς εσφαλμένη, και επομένως μη νόμιμη, η αιτιολογία βάσει της οποίας απορρίφθηκε η οικονομική μας προσφορά. 2. Ανεξάρτητα όμως από τα παραπάνω, όπως ήδη αναφέρθηκε, στην παρ. 2.4.2.5 της διακήρυξης ορίζεται ότι «... Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014...».

Με βάση τα προλεχθέντα, η δεύτερη προσφεύγουσα υπογραμμίζει ότι, εφόσον στην προκείμενη περίπτωση υποβλήθηκε ηλεκτρονικώς μαζί με την προσφορά της ευκρινές φωτοαντίγραφο της Επιχειρησιακής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας, στην οποία υπάγεται το προσωπικό της, με νόμιμη ηλεκτρονική θεώρησή της από το Σ.ΕΠ.Ε. [βλ. άρθρο 3 περ. δ' της Υ.Α. 29502/85/1-9-2014 (Β' 2390) σχετικά με την ηλεκτρονική υποβολή στοιχείων για θέματα αρμοδιότητας του Σ.ΕΠ.Ε.]], και μάλιστα αντίγραφο αυτής επικυρωμένο επιπροσθέτως από Δικηγόρο, είναι προφανές ότι η οικονομική της προσφορά τελεί σε πλήρη συμφωνία προς τους όρους της παρ. 2.4.2.5. της Διακήρυξης, αλλά και τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 92 παρ. 8 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει, καθώς και αυτές του άρθρου 15 παρ. 1.2.1.1 και 1.2.1.2 της Υ.Α. 56902/201/19-5-2017 (Β' 1924), που αφορά τις τεχνικές λεπτομέρειες και τις διαδικασίες λειτουργίας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Άλλωστε, κατά την άποψή της, εάν η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι θα έπρεπε να υποβληθεί το πιο πάνω έγγραφο και

σε έντυπη μορφή, θα μπορούσε να της ζητήσει να το πράξει, σύμφωνα με τη σχετική πρόβλεψη της παρ. 2.4.2.5. της εν λόγω Διακήρυξης.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (05.09.2019) στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) - μετά την κοινοποίηση της πρώτης Προδικαστικής Προσφυγής στις 26.08.2019 και μετά την κοινοποίηση της δεύτερης Προδικαστικής Προσφυγής στις 27.08.2019, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ στους υπόλοιπους συμμετέχοντες - σκοπεύει δε στην απόρριψη των υπό κρίση Προδικαστικών Προσφυγών, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία απορρίφθηκε η οικονομική προσφορά των προσφευγόντων και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης. Συνεπώς, με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, η εν λόγω Παρέμβαση ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

8. Επειδή, οι υπό κρίση Προδικαστικές Προσφυγές με το υπό εξέταση αίτημα αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, νόμιμα και παραδεκτά εισάγονται ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1 και 15 του ΠΔ 39/2017. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στις 16.08.2019.

9. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Συνεπώς, η Απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεύει να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της Απόφασης επί αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, είναι η

διασφάλιση των (κατ' ελάχιστον) αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης, προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

10. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]».

11. Επειδή, στη διάταξη του άρθρου 91 («Λόγοι απόρριψης προσφορών») παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται 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 τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...]».

12. Επειδή, στο άρθρο 104 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 [...]».

13. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

14. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SPA και Mantovani, σκέψη 76 • ΔΕΕ Απόφαση της 14.02.2008, Υπόθεση C-450/06, Varec SA κατά État belge, σκέψη 35 • ΔΕΕ Απόφαση της 21.02.2008, Υπόθεση C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 2 • ΔΕΕ Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07 Assitur Srl, σκέψεις 25 και 26 • ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, Υπόθεση C-549/10, Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκέψεις 17 και επομ.).

15. Επειδή, μια Προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, Αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36), οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι Προσφοράς (βλ. σχετικές Αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, *Archus and Gama*, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

16. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί, προσφορά η οποία παραβιάζει την εργατική νομοθεσία, νόμιμα αποκλείεται από τον διαγωνισμό ως μη νόμιμη. Επίσης είναι απορριπτέα, ως προφανώς ζημιογόνος, οικονομική προσφορά που υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού και ασφαλιστικού κόστους του προσωπικού που θα απασχοληθεί με την παροχή των υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από την ισχύουσα εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, στις οποίες ρητώς παραπέμπει και η επίμαχη διακήρυξη (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1255/2009, 1344/2008, 1090/2006). Ομοίως δε έχει κριθεί ότι, οικονομική προσφορά που δεν περιλαμβάνει τις νόμιμες εργατικές δαπάνες και τις νόμιμες κρατήσεις και ασφαλιστικές κρατήσεις, παραβιάζουσα ρητούς όρους της διακήρυξης και της νομοθεσίας, ενώ αν αφαιρεθούν οι εργατικές δαπάνες και οι ασφαλιστικές κρατήσεις αυτές από την προσφερόμενη τιμή το ποσό της προσφοράς υπολείπεται του κατώτερου νόμιμου εργατικού κόστους, θα πρέπει να απορριφθεί ως μη σύμφωνη και με τις διατάξεις της Διακήρυξης, που επιβάλλουν την τήρηση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας και την καταβολή των νόμιμων αποδοχών στους εργαζομένους από τον ανάδοχο (βλ. ΕΑ ΣτΕ 840/2008).

17. Επειδή, η υποχρέωση συμπερίληψης στην προσφερόμενη τιμή των κρατήσεων υπέρ τρίτων, καθώς και κάθε άλλης επιβάρυνσης, μεταξύ των οποίων, περιλαμβάνεται και το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του Ν. 4172/2013 (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 135/2019), ως έχει παγίως κριθεί από την νομολογία: «*αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση της προμήθειας και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με τη διακήρυξη σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης*» (ΣΤΕ 563/2008, σκ.4, ΕΑ ΣΤΕ 446/2009, 840/2008, 482/2006, πρβλ. ΣΤΕ 3938/1999, Ε.Α. ΣΤΕ 800, 256/2004, ΔΕφΑΘ 126/2019, 265/2016).

18. Επειδή, στο άρθρο 2.4.4. («Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών») της επίμαχης Διακήρυξης 9ΣΕΛ. 37-38), ορίζεται ότι: «*Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα IV της διακήρυξης. Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Στη συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή .pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο .pdf.*

Συγκεκριμένα η οικονομική προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει και όσα ορίζονται στο άρθρο 68 του Ν. 3863 (ΦΕΚ115Α/15.07.2010) όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και όπως αυτά αποτυπώνονται στο Παράρτημα IV και τον «Πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς».

Η οικονομική προσφορά θα πρέπει να αντιστοιχεί στο σύνολο των προσφερόμενων υπηρεσιών όπως αυτές ορίζονται στην παρούσα Διακήρυξη.

Αριθμός απόφασης: Α 422 423/2019

Υπηρεσίες που προσφέρονται δωρεάν, θα αναγράφονται στην Οικονομική Προσφορά με την ένδειξη "ΧΩΡΙΣ ΚΟΣΤΟΣ" στη στήλη τιμών. Στις τιμές θα περιλαμβάνεται και κάθε άλλο κόστος που είναι δυνατό να τις επιβαρύνει. Οι τιμές θα δίνονται χωρίς ΦΠΑ.

Αν στο ηλεκτρονικό σύστημα δεν μπορεί να αποτυπωθεί αναλυτικά η οικονομική προσφορά, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελο "οικονομική προσφορά" την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ψηφιακά υπογεγραμμένη και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία (σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα ΙΙΙ της παρούσας διακήρυξης) σε μορφή pdf.

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 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%.

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.

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 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται από την αναθέτουσα αρχή στο άρθρο 1.3 της παρούσας διακήρυξης. Οι συμμετέχουσες εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης (εργολάβοι), επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής, τα οποία αποτυπώνονται στο Παράρτημα ΙΙΙ:

α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο.

β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας.

γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν 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. Τα ανωτέρω στοιχεία, επί ποινή αποκλεισμού, εξειδικεύονται σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους.

Πρέπει επίσης να υπολογίζονται εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων.

Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην οικονομική προσφορά: αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι.».

19. Επειδή, στην παρ. 5.1.2. της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 47), ορίζεται ότι: «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:

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 Συμβάσεων επιβάλλεται (άρθρο 4 ν.4013/2011 όπως ισχύει)

β) 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).

γ) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, 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 της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016. Ο χρόνος,

τρόπος και η διαδικασία κράτησης των ως άνω χρηματικών ποσών, καθώς και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα για την εφαρμογή της ως άνω κράτησης εξαρτάται από την έκδοση της κοινής απόφασης του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και Οικονομικών της παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016.

Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20% επί του καθαρού ποσού. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού.».

20. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της κατά της πρώτης υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «[...] η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει όλως αβάσιμα και μη νόμιμα κατά της με αριθ. πρωτ. 53650/4740/14.08.2019 Απόφασης Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών (ΑΔΑ: 6ΤΔΦ465ΧΘΞ-7ΦΟ), δια της οποίας αποφασίσθηκε η ανάδειξή μας ως προσωρινής αναδόχου των υπηρεσιών που προκηρύχθηκαν εκ του παρόντος διαγωνισμού, προβάλλοντας αβάσιμους και άτοπους ισχυρισμούς επί σκοπώ διάσωσης της όλως πλημμελούς οικονομικής της προσφοράς, η οποία και δεν επιτρέπεται όπως τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της. Η παρακράτηση φόρου 8% συγκαταλέγεται στις λοιπές επιβαρύνσεις που απορρέουν από την εσωτερική νομοθεσία και επιβάλλεται όπως συνυπολογίζεται εντός των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων που συμμετέχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς, προς αποφυγή οιασδήποτε ασάφειας δυνάμενης όπως επιφέρει τον αποκλεισμό των συμμετεχόντων. Εν προκειμένω, ως έχουμε τεκμηριώσει δια της παρούσας παρέμβασης, η προσφεύγουσα δεν έχει συνυπολογίσει στην οικονομική της προσφορά την ως άνω παρακράτηση με αποτέλεσμα τον αποκλεισμό της από την παρούσα διαδικασία, ως ορθώς και νόμιμα απεφάνθη η αναθέτουσα αρχή του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών. Ως εκ τούτου, η υπό εξέταση ενώπιον της Αρχής σας προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «...» τυγχάνει εν όλω απορριπτέα ως αβάσιμη, αναληθής και άνευ ουσιαστικής τεκμηρίωσης».

21. Επειδή, περαιτέρω, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της κατά της δεύτερης υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «*Η υποχρέωση της επισύναψης του αντιγράφου της Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας στον φάκελο της οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων, επισημαίνεται στο Παράρτημα IV της παρούσας διακήρυξης, στο οποίο παραπέμπει ο προαναφερόμενος όρος, και ως εκ τούτου παράγεται ευθέως υποχρέωση συμμόρφωσης εκάστου διαγωνιζόμενου προς το λεκτικό αυτού, όπου στο σημείο Γ' τιτλοφορούμενο «ΟΔΗΓΙΕΣ (Ειδικές απαιτήσεις οικονομικής προσφοράς» (σελ. 65 διακήρυξης), ορίζεται ρητά ότι «(...) 3. Οι παραπάνω πίνακες συμπληρώνονται (χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους) από τους οικονομικούς φορείς, σύμφωνα με την κείμενη εργατική, ασφαλιστική και σχετική Νομοθεσία επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς, προσκομίζοντας στο Φάκελο της Προσφοράς τους φωτοαντίγραφα της προαναφερόμενης Νομοθεσίας. (...) 8. Ο προσφέρων οφείλει να επισυνάψει στον φάκελο οικονομικής προσφοράς αντίγραφο της Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι που θα απασχοληθούν στο έργο.»*. Περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας προσφορά «*α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω 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, (...) θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης [...]* Σημειωτέον δε, ότι ο όρος “προσφορά” σημαίνει το σύνολο των δικαιολογητικών που υποβάλλουν οι ενδιαφερόμενοι για

την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δηλαδή τα τυπικά δικαιολογητικά μαζί με την οικονομική προσφορά και κατά περίπτωση την τεχνική προσφορά. Η προσφορά υποβάλλεται γραπτά, απευθείας ή ταχυδρομικά στην αναθέτουσα αρχή και αποτελεί την πρόταση του οικονομικού φορέα για σύναψη δημόσιας σύμβασης. Πρέπει δε να συμμορφώνεται με τους όρους της διακήρυξης και τα συναφή έγγραφα (συμβατικά τεύχη), όπου η περιγραφή της υπό σύναψη σύμβασης είναι λεπτομερειακή, ώστε η οιαδήποτε παρέκκλιση ή επιφύλαξη του προσφεύγοντος τον θέτει εκτός διαγωνισμού, καθόσον θεωρείται ως μη επιτρεπόμενη εναλλακτική προσφορά, η οποία αλλοιώνει τους όρους του διαγωνισμού και «καθιστά την προσφορά με παρεκκλίσεις μη συγκρίσιμη με τις υπόλοιπες» [...] Ως εκ τούτου, όφειλε η προσφεύγουσα, όπως συμπεριλάβει εντός του φακέλου της οικονομικής προσφοράς, που ορθώς προσκόμισε σε έντυπη μορφή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, και αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας, το οποίο αποτελεί ουσιώδες αρχείο της οικονομικής προσφοράς, η έλλειψη του οποίου επισύρει τον αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου (βλ. όρο 2.4.4 και Παράρτημα IV διακήρυξης σε συνδυασμό με παρ. 1 περ. γ' άρθρου 8 Ν. 3863/2010) [...].».

22. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή (ΥΠΟ.ΜΕ, ΓΕΝΙΚΗ Δ/ΝΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ, Δ/ΝΣΗ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΚΑΙ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΗΣ ΜΕΡΙΜΝΑΣ, ΤΜΗΜΑ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΩΝ ΚΑΙ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ), στο με αρ. πρωτ. 66154/6047/03.09.2019 έγγραφο Απόψεων που απέστειλε σε σχέση με τις υπό κρίση Προδικαστικές Προσφυγές προς την Αρχή, αναφέρει σχετικά τα κάτωθι: «[...] Α. Αναφορικά με τους προβαλλόμενους λόγους του πρώτου εκ των προσφευγόντων οικονομικών φορέων («...»), σας γνωρίζουμε ότι:

- Στις γενικές πληροφορίες της διακήρυξης όσο και στο κεφάλαιο 5 αυτής, και ειδικότερα στην παράγραφο 1 (εδ.2) , ορίζονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις που βαρύνουν τον Ανάδοχο, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ειδικότερα ο ανάδοχος 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 Συμβάσεων επιβάλλεται (άρθρο 4 ν.4013/2011 όπως ισχύει)

• β) 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).

• γ) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης [..].

• Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20% επί του καθαρού ποσού.

• Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού.

Επίσης στην παράγραφο 2.4.4 «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται ότι 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.

Σύμφωνα με τα παραπάνω στη διακήρυξη του διαγωνισμού ορίζεται ότι στο τίμημα συμπεριλαμβάνονται όλες οι κρατήσεις και κάθε άλλη επιβάρυνση, και αποτελούν όρους της διακήρυξης, τον οποίο οι υποψήφιοι Ανάδοχοι έχουν αποδεχθεί, δυνάμει του Ενιαίου Ευρωπαϊκού Εγγράφου Σύμβασης, το οποίο υπέχει ισχύ υπεύθυνης δήλωσης. Επιπλέον, άσχετα από τη φύση της καταβολής χρημάτων, η παρακράτηση αποτελεί φορολογική υποχρέωση που προβλέπεται από τον Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος και λειτουργεί ως προκαταβολή φόρου εισοδήματος, με αποτέλεσμα ο μη υπολογισμός αυτού να μεταβάλλει τα οικονομικά μεγέθη, όπως το εργολαβικό κόστος και τα λοιπά οικονομικά μεγέθη και το

προσφερθέν τίμημα να είναι ανεπαρκές για την κάλυψη των κατωτέρων ημερομισθίων και των ασφαλιστικών και εργοδοτικών εισφορών των εργαζομένων. Στην υπό κρίση προσφυγή, στο προσφερθέν τίμημα δεν είχε συνυπολογιστεί η παρακράτηση φόρου του 8%, και αυτό αποδεικνύεται στην περίπτωση που αφαιρεθεί το ως άνω ποσοστό, το τίμημα καθίσταται εξαιρετικά χαμηλό με αποτέλεσμα να τίθεται σε αμφιβολία η ομαλή εξέλιξη της συμβατικής σχέσης, η οποία ενδεχομένως να είναι και ζημιογόνα.

Β. Αναφορικά με τους προβαλλόμενους λόγους του δεύτερου εκ των προσφευγόντων οικονομικών φορέων («...»), σας γνωρίζουμε ότι:

Στη σελίδα 37 της διακήρυξης και ειδικότερα στην παράγραφο 2.4.4 «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών», στο τελευταίο εδάφιο αυτής ορίζεται ότι :

Οι συμμετέχουσες εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης (εργολάβοι), επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής, τα οποία αποτυπώνονται στο Παράρτημα III:

- α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο.
- β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας.
- γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν 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.

Τα ανωτέρω στοιχεία, επί ποινή αποκλεισμού, εξειδικεύονται σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους.

Πρέπει επίσης να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων.

Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην οικονομική προσφορά: αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι.

Στον αναλυτικό πίνακα οικονομικής προσφοράς του παρατήματος IV (βλ. παρακάτω), στο σημείο 3 αυτού και στο σημείο πριν τεθούν οι υπογραφές, ορίζεται ότι πρέπει να επισυναφθεί αντίγραφο της ΣΣΕ στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι. Στην υποβληθείσα οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα δεν είχε επισυναφθεί η ΣΣΕ ως όφειλε, οικονομική προσφορά, η οποία υπεβλήθη μόνο ηλεκτρονικώς [...]».

23. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της Προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του - τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, Προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

24. Επειδή, περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, η αναστολή χορηγείται μόνο εάν με βάση συγκεκριμένους και ειδικούς λόγους που αποδεικνύονται, πιθανολογείται ότι σε περίπτωση άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, θα επέλθει στον αιτούντα ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς δυνάμενη να επανορθωθεί βλάβη (ΕΑ 88, 103, 197, 209/1991, 548-550/1990, ΔΕφΑθ 9/2015, 62/2015, 878/2016 κλπ).

25. Επειδή, στην εξεταζόμενη περίπτωση δεν πιθανολογούνται ως βάσιμοι οι ισχυρισμοί των προσφευγόντων και ιδίως, δεν πιθανολογείται βλάβη τους από παράνομη πράξη της αναθέτουσας αρχής, που να χρήζει μάλιστα προσωρινής προστασίας Συνεπώς, κατόπιν σταθμίσεως του δημοσίου συμφέροντος και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους

ανωτέρω λόγους και ιδίως, επειδή δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα (σκέψη 23), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, να απορριφθεί το αίτημα αναστολής της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

26. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων των προσφευγόντων πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί χορήγησης αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 05 Σεπτεμβρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου

Ηλέκτρα Νικολακοπούλου