

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Ιουνίου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.05.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 568/14.05.2019 της Μονοπρόσωπης Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στον, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου Καλλιθέας, Ν.Π.Δ.Δ. «Οργανισμός Παιδικής Αγωγής και Άθλησης» Ο.Π.Π.Α. «Γιάννης Γάλλος» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 3355/02.05.2019 Διακήρυξη (Απόφαση 86/2019 του Προέδρου της αναθέτουσας αρχής).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος Καλλιθέας, Ν.Π.Δ.Δ. «Οργανισμός Παιδικής Αγωγής και Άθλησης» Ο.Π.Π.Α. «Γιάννης Γάλλος» ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Δημόσιο Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό πρωτοκόλλου Διακήρυξης 3355/02.05.2019 (Απόφαση 86/2019 του Προέδρου της αναθέτουσας αρχής) και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος

Αριθμός Απόφασης: 699/2019

Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) 73673, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ.) στις 02.05.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) 19PROC004879744, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερης), για την ανάδειξη αναδόχου για την «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΤΟΥ Ν.Π.Δ.Δ. Ο.Π.Α.Α. ΓΙΑΝΝΗΣ ΓΑΛΛΟΣ» (CPV 79713000-5), συνολικού προϋπολογισμού εκατόν εβδομήντα δύο χιλιάδων ευρώ (172.000,00 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας ενός (1) έτους από την ημερομηνία υπογραφής του σχετικού συμφωνητικού από 01.10.2019, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 23^η Μαΐου 2019 και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών τέσσερις (4) ημέρες μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 13.05.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου 3355/02.05.2019 διακήρυξης (Απόφαση 86/2019 του Προέδρου της αναθέτουσας αρχής), υποστηρίζοντας ότι η τελευταία είναι πλημμελής ως προς το ύψος της προϋπολογισθείσης δαπάνης, αφού δεν καλύπτει τις ελάχιστες νόμιμες αναγκαίες δαπάνες που απαιτείται να καταβληθούν (εργατικό κόστος, νόμιμες κρατήσεις κλπ.) για την εκτέλεση του έργου, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, β) να ακυρωθεί άλλως να τροποποιηθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 3355/02.05.2019 διακήρυξη (Απόφαση 86/2019 του Προέδρου της αναθέτουσας αρχής), ως και κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής που σχετίζεται με

Αριθμός Απόφασης: 699/2019

την ανωτέρω διακήρυξη και αναφέρεται στον διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με αυτήν.

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 275710834959 0712 0091), ποσού εξακοσίων ενενήντα τεσσάρων ευρώ (694,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίδικος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 16.05.2019, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

Αριθμός Απόφασης: 699/2019

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7ου Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 708/16.05.2019 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Αναθέτουσας Αρχής προ Χορήγησης Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 16.05.2019 και υπέβαλε εντός της οριζόμενης προθεσμίας και συγκεκριμένα στις 21.05.2019, στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει,

προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ(Ασφ) 314/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

13. Επειδή, στην κρινόμενη Προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό πρωτοκόλλου 3355/02.05.2019 διακήρυξης (Απόφαση 86/2019 του Προέδρου της αναθέτουσας αρχής).

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14. Επειδή, στο άρθρο 49 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «Επάρκεια προϋπολογισμού, ωριμότητα, μελέτες», ο οποίος είναι εφαρμοστέος στον επίμαχο διαγωνισμό, ορίζεται ότι: «1. Στοιχεία της ωριμότητας της σύμβασης αποτελούν ιδίως:

α) η πλήρωση των προϋποθέσεων που τίθενται από ειδικές νομοθετικές διατάξεις για την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης (π.χ. εκπόνηση μελετών, εξασφάλιση χρηματοδότησης, συντέλεση απαλλοτριώσεων, μετακινήσεως δικτύων Οργανισμών Κοινής Ωφέλειας, εκπόνηση μελέτης

περιβαλλοντικών επιπτώσεων, άρση εμποδίων λόγω αρχαιολογικών ευρημάτων, λοιπές σχετικές αδειοδοτήσεις).

β) η νομιμότητα και πληρότητα των σχετικών εγγράφων της σύμβασης και
γ) η δυνατότητα των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων να διαμορφώσουν, κατά την αντίστοιχη διαδικασία σύναψης, βάσιμες και ρεαλιστικές προσφορές, με βάση τα χορηγούμενα από την αναθέτουσα αρχή στοιχεία.».

15. Επειδή, στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010, ως ισχύει και ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, ορίζεται ότι: «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής:

- 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.
- στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων.

Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να

επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι.»

***Η παράγραφος 1 αντικαταστάθηκε ως άνω με την παράγραφο 1 άρθρου 22 του Ν.4144/2013, ΦΕΚ Α 88/18.4.2013.

«2.α) Οι πράξεις επιβολής προστίμου που επιβάλλονται σε βάρος εταιρειών παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης καταχωρούνται στο αντίστοιχο «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» που τηρείται στη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας.

β) Η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, να υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων εργολάβων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης.

«γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις

Αριθμός Απόφασης: 699/2019

υποψήφιος εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α' 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.».

***Η περ.γ' αντικαταστάθηκε ως άνω με το άρθρο 39 παρ.Β του Ν.4488/2017, ΦΕΚ Α 137/13.9.2017.

δ) Για το χρονικό διάστημα που δεν καλύπτεται από το «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης προσκομίζουν υποχρεωτικά ένορκη βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου αυτών ενώπιον συμβολαιογράφου, περί μη επιβολής σε βάρος τους πράξης επιβολής προστίμου για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας.»

***Η πιο πάνω νέα παράγραφος 2 προστέθηκε με την παράγραφο 2 άρθρου 22 του Ν.4144/2013, ΦΕΚ Α 88/18.4.2013.

«3. Στη σύμβαση που συνάπτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή με τους εργολάβους περιλαμβάνονται τα στοιχεία α έως στ της πρώτης παραγράφου, καθώς και ειδικός όρος για την εφαρμογή των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και της νομοθεσίας περί υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων και πρόληψης του επαγγελματικού κινδύνου. Όταν δεν αναγράφονται τα ανωτέρω στοιχεία και όροι, η σύμβαση είναι άκυρη και απορρίπτεται η δαπάνη πληρωμής.»

***Η παράγραφος 3 (πρώην 2) αντικαταστάθηκε ως άνω με την παράγραφο 3 άρθρου 22 του Ν.4144/2013, ΦΕΚ Α 88/18.4.2013.

4.3. Εργολάβος που αναθέτει την εκτέλεση του έργου ή μέρος του έργου σε υπεργολάβο, υποχρεούται άμεσα να ενημερώνει εγγράφως τον αποδέκτη των υπηρεσιών. Ο εργολάβος και ο υπεργολάβος ευθύνονται αλληλεγγύως και εις

ολόκληρον, έναντι των εργαζομένων για την καταβολή των πάσης φύσεως αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών.

«5. Όταν οι υπηρεσίες ή οι επιτροπές παρακολούθησης καλής εκτέλεσης του έργου του αποδέκτη των υπηρεσιών διαπιστώνουν παραβάσεις των όρων του παρόντος άρθρου κατά τη διάρκεια υλοποίησης του έργου, η σύμβαση καταγγέλλεται από την αναθέτουσα αρχή. Όταν οι παραβάσεις διαπιστώνονται κατά την παραλαβή του έργου, τα δικαιώματα που απορρέουν από τη σύμβαση δεν ικανοποιούνται, καταβάλλονται, όμως, από τον αποδέκτη των υπηρεσιών οι αποδοχές στους εργαζομένους και αποδίδονται οι ασφαλιστικές τους εισφορές.»

***Η παράγραφος 5 (πρώην 4) αντικαταστάθηκε ως άνω με την παράγραφο 4 άρθρου 22 του Ν.4144/2013, ΦΕΚ Α 88/18.4.2013.

***Η περίπτωση β' της παρ.6 αντικαταστάθηκε ως άνω με την παράγραφο 11 του άρθρου 24 Ν.3996/2011, ΦΕΚ Α 170/5.8.2011.

6. (5). Στις επιχειρήσεις του ιδιωτικού τομέα που απασχολούν πάνω από πενήντα (50) άτομα και υποχρεούνται από την κείμενη νομοθεσία, τον οργανισμό ή τον κανονισμό τους να προβαίνουν σε πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος με διακήρυξη, εφαρμόζονται οι προηγούμενες παράγραφοι. Όταν δεν έχουν τέτοια υποχρέωση και συνάπτουν σύμβαση εργολαβίας του περιεχομένου της παραγράφου 1, εφαρμόζονται οι παράγραφοι 2, 3 και 4 του παρόντος άρθρου.

«7. Όταν οι ελεγκτικοί μηχανισμοί του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) και του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ διαπιστώνουν παραβάσεις που αφορούν την αδήλωτη εργασία, την παράνομη απασχόληση αλλοδαπών ή παραβάσεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, ενημερώνουν εγγράφως την αναθέτουσα αρχή. Επίσης, ενημερώνουν εγγράφως την αναθέτουσα αρχή για τις πράξεις επιβολής προστίμου που αφορούν τις ανωτέρω διαπιστωθείσες παραβάσεις. Η πράξη επιβολής προστίμου στον εργολάβο για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται από τις κείμενες διατάξεις ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας για δεύτερη φορά κατά τη διάρκεια λειτουργίας της σύμβασης οδηγεί υποχρεωτικά στην καταγγελία της σύμβασης από την αναθέτουσα αρχή και στην κήρυξη του εργολάβου έκπτωτου.»

****Η παράγραφος 7 (πρώην 6), όπως είχε τροποποιηθεί με την παρ.11 του άρθρου 24 Ν.3996/2011, ΦΕΚ Α 170, αντικαταστάθηκε ως άνω με την παράγραφο 5 άρθρου 22 Ν.4144/2013, ΦΕΚ Α 88/18.4.2013.*

8 7. Ο εργολάβος υποχρεούται να εφοδιάζει τους εργαζόμενους με αντίγραφο της κατάστασης προσωπικού ή απόσπασμα αυτής όταν απασχολούνται εκτός της έδρας της επιχείρησης.».

16. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 9^ο της Διακήρυξης με τίτλο «Τιμές προσφοράς» (σελ. 23), ορίζεται ότι: «*Η οικονομική προσφορά (πέραν της ειδικής ηλεκτρονικής φόρμας) συντάσσεται και εγγράφως σύμφωνα με το υπόδειγμα του ενδεικτικού προϋπολογισμού και υποβάλλεται και αυτή ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου .pdf, αφού πρώτα υπογραφεί ψηφιακά από τον έχοντα δικαίωμα για αυτό.*

α) Η προσφερόμενη τιμή πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια από την οικονομική προσφορά, η οποία πρέπει να είναι διαμορφωμένη σύμφωνα με όσα ζητούνται από την παρούσα διακήρυξη και θα αναγράφεται ολογράφως και αριθμητικώς και θα δοθεί υποχρεωτικά επί των ισχυουσών τιμών σε Ευρώ

β) Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ο οποίος θα αναφέρεται χωριστά, για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προ βλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Η συνολική τιμή χωρίς ΦΠΑ θα ληφθεί υπόψη για τη σύγκριση των προσφορών.

γ) Επιπλέον, οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα κάτωθι στοιχεία κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 – Τροποποίηση του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, ήτοι:

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

β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας.

γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι.

δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων.

ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά.».

17.Επειδή, στο άρθρο 19^ο της Διακήρυξης με τίτλο «Πληρωμές-Κρατήσεις» (σελ. 35), ορίζεται ότι: «[...]. Ο ανάδοχος επιβαρύνεται βάσει των κειμένων διατάξεων, με όλους τους φόρους, τα τέλη και τις κρατήσεις που ισχύουν κατά την ημέρα υπογραφής της σύμβασης.».

18.Επειδή, υπό «2. ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ-ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ» της Διακήρυξης (σελ. 36), ορίζεται ότι: «Η μελέτη αυτή αφορά στην ολοκληρωμένη και αποτελεσματική παροχή υπηρεσιών ασφάλειας που θα εξασφαλίζει τη «ΦΥΛΑΞΗ ΤΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΤΟΥ Ν.Π.Δ.Δ.» από 1/10/2019 και για ένα έτος και συγκεκριμένα:

Τη φύλαξη του Δημοτικού Πάρκου Αθλητισμού και Αναψυχής του Δήμου Καλλιθέας, το οποίο βρίσκεται στις εγκαταστάσεις του πρώην ιπποδρόμου και περιλαμβάνει, ανοικτό κολυμβητήριο, ανοικτό γήπεδο ποδοσφαίρου, παιδική χαρά μετά των βοηθητικών κτιριακών εγκαταστάσεων, για όλες τις ημέρες της εβδομάδας, τα Σαββατοκύριακα και τις αργίες και συγκεκριμένα:

[...].

-ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ (ΕΞΟΔΑ ΑΝΑΛΩΣΙΜΩΝ, ΚΡΑΤΗΣΕΙΣ ΥΠΕΡ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΚΑΙ ΤΡΙΤΩΝ).....=2.500,00€

-ΕΡΓΟΛΑΒΙΚΟ ΚΕΡΔΟΣ=4.000,00€

[...]».

19.Επειδή, στο άρθρο 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013 ορίζεται ότι: «Οι φορείς γενικής κυβέρνησης «εκτός από τις κεφαλαιουχικές εταιρείες» κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από «φυσικά ή» νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, να παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται

Αριθμός Απόφασης: 699/2019

στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως:

αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1%) για τα υγρά καύσιμα και τα προϊόντα καπνοβιομηχανίας,

ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και

γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών.

Εξαιρούνται από την παρακράτηση φόρου οι υπόχρεοι του πρώτου εδαφίου:

αα) όταν προμηθεύονται αγαθά ή τους παρέχονται υπηρεσίες και δεν απαιτείται σύμβαση, εφόσον η καθαρή αξία αυτών, κατά συναλλαγή, δεν υπερβαίνει το ποσό των εκατόν πενήντα (150) ευρώ,

ββ) όταν λαμβάνουν υπηρεσίες ή προμηθεύονται ηλεκτρικό ρεύμα, τηλεφωνικές συνδιαλέξεις, τηλεγραφήματα, γραμματόσημα, φωταέριο, νερό και εισιτήρια γενικά,

γγ) όπου προβλέπεται παρακράτηση ή προκαταβολή φόρου από άλλη διάταξη για το ίδιο έσοδο και

δδ) όταν προμηθεύονται αγαθά ή τους παρέχονται υπηρεσίες από τις πολεμικές βιομηχανίες ΕΑΒ, ΕΒΟ, ΠΥΡΚΑΛ και ΕΛΘΟ, καθώς και από το Κέντρο Επιχειρηματικής Πολιτιστικής Ανάπτυξης (Κ.Ε.Π.Α.) και την Αναπτυξιακή Ένωση Μακεδονίας (ΑΝ.Ε.Μ.).

*** Οι μέσα σε « » λέξεις της παραγράφου 2 προστέθηκαν με την παράγραφο Δ υποπαρ.1 περ.16 άρθρου πρώτου Ν.4254/2014, ΦΕΚ Α 85/7.4.2014.Ισχύς, σύμφωνα με τη περ.23 της αυτής παραγράφου, από την από την 1η Ιανουαρίου 2014.».

20.Επειδή, στο άρθρο 24 παρ. 1 του Ν. 2198/1994 ορίζεται ότι: «1. Η περίπτωση στ` της παραγράφου 1 του άρθρου 37α του ν.δ. 3323/1955 αντικαθίσταται ως ακολούθως:

"στ. Δημόσιες υπηρεσίες, οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης, κοινωφελή ιδρύματα, οργανισμοί και επιχειρήσεις κοινής ωφέλειας, δημόσιες επιχειρήσεις ή εκμεταλλεύσεις και νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου γενικά, κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών από επιχειρήσεις,

Αριθμός Απόφασης: 699/2019

υποχρεούνται όπως, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως:

- αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1 %) για τα υγρά καύσιμα,
- ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και
- γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών.

Εξαιρούνται από την παρακράτηση φόρου οι υπόχρεοι του πρώτου εδαφίου:

- αα) όταν προμηθεύονται αγαθά ή τους παρέχονται υπηρεσίες και δεν απαιτείται σύμβαση, εφόσον η καθαρή αξία αυτών, κατά συναλλαγή, δεν υπερβαίνει το ποσό των πενήντα χιλιάδων (50.000) δραχμών,
- ββ) όταν λαμβάνουν υπηρεσίες ή προμηθεύονται ηλεκτρικό ρεύμα, τηλεφωνικές συνδιαλέξεις, τηλεγραφήματα, γραμματόσημα, φωταέριο, νερά και εισιτήρια γενικά και
- γγ) όπου προβλέπεται παρακράτηση ή προκαταβολή φόρου από άλλη διάταξη για το ίδιο έσοδο.

Με αποφάσεις του Υπουργού Οικονομικών, που δημοσιεύονται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, καθορίζεται ο τρόπος παρακράτησης του φόρου και γενικά κάθε αναγκαία λεπτομέρεια για την εφαρμογή των διατάξεων της περίπτωσης αυτής".».

21.Επειδή, με την υπ' αριθμ. 4241/127 Υ.Α. της Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης (ΦΕΚ Β' 173/30.01.2019) ορίζεται ότι: «Τον καθορισμό, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 103 του ν. 4172/2013 (Α' 167), όπως ισχύει, του νόμιμου κατώτατου μισθού και του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίου, για πλήρη απασχόληση, για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας, χωρίς ηλικιακή διάκριση, ως εξής:

- α) Για τους υπαλλήλους ο κατώτατος μισθός ορίζεται στα εξακόσια πενήντα ευρώ (650,00 €).
- β) Για τους εργατοτεχνίτες το κατώτατο ημερομίσθιο ορίζεται στα είκοσι εννέα ευρώ και τέσσερα λεπτά (29,04 €).

Η απόφαση αυτή ισχύει από 1 Φεβρουαρίου 2019.».

22. Επειδή, εξάλλου, όπως παγίως έχει κριθεί στους διαγωνισμούς για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης, όπως εν προκειμένω, απορρίπτεται ως απαράδεκτη οικονομική προσφορά διαγωνιζομένου, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών, περαιτέρω δε, η οικονομική προσφορά διαγωνιζομένου πρέπει να περιλαμβάνει και το λειτουργικό (διοικητικό) κόστος, καθώς επίσης και να καταλείπει και κάποιο περιθώριο κέρδους, ώστε να μην θέτει σε κίνδυνο την εκτέλεση της σχετικής σύμβασης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 675/2002, 272/2008, 1257, 1262, 1297, 1299/2009, 970/2010, 198, 328/2013 και ΕλΣυν 4/2012 Τμ. Μείζονος, 7μελούς σύνθεσης).

23. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, υπό Α.4. (σελ. 8-12 της προσφυγής), η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται η προϋπολογισθείσα δαπάνη του έργου δεν καλύπτει το ελάχιστο απαιτούμενο εργατικό κόστος. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι: *«Με βάση την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας Ετών 2018 (Π.Κ. Υπ. Εργασίας & Κοινωνικής Ασφάλισης 6/29.03.2018, όπως έχει διαμορφωθεί με την υπ' αριθμ. Υ.Α. 4241/127/30.01.2019), η οποία καθορίζει τον κατώτατο μισθό και ημερομίσθιο για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας και η οποία αποτελεί το κατώτερο νόμιμο όριο που μπορεί να ληφθεί υπόψη για την κοστολόγηση του νόμιμου κόστους απασχόλησης του προσωπικού που απαιτείται, δεδομένου ότι δεν υπάρχει εν ισχύει κλαδική Σ.Σ.Ε. και οι επιχειρησιακές Συμβάσεις δεν μπορούν να είναι κατώτερες της ανωτέρω Ε.Γ.Σ.Σ.Ε., το κατώτερο νόμιμο εργατικό κόστος σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης με αρ. πρωτ. 3355/2-6-2019 προσδιορίζεται ως ακολούθως: [...]»*, παραθέτοντας περαιτέρω σχετικούς πίνακες υπολογισμού του νόμιμου κατώτατου εργατικού κόστους, σύμφωνα με τους οποίους, ο προϋπολογισμός της προσβαλλόμενης διακήρυξης, υπολείπεται και αδυνατεί να καλύψει (βλ.

σχετικά παρατιθέμενους Πίνακες 1-5 στις σελ. 9-12 της υπό κρίση προσφυγής). Επί του ανωτέρω πρώτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 3886/20.05.2019 εγγράφου της, με θέμα: «Απόψεις της υπηρεσίας επί της από 13/5/2019 και ώρα 17:14:22 Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας, το οποίο κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικό μήνυμα (email) στην Α.Ε.Π.Π. στις 20.05.2019, αναφέρει σχετικά τα εξής: «[...]. 2. Ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας που αναφέρεται στην περίπτωση Α4 της προσφυγής ότι «η προϋπολογισθείσα δαπάνη δεν καλύπτει το ελάχιστο απαιτούμενο εργατικό κόστος», αυτός θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος διότι:

1. Κατά την σύνταξη του ενδεικτικού προϋπολογισμού της προς ανάθεση υπηρεσίας φύλαξης εγκαταστάσεων του νομικού προσώπου, λάβαμε υπόψη μας την Υπουργική Απόφαση με αριθμό 4241/127/2019 (ΦΕΚ 173B/30.1.2019) και καταρτίσαμε σύμφωνα με τις πρόνοιες καθώς και τα νέα δεδομένα τα οποία ισχύουν ως προς τις αποδοχές των εργαζομένων από 01/02/2019.

2. Με την προσφεύγουσα εταιρεία διατηρούμε εν ισχύ σύμβαση ανάθεσης υπηρεσιών φύλαξης εγκαταστάσεων των ιδίων ακριβώς χώρων, όπως αυτοί προβλέπονται και στην υπ' αριθ. 3355/02.05.2019 Διακήρυξη.

Στην εν ισχύ σύμβαση προβλέπεται η απασχόληση 11 ατόμων σε ημερήσια βάση και για 7 μέρες την εβδομάδα ήτοι $11 \times 8 \times 7 = 616$ ώρες ανά εβδομάδα.

Στην Διακήρυξη μας προβλέπεται η απασχόληση προσωπικού για 392 ώρες εβδομαδιαίως, ήτοι μείωση ωρών απασχόλησης κατά 36,4%.

3. Με την με αριθμό 4241/127/2019 Υπουργική Απόφαση αυξήθηκε ο κατώτατος μισθός από 586,08 € σε 650,00 € και καταργήθηκε ο υποκατώτατος ήτοι από 510,95 € ο οποίος ορίσθηκε σε 650,00 €.

Σύμφωνα με την ανωτέρω Υ.Α. έχουμε αυξήσεις:

A) για τους άνω των 25 ετών αύξηση κατά 10,9%

B) για τους κάτω των 25 ετών αύξηση κατά 27,2%

4. Το ύψος της εν ισχύ συμβάσεως ανέρχεται στο ποσό των 197.606,40 € ενώ η υπ' αριθ. 3355/02.05.2019 Διακήρυξη προβλέπει ύψος σύμβασης ποσού 172.000,00 € ήτοι μείωση κατά 13%.

Αριθμός Απόφασης: 699/2019

Σε κάθε περίπτωση για το απασχολούμενο προσωπικό των 11 ατόμων έχουμε $197.606,40 : 11 = 17.964,21$ € συνολικό κόστος ανά απασχολούμενο.

Με τους ίδιους όρους το κόστος του προσωπικού της υπ' αριθ. 3355/02.05.2019 Διακήρυξης θα ήτο $125.749,47$ € ($17.964,21 \times 7 = 125.749,47$ €).

Κατόπιν των ανωτέρω οι προσδιορισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας είναι υπερβολικοί για το κόστος κάθε μονάδας εργασίας. [...].».

24. Επειδή, σχετικά με τον ανωτέρω λόγο προσφυγής, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Όπως βάσιμα καταδεικνύει η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή της, σύμφωνα με τις αναλύσεις στις οποίες προβαίνει, βάσει του προβλεπόμενου νόμιμου κατώτατου μισθού, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 4241/127 Υ.Α. της Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης (ΦΕΚ Β' 173/30.01.2019), η προϋπολογισθείσα δαπάνη εκτέλεσης της σύμβασης υπερβαίνει κατά το ποσό των δεκαοκτώ χιλιάδων διακοσίων τριάντα οκτώ ευρώ και ενενήντα εννέα λεπτών (18.238,99 €), σύμφωνα με την προσφεύγουσα, το ετήσιο εργατικό κόστος που προϋπολογίστηκε στη διακήρυξη, καθώς $150.418,32$ € (συνολικό ετήσιο εργατικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης) + $2.500,00$ € (διοικητικό κόστος σύμφωνα με τη διακήρυξη) + $4.000,00$ € (εργολαβικό κέρδος σύμφωνα με τη διακήρυξη) = $156.918,32$ € (συνολικός προϋπολογισμός εκτέλεσης της σύμβασης κατά την προσφεύγουσα προ Φ.Π.Α.) – $138.679,33$ € (συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη εκτέλεσης της σύμβασης βάσει της διακήρυξης) = $18.238,99$ € (ποσό κατά το οποίο ο προϋπολογισμός εκτέλεσης της σύμβασης υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα αξία της διακήρυξης με βάση τους υπολογισμούς της προσφεύγουσας). Αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή, δεν μπόρεσε να αποδείξει πέραν πάσης αμφιβολίας την ορθότητα των ισχυρισμών της, αλλά αρκέστηκε σε μία όλως αόριστη και ασαφή αναγωγή, στην ήδη εκτελούμενη σύμβαση με την νυν προσφεύγουσα, επικαλούμενη χωρίς καμία περαιτέρω τεκμηρίωση ότι, εφόσον στην προσβαλλόμενη διακήρυξη προβλέπεται απασχόληση του προσωπικού του αναδόχου για 392 ώρες

εβδομαδιαίως, το γεγονός αυτό συνεπάγεται μείωση των ωρών απασχόλησης κατά 36,4%. Ως εκ περισσού, σημειώνεται ότι από το οικείο Κλιμάκιο διαπιστώθηκε μία μικρή απόκλιση στον υπολογισμό της προσαύξησης των ωρών ανά εβδομάδα του Πίνακα 3. Συγκεκριμένα, ενώ στο τελικό σύνολο αναγράφονται 83,125 ώρες, το ορθό άθροισμα είναι στην πραγματικότητα 83,375 ώρες, χωρίς ωστόσο το γεγονός αυτό να επηρεάζει τη βασιμότητα των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η προϋπολογισθείσα δαπάνη του επίμαχου διαγωνισμού δεν καλύπτει το ελάχιστο απαιτούμενο εργατικό κόστος, όπως αναλύεται από την προσφεύγουσα και ως εκ τούτου, εφόσον βάσει των όρων της διακήρυξης δεν παρέχεται στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, η δυνατότητα να διαμορφώσουν βάσιμες και ρεαλιστικές προσφορές κατά την έννοια του άρθρου 49 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και αντίστοιχα να απορριφθούν ως νόμω και ουσία αβάσιμοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

25. Επειδή, σχετικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, υπό Α.4. (σελ. 12-15 της προσφυγής), η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται το ποσό που έχει υπολογιστεί στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, προκειμένου να καλύψει το Διοικητικό Κόστος (έξοδα αναλωσίμων, κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων), ήτοι το ποσό των δύο χιλιάδων πεντακοσίων ευρώ (2.500,0 €) δεν επαρκεί, με βάση τους υπολογισμούς στους οποίους προβαίνει η προσφεύγουσα, δοθέντος ότι το ποσό αυτό υπολείπεται και δεν καλύπτει την προβλεπόμενη προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8% για τις υπηρεσίες φύλαξης, όπως αυτή ορίζεται στην οικεία νομοθεσία (βλ. ανωτέρω σκέψεις 19 και 20 της παρούσας). Συγκεκριμένα, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι: «[...] Ούτω, λαμβάνοντας υπόψη ότι το ετήσιο εργατικό κόστος – ως αναλύεται ανωτέρω – ανέρχεται στο ποσό των 150.418,32 ευρώ και εκ της διακηρύξεως το «Εργολαβικό Κέρδος» υπολογίζεται στο ποσό των 4.000,00 ευρώ και το

Αριθμός Απόφασης: 699/2019

«Διοικητικό Κόστος» στο ποσό των 2.500,00 ευρώ, το συνολικό ετήσιο κόστος ανέρχεται στο ποσό των 156.918,32 ευρώ, όπως προκύπτει από τον Πίνακα 6: [...]. Με δεδομένο λοιπόν ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος οκτώ τοις εκατό (8%) σύμφωνα με το άρθρο 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013, υπολογίζεται επί του καθαρού ποσού της σύμβασης, ενώ σύμφωνα με τον ως άνω Πίνακα 6 το συνολικό ετήσιο κόστος της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α., λαμβανομένων υπόψη των υπολογισμών της διακήρυξης αναφορικά με το «Εργολαβικό Κέρδος» και το «Διοικητικό Κόστος (έξοδα αναλωσίμων, κρατήσεις υπέρ δημοσίου και τρίτων)» ανέρχεται στο ποσό των 156.918,32 ευρώ, προκύπτει ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος οκτώ τοις εκατό (8%) ανέρχεται στο ποσό των 12.553,47 ευρώ ετησίως, ποσό το οποίο υπερβαίνει το ποσό των 2.500,00 ευρώ που σύμφωνα με την διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπεται ως «Διοικητικό Κόστος (έξοδα αναλωσίμων, κρατήσεις υπέρ δημοσίου και τρίτων)».». Επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, στις προαναφερθείσες απόψεις της, υποστηρίζει όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω στη σκέψη 23 της παρούσας και στα οποία παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, χωρίς ωστόσο να αντικρούει με τρόπο ειδικό και εμπειριστατωμένο τις σχετικές αιτιάσεις της προσφεύγουσας, καταλήγοντας στη όλως αόριστη διαπίστωση ότι «Κατόπιν των ανωτέρω οι προσδιορισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας είναι υπερβολικοί για το κόστος κάθε μονάδας εργασίας.».

26. Επειδή, σχετικά με τον ανωτέρω λόγο προσφυγής, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα καταδεικνύει η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή της και σε συνέχεια των υπολογισμών που περιλαμβάνονται στον ανωτέρω εξετασθέντα πρώτο λόγο προσφυγής, με δεδομένη την παραδοχή ότι το συνολικό ετήσιο εργατικό κόστος της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των εκατόν πενήντα έξι χιλιάδων εννιακοσίων δεκαοκτώ ευρώ και τριάντα δύο λεπτών (156.918,32 €) προς Φ.Π.Α., συνάγεται ότι η υποχρεωτικά καταβλητέα προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8% για τις υπηρεσίες φύλαξης, ανέρχεται στο ποσό των δώδεκα χιλιάδων πεντακοσίων πενήντα τριών ευρώ

και σαράντα επτά λεπτών (12.533,47 €) ετησίως. Το εν λόγω ποσό όμως, υπερβαίνει κατά πολύ το υπολογισθέν ποσό των μόλις 2.500,00 € για το συνολικό διοικητικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης και αδυνατεί να καλύψει αυτή τη δαπάνη, πολλώ δε μάλλον, δεδομένου ότι η προκαταβολή φόρου εισοδήματος 8% κατά τα ανωτέρω, είναι μόνο μέρος των κονδυλλίων που το ποσό των 2.500,00 € σκοπεί να καλύψει (βλ. *ad hoc* 650/2019, ΔΕΦΑΘ 25/2019). Κατά συνέπεια, η προϋπολογισθείσα δαπάνη του επίμαχου διαγωνισμού δεν καλύπτει το διοικητικό κόστος, δοθέντος ότι το ποσό αυτό υπολείπεται αυτής μόνο της προκαταβολής φόρου εισοδήματος 8% για τις υπηρεσίες φύλαξης, επί του καθαρού ποσού της σύμβασης, όπως αναλύεται από την προσφεύγουσα και ως εκ τούτου, εφόσον βάσει των όρων της διακήρυξης δεν παρέχεται στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, η δυνατότητα να διαμορφώσουν βάσιμες και ρεαλιστικές προσφορές κατά την έννοια του άρθρου 49 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και αντίστοιχα να απορριφθούν ως νόμω και ουσία αβάσιμοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμό πρωτοκόλλου 3355/02.05.2019 Διακήρυξη (Απόφαση 86/2019 του Προέδρου της αναθέτουσας αρχής), κατά το σκεπτικό της παρούσας.

Αριθμός Απόφασης: 699/2019

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού εξακοσίων ενενήντα τεσσάρων ευρώ (694,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Ιουνίου 2019 και εκδόθηκε στις 1 Ιουλίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου

Ηλέκτρα Νικολακοπούλου