

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 5 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελευθερία Καλαμιώτη, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος και εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 2/12/2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2242/7-12-2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον Δήμο ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, ως και

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής: η «παρεμβαίνουσα») που εδρεύει στ.. ..., οδός ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της από 22/11/2021 απόφασης του Δ.Σ. του ..., η οποία ελήφθη κατά την 45^η Συνεδρίαση του 2021/Θέμα 17ο Οικονομικό περί «ΕΓΚΡΙΣΗΣ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ (ΑΡ. ΔΙΑΚ. ..., CPV ..., ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ: 352.762,00 ευρώ)», καθώς επίσης και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. Σημειώνεται ότι στο θέμα της προσβαλλόμενης απόφασης αναφέρεται εσφαλμένα το ανωτέρω CPV έναντι του αναφερόμενου στη Διακήρυξη CPV

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 109/2022

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.422,43 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 2/12/2021 πληρωμή στην Εθνική Τράπεζα Ελλάδος και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 284.485,48 ευρώ άνευ ΦΠΑ, χωρίς να υπολογίζεται η εκτιμώμενη αξία της προαίρεσης για ετήσια παράταση της σύμβασης.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης (CPV ...), με εκτιμώμενη αξία 705.524,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης (ήτοι 352.762,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για ένα έτος και 352.762,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για την ετήσια προαίρεση). Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 11/8/2021. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς. Τα πρακτικά της Επιτροπής διαγωνισμού περί αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών και περί αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών επικυρώθηκαν με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, με την προσβαλλόμενη απόφαση αποκλείστηκε ένας από τους τέσσερις συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, κρίθηκαν ως παραδεκτές οι προσφορές των λοιπών τριών οικονομικών φορέων και ανεδείχθη προσωρινή ανάδοχος η μειοδότη, και ήδη παρεμβαίνουσα, εταιρεία. Κατά της προσβαλλόμενης ασκήθηκε η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή με αίτημα της προσφεύγουσας να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος της με το οποίο κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα. Κατ' ορθή, όμως, ερμηνεία του εγγράφου της προδικαστικής προσφυγής, το αίτημά της αφορά την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος της, με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανεδείχθη αυτή σε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης, διότι το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών

Αριθμός απόφασης: 109/2022

κατακύρωσης, ανάδειξης οριστικής αναδόχου και κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί.

3. Επειδή, προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 6/7/2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και αναρτήθηκε την 7/6/2021 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό Α/Α

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα δια του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, την 2/12/2021 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Είναι δε και εμπρόθεσμη δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού την 25/11/2021.

6. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκείται με πρόδηλο έννομο συμφέρον που συνίσταται στην προσδοκία ανάληψης της υπό ανάθεση σύμβασης, κατόπιν αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας, η οποία προηγείται της προσφεύγουσας κατά σειρά μειοδοσίας.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς συμμετέχοντες μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 3/12/2021.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 14/12/2021.

9. Επειδή, την 13/12/2021 η παρεμβαίνουσα άσκησε νομίμως διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού και εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτήν της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής,

Αριθμός απόφασης: 109/2022

παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης και με προφανές έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά της έχει γίνει αποδεκτή και έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος και ως εκ τούτου, τυχόν αποδοχή της υπό κρίση προσφυγής είναι βλαπτική για αυτήν (ΣΤΕ 1936/2014, βλ. και εξ αντιδιαστολής ΑΕΠΠ 1047/2019, σκ. 8)..

10 . Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως υπόμνημα στις 20/12/2021 με αποστολή μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ λόγω τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ κατά τον χρόνο υποβολής του υπομνήματος, η οποία βεβαιώνεται με το υπ' αριθ. 43492ΕΞ2021/8-12-2021 έγγραφο της Δ/σης Διαχείρισης, Ανάπτυξης και Υποστήριξης ΕΣΗΔΗΣ του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης, το οποίο βρίσκεται αναρτημένο στον ιστότοπο του ΕΣΗΔΗΣ.

11. Επειδή, κατόπιν της υποβολής της, η εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ανατέθηκε από την Πρόεδρο της ΑΕΠΠ στο παρόν Κλιμάκιο. Με την υπ' αριθ. 3099/2021 Πράξη Προέδρου του 1ου Κλιμακίου ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής και εκλήθη η αναθέτουσα αρχή να καταθέσει τις απόψεις της επ' αυτής.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν.

13. Επειδή, με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της ανάδειξής της σε προσωρινή μειοδότηρια προβάλλοντας ότι η οικονομική της προσφορά είναι μη νόμιμη, διότι υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού κόστους της σύμβασης για τρεις επιμέρους λόγους, ήτοι διότι α) κατά την κατάρτιση της οικονομικής της προσφοράς η παρεμβαίνουσα δεν έλαβε υπόψη την εξαγγελθείσα στις 26/7/2021 αύξηση του κατώτατου μισθού κατά 2% από 1/1/2022, β) η νόμιμη προσαύξηση επί του ωρομισθίου έχει υπολογιστεί από την παρεμβαίνουσα για 57 ημέρες Κυριακής και αργίας έναντι του ορθού αριθμού 59 ημερών για το έτος 2022, γ) λόγω εσφαλμένου υπολογισμού των ασφαλιστικών εισφορών.

Αριθμός απόφασης: 109/2022

14. Επειδή, το άρθρο 18 παρ. 2 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους».

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 παρ. 1 περ. α' και β' Ν. 4412/2016, «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».

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 95 παρ. 5 περ. α' Ν. 4412/2016, «στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας αγαθών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: [...] η τιμή του προς προμήθεια αγαθού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, καθώς και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης».

17. Επειδή, στην υπό ανάθεση σύμβαση, τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 68 Ν. 3863/2010, όπως ισχύει, οι προβλέψεις του οποίου ενσωματώνονται στο άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης «Περιεχόμενα Φακέλου

Αριθμός απόφασης: 109/2022

‘Οικονομική Προσφορά’/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών», το οποίο ορίζει τα εξής:

«Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης.

Η τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται σε ευρώ ανά μονάδα. [Αν στο ηλεκτρονικό σύστημα δεν μπορεί να αποτυπωθεί αναλυτικά η οικονομική προσφορά, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελλο “οικονομική προσφορά” την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ψηφιακά υπογεγραμμένη και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία σε μορφή pdf. Σε περίπτωση διάστασης των στοιχείων της προσφοράς που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου όπου αναφέρονται αναλυτικά οι τιμές, υπερισχύει το τελευταίο]

Η προσφερόμενη τιμή των παρεχόμενων υπηρεσιών δίνεται σε ευρώ ανά μήνα και θα περιλαμβάνει το κόστος παροχής υπηρεσιών φύλαξης των χώρων του Νοσοκομείου. Σύμφωνα δε με την παρ. 5, περ. α΄ του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016, θα περιλαμβάνει και τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης.

Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα.

Η προσφερόμενη τιμή δεν μπορεί να είναι χαμηλότερη του κόστους μισθοδοσίας, το οποίο πρέπει να καλύπτει τουλάχιστον τα οριζόμενα από την εργατική νομοθεσία (αμοιβές προσωπικού φύλαξης με τις ανάλογες προσαυξήσεις, επιδόματα, ασφαλιστικές εισφορές, κλπ) βάσει της οικείας ΣΣΕ.

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 και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Ι της παρούσας διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: 109/2022

Οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους, τα ακόλουθα στοιχεία (παρ. 1, άρθρ. 68 του Ν. 3863/2010) όπως τροποποιήθηκε και ισχύει:

α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο

β) Τις ημέρες και ώρες εργασίας.

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

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

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

Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίσουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά τους, αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι».

18. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 1.7 και 4.3 της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι, εφόσον αναδειχθούν ανάδοχοι της σύμβασης, θα τηρούν τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Επιπροσθέτως, στο άρθρο 1.7 ορίζεται ότι «επιπλέον, στην εν λόγω σύμβαση παροχής υπηρεσιών φύλαξης περιλαμβάνονται, επιπλέον του όρου του πρώτου εδαφίου, και τα στοιχεία που αναφέρονται στις περιπτώσεις α΄ έως ε΄ της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α΄ 115), όπως εκάστοτε ισχύει».

19. Επειδή, ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού κόστους της σύμβασης τουλάχιστον κατά 2%, επικαλούμενη την από 26/7/2021 Βη του Υπουργείου

Αριθμός απόφασης: 109/2022

Εργασίας, με την οποία εξαγγέλθηκε αύξηση του κατώτατου μισθού κατά 2% από 1/1/2022. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, «ο αρμόδιος Υπουργός έχει προβεί ήδη από τον Ιούλιο 2021 σε επίσημη δέσμευση για αύξηση του μισθού κατά 2% από 1/1/2022, το οποίο γνώριζαν όλοι οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς. Επομένως, από την ανωτέρω ημερομηνία της ανακοίνωσης του Υπουργού, ήταν απολύτως σαφές σε όλους του οικονομικούς φορείς ότι όφειλαν να υπολογίσουν το εργατικό κόστος με βάση υπολογισμού τον προσαυξημένο κατά 2% μισθό, που θα ισχύει από το 2022». Περαιτέρω, η προσφεύγουσα επικαλείται «το από 11/8/2021 έγγραφο διευκρινίσεων» προσθέτοντας ότι «όλοι οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν, επί ποινή απόρριψης των προσφορών τους, να υπολογίσουν το εργατικό κόστος με βάση τον προσαυξημένο κατά 12% μισθό, σύμφωνα με την ισχύουσα από 1-1-2022 εργατική νομοθεσία και τη σχετική διευκρίνιση που παρέσχε η αναθέτουσα αρχή με το ανωτέρω έγγραφό της».

20. Επειδή, από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, προκύπτει ότι, με το από 29/7/2021 έγγραφό της η προσφεύγουσα υπέβαλε αίτημα παροχής διευκρινίσεων, στο οποίο περιλαμβανόταν και το εξής ερώτημα: «προ ολίγων ημερών ανακοινώθηκε ότι από 01/01/2022 θα αυξηθούν κατά 2% οι κατώτερες νόμιμες αποδοχές. Για τους λόγους που αναφέραμε ανωτέρω, να μας ενημερώσετε αν θα πρέπει να λάβουμε υπόψη μας για τον υπολογισμό του εργατικού κόστους την εν λόγω αύξηση και για ποιο διάστημα της συμβάσεως». Με το από 16064/4-8-2021 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή παρείχε τη διευκρίνιση ότι «για τον υπολογισμό του εργατικού κόστους θα ληφθούν υπόψη οι κείμενες διατάξεις», η οποία ουδόλως τροποποίησε τους όρους της Διακήρυξης, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή.

21. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα ισχυρίζονται, προς αντίκρουση του ανωτέρω λόγου της προδικαστικής προσφυγής, ότι η διαγωνιστική διαδικασία διέπεται από το θεσμικό πλαίσιο που ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης, και, συγκεκριμένα όσον αφορά το ύψος του κατώτατου μισθού, από την υπ' αριθ. 4241/127/30-01-2019 Υπουργική Απόφαση (ΦΕΚ ΤΕΥΧΟΣ Β' 173/30-01-2019). Περαιτέρω, ισχυρίζονται αμφότερες ότι η εξαγγελία αύξησης του κατώτατου μισθού δεν δέσμευε τους οικονομικούς φορείς κατά την κατάρτιση των προσφορών τους, δεδομένου ότι

Αριθμός απόφασης: 109/2022

αυτή συνίστατο σε ανακοίνωση του αρμόδιου Υπουργείου, και όχι σε θέσπιση νομοθετικής ή κανονιστικής διάταξης.

22. Επειδή, κρίσιμος χρόνος, από την άποψη του ισχύοντος νομοθετικού καθεστώτος για την διαμόρφωση της προσφοράς διαγωνιζομένου, είναι ο χρόνος της διενέργειας του διαγωνισμού, για τον προσδιορισμό δε του κόστους της μισθοδοσίας του προσωπικού, ο διαγωνιζόμενος δεσμεύεται από τους κανονιστικούς όρους της ισχύουσας κατά τον ανωτέρω χρόνο εργατικής νομοθεσίας που προβλέπει τους κατώτατους μισθούς των υπαλλήλων και τα κατώτατα ημερομίσθια των εργατοτεχνιτών. Περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος αναλαμβάνει τον κίνδυνο να τηρήσει την εκάστοτε ισχύουσα εργατική νομοθεσία σχετικά με τους όρους αμοιβής του απασχολούμενου από αυτόν προσωπικού, σε περίπτωση που αναδειχθεί ανάδοχος (βλ. ΕΑΣΤΕ 73/2021). Στο πλαίσιο αυτό, έχει κριθεί, ότι κανονιστική ρύθμιση μεταγενέστερη του ανωτέρω χρόνου δεν επιδρά ούτε επί της νομιμότητας του διαγωνισμού, ο οποίος μπορεί να συνεχιστεί και να ολοκληρωθεί, κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑΣΤΕ 73/2021, ΔΕΦΑΘ 496/2020, πρβλ., κατ' αναλογία, και το 1050/19-2-2019 διευκρινιστικό έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «*Διευκρινήσεις ως προς τις συνέπειες της αναπροσαρμογής του κατώτατου μισθού και του κατώτατου ημερομισθίου σε εν εξελίξει διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαριότητας ή/και φύλαξης*» που είχε εκδοθεί, κατόπιν προηγούμενης αύξησης του κατώτατου μισθού κατά το έτος 2019), ούτε επί της νομιμότητας των κατατεθεισών προσφορών των διαγωνιζόμενων, οι οποίες ως εκ τούτου δεν καθίστανται άνευ ετέρου επιγενομένως μη νόμιμες και, συνεπώς, απορριπτέες (βλ. ΔΕΦΑΘ 496/2020, σκ. 11). Πολλώ δε μάλλον, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι έχει έννομες συνέπειες και δεσμεύει τους διαγωνιζόμενους κατά την κατάρτιση και υποβολή της προσφοράς τους εξαγγελία περί αλλαγής των οικείων περί μισθολογικού κόστους διατάξεων του εργατικού δικαίου, η οποία δεν έχει αποκτήσει κανονιστικό χαρακτήρα κατά τον χρόνο κατάρτισης και υποβολής των προσφορών. Επιπλέον, εφόσον η αξιολόγηση των προσφορών προηγείται της αύξησης του κατώτατου μισθού, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να απορρίψει τις οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων ως ασυνήθιστα χαμηλές χωρίς τούτο να βρίσκει έρεισμα στο ισχύον κατά την αξιολόγηση θεσμικό πλαίσιο.

Αριθμός απόφασης: 109/2022

23. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα ορθώς υπολόγισε το εργατικό κόστος της προσφοράς της με βάση τον ισχύοντα κατά τον χρόνο κατάρτισής της κατώτατο μισθό, απορριπτόμενων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας που περιέχονται τόσο στην προσφυγή όσο και στο υπόμνημά της. Η δε από 26/7/2021 ανακοίνωση του Υπουργείου Εργασίας είναι νομικώς αδιάφορη, όσον αφορά την εκτίμηση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων στον προκείμενο διαγωνισμό, δεδομένου ότι ούτε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης ούτε κατά τον χρόνο υποβολής και αξιολόγησης των προσφορών είχε αυξηθεί το ύψος του κατώτατου μισθού, αλλά εξακολουθούσε να ισχύει η υπ' αριθ. 4241/127/30-01-2019 Υπουργική Απόφαση (ΦΕΚ ΤΕΥΧΟΣ Β' 173/30-01-2019) βάσει της οποίας διαμορφώθηκε η προσφορά της παρεμβαίνουσας. Είναι έτερο δε ζήτημα εάν είναι δυνατή η υλοποίηση της σύμβασης από τον ανάδοχο κατόπιν της αύξησης του κατώτατου μισθού, ωστόσο, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ισχυρισμούς σχετικά με την τυχόν άσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω αδυναμίας κανονικής εκτέλεσης της σύμβασης. Για τους λόγους αυτούς, πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής.

24. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η παρεμβαίνουσα έχει υπολογίσει στην οικονομική προσφορά της την προσαύξηση ποσοστού 75% του άρθρου 2 παρ. 1 του ΝΔ 3755 της 14/17-9-57 (Α 182) επί του νόμιμου ωρομισθίου για 57 ημέρες Κυριακών και αργιών έναντι του ορθού αριθμού των 59 Κυριακών και αργιών που περιέχει το έτος 2022. Ειδικότερα, όπως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, εξαιτίας του ανωτέρω εσφαλμένου υπολογισμού των Κυριακών και ημερών αργίας του έτους 2022, η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού κόστους (ΑΕΠΠ 384/2021, σκ. 41). Η παρεμβαίνουσα δεν αρνείται το σφάλμα της οικονομικής της προσφοράς ως προς τον αριθμό Κυριακών και αργιών που έλαβε υπόψη, πράγμα που προκύπτει, άλλωστε, σαφώς από το έντυπο της οικονομικής της προσφοράς. Τόσο η παρεμβαίνουσα όσο και η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσουν στον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι, εφόσον εφαρμοστεί στην οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας ποσοστό ασφαλιστικών

Αριθμός απόφασης: 109/2022

εισφορών 22,54%, όπως αυτό ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης για τις ασφαλιστικές εισφορές έτους 2021, το ποσό του ελάχιστου εργατικού κόστους που υπολόγισε η παρεμβαίνουσα επαρκεί για την κάλυψη της προσαύξησης και για τις δύο μη υπολογισθείσες από αυτήν Κυριακές. Όμως, ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος, διότι, σύμφωνα με το ισχύουσες κατά τον χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης και υποβολής των προσφορών οικείες διατάξεις των Ν. 4670/2020 και 4387/2016, το ποσοστό ασφαλιστικών εισφορών για το έτος εκτέλεσης της σύμβασης, ήτοι το 2022, δεν ανερχόταν σε 22,54%, αλλά σε 24,33%. Με το ποσοστό αυτό υπολόγισε, ως όφειλε, η προσφεύγουσα την οικονομική προσφορά της, δεδομένου ότι οι υπηρεσίες επρόκειτο να παρασχεθούν κατά το έτος 2022 (ΔΕφΑθ 2117/2021, ΔΕφΘεσ/νικης 218/2021). Εξάλλου, η εκ των υστέρων εφαρμογή στα οικεία κονδύλια της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας ποσοστού ασφαλιστικών εισφορών διάφορου σε σχέση με αυτό που η ίδια εφάρμοσε κατά την κατάρτιση και υποβολή της οικονομικής προσφοράς της, πέραν του ότι δεν θεραπεύει το γεγονός ότι αυτή έλαβε υπόψη εσφαλμένο ετήσιο αριθμό Κυριακών και αργιών, αποτελεί ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς της, η οποία, κατά τα προβλεπόμενα στη Διακήρυξη, πρέπει να αναφέρει διακριτά τα επιμέρους κόστη που αντιστοιχούν στο ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος και στις εργοδοτικές εισφορές. Ως εκ τούτου, οι περιεχόμενοι στην παρέμβαση υπολογισμοί και ο συναφής ισχυρισμός ότι βάσει του ποσοστού ασφαλιστικών εισφορών του έτους 2021 η προσφορά της παρεμβαίνουσας υπερκαλύπτει το εργατικό κόστος της σύμβασης δεν μπορούν να γίνουν δεκτοί. Για τους λόγους αυτούς, πρέπει να γίνει δεκτός ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

25. Επειδή, τέλος, με τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στην προσφορά της παρεμβαίνουσας *«υπάρχει απόκλιση και στο ποσοστό των ΕΡΓΟΔΟΤΙΚΩΝ ΕΙΣΦΟΡΩΝ. Η ημετέρα εταιρεία έχει υπολογίσει ποσοστό 24,33% από 01/01/2022 και 24,08 από 01/06/2022 (άρθρο 81 Ν. 4826/2021 και άρθρο 97, παραγρ. 1 του Ν. 4387/2016) και έχει συμπεριλάβει και την Εισφορά υπέρ ΕΛΠΚ στο πεδίο 7, ενώ η προσβαλλόμενη έχει υπολογίσει στο αντίστοιχο πεδίο μόνο τις Εργοδοτικές εισφορές ποσοστού 24,33% για όλο το 2022»*.

Αριθμός απόφασης: 109/2022

26. Επειδή, ο κατά τα άνω ισχυρισμός της προσφεύγουσας κατατείνει κατ' αρχήν στην απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας λόγω υπολογισμού μεγαλύτερου, και όχι μικρότερου, ποσοστού ασφαλιστικών εισφορών. Όπως δε προκύπτει, και από το περιεχόμενο της προσφυγής και από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, στον πίνακα οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας (αρχείο με τίτλο «2. Πίνακας Οικονομικής Προσφοράς» της υπ' αριθ. ...), η τελευταία υπολόγισε τις ασφαλιστικές εισφορές με ποσοστό 24,33% καθ' όλο το έτος 2022, έναντι του εφαρμοστέου, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, μειωμένου ποσοστού 24,08% για το δεύτερο εξάμηνο του 2022, το οποίο προέκυψε από τις διατάξεις του άρθρου 81 Ν. 4826/2021 (ΦΕΚ Α' 160/07.09.2021). Όμως, η εφαρμογή μεγαλύτερου έναντι του νόμιμου ποσοστού ασφαλιστικών εισφορών, δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, όπως βασίμως ισχυρίζεται αυτή στην παρέμβασή της. Για τον λόγο αυτό, ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

27. Επειδή, περαιτέρω, όσον αφορά το ΕΛΠΚ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 34 παρ. 6 περ. γ' του Ν. 4144/2013, 89 περ. Γ' του Ν. 3996/2011 και της ΥΑ 23411/2131/30.12.2011, καθώς επίσης και των σχετικών διευκρινιστικών εγκυκλίων του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ υπ' αριθ. 63/2013 και Ε40/573/17-7-2014, η κράτηση υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων αποτελεί εργοδοτική εισφορά, ύψους 20 ευρώ ετησίως για κάθε εργαζόμενο, η οποία καταβάλλεται από τον εργοδότη και εισπράττεται από το ΙΚΑ-ΕΤΑΜ ταυτόχρονα και παράλληλα με τις τακτικές εισφορές υπέρ του Οργανισμού Εργατικής Εστίας για τον μήνα Αύγουστο κάθε έτους. Η ως άνω εισφορά επιβάλλεται στον εργοδότη, πλην όμως δεν συνιστά συναρτώμενη με τις αποδοχές των εργαζομένων ασφαλιστική εισφορά. Ως εκ τούτου, η ως άνω κράτηση δεν απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να υπολογιστεί στο διακριτό κονδύλι ασφαλιστικών εισφορών της οικονομικής προσφοράς, και συγκεκριμένα στο πεδίο 7 του υποδείγματος οικονομικής προσφοράς, αλλά μπορεί να περιλαμβάνεται σε οποιοδήποτε από τα λοιπά κονδύλια της οικονομικής προσφοράς (ΑΕΠΠ 843/2021, 94/2019). Επειδή η προσφεύγουσα αναφέρει μεν ότι η ίδια, σε αντίθεση με την παρεμβαίνουσα,

Αριθμός απόφασης: 109/2022

έχει συμπεριλάβει το ΕΛΠΚ στο πεδίο 7 του πίνακα της οικονομικής προσφοράς της, αλλά δεν αμφισβητεί με συγκεκριμένους ισχυρισμούς ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας υπολείπεται κατά το κονδύλιο αυτό του ελάχιστου εργατικού κόστους της σύμβασης, ο σχετικός ισχυρισμός πρέπει να απορριφθεί ως αόριστος και ανεπίδεκτος εκτίμησης. Για τους ανωτέρω λόγους, πρέπει να απορριφθεί και ο τρίτος λόγος της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

28. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή στο σύνολό της.

29. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει μερικώς δεκτή, κατά το σκεπτικό, να απορριφθεί η παρέμβαση και, ως εκ τούτου να οριστεί η επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό, κατά το μέρος της με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανεδείχθη αυτή προσωρινή μειοδότηρια.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού χιλίων τετρακοσίων είκοσι δύο ευρώ και σαράντα τριών λεπτών (1.422,43 €).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 24 Ιανουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ελευθερία Καλαμιώτη

Η Γραμματέας

Φωτεινή Μαραντίδου