

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 01 Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 27.07.2020 με ΓΑΚ 1072 /28.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην οδό .....αρ. ...., όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο: «.....», που εδρεύει στην οδό ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 07.08.2020 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί το από 23-07-2020 Απόσπασμα του Πρακτικού της συνεδρίασης του ΔΣ του .....της 21ης Ιουλίου 2020 υπ' αριθ. Δ12, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτή η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε προσωρινή μειοδότης.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €3.458,00 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό .....και το από 24.07.2020 αποδεικτικό πληρωμής της Τράπεζας

**Αριθμός απόφασης: 1150/2020**

.....).

2. Επειδή, με την υπ' αρ. .... Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης και επιτήρησης της ασφάλειας των κτιρίων α και β του .....σε καθημερινή 24ωρη βάση καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης και παροχής υπηρεσιών φύλαξης και ασφάλειας του ..... σε συγκεκριμένα σημεία του για τις ημέρες που θα υπάρχει εκδήλωση σύμφωνα με το πρόγραμμα εκδηλώσεων του ....., με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανερχόμενη στο ποσό των 518.662,29€ χωρίς ΦΠΑ (ΦΠΑ 24%: 124.478,95€, συνολικού προϋπολογισμού συμπ. ΦΠΑ 24% 643.141,24€). Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α Συστήματος .....

3. Επειδή, με το από 23-07-2020 Απόσπασμα του Πρακτικού της συνεδρίασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής της 21ης Ιουλίου 2020 υπ' αριθ. Δ12, με θέμα «Έγκριση πρακτικών Νο1 και Νο2 της Επιτροπής Διενέργειας Δημόσιου Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την Ανάθεση της Φύλαξης και της Επιτήρησης της Ασφάλειας του .....και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου», κατόπιν έγκρισης των υπ' αριθμ. Νο1 και Νο2 πρακτικών της Επιτροπής Διενέργειας Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, κρίθηκε ότι οι οικονομικές προσφορές της παρεμβαίνουσας, της προσφεύγουσας και της ....., πληρούσαν τους όρους της Προκήρυξης και αναδείχθηκε προσωρινή μειοδότηρια η παρεμβαίνουσα, ως έχουσα την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με συνολική προσφερόμενη τιμή για 36 μήνες 479.447, 31 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και τιμή για το δικαίωμα προαίρεσης, παράτασης 12 μηνών, 159.815, 77 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 27.07.2020, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου

## Αριθμός απόφασης: 1150/2020

δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, στις 23.07.2020, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στο ΕΣΗΔΗΣ στις 03.07.2020, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 29.07.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 12.08.2020 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν.

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 29.07.2020, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 07.08.2020 με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος.

8. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαδών 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 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των

## Αριθμός απόφασης: 1150/2020

ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

9. Επειδή, το

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον λόγο της προσφυγής της στρέφεται κατά της αποδοχής της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και αναφέρει επί λέξει ότι «η οικονομική προσφορά της .....δεν είναι σύννομη διότι είναι κατώτερη του νόμιμου εργατικού κόστους.[...] Στην υπό κρίση περίπτωση, η Ανώνυμη Εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» δηλώνει τα εξής στην οικονομική της προσφορά και στο έντυπο του άρθρου 68 του ν. 3863/2010: «...Ο αριθμός των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο: 17 φυσικά πρόσωπα. Οι ημέρες και τις ώρες εργασίας: Α1.Σε καθημερινή 24ωρη βάση, καθ' όλη τη διάρκεια της συναφθησόμενης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένων όλων των εορτών και αργιών, ανά βάρδια, με ένα (1) φύλακα. Α2. Σε καθημερινή 24ωρη βάση, καθ' όλη τη διάρκεια της συναφθησόμενης σύμβασης πλην διαστήματος 30 ημερών μεταξύ των μηνών Ιουνίου έως και Σεπτεμβρίου, εκάστου συμβατικού έτους, συμπεριλαμβανομένων όλων των εορτών και αργιών, ανά βάρδια, με ένα (1) φύλακα.

Α3. Για διάστημα 30 ημερών μεταξύ των μηνών Ιουνίου έως και Σεπτεμβρίου εκάστου συμβατικού έτους, οι αμέσως παραπάνω υπηρεσίες φύλαξης, θα παρέχονται από ένα φύλακα σε οκτάωρη νυκτερινή βάρδια μόνο.Β. Υπηρεσίες φύλαξης κατά τη διάρκεια εκδηλώσεων Οι υπηρεσίες αυτές εκτιμάται ότι ανέρχονται στο ύψος των 5.000 ετησίως (500 ώρες μηνιαία για λειτουργία 10 μηνών το έτος) και θα καλυφθούν από οκτώ 8 θέσεις φυλάκων. Β1.Δευτέρα έως Σάββατο ημέρα αριθμός ωρών 275/μήνα. Β2.Δευτέρα έως Σάββατο νύχτα αριθμός ωρών 155/μήνα. Β3.Κυριακή & αργία ημέρα αριθμός ωρών 45/μήνα. Β4.Κυριακή και αργία νύχτα αριθμός ωρών 25/μήνα. Η συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι: Επιχειρησιακή Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (Ε.Σ.254/ 06.09.2018) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υπ' αριθμ. οικ. 4241/127 Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ Β'173/30-01-2019) περί

## Αριθμός απόφασης: 1150/2020

"Καθορισμού κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας" σας επισυνάπτω αντίγραφο αυτής. Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων: 384.301,00€ για το σύνολο του έργου. Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά: 93.500,43€ για το σύνολο του έργου. Στην οικονομική προσφορά έχει υπολογιστεί εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών μας, κόστος των αναλωσίμων, εργολαβικό κέρδος, το ποσό υπέρ ΕΛΠΚ, οι νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, συνολικού ποσού 1.645,88€.» Δ) Όμως, η ανωτέρω προσφορά της εταιρίας «.....» δεν είναι σύννομη διότι: Δ.1. Μη υπολογισμός βαρέων ενσήμων για τη βραδινή βάρδια: Από τα δεδομένα της προσφοράς της εταιρίας «.....» προκύπτει ότι για το ύψος ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά για το σύνολο των εργαζομένων την περίοδο παροχής υπηρεσίας (μηνιαίως), έχει υπολογίσει ασφάλιση με μικτά ένσημα για τους εργαζόμενους της και όχι με βαρέα ως υποχρεούται βάσει της ισχύουσας εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Συγκεκριμένα, ο υπολογισμός που παρατίθεται για τον υπολογισμό των ασφαλιστικών εισφορών είναι ο εξής:  $384.301,00 \text{ ευρώ} \times 24,33\% = 93.500,43 \text{ ευρώ}$ . Όμως, ο ως άνω υπολογισμός είναι καταφανώς εσφαλμένος διότι η μια (1) θέση φύλαξης, σύμφωνα με το γράμμα της διακήρυξης, είναι μόνο βράδυ και συνεπώς η ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «.....» δεν υπολόγισε τις εργοδοτικές εισφορές για την εν λόγω θέση σύμφωνα με τον Κανονισμό Βαρέων & Ανθυγιεινών Επαγγελματιών (Κ.Β.Α.Ε.), ήτοι με ποσοστό 26,48%. Συνεπώς, το ποσό των εργοδοτικών εισφορών που πρόκειται να καταβάλει η ως άνω εταιρεία έχει προϋπολογιστεί κατά παράβαση των οικείων νομοθετικών διατάξεων, αφού αντιστοιχεί στο 24,33% των νόμιμων αποδοχών του απασχολούμενου νυχτοφύλακα στο έργο, το οποίο ποσοστό αντιστοιχεί σε ασφάλιση με μικτά ένσημα και όχι βαρέα, ενώ το ελάχιστο νόμιμο ποσοστό είναι το 26,48% των νόμιμων αποδοχών τους, όπως ανωτέρω καταδείχθηκε, και, ως εκ τούτου, κατ' εφαρμογή της προαναφερθείσας νομοθεσίας, η προσφορά της πρέπει να αποκλειστεί ως κείμενη κάτω του ελάχιστου νόμιμου εργοδοτικού κόστους. Δ.2. Εσφαλμένο εργοδοτικό κόστος εκ μέρους της εταιρίας «.....» όσον αφορά τη νυκτερινή φύλαξη: Στον πίνακα κόστους εργατοώρας που απαιτούσε η διακήρυξη, τόσο η εταιρία μας όσο και η «.....», έχουμε συνυπολογίσει τα

## Αριθμός απόφασης: 1150/2020

ίδια ποσά: {εισαγωγή πινάκων με υπολογισμούς ποσών}. Άλλωστε, οι απαιτούμενες από τη διακήρυξη υπηρεσίες είναι μία 24ωρη φύλαξη στο θυρωρείο M1 για 36 μήνες, μία 24ωρη φύλαξη στο θυρωρείο M2 για 33 μήνες και μία 8ωρη νυκτερινή για 3 μήνες. Εύλογα, λοιπόν, γεννάται το ερώτημα, εφ' όσον έχουμε ακριβώς τα ίδια ποσά, πως είναι δυνατόν να καταλήξουμε σε διαφορετικό αποτέλεσμα εργατικού κόστους; Ειδικότερα: στις δύο 24ώρες θέσεις εργασίας, όπως προκύπτει από τα παραπάνω δεδομένα, το κόστος της κάθε 24ωρης φύλαξης για ένα μήνα καλύπτεται από το ποσόν των 5.254,42 ευρώ της εταιρίας «.....», πολύ δε περισσότερο από τη δική μας προσφορά, ήτοι 5.262,57 ευρώ. Όμως, στην 8ωρη νυκτερινή για 3 μήνες, οι προβλεπόμενες εργοδοτικές εισφορές, όπως παραπάνω αναλύθηκε, έπρεπε να περιλαμβάνουν βαρέα και ανθυγιεινά ένσημα, ήτοι 26,48%. Ο πίνακας κόστους εργατοώρας για βαρέα και ανθυγιεινά ένσημα διαμορφώνεται όπως παρακάτω: {εισαγωγή πίνακα υπολογισμού εργατοώρας για βαρέα και ανθυγιεινά}. Και αντίστοιχα το μηνιαίο εργοδοτικό κόστος της 8ωρης νυκτερινής φύλαξης θα διαμορφωθεί στο ποσόν των 2.029,97 ευρώ σύμφωνα με τον κατωτέρω αναλυτικό πίνακα: {εισαγωγή πίνακα}. Επομένως, ακόμα και με μηδενικά ποσά (πράγμα απαράδεκτο) για τις υπόλοιπες δαπάνες (Διοικητικό, Αναλώσιμα, Ε.Λ.Π.Κ., Κρατήσεις υπέρ Δημοσίου & Τρίτων, Εργολαβικό όφελος), με το μηνιαίο ποσό των 2.005,55 ευρώ της προσφοράς της εταιρίας «.....» ως μηνιαία τιμή κόστους για τη συγκεκριμένη δεν καλύπτεται ούτε το ελάχιστο μηνιαίο εργοδοτικό κόστος, όπως το υπολογίσαμε παραπάνω, με αποτέλεσμα η προσφορά της ..... να είναι αντίθετη στην εργατική νομοθεσία. Πολύ δε περισσότερο η τιμή αυτή δεν καλύπτει λοιπές αναγκαίες δαπάνες σε αναλώσιμα, κόστος κατασκηνώσεων, διοικητικό κόστος κ.λπ. Συνεπώς, η προσφορά της εταιρίας «.....» πρέπει να απορριφθεί, διότι κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας, παρέλειψε να υπολογίσει τις εισφορές με βαρέα ένσημα, ήτοι 26,48 %, για τους νυχτοφύλακες, οι οποίοι εντάσσονται στην κατηγορία των εργατών και δη των απασχολουμένων ρητά κατά τον ισχύοντα ΚΒΑΕ σε βαρεία και ανθυγιεινή εργασία και συγκεκριμένα στην εργασία με αα 9. Δ.3. Μη συνυπολορισμός εύλογου διοικητικού κόστους - εκτέλεση ζημιογόνου σύμβασης: Στο άρθρο 88 «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές» (άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «[...]. Περαιτέρω, όπως έχει νομολογιακά κριθεί, στην οικονομική προσφορά πρέπει να ενσωματώνεται ένα εύλογο

## **Αριθμός απόφασης: 1150/2020**

ποσοστό του διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών, των αναλώσιμων, του εργολαβικού κέρδους και των νόμιμων κρατήσεων, ώστε να μην τίθεται σε κίνδυνο η εκτέλεση της σχετικής σύμβασης (Αποφάσεις ΕΑ 675/2002, 272/2008, 1257, 1262, 1297 και 1299/2009, 970/2010, 328/2013, 108/2014 κλπ). Έτσι, οι εταιρίες παροχής υπηρεσιών φύλαξης, θα πρέπει, κατά την ρητώς εκπεφρασμένη με τις διατάξεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 βούληση του νομοθέτη, να υπολογίζουν κατά τη σύνταξη της προσφοράς τους εύλογο (και κατά συνεκδοχή ελέγξιμο από τις αναθέτουσες αρχές), με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής και τις παρεχόμενες από τις προσφέρουσες εταιρείες εξηγήσεις ποσοστό διοικητικού κόστους και εργολαβικού κέρδους (ΣΤΕ 198/2013, ΔΕφ Θεσσαλ. 344/2012, ΕλΣυν VI Τμ. 150/2014). Άλλωστε, η υποβολή «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» δύναται να νοθεύσει τον ανταγωνισμό και να πλήξει την επί ίσοις όροις συμμετοχή των ενδιαφερομένων στους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αφού με τη μεθόδευση αυτή οι λοιποί υποψήφιοι αποκλείονται κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και η διαδικασία αποβαίνει υπέρ του διαγωνιζομένου εκείνου, που προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί αδικαιολόγητα χαμηλού, σε σχέση με τα κρατούντα στην αγορά, τιμήματος. Ως εύλογη βάση για τη διαμόρφωση αυτού του περιθωρίου εργολαβικού κέρδους τίθεται, σύμφωνα και με τα διδάγματα της κοινής πείρας ειδικώς όσον αφορά τις συμβάσεις του άρ. 68 Ν. 3863/2010, το ποσοστό 3% επί του συνολικού κατά τα ως άνω, εκτιμωμένου εργολαβικού κόστους, καθώς είναι αρκετά χαμηλό ώστε να μην αυξάνεται δυσανάλογα ο προϋπολογισμός της σύμβασης, όχι όμως και τόσο μικρό, ώστε να μην καταλείπει περιθώρια υγιούς ανταγωνισμού, να αποθαρρύνει την προσέλκυση προσφορών ή να ενθαρρύνει, αντίστροφα, την καταστρατήγηση του άρ. 18 Ν. 4412/2016 (ανά περίπτωση και όχι πάντως, εν προκειμένω, και των διατάξεων του άρ. 68 Ν. 3863/2010), ως και αυτών περί των εργοδοτικών και ασφαλιστικών υποχρεώσεων των αναδόχων (ΑΕΠΠ 49/2018). Εν προκειμένω, η εταιρία «.....» στην ανάλυση του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, δηλώνει συνολικά και χωρίς να γίνεται περαιτέρω επιμερισμός ή άλλη ανάλυση ότι Διοικητικό, Αναλώσιμα, Εργολαβικό κέρδος, Ε.Λ.Π.Κ., και κρατήσεις είναι συνολικώς 1.645,88 ευρώ, αναφέροντας ρητώς ότι: «Στην οικονομική προσφορά έχει υπολογιστεί εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών μας, κόστος των αναλωσίμων, εργολαβικό κέρδος, το

## Αριθμός απόφασης: 1150/2020

ποσό υπέρ ΕΛΠΚ, οι νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, συνολικού ποσού 1.645,88€» Από το ανωτέρω προϋπολογισμένο ποσό συνάγεται ότι, πέραν του ότι η εν λόγω εταιρία δεν προέβη σε αναλυτικό επιμερισμό των ανωτέρω κονδυλίων, ως όφειλε με βάση τη διακήρυξη, με αποτέλεσμα η προσφορά της να είναι απορριπτέα και εξ αυτού μόνου του λόγου, σε κάθε περίπτωση συνάγεται ότι υπολογίζοντας μόνο τα τελείως ανελαστικά έξοδα και με μηδέν ευρώ αναλώσιμα, κέρδος και εγγυητική επιστολή, δεν καλύπτεται το ελάχιστο ανελαστικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, όπως αυτό προσδιορίζεται από το άθροισμα ΕΛΠΚ για 17 άτομα (που έχουν δηλωθεί στην προσφορά της .....), τις κρατήσεις και το κόστος των δημοσιεύσεων. Με άλλες λέξεις, η εκτέλεση της υπό κρίση σύμβασης καταλήγει να είναι εμφανώς ζημιογόνος για την εν λόγω εταιρία με βάση τη συγκεκριμένη προσφορά [...]. Με άλλες λέξεις, εφόσον το κόστος κατασκηνώσεων είναι 1.020 ευρώ, τα έξοδα δημοσίευσης 235, 60 ευρώ (σύμφωνα με την 30-6-2020 διευκρίνιση του ..... – ΣΧΕΤΙΚΟ 1) και το κόστος κρατήσεων 741, 61 ευρώ, συνάγεται ότι αυτό το ποσό δεν καλύπτεται από το συνολικώς προϋπολογισθέν ποσό των 1.645, 88 ευρώ, αντιθέτως υπολείπεται κατά ποσό 351, 33 ευρώ του συγκεκριμένου ανελαστικού κόστους, έστω και αν τα αναλώσιμα θεωρηθεί ότι έχουν μηδενικό κόστος, όπως και η εγγυητική επιστολή (το οποίο φυσικά δεν ισχύουν, δεδομένου ότι και γι αυτά υφίσταται σημαντικό κόστος). Συνεπώς, το διοικητικό κόστος που υπολόγισε η ως άνω εταιρία σε καμία περίπτωση δεν θεωρείται εύλογο και θέτει σε κίνδυνο την εκτέλεση της σύμβασης, ενώ, όπως αναλύθηκε ενδελεχώς, η εκτέλεση της σύμβασης καθίσταται ζημιογόνος αφού δεν καλύπτονται όλα τα συγκεκριμένα ανελαστικά κόστη που η ..... δήλωσε ρητώς ότι συμπεριέλαβε ρητώς στο διοικητικό κόστος της. Συνεπώς, η οικονομική προσφορά της εν λόγω εταιρίας είναι απορριπτέα κατά δέσμια αρμοδιότητα χωρίς να απαιτείται η κλήση της εν λόγω εταιρίας σε διευκρινίσεις.».

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και των αντικρούσεων της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας προκύπτουν τα ακόλουθα: Με τους Δ1 και Δ2 λόγους της υπό κρίση προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι για την προβλεπόμενη βραδινή βάρδια θα έπρεπε η παρεμβαίνουσα να υπολογίσει και το κόστος για βαρέα και ανθυγιεινά ένσημα καθώς επίσης και το εργοδοτικό κόστος ποσού 26,48 ευρώ για εργοδοτικές εισφορές, όπως ορίζεται για τους νυκτοφύλακες.



## Αριθμός απόφασης: 1150/2020

Όμως, δεν περιλαμβάνονται στους «νυκτοφύλακες» οι εργαζόμενοι σε εταιρείες προστασίας και παροχής ασφαλείας, με αντικείμενο πέραν των άλλων και τη νυκτερινή φύλαξη καταστημάτων (βλ. Κων. Δ. Λαναρά, ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ ΕΡΓΑΤΙΚΗ ΚΑΙ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ, ΕΦΑΡΜΟΓΗ-ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΕΡΜΗΝΕΙΑ, εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2016 - Εγκύκλ. ΙΚΑ 219/68, 6/1994. Δ.Ε.Ν. 1994 σελ. 1107). Σε κάθε, δε, περίπτωση, η προσφεύγουσα όλως αορίστως προβάλλει τους σχετικούς ισχυρισμούς, καθώς ουδόλως επικαλείται ούτε και αποδεικνύει ότι κατά τα ωράρια της νυκτερινής κατά την ίδια απασχόλησης που αναφέρει θα απασχολείται μόνο ένας εργαζόμενος της παρεμβαίνουσας (βλ. ΑΕΠΠ 470/2020). Κατόπιν των ανωτέρω λοιπόν και οι δύο αυτοί λόγοι πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.

Εν συνεχεία με τον Δ3 λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα στην προσφορά της δεν έχει υπολογίσει εύλογο διοικητικό κόστος. Το άρθρο 34 του Ν. 4144/2013 ορίζει την σύσταση Ενιαίου Λογαριασμού για την Εφαρμογή Κοινωνικών Πολιτικών (Ε.Λ.Ε.Κ.Π.) και στους πόρους του περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, «Τα προβλεπόμενα, από την περίπτωση Γ του άρθρου 89 του ν. 3996/2011, όπως εξειδικεύτηκαν στην 23411/2131/30.12.2011 (Β 29/2012) κοινή απόφαση του Υπουργού και Υφυπουργού Ερ-γασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, έσοδα του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων(Ε.Λ.Π.Κ.), τα οποία διατίθενται αποκλειστικά για τους θεσπισμένους με τις διατάξεις αυτές σκοπούς». Για την ανωτέρω εισφορά εκδόθηκε η υπ' αριθ. 49/2013 εγκύκλιος του Ι.Κ.Α. (αριθ. πρωτ. Ε20/2/2-8-2013), με την οποία επιβλήθηκε *«ετήσια εργοδοτική εισφορά είκοσι (20) ευρώ, ανά εργαζόμενο με σχέση εξαρτημένης εργασίας ιδιωτικού δικαίου, καταβλητέα από τους εργοδότες οι οποίοι καταβάλλουν εισφορές υπέρ του Οργανισμού Εργατικής Εστίας»*. Επίσης, η υπ' αριθ. 63/2013 εγκύκλιος του Ι.Κ.Α. (αριθ. πρωτ. Ε20/3/24-10-2013) ορίζει ότι *«η εν λόγω εργοδοτική εισφορά αφορά όσους εργαζόμενους απασχολήθηκαν με σχέση εξαρτημένης εργασίας ιδιωτικού δικαίου και μισθοδοτήθηκαν κατά το μήνα Αύγουστο, ανεξάρτητα από τη διάρκεια της ημερήσιας ή μηνιαίας απασχόλησής τους»*. Όμως, όπως προκύπτει από την έρευνα στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής και τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, κατά τον μήνα Αύγουστο δεν πραγματοποιούνται εκδηλώσεις και δεν είναι απαραίτητη η απασχόληση οκτώ φυλάκων για αυτό το χρονικό διάστημα. Ως εκ τούτου δεν απαιτείται και η καταβολή της εισφοράς

## Αριθμός απόφασης: 1150/2020

υπέρ Ε.Λ.Π.Κ. όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα.

Περαιτέρω, η νομική αντιμετώπιση των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών στους δημόσιους διαγωνισμούς έχει χαρακτηριστικά αναδειχθεί μέσα από τις αποφάσεις του ανωτάτου δημοσιονομικού Δικαστηρίου σύμφωνα με την πάγια νομολογία του οποίου: Α) ΕΣ (VI Τμήμα) Πράξη 240/2007 σκέψη III: «... υφίσταται δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αιτείται την αιτιολόγηση κάθε προσφοράς που κρίνεται από αυτήν ως ασυνήθιστα χαμηλή. Τέτοια προσφορά αυτονόητα είναι η μηδενική οικονομική προσφορά [για το εργολαβικό κέρδος] σε κατηγορία που από τη διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπεται ως συγκρίσιμη για την ανάδειξη του αναδόχου. Κατά την περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ζητήσει τη σχετική οικονομική αιτιολόγηση της μηδενικής προσφοράς, χωρίς ωστόσο να δικαιούται να κρίνει ως απορριπτέα ευθύς εξ αρχής την προσφορά αυτή. Εάν όμως, ο διαγωνιζόμενος που υπέβαλε τη μηδενική προσφορά δεν καταφέρει να αιτιολογήσει το μηδενικό της ύψος, υποβάλλοντας στην κρίση της αναθέτουσας αρχής οικονομικά στοιχεία, από τα οποία να προκύπτει με σαφήνεια και ακρίβεια η δυνατότητα της εταιρείας να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις της, κατά τρόπο που να διασφαλίζει την ποιοτικά αναμενόμενη, ποσοτικά επαρκή και χρονικά έγκαιρη παροχή των υπηρεσιών, αποδεικνύοντας συγχρόνως ότι από τη συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό κομίζεται ένα κάποιο -έστω μικρό, αλλά διακριτά υπαρκτό - όφελος για αυτήν, ώστε να δικαιολογείται, κατά τη λογική του μέσου συνετού ανθρώπου, η συμμετοχή της στη συγκεκριμένη εμπορική δραστηριότητα, η οποία θα πρέπει να στοχεύει εξ ορισμού σε κάποιο οικονομικό κέρδος, τότε, η προσφορά της εταιρείας αυτής είναι απορριπτέα. Β) ΕΣ (VI Τμήμα) Πράξη 257/2007 σκέψη II: «... απαγορεύουν τη ρύθμιση και τη διοικητική πρακτική ενός κράτους μέλους, οι οποίες παρέχουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει ως ασυνήθιστα χαμηλές τις προσφορές που περιλαμβάνουν ποσοστό έκπτωσης μεγαλύτερο του κατωφλίου ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, λαμβάνοντας αποκλειστικά υπόψη τις δικαιολογήσεις των προτεινόμενων τιμών (...) χωρίς να παρέχεται η δυνατότητα (...) [στους διαγωνιζόμενους] να προβάλλουν την άποψή τους, μετά από το άνοιγμα των φακέλων, ως προς τα στοιχεία των προτεινόμενων τιμών, τα οποία έδωσαν λαβή σε υπόνοιες», δοθέντος ότι «αποτελεί πάγια νομολογία ότι το κοινοτικό δίκαιο απαγορεύει τον αυτόματο αποκλεισμό [automatic exclusion]

## **Αριθμός απόφασης: 1150/2020**

από τους διαγωνισμούς για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων ορισμένων προσφορών που καθορίζονται βάσει μαθηματικού κριτηρίου», ενώ αντιθέτως «δεν απαγορεύει, καταρχήν, να χρησιμοποιείται το μαθηματικό κριτήριο, όπως είναι το κατώφλι ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς (...), εφόσον πάντως το αποτέλεσμα στο οποίο καταλήγει η εφαρμογή του κριτηρίου αυτού δεν έχει άκαμπτο χαρακτήρα και εφόσον τηρείται η απαίτηση για έλεγχο των προσφορών αυτών, κατόπιν ακρόασης των ενδιαφερόμενων υποψηφίων .» (βλ. ΔΕΚ αποφάσεις της 27.11.2001, IMPRESA LOMBARDINI SPA, IMPRESA ING. MANTOVANI SPA / ANAS - ENTE NAZIONALE PER LE STRADE, ειδικά σκέψεις ΕΕΕυρΔ 2002:102 επ.). Στο πλαίσιο αυτό, η διακήρυξη του διαγωνισμού, δε δύναται να προβλέπει ότι αποκλείονται αυτόματα από τον σχετικό διαγωνισμό οι προσφορές που καθορίζονται βάσει μαθηματικού κριτηρίου ως ασυνήθιστα χαμηλές, αντί να υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να ακολουθεί την ως άνω διαδικασία ακρόασης του διαγωνιζόμενου που προσφέρει την ασυνήθιστα χαμηλή αυτή προσφορά, τέτοιος δε όρος της διακήρυξης είναι ανίσχυρος. Η διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού δεν όρισε ένα προκαθορισμένο ποσό ή κάποιο ελάχιστο αποδεκτό ποσοστό για το διοικητικό κόστος. Από την προσφορά της παρεμβαίνουσας κατόπιν των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή ορθώς δεν έκρινε ότι χρειαζόταν να γίνει επιμερισμός και ανάλυση του διοικητικού κόστους ή ότι αυτό ήταν ανύπαρκτο ώστε να προχωρήσει σε απόρριψη της προσφοράς. Εξάλλου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 88 του Ν.4412/2016, εάν η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας ήταν ασυνήθιστα χαμηλή θα μπορούσε να την καλέσει προς παροχή εξηγήσεων. Επομένως και ο τρίτος λόγος της προσφυγής είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

**Αριθμός απόφασης: 1150/2020**

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού €3.458,00 με ηλεκτρονικό κωδικό .....

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 21 Σεπτεμβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**ΗΛΙΑΣ ΧΑΤΖΗΛΙΑΣ**