

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει :

- 1) Την από 21.08.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1164/24.08.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****», που εδρεύει ***** (εφεξής ο «πρώτος προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και
- 2) Την από 20.08.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1166/24.08.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****», που εδρεύει στη ***** (εφεξής ο «δεύτερος προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά της ***** (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. ***** απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης των υπ' αριθμ. ***** Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «*****» που κατοικοεδρεύει στην *****, ο οποίος στρέφεται κατά της πρώτης και δεύτερης προσφυγής και

Κατά του παρεμβαίνοντος επί της πρώτης προσφυγής οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****» που εδρεύει στην *****, όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

Κατά του παρεμβαίνοντος επί της δεύτερης προσφυγής οικονομικού φορέα «*****.» που εδρεύει στην *****, ο οποίος στρέφεται κατά της πρώτης προσφυγής.

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή του ο πρώτος προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία κρίνονται αποδεκτές οι προσφορές των παρεμβαίνόντων επί της πρώτης προσφυγής «*****» και «*****.» καθώς και του οικονομικού φορέα «*****» και ανακηρύσσεται προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «*****».

Με τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή του ο δεύτερος προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία κρίνονται αποδεκτές οι προσφορές του πρώτου προσφεύγοντος *****, του πρώτου παρεμβαίνοντος *****, καθώς και του οικονομικού φορέα «*****».

Με τις παρεμβάσεις τους επί της πρώτης προσφυγής οι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη της πρώτης προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή των προσφορών τους.

Με τις παρεμβάσεις τους επί της δεύτερης προσφυγής οι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη της δεύτερης προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή των προσφορών τους.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε το Μέλος κ. Μαργαρίτα Κανάβα, που ορίστηκε Εισηγήτρια της πρώτης προσφυγής και το Μέλος κ. Ιωάννα Θεμελή που ορίστηκε Εισηγήτρια της δεύτερης προσφυγής

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 726 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, την από 21.08.2020 πληρωμή του στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 145.161,29€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 725,81 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, την από 21.08.2020 πληρωμή του στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ και ΠΛΗΡΩΜΕΝΟ) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 145.161,29 €, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή με την υπ' αριθμ. ***** διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών καθαριότητα των χώρων των *****», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 180.000€ ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

4. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 18.05.2020 με Α.Δ.Α.Μ. ***** καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό *****.

5. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η υπό εξέταση πρώτη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 21.08.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 12.08.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή η υπό εξέταση δεύτερη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 21.08.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 12.08.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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 Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων, ως προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατάχτηκε τρίτος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει καταρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή των προσφορών των παρεμβαίνοντων οικονομικών φορέων «*****» και «*****.» οι οποίο προηγούνται του πρώτου προσφεύγοντος σε σειρά μειοδοσίας, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Ωστόσο, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Επίσης, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «*Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον*

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής). Πέραν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, και δεδομένου ότι το κριτήριο ανάθεσης του υπό κρίση διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει τιμής, εφόσον ο προσφεύγων έχει καταταγεί τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας προϋπόθεση της συνδρομής του εννόμου συμφέροντός του προς προβολή ισχυρισμών κατά του πρώτου κατά σειρά μειοδοσίας συμμετέχοντος αποτελεί η ευδοκίμηση της προδικαστικής προσφυγής κατά της προσφοράς του δεύτερου κατά σειρά μειοδοσίας. Για το λόγο αυτό, πρέπει, εν προκειμένω, να προηγηθεί η εξέταση των λόγων της προσφυγής

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

που βάλλουν κατά της οικονομικής προσφοράς του δεύτερου κατά σειρά μειοδοσίας συμμετεχόντος.

Περαιτέρω, ο πρώτος προσφεύγων στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής της προσφοράς του τέταρτου στην σειρά κατάταξης διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα «*****». Και τούτο, διότι κατά πάγια νομολογία, προβάλλονται χωρίς έννομο συμφέρον λόγοι, όταν η αποδοχή τους σε κάθε περίπτωση δεν άγει στην υπέρ του αιτούντος κατακύρωση του αποτελέσματος του ένδικου διαγωνισμού (ΣΤΕ 4307/2011, ΕΑ ΣΤΕ 206/2011, 436/2011 και 324/2006). Περαιτέρω, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004). Εν προκειμένω, ακόμη και αν ήθελε κριθεί ότι μη νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά του τέταρτου κατά σειρά μειοδοσίας, ο πρώτος προσφεύγων, δεν έχει ούτε ενδέχεται να έχει ζημία που μπορεί να έχει σχέση με την ανάθεση της συγκεκριμένης υπό εξέταση σύμβασης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 επ. του Ν. 4412/2016, πολλώ δε μάλλον διότι ο οικονομικός φορέας «*****» δεν έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης απόφασης αναφορικά με την αποδοχή της προσφοράς του πρώτου προσφεύγοντος. Ως εκ τούτου, η πρώτη προσφυγή ασκείται απαραδέκτως ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του τέταρτου κατά σειρά μειοδοσίας διαγωνιζόμενου.

9. Επειδή ο δεύτερος προσφεύγων, ως προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και αναδείχτηκε δεύτερος κατά σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει κατ' αρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στη νομιμότητα της αποδοχής της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου και πρώτου παρεμβαίνοντος προσωρινού αναδόχου ***** , και εν προκειμένω

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή αυτού στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Ωστόσο όμως, και εν όψει της διαμορφωθείσας δικονομικής κατάστασης ως εκ της άσκησης εκατέρωθεν προσφυγών, και όπως αναφέρεται στην παραπάνω σκέψη 8, ο πρώτος προσφεύγων και τρίτος στην σειρά κατάταξης οικονομικός φορέας *****, νομίμως με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του δεύτερου προσφεύγοντος και δεύτερου καταταγέντος *****. Συνεπώς, το έννομο συμφέρον του δεύτερου προσφεύγοντος θέλει εν συνεχεία εξετασθεί και κριθεί οριστικά αναλόγως της ευδοκίμησης ή όχι των λόγων της πρώτης προσφυγής που αφορούν στην προσφορά του δεύτερου προσφεύγοντος. Και τούτο διότι εάν κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά του δεύτερου προσφεύγοντος, τότε το έννομο συμφέρον του, ως τυχόν νομίμως αποκλειόμενος της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν δύναται να εξετασθεί ει μη μόνον είτε επί τη βάση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης είτε επί τη βάση των πρόσφατων νομολογιακών εξελίξεων περί του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος τρίτου. Επομένως, εφόσον τυχόν κριθεί ότι δεν συντρέχει ούτε η μία ούτε η έτερη περίπτωση θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος τότε ο -τυχόν κριθείς αποκλειστέος- δεύτερος προσφεύγων δεν δύναται να προβάλει παραδεκτώς ισχυρισμούς κατά της προσφοράς του πρώτου καταταγέντος προσωρινού αναδόχου και πρώτου παρεμβαίνοντος *****. Ομοίως, σε περίπτωση που γίνει δεκτή η προσφυγή του πρώτου προσφεύγοντος κατά το μέτρο που φέρεται κατά της προσφοράς του δεύτερου προσφεύγοντος και ακυρωθεί η προσβαλλόμενη που έκανε δεκτή την προσφορά του δεύτερου προσφεύγοντος, τότε το έννομο συμφέρον του δεύτερου προσφεύγοντος να προβάλει αιτιάσεις και ισχυρισμούς κατά των προσφορών του πρώτου προσφεύγοντος και του *****, θα κριθεί ωσαύτως κατά τα ως άνω ισχύοντα για το ίσο μέτρο κρίσης και το έννομο συμφέρον του μη οριστικά

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

αποκλεισθέντος τρίτου να επιδιώξει την ματαίωση του διαγωνισμού. Ειδικότερα γίνεται δεκτό ότι διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό λόγω μη υποβολής ενός ή περισσότερων δικαιολογητικών ή λόγω μη συνδρομής προβλεπόμενων, επί ποινή αποκλεισμού, όρων της Διακήρυξης, δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς τον διαγωνισμό αυτόν, τρίτος (βλ. ενδεικτικά Ε.Α. ΣΤΕ 66/2012, 64/2012, 301/2011, 135/2011, 39,74/2010, 748/2010, 1317/2009, 736/2007, ΣΤΕ 715, 2002/2011, 2444, 2451/2009, 2817/2008, 3753/2008, ΣΤΕ 995/2013 κ.ά.). Κατ' εξαίρεση, όμως, χάριν της διασφάλισης του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος διατηρεί έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της νομιμότητας αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον προβάλλει ότι η προσφορά εκείνου έγινε αποδεκτή παρόλο που παρουσίαζε τις ίδιες ακριβώς πλημμέλειες με την δική του (Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, ΣΤΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004, 344/2017 (ΑΣΦ), ΔΕφΑθ 213/2014, κα). Έχει μάλιστα *ad hoc* κριθεί ότι τούτο ισχύει ειδικά αν έγινε δεκτή τεχνική προσφορά άλλου διαγωνιζόμενου παρότι παρουσιάζει τις ίδιες ακριβώς αποκλίσεις σε σχέση με τις προδιαγραφές της διακήρυξης εξ αιτίας των οποίων ίδιων ακριβώς αποκλίσεων απορρίφθηκε η δική του τεχνική προσφορά (ΣΤΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004, 344/2017 (ΑΣΦ), ΔΕφΑθ 213/2014, 263/2014, 1083/2014, 986/2013 (ΑΣΦ), 265/2013 (ΑΣΦ) κα, βλ. Φ. Αρναούτογλου *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2^η εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 100). Στην περίπτωση αυτή όμως, η ως άνω αιτίαση προβάλλεται λυσιτελώς μόνον προς απόρριψη της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

και όχι προς αποδοχή για λόγους ίσης μεταχείρισης και της δικής του απορριφθείσας προσφοράς. Εξ άλλου, προσφάτως έχει επίσης κριθεί ως - υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη *οριστικά αποκλεισθέντος* διαγωνιζόμενου, επιδίωξης αποκλεισμού όλων των προσφορών και ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 Fastweb SpA και C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE)], ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76), αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ´. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αντίστοιχα).

Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, είτε δηλαδή απορριφθεί είτε γίνει δεκτή η προσφυγή του πρώτου προσφεύγοντος κατά το μέτρο που φέρεται κατά της προσφοράς του δεύτερου προσφεύγοντος, και ο δεύτερος καταταγείς προσφεύγων παραμείνει στον διαγωνισμό με ισχυρή προσφορά, ο δεύτερος προσφεύγων στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής της προσφοράς του τρίτου στην σειρά κατάταξης διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα ***** (πρώτος προσφεύγων) και κατά του τέταρτου *****, για τους ίδιους λόγους που αναφέρονται παραπάνω στην σκέψη 8 περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος του προτασσομένου στην κατάταξη διαγωνιζομένου όπως στραφεί κατά των επομένων στην κατάταξη προσφορών (σελ. 7 τελευταία παρ. και 8).

10. Επειδή την 24.08.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση πρώτης και δεύτερης προσφυγής προς τους έτερους

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.11. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1376/2020 και 1378/2020 Πράξεις της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκαν Εισηγητές και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί των υπό εξέταση πρώτης και δεύτερης προσφυγής, αντίστοιχα.

11. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων προσφυγής «*****» κατέθεσε στις 2.09.2020, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, τις με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1462/2020 και την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1461/2020 παρεμβάσεις του κατά της πρώτης και της δεύτερης προσφυγής αντίστοιχα, για τις οποίες θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του, έχει αναδειχτεί προσωρινός ανάδοχος και επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή της προσφοράς του. Ωστόσο, οι ισχυρισμοί του εν λόγω παρεμβαίνοντος αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς του πρώτου προσφεύγοντος προβάλλονται απαραδέκτως, δοθέντος ότι η παρέμβαση ασκείται προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

12. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της πρώτης προσφυγής «*****» κατέθεσε στις 3.09.2020, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1474/2020 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του, έχει αναδειχτεί δεύτερος κατά σειρά μειοδοσίας και επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

13. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων επί της δεύτερης προσφυγής «*****» κατέθεσε στις 3.09.2020, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1465/2020 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του, έχει αναδειχτεί τρίτος κατά σειρά

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

μειοδοσίας και επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 3.09.2020 στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της πρώτης και της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν αυθημέρον στον πρώτο και τον δεύτερο προσφεύγοντα αντίστοιχα.

15. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, αμφότερες προσφυγές νομίμως εισάγονται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

16. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε οικονομικοί φορείς, ήτοι ο πρώτος προσφεύγων, ο δεύτερος προσφεύγων και οι οικονομικοί φορείς «*****», «*****» και «*****», οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ***** προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. **** Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές όλων των συμμετεχόντων πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Στη συνέχεια, με το υπ' αριθμ. ***** Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην αποσφράγιση και έλεγχο των οικονομικών προσφορών και εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα «*****» και την κατάταξη των οικονομικών φορέων κατά σειρά μειοδοσίας ως ακολούθως:

«*****» 1^{ος}

Δεύτερος προσφεύγων 2^{ος}

Πρώτος προσφεύγων 3^{ος}

«*****» 4^{ος}.

Κατόπιν δε υποβολής του από 21.07.2020 υπομνήματος από τον πρώτο προσφεύγοντα και του από 24.07.2020 υπομνήματος από τον οικονομικό φορέα «*****», η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 28.07.2020

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

Συμπληρωματικό Πρακτικό παρέμεινε στην αρχική της εισήγηση. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά.

17. Επειδή ο πρώτος προσφεύγων, επικαλούμενος το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 και τους όρους 2.4.4 και 5.1.1. της διακήρυξης ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...] ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ της ομόρρυθμης εταιρίας ***** ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΑ ΠΑΡΑΠΑΝΩ Η ομόρρυθμη εταιρία ***** κατέθεσε μη νόμιμη οικονομική προσφορά ποσού 2.898,00€ άνευ ΦΠΑ μηνιαίως και 95.634,00€ άνευ ΦΠΑ για το σύνολο των 33 μηνών.

Η εν λόγω εταιρεία παρά τους ρητούς όρους της διακήρυξης (παρ. 2.4.4/Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών, παρ. 5.1.1 / τρόπος πληρωμής) δεν συμπεριέλαβε και δεν έχει υπολογίσει στην οικονομική προσφορά της την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%(αρ. 64 του Ν. 4172/2013), η οποία απαιτείται υποχρεωτικά και επί ποινή αποκλεισμού να υπολογίζεται ως κράτηση από τους όρους της διακήρυξης, καθώς και από την νομοθεσία. Η οικονομική προσφορά της η εν λόγω εταιρία αποτελείται από τα παρακάτω επιμέρους μηναία κόστη και στα οποία κόστη δεν έχει υπολογισθεί ο φόρος εισοδήματος 8%.

1) Μικτές αποδοχές εργαζομένων : 1.447,78€

2) Ασφαλιστικές εισφορές: 359,19€

3) Κόστος αναλωσίμων: 307,19€

4) Διοικητικό κόστος: 246,33€

5) Εργολαβικό κέρδος: 533,03€

6) Κρατήσεις : 4,48€ (0,15468%)

ΣΥΝΟΛΟ : 2.898,00 €

Όπως γίνεται αντιληπτό στο ποσό των 2.898,00€ μηνιαίως της οικονομικής προσφοράς της εταιρίας ***** , αντιστοιχεί ποσό 231,48€ ως παρακράτηση φόρου 8% (2.898,00 – 4,48 κρατήσεις Χ 8%) και συνολικά για τους 33 μήνες 7.638,84€ και το οποίο είχε υποχρέωση από τους όρους της διακήρυξης αλλά και από την νομοθεσία να το συμπεριλάβει στην οικονομική προσφορά της

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

(αποφάσεις Διοικητικού Εφετείου Αθηνών / ΔΕφΑΘ 25/2019 , 126/2019 & αποφάσεις ΑΕΠΠ 1193-1194/2019)

Επειδή η οικονομική προσφορά της ομόρρυθμης εταιρία ***** μη συμπεριλαμβάνοντας σε αυτήν την παρακράτηση 8% του αρ. 24 ν. 2198/1994 Α'43 & του αρ. 64 του Ν. 4172/2013, όπως προβλέπεται από τους όρους της διακήρυξης (παρ.2.4.4 & παρ. 5.1.1.) καθώς και από την νομοθεσία και επί της οποίας παρακράτησης έχουν αποφανθεί και η ΑΕΠΠ καθώς και το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με τις παραπάνω αναφερόμενες αποφάσεις, ότι ο μη υπολογισμός της παρακράτησης 8% του αρ. 24 ν. 2198/1994 Α'43 & του αρ. 64 του Ν. 4172/2013, στην οικονομική προσφορά του Οικονομικού Φορέα καθιστά απορριπτέα την οικονομική προσφορά του.

ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ της ατομικής επιχείρησης ***** με διακριτικό τίτλο ***** ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΑ ΠΑΡΑΠΑΝΩ Η ατομική επιχείρηση ***** με διακριτικό τίτλο *****, κατέθεσε με την οικονομική προσφορά της αναλυτικές διευκρινήσεις και αιτιολόγηση του εργατικού κόστους, όπως είχε υποχρέωση σύμφωνα με το άρθρο 2.4.4. (Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), προκειμένου η Επιτροπή Αξιολόγησης να κατανοήσει και να αξιολογήσει την οικονομική προσφορά και αν αυτή εκτός των άλλων αν έχουν υπολογιστεί ακολουθώντας πιστά το κοινωνικοασφαλιστικό και εργατικό δίκαιο το εργατικό κόστος επί της εργατώρας των 4,36€ (4ώρης απασχόλησης) όλα όσα προβλέπει η νομοθεσία, επί ποινή αποκλεισμού (ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑΤΟΣ ΤΗΣ ΟΙΚ. ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ παρ.1).

Από την ανάλυση που παραθέτει (pdfΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ) προκύπτει ότι η εν λόγω ατομική επιχείρηση έχει υπολογίσει στο εργατικό κόστος την άδεια του αντικαταστάτη αδειών του μόνιμου προσωπικού 1,67 ημερομίσθια ως άδεια που δικαιούται βάση της νομοθεσίας, την οποία άδεια όμως δηλώνει ότι θα την αποζημιώσει με 4.36€ την ώρα και συνολικά με 7,28€ (4,36€X1,67) και συνεπώς δεν θα την χορηγήσει στον εργαζόμενο κατά παράβαση της

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

εργατικής νομοθεσίας και επίσης δηλώνει ότι στο ποσό αυτό των 7,28€ δεν αντιστοιχούν εργοδοτικές ασφαλιστικές εισφορές.

Η ατομική επιχείρηση ***** με διακριτικό τίτλο ***** ομολογεί ότι το εργατικό κόστος έχει υπολογισθεί κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας και τις βασικές διατάξεις που ρυθμίζουν την άδεια (Α.Ν.539/45 αρ.4 παρ.1, Ν.4504/66 αρ.3 παρ.15, Ν.3144/2003 αρ.6, Ν.3302/2004 αρ.1, ΑΠ 1050/2018) που προβλέπουν ότι το δικαίωμα άδειας είναι κατοχυρωμένο δικαίωμα του εργαζομένου και είναι υποχρεωμένος ο εργοδότης να παρέχει την άδεια στον εργαζόμενο μετά από αίτηση του και δεν μπορεί να την αρνηθεί. Η περίπτωση να αποζημιωθεί (όχι το σύνολο) η άδεια εργαζομένου και όχι να του χορηγηθεί είναι η ξαφνική απομάκρυνση από την εργασία για διάφορους λόγους και το υπόλοιπο της άδειας στη περίπτωση αυτή πράγματι αποζημιώνεται, αλλά με την προσαύξηση 100% σε περίπτωση μη χορήγησης με υπαιτιότητα του εργοδότη (ΑΠ 1050/2018) και στην περίπτωση αυτή δεν υπάρχουν εργοδοτικές ασφαλιστικές εισφορές.

Η ατομική επιχείρηση ***** με διακριτικό τίτλο *****, δεν νομιμοποιείται να προϋπολογίζει ως αποζημίωση άδειας την άδεια που δικαιούται ο εργαζόμενος και εκ των προτέρων να δηλώνει ότι δεν θα την χορηγήσει και μάλιστα με υπαιτιότητα του εργαζομένου (προφανώς γίνεται για να μην λάβει την προσαύξηση 100% όταν δεν χορηγείται με υπαιτιότητα του εργοδότη) γιατί είναι δικαίωμα του εργαζόμενου και μάλιστα να το προϋπολογίζει στο εργατικό κόστος χωρίς την προσαύξηση 100% που προβλέπει ο νόμος σε περίπτωση μη χορήγησης με υπαιτιότητα του (ΑΠ 1050/2018).

Επειδή η οικονομική προσφορά της εν λόγω ατομικής επιχείρησης συντάχθηκε κατά παράβαση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας καθιστά αυτή απορριπτέα.».

18. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «Αναφορικά με τους λόγους απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της ατομικής επιχείρησης “*****” με διακριτικό τίτλο “*****”, που υποστηρίζει η προσφεύγουσα, σας γνωρίζουμε τα κάτωθι:

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

Όσον αφορά στην ασφάλιση και στην καταβολή εισφορών για το χρόνο αδείας, οι αποδοχές που καταβάλλονται στους μισθωτούς κατά τη διάρκεια της κανονικής τους αδείας, υπόκεινται σε εισφορές υπέρ του Ι.Κ.Α., κατά τον ίδιο τρόπο που υπόκεινται και οι λοιπές αποδοχές τους. Επομένως, οι ημέρες της κανονικής άδειας θεωρούνται ως χρόνος ασφάλισης και υπολογίζονται για τη χορήγηση όλων γενικά των παροχών του Ιδρύματος, σε χρήμα και σε είδος (άρθρα 2 παρ.2 και 8 παρ.2 Α.Ν. 1846/1951).

Αντίθετα, η αποζημίωση αδείας που καταβάλλεται στους απολυόμενους μισθωτούς, γιατί δεν έλαβαν την άδεια του έτους μέσα στο οποίο έγινε η απόλυση τους, δεν υπόκειται σε εισφορές υπέρ του Ι.Κ.Α. Επομένως, δεν υπολογίζεται και ως χρόνος ασφάλισης, γιατί η σχέση εργασίας λύεται από την ημερομηνία της απόλυσης και όχι με την πάροδο του χρόνου της αδείας που δεν χορηγήθηκε. Κατ' αναλογία προς τα ανωτέρω και η αποζημίωση αδείας που καταβάλλεται στους μισθωτούς όταν αποχωρούν οικειοθελώς από την εργασία τους (δηλ. σε περίπτωση παραίτησης τους), δεν υπόκειται σε εισφορές υπέρ Ι.Κ.Α., γιατί καταβάλλεται μετά τη λύση της σύμβασης εργασίας και όχι κατά τη διάρκεια αυτής (Π.Πρωτ.Τρικάλων 85/1999, ΕΕΔ 1999 σελ. 1073).

Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας να αποζημιωθεί η άδεια εργαζόμενου με προσαύξηση 100% είναι αβάσιμος, διότι αυτό συμβαίνει μόνο αν από υπαιτιότητα του εργοδότη δεν χορηγηθεί η άδεια μέχρι το τέλος του ημερολογιακού έτους, οπότε τότε ο εργαζόμενος δικαιούται τις αποδοχές άδειας αυξημένες στο 100% (διπλάσιο). Δεν διπλασιάζεται όμως το επίδομα άδειας. Ο αντικαταστάτης του μόνιμου προσωπικού συνδέεται με την επιχείρηση με σχέση εργασίας ορισμένου χρόνου για το χρονικό διάστημα που θα κληθεί να αντικαταστήσει το μόνιμο προσωπικό, ήτοι 20 εργάσιμες ημέρες ετησίως και δεν εμπίπτει την συγκεκριμένη περίπτωση καθώς η απασχόληση του θα ξεκινήσει και θα λήξει κατά τη διάρκεια του έτους.

Επομένως, η ατομική επιχείρηση "*****" με διακριτικό τίτλο "*****", σωστά υπολόγισε την αποζημίωση αδείας του αντικαταστάτη του μόνιμου

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

προσωπικού που θα απασχοληθεί στο έργο, χωρίς προσαύξηση 100%, και χωρίς τις εργοδοτικές ασφαλιστικές εισφορές στο παραπάνω ποσό.

Αναφορικά με τους λόγους απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας ***** παραθέτουμε τα κάτωθι:

Η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, δεν αποτελεί κράτηση υπέρ Δημοσίου και Τρίτων, αλλά φορολογική υποχρέωση εκάστου φορολογούμενου (Δ.Εφ.ΑΘ 265/2016) και για το λόγο αυτό δε δύναται παραδεκτά να θεωρηθεί ως νόμιμη κράτηση, αλλά ως προκαταβολή φόρου.

Στο άρθρο 5.1 –Τρόπος πληρωμής της Διακήρυξης (*****), γίνεται αναφορά που σχετίζεται στον τρόπο πληρωμής του τιμολογίου παροχής υπηρεσιών, όπου από την κείμενη νομοθεσία προβλέπεται παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8 % επί του καθαρού ποσού της αξίας του τιμολογίου και όχι ως προαπαιτούμενο της οικονομικής προσφοράς. Συνεπώς η εταιρεία ***** νομίμως δεν υπολόγισε στην οικονομική της προσφορά την παρακράτηση ποσοστού 8%, η οποία συνιστά προκαταβολή φόρου».

19. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της πρώτης προσφυγής οικονομικός φορέας «*****» ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...] Α. Οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της απόφασης με την οποία αναδεικνύεται η επιχείρησή μας ως προσωρινός ανάδοχος είναι παντελώς ανακριβείς και παραπλανητικές.

Αρχικά, σε κανένα σημείο της προσφοράς μας δεν "ομολογούμε" ότι υπολογίζουμε εργατικό κόστος κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας και τις βασικές διατάξεις που ρυθμίζουν την άδεια των εργαζομένων.

Η οικονομική μας προσφορά υπολογίστηκε και συντάχθηκε σύμφωνα με την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία και ουδεμία παράλειψη ή απόκλιση φέρει αυτής.

Επιπροσθέτως και προς απόδειξη του αβάσιμου της ανωτέρω αιτίασης επισυνάπτουμε στην παρούσα παρέμβαση το έγγραφο που υπέβαλλε η προσφεύγουσα με όνομα αρχείου ΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

όπου φαίνεται πως για τον αντικαταστάτη καθαριστή που θα απασχοληθεί για είκοσι (20) ημέρες υπολογίζει κόστη:

Αντικατάσταση εργαζομένου σε κανονική άδεια	87,20€
Αναλογία Δώρου Χριστουγέννων και Πάσχα που δικαιούται η αντικαταστάτρια	13,92€
Αναλογία επιδόματος αδειάς που δικαιούται	4,34€
Αναλογία Κανονικής άδειας που δικαιούται η αντικαταστάτρια της εργαζόμενης που βρίσκεται σε κανονική άδεια	6,68€

Το σύνολο των ανωτέρω ποσών που αφορούν στο κόστος αντικατάστασης της μόνιμης καθαρίστριας ανέρχεται σε 112,14€.

Σε αυτό το διάστημα των είκοσι (20) ημερών συμπεριλαμβάνεται και η άδεια της αντικαταστάτριας (1,532 ημέρες). Εφόσον η αντικαταστάτρια λάβει κανονικά την άδειά της, δεν δηλώνεται σε κανένα σημείο της προσφοράς της προσφεύγουσας ποιο άτομο και με ποιον τρόπο θα συνεχίσει απρόσκοπτα να παρέχει τις υπηρεσίες καθαρισμού στην Αναθέτουσα Αρχή.

Αντιθέτως, στην προσφορά της επιχείρησής μας υπολογίζουμε ως κόστος αντικατάστασης τα κάτωθι ποσά τα οποία φαίνονται στο αρχείο της οικονομικής προσφοράς μας με όνομα 4_ΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_signed (επισυνάπτεται στην παρούσα):

«- Ο αντικαταστάτης δικαιούται 20 ημέρες αδειάς. Αντίστοιχα με τον πιο πάνω εργατοτεχνίτη καθαριστή, υπολογίζουμε και το κόστος του αντικαταστάτη για αυτές τις ημέρες. Οι αποδοχές του μαζί με τα δώρα Χριστουγέννων και Πάσχα ανέρχονται σε (1,137,96€ + 113,54€ + 68,13€) / 261 ημέρες ετησίως χ 20 ημέρες αντικατάστασης = 101,12€.

Επί των αποδοχών και των δώρων του αντικαταστάτη υπολογίζουμε τις ασφαλιστικές εισφορές: 101,12€ χ 24,81% = 25,09€, Οπότε, το συνολικό κόστος των αποδοχών καί των δώρων του αντικαταστάτη είναι: 101,12€ + 25,09€ = 126,21€.

Το επίδομα αδειάς του αντικαταστάτη αντιστοιχεί σε 1,67 ημερομίσθια άρα :

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

$1,67 \times 4,36\text{€} \times 1 \text{ ώρα} = 7,28\text{€}$.

Επί του επιδόματος αδείας του αντικαταστάτη υπολογίζουμε τις εισφορές: $7,28\text{€} \times 24,81\% = 1,81\text{€}$. Οπότε, το συνολικό κόστος του επιδόματος αδείας του αντικαταστάτη είναι: $7,28\text{€} + 1,81\text{€} = 9,09\text{€}$.

Επίσης, ο αντικαταστάτης θα λάβει ως αποζημίωση αδείας 1,67 ημερομίσθια τα οποία όμως δεν έχουν εισφορές: $1,67 \times 4,36\text{€} \times 1 \text{ ώρα} = 7,28\text{€}$.

Αρα, οι ετήσιες αποδοχές για τον αντικαταστάτη του εργατοτεχνίτη-καθαριστή με 1 ώρα ημερήσια απασχόληση είναι: $101,12\text{€} + 7,28\text{€} + 7,28\text{€} = 115,68\text{€}$ (γ), στις οποίες αντιστοιχούν ασφαλιστικές εισφορές: $25,09\text{€} + 1,81\text{€} = 26,90\text{€}$ (δ). Το ετήσιο κόστος των αποδοχών για τον αντικαταστάτη του εν λόγω εργατοτεχνίτη-καθαριστή με 1 ώρα ημερήσια απασχόληση, διαμορφώνεται: $115,68\text{€} + 26,90\text{€} = 142,58\text{€}$.»

Από τα ανωτέρω είναι πλήρως κατανοητό η προσφεύγουσα υπολογίζει κόστος αντικατάστασης το οποίο υπολείπεται του νομίμου κατά $115,68\text{€} - 112,14\text{€} = 3,54\text{€}$ μηνιαίως.

Σχετικά με την ασφάλιση και την καταβολή εισφορών για το χρόνο αδείας, διακρίνουμε τις εξής περιπτώσεις:

α) Καταρχήν, οι αποδοχές που καταβάλλονται στους μισθωτούς κατά τη διάρκεια της κανονικής τους αδείας, υπόκεινται σε εισφορές υπέρ του Ι.Κ.Α., κατά τον ίδιο τρόπο που υπόκεινται και οι λοιπές αποδοχές τους. Γιατί με την άδεια δεν διακόπτεται η εργασιακή σχέση αλλά εξακολουθεί να υπάρχει. Επομένως, οι ημέρες της κανονικής αδείας θεωρούνται ως χρόνος ασφάλισης και υπολογίζονται για τη χορήγηση όλων γενικά των παροχών του Ιδρύματος, σε χρήμα και σε είδος (άρθρα 2 παρ.2 και 8 παρ.2 Α.Ν. 1846/1951).

β) Αντίθετα, η αποζημίωση αδείας που καταβάλλεται στους απολυόμενους μισθωτούς, γιατί δεν έλαβαν την άδεια του έτους μέσα στο οποίο έγινε η απόλυση τους, δεν υπόκειται σε εισφορές υπέρ του Ι.Κ.Α.. Επομένως, δεν υπολογίζεται και ως χρόνος ασφάλισης, γιατί η σχέση εργασίας λύεται από την

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

ημερομηνία της απόλυσης και όχι με την πάροδο του χρόνου της αδείας που δεν χορηγήθηκε. Κατ' αναλογία προς τα ανωτέρω και η αποζημίωση αδείας που καταβάλλεται στους μισθωτούς όταν αποχωρούν οικειοθελώς από την εργασία τους (δηλ. σε περίπτωση παραίτησης τους), δεν υπόκειται σε εισφορές υπέρ Ι.Κ.Α., γιατί καταβάλλεται μετά τη λύση της σύμβασης εργασίας και όχι κατά τη διάρκεια αυτής (Π. Πρωτ. Τριτάλων 85/1999, ΕΕΔ 1999 σελ. 1073).

Επιπλέον, εάν λήξει η σύμβαση εργασίας με οποιονδήποτε τρόπο (απόλυση, παραίτηση, θάνατος εργαζόμενου, λήξη σύμβασης ορισμένου χρόνου), και ο εργαζόμενος δεν είχε πάρει την κανονική του άδεια που του οφείλεται, τότε δικαιούται τις αποδοχές τις οποίες θα έπαιρνε αν του είχε χορηγηθεί η άδεια (αρ.1, παρ.3, του Ν.1346/1983), αποζημίωση αδείας και επίδομα αδείας, αναλόγως προς τον χρόνο υπηρεσίας. Ειδικότερα για το 1ο ημερολογιακό έτος από την πρόσληψη του εργαζομένου, οφείλονται 1,67 ημερομίσθια για κάθε μήνα απασχόλησης, καθώς και 1,67 ημερομίσθια για κάθε μήνα απασχόλησης ως επίδομα αδείας (με τον περιορισμό του μισού μισθού ή των 13 ημερομισθίων).

Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας να αποζημιωθεί η άδεια εργαζόμενου προσαύξηση 100% είναι αβάσιμος, καθώς λαμβάνει χώρα μόνο αν από υπαιτιότητα του εργοδότη δεν χορηγηθεί η άδεια μέχρι το τέλος του ημερολογιακού έτους, οπότε τότε ο εργαζόμενος δικαιούται τις αποδοχές αδείας αυξημένες στο 100% (διπλάσιο). Δεν διπλασιάζεται όμως το επίδομα αδείας. Ο αντικαταστάτης του μόνιμου προσωπικού συνδέεται με την επιχείρηση με σχέση εργασίας ορισμένου χρόνου για το χρονικό διάστημα που θα κληθεί να αντικαταστήσει το μόνιμο προσωπικό, ήτοι 20 εργάσιμες ημέρες ετησίως και δεν εμπίπτει την συγκεκριμένη περίπτωση καθώς η απασχόληση του θα ξεκινήσει και θα λήξει κατά τη διάρκεια του έτους.

Συνεπώς, στην οικονομική μας προσφορά ορθώς υπολογίσαμε την αποζημίωση αδείας του αντικαταστάτη του μόνιμου προσωπικού που θα

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

απασχοληθεί στο έργο, χωρίς προσαύξηση 100%, και ορθώς δεν υπολογίσαμε εργοδοτικές ασφαλιστικές εισφορές στο παραπάνω ποσό. Η επιχείρησή μας τηρεί απαρέγκλιτα τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, δηλαδή καταβολή των νόμιμων αποδοχών, οι οποίες σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να είναι κατώτερες των προβλεπόμενων από την οικεία (κλαδική) Σ.Σ.Ε., τήρηση του νόμιμου ωραρίου, ασφαλιστική κάλυψη, όροι υγιεινής και ασφάλειας των εργαζομένων, κλπ. και ουδέποτε ενεργεί κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας.[...]

20. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της πρώτης προσφυγής και δεύτερος προσφεύγων «*****.» ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «[...] Γίνεται σαφές με την παραπάνω διατύπωση του όρου 5.1.1 της διακήρυξης ότι η παρακράτηση φόρου διαχωρίζεται σαφώς και ευκρινώς από τις λοιπές κρατήσεις, οι οποίες αναλύονται ειδικά στο ίδιο άρθρο ανωτέρω

Στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς (Προσαρμοσμένο από την Αναθέτουσα Αρχή) - υπόδειγμα ανάλυσης οικον. προσφοράς αρθ. 68 Ν.3863/2010» η μόνη αναφορά που γίνεται είναι στο υπό στοιχείο 5 «Μηνιαίες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων», και ουδόλως στο ποσοστό 8% της παρακράτησης φόρου εισοδήματος.

Επειδή, στην υπ' αριθ. 1120/25.04.2014 ΠΟΛ. «Φορολογική μεταχείριση των αμοιβών που καταβάλλονται για τεχνικές υπηρεσίες, αμοιβές διοίκησης, αμοιβές για συμβουλευτικές και παρόμοιες υπηρεσίες» της Διεύθυνσης Φορολογίας Εισοδήματος (Δ 12) του Υπουργείου Οικονομικών ορίζεται ότι «... ο παρακρατούμενος φόρος εισοδήματος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών, ήτοι στην αξία που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των τυχόν κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου, του Μ.Τ.Π.Υ. και λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, οι οποίες βαρύνουν το φυσικό ή το νομικό πρόσωπο που λαμβάνει την αμοιβή, εφόσον η επιβολή τους προβλέπεται με νόμο και είναι υποχρεωτική η καταβολή αυτών».

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

Επισημαίνεται ότι η πιο πάνω παρακράτηση διενεργείται κατά το χρόνο καταβολής ή έκδοσης της σχετικής εντολής πληρωμής, ανεξάρτητα αν εξοφλείται ολόκληρη η αξία του τιμολογίου ή μέρος αυτής, και ως εκ τούτου όταν γίνεται τμηματική καταβολή.

Επειδή, από τα προαναφερόμενα συνάγεται ότι 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 δημοσίου ή τρίτων και επιστρέφεται στον ανάδοχο ή συμψηφίζεται με την εκκαθάριση της δήλωσής του. Για το λόγο αυτόν και στο υπόδειγμα της οικονομικής προσφοράς της υπό κρίση Διακήρυξης δεν υφίσταται ξεχωριστό πεδίο σχετικό με την παρακράτηση φόρου 8%, παρά μόνο αναφέρονται «Μηνιαίες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων», ασχέτως εάν η προσφεύγουσα «βάφτισε» στην οικονομική της προσφορά την παρακράτηση φόρου 8% ως «Κρατήσεις φόρου υπηρεσιών», επιδιώκοντας προφανώς να αποπροσανατολίσει την Αναθέτουσα αρχή και κατ' επέκταση την Οικονομική Επιτροπή, θέτοντας δικούς της όρους διεξαγωγής του διαγωνισμού, που ενώ είναι ευκρινείς και σαφείς στη διακήρυξη, τους μετατρέπει οικεία βουλήσει σε λόγο απόρριψης της δικής μας χαμηλότερης προσφοράς.

Από μόνη της λοιπόν η διατύπωση της προσφεύγουσας της παρακράτησης φόρου ως κρατήσεις φόρου υπηρεσιών αποδεικνύει το αβάσιμο των ισχυρισμών της και την προσπάθεια να μας αποβάλει από το διαγωνισμό. Η εν λόγω παρακράτηση του 8% δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτων, κατά τα προαναφερόμενα, αλλά φορολογική υποχρέωση εκάστου φορολογούμενου και για το λόγο αυτό δε δύναται παραδεκτά να θεωρηθεί ως νόμιμη κράτηση υπό την έννοια της Διακήρυξης, αλλά προκαταβολή φόρου δοθέντος ότι στη Διακήρυξη σαφώς υφίσταται αναφορά ότι κατά την πληρωμή των τιμολογίων της σύμβασης, θα διενεργούνται οι νόμιμες κρατήσεις στα τιμολόγια που θα καταθέτει ο ανάδοχος και ουδεμία υποχρέωση επιβάλλεται στους οικονομικούς φορείς να υπολογίσουν την παρακράτηση φόρου αυτής στις νόμιμες υπέρ

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

δημοσίου και τρίτων κρατήσεις που πρέπει να υπολογίσουν στην οικονομική τους προσφορά.

Στην προκειμένη περίπτωση διαμορφώσαμε την προσφορά μας λαμβάνοντας υπόψη όλα τα στοιχεία κόστους που προβλέπονται στη Διακήρυξη συνεκτιμώντας παράλληλα ότι κατά την πληρωμή της αμοιβής μας (εφόσον μας ανατεθεί εκτελεστική σύμβαση) διενεργείται η προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου, η οποία δεν περιλαμβάνεται στις νόμιμες κρατήσεις και επομένως δεν απαιτείτο να γίνει ειδικότερη μνεία στην ανάλυση των στοιχείων της οικονομικής μας προσφοράς.

Περαιτέρω, το άρθρο 64 «Συντελεστές παρακράτησης φόρου» του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (Ν. 4172/2013) αναφέρεται στους συντελεστές παρακράτησης φόρου εισοδήματος επί των εκδοθέντων τιμολογίων και όχι σε «κράτηση» υπέρ τρίτου. Η προσφεύγουσα επικεντρώνεται και επικαλείται μόνο το ανωτέρω άρθρο προς επίρρωση του μόνο ισχυρισμού της, το οποίο δεν σχετίζεται με κρατήσεις υπέρ τρίτων.

Επομένως, εσφαλμένα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η παρακράτηση φόρου 8% θα έπρεπε να υπολογιστεί επιπρόσθετα στο ύψος της τελικής τιμής, καθόσον οι μεν κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι πραγματικό κόστος του αναδόχου της σύμβασης, ενώ η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% δεν είναι κόστος. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί, σε αντίθεση με τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται (ΕΣ ΟΛ 807/1997, ΕΣ Τμ Ι Απόφαση 2854/2008, 622/2002 κ.ά.)

Πρέπει δε να τονιστεί ότι δεν αποτελεί δαπάνη, όπως αναλυτικά αναφέρονται οι επιμέρους δαπάνες του άρθρου 68 Ν. 3863/2010 και ειδικότερα οι εξής: 1. Μηνιαίο διοικητικό κόστος παρεχόμενων υπηρεσιών, 2. Μηνιαίο κόστος αναλωσίμων για τις παρεχόμενες υπηρεσίες προσφέροντος, 3. Μηνιαίο Εργολαβικό Κέρδος, 4. Πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων, 5. Ασφαλιστικές εισφορές που αναλογούν στις παραπάνω εισφορές, 6.

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

Μηνιαίες Κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και Τρίτων , οι οποίες υπολογίζονται επί του αθροίσματος από τα στοιχεία 1 έως 5, διότι σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία (βλ. άρθ. 48 Ν. 1041/1980: «1. Το Γενικόν Λογιστικόν Σχέδιον αποτελεί σύστημα κανόνων ταξινομήσεως των λογιστικών μεγεθών, δια του οποίου σκοπείται η τυποποίησης των υπό των οικονομικών μονάδων της Χώρας τηρουμένων λογαριασμών, η καθ'ενιαίον τρόπον λειτουργία και συλλειτουργία αυτών, βάσει παραδεδεγμένων αρχών και μεθόδων αποτίμησις των περιουσιακών στοιχείων, η σύνταξις και δημοσίευσις τυποποιημένων ισολογισμών, λογαριασμών αποτελεσμάτων και λοιπών οικονομικών καταστάσεων και ο εν γένει σχεδιασμός της λογιστικής εις εθνικήν κλίμακα. 2. Δια του Γενικού Λογιστικού Σχεδίου επιδιώκεται ίδια ο καθ'ομοιόμορφον τρόπον λογιστικός χειρισμός των συναλλαγών, η αληθής και ομοιόμορφος απεικόνισις της οικονομικής καταστάσεως και της περιουσιακής διαρθρώσεως των οικονομικών μονάδων, η ορθή εκτίμησις της πιστοληπτικής ικανότητος αυτών, η διευκόλυνσις των μετ' αυτών συναλλασσομένων και του επενδυτικού κοινού εις την κατανόησιν των δημοσιευομένων ισολογισμών, λογαριασμών αποτελεσμάτων και λοιπών οικονομικών καταστάσεων, ή άντλησις πάσης φύσεως αξιοπίστων πληροφοριών εννοιολογικώς τυποποιημένου περιεχομένου προς αξιοποίησιν»), όλα τα έξοδα των εταιρειών (όπως για παράδειγμα οι κρατήσεις υπέρ τρίτων, τα έξοδα μισθοδοσίας, λογιστών, δικηγόρων, συντήρησης αυτοκινήτων κλπ) καταχωρούνται υποχρεωτικά για όλες τις επιχειρήσεις στους λογαριασμούς της ομάδας 6 με την περιγραφή «ΟΡΓΑΝΙΚΑ ΕΞΟΔΑ ΚΑΤ' ΕΙΔΟΣ» του λογιστικού σχεδίου, ενώ τα ποσά του παρακρατηθέντος φόρου 8% καταχωρίζονται στους λογαριασμούς της ομάδας 3 «ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΔΙΑΘΕΣΙΜΑ» και ειδικότερα στο λογαριασμό 33 με την περιγραφή «ΔΙΑΦΟΡΟΙ ΧΡΕΩΣΤΕΣ», και αναλυτικότερα στον λογαριασμό 33.13 «Ελληνικό Δημόσιο - προκαταβλημένοι και παρακρατημένοι φόροι» και ειδικότερα με την περιγραφή «33.13.00 Προκαταβολή φόρου εισοδήματος». Από αυτό και μόνο μπορεί κανείς εύκολα να αντιληφθεί ότι το ίδιο το Κράτος διαχωρίζει πλήρως τις λοιπές κρατήσεις από την παρακράτηση φόρου,

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

προβλέποντας χωριστές ομάδες καταχώρησης στο λογιστικό σχέδιο της κάθε επιχείρησης, επιβεβαιώνοντας τον ισχυρισμό μας ότι το ποσοστό 8% που αφορά στην παρακράτηση φόρου δεν πρέπει να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά και γι' αυτό η οικονομική προσφορά που υποβάλλαμε στον εν λόγω διαγωνισμό δεν πρέπει να απορριφθεί ως μη νόμιμη.

Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρία μας διαμόρφωσε την οικονομική της προσφορά λαμβάνοντας υπόψη όλα τα στοιχεία κόστους που προβλέπονται στη διακήρυξη του διαγωνισμού και επιβαρύνουν το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης (κόστος αναλωσίμων, διοικητικό κόστος, νόμιμες κρατήσεις κ.λπ.) συνεκτιμώντας παράλληλα ότι κατά την πληρωμή της αμοιβής της (εφόσον της ανατεθεί εκτελεστική σύμβαση) διενεργείται η προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου, η οποία όμως, κατά τη διακήρυξη, δεν περιλαμβάνεται στις νόμιμες κρατήσεις, οι οποίες αναλύονται διεξοδικά στη διακήρυξη, και επομένως δεν απαιτείτο να γίνει ως προς αυτήν ειδικότερη μνεία στην ανάλυση των στοιχείων της οικονομικής της προσφοράς.

Ο ισχυρισμός μας αυτό επιρρωνύεται από το γεγονός ότι η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού και ακολούθως η Οικονομική Επιτροπή της **** δεν απέρριψε την οικονομική μας προσφορά.

Συνεπώς, η οικονομική προσφορά της εταιρίας μας ουδόλως αποκλίνει από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ενώ, σε κάθε περίπτωση, όπως ανέφερα πιο πάνω, το ποσό του φόρου εισοδήματος που τελικώς θα καταβάλουμε στο τέλος της οικείας οικονομικής χρήσης, συμψηφίζεται με το ποσό της γενόμενης παρακράτησης και, συνακόλουθα, το ποσό του τελικώς καταβαλλόμενου φόρου, συνιστά ποσοστό του εισοδήματος, με βάση τον κατά περίπτωση ισχύοντα φορολογικό συντελεστή, το οποίο κατανέμεται ομοιόμορφα σε όλα τα κέρδη της επιχείρησής μας από την άσκηση της δραστηριότητας της, στα οποία περιλαμβάνεται και το δηλωθέν εν προκειμένω εργολαβικό όφελος.

Τέλος αξίζει να τονιστεί ότι σε κανένα από τα ανωτέρω σημεία της διακήρυξης δε γίνεται μνεία για το συνυπολογισμό της παρακράτησης φόρου 8% στην

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

οικονομική προσφορά, η προσφεύγουσα αρκείται σε μία απλή αναφορά ότι η οικονομική μας προσφορά αντιτίθεται στην κείμενη νομοθεσία, χωρίς περαιτέρω τεκμηρίωση και αιτιολόγηση. Στη δε διακήρυξη και στον τρόπο πληρωμής των τιμολογίων γίνεται μνεία ότι «Ο Ανάδοχος επιβαρύνεται με κάθε νόμιμη κράτηση ή εισφορά, η οποία κατά νόμο βαρύνει αυτόν. Σε κάθε πληρωμή του Αναδόχου θα γίνεται παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, όπως προβλέπει η παρ. 1 του αρ. 37Α του ν.δ. 3323/1955 (Α΄214), όπως ισχύει.», με την οποία γίνεται σαφής διαχωρισμός των κρατήσεων από την παρακράτηση.

Από πού λοιπόν προβλέπεται η υποχρέωση μας – και μάλιστα επί ποινή απαραδέκτου- να συνυπολογίσουμε στην οικονομική μας προσφορά την παρακράτηση φόρου 8%;

Επειδή η ΑΕΠΠ έχει κρίνει πολλές φορές το ζήτημα της παρακράτησης φόρου ποσοστού 8%, ότι αυτή δεν συμπεριλαμβάνεται ως κράτηση στην εκάστοτε οικονομική προσφορά (βλ. σχετικές αποφάσεις ΑΕΠΠ 1148/2018, 626/2018).

Επειδή ούτε στην κείμενη νομοθεσία ούτε από τη διακήρυξη υφίσταται υποχρέωσή μας να υπολογίσουμε την παρακράτηση φόρου 8% στην υποβληθείσα οικονομική προσφορά μας.

Επειδή η παρακράτηση φόρου 8% δεν ανήκει στην κατηγορία των κρατήσεων που αναλυτικά αναφέρονται τόσο στη διακήρυξη, όσο και στο υπόδειγμα της οικονομικής προσφοράς.

Επειδή η παρακράτηση φόρου 8% δεν αποτελεί κόστος, αλλά φορολογική υποχρέωση του εκάστοτε οικονομικού φορέα. Επειδή η προσφεύγουσα παρελκυστικά, προσπαθεί να αποπροσανατολίσει την κρίση Σας, με σκοπό να υπεισέλθει αυτή ως ανάδοχος του εν λόγω έργου.».

21. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. 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[...].2. 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.[...].».

22. Επειδή το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...]».

23. Επειδή το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...] Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να μην αναθέσουν τη σύμβαση στον προσφέροντα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά όταν έχουν διαπιστώσει ότι η προσφορά δεν τηρεί τις ισχύουσες υποχρεώσεις, όπως αυτές προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18.».

24. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. 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 απαραίπτων 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,

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

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 [...].».

25. Επειδή το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

26. Επειδή το άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

27. Επειδή, στα άρθρα 61 και 64 του ν. 4172/2013 ορίζεται ότι: «Άρθρο 61 Υπόχρεοι σε παρακράτηση Κάθε νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα ή φυσικό πρόσωπο που ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα και έχει τη φορολογική κατοικία του στην Ελλάδα, οι φορείς γενικής κυβέρνησης ή κάθε φορολογούμενος που δεν έχει τη φορολογική κατοικία του στην Ελλάδα, αλλά δραστηριοποιείται μέσω μόνιμης εγκατάστασης στην Ελλάδα, και προβαίνει σε πληρωμές ... υποχρεούται σε παρακράτηση φόρου όπως ορίζεται στο άρθρο 64. [...] Άρθρο 64 Συντελεστές παρακράτησης φόρου» ... 2. Οι φορείς γενικής

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

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 στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: [...] γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών [...]».

28. Επειδή, το άρθρο 24 του ν. 2198/1994 ορίζει ότι: « 1. Η περίπτωση στ' της παραγράφου 1 του άρθρου 37α του ν.δ. 3323/1955 αντικαθίσταται ως ακολούθως: «στ. Δημόσιες υπηρεσίες, ... και νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου γενικά, κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών από επιχειρήσεις, 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: ...και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών [...]».

29. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 6 του ν. 3144/2003 (ΦΕΚ-111 Α') όπως τροποποιημένο ισχύει: «Ο εργαζόμενος δικαιούται κατά τον πρώτο χρόνο εργασίας του σε συγκεκριμένο εργοδότη να λάβει από την έναρξη της απασχόλησής του ποσοστό της ετήσιας κανονικής άδειας με αποδοχές, που προβλέπεται κατά τις κείμενες διατάξεις ότι δικαιούται μετά από συνεχή απασχόληση τουλάχιστον δώδεκα (12) μηνών σύμφωνα με το άρθρο 2 του α.ν. 539/1945, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 1346/1983 και όπως εκάστοτε ισχύει, κατ' αναλογία με το χρόνο εργασίας, που έχει συμπληρώσει στον ίδιο εργοδότη. Η ετήσια κανονική άδεια, η οποία θα χορηγείται σύμφωνα με τη διαδικασία του προηγούμενου εδαφίου, καθώς και το επίδομα αδειας, διέπονται κατά τα λοιπά από τις οικείες διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας.».

30. Επειδή, στο άρθρο 1 του Ν. 3302/2004 «Ρύθμιση ετήσιας άδειας εργαζομένων και άλλες διατάξεις (ΦΕΚ Α' 267) «Ετήσια άδεια με αποδοχές»

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

ορίζεται ότι «1. Η διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 2 του Α.Ν. 539/1945 (ΦΕΚ 229 Α'), όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 13 του Ν. 3227/2004 (ΦΕΚ Α' 31), αντικαθίσταται ως εξής: «*α. Κάθε μισθωτός από την έναρξη της εργασίας του σε υπόχρεη επιχείρηση και μέχρι τη συμπλήρωση 12 μηνών συνεχούς απασχόλησης, δικαιούται να λάβει ποσοστό της ετήσιας κανονικής άδειας με αποδοχές κατ' αναλογία με το χρόνο εργασίας που έχει συμπληρώσει στην ίδια υπόχρεη επιχείρηση. Το ποσοστό αυτό υπολογίζεται με βάση ετήσια άδεια 24 εργάσιμων ημερών ή αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα 5νθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας 20 εργάσιμων ημερών, χωρίς να υπολογίζεται σε αυτές η ημέρα της εβδομάδας κατά την οποία δεν απασχολούνται οι μισθωτοί λόγω του εφαρμοζόμενου συστήματος εργασίας, β. Ο εργοδότης υποχρεούται μέχρι τη λήξη του 1ου ημερολογιακού έτους, εντός του οποίου προσελήφθη ο μισθωτός να χορηγεί σε αυτόν την παραπάνω αναλογία της κανονικής άδειας. Κατά το 2ο ημερολογιακό έτος, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει την ετήσια κανονική άδεια με αποδοχές, η οποία αναλογεί στο χρόνο απασχόλησής του στην υπόχρεη επιχείρηση και υπολογίζεται σύμφωνα με το εδ. β' της περ. α'. Η άδεια αυτή επαυξάνεται κατά 1 εργάσιμη ημέρα για κάθε έτος απασχόλησης επιπλέον του 1ου μέχρι τις 26 εργάσιμες ημέρες ή μέχρι και τις 22 εργάσιμες ημέρες αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα 5ήνθημερης εβδομαδιαίας εργασίας. Για καθένα από τα επόμενα ημερολογιακά έτη, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει από την 1η Ιανουαρίου εκάστου έτους, την κανονική ετήσια άδεια με αποδοχές, η οποία υπολογίζεται σύμφωνα με το προηγούμενο εδάφιο»*

31. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης
Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών καθαρισμού των κτιρίων όπου στεγάζονται υπηρεσίες της ***** και όπως αναλυτικά περιγράφονται στο Παράρτημα Ι της παρούσας διακήρυξης, για 33 μήνες, από 01/04/2021 έως 31/12/2023.[...]

1.7 Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

Οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι:

α) τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί 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 του ν. 4412/2016. 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.

β) δεν θα ενεργήσουν αθέμιτα, παράνομα ή καταχρηστικά καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, αλλά και κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν.

γ) λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για να διαφυλάξουν την εμπιστευτικότητα των πληροφοριών που έχουν χαρακτηριστεί ως τέτοιες [...]

2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα. (β) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα και τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά. [...]. 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών

Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το έντυπο οικονομικής προσφοράς, που περιλαμβάνεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV της παρούσας. Το έντυπο πρέπει να είναι συμπληρωμένο και ψηφιακά υπογεγραμμένο. Στην οικονομική προσφορά δίνεται το προσφερόμενο ποσό ολογράφως και αριθμητικά σε ΕΥΡΩ (€) για τις παρεχόμενες υπηρεσίες.

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

[...] Στην προσφορά 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%. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται.

Ως अपαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν συμπίπτουν οι τιμές που προσφέρονται ολογράφως και αριθμητικώς ή 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.

Επιπροσθέτως, σύμφωνα με το Άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (ΦΕΚ 88 Α' /18.04.2013) όπως αυτό αντικατέστησε το Άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 (ΦΕΚ 115 Α') «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών», όπως τροποποιήθηκε και ισχύει: 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

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Η εταιρεία 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. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού 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 & τρίτων κρατήσεων. Επίσης, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. Στην περίπτωση, όπου το καθεστώς των συλλογικών συμβάσεων εργασίας έχει μεταβληθεί, θα πρέπει να επισυναφθούν τα ισοδύναμα έγγραφα. Επιπροσθέτως, προκειμένου η Επιτροπή Αξιολόγησης να κατανοήσει την μηνιαία και την συνολική, χωρίς ΦΠΑ, οικονομική προσφορά του προσφέροντος και για να μπορέσει να προβεί στην αξιολόγησή της, αναγκαίες είναι οι επιπλέον διευκρινήσεις από τον οικονομικό φορέα.

Για το λόγο αυτό οφείλουν να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα κάτωθι:

Α) αναλυτικές διευκρινίσεις και αιτιολόγηση για:

- 1) του τρόπου υπολογισμού του συνόλου των ημερών εργασίας του έργου,
- 2) του τρόπου υπολογισμού του συνόλου των ωρών εργασίας του έργου
- 3) του τρόπου υπολογισμού του συνόλου των μικτών αποδοχών επί του ωρομισθίου 4,36 € α) ενός (1) υπαλλήλου, β) του συνόλου των υπαλλήλων
- 4) του τρόπου υπολογισμού του ποσοστού της εργοδοτικής εισφοράς 24,81% α) ενός (1) υπαλλήλου, β) του συνόλου των υπαλλήλων
- 5) του τρόπου υπολογισμού του συνολικού κόστους των αποδοχών α) ενός (1) υπαλλήλου, β) του συνόλου των υπαλλήλων

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

6) το σύνολο των υπαλλήλων,

7) του τρόπου υπολογισμού του γενικού συνόλου των αποδοχών, παρουσιάζοντας τα, χωριστά και επί συνόλου, για αποδοχές: α) τακτικές β) επιδόματος αδείας γ) δώρου Χριστουγέννων δ) δώρου Πάσχα ε) αντ/τες αδειών.

Από τις ανωτέρω αναλύσεις και αιτιολογήσεις να προκύπτει ξεκάθαρα ποιο είναι το συνολικό κόστος του ωρομισθίου, το οποίο πρέπει να αναφερθεί. Β) αναλυτικές διευκρινίσεις και αιτιολόγηση για: 1) του τρόπου υπολογισμού του μηνιαίου και του συνολικού διοικητικού κόστους, και του ποσοστού επί του προϋπολογισμού του έργου, που αντιστοιχεί 2) του τρόπου υπολογισμού του μηνιαίου και του συνολικού κόστους αναλωσίμων και του ποσοστού επί του προϋπολογισμού του έργου, που αντιστοιχεί, 3) του τρόπου υπολογισμού του μηνιαίου και του συνολικού εργολαβικού κέρδους και του ποσοστού επί του προϋπολογισμού, που αντιστοιχεί και 4) του τρόπου υπολογισμού των μηνιαίων και των συνολικών κρατήσεων υπέρ δημοσίου και τρίτων. Τα ανωτέρω στοιχεία, υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύονται και περιγράφεται ο υπολογισμός τους σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους. Προσωρινός ανάδοχος αναδεικνύεται ο οικονομικός φορέας που έχει προσφέρει την χαμηλότερη τιμή στο αντίστοιχο πεδίο του ΕΝΤΥΠΟΥ της Οικονομικής Προσφοράς του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ IV της παρούσας. Ο προσφέρων θα πρέπει (επί ποινή αποκλεισμού) να επισυνάψει στον (υπο)φάκελλο “οικονομική προσφορά” την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία (σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα IV της παρούσας διακήρυξης) σε μορφή pdf.] [...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, 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

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

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, [...]

ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

5.1 Τρόπος πληρωμής

5.1.1.[...] Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, 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. 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 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. 4412/2016γ) 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) όπως ισχύει.Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3 % και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού.[...]».

32. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

33. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

34. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

35. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης, εφόσον δε η προσφορά υπολείπεται του ελαχίστου εργοδοτικού κόστους, απορρίπτεται κατά τα ως άνω και επιπροσθέτως επειδή παραβιάζονται οι αρχές προστασίας του ανόθευτου ανταγωνισμού, της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας. (ΔΕφΑθ 236/213, 511/2013 και εκεί αναφερόμενη νομολογία του ΣτΕ, ΔΕφΑθ 427/2011, 512/2011).

36. Επειδή, όπως έχει *ad hoc* κριθεί, από τη συνδυαστική εφαρμογή των όρων 2.4.4 και 5.1 της διακήρυξης προκύπτει ότι η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται στην κείμενη νομοθεσία περιλαμβάνει την ειδικότερη υποχρέωση να περιλάβουν στην τιμή ποσοστό 8% επί της προσφερόμενης καθαρής αξίας των υπηρεσιών, το οποίο αφορά σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013. Η εν λόγω υποχρέωση συναρτάται πρωτίστως με τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς και ως εκ τούτου η μη τήρησή της, ήτοι η μη συμπερίληψη στην οικονομική προσφορά άγει, άνευ ετέρου σε απόρριψη της οικονομικής προσφοράς σύμφωνα με τη ρητή διάταξη του όρου 2.4.6 περ. α) της διακήρυξης (Βλ. ΔΕφΑθ 126/2019, 25/2019, 265/2016, και ΑΕΠΠ 504/2020, 827_828/2020). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί, η υποχρέωση συμπερίληψης στην τιμή της

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

προσφοράς της παρακράτησης της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος 8% και μάλιστα αδιαστίκτως αν το συγκεκριμένο κονδύλιο αναγράφεται ή όχι στους Πίνακες/έντυπα της οικονομικής προσφοράς που παρατίθενται στην διακήρυξη «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, ΕΑ ΣΤΕ 446/2009, 840/2008, 482/2006, πρβλ. ΣΤΕ 3938/1999, Ε.Α. ΣΤΕ 800, 256/200).

37. Επειδή ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά του δεύτερου κατά σειρά μειοδοσίας και δεύτερου προσφεύγοντος «*****.» πρέπει να απορριφθεί διότι δεν έχει υπολογίσει και συμπεριλάβει το ποσό που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου 8%

38. Επειδή, κατά την πλειψηφούσα γνώμη των Μελών του Κλιμακίου Ι. Θεμελή και Μ. Κανάβα, στον όρο 5.1.1. της διακήρυξης αναφέρεται ρητώς ότι *«Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού».* Επομένως, εκ του ως άνω όρου, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 36, σαφώς προκύπτει η ειδικότερη υποχρέωση των διαγωνιζομένων να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή ποσοστό 8% επί της προσφερόμενης καθαρής αξίας των υπηρεσιών, το οποίο αφορά σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013. Αλυσιτελώς, δε η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων- δεύτερος προσφεύγων «*****.» ισχυρίζονται η παρακράτηση φόρου 8% δεν συνιστά κράτηση υπέρ Δημοσίου και τρίτων, καθώς τούτο ουδόλως αναιρεί την ρητώς αναφερόμενη στη διακήρυξη υποχρέωση συμπερίληψης στην οικονομική προσφορά του ποσού που αντιστοιχεί στην επίμαχη παρακράτηση.

Επειδή σύμφωνα με τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αποκάρδου, το άρθρο 5.1.1. της Διακήρυξης αφορά στους όρους εκτέλεσης της σύμβασης και όχι στη σύνταξη της οικονομικής

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

προσφοράς. Περαιτέρω, στο δε άρθρο 2.4.4 σχετικά με τα περιεχόμενα του φακέλου της οικονομικής προσφοράς προβλέπεται ότι 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 ενώ στο Παράρτημα IV –Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς, ούτε στον Πίνακα ούτε στις οδηγίες συμπλήρωσής του υφίσταται ρητή αναφορά στην παρακράτηση φόρου 8%, ενώ έχει προσφάτως κριθεί ότι η παρακράτηση φόρου δεν εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης (βλ. ΔΕΦΑΘ 1268/2020). Δοθέντος ότι η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου, έχει προσωρινό χαρακτήρα, αφού η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού στο Δημόσιο εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, ανάλογα με τα ετήσια κέρδη ή το καθαρό εισόδημα που αυτός δηλώνει, σε σχέση με τα ποσά φόρου που έχουν παρακρατηθεί και αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, εάν εντάσσονταν στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων, θα προσαύξανε το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και θα κατέληγε σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής. Ενόψει αυτών, και εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του Ως εκ τούτου, αβασίμως υποστηρίζει ο πρώτος προσφεύγων ότι η προσφορά του δεύτερου κατά σειρά μειοδοσίας πρέπει να απορριφθεί διότι δεν συμπεριέλαβε στην οικονομική του προσφορά την παρακράτηση φόρου ποσοστού 8% και ο οικείος λόγος της προσφυγής

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

πρέπει να απορριφθεί. Συνακόλουθα και σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα υπό σκέψη 8, ο πρώτος προσφεύγων απαραδέκτως, ως άνευ εννόμου συμφέροντος, προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου και η προσφυγή του πρέπει εν όλω να απορριφθεί.

39. Επειδή από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων - δεύτερος προσφεύγων «*****.» δηλώνει στην οικονομική του προσφορά ως συνολική προσφερόμενη τιμή το ποσό των 95.634 άνευ ΦΠΑ, ως εργολαβικό κέρδος το ποσό των 533,03€, ως διοικητικό κόστος το ποσό των 246,33€, ως κόστος αναλώσιμων το ποσό των 307,19€ και ως μηνιαίες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων το ποσό των 4,48€. Επομένως, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο πρώτος προσφεύγων, δεν έχει περιληφθεί στην οικονομική προσφορά του εν λόγω διαγωνιζόμενου το ποσό που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου 8% και η αναθέτουσα αρχή όφειλε, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 33-35 κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα «*****» διότι συντάχθηκε κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης. Ως εκ τούτου, ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

40. Επειδή σύμφωνα με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης (Απόφαση ΑΕΠΠ 765/2020 Εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου). Συνεπώς κατόπιν των παραπάνω σκέψεων και εφόσον έχει κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση που πλημμελώς έκανε δεκτή την προσφορά του δεύτερου προσφεύγοντος, ενώ έπρεπε κατά δέσμια αρμοδιότητα να την απορρίψει σύμφωνα με τους όρους του νόμου και της διακήρυξης, και εν όψει της διαπλαστικής ενέργειας της κριθείσας ακυρότητας, ο δεύτερος προσφεύγων έχει ήδη καταστεί τρίτος ως προς τον υπό εξέταση διαγωνισμό. Επομένως, το έννομο συμφέρον του για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής εξετάζεται μόνον επί τη βάση του ίσου μέτρου κρίσης και των νομολογιακών εξελίξεων περί του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικά αποκλεισθέντος τρίτου. Συγκεκριμένα με την δεύτερη προσφυγή ζητείται η ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης που έκανε δεκτή την προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος και προσωρινού αναδόχου ****, διότι κατά την προσφυγή i) η οικονομική προσφορά έχει συνταχθεί πλημμελώς καθώς δεν αναγράφονται σε χωριστό κεφάλαιο της οικονομικής προσφοράς, οι εργατοώρες μία φορά το τρίμηνο, που αφορούν στον καθαρισμό των τζαμιών των παραθύρων μέσα – έξω και των κοινοχρήστων χώρων όλων των κτιρίων της **** (σελ. 14 της προσφυγής), και ii) διότι δεν αναφέρονται στην προσφορά τα μηχανικά μέσα με τα οποία θα γίνεται προσβάσιμος ο εξωτερικός χώρος του πενταόροφου κτιρίου της *****, ώστε να καθαριστούν τα τζάμια του κάθε ορόφου εξωτερικά, αλλά δεν υπολογίζονται και οι εργατοώρες απασχόλησης του προσωπικού που θα ασχοληθεί με την εν λόγω εργασία (σελ. 15) και iii) διότι η οικονομική προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή καθώς περιέχει -κατά την προσφυγή- υπερβολικά χαμηλό διοικητικό κόστος, κόστος αναλωσίμων, και περιθώριο εργολαβικού κέρδους. Περαιτέρω ζητείται η ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης που έκανε δεκτή την προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος (και ήδη δεύτερου παρεμβαίνοντος), *****, διότι κατά την προσφυγή προσφέρει ανεπαρκούς ανυψωτικής δυνατότητας μηχανικό μέσο για τον καθαρισμό των

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

τζαμιών (σελ. 28 της προσφυγής). Περαιτέρω ζητείται η ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης που έκανε δεκτή την προσφορά του τέταρτου καταταγέντος οικονομικού φορέα*****, διότι κατά την προσφυγή υποχρεούτο επί ποινή αποκλεισμού να υπολογίσει σε χωριστό κεφάλαιο της οικονομικής προσφοράς, τις εργατοώρες μία φορά το τρίμηνο, που αφορούν στον καθαρισμό των τζαμιών των παραθύρων μέσα – έξω και των κοινοχρήστων (σελ. 29). Συνεπώς σύμφωνα με τα εκτενώς αναφερόμενα στην σκέψη 9 η προσφεύγουσα δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον κατά την αρχή του ίσου μέτρου κρίσης καθόσον ο λόγος για το οποίο κρίθηκε πλημμελώς αποδεκτή και πάντως αποκλειστέα η προσφορά της (σκέψεις 37-40) ουδόλως συσχετίζεται με τις φερόμενες στην προσφυγή πλημμέλειες των λοιπών προσφορών. Περαιτέρω, και καθόσον αφορά στο έννομο συμφέρον του δεύτερου προσφεύγοντος ως μη οριστικώς αποκλεισθείς τρίτος, να επιδιώκει με την προσφυγή τον αποκλεισμό των λοιπών συνδιαγωνιζομένων, σημειώνεται ότι ο προσφεύγων δεύτερος καταταγείς διαγωνιζόμενος: i) Δεν επικαλείται έννομο συμφέρον ως μη οριστικώς αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, όπως στραφεί κατά των τριών αποδεκτών προσφορών του πρώτου προσφεύγοντος και τρίτου καταταγέντος διαγωνιζόμενου φορέα *****, του πρώτου παρεμβαίνοντος προσωρινού αναδόχου*****, και του τέταρτου καταταγέντος ***** ii) Δεν σκοπεί στην ματαίωση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, καθόσον δεν προβάλλει με την προσφυγή ούτε σχετικούς ισχυρισμούς ή λόγους αλλά ίδια ούτε σχετικό αίτημα ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης και ματαίωσης του διαγωνισμού (σελ. 1 της παρούσας), σε περίπτωση ευδοκίμησης της πρώτης προσφυγής κατ' αυτού iii) Δεν ιστορεί προσδοκία ούτε πρόθεσή του να συμμετάσχει κατά την ενδεχόμενη επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο και όρους στο μέλλον, iv) Αλλά αντίθετα ρητώς και σαφώς εμμένει προσδοκά και αιτείται την συνέχιση του διαγωνισμού με την επιδιωκόμενη αποδοχή μόνης της δικής του προσφοράς, τον αποκλεισμό των προσφορών των συνδιαγωνιζομένων οικονομικών φορέων και την ανάδειξή του ως αναδόχου

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

της προμήθειας καθόσον με την ευδοκίμηση της προσφυγής του επιδιώκει και αιτείται να παραμείνει στην διαδικασία ως ο μόνος αποδεκτός διαγωνιζόμενος. Συνεπώς δεν μπορεί να θεωρηθεί ούτε κατά την νομολογία του ΔΕΕ (βλ. εκτενώς σκέψη 9) ότι με το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος τρίτου, θα μπορούσε να εξετασθεί επί της ουσίας η προσφυγή ως προς τους ισχυρισμούς κατά των προσφορών απάντων των συνδιαγωνιζομένων οικονομικών φορέων. Για τους λόγους αυτούς, πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη η δεύτερη προσφυγή, ελλείψει εννόμου συμφέροντος του κριθέντος ως αποκλειστέου της διαδικασίας προσφεύγοντος, καθόσον έχει καταστεί τρίτος ως προς την εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία, ενώ συγχρόνως δεν θεμελιώνεται έννομο συμφέρον του, ούτε κατά την αρχή του ίσου μέτρου κρίσης ούτε κατά τις πρόσφατες νομολογιακές εξελίξεις περί του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος τρίτου.

Επειδή σύμφωνα με τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αψοκάρδου, ο δεύτερος προσφεύγων και δεύτερος στη σειρά κατάταξης έχει έννομο συμφέρον ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, καθώς η απόρριψη της προσφυγής του λόγω της ευδοκίμησης της ασκηθείσης από τον τρίτο στη σειρά κατάταξης και πρώτο προσφεύγοντα έτερης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της πράξεως με την οποία έχει καταταχθεί δεύτερος στη σειρά κατάταξης, θα είχε ως αποτέλεσμα αφενός μεν την κατάργηση του διοικητικού σταδίου ελέγχου κατά την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση το τυχαίο γεγονός της χρονικής προτεραιότητας εξέτασης των προδικαστικών προσφυγών από την ΑΕΠΠ και αφετέρου θα στερούσε του δικαιώματος έγκαιρης και αποτελεσματικής έννομης προστασίας τους οικονομικούς φορείς δοθέντος της κρατούσας νομολογίας περί του μη οριστικώς αποκλεισθέντος (ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΔΕφΑΘ 95/2020), καθώς, ανεξαρτήτως της αποδοχής ή της απόρριψης της προσφυγής από την ΑΕΠΠ με απόφασή της, το διατακτικό

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

αυτής ενδέχεται να ανατραπεί δικαστικώς, με αποτέλεσμα την ανατροπή της νομολογιακής αντιμετώπισης που στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρέωσης των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της απόφασης ΔΕΕ *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo*, C-54/18). Ως εκ τούτου, η παραδοχή της διαπλαστικής ενέργειας της απόφασης ΑΕΠΠ στην περίπτωση ακύρωσης της απόρριψης προσφοράς διαγωνιζόμενου ώστε να εξεταστούν οι αιτιάσεις της αυτής προσφυγής που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερων συνδιαγωνιζομένων, τοποθετείται ακριβώς στην ίδια-και όχι στην αντίθετη- αντιμετώπιση καθώς επιτρέπει, για λόγους οικονομίας και αποτελεσματικότητας της διαδικασίας, τον έλεγχο κατά το διοικητικό στάδιο της νομιμότητας της συμμετοχής και έτερων οικονομικών φορέων των οποίων οι προσφορές καίτοι έχουν γίνει αποδεκτές, αμφισβητούνται, εκκαθαρίζοντας, περαιτέρω, το πραγματικό και νομικό μέρος της υπό εξέταση προσφυγής, ήτοι κινείται προς την κατεύθυνση της ενίσχυσης της έννομης προστασίας κατά το στάδιο της ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Εξάλλου, συνιστά σχήμα οξύμωρο να αναγνωρίζεται στον δεύτερο προσφεύγοντα το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος και, παράλληλα, να μην εξετάζεται η προσφυγή του λόγω θεώρησής του ως οριστικώς αποκλεισθέντος με απόφαση της ΑΕΠΠ. Επομένως, η δεύτερη προσφυγή ασκείται παραδεκτώς και μετ' εννόμου συμφέροντος, ανεξαρτήτως της σειράς εξέτασής της από την ΑΕΠΠ και πρέπει να κριθεί στην ουσία της, ανεξαρτήτως του διατακτικού της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της πρώτης προσφυγής και της ημερομηνίας

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

εξέτασης αυτής (βλ. ΑΕΠΠ 457/2020, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου, 827-828/2020 σκ.59, μειοψ. Ε. Αψοκάρδου και πρβλ. ΑΕΠΠ 506-507/2020, σκ.12, 729-730/2020, σκ. 13 μειοψ. Ε. Αψοκάρδου).

41. Επειδή, εφόσον κρίνεται ακυρωτέα η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που δέχεται την προσφορά του δευτέρου προσφεύγοντος- δευτέρου κατά σειρά μειοδοσίας, τότε, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 8, ο πρώτος προσφεύγων μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει δια της πρώτης προδικαστικής προσφυγής ισχυρισμούς κατά του πρώτου σε σειρά μειοδοσίας και παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «*****».

42. Επειδή ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του προσωρινού αναδόχου είναι απορριπτέα διότι κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας έχει υπολογίσει στο εργατικό κόστος την άδεια του αντικαταστάτη του μόνιμου προσωπικού ως αποζημίωση αδειάς και άρα συνομολογεί ότι δεν θα χορηγήσει άδεια στον αντικαταστάτη. Πέραν τούτου, η εν λόγω αποζημίωση αδειάς πρέπει να υπολογιστεί με προσαύξηση 100% καθώς η άδεια δεν θα χορηγηθεί στον αντικαταστάτη από υπαιτιότητα του εργοδότη.

43. Επειδή, σύμφωνα με τις εκτεθείσες υπό σκέψεις 30-31 διατάξεις, κάθε εργαζόμενος δικαιούται να λάβει ποσοστό της ετήσιας κανονικής αδειάς κατ' αναλογία με το χρόνο εργασίας που έχει συμπληρώσει στον ίδιο εργοδότη. Ωστόσο, προϋπόθεση για την θεμελίωση δικαιώματος αδειάς του αποτελεί η παροχή εργασίας από τον εργαζόμενο για τουλάχιστον ένα μήνα απασχόλησης στον ίδιο εργοδότη, ήτοι για συνολικά 24 εργάσιμες ημέρες ετησίως, εφόσον η επιχείρηση δεν ακολουθεί σύστημα πενθήμερης απασχόλησης. Εν προκειμένω όμως, ουδόλως ο πρώτος προσφεύγων αποδεικνύει ότι ο εργαζόμενος που θα απασχολήσει ο διαγωνιζόμενος «*****» ως αντικαταστάτης του μόνιμου προσωπικού θα έχει εργαστεί στην επιχείρησή του για περισσότερες από 24 εργάσιμες ημέρες ετησίως, ώστε να δικαιούται άδεια. Τουναντίον, ως ο οικονομικός φορέας «*****» προβάλλει στην παρέμβασή του, ο αντικαταστάτης συνδέεται μαζί του με σχέση εργασίας ορισμένου έργου και θα εργαστεί στην επίμαχη υπηρεσία συνολικά 20

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

εργάσιμες μέρες, ήτοι μόνον τις ημέρες που αφορά η άδεια του μόνιμου εργαζόμενου. Συνεπώς, ο ισχυρισμός του πρώτου προσφεύγοντος περί παράβασης της εργατικής νομοθεσίας λόγω μη χορήγησης άδειας στον αντικαταστάτη προβάλλεται αναποδείκτως καθώς ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Τούτο δοθέντος, ομοίως αναπόδεικτος και ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης είναι και ο ισχυρισμός του περί μη προσαύξησης της αποζημίωσης άδειας του αντικαταστάτη κατά 100%. Επομένως, ο λόγος της πρώτης προσφυγής περί απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

44. Επειδή γίνονται δεκτές κατά πλειοψηφία οι εισηγήσεις.

45. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση πρώτη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

46. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον.

47. Επειδή η παρεμβάση επί της πρώτης προσφυγής του οικονομικού φορέα «*****» πρέπει να γίνει δεκτή

48. Επειδή η παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής του οικονομικού φορέα «**.*» πρέπει να απορριφθεί.

49. Επειδή οι παρεμβάσεις του ***** και του φορέα ***** επί της δεύτερης προσφυγής δεν εξετάζονται επί της ουσίας καθόσον δεν εξετάζεται επί της ουσίας ως απαραδέκτως ασκηθείσα η προσφυγή (σκέψεις 9 και 41), στο μέτρο αφορά στην ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης που έκανε αποδεκτές τις προσφορές των παρεμβαινόντων. Κατ' ακολουθίαν, τα αιτήματα των παρεμβάσεων περί διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέτρο που αφορά στην αποδοχή της τεχνικής προσφοράς των παρεμβαινόντων είναι δεκτό κατόπιν της σκέψης 46.

50. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 40, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο πρώτος προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Αριθμός απόφασης: 1305-1306/2020

51. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 46, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο δεύτερος προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής του οικονομικού φορέα «*****».

Απορρίπτει την παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής του οικονομικού φορέα «*****».

Απορρίπτει τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή ως απαράδεκτη.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 479/31.07.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον πρώτο προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 726 ευρώ.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου επί της δεύτερης προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε την 16^η Οκτωβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο Γραμματέας

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ

