

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19 Οκτωβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 09.09.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1248/12.09.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «... ..» και διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής «η προσφεύγουσα»).

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

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ..» και το διακριτικό τίτλο «... ..» (εφεξής η «πρώτη παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ..» και διακριτικό τίτλο «... ..» (εφεξής η «δεύτερη παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αρ. .../19ης/30.08.2022 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... .. κατά το σκέλος που εγκρίνει το πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης του υπ' αριθμό 10-2022, η οποία ενσωματώνει και την υπ' αρ. .../17ης/11.08.2022 απόφαση του ΔΣ ..., η οποία αφορά την αποσφράγιση και αξιολόγηση δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών οικονομικών προσφορών, κατά το μέρος που έγιναν δέκτες οι προσφορές των οικονομικών φορέων «... ..» και «... ..».

Με την παρέμβασή της, η πρώτη παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που την αφορά.

Με την παρέμβασή της, η δεύτερη παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που την αφορά.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια,

### **Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

#### **Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ύψους €931,50 δεσμευμένο όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης επί της οποίας ασκείται η προσφυγή, 186.290,32€ άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθ. .../2022 Διακήρυξη της αναθέτουσας προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών φύλαξης για το ... .. «...». Ο προϋπολογισμός της σύμβασης ανέρχεται σε 231.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (και σε 186.290,32€ χωρίς ΦΠΑ), ενώ η διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης ορίστηκε σε ένα (1) έτος από την υπογραφή της. Ως κριτήριο κατακύρωσης τέθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η άνω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 07.06.2022 με ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ....

3. Επειδή στον διεξαχθέντα διαγωνισμό συμμετείχαν και υπέβαλαν προσφορά τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς και δη η προσφεύγουσα, η πρώτη και η δεύτερη παρεμβαίνουσα και η εταιρεία «... .. Περαιτέρω, με την υπ' αριθμό .../17<sup>ης</sup>/11.08.2022 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... .. πρώτη σε σειρά μειοδοσίας και προσωρινή ανάδοχος αναδείχθηκε η

εταιρεία «... .. », δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας η εταιρεία «... ..  
...», τρίτη σε σειρά μειοδοσίας η εταιρεία «... .. ME Δ.Τ  
...» και τέταρτη σε σειρά μειοδοσίας η εταιρεία «... ..» Τέλος,  
με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το πρακτικό ελέγχου  
δικαιολογητικών κατακύρωσης του του εν θέματι διαγωνισμού και  
κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στην πρώτη παρεμβαίνουσα.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του  
διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το  
άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017,  
καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5  
περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο  
εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ'  
ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ.

5. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α'  
59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη  
δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης  
Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147)  
μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με  
τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι «μέχρι την  
έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων  
της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016  
και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την  
περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της  
Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και  
ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη  
ισχύος του παρόντος». Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική  
προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ,  
σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν.  
4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

6. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί  
εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού  
στις 09.09.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης 10ήμερης προθεσμίας από

την επομένη της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης απόφασης του αναθέτοντος φορέα, η οποία έλαβε χώρα στις 01.09.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα 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, με κατ' αρχάς έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά, η οποία και κατατάχθηκε τρίτη στο σχετικό πίνακα μειοδοσίας, ισχυριζόμενη ότι μη νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά των συνδιαγωνιζόμενων εταιρειών και ότι μη νομίμως αναδείχθηκε ανάδοχος η πρώτη παρεμβαίνουσα.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 12.09.2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προκειμένου να ασκήσει ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής του.

9. 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 πρώτη παρεμβαίνουσα, καθόσον η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 12.09.2022, οπότε και από την επομένη εκκινεί η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία και η εν λόγω παρέμβαση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 14.09.2022, και με προφανές έννομο συμφέρον, αφού έχει αναδειχθεί ανάδοχος επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης. Περαιτέρω, 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 δεύτερη παρεμβαίνουσα, καθόσον η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την

αναθέτουσα αρχή σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 12.09.2022, οπότε και από την επομένη εκκινεί η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία και η εν λόγω παρέμβαση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 20.09.2022, και με προφανές έννομο συμφέρον, αφού είναι δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας.

**10.** Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 20.09.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ σε όλες τις συμμετέχουσες εταιρείες και στην ΕΑΔΗΣΥ τις με αρ. πρωτ. 16439/20.09.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της,

**11.** Επειδή, η προσφεύγουσα με τον **πρώτο λόγο** της προσφυγής της επικαλείται πως είναι μη νόμιμη η οικονομική προσφορά τόσο της πρώτης παρεμβαίνουσας όσο και της δεύτερης παρεμβαίνουσας, καθώς αμφότερες δεν συμπεριέλαβαν στην προσφορά τους την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, κατά παράβαση του νόμου και των όρων της Διακήρυξης.

**12.** Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Η επίμαχη παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία προβλέπεται από το άρθρο 64 παρ. 2 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013, φ.ε.κ. Α' 67), πρόδηλα δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου ούτε, όμως, φαίνεται να εμπίπτει στην έννοια της «κάθε άλλης επιβάρυνσης» που περιλαμβάνεται στην τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας κατά τις διατάξεις της παρ. 2.4.4 της ένδικης διακήρυξης, οι οποίες επαναλαμβάνουν τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 95 του ν. 4412/2016, ως αυτή ισχύει. (πρβλ σκ 9 58/2021 Διοικ. Εφ. Θεσ/κης). Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΕΣ Ολ. 807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.ά.), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογούμενου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να το αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται. Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που

επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του, προσαιξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, η οποία αφενός υποχρεούται να προσαιξάνει ανάλογα τον προϋπολογισμό της σύμβασης, με αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται στην εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού (ΔΕΦΑΘ 1268/2020), αφετέρου υποχρεώνεται, τελικά, στην καταβολή ενός ποσού (του ποσού της παρακράτησης) το οποίο μπορεί να επιστραφεί εξ ολοκλήρου στον ανάδοχο μετά την εκκαθάριση του ετήσιου φόρου εισοδήματος και, πάντως, (υπολογιζόμενο επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, ήτοι επί της αξίας του τιμολογίου μετά την αφαίρεση των νόμιμων κρατήσεων) δεν αντιστοιχεί στο φορολογητέο κέρδος του αναδόχου από τη συγκεκριμένη σύμβαση. Ενόψει αυτών, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στην ένδικη διακήρυξη ότι οι οικονομικές προσφορές οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το πιο πάνω ποσοστό φόρου εισοδήματος που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, ούτε, όμως, (το αντίθετο) φαίνεται να συνάγεται από το άρθρο 5.1.2 της ένδικης διακήρυξης, το οποίο δεν ρυθμίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών, αλλά τον τρόπο πληρωμής του αναδόχου (και, ως εκ τούτου, είναι υποστηρίξιμη η άποψη ότι η αναφορά του στην παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου δεν αρκεί για να θεμελιώσει υποχρέωση προσδιορισμού της προσφερόμενης τιμής κατόπιν συνυπολογισμού της εν λόγω παρακράτησης) [58/2021 Δοικ.Εφ. Θεσ/κης]. Ενόψει αυτών, κατά την ίδια άποψη, 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, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του (1268/2020 Δοικ.Εφ.Αθ.). Κατόπιν των ανωτέρω είναι απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ενώ αντιθέτως

πρέπει να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της πρώτης και της δεύτερης παρεμβαίνουσας και ως εκ τούτου ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

**13.** Επειδή η προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι ο αριθμός των 9,3589 των φυλάκων, που αναφέρει η πρώτη παρεμβαίνουσα στην προσφορά της, είναι εσφαλμένος κατά παράβαση του νόμου και των όρων της Διακήρυξης. Ότι σύμφωνα με την ένδικη Διακήρυξη ο ορθός αριθμός των φυλάκων είναι 9,4.

**14.** Επειδή στο ν. 4412/2016 στο άρθρο 18 υπό τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται 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 δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους....».

**15.** Επειδή κατά πάγια νομολογία η Διακήρυξη διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005 κ.λ.π).

**16.** Επειδή στην οικεία Διακήρυξη στο άρθρο 4.3.1 ορίζεται πως: *«Κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος τηρεί τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων από τον ανάδοχο και τους υπεργολάβους του ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση της σύμβασης και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους».*

**17.** Επειδή, το ελάχιστο εργατικό κόστος, προσδιορίζεται από τις συνολικές νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων, τις αναλογούσες εργοδοτικές εισφορές, την αναλογία που αντιστοιχεί στα δώρα εορτών (Πάσχα, Χριστουγέννων), στην κανονική άδεια, στο επίδομα αδείας, το διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών, τα αναλώσιμα, το εργολαβικό κέρδος και τις κρατήσεις υπέρ τρίτων.

**18.** Επειδή κατά πάγια νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, οικονομική προσφορά, που υπολείπεται του κατώτερου ορίου εργατικού κόστους, όπως αυτό προσδιορίζεται με τη Διακήρυξη, είναι απαράδεκτη και απορριπτέα, ως μη σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης και προφανώς ζημιογόνος, έστω και αν δεν υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού κόστους, που προσδιορίζεται από την ισχύουσα νομοθεσία και τις συναφείς Συλλογικές Συμβάσεις Εργασίας (Δ.Εφ Θεσ. 81/215, ΕΣ (Μείζονος) 3976/2014 κ.α).

**19.** Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμα και αν ελλείπει σχετική ρήτρα και πολλώ μάλλον εφόσον περιλαμβάνει 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 και



επιπροσθέτως επειδή παραβιάζονται οι αρχές προστασίας του ανόθευτου ανταγωνισμού, της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (ΔΕΦ Αθ 236/2013, 511/2013). Σε κάθε περίπτωση, κατά την πάγια νομολογία (ΔΕΦ Αθ 325/2015, ΔΕφΘες. 226/2014, ΕΑ ΣΤΕ 155/213, 1255/2009) οικονομικές προσφορές που δεν περιλαμβάνουν το απαιτούμενο από το νόμο ελάχιστο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος, νόμιμα αποκλείονται από διαγωνισμούς. Ιδία δε όταν από τους όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι είναι απορριπτέα οικονομική προσφορά, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών, όπως το κόστος τούτο προσδιορίζεται από την ισχύουσα νομοθεσία και την Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 1069/2009, 986/2010, 198/2013).

**20.** Επειδή αναφορικά με το δεύτερο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με τα άρθρα 1.7 και 4.3.1 της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να τηρούν και να εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, την εργατική νομοθεσία. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης με τις διατάξεις του άρθρου 18 Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη οικονομική προσφορά, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από το σύνολο των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων. Ενόψει αυτού, οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, επί ποινή αποκλεισμού, να παραθέτουν στην προσφορά τους ακριβή δεδομένα για τον καθορισμό του ύψους των πιο πάνω αποδοχών, ώστε να προκύπτει κατά τρόπο σαφή ότι η προσφορά καλύπτει τα ελάχιστα όρια νόμιμου εργατικού κόστους για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης (πρβλ. ΕπΑνΣΤΕ 288/2020, 285/2020 κ.ά.). Περαιτέρω, από τα στοιχεία του φακέλου και δη από την οικονομική προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας (βλ. ψηφιακό αρχείο «... .. ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΠΙΝΑΚΕΣ» με ημερομηνία 27.06.2022) προκύπτει πως από τον συνημμένο Πίνακα που εμπεριέχεται στην ανάλυση της οικονομικής προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας, και δη στη σελίδα 4 αυτής, προκύπτουν Κυριακές και Αργίες=60 ημέρες, Σάββατα +Ανεπίσημες Αργίες=55 ημέρες, (Δευτέρα-

Παρασκευή) Καθημερινές=250 ημέρες, Επίσημες Αργίες (Δ-Παρ) =6 ημέρες, Ανεπίσημες Αργίες(Δ-Παρ)=3 ημέρες. Περαιτέρω, το Σχήμα Φύλαξης έχει ως εξής: (α) Δύο πόστα 7ήμερης 24ωρης φύλαξης, (β) Ένα πόστο 5ήμερης 8ωρης πρωινής φύλαξης (Δ-Παρ). Κυριακές και Αργίες=60 ημέρες, (Δευτ.-Σάβ.)+Ανεπίσημες Αργίες=305 ημέρες, (Δευτ-Παρ) Καθημερινές=250 ημέρες. Κατόπιν της ανωτέρω ανάλυσης οι αναγκαιούντες φύλακες υπολογίζονται ως εξής: (α) Δύο πόστα φύλαξης σε 7ήμερη,24ωρη και άρα  $2 \text{ π.φ} \times 3 \text{ (8ΩΡΑ/ημ)} \times 7 = 42 \text{ (8ωρα/εβδομ.)} : 5 \text{ (8ωρα/εβδ/φύλ.)} = 8,4 \text{ φύλακες}$  και (β) 5ήμερη (Δευτ-Παρ) 8ωρη πρωινή φύλαξη και άρα  $250 \text{ ημ.} \times 8 \text{ (Ω)} = 2.000 \text{ (Ω/ετ)} : 12 \text{ μήνες} = 166,6667 \text{ (Ω/Μ)} : 4,3452 \text{ (εβδ/Μ)} : 40 \text{ (0,9589 φύλακες}$ . Επομένως το σύνολο των φυλάκων για το (α)=(β) είναι 9,3589 φύλακες, όπως αποτυπώνεται στην οικονομική προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας στον Πίνακα 1 (βλ. ψηφιακό αρχείο «... .. ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΠΙΝΑΚΕΣ» με ημερομηνία 27.06.2022). Άλλωστε, ο συνολικός αριθμός φυλάκων που δηλώνει η προσφεύγουσα στην οικονομική προσφορά της (βλ. ψηφιακό αρχείο «002 ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ \_signed») είναι 9,4, δηλαδή κατά στρογγυλοποίηση του 9,3589, ήτοι του αριθμού, που δηλώνει η πρώτη παρεμβαίνουσα. Εξάλλου, η μέθοδος υπολογισμού του αναγκαίου αριθμού προσωπικού, βάσει της οποίας διαμορφώνεται η εκάστοτε προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει τις ώρες της πραγματικής εργασίας των απασχολούμενων στο έργο, προκειμένου αυτός να αποτελέσει τη βάση υπολογισμού για την εξαγωγή του κόστους σε επίπεδο αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών, αφού το ζητούμενο δεν είναι πόσο θα αμειφθεί ή πόσες εισφορές θα καταβληθούν για κάθε εργαζόμενο στο πλαίσιο της εν γένει εργασίας του οι διαγωνιζόμενοι, αλλά πόσοι εργαζόμενοι όντως θα απασχοληθούν στο έργο έστω και στο πλαίσιο αθροίσματος χρόνου εργασίας εκ των εν γένει εργαζομένων της επιχείρησης και για πόσες εργατοώρες, ώστε να ο τρόπος υπολογισμού να είναι νόμιμος. Εν προκειμένω, με την οικονομική προσφορά της η πρώτη παρεμβαίνουσα ορθώς δηλώνει ως αριθμό αναγκαιούντων φυλάκων 9,3589 (πρβλ 480,481/2021 ΑΕΠΠ, σκ 8). Τέλος, η προσφεύγουσα προβάλλει όλως αορίστως ότι η προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας βασίζεται σε εσφαλμένη μέθοδο υπολογισμού του αναγκαίου προσωπικού, χωρίς να επισημαίνει συγκεκριμένα σφάλματα αυτής, αλλά ερειδόμενη αποκλειστικά στον δικό της τρόπο υπολογισμού της σχετικής

οικονομικής προσφοράς, τον οποίο και παραθέτει αυτούσιο. Συνεπώς η προσφεύγουσα δεν προσάπτει ειδικότερη συγκεκριμένη πλημμέλεια ως προς τον επιμερισμό επιμέρους κονδυλίου (πρβλ 1059,1060/2021 ΑΕΠΠ, σκ. 19). Επομένως, οι ισχυρισμοί της πρώτης παρεμβαίνουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί, ενώ πρέπει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας και κατ'ακολουθία, ο προκείμενος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

**21.**Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της επικαλείται πως το εργατικό κόστος στην προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους.

**22.** Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Από την επισκόπηση της οικονομικής προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας (βλ. ψηφιακό αρχείο «... .. ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΠΙΝΑΚΕΣ», σελ. 5 έως 7) προκύπτει ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα έχει υπολογίσει την προσαύξηση 75% για εργασία πρωινής και απογευματινής βάρδιας για τις 60 ημέρες που αντιστοιχούν σε Κυριακές και αργίες (ήτοι 51 Κυριακές και 9 αργίες), όπως προκύπτει από την ανάλυση στις σελίδες 5 έως 7 της οικονομικής της προσφοράς. Επιπλέον, προκύπτει ότι έχει και την προσαύξηση 100% που αντιστοιχεί σε εργασία βραδινής βάρδιας για αυτές τις 60 ημέρες Κυριακών και αργιών (προσαύξηση 75% για εργασία σε Κυριακή και αργία και προσαύξηση 25% για εργασία νυκτερινή). Περαιτέρω η πρώτη παρεμβαίνουσα έχει υπολογίσει προσαυξήσεις νυκτερινής εργασίας 25% για πρωινή-απογευματινή βράδια για 305 ημέρες μη αργίες (ήτοι 250 καθημερινές από Δευτέρα έως Παρασκευή 4 55 ημέρες Σάββατα και ανεπίσημες αργίες). Άλλωστε, ούτε η προσφεύγουσα αμφισβητεί ότι οι ημέρες αργίας είναι 60 και συνεπώς δεν έχει εμφιλοχωρήσει καμία πλημμέλεια στην προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας όσον αφορά στο κόστος των αργιών. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή εν προκειμένω δεν είναι ιδιωτική επιχείρηση και εν γένει ΝΠΙΔ, αλλά είναι δημόσιος φορέας και συνεπώς ισχύουν οι διατάξεις για τις αργίες, που προβλέπονται στο Δημόσιο. Δηλαδή έχει εφαρμογή έχει εφαρμογή η διάταξη της παρ. 11 του άρ. 1 του Ν. 1157/1981 (ΦΕΚ Α'/126/12.05.1981), η οποία ορίζει «α) *Ημέραι αργίας: Η Εθνική εορτή, η 28 Οκτωβρίου, η πρώτη του έτους, τα Θεοφάνεια, η των Τριών Ιεραρχών δια τους εκπαιδευτικούς λειτουργούς, η Καθαρά Δευτέρα, η Μεγάλη Παρασκευή, το*

*Μέγα Σάββατον, η Δευτέρα του Πάσχα, η 1η Μαΐου, η του Αγίου Πνεύματος (Δευτέρα της Πεντηκοστής), η της Κοιμήσεως της Θεοτόκου, η 17 Νοεμβρίου δια τα Ανώτατα Εκπαιδευτικά Ιδρύματα και τας Ανωτέρας Σχολάς, η πρώτη και Δευτέρα ημέρα των Χριστουγέννων και άπασαι αι Κυριακαί...». Ως εκ τούτου τις ημέρες αυτές δεν παρέχονται υπηρεσίες φύλαξης στο ... .. στο πόστο της πενθήμερης οκτάωρης φύλαξης και συνεπώς οι φύλακες δεν θα εκτελέσουν καθήκοντα στους αντίστοιχους χώρους. Για τον λόγο αυτόν δεν θα πρέπει οι εργατοώρες αυτές να ληφθούν υπόψη για τον υπολογισμό του αναγκαίου προσωπικού. Έτι περαιτέρω, στο με αρ. πρωτ. 10398/17.06.2022 έγγραφο διευκρινίσεων της επί λέξει αναφέρονται τα εξής: «Ότι προβλέπεται στην παράγραφο 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης, της Διακήρυξης για τις αργίες, θα ισχύει και στις Επίσημες και Ανεπίσημες Αργίες (Δευτέρα - Παρασκευή)». Επομένως, από τις εργάσιμες ημέρες εξαιρούνται και οι ανεπίσημες αργίες, οι οποίες περιλαμβάνονται στις αργίες. Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη πρέπει να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της πρώτης παρεμβαίνουσας και να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, και κατ' ακολουθία να απορριφθεί ο οικείος λόγος της προσφυγής.*

**23.** Επειδή με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά της οικονομικής προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας επικαλούμενη πως στην προσφορά της δεν αναλύει το εργατικό κόστος, το κόστος τεχνικού εξοπλισμού-Στολές, το κόστος διοικητικής υποστήριξης, τα λοιπά έξοδα, το εργολαβικό κέρδος και τις νόμιμες κρατήσεις και ως εκ τούτου η προσφορά της είναι απορριπτέα.

**24.** Επειδή αναφορικά με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου και δη από τις από 01.08.2022 έγγραφες εξηγήσεις της δεύτερης παρεμβαίνουσας προς την αναθέτουσα ως απάντηση στο έγγραφο με αρ. πρωτ. .../28.07.2022 (βλ. ψηφιακό αρχείο «... ..-ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΣΤΗΝ ΕΠΙΣΤΟΛΗ ΑΠΟ 28.07.200 ΜΕ ΑΡ.») με θέμα «Αίτημα συμπλήρωσης – αποσαφήνισης πληροφοριών και δικαιολογητικών για τον υπ' αριθμό .../2022 ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό που αφορά στην ανάθεση των Υπηρεσιών Φύλαξης για τις ανάγκες του ... ..» προκύπτει πως η δεύτερη παρεμβαίνουσα παρέθεσε αναλυτικά στοιχεία

αφενός σχετικά με τον τρόπο υπολογισμού των απαιτούμενων ατόμων προς αντικατάσταση των εργαζομένων που θα βρίσκονται σε άδεια καθώς και εάν τα άτομα αυτά συμπεριλαμβάνονται στον αριθμό 10,5 ατόμων και αφετέρου για την ανάλυση της οικονομικής της προσφοράς σχετικά με τις μικτές αποδοχές προσωπικού με 8ωρη απασχόληση, τις Εισφορές ΙΚΑ εργοδότη, με το κόστος επιδόματος αδειας, το Δώρο Πάσχα, το επιπλέον κόστος Κυριακών και Αργιών, το επιπλέον κόστος νυχτερινών από Δευτέρα έως Σάββατο, το κόστος αντικαταστατών σε κανονική άδεια, το κόστος τεχνικού εξοπλισμού-Στολών, το κόστος διοικητικής υποστήριξης, καθώς και σχετικά με το ποσοστό των νόμιμων κρατήσεων, απορριπτομένων ως αβασίμων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της δεύτερης παρεμβαίνουσας. Άλλωστε, η προσφεύγουσα δεν προσάπτει ειδικότερη συγκεκριμένη πλημμέλεια ως προς τον επιμερισμό επιμέρους κονδυλίου (πρβλ 1059,1060/2021 ΑΕΠΠ, σκ. 19), καθιστάμενων ούτως αόριστων των ισχυρισμών της. Οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί λοιπών εξόδων είναι απορριπτέοι ως αόριστοι, καθώς δεν αναφέρει αναλυτικά ποια έξοδα είναι αυτά. Άλλωστε, ο προσφεύγων ήταν αυτός που έφερε το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης και δη, ήδη δια της προσφυγής του, των προϋποθέσεων που απαιτούνταν για τη στήριξη των αιτιάσεων του, αντίθετη δε ερμηνεία καταλήγει σε απαράδεκτη μεταβολή του βάρους απόδειξης εις βάρος του καθ' ου και χωρίς δυνατότητα, δεδομένης της προβολής δια υπομνήματος, εκ μέρους του αντίκρουσης (1256,1257,1258,1259/2022 ΕΑΔΗΣΥ, σελ. 129). Τέλος, το εργολαβικό κέρδος της δεύτερης παρεμβαίνουσας αναφέρεται ήδη στην υποβληθείσα προσφορά της με α/α 284273 (βλ. ιδίως ψηφιακό αρχείο «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ signed.pdf», πεδίο 11. «Εργολαβικό κέρδος», απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη είναι απορριπτέοι οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας και ως εκ τούτου ο τέταρτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

**25.** Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί. Αντιθέτως πρέπει να γίνουν δεκτές και η πρώτη και η δεύτερη παρέμβαση.

Αριθμός Απόφασης: 1559 /2022

**26.**Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την πρώτη παρέμβαση.

Δέχεται τη δεύτερη παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 19 Οκτωβρίου 2022 και εκδόθηκε την 01 Νοεμβρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ**