

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Ιουλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.06.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 777/23.06.2020, του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ..» που εδρεύει στη ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Του πρώτου παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... Π. ...» (...), με το δ.τ. «.....», που εδρεύει στη ..., ...(εφεξής α' παρεμβαίνων), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Του δεύτερου παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ..» και το διακριτικό τίτλο «... ..», που εδρεύει στην ...(εφεξής β' παρεμβαίνων), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η με αρ. ... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... που εκδόθηκε στο πλαίσιο της με αρ. ... διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, ως καθ' όλα πλημμελής και νόμω αβάσιμη, τόσο κατά το μέρος με το οποίο απέρριψε την προσφορά του όσο και κατά το μέρος με το οποίο έκανε αποδεκτές τις προσφορές των ήδη α' και β' παρεμβαίνόντων.

Με τις ασκηθείσες παρεμβάσεις τους, ο μεν α' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης με την οποία αναδείχθηκε ανάδοχος των τμημάτων 1,3,4,5 και ο β' παρεμβαίνων, αιτείται τα αντίστοιχα, για το τμήμα 2.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 2.714,61 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., αποδεικτικό τραπεζικής συναλλαγής της ΤΡΑΠΕΖΑΣ ΠΕΙΡΑΙΩΣ της 19.06.2020 για την πληρωμή του εν λόγω παραβόλου, εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αρ. πρωτ. ... διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Δημόσιο Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την ανάθεση της «ΠΑΡΟΧΗ ΓΕΝΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ ΔΗΜΟΥ ...», υποδιαιρούμενη σε 5 τμήματα, συνολικού προϋπολογισμού 542.921,24 €, πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, ανά τμήμα. Οι προς ανάθεση υπηρεσίες υποδιαιρούνται σε πέντε (5) τμήματα, με δικαίωμα υποβολής προσφοράς ανά τμήμα ή περισσότερα έως και το σύνολο τους. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 9.12.2019.

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 04.11.2019 (2019-153123), η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ... 2019-11-06, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

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

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 22.06.2020 στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 11.06.2020, δοθέντος ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής της (21.06.2020) ήταν αργία, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη και β) 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.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην υπό στοιχείο 2 της παρούσας διαγωνιστική διαδικασία, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία (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 μάλιστα αποτελεί

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

«προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 (σκ. 9) σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Ωστόσο, σχετικά με τους ισχυρισμούς του περί απόρριψης της προσφοράς έτερων προσφερόντων των οποίων οι προσφορές κρίθηκαν αποδεκτές, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται – λαμβάνοντας υπόψη και τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα - από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣΤΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230, Απόφαση ΑΕΠΠ 242/2019, σκ. 10). Έτι περαιτέρω, έχει κριθεί προσφάτως ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» [άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ'. στις δύο Οδηγίες] είναι δυνατόν να συνίσταται και στη ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως (βλ. και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018, 33/2019 κα) με τους αυτούς, επί τω τέλει ανάδειξης αυτού ως

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

αναδόχου (βλ.σχετικά ΕΑ 40/2020). Ειδικότερα, προκειμένου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του, αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της ανάθεσης σε αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία (ΕΑ 180/2019 σκ.20).

7. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 και της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017, κοινοποίησε στις 22.06.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

8. Επειδή, εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου διενέργειας του διαγωνισμού οι από 01 και 02.07.2020 παρεμβάσεις, αντίστοιχα. Οι δε παρεμβαίνοντες, έχουν προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής,

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

αφού προδήλως ευνοούνται από τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης, δεδομένου ότι η προσφορά τους κρίθηκε αποδεκτή και ανακηρύχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι, ο μεν α' παρεμβαίνων για τα τμήματα 1,3,4,5 και ο δε β' για το τμήμα 2.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπροθέσμως στην ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 τις με αρ. πρωτ. 24819/02.07.2020 απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή, σε συνέχεια και υπό των επιφύλαξη των αναγραφόμενων στη σκ. 6 της παρούσας, νοίμως και καταρχήν παραδεκτώς φέρεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και οι ασκηθείσες παρεμβάσεις κατόπιν της με αρ. 954/23.06.2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου.

11. Επειδή, ειδικότερα, με την με αρ. 305/9.6.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκαν τα πρακτικά της επιτροπής διαγωνισμού όπου καταρχήν κρίθηκαν, μεταξύ άλλων, αποδεκτές, αναφορικά με την προσκόμιση των απαιτούμενων δικαιολογητικών και τεχνικών προσφορών, οι προσφορές και των τριών οικονομικών φορέων προσφερόντων, όσον αφορά τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής και την τεχνική προσφορά τους, αναφορικά με την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, έγιναν δεκτές οι προσφορές των ήδη παρεμβαινόντων, και ανακηρύχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι για τα τμήματα 1,3,4,5 ο α' παρεμβαίνων και για το τμήμα 2 ο β' παρεμβαίνων, ενώ ο τελευταίος αποκλείσθηκε για τα τμήματα 1 και 3 λόγω υποβολής μη κανονικής προσφοράς ως υπολειπόμενη των απαιτούμενων ωρών φύλαξης. Περαιτέρω, η προσφορά του ήδη προσφεύγοντος, αποκλείσθηκε για τα τμήματα 1 και 3 διότι κρίθηκε ως μη κανονική διότι «το σύνολο των ωρών φύλαξης που προσφέρονται είναι μικρότερο του απαιτούμενου από τη Διακήρυξη. Για ένα έκαστο δε εκ των τμημάτων η οικονομική προσφορά του ήδη προσφεύγοντος αποκλείσθηκε με την αιτιολογία ότι *«η παρακράτηση φόρου 8% δεν υπολογίζεται ως κράτηση για όλα*

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

τα τμήματα. Στην παράγραφο 2.4.4 της διακήρυξης αναφέρεται: “Η τιμή που προσφέρεται είναι ανά τμήμα, που θα περιλαμβάνει το κόστος παροχής υπηρεσιών φύλαξης, των επιμέρους δομών, κτιριακών εγκαταστάσεων, χώρων κτλ του Δήμου ... και σύμφωνα με την παρ.5 περ α΄ του άρθρου 95 του Ν.4412/2016, θα περιλαμβάνει τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, την παρακράτηση φόρου 8%, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, για την παροχή υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται σε τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ΄ αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%”. Επί του θέματος αυτού έχει εκδοθεί η υπ΄ αριθ. 575/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., βάσει της οποίας “στους πίνακες ανάλυσης των οικονομικών προσφορών, θα συμπεριληφθεί η παρακράτηση φόρου 8% και θα υπολογιστεί στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ ΦΠΑ. Ως εκ τούτου δεν συμπληρώνεται αποκλειστικά πληροφοριακά, αλλά υπολογίζεται στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ ΦΠΑ (σχετ. αρ. απόφ. ΑΕΠΠ 699/2019, 184/2019)”, και επομένως δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία επί του θέματος».

Περαιτέρω, με την με αρ.367/02.07.2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής τροποποιήθηκε η με αρ. 305/2020 όμοια Απόφαση της, κατόπιν σχετικής εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού, ως προς το τμήμα 5 του ήδη α΄ προσφεύγοντος και ανακηρυχθέντος προσωρινού αναδόχου με την αιτιολογία ότι εκ παραδρομής στην με αρ. 305/2020 απόφαση, αναφέρεται καθαρή αξία 83.830,90€ πλέον ΦΠΑ 24% 20.119,42€, Σύνολο 103.950,32 €, αντί του ορθού ποσού, ήτοι: καθαρή αξία 103.298,03€ πλέον ΦΠΑ 24% 24.791,53€, Σύνολο 128.089,56 €. (Συνολική Καθαρή Αξία 348.951,64 € πλέον ΦΠΑ 24% 83.748,40 €, Σύνολο 432.700,04€). Κατά τα λοιπά η με αριθμ. 305/2020 Α.Ο.Ε. παραμένει ως έχει, ήτοι προσωρινός ανάδοχος των τμημάτων 1,3,4,5 παραμένει ο α΄ παρεμβαίνων και του τμήματος 2 ο β΄.

12. Επειδή, ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού ισχυρίζεται ότι όλως εσφαλμένως αποκλείσθηκε η προσφορά του και έγιναν

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

δεκτές οι προσφορές των ήδη παρεμβαινόντων. Εν προκειμένω, αναφερόμενος στην προσβαλλόμενη, ισχυρίζεται ότι: «Α. Δια το ζήτημα της παρακράτησης του φόρου από 8% Η διακήρυξη ως αποτελούσα το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού πρέπει επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς των διαγωνιζομένων να αναφέρει με σαφήνεια και πληρότητα και προς αποφυγή πάσης ασάφειας, ρητώς και κατηγορηματικώς ποια επακριβώς είναι τα έξοδα που βαρύνουν τους διαγωνιζομένους, και τούτο δια την εξυπηρέτηση των αρχών της διαφάνειας της ίσης μεταχείρισης και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Με την έννοια αυτή, η διακήρυξη δεν μπορεί να θεωρήσει ως έξοδο του διαγωνισμού αυτό που : 1) Δεν αποτελεί εκ του νόμου έξοδο του διαγωνισμού, αλλά επιβάλλεται αυθαιρέτως από την αναθέτουσα αρχή ως τοιούτο, ενώ αυτό δεν αποτελεί έξοδο εκ του νόμου 2) Δεν καταβάλλεται από τον διαγωνιζόμενο, άλλα προεισπράττεται από την αναθέτουσα αρχή και του επιστρέφεται αφού αυτό παρακρατείται υπέρ αυτού, 3) Δεν ξοδεύεται και δεν αναλώνεται από τον διαγωνιζόμενο και δεν οφείλεται από τον διαγωνιζόμενο ως οφειλή του εκ του νόμου. Στην προκειμένη περίπτωση είναι σαφές ότι από την ίδια την προκήρυξη το ποσοστό του 8% δεν περιλαμβάνεται στα έξοδα του διαγωνισμού. Ίδετε την σελίδα 33 της προκηρύξεως, όπου αναλύονται μία προς μία και λεπτομερώς το σύνολο των κρατήσεων που αποτελούν έξοδο του διαγωνισμού, δηλαδή οφειλή του αναδόχου που προέρχεται από την συμμετοχή του στον διαγωνισμό και ως εκ τούτου από την ίδια την διακήρυξη το ποσοστό του 8% δεν αποτελεί και δεν μπορεί να αποτελέσει έξοδο του διαγωνισμού στην σελίδα 33 της διακηρύξεως, ενώ αναφέρονται όλες οι υπέρ τρίτων κρατήσεις που αποτελούν πραγματική και εκ του νόμου επιβαλλόμενη οφειλή του αναδόχου που πρέπει να πληρωθεί από αυτόν, ρητώς αντιθέτως και εξ αντιδιαστολής αναφέρεται ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος του αναδόχου δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτου κα έξοδο, άλλα ότι αυτή απλώς θα παρακρατείται σύμφωνα με την νομοθεσία και θα αποδίδεται στον ανάδοχο! στην σελίδα 24 της διακηρύξεως στην παράγραφο 2.4.4 αναφέρεται ότι στην οικονομική προσφορά θα περιλαμβάνει τις υπέρ τρίτων κρατήσεις και την παρακράτηση του φόρου. Η συγκεκριμένη αναφορά έχει την ερμηνεία ότι ο

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

διαγωνιζόμενος πρέπει να αναφέρει στην οικονομική του προσφορά τόσο την παρακράτηση του 8% όσον και ότι είναι έτοιμος και αποδέχεται να πληρώσει τόσο τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, όσον και την εκ του νόμου φορολογική του παρακράτηση. Αυτό όμως δεν σημαίνει ότι η παρακράτηση του 8% αποτελεί έξοδο, αφού από την ίδια την διακήρυξη δεν προβλέπεται ως τέτοιο και δια τον λόγο αυτό, η άνω παρακράτηση δεν μπορεί και δεν επιτρέπεται να καθορίζει το ύψος της οικονομικής προσφοράς, η οποία προσδιορίζεται αποκλειστικώς και μόνον από τα πραγματικά έξοδα του διαγωνιζομένου. Τούτο διότι είναι σαφές ότι η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος από 8% δεν αποτελεί έξοδο που διαμορφώνει την τιμή της προσφοράς, όπως συμβαίνει με τις υπέρ τρίτων κρατήσεις που οφείλονται από τον ανάδοχο και δεν αποδίδονται σε αυτόν, άλλα απλή και μόνον παρακράτηση του Δήμου ... που αποδίδεται στον ανάδοχο και ως εκ τούτου, η παρακράτηση αυτή, ποτέ και δεν μπορεί να αποτελέσει ποτέ έξοδο του αναδόχου. Έτσι και σύμφωνα με την Νομολογία (Διοικητικό Εφετείο Αθηνών 373/2019, 165/2019 , 126/2019 25/2019 , Διοικητικό Εφετείο Θεσσαλονίκης 27/2020, 17/2020 , 26/2019) προκειμένου το ποσοστό παρακράτησης να αποτελεί όρο συμμετοχής στην διαδικασία του διαγωνισμού και να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά, πρέπει το ποσοστό αυτό της **παρακράτησης να περιλαμβάνεται στους όρους της διακήρυξης ως έξοδο**. Εν προκειμένω από την ίδια την προκήρυξη, το άνω ποσοστό του 8% δεν περιλαμβάνεται στα αναφερόμενα στην προκήρυξη έξοδα, άλλα αποτελεί την γενική υποχρέωση εκ του νόμου κάθε φορολογουμένου και ως εκ τούτου κακώς και παρά τον νόμο και την άνω προκήρυξη απεκλείσθη από τον διαγωνισμό . 2. Σε κάθε περίπτωση είναι σαφές ότι η διακήρυξη πάσχει ενταύθα αθεράπευτο ασάφεια και ακυρότητα σε σχέση με τους άνω δυο αντιθέτους όρους της, που δημιουργεί άνισες συνθήκες στον διαγωνισμό και νοθεύει αυτόν απολύτως, δεδομένου ότι ο εκ των διαγωνιζομένων που θα συμπεριλάβει το ποσό της παρακράτησης του φόρου από 8% στην οικονομική του προσφορά, στην ουσία εξαπατά της Οικονομική Επιτροπή και πλεονεκτεί παρανόμως έναντι των λοιπών διαγωνιζομένων, αφού ενώ θέτει ως δήθεν έξοδο την συγκεκριμένη παρακράτηση του φόρου από 8%, στην πραγματικότητα εισπράττει το ποσό

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

αυτό πίσω από το Ελληνικό Δημόσιο που το αποδίδει και έτσι εξαπατάται η Οικονομική Επιτροπή από μια προσφορά ψευδή ως προς την ανάλυση των εξόδων της, αφού ψευδώς σε αυτή αναφέρεται ως έξοδο το άνω ποσοστό του 8%. Είναι δε χαρακτηριστικό ότι στην συνολική προσφορά του NANH αξίας 545.149,28 ευρώ με ΥΠΑ περιέχεται παρακράτηση του 8% ίση με 35116,27 ευρώ, τα οποία αυτός θα πάρει πίσω από το Ελληνικό Δημόσιο με αποτέλεσμα η οικονομική του προσφορά να μην ανέρχεται στο ποσό των 545.149,28 ευρώ, αλλά στο τοιούτο των 510.033,01€. Ειδικότερα δε η προσφορά του Δημητρίου NANH για τα τμήματα που του κατακυρώθησαν αξίας 432.700,04 ευρώ, τα 27.872,75 ευρώ αντιστοιχούν στην παρακράτηση του 8% και θα του επιστραφούν από το Ελληνικό Δημόσιο, οπότε η οικονομική του προσφορά ισούται με 404.827,29 ευρώ. 3. Κρίσιμο ζήτημα αποτελεί δια την αντιμετώπιση του νομικού αυτού θέματος αυτή η ίδια η ονομασία της παρακρατήσεως του 8%, η οποία από την ίδια την ονομασία της ως παρακρατήσεως, αποκλείει την κατάταξη αυτής στη έννοια του εξόδου του διαγωνισμού. Ειδικότερα : I) Η έννοια της παρακράτησης νοείται η προσωρινή κράτηση ενός χρηματικού ποσού από συγκεκριμένο νομικό ή φυσικό πρόσωπο για συγκεκριμένο νόμιμο λόγο, το οποίο στην συνέχεια να του αποδίδεται. Κυρίαρχο γνώρισμα της παρακρατήσεως αποτελεί το νομικό δεδομένο ότι το ποσό της παρακρατήσεως ανήκει στο φυσικό ή νομικό πρόσωπο από το οποίο προσωρινώς αφαιρείται και στο τέλος της νομίμου διαδικασίας του αποδίδεται ως δικό του, δηλαδή ως ανήκον σε αυτό. II) Αντιθέτως η έννοια του εξόδου νοείται η πληρωμή από συγκεκριμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο, που έχει την ιδιότητα του οφειλέτη ενός χρηματικού ποσού, το οποίο ουδέποτε του αποδίδεται αφού η πληρωμή του εξόδου γίνεται ως αντάλλαγμα της επιχειρηματικής δραστηριότητας του καταβάλλοντος αυτό. 4. Έτσι από την απλή ανάγνωση της άνω διακηρύξεως είναι σαφές και δεδομένο ότι από την ίδια την προκήρυξη, ρητώς αντιδιαστέλλονται δυο διαφορετικές κατηγορίες μεγεθών και ειδικότερα : 1) Οι κρατήσεις υπέρ τρίτων, οι οποίες βαρύνουν τον ανάδοχο σύμφωνα με την ρητή διατύπωση της προκηρύξεως και οι οποίες λεπτομερώς κατονομάζονται και οι οποίες είναι οι εξής *ί. Κράτηση 0,07% υπέρ ΕΑ* *ίι. Κράτηση 0,02% υπέρ του*

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

Δημοσίου *iii*. Κράτηση 0,06 υπέρ της ΑΕΠΠ 2) Η απλή μνεία ότι εκτός των άνω κρατήσεων υπέρ τρίτων, κάθε πληρωμή του αναδόχου, θα γίνεται με την προβλεπόμενη από την κείμενη Νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία ως εκ τούτου και μόνον δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτου. Από το παραπάνω κείμενο της προκηρύξεως είναι σαφές και δεδομένο ότι σε αυτή :

1) Αφενός μεν γίνεται ρητή και συγκεκριμένη αναφορά και επεξήγηση και απαρίθμηση των νομίμων κρατήσεων με τις οποίες βαρύνεται ο ανάδοχος και 2) Αφ' ετέρου της ιδιαιτέρας και αυτοτελούς και ξεχωριστής γενικής υποχρέωσης παρακρατήσεως του φόρου εισοδήματος σε κάθε πληρωμή του αναδόχου. Η παρακράτηση δε αυτή σύμφωνα με τον νόμο : α. Και δεν αποτελεί νόμιμο κράτηση υπέρ τρίτου , όπως οι λοιπές άνω αναφερόμενες, οι οποίες αποτελούν ευθείες και άμεσες οφειλές του αναδόχου στο Δημόσιο και παρακρατούνται από αυτό , σε ενάσκηση δικού του δικαιώματος. β. Άλλα αντιθέτως η παρακράτηση της προκαταβολής του φόρου δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτων , κατά ρητή διάταξη νόμου, άρθρα 62-64 του ν. 4172/2013, αφού αυτή, εφ' ενός μεν δεν κρατείται από το Δημόσιο και δεν αποτελεί οφειλή του αναδόχου προς το Δημόσιο, αφ' ετέρου δε απλώς και μόνον εισπράττεται από το Δημόσιο δια λογαριασμό του αναδόχου και αποδίδεται στον ανάδοχο, και πιστώνεται σε αυτόν , έναντι του φόρου εισοδήματος κατ' άρθρο 64 παρ 4 του ν. 4172/2013 και αποδίδεται σε αυτόν σύμφωνα με το άρθρο 64 παράγραφος 7 του ν. 4172/2013 το αργότερο μέχρι το τέλος του δευτέρου μήνα από την ημερομηνία καταβολής της υποκείμενης παρακράτησης πληρωμής. Η σχετική διάταξη του άρθρου 64 παράγραφος 4 και 7 έχει ως εξής : 4. Σε περίπτωση που η παρακράτηση φόρου δεν εξαντλεί τη φορολογική υποχρέωση ο παρακρατηθείς φόρος πιστώνεται έναντι του φόρου εισοδήματος που πρέπει να βεβαιωθεί από επιχειρηματική δραστηριότητα ή του φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων και νομικών οντοτήτων, κατά περίπτωση. 7. Ο φόρος που παρακρατείται σύμφωνα με τις ανωτέρω παραγράφους αποδίδεται το αργότερο μέχρι το τέλος του δεύτερου μήνα από την ημερομηνία καταβολής της υποκείμενης σε παρακράτηση πληρωμής. «εκτός από τους φόρους που παρακρατούνται από τους συμβολαιογράφους. Ειδικά ο φόρος που παρακρατείται από συμβολαιογράφο

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

για την υπεραξία του άρθρου 41, αποδίδεται από τον ίδιο με τραπεζική επιταγή σε διαταγή του Ελληνικού Δημοσίου, εντός πέντε (5) εργασίμων ημερών από την υπογραφή του συμβολαίου. Με απόφαση του Γενικού Γραμματέα Δημοσίων Εσόδων καθορίζεται η διαδικασία για την εφαρμογή της παραγράφου αυτής.» Από τα παραπάνω σαφώς προκύπτει ότι η παρακράτηση φόρου δια κάθε πληρωμή του αναδόχου, δεν αποτελεί νόμιμο κράτηση υπέρ του Δημοσίου, αλλά αντιθέτως παρακράτηση ποσού από το Δημόσιο υπέρ του αναδόχου, που αποδίδεται στον ανάδοχο σύμφωνα με τις άνω διατάξεις του άρθρου 64 του ν. 4172/2013. Με τα άνω νομικά δεδομένα είναι σαφές ότι, οι μεν νόμιμες κρατήσεις υπέρ του Δημοσίου και υπέρ των τρίτων όπως αυτές αναφέρονται στο άρθρο 5.1 της Διακήρυξης καταβάλλονται ως οφειλές του αναδόχου προς το Δημόσιο και τους τρίτους και αποτελούν ως εκ τούτου έξοδα του αναδόχου και τα οποία αυτός υποχρεούται να συνυπολογίσει στην προσφορά του. Αντιθέτως η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος, δεν αποτελεί οφειλή του αναδόχου προς το Δημόσιο και εισπράττεται από αυτό και αποδίδεται από το Δημόσιο προς τον ανάδοχο αφού πιστώνεται σε αυτόν και αποδίδεται σε αυτόν το αργότερο μέχρι το τέλος του δεύτερου μήνα από την ημερομηνία καταβολής της υποκείμενης σε παρακράτηση πληρωμής. Άρθρο 64 του ν. 4172/2013. Ως εκ τούτου, η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί και δεν υπάγεται στην έννοια της νομίμου κρατήσεως όπως αυτή ορίζεται κατ άρθρον 68 του ν. 3863/2010, εις την οποία υπάγονται αποκλειστικώς και μόνον οι κρατήσεις που ορίζονται από τις εξής διατάξεις του νόμου ως οφειλές του αναδόχου: 1) Κράτηση 0,07% υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ.3 του ν. 4412/2013 συμφωνά με το άρθρο 4 παρ 3 του ν.4412/2013. 2) Κράτηση 0,02% υπέρ του Δημοσίου, σύμφωνα με το άρθρο 46 παρ 6 του ν. 4412/2013 3) Κράτηση 0,06 υπέρ της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ 3 του ν.4412/2013. Όλες οι άνω νόμιμες υποχρεώσεις του αναδόχου, υπολογίζονται αμέσως και δια τον λόγο αυτό υπολογίζονται στην προσφορά του αναδόχου. Αντιθέτως η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος, και δεν εμπίπτει στο λεκτικό ρηματικό περιεχόμενο της διατάξεως του άρθρου 68 1 εδάφιο 2 του ν. 3863/2010, αφού σε αυτή αναφέρονται μόνον οι νόμιμες κρατήσεις και όχι και η παρακράτηση φόρου και

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

επί πλέον : 1) Δεν είναι δυνατόν να υπολογισθεί και να εκκαθαρισθεί σε συγκεκριμένο αριθμητικό ποσό, αφού αυτή η προκαταβολή φόρου ανήκει στον ανάδοχο και αποδίδεται στον ανάδοχο και συμψηφίζεται με την φοροδοτική του ικανότητα, με αποτέλεσμα το αριθμητικό μέγεθος αυτής να μην μπορεί να προσδιορισθεί άνευ της τοιαύτης εκκαθάρισεως της φοροδοτικής του ικανότητας

2) Ως εκ τούτου υφίσταται πλήρης και καθολική αδυναμία υπολογισμού του και δηλώσεως του στην οικονομική προσφορά του αναδόχου. 1) Τυχόν δε εκ μέρους του αναδόχου, υπολογισμός του και προσδιορισμός του και συμπερίληψη του στην οικονομική του προσφορά, ως το γινόμενο του 8% επί του ποσού της συμβάσεως, συνιστά ευθέως και αμέσως, πλαστή και ανειλικρινή δήλωση και ψευδή και ανειλικρινή προσφορά, αφού κατά τον χρόνο της υποβολής των προσφορών, δεν είχε λήξει το οικονομικό έτος της προκηρύξεως, ούτε άλλωστε έγινε η πληρωμή του αναδόχου η οποία θα γίνει σε χρόνο μεταγενέστερο της προσφοράς, ούτε συγκεκριμενοποιήθηκαν οι λοιπές επαγγελματικές δαπάνες του αναδόχου, ώστε να είναι δυνατός ο προσδιορισμός της φοροδοτικής του ικανότητας και ιδίως της φορολογικής του υποχρέωσης εκ της οποίας να δύναται να προσδιορισθεί αληθώς και πραγματικώς ως έξοδο του συμμετέχοντος. 2) Ο άνω πλαστός και εικονικός και ψευδής υπολογισμός του φόρου εισοδήματος στο σταθερό ποσοστό του 8% επί του αντικειμένου εκάστης πληρωμής εκ μέρους του αναδόχου και ιδίως ο συνυπολογισμός του άνω σταθερού ποσού δια όλους ανεξαιρέτως τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό, στην οικονομική του προσφορά στον διαγωνισμό, πέραν του ότι όχι μόνον δεν αξιώνεται και δεν επιβάλλεται εκ του νόμου, δημιουργεί πλαστές και ανειλικρινείς συνθήκες διαγωνισμού και παραβιάζει την αρχή της ισότητας, αφού ένας έκαστος των συμμετασχόντων στον διαγωνισμό έχει διαφορετική φορολογική υποχρέωση και εις τον διαγωνισμό εμφανίζονται όλοι οι συμμετέχοντες ως έχοντες την ίδια φορολογική ικανότητα και αυτό αποβαίνει σε βάρος των οικονομικώς ασθενέστερων που με τον άνω παράνομο τρόπο υπολογισμού της προσφοράς των, μειονεκτούν σαφώς έναντι του οικονομικώς ισχυρότερου. Ο τελευταίος εμφανίζει στην δική του οικονομική προσφορά το ίδιο ακριβώς ποσό της παρακρατήσεως του φόρου με την οικονομική προσφορά του οικονομικώς

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

ασθενέστερου και αποκτά συγκριτικό πλεονέκτημα έναντι του, δηλώνοντας το ίδιο ποσό φοροδοτικής ικανότητας με εκείνον που θα λάβει πίσω την παρακρατηθείσα προκαταβολή του φόρου εισοδήματος και την οποία δεν έπρεπε να είχε προσθέσει εις τα έξοδα του εις την οικονομική του προσφορά. Οι βασικές ως εκ τούτου πλημμέλειες εις τις οποίες υπέκυψε η προσβαλλόμενη απόφαση είναι οι εξής : 1) Ερμήνευσαν και εφάρμοσαν κακώς και παρά τον νόμο τον όρο 5.1 της προκηρύξεως , στο μέτρο που ενώ με την συγκεκριμένη προκήρυξη ρητώς καθарίσθηκαν, ποιες είναι οι νόμιμες κρατήσεις του έργου και οι οποίες κατά την ρητή διατύπωση της προκηρύξεως βαρύνουν τον ανάδοχο ως όφειλες του έναντι τρίτων και του Δημοσίου, εν τούτοις σε αυτές προσετέθη παρανόμως και η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος. 2) Ερμήνευσαν και εφάρμοσαν κακώς και παρά τον νόμο τον όρο 5.1 της προκηρύξεως, αφού παραβιάζοντας το περιεχόμενο αυτής, σύμφωνα με το οποίο ο ανάδοχος έχει υποχρέωση καταβολής της παρακράτησης φόρου κατά την πληρωμή του, θεώρησαν την άνω παρακράτηση όχι ως παρακράτηση άλλα αντιθέτως ως δήθεν κ ρ ά τ η σ η υπέρ τρίτων , καίτοι η άνω παρακράτηση γίνεται σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία δηλαδή δια λογαριασμό του αναδόχου και προκειμένου να αποδοθεί σε αυτόν κατά τα οριζόμενα από τον νόμο και δη τα άρθρα 62-64 του ν. 4172/2013 3) Ερμήνευσαν ψευδώς και εφήρμοσαν εσφαλμένως την διάταξη του εδαφίου β του άρθρου 68 παρ. 1 του ν. 3863/2010, βάσει της οποίας ο ανάδοχος υποχρεούται να υπολογίζει στην προσφορά του μόνον τις άνω νόμιμες κρατήσεις και όχι και την προκαταβολή και παρακράτηση του φόρου του. Ως εκ τούτου είναι σαφές ότι τόσον από την διακήρυξη , όσον και από τον νόμο , είναι απολύτως παράνομο και αντίθετο σε κάθε διάταξη δικαίου , η παρακράτηση του 8% να θεωρείται έξοδο του διαγωνιζομένου και να υποχρεούται αυτός να το περιλάβει στην οικονομική του προσφορά ως έξοδο που διαμορφώνει την τελική του τιμή της προσφοράς και ως εκ τούτου ο αποκλεισμός μου διότι δεν περιλαμβάνω στην τελική μου τιμή , το ποσοστό του 8% που δεν αποτελεί έξοδο μου και το οποίο ασφαλώς και θα μου παρακρατηθεί, άλλα και θα μου αποδοθεί, είναι ευθέως και αμέσως παράνομος και δέον να ακυρωθεί.

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

B. Δια το ζήτημα των ωρών φύλαξης. Στους όρους του διαγωνισμού , όπως αυτοί περιλαμβάνονται στην διακήρυξη είναι η φύλαξη των αναφερομένων χώρων στο παράρτημα I της διακήρυξης περιλαμβάνονται οι εξής υποχρεώσεις :

α) Η διάρκεια παροχής υπηρεσιών φύλαξης του Ξενώνα Κακοποιημένων Γυναικών, ορίζεται από την υπογραφή της σύμβασης και για είκοσι τέσσερις (24) μήνες, με εκτιμώμενη ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης την 01.01.2020. Η φύλαξη θα γίνεται από ένα (1) άτομο επτά ημέρες την εβδομάδα ως εξής: Καθημερινές από 15.00 μ.μ. μέχρι την 07.00π.μ. της επομένης και τα Σαββατοκύριακα και τις Αργίες όλο το 24ωρο. β) Η διάρκεια παροχής των υπηρεσιών φύλαξης των Κεντρικών Μαγειρείων, ορίζεται για το χρονικό διάστημα είκοσι τεσσάρων (24) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης, με εκτιμώμενη ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης την 01.01.2020. Η φύλαξη καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης θα γίνεται από ένα (1) άτομο τις καθημερινές από ώρα 23:00 μέχρι την 07.00, της επομένης και τα Σαββατοκύριακα και Αργίες σε 24ωρη βάση. Οι άνω όροι της διακηρύξεως έγιναν από εμέ απολύτως δεκτοί στο συνημμένο από 06/12/2019 αρχείο της προσφοράς μου «Τεχνική Προσφορά», Ίδείτε το II ΑΝΑΛΥΤΙΚΟ ΧΡΟΝΟΔΙΑΓΡΑΜΜΑ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ ΑΝΑ ΤΜΗΜΑ, όπου ρητώς δηλώνω ότι αποδέχομαι πλήρως και χωρίς επιφύλαξη όλα τα παραπάνω και αναλαμβάνω την εκτέλεση της υπηρεσίας φύλαξης σύμφωνα με τα προβλεπόμενα ωράρια. Με την άνω έντυπο προσφορά μου είναι βέβαιον ότι αποδέχθηκα όλους τους όρους της διακηρύξεως και ιδίως τον άνω καθορισθέντα τρόπο φύλαξης, όπως ειδικότερα αναλύονται και περιγράφονται σε αυτή και έτσι είναι απολύτως παράνομος η διατύπωση της εσφαλμένης κρίσεως της Οικονομικής Επιτροπής δια της οποίας μου αποδίδεται απολύτως εσφαλμένως ότι δήθεν δεν αποδέχθηκα τους άνω όρους και τον καθορισθέντα τρόπο της φύλαξης των άνω δυο δομών και ειδικότερα ότι ενώ μου εξητήθη η φύλαξη στον Ξενώνα Κακοποιημένων Γυναικών από 13.520 ώρες φύλαξης και στην Φύλαξη των Μαγειρείων από 9.496 ώρες φύλαξης , εγώ δήθεν δεν προσέφερον τις άνω συγκεκριμένες ώρες φύλαξης, αλλά 13.512 ώρες για τον Ξενώνα Γυναικών, δηλαδή 8 ώρες λιγότερες και 9.480 για τα Μαγειρεία, δηλαδή 16 ώρες λιγότερες . Η άνω εσφαλμένη καθ

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

ολοκληριάν άποψη της Επιτροπής διαστρεβλώνει τελείως τα πραγματικά περιστατικά της προσφοράς μου και παραμορφώνει αυτό τούτο τα έγγραφα της προσφοράς μου, αφού του προσδίδει νόημα τελείως αντίθετο του δηλωμένου σε αυτό και με την εσφαλμένη αυτή προϋπόθεση η Επιτροπή προέβη στην ακύρωση της συμμετοχής μου από τη φύλαξη των άνω δύο έργων. Η παραπάνω κρίση της Επιτροπής είναι απολύτως εσφαλμένη και αντίθετη με την άνω προσφορά μου σύμφωνα με την οποία αποδέχθηκα το σύνολο των όρων της διακήρυξης και ως εκ τούτου και των άνω ωρών φύλαξης. Απόδειξη του συγκεκριμένου σφάλματος της Επιτροπής αποτελεί το γεγονός ότι η ίδια η Επιτροπή δέχθηκε το σύνολο της τεχνικής μου προσφοράς εις την οποία υπάγονται άλλωστε όλα τα άνω δεδομένα της φύλαξης. Η οικονομική μου προσφορά που στηρίχθηκε στις άνω συγκεκριμένες συνθήκες φύλαξης υπολογίσθηκε με την υπόθεση ότι μελλοντικώς είναι πιθανό ότι δεν πρέπει στην οικονομική μου προσφορά να συνυπολογίσω και την αξία των 3 ημερομισθίων της αργίας της πρωτομαγιάς 1/5/2021, αφού αυτή δεν θα τηρηθεί το Σάββατο της 1.5.2021 με συνέπεια ότι δεν θα απαιτηθεί και δεν θα πληρωθεί η 24ωρος φύλαξη της αργίας της Πρωτομαγιάς, άλλα ως κοινή καθημερινή που έχει φύλαξη δυο 8ώρων για τον Ξενώνα και ενός 8ωρου δια τα Μαγειρεία, ενώ η αργία έχει 24ωρο φύλαξη . Σε όλα δε τα τεχνικά και οικονομικά μου έντυπα υπογραμμίζεται ότι θα παρέχουμε υπηρεσίες φύλαξης και θα τηρηθούν τα ωράρια σε όλες τις αργίες, τα Σάββατα, τις Κυριακές και τις εργάσιμες, συνολικά για 731 ημέρες. Η μελλοντική αυτή οικονομική εκτίμηση μου δια το τι πρόκειται να γίνει την Πρωτομαγιά που αφορά το οικονομικό μέρος της υποθέσεως ασφαλώς και δεν σημαίνει ότι εάν δεν εξελιχτούν τα πράγματα σύμφωνα με την άνω υπόθεση , ότι δεν θα προσφέρω την αντίστοιχη 24ωρο φύλαξη ή 16ωρο φύλαξη αναλόγως του εάν πρόκειται δια αργία ή εργάσιμο ημέρα, όπως πεπλανημένως και εσφαλμένως αντελήφθη η Επιτροπή την οικονομική μου πρόβλεψη. Η Επιτροπή ως εκ τούτου αντί να αντιληφθεί μία απολύτως συγκεκριμένη οικονομική μου πρόβλεψη δια το εάν η 1.5.2021 εξελιχθεί σε αργία ή καθημερινή, ώστε εκ της εξελίξεως αυτής να διαφοροποιούνται τα οικονομικά δεδομένα της οικονομικής μου εκτιμήσεως, παραμόρφωσε και

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

διαστρέβλωσε απολύτως την δεδομένη προσήλωσή μου στην παροχή της φύλαξης όπως αυτή ζητείται στην διακήρυξη, συγχέοντας ανεπίτρεπτα την τεχνική και πραγματική προσφορά των υπηρεσιών μου φύλαξης που καλύπτουν το σύνολο των όρων της διακήρυξης, με την οικονομική μου μελλοντική εκτίμηση της εξελίξεως δια το εάν η 1.5.2021 παραμείνει αργία ή καθημερινή. Έτσι όμως έσφαλε και μου απέδωσε ανεπίτρεπτο εκ μέρους μου άρνηση παροχής υπηρεσιών φύλαξης και δέον προς τούτο να εξαφανισθεί. Έτσι όμως έδει η Επιτροπή να είχε κάνει καθ ολοκληρίαν δεκτή την προσφορά μου και να με είχε ανακηρύξει προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού όλων των επί μέρους φυλάξεων. Σε κάθε περίπτωση και προς περαιτέρω ανάδειξη του σφάλματος της προσβαλλομένης απόφασης, λεκτέον ότι αυτή πάσχει από αθεράπευτο αοριστία και αντιφατικότητα, αφού η ίδια η Επιτροπή του διαγωνισμού, ενώ έκρινε νόμιμο και βάσιμο την τεχνική μου προσφορά όπου αναφέρονται όλες οι δεσμεύσεις μου δια την τήρηση των ωρών φύλαξης, εν τούτοις εν συνεχεία και σε πλήρη αντίφαση με την προηγουμένη ουσιαστική της κρίση, έκρινε με βάση τα οικονομικά μου δήθεν δεδομένα ότι δεν προτίθεμαι να τηρήσω τους όρους και των ωρών φύλαξης ! Έδει ως εκ τούτου η προσβαλλομένη απόφαση να είχε κάνει απολύτως δεκτή στο σύνολο της την προσφορά μου και να με είχε αναδείξει προσωρινώς ανάδοχο του έργου. Στη συνέχεια ο προσφεύγων προβάλλει αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς των παρεμβαινόντων και εν προκειμένω αναφορικά με του παεμβαινόντος α' ότι «η προσβαλλομένη απόφαση παραβίασε και παραμόρφωσε την ίδια την οικονομική προσφορά συγκεκριμένου υποψηφίου και αλλοίωσε το σύνολο των χαρακτηριστικών της και δη ουσιωδώς σε σημείο ώστε να υπερβεί κάθε όριο νομιμότητας και καθαρότητας του διαγωνισμού, αφού, χωρίς να ληφθεί υπ όψιν η αληθής και πραγματική οικονομική προσφορά του συγκεκριμένου υποψηφίου, η Επιτροπή έκρινε αυθαιρέτως και παρανόμως ότι δικαιούται σε πλήρη τροποποίηση της προσφοράς του συγκεκριμένου υποψηφίου και αντί αυτού και δια λογαριασμό του τον ανέδειξε παρανόμως προσωρινό ανάδοχο του συγκεκριμένου έργου , όχι με την προσφορά που ο διαγωνιζόμενος προσέφερε, άλλα με προσφορά που η ίδια η Επιτροπή έκρινε ότι έδει να είχε κάνει η ίδια εάν ευρίσκετο στην

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

θέση του συγκεκριμένου διαγωνιζομένου». Επίσης, ισχυρίζεται ότι ο άπαρεμβαίνων υπέβαλε το συνημμένο «ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΥΛΑΚΩΝ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΙΑΣ ΜΑΣ», στην οποία συγκαταλέγονται και τα ονόματα δύο φυλάκων που ΔΕΝ ΠΛΗΡΟΥΝ ΤΙΣ ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΕΙΣ της Διακήρυξης, καθώς ΔΕΝ έχουν τουλάχιστον ένα (1) έτος εμπειρία στο αντικείμενο και ειδικότερα η Ντούρα Κωνσταντίνα και ο Κυριακόπουλος Παναγιώτης θα συμπληρώσουν ένα (1) έτος εμπειρία η μεν στις 27/5/2020 και ο δε στην 1/6/2020 αντίστοιχα» Ειδικότερα δε στο αρχείο της ΟΙΚ.5.συνημ. 9 ΑΝΑΛΥΣΗ ΑΡ. 68 ΠΑΡ.1 Ν. 3863/2010 η ... παραδέχεται ότι την ημέρα υποβολής των δικαιολογητικών δεν διαθέτει φύλακες με προϋπηρεσία ενός (1)έτους , όπως προβλεπόταν στην διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού : " Σε όλα τα τμήματα των φυλάξεων θα χρησιμοποιηθούν εργαζόμενοι..... εκτός της φύλαξης Κεντρικών Μαγειρείων που από 01.06.2020 (ημερομηνία που συμπληρώνει την απαιτούμενη προϋπηρεσία), ο ένας (1) εκ των φυλάκων που θα χρησιμοποιηθούν, θα είναι ηλικίας κάτω των 25 ετών.» Ομολογείται δηλαδή στην προσφορά του ΝΑΝΗ, ότι ο φύλακας που δηλώνει δεν διαθέτει την απαιτούμενη με προϋπηρεσία ενός (1)έτους , όπως προβλεπόταν στην διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού, και ότι στην 01-06-2020 ο φύλακας θα την συμπληρώσει Η σοβαρότητα της συγκεκριμένης παραβίασας των όρων της διακήρυξης από τον Δ. Νάνη αποδεικνύεται από το γεγονός ότι στην ίδια την διακήρυξη στην ενότητα «Μεθοδολογία υλοποίησης της σύμβασης», οι προσφέροντες οφείλουν και υποχρεούνται να καταθέσουν VIII. Στοιχεία για τον αριθμό και την ταυτότητα του προσωπικού που θα χρησιμοποιηθεί. Η μη ανταπόκριση του ΝΑΝΗ στις άνω απαιτήσεις της διακήρυξης έπρεπε να οδηγήσει την Επιτροπή στην έκπτωση του άνω από τον διαγωνισμό δεδομένου ότι στην παράγραφο 2.4.6 της διακήρυξης, όπου αναφέρονται οι λόγοι απόρριψης προσφορών, υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή ,με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, να απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά επειδή αυτή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς),... από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας} ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΣΑΙ ΚΑΙ ΣΟ άρθρο 2.2.6που αφορά στο ένα (1) ΈΣΟ □ ΕΜΠΕΙΡΙΑ. Επίσης στην σελίδα 19, Β.4.της διακήρυξης και για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν ειδικές άδειες εργασίας του προσωπικού ασφαλείας που έχουν προτείνει, οι οποίες πρέπει να είναι σε ισχύ. Επιπλέον πρέπει να προσκομίσουν καταστάσεις προσωπικού από το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας που θα αποδεικνύουν την εμπειρία του προτεινόμενου προσωπικού ή/και βιογραφικά σημειώματα συνοδευόμενα από τα αντίστοιχα αποδεικτικά στοιχεία εμπειρίας.» Σύμφωνα με την με αρ. Πρωτ: 46795/25-10-2019 Διακήρυξη, στο 2.2.9.2 ορίζεται ότι το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται εκτός των άλλων και κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς».

Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι «Η προσφορά της ... θα έπρεπε να αποκλεισθεί και για τον εξής σοβαρό λόγο από τη φάση των δικαιολογητικών , καθώς, όπως ενημέρωσα με το από 22/02/2020 υπόμνημά μου την επιτροπή του διαγωνισμού μετά την αποσφράγιση των προσφορών, η εν λόγω εταιρεία δηλώνει πέραν των χρεών της και ρυθμίσεων αυτών τελείως διαφορετικό ποσό ως Μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών, για τα ίδια τρία προηγούμενα έτη σε δύο διαφορετικούς Διαγωνισμούς και πλέον συγκεκριμένα : Α) Στις 08/12/2019 στο ΤΕΥΔ της ... για τα τρία προηγούμενα έτη ΣΤΟ ΔΗΜΟ ... αναφέρονται τα εξής : Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια -Μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών δηλώνεται το ποσό των 133232231.33 ευρώ. Β) Ενώ στις 21/10/2019 στο ΤΕΥΔ της ΝΑΝΗΣ στο διαγωνισμό της ΔΕΔΔΗΕ ΒΟΛΟΤΔΠΚΕ/8/2019/20-02-2019 Διαγωνισμό φύλαξης της Αποθήκης Βόλου δηλώνεται για τα ίδια τρία 3 προηγούμενα έτη στο Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια- Μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών το ποσό των 1352854.5 ευρώ! Και υπογράφει και στα

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

δύο ΤΕΥΔ στο «Μέρος VI: Τελικές δηλώσεις : «Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι τα στοιχεία που έχω αναφέρει σύμφωνα με τα μέρη II έως V ανωτέρω είναι ακριβή και ορθά και ότι έχω πλήρη επίγνωση των συνεπειών σε περίπτωση σοβαρών ψευδών δηλώσεων. Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι είμαι σε θέση, κατόπιν αιτήματος και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσω τα πιστοποιητικά και τις λοιπές μορφές αποδεικτικών εγγράφων που αναφέρονται». Ο Δήμος ..., αντί να ζητήσει τα αποδεικτικά έγγραφα των όσων δήλωσε, δέχτηκε απλώς τη δικαιολογία του εκ παραδρομής λάθους, λόγω του ύψους ! του ποσού, όπως αναφέρεται στην υπ' αριθμ. 305/09-06-2020. Στο θέμα, ωστόσο, εκτός του υπέρογκου ποσού έγκειται και στο γεγονός ότι τα ψηφία των παραπάνω αριθμών ουδεμία σχέση έχουν μεταξύ τους για να δικαιολογηθεί σφάλμα εκ παραδρομής κατά την αντιγραφή τους. Η Επιτροπή υπέπεσε σε πλάνη καθώς το ΣΕΤΔ του δήμου ... ζητούσε ΜΕΣΟ ΕΣΗΣΙΟ ΚΥΚΛΟ ΕΡΓΑΣΙΩΝ(1.352.854,5 δηλώνει στο αντίστοιχο πεδίο στη ΔΕΔΔΗΕ) ενώ ο ΝΑΝΗΣ δικαιολογήθηκε ότι εκ παραδρομής έσφαλε χρησιμοποιώντας παραλλαγμένο τον ΕΙΔΙΚΟ ΜΕΣΟ ΕΣΗΣΙΟ ΚΥΚΛΟ ΕΡΓΑΣΙΩΝ. Ίδετε τα δύο συνημμένα ΤΕΥΔ στο από 22/02/2020 υποβληθέν υπόμνημά μου για σύγκριση. Στο ότι κατέθεσε, όπως αναφέρεται στην ίδια Απόφαση , βεβαιώσεις του ΕΦΚΑ ...ς και της ΔΟΥ ...ς, καθώς και υπεύθυνη δήλωση, όπου προσδιορίζεται ευκρινώς ο “Μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών” καθώς και τα αντίστοιχα Ε3 και Ε1 των οικονομικών ετών 2016,2017 και 2018 αποτελούν τελικά απόδειξη ότι το ποσό που δηλώνει στο ΤΕΥΔ του Δήμου δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα. Σύμφωνα με την Διακήρυξη ρητώς ορίζονται τα εξής : «Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, εάν: κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή. Στη σελ.15 της Διακήρυξης, στο 2.2.9.1, δηλώνεται ρητά: το ΤΕΥΔ /ΕΕΕΣ αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση με τις συνέπειες του Ν. 1599/1986.

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

Έτι περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμού κατά της αποδοχής της προσφοράς του β παρεμβαίνοντος λόγω ελλείψεως στο πρόσωπό της ικανότητας της να έχει δικαίωμα χρήσεως ραδιοσυχνοτήτων . Ειδικότερα σύμφωνα με τη διακήρυξη (σελ.41,πργφ.2) ορίζονται τα εξής : " Ο ανάδοχος, επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς, πρέπει να έχει δικαίωμα χρήσης ραδιοσυχνοτήτων Α' τάξεως για τη λειτουργία Ειδικού Ραδιοδικτύου για τον Νομό ...ς από την Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ) ή ισοδύναμο με εμβέλεια στην ...» τον οποίο δεν πληρεί κατά τους ισχυρισμούς του καθόσον προσκόμισε : 1) μία Βεβαίωση της COSMOTE για μη υποχρέωση άδειας για Δίκτυο Κιν. Ραδιοεπικοινωνιών τεχνολογίας TETRA και 2) Αντίγραφο Αδειας ΕΕΣΣ με Σταθμό Βάσης τη Μεταμόρφωση Αττικής (Αναγεννήσεως 50) και το Χορτιάτη Θεσσαλονίκης προς αποπροσανατολισμό της Επιτροπής καθώς ουδεμία σχέση έχει με τη Κατά συνέπεια ΔΕΝ ΔΙΑΘΕΤΕΙ το δικαίωμα χρήσης ραδιοσυχνοτήτων Α' τάξεως για τη λειτουργία Ειδικού Ραδιοδικτύου για τον Νομό ...ς από την Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΣΣ) ή ισοδύναμο με εμβέλεια στην ...». Ωστόσο, η Επιτροπή έκανε δεκτή τη Βεβαίωση χρήσης τεχνολογίας TETRA της COSMOTE, μιας ιδιωτικής εταιρείας, παρακάμπτοντας τους όρους και τις προϋποθέσεις της Διακήρυξης, δεδομένου ότι η εκ της διακηρύξεως απαιτούμενη Άδεια ραδιοσυχνοτήτων από την Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΣΣ), δεν έχει καμία σχέση με την προσκομισθείσα βεβαίωση από την COSMOTE που δεν ανταποκρίνεται με κανένα τρόπο στην απαιτούμενη βεβαίωση της ΕΕΣΣ και έτσι παραβιάσθηκαν απολύτως οι κανόνες της ίσης μεταχείρισης απέναντι στην υποχρέωση τήρησης των όρων της Διακήρυξης από όλους ανεξαιρέτως τους συμμετέχοντες

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι: «Ως προς το Έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας Αρχικά πρέπει να σημειωθεί ότι κατά πάγια νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010,

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφραση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, δύναται ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος να προβάλλει με έννομο συμφέρον ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνου που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του. Στην προκειμένη περίπτωση δεν υφίσταται παράβαση της αρχής αυτής, ούτε υφίστανται παρόμοιες αιτιάσεις στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή με αποτέλεσμα αυτή να ασκείται απαραδέκτως. Κατόπιν των ανωτέρω, επειδή ορθώς αποκλείστηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, σύμφωνα με την υπ. αρ. 305/09.06.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με τον αποκλεισμό της έχει καταστεί, ως προς το διαγωνισμό, τρίτη. Επομένως, οι λόγοι της προσφυγής που στρέφονται κατά της αποδοχής των προσφορών των προσωρινών αναδόχων πρέπει να απορριφθούν λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας.

Ως προς την παρακράτηση φόρου 8%

Το περιεχόμενο των οικονομικών προσφορών του εν λόγω διαγωνισμού και ο τρόπος σύνταξης τους ορίζονται στην παράγραφο 2.4.4 για όλα τα Περιεχόμενα Φακέλου για όλα την Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης οικονομικών προσφορών» της Διακήρυξης (σελ. 24) και σε καμία περίπτωση δεν περιγράφονται στο Τμήμα 5 Τρόπος Πληρωμής και δη στην παράγραφο 5.1. που επικαλείται η προσφεύγουσα. Επιπλέον, η προσφεύγουσα παραλείπει να αναφέρει στην προσφυγή της ότι και στην παράγραφο 5.1 και δη στο σημείο 5.1.2 στο οποίο περιγράφονται οι κρατήσεις ορίζεται με σαφήνεια ότι η οικονομική προσφορά συμπληρώνεται επί ποινή αποκλεισμού σύμφωνα με το Παράρτημα V για όλα τα τμήματα. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού». Στην παράγραφο 2.4.4 ορίζεται με σαφήνεια ότι «Η οικονομική προσφορά συμπληρώνεται, επί ποινή αποκλεισμού, σύμφωνα με το

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

Παράρτημα V (Έντυπο Ανάλυσης Οικονομικής ...Η τιμή που προσφέρεται είναι ανά τμήμα, που θα περιλαμβάνει το κόστος παροχής υπηρεσιών φύλαξης των επιμέρους δομών, κτιριακών εγκαταστάσεων, χώρων κτλ του Δήμου ... και σύμφωνα με την παρ. 5 περ α' του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016, θα περιλαμβάνει τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, την παρακράτηση φόρου 8%, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, για την παροχή υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. ...Επί ποινή αποκλεισμού, η τιμή δεν μπορεί να είναι χαμηλότερη του κόστους μισθοδοσίας, το οποίο δεν μπορεί να είναι χαμηλότερο από το οριζόμενο στην εργατική νομοθεσία (Έντυπο Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς αμοιβές προσωπικού φύλαξης με τις ανάλογες προσαυξήσεις, επιδόματα, ασφαλιστικές εισφορές κλπ)». Επίσης στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ III – Έντυπο Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς της Διακήρυξης αναφέρεται: «Οι παρακάτω πίνακες συμπληρώνονται (Έντυπο Ανάλυσης Οικονομικής χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους) από τους διαγωνιζόμενους σύμφωνα με την κείμενη εργατική, ασφαλιστική και σχετική νομοθεσία και προσκομίζονται στην οικονομική προσφορά με ποινή απαραδέκτου της προσφοράς» [παρατίθεται το ως άνω Παράρτημα]. Επί του συγκεκριμένου θέματος, για το αν δηλαδή η παρακράτηση φόρου πρέπει στα πλαίσια του συγκεκριμένου διαγωνισμού να θεωρηθεί ως κράτηση στην οικονομική προσφορά ή [4] συμπληρώνεται αποκλειστικά πληροφοριακά, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 575/26.11.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., ως απάντηση σε αίτημα διευκρινίσεων επί της διακήρυξης. Συγκεκριμένα στην αριθμ. 575/26.11.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής διευκρινίζεται: «Στην παράγραφο 2.4.4. της διακήρυξης, αναφέρεται: «Η τιμή που προσφέρεται είναι ανά τμήμα, που θα περιλαμβάνει το κόστος παροχής υπηρεσιών φύλαξης των επιμέρους δομών, κτιριακών εγκαταστάσεων, χώρων κτλ του Δήμου ... και σύμφωνα με την παρ. 5 περ α' του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016, θα περιλαμβάνει τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, την παρακράτηση φόρου 8%, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, για την παροχή

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται σε τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%». Επίσης στους πίνακες ανάλυσης των οικονομικών προσφορών (Έντυπο Ανάλυσης Οικονομικήςπαράρτημα ΙΙΙ) της διακήρυξης, αναφέρεται: «Οι παρακάτω πίνακες συμπληρώνονται (Έντυπο Ανάλυσης Οικονομικής χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους) από τους διαγωνιζόμενους σύμφωνα με την κείμενη εργατική, ασφαλιστική και σχετική νομοθεσία και προσκομίζονται στην οικονομική προσφορά με ποιινή απαραδέκτου της προσφοράς». Σε συνέχεια των ανωτέρω, στους πίνακες ανάλυσης των οικονομικών προσφορών, θα συμπεριληφθεί η παρακράτηση φόρου 8% και θα υπολογιστεί στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ ΦΠΑ. Ως εκ τούτου δεν συμπληρώνεται αποκλειστικά πληροφοριακά, αλλά υπολογίζεται στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ ΦΠΑ (Έντυπο Ανάλυσης Οικονομικής σχετ. αρ. απόφ. ΑΕΠΠ 699/2019, 184/2019)». Συνεπώς είναι σαφές ότι στον εν λόγω διαγωνισμό, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% έπρεπε βάσει της διακήρυξης και της πράξης παροχής διευκρινήσεων να υπολογιστεί στην οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων ως κράτηση. Αναφορικά για την αιτίαση της προσφεύγουσας ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος δεν αποτελεί κράτηση, επισημαίνουμε ότι λόγοι που αφορούν στους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο και εν προκειμένω στο στάδιο αξιολόγησης των προσφορών κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣτΕ 3669/2015, 1078/2014, 2770/2013, 2137/2012, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, *Universale - Bau AG*, C470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, *Santex SpA*, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66). Συγκεκριμένα, σε περίπτωση που η προσφεύγουσα θεωρούσε ότι έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη δηλ. εν προκειμένω από τον τίθεμένο όρο της διακήρυξης, έπρεπε, βάσει του άρθρου 3.4 αυτής, να προσφύγει κατά της διακήρυξης προσδιορίζοντας ειδικώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά του. Ομοίως, η πράξη περι

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑθ (αναστ.) 451/2014, 437/2013). Η προσφεύγουσα δεν έχει προσβάλει ούτε την υπ. αρ. πρωτ. ... διακήρυξη, ούτε την υπ. αρ. 575/26.11.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., η οποία αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού και κατέστη προσβάσιμη σε όλους τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό. Εκ της παράλειψης προσβολής της εκτελεστής πράξης, η διευκρίνιση ενσωματώθηκε στο κανονιστικό κείμενο του διαγωνισμού και αποτέλεσε αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης. Κατά συνέπεια, δεδομένου ότι η παρακράτηση του εν λόγω φόρου θεωρείται ως κράτηση, για την πληρότητα της οικονομικής προσφοράς απαιτείται να συνυπολογισθεί η παρακράτηση φόρου 8%, ώστε η προσφορά να καθίσταται καθ' όλα σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης. Περαιτέρω, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας αλλά και την απολύτως κρατούσα άποψη στην επιστήμη του διοικητικού δικαίου, η διακήρυξη διαγωνισμού [5] συνιστά στο σύνολο της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, συνακόλουθα και οι όροι της διακήρυξης έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, περιλαμβάνουν δηλαδή γενικούς και αφηρημένους κανόνες, η πιστή τήρηση των οποίων ελέγχεται από τα δικαστήρια (βλ. για τη φύση των όρων της διακήρυξης ως κανονιστικών και την εξ αυτού του λόγου δέσμευση της Διοίκησης από το περιεχόμενο των διακηρύξεων Πρ. Παυλόπουλου (1997), Η σύμβαση εκτέλεσης δημοσίου έργου, Άρθρα και Γνωμοδοτήσεις σελ. 81 επ., Σπηλιωτόπουλου Επ., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Τόμος Ι (2017) σελ. 179 επ. Κανόνες που ρυθμίζουν το προσυμβατικό στάδιο, ενδεικτικώς ΣτΕ 2992/1983, 4607/1986, 1127 και 4052/1990, 3306/1991, 1616 και 1619/2008). Εξ αυτής της παραδοχής συνάγεται ότι η διακήρυξη δεσμεύει απολύτως την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν τον διαγωνισμό παράλληλα όμως, η δεσμευτική ισχύ των όρων της διακήρυξης εκτείνεται και στους διαγωνιζόμενους. Επιπροσθέτως, η

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

αρχή της προσήλωσης των διαγωνιζομένων στους όρους της διακήρυξης κατοχυρώνεται με ιδιαίτερη αυστηρότητα στο ενωσιακό δίκαιο, όπου γίνεται δεκτό ότι κάθε απόκλιση από τις υποχρεωτικές προβλέψεις της διακήρυξης συνιστά παράβαση του ενωσιακού δικαίου. Εξάλλου, σύμφωνα με τη νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές/ αρχές. Επειδή, επέκεινα σύμφωνα και με την προαναφερόμενη αρχή της τυπικότητας, που διέπει τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενέργειας των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή αυτών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους (ΣτΕ 279/2008), η προσκόμιση στο φάκελο της προσφοράς εκάστου διαγωνιζόμενου των οριζόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών απαιτείται να πραγματοποιείται με τον τρόπο που αυτή επακριβώς καθορίζει, μη επιδεχόμενης άλλης ερμηνείας. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας (ως ανωτέρω ορίζεται), της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό. Η προσφεύγουσα άλλωστε στην προσφυγή της συνομολογεί παραθέτοντας σχετική Νομολογία (Διοικητικό Εφετείο Αθηνών 373/2019, 165/2019, 126/2019, 25/2019, Διοικητικό Εφετείο Θεσσαλονίκης 27/2020, 17/2020, 26/2019) ότι προκειμένου το ποσοστό παρακράτησης να αποτελεί όρο συμμετοχής στην

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

διαδικασία του διαγωνισμού και να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά, πρέπει το ποσοστό αυτό να περιλαμβάνεται στους όρους της διακήρυξης ως έξοδο, αποτυπώνοντας στην ουσία το κανονιστικό πλαίσιο του υπό κρίση διαγωνισμού. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία παγίως και προσφάτως επιβεβαιωθεί (ΣτΕ 271/2018), με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός. Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, την οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου, όπως σε κανόνες του συντάγματος ή του κοινοτικού δικαίου (ΣτΕ 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008 και άλλες) ή αντιβαίνουν σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της κοινής νομοθεσίας. Τούτο δε, δηλαδή η αδυναμία παρεμπόδισης αμφισβήτησης της [6] νομιμότητας όρων της διακήρυξης, η οποία δεν έχει προσβληθεί ευθέως, ισχύει, κατά λογική ακολουθία, και στο μεταγενέστερο στάδιο της εκτέλεσης της συναφθείσης με τον ανάδοχο σύμβασης, οπότε οι όροι της διακήρυξης έχουν πλέον καταστεί όροι της σύμβασης διότι, πέραν των ανωτέρω, η αντίθετη άποψη θα είχε και ως συνέπεια την, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ανεπίτρεπτη, εκ των υστέρων, ανατροπή των όρων με βάση τους οποίους αναπτύχθηκε ο ανταγωνισμός, διαμορφώθηκαν οι προσφορές των διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκε ο ανάδοχος (πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, CAS *Succhi di Frutta SpA*, C496/99 P, σκέψεις 106 έως 125 και απόφαση της 19.6.2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, C-454/06, σκέψεις 55 και επόμενες και ιδίως 59 και 60, αλλά και την με αρ. Α 381/2018 Απόφαση ΑΕΠΠ σκέψη 30). Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Όσο αφορά το πρώτο σκέλος, η προσφεύγουσα δεν αναφέρει στην προσφυγή της πως περιορίζεται ο ανταγωνισμός και όσο αφορά το δεύτερο σκέλος οι όροι της διακήρυξης ήταν επαρκώς ακριβείς παρέχοντας σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους την δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να το ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, γεγονός που αποδεικνύεται από τις προσφορές των υπόλοιπων τεσσάρων συμμετεχόντων που έλαβαν υπόψη τους την παρακράτηση φόρου με τον τρόπο που οριζόταν στην διακήρυξη.

Ως προς τις ώρες φύλαξης “ΞΕΝΩΝΑ ΚΑΚΟΠΟΙΗΜΕΝΩΝ ΓΥΝΑΙΚΩΝ” και “ΚΕΝΤΡΙΚΩΝ ΜΑΓΕΙΡΕΙΩΝ” Κατά τον έλεγχο της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα POWER ... Ε.Π.Ε.» προκύπτουν τα ακόλουθα: Το σύνολο των ωρών φύλαξης που προσφέρονται είναι μικρότερο του απαιτούμενου από τη Διακήρυξη για τα τμήματα 1 και 3. Σύμφωνα με την παράγραφο 1.3 της διακήρυξης “Η διάρκεια της σύμβασης για όλα τα τμήματα ορίζεται από την υπογραφή της σύμβασης και για είκοσι τέσσερις (24) μήνες, με εκτιμώμενη ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης την 01.01.2020”. Συγκεκριμένα, στο τμήμα 1: “Φύλαξη Ξενώνα Κακοποιημένων Γυναικών” προσφέρονται 13.512 ώρες φύλαξης αντί του ζητούμενου από τη διακήρυξη 13.520 ώρες φύλαξης. Σύμφωνα με το Παράρτημα Ι της διακήρυξης η περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης για το τμήμα 1 αναφέρει: “Η διάρκεια παροχής υπηρεσιών φύλαξης του Ξενώνα Κακοποιημένων Γυναικών ορίζεται από την υπογραφή της σύμβασης και για είκοσι τέσσερις (24) μήνες, με εκτιμώμενη ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης την 01.01.2020. Η φύλαξη θα γίνεται από ένα (1) άτομο επτά ημέρες την εβδομάδα ως εξής: Καθημερινές από

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

15.00 μ.μ. μέχρι την 07.00 π.μ. της επομένης και τα Σαββατοκύριακα και τις Αργίες όλο το 24ωρο”. Ομοίως, στο τμήμα 3: “Φύλαξη Κεντρικών Μαγειρείων” προσφέρονται 9.480 ώρες φύλαξης αντί του ζητούμενου από τη διακήρυξη 9.496 ώρες φύλαξης. Σύμφωνα με το Παράρτημα Ι της διακήρυξης η περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης για το τμήμα 3 αναφέρει: “Η διάρκεια παροχής υπηρεσιών φύλαξης των Κεντρικών Μαγειρείων ορίζεται για χρονικό διάστημα είκοσι τεσσάρων (24) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης, με εκτιμώμενη ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης την 01.01.2020. Η φύλαξη καθ’ όλη τη διάρκεια της σύμβασης θα γίνεται από ένα (1) άτομο τις καθημερινές από 23.00 μέχρι την 07.00 της επομένης και τα Σαββατοκύριακα και Αργίες σε 24ωρη βάση”. Επιπλέον, στο Μέρος Β – Οικονομικό Αντικείμενο της Σύμβασης» του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης ορίζεται ποιες μέρες λογίζονται ως αργίες για την παροχή 24ώρης φύλαξης για τα τμήματα 1 και 3. Επισυνάπτεται πίνακας ωρών φύλαξης του Ξενώνα Κακοποιημένων Γυναικών και των Κεντρικών Μαγειρείων, προς απόδειξη των ανωτέρω.

Στο άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: 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 σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως : [...] ιε) [...] τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς. ιη) όλους τους γενικούς και ειδικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κλπ.) [...]». Στην προκειμένη περίπτωση, στο Παράρτημα Ι Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικείμενου της Σύμβασης, Απαιτήσεις & Τεχνικές Προδιαγραφές», προσδιορίζονταν με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία το χρονικό διάστημα φύλαξης τόσο για τον Ξενώνα Κακοποιημένων Γυναικών, όσο και για τα Κεντρικά Μαγειρεία. Περαιτέρω, στην παράγραφο 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών» της διακήρυξης, ορίζεται ότι Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση,

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

προσφορά α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στις παραγράφους 2.4.3 (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4 (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών)». Άλλωστε οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης συνιστούν ουσιώδεις και απαραίτητους όρους και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, καθιστώντας απορριπτέα κάθε αποκλίνουσα προσφορά, κατά πάγια νομολογία των Δικαστηρίων (ΣτΕ ΕΑ 409/2009, ΔεφΑθ Αναστ. 350/2013, 545/2014, 446/2015). Από την επισκόπηση τόσο της τεχνικής όσο και της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, προκύπτει ότι καίτοι δήλωσε ότι αποδέχτηκε πλήρως τους όρους της διακήρυξης, οι προσφερόμενες ώρες φύλαξης με βάση την οικονομική της προσφορά υπολείπονται των ζητούμενων για τις δύο προαναφερόμενες δομές και κατά συνέπεια, η οικονομική της προσφορά δεν καλύπτει τις ζητούμενες από την διακήρυξη ώρες φύλαξης. Άλλωστε, οι προσφέροντες οφείλουν να ελέγχουν το τελικό περιεχόμενο της προσφοράς τους πριν την υποβάλλουν οριστικά, προκειμένου να διαπιστώσουν ότι έχουν συμπεριλάβει τις ελάχιστες απαιτήσεις της διακήρυξης.

Σε περίπτωση που κριθεί ότι η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον, παραθέτουμε τις παρακάτω απόψεις ως προς την αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων» και «ΜΥ... Α.Ε.» και ... Ε.Π.Ε.».

Ως προς την αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα «... ..» Αναφορικά με το ποσό κατακύρωσης του Τμήματος 5: όπως επισημαίνεται και στην αρχή του παρόντος εγγράφου, αυτό οφείλεται σε εκ παραδρομής λάθος. Για την διόρθωσή του ποσού κατακύρωσης για το τμήμα 5 “ΦΥΛΑΞΗ ΠΑΡΚΟΥ ΑΛΚΑΖΑΡ”, στην αριθμ. 305/09.06.2020 απόφαση έχει γίνει εισήγηση από Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών του τμήματος Διεκπεραίωσης Ενιαίων Προμηθειών & Αποθήκης και αναμένεται η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, η οποία θα σας διαβιβαστεί. Ως προς την μη πλήρωση της ενιαίας προϋπηρεσίας, η παράγραφος 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της διακήρυξης, αφορά κριτήριο επιλογής, η πλήρωση του οποίου ελέγχεται α)

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

προκαταρκτικά με την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) (παράγραφος 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών) και β) μετά την αξιολόγηση των προσφορών και μόνον για τον προσωρινό ανάδοχο κατόπιν σχετικής έγγραφης ειδοποίησης από την αναθέτουσα αρχή για προσκόμιση των αποδεικτικών μέσων της παραγράφου 2.2.9.2 (παράγραφοι 3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης – Δικαιολογητικά κατακύρωσης). Επομένως, η πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας δεν πρέπει να συγχέεται με την τεχνική προσφορά, το περιεχόμενο της οποίας εξειδικεύεται στην διακήρυξη στην παράγραφο 2.4.3.2 Τεχνική προσφορά». Η κατάσταση (Λίστα) Προτεινόμενου Προσωπικού (αρχείο με τίτλο. viii. ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΥΛΑΚΩΝ ...S ..._signed»), το οποίο επικαλείται η προσφεύγουσα, αποτελεί τμήμα της τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα» και έτσι αξιολογήθηκε. Από την επισκόπηση του περιεχομένου της κατάστασης αυτής, προκύπτει ότι τόσο για το Τμήμα 3 «Φύλαξη Κεντρικών Μαγειριών», όσο και για το Τμήμα 4 Φύλαξη Κολυμβητηρίου Νέας Πολιτείας» τα τρία πρώτα και τα δύο πρώτα προτεινόμενα άτομα αντίστοιχα, τα οποία υπερκαλύπτουν τις ανάγκες σε ώρες φύλαξης των συγκεκριμένων τμημάτων, διαθέτουν την απαιτούμενη προϋπηρεσία. Επιπλέον, κατά την διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, «ο ανάδοχος διατηρεί το δικαίωμα να εναλλάσσει και να αντικαθιστά οποτεδήποτε το προσωπικό που χρησιμοποιεί για την εκτέλεση της υπηρεσίας με τη συναίνεση του Δήμου, πλην εκτάκτων περιπτώσεων (Έντυπο Ανάλυσης Οικονομικής ασθενείας, άδειας κ.λ.π.). Υποχρεούται όμως με κάθε μεταβολή του προσωπικού να προσκομίζει επικαιροποιημένα τα ζητούμενα στοιχεία» (Μέρος Γ' - Απαιτήσεις και τεχνικές προδιαγραφές» του Παραρτήματος I Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού & Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης, Απαιτήσεις & Τεχνικές Προδιαγραφές». Επομένως, η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα» για το Τμήμα 4 έκανε χρήση της εναλλαγής ή αντικατάστασης προσωπικού, η οποία προβλέπεται ρητά και επιτρέπεται από την διακήρυξη και ορθώς έγινε δεκτή. Όσο αφορά την πλήρωση του κριτηρίου της ενιαίας προϋπηρεσίας του προσωπικού, αυτό ελέγχθηκε προκαταρκτικά με το

ΕΕΕΣ και θα ελεγχθεί μετά την αξιολόγηση προσφορών με την προσκόμιση των αποδεικτικών μέσων από τους προσωρινούς αναδόχους. Ως προς τον μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών, σύμφωνα με το υπ' αρ. πρωτ. 56133/13-12- 2019 πρακτικό της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού, το οποίο ενσωματώνεται και στην υπ. αρ. 305/09-06-2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής του οικονομικού φορέα» διαπίστωθηκαν στο ΕΕΕΣ τα κάτωθι: Στο Μέρος III: Λόγοι αποκλεισμού, στο Β: Λόγοι που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, δεν προσδιορίζεται, αν τα ενεχόμενα ποσά που αναφέρονται στις ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή φόρων και την καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, αφορούν ποσά που έχουν υπαχθεί σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους ή όχι. Στο Μέρος: IV: Κριτήρια Επιλογής, στο Β. Οικονομική χρηματοδοτική επάρκεια, δηλώθηκε το ποσό 133232231.33, το οποίο λόγω του ύψους του εκτιμήθηκε ως πρόδηλο τυπικό σφάλμα. Κατόπιν των ανωτέρω και βάσει του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 η Επιτροπή με το αριθμ. πρωτ. 926/10.01.2020 έγγραφό της, το οποίο κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, ζήτησε [10] να διευκρινιστούν τα ως άνω σημεία, τάσσοντας προθεσμία επτά (7) ημερών για την παροχή των σχετικών διευκρινίσεων. Κατά την αξιολόγηση των παρεχόμενων διευκρινίσεων, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι: α) Τα ενεχόμενα ποσά που αναφέρονται στις ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις, για την καταβολή φόρων και την καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης στο ΕΕΕΣ, αφορούν υπόλοιπα ποσά διακανονισμού και δεν υπάρχει ποσό οφειλής το οποίο δεν έχει υπαχθεί σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή του β) εκ παραδρομής δηλώθηκε στο ΕΕΕΣ "Μέσος Κύκλος Εργασιών" 133232231.33 Ευρώ, αντί του ποσού των 1.332.322,31 Ευρώ. Οι εν λόγω διευκρινίσεις κρίθηκαν ικανοποιητικές από την Επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού, και σύμφωνα με την υπ. αρ. 305/09-06-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, έγινε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα». Άλλωστε και στην υπ' αριθμ. 23/13.2.2018 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. αναγράφεται επί λέξει ότι: Επισημαίνεται ότι, στις περιπτώσεις μη συμπλήρωσης ή/και μη

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

ορθής συμπλήρωσης ενός ή περισσότερων πεδίων του ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ, εκ μέρους των οικονομικών φορέων, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να τους καλούν προκειμένου να παράσχουν σχετικές διευκρινίσεις ή να τα συμπληρώσουν, όπως οποιοδήποτε άλλο υποβληθέν, με την προσφορά τους, έγγραφο ή δικαιολογητικό, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Η εν λόγω δυνατότητα παρέχεται ανεξάρτητα από τον τρόπο επεξεργασίας και συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τον οποίον έχει επιλέξει ο οικονομικός φορέας, [.....]. Ωστόσο, στις περιπτώσεις που επίκειται αποκλεισμός προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, για λόγους ασάφειας των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς, και, κατά συνέπεια, και του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ως τέτοιου, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να ζητούν διευκρινίσεις από τους οικονομικούς φορείς, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 5 του ως άνω άρθρου. Σε περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς δεν παράσχουν τις απαιτούμενες διευκρινίσεις ή οι εν λόγω διευκρινίσεις κριθούν μη ικανοποιητικές από τις αναθέτουσες αρχές, απορρίπτεται η προσφορά ή η αίτηση συμμετοχής τους και οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται από τη συγκεκριμένη διαδικασία. Κατ' εξαίρεση, στις περιπτώσεις έλλειψης υπογραφής/ών στο ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ δεν είναι δυνατή η προσφυγή στην, κατά τα ανωτέρω, δυνατότητα συμπλήρωσης, καθώς η έλλειψη υπογραφής στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ή μη νόμιμη/έγκυρη υπογραφή του ισοδυναμεί με μη νόμιμη/έγκυρη υποβολή του, η δε ως άνω δυνατότητα παροχής διευκρινίσεων ή/ και συμπλήρωσης αφορά μόνο σε ήδη υποβληθέντα έγγραφα/ δικαιολογητικά». Όσο αφορά το επικαλούμενο ΤΕΥΔ που κατέθεσε ο οικονομικός φορέας» σε αντίστοιχο διαγωνισμό της ΔΕΔΔΗΕ ΒΟΛΟΥ, αυτό αφορά άλλη διαγωνιστική διαδικασία και εκφεύγει του έργου της Επιτροπής αξιολόγησης διαγωνισμού καθώς και της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου

Ως προς την αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα «... Ε.Π.Ε.» Βάσει της παραγράφου 2.4.3 Τεχνική προσφορά» της διακήρυξης, «οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν υποχρεωτικά... αντίγραφο της αδείας ραδιοδικτύου Α' τάξεως για τον Νομό ...ς από την Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (Έντυπο Ανάλυσης Οικονομικής ΕΕΤΤ) για

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

την χρήση ασυρμάτων ή ισοδύναμο με εμβέλεια στην ...». Σύμφωνα με το υπ' αρ. πρωτ. 56133/13-12-2019 πρακτικό της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού, το οποίο ενσωματώνεται και στην υπ. αρ. 305/09-06-2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, κατά τον έλεγχο της τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα ... Ε.Π.Ε.» διαπίστωσε ότι για την άδεια ραδιοδικτύου Α' τάξεως για τον Νομό ...ς, ο οικονομικός φορέας κατέθεσε το με αρ. πρωτ. 3/922/18-11-2019 έγγραφο της COSMOTE για υπηρεσίες TETRA, το οποίο μεταξύ άλλων αναφέρει ότι δεν απαιτείται η λήψη σχετικής άδειας από τις κατά τόπους Νομαρχίες, καθώς και έγγραφο της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών με εμβέλεια για συγκεκριμένες Περιοχές. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή με το αριθμ. πρωτ. 926/10.01.2020 έγγραφό της, το οποίο κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, ζήτησε για την άδεια χρήσης ραδιοδικτύου Α' τάξεως ή ισοδύναμου, για τον Νομό ...ς, να αποσαφηνιστεί από τον πάροχο η σε ισχύ ισοδύναμη εμβέλεια του για το Νομό ...ς, τάσσοντας σχετικά προθεσμία επτά (7) ημερών για την παροχή των σχετικών διευκρινίσεων. Ο οικονομικός φορέας ... Ε.Π.Ε.», με απάντηση του, που κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά μέσω του πεδίου "Επικοινωνία" του ΕΣΗΔΗΣ στις 17.01.2020, κατέθεσε έγγραφο της COSMOTE, με επιβεβαίωση ότι το δίκτυο **COSMOTE TETRA SERVICES είναι Πανελλαδικής εμβέλειας και κατά συνέπεια και για το Νομό ...ς**. Οι εν λόγω διευκρινίσεις κρίθηκαν ικανοποιητικές από την Επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού, και σύμφωνα με την υπ. αρ. 305/09-06-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, έγινε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα ... Ε.Π.Ε.». Άλλωστε και στην υπ' αριθμ. 23/13.2.2018 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. αναγράφεται επί λέξει ότι: *Επισημαίνεται ότι, στις περιπτώσεις μη συμπλήρωσης ή/και μη ορθής συμπλήρωσης ενός ή περισσότερων πεδίων του ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ, εκ μέρους των οικονομικών φορέων, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να τους καλούν προκειμένου να παράσχουν σχετικές διευκρινίσεις ή να τα συμπληρώσουν, όπως οποιοδήποτε άλλο υποβληθέν, με την προσφορά τους, έγγραφο ή δικαιολογητικό, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Η εν λόγω δυνατότητα παρέχεται ανεξάρτητα από τον τρόπο*

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

επεξεργασίας και συμπλήρωσής του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τον οποίο έχει επιλέξει ο οικονομικός φορέας, [.....]. Ωστόσο, στις περιπτώσεις που επίκειται αποκλεισμός προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, για λόγους ασάφειας των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς, και, κατά συνέπεια, και του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ως τέτοιου, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να ζητούν διευκρινίσεις από τους οικονομικούς φορείς, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 5 του ως άνω άρθρου. Σε περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς δεν παράσχουν τις απαιτούμενες διευκρινίσεις ή οι εν λόγω διευκρινίσεις κριθούν μη ικανοποιητικές από τις αναθέτουσες αρχές, απορρίπτεται η προσφορά ή η αίτηση συμμετοχής τους και οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται από τη συγκεκριμένη διαδικασία. Κατ' εξαίρεση, στις περιπτώσεις έλλειψης υπογραφής/ών στο ΤΕΥΔ/ ΕΕΕΣ δεν είναι δυνατή η προσφυγή στην, κατά τα ανωτέρω, δυνατότητα συμπλήρωσης, καθώς η έλλειψη υπογραφής στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ή μη νόμιμη/έγκυρη υπογραφή του ισοδυναμεί με μη νόμιμη/έγκυρη υποβολή του, η δε ως άνω δυνατότητα παροχής διευκρινίσεων ή/ και συμπλήρωσης αφορά μόνο σε ήδη υποβληθέντα έγγραφα/ δικαιολογητικά». Κατόπιν των ανωτέρω, θεωρούμε ότι η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, ο α' παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι «Α. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΖΗΤΗΜΑ ΠΑΡΑΚΡΑΤΗΣΗΣ ΦΟΡΟΥ 8%: η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η συγκεκριμένη παρακράτηση δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτου και έξοδο, με συνέπεια να μην επιτρέπεται να καθορίζει αυτή το ύψος της οικονομικής προσφοράς και ως εκ τούτου, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... με την προδιαληφθείσα απόφασή της, κακώς απέρριψε την οικονομική της προσφορά, για το συγκεκριμένο λόγο. α. Με την ίδια τη διακήρυξη και συγκεκριμένα τ' αναφερόμενα στη σελίδα 33 αυτής (εννοεί την παρ. 5.1. Τρόπος πληρωμής), όπου: «...αναλύονται μία προς μία και λεπτομερώς το σύνολο των κρατήσεων που αποτελούν έξοδο του διαγωνισμού, δηλαδή οφειλή του αναδόχου που προέρχεται από την συμμετοχή του στον διαγωνισμό», το ποσοστό 8% δεν πρέπει (κατά την γνώμη της), να υπολογιστεί στο σύνολο της οικονομικής προσφοράς προ Φ.Π.Α. (βλ. τέλος σελ. 5 προσφυγής), και Ειδικότερα

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

ισχυρίζεται, ότι σύμφωνα δήθεν: β. Με την παρ. 2.2.4 της διακήρυξης, σελ. 24 αυτής: «Δεν προβλέπεται ότι η παρακράτηση 8% αποτελεί έξοδο, ...αφού από την ίδια τη διακήρυξη δεν προβλέπεται ως τέτοιο και δια τον λόγο αυτό η άνω παρακράτηση δεν μπορεί και δεν επιτρέπεται να καθορίζει το ύψος της οικονομικής προσφοράς, η οποία προσδιορίζεται αποκλειστικώς και μόνον από τα πραγματικά έξοδα των διαγωνιζομένων» και ότι η διακήρυξη: «... πάσχει ενταύθα από αθεράπευτη ασάφεια και ακυρότητα σε σχέση με τους δύο αντιθέτους όρους της» (βλ. τέλος σελ. 6 προσφυγής). Οι παραπάνω όμως ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, συνιστούν αυθαίρετες ερμηνείες και διαστρέβλωση των όρων της διακήρυξης, α. Στην παράγραφο 2.4.4. της διακήρυξης (σελ. 24), Περιεχόμενο Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών, ορίζεται ότι: «Η τιμή που προσφέρεται είναι ανά τμήμα που θα περιλαμβάνει το κόστος παροχής υπηρεσιών φύλαξης των επιμέρους δομών, κτηριακών εγκαταστάσεων, χώρων κ.λ.π. του Δήμου ... και σύμφωνα με την παράγραφο 5, περ. α' του άρθρ. 95 του Ν. 4412/2016, θα περιλαμβάνει τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, καθ'ωέ και την παρακράτηση φόρου 8% β. Επίσης στο Παράρτημα ΙΙΙ της διακήρυξης, σελίδα 72 αυτής, αναφέρεται: «Οι παρακάτω πίνακες συμπληρώνονται (ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α., για την παροχή υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης». χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους Με τις ανωτέρω ίδιες επικαλούμενες από την προσφεύγουσα διατάξεις της διακήρυξης, επιβάλλεται στους διαγωνιζομένους του επίδικου διαγωνισμού να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του Ν. 4172/2013, **υποχρέωση με την οποία συμμορφώθηκαν όλοι οι λοιποί συνδιαγωνιζόμενοι**. με μοναδική εξαίρεση την προσφεύγουσα. Περαιτέρω, με την παρ. 2.1.3 της διακήρυξης (σελ. 11 αυτής), Παροχή Διευκρινήσεων, ορίζεται ότι, παρέχεται η δυνατότητα παροχής διευκρινήσεων: «... το αργότερο δέκα (10) ημερολογιακές ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και απαντώνται αντίστοιχα

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού, μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ. Αιτήματα παροχής συμπληρωματικών πληροφοριών – διευκρινήσεων υποβάλλονται από εγγεγραμμένους στο σύστημα οικονομικοί φορείς, δηλ. ... , με το κείμενο των ερωτημάτων να είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο. (...)». Εξάλλου, αιτήματα για συμπληρωματικές πληροφορίες, πρέπει να κατατίθενται σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρ. 67 του Ν. 4412/16, που ορίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές παρέχουν σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψη σύμβασης, συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές και οποιαδήποτε σχετικά δικαιολογητικά το αργότερο έξι (6) ημέρες πριν από τη λήξη της προθεσμίας που έχει οριστεί για την παραλαβή των προσφορών». Εν όψει των ανωτέρω, ακόμη και αν ήθελε κριθεί ότι υφίσταται ασάφεια του υπό κρίση όρου, αυτή ήταν δυνατόν να διευκρινιστεί επιτρεπτός από την αναθέτουσα αρχή. Ωστόσο η προσφεύγουσα, ουδέποτε έκανε χρήση του δικαιώματος για την παροχή διευκρινήσεων, προσβλέποντας ότι και ουδείς άλλος εκ των συμμετεχόντων θα πράξει αυτό. Έτσι όμως αποκαλύπτεται ότι επιδίωξε παρελκυστικά την ακύρωση του συνόλου της διακήρυξης, επικαλούμενη εκ των υστέρων ασάφεια όρου αυτής, η οποία δύναται να διευκρινιστεί με τη διαδικασία που ρητώς προβλέπεται στο κανονιστικό κείμενο το διαγωνισμού. Πράγματι, για το συγκεκριμένο θέμα, υποβλήθηκε την 22.11.19, από τον οικονομικό φορέα «... SERVICES», αίτημα διευκρινήσεων προς την διοργανώτρια Αρχή, που έλαβε αριθμό εισερχόμενου πρωτοκόλλου 52609/25.11.19, προκειμένου διευκρινιστεί «... αν το σχετικό πεδίο του πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς 6 συμπληρώνεται αποκλειστικά πληροφοριακά και δεν θα πρέπει να υπολογιστεί αυτό στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ Φ.Π.Α. και στο ΓΕΝΙΚΟ ΣΥΝΟΛΟ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (...)». Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... με την υπ' αριθμ. 575/26.11.19 απόφασή της και θέμα: «Απάντηση σε αίτημα παροχής διευκρινήσεων για το διαγωνισμό "Παροχή γενικών υπηρεσιών φύλαξης του Δήμου ..." με αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ 8615», αποφάσισε, κατ' επίκληση της προδιαληφθείσας διάταξης 2.4.4 της διακήρυξης και των υπ' αριθμ. 184 & 699/2019 αποφάσεων της Αρχής Σας, ότι: «... Σε συνέχεια των

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

ανωτέρω, στους πίνακες ανάλυσης των οικονομικών προσφορών, θα συμπεριληφθεί η παρακράτηση φόρου 8% και θα υπολογιστεί στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ Φ.Π.Α. Ως εκ τούτου, δεν συμπληρώνεται αποκλειστικά πληροφοριακά, αλλά υπολογίζεται στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ Φ.Π.Α.» Τις παραπάνω διευκρινήσεις, η προσφεύγουσα τις αποκρύπτει συνειδητά στην προσφυγή της. Περαιτέρω και ως γνωστόν, η απάντηση της αναθέτουσας αρχής επί αιτήματος παροχής διευκρινήσεων για σαφή όρο της διακήρυξης, στην οποία απλώς επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της διακήρυξης, ουδεμία μεταβολή επιφέρει στον νομικό κόσμο και δεν υπόκειται ως πράξη μη εκτελεστή σε προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 426/2011), αλλά συνιστά επιβεβαιωτική πράξη στην οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ υπ' αριθμ 5/2018). Μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή (πρβλ. ΣτΕ Ε.Α. 473/2010, 758, 45/2008, 952/2007), καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης αλλά 7 το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κάποιο κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων (πρβλ. Ε.Α. 474/2005, 532/2004). Τούτων δοθέντων, ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται περί του ότι οι προτιθέμενοι να συμμετάσχουν στον υπόψη διαγωνισμό, επιβάλλετο να συμμορφωθούν με τους συγκεκριμένους όρους της διακήρυξης, η οποία αποτελεί κανονιστική πράξη, διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (Ε.Σ. Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), πέραν των άλλων και για λόγους ισότητας των συνδιαγωνιζομένων, όσον και τους συμμετέχοντες σ' αυτόν. Κατά συνέπεια, επ' ουδενί μπορεί να τεθεί θέμα παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης των συνδιαγωνιζομένων, κατ' επίκληση δήθεν ασαφούς ή ανακριβούς ή αμφίσημης διατύπωσης των συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης που επικαλείται η προσφεύγουσα, αφού με τις παρασχεθείσες διευκρινήσεις παρέχονταν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενό τους και να

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο (βλ. και 25/2019 αποφ. Διοικ. Εφετ. Αθηνών, Τμ. ΙΒ' (Μονομελής), Σχηματισμός Ακυρωτικής Διαδικασίας, αφορώσα την υπ' αριθμ. 1063/2018 αποφ. Της Α.Ε.Π.Π.). Τυχόν αντίθετη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, θα παραβίαζε όχι μόνο την αρχή της ίσης μεταχείρισης των συνδιαγωνιζομένων, αλλά κι αυτής της νομιμότητας και θα υιοθετούσε συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού. Πέραν δε των ανωτέρω, η μη συμπερίληψη από την ως άνω εταιρεία του επίμαχου ποσοστού του 8% στην προσφερόμενη τιμή της, έχει, ως αναγκαίο επακόλουθο, να μην μπορεί να θεωρηθεί ως εύλογο το προϋπολογιζόμενο από αυτήν εργολαβικό κέρδος. Παρά ταύτα, η προσφορά της προσφεύγουσας είναι συντεταγμένη κατά παράβαση των όρων της Διακήρυξης, διότι δεν έχει υπολογίσει την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% που αναφέρεται ρητά ως κράτηση στη σελ. 24 της διακήρυξης παρ. 2.4.4, σε αντίθεση με την επιχείρησή μας, αλλά και όλες τις άλλες συνδιαγωνιζόμενες, που έχουν υπολογίσει την εν λόγω κράτηση Συγκεκριμένα, η οικονομική προσφορά της εν λόγω εταιρείας, η οποία παρουσιάζει κατ' επίφαση μόνο εργολαβικό κέρδος, πρέπει να απορριφθεί ως υπερβολικά χαμηλή, διότι αν συμπεριληφθεί στην προσφερόμενη τιμή η οικεία παρακράτηση, αυτή παρουσιάζει τελικώς ζημία και μάλιστα αρκετά μεγάλη!!! και άρα η προσφορά της είναι απορριπτέα. Αναλυτικότερα: Ο μη υπολογισμός από την ως άνω εταιρεία του ποσοστού 8% στις προσφερόμενες τιμές, έχει, ως αναγκαίο επακόλουθο, την εξάλειψη του κόστους του εργολαβικού κέρδους. Συγκεκριμένα, αφαιρώντας την κράτηση του 8% από το εργολαβικό όφελος των 49€, που έχει δηλώσει η προσφεύγουσα και για τα πέντε (5) Τμήματα, διαπιστώνεται ότι αντί για κέρδος εμφανίζει ζημία, ενώ βάσει του άρθρου 68 Ν.3863/2010 (ΦΕΚ 115 Α/15-07-10), όπως τροποποιήθηκε με τον Ν.4144/2013 (ΦΕΚ 88 Α/18-4-2013), πρέπει να συνυπολογίζεται (με ποινή αποκλεισμού), ένα εύλογο και όχι μηδενικό, πώσω μάλλον αρνητικό ποσοστό εργολαβικού κέρδους (βλ. και υπ' αριθμ. 135/2019, σκ. 11, 12, 13 και 14 αυτής, σελ. 6 - 10). Εν άλλους λόγους, με βάση τα αριθμητικά μεγέθη της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας και το μαθηματικό υπολογισμό, αν στην προσφερόμενη τιμή των (97.279,25€ + 82.698,60€ + 83.666,71€ + 44.570,88€ + 94.138,45€ =) 402.353,89€,

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

συμπεριληφθεί και το ως άνω 9 ποσοστό (παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%), ήτοι (7.782,34€ + 6.615,89€ + 6.693,34€ + 3.565,67€ + 7.531,08€ =) 32.188,32€ όπως επιβάλλεται, το δηλωθέν ποσό για διοικητικό κόστος, εργολαβικό κέρδος, κόστος αναλωσίμων, αλλά και νομίμων κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων (255,00 ευρώ + 49,00 ευρώ + 21,00 ευρώ + 624,29 ευρώ, αντίστοιχα =) 949,29€ αθροιστικά, Ούτως η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, δεν καλύπτει τις νόμιμες δαπάνες του προκηρυχθέντος έργου, είναι ζημιογόνα κατά την έννοια των διατάξεων του Νόμου και των όρων της διακήρυξης και ως εκ τούτου, πρέπει να μην γίνει δεκτή και ν' απορριφθεί (ΕΑ ΣτΕ 1344/2008, 1090/2006, 393/2013). εξαλείφεται και η οικονομική προσφορά καθίσταται ζημιογόνος, και κατ' επέκταση απορριπτέα. Άλλωστε, το ζήτημα του υποχρεωτικού υπολογισμού στην οικονομική προσφορά των εταιρειών που συμμετέχουν σε αντίστοιχους διαγωνισμούς παροχής υπηρεσιών, της συγκεκριμένης κράτησης, αποτέλεσε αντικείμενο δικαστικής κρίσης, με τα δικαστήρια (ad hoc ΔΕφΑθ, 126/2019, 25/2019, 265/2016 ΔΕΦ ΑΘ (ΑΚΥΡ), δημ ΤνΠ ΝΟΜΟΣ) ν' αποφαίνονται, ότι είναι παράνομη και άρα απορριπτέα προσφορά, που δεν έχει υπολογίσει την εν λόγω κράτηση. Πολύ περισσότερο, όταν τούτο αναφέρεται ρητά και αποτελεί όρο συμμετοχής στον διαγωνισμό, σύμφωνα με τη διακήρυξη και τις παρασχεθείσες επ' αυτού διευκρινήσεις της αναθέτουσας αρχής (Διοικ. Εφετ. Αθηνών 373/2019, 126/2019, 25/2019 και Διοικ. Εφετ. Θεσ/νίκης 27/2020, 17/2020 και 26/2019). Επισημαίνεται ακόμα ότι, με την υπ. αρ. 699/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ, κρίθηκε, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% για τις υπηρεσίες φύλαξης επί του καθαρού ποσού της σύμβασης, πρέπει να υπολογίζεται, προκειμένου να διαμορφώνονται βάσιμες και ρεαλιστικές προσφορές. Από τα ανωτέρω συνάγεται επαρκώς, ότι στην προσφερόμενη τιμή πρέπει να περιλαμβάνεται υποχρεωτικά το σύνολο των κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου και τρίτων που βαρύνουν κατά τον νόμο τον ανάδοχο, μεταξύ δε των εν λόγω επιβαρύνσεων, περιλαμβάνεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, η οποία σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 24 του Ν. 2198/1994, παρακρατείται υποχρεωτικά κατά την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

παρεχόμενων υπηρεσιών (Απόφαση ΑΕΠΠ 135/2019, 1101/2019, 470/2020). Η υποχρέωση αυτή 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 σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (ΔΕΦΑ 25/2019 σκ. 14, προβλ ΣΤΕ 563/2008, σκ. 4, ΕΑ ΣΤΕ 446/2009, 840/2008). Περαιτέρω, επειδή μία προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής, είτε του προσφέροντος, η εν λόγω παρακράτηση θα πρέπει να συνυπολογίζεται στην προσφερόμενη τιμή. Άλλωστε, σύμφωνα και με την Απόφαση ΑΕΠΠ 178/2020 (σκ. 12) «...επιβάλλεται στους διαγωνιζόμενους να συμπεριλάβουν στη προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του Ν. 4172/2013», (Δ.Εφ. Αθ. 373/2019, 126/2019, αναφορικά με διακηρύξεις με όρους ίδιους με αυτούς που διέπουν τον υπό εξέταση διαγωνισμό). Ακόμα έχει κριθεί, ότι για την θέσπιση της ως άνω υποχρέωσης, ήτοι του συνυπολογισμού στη προσφερόμενη τιμή της παρακράτησης φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, δεν είναι αναγκαίο να περιληφθεί στο συνημμένο στην διακήρυξη ΕΝΤΥΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ειδικό πεδίο προς συμπλήρωση ή ειδική μνεία, καθόσον αρκεί προς τούτο το ενιαίο για όλες τις κρατήσεις πεδίο [Απόφαση 25/2019 Διοικ. Εφετ. Αθηνών, Τμ. ΙΒ' (Μονομελής), σκ. 18 και αποφ. ΑΕΠΠ 1456 & 1457/2019]. Ενόψει των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος προσφυγής τυγχάνει νόμω αβάσιμος, δεδομένου ότι η απαίτηση που τίθεται από το κανονιστικό κείμενο του διαγωνισμού, σε συνδυασμό με παρασχεθείσες διευκρινήσεις, τυγχάνει απολύτως σαφής και χωρίς αμφισημία ή οποιοδήποτε περιθώριο αμφισβήτησης του περιεχομένου της.

Β. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΖΗΤΗΜΑ ΩΡΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ: Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι κακώς απορρίφθηκε, επιπλέον του προαναφερομένου λόγου, η οικονομική προσφορά της για το ΤΜΗΜΑ 1 «ΦΥΛΑΞΗ ΞΕΝΩΝΑ ΚΑΚΟΠΟΙΗΜΕΝΩΝ ΓΥΝΑΙΚΩΝ», στην οποία υπολόγισε, 13.512 ώρες φύλαξης, αντί του

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

ζητούμενου από την διακήρυξη 13.520 ώρες φύλαξης και για το ΤΜΗΜΑ 3 «ΦΥΛΑΞΗ ΚΕΝΤΡΙΚΩΝ ΜΑΓΕΙΡΕΙΩΝ», επειδή υπολόγισε στην οικονομική της προσφορά 9.480 ώρες φύλαξης, αντί του ζητούμενου από τη διακήρυξη 9.496 ώρες φύλαξης, επειδή η Πρωτομαγιά 2021 είναι Σάββατο Ειδικότερα, ότι ορθώς δεν υπολόγισε κόστος οκτώ (8) και δεκαέξι (16) ωρών, αντίστοιχα, για την Πρωτομαγιά 01.05.21, αφού κατά τη γνώμη της, επειδή είναι Σάββατο: «...Η οικονομική μου προσφορά που στηρίχτηκε στις ως άνω συγκεκριμένες συνθήκες φύλαξης, υπολογίστηκε με την υπόθεση ότι μελλοντικώς είναι πιθανό ότι δεν πρέπει στην οικονομική μου προσφορά να συνυπολογίσω και την αξία των τριών (3) ημερομισθίων της αργίας της Πρωτομαγιάς», (βλ. 1η παρ., σελ. 13, προσφυγής της). Όμως στη σελίδα 39 της διακήρυξης, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, ΜΕΡΟΣ Β' – ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, ορίζεται ρητά ότι: «Ως αργίες για την παροχή 24ώρου φύλαξης για το "ΤΜΗΜΑ 1 - Φύλαξη Ξενώνων Κακοποιημένων Γυναικών" και το "ΤΜΗΜΑ 3 - Φύλαξη Κεντρικών Μαγειρείων" λογίζονται οι κάτωθι: • • Εργατική Πρωτομαγιά. •»

Επιπρόσθετα, σύμφωνα με το ΑΝ 380/1968, όπως τροπ. με τον Ν. 4468/2017, η 1η Μαΐου ορίζεται ως υποχρεωτική αργία. Σε περίπτωση που συμπίπτει με Κυριακή, ημέρα Μεγάλης Εβδομάδας ή Δευτέρα του Πάσχα, μετατίθεται σε άλλη εργάσιμη ημέρα. Περαιτέρω ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι, ούτε λίγο ούτε πολύ, αφ' ής στιγμής αποδέχτηκε τους όρους της σύμβασης, δηλώνοντας ετοιμότητα κάλυψης των αναγκών φύλαξης στο σύνολό τους, παρέλκει δήθεν η υποχρέωση ορθού και αντικειμενικού υπολογισμού της προσφοράς. Έτσι η προσφεύγουσα, εκκινώντας από την λανθασμένη παραδοχή ότι, αφού έγινε αποδεκτή η τεχνική της προσφορά, ως προς την δέσμευσή της για την τήρηση των ωρών φύλαξης, πρέπει να γίνει αποδεκτή και η οικονομική της προσφορά, ανεξαρτήτως αν προϋπολόγισε κόστος για το σύνολο ή όχι των απαιτούμενων ωρών φύλαξης, καταλήγει στο εσφαλμένο συμπέρασμα ότι δεν έπρεπε να ελεγχθεί η προσφορά της. Κατά συνέπεια, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι κακώς η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ..., με βάση το ελάχιστο νόμιμο

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

εργοδοτικό κόστος της οικονομικής της προσφοράς για τα δύο (2) ΤΜΗΜΑΤΑ, έκρινε ότι δεν προτίθεται να τηρήσει τον όρο της σύμβασης, σε ότι αφορά τον απαιτούμενο αριθμό ωρών φύλαξης και απέρριψε την προσφορά της. Αν ίσχυε αυτό, δεν θ' απαιτούνταν η διενέργεια διαγωνισμών και προσφορών, αλλά θ' αρκούσαν απ' τους ενδιαφερόμενους - συμμετέχοντες δηλώσεις αποδοχής των όρων κάθε διακήρυξης και ετοιμότητας ανάληψης των δημιουργούμενων υποχρεώσεων. Επομένως, ορθώς η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... απέρριψε κατά δέσμια αρμοδιότητα την προσφορά της προσφεύγουσας και εξ' αυτού του λόγου, για τα ΤΜΗΜΑΤΑ: 1 και 3, αφού υπολόγισε εργοδοτικό κόστος για λιγότερες ώρες απ' αυτές που ζητούσε η διακήρυξη.

Γ. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΕΣΦΑΛΜΕΝΗ ΑΝΑΓΡΑΦΗ ΣΤΗΝ ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ, ΤΟΥ ΠΟΣΟΥ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ ΣΤΗΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΜΑΣ, ΓΙΑ ΤΟ ΤΜΗΜΑ 5: «ΦΥΛΑΞΗ ΠΑΡΚΟΥ ΑΛΚΑΖΑΡ»: Η επιχείρησή μας, συμμετέχοντας στον υπόψη διαγωνισμό, προσέφερε για το ΤΜΗΜΑ 5: ΦΥΛΑΞΗ ΠΑΡΚΟΥ ΑΛΚΑΖΑΡ, καθαρή αξία 103.298,03€ πλέον Φ.Π.Α. 24% 24.791,53€, Σύνολο 128.089,56€. Στην προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής και ειδικότερα στη σελίδα 34 αυτής, αναγράφηκε σε ότι αφορά το υπόψη ΤΜΗΜΑ, προφανώς εκ παραδρομής – αβλεψίας και σε κάθε περίπτωση χωρίς πρόθεση, καθαρή αξία 83.830,90€ πλέον Φ.Π.Α. 24%, 20.119,42€, Σύνολο 103.950,32€, ANTI ΤΟΥ ΟΡΘΟΥ, όπως παραπάνω, δηλαδή καθαρή αξία 103.298,03€ πλέον Φ.Π.Α. 24% 24.791,53€, Σύνολο 128.089,56€. Το προφανές λάθος, συνίσταται στο ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού αντέγραψε την προσφορά μας για το ΤΜΗΜΑ 3: ΦΥΛΑΞΗ ΚΕΝΤΡΙΚΩΝ ΜΑΓΕΙΡΕΙΩΝ, καθαρή αξία 83.830,90€ και την επικόλλησε στην προσφορά μας για το ΤΜΗΜΑ 5: ΦΥΛΑΞΗ ΤΟΥ ΠΑΡΚΟΥ ΑΛΚΑΖΑΡ. Κατ' αυτόν τον τρόπο, παρέσυρε και την Οικονομική Επιτροπή. Συνεπεία του παραπάνω λάθους, η συνολική τιμή κατακύρωσης στην επιχείρησή μας για τη φύλαξη των τεσσάρων (4) ΤΜΗΜΑΤΩΝ που αναδειχθήκαμε προσωρινώς ανάδοχοι, ν' αναγράφεται ΛΑΝΘΑΣΜΕΝΑ στην προδιαληφθείσα σελίδα 34 της εν θέματι απόφασης, ως καθαρή αξία 329.484,51€ πλέον Φ.Π.Α 24% 79.076,29€, Σύνολο 408.560,80€, ANTI ΤΟΥ ΟΡΘΟΥ καθαρή αξία 348.951,64€, πλέον Φ.Π.Α 24%, 83.748,40€,

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

Σύνολο Ωστόσο, τόσο στη σελίδα 24, όσο και στη σελίδα 29 της προσβαλλόμενης απόφασης, στην οποία ενσωματώθηκε το υπ' αριθμ. 9266/24.02.20 Πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού, Στάδιο 2ο : Οικονομικές Προσφορές, αναφέρεται 432.700,04€. ΟΡΘΩΣ ως προσφερόμενη τιμή από την επιχείρησή μας για το υπόψη ΤΜΗΜΑ 5: ΦΥΛΑΞΗ ΠΑΡΚΟΥ ΑΛΚΑΖΑΡ, καθαρή αξία 103.298,03€, πλέον Φ.Π.Α. 24%, 24.791,53€ Σύνολο 128.089,56€ και όχι 83.830,90€ πλέον Φ.Π.Α. 24%. 20.119,40€ Σύνολο 103.950,32€, όπως ΛΑΝΘΑΣΜΕΝΑ αναγράφεται στη σελίδα 34 της ίδιας απόφασης, τιμή που αφορά στο ΤΜΗΜΑ 3: ΦΥΛΑΞΗ ΚΕΝΤΡΙΚΩΝ ΜΑΓΕΙΡΕΙΩΝ. Επίσης και το συνολικό άθροισμα της προσφοράς μας, βάσει των αναγραφόμενων ποσών στις ανωτέρω σελίδες 24 και 29 της προσβαλλόμενης απόφασης, για τα τέσσερα (4) ΤΜΗΜΑΤΑ που αναδειχθήκαμε προσωρινοί μειοδότες, είναι το ΟΡΘΟ Συνεπεία των ανωτέρω, η επιχείρησή μας υπέβαλε στον Δήμο ... την από 25.06.20 αίτηση, η οποία έλαβε ως εισερχόμενο αρ. πρωτ. 23895/26.06.20, προκειμένου διορθώσει την επίδικη υπ' αριθμ. 305/09.06.20 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής. και συγκεκριμένα (112.586,22 + 83.830,90 + 49.236,49 + 103.298,03=) 348.951,64€, πλέον Φ.Π.Α 24%, 83.748,40€, Σύνολο 432.700,04 (βλ. σελ. 24 απόφασης Οικονομικής Επιτροπής). 15 Η Διεύθυνση Οικονομικών Υπηρεσιών του Δήμου ..., μας απάντησε με το 24272/29.06.20 έγγραφό της, ότι: «Σε συνέχεια του ανωτέρω σχετικού, σας ενημερώνουμε ότι στην υπ. αρ. 305/09.06.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, η οποία ανακηρύσσει ως προσωρινό ανάδοχο τον οικονομικό φορέα «ΝΑΝΗ ΔΗΜΗΤΡΙΟ» για την «Παροχή γενικών υπηρεσιών Φύλαξης του Δήμου ...», για το ΤΜΗΜΑ 1 «ΦΥΛΑΞΗ ΞΕΝΩΝ ΚΑΚΟΠΟΙΗΜΕΝΩΝ ΓΥΝΑΙΚΩΝ», ΤΜΗΜΑ 3 «ΦΥΛΑΞΗ ΚΕΝΤΡΙΚΩΝ ΜΑΓΕΙΡΕΙΩΝ», ΤΜΗΜΑ 4 «ΦΥΛΑΞΗ ΚΟΛΥΜΒΗΤΗΡΙΟΥΝΕΑΣ ΠΟΛΙΤΕΙΑΣ» και για το ΤΜΗΜΑ 5 «ΦΥΛΑΞΗ ΠΑΡΚΟΥ ΑΛΚΑΖΑΡ», στο ποσό του τμήματος 5 «ΦΥΛΑΞΗ ΠΑΡΚΟΥ ΑΛΚΑΖΑΡ», εκ παραδρομής αναγράφηκε καθαρή αξία 83.830,90€ πλέον ΦΠΑ 24% 20.119,42€, Σύνολο 103.950,32 €, αντί του ορθού ποσού, ήτοι: καθαρή αξία 103.298,03€ πλέον ΦΠΑ 24% 24.791,53€, Σύνολο 128.089,56 €. Για την διόρθωσή του ποσού για το τμήμα 5 «ΦΥΛΑΞΗ ΠΑΡΚΟΥ ΑΛΚΑΖΑΡ», στην ανωτέρω απόφαση, έχει γίνει η υπ. αρ.

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

πρωτ. 24260/29.06.2020 εισήγηση της Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών του τμήματος Διεκπεραίωσης Ενιαίων Προμηθειών & Αποθήκης και αναμένεται η έκδοση της σχετικής απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής. Παραμένουμε στην διάθεσή σας για οποιαδήποτε περαιτέρω διευκρίνιση». Κατά συνέπεια, πρόκειται για προδήλως ανθρώπινο λάθος Ως εκ τούτου, η προσφυγή της «POWER ...», πρέπει ν' απορριφθεί, ως αβάσιμη και εξ' αυτού του λόγου.

Δ. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗ ΧΡΗΣΙΜΟΠΟΙΗΣΗ ΚΑΤΑ ΤΗΣ ΔΙΑΡΚΕΙΑ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ(ΟΧΙ ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΡΧΗ), ΔΥΟ (2) ΦΥΛΑΚΩΝ ΜΕ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗ ΤΗΣ ΑΠΑΙΤΟΥΜΕΝΗΣ ΠΡΟΫΠΗΡΕΣΙΑΣ ΕΝΟΣ (1) ΕΤΟΥΣ, ΑΠΟ 01.06.20 ΚΑΙ 09.12.20, ΑΝΤΙΣΤΟΙΧΑ: Ο απαιτούμενος αριθμός φυλάκων, για το κάθε ΤΜΗΜΑ, αλλά και συνολικά για όλα τα ΤΜΗΜΑΤΑ, βάσει των ωρών φύλαξης που απαιτεί η διακήρυξη – ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, ΜΕΡΟΣ Α', σελ. 38 και 39 αυτής, είναι ο ακόλουθος: Σύμφωνα επίσης με τη διακήρυξη (σελ. 14 αυτής) και ειδικότερα, την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα παράγραφο 2.2.6 Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, ορίζεται ότι: «Όσον αφορά την Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα για τη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: •
..... • Να χρησιμοποιήσουν τεχνικό προσωπικό (φύλακες) για την εκτέλεση της σύμβασης, το οποίο απαιτείται να διαθέτει την ειδική άδεια εργασίας του προσωπικού ασφαλείας, που πρέπει να είναι σε ισχύ και να έχει εμπειρία στο αντικείμενο της σύμβασης τουλάχιστον ενός (1) έτους. Οι 17 οικονομικοί φορείς θα πρέπει να δηλώσουν τα στοιχεία του προτεινόμενου προσωπικού ασφαλείας που θα διαθέσουν για την εκτέλεση της σύμβασης (ονοματεπώνυμο, έτη προϋπηρεσίας, αριθμός άδειας εργασίας)». Περαιτέρω, σύμφωνα πάντα με τη διακήρυξη (σελ. 23 αυτής) και ειδικότερα, την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα παράγραφο 2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά, ορίζεται ότι: «(...) Συγκεκριμένα, η Τεχνική Προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει τ' ακόλουθα: 1) ... , 2) i... ii... vii Στοιχεία για τον αριθμό και την ταυτότητα του προσωπικού που θα χρησιμοποιηθεί. ix...». Η επιχείρησή μας, κατά πιστή εφαρμογή των παραπάνω όρων της διακήρυξης, συμπεριέλαβε στα απαραίτητα έγγραφα, με τον (υπο)φάκελο Τεχνικής Προσφοράς που

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

υπέβαλε, την παρακάτω κατάσταση προσωπικού: Όπως εναργώς προκύπτει από την παραπάνω κατάσταση, η επιχείρησή μας πρότεινε τον απαιτούμενο αριθμό δεκαπέντε (15) φυλάκων (άρθρο 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010), με τα επιβαλλόμενα από τη διακήρυξη τυπικά και ουσιαστικά προσόντα αυτών, δηλώνοντας την ετοιμότητα χρησιμοποίησής τους ΑΠ' ΤΗΝ ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΥΠΟ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, ήτοι την 01.01.2020, που ήταν η εκτιμώμενη ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης σύμφωνα με την παρ. 6.2 της διακήρυξης (σελ. 35 αυτής). Ειδικότερα, από την παραπάνω κατάσταση προκύπτει, ότι για το ΤΜΗΜΑ 3 «ΦΥΛΑΞΗ ΚΕΝΤΡΙΚΩΝ ΜΑΓΕΙΡΕΙΩΝ», θα χρησιμοποιήσει τους:

(α.α.ε.:9) Α/Α ΣΥΝΟΛΟΥ Α/Α ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΟΝΟΜΑΤΕΠΩΝΥΜΟ ΑΡ. ΑΔΕΙΑΣ
.... ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ Α' ΠΡΟΥΠΗΡΕΣΙΑ ΗΛΙΚΙΑ ΔΙΑΡΚΕΙΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ ΤΜΗΜΑ
ΦΥΛΑΞΗΣ 1 1 ΑΛΜΥΡΙΩΤΗΣ ΑΡΧΟΝΤΗΣ 1020/92214/1-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1
ΕΤΟΥΣ >25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021 2 2 ΓΙΑΒΑΣ ΠΑΝΤΕΛΗΣ
1020/82264/3-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ >25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021
3 3 ΓΚΟΝΤΙΣΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ 1020/23641/2-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1
ΕΤΟΥΣ >25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021 4 4 ΜΠΑΚΡΥΝΙΩΤΗΣ ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ
1020/62790/2-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ >25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021
5 1 ΚΩΝΣΤΑΝΤΑΚΟΣ ΕΥΡΙΠΙΔΗΣ 1020/27581/1-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ
>25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021 6 2 ΜΗΤΡΟΥΛΑΣ ΧΡΗΣΤΟΣ
1020/89334/2-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ >25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021
7 3 ΜΟΥΣΤΕΛΗΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΟΣ 1020/86523/2-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ
>25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021 8 1 ΖΩΡΑΣ ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ 1020/31326/5-α'
ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ >25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021 9 2
ΚΟΥΚΟΥΤΟΥΛΗΣ ΕΥΑΓΓΕΛΟΣ 1020/90355/1-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ
>25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021 10 3 ΚΡΙΑΡΟΠΟΥΛΟΣ ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ
1020/79748/3-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ >25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/5/2020
ΝΤΟΥΡΑ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΑ (αντικαταστάτης) 1020/94183/1-α' ΣΥΜΠΛΗΡΩΝΕΙ 1
ΕΤΟΣ ΤΗΝ 27/5/2020 25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021 14 2
ΜΠΟΥΛΟΓΕΩΡΓΟΣ ΧΡΗΣΤΟΣ 1020/37161/1-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ >25
ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021 15 3 ΝΙΚΟΛΟΥΛΗΣ ΑΧΙΛΛΕΑΣ 1020/85588/2-
α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ >25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021 ΠΑΡΚΟ

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

ΑΛΚΑΖΑΡ * Ο συνολικός αριθμός των εργαζομένων που απαιτούνται για την κάλυψη όλων των τμημάτων είναι δεκαπέντε (15). ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΥΛΑΚΩΝ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΙΑΣ ΜΑΣ ΚΕΝΤΡΙΚΑ ΜΑΓΕΙΡΕΙΑ ΥΠΝΩΤΗΡΙΟ ΑΣΤΕΓΩΝ ΚΟΛΥΜΒΗΤΗΡΙΟ ΝΕΑΣ ΠΟΛΙΤΕΙΑΣ ΞΕΝΩΝΑΣ ΚΑΚΟΠΟΙΗΜΕΝΩΝ ΓΥΝΑΙΚΩΝ σύμφωνα με την παρ. 2.4.3.2, 2) viii, της υπ' αριθμ. 46795/25.10.19 διακήρυξής σας. 19 (1) ΖΩΡΑ Αθανάσιο, κάτοχο της υπ' αριθμ. 1020/31326/5-α', άδειας εργασίας, κατηγορίας Α' και με προϋπηρεσία ενός χρόνου (1) και οχτώ (8) μηνών, στην επιχείρησή μας, (2) ΚΟΥΚΟΥΤΟΥΛΗ Ευάγγελο, κάτοχο της υπ' αριθμ. 1020/90355/1-α', άδειας εργασίας, κατηγορίας Α' και με προϋπηρεσία τεσσάρων (4) χρόνων, στην επιχείρησή μας, και (3) ΚΡΙΑΡΟΠΟΥΛΟ Αθανάσιο, κάτοχο της υπ' αριθμ. 1020/79748/3-α' άδειας εργασίας, κατηγορίας Α' και με προϋπηρεσία πέντε (5) χρόνων και επτά (7) μηνών, στην επιχείρησή μας. Περί των ανωτέρω και για την καλύτερη κατανόηση αυτών, παραθέτουμε απόσπασμα της, στην προηγούμενη σελίδα, παρατιθέμενης κατάστασης που συμπεριλάβαμε, ως α.α.ε. 9, στον οικείο (υπό)φακελο της Τεχνικής Προσφοράς: Τι είναι αυτό άραγε, που δεν αντιλαμβάνεται η προσφεύγουσα και ποίας ομολογίας μας, για δήθεν παράβαση της διακήρυξης, επικαλείται, όταν γνωρίζει πολύ καλά και η ίδια, ότι από πουθενά δεν προβλέπεται πώς το διατεθεισόμενο προσωπικό, πρέπει να είναι το ίδιο καθ' όλη τη διάρκεια της υπό σύναψης σύμβασης; Πρέπει να καταστεί σαφές, ότι εκείνο το οποίο απαγορεύει η διακήρυξη στους συμμετέχοντες, είναι να μην απασχολήσουν ούτε ένα (1) λεπτό καθ' Α/Α ΣΥΝΟΛΟ ΥΑ/Α ΤΜΗΜΑ ΤΟΣ ΟΝΟΜΑΤΕΠΩΝΥΜΟ ΑΡ. ΑΔΕΙΑΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ Α' ΠΡΟΥΠΗΡΕΣΙΑ ΗΛΙΚΙΑ ΔΙΑΡΚΕΙΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ ΑΡΙΘΜΟΣ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΑΡΙΘΜΟΣ ΦΥΣΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΠΩΝ ΤΜΗΜΑ ΦΥΛΑΞΗΣ 8 1 ΖΩΡΑΣ ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ 1020/31326/5-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ >25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021 9 2 ΚΟΥΚΟΥΤΟΥΛΗΣ ΕΥΑΓΓΕΛΟΣ 1020/90355/1-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ >25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/12/2021 10 3 ΚΡΙΑΡΟΠΟΥΛΟΣ ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ 1020/79748/3-α' ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ 1 ΕΤΟΥΣ >25 ΑΠΟ 1/1/2020 ΕΩΣ 31/5/2020 3 ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΥΛΑΚΩΝ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΙΑΣ ΜΑΣ ΚΕΝΤΡΙΚΑ ΜΑΓΕΙΡΕΙΑ σύμφωνα με την παρ. 2.4.3.2, 2) viii, της υπ' αριθμ. 46795/25.10.19 διακήρυξής

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

σας. 2,27 20 όλη τη διάρκεια της υπό σύναψης σύμβασης φύλακες που να μην πληρούν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (άδεια, εμπειρία). Κατά συνέπεια, προκύπτει αναμφίβολα ότι υποβάλλαμε όλα εκείνα τα στοιχεία, που είναι αποδεικτικά της απαιτούμενης Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητάς μας, για να υλοποιήσουμε την υπό σύναψη σύμβαση, αφού προκύπτει επαληθεύσιμα ότι κατά την εκτέλεση της σύμβασης η επιχείρησή μας θα χρησιμοποιήσει ΚΑΘ' ΟΛΗ ΤΗ ΔΙΑΡΚΕΙΑ ΤΗΣ, Επ' ουδενί λοιπόν αμφισβητείται και εδώ, η πλήρης συμμόρφωσή μας με τους προαναφερθέντες όρους 2.2.1 έως 2.2.8, 2.2.9.2 και 2.4.3.2 της διακήρυξης, που επικαλείται η προσφεύγουσα. φύλακες με την απαιτούμενη ετήσια προϋπηρεσία, όπως αυτοί έχουν ονομαστικοποιηθεί παραπάνω. Και για να μην αιωρούνται αμφιβολίες περί «σατανικών κόλπων» εκ μέρους της επιχείρησής μας και υπόνοιες για τεχνάσματα, με σκοπό την απόκρυψη δήθεν αδυναμίας της ν' ανταποκριθεί στα κριτήρια Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας της διακήρυξης, ο λόγος που συμπεριλάβαμε δεκαεπτά (17) συνολικά φύλακες, στον εν λόγω πίνακα (σελ. 14), δηλαδή επιπλέον των δεκαπέντε (15), άλλους δύο (2) φύλακες, ήτοι τους: α) Κυριακόπουλο Παναγιώτη και β) Ντούρα Κωνσταντίνα, κατόχους της προβλεπόμενης από το Νόμο 2518/97 άδειας εργασίας, με τη σαφή δήλωση ότι θα χρησιμοποιήσουμε αυτούς αμέσως μετά τη συμπλήρωση ενός (1) έτους εμπειρίας στο αντικείμενο της υπόψη σύμβασης, Σύμφωνα με την αρ. πρωτ. Δ.ΕΙΣΦ.Μ./259/676491 εγκύκλιο και αρ. 28/2019 ΕΦΚΑ: «Πρόγραμμα καταβολής μειωμένης εργοδοτικής εισφοράς κύριας σύνταξης για μισθωτούς ως 25 ετών, κατ' εφαρμογή του Ν. 4583/18», αναφερόμενοι στις διατάξεις του άρθρ. 86 του Ν. 4583/18 (ΦΕΚ 2012/Α/18- 12-2018), ορίζεται ότι σύμφωνα μ' αυτές: είναι ο ακόλουθος: «1. Από 01.01.19 τίθεται σε ισχύ πρόγραμμα επιδότησης μηνιαίων ασφαλιστικών εισφορών των μισθωτών του ιδιωτικού τομέα ηλικίας έως 21 εικοσιπέντε (25) ετών. Η επιδότηση του ΕΦΚΑ αφορά τις εργοδοτικές εισφορές για κύρια σύνταξη σε ποσοστό 6,66% επί των μεικτών αποδοχών του εργαζομένου. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Εργασίας Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης και Οικονομικών, ρυθμίζονται οι ειδικότερες προϋποθέσεις υπαγωγής στο πρόγραμμα και κάθε σχετικό θέμα για

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

την εφαρμογή του παρόντος άρθρου». Με τις διατάξεις του άρθρου 1 της υπ' αριθμ. Δ.15/Δ/3220/72/26-02-2019 (ΦΕΚ 681/Β/28.02.19), Κοινής Υπουργικής Απόφασης της Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης και του Υπουργού Οικονομικών, ορίζεται ότι: «1. Από την 01.01.2019 η προβλεπόμενη εργοδοτική εισφορά από το άρθρο 38 παρ. 1, 3 και 9 του Ν. 4387/2016 (Α' 85) όπως ισχύει με το άρθρο 27 παρ. 2 του Ν. 4445/2016 (Α' 236) και από το άρθρο 40 παρ. 6 του Ν. 4387/2016 (Α' 85) όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 3 του Ν. 4578/2018 (Α' 200), καταβάλλεται μειωμένη κατά 6,66% επί των αποδοχών, όπως αυτές ορίζονται στ' ανωτέρω άρθρα, από τις επιχειρήσεις για τους απασχολούμενους μισθωτούς ηλικίας ως 25 ετών, αμειβόμενους με μισθό ή ημερομίσθιο, με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου (ορισμένου ή αορίστου χρόνου), με πλήρη ή μειωμένη ή εκ περιτροπής απασχόληση, ανεξαρτήτως το ύψος των αποδοχών». Δηλώσαμε λοιπόν χωρίς τη παραμικρή υστεροβουλία, ότι θα προβούμε από ένα σημείο και πέρα, στην αντικατάσταση δύο (2) φυλάκων από τους αρχικούς με τους προαναφερόμενους, προκειμένω να μειώσουμε το εργοδοτικό κόστος και να καταστούμε πλέον ανταγωνιστικοί, έναντι των συνδιαγωνιζομένων μας. Οίκοθεν νοείται, ότι είναι αναφαίρετο δικαίωμα κάθε συνδιαγωνιζόμενης και εντάσσεται στη διακριτική της ευχέρεια, ο τρόπος υπολογισμού της οικονομικής της προσφοράς, αρκεί αυτός να είναι νόμιμος και να μην παραβαίνει πρωτίστως την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία. 22 Ως εκ τούτου και για τον συγκεκριμένο λόγο, η προσφυγή της προμνησθείσας εταιρείας, είναι απορριπτέα, ως αβάσιμη.

Ε. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΑΝΑΓΡΑΦΕΝΤΑ ΑΠ' ΤΗΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΜΑΣ ΜΕΣΟ ΕΤΗΣΙΟ ΚΥΚΛΟ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΣΤΟ Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ.: Η επιχείρησή μας, πράγματι συμμετείχε την 21.10.2019 σε ανάλογο διαγωνισμό φύλαξης της ΔΕΔΔΗΕ Βόλου. Στη διακήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού και ειδικότερα στη σελίδα 46 αυτής, Γ. Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια, ζητούνταν για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων: «1. ... 2. Δήλωση περί του ολικού ύψους κύκλου εργασιών και κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων, που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών» (συν. 1). Όπως προκύπτει από το συμπληρωθέν για τη περίπτωση ΤΕΥΔ (συν. 2), δηλώσαμε για την τελευταία Ζετία, μέσο ολικό κύκλο εργασιών της επιχείρησής μας 1.352.854,50, ενώ ειδικό μέσο κύκλο εργασιών (ΜΟΝΟ των φυλάξεων) Ο , 1.332.322,21. ειδικός κύκλος, αφορά ακαθάριστα έσοδα ΜΟΝΟ από παροχή υπηρεσιών φύλαξης, ενώ ο ολικός Στη σελίδα 67 της διακήρυξης του Δήμου ..., στο υπόδειγμα του ΤΕΥΔ, δεν διευκρινίζεται αν πρέπει να συμπληρωθεί ο κύκλος, αφορά συνολικά ακαθάριστα έσοδα, ήτοι πέραν της παροχής υπηρεσιών φύλαξης, εμπορία συστημάτων φύλαξης όπως συναγερμού, καμερών κ.λ.π. : ειδικός ή ο ολικός μέσος κύκλος εργασιών της προηγούμενης τριετίας. Με το δεδομένο αυτό, χρησιμοποιήθηκε από την επιχείρησή μας το ποσό του ειδικού κύκλου εργασιών 1.332.322,31, το οποίο όμως εκ παραδρομής 23 αναγράφηκε στο ΤΕΥΔ ως 133232231,33, ποσό ΥΠΕΡΟΓΚΟ που εύκολα γίνεται αντιληπτό ότι πρόκειται περί πρόδηλου σφάλματος. Πράγματι η αναθέτουσα αρχή, θεωρούσα ότι το ως άνω σφάλμα είναι προδήλως εκ παραδρομής, δηλ. «σφάλμα του πληκτρολογίου», με αποτέλεσμα να τεθεί το κόμμα μετά το ψηφίο 31 , ΑΝΤΙ πριν αυτό, κάλεσε την επιχείρησή μας, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 102 του Ν. 4412/16, να διευκρινίσει σχετικώς το επίμαχο σημείο. Έτσι, κατόπιν εγγράφου προσκλήσεως (αρ. πρωτ. 926/10.01.20), την 10.01.20, από την Διεύθυνση Οικονομικών Υπηρεσιών του Δήμου ... για λογαριασμό της Επιτροπής Διαγωνισμού του Δήμου(συν.3), απαντήσαμε εντός της ταχθείσας προθεσμίας με την από 16.01.20, αναφορά μας (συν.4), συνυποβάλλοντας Υπεύθυνη Δήλωση του Ν. 1599/86 (συν. 5), καθώς και αντίγραφα των Ε1 και Ε3 της τελευταίας Ζετίας, από τα οποία επαληθεύσιμα προκύπτει ειδικός κύκλος εργασιών ύψους 1.332.322,31€ και ολικός κύκλος εργασιών ύψους 1.352.854,50€. Και τις παραπάνω διευκρινήσεις, όπως και για τη περίπτωση παρακράτησης φόρου 8% (βλ. σελ. 6 παρούσας), η προσφεύγουσα τις αποκρύπτει συνειδητά στην προσφυγή της. Σε κάθε περίπτωση, τόσο ο ολικός, όσο και ο ειδικός μέσος κύκλος εργασιών της επιχείρησής μας, υπερκαλύπτουν

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

τη ζητούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του διαγωνισμού του Δήμου ..., η οποία σύμφωνα με την παρ. 2.2.5 της διακήρυξης, απαιτείται «ν' αντιστοιχεί σε ποσοστό 50% της εκτιμώμενης αξίας των προσφερόμενων τμημάτων και αφορά τα έτη 2018, 2017 και 2016». Ο συνολικός προϋπολογισμός του έργου είναι 673.222,34€ με Φ.Π.Α. 24 Επομένως, ουδεμία παραβίαση ουδεμίας διάταξης της διακήρυξης υφίσταται και κατά συνέπεια, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί ως αβάσιμη και εξ' αυτού του λόγου. Πρόδηλα σφάλματα γίνονταν και εξακολουθούν να γίνονται, όπως π.χ η εσφαλμένη αναφορά του Φ.Π.Α. 23% αντί 24% στο κεφάλαιο Γ παρ.1 (σελ.14) της προσφυγής της εταιρείας «POWER ... ΜΟΝ.ΕΠΕ.». ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ ΖΗΤΟΥΜΕ Να γίνει δεκτή η παρούσα παρέμβαση της επιχείρησής μας

15. Επειδή ο β' παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι Β. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΝΟΜΩ ΚΑΙ ΟΥΣΙΑ ΑΒΑΣΙΜΟ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ Επί του λόγου της επίδικης προσφυγής πως η προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρίας μας κακώς και παρά το νόμο έγινε δεκτή και έπρεπε να είχε απορριφθεί λόγω έλλειψης στο πρόσωπό της ικανότητας να έχει δικαίωμα χρήσης ραδιοσυχνοτήτων, επαγόμαστε τα ακόλουθα: Το άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Άρθρο 54 Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ...«Αν οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν την υποβολή πιστοποιητικών εκδιδόμενων από συγκεκριμένο οργανισμό αξιολόγησης της συμμόρφωσης, οφείλουν να δέχονται επίσης πιστοποιητικά από άλλους ισοδύναμους οργανισμούς αξιολόγησης της συμμόρφωσης.» και δεύτερον, στην παρ. 2 αυτού ότι «2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται και άλλα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, εκτός από αυτά που αναφέρονται στην παρ. 1, όπως τον τεχνικό φάκελο του κατασκευαστή, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν έχει πρόσβαση στα πιστοποιητικά ή στις εκθέσεις δοκιμών που αναφέρονται στην παράγραφο 1 ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, υπό τους όρους ότι για την αδυναμία πρόσβασης δεν ευθύνεται ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας και ότι ο ίδιος αποδεικνύει ότι τα προς παροχή έργα, αγαθά και υπηρεσίες πληρούν τις απαιτήσεις ή τα κριτήρια που ορίζονται στις τεχνικές προδιαγραφές, τα κριτήρια ανάθεσης ή τους

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

όρους εκτέλεσης της σύμβασης.» Εκ των ως άνω διατάξεων, προκύπτει ότι ουδόλως είναι δυνατόν να τίθενται όροι τεχνικών προδιαγραφών που συνίστανται σε πιστοποιήσεις και εκθέσεις εργαστηριακών ελέγχων, συνταγμένες, εκδοθείσες και διενεργηθείσες βάσει ενός ή περισσοτέρων, αποκλειστικά οριζόμενων συγκεκριμένων προτύπων. Αλλά, θα πρέπει να γίνονται ισοδυνάμως δεκτές προσφορές, εφόσον είτε συνοδεύονται από εργαστηριακούς ελέγχους συνταγμένους και αφορώντες δοκιμές διενεργηθείσες με άλλο πρότυπο, εφόσον ο έλεγχος αποκρίνεται στο αποδεικτικό ζητούμενο του οικείου όρου, ήτοι τα τεχνικά χαρακτηριστικά προς την απόδειξη των οποίων σκοπεί η διακήρυξη με την ως άνω απαίτηση ελέγχου (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 744/2018) είτε συνυποβάλλεται με την προσφορά οποιοδήποτε αποδεικτικό μέσο, το οποίο εν τελεί είναι επαρκές για την επίτευξη ισοδυνάμου αποτελέσματος, ήτοι την απόδειξη συνδρομής του ζητούμενου τεχνικού χαρακτηριστικού, προς την οποία σκοπεί η απαίτηση του οικείου εργαστηριακού ελέγχου. Το δε άρθρο 54 Ν. 4412/2016 περί τεχνικών προδιαγραφών, το οποίο ορίζει τα γενικώς ισχύοντα περί τεχνικών προδιαγραφών (ενώ το άρθρο 56 αφορά το ειδικότερο, εντός του ζητήματος των τεχνικών προδιαγραφών, θέμα των εργαστηριακών ελέγχων προς απόδειξη των προδιαγραφών) και επομένως συμπληρώνει το άρθρο 56, το οποίο πρέπει να συνερμηνεύεται μετά των γενικών κανόνων του άρθρου 54 (1019/2019 απόφαση ΑΕΠΠ, σελ 21-22).

Στο σημ. 74 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24ΕΕ ορίζεται ότι: “Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του Δημοσίου πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για τον σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά...Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητού περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή Έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό. Η κατάρτιση των

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

τεχνικών προδιαγραφών ως προς τις λειτουργικές απαιτήσεις και τις απαιτήσεις εκτέλεσης επιτρέπει εν γένει την επίτευξη του ανωτέρω στόχου με τον καλύτερο δυνατό τρόπο....”.

Σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΕ, οι όροι της διακήρυξης θα πρέπει να είναι διατυπωμένοι με σαφήνεια ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS *Succhi di Frutta SpA*). Επιπλέον οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου και ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), ΕΑ415/014, 354/2014, 257/2010, ΕΑ3719/2011 κ.α) (59/2017 απόφαση ΑΕΠΠ).

Στις διατάξεις της επίμαχης διακήρυξης, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους προβλέπεται στο ΜΕΡΟΣ Γ"-ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ, και συγκεκριμένα στην παράγραφο 2 της σελίδας 41 πως:

«Ο ανάδοχος, επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς, πρέπει να έχει δικαίωμα χρήσης ραδιοσυχνοτήτων Α' τάξεως για τη λειτουργία Ειδικού Ραδιοδικτύου για το Νομό ...ς από την Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείου (ΕΕΤΤ) ή ισοδύναμο με εμβέλεια στην ...». Στην ένδικη διακήρυξη λοιπόν υπήρχε ρητώς όρος περί ισοδύναμου και η διαγωνιζόμενη εταιρία μας κατά τους όρους της διακήρυξης και του νόμου προσκόμισε: α) την με αρ. πρωτ. 3/922-18-11- 2019 βεβαίωση της COSMOTE από την οποία προέκυπτε πως η εταιρία μας έχει ενταχθεί στο Δημόσιο Τηλεπικοινωνιακό Δίκτυο Κινητών Ραδιοεπικοινωνιών τεχνολογίας TETRA του ΟΤΕ βάσει της Ειδικής Αδειας 838/7/14-12-2017 της Ε.Ε.Τ.Τ με την εμπορική ονομασία COSMOTE ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ TETRA και β) το με αριθ. πρωτ. 31856/Φ386/8-11-2017 έγγραφο του ΕΕΤΤ από το οποίο

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

προέκυπτε το δικαίωμα χρήσης ραδιοσυχνοτήτων για τη λειτουργία Ειδικού Ραδιοδικτύου με σταθμό βάσης τη Μεταμόρφωση Αττικής και το Χορτιάτη Θεσσαλονίκης. Εν συνεχεία η Επιτροπή του Διαγωνισμού σύννομα κάλεσε την εταιρία μας με το από αρ. πρωτ. 926 και με ημερομηνία 10/1/2020 έγγραφό της με θέμα «Παροχή διευκρινίσεων για τον με αριθ. συστήματος ... ηλεκτρονικό διαγωνισμό της υπ'αρ. 46795/25-10-2019 διακήρυξης ΠΑΡΟΧΗ ΓΕΝΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ ΔΗΜΟΥ ...» να συμπληρώσει/αποσαφηνίσει την τεχνική της προσφορά και να παρέχει διευκρινίσεις σχετικά με το θέμα της άδειας χρήσης ραδιοδικτύου Α' Τάξεως ή ισοδύναμου για το Νομό ...ς, να αποσαφηνιστεί εγγράφως από τον πάροχο η σε ισχύ ισοδύναμη εμβέλειά του για το Νομό ...ς. Οι διευκρινίσεις υπόκεινται στην προβλεπόμενη στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 διαδικασία. Μάλιστα η παράλειψη της αναθέτουσας αργής να ζητήσει διευκρινίσεις από το διαγωνιζόμενο, προκειμένου να αρθούν αμφιβολίες για τη συμφωνία του προσφερόμενου είδους με τιο προδιάγραφές και τους όρους της διακήρυξης αντιβαίνει στην αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης (3/2019 ΔΕφ.Θεσσαλ. (Συμβ). Κατόπιν η διαγωνιζόμενη εταιρία μας και ήδη παρεμβαίνουσα με το από 17/01/2020 έγγραφο της προς την αναθέτουσα αρχή του επίδικου διαγωνισμού τιλοφορούμενο ως «ΠΑΡΟΧΗ ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΩΝ» διευκρίνισε επί λέξει πως «Σε απάντηση τον με αρ. πρωτ. 926/10.01.2020 αιτήματος της Επιτροπής Διαγωνισμού για διευκρινίσεις αναφορικά με την τεχνική μας προσφορά, λεκτέα είναι τα κάτωθι: ΗΣΤΑΡΓΚΛΑΡΝΤΕΠΕ καλύπτει την απαίτηση για τη λειτουργία Ειδικού Ραδιοκτύου για το Νομό ...ς. Πιο συγκεκριμένα, έχει ενταχθεί στο Δημόσιο Τηλεπικοινωνιακό Δίκτυο Κινητών Ραδιοεπικοινωνιών τεχνολογίας TETRA του ΟΤΕ βάσει της Ειδικής Άδειας 838/7/14-12-2017 της ΕΕΤΤ με την εμπορική ονομασία COSMOTE ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ TETRA. Η εταιρεία μας έχει ενταχθεί στο δίκτυο τον ΟΤΕ και διαθέτει βεβαίωση χρήσης υπηρεσιών τον Πανελλαδικής εμβέλειας συστήματος TETRA, το οποίο καλύπτει και το Νομό ...ς. Σε ένα ραδιοδίκτυο κατηγορίας Α, είτε αυτό είναι στην μπάντα των UHF, είτε είναι στην μπάντα των VHF, η γεωγραφική κάλυψη δεν επιτυγχάνεται 100% ακόμα κι αν τοποθετηθεί επαναλήπτης (repeater), λόγω των φυσικών εμποδίων (βουνά,

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

ψηλά κτίρια, υπόγεια κτλ). Αυτό έχει ως αποτέλεσμα να μην μεταδίδεται το σήμα και να μην υπάρχει σύνδεση μεταξύ των φυλάξεων. Ωστόσο, αυτό δεν ισχύει στην περίπτωση υπηρεσιών συστήματος TETRA, γιατί ο πομποδέκτης (συσκευή) όταν αναγνωρίζει φυσικά εμπόδια μετατρέπεται σε GSM-GPRS (δίκτυο κινητής τηλεφωνίας), με αποτέλεσμα η κάλυψη δικτύου να καλύπτεται 100%. Επιπλέον, η ποιότητα της μετάδοσης (φωνή) στο σύστημα TETRA είναι καθαρή, χωρίς παράσιτα, επειδή πρόκειται για ψηφιακή τεχνολογία, ενώ στο ραδιοδίκτυο υπάρχουν αλλοιώσεις της φωνής, επειδή πρόκειται για αναλογική τεχνολογία. Τέλος, σε περίπτωση έκτακτης ανάγκης και εφόσον χρειαστεί το όχημα περιπολίας (patrol) να μετακινηθεί εκτός των ορίων του Δήμου, το ραδιοδίκτυο δεν θα έχει δυνατότητα κάλυψης, ενώ το σύστημα TETRA συνεχίζει να καλύπτει 100%, λόγω της πανελλαδικής του εμβέλειας. Προς απόδειξη των ανωτέρω, συνυποβάλλεται η με αριθ. πρωτ. 3/14/13-01-2020 βεβαίωση της COSMOTE (ΣΧΕΤ. 1), στην οποία αναγράφεται ρητώς η πανελλαδική εμβέλεια των υπηρεσιών COSMOTE TETRA, η οποία καλύπτει σε κάθε περίπτωση και το νομό ...ς. Επίσης Υποβάλλουμε τον χάρτη ραδιοκάλυψης της COSMOTE με εστιασμένη την ευρύτερη περιοχή των προς φύλαξη σημείων δυνάμει της διακήρυξης (ΣΧΕΤ. 2), από τον οποίο εμφανίζεται εναργώς η σε ισχύ τουλάχιστον ισοδύναμη εμβέλεια των υπηρεσιών TETRA με την άδεια ραδιοδικτύου για το Νομό ...ς».

Περαιτέρω το περιεχόμενο της προαναφερθείσας με αριθ. πρωτ. 3/14/13-01-2020 βεβαίωση της COSMOTE (ΣΧΕΤ. 1) έχει επί λέξει ως εξής: «...Ο ΟΤΕ κατέχει δικαίωμα χρήσης στη ζώνη συχνοτήτων 410-430 MHz για την εγκατάσταση, λειτουργία και εκμετάλλευση Δημοσίου Τηλεπικοινωνιακού Δικτύου Κινητών Επικοινωνιών TETRA Πανελλαδικής εμβέλειας και για την παροχή Δημοσίων Ψηφιακών Κινητών Υπηρεσιών TETRA, σύμφωνα με τις αποφάσεις της ΕΕΤΤ258/1/11-7-2002, 448/198/2007, 'την Υπουργική Απόφαση 26660/542/Φ213/28-6-2017(ΦΕΚ2379/Β/12-7-2017) και την απόφαση της ΕΕΤΤ 838/7/14-12-2017. Η παρεχόμενη υπηρεσία, χρησιμοποιείται από εξειδικευμένες ομάδες χρηστών, κυρίως από μεγάλες επιχειρήσεις και δημόσιους οργανισμούς. Πελάτες του ΟΤΕ είναι εταιρίες και

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

οργανισμοί παροχής υπηρεσιών κοινής ωφέλειας, υπηρεσιών φύλαξης και διαχείρισης υποδομών, μεταφορών, ενέργειας, καθώς και φορείς PPDR και πολιτικής προστασίας πανελλαδικά, που στηρίζουν την επιχειρησιακή λειτουργία τους στο δίκτυο TETRA. Τα βασικά χαρακτηριστικά της παρεχόμενης υπηρεσίας είναι η δυνατότητα ομαδικής επικοινωνίας (point-to-multipoint) σε ολόκληρη την Ελληνική Επικράτεια, χωρίς τους γεωγραφικούς περιορισμούς των ειδικών ραδιοδικτύων, η αμεσότροπη λειτουργία (DMO-direct mode operation), η άριστη ποιότητα ομιλίας με γρήγορη αποκατάσταση κλήσης, η δυνατότητα διαχείρισης στόλου οχημάτων (A VL) και η ασύρματη πρόσβαση σε βάσεις δεδομένων.

Ως εκ τούτου και λαμβάνοντας υπόψη όλα τα παραπάνω, η εταιρεία ... ως συνδρομητής του ως άνω περιγραφόμενου δικτύου απολαμβάνει των υπηρεσιών του COSMOTE TETRA πανελλαδικά, και πιο συγκεκριμένα για το νομό ...ς εντός των περιοχών που εμφανίζονται με πράσινο χρώμα στο συνημμένο χάρτη». Η εταιρία μας λοιπόν υπέβαλε κατάλληλα και επαρκή αποδεικτικά μέσα προς απόδειξη της εκ μέρους της πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών και της επίτευξης ισοδυνάμου (πρβ. 1019/2019 απόφαση ΑΕΠΠ) και κατόπιν η Αναθέτουσα Αρχή σύννομα και κατά τους όρους της διακήρυξης, τηρώντας παράλληλα την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της ελευθερίας του ανταγωνισμού, έκρινε ότι η εταιρία μας πληροί τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών. Άλλωστε την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος αυτός και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας την προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο ανταγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.4.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra EUROPE AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Επιπλέον οι προσφέροντες πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχείρισης τόσο κατά το χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους, όσο και κατά τον χρόνο που αυτές αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή (ΔΕΕ, Απόφαση της 25.4.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54. Αποφάσεις

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C- 286/99, Impresa Lombarbini SpA, σκέψη 37). (752/2018 απόφαση ΑΕΠΠ). Περαιτέρω ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δήθεν η εταιρία μας δε διαθέτει το δικαίωμα χρήσης ραδιοσυχνοτήτων Α'τάξεως για το νομό της ...ς διότι αναιτιολόγητα και κατά το δοκούν επικαλείται πως «... η εκ της διακηρύξεως απαιτούμενη άδεια ραδιοσυχνοτήτων από την Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ) δεν έχει καμία σχέση με την προσκομισθείσα βεβαίωση από τη COSMOTE που δεν ανταποκρίνεται με κανένα τρόπο στην απαιτούμενη βεβαίωση της ΕΕΤΤ...» τυγχάνει απορριπτέος και ως αόριστος.

Ανακεφαλαιώνοντας, η εταιρία μας υπέβαλε κατάλληλα και επαρκή αποδεικτικά μέσα προς απόδειξη της εκ μέρους της πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών και της επίτευξης ισοδυνάμου και κατόπιν η Αναθέτουσα Αρχή σύννομα και κατά τους όρους της διακήρυξης, τηρώντας παράλληλα την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της ελευθερίας του ανταγωνισμού, έκρινε ότι η εταιρία μας πληροί τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών, και εν τέλει ορθώς και νομίμως η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε την προσφορά της εταιρίας μας για όλα τα τμήματα της διακήρυξης και ανακήρυξε την παρεμβαίνουσα εταιρία μας προσωρινό ανάδοχο του τμήματος 2 του εν λόγω διαγωνισμού.

16. Επειδή, η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «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 Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων ...».

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, ορίζεται: « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.».

18. Επειδή, το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» του ν. 4412/2016 ορίζει «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 απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. [...].

19. Επειδή, το άρθρο 95 «Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» παρ. 5 του Ν. 4412/2016, ορίζει ότι: «5. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: α) η τιμή του προς προμήθεια υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης, β) στις περιπτώσεις των παραγράφων 9 και 10 του άρθρου 53, όταν από τα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται αναπροσαρμογή τιμών, τότε η οικονομική προσφορά υποβάλλεται υποχρεωτικά σε ποσοστό έκπτωσης επί της τιμής της εκτιμώμενης αξίας του υλικού ή της παροχής υπηρεσίας εκτός αν άλλως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης».

20. Επειδή, στο άρθρο 61 («Υπόχρεοι σε παρακράτηση») του Ν. 4172/2013 «Φορολογία εισοδήματος, επείγοντα μέτρα εφαρμογής του ν. 4046/2012, του ν. 4093/2012 και του ν. 4172/2013 και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α 167/23.07.2013), ορίζεται ότι: «Κάθε νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα ή

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

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 σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 62, καθώς και οι συμβολαιογράφοι για τις συναλλαγές της περίπτωσης στ' του άρθρου 62 υποχρεούται σε παρακράτηση φόρου όπως ορίζεται στο άρθρο 64». Περαιτέρω, στο άρθρο 64 («Συντελεστές παρακράτησης φόρου») παρ. 2 ορίζεται ότι «2. Οι φορείς γενικής κυβέρνησης, εκτός από τις κεφαλαιουχικές εταιρείες, κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από φυσικά ή νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, να παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1%) για τα υγρά καύσιμα και τα προϊόντα καπνοβιομηχανίας, ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών [...]». Έτι περαιτέρω, στο άρθρο 24 («Παρακράτηση φόρου στο εισόδημα από εμπορικές επιχειρήσεις») παρ. 2 του Ν. 2198/1994 «Αύξηση αποδοχών δημοσίων υπαλλήλων εν γένει σύναψη δανείων, υπό του Ελληνικού Δημοσίου και δημιουργία στην Τράπεζα της Ελλάδος Συστήματος Παρακολούθησης Συναλλαγών επί Τίτλων με Λογιστική Μορφή (Άυλοι Τίτλοι) και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α 43/22.03.1994), ορίζεται ότι: «1. Η περίπτωση στ' της παραγράφου 1 του άρθρου 37α του ν.δ. 3323/1955 αντικαθίσταται ως ακολούθως: «στ. Δημόσιες υπηρεσίες, οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης, κοινωφελή ιδρύματα, οργανισμοί και επιχειρήσεις κοινής ωφέλειας, δημόσιες επιχειρήσεις ή εκμεταλλεύσεις και νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου γενικά, κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών από επιχειρήσεις, υποχρεούνται όπως, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1%) για τα υγρά

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

καύσιμα, ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών [...]».

21. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι :

2.1.3 «Παροχή Διευκρινίσεων» Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά, το αργότερο 10 ημερολογιακές ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και απαντώνται αντίστοιχα στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr, του ΕΣΗΔΗΣ.Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) Όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο έξι (6) ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών.

2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναφερόμενο στην παρούσα Διακήρυξης κριτήριο ανάθεσης (βάσει τιμής). Η οικονομική προσφορά συμπληρώνεται, επί ποινή αποκλεισμού, σύμφωνα με το Παράρτημα V (Έντυπο Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς) της παρούσας. Η οικονομική προσφορά υποβάλλεται ανά τμήμα, για ένα, για δύο ή περισσότερα, καθώς και για όλα τα τμήματα. **Η τιμή που προσφέρεται είναι ανά τμήμα, που θα περιλαμβάνει** το κόστος παροχής υπηρεσιών φύλαξης των επιμέρους δομών, κτιριακών εγκαταστάσεων, χώρων κτλ του Δήμου ... και σύμφωνα με την παρ. 5 περ α' του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016, θα περιλαμβάνει τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, **την παρακράτηση φόρου 8%**, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, για την παροχή υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται σε τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

ΟΓΑ 20%. Για τη σύνταξη της οικονομικής προσφοράς πρέπει ο προσφέρων να λάβει υπόψη του τις απαιτήσεις και τεχνικές προδιαγραφές των ζητούμενων υπηρεσιών, όπως αναφέρονται στο Παράρτημα II της παρούσας Διακήρυξης.

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:,η) η οποία παρουσιάζει ...αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης,

Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 26 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, μη κανονικές προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα:

(α) όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης, [...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ III ΕΝΤΥΠΟ ΑΝΑΛΥΣΗΣ ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΗΣ ΤΙΜΗΣ ΓΙΑ ΤΟ ΤΜΗΜΑ 1 : «Φύλαξη Ξενώνα Κακοποιημένων Γυναικών» Οι παρακάτω πίνακες συμπληρώνονται (χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους) από τους διαγωνιζόμενους σύμφωνα με την κείμενη εργατική, ασφαλιστική και σχετική νομοθεσία και προσκομίζονται στην οικονομική προσφορά με ποιινή απαραδέκτου της προσφοράς Α. ΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ Παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% για υπηρεσίες επί του καθαρού ποσού (άρθρο 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013, όπως ισχύει)

Περαιτέρω, στο από 22.11.2020 έγγραφο διευκρινήσεων του β παρεμβαίνοντος σχετικά με την παρακράτηση 8%, η αναθέτουσα αρχή με την με αρ. 575/26.11.2019 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής παρείχε διευκρινήσεις ως κάτωθι:

« Ερώτημα 1: Σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην σελ. 24 παράγραφο 2.4.4.: «Η τιμή που προσφέρεται ανά τμήμα , που θα περιλαμβάνει το κόστος παροχής υπηρεσιών φύλαξης των επιμέρους δομών, κτιριακών εγκαταστάσεων, χώρων κτλ. του Δήμου ... και σύμφωνα με την παρ. 5 περ. α' του άρθρου 95 του Ν.

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

4412/2016, θα περιλαμβάνει τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, την παρακράτηση φόρου 8% , ως και κάθε άλλη επιβάρυνση ... » Ακολουθώντας, στις σελ. 72, 73, 74, 75, 76 παρατίθενται έντυπα ανάλυσης προσφερόμενης τιμής για κάθε τμήμα του εν λόγω διαγωνισμού, στα οποία περιλαμβάνεται ξεχωριστό πεδίο υπολογισμού της ως άνω παρακράτησης (8%) και τα οποία όπως ρητώς προβλέπεται ότι δεν πρέπει να τροποποιηθούν από τους οικονομικούς φορείς. Ωστόσο, δεδομένου ότι η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος 8% δεν είναι κόστος το οποίο θα πρέπει να επιβαρύνει την οικονομική προσφορά του εκάστοτε συμμετέχοντος, αλλά αποτελεί παρακράτηση φόρου που γίνεται κατά την πληρωμή του τιμολογίου και συμψηφίζεται με το φόρο εισοδήματος της εταιρείας και προσέτι, δεδομένου ότι με την υπ' αρ. 217/16-05-2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου σας, στο πλαίσιο της προγενεστέρας της παρούσης, με αρ. πρωτ. 18902/18-04-2019, Διακήρυξης είχατε κρίνει ότι «Στην οικονομική προσφορά, η παρακράτηση συμπληρώνεται πληροφοριακά, καθώς δεν αποτελεί κράτηση, αλλά συμψηφίζεται με τον φόρο εισοδήματος των οικονομικών φορέων», παρακαλούμε όπως μας διευκρινίσετε εκ νέου αν το σχετικό πεδίο του πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς συμπληρώνεται αποκλειστικά πληροφοριακά και δεν θα πρέπει να υπολογισθεί αυτό στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς πρό ΦΠΑ και στο ΓΕΝΙΚΟ ΣΥΝΟΛΟ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Αντίθετη ερμηνεία θα έχει ως αποτέλεσμα την μη εύλογη αύξηση της προσφερόμενης τιμής του εκάστοτε οικονομικού φορέα κατά 8% και θα έρθει σε προφανή αντίθεση με την προηγούμενη ως άνω απόφαση σας.

Απάντηση: Στην παράγραφο 2.4.4. της διακήρυξης, αναφέρεται: «Η τιμή που προσφέρεται είναι ανά τμήμα, που θα περιλαμβάνει το κόστος παροχής υπηρεσιών φύλαξης των επιμέρους δομών, κτιριακών εγκαταστάσεων, χώρων κτλ του Δήμου ... και σύμφωνα με την παρ. 5 περ α' του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016, θα περιλαμβάνει τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, την παρακράτηση φόρου 8%, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, για την παροχή υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

κρατήσεις υπόκεινται σε τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%». Επίσης στους πίνακες ανάλυσης των οικονομικών προσφορών (παράρτημα III) της διακήρυξης, αναφέρεται: «Οι παρακάτω πίνακες συμπληρώνονται (χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους) από τους διαγωνιζόμενους σύμφωνα με την κείμενη εργατική, ασφαλιστική και σχετική νομοθεσία και προσκομίζονται στην οικονομική προσφορά με ποινή απαραδέκτου της προσφοράς». Σε συνέχεια των ανωτέρω, στους πίνακες ανάλυσης των οικονομικών προσφορών, θα συμπεριληφθεί η παρακράτηση φόρου 8% και θα υπολογιστεί στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ ΦΠΑ. **Ως εκ τούτου δεν συμπληρώνεται αποκλειστικά πληροφοριακά, αλλά υπολογίζεται στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ ΦΠΑ (σχετ. αρ. απόφ. ΑΕΠΠ 699/2019, 184/2019).**

5. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

.... 5.1.2. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., 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. 4412/201631 γ) 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). Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

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.

22. 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 ουσιωδών διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54). Σύμφωνα δε με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣτΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) 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.

23. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

ίδια υποβλήθηκε (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

24. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

25. Επειδή, η υποχρέωση συμπερίληψης στην προσφερόμενη τιμή των κρατήσεων υπέρ τρίτων, καθώς και κάθε άλλης επιβάρυνσης, μεταξύ των οποίων, περιλαμβάνεται και το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του Ν. 4172/2013 (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 135/2019 και 1193_1194/2019), ως έχει κριθεί από την νομολογία: «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, σκ.4, ΕΑ ΣτΕ 446/2009, Αριθμός απόφασης: 267/2020 26 840/2008, 482/2006, πρβλ. ΣτΕ 3938/1999, Ε.Α. ΣτΕ 800, 256/2004, ΔΕφΑΘ 126/2019, 265/2016). Εν πάσει περιπτώσει, μια Προσφορά

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, Αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36), οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι Προσφοράς (βλ. σχετικές Αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

26. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, ο οικονομικός φορέας αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση την οποία, αυτός διενεργείται και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους του παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για τον οικονομικό φορέα, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του. Και τούτο διότι, ο δικαιούμενος συμμετοχής στο διαγωνισμό έχει το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με αίτηση ακυρώσεως τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η Διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για τις συνέπειες ενδεχόμενης ακύρωσής του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας. Η αντίθετη άποψη δεν συμβιβάζεται με την ανάγκη της ασφάλειας δικαίου, που επιβάλλεται από την προστασία όχι μόνο του δημόσιου συμφέροντος αλλά και των ιδιωτικών συμφερόντων τα οποία (συμφέροντα) εξυπηρετούνται κατά τρόπο λυσιτελέστερο με την αμφισβήτηση της νομιμότητας της διακήρυξης πριν από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

όχι εκ των υστέρων και ανάλογα με την έκβασή του (ΣΤΕ 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ.). Επομένως, λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως, ήτοι απαραδέκτως, κατόπιν λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66). Συνεπώς, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους των υποψηφίων παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, ανεξαρτήτως αν οι όροι αυτοί αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου ή σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις (ΣΤΕ 194/2011) καθόσον οι διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες διέπουν τον διαγωνισμό, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης (βλ. ΣΤΕ 1502/2003, ΣΤΕ ΕΑ 16/2005, 977/2004, ΔΕφΑθ 2277/2014, ΔΕφΑθ αναστ. 895/2012) ως ειδικότερες και αφορώσες το συγκεκριμένο διαγωνισμό. ΣΕ 2137/2012).

27. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του παρανόμως αποκλείσθηκε και τούτο διότι οι μεν νόμιμες κρατήσεις υπέρ του Δημοσίου και υπέρ των τρίτων όπως αυτές αναφέρονται στο άρθρο 5.1 της Διακήρυξης καταβάλλονται ως οφειλές του αναδόχου προς το Δημόσιο και τους τρίτους και αποτελούν ως εκ τούτου έξοδα του αναδόχου και τα οποία αυτός υποχρεούται να συνυπολογίσει στην προσφορά του. Αντιθέτως η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος, δεν αποτελεί οφειλή του αναδόχου προς το Δημόσιο και εισπράττεται από αυτό και αποδίδεται από το Δημόσιο προς τον ανάδοχο αφού πιστώνεται σε αυτόν και αποδίδεται σε αυτόν το αργότερο μέχρι το τέλος του δεύτερου μήνα από την ημερομηνία καταβολής της υποκείμενης σε παρακράτηση πληρωμής. Άρθρο 64 του ν. 4172/2013 . Ως εκ τούτου, η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί και δεν υπάγεται στην έννοια της νομίμου κρατήσεως όπως αυτή ορίζεται κατ άρθρον

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

68 του ν. 3863/2010, εις την οποία υπάγονται αποκλειστικώς και μόνον οι κρατήσεις που ορίζονται από τις εξής διατάξεις του νόμου **ως οφειλές του αναδόχου εν τούτοις σε αυτές προσετέθη παρανόμως και η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος**. Ισχυρίζεται ίδια ότι η αναθέτουσα αρχή ερμήνευσε και εφάρμοσε κακώς και παρά τον νόμο τον όρο 5.1 της προκηρύξεως, αφού παραβιάζοντας το περιεχόμενο αυτής, σύμφωνα με το οποίο ο ανάδοχος έχει υποχρέωση καταβολής της παρακράτησης φόρου κατά την πληρωμή του, θεώρησε την άνω παρακράτηση όχι ως παρακράτηση άλλα αντίθετως ως δήθεν κράτηση υπέρ τρίτων, καίτοι η άνω παρακράτηση γίνεται σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία δηλαδή δια λογαριασμό του αναδόχου και προκειμένου να αποδοθεί σε αυτόν κατά τα οριζόμενα από τον νόμο και δη τα άρθρα 62-64 του ν. 4172/2013 . Επίσης, ερμήνευσε ψευδώς και εφάρμοσε εσφαλμένως την διάταξη του εδαφίου β του άρθρου 68 παρ. 1 του ν. 3863/2010, βάσει της οποίας ο ανάδοχος υποχρεούται να υπολογίζει στην προσφορά του μόνον τις άνω νόμιμες κρατήσεις και όχι και την προκαταβολή και παρακράτηση του φόρου του. Ως εκ τούτου είναι σαφές ότι τόσο από την διακήρυξη, όσον και από τον νόμο, είναι απολύτως παράνομο και αντίθετο σε κάθε διάταξη δικαίου, η παρακράτηση του 8% να θεωρείται έξοδο του διαγωνιζομένου.

Η αναθέτουσα αρχή, επικαλείται τις διατάξεις της διακήρυξης, άρθρο 2.4.4 και ισχυρίζεται ότι το περιεχόμενο των οικονομικών προσφορών του εν λόγω διαγωνισμού και ο τρόπος σύνταξης τους ορίζονται στην παράγραφο 2.4.4 για όλα τα Περιεχόμενα Φακέλου για όλα την Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης οικονομικών προσφορών» της Διακήρυξης (σελ. 24) και σε καμία περίπτωση δεν περιγράφονται στο Τμήμα 5 Τρόπος Πληρωμής και δη στην παράγραφο 5.1. που επικαλείται η προσφεύγουσα. Επιπλέον, η προσφεύγουσα παραλείπει να αναφέρει στην προσφυγή της ότι και στην παράγραφο 5.1 και δη στο σημείο 5.1.2 στο οποίο περιγράφονται οι κρατήσεις ορίζεται με σαφήνεια ότι η οικονομική προσφορά συμπληρώνεται επί ποινή αποκλεισμού σύμφωνα με το Παράρτημα V για όλα τα τμήματα. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού». Στην παράγραφο 2.4.4 ορίζεται με

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

σαφήνεια ότι «Η οικονομική προσφορά συμπληρώνεται, επί ποινή αποκλεισμού, σύμφωνα με το Παράρτημα V (Έντυπο Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς) της παρούσας. ...Η τιμή που προσφέρεται είναι ανά τμήμα, που θα περιλαμβάνει το κόστος παροχής υπηρεσιών φύλαξης των επιμέρους δομών, κτιριακών εγκαταστάσεων, χώρων κτλ του Δήμου ... και σύμφωνα με την παρ. 5 περ α' του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016, θα περιλαμβάνει τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, την παρακράτηση φόρου 8%, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, για την παροχή υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Συνεπώς είναι σαφές ότι στον εν λόγω διαγωνισμό, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% έπρεπε βάσει της διακήρυξης και της πράξης παροχής διευκρινήσεων να υπολογιστεί στην οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων ως κράτηση. Αναφορικά για την αιτίαση της προσφεύγουσας ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος δεν αποτελεί κράτηση, επισημαίνει ότι λόγοι που αφορούν στους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο και εν προκειμένω στο στάδιο αξιολόγησης των προσφορών κι επομένως απαραδέκτως.

Ο α' παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι τεχνηέντως ο προσφεύγων παραλείπει να αναφερθεί στους σαφείς όρους της διακήρυξης, που δεν προσέβαλλε επικαίρως, και ρητά προβλέπουν τον αποκλεισμό του κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο της αρχής της ίσης μεταχείρισης, σε περίπτωση παράβασης των ρητών και επί ποινή αποκλεισμού διατάξεων της, όπως εν προκειμένω.

Ο β' παρεμβαίνων δεν περιλαμβάνει ισχυρισμούς επί του ως άνω λόγου, ήτοι περί της διατήρησης της προσβαλλόμενης καθό μέρος απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος.

28. Επειδή, εν προκειμένω, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, στοιχείο που ουδείς αμφισβητεί, ο προσφεύγων καίτοι ανέγραψε στην προσφορά του το ποσό που αντιστοιχεί στην παρακράτηση ύψους 8%, δεν υπολόγισε αυτή στη συνολική εκ μέρους του προσφερόμενη τιμή για τα επίμαχα

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

τμήματα. Ωστόσο, οι όροι της διακήρυξης, άρθρο 2.4.4 ήταν σαφείς και όριζαν ότι η τιμή που προσφέρεται είναι ανά τμήμα, που θα περιλαμβάνει το κόστος παροχής υπηρεσιών φύλαξης των επιμέρους δομών, κτιριακών εγκαταστάσεων, χώρων κτλ και σύμφωνα με την παρ. 5 περ α' του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016, θα περιλαμβάνει τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, **την παρακράτηση φόρου 8%**, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Πολλώ δε μάλλον διευκρινίσθηκαν, περαιτέρω και νομίμως σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2.1.3 της διακήρυξης, κατόπιν του από 22.11.2019 σχετικού ερωτήματος του ήδη β' παρεμβαίνοντος με την με αρ. 575/26.11.2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής ως εξής **«... Σε συνέχεια των ανωτέρω, στους πίνακες ανάλυσης των οικονομικών προσφορών, θα συμπεριληφθεί η παρακράτηση φόρου 8% και θα υπολογιστεί στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ Φ.Π.Α. Ως εκ τούτου, δεν συμπληρώνεται αποκλειστικά πληροφοριακά, αλλά υπολογίζεται στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ Φ.Π.Α.»** Εν προκειμένω, η απάντηση της αναθέτουσας αρχής επί αιτήματος παροχής διευκρινήσεων για σαφή όρο της διακήρυξης, στην οποία απλώς επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της διακήρυξης, ουδεμία μεταβολή επιφέρει στον νομικό κόσμο και δεν υπόκειται ως πράξη μη εκτελεστή σε προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 426/2011), αλλά συνιστά επιβεβαιωτική πράξη στην οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη. Μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή (πρβλ. ΣτΕ Ε.Α. 473/2010, 758, 45/2008, 952/2007), καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης αλλά το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κάποιο κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων (πρβλ. Ε.Α. 474/2005, 532/2004). Τούτων δοθέντων, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο α' παρεμβαίνων, ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται περί του ότι οι προτιθέμενοι να συμμετάσχουν στον υπόψη διαγωνισμό, επιβάλλετο να συμμορφωθούν με τους

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

συγκεκριμένους όρους της διακήρυξης, η οποία αποτελεί κανονιστική πράξη, διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν όσον και τους συμμετέχοντες σ' αυτόν, σε αντίθετη δε περίπτωση η προσφορά χρήζει απόρριψης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2.4.6 περ. α και η (βλ. σκ. 22-24 της παρούσας), ως αποκλίνουσα από τους όρους της διακήρυξης και ειδικότερα ως μη κανονική κατά τους ρητούς όρους της διακήρυξης.

29. Επειδή, όπως προσφάτως κρίθηκε από το ΔΕφ Αθ 1268/29.06.2020 σκ.6 *«Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του ν.4412/2016 σε συνδυασμό με τις διατάξεις του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής για παροχή υπηρεσιών σε φορείς της γενικής κυβέρνησης, υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των κρατήσεων που προβλέπεται ότι βαρύνουν την προσφορά του αναδόχου. Η παρακράτηση φόρου αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, από τον οποίο προεισπράττεται το σχετικό ποσό, ενώ στη συνέχεια, κατά την εκκαθάριση της φορολογικής του δήλωσης, επιστρέφεται ή συμψηφίζεται στο φόρο εισοδήματος που επιβάλλεται σε βάρος του επί των κερδών ή του καθαρού εισοδήματος, ανάλογα αν πρόκειται για νομικό ή φυσικό πρόσωπο. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την άποψη που επικράτησε στο Δικαστήριο, η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ούτε εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης. Τούτο διότι 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. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΕΣ Ολομ.807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.α.), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του*

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον 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, προσαυξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, καθώς, με τον τρόπο αυτό, αυξάνεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης και δυσχεραίνεται η εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού. **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». Διατυπώθηκε και μειοψηφία.**

30. Επειδή, οι διατάξεις της διακήρυξης ήταν σαφείς και πλήρεις παρέχοντας σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο (βλ. και 25/2019 αποφ. Διοικ. Εφετ. Αθηνών, Τμ. ΙΒ' (Μονομελές), Σχηματισμός Ακυρωτικής Διαδικασίας, αφορώσα την υπ' αριθμ. 1063/2018 αποφ. Της Α.Ε.Π.Π.), ήτοι ότι η παρακράτηση φόρου 8% θα συμπεριληφθεί και θα υπολογιστεί στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ Φ.Π.Α. Ως εκ τούτου, δεν συμπληρώνεται αποκλειστικά πληροφοριακά, αλλά υπολογίζεται στην οικονομική προσφορά», παρά ταύτα καίτοι ο προσφεύγων ανέγραψε το εν λόγω ποσό στην οικονομική προσφορά του, δεν το συμπεριέλαβε στο σύνολο της οικονομικής προσφοράς του ως

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

σαφώς απαιτούνταν από τη διακήρυξη. Επομένως, κατά δεσμία αρμοδιότητα, σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στη σκέψη 29 της παρούσας, η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε την προσφορά του, τυχόν αντίθετη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, θα παραβίαζε όχι μόνο την αρχή της ίσης μεταχείρισης των συνδιαγωνιζομένων, αλλά κι αυτής της νομιμότητας και θα υιοθετούσε συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού, ούτε βέβαια χωρεί νομίμως τροποποίηση της οικονομικής προσφοράς δοθέντος ότι ο προσφεύγων ουδόλως ισχυρίζεται πολλώ δε μάλλον δεν αποδεικνύει ότι η μη συμπερίληψη του οφείλεται σε πρόδηλο εκ παραδρομής σφάλμα του (βλ. σκ. 22-25 της παρούσας). Ακόμη και η αναφερόμενη στην ως άνω σκέψη πλέον πρόσφατη απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ληφθείσα κατά πλειοψηφία, καίτοι αναγνωρίζει ότι το 8% δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ήτοι δεν άγει σε απόρριψη προσφοράς για το λόγο αυτό, ΡΗΤΑ, ωστόσο, εξαιρεί την περίπτωση σαφούς πρόβλεψης στη διακήρυξη περί συμπερίληψης της, ως εν προκειμένω, ήτοι άγει σε αποκλεισμό. Συνεπώς, ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος, ως αποκλίνουσα ουσιωδώς από τους όρους της διακήρυξης, εξάλλου οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος στρέφονται κατά των όρων της διακήρυξης, τους οποίους και αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα, και προβάλλονται ανεπικαίρως και επομένως απαραδέκτως (βλ. σκ. 26 της παρούσας). Εξάλλου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους των υποψηφίων παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, ανεξαρτήτως αν οι όροι αυτοί αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου ή σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις (ΣΤΕ 194/2011) καθόσον οι διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες διέπουν τον διαγωνισμό, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, που αφορούν στην απόρριψη της προσφοράς του για τα τμήματα 1 και 3 και λόγω μειωμένου υπολογισμού ωρών απασχόλησης του προσωπικού φύλαξης, απορρίπτονται ομοίως, ως αβάσιμοι και τούτο διότι, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο α' παρεμβαίνων, ο προσφεύγων εκκινεί από την λανθασμένη παραδοχή ότι, αφού έγινε αποδεκτή η τεχνική του προσφορά, ως προς την δέσμευσή του για την τήρηση των ωρών φύλαξης,

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

πρέπει να γίνει αποδεκτή και η οικονομική του προσφορά, ανεξαρτήτως αν προϋπολόγισε κόστος για το σύνολο ή όχι των απαιτούμενων ωρών φύλαξης, καταλήγει στο εσφαλμένο συμπέρασμα ότι δεν έπρεπε να ελεγχθεί η προσφορά του. Αν, όμως ίσχυε, αυτό, δεν θ' απαιτούνταν η διενέργεια διαγωνισμών και προσφορών, αλλά θ' αρκούσαν απ' τους ενδιαφερόμενους - συμμετέχοντες δηλώσεις αποδοχής των όρων κάθε διακήρυξης και ετοιμότητας ανάληψης των δημιουργούμενων υποχρεώσεων. Εν πάσει περιπτώσει ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι υφίστατο ασάφεια στους όρους της διακήρυξης ως προς το εν λόγω σημείο, δεν δύνανται να καταστήσουν αποδεκτή την προσφορά του, αφού ως προεκτέθηκε αναλυτικά, κατά δεσμία αρμοδιότητα η προσφορά του πρέπει να απορριφθεί λόγω μη συμπερίληψης της παρακράτησης του 8%.

31. Επειδή, περαιτέρω, οι επικαλούμενες εκ του προσφεύγοντος πλημμέλειες των προσφορών τόσο του α' όσο και του β' παρεμβαίνοντος, αφορούν σε διαφορετικούς όρους της διακήρυξης από τον όρο που οδήγησε στην απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος. Δεν υφίσταται, επομένως, διαφορετική αξιολόγηση προσφορών με την ίδια πλημμέλεια, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και ως εκ τούτου δεν χωρεί νομίμως εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης. Επομένως, ο προσφεύγων, δεν θεμελιώνει σύμφωνα με τα αναλυτικά εκτεθέντα στη σκέψη 6 της παρούσας, έννομο συμφέρον στην ως άνω βάση προς παραδεκτή προβολή ισχυρισμών στρεφόμενων κατά των προσφορών συνυποψηφίων αυτού.

32. Επειδή, όλως επικουρικώς, ακόμη και εάν ήθελε εκτιμηθεί η δυνατότητα επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, 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

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

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 είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως (βλ. ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αλλά και C-54/18).

33. Επειδή, ωστόσο, ο προσφεύγων ουδόλως αιτείται τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας επί τω τέλει επαναπροκήρυξης της, προκειμένου να κριθεί εάν έχει έννομο συμφέρον να αιτηθεί την απόρριψη της προσφοράς του, ούτε βέβαια μέσω της εξουσίας που διαθέτει ο εισηγητής της υποθέσεως, κατ' άρθρο 12 παρ. 3 του π.δ. 39/2017, να συγκεντρώνει κάθε χρήσιμο στοιχείο που ελλείπει, ζητώντας από τα μέρη να προσκομίσουν αυτά, (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 935/2017), δύναται να καλέσει τον προσφεύγοντα προς συμπλήρωση του εννόμου συμφέροντος του και τούτο διότι αυτό εξειδικεύεται αυθεντικά από τον ίδιο, ούτε δύναται (ενν. ο εισηγητής) να υποκαταστήσει αυτόν κατά προφανή παραγνώριση της αρχής της ισότητας των μερών (βλ. μεταξύ άλλων Αποφάσεις ΑΕΠΠ με αρ. 678, 790/2020 του 7ου Κλιμακίου Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων ουδέν σχετικό αναφέρει προς απόπειρα θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντός του προς ματαίωση και επαναπροκήρυξη διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης, δεδομένου ότι ούτε από τις διατάξεις του εθνικού δικαίου ούτε από τις αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου σχετικά με το έννομο συμφέρον διαγωνιζομένων κατά το προσυμβατικό στάδιο και τη σχετική νομολογία του Δ.Ε.Ε. αναγνωρίζεται γενικό έννομο συμφέρον ακόμη και στον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως «μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού» και εγγυητής της διαφάνειας αυτού ακόμη και όταν έχει απομείνει ένας μόνο διαγωνιζόμενος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 106/2018). Εξάλλου, και η μειοψηφία της ΕΑ ΣτΕ 235/2019, δυνάμει της οποίας απεστάλη προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ, αναφέρει ότι «Η αναγνώριση εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος σε στάδιο προγενέστερο της αναθέσεως διαγωνιζομένου να επιδιώξει τον αποκλεισμό των προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων και τη ματαίωση του διαγωνισμού, επί

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

τω τέλει επαναπροκήρυξης, θα έβαινε πέραν του προστατευτικού σκοπού της οικονομικής οδηγίας 92/13/ΕΟΚ και θα ερχόταν σε αντίθεση με τον δημοσίου ενδιαφέροντος σκοπό της εντός ευλόγου χρόνου ολοκλήρωσης των διαγωνισμών για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με αποτέλεσμα να ανατρέπεται η δίκαιη ισορροπία μεταξύ της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και της πρακτικής αποτελεσματικότητας της Οδηγίας. Στην δε πρόσφατη νομολογία (ΕΑ ΣτΕ 180/19) διακρίνεται τάση εκ νέου περιστολής του έννομου συμφέροντος (σε σύγκριση με τις ΕΑ ΣτΕ 22/18 και 30/19), η οποία ίσως συνδέεται με τον ορατό κίνδυνο εκθετικής αύξησης των δικαστικών αντιδικιών και εκτροπής της διαγωνιστικής διαδικασίας στην «ηθική της με κάθε μέσο και στρεψοδικία εξόντωσης κάθε ανταγωνιστή και εν τέλει και του ίδιου του διαγωνισμού, ώστε να προκηρυχθεί ο επαναληπτικός» (βλ. και ΣτΕ ΕΑ 40/2020). Επομένως, υπό το φως των ανωτέρω, ο προσφεύγων στερείται εννόμου συμφέροντος προκειμένου να στραφεί κατά των προσφορών των παρεμβαινόντων.

35. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, δοθέντος ότι οι εκ μέρους του προσφεύγοντος αιτιάσεις που στρέφονται κατά των συνυποψηφίων αυτού και ήδη παρεμβαινόντων, προβάλλονται απαραδέκτως, παρέλκει, ελλείψει αντικειμένου, η εξέταση των ασκηθείσων παρεμβάσεων και ειδικότερα, του α' προσφεύγοντος ως προς το μέρος που αφορά στη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης κατά το μέρος με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του, και του β' προσφεύγοντος καθολοκληρία ο οποίος και δεν προβάλλει αιτιάσεις υπέρ της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος παρά μόνο υπέρ της αποδοχής της δικής του προσφοράς, καθόσον σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016 αναφορικά με την ενώπιον της ΑΕΠΠ άσκηση παρέμβασης, σαφώς αναγράφεται ότι ασκείται για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης, αποσκοπεί ειδικότερα, στην απόκρουση της Προδικαστικής Προσφυγής και των λόγων που προβάλλονται με αυτήν.

36. Επειδή, θα πρέπει να σημειωθεί, ότι όπως παγίως έχει κριθεί, συνιστά, έτερο ζήτημα η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, βάσει της

Αριθμός Απόφασης: 881/2020

αρχής της νομιμότητας, να ανακαλέσει -εφόσον κρίνει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις- τυχόν παράνομη ατομική διοικητική πράξη (βλ. ΣΤΕ 4026/2008 αλλά και Απόφαση ΑΕΠΠ 790/2020).

37. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

38. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, ομοίως η παρέμβαση του β παρεμβαίνοντος ως άνευ αντικειμένου και να γίνει εν μέρει δεκτή η παρέμβαση του α' παρεμβαίνοντος κατά το μέρος που αφορά στην διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης ως προς την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος και να απορριφθεί ως άνευ αντικειμένου κατά το μέρος που αφορά στην προσφορά του ιδίου .

39. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την α' παρέμβαση και απορρίπτει την β' παρέμβαση κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 31 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη