

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 13-2-2024 με την εξής σύνθεση Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Ελευθερία Καλαμιώτη, Μέλη.

Για να εξετάσει α) την από 8-1-2024 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 39/10.01.2024 του ...», που διατηρεί ατομική επιχείρηση με διακριτικό τίτλο «...», (εφεξής η «πρώτος προσφεύγων») και β) την από 8-1-2024 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 56/10-1-2024 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «δεύτερη προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα. Οι ως άνω προσφυγές συνεξετάζονται λόγω συνάφειας καθώς αφορούν στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία.

Κατά της «...» (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Επί της πρώτης ως άνω προδικαστικής προσφυγής άσκησε παρέμβαση η εταιρία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και νυν ανάδοχος, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Επί της δεύτερης ως άνω προδικαστικής προσφυγής άσκησαν παρέμβαση:

(α) η εταιρία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

(β) ο ... , που διατηρεί ... επιχείρηση με διακριτικό τίτλο «...», και νυν πρώτος προσφεύγων.

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή, ο πρώτος προσφεύγων αιτείται την ακύρωση των υπ' αρ. πρωτ. .../7.12.2023 και .../29.12.2023 αποφάσεων του Διοικητή της ... κατά το σκέλος που έκριναν ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και ανέδειξαν αυτόν ως ανάδοχο του διαγωνισμού.

Με τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των υπ' αρ. πρωτ. .../7.12.2023 και .../29.12.2023 αποφάσεων του Διοικητή της ... κατά το σκέλος που έκριναν ως αποδεκτές τις προσφορές των οικονομικών φορέων «...», ... και «...» και ανέδειξαν την εταιρία «...» ως ανάδοχο του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση κάθε προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, και δη παράβολο ποσού 3.024,20 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό...) και παράβολο ποσού 3.025,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό...) και την αντίστοιχη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, την με αριθ. υπ' αρ. .../15.9.2023 διακήρυξη, η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση Η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης ανέρχεται σε 604.838,71€, άνευ ΦΠΑ με δικαίωμα προαίρεσης για ένα επιπλέον έτος. Ως κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Πιο συγκεκριμένα, το αντικείμενο της σύμβασης συνίσταται στη ... Περαιτέρω, η διακήρυξη προβλέπει ότι «προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των ... Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε ένα (1) έτος, με δικαίωμα προαίρεσης ενός (1) έτους. Η Αναθέτουσα Αρχή, με μονομερή της Απόφαση, δύναται να ενεργοποιήσει το

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

δικαίωμα προαίρεσης και να προχωρήσει στην υπογραφή νέας σύμβασης.» Όσον αφορά την διάρκεια της σύμβασης προβλέπεται ότι «πιθανή ημερομηνία έναρξης της σύμβασης, εφόσον ολοκληρωθεί εγκαίρως η διαγωνιστική διαδικασία, ορίζεται η 22.09.2024.». Ο διαγωνισμός αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ...

3. Επειδή, οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές παραδεκτώσ στρέφονται μόνο κατά της υπ' αριθμ. .../29.12.2023 απόφασης του Διοικητή της Αναθέτουσας Αρχής, αφού οι έτερες προσβαλλόμενες πράξεις έχουν ενσωματωθεί σε αυτήν και, συνεπώς, απαραδέκτως προσβάλλονται αυτοτελώς. Ως προς την προσβαλλόμενη αυτή απόφαση, οι προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπροθέσμως, μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώσ.

4. Επειδή, εμπροθέσμως η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της επί των δύο προσφυγών μέσω ΕΣΗΔΗΣ.

5. Επειδή, οι παρεμβάσεις έχουν ασκηθεί εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώσ.

6. Επειδή, στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, συμμετείχαν πέντε οικονομικοί φορείς, και συγκεκριμένα οι ακόλουθοι βάσει σειράς κατάταξης: Ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο: «...», με προσφορά ποσού 546.732€ χωρίς ΦΠΑ, ο ... που διατηρεί ... επιχείρηση με διακριτικό τίτλο «...», με προσφορά ποσού 579.583,92€ χωρίς ΦΠΑ, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...», με προσφορά ποσού 587.186,44€ χωρίς ΦΠΑ, ο οικονομικός φορέας «...» και το διακριτικό τίτλο «...» με προσφορά ποσού 591.427,80€ χωρίς ΦΠΑ και ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...», με προσφορά ποσού 594.810,90€ χωρίς ΦΠΑ. Με την υπ' αρ. πρωτ. .../7.12.2023 απόφαση του Διοικητή της Αναθέτουσας Αρχής εγκρίθηκαν τα υπ' αρ. πρωτ. .../27.10.2023, .../03.11.2023, .../09.11.2023 και .../23.11.2023 πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, με τα οποία κρίθηκαν πλήρη και αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής, καθώς και οι τεχνικές και οικονομικές προσφορές όλων των συμμετεχόντων και, αποφασίστηκε η ανάδειξη της εταιρίας «...» ως προσωρινής αναδόχου. Κατόπιν, με την υπ' αρ.

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

πρωτ. .../29.12.2023 απόφαση του Διοικητή της Αναθέτουσας Αρχής εγκρίθηκε το με αρ. πρωτ. .../19.12.2023 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και αποφασίστηκε η οριστική κατακύρωση του διαγωνισμού στην ως άνω εταιρία «...».

7. Επειδή, στο αρ. 104 ν.4412/206 προβλέπονται τα εξής: «Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά.» (ομοίως και ο όρος 2.2.9, σελ. 18 της διακήρυξης).

8. Επειδή, στη διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπονται τα εξής: 2.4.4 «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» - Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών». [...] «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης: Τιμές. Η τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται σε ευρώ ανά μονάδα. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Οι προσφερόμενες τιμές αναπροσαρμόζονται σύμφωνα με τα αναλυτικώς οριζόμενα στην παράγραφο 6.5 της παρούσας. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή στο κεφάλαιο του Παραρτήματος Ι της παρούσας διακήρυξης. Στην οικονομική προσφορά θα πρέπει να επιλέγεται με σαφήνεια ένας από τους τρόπους πληρωμής που περιγράφονται στην παρ. (5.1) της παρούσας διακήρυξης. Ειδικά στις συμβάσεις καθαρισμού

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

ή/και φύλαξης οι Α.Α. προβλέπουν ότι οι προσφέροντες υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. Σημειώνεται ότι επειδή οι ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του ΕΔΗΔΗΣ δεν έχουν αποτυπώσει τις απαιτήσεις αυτές, οι συμμετέχοντες θα πρέπει να υποβάλλουν και ξεχωριστό έντυπο οικονομικής προσφοράς σε μορφή pdf (ψηφιακά υπογεγραμμένο) βάσει υποδείγματος που καταρτίζουν οι αναθέτουσες αρχές, το οποίο πρέπει να υπάρχει αναρτημένο σε επεξεργάσιμο αρχείο (word) στο χώρο του διαγωνισμού.».

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., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση 0,1% για την κάλυψη των λειτουργικών αναγκών της Αρχής (ΕΑΔΗΣΥ) για όλες τις συμβάσεις αξίας άνω των χιλίων (1.000) ευρώ, ανεξάρτητα από την πηγή προέλευσης χρηματοδότησης, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής ή τροποποιητικής σύμβασης (βάσει της παρ. 3 του άρθρου 350 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με την παράγραφο 3 του άρθρου 7 του Ν. 4912/2022). β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ της ανάπτυξης και συντήρησης του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, 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 του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. γ) 2% υπέρ των Οργανισμών Ψυχικής Υγείας που εποπτεύονται από το Υπουργείο Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης (μετά την αφαίρεση όλων των παραπάνω κρατήσεων πλην του φόρου). Με κάθε

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού. 2.2.9.1 «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα II, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.». 2.2.3.6, σελ. 16 της διακήρυξης «Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεών του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις».

9. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα υπέβαλε στην Αναθέτουσα Αρχή το από 10.10.2023 αίτημα παροχής διευκρινίσεων, με το οποίο ζητήθηκε διευκρίνιση με το ακόλουθο περιεχόμενο: «8. Παρακαλείσθε να διευκρινίσετε αν οι συμμετέχοντες στις οικονομικές τους προσφορές θα πρέπει να συμπεριλάβουν την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%». Επ' αυτού η Αναθέτουσα Αρχή, με το υπ' αρ. πρωτ. .../13.10.2023 έγγραφο της, που κοινοποίησε σε όλους τους διαγωνιζόμενους μέσω ΕΣΗΔΗΣ, απάντησε ότι «Η σύνταξη της προσφοράς εκάστου οικονομικού φορέα αποτελεί αποκλειστική ευθύνη του. Η διακήρυξη για την παροχή «...» έχει συνταχθεί σύμφωνα με τα πρότυπα της ΕΑΑΔΗΣΥ και περιλαμβάνει όλες τις απαραίτητες οδηγίες για τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών. (Ερώτημα 3, 5, 8, 9)».

10. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους, η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Περαιτέρω όπως έχει κριθεί, η πράξη περί 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 διακηρύξεως, 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).

11. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους. Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

12. Επειδή, περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται, επίσης, σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, κατ' αρχήν, μια προσφορά 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., C599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). Περαιτέρω μια προσφορά 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, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C-336/12, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

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, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά το αίτημα παροχής διευκρινήσεων, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π C-599/10, σκέψη 41, C-336/12 σκέψη 37) ήτοι οφείλει να σέβεται τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32). Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C- 131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorgna Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΣΕ 147/22 σκ.34).

13. Επειδή, περαιτέρω το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ επί των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας τις οποίες άλλωστε, αφενός, μνημονεύει ρητά το ίδιο το αρ. 42 ν. 4782/2021, αφετέρου, στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021 στο αρ.42 ομοίως ρητά αναγράφεται ότι «η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί». Εξάλλου, η Οδηγία 2014/24/ΕΕ στην αιτιολογική σκέψη 2 ρητά αναφέρει ότι στους σκοπούς της συγκαταλέγεται και η κατοχύρωση της ασφάλειας δικαίου και ενσωμάτωση ορισμένων πτυχών από τη σχετική πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η δε πάγια νομολογία του ΔΕΕ ακόμη και μετά τη θέση σε ισχύ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ επί του ζητήματος των διευκρινίσεων είναι ότι μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση είχε τεθεί επί ποινή απόρριψης της προσφοράς υπό την προϋπόθεση ότι η οικεία απαίτηση είχε τεθεί με σαφήνεια. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από τη σκ. 93 της Απόφασης ΔΕΕ της 7ης Σεπτεμβρίου 2021 στην υπόθεση C-927/19, όπου, επαναλαμβάνοντας τη νομολογία που παρατίθεται στην προηγούμενη σκέψη, ρητά αναφέρεται « Όπως προκύπτει από πάγια νομολογία σχετικά με την ερμηνεία των διατάξεων της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114), η οποία στηρίζεται ιδίως στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και πρέπει να εφαρμόζεται κατ' αναλογία στο πλαίσιο του ως άνω άρθρου 56, παράγραφος 3 (ενν. της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ που ενσωματώθηκε με το αρ. 102 ν. 4412), η αίτηση διευκρινίσεως που υποβάλλεται σε οικονομικό φορέα δυνάμει της διατάξεως αυτής δεν μπορεί, εντούτοις, να θεραπεύσει την παράλειψη προσκομίσεως εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει. (βλ., κατ' αναλογία, 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, σκέψεις 36 και 40, και της 28ης Φεβρουαρίου 2018, MA.T.I. SUD και Duemme SGR, C 523/16 και C 536/16, EU:C:2018:122, σκέψεις 51 και 52, 21 Σεπτεμβρίου 2021 στην υπόθεση C-927/19 σκ. 93, και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32, ΣΕ 147/2022 σκ. 34.).

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

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

15. Επειδή, ο προσφεύγων και η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής τους υποστηρίζουν αμφότεροι ότι η οικονομική προσφορά της αναδόχου ... είναι μη νόμιμη και απορριπτέα, διότι δεν περιλαμβάνει την παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού.

16. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή και η παρεμβαίνουσα ... αιτούνται την απόρριψη του σχετικού λόγου.

17. Επειδή, επί του ως άνω προβαλλόμενου λόγου λεκτέα τα ακόλουθα: Όπως έχει παγίως κριθεί (βλ αντί πολλών Δ.Εφ.Αθ 1268/2020, Δ.Εφ.Θεσσ. 58/2021 σκέψη 9), ο ως άνω παρακρατούμενος φόρος είναι περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς, μόνο στην περίπτωση που ρητώς ορίζεται τούτο στην οικεία διακήρυξη του διαγωνισμού. Τούτο, γιατί, η ως άνω παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία προβλέπεται από το άρθρο 64 παρ. 2 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013, φ.ε.κ. Α' 67), προδήλως δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου ούτε, όμως, φαίνεται να εμπίπτει στην έννοια της «κάθε άλλης επιβάρυνσης» που περιλαμβάνεται στην τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας κατά τις αντίστοιχες διατάξεις της οικείας διακήρυξης, οι οποίες επαναλαμβάνουν τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 95 του ν. 4412/2016. 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

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

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 Ολ. 807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.ά.), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογούμενου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να το αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται. Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, δεδομένου, άλλωστε, ότι, όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ ...), η επιβάρυνση του εισοδήματος από τη φορολογία εισοδήματος δεν αποτελεί στοιχείο που ανάγεται στο συσχετισμό της παροχής και αντιπαροχής από την εργολαβική σύμβαση, ώστε, ως «φόρος» ή «κάθε άλλη επιβάρυνση», να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης και, συνεπώς, να πρέπει, κατά τους ως άνω όρους της διακήρυξης του επίδικου διαγωνισμού, να περιληφθεί στην τιμή της οικονομικής προσφοράς. 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, η οποία αφενός υποχρεούται να προσαυξάνει ανάλογα τον προϋπολογισμό της σύμβασης, με αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται στην εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού (ΔΕΦΑΘ 1268/2020), αφετέρου υποχρεώνεται, τελικά, στην καταβολή ενός ποσού (του ποσού της παρακράτησης) το οποίο μπορεί να επιστραφεί εξ ολοκλήρου στον ανάδοχο μετά την εκκαθάριση του ετήσιου φόρου εισοδήματος και, πάντως, (υπολογιζόμενο επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, ήτοι επί της αξίας του τιμολογίου μετά την αφαίρεση των νόμιμων κρατήσεων) δεν αντιστοιχεί στο φορολογητέο κέρδος του αναδόχου από τη συγκεκριμένη σύμβαση

18. Επειδή, ενόψει όσων έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στην ένδικη διακήρυξη ότι οι

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

οικονομικές προσφορές οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το πιο πάνω ποσοστό φόρου εισοδήματος που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, ούτε, άλλωστε, ενόψει των αμέσως ανωτέρω γενομένων δεκτών, συνάγεται το αντίθετο, τόσο από το στοιχείο με Α/Α 13 του περιληφθέντος στο Παράρτημα V της ίδιας διακήρυξης υποδείγματος της οικονομικής προσφοράς, το οποίο αναφέρεται, γενικώς, σε νόμιμες κρατήσεις επί της αξίας του τιμολογίου, όσο και από το άρθρο 5.1 της ένδικης διακήρυξης, το οποίο δεν ρυθμίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών, αλλά τον τρόπο πληρωμής του αναδόχου, συνεπώς, η αναφορά του στην παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου δεν αρκεί για να θεμελιώσει υποχρέωση προσδιορισμού της προσφερόμενης τιμής κατόπιν συνυπολογισμού της εν λόγω παρακράτησης, ούτε, τέλος, φαίνεται να συνάγεται το αντίθετο, από την από 23-10-2020 απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία γίνεται παραπομπή στο άρθρο 5.1 της διακήρυξης (χωρίς, τελικά, να δίδεται απάντηση στο υποβληθέν ερώτημα περί του συνυπολογισμού της πιο πάνω παρακράτησης στην οικονομική προσφορά), η ένδικη αυτή παρακράτηση δεν αποτελεί περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς κάθε προσφέροντος. Τούτο δε, ειδικότερα, γιατί εν προκειμένω, από την αδιάστικτη γραμματική διατύπωση των όρων της διακήρυξης, προκύπτει ρητά και αδιαμφισβήτητα ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς στον υπό κρίση διαγωνισμό, οφείλουν να υποβάλουν και να συντάξουν την οικονομική τους προσφορά, σύμφωνα με τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο 2.4.4 της διακήρυξης, ως προς τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων, περιλαμβάνοντας τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ Τρίτων και Δημοσίου. Στις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων, όπως, ήδη, έγινε δεκτό ανωτέρω, δεν περιλαμβάνεται η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, για την οποία ρητώς αναφέρεται στη διακήρυξη πως ισχύει απλώς ότι *«με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού»* και, ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς δεν απαιτείτο να τη συμπεριλάβουν στην οικονομική τους προσφορά. Δηλαδή, κατά την ορθή ερμηνεία της διακήρυξης και του εφαρμοστέου νομικού πλαισίου συμπεριλαμβανομένης της διευκρίνισης της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

ουδέν νεότερο προσέθεσε στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, όπως εξάλλου συνομολογείται από τους προσφεύγοντες, δεν υπήρχε υποχρέωση ρητού και επιπρόσθετου συνυπολογισμού στην οικονομική προσφορά της προβλεπόμενης εκ του άρθρου 64 του ν. 4172/2013 παρακράτησης φόρου ποσοστού 8%. Ως εκ τούτου, αβασίμως προβάλλεται ο σχετικός λόγος και με τις δύο προδικαστικές προσφυγές και πρέπει να απορριφθεί.

19. Επειδή, με το δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο πρώτος προσφεύγων υποστηρίζει τα εξής: «Εν προκειμένω, η συνολικώς προσφερόμενη τιμή της εταιρείας «...» ανέρχεται σε 546.732,00 € πλέον ΦΠΑ. Από το ποσό αυτό αφαιρούνται οι υπέρ τρίτων νόμιμες κρατήσεις εκ ποσού 11.600,75 € που η ίδια δηλώνει, και απομένει το ποσό των 535.131,25 €, που αποτελεί την καθαρή αξία της προσφοράς της. Από αυτήν την καθαρή αξία των 535.131,25 € θα παρακρατηθεί ο φόρος εισοδήματος εκ ποσοστού 8%, ήτοι ποσό 42.810,50 €. Ομως, το ποσό που απομένει μετά την παρακράτηση, ήτοι το ποσό των 492.320,75 € (=535.131,25 - 42.810,50), αναμφισβήτητα δεν δύναται να καλύψει το δηλούμενο ποσό των πάσης φύσεως αποδοχών, των αναλογουσών ασφαλιστικών εισφορών, του κόστους αναλωσίμων, του διοικητικού κόστους, των λοιπών εξόδων και του εργολαβικού κέρδους της προσφοράς της, τα οποία αθροίζουν 535.131,25 €. Δηλαδή, παρατηρείται σε επίπεδο ταμειακών ροών έλλειμμα ποσού τουλάχιστον 42.810,50 €. Επομένως, οι τρέχουσες οικονομικές υποχρεώσεις για την εκτέλεση του έργου δεν καλύπτονται από τις χρηματοροές του έργου και σε πραγματικό χρόνο παράγονται «ζημίες», καθώς είναι πρόδηλο ότι αφού γίνει η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος, οι εναπομείνουσες χρηματοροές του έργου δεν επαρκούν για την πληρωμή των πάσης φύσεως αποδοχών, των αναλογουσών ασφαλιστικών εισφορών, των αναλωσίμων, του διοικητικού κόστους και των λοιπών εξόδων της προσφοράς της εταιρείας «...». Τίθεται, δηλαδή, εν αμφιβάλλω η προσήκουσα εκτέλεση του έργου».

20. Επειδή, ο ως άνω λόγος της προσφυγής, ανεξαρτήτως της αοριστίας του, προβάλλεται αβασίμως, ενόψει των κριθέντων στην προηγούμενη σκέψη, ερειδόμενος στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, αποτελεί ποσό που πρέπει

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

να υπολογιστεί στην οικονομική προσφορά, προκειμένου να αξιολογηθεί αυτή από την Αναθέτουσα Αρχή . Συνεπώς ο λόγος αυτός της πρέπει να απορριφθεί.

21. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της υποστηρίζει ότι η προσφορά του ... έπρεπε να απορριφθεί, γιατί το κόστος αντικατάστασης εργαζομένου σε άδεια, που έχει δηλωθεί στην προσφορά, υπολείπεται του νομίμου. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι το κόστος αντικατάστασης εργαζομένου σε άδεια υπολογίζεται από την ως άνω επιχείρηση με βάση το κόστος ώρας 4,68€ (που αντιστοιχεί σε απασχόληση πρωινή σε καθημερινή) και δεν ενσωματώνονται σε αυτό οι προσαυξήσεις για νυκτερινή εργασία και απασχόληση σε Κυριακές/Αργίες, που θα λάβουν οι αντικαταστάτες. Ειδικότερα, προβάλλει ότι εάν ο ... είχε υπολογίσει το κόστος αντικαταστάτη και άδειας αντικαταστάτη συμπεριλαμβάνοντας τις προσαυξήσεις που θα καταβληθούν στους αντικαταστάτες για νυκτερινή απασχόληση και απασχόληση σε Κυριακές/Αργίες θα κατέληγε σε συνολικό εργοδοτικό κόστος ίσο με 528.253,8€ για όλη την διάρκεια της σύμβασης. Ωστόσο, ο ανωτέρω έχει δηλώσει στον Πίνακα Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς ως «Μερικό Σύνολο», το οποίο αποτελεί το δηλωθέν εργοδοτικό κόστος της προσφοράς του, το ποσό των 519.326,22€. Ως εκ τούτου, η προσφορά του δεν καλύπτει το πραγματικό και ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος με βάση τα δεδομένα της, αφού αυτό ανέρχεται σε 528.253,8€, ενώ έχει υπολογιστεί μόνο το ποσό των 519.326,22€ και προκύπτει διαφορά ποσού 8.927,58€, που δεν μπορεί να καλυφθεί από άλλο κονδύλιο της προσφοράς.

22. Επειδή, ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη του σχετικού λόγου υποστηρίζοντας τα εξής: «2.1.Οι νόμιμες προσαυξήσεις υπολογίστηκαν σύμφωνα με τις προδιαγραφές της Διακήρυξης και είναι αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας περί συνυπολογισμού των προσαυξήσεων, για νυκτερινή απασχόληση και απασχόληση κατά τις Κυριακές και τις Αργίες, στο κόστος των εργαζομένων που θα αντικαταστήσουν τους βασικούς εργαζόμενους κατά την άδεια τους και του τρόπου υπολογισμού της άδειας αντικαταστάτη. Και τούτο διότι από την υποβληθείσα οικονομική προσφορά μου προκύπτει ότι έχει υπολογιστεί σε

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

χωριστό πεδίο το κόστος προσαυξήσεων για το χρονικό διάστημα δώδεκα μηνών (...) όπως προβλέπεται από τη Διακήρυξη. Συγκεκριμένα, έχω προβεί σε χωριστό υπολογισμό του συνόλου των προβλεπόμενων προσαυξήσεων, ως εμφανίζεται στον σχετικό Πίνακα της Οικονομικής προσφοράς μου, υπολογίζοντας τις ημέρες και ώρες της συνολικής διάρκειας της σύμβασης για τις ακόλουθες προσαυξήσεις: α) προσαύξηση κόστους νυχτερινής ώρας καθημερινής (25% Δευτέρα έως Παρασκευή), β) προσαύξηση κόστους νυχτερινής ώρας καθημερινής (25% Σάββατο), γ) προσαύξηση κόστους πρωινής και απογευματινής ώρας Κυριακής (75%), δ) προσαύξηση κόστους πρωινής και απογευματινής ώρας Αργίας (75%), ε) προσαύξηση κόστους νυχτερινής ώρας Κυριακής (100%) και στ) προσαύξηση κόστους νυχτερινής ώρας Αργίας (100%). Υπολόγισα το σύνολο των προσαυξήσεων για το σύνολο των ωρών εργασίας της διάρκειας της σύμβασης, ποσού 84.324,24 € (23.783.76€ για το διάστημα 22/9- 31/12/2024 και 60.540,48€ για το διάστημα 1/1-21/9/2025). Σημειώνεται ότι οι προσαυξήσεις (νυχτερινών, αργιών και Κυριακών), κατά τις ημέρες της άδειας, αφορούν στους εργαζόμενους αντικαταστάτες και όχι στους αδειούχους, οι οποίοι, για τις ημέρες της άδειας, δεν θα λάβουν τις προσαυξήσεις, αφού δεν εργάζονται Κυριακή/ αργία ή νύχτα, όπως παγίως γίνεται δεκτό από τη νομολογία της ΕΑΔΗΣΥ (βλ. ενδ. ΕΑΔΗΣΥ 1047-1048/2022 σκ. 29,982/2023, ad hoc 1373/2023). Προϋπόθεση εξάλλου για τη λήψη προσαυξήσεων (νυχτερινών, αργιών και Κυριακών) είναι η πραγματική παροχή εργασίας κατά τις Κυριακές/αργίες και τη νύχτα, προϋπόθεση που αναμφισβήτητα δεν συντρέχει για τους αδειούχους. Επομένως, αν γίνονταν δεκτοί οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας περί συνυπολογισμού των προσαυξήσεων στις αποδοχές του αντικαταστάτη τούτο θα ισοδυναμούσε με διπλό υπολογισμό των προσαυξήσεων (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 1047 και 1048/2022, 982/2023, ad hoc 1373/2023).

23. Επειδή, ως προς τον ως άνω προβαλλόμενο λόγο λεκτέα τα ακόλουθα: Καταρχήν, ο παρεμβαίνων συνομολογεί ότι το ωρομίσθιο των 4,68€, με βάση το οποίο έχει υπολογίσει το κόστος αντικατάστασης εργαζομένου σε κανονική άδεια, αντιστοιχεί στο κόστος ώρας πρωινού καθημερινής. Ισχυρίζεται, όμως, ότι έχει συμπεριλάβει τις προσαυξήσεις που

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

θα λάβουν οι αντικαταστάτες σε άλλο πεδίο της προσφοράς και συγκεκριμένα υποστηρίζει ότι έχει υπολογίσει διακριτά το σύνολο των προσαυξήσεων για το σύνολο των ωρών εργασίας της σύμβασης και έχει δηλώσει τα σχετικά ποσά στους πίνακες με τίτλο «Υπολογισμός Προσαυξήσεων» στις σελ. 4 και 5 της οικονομικής του προσφοράς, που αφορούν τα έτη 2024 και 2025, αντίστοιχα. Η ανωτέρω επιχειρηματολογία του παρεμβαίνοντος είναι εντούτοις εσφαλμένη, διότι, όπως προκύπτει από το Παράρτημα Ι, «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης», σελ. 48 της διακήρυξης, με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της υπό ανάθεση σύμβασης, ... των 16 από τις 17 αποκεντρωμένες δομές της ... θα εκτελείται μόνο με βραδινή βάρδια, διάρκειας 8 ωρών, ενώ μόνο μία δομή (Σοφάδων) θα φυλάσσεται καθ' όλη την διάρκεια του 24ώρου, με πρωινή, απογευματινή και βραδινή βάρδια. Επίσης, σύμφωνα με τις «παρατηρήσεις» που περιέχονται στον πίνακα των τεχνικών προδιαγραφών της σελ. 48, η φύλαξη αφορά όλες τις ημέρες της εβδομάδας και τα Σαββατοκύριακα και τις θεσμοθετημένες αργίες. Συνεπώς, οι τακτικοί εργαζόμενοι θα εργάζονται κυρίως τη νύχτα, αλλά και τις Κυριακές/Αργίες. Συνεπώς, το μόνιμο προσωπικό που θα απασχοληθεί για την υπό ανάθεση σύμβαση, θα λαμβάνει -σε τακτική βάση- προσαύξηση λόγω νυκτερινής εργασίας, σύμφωνα με το άρθρο 143 π.δ. 80/2022. Περαιτέρω, το μόνιμο προσωπικό θα εργάζεται τις Κυριακές και τις αργίες του έτους, με αποτέλεσμα να λαμβάνει προσαύξηση αμοιβής 75% για τις εν λόγω ημέρες, σύμφωνα με το άρθρο 209 π.δ. 80/2022. Περαιτέρω, κατά τις ημέρες που το μόνιμο προσωπικό λαμβάνει άδεια, καταβάλλονται σε αυτό οι αποδοχές αδείας. Περαιτέρω το άρθρο 212 π.δ. 80/2022 προβλέπει, όσον αφορά τις αποδοχές αδείας, ότι «1. Κατά τη διάρκεια της άδειας ο εργαζόμενος δικαιούται τις συνήθεις αποδοχές που θα δικαιούτο εάν απασχολείτο από την υπόχρεη επιχείρηση κατά τον αντίστοιχο χρόνο ή εκείνες που τυχόν καθορίζονται για την περίπτωση αυτή με συλλογική σύμβαση. Στην έννοια των αποδοχών περιλαμβάνονται και οι κάθε είδους πρόσθετες ή συμπληρωματικές τακτικές παροχές (αντίτιμο τροφής, επιδόματα κ.λπ.). [...]» Όσον δε αφορά την έννοια «συνήθεις αποδοχές», όπως έχει παγίως κριθεί «ως «συνήθεις αποδοχές», με βάση τις οποίες υπολογίζονται οι αποδοχές και το επίδομα αδείας, καθώς και τα επιδόματα εορτών Πάσχα και Χριστουγέννων, νοούνται ο συμβατικός ή νόμιμος μισθός ή

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

το ημερομίσθιο, καθώς και οποιαδήποτε άλλη πρόσθετη εργοδοτική παροχή, σε χρήμα ή σε είδος, που καταβάλλεται κατά την διάρκεια της σύμβασης εργασίας, με την προϋπόθεση, ότι η παροχή αυτή δίδεται σταθερά και μόνιμα ως αντάλλαγμα της παρεχόμενης εργασίας (πλην του επιδόματος αδείας στις αποδοχές αδείας) και επομένως, εφόσον παρέχονται τακτικά και σταθερά, περιλαμβάνονται στις τακτικές αποδοχές, μεταξύ άλλων, οι προσαυξήσεις για την παροχή εργασίας κατά τη νύκτα, τις Κυριακές και τις αργίες και γενικά κάθε προσαύξηση του βασικού μισθού ή του ημερομισθίου (ΟΛΑΠ 16/2011, ΑΠ 1367/2020).» (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 203-204/2023, σκ. 31). Μάλιστα, με την απόφαση .../2024 του ... ακυρώθηκε η απόφαση 1373/2023 της ΕΑΔΗΣΥ η οποία είχε κρίνει ότι οι προσαυξήσεις (νυχτερινών, αργιών και Κυριακών), κατά τις ημέρες της άδειας, αφορούν στους εργαζόμενους αντικαταστάτες και όχι στους αδειούχους, οι οποίοι, για τις ημέρες της άδειας, δεν θα λάβουν τις προσαυξήσεις, αφού δεν εργάζονται Κυριακή/ αργία ή νύχτα, και την οποία επικαλείται η παρεμβαίνουσα προκειμένου να αποδείξει την ορθότητα της μεθόδου υπολογισμού της, συνομολογώντας ότι επί αυτής της παραδοχής έκανε τους υπολογισμούς της. Ωστόσο, στην προκειμένη περίπτωση, οι προσαυξήσεις για παροχή εργασίας κατά τη νύκτα, τις Κυριακές και τις αργίες χορηγούνται στους μόνιμους εργαζόμενους σταθερά και μόνιμα. Κατά συνέπεια, όταν οι μόνιμοι εργαζόμενοι λαμβάνουν άδεια δικαιούνται ως αποδοχές αδείας τις «συνήθεις αποδοχές» τους, στις οποίες περιλαμβάνονται και οι προσαυξήσεις. Ως εκ τούτου, οι προσαυξήσεις, που έχει υπολογίσει ο παρεμβαίνων στους πίνακες με τίτλο «Υπολογισμός Προσαυξήσεων» στις σελ. 4 και 5 της οικονομικής του προσφοράς και ανέρχονται σε 23.783,76€ για το έτος 2024 και σε 60.540,48€ για το έτος 2025 και οι οποίες καλύπτουν το σύνολο των ωρών εργασίας της διάρκειας της σύμβασης όπως διευκρινίζεται με την παρέμβαση, καλύπτουν μόνο τις αποδοχές του βασικού-μόνιμου προσωπικού. Συνεπώς, ο σχετικός λόγος βασίμως προβάλλεται, δεδομένου ότι στο κόστος αντικατάστασης εργαζομένου σε άδεια που υπολογίζεται στην προσφορά του ποαρεμβαίνοντος δεν έχουν συμπεριληφθεί οι προσαυξήσεις για νυκτερινή εργασία και απασχόληση σε Κυριακές/Αργίες, που θα καταβληθούν στους αντικαταστάτες. Συνοψίζοντας, το κόστος αντικατάστασης εργαζομένου σε άδεια, που δηλώθηκε στην υπό κρίση προσφορά υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου, επειδή δεν έχουν ενσωματωθεί σε αυτό οι

προσαυξήσεις που θα καταβληθούν στους αντικαταστάτες. Επομένως, κατά τον βάσιμο αυτό λόγο, η προσφορά του παρεμβαίνοντος ... έπρεπε να απορριφθεί.

24. Επειδή, τα παραπάνω αναφερόμενα παρέχουν αυτοτελές έρεισμα περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ... συνεπώς, η εξέταση των ετέρων λόγων της προσφυγής, σχετικά με την απόρριψη της εν λόγω προσφοράς, παρέλκει.

25. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής της προβάλλει πρόσθετο λόγο απόρριψης της προσφοράς της «...». Ειδικότερα υποστηρίζει ότι «η εταιρία «...» απάντησε αρνητικά στο ερώτημα του ΕΕΕΣ με περιεχόμενο «έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρόωρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση» (βλ. σελ. 13-14 του υποβληθέντος ΕΕΕΣ). Όμως, μετά την υποβολή των προσφορών, επιβλήθηκαν στην ως άνω εταιρία οι ακόλουθες ποινικές ρήτρες: Στο πλαίσιο της υπ' αρ. ... Σύμβασης... , η ... εξέδωσε τις από 22.12.2023 και από 28.12.2023 αποφάσεις (προσκομιζόμενες) με ΑΔΑ: ... και ... αντίστοιχα, με τις οποίες επιβλήθηκαν ποινικές ρήτρες στην εταιρία «...» ποσών 3.574,16€ και 3.873,30€, αντίστοιχα. Οι ποινικές ρήτρες επιβλήθηκαν λόγω παρεκκλίσεων των παρεχόμενων υπηρεσιών από τους όρους της σύμβασης, ενώ και με τις δύο αποφάσεις αποφασίσθηκε η άμεση αντικατάσταση ατόμων του προσωπικού φύλαξης που δεν πληρούν τις προϋποθέσεις προϋπηρεσίας της εν λόγω Διακήρυξης. Το γεγονός αυτό καθιστά την εταιρία «...» αποκλειστέα από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία -κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής- λόγω συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4 περ. στ' περί σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Έτι περαιτέρω, δεδομένου ότι η εταιρία «...» παρέλειψε να ενημερώσει αμελλητί την αναθέτουσα αρχή, όπως επιτάσσει το άρθρο 104 παρ. 2 ν. 4412/2016, η δήλωση που υπέβαλε στο

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

ΕΕΕΣ έχει καταστεί εκ των υστέρων ανακριβής και ψευδής και πρέπει να αποκλειστεί και για τον λόγο αυτό (λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4 περ. ζ')».

26. Επειδή, όπως κρίθηκε από το ΔΕΕ στην Απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2019, Υπόθεση -267/18, (βλ. σκέψεις 26-29): «Ειδικότερα, ο λόγος προαιρετικού αποκλεισμού που διαλαμβάνεται στο άρθρο 5 , παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας αυτής, στηρίζεται σε ουσιώδες στοιχείο της σχέσεως του αναδόχου της συμβάσεως με την αναθέτουσα αρχή, δηλαδή στην αξιοπιστία του αναδόχου, στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής προς αυτόν (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Υπόθεση -41/1:2019:50, σκέψεις 29 και 30). Η εμπέδωση σχέσεως εμπιστοσύνης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου προϋποθέτει, επομένως, ότι η εν λόγω αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την αξιολόγηση, στο πλαίσιο προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, στην οποία προέβη άλλη αναθέτουσα αρχή, προκειμένου, μεταξύ άλλων, να είναι σε θέση να αποδώσει ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας κατά το χρονικό σημείο της εφαρμογής των λόγων προαιρετικού αποκλεισμού (πρβλ. Απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, , -41/1 , : :2019:50 , σκέψεις 30 και 32»).

Η αρχή αυτή επιτάσσει πράγματι να εξετάζει και να εκτιμά η ίδια η αναθέτουσα αρχή τα πραγματικά περιστατικά». Εξάλλου, δια των οικείων κρίσιμων διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, επιδιώκεται η αποθάρρυνση των οικονομικών φορέων από την παροχή ανακριβών ή την απόκρυψη κρίσιμων πληροφοριών, οι οποίες αν ήταν σε γνώση της αναθέτουσας αρχής θα μπορούσαν να επηρεάσουν το αποτέλεσμα της διαδικασίας στην οποία συμμετέχουν. Οι δε πληροφορίες αυτές είναι δυνατόν να αφορούν τον παρόντα, είτε προηγούμενο διαγωνισμό, αφού η αξιοπιστία ενός οικονομικού φορέα αποτελεί ιδιότητα που δεν αποτυπώνεται μόνο στιγμιαίως, αλλά αναγκαστικά εκτείνεται χρονικά σε όλη τη διάρκεια της επιχειρηματικής του δραστηριότητας και, συνακόλουθα, σε όλες τις προηγούμενες συμμετοχές του σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης, πολλώ δε μάλλον τις πρόσφατες.

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

27. Επειδή, από το συνδυασμό της διάταξης του αρ. 104 παρ. 2 ν. 4412/2016 και των όρων της Διακήρυξης, αλλά και των στοιχείων του φακέλου, προκύπτει ότι - όπως βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα η «...» όφειλε να ενημερώσει την Αναθέτουσα Αρχή για τη συνδρομή στο πρόσωπό της πιθανού λόγου αποκλεισμού δια δηλώσεως οψιγενών μεταβολών. Εξάλλου η κρίση περί του αν οι εν λόγω κυρώσεις που της επεβλήθησαν στο πλαίσιο της υπ' αρ. ... Σύμβασης ... , από τη ... συνιστούν ή όχι λόγο αποκλεισμού, εναπόκειντο στην κρίση της Αναθέτουσας Αρχής και όχι της συμμετέχουσας, η οποία, σε κάθε περίπτωση, όφειλε να ενημερώσει για τη συνδρομή τους. Ειδικότερα, εν προκειμένω, με την εν λόγω απόκρυψη αποστερήθηκε η Αναθέτουσα Αρχή της ευχέρειας της ακόμη και να αξιολογήσει το αν συντρέχει ή όχι στο πρόσωπο της υπό κρίση συμμετέχουσας λόγος αποκλεισμού και δη σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού. Λόγω της παράλειψής της προσφέρουσας αυτής να ενημερώσει σχετικώς με τα ανωτέρω οψιγενή στοιχεία την Αναθέτουσα Αρχή, η προσφορά της κατέστη απορριπτέα, κατ' αποδοχή ως βασίμου του ως άνω λόγου.

28. Επειδή, τα παραπάνω αναφερόμενα παρέχουν αυτοτελές έρεισμα περί απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», συνεπώς, η εξέταση των ετέρων λόγων της προσφυγής, σχετικά με την απόρριψη της εν λόγω προσφοράς, παρέλκει.

29. Επειδή, ενόψει όλων των ανωτέρω, η πρώτη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, πρέπει δε να γίνει η επ' αυτής παρέμβαση. Η δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει, να γίνει δεκτή η επ' αυτής παρέμβαση της εταιρείας «...» και να απορριφθεί η επ' αυτής παρέμβαση του ... Περαιτέρω πρέπει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ... απόφαση του Διοικητή της ... κατά το σκέλος που έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...». Πρέπει τέλος να καταπέσει το παράβολο που κατατέθηκε για την άσκηση της πρώτης προσφυγής και να επιστραφεί το παράβολο που κατατέθηκε για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: 408 και 409 / 2024

Απορρίπτει την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση της εταιρείας «...» επί της πρώτης προδικαστικής προσφυγής.

Δέχεται εν μέρει τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση της εταιρείας «...» επί της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής.

Απορρίπτει την παρέμβαση του ... επί της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. πρωτ. .../29.12.2023 απόφαση του Διοικητή της ... , κατά το σκέλος που έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...».

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέβαλε η πρώτη προσφεύγουσα.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου που κατέβαλε η δεύτερη προσφεύγουσα.

Κρίθηκαν και αποφασίσθηκαν στις 13-2-2024 και εκδόθηκαν στις 4-3-2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος
Ιωάννης Λαμπρόπουλος

Η γραμματέας
Φωτεινή Μαραντίδου