

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 29 Μαρτίου 2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει: **α)** την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 19/2/2024 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 246/20-2-2024 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στην «...», οδός «...» και εκπροσωπείται νόμιμα, και **β)** την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 19/2/2024 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 247/20-2-2024 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον «...» που εδρεύει στον «...», οδός «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

Της «...» που εδρεύει στο «...», «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με τις προδικαστικές προσφυγές, οι προσφεύγουσες στρέφονται κατά των αποφάσεων του «...»: **α)** με αριθμό πρωτ «...» με θέμα: «Έγκριση πρακτικών αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «...» η οποία αφορά στο συστημικό διαγωνισμό με α/α «...» του ΕΣΗΔΗΣ (Διακήρυξη «...»)» και **β)** με αριθμό πρωτ. «...» με θέμα «Έγκριση πρακτικού δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακύρωση αποτελεσμάτων του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για «...», η οποία αφορά στο συστημικό διαγωνισμό με α/α «...» του ΕΣΗΔΗΣ (Διακήρυξη «...»)».

Υπέρ της διατήρησης των προσβαλλόμενων κατά το μέρος τους που έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνει η «...», με αίτημα την απόρριψη της πρώτης προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση των προδικαστικών προσφυγών καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 2.096,78 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 419.354,84 ευρώ, χωρίς δικαίωμα προαίρεσης και ΦΠΑ (κωδικοί ηλεκτρονικών παραβόλων: «...» και «...»).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό «...» (αριθμός πρωτ.: «...») προκηρύχθηκε ανοικτός διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της «...». Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις «...». Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις «...» (ΑΔΑΜ: «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α «...». Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την τιμή και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 3η/12/2023.
3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς που κατετάγησαν με βάση τη χαμηλότερη προσφορά ως εξής: 1) «...» με διακριτικό τίτλο «...», 2) «...» (δεύτερη προσφεύγουσα) 3) «...» (πρώτη προσφεύγουσα), 4) «...», 5) «...». Με την πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκαν τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού για την αποσφράγιση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς, έγιναν δεκτές οι προσφορές όλων των διαγωνιζόμενων και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης ο «...» ως μειοδότης. Με τη δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, στην οποία ενσωματώνεται η απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στον παραπάνω οικονομικό φορέα. Οι προσβαλλόμενες κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους στις 9/2/2024.
4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (υπηρεσία), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

αρχής υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, οι κρινόμενες διαφορές διέπονται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και η ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια να εξετάσει τις προδικαστικές προσφυγές, για την άσκηση των οποίων έχουν ασκηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.

5. Αμφότερες οι προσφεύγουσες, ως προσφέρουσες που συμμετέχουν παραδεκτά στον διαγωνισμό, ασκούν τις προδικαστικές προσφυγές με έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγους απόρριψης των προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων.

6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε τις προδικαστικές προσφυγές στους θιγόμενους οικονομικούς φορείς στις 20/2/2024, αλλά υπέβαλε τις απόψεις της στις 12/3/2024, μετά την πάροδο της αποκλειστικής δεκαπενθήμερης προθεσμίας του άρθρου 365 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016 και επομένως, αυτές δεν λαμβάνονται υπόψη.

7. Η δεύτερη προσφεύγουσα «...» κατέθεσε παρέμβαση για την απόρριψη της πρώτης προδικαστικής προσφυγής την 1η/3/2024 νόμιμα, εμπρόθεσμα και με έννομο συμφέρον με αίτημα τη διατήρηση ισχύος των προσβαλλόμενων κατά το μέρος τους που έγινε δεκτή η προσφορά της στον διαγωνισμό.

8. Το συμπληρωματικό υπόμνημα της πρώτης προσφεύγουσας που κατατέθηκε στις 13/3/2024 λαμβάνεται υπόψη, για την τήρηση της εφαρμοστέας στην ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ διαδικασία αρχής της αντιμωλίας, στο μέτρο που αντικρούονται οι ισχυρισμοί της παρέμβασης (ΕΑ ΣτΕ 51/2021, ΔΕφΠειρ 43/2022). Ενόψει του εκπροθέσμου των απόψεων παρέλκει η εξέταση των προβαλλόμενων σε αντίκρουσή τους ισχυρισμών.

9. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣτΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣτΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζει στις κρίσιμες για την επίλυση της παρούσας διαφοράς διατάξεις τα εξής: *«2.2.3.3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως*

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2.2.7.2 της παρούσας, (η) εάν επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει με απατηλό τρόπο παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση...

2.2.7.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών. 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 και 2.2.6 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 Β', το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος. ... Ο οικονομικός φορέας φέρει την ειδική υποχρέωση, να δηλώσει, μέσω του ΕΕΕΣ την κατάστασή του σε σχέση με τους λόγους που προβλέπονται στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.2.3 της παρούσης και ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του.

...

2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών. Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση τα οριζόμενα στην παράγραφο Δ' του Παραρτήματος Α' – Τεχνικές Προδιαγραφές. ... Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και

Αριθμός απόφασης: 625.626/2024

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%. ... Προς αποφυγή παρερμηνειών και διενέξεων, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να συμπεριλαμβάνουν στην οικονομική τους προσφορά την παρακράτηση φόρου εισοδήματος ποσοστού 8% για την παροχή υπηρεσιών, η οποία και προβλέπεται στο άρθρο 64, παρ. 2 του ν. 4172/2013. ...

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 0,10% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (άρθρο 7 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 τον αναθέτοντα φορέα 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%. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8 % επί του καθαρού ποσού».

10. Με τον πρώτο λόγο της πρώτης προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η παρεμβαίνουσα «...» έχει υπολογίσει εσφαλμένα τα ποσά των υπέρ τρίτων κρατήσεων και της παρακράτησης φόρου. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα υπολόγισε τις κρατήσεις και την παρακράτηση φόρου επί «...» («...»), του διοικητικού κόστους, του «...» και του «...» (227.355,78), και όχι επί του προσφερόμενου τιμήματος (245.826,89), το οποίο και θα τιμολογηθεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, εξαιτίας της

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

παραπάνω πλημμέλειας της προσφοράς της, η παρεμβαίνουσα υπολόγισε κρατήσεις ύψους 18,471,11€ αντί για τις ορθές κρατήσεις ύψους 19.641,70 € και συνεπώς πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της.

11. Το άρθρο 64 παρ. 2 και 4 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013, Α' 167) ορίζουν τα εξής: «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: ... γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών. ... 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».

12. Σύμφωνα με την ΠΟΛ 1120/25-4-2014 (ΑΔΑ: ΒΙ0ΩΗ-ΟΥ0) με θέμα: «Φορολογική μεταχείριση των αμοιβών που καταβάλλονται για τεχνικές υπηρεσίες, αμοιβές διοίκησης, αμοιβές για συμβουλευτικές και παρόμοιες υπηρεσίες», με βάση τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 64, ο παρακρατούμενος φόρος εισοδήματος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών, ήτοι στην αξία που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των τυχόν κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου, του Μ.Τ.Π.Υ. και λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, οι οποίες βαρύνουν το φυσικό ή το νομικό πρόσωπο που λαμβάνει την αμοιβή, εφόσον η επιβολή τους προβλέπεται με νόμο και είναι υποχρεωτική η καταβολή αυτών.

13. Από τον συνδυασμό των προπαρατεθεισών διατάξεων προκύπτει ότι - ανεξάρτητα από τη φύση της παρακράτησης φόρου ποσοστού 8% και του εάν αυτή συνιστά ή όχι κράτηση υπέρ τρίτων που απομειώνει το εισόδημα του αναδόχου, αλλά στοιχείο ενεργητικού παρακρατούμενο έναντι του φόρου εισοδήματος - στην προκείμενη περίπτωση, η Διακήρυξη επέβαλε με τους προπαρατεθέντες όρους του άρθρου 2.4.4 και του Παραρτήματος IV, οι οποίοι δεν αμφισβητήθηκαν από κάποιον από τους διαγωνιζόμενους, να περιλαμβάνεται στην προσφερόμενη τιμή η δαπάνη αντιστοιχούσα στην παρακράτηση φόρου 8%. Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν, με βάση τις

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

ρητές προβλέψεις της Διακήρυξης που προπαρατέθηκαν, να συμπεριλάβουν στις οικονομικές τους προσφορές και τον φόρο εισοδήματος αξίας 8% (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 1002/2022, 455/2022, 2221/2021), ο οποίος υπολογίζεται, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 64 παρ. 2 ΚΦΕ, όπως ερμηνεύθηκε και με την προπαρατεθείσα ΠΟΛ, στο καθαρό ποσό της αξίας των υπηρεσιών, δηλαδή στην καθαρή αξία του τιμολογητέου ποσού, αφαιρουμένου μόνο του ποσού των κρατήσεων υπέρ τρίτων.

14. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 350 παρ. 3 ν. 4412/2016, *«Για την κάλυψη των λειτουργικών αναγκών της Αρχής, επιβάλλεται κράτηση ύψους 0,1% επί όλων των συμβάσεων που υπάγονται στον παρόντα νόμο και στον ν. 4413/2016 (Α' 148), αξίας άνω των χιλίων (1.000) ευρώ, ανεξάρτητα από την πηγή προέλευσης της χρηματοδότησης, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στην κοινή υπουργική απόφαση του πέμπτου εδαφίου. Η κράτηση αυτή υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής ή τροποποιητικής σύμβασης. ...»*. Σύμφωνα με τη σαφή διατύπωση της παραπάνω διάταξης, η οποία αποτυπώνεται και στο άρθρο 5.1.2.α' της Διακήρυξης, η κράτηση υπέρ ΕΑΔΗΣΥ υπολογίζεται επί της συμβατικής αξίας, χωρίς να αφαιρεθούν φόροι και κρατήσεις («προ φόρων και κρατήσεων»). Ομοίως, η κράτηση του άρθρου 36 ν. 4412/2026 ποσοστού 0,02% υπέρ ΕΣΗΔΗΣ υπολογίζεται επί της συμβατικής αξίας, όπως αναφέρεται και στο άρθρο 5.1.2.β' της Διακήρυξης.

15. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα «...» υπολόγισε με την οικονομική προσφορά της κατ' αρχάς τη δαπάνη παρακράτησης φόρου 8% και τη δαπάνη των κρατήσεων υπέρ ΕΑΔΗΣΥ και ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ στο ποσό των 227.355,78 ευρώ (αρχείο «...»). Όμως, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, το τιμολογητέο ποσό, χωρίς τις κρατήσεις, επί του οποίου θα παρακρατηθεί ποσοστό 8% σε κάθε πληρωμή κατά την εκτέλεση της σύμβασης, σε περίπτωση που την αναλάβει η παρεμβαίνουσα, ανέρχεται σε 245.521,28 [προσφερόμενο τίμημα που θα αποτελέσει και τη συμβατική αξία, σε περίπτωση σύναψης της σύμβασης με την παρεμβαίνουσα: 245.826,89 – κρατήσεις: 305,61 (245.826,89*0,12432%)]. Στο ποσό αυτό, το οποίο συνιστά την κατ' άρθρο 64 παρ. 2 ΚΦΕ καθαρή αξία των υπηρεσιών (πρβλ. ΕΑΔΗΣΥ 167/2022, σκ. 25, 1544/2023), αντιστοιχεί, όπως βάσιμα υποστηρίζει η

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

προσφεύγουσα, παρακράτηση φόρου ποσού 19.641,70 ευρώ, το οποίο υπερβαίνει, σε κάθε περίπτωση, το υπολογισθέν στην οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας συνολικό ποσό κρατήσεων και παρακράτησης φόρου 18.471,11 ευρώ.

16. Ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας «...» ότι οι κρατήσεις ανέρχονται σε συνολικό ποσοστό 8,12432% [8% + 0,12% + 0,0036% (0,12 επί 3%) + 0,00072% (20% επί 0,0036)] και το συνολικό ποσό που αντιστοιχεί στις «κρατήσεις» αυτές (18.471,11 ευρώ) αφαιρείται από το τιμολογητέο ποσό 245.826,89 ευρώ, οπότε προκύπτει η «καθαρή αξία» (ποσό 227.355,78 ευρώ) είναι απορριπτός. Και τούτο, διότι, όπως προκύπτει από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του ΚΦΕ και την οικεία ΠΟΛ, για τον υπολογισμό της παρακράτησης φόρου, το καθαρό ποσό της αξίας των υπηρεσιών αντιστοιχεί στο τιμολογητέο, μείον τις κρατήσεις, ήτοι στην προκείμενη περίπτωση σε ποσό 245.521,28 ευρώ. Για τον υπολογισμό δε των κρατήσεων η συμβατική αξία επί της οποίας υπολογίζονται αυτές αντιστοιχεί στο συμβατικό ποσό (πλην ΦΠΑ). Σε καμία, όμως, περίπτωση η «καθαρή αξία» επί της οποίας υπολογίζονται οι επίμαχες επιβαρύνσεις δεν αντιστοιχεί στο τιμολογητέο ποσό μείον τις κρατήσεις και την παρακράτηση φόρου ποσοστού 8%, ήτοι σε ποσό 227.355,78 ευρώ, όπως αβάσιμα υποστηρίζει η «...», απομειώνοντας κατά τον τρόπο αυτό τη βάση υπολογισμού και καταλήγοντας σε ποσό κρατήσεων και παρακράτησης φόρου μικρότερο του νόμιμου. Κατά συνέπεια, ο **πρώτος λόγος της πρώτης προδικαστικής προσφυγής** πρέπει να γίνει δεκτός.

17. Με τον **τρίτο λόγο της πρώτης προδικαστικής προσφυγής**, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά του «...» (δ.τ. «...») πρέπει να απορριφθεί, διότι, παρά το γεγονός ότι τόσο η παραπάνω «...» όσο και η «...», της οποίας είναι διαχειριστής το παραπάνω πρόσωπο, έχουν αποκλειστεί από προηγούμενους διαγωνισμούς λόγω ψευδών δηλώσεων/απόκρυψης πληροφοριών, δεν το έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ, με αποτέλεσμα να συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα παραθέτει αποσπάσματα από τις αποφάσεις με αριθμούς της ΑΕΠΠ (νυν ΕΑΔΗΣΥ) με αριθμούς 694, 695, 696/2021, 1729, 1730, 1731/2020 και 1739/2021 και ισχυρίζεται ότι από αυτές προκύπτουν οι προηγούμενοι αποκλεισμοί του παραπάνω οικονομικού φορέα, πράγμα που η τελευταία απέκρυψε και στον προκείμενο διαγωνισμό.

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

18. Με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 2.2.3.3.ζ' της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή ανήγαγε τον δυνητικό αποκλεισμό του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν. 4412/2016 σε υποχρεωτικό, υπό την έννοια ότι, εφόσον τον ενέταξε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει τη συνδρομή ή μη των προϋποθέσεων του και να αποκλείσει οικονομικό φορέα στο πρόσωπο του οποίου διαπιστώνεται η συνδρομή τους (βλ. ΔΕφΑθ 865/2022, 681/2022, σκ. 8, ΔΕφΘεσ/νικης 359/2022, σκ. 6, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 204/2019, σκ. 15). Εξάλλου, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων του νόμου και της Διακήρυξης, για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα λόγω απόκρυψης πληροφοριών σχετικά με τη συνδρομή ή μη λόγου αποκλεισμού, αρκεί η στοιχειοθέτηση αντικειμενικά ανακριβούς δηλώσεως, χωρίς να απαιτείται και η διενέργεια συμπληρωματικής έρευνας σχετικά με το εάν η ανακριβής δήλωση είναι απατηλή και προϊόν δόλου, δεδομένου ότι τέτοια αξιολόγηση σχετίζεται με άλλη διακεκριμένη και αυτοτελή περίπτωση αποκλεισμού («εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων») που συνυπάρχει στην ίδια διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν. 4412/2016 και του άρθρου 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης (βλ. ΣτΕ 2647/2022, 2514/2022, ΔΕφΑθ 865/2022 κ.α.).

19. Περαιτέρω, για την προαπόδειξη της μη συνδρομής του οικείου λόγου αποκλεισμού οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.7.1 της Διακήρυξης που επαναλαμβάνει τις ρυθμίσεις των άρθρων 79 και 104 ν. 4412/2016, να υποβάλουν συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ. Ειδικότερα, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που ενδεχομένως εμπíπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εάν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (ΕΑ ΣτΕ 204/2019, 40/2019 κ.α.). Έτσι, αντικείμενο των οικείων ερωτημάτων του ΕΕΕΣ δεν είναι η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση εάν συντρέχει ή όχι στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού, αλλά η περιγραφή τυχόν υφιστάμενου πραγματικού γεγονότος, εξαιτίας του οποίου ενδέχεται, πληρουμένων και των λοιπών προϋποθέσεων της Διακήρυξης και του νόμου, να στοιχειοθετείται ο οικείος λόγος αποκλεισμού, η διαπίστωση του οποίου ανάγεται κατ' αρχήν στις αρμοδιότητες της αναθέτουσας αρχής, και, στη συνέχεια, της ΕΑΔΗΣΥ και των αρμόδιων

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

Δικαστηρίων (πρβλ. ΔΕφΑθ 370/2022, σκ. 11).

20. Ειδικότερα, η απάντηση στο προπαρατεθέν ερώτημα του ΕΕΕΣ σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης αφορά στη δήλωση γεγονότων που ανάγονται στη συμπεριφορά του οικονομικού φορέα τόσο στον τρέχοντα, όσο και σε προηγούμενους διαγωνισμούς. Έτσι εξυπηρετείται ο σκοπός των όμοιων διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν. 4412/2016 και 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης, ο οποίος συνίσταται στην αποτροπή της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφίβολης αξιοπιστίας και ακεραιότητας, η διαπίστωση των οποίων προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της συνολικής συμπεριφοράς των οικονομικών φορέων διαχρονικά και όχι μόνο στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού (βλ. ΔΕφΑθ 865/2023, 476/2023, 614/2022, ΔΕφΘεσ/νίκης 126/2021, ΕΑΔΗΣΥ 809/2023 κ.α.). Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να δηλώσουν στο παραπάνω ερώτημα του ΕΕΕΣ, το οποίο, προφανώς κατά τη διατύπωσή του, αναφέρεται στο παρελθόν, εκείνα τα πραγματικά περιστατικά που έλαβαν χώρα στο πλαίσιο προηγούμενων διαγωνισμών και που μπορούν να στοιχειοθετήσουν τον οικείο λόγο αποκλεισμού περί ψευδούς δήλωσης ή/και απόκρυψης πληροφοριών. Τέτοια πραγματικά στοιχεία αποτελούν προηγούμενες πράξεις αποκλεισμού άλλων αναθετουσών αρχών ή αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ ή των αρμόδιων Δικαστηρίων, εφόσον αυτές βασίστηκαν σε κρίση περί ψευδούς δήλωσης ή απόκρυψης πληροφοριών στο εκεί υποβληθέν ΕΕΕΣ, ανεξάρτητα από το εάν η οικεία κρίση διατυπώθηκε πανηγυρικά ως εμπίπτουσα στον οικείο λόγο αποκλεισμού ή όχι και εάν οι αποκρυβείσες πληροφορίες αφορούσαν στον ίδιο ή άλλο λόγο αποκλεισμού (βλ. ΔΕφΑθ 614/2022, ΕΑΔΗΣΥ 809/2023, 304/2023).

21. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο «...» υπέβαλε στον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς το ΕΕΕΣ του (αρχείο «...»), στην ερώτηση του οποίου σχετικά με τις ψευδείς δηλώσεις και την απόκρυψη πληροφοριών απάντησε αρνητικά.

22. Ωστόσο, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται βάσιμα ότι ο «...» (δ.τ. «...»), κατά την τριετία που προηγήθηκε του χρόνου υποβολής της προσφοράς της στον προκείμενο διαγωνισμό («...»), είχε ήδη αποκλειστεί λόγω ψευδών/ανακριβών δηλώσεων που στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' ν. 4412/2016: α) από διαγωνισμό της «...» με απόφαση της ΑΕΠΠ (νυν

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

ΕΑΔΗΣΥ) με αριθμό 1729, 1730, 1731/2020 και με ημερομηνία 28/12/2020, με την οποία κρίθηκε ότι συνέτρεχε στο «...» ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. ζ' ν. 4412/2016 λόγω παράλειψής του να δηλώσει στο υποβληθέν στον παραπάνω διαγωνισμό ΕΕΕΣ παλαιότερο αποκλεισμό του με ημερομηνία «...» από διαγωνισμό του «...» λόγω υποβολής ψευδούς/ανακριβούς δήλωσης και β) από διαγωνισμό του «...» με απόφαση της ΑΕΠΠ (νυν ΕΑΔΗΣΥ) με αριθμό 1739/2021 και με ημερομηνία 13/11/2021, με την οποία κρίθηκε ότι συνέτρεχε στο «...» ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. ζ' ν. 4412/2016 λόγω παράλειψής του να δηλώσει, μεταξύ άλλων, τον παραπάνω αποκλεισμό του από τον διαγωνισμό του «...».

23. Με τα παραπάνω δεδομένα και ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω, ο «...» όφειλε να απαντήσει «ΝΑΙ» στο επίμαχο ερώτημα του ΕΕΕΣ σχετικά με το εάν έχει κριθεί ένοχος ψευδών δηλώσεων ή έχει αποκρύψει σχετικές πληροφορίες, και στη συνέχεια, απαντώντας διαδοχικά στα επόμενα υποερωτήματα του ΕΕΕΣ, με τα οποία ζητείται η παροχή ειδικότερων πληροφοριών, όπως της αναθέτουσας αρχής και των στοιχείων των πράξεων αποκλεισμού (*«επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων»*), να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εάν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού της από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία. Ειδικότερα, ο διαγωνιζόμενος όφειλε, ανεξάρτητα από τη νομική της εκτίμηση και την πεποίθησή της σχετικά με τη συνδρομή ή όχι λόγου αποκλεισμού να παραθέσει στο ΕΕΕΣ (τουλάχιστον) τις παραπάνω προβαλλόμενες από την προσφεύγουσα περιπτώσεις αποκλεισμού της από προηγούμενους διαγωνισμούς και εκθέτοντας τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα προς άρση των τυχόν λόγου αποκλεισμού (ΕΑΔΗΣΥ 809/2023, 304/2023). Κατά παράβαση των παραπάνω υποχρεώσεών του, ο «...» απάντησε ανακριβώς «ΟΧΙ» στο οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ και δεν παρείχε τις επιμέρους πληροφορίες που ζητούνται από το προπαρατεθέν ερώτημα του ΕΕΕΣ και τα υποερωτήματά του.

24. Κατόπιν όλων των παραπάνω, προκύπτει ότι η προπεριγραφείσα συμπεριφορά του «...» (δ.τ. «...»), ήτοι η ανακριβής αρνητική απάντησή της στο ΕΕΕΣ και η παράλειψη παράθεσης όλων των απαιτούμενων κρίσιμων πληροφοριών που θα επέτρεπαν την αξιολόγηση της αξιοπιστίας του και τον έλεγχο της συνδρομής ή μη λόγου αποκλεισμού από την αναθέτουσα αρχή στο

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

ΕΕΕΣ στοιχειοθετεί την αντικειμενική υπόσταση του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4.ζ' της Διακήρυξης (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 809/2023, 304/2023, 1616/2022), καθώς ο παραπάνω οικονομικός φορέας απέκρυψε το γεγονός ότι έχει επανειλημμένα αποκλειστεί στο παρελθόν για τον ίδιο λόγο, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Ενόψει δε της συνδρομής του οικείου λόγου αποκλεισμού απευθείας στο «...», παρέλκει η εξέταση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας σχετικά με τις περιπτώσεις που αφορούν στην «...», της οποίας «...». Κατά συνέπεια, ο **τρίτος λόγος της πρώτης προδικαστικής προσφυγής** πρέπει να γίνει δεκτός.

25. Με τον **δεύτερο λόγο της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής** η «...» ισχυρίζεται ότι ο «...» έπρεπε να αποκλειστεί από τον διαγωνισμό, διότι δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ του όλα τα περιστατικά που συγκροτούν τους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.3. περ. στ', ζ και η' της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο «...» απάντησε μεν θετικά στο ερώτημα του ΕΕΕΣ σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού για «...». Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, όμως, πέραν των μνημονευθέντων στο ΕΕΕΣ του «...» περιστατικών, ο τελευταίος παρέλειψε να δηλώσει ότι εντός της τελευταίας τριετίας πριν την υποβολή της προσφοράς της : α) με απόφαση του ΔΣ των «...» με ημερομηνία «...» (ΑΔΑ: «...») αποκλείστηκε η «...» λόγω προηγούμενων παραβάσεων της «...» (άρθρο 73 παρ. 4 περ. α' ν. 4412/2016), διότι κατά τον αυτεπάγγελτο έλεγχο στον οποίο προέβη η αναθέτουσα αρχή προέκυψε «...», β) με την απόφαση του «...» με αριθμό πρωτ. «...» (ΑΔΑ: «...») επιβλήθηκαν στην «...» ποινικές ρήτρες συνολικού ποσού «...» λόγω αθέτησης συμβατικών της υποχρεώσεων που είχαν ως αποτέλεσμα να λάβει χώρα «...». Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, τα παραπάνω περιστατικά αφορούν στην «...» (δ.τ. «...»), της οποίας «...» που συμμετέχει «...» στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία και κατά συνέπεια, τα περιστατικά αυτά καταλογίζονται στον τελευταίο και έπρεπε να δηλωθούν στα οικεία πεδία του ΕΕΕΣ.

26. Όπως προαναφέρθηκε, με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 2.2.3.3 της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή ανήγαγε τους δυνητικούς αποκλεισμούς του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ', ζ' και η' του ν. 4412/2016 σε υποχρεωτικούς, με αποτέλεσμα οι οικονομικοί φορείς να υποχρεούνται, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.7.1 της Διακήρυξης, να αποδείξουν τη μη συνδρομή

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

τους μέσω του ΕΕΕΣ με τον τρόπο που αναλύθηκε διεξοδικά παραπάνω.

27. Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί, και μάλιστα σε περιπτώσεις που αφορούν στον οικονομικό φορέα «...», κατά την έννοια των παραπάνω όρων της Διακήρυξης, ερμηνευομένων σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ.4 ν.4412/2016, η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος ή/και η σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης εκ μέρους του «...» που συμμετέχει στον διαγωνισμό ως «...» ή που διοικεί και εκπροσωπεί τη συμμετέχουσα σε αυτόν εταιρία, αποτελεί λόγο αποκλεισμού του υποψήφιου αναδόχου από τον διαγωνισμό. Και αυτό, ανεξάρτητα από το εάν το παράπτωμα ή η αντισυμβατική συμπεριφορά έλαβαν χώρα κατά την εκπλήρωση υποχρεώσεων που το πιο πάνω «...», κατά την άσκηση των επαγγελματικών δραστηριοτήτων του, ή ως μέλος επιχείρησης κατά την άσκηση των καθηκόντων διοίκησης και εκπροσώπησής της (ΔΕφΑθ 1252/2020, 999/2021).

28. Όσον αφορά στους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας σχετικά με τον αποκλεισμό της «...» από διαγωνισμό των «...» στη βάση της περ. α' του άρθρου 73 παρ. 4 ν. 4412/2016, από την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα απόφαση της παραπάνω αναθέτουσας αρχής δεν προκύπτει ο χρόνος διάπραξης των σοβαρών παραβιάσεων του «...» και επομένως, δεν μπορεί να διαπιστωθεί εάν αυτές έλαβαν χώρα εντός της τριετίας από την υποβολή προσφοράς στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία. Κατά συνέπεια, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως αναπόδεικτοι.

29. Ωστόσο, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και του συνυποβαλλόμενου ΕΕΕΣ του «...» είχαν ήδη επιβληθεί στην «...» (δ.τ. «...») δύο (2) ποινικές ρήτρες, «...», στο πλαίσιο εκτέλεσης προηγούμενης δημόσιας σύμβασης «...» (ΑΔΑ: «...»), λόγω παραβίασης συμβατικών του υποχρεώσεων που είχαν ως αποτέλεσμα να «...». Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, ο «...», «...», όφειλε να απαντήσει θετικά στο οικείο ερώτημα σχετικά με την προηγούμενη παραβίαση συμβατικών υποχρεώσεων στο πλαίσιο δημόσιας σύμβασης, η οποία είχε ως αποτέλεσμα την επιβολή οικονομικής κύρωσης, και να παραθέσει τις παραπάνω περιπτώσεις επιβολής ποινικών ρητρών ως πραγματικά γεγονότα αναφέροντας, επίσης, τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα (ΔΕφΑθ 1955/2023,

Αριθμός απόφασης: 625,626/2024

999/2021), πράγμα που δεν έπραξε. Επομένως, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, συντρέχουν στο «...» του αμφότεροι οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.3 περ. στ' και ζ' της Διακήρυξης. Κατά συνέπεια, ο **δεύτερος λόγος της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής** πρέπει να γίνει δεκτός.

30. Σύμφωνα με τις σκέψεις 24 και 29, έγιναν δεκτοί λόγοι αποκλεισμού του «...» (δ.τ. «...»), οι οποίοι παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση των προσβαλλόμενων κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά του παραπάνω οικονομικού φορέα και του κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Κατόπιν των παραπάνω, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων λόγων κατά της αποδοχής της προσφοράς του (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, ΔΕφΑθ 1642/2023 κ.α.).

31. Κατόπιν των παραπάνω, οι κρινόμενες προδικαστικές προσφυγές πρέπει να γίνουν δεκτές, η παρέμβαση να απορριφθεί και να οριστεί η επιστροφή των καταβληθέντων παραβόλων στις προσφεύγουσες.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων σε αμφοτέρες τις προσφεύγουσες.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Μαρτίου 2024 και εκδόθηκε στις 18 Απριλίου 2024, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ

Α/Α ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ