

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Βικτωρία Πισμύρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.07.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1461/22.07.2021 της εταιρείας με την επωνυμία «....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην Πάτρα, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής 1<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα}, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 30.07.2021 Παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής 2<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα} , όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 26.07.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί εν μέρει η από 14-6-2021 Απόφαση, η οποία ελήφθη κατά την 3739 Συνεδρίαση Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (ΘΕΜΑ 1ο : «Αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων στον υπ' αριθ. ... ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών φύλαξης της Κεντρικής Υπηρεσίας και των Καταστημάτων ... και ... του ... – Ορισμός προσωρινών αναδόχων»), και τα συμπροσβαλλόμενα με αυτή Α' και Β' Πρακτικά της Επιτροπής του

Διαγωνισμού, α) κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της 1<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας για τα τμήματα 1 και 2 και β) κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της 2<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας για όλα τα τμήματα του διαγωνισμού.

Με τις Παρεμβάσεις τους οι δύο παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αρ. ... Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό προς το σκοπό ανάδειξης Αναδόχου για την ανάθεση της σύμβασης «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης της Κεντρικής Υπηρεσίας και των καταστημάτων ...,... και ... του ...», με διάρκεια σύμβασης 2 έτη, συνολικού προϋπολογισμού 303.027,48 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε τέσσερα τμήματα ήτοι Τμήμα 1 (...), Τμήμα 2 (...), Τμήμα 3 (...), και Τμήμα 4 (...), προϋπολογισμού 60.127,42 ευρώ, 25.196,26 ευρώ, 126.000,24 ευρώ και 30.857,04 ευρώ χωρίς ΦΠΑ αντίστοιχα. Στη διακήρυξη ορίζεται ότι υπάρχει δυνατότητα υποβολής προσφοράς τόσο για ένα τμήμα όσο και για όλα τμήματα, η δε κατακύρωση μπορεί να γίνει σε διαφορετικό ανάδοχο για κάθε τμήμα. Ως καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών, κατόπιν παράτασης ορίστηκε η Τρίτη 16-3-2021 και ώρα 11.59μμ και ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού-αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η Παρασκευή 2-4-2021 και ώρα 12.00μ. Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

2. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής έχει κατατεθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και

2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 με κωδικό ..., ύψους 1.515,14€.

3. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσβαλλόμενη πράξη στις 12.07.2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 21.07.2021, κοινοποιήθηκε, δε, από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της ως άνω προσφυγής προς τους λοιπούς διαγωνιζομένους, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 21.07.2021.

5. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνουν οι παρεμβαίνουσες εταιρείες, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 21.07.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και οι εν λόγω παρέμβασεις ασκήθηκαν με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ εντός της προβλεπόμενης 10ήμερης προθεσμίας, οι παρεμβαίνουσες, δε, έχουν προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβουν, αφού επιδιώκουν τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχουν γίνει δεκτές οι προσφορές τους.

6. Επειδή, με το από 26.07.2021 έγγραφο, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της προσφυγής, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως το από 03.08.2021 Υπόμνημά της.

7. Επειδή, μετά την αποσφράγιση και αξιολόγηση των προσφορών που υποβλήθηκαν για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό η Επιτροπή του Διαγωνισμού προέβη στην έκδοση του από 1-6-2021 Α΄ Πρακτικού δια του οποίου, εισηγήθηκε την αποδοχή και πρόκριση στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, ήτοι το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, των προσφορών 4 διαγωνιζόμενων, ήτοι: 1. ..., 2. ..., 3. ..., 4. ..., ενώ συγχρόνως εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών όλων των άλλων διαγωνιζομένων, για τους ειδικότερα αναφερόμενους σε αυτό λόγους. Ακολούθως, κρίθηκαν όλες οι οικονομικές προσφορές αποδεκτές και η Επιτροπή του Διαγωνισμού εξέδωσε το από 9-6-2021 Β΄ Πρακτικό, δια του οποίου εισηγήθηκε την ανάδειξη της 1<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας εταιρείας ... ως Προσωρινής Αναδόχου για τα Τμήμα 1 και 2 και της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας εταιρείας ... ως Προσωρινής Αναδόχου για τα Τμήμα 3 και 4 του διαγωνισμού. Τα ως άνω Πρακτικά Α΄ και Β΄ εγκρίθηκαν (στο σύνολό τους), δια της από 14-6-2021 Απόφασης η οποία ελήφθη κατά την 3739 Συνεδρίαση Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (ΘΕΜΑ 1ο : «Αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων στον υπ΄ αριθ. ... ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών φύλαξης της Κεντρικής Υπηρεσίας και των Καταστημάτων ... και ... του ... – Ορισμός προσωρινών αναδόχων»),

8. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε

Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

9. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε σιωπηρά από το κρίνον Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

10. Επειδή, η ως άνω σιωπηρή απόρριψη της Α.Ε.Π.Π. ανεστάλη με την υπ'αριθμ. 2068/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Κατόπιν τούτου η υπόθεση αναπέμφθηκε στην Α.Ε.Π.Π. προκειμένου να ασκήσει εκ νέου την αρμοδιότητά της και να προβεί σε κρίση των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται αρχικά κατά της προσφοράς της 1<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας εταιρείας για τα τμήματα 1 και 2 του διαγωνισμού και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι Α) μη νομίμως έγιναν αποδεκτά, κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, τα ηλεκτρονικώς υποβληθέντα εκ μέρους της εν λόγω εταιρείας, δικαιολογητικά-ιδιωτικά έγγραφα χωρίς να φέρουν στο σώμα τους επικύρωση από δικηγόρο, Β) εσφαλμένως η αναθέτουσα Αρχή αποδέχθηκε δήλωση της ίδιας συμμετέχουσας εταιρείας, με την οποία αυτή περιόρισε τη συμμετοχή της μόνο στα Τμήματα 1 και 2 του διαγωνισμού, αποσύροντας με τον τρόπο αυτόν ανεπιτρέπτως, κατά τη Διακήρυξη και τον νόμο, την αρχική προσφορά της για τα Τμήματα 3 και 4, Γ) η οικονομική προσφορά της εν λόγω εταιρείας για το Τμήμα 1 διέπεται από ασάφεια και ανακρίβεια, καθώς η πρόσθεση των επιμέρους πεδίων της οικονομικής της προσφοράς αποδίδει συνολικό ποσό 30.003,71 ευρώ, και όχι το ποσό των 30.063,71 που αυτή δήλωσε και την δεσμεύει, Δ) η ίδια εταιρεία, κατά την κατάρτιση της οικονομικής της προσφοράς, δεν υπολόγισε ορθά τις νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, αλλά ούτε την προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου 8% του άρθρου 64 παρ. 2 του ν.4172/2013, Ε) ομοίως εσφαλμένα υπολόγισε και τις αναλογούσες ασφαλιστικές εισφορές, εφαρμόζοντας το μειωμένο ποσοστό που προβλέπεται από το άρθρο 31 του ν. 4756/2020, παρά την αντίθετη σαφή διευκρίνιση της αναθέτουσας Αρχής.

12. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ως άνω λόγους της υπό κρίση προσφυγής: Όσον αφορά τον Α) λόγο λεκτέα τα εξής: Η 1<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα εταιρεία με την προσφορά της κατέθεσε ηλεκτρονικά δικαιολογητικά - ιδιωτικά έγγραφα (ασφαλιστήριο, συστατικές επιστολές, ISO) τα οποία ήταν αντίγραφα των πρωτότυπων αλλά δεν είχαν επικυρωθεί νομίμως από δικηγόρο. Αντ' αυτού προσκόμισε την από 23-3-2021 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της ..., όπως συνομολογεί και η ίδια στην παρέμβαση της, με την οποία δήλωσε ότι «Οι φωτοτυπίες εγγράφων που υποβάλλονται στα πλαίσια της ως άνω διαγωνιστικής διαδικασίας είναι ακριβή φωτοαντίγραφα εκ του πρωτοτύπου». Η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί επίσης ότι δεν κατατέθηκαν με την ηλεκτρονική προσφορά νομίμως επικυρωμένα τα ως άνω αρχεία αλλά αντικρούει ότι η 1<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα κατέθεσε σε έντυπη μορφή τα πρωτότυπα εντός τριών ημερών από την ηλεκτρονική τους υποβολή. Όμως η 1<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα ήταν υποχρεωμένη να καταθέσει και στην ηλεκτρονική της προσφορά επικυρωμένα από δικηγόρο τα προαναφερθέντα έγγραφα διότι τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στη διαδικασία υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείων τύπου .pdf και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής, ενώ απαιτείται θεώρηση του γνήσιου της υπογραφής για τα λοιπά ιδιωτικά έγγραφα. Κατόπιν των ανωτέρω ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσβαλλόμενη απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της 1<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας.

Όσον αφορά τον Β) λόγο της υπό κρίση προσφυγής λεκτέα τα εξής: Όπως προκύπτει από το ΕΕΕΣ της 1<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας (σελ. 4 αυτού), η τελευταία δήλωσε ότι υποβάλει προσφορά και για τα 4 τμήματα του διαγωνισμού. Εν συνεχεία, προς συμμόρφωση με το άρθρο 2.4.5 της Διακήρυξης το οποίο ορίζει ότι οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και

δεσμεύουν του οικονομικούς φορείς για διάστημα 180 ημερών από την επομένη διενέργειας του διαγωνισμού, η 1<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα κατέθεσε την από 23-3-2023 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της ... με την οποία δήλωσε ότι *«Η υποβαλλόμενη προσφορά ισχύει και δεσμεύει τον ως άνω οικονομικό φορέα για διάστημα εκατόν ογδόντα (180) ημερών από την επομένη διενέργειας του διαγωνισμού»*. Κατά τον έλεγχο όμως των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς της 1<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας, η Επιτροπή του Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι οι κατατεθείσες βεβαιώσεις εκπαίδευσης του προσωπικού δεν ήταν επαρκείς για όλα τα Τμήματα του διαγωνισμού που είχε δηλώσει η 1<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα και δέχτηκε την εκ των υστέρων δήλωση της ότι αποσύρει την προσφορά της για τα τμήματα 3 και 4 και την διατηρεί μόνο για τα τμήματα 1 και 2, ενώ για τη μη ορθή υποβολή των βεβαιώσεων εκπαίδευσης η αναθέτουσα αρχή απέρριψε τις προσφορές των εταιρειών «...», «...», «...», «...», «...», «...», και «...». Σε κάθε περίπτωση όμως η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά της 1<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας εν συνόλω, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης το οποίο ορίζει ότι με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται μεταξύ άλλων στις παραγράφους 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς) και 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), όταν η τελευταία δήλωσε ότι θα συμμετάσχει μόνο για τα τμήματα 1 και 2 και απέσυρε την προσφορά της για τα τμήματα 3 και 4 ενώ είχε δηλώσει αρχικά ότι η υποβληθείσα προσφορά της για όλα τα τμήματα την δεσμεύει για 180 ημέρες. Η αναθέτουσα αρχή αβάσιμα επικαλείται με τις απόψεις της την εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν.4412/2016 στην υπό κρίση περίπτωση και τούτο διότι εν προκειμένω δεν πρόκειται περί συμπλήρωσης ή διευκρίνησης δικαιολογητικών αλλά για παράνομη αλλαγή και απόσυρση προσφοράς αφού διαπιστώθηκε ότι η 1<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα δεν υπέβαλε όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά από την διακήρυξη. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι και ο δεύτερος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη εξ' αυτού.

Όσον αφορά τον Γ) λόγο της υπό κρίση προσφυγής λεκτέα τα εξής: Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η 1<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα έχει υποβάλει προσφορά για το Τμήμα 1 του Διαγωνισμού συνολικού ποσού άνευ ΦΠΑ 30.063,71 ευρώ, όμως ύστερα από μελέτη του πίνακα οικονομικής προσφοράς που κατέθεσε για το Τμήμα 1 προσθέτοντας τα πεδία 16 +17 +18 +19 +20 +21 προκύπτει ότι το συνολικό ποσό ανέρχεται σε 30.003,71 ευρώ και όχι στο δηλωθέν 30.063,71 ευρώ, που αποτελεί την προσφερόμενη τιμή της άνευ ΦΠΑ. Από την επισκόπηση της οικονομικής προσφοράς της 1<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας όμως προκύπτει ότι αθροίζοντας τα πεδία στον πίνακα σχετικά με το τμήμα 1 το συνολικό ποσό υπολογίζεται ως εξής: πεδίο 16 (ποσό 23.592,17€) + 17 (5.315,25€) + 18 (289,07€) + 19 (289,07€) + 20 (578,15€) + 21 (0€) = σύνολο 30.063,71 ευρώ και όχι 30.003,71 ευρώ που ισχυρίζεται αβάσιμα η Προσφεύγουσα. Επομένως ο υπό κρίση τρίτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

Όσον αφορά τον Δ) λόγο της προσφυγής λεκτέα τα εξής: Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η 1<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα στην οικονομική της προσφορά δεν συμπεριέλαβε καθόλου, άλλως δεν υπολόγισε ορθά, τις προβλεπόμενες εκ του νόμου και της διακήρυξης νόμιμες υπέρ δημοσίου και τρίτων κρατήσεις αλλά ούτε και την προβλεπόμενη από το νόμο παρακράτηση φόρου 8% ως άλλη προβλεπόμενη επιβάρυνση. Το άρθρο 5.1.2. της διακήρυξης ορίζει ότι «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 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης Υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ.3 του

ν.4412/2016 όπως ισχύει). β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός Φ.Π.Α, 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. 4412/2016 Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3,0 % 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.». Η παρεμβαίνουσα (σελ. 9 της παρέμβασης) συνομολογεί ότι άφησε κενό το πεδίο «κρατήσεις υπέρ τρίτων» και το ίδιο αναφέρει και η αναθέτουσα αρχή στην σελίδα 6 των απόψεων της όπου συνομολογεί ότι η προσφορά της 1<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας ήταν σαφής προς όλα τα υπόλοιπα κόστη εκτός των νομίμων κρατήσεων και ότι αρκεί η αξιολόγηση μόνο της συνολικής τιμής. Όμως, σύμφωνα με το άρθρο 5.1.2 και 2.4.4 της διακήρυξης, το οποίο ορίζει ότι 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, προκύπτει ότι η 1<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα ήταν υποχρεωμένη να συμπεριλάβει στην οικονομική της προσφορά και τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και ειδικά την παρακράτηση 8% αφού ορίζεται από την Διακήρυξη κάτι τέτοιο και αβάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι αρκεί η αξιολόγηση του σύνολου της τιμής. Ως εκ τούτου η οικονομική προσφορά της 1<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας είναι πλημμελής και η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την απορρίψει και εξ αυτού του λόγου. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο τέταρτος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

Όσον αφορά τον Ε) λόγο λεκτέα τα εξής: Η 1<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα υπολόγισε στην οικονομική της προσφορά τις αναλογούσες ασφαλιστικές εισφορές, εφαρμόζοντας το μειωμένο ποσοστό 22.54% που προβλέπεται από το άρθρο 31 του ν. 4756/2020. Η αναθέτουσα αρχή απαντώντας σε σχετικό ερώτημα στις

12.03.2021 έδωσε την διευκρίνιση ότι «Περί της ιδιομορφίας των ασφαλιστικών εισφορών και του μεταβατικού χρονικού διαστήματος ισχύος του, οι εισφορές θα αναφέρονται όπως προβλέπονται σήμερα, δηλ. μειωμένες για το 2021 και ολόκληρες για το 2022.». Περαιτέρω στις 19.03.2021 έδωσε την συμπληρωματική διευκρίνιση ότι «Σε απάντηση της από 17-3-2021 αιτήσεως παροχής διευκρινήσεων, σας ενημερώνουμε 1. Για τις δυνητικές βάρδιες Αθήνας και Θεσσαλονίκης, να υπολογισθεί η τιμή προσφοράς συμπεριλαμβανομένων των ασφαλιστικών εισφορών ως έχουν, χωρίς την μείωση η οποία ισχύει σήμερα, διότι η Υπηρεσία δεν είναι σε θέση να προσδιορίσει εκ των προτέρων τον ακριβή χρόνο εκτέλεσης των εν λόγω βαρδιών ...». Όπως ισχυρίζεται βάσιμα η προσφεύγουσα ο μέσος όρος του ποσοστού ασφαλιστικών εισφορών κατόπιν των ανωτέρω διευκρινήσεων της αναθέτουσας αρχής υπολογίζεται ως εξής: από 1-7-2021 έως 31-12-2021 σε ποσοστό 22,54%. Από 1-1-2022 έως 31-5-2022 σε ποσοστό 24,33% και από 1-6-2022 έως 30-6-2022 σε ποσοστό 24,08%. Επομένως προκύπτει ότι ο μέσος όρος εισφορών ανέρχεται σε ποσοστό 23,41%. Η 1<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα όμως υπολόγισε τις ασφαλιστικές εισφορές μόνο με ποσοστό 22,54% και ως εκ τούτου η οικονομική της προσφορά καθίσταται πλημμελής. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πέμπτος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

13. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της 2ης Παρεμβαίνουσας εταιρείας «...» για όλα τα τμήματα του διαγωνισμού και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι Α) δήλωσε ανακριβώς στο υποβληθέν από αυτήν ΤΕΥΔ ότι «δεν έχει κριθεί ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό της και ότι δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές», μολονότι αυτό έχει ήδη κριθεί σε βάρος της στο πλαίσιο προηγούμενων διαγωνιστικών διαδικασιών, τις οποίες η προσφεύγουσα αναφέρει αναλυτικά στην υπό κρίση προσφυγή, Β) έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, συνεπεία της κατ'επανάληψη παραβιάσεως της εργατικής νομοθεσίας όπως προκύπτει από πέντε

περιπτώσεις πράξεων επιβολής προστίμων λόγω παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας και Γ) κατά την κατάρτιση της οικονομικής της τήροσφοράς, δεν υπολόγισε ορθά τις νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, αλλά ούτε την προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου 8% του άρθρου 64 παρ. 2 του ν.4172/2013. Προς αντίκρουση αυτών η 2<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι : Α) η αρνητική απάντηση, που έδωσε στο οικείο χωρίο του ΤΕΥΔ περί του αν έχει κριθεί ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων προς απόκρυψη σε βάρος της συντρεχόντων λόγων αποκλεισμού, ήταν ακριβής και αληθής, αφενός μεν διότι αυτό έχει ήδη διαγνωστεί με δικαστικές αποφάσεις στο πλαίσιο άλλων διαγωνισμών, αφετέρου διότι η ίδια ουδέποτε αποκλείστηκε από δημόσιους διαγωνισμούς ως «ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων», ώστε να έχει υποχρέωση να απαντήσει καταφατικά στο εν λόγω ερώτημα, ενώ, εξάλλου επισημαίνει ότι η διατύπωση του συγκεκριμένου πεδίου του ΤΕΥΔ δεν αφορούσε προηγούμενους διαγωνισμούς, και, σε κάθε περίπτωση, αρμόδια να εκφέρει αιτιολογημένη κρίση περί της φερεγγυότητας και της αξιοπιστίας της ήταν η αναθέτουσα Αρχή, η οποία όμως δεν προέβη σε τέτοια αρνητική κρίση, Β) η αρνητική της δήλωσή στο ΤΕΥΔ περί του ότι δεν έχει κριθεί ένοχη σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων είναι ομοίως ορθή, καθώς δεν είχε υποχρέωση να αναγράψει τις ήσσονος σημασίας παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που δεν συνιστούσαν όμως λόγο αποκλεισμού ή σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα κατ'άρθρο 68 παρ. 2 εδ. γ' του ν. 3863/2010, Γ) νομίμως έχει υπολογίσει όλες τις επιβαρύνσεις και κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων με την οικονομική της προσφορά, δεν υπείχε δε ειδικότερη υποχρέωση να συνυπολογίσει την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, καθώς τούτο δεν προβλέπεται στην οικεία διακήρυξη και δεν συνάδει με τη φύση και τη λειτουργία της εν λόγω παρακράτησης.

14. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ως άνω λόγους της υπό κρίση προσφυγής: Όσον αφορά τον Α) λόγο λεκτέα τα εξής: Το άρθρο 2.2.3.4. της Διακήρυξης ορίζει ότι *«Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης προσφέρων 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 αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών 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 του άρθρου 23 της παρούσας, ... (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία.» και το άρθρο 2.2.3.5. ορίζει ότι «Ο προσφέρων αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις.». Το άρθρο 2.2.3.6. ορίζει ότι «Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της

ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση...». Τέλος, το άρθρο 2.2.7.1. Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών ορίζει ότι «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), το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986... 2.4.3. Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά» Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ., ESPD), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016.».

Η 2<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ της (σελ. 13) ότι έχει υποστεί 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, παραθέτοντας περαιτέρω αναλυτικές λεπτομέρειες. Στο ερώτημα αν επιβεβαιώνει ότι έχει κριθεί ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού και ότι δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές απάντησε αρνητικά. Όμως, με τις υπ' αριθ. ΔΠΜ-Θ/43/2.1.2019 και ΔΥΠΜ/832/ 5.2.2019 αποφάσεις της «...», είχε αποκλειστεί οριστικώς από δύο παλαιότερους διαγωνισμούς που προκηρύχθηκαν με τις ... και ... Διακηρύξεις της για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης εγκαταστάσεων στη Διεύθυνση Περιφέρειας Μακεδονίας και στο Νομό Αττικής. Η αιτιολογία απόρριψής της ήταν ότι «διότι δεν δήλωσε ως όφειλε, στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε, τη συνδρομή του προαναφερόμενου συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού, επικαλούμενη τυχόν ληφθέντα μέτρα συμμόρφωσης και αποδεικνύοντας την αξιοπιστία της για την εκτέλεση της υπό ανάθεσης Σύμβασης, αλλά αντιθέτως

απέκρυψε τον ως άνω λόγο αποκλεισμού». Η απόκρυψη του λόγου αποκλεισμού στοιχειοθετεί συνδρομή λόγων αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ.4 περ. ζ' του ν.4412/2016, την οποία όφειλε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ της όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και ως εκ τούτου οι αντίθετοι ισχυρισμοί της 2<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθούν. Περαιτέρω, προκύπτει ότι με την υπ' αρ. 312 / 27-06-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., η 2<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα αποκλείστηκε οριστικά (κατόπιν και της υπ' αριθμ. 131/2018 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης) από τον ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων για τη «Στατική Φύλαξη Δημαρχείου-Πολιτιστικού, Νέου Αμαξοστασίου ... και παρακολούθηση των κτιρίων του Δήμου μέσω καμερών» με την αιτιολογία ότι δεν ανέφερε στο προσκομιζόμενο από αυτή ΤΕΥΔ την πράξη επιβολής προστίμου (σύμφωνα με το με αριθμ. πρωτ. ΕΞ-164207-2018/10031/18.05.2018 έγγραφο του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας(Σ.ΕΠ.Ε.) που αναφέρει ότι στην εταιρεία «...» έχουν επιβληθεί οι εξής πράξεις προστίμου :ΣΟΒΑΡΟΤΗΤΑ ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΕΠΙΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΕΛΕΓΧΟΥΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗ 1/11/2017 15/8/2017\_...) ως όφειλε. Η μη αναφορά της πράξης επιβολής προστίμου ουσιαστικά σημαίνει ότι υπέβαλε ψευδή δήλωση απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας. Επομένως η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα είχε την υποχρέωση να δηλώσει στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε βάσει των όρων 2.2.3 ζ), 2.2.9.1 και α), 4.10 της Διακήρυξης ότι αποκλείστηκε από τους προαναφερθέντες διαγωνισμούς για απόκρυψη στοιχείων, σχετικά με τη (μη) συνδρομή λόγων αποκλεισμού, καθώς επίσης και τις προαναφερόμενες αποφάσεις αποκλεισμού από τις άλλες αναθέτουσες αρχές, γεγονός το οποίο δεν έπραξε. Επίσης, αβάσιμα ισχυρίζεται η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα ότι οι ανωτέρω αποφάσεις αφορούν διαφορετικές διαγωνιστικές διαδικασίες που πραγματοποιήθηκαν κατά το παρελθόν από διαφορετικές αναθέτουσες αρχές και ουδόλως σχετίζονται με τον προκείμενο διαγωνισμό, ώστε να προκύπτει υποχρέωση αναφοράς τους στο ΕΕΕΣ του συγκεκριμένου διαγωνισμού και τούτο διότι τα άρθρα 2.2.3 ζ) και 2.2.9.1 α) της Διακήρυξης ορίζουν το αντίθετο, ότι δηλαδή ήταν υποχρεωμένη προς τούτο.

Περαιτέρω αβάσιμα ισχυρίζεται η 2<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα ότι η υποβολή ανακριβών δηλώσεων κατά την παροχή των απαιτούμενων με τη Διακήρυξη πληροφοριών δύναται να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου, μόνο εφόσον, κατά την αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, επηρεάζεται εξ αυτών η φερεγγυότητα και αξιοπιστία αυτού [πρβλ. ΣτΕ (ΕΑ) 403/2010], καθώς από τα άρθρα 73 παρ. 4 περ. ζ) του ν. 4412/2016 και 2.2.3 ζ) καθώς δεν προκύπτει ότι απαιτείται αξιολόγηση της φερεγγυότητας και αξιοπιστίας του διαγωνιζόμενου κατόπιν και συνεπεία της απόκρυψης του γεγονότος ότι έχει ήδη κριθεί ότι απέκρυψε κρίσιμες πληροφορίες στα πλαίσια δημόσιου διαγωνισμού, όπως αντίθετα τέτοια αξιολόγηση απαιτείται σε άλλες περιπτώσεις (βλ. άρθ. 73 παρ. 4 περ. θ). Επιπρόσθετα και διότι δεν θα μπορούσε να χωρήσει εν προκειμένω κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της φερεγγυότητας και αξιοπιστίας της 2<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας, καθόσον η ίδια ούτε δήλωσε στο ΕΕΕΣ της την διαπιστωθείσα απόκρυψη κρίσιμων πληροφοριών από δημόσιο διαγωνισμό ούτε τυχόν επανορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης τα οποία θα μπορούσαν να αξιολογηθούν στα πλαίσια της διαδικασίας του άρθ. 73 παρ. 7 και επ. του ν. 4412/2016. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να την καλέσει προς παροχή διευκρινήσεων σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 διότι δεν χωρεί παροχή διευκρινήσεων στις δηλώσεις του ΕΕΕΣ ούτε παραδεκτή συμπλήρωση αυτού χωρίς αυτό να συνεπάγεται ανεπίτρεπτη μεταβολή και σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή δεν απέρριψε την προσφορά της 2<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας ώστε να την καλέσει για διευκρινήσεις. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι βάσιμες, πρέπει να γίνουν δεκτές και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση να ακυρωθεί επειδή δεν απέρριψε ως όφειλε την προσφορά της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας. Τούτο έχει ως συνέπεια η εξέταση των λοιπών λόγων της υπό κρίση προσφυγής να καθίσταται αλυσιτελής καθόσον η προσφορά της 2<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας έχει ήδη κριθεί απορριπτή.

Σε κάθε περίπτωση όμως προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους λοιπούς δύο λόγους της προσφυγής: Όσον αφορά τον Β) λόγο λεκτέα τα εξής: Το άρθρο άρθρο 68 Ν. 3863/2010 ορίζει ότι: «γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη

σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους.». Η προσφεύγουσα επικαλείται 5 πράξεις επιβολής προστίμων εις βάρος της 2<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας, οι οποίες όμως έχουν εκδοθεί σε χρονικό διάστημα πριν από τα 2 χρόνια από την υποβολή της προσφοράς της στον παρόντα διαγωνισμό. Κατόπιν αυτού ο δεύτερος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

Όσον αφορά τον Γ) λόγο λεκτέα τα εξής: Όπως κρίθηκε με την παρούσα και στον τέταρτο λόγο κατά της 1<sup>ης</sup> Παρεμβαίνουσας, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι και η 2<sup>η</sup> Παρεμβαίνουσα στην οικονομική της προσφορά δεν συμπεριέλαβε την προβλεπόμενη από την διακήρυξη και το νόμο παρακράτηση φόρου 8% ως άλλη προβλεπόμενη επιβάρυνση. Το άρθρο 5.1.2. της διακήρυξης ορίζει ότι «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 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης Υπέρ της Αρχής

*Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ.3 του ν.4412/2016 όπως ισχύει). β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός Φ.Π.Α, 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. 4412/2016 Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3,0 % 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.». Η αναθέτουσα αρχή στην σελίδα 11 των απόψεων της όπου συνομολογεί ότι η προσφορά της 2ης Παρεμβαίνουσας ήταν σαφής προς όλα τα υπόλοιπα κόστη εκτός των νομίμων κρατήσεων και ότι αρκεί η αξιολόγηση μόνο της συνολικής τιμής. Όμως, σύμφωνα με το άρθρο 5.1.2 και το 2.4.4 της διακήρυξης, το οποίο ορίζει ότι 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, προκύπτει ότι η 2η παρεμβαίνουσα ήταν υποχρεωμένη να συμπεριλάβει στην οικονομική της προσφορά και τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και ειδικά την παρακράτηση 8% αφού ορίζεται από την Διακήρυξη κάτι τέτοιο και αβάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι αρκεί η αξιολόγηση του σύνολου της τιμής. Περαιτέρω η υποχρέωση αυτή προκύπτει και από την ad hoc 285/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών που έκρινε επί λέξει ότι «η υιοθετούμενη από την Αρχή ερμηνευτική άποψη, σύμφωνα με την οποία η προβλεπόμενη από το άρθρο 64 παρ.2 του ν. 4172/2013 παρακράτηση φόρου εισοδήματος σε ποσοστό 8% επί του καθαρού ποσού των παρεχόμενων υπηρεσιών περιλαμβάνεται μεταξύ των επιβαρύνσεων που οφείλουν να συμπεριλάβουν οι οικονομικοί φορείς στην προσφερόμενη τιμή, συνάγεται σαφώς από τη γραμματική διατύπωση των όρων της Διακήρυξης και, συγκεκριμένα, από τη διάταξη της παρ. 2.4.4. (Α1) που ρυθμίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών, με την οποία, συναφώς προς τη*

διάταξη του άρθρου 95 (παρ.5) του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι στην προσφερόμενη «τιμή» περιλαμβάνονται, εκτός από τις υπέρ του Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, και κάθε άλλη, κατά την κείμενη νομοθεσία, επιβάρυνση (πλην ΦΠΑ) για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης (πρβλ. ΣτΕ 563/2008), από τη διάταξη της παρ.5.1.2, με την οποία ορίζεται ότι τον ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις και κάθε άλλη κατά νόμο επιβάρυνση (πλην ΦΠΑ), καθώς και από τα Παραρτήματα I και IV, όπου στις κρατήσεις «που βαρύνουν τον ανάδοχο» περιλαμβάνεται και η συγκεκριμένη παρακράτηση φόρου, και, τέλος, από τη διάταξη της παρ.2.4.6, με την οποία προβλέπεται ως λόγος απόρριψης της προσφοράς η μη σύνταξη της οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων με τον τρόπο και το περιεχόμενο που απαιτείται (και) από τους προαναφερόμενους όρους αυτής. Κατά συνέπεια, τα προβαλλόμενα με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης αίτησης, με τον οποίο πλήττεται ως πλημμελώς αιτιολογημένη η εξεταζόμενη κρίση της προσβαλλόμενης απόφασης, δεν πιθανολογούνται σοβαρώς ως βάσιμα και πρέπει να απορριφθούν. Ειδικότερα, ο ισχυρισμός της αιτούσας, ότι η επίμαχη παρακράτηση, ως φορολογική υποχρέωση που επιστρέφεται ή συμψηφίζεται με άλλες οφειλές, δεν εμπίπτει στην έννοια της κράτησης ή επιβάρυνσης του εργολαβικού ανταλλάγματος που κατά την παρ. 4.2.2. της Διακήρυξης πρέπει να συμπεριληφθεί στην προσφερόμενη τιμή, είναι απορριπτέος, διότι με τη μεν επικαλούμενη διάταξη της Διακήρυξης δεν γίνεται οποιαδήποτε διάκριση σχετικά με τον χαρακτήρα ή τη φύση της επιβάρυνσης του εργολαβικού ανταλλάγματος που πρέπει να αποτυπώνεται στην οικονομική προσφορά, με τη δε διάταξη του άρθρου 64 παρ.2 του ν.4172/2013 προβλέπεται ότι η αξία των κάθε είδους υπηρεσιών που παρέχονται σε φορείς της γενικής κυβέρνησης (πλην των κεφαλαιουχικών εταιριών) υπόκεινται κατά την καταβολή τους (ή την έκδοση της εντολής πληρωμής) σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος με συντελεστή 8% και, κατ' αποτέλεσμα, το εργολαβικό ανάλλαγμα καταβάλλεται στον ανάδοχο μειωμένο (επιβαρυνόμενο) κατά το αντίστοιχο ποσοστό. Εξάλλου, ο ισχυρισμός της αιτούσας ότι οι σχετικές διατάξεις της Διακήρυξης (παρ. 4.2.2., 5.1.2, πεδίο «Κρατήσεις» στο Παράρτημα

Ι, η 4η υποσημείωση κάτω από τον Πίνακα ανάλυσης Κόστους στο Παράρτημα IV) είναι ασαφείς και αμφίσημες ως προς τον ενδεδειγμένο τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς και, συγκεκριμένα, ως προς την υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν την επίμαχη παρακράτηση φόρου στην προσφερόμενη τιμή, είναι απορριπτέος, προεχόντως, ως απαράδεκτος, διότι εμμέσως με αυτόν αμφισβητείται η νομιμότητα των όρων της Διακήρυξης, κατά της οποίας δεν προκύπτει ότι η αιτούσα προσέφυγε ευθέως. Αντιθέτως δε, μετέσχε, χωρίς σχετική επιφύλαξη, στον διαγωνισμό, με συνέπεια, σύμφωνα με όσα παγίως έχουν κριθεί, οι σχετικοί όροι της Διακήρυξης να δεσμεύουν τόσο τους διαγωνιζόμενους όσο και την αναθέτουσα αρχή και η νομιμότητά τους να μην μπορεί να ελεγχθεί παρεμπιπτόντως στο παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (πρβλ. ΣτΕ 827/ 2019 7μ., 1217/2018, 1544/2016, ΕΑ ΣτΕ 309, 58, 29/2019, 327/2018 κ.ά.). Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της αιτούσας, ότι η παγίωση της επικαλούμενης από την προσβαλλόμενη απόφαση νομολογίας, συνεπάγεται την εισαγωγή υποχρέωσης (και μάλιστα έμμεση και όχι δια νόμου) για υποβολή προσφορών με *minimum* εργολαβικό όφελος στις δημόσιες συμβάσεις του άρθρου 68 του ν.3863/2010, κατά παράβαση του πυρήνα της ελεύθερης οικονομικής δράσης και του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού, είναι πρωτίστως απορριπτέος ως αλυσιτελής, διότι η πληττόμενη κρίση της Α.Ε.Π.Π. στηρίχτηκε στις διατάξεις της Διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπουν τον ένδικο διαγωνισμό. Τέλος, και ο ισχυρισμός της αιτούσας, ότι η επιστροφή ή ο συμψηφισμός του παρακρατούμενου φόρου δεν είναι γεγονός μελλοντικό και αβέβαιο, όπως έγινε δεκτό με την προσβαλλόμενη απόφαση, καθόσον πρόκειται, κατά τη διατύπωση της σχετικής διάταξης και κατά νομική ακριβολογία, για «μείωση του αναλογούντος φόρου εισοδήματος που οφείλει τελικώς ο φορολογούμενος, κατ' εκείνο το ποσό που έχει ήδη προπληρώσει στο Δημόσιο με την παρακράτηση», είναι ομοίως απορριπτέος, διότι δεν είναι ικανός να πλήξει την οικεία ειδικότερη αποδοχή της προσβαλλόμενης απόφασης ότι η συγκεκριμένη παρακράτηση φόρου είναι παρούσα και βέβαιη κατά το χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης.».

Ως εκ τούτου η οικονομική προσφορά της 2ης Παρεμβαίνουσας είναι πλημμελής και η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την απορρίψει και εξ αυτού του λόγου, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων αιτιάσεων της τελευταίας. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο τρίτος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

15. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή εν συνόλω, να απορριφθούν οι παρεμβάσεις και κατά συνέπεια να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει τις παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της 1ης Παρεμβαίνουσας για τα τμήματα 1 και 2 και β) και κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της 2ης Παρεμβαίνουσας για όλα τα τμήματα, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε την 01 Μαρτίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**  
**ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ**

**Η Γραμματέας**  
**ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ**