

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 15.04.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.03.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/286/09.03.2020 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο « .....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ..... [εφεξής αναθέτουσα αρχή] και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία « .....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 72/2020 (αριθμ. πρωτ. ..../26.02.2020) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. .... Διακήρυξης, με αντικείμενο τις «Υπηρεσίες φύλαξης του ιστορικού κέντρου, του δημαρχιακού μεγάρου, των σχολικών συγκροτημάτων και του δημοτικού κοιμητηρίου». Η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

2. Επειδή, με τη με αριθ. πρωτ. .... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων με αντικείμενο τις «Υπηρεσίες φύλαξης του ιστορικού κέντρου, του δημαρχιακού μεγάρου, των σχολικών συγκροτημάτων και του δημοτικού κοιμητηρίου», συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 422.132,39€ πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στις 28.11.2019 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων με ΑΔΑΜ: ..... και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α ..... Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 07.01.2020 και ώρα 17.00 μ.μ. και ως ημερομηνία αποσφράγισης προσφορών ορίστηκε η 13.01.2020 και ώρα 11.00 π.μ. Στη διαγωνιστική διαδικασία υπέβαλαν προσφορά μόνο η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθμ. 72/2020 (αριθμ. πρωτ. ..../26.02.2020) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (προσβαλλόμενη) εγκρίθηκαν τα Πρακτικά ...../24.01.2020 και ...../30.01.2020 της Επιτροπής Διενέργειας, κρίθηκαν αποδεκτές και οι δύο υποβληθείσες προσφορές και η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος, επειδή είχε προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή (ήτοι 362.861,16€ πλέον ΦΠΑ, ενώ η προσφεύγουσα προσέφερε 395.814,96€ πλέον ΦΠΑ).

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ..... ποσού ευρώ δύο χιλιάδων εκατόν δέκα και εξήντα έξι λεπτών (€2.110,66), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου της και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 422.132,39€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017 (παρεκτεινομένης έως την επόμενη εργάσιμη ημέρα), ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 26.02.2020.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας και έχει υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η οποία – κατά τους ισχυρισμούς της – αντίκειται σε όρους της Διακήρυξης και την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου.

7. Επειδή, η Παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στις 18.03.2020 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της δεκαήμερης προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017 από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, η οποία έγινε με ηλεκτρονικά μέσα (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 10.03.2020. Η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Παρέμβασης, καθώς έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος και η υπό κρίση Προσφυγή στρέφεται ευθέως κατά της προσφοράς της.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, προβάλλοντας τους εξής λόγους: (1) Με τον πρώτο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα έπρεπε να είχε αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία, επειδή συντρέχουν σε βάρος της δύο λόγοι αποκλεισμού και συγκεκριμένα αφενός συνδρομή πλημμέλειας κατά την

εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης και αφετέρου απόκρυψη του στοιχείου αυτού από το υποβληθέν στον παρόντα διαγωνισμό ΕΕΕΣ (περιπτώσεις στ' & ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 καθώς και την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, επισημαίνοντας ότι η αναθέτουσα αρχή, ενεργοποιώντας τη διακριτική ευχέρεια που της δίδεται εκ της ανωτέρω διάταξης της παρ. 4 του άρθρου 73, συμπεριέλαβε στη Διακήρυξη τις προπαρατεθείσες περιπτώσεις στ' και ζ' δυνητικών λόγων αποκλεισμού, δια της πρόβλεψής τους από κοινού στην περίπτωση 3 του άρθρου 6 της Διακήρυξης, καθιστώντας τις υποχρεωτικές, ως καταστάσεις και περιπτώσεις που επιφέρουν κατά δέσμια αρμοδιότητα τον αποκλεισμό των συμμετεχόντων στον υπό κρίση διαγωνισμό. Η προσφεύγουσα αναφέρει ότι η προβλεπόμενη στο πρώτο εδάφιο της ως άνω περίπτωσης 3, άρθρου 6 της οικείας Διακήρυξης περίπτωση αποκλεισμού συνδέεται με ζητήματα συμβατικής συμπεριφοράς κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων. Κατά την εν λόγω περίπτωση αποκλεισμού, η υπό εξέταση συμπεριφορά του οικονομικού φορέα θα πρέπει να είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Ο δε προσδιορισμός της «σοβαρότητας» της συντρέχουσας πλημμέλειας εναπόκειται στην εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, που με βάση την αρχή της αναλογικότητας, καλείται κατά περίπτωση να εκτιμήσει κατά πόσο ασκείται επιρροή στην αξιοπιστία και τη φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα. Αυτό, βέβαια, προϋποθέτει τη σχετική γνώση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής τέτοιας πλημμέλειας εκ των πληροφοριών που ο ίδιος ο οικονομικός φορέας οφείλει να παράσχει δια του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ (εκ των σκέψεων 43, 44 & 45 Απόφασης ΑΕΠΠ 1374/2019, ad hoc). Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε το από 07.01.2019 ΕΕΕΣ και στο πεδίο Γ του Μέρους ΙΙΙ περί των Λόγων Αποκλεισμού και συγκεκριμένα στο ερώτημα εάν *“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.

σελίδα 15 του από 7.01.2019 ΕΕΕΣ της εν λόγω εταιρίας), έχει απαντήσει αρνητικά, συμπληρώνοντας το οικείο πεδίο δια της επιλογής "ΟΧΙ". Η προσφεύγουσα αναφέρει ότι γνωρίζει πως με την απόφαση .....ης/11-04-2018 (Θέμα 1ο) Συνεδρίασης του Κοινού Δ.Σ. των Διασυνδεόμενων νοσοκομείων ..... « .....» και ..... (ΑΔΑ: .....) αποφασίσθηκε ομόφωνα, αφενός μεν η καταγγελία της με αρ. ..../2016 σύμβασης του εν λόγω φορέα με την παρεμβαίνουσα λόγω παράβασης ουσιώδους όρου της σύμβασης που έγκειται στην εκ των υστέρων, ήτοι κατά το στάδιο εκτελέσεως της συμβάσεως, μεταβολή του μισθολογικού κόστους που μετέβαλλε την οικονομική ισορροπία της συμβάσεως και αλλοίωσε τους όρους υπό τους οποίους κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, και αφετέρου, η άμεση κατάπτωση της υπ' αρ. .... εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της ....., ποσού 16.756,00€ ισχύος μέχρι 31/12/2018, υπέρ του νοσοκομείου. Δια της Απόφασης .....ης/10.05.2018 (Θέμα 1ο) Συνεδρίασης του Κοινού Δ.Σ. των Διασυνδεόμενων νοσοκομείων ..... « .....» και ....., που εν συνεχεία εκδόθηκε κατόπιν της από 03.05.2019 Προσωρινής Διαταγής Προέδρου Γ' Τμήματος Διοικητικού Εφετείου Πειραιά, ανεστάλη η εκτέλεση της προαναφερόμενης απόφασης του φορέα περί καταγγελίας της σύμβασης και κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής, μέχρι την έκδοση απόφασης του Δικαστηρίου επί της ασηκθείσας από την εταιρία « .....» αίτησης αναστολής ...../17-04-2018. Με την απόφαση Ν61/2018 ΔΕφΠΕΙΡ ανεστάλη η εκτέλεση της επίμαχης απόφασης 10ης/11-04-2018 (Θέμα 1ο) Συνεδρίασης του Κοινού Δ.Σ. των Διασυνδεόμενων νοσοκομείων ..... « .....» και ....., μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης του Δικαστηρίου επί της ασηκθείσας προσφυγής με αρ. καταχ. ..../17.04.2018 της εν λόγω εταιρίας, ως προς την οποία δεν έχει εκδοθεί μέχρι σήμερα οριστική απόφαση. Η προσφεύγουσα τονίζει ότι δια της προαναφερόμενης απόφασης αναστολής Διοικητικού Εφετείου Πειραιά με την οποία γίνεται δεκτή αίτηση κατ' άρθρο 200 ΚΔΔ, αναστέλλεται η εκτέλεση της επίμαχης απόφασης καταγγελίας προηγούμενης σύμβασης της εν προκειμένω αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου εταιρίας και κατάπτωσης εγγυητικής

επιστολής, χωρίς να αναστέλλεται η ισχύς αυτής. Ως εκ τούτου, η απόφαση 10ης/11-04-2018 (Θέμα 1ο) Συνεδρίασης του Κοινού Δ.Σ. Διασυνδεδόμενων νοσοκομείων ..... «.....» και ..... εξακολουθεί – κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας - να υφίσταται ισχυρή στο νομικό κόσμο και είναι νόμιμη μέχρι τη δικαστική ακύρωσή της (σκ. 63 Απόφασης ΑΕΠΠ 1374/2019), η οποία δύναται να επέλθει μόνο δια της αποδοχής της εκκρεμούς προσφυγής. Αναφέρει επίσης ότι η ισχύς της διοικητικής πράξης μέχρι τη δικαστική ακύρωσή της συναρτάται με το τεκμήριο νομιμότητας το οποίο “εξοπλίζει” τις διοικητικές πράξεις και έχει ως συνέπεια την παραγωγή όλων των έννομων αποτελεσμάτων που ορίζονται από την εν λόγω πράξη μέχρι την παύση της, καθώς η παύση της ισχύος μιας διοικητικής πράξης μπορεί να επέλθει μέσω: α) της ακύρωσής της με δικαστική απόφαση, β) της ακύρωσής της με άλλη διοικητική πράξη, γ) της ανάκλησής της από το όργανο που την εξέδωσε και δ) της κατάργησής της, ανεξάρτητα από την πιθανή νομική πλημμέλεια που την βαρύνει, ακόμη κι αν παραβιάζεται η αρχή της νομιμότητας. Μοναδική εξαίρεση εισάγεται με τις, λεγόμενες, ανυπόστατες διοικητικές πράξεις, οι οποίες θεωρούνται ανύπαρκτες στον νομικό κόσμο (π.χ. στην περίπτωση που το όργανο που τις εξέδωσε δεν έχει νόμιμη υπόσταση). Επομένως, επί τη βάσει του τεκμηρίου νομιμότητας μια (ακόμη και άκυρη) διοικητική πράξη δεσμεύει τόσο τη Διοίκηση όσο και τον διοικούμενο μέχρι την απαγγελία της ακύρωσής της και, τελικά, την εξαφάνισή της από την έννομη τάξη. Η διοίκηση μπορεί να ελέγξει τη νομιμότητα μιας διοικητικής πράξης μόνο υπό τις προϋποθέσεις της ανάκλησης ή εφόσον τούτο προβλέπεται από ειδική νομοθετική διάταξη, ενώ παράλληλα, η διοικητική πράξη αναπτύσσει άμεση ισχύ. Από τα προαναφερόμενα πραγματικά στοιχεία η προσφεύγουσα συνάγει ότι έχει συντρέξει πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης σε βάρος της αναδειχθείσας κατά τον παρόντα διαγωνισμό προσωρινής αναδόχου εταιρίας, στοιχειοθετώντας εκ του λόγου αυτού την στ’ περίπτωση αποκλεισμού, παραγράφου 4 άρθρου 73 Ν. 4412/2016 και την ταυτόσημη, προβλεπόμενη στην περ. 3, εδ. α’ άρθρου 6 (σελ. 11) της οικείας Διακήρυξης περίπτωση αποκλεισμού, καθιστώντας συνακόλουθα τη συμμετοχή της

παρεμβαίνουσας αποκλειστέα κατά δέσμια αρμοδιότητα. Η προσφεύγουσα τονίζει ότι για τη στοιχειοθέτηση της παρούσας περίπτωσης αποκλεισμού, προσαπαιτείται η πλημμέλεια να είναι σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη, διαζευκτικά, ζήτημα που εναπόκειται στην εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, στην οποία και έχει επιφυλαχθεί η δυνατότητα όπως αξιολογεί την ακεραιότητα και την αξιοπιστία καθενός από τους διαγωνιζομένους, που συνιστά ουσιώδες στοιχείο της σχέσεως του αναδόχου της συμβάσεως με την αναθέτουσα αρχή, στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής προς αυτόν. (βλ. σκέψεις 29 & 30 της Απόφασης της 19ης Ιουνίου 2019 επί της υπόθεσης ΔΕΕ C-41/18, βλ. επίσης σκέψεις 26 & 27 της Απόφασης της 3ης Οκτωβρίου 2019 επί της υπόθεσης ΔΕΕ C-267/2018). Εν προκειμένω, όμως, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι η εν λόγω εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής κατέστη ανέφικτη, δεδομένου ότι η αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχος εταιρία δεν δήλωσε τα ανωτέρω πραγματικά περιστατικά και πληροφορίες. Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η οικεία περίπτωση αποκλεισμού δεν θέτει ως προϋπόθεση την ύπαρξη αμετάκλητης και τελεσίδικης απόφασης για την έκπτωση. Αναφέρει δε ότι κατά την κρίσιμη «επιλογή» του ενωσιακού νομοθέτη, η άσκηση δικαστικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί λύσεως δημόσιας συμβάσεως που ελήφθη από αναθέτουσα αρχή λόγω σοβαρών πλημμελειών που επιδείχθηκαν κατά την εκτέλεσή της δεν έχει την έννοια ότι δύναται να εμποδίσει την αναθέτουσα αρχή που προκηρύσσει νέο διαγωνισμό να προβεί σε οποιαδήποτε αξιολόγηση, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, σχετικά με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα τον οποίο αφορά η ως άνω λύση, (βλ. σκέψη 42 επί της υπόθεσης ΔΕΕ C-41/18, Απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, ..... κατά .....). Η προσφεύγουσα προσθέτει ότι η παρεμβαίνουσα, αποκρύπτοντας τα στοιχεία και πραγματικά δεδομένα εκείνα, ως προς τα οποία εδύνατο – κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα – να παράσχει σχετικές πληροφορίες δια του ΕΕΕΣ, προκάλεσε τη στοιχειοθέτηση μίας έτερης, αυτοτελούς περίπτωσης αποκλεισμού, ήτοι εκείνης της περίπτωσης ζ', παραγράφου 4 άρθρου 73 ν. 4412/2016, που τυποποιείται στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης 3, άρθρου 6 της οικείας διακήρυξης. Αυτό δε, για το λόγο ότι η εν λόγω

περίπτωση αποκλεισμού καλύπτει τόσο την ενεργητική συμπεριφορά, που συνίσταται στην υποβολή ψευδών δηλώσεων, όσο και την παράλειψη, καθόσον η υποβολή ψευδών δηλώσεων, ακριβώς όπως και η απόκρυψη πληροφοριών, μπορούν να ασκήσουν επιρροή στην απόφαση που λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή, (σκ. 34 της Απόφασης της 3ης Οκτωβρίου 2019 επί της υπόθεσης ΔΕΕ C-267/2018). Η προσφεύγουσα συμπεραίνει ότι δια των προαναφερόμενων δηλώσεων στο ΕΕΕΣ, η παρεμβαίνουσα παρέσχε πληροφορίες κρίσιμες για την διακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού σε βάρος της, ως προς τις οποίες, ωστόσο, αποδεικνύεται εκ των ανωτέρω ότι δεν ανταποκρίνονται στην πραγματικότητα, αλλά είναι στο σύνολό τους αναληθείς, (ΕΑ ΣτΕ 40/2019, σκ. 18). Αποκρύπτοντας στοιχεία κρίσιμα για την εξακρίβωση περί της συνδρομής ή μη λόγου αποκλεισμού σε βάρος της, η παρεμβαίνουσα προέβη στην υποβολή ψευδούς/ανακριβούς δήλωσης δια του ΕΕΕΣ, που συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού από τον οικείο διαγωνισμό, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Η προσφεύγουσα συμπεραίνει ότι συντρέχουν δύο (2) αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού, αφής στιγμής εκ πραγματικών στοιχείων προκύπτει η υφιστάμενη εν ισχύ στο νομικό κόσμο καταγγελία προηγούμενης σύμβασής της μετά της κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής, που στοιχειοθετεί (α) την περίπτωση στ΄ της παραγράφου 4, άρθρου 73 ν. 4412/2016 αποκλεισμού (και αντίστοιχα την τυποποιούμενη στο α΄ εδ. περ. 3, άρθρου 6 της οικείας διακήρυξης), δεδομένο που απέκρυψε δια του υποβληθέντος στο διαγωνισμό ΕΕΕΣ, στοιχειοθετώντας (β) εκ του λόγου αυτού, την περίπτωση ζ΄ της παραγράφου 4, άρθρου 73 ν. 4412/2016 αποκλεισμού (και αντίστοιχα την τυποποιούμενη στο β΄ εδ. περ. 3, άρθρου 6 της οικείας διακήρυξης). (2) Με τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απαράδεκτη λόγω μη συνυπολογισμού εντός αυτής της προβλεπόμενης εκ του άρθρου 64 του ν. 4172/2013 παρακράτησης φόρου ποσοστού 8%. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται τον όρο 10.2 της Διακήρυξης, που αφορά στο περιεχόμενο των (υπο)φακέλων οικονομικών προσφορών, που ορίζει ότι «*Στην οικονομική τους προσφορά 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, οφείλουν να επισυνάπτουν στην οικονομική προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι και ανάλυση βάσει αυτής της μισθοδοσίας των εργαζομένων» όπως επίσης και ότι «Στις τιμές περιλαμβάνονται οι τυχόν κρατήσεις υπέρ τρίτων, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση που ισχύει». Περαιτέρω, στο Παράρτημα Α της Διακήρυξης, δηλαδή στην υπ' αριθμ. ....../2019 Μελέτη της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων της αναθέτουσας αρχής και, πιο συγκεκριμένα, στον υπ' αριθμ. .... Ενδεικτικό Προϋπολογισμό αυτής (σελ. 63), αναφέρεται ότι: «Στην οικονομική τους προσφορά πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, των επιδομάτων και δώρων των φυλάκων και των αντικαταστατών τους, το κόστος Patrol αυτοκινήτων συμπεριλαμβανομένων των δαπανών κτήσης, συντήρησης και καυσίμων περιπολίας, το κόστος εξοπλισμού και ατομικών μέσων προστασίας όπως ορίζεται από την νομοθεσία για τους φύλακες security και του εργολαβικού τους κέρδους πλέον ΦΠΑ 24% και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων». Στο άρθρο 22 της Διακήρυξης (υπό τον τίτλο «ΦΟΡΟΙ, ΤΕΛΗ, ΚΡΑΤΗΣΕΙΣ, ΕΞΟΔΑ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗΣ») ρητώς ορίζεται ότι: «Στη συμβατική αξία των Υπηρεσιών, εκτός του ΦΠΑ, διενεργούνται όλες οι νόμιμες κρατήσεις (και τα τέλη χαρτοσήμου) οι οποίες βαρύνουν τον ανάδοχο. Τα παραπάνω ποσά έχουν περιληφθεί στην προσφερόμενη από τον Ανάδοχο τιμή και καμία αμφισβήτηση δεν είναι δυνατό να προκύψει ή ενδεχόμενη απαίτηση από τον ανάδοχο για επιπλέον καταβολή αποζημίωσης σ' αυτόν για τις παραπάνω δαπάνες. Γενικά ο Ανάδοχος βαρύνεται βάση των κειμένων διατάξεων, με όλους τους φόρους, τέλη και κρατήσεις, που ισχύουν, εκτός από τον ΦΠΑ που βαρύνει τον Δήμο». Στο άρθρο 95 του Ν. 4412/2016, με τίτλο «Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται ότι: «[...] 5. [...] Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας». Επίσης, από τις διατάξεις του άρθρου 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013

(Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος, ΦΕΚ Α' 167), όπως συμπληρώθηκαν από το άρθρο πρώτο παρ. Δ1 περ. 16γ του ν. 4254/2014 (Α' 85), προβλέπεται ότι: *«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»*. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω παρατιθέμενων διατάξεων της Διακήρυξης και του νόμου, η προσφεύγουσα συμπεραίνει ότι οι διαγωνιζόμενοι του παρόντος διαγωνισμού επιβάλλεται να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τους τις κρατήσεις υπέρ τρίτων καθώς και κάθε άλλη επιβάρυνση που προκύπτει από την εσωτερική νομοθεσία, όπως είναι το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του Ν. 4172/2013. Η προσφεύγουσα τονίζει ότι η υποχρέωση αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση, με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο, της αντικειμενικότητας στην ανάθεση των υπηρεσιών και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με τη διακήρυξη, κατ' αρχήν, σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (πρβλ. ΣτΕ 563/2008, Ε.Α. ΣτΕ 446/2009, 840/2008, ΔΕφΑθ 265/2016, 25/2019, 261/2019, 268/2019). Πιο συγκεκριμένα, εκ του άρθρου 68 ν. 3863/2010, στο οποίο η οικεία Διακήρυξη παραπέμπει, συνάγεται ότι οι υποβαλλόμενες οικονομικές προσφορές πρέπει να συμπεριλαμβάνουν στην προσφερόμενη τιμή, μεταξύ άλλων, εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού κέρδους, αλλά και τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος, ώστε να αποτρέπεται τυχόν ύπαρξη ασάφειας, η οποία, σύμφωνα με τη Διακήρυξη οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (βλ. όρο 10.2 της οικείας Διακήρυξης, «ΓΕΝΙΚΑ ΠΕΡΙ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ», σελ. 20). Κατά την προσφεύγουσα, δεν καταλείπεται δε αμφιβολία ότι η φύση της ως άνω

παρακράτησης, ως φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, δεν αναιρεί την υποχρέωση του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό να συμπεριλάβει τη συγκεκριμένη επιβάρυνση στην οικονομική προσφορά του, διακριτώς ή μη, όπως συνάγεται από τους όρους της διακήρυξης που προπαρατέθηκαν, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 95 παρ. 5 α΄ του ν. 4412/2016 και 64 παρ. 2 του ν. 4172/2013, (βλ. ad hoc ΔΕΦΑΘ 268/2019). Η προσφεύγουσα τονίζει ότι από την εξέταση της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι σε αυτή δεν έχει συνυπολογιστεί το ως άνω προβλεπόμενο εκ του άρθρου 64 του ν. 4172/2013 ποσοστό παρακράτησης φόρου εισοδήματος. Ειδικότερα, στην οικονομική της προσφορά η ως άνω διαγωνιζόμενη εταιρεία υπολόγισε το ύψος των πάσης φύσεως νόμιμων μεικτών αποδοχών ετησίως για το σύνολο των εργαζομένων στο ποσό των 152.355,677 € για τον Τομέα Α, των 70.138,61 € για τον Τομέα Β, των 19.353,334 € για τον Τομέα Γ και των 38.307,008 € για τον Τομέα Δ. Συνακόλουθα, το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών υπολογίστηκε στο ποσό των 37.799,443 € + 260 € ασφαλιστικές εισφορές υπέρ κατασκηνώσεων ΙΚΑ για τον Τομέα Α, σε 17.401,39 € + 120 € ασφαλιστικές εισφορές υπέρ κατασκηνώσεων ΙΚΑ για τον Τομέα Β, σε 4.801,562 € + 40 € ασφαλιστικές εισφορές υπέρ κατασκηνώσεων ΙΚΑ για τον Τομέα Γ και σε 9.503,968 € + 80 € ασφαλιστικές εισφορές υπέρ κατασκηνώσεων ΙΚΑ για τον Τομέα Δ. Εν συνεχεία, στην οικονομική προσφορά της αναδειχθείσας ως προσωρινής αναδόχου γίνεται υπολογισμός εργολαβικού κέρδους της εταιρείας, διοικητικού κόστους, αναλωσίμων και κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων συνολικά για κάθε έναν από τους τέσσερις Τομείς, στους οποίους έχουν κατανεμηθεί οι προκηρυσσόμενες υπηρεσίες φύλαξης, χωρίς ωστόσο να εξειδικεύεται το ύψος του ποσού που αναλογεί σε κάθε ένα από τα μεγέθη αυτά. Έτσι, σύμφωνα με τα προλεχθέντα, εργολαβικό όφελος της εταιρείας, διοικητικό κόστος, αναλώσιμα και κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων έχουν συνολικώς υπολογιστεί σε ποσό ύψους 3.200,08 € ετησίως για τον Τομέα Α, σε 7.200,00 € ετησίως για τον Τομέα Β, σε 800,024 € ετησίως για τον Τομέα Γ και σε 1500,064 € ετησίως για τον Τομέα Δ. Όμως, κατά την προσφεύγουσα, ο συνολικός αυτός υπολογισμός έχει ως αποτέλεσμα να μην

προκύπτει καθ' οιονδήποτε τρόπο ότι η προσωρινή μειοδότηρια συμπεριέλαβε στις υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις και λοιπές νόμιμες επιβαρύνσεις το ποσοστό προκαταβολής φόρου εισοδήματος 8% επί του μηνιαίου κόστους. Όπως είχε επισημάνει στο από 10.02.2020 υπόμνημά της ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, ο μη συνυπολογισμός της εν λόγω παρακράτησης εντός της υποβληθείσας οικονομικής προσφοράς της αναδειχθείσας ως προσωρινής αναδόχου εταιρείας προκύπτει και αποδεικνύεται από το ότι, εάν το ποσοστό αυτό αφαιρεθεί από το τίμημα που προσέφερε η ως άνω εταιρεία, το τίμημα αυτό καθίσταται αυτομάτως εξαιρετικά χαμηλό, κατώτερο του ελάχιστου νόμιμου εργασιακού κόστους, με αποτέλεσμα να τίθεται εν αμφιβόλω η ομαλή και μη ζημιόγωνα εκτέλεση της υπό σύναψη σύμβασης. Αναφέρει δε ότι έχει και νομολογιακώς κριθεί ότι είναι ελλιπής οικονομική προσφορά, η οποία καλύπτει μεν το προβλεπόμενο από την οικεία Συλλογική Σύμβαση Εργασίας ελάχιστο κόστος μισθοδοσίας του προσωπικού, πλην όμως δεν περιλαμβάνει τις κατά τη διακήρυξη και το νόμο απαιτούμενες κρατήσεις επί των τιμολογούμενων και καταβαλλόμενων στον ανάδοχο αμοιβών του, με αποτέλεσμα να υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους (βλ. ΑΕΠΠ 1193-1194/2019, Ε.Α. ΣτΕ 446/2009, 791/2008, 1069/2009). Επισημαίνει δε ότι η ίδια, στην οικονομική της προσφορά υπολόγισε το ύψος των πάσης φύσεως νόμιμων αποδοχών για το σύνολο των εργαζομένων σε σχέση και με τους τέσσερις Τομείς των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών στο ποσό των 289.999,39 € ετησίως, το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών στο ποσό των 71.948,85 € ετησίως, το διοικητικό κόστος παροχής υπηρεσιών στο ποσό των 2.523 € ετησίως, το κόστος αναλωσίμων στα 1.200,00 € ετησίως, το εργολαβικό κέρδος στα 300 € ετησίως και τις νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις στο ποσό των 566,08 € ετησίως. Στο δε σύνολο άνευ ΦΠΑ που προκύπτει από το άθροισμα των ως άνω ποσών (395.814,96 €), επισημάνουμε με ειδική σημείωση ότι στο εν λόγω ποσό «συμπεριλαμβάνεται παρακράτηση φόρου 8%». Σημειώνει δε ότι η ΑΕΠΠ έχει εκφέρει οριστική κρίση σε πολλές αποφάσεις ως προς τη συνέπεια του μη συνυπολογισμού στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων του ποσοστού της παρακράτησης φόρου 8%, ήτοι ότι επισύρει την απόρριψη ως

απαράδεκτης της προσφοράς κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 135/2019, 692,693/2019, 650/2019). Η προσφεύγουσα καταλήγει αναφέροντας ότι το προβλεπόμενο εκ του άρθρου 64 του Ν. 4172/2013 ποσοστό παρακράτησης φόρου αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων, η έλλειψη του οποίου δεν δύναται να θεραπευτεί με προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, καθώς, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου αυτού, η αναθέτουσα αρχή δύναται να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μόνο εφόσον η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αυτή αφορά σε ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. ....../12.03.2020 Απόψεις της εμμένει στη νομιμότητα της προσβαλλόμενης πράξης, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: Όσον αφορά τον πρώτο λόγο της Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 10.1.1 της Διακήρυξης, το οποίο προβλέπει την υποβολή του ΕΕΕΣ στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και επισημαίνει ότι στις 07-01-2020 κατέθεσε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ το ΕΕΕΣ καθώς και όλα τα υπόλοιπα έγγραφα που απαιτούνταν από τη Διακήρυξη. Επίσης αναφέρει ότι υποβλήθηκαν σχετικά έγγραφα χαρακτηρισμένα ως εμπιστευτικά, στα οποία η αναθέτουσα αρχή είχε πλήρη πρόσβαση μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Τα εμπιστευτικά αυτά έγγραφα αφορούσαν προσφυγές της παρεμβαίνουσας, τα οποία συνόδευαν το ΕΕΕΣ. Η αναθέτουσα προσθέτει ότι, όσον αφορά τις πράξεις επιβολής προστίμων στις οποίες αναφέρονται οι σχετικές, χαρακτηρισμένες ως εμπιστευτικές, προσφυγές, δεν μπορούν να αθροιστούν και να αποκλειστεί η συμμετοχή της παρεμβαίνουσας, καθώς όπως αναφέρεται στο άρθρο 6 της Διακήρυξης, αποκλείεται της συμμετοχής ο προσφερόμενος οικονομικός φορέας εφόσον οι πράξεις επιβολής προστίμου έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 10.2 της Διακήρυξης, στο οποίο αναφέρεται ότι «Στην

*οικονομική τους προσφορά 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» και τονίζει ότι στην οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας αναφέρεται «Στην προσφορά μας έχουμε υπολογίσει εργολαβικό όφελος της εταιρίας, διοικητικό κόστος, αναλώσιμα και τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και Τρίτων ποσού: [...]», καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι η παρεμβαίνουσα κατέθεσε την οικονομική της προσφορά με τον τρόπο που οριζόταν από τη Διακήρυξη και για τον λόγο αυτό η Οικονομική Επιτροπή με την υπ' αριθμ.72/20-02-2020 απόφασή της την ενέκρινε και την ανέδειξε ως προσωρινό ανάδοχο της υπό ανάθεση σύμβασης.*

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η υπό κρίση Προσφυγή είναι στο σύνολό της απορριπτέα, προβάλλοντας τους εξής ειδικότερους ισχυρισμούς: (1) Όσον αφορά τον πρώτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι δεν υφίσταται πρόωρη καταγγελία προηγούμενης σύμβασης και συνεπώς ότι δεν απέκρυψε κανένα στοιχείο στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της. Ειδικότερα, επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 και τις ειδικότερες προϋποθέσεις για τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού, επισημαίνοντας ότι στην υπό κρίση περίπτωση, η εκτέλεση της απόφασης πρόωρης καταγγελίας, κατόπιν άσκησης της αίτησης αναστολής ...../17-04-2018 από την παρεμβαίνουσα, ανεστάλη με την υπ' αριθ. Ν61/2018 απόφαση Διοικητικού Εφετείου Πειραιά. Στη συνέχεια, το Κοινό Διοικητικό Συμβούλιο των διασυνδεόμενων νοσοκομείων ..... «.....» και ....., ως αναθέτουσα αρχή του επίμαχου Διαγωνισμού, εξέδωσε την 13η/10.05.2018 (Θέμα 1ο) απόφαση, με την οποία διέκοψε την υπ' αριθ. ..../2018 συναφθείσα σύμβαση με την προσφεύγουσα και ανέθεσε εκ νέου στην παρεμβαίνουσα την εκτέλεση της καταγγελθείσας σύμβασης μέχρι την ολοκλήρωσή της, η οποία πράγματι ολοκληρώθηκε προσηκόντως. Κατά την παρεμβαίνουσα, η συγκεκριμένη απόφαση δεν συνιστά απλή πράξη συμμόρφωσης με την Ν61/2018 απόφαση Διοικητικού Εφετείου Πειραιά, αλλά αντίθετα με αυτήν στην ουσία ανακλήθηκε η προηγούμενη απόφαση πρόωρης καταγγελίας και ανατέθηκε εκ νέου στην παρεμβαίνουσα η εκτέλεση της

καταγγεληθείσας σύμβασης μέχρι την ολοκλήρωσή της. Αναφέρει περαιτέρω ότι μετά την ανάκλησή της, η απόφαση της πρόωρης καταγγελίας θεωρείται ως ουδέποτε εκδοθείσα, δηλαδή ανύπαρκτη στην έννομη τάξη, καθόσον άλλωστε το Νοσοκομείο της ανέθεσε τη συνέχιση της ίδιας σύμβασης, η οποία τελικώς ολοκληρώθηκε προσηκόντως. Εφόσον, λοιπόν, η πράξη πρόωρης καταγγελίας της με αρ. ....../2016 σύμβασης δεν υφίσταται καν πλέον στον νομικό κόσμο και ισοδυναμεί με ουδέποτε εκδοθείσα, διότι ανακλήθηκε από την ίδια την αναθέτουσα αρχή, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνέτρεχε εν προκειμένω, ως προς τη σύμβαση που αφορούσε το «.....», απόκρυψη της προβλεπόμενης στην περ. 3, εδ. α' άρθρου 6 (σελ. 11) της Διακήρυξης περίπτωσης αποκλεισμού. Επίσης επισημαίνει ότι αυτό έχει ήδη γίνει δεκτό στο πλαίσιο της συμμετοχής της και σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες, όπως η Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Εσόδων και η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Εν όψει των ανωτέρω, η παρεμβαίνουσα συμπεραίνει ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί απόκρυψης συντρέχοντος λόγου αποκλεισμού, είναι αβάσιμοι. Επικαλείται δε τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων (βλ. ΔΕφΑθ 213/2019, 38/2020), σύμφωνα με την οποία, εφόσον τα μη δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ στοιχεία δεν συνιστούν λόγους αποκλεισμού του φορέα από τον διαγωνισμό, δεν υπάρχει υποχρέωση αναφοράς τους στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, και συνεπώς δεν συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού περί ψευδών δηλώσεων ή απόκρυψης πληροφοριών. Ως εκ τούτου συμπεραίνει ότι, εφόσον η ανακληθείσα πρόωρη καταγγελία δεν θα μπορούσε απ' εαυτή να οδηγήσει σε αποκλεισμό της, η ίδια δεν προέβη σε καμία ψευδή δήλωση, δεν απέκρυψε καμία ζητούμενη πληροφορία, κρίσιμη για την εξακρίβωση συνδρομής λόγου αποκλεισμού, και δεν υπέβαλε ανακριβές ΕΕΕΣ. Τονίζει όμως ότι, αν και δεν είχε σχετική υποχρέωση, υπέβαλε στο ΕΣΗΔΗΣ μαζί με τα υπόλοιπα προσκομισθέντα έγγραφα της ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και τα έγγραφα που αφορούσαν στην ανακληθείσα πρόωρη καταγγελία της σύμβασής της με το ..... « .....» (με αριθμό σχετικών υπ' αριθμ. 7 και 8), και συγκεκριμένα την υπ' αριθ. ....../11-04-2018 απόφαση πρόωρης καταγγελίας, την απόφαση Ν61/2018 ΔΕφΠει περί αναστολής της και την ....../10-05-2018 του Δ.Σ. του Νοσοκομείου « .....»,

με την οποία στη συνέχεια ανακλήθηκε η προηγούμενη πράξη πρόωρης καταγγελίας και ανατέθηκε εκ νέου η σύμβαση στην ίδια, μέχρι τη λήξη της (24.08.2018). Η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι, αν επιθυμούσε την απόκρυψη από την αναθέτουσα αρχή της ανακληθείσας πρόωρης καταγγελίας, δεν θα είχε προσκομίσει ενώπιον της και δεν θα της είχε γνωστοποιήσει τα σχετικά έγγραφα, όπως εκ του περισσού έπραξε. (2) Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι δεν υπήρχε υποχρέωση συνυπολογισμού στην οικονομική προσφορά της προβλεπόμενης εκ του άρθρου 64 του Ν. 4172/2013 παρακράτησης φόρου ποσοστού 8%. Τονίζει δε ότι, σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα προβάλλει τον εν λόγω ισχυρισμό άνευ εννόμου συμφέροντος, διότι ούτε η ίδια την υπολόγισε στην προσφορά της, ενώ αναφέρει ότι είναι καθ' όλα ασαφής και εσφαλμένη όπως είναι διατυπωμένη. Η παρεμβαίνουσα επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 10.2 της Διακήρυξης επισημαίνοντας ότι σ' αυτές δεν αναφέρεται η υποχρέωση παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%, η οποία απορρέει από το άρθρο 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013. Τούτο διότι η εν λόγω παρακράτηση δεν συνιστά «επιβάρυνση» ή «κράτηση» υπέρ δημοσίου ή υπέρ τρίτων, αλλά εμπίπτει στις φορολογικές υποχρεώσεις του αναδόχου και έχει προσωρινό χαρακτήρα, καθόσον με τη λήξη του οικονομικού έτους και την εκκαθάριση της φορολογικής δήλωσης του αναδόχου θα συμψηφιστεί με τις λοιπές φορολογικές του υποχρεώσεις. Άλλωστε, αναφέρει ότι ουδείς όρος της Διακήρυξης προκαλεί οποιαδήποτε σύγχυση, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι η παρακράτηση φόρου 8% συνιστά «κράτηση» υπέρ τρίτων, καθόσον η συγκεκριμένη παρακράτηση δεν μνημονεύεται καν στην οικεία Διακήρυξη, και πολύ περισσότερο δεν μνημονεύεται στις κρατήσεις υπέρ τρίτων. Η παρεμβαίνουσα συμπεραίνει ότι οι οικονομικοί φορείς δεν όφειλαν να αναφερθούν ειδικώς στον εν λόγω παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8% ή να τον συμπεριλάβουν στην οικονομική προσφορά τους, ως «κράτηση», εφόσον, άλλωστε, δεν υπήρχε διακριτό πεδίο. Επίσης τονίζει ότι το άρθρο 64 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (Ν. 4172/2013), το οποίο επικαλέστηκε στο υπόμνημα της η προσφεύγουσα, αναφέρεται σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος και όχι σε



«κράτηση» υπέρ τρίτου. Η διαφορά της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% με τις κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι μείζονος σημασίας, καθώς οι κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι πραγματικό κόστος του αναδόχου της σύμβασης ενώ η παρακράτηση φόρου εισοδήματος δεν αποτελεί κόστος, αλλά προκαταβολή φόρου εισοδήματος, η οποία επιστρέφεται. Η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι είναι γνωστό πως, σε περίπτωση που κατά την εκκαθάριση του φόρου εισοδήματος προκύψει μικρότερος ή καθόλου φόρος, ο παρακρατηθείς φόρος επιστρέφεται ή συμψηφίζεται με άλλες οφειλές του φορολογικού υποκειμένου. Ενόψει, όμως, της αυτοτέλειας κάθε διαγωνισμού θεωρεί σαφές ότι η συγκεκριμένη παρακράτηση 8% της επιστρέφεται και επομένως η εκτέλεση του παρόντος έργου δεν είναι σε καμία περίπτωση ζημιογόνος. Είναι δε κατά τους ισχυρισμούς της αδιάφορο εάν τελικά η παρακράτηση μπορεί να συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις ή οφειλές της. Η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος 8%, η οποία ξεκάθαρα δεν αποτελεί «κράτηση» υπέρ τρίτου, συνδέεται με την πληρωμή του τιμολογίου και όχι με την οικονομική προσφορά. Μάλιστα προβλέπεται ότι χορηγείται βεβαίωση από την υπηρεσία για την παρακράτηση του φόρου εισοδήματος, ώστε αυτή στη συνέχεια να επιστραφεί σε αυτόν που του έγινε η παρακράτηση. Αναφορικά δε με την κερδοφορία που προκύπτει από την προκηρυσσόμενη σύμβαση θα είναι τόσο μικρή, ώστε ο φόρος εισοδήματος που θα αναλογεί στις συμβάσεις αυτές θα είναι μηδενικός, ο δε παρακρατηθείς φόρος θα επιστραφεί στο σύνολο του στους διαγωνιζομένους και δεν θα αποτελέσει κόστος της σύμβασης. Η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι εν προκειμένω, δεν υπήρχε υποχρέωση επιπρόσθετης συμπερίληψης στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης 8%, καθότι δεν αποτελεί προαπαιτούμενο της οικονομικής προσφοράς αλλά συνδέεται με ένα μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι αυτό της πληρωμής του τιμολογίου. Επιπροσθέτως αναφέρει ότι από τη γραμματική ερμηνεία των διατάξεων της διακήρυξης, ερμηνευόμενων σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Ν.4172/2013, προκύπτει ότι οι έννοιες «φόρος» και «κρατήσεις» ή άλλους είδους «επιβάρυνση» δεν είναι ταυτόσημες και χρησιμοποιούνται διαζευκτικά, χωρίς να καταλείπεται περιθώριο ερμηνείας ότι ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται από την αναθέτουσα

αρχή δήθεν περιλαμβάνεται κι αυτός στις κρατήσεις υπέρ τρίτου ή στις «επιβαρύνσεις» της σύμβασης. τρίτου ή στις «επιβαρύνσεις» της σύμβασης. Επιπλέον, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται έχει διαφορετική νομική φύση και σκοπό από τις κρατήσεις που διενεργούνται υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, αφού κατά τη νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολοντί αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί κατ' ουσίαν προκαταβολή φόρου, η οποία δεν συνυπολογίζεται στο λειτουργικό κόστος του αναδόχου και δεν επηρεάζει τον υπολογισμό του εργολαβικού ανταλλάγματος. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί, σε αντίθεση με τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται (βλ. ΕΣ.ΟΛ 807/1997). Σύμφωνα δε με τα παραπάνω, είναι κατά την παρεμβαίνουσα προφανές ότι στις περιπτώσεις που λαμβάνει οικονομικός φορέας αμοιβές από φορείς υπηρεσιών ασφάλειας, ο φόρος που προκαταβάλλεται κατά την πληρωμή του αναδόχου επί της αμοιβής του, μετά τη διενέργεια των νόμιμων κρατήσεων, δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτου η οποία απομειώνει την εργολαβική αμοιβή, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι το ποσό αυτό συνιστά εισόδημα του ίδιου του αναδόχου που αποτυπώνεται στη φορολογική του δήλωση. Συνεπώς σε περίπτωση που ενσωματώσουμε στην αμοιβή το πρόσθετο ποσό που αντιστοιχεί στον παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8%, αυτό θα έχει απλά ως συνέπεια την προσαύξηση της αμοιβής και κατ' επέκταση του εισοδήματός μας και συνακόλουθα την αντίστοιχη επιβάρυνση του κόστους της σύμβασης επί ζημιά του Δημοσίου. Με άλλες λέξεις, μια τέτοια προσαύξηση του κόστους της σύμβασης δημιουργεί απλώς ένα επιπλέον κόστος για τον ανάδοχο, το οποίο φορολογείται στο τέλος του οικονομικού έτους, ανάλογα με τα αποτελέσματα της χρήσης. Στα ανωτέρω συνηγορεί και το γεγονός ότι στην πράξη η παρακράτηση φόρου υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων, επί του καθαρού ποσού της αξίας των υπηρεσιών, μετά την αφαίρεση όλων των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων.

Επισημαίνει επίσης ότι, όπως διευκρινίζεται στην εγκύκλιο ΠΟΑ 1007/2017 της ΑΑΔΕ, οι αμοιβές για τεχνικές υπηρεσίες, αμοιβές διοίκησης, αμοιβές για συμβουλευτικές υπηρεσίες ή και αμοιβές για παρόμοιες υπηρεσίες που λαμβάνει, μέσω της μόνιμης εγκατάστασής του στην Ελλάδα, νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα, φορολογικός κάτοικος κράτους - μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου, δεν υπόκεινται σε παρακράτηση φόρου. Από την ως άνω απαλλαγή εξαιρούνται οι αμοιβές που λαμβάνουν τα ως άνω νομικά πρόσωπα για τις υπηρεσίες που παρέχουν στους φορείς γενικής κυβέρνησης της παρ. 2 του άρθρου 64 του Κ.Φ.Ε. και ως εκ τούτου, υπόκεινται σε παρακράτηση με συντελεστές 1%, 4% ή 8%, κατά περίπτωση, καθώς και οι αμοιβές για τεχνικά έργα, που λαμβάνουν τα υπόψη νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες, οι οποίες υπόκεινται σε παρακράτηση φόρου με συντελεστή 3%, βάσει της περ. δ1 της παρ. 1 του άρθρου 64 του Κ.Φ.Ε. Σύμφωνα με την ίδια εγκύκλιο, από την έκδοσή της παύει να ισχύει κάθε άλλη εγκύκλιος με αντίθετο περιεχόμενο ως προς τη φορολογική αντιμετώπιση του ίδιου ζητήματος. Τυχόν παρακρατηθέντα ποσά σύμφωνα με την προγενέστερη εγκύκλιο ΠΟΛ.1120/25.4.2014 δεν επιστρέφονται, αλλά ο παρακρατηθείς φόρος συμψηφίζεται με τις δηλώσεις φορολογίας εισοδήματος των οικείων φορολογικών ετών. Η παρεμβαίνουσα καταλήγει στο συμπέρασμα ότι, εάν από τη συνολική προσφορά (ποσό τιμολογίου) αφαιρεθούν οι δαπάνες εκτέλεσης του έργου (μισθοδοσία, εισφορές, αναλώσιμα κ.λπ.) τότε απομένει μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος, το οποίο είναι το πράγματι επιβαρυνόμενο με φορολογία εισοδήματος ποσό του τιμολογίου. Συνεπώς, με φόρο εισοδήματος επιβαρύνεται μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος του αναδόχου και ουδέν άλλο ποσό, από το οποίο, όμως, μετά φόρων απομένει πάντα ορισμένο ποσό με θετικό πρόσημο που συνιστά το κέρδος της επιχείρησης. Με άλλες λέξεις, αναφέρει ότι η προκαταβολή φόρου 8% αποτελεί προσωρινή παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία στη συνέχεια διευθετείται, δηλ. επιστρέφεται στην ίδια με την εκκαθάριση της δήλωσης ή εν πάση περίπτωση συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις. Εάν ορισμένος διαγωνιζόμενος την υπολογίσει ως επιπλέον κόστος στην προσφορά

του, όπως η προσφεύγουσα εταιρία, η προσφορά της δεν καθίσταται εξ αυτού του λόγου μη σύννομη, αλλά αυτός ο υπολογισμός έλαβε χώρα κατ' ενάσκηση της επιχειρηματικής ελευθερίας της όχι διότι το επέβαλε ρητός όρος της διακήρυξης. Ωστόσο θεωρεί ότι μόνη η υποσημείωση της προσφεύγουσας στο τέλος του πίνακα ότι «συμπεριλαμβάνεται παρακράτηση φόρου 8%» είναι αόριστη και ασαφής και καθιστά την προσφορά της ανεπίδεκτη εκτίμησης. Και τούτο διότι το γεγονός ότι μετά τη διενέργεια μαθηματικών υπολογισμών εάν από την προσφορά της ποσού 395.814, 96 ευρώ (χωρίς Φπα 24%) αφαιρεθούν τα αναφερόμενα κονδύλια εργοδοτικού κόστους, εργολαβικού κέρδους, κρατήσεων κ.λπ. απομένει ποσό 29.277, 64 ευρώ, ουδόλως τεκμαίρεται ότι το ποσό αυτό αντιστοιχεί στο 8% εφόσον δεν έχει δηλωθεί ρητώς και ξεκάθαρα στον οικείο πίνακα.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα ανήρτησε στις 09.04.2020 στο ΕΣΗΔΗΣ και κοινοποίησε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου Υπόμνημα, προκειμένου να αντικρούσει τις από 12.03.2020 Απόψεις της αναθέτουσας αρχής. Αν και στο Υπόμνημά της δηλώνει ότι απέκτησε πρόσβαση στις Απόψεις μόλις την 08.04.2020, ωστόσο άσκησε το Υπόμνημά της εμπρόθεσμα, ήτοι έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής, όπως προβλέπει το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016. Στο Υπόμνημά της η προσφεύγουσα αναφέρει ότι η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της δεν αντικρούει τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο, αλλά έτερο λόγο αποκλεισμού, ο οποίος δεν έχει προβληθεί. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από τις υποβληθείσες Απόψεις καταδεικνύεται είτε ότι η αναθέτουσα αρχή πλανήθηκε, παρανοώντας τους ισχυρισμούς της Προσφυγής, είτε ότι στρεβλωτικά αναφέρθηκε στο ζήτημα των πράξεων επιβολής προστίμου, για το οποίο πράγματι, σύμφωνα με τις διατυπώσεις της Διακήρυξης, δεν στοιχειοθετείται λόγος αποκλεισμού σε βάρος της παρεμβαίνουσας. Όσον αφορά δε τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι η αναθέτουσα αρχή τον αρνείται μη νόμιμα και αόριστα, χωρίς να εξειδικεύει εάν στην οικονομική προσφορά της η παρεμβαίνουσα συνυπολόγισε την επίμαχη παρακράτηση και δίχως πάλι να

απαντά επί της ουσίας του επίμαχου λόγου της Προσφυγής. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η προσφεύγουσα επιχειρεί δια του Υπομνήματός της να αντικρούσει και την ασκηθείσα Παρέμβαση. Λαμβάνοντας υπόψη ότι από τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 δεν της παρέχεται η δυνατότητα αυτή, οι εν λόγω ισχυρισμοί προβάλλονται απαραδέκτως και δεν θα εξεταστούν από το κρίνον Κλιμάκιο.

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»*. Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...»* και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

13. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

14. Επειδή, στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 (Λόγοι αποκλεισμού) προβλέπονται τα εξής: *«[...] 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν*

από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18, β) εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου, γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, ε) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 48, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, στ) εάν ο οικονομικός φορέας 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 ο οικονομικός φορέας 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 79, η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί 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 εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. 5. [...] 6. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 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. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. 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, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ'αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού. 10. [...]».

15. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των



υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

16. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

17. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣτΕ 194/2011).

18. Επειδή, με τις διατάξεις του άρθρου 6 παρ. 3 της υπ' αριθμ. .... Διακήρυξης, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ) και ζ) του Ν. 4412/2016 ενσωματώθηκαν στο κανονιστικό κείμενο αυτής και ως εκ τούτου κατέστησαν υποχρεωτικοί. Ειδικότερα, στην παρ. 3 του άρθρου 6 της Διακήρυξης προβλέπονται οι εξής αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού του προσφέροντος: (ι) η περίπτωση στην οποία αυτός έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια 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 και (ii) η περίπτωση στην οποία αυτός έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7-8 του Ν. 4412/2016, παρέχεται στον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα η δυνατότητα να αποδεικνύει ότι μπορεί με αξιοπιστία να εκτελέσει την δημοπρατούμενη σύμβαση, παρά το γεγονός ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού της παρ. 4 του ίδιου άρθρου, τηρώντας τα μέτρα αυτοκάθαρσης (self cleaning).

19. Επειδή, όπως έχει κριθεί από την νομολογία, τόσο η Οδηγία 2014/24 ΕΕ (σκέψεις 101 και 102 του προοιμίου της) όσο και ο Ν. 4412/2016 και οι προαναφερθείσες διατάξεις της επίμαχης Διακήρυξης αποσκοπούν να αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητας. Επίσης, έχει κριθεί από την νομολογία ότι κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 4-8 (άρθρο 57 παρ. 4-7 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ), η εκτίμηση σχετικά με την συνδρομή λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα και συνεπώς η εκτίμηση σχετικά με την λήψη των επανορθωτικών μέτρων εκ μέρους του επαφίεται κατά τον νομοθέτη αποκλειστικά και μόνον στην αναθέτουσα αρχή, η οποία έχει την δυνατότητα να προβεί στις σχετικές αξιολογικές κρίσεις για να εκτιμήσει, όχι μόνον εάν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, αλλά και εάν αυτός έχει πράγματι αποκαταστήσει την αξιοπιστία και ακεραιότητά του, παρά την κατ' αρχήν διαπίστωση ότι εμπίπτει στον εξεταζόμενο λόγο αποκλεισμού. Άλλωστε, η εμπέδωση σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του υποψήφιου αναδόχου προϋποθέτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την τυχόν σχετική αξιολόγηση τρίτου, αλλά στηρίζεται σε ίδια αξιολογική κρίση σχετικά με την επικείμενη συμπεριφορά του υποψήφιου αναδόχου (ΔΕΕ C-41/2018, Meca Srl / Comune di Napoli, C-267/2018, Delta/CNAIR, C-395/2018, Tim/Consign SpA, EA ΣΤΕ 237/2019). Σύμφωνα δε με

την απόφαση της ΕΑ του ΣτΕ 40/2019, η διαπίστωση της αξιοπιστίας και ακεραιότητας του οικονομικού φορέα προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της συνολικής συμπεριφοράς αυτού σε σχέση με τον λόγο αποκλεισμού. Σημειώνεται δε ότι τα στοιχεία για τη διαπίστωση της συνδρομής λόγων αποκλεισμού όπως και τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα πρέπει να δηλώνονται στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το περιεχόμενο του οποίου ρυθμίζεται (άρθρο 79 παρ. 3 Ν. 4412/2016) από τον εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής (L 3), εκδοθέντα βάσει της εξουσιοδότησης η οποία παρέχεται από το άρθρο 59 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

20. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής προβάλλεται ότι η παρεμβαίνουσα παρέλειψε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ τα στοιχεία που στοιχειοθετούν τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό της και συγκεκριμένα την καταγγελία λόγω παράβασης ουσιώδους όρου της υπ' αριθμ. ..../2016 σύμβασης, η οποία είχε συναφθεί μεταξύ της παρεμβαίνουσας και του ..... « .....». Πράγματι, όπως προκύπτει από τα συνημμένα αρχεία της Προσφυγής και συνομολογεί η παρεμβαίνουσα, με την απόφαση της .....<sup>ης</sup>/11.04.2018(θέμα 1<sup>ο</sup>) συνεδρίασης του κοινού Δ.Σ. των διασυνδεόμενων νοσοκομείων ..... «.....» και ..... (ΑΔΑ: .....) αποφασίστηκε αφενός η καταγγελία της υπ' αριθμ. ..../2016 σύμβασης και αφετέρου η άμεση κατάπτωση της υπ' αριθμ. .... εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της ....., ποσού 16.756,00€. Ειδικότερα, η εν λόγω σύμβαση καταγγέλθηκε λόγω παράβασης ουσιώδους όρου της σύμβασης, ο οποίος «*σύμφωνα με το σκεπτικό του Ελεγκτικού Συνέδριου έγκειται στην εκ των υστέρων, ήτοι κατά το στάδιο εκτελέσεως της συμβάσεως, μεταβολή του μισθολογικού κόστους που μετέβαλλε την οικονομική ισορροπία της συμβάσεως και αλλοίωσε τους όρους υπό τους οποίους κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (προσφορά στα κατώτατα όρια των αποδοχών για εργαζόμενους κάτω των 25 ετών), αφού αν η εταιρεία είχε εμφανίσει το πραγματικό ύψος του κόστους δεν είναι βέβαιο ότι η προσφορά της θα είχε γίνει αποδεκτή και συνεπώς ότι θα της είχε ανατεθεί η σύμβαση. Η μεταβολή αυτή συνιστά μη*

*επιτρεπτή ουσιώδη τροποποίηση της συμβάσεως κατά τη διάρκεια της ισχύος της». Μετά την άσκηση της υπό στοιχεία ...../17.04.2018 αίτησης αναστολής από την παρεμβαίνουσα, η εκτέλεση της εν λόγω απόφασης πρόωρης καταγγελίας ανεστάλη αρχικώς με προσωρινή διαταγή και στη συνέχεια με την υπ' αριθμ. Ν61/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά. Το Κοινό Δ.Σ. των διασυνδεόμενων νοσοκομείων, σε συμμόρφωση με την εν λόγω αναστολή, εξέδωσε την απόφαση της ...<sup>5</sup>/10.05.2018(θέμα 1<sup>ο</sup>) συνεδρίασης, με την οποία αφενός ανέστειλε την εκτέλεση της καταγγελίας και αφετέρου διέκοψε την υπ' αριθμ. ..../2018 σύμβαση την οποία είχε συνάψει με την προσφεύγουσα και ανέθεσε στην παρεμβαίνουσα τη συνέχιση της εκτέλεσης της υπ' αριθμ. ..../2016 σύμβασης.*

21. Επειδή, από την επισκόπηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας διαπιστώθηκε ότι η τελευταία πράγματι παρέλειψε να ενημερώσει δια του ΕΕΕΣ της την αναθέτουσα αρχή για την καταγγελία της υπ' αριθμ. ..../2016 σύμβασης με το «.....», προκειμένου εκείνη να την αξιολογήσει και να κρίνει εάν στοιχειοθετεί σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης και αν έχει πληγεί η αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η απόφαση ...ης/11.04.2018(θέμα 1ο) συνεδρίασης του κοινού Δ.Σ. των διασυνδεόμενων νοσοκομείων θεωρείται λόγω της ανάκλησής της «ως ουδέποτε εκδοθείσα, δηλαδή ανύπαρκτη στην έννομη τάξη» είναι αβάσιμος. Ειδικότερα, με την απόφαση Ν61/2018 του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά ανεστάλη η εκτέλεσή της «μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της ασηθείσας από την αιτούσα προσφυγής». Κατά συνέπεια και λαμβάνοντας υπόψη ότι δεν έχει εκδοθεί απόφαση επί της προσφυγής, διαπιστώνεται ότι η απόφαση της ...ης/11.04.2018(θέμα 1ο) συνεδρίασης του κοινού Δ.Σ. των διασυνδεόμενων νοσοκομείων εξακολουθεί να υφίσταται στον νομικό κόσμο και είναι νόμιμη μέχρι τη δικαστική ακύρωσή της. Επιπροσθέτως, όσον αφορά τον ισχυρισμό της παρεμβαίνουσας ότι η απόφαση με την οποία ανακλήθηκε η πρόωρη καταγγελία δεν αποτελεί απλή πράξη συμμόρφωσης αλλά και εκ νέου ανάθεση για την εκτέλεση της καταγγελθείσας σύμβασης μέχρι την ολοκλήρωσή της, θα πρέπει να σημειωθεί αφενός ότι από το σώμα της νεότερης απόφασης

προκύπτει ρητά και με σαφήνεια ότι αναστέλλεται η εκτέλεση της καταγγελίας σε συμμόρφωση με την προσωρινή διαταγή της Προέδρου του Γ' Τμήματος του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά και αφετέρου ότι η συνέχιση της εκτέλεσης της υπ' αριθμ. .../2016 σύμβασης είναι το λογικό επακόλουθο της αναστολής εκτέλεσης της καταγγελίας, λαμβάνοντας υπόψη ότι εξακολουθούσε να υφίσταται ανάγκη για παροχή υπηρεσιών ασφαλείας. Σε κάθε περίπτωση, όμως, με την απόφαση του ΔΕΕ επί της υπόθεσης C-41/18 (..... / ..... ) κρίθηκε ότι η άσκηση δικαστικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί λύσεως δημόσιας συμβάσεως που ελήφθη από αναθέτουσα αρχή λόγω σοβαρών πλημμελειών που επιδείχθηκαν κατά την εκτέλεσή της δεν εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή που προκηρύσσει νέο διαγωνισμό να προβεί σε οποιαδήποτε αξιολόγηση, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, σχετικά με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα τον οποίο αφορά η ως άνω λύση. Κατά συνέπεια, η παρεμβαίνουσα έπρεπε να θέσει υπόψη της αναθέτουσας αρχής όλα τα στοιχεία που σχετίζονται με την πρόωρη καταγγελία προηγούμενης σύμβασης και ο μόνος τρόπος να το πράξει ήταν απαντώντας «ΝΑΙ» στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ και επισυνάπτοντας όλα τα σχετικά έγγραφα καθώς και τυχόν επανορθωτικά μέτρα. Ακόμη και υπό την εκδοχή ότι τελικώς δεν στοιχειοθετείται ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ) του Ν. 4412/2016, η ΕΑ του ΣΤΕ με τις αποφάσεις 40/2019, 237/2019 και 279/2019 έχει κρίνει εξ αφορμής άλλου λόγου αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 (συμμετοχή σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού) τα εξής: *«17. Επειδή, κατά τη σοβαρά πιθανολογούμενη έννοια του ανωτέρω Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Συμβάσεως η απάντηση του οικονομικού φορέα στο σχετικό ερώτημα αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον, συγκεκριμένα δε, αν αυτός συνήψε ή όχι σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο με άλλους οικονομικούς φορείς συμφωνίες που αποσκοπούσαν στην στρέβλωση του ανταγωνισμού. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος αυτού η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τ' ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο*

διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία». Κατόπιν των ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι η παράλειψη της παρεμβαίνουσας να δηλώσει «ΝΑΙ» στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ και να θέσει υπόψη της αναθέτουσας αρχής την πρόωρη καταγγελία προηγούμενης σύμβασης, και αν ακόμη δεν στοιχειοθετεί τον λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης στ), καταρχήν στοιχειοθετεί τον λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης ζ). Επισημαίνεται ότι η συμπερίληψη στην τεχνική προσφορά της απόφασης καταγγελίας, της απόφασης αναστολής της από το Διοικητικό Εφετείο Πειραιά και της απόφασης που αναστέλλει την εκτέλεση της καταγγελίας, εντός του φακέλου «Προσφυγές» δεν δύναται να υποκαταστήσει την παράλειψη της παρεμβαίνουσας να δηλώσει τα γεγονότα αυτά στο ΕΕΕΣ, συσχετίζοντας τα εν λόγω έγγραφα με τον λόγο αποκλεισμού στον οποίο αφορούν, ώστε να μπορέσει η αναθέτουσα αρχή να τα αξιολογήσει. Επίσης, θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι επικαλούμενες από την παρεμβαίνουσα αποφάσεις άλλων αναθετουσών αρχών (ΑΑΔΕ και Επιτροπής Ανταγωνισμού) περί της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης στ), εκτός του ότι δεν μπορούν να αξιοποιηθούν εν προκειμένω λόγω της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, σε κάθε περίπτωση έχουν εκδοθεί στη βάση άλλων πραγματικών περιστατικών, καθώς η ίδια η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι στις διαδικασίες εκείνες είχε δηλώσει στο ΕΕΕΣ την καταγγελία.

22. Επειδή, ωστόσο στην απόφαση του ΔΕΕ επί της υπόθεσης C-...../18 ( ..... κατά ..... ) και συγκεκριμένα στη σκέψη 37 αναφέρεται ότι: «37. Τέλος, εάν η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ, ή η, της οδηγίας 2014/24, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, προκειμένου να τηρήσει τις επιταγές του άρθρου 57, παράγραφος 6, της οδηγίας αυτής, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 102 της εν λόγω οδηγίας, να παράσχει στον εν λόγω οικονομικό φορέα τη δυνατότητα να προσκομίσει αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι

*τα διορθωτικά μέτρα που έλαβε είναι επαρκή για να αποφευχθεί η επανάληψη της παρατυπίας λόγω της οποίας έγινε η προγενέστερη καταγγελία της δημόσιας συμβάσεως και μπορούν, ως εκ τούτου, να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρά τη συνδρομή συναφούς λόγου προαιρετικού αποκλεισμού». Με την εν λόγω απόφαση του ΔΕΕ κρίθηκε ότι ακόμη και στην περίπτωση που ο προσφέρων παρέλειψε να αναφέρει στο ΕΕΕΣ το πραγματικό γεγονός που αποτελεί τη βάση για τη στοιχειοθέτηση ή μη λόγου αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 57 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, πριν απορρίψει την προσφορά του, να τον καλέσει να δηλώσει και εκ των υστέρων τα διορθωτικά μέτρα, προκειμένου να διαπιστώσει εάν έχει κλονιστεί η σχέση εμπιστοσύνης με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα. Η κρίση αυτή του ΔΕΕ ανατρέπει όσα είχαν κριθεί έως την έκδοσή της από το Συμβούλιο της Επικρατείας αναφορικά με το θέμα αυτό. Καταληκτικά, ως προς τον πρώτο λόγο της Προσφυγής, διαπιστώνεται ότι η παρεμβαίνουσα είχε υποχρέωση να δηλώσει στο ΕΕΕΣ το πραγματικό γεγονός της καταγγελίας προηγούμενης σύμβασης, αλλά η αναθέτουσα αρχή, λαμβάνοντας υπόψη τη διαμορφωθείσα έως σήμερα νομολογία του ΔΕΕ, δεν θα μπορούσε να την αποκλείσει για τον λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης στ) ή ζ) της παρ 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/20169, χωρίς προηγουμένως να την καλέσει να εκθέσει τα επανορθωτικά της μέτρα, ώστε να αποφανθεί αιτιολογημένα επ' αυτών. Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός και, εφόσον δεν διαπιστωθεί με την παρούσα άλλος λόγος απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η υπόθεση θα πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να καλέσει την παρεμβαίνουσα να υποβάλει τυχόν επανορθωτικά μέτρα και να αποφανθεί αιτιολογημένα για τη συνδρομή ή μη λόγου αποκλεισμού κατά τα κριθέντα ανωτέρω.*

23. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέα λόγω παράλειψης υπολογισμού σε αυτήν της προβλεπόμενης εκ του Ν. 4172/2016 παρακράτησης φόρου ποσοστού 8%. Η παρεμβαίνουσα συνομολογεί ότι δεν έχει υπολογίσει την εν λόγω παρακράτηση φόρου στην

προσφορά της και ισχυρίζεται ότι ο δεύτερος λόγος της Προσφυγής προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος, επειδή και η ίδια η προσφεύγουσα δεν υπολόγισε την προαναφερόμενη παρακράτηση στην οικονομική προσφορά της.

24. Επειδή, η προβολή από την προσφεύγουσα της οποίας η προσφορά έχει γίνει αποδεκτή, ισχυρισμού κατά άλλου συνδιαγωνιζόμενου, ο οποίος συντρέχει και για την ίδια, με σκοπό τον αποκλεισμό του από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, αντίκειται στην αρχή του ίσου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων αλλά και στην καλή πίστη. Ωστόσο, από την επισκόπηση της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας στο ΕΣΗΔΗΣ και συγκεκριμένα από το αρχείο με τίτλο «.....Οικονομική ανάλυση» προκύπτει ότι η προσφεύγουσα έχει συμπεριλάβει στην οικονομική προσφορά της την παρακράτηση φόρου 8%. Ειδικότερα, στο συνολικό ετήσιο κόστος κάθε επιμέρους πίνακα (για τον Τομέα Α, τον Τομέα Β, τον Τομέα Γ, τον Τομέα Δ καθώς και του συνολικού πίνακα) υπάρχει παραπομπή, στην οποία αναφέρεται ότι «*συμπεριλαμβάνεται παρακράτηση φόρου 8%*». Ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι δεν υπάρχει ειδικό πεδίο της προσφοράς, το οποίο να έχει συμπληρωθεί με ορισμένο ποσό για το 8%, είναι αβάσιμος, γιατί η Διακήρυξη δεν προέβλεπε την ύπαρξη ξεχωριστού πεδίου για την εν λόγω παρακράτηση φόρου, αλλά μόνο τον υπολογισμό της. Κατόπιν των ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι η προσφεύγουσα δεν έχει προβεί στην ίδια πλημμέλεια με την παρεμβαίνουσα και, συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον προβάλλει τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής, χωρίς να παραβιάζεται η αρχή του ίσου μέτρου κρίσης. Οι λοιπές αιτιάσεις της παρεμβαίνουσας περί εσφαλμένου τρόπου υπολογισμού της παρακράτησης φόρου 8% από την πλευρά της προσφεύγουσας προβάλλονται απαραδέκτως από αυτήν, καθώς επιχειρούν να στοιχειοθετήσουν διαφορετική πλημμέλεια από αυτή που της καταλογίζεται από την προσφεύγουσα και με τον τρόπο αυτό διευρύνονται ανεπίτρεπτα τα αντικειμενικά όρια της Παρέμβασης.



25. Επειδή, στο άρθρο 64 του Ν. 4172/2013 προβλέπεται ότι: «[...] 2. Οι φορείς γενικής κυβέρνησης «εκτός από τις κεφαλαιουχικές εταιρείες» κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από «φυσικά ή» νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, να παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1%) για τα υγρά καύσιμα και τα προϊόντα καπνοβιομηχανίας, ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών. Εξαιρούνται από την παρακράτηση φόρου οι υπόχρεοι του πρώτου εδαφίου: [...]». Επίσης, στο άρθρο 95 του Ν. 4412/2016 (Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) και συγκεκριμένα στην παρ. 5 αυτού προβλέπονται τα εξής: «5. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: α) η τιμή του προς προμήθεια υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης, β) στις περιπτώσεις των παραγράφων 9 και 10 του άρθρου 53, όταν από τα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται αναπροσαρμογή τιμών, τότε η οικονομική προσφορά υποβάλλεται υποχρεωτικά σε ποσοστό έκπτωσης επί της τιμής της εκτιμώμενης αξίας του υλικού ή της παροχής υπηρεσίας εκτός αν άλλως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης». Τέλος, στο άρθρο 10.2 της Διακήρυξης (Περιεχόμενα (υπο)φακέλου «Οικονομική Προσφορά») προβλέπεται ότι: «[...] Επιπλέον επί ποινή αποκλεισμού: Σύμφωνα με το άρθρ. 68 του Ν. 3863/2010, οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης, πρέπει να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της οικονομικής τους προσφοράς τα κάτωθι στοιχεία: α) Τον αριθμό των εργαζομένων. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι (στην οποία δεν θα δοθεί

έκπτωση). δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. Στην οικονομική τους προσφορά 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, οφείλουν να επισυνάπτουν στην οικονομική προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι και ανάλυση βάσει αυτής της μισθοδοσίας των εργαζομένων. ΓΕΝΙΚΑ ΠΕΡΙ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ Στις τιμές περιλαμβάνονται οι τυχόν κρατήσεις υπέρ τρίτων, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση που ισχύει».

26. Επειδή, από τις προαναφερόμενες διατάξεις του Νόμου και της Διακήρυξης προκύπτει δίχως αμφιβολία ότι οι προσφέροντες έπρεπε να υπολογίσουν στην οικονομική προσφορά τους το σύνολο των κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου και τρίτων που βαρύνουν κατά νόμο τον ανάδοχο, μεταξύ δε των εν λόγω επιβαρύνσεων περιλαμβάνεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8% του άρθρου 64 του Ν. 4172/2013 επί του καθαρού ποσού των παρεχόμενων υπηρεσιών, η οποία παρακρατείται υποχρεωτικά κατά την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών. Άλλωστε, έχει κατά πάγια νομολογία κριθεί και συνάδει με τα οριζόμενα στην οικεία Διακήρυξη ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να συμπεριλαμβάνουν στην προσφερόμενη τιμή τόσο τις υπέρ τρίτων κρατήσεις όσο και κάθε άλλου είδους επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 8% παρακράτησης φόρου εισοδήματος του Ν. 4172/2013. Και τούτο διότι, η υποχρέωση αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση της προμήθειας και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με τη διακήρυξη σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (ΣΤΕ 563/2008, σκ.4, ΕΑ ΣΤΕ 446/2009, 840/2008, 482/2006, πρβλ. ΣΤΕ 3938/1999, Ε.Α. ΣΤΕ 800, 256/2004, ΔΕΦΑΘ 126/2019, 265/2016). Άλλωστε, στην απόφαση

N10/2020 Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία επικυρώθηκε η απόφαση 1193, 1194/2019 της ΑΕΠΠ, κρίθηκε ότι: «[...] από τους όρους 2.4.6 και 5.1.2 της διακήρυξης, προκύπτει με σαφήνεια η υποχρέωση των διαγωνιζόμενων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η παρακράτηση φόρου εισοδήματος σε ποσοστό 8% του ν. 4172/2013, ως εμπίπτουσα στην έννοια των λοιπών επιβαρύνσεων και των νόμιμων υπέρ του δημοσίου κρατήσεων, την οποία η αιτούσα, αν και υποχρεούνταν, δεν περιέλαβε στην προσφερόμενη τιμή. Η ανωτέρω υποχρέωση επιβάλλεται ανεξάρτητα από το γεγονός της μη ύπαρξης διακεκριμένου πεδίου στο οικείο υπόδειγμα του Παραρτήματος IV της διακήρυξης, καθόσον αρκούσε προς τούτο το ενιαίο για όλες τις νόμιμες υπέρ δημοσίου και τρίτων κρατήσεις (ΔΕφΑθ 25/2019) πεδίο 9 του αναλυτικού πίνακα της οικονομικής προσφοράς».

27. Επειδή, αβάσιμα προβάλλει η παρεμβαίνουσα ότι η παρακράτηση του 8% δεν έπρεπε να υπολογισθεί, γιατί δεν αποτελεί κράτηση, αλλά παρακράτηση φόρου ή αλλιώς προκαταβολή φόρου εισοδήματος, η οποία επιστρέφεται. Με την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών 268/2019, με την οποία επικυρώθηκε η απόφαση 692,693/2019 του παρόντος Κλιμακίου ΑΕΠΠ, κρίθηκε σχετικά ότι: «[...] Εξάλλου, η φύση της ως άνω παρακράτησης, ως φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, δεν αναιρεί την υποχρέωση του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό να συμπεριλάβει τη συγκεκριμένη επιβάρυνση στην οικονομική προσφορά του, διακριτώς ή μη, όπως συνάγεται από τους όρους της διακήρυξης που προπαρατέθηκαν, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 95 παρ.5 α' του ν.4412/2016 και 64 παρ.2 του ν.4172/2013. Ενόψει αυτών, δεν πιθανολογούνται βάσιμα τα προβαλλόμενα με την κρινόμενη αίτηση αναστολής περί μη εννοιολογικής ταύτισης των λοιπών κρατήσεων με την παρακράτηση φόρου 8%, η οποία συμψηφίζεται με το φόρο που αναλογεί στο συνολικό εισόδημα του αναδόχου και περί τεχνητής προσαύξησης του εργαλαβικού κέρδους και επιβάρυνσης της αναθέτουσας αρχής με την φορολογική υποχρέωση του αναδόχου, όταν η παρακράτηση φόρου περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά [...]». Ομοίως, αβάσιμα προβάλλει

η παρεμβαίνουσα ότι η εν λόγω παρακράτηση 8% δεν συγκαταλέγεται στα στοιχεία κόστους που επιβαρύνουν το έργο, επειδή ερείδεται στην εσφαλμένη – κατά τα ανωτέρω - παραδοχή της παρεμβαίνουσας ότι δεν περιλαμβάνεται στις νόμιμες κρατήσεις.

28. Επειδή, τέλος, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, οι οικονομικές προσφορές δεν δύνανται να τροποποιηθούν μετά την κατάθεσή τους, είτε με πρωτοβουλία της αναθέτουσας αρχής είτε των προσφερόντων. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, και με βάση την αρχή της τυπικότητας, να απορρίψει την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Σημειώνεται δε ότι, εφόσον συντρέχει ο συγκεκριμένος λόγος απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, παρέλκει η αναπομπή της υπόθεσης στην αναθέτουσα αρχή και η κλήση της παρεμβαίνουσας για απόδειξη της αξιοπιστίας της, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στη σκέψη 22 ανωτέρω.

29. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η ασκηθείσα Παρέμβαση.

30. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., ποσού 2.110,66€, που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 72/2020 (αριθμ. πρωτ. ....../26.02.2020) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και την ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, ποσού 2.110,66€.

**Αριθμός απόφασης: 501 / 2020**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15.04.2020 και εκδόθηκε στις 04.05.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Σιδέρη Μαρία-Ελένη**

**Τσουλούφα Αργυρώ**

**α/α**

**Μαραντίδου Φωτεινή**