

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 9 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 01.12.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1710/06.12.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...& ΣΙΑ Ε.Ε.» και με διακριτικό τίτλο «... ...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «... A.E.» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του οικονομικού φορέα «...» και με το διακριτικό τίτλο «... ...Σ» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης, υπ' αριθ. 01.13/17-11-2022, απόφασης του ... «...» του Δήμου Με την κρινόμενη προσφυγή συμπροσβάλλεται και η υπ' αριθμό 01.11/26-10-2022 απόφαση του προαναφερόμενου Διοικητικού Συμβουλίου.

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 21.11.2022, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 01.12.2022, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού η προσφεύγουσα ως δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και την ανάθεση σ' αυτήν (προσφεύγουσα) της συγκεκριμένης σύμβασης.

3. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 07.12.2022 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4. Επειδή, η παρεμβαίνουσα, έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος, άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 12.12.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσφυγής, την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

5. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως στις 07.12.2022 τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής. Εξ άλλου, η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 12.12.2022 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της, το οποίο λαμβάνεται υπ' όψη από το παρόν Κλιμάκιο.

6. Επειδή, με τη Διακήρυξη υπ' αριθμό 232/2022, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός δημόσιος διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της δημόσιας σύμβασης, με τίτλο «... ..», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 93.324,34€, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 09.09.2022 με Α.Δ.Α.Μ 22PROC0..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό Σημειωτέον ότι, σύμφωνα με το άρθρο 1.1 της Διακήρυξης, η εν λόγω αναθέτουσα Αρχή είναι Νομικό Πρόσωπο Ιδιωτικού Δικαίου του Δήμου ... (μη κεντρική αναθέτουσα Αρχή) [άρθρο 2 παρ. 1 περ. 2 και 3 του ν. 4412/2016].

7.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά πέντε (5) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη απόφαση οριστική ανάδοχος αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα. Κατά της ως άνω προσβαλλόμενης στρέφεται η προσφεύγουσα για τους ειδικότερους λόγους που διαλαμβάνονται στην προσφυγή της.

8.Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της επικαλείται, ότι, τόσο κατά την ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης στις 09.09.2022 όσο και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, 29.09.2022, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. εξακολουθούσε να υφίσταται και άρα σύμφωνα με ρητή πρόβλεψη της Διακήρυξης ήταν υποχρεωτικός ο υπολογισμός της υπέρ αυτής κράτησης 0,07%. Πιο συγκεκριμένα επικαλείται, ότι η παρεμβαίνουσα έπρεπε να συνυπολογίσει, πέραν της κράτησης 0,1% (επί όλων των συμβάσεων του ν. 4412/2016 και του ν. 4413/2016), και την κράτηση 0,07% υπέρ Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

9. Επειδή, στο άρθρο 5.1.2 της Διακήρυξης ορίζεται, ότι: *«Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση 0,1% επί όλων των συμβάσεων που υπάγονται στον ν.4412/2016 και στον ν. 4413/2016 (Α' 148), αξίας άνω των χιλίων (1.000) ευρώ, ανεξάρτητα από*

την πηγή προέλευσης της χρηματοδότησης, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στην κοινή υπουργική απόφαση του πέμπτου εδαφίου του άρθρου 350 του ν.4412/16 όπως τροποποιείται. β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016. 121 γ) Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. (άρθρο 7 της υπουργ. αποφ. 5143/14). δ) Καθώς και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία κατά την πληρωμή του αναδόχου.

Μετά την ψήφιση του ν. 4912/2022, και σύμφωνα με τις μεταβατικές διατάξεις αυτού (αρ. 17), η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων/ ΕΑΑΔΗΣΥ εξακολουθεί να υφίσταται και ο ν. 4013/2011 εξακολουθεί να ισχύει. Ως εκ τούτου, η κράτηση υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ (0,07%) καταβάλλεται κανονικά, σύμφωνα με το αρ. 4 παρ. 3 του ν. 4013/2011, ως αντικαταστάθηκε με το αρ. 44 του ν. 4605/2019 (σχετ. πρβλ. αρ. 235 παρ. 1 ν. 4610/2019), το οποίο εξακολουθεί να ισχύει μέχρις καταργήσεως του. (Ανακοίνωση Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 06.04.2022)».

10. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Κατ' αρχάς η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της αναφέρει, ότι στην οικονομική της προσφορά υπολόγισε μόνο την κράτηση 0,1%. (βλ. σελ. 14 παρέμβασης, όπου επί λέξει αναγράφεται ότι «...Τούτων δοθέντων απολύτως ορθώς και κατά το γράμμα του νόμου υπολογίσαμε στην προσφορά μας την μόνη ισχύουσα κράτηση ύψους 0,1%...»). Κατά δεύτερον, στην οικεία Διακήρυξη υπήρχε ρητή αναφορά και της κράτησης 0,1% «που υπάγονται στον ν.4412/2016 και στον ν. 4413/2016» και της κράτησης 0,07% υπέρ Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Έτι περαιτέρω, στην οικεία Διακήρυξη υπήρχε ρητή πρόβλεψη, ότι «Ως εκ τούτου, η κράτηση υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ (0,07%) καταβάλλεται κανονικά, σύμφωνα με το αρ. 4 παρ. 3 του ν. 4013/2011, ως αντικαταστάθηκε με το αρ. 44 του ν. 4605/2019 (σχετ. πρβλ. αρ. 235 παρ. 1 ν. 4610/2019), το οποίο εξακολουθεί να ισχύει μέχρις καταργήσεως του». Κατά τρίτον, με την

μεταβατική διάταξη του άρθρου 19 του ν. 4912/2022 ορίζοντο τα εξής : «Από την έκδοση Πράξης Υπουργικού Συμβουλίου με την οποία διορίζονται ο Πρόεδρος και τουλάχιστον έξι (6) Σύμβουλοι της Αρχής, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 348 του ν. 4412/2016 (Α' 147), καταργούνται: (α) τα άρθρα 1 έως 10 του ν. 4013/2011 (Α' 204) για την «Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων» («Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.» ή «Αρχή»)). Περαιτέρω, στην ιστοσελίδα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. υπάρχει η εξής ανακοίνωση: «Σε συνέχεια της από 07.10.22 ανακοίνωσης και των τροποποιήσεων που επήλθαν με τις διατάξεις του αρ. 7 του ν. 4912/22 «Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων και άλλες διατάξεις του Υπουργείου Δικαιοσύνης» (ΦΕΚ59/τ. Α'/17.03.22)), καθώς και την πράξη 29/27-9-2022 του Υπουργικού Συμβουλίου με θέμα **«Διορισμός Προέδρου και οκτώ (8) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.)» (ΦΕΚ 908/Τ.ΥΟΔΔ/30-9-2022)**, διευκρινίζονται τα εξής: **Α) Για συμβάσεις που έχουν υπογραφεί πριν τις 30.09.2022:** Διατηρείται ο μέχρι πρότινος τρόπος υπολογισμού και απόδοσης της κράτησης. Συγκεκριμένα, επιβάλλεται κράτηση ύψους 0,06% υπέρ ΑΕΠΠ και 0,07% υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ. **Β) Για συμβάσεις που έχουν υπογράφονται από 30.09.2022 και μετά:** Επιβάλλεται κράτηση ύψους 0,1% υπέρ ΕΑΔΗΣΥ επί όλων των συμβάσεων που υπάγονται στον παρόντα νόμο ν.4912/22 (Α'59) και στον ν.4413/2016 (Α' 148), αξίας άνω των χιλίων (1.000) ευρώ προ ΦΠΑ.». Εν προκειμένω, το ΦΕΚ «Διορισμού Προέδρου και οκτώ (8) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.)» φέρει ημερομηνία 30.9.2022. Με βάση τις ως άνω νομοθετικές ρυθμίσεις περί των επίμαχων κρατήσεων πριν τις 30.09.2022, οι καταβαλλόμενες κρατήσεις ήταν 0,06% υπέρ Α.Ε.Π.Π. και 0,07% υπέρ Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώ, από 30.09.2022 και μετά, η καταβαλλόμενη κράτηση ήταν 0,1% υπέρ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Επομένως, η παρεμβαίνουσα με βάση τις νομοθετικές διατάξεις αλλά και το άρθρο 5.1.2 της Διακήρυξης έπρεπε να καταβάλει ή τις προ της 30-9-2022 ισχύουσες κρατήσεις ή την, μετά την 30-9-2022 ισχύουσα, κράτηση 0,1%, και όχι και τις δύο, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Με το δεδομένο όμως, ότι η παρεμβαίνουσα υπέβαλε προσφορά στις 29.9.2022, έπρεπε να υπολογίσει την κράτηση 0,1%, αφού το επίμαχο Φ.Ε.Κ. φέρει ημερομηνία 30.09.2022 και η υπογραφή της επίδικης σύμβασης θα ελάμβανε χώρα από τις 30.09.2022 και μετά. Επομένως, οι κρατήσεις, σύμφωνα με το νόμο αλλά και το άρθρο 5.1.2 της Διακήρυξης, μετά την

30.09.2022 ανήρχοντο σε 0,12468% [0,1% επί όλων των συμβάσεων που υπάγονται στον ν.4412/2016 και στον ν. 4413/2016 (Α' 148), αξίας άνω των χιλίων (1.000) ευρώ, ανεξάρτητα από την πηγή προέλευσης της χρηματοδότησης +0,02% υπέρ του Δημοσίου +0,00468% (που αφορά στο 3,6% υπέρ χαρτοσήμου επί των κρατήσεων και ΟΓΑ επί του χαρτοσήμου)]. Περαιτέρω, από την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας (βλ. ψηφιακό αρχείο «2. ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ.sign.pdf») προκύπτει, ότι εκείνη έχει δηλώσει σύνολο δαπάνης χωρίς Φ.Π.Α 79.079,50 ευρώ, σύνολο κρατήσεων (17,75+88,75=106,50) 106,50 και ετήσιο σύνολο δαπάνης χωρίς Φ.Π.Α 79.186,00 ευρώ (79.079,50+106,50=79.186,00). Η δε αναθέτουσα, με τις απόψεις της, παραθέτει πίνακα, βάσει του οποίου το σύνολο των κρατήσεων είναι 0,13468% [αφού οι κρατήσεις ποσοστού 0,13% (0,07% υπέρ Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. και 0,06% υπέρ Α.Ε.Π.Π.) συν την κράτηση ποσοστού 0,00468% (που αφορά στο 3,6% υπέρ χαρτοσήμου επί των κρατήσεων και ΟΓΑ επί του χαρτοσήμου) ανέρχονται συνολικά σε 0,13468%] και άρα το ποσό των κρατήσεων επί του ποσού των 79.079,50 είναι 106,50 ευρώ (0,13468 X 79.079,50). Όμως, οι κρατήσεις επί του ανωτέρω ποσού, 79.079,50, έπρεπε να υπολογισθούν με ποσοστό 0,12468%, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα (79.079,50 X 0,12468% = 98,596), απορριπτομένων των ισχυρισμών της αναθέτουσας. Ούτως εχόντων των πραγμάτων, το ποσό των κρατήσεων 106,50 ευρώ, το οποίο έχει υπολογίσει η παρεμβαίνουσα, υπερκαλύπτει το ποσό των 98,569 ευρώ, και άρα δεν υπολείπεται του προβλεπόμενου στη Διακήρυξη και στο νόμο. Τέλος, ειδικώς οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη υπολογισμού της κράτησης 0,02% εκ μέρους της παρεμβαίνουσας, εκτός του ότι τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι, καθώς προβάλλονται το πρώτον με το υπόμνημα, είναι και αβάσιμοι, ως εκτέθηκε ανωτέρω, διότι το ποσό κρατήσεων που έχει υπολογίσει η παρεμβαίνουσα υπερκαλύπτει αυτό που προβλέπεται στη Διακήρυξη και στο νόμο. Συνεπώς, ο οικείος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

11. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι «...Ακόμη δηλαδή και αν η ανάδοχος εφάρμοσε ορθό ποσοστό υπολογισμού των κρατήσεων της, και πάλι οι τελευταίες (κρατήσεις) είναι υποκοστολογημένες, διότι έχουν υπολογιστεί εσφαλμένα σε μικρότερη αξία (στο

ποσό των 79.079,50 ευρώ) από την κανονική και μεγαλύτερη αξία στην οποία έπρεπε κανονικά να υπολογιστούν (79.186,00 ευρώ)...».

12. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Στην υπ' αριθμό 510/2022 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., την οποία και επικαλείται η προσφεύγουσα, αναφέρονται, μεταξύ άλλων, και τα εξής: «...οι κρατήσεις δεν υπολογίζονται στο ποσό τιμολογίου μείον της παρακράτησης φόρου, αλλά απλώς μείον και μόνο του ΦΠΑ...». Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα στην οικονομική της προσφορά υπολόγισε τις κρατήσεις ποσού 106,50 ευρώ επί του ποσού των 79.079,50 ευρώ άνευ ΦΠΑ, ήτοι σύνολο δαπάνης χωρίς Φ.Π.Α. Επομένως, το πληρωτέο ετήσιο ποσό, συμπεριλαμβανομένων των κρατήσεων, είναι 79.186,00 ευρώ, ως αναφέρεται και στην προσφορά της. Άρα η παρεμβαίνουσα ορθά υπολόγισε τις κρατήσεις στο ποσό των 79.079,50 άνευ Φ.Π.Α, απορριπτομένων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει απορριφθεί, ενώ πρέπει να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 30 Ιανουαρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ