

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 17 Φεβρουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Σειραδάκης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και
Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.01.2020, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(ΑΕΠΠ)/22/10.01.2020 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «... - ...
...» και διακριτικό τίτλο «... - ... Α.Ε.», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία «.....» -
... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «... ...
ΕΠΕ», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει,
όπως ακυρωθεί η με αριθμό 20/27.11.2019 Απόφαση της 20ης συνεδρίασης
του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής - κατ' αποδοχή του με αρ. πρωτ.
29660/12.10.2018 Πρακτικού ελέγχου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνική
Προσφορά», του αρ. πρωτ. 32331/06.11.2018 Συμπληρωματικού Πρακτικού
ελέγχου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» και του με αρ.
πρωτ. 37155/18.12.2018 Πρακτικού αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της
Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού - η οποία εκδόθηκε στο
πλαίσιο του δημόσιου διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την
ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων του ... για
ένα (1) έτος, προϋπολογισμού 2.258.064,52€ πλέον Φ.Π.Α, Κωδικός CPV: ...
«Υπηρεσίες καθαρισμού κτιρίων», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον

συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, βάσει τιμής (υπ' αριθμ. 13/2018 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: ...), Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης Απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια και Πρόεδρο του 7ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού έντεκα χιλιάδων διακοσίων ενενήντα ευρώ και τριάντα τριών λεπτών 11.290,33€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η ως άνω προσφεύγουσα άσκησε την, από 10.01.2019, Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/22/10.01.2020 με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 2.258.064,52€ πλέον ΦΠΑ, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της,

όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω Απόφαση, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 31.12.2019.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε τη με αριθμό 102053 Προσφορά και προτάθηκε ως προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης από την Επιτροπή Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού - η οποία έλαβε προηγουμένως υπόψη της το με αρ. πρωτ. 35740/06.12.2018 έγγραφο του Τμήματος Προμηθειών και την με αρ. πρωτ. 36600/13.12.2018 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του υπόψη Νοσοκομείου - έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, καθώς η ως άνω εισήγηση της Επιτροπής απορρίφθηκε τελικώς από το αποφασιστικό όργανο (Διοικητικό Συμβούλιο) του και ως προσωρινός μειοδότης της εν λόγω σύμβασης αναδείχθηκε η έτερη διαγωνιζόμενη εταιρία.

Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σελ. 4 και επόμεν. της Προσφυγής), ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον το Δ.Σ της οικείας αναθέτουσας αρχής μη νομίμως διαφοροποιήθηκε από την ευνοϊκή για αυτήν εισήγηση της Ε.Δ.Δ και ανέδειξε τελικώς την εταιρία «... .. Ε.Π.Ε» ως προσωρινό μειοδότη, μολονότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας είχε μεν υποβάλει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, σύμφωνα με το τιθέμενο κριτήριο κατακύρωσης (2.490.916,02 €), όμως, δεν είχε συμπεριλάβει στην οικονομική

του προσφορά την προβλεπόμενη στον νόμο και στη Διακήρυξη παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού των παρεχόμενων υπηρεσιών, ως όφειλε. Η προσφεύγουσα, διαμαρτύρεται κυρίως, γιατί το αποφασιστικό όργανο του ... μη νομίμως και αναιτιολογήτως απέκλινε από την εισήγηση της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού, η οποία ακολούθησε τη γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του υπόψη Νοσοκομείου - και όχι το σχετικό διευκρινιστικό έγγραφο του Γραφείου Προμηθειών, με το οποίο το Γραφείο αυτό έκρινε ότι το επίμαχο ποσοστό 8% δεν περιλαμβάνεται υποχρεωτικώς στις οικονομικές προσφορές των υποψηφίων - και εισηγήθηκε προς το Δ.Σ. την ανάδειξή της σε προσωρινό μειοδότη της επίμαχης δημόσιας σύμβασης.

A) Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα παραθέτει το ιστορικό της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, αναφέροντας σχετικώς ότι: «...4. *Εν συνεχεία, την 22η.11.2018 η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων εταιρειών, και διαπιστώθηκε ότι η οικονομική προσφορά της εταιρείας «... .. ΕΠΕ» (Σχετικό 4), ανέρχεται στο ποσό των 2.490.916,02 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ενώ η οικονομική προσφορά της εταιρείας μας (Σχετικό 5), ανέρχεται στο ποσό των 2.650.375,45€, συμπεριλαμβανομένου Φ1ΠΑ. Ωστόσο, η εκ του άρθρου 221 Ν. 4412/2016 αρμόδια επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, λαμβάνοντας υπόψη το κριτήριο κατακύρωσης του παρόντος διαγωνισμού, ήτοι της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, και την απαιτητή εκ της διακήρυξης διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς των υποψηφίων αναδοχών, διαπίστωσε ορθώς ότι από τον έλεγχο και την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «... .. ΕΠΕ» (Σχετικό 4) δεν προκύπτει ότι έχει συμπεριληφθεί σε αυτήν το προβλεπόμενο από το άρθρο 64 του ν. 4172/2013 ποσοστό παρακράτησης φόρου 8%, παρά τη σχετική ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης περί συνυπολογισμού της προκαταβολής αυτής εντός των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων (βλ. άρθρο 2.4.4 σε συνδυασμό με το Παράρτημα Ι της διακήρυξης). Προς τούτο, η αρμόδια επιτροπή εξέδωσε το με αριθ. πρωτ. 37155/18.12.2018 Πρακτικό, σύμφωνα με*

το οποίο η επιτροπή αναζήτησε διευκρινίσεις επί του εν λόγω ζητήματος, τόσο από το Γραφείο Προμηθειών, όσο και από τον Νομικό Σύμβουλο του Νοσοκομείου (Σχετικό 2).

5. Με το υπ' αριθ. 35740/06.12.2018 απαντητικό του έγγραφο, το Γραφείο Προμηθειών (Σχετικό 3) υποστήριξε ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, η οποία περιλαμβάνεται, κατά τη διακήρυξη, μεταξύ των νόμιμων κρατήσεων που επιβάλλονται στην ανάδοχο εταιρεία, δεν αποτελεί μέρος της οικονομικής της προσφοράς. Το εν λόγω έγγραφο τέθηκε υπόψη του Νομικού Συμβούλου του Νοσοκομείου, όπως τούτο προκύπτει από την επισκόπηση του με αριθ. πρωτ. 37155/18.12.2018 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού (Σχετικό 2), ο οποίος με την με αριθ. πρωτ. 36600/13.12.2018 γνωμοδότησή του, που περιέχεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, (Σχετικό 1), γνωμοδότησε υπέρ του συνυπολογισμού του ποσοστού παρακράτησης φόρου εισοδήματος εντός των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων, υποστηρίζοντας, μεταξύ άλλων, ότι «στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνεται υποχρεωτικά το σύνολο των κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου και τρίτων που βαρύνουν κατά νόμο τον ανάδοχο, μεταξύ δε των εν λόγω επιβαρύνσεων, κατά το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη για τον υπολογισμό τον ετήσιου κόστους καθαρισμού και να περιλαμβάνεται και η παρακράτηση φόρου εισοδήματος ποσοστού 8% (...)». Δεδομένης της εμπειριστατωμένης και πλήρως τεκμηριωμένης γνωμοδότησης του Νομικού Συμβούλου του Νοσοκομείου, την οποία και αποδέχθηκε η αρμόδια επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, η τελευταία εισηγήθηκε την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της εταιρίας «... .. ΕΠΕ» (Σχετικό 4) και συνακόλουθα την προσωρινή κατακύρωση του διαγωνιστικού αποτελέσματος στην μοναδική εναπομένουσα εταιρία μας, έχοντας την μοναδική καθ' ολοκληρίαν νόμιμη προσφορά (Σχετικό δ).

ό. [...] Ακολούθως, δια της, προσβαλλόμενης με την παρούσα, Απόφασης Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής 20ης Συν/27.11.2019/Θ. 89°, (Σχετικό 1), η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε: (α) την μη επιλογή της διαδικασίας σύναψης ατομικών συμβάσεων - δοθέντος ότι δεν υφίσταται νομοθετικό πλαίσιο για την επιλογή της

διαδικασίας άρθρου 63 Ν. 4430/2016 πέραν της 31ης. 12.2019 - συνακόλουθα (β) την ολοκλήρωση των διαδικασιών του παρόντος διαγωνισμού και (γ) την προσωρινή κατακύρωση των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών στην έτερη εταιρία «... .. ΕΠΕ» έχοντας προσφέρει χαμηλότερη - πλην όμως παράνομη - οικονομική προσφορά. (Σχετικό 4).

Η εν λόγω προσβαλλόμενη απόφαση (Σχετικό 1) ελήφθη καταρχήν παράνομα, καθότι έλαβε υπόψη το με αριθ. πρωτ. 14870/14.05.2019 έγγραφο του Γραφείου Προμηθειών, το οποίο ως αναρμόδιο επί εισηγήσεων σχετικά με τη διενέργεια του διαγωνισμού, υπερέβη της αρμοδιότητας του, κατά παράβαση του άρθρου 221 Ν. 4412/2016 και του άρθρου 20 ΚΔΔιαδ και επιπλέον η προσβαλλόμενη απόφαση ελήφθη από το ΔΣ, ως αποφασίζον όργανο (Σχετικό 1), χωρίς να περιέχει την απαιτούμενη κατά την παρ. 2, άρθρου 20 ΚΔΔιαδ, ειδική αιτιολογία περί την απόκλιση του από την εισήγηση της επιτροπής διαγωνισμού, και τέλος ελήφθη κα αβάσιμα, νόμω και ουσία, ως πλήρως τεκμηριωμένα διαλαμβάνουμε κατωτέρω [...].».

Β) Η προσφεύγουσα, προκειμένου να τεκμηριώσει ότι στην εξεταζόμενη υπόθεση συντρέχει περίπτωση αναιτιολόγητης απόκλισης της προσβαλλόμενης Απόφασης από τη Γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού, καθώς και περίπτωση υπέρβασης των αρμοδιοτήτων του Γραφείου Προμηθειών, κατά παράβαση του άρθρου 221 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 20 ΚΔΔιαδ υποστηρίζει (βλ. σελ. 13 και επόμε. της Προσφυγής) τα εξής: «Σημειωτέον δε, ότι ως γνωμοδοτική διαδικασία ορίζεται η διοικητική διαδικασία, η οποία συνίσταται στην νομική έκφραση μιας γνώμης που προέρχεται είτε από μονομελές είτε από συλλογικό όργανο και απευθύνεται στη διοικητική αρχή που έχει αποφασιστική αρμοδιότητα, η οποία είναι και η μόνη αρμόδια για τη λήψη της απόφασης στην οποία αναφέρεται η γνωμοδότηση. Από τις ως άνω λοιπόν διατάξεις και όπως παγίως γίνεται δεκτό, οι Επιτροπές Διενέργειας των αποτελεσμάτων των διαγωνισμών έχουν γνωμοδοτική αρμοδιότητα και η αποφασιστική αρμοδιότητα ανήκει στο αρμόδιο για την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού όργανο, το οποίο επιλαμβάνεται στο οικείο στάδιο (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 319/2011, 1328/2009, 46/2006,

43,352/2005). Περαιτέρω, σύμφωνα και με τις διατάξεις του άρθρου 20 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν.2690/1999 Φ.Ε.Κ. Α' 45), το ως άνω έχων την αποφασιστική αρμοδιότητα όργανο, δύναται να αποκλίνει από την απλή γνώμη της Επιτροπής Ενστάσεων του Διαγωνισμού, αιτιολογώντας όμως ειδικώς τη διαφορετική του κρίση, άλλως η πράξη του καθίσταται ακυρωτέα, ως αναιτιολόγητη ή πλημμελώς αιτιολογημένη (πρβλ. ΣτΕ 3689/2013, 1303/2012, 3932/2012, Ε.Α. ΣτΕ 1229/2009, 367,108/2007,889/2006, 760/2006,420/2006, 860/2005, Διοικ. Εφ. Αθ. 261/2012 κ.α.).

Κατά τη νομολογία, προκειμένου η απόκλιση του αποφασίζοντος οργάνου από την απλή γνώμη να είναι επαρκώς αιτιολογημένη, θα πρέπει να γίνεται επίκληση συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών που να αιτιολογούν νομίμως και επαρκώς την απόκλιση (πρβλ. ΣτΕ 465/2018, 1304, 1302/2017, 698/2017). Στον τομέα δε των δημοσίων συμβάσεων, ειδικώς αιτιολογημένη απόκλιση με αναφορά σε συγκεκριμένα στοιχεία και νέα συγκριτική αξιολόγηση των προσφερουσών εταιρειών, ώστε να καθίσταται εφικτός ο δικαστικός έλεγχος, απαιτείται και στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή αποκλίνει από τη γνώμη της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού όσον αφορά στην κατάταξη των οικονομικών φορέων και αναθέσει τη σύμβαση σε άλλη εταιρία από την προταθείσα (βλ. ΕΑ ΣτΕ 760/2006, 393/2004, ΣτΕ 3897/2004).

16. Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως της ελλείψεως δέσμευσης του αποφασίζοντος οργάνου από το περιεχόμενο της απλής γνώμης, η πρόβλεψη της λήψεώς της από τον Νόμο, δημιουργεί σε αυτό την υποχρέωση να διατυπώσει ερώτημα στο γνωμοδοτικό όργανο (βλ. Σιούτη Γλ., σε Διοικητικό Δίκαιο, Δ' εκδ., 2018, σελ. 256), άλλως η πράξη του καθίσταται ακυρωτέα, λόγω μη τηρήσεως του σχετικού ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (πρβλ.ΣτΕ 2746/2014). Το αποφασίζον δε όργανο έχει τη δυνατότητα να αναπέμψει την υπόθεση στο γνωμοδοτικό όργανο με αιτιολογημένη πράξη του, αναφέροντας προς τούτο τους λόγους, το οποίο δύναται να μεταβάλει τη γνωμοδότησή του ακόμη και με διαφορετική εκτίμηση των αυτών πραγματικών περιστατικών (πρβλ.ΣτΕ 2450/2012, 1379/2011, 4154/2009, 817/2009, 1904/2003, 736/1997 κ.α.).

Εν προκειμένω καθίσταται σαφές, ότι εκ του άρθρου 221 του Ν. 4412/2016, συνδυαστικά με τους όρους 3.1.1. και 3.1.2 της διακήρυξης, γνωμοδοτικό όργανο αποτελεί η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, η οποία και είναι υπεύθυνη για την καταχώρηση, αρχικά, των προσφορών, και την μετέπειτα αξιολόγησή τους κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς κατά το στάδιο αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, συντάσσοντας προς τούτο τα αντίστοιχα Πρακτικά. Τα Πρακτικά αυτά, επικυρώνονται δια μίας απόφασης του Δ.Σ. του ..., το οποίο και αποτελεί τη μόνη διοικητική αρχή με αποφασιστική αρμοδιότητα.

17. Όπως, προκύπτει ευθέως από την ανάγνωση του με αριθ. πρωτ. 37155/18.12.2018 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του παρόντος διαγωνισμού, (Σχετικό 2), η αρμόδια επιτροπή - η οποία ορίσθηκε με την υπ' αριθ. 13/20.06.2018 απόφαση Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής - κατ' αποδοχή της με αριθ. πρωτ. 36600/13.12.2018 Γνωμοδότησης του Νομικού Συμβούλου του ..., την οποία και νομίμως αναζήτησε, εισηγήθηκε προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής τα ακόλουθα: «[...] Συνεπώς, προτείνουμε τον ορισμό της εταιρείας «... - ... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΙΚΩΝ ΣΥΜΒΟΥΛΩΝ ΔΙΑΘΕΣΗ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ» με 2.650.375,45€ με ΦΠΑ ως προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού και παρακαλούμε για τις δικές σας ενέργειες», για τον λόγο ότι: «η Επιτροπή με βάση την υπ αριθ. 36600/13.12,2018 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του Νοσοκομείου, την οποία αποδέχεται, απορρίπτει την οικονομική προσφορά της εταιρείας «... ...» λόγω του ότι δεν συμπεριλαμβάνεται η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% κάτι που αντιβαίνει πλήρως σε όσα ρητώς προβλέπονται στη Διακήρυξη».

Πάρα ταύτα, το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, ήτοι το Δ.Σ. του ..., άνευ ουδεμίας ειδικής αιτιολογίας, απεφάνθη όπως αποκλίνει από την ως άνω απλή γνώμη της αρμόδιας εκ του Νόμου 4412/2016 Επιτροπής Διενέργειας, λαμβάνοντας υπόψη και κάνοντας αποδεκτά τα με αριθ. πρωτ. 14870/14.05.2019 και 35740/6.12.2019 έγγραφα του Γραφείου Προμηθειών, το

οποίο ουδεμία αρμοδιότητα φέρει ως προς την αξιολόγηση των δικαιολογητικών και των προσφορών των οικονομικών φορέων.

18. Το περιεχόμενο των με αριθ. πρωτ. 14870/14.05.2019 και 35740/6.12.2018 (Σχετικό 3) εγγράφων του Γραφείου Προμηθειών, συνιστά αυτόβουλη γνωμοδοτική ενέργεια, αφής στιγμής η εν λόγω Υπηρεσία, αποτελεί “τρίτη” ως προς τον παρόντα διαγωνισμό άνευ ουδεμίας αρμοδιότητας επί εξέτασης, αξιολόγησης και ελέγχου του περιεχομένου των προσφορών των υποψηφίων αναδοχών. Ως εκ τούτου, το Γραφείο Προμηθειών, κατά τη διάταξη παρ. 3 άρθρου 20 ΚΔΔιαδ όφειλε, όπως εκφέρει γνώμη, μόνο στην περίπτωση που τούτο είχε ζητηθεί από το αποφασίζον όργανο κατόπιν σχετικής και ειδικής αιτήσεως του τελευταίου, προϋπόθεση που εν προκειμένω ουδόλως συντρέχει, καθότι, από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης με την παρούσα απόφασης, προκύπτει ότι ουδέποτε κλήθηκε το Γραφείο Προμηθειών από το Αποφασίζον Όργανο, ήτοι από το Δ.Σ. του ..., όπως εκφέρει γνώμη για τη συνέχιση του διαγωνισμού και την προσωρινή κατακύρωση του αποτελέσματος αυτού στον υποψήφιο ανάδοχο. Σημειωτέον δε, ότι η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, που είχε, ως προαναφέραμε οριστεί ειδικά κατά την Απόφαση ΔΣ 13/20.06.2018 για την διενέργεια της διαδικασίας αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του οικείου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου, αποτελεί το μόνο αρμόδιο κατά νόμο και την απόφαση του ΔΣ, επάϊον για τα ζητήματα του διαγωνισμού και αρμόδιο προς έκδοση απλής γνώμης όργανο, και είχε γνωμοδοτήσει αιτιολογημένα περί του αποκλεισμού της εταιρίας «... .. ΕΠΕ», έχοντας μάλιστα λάβει υπ' όψιν της και την ανωτέρω γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου. Με την προσβαλλόμενη πράξη έγινε μόνον απλή αναφορά στη γνώμη της επιτροπής και ιδίως, στη Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του Νοσοκομείου, εν αντιθέσει με την εκτενέστατη αναφορά της εισήγησης του Γραφείου Προμηθειών. Αυτή η αναφορά, όμως, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστά την επιβαλλόμενη από το άρθρο 20 παρ. 2 του ν. 2690/1999 ειδική αιτιολόγηση της απόκλισης του Δ.Σ. από την τεκμηριωμένη γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, δεδομένων των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση καθίσταται ακυρωτέα, ως

αναιτιολόγητη ως προς την απόκλισή της από τη Γνώμη της εκ του Νόμου αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά την οποία προτείνεται η προσωρινή κατακύρωση του διαγωνισμού στην εταιρία μας, και άρα ως μη νόμιμη, αφής στιγμής καταλήγει σε απόφαση ερειδόμενη επί γνώμης αναρμόδιου οργάνου, το οποίο προέβη σε ενέργειες καθ' υπέρβαση των αρμοδιοτήτων του».

Γ) Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η εταιρία «... .. ΕΠΕ» (προσωρινός μειοδότης) έχει, εν προκειμένω, παραβιάσει ουσιώδεις όρους της επίμαχης Διακήρυξης, λόγω του ότι δεν συμπεριέλαβε στην οικονομική της προσφορά το ποσό που αντιστοιχεί στην νόμιμη παρακράτηση φόρου 8% επί της καθαρής αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, ως ορίζει το άρθρο 64 του Ν. 4172/2013.

Όπως, μάλιστα χαρακτηριστικά αναφέρει (βλ. σελ. 9-10 της Προσφυγής): «... η νομολογία επί του ζητήματος αυτού παγιώνεται υπέρ της άποψης ότι η παρακράτηση φόρου 8% αποτελεί ουσιώδες μέρος της οικονομικής προσφοράς εκάστου διαγωνιζομένου, ιδίως επειδή το εν λόγω απαιτείται από το ίδιο το κείμενο της διακήρυξης, ο δε μη συνυπολογισμός της παρακράτησης αυτής επισύρει κατά δέσμια αρμοδιότητα την κρίση περί του απαραδέκτου της προσφοράς, αφενός λόγω παραβίασης του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης, αφετέρου λόγω της ασάφειας που προκαλείται στην οικονομική προσφορά, η οποία ασάφεια επισύρει αυτονοήτως την απόρριψή της κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής ...».

Προκειμένου δε να τεκμηριώσει το ότι η παράλειψη υπολογισμού του επίμαχου ποσοστού 8% στην οικονομική προσφορά της καθής η Προσφυγή, την καθιστά απαράδεκτη και συνεπώς, ακυρωτέα, η προσφεύγουσα παραπέμπει στα άρθρα 2.4.4., 2.4.6 και στο Παράρτημα Ι της οικείας Διακήρυξης, στο άρθρο 95 του Ν. 4412/2016, στο άρθρο 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013 (Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος, ΦΕΚ Α' 167), στην εκδοθείσα επί του εν λόγω ζητήματος νομολογία (ΣτΕ 563/2008, Ε.Α. ΣτΕ 446/2009, 840/2008, ΔΕΦΑΘ 265/2016, 25/2019, 261/2019, 268/2019), καθώς και στη νομολογία της Αρχής (Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π υπ' αριθμ. 692,693/2019, 650/2019 κλπ).

Εν όψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα καταλήγει στο συμπέρασμα ότι: «...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* ΑΕΠΠ 268/2019)».

Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει (βλ. σελ. 21 της Προσφυγής) ότι : «...η σχετική παράλειψη της προσωρινής μειοδότης όπως συνυπολογίσει στην προσφερθείσα από αυτήν τιμή το προβλεπόμενο εκ του άρθρου 64 του ν. 4172/2013 ποσοστό παρακράτησης φόρου 8%, δεν θα μπορούσε να έχει καλυφθεί 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 [...]».

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα στις 20.01.2020, στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) ήτοι, εντός επτά (7) ημερών μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ στους υπόλοιπους συμμετέχοντες (13.01.2019), σκοπεί δε στην απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της

προς ανάθεση σύμβασης. Συνεπώς, η ασκηθείσα Παρέμβαση πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσίαν από την Αρχή.

8. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]».

9. Επειδή το άρθρο 53 («Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής [...]».

10. Επειδή, στη διάταξη του άρθρου 91 («Λόγοι απόρριψης προσφορών») παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι «[...] Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες,

ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...]».

11. Επειδή, στο άρθρο 92 («Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής») παρ. 5 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «5. Ειδικά κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης και ανεξάρτητα από το είδος της διαδικασίας που επιλέγεται από την αναθέτουσα αρχή: α) η αναθέτουσα αρχή, ζητά από τους οικονομικούς φορείς να αναφέρουν υποχρεωτικά στα έγγραφα της σύμβασης, στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τις πληροφορίες/στοιχεία των σημείων α΄ έως στ΄ της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 και β) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, στην προσφορά τους να περιλαμβάνουν τις πληροφορίες/στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010».

12. Επειδή, στο άρθρο 95 («Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών») παρ. 5 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «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».

13. Επειδή, στο άρθρο 221 («Όργανα Διενέργειας Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα («γνωμοδοτικά όργανα») έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες: α) αξιολογούν τις προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής των προσφερόντων ή υποψηφίων, β) ελέγχουν την καταλληλότητα των προσφερόντων ή υποψηφίων για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, γ) ελέγχουν και αξιολογούν τις προσφορές, [...] ε) εισηγούνται τον αποκλεισμό των προσφερόντων ή υποψηφίων από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών, την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση των εγγυήσεων, τη ματαίωση της διαδικασίας [...] 2. Κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους τα όργανα αυτά εκδίδουν γνώμη (συμπεριλαμβανομένης της βαθμολόγησης) μετά από ψηφοφορία επί των επικρατέστερων προτάσεων (π.χ. βαθμολόγησης). Η γνώμη (π.χ. επί της βαθμολόγησης) του οργάνου είναι η πρόταση που συγκεντρώνει την πλειοψηφία των παρόντων. Δεν επιτρέπεται η γνώμη των οργάνων αυτών να προκύπτει από το μέσο όρο των προτάσεων. 3. Με απόφαση της αναθέτουσας αρχής συγκροτούνται γνωμοδοτικά όργανα για συγκεκριμένη σύμβαση ή περισσότερες ή σε ετήσια βάση για τις συμβάσεις που συνάπτει η αναθέτουσα αρχή. [...] 6. Για τη συγκρότηση και τη λειτουργία των συλλογικών οργάνων στις αναθέτουσες αρχές, που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας», εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις του ως άνω νόμου. [...] 9. Ειδικά στις δημόσιες συμβάσεις μελετών και παροχής τεχνικών υπηρεσιών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, πέραν των ανωτέρω στις παραγράφους 1 έως 7, ισχύουν και τα ακόλουθα:

α) Για τη διεξαγωγή των διαγωνισμών του παρόντος Βιβλίου η αναθέτουσα Αρχή συγκροτεί, μετά από δημόσια κλήρωση, με απόφασή της Επιτροπή Διαγωνισμού, που αποτελείται από τρία μέλη. [...] β) Κατ' εξαίρεση η Επιτροπή Διαγωνισμού μπορεί να συγκροτείται από πέντε μέλη, αν κατά την κρίση της

αναθέτουσας αρχής η προς ανάθεση σύμβαση είναι πολύπλοκη και απαιτεί εξειδικευμένη εμπειρία. [...] 11. Στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, πέραν των οριζόμενων στην παράγραφο 1, ισχύουν και τα ακόλουθα: α) «Συγκροτείται τριμελές ή πενταμελές γνωμοδοτικό όργανο (Επιτροπή διενέργειας/επιτροπή αξιολόγησης) [...]»

14. Επειδή, στο άρθρο 61 («Υπόχρεοι σε παρακράτηση») του Ν. 4172/2013 «Φορολογία εισοδήματος, επείγοντα μέτρα εφαρμογής του ν. 4046/2012, του ν. 4093/2012 και του ν. 4172/2013 και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α 167/23.07.2013), ορίζεται ότι: «Κάθε νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα ή φυσικό πρόσωπο που ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα και έχει τη φορολογική κατοικία του στην Ελλάδα, οι φορείς γενικής κυβέρνησης ή κάθε φορολογούμενος που δεν έχει τη φορολογική κατοικία του στην Ελλάδα, αλλά δραστηριοποιείται μέσω μόνιμης εγκατάστασης στην Ελλάδα, και προβαίνει σε πληρωμές σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 62, καθώς και οι συμβολαιογράφοι για τις συναλλαγές της περίπτωσης στ' του άρθρου 62 υποχρεούνται σε παρακράτηση φόρου όπως ορίζεται στο άρθρο 64».

15. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 64 («Συντελεστές παρακράτησης φόρου») παρ. 2 του ως άνω Ν. 4172/2013, ορίζεται 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 [...].»

16. Επειδή, στο άρθρο 24 («Παρακράτηση φόρου στο εισόδημα από εμπορικές επιχειρήσεις») παρ. 2 του Ν. 2198/1994 «Αύξηση αποδοχών δημοσίων υπαλλήλων εν γένει σύναψη δανείων, υπό του Ελληνικού Δημοσίου και δημιουργία στην Τράπεζα της Ελλάδος Συστήματος Παρακολούθησης Συναλλαγών επί Τίτλων με Λογιστική Μορφή (Άυλοι Τίτλοι) και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α 43/22.03.1994), ορίζεται ότι: «1. Η περίπτωση στ' της παραγράφου 1 του άρθρου 37α του ν.δ. 3323/1955 αντικαθίσταται ως ακολούθως:

«στ. Δημόσιες υπηρεσίες, οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης, κοινωφελή ιδρύματα, οργανισμοί και επιχειρήσεις κοινής ωφέλειας, δημόσιες επιχειρήσεις ή εκμεταλλεύσεις και νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου γενικά, κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών από επιχειρήσεις, υποχρεούνται όπως, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, 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,

ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και

γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών [...]».

17. Επειδή, στο άρθρο 20 του Ν. 2690/99 (Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας - ΦΕΚ Α' 45/9.3.1999) ορίζεται ότι: «1. Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα τον οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της.

2. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης. Η μη αποδοχή της θετικής σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης, καθώς και η απόκλιση από την απλή γνώμη, πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς.

3. Το αρμόδιο για την έκδοση διοικητικής πράξης όργανο μπορεί να ζητήσει τη γνώμη άλλων οργάνου οικειοθελώς. Στην περίπτωση αυτή, εφαρμόζονται όσα ισχύουν για την απλή γνώμη.

4. Αν η απλή γνώμη δεν υποβληθεί μέσα στην προθεσμία που έχει ταχθεί προς τούτο από το νόμο ή από το αποφασίζον όργανο ή, σε κάθε περίπτωση, μέσα σε εύλογο χρόνο, η διοικητική πράξη μπορεί να εκδοθεί και χωρίς αυτήν».

18. Επειδή, στο άρθρο 2.4.4 («Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 23-24), ορίζεται ότι: «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο αξιολόγησης και τελικής επιλογής της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς βάσει τιμής. Η οικονομική προσφορά θα περιέχει τις απαιτήσεις που αναφέρονται στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010, (ΦΕΚ Α'115/15-7-2010), επί ποινή απόρριψης και επίσης θα περιλαμβάνει τα στοιχεία του Παραρτήματος II. Εφόσον από την προσφορά δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή ή δεν δίδεται ενιαία τιμή η προσφορά απορρίπτεται σαν απαράδεκτη. Η υπηρεσία διατηρεί το δικαίωμα να ζητήσει από τους συμμετέχοντες στοιχεία απαραίτητα για την τεκμηρίωση των προσφερομένων τιμών, οι δε υποψήφιοι ανάδοχοι υποχρεούνται να παρέχουν αυτά εντός προθεσμίας πέντε (5) εργάσιμων ημερών από την ημέρα που αυτά θα ζητηθούν. Η ευθύνη όμως για την ακρίβεια των αναφερομένων βαρύνει αποκλειστικά τον ανάδοχο. Οποιαδήποτε μεταβολή στην ισχύουσα νομοθεσία που διέπει την παρούσα διακήρυξη/σύμβαση είναι δεσμευτική για τον ανάδοχο ο οποίος και οφείλει να εφαρμόσει τις τυχόν αλλαγές άμεσα [...] Ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, πρέπει εντός του φακέλου «Οικονομικής Προσφοράς», να υποβάλλει ψηφιακά υπογεγραμμένο και το Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς, με βάση τα αναφερόμενα στο Παράρτημα IV της παρούσας Διακήρυξης. Σε περίπτωση διάστασης των στοιχείων της προσφοράς που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του ψηφιακά υπογεγραμμένου

ηλεκτρονικού αρχείου όπου αναφέρονται αναλυτικά οι ποσότητες και τιμές ανά είδος, υπερισχύει το τελευταίο.

Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται [...]».

19. Επειδή, στο άρθρο 2.4.6. («Λόγοι απόρριψης προσφορών») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 25-26), ορίζεται ότι: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το

άρθρο 102 του ν. 4412/2016, δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.4 περ. γ της παρούσας (περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων, ζ) η οποία είναι υπό αίρεση, η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης».

20. Επειδή, στο άρθρο 3.1. («Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 26-27), ορίζεται ότι: «3.1.1 Ηλεκτρονική αποσφράγιση προσφορών Το πιστοποιημένο στο ΕΣΗΔΗΣ, για την αποσφράγιση των προσφορών αρμόδιο όργανο της Αναθέτουσας Αρχής (Επιτροπή Διαγωνισμού), προβαίνει στην έναρξη της διαδικασίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης των φακέλων των προσφορών, κατά το άρθρο 100 του ν. 4412/2016, ακολουθώντας τα εξής στάδια: • Ηλεκτρονική Αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» την 03/08/2018, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ. • Ηλεκτρονική Αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Οικονομική Προσφορά», κατά την ημερομηνία και ώρα που θα ορίσει η αναθέτουσα αρχή • Ηλεκτρονική Αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά κατακύρωσης», κατά την ημερομηνία και ώρα που θα ορίσει η αναθέτουσα αρχή [...]

3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. Ειδικότερα: α) το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου. β) Στη

συνέχεια το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση μόνο των τεχνικών προσφορών των προσφερόντων, των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη. Η αξιολόγηση γίνεται σύμφωνα με τους όρους της παρούσας και συντάσσεται πρακτικό για την απόρριψη όσων τεχνικών προσφορών δεν πληρούν τους όρους και τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών και την αποδοχή όσων τεχνικών προσφορών αντίστοιχα πληρούν τα ανωτέρω. Για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών μπορεί να συντάσσεται ενιαίο πρακτικό, το οποίο κοινοποιείται από το ως άνω όργανο, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», μόνο στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να ορίσει την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης του (υπο)φακέλου των οικονομικών προσφορών. γ) Μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης, σύμφωνα με τα ανωτέρω, αποσφραγίζονται, κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στην ειδική πρόσκληση οι φάκελοι όλων των υποβληθεισών οικονομικών προσφορών. δ) Το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των προσφερόντων, των οποίων τις τεχνικές προσφορές και τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη και σύμφωνα με τους όρους και τις απαιτήσεις της παρούσας και συντάσσει πρακτικό στο οποίο εισηγείται αιτιολογημένα την αποδοχή ή απόρριψή τους, την κατάταξη των προσφορών και την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου. Το εν λόγω πρακτικό κοινοποιείται από το ως άνω όργανο, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην αναθέτουσα αρχή προς έγκριση [...].

21. Επειδή, στην παρ. 5.1.2. της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 35-36, 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 0,06% 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 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 γ) 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) δ) 2% υπέρ Ψυχικής Υγείας σύμφωνα με το άρθρο 3 του Ν. 3580/2007 Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. ε) 8% παρακράτηση φόρου εισοδήματος σύμφωνα με το άρθρο 24 του Ν.2198/94 Ο ΦΠΑ βαρύνει το

22. Επειδή, στο πεδίο «Κρατήσεις» του Μέρους Α («ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ») του Παραρτήματος Ι («Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 42), αναφέρεται ότι: «α) Κράτηση 0,06% 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 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 γ) χαρτόσημο 3% και ΟΓΑ χαρτοσήμου 20% υπέρ ΕΑΑΔΗΣΗ και ΑΕΠΠ δ) Κράτηση 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και και κρατήσεων της αρχικής καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016) ε) 2% υπέρ Ψυχικής Υγείας,

σύμφωνα με το άρθρο 3 του Ν. 3580/2007. Όλες οι κρατήσεις υπολογίζονται επί της καθαρής αξίας, χωρίς ΦΠΑ. ζ) Κατά την πληρωμή παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%».

23. Επειδή, στις υποσημειώσεις υπ' αριθμ 4) και 5) του Πίνακα Ανάλυσης Κόστους, που περιλαμβάνεται στο Παράτημα IV («ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΠΙΝΑΚΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 102-103), ορίζεται ότι: «4. Οι κρατήσεις που επιβάλλονται είναι οι ακόλουθες: α) Κράτηση 0,06% 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 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 γ) 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) δ) 2% υπέρ Ψυχικής Υγείας σύμφωνα με το άρθρο 3 του Ν. 3580/2007 Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. ε) 8% παρακράτηση φόρου εισοδήματος σύμφωνα με το άρθρο 24 του Ν.2198/94 Ο ΦΠΑ βαρύνει το 5. Οποιαδήποτε διευκρινιστική ανάλυση υπολογισμού του κόστους μπορεί να συμπεριληφθεί στο τέλος του ανωτέρω πίνακα».

24. 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, ΣΤΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους

διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών 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). 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).

25. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SPA και Mantovani, σκέψη 76 • ΔΕΕ Απόφαση της 14.02.2008, Υπόθεση C-450/06, Varec SA κατά État belge, σκέψη 35 • ΔΕΕ Απόφαση της 21.02.2008, Υπόθεση C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 2 • ΔΕΕ Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07 Assitur Srl, σκέψεις 25 και 26 • ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, Υπόθεση C-549/10, Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκέψεις 17 και επομ.).

26. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της Διακηρύξεως, οι οποίες

θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την Προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον Διαγωνισμό.

27. 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 τρόπον 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, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale-Bau, σκέψη 91· ΔΕΕ, Αριθμός απόφασης: 715-716/2018 14 Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

28. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας, που διέπει το σύνολο της διοικητικής δράσης, κάθε Διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν δεν περιέχει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζομένους την υποχρέωση τήρησης των κειμένων διατάξεων κατά τη διαμόρφωση της Προσφοράς τους. Μεταξύ των διατάξεων αυτών «προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία - ελλείψει σχετικής ρήτρας στη Διακήρυξη - οι διαγωνιζόμενοι θα μπορούσαν να διαμορφώνουν την προσφορά τους και κάτω του ελαχίστου κατά νόμον εργατικού κόστους, ο δε έλεγχος του στοιχείου αυτού δεν θα γινόταν κατά την κατάθεση των προσφορών, αλλά μετά τη σύναψη της σχετικής συμβάσεως, δεν παραβιάζει μόνο την αρχή της νομιμότητος της διοικητικής δράσεως, αλλά δημιουργεί και συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού, προσκρούοντας για τον λόγο αυτό και στις

αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας [...]» (ΕΑ 58/2009, 791, 840/1172/2008).

29. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί, Προσφορά η οποία παραβιάζει την εργατική νομοθεσία, νόμιμα αποκλείεται από τον διαγωνισμό ως μη νόμιμη. Επίσης είναι απορριπτέα, ως προφανώς ζημιογόνος, οικονομική προσφορά που υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού και ασφαλιστικού κόστους του προσωπικού που θα απασχοληθεί με την παροχή των υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από την ισχύουσα εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, στις οποίες ρητώς παραπέμπει και η επίμαχη Διακήρυξη (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1255/2009, 1344/2008, 1090/2006). Ομοίως δε έχει κριθεί ότι, οικονομική προσφορά που δεν περιλαμβάνει τις νόμιμες εργατικές δαπάνες και τις νόμιμες κρατήσεις και ασφαλιστικές κρατήσεις, παραβιάζουσα ρητούς όρους της διακήρυξης και της νομοθεσίας, ενώ αν αφαιρεθούν οι εργατικές δαπάνες και οι ασφαλιστικές κρατήσεις αυτές από την προσφερόμενη τιμή, το ποσό της Προσφοράς υπολείπεται του κατώτερου νόμιμου εργατικού κόστους, θα πρέπει να απορριφθεί ως μη σύμφωνη και με τις διατάξεις της Διακήρυξης, που επιβάλλουν την τήρηση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας και την καταβολή των νόμιμων αποδοχών στους εργαζομένους από τον ανάδοχο (βλ. ΕΑ ΣτΕ 840/2008).

30. Επειδή, η υποχρέωση συμπερίληψης στην προσφερόμενη τιμή των κρατήσεων υπέρ τρίτων, καθώς και κάθε άλλης επιβάρυνσης, μεταξύ των οποίων, περιλαμβάνεται και το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του Ν. 4172/2013 (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 135/2019 και 1193_1194/2019), ως έχει παγίως κριθεί από την νομολογία: *«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).

31. Επειδή, μια Προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, Αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36), οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι Προσφοράς (βλ. σχετικές Αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

32. Επειδή, αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και την ερμηνεία της, η διαπίστωση ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, η διαπίστωση της συνδρομής και η εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.prevedourou.gr>). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής, όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο

γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣΤΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣΤΕ 2584/2001), ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣΤΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται, όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους, καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη Απόφαση θα ήταν ανααιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε, είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣΤΕ 2418/1976, 1061/1981).

33. Επειδή, στον υπόψη Διαγωνισμό συμμετείχαν οι κάτωθι δύο (2) οικονομικοί φορείς: 1. «... ..» και 2. «... - ... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΑΡΟΧΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΙΚΩΝ & ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΙΚΩΝ ΣΥΜΒΟΥΛΩΝ - ΔΙΑΘΕΣΗ ΑΝΘΡΩΠΙΝΟΥ ΔΥΝΑΜΙΚΟΥ».

• Με το με αρ. πρωτ. 29660/12.10.2018 Πρακτικό της Ε.Δ.Δ. αποκλείσθηκαν και οι δύο (2) συμμετέχουσες εταιρίες, λόγω διαπίστωσης ελλείψεων στα δικαιολογητικά συμμετοχής τους. Κατόπιν σχετικού επανελέγχου από το Γραφείο Προμηθειών του υπόψη Νοσοκομείου, διαπιστώθηκε ότι και οι δύο (2)

εταιρίες πληρούν τους όρους της Διακήρυξης. Εν συνεχεία, το με αρ. πρωτ. 31510/30.10.2018 έγγραφο του Γραφείου Προμηθειών ελήφθη υπόψη από την Επιτροπή Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού, η οποία συνέταξε το με αρ. πρωτ. 32331/06.11.2018 Συμπληρωματικό Πρακτικό Ελέγχου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», με το οποίο εισηγήθηκε τη συνέχιση της συμμετοχής και των δύο (2) συμμετεχουσών εταιριών στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά στο ανωτέρω Πρακτικό.

- Στο συμπροσβαλλόμενο, με αρ. πρωτ. 37155/08.12.2018 Πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού αναφέρονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «[...] Η τιμή προσφοράς της εταιρείας «... .. ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΙΚΩΝ ΣΥΜΒΟΥΛΩΝ ΔΙΑΘΕΣΗ ΑΝΘΡΩΠΙΝΟ» είναι 2.650.375,45 € με ΦΠΑ, και η τιμή προσφοράς της εταιρείας «... .. ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΩΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ» είναι 2.490.916,02 € με ΦΠΑ. Και οι δύο προσφορές βρίσκονται εντός της προϋπολογισθείσας δαπάνης. Από την αξιολόγηση και τον έλεγχο της οικονομικής προσφοράς της εταιρίας «... .. ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΩΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ» διαπιστώθηκε ότι δεν συμπεριλαμβάνεται η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, κάτι που αντιβαίνει πλήρως σε όσα ρητώς προβλέπονται στο άρθρο 2.4.4 σε συνδυασμό με το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης.

Η Επιτροπή με το υπ' αριθ. 35092/30.11.2018 έγγραφο της προς το Γραφείο Προμηθειών και στη συνέχεια, με το υπ' αριθ. 36304/11.12.2018 έγγραφο της προς το Νομικό Σύμβουλο του Νοσοκομείου, στον οποίο έχει επισυναφτεί το με αριθ. 35740/6.12.2018 απαντητικό έγγραφο του Γραφείου Προμηθειών προς τη Επιτροπή Διενέργειας του σχετικού διαγωνισμού, ζήτησε διευκρίνιση κατά πόσο η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% είναι απαραίτητος όρος της προκήρυξης και έπρεπε να συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά των ενδιαφερομένων.

Η Επιτροπή με βάση την υπ' αριθ. 36600/13.12.2018 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του Νοσοκομείου, την οποία αποδέχεται, απορρίπτει την οικονομική

Αριθμός απόφασης: 267/2020

προσφορά της εταιρείας «... .. ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΩΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ», λόγω του ότι δεν συμπεριλαμβάνεται η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, κάτι που αντιβαίνει πλήρως σε όσα ρητώς προβλέπονται στη Διακήρυξη.

Συνεπώς, προτείνουμε τον ορισμό της εταιρείας «... .. ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΙΚΩΝ ΣΥΜΒΟΥΛΩΝ ΔΙΑΘΕΣΗ ΑΝΘΡΩΠΙΝΟ» με 2.650.375,45 € με ΦΠΑ ως προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού και παρακαλούμε για τις δικές σας ενέργειες.»

Το Γραφείο Προμηθειών διαφοροποιήθηκε από την άποψη της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, όπως διατυπώθηκε στο με αρ. πρωτ. 35740/06.12.2018 Έγγραφο του, επικαλούμενο ότι υπολογίζονται υπέρ του Δημοσίου όλες οι κρατήσεις, πλην φόρου εισοδήματος ποσοστού οκτώ τοις εκατό (8%). Ο συγκεκριμένος φόρος παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου και εν συνεχεία, του επιστρέφεται ή συμψηφίζεται από την εφορία και δεν αποτελεί στοιχείο διαμόρφωσης του κόστους της εκάστοτε οικονομικής προσφοράς. Όπως αναφέρεται στο ανωτέρω έγγραφο του Γραφείου Προμηθειών, στον Ν. 4172/13 καθορίζεται η υποχρέωση παρακράτησης φόρου για κάθε νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα ή φυσικό πρόσωπο και ειδικότερα στο άρθρο 64 ορίζονται τα ποσοστά αυτών για την παροχή αγαθών και υπηρεσιών, σύμφωνα δε με την παρ. 5 «Με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών καθορίζονται ειδικότερα ο τρόπος και ο χρόνος απόδοσης του παρακρατούμενου φόρου σύμφωνα με τις ανωτέρω παραγράφους, ο τύπος και το περιεχόμενο της δήλωσης, καθώς και κάθε άλλο σχετικό θέμα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου». Εξάλλου σύμφωνα με την ΠΟΛ./1131/25.5.1994, σχετικά με την παρακράτηση φόρου εισοδήματος, ορίζεται ότι αυτή θα γίνεται επί της καθαρής αξίας των τιμολογίων, ήτοι επί της αξίας που απομένει μετά την αφαίρεση του ΦΠΑ και των τυχών κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου που βαρύνεται ο προμηθευτής, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις. Η παρακράτηση αυτή θα διενεργείται από την υπηρεσία ή τον υπόλογο κατά τον χρόνο της καταβολής (πληρωμής) της αξίας των αγαθών ή

των υπηρεσιών και ανεξάρτητα εάν εξοφλείται ολόκληρη η αξία του τιμολογίου αγοράς ή μέρος αυτής.

Σε απόφαση της ΑΕΠΠ με αρ. 626/2018, προσφεύγουσα εταιρεία, μεταξύ άλλων ζητάει να ακυρωθεί η απόφαση κατακύρωσης Διαγωνισμού που αφορά στην παροχή υπηρεσιών καθαριότητας σε κτίρια του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης και να γίνει δεκτή η δική της προσφορά. Μεταξύ των ισχυρισμών της αναφέρεται και στην οικονομική προσφορά των άλλων εταιρειών, στις οποίες δεν συμπεριλαμβάνονταν η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%. Η Αναθέτουσα αρχή αποδέχτηκε το γεγονός ότι ουδεμία εκ των εταιρειών (εκτός της προσφεύγουσας) δεν τον είχε συμπεριλάβει στην προσφορά της, καθώς δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτων, αλλά φορολογική υποχρέωση της κάθε εταιρείας. Η ανωτέρω προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε από την ΑΕΠΠ.

Η απόφαση με αρ. 102 ΑΕΠΠ, που αφορά σε Διαγωνισμό για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας κτιριακών εγκαταστάσεων και περιβάλλοντος χώρου και η οποία μνημονεύεται στην Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του ..., αναφέρει ότι: «... εκ προφανούς παραδρομής το σύνολο των υπέρ τρίτων κρατήσεων υπολογίστηκε λανθασμένα», ήτοι α) Κράτηση 0,06%, για συμβάσεις αξίας μεγαλύτερης των 2.500,00€, υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων β) Κράτηση 0,06%, για συμβάσεις αξίας ίσης ή μεγαλύτερης των 2.500,00€ άνευ ΦΠΑ, υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών) Κράτηση 0,02%, για συμβάσεις αξίας ίσης ή μεγαλύτερης των 60.000,00€ άνευ ΦΠΑ, υπέρ του Δημοσίου. Δεν υπάρχει καμία αναφορά, ούτε από τη προσφεύγουσα εταιρεία, αλλά ούτε και στο σκεπτικό της απόφασης της ΑΕΠΠ περί υπολογισμού του φόρου εισοδήματος ποσοστού οκτώ τοις εκατό (8%) στις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων. Κατόπιν αυτών, εισηγηθήκαμε προς το Δ.Σ. του Νοσοκομείου μας την προσωρινή κατακύρωση του Διεθνή Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την ανάδειξη συνεργείου καθαρισμού των χώρων εντός και εκτός του ..., καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών στην εταιρεία «... .. ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΩΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ».

Με την υπ' αριθμ. 2η/24-01-2019 (ΟΙΚ. ΘΕΜΑ 21ο) Απόφαση του Δ.Σ. του Νοσοκομείου μας αποφασίστηκε η αναβολή της λήψης απόφασης επί του

ανωτέρω θέματος, λόγω του ότι επίκειται στις 07-02-2019 η συζήτηση στο Συμβούλιο της Επικρατείας με τη διαδικασία της πρότυπης δίκης θέματος που αφορά τα ασφαλιστικά μέτρα κατά της έκδοσης οριστικών αποτελεσμάτων του διαγωνισμού για τη σύναψη ατομικών συμβάσεων ορισμένου χρόνου για την κάλυψη των αναγκών των νοσοκομείων στον τομέα της καθαριότητας.

Στις 18-03-2019 εκδόθηκε η με αρ. 68/2019 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, σύμφωνα με την οποία απορρίπτεται το ένδικο βοήθημα της αιτήσεως αναστολής ασφαλιστικών μέτρων που άσκησαν οι εργολαβικές εταιρείες κατά των αποφάσεων των Διοικήσεων περί πρόσληψης προσωπικού, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4430/2016 στους τομείς καθαριότητας, σίτισης και φύλαξης.

Με την με αρ. 8η/20-03-2019 (ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΘΕΜΑ 1ο) Απόφαση του Δ.Σ. του Νοσοκομείου μας εγκρίθηκε: Α. Η έκδοση Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος για τη σύναψη ατομικών συμβάσεων ορισμένου για Προσωπικό Καθαριότητας των χώρων του ... (εντός και εκτός αυτού) σύμφωνα με το άρθρο 63 του Ν. 4430/2016 έως και την 31-12-2019 και την αποστολή της για έγκριση από το Α.Σ.Ε.Π. Β. Να εξουσιοδοτηθεί η Διοικήτρια του Νοσοκομείου για την συγκρότηση τριμελούς επιτροπής επιλογής των υποψηφίων σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 63 παρ. 3 του Ν. 4430/2016.

Ύστερα από τα παραπάνω και λαμβάνοντας υπόψη ότι κατά την Α' τροποποίηση του Προϋπολογισμού του οικονομικού έτους 2019, οι πιστώσεις που είχαν δεσμευθεί για τον Διεθνή Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την ανάδειξη συνεργείου καθαρισμού των χώρων εντός και εκτός (μισθωμένες και ιδιόκτητες εξωτερικές δομές) του ... καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών, λόγω μη επάρκειας αυτών, αποδεσμεύθηκαν ώστε να καλυφθούν οι ανάγκες για την σύναψη ατομικών συμβάσεων εργασίας

Παρακαλούμε να αποφασίσετε:

1. Για την ολοκλήρωση της διαδικασίας του Διεθνή Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής, για την ανάδειξη συνεργείου καθαρισμού των χώρων εντός και εκτός (μισθωμένες και ιδιόκτητες εξωτερικές δομές) του ...,

καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών, για ένα (1) έτος με δυνατότητα παράτασης έως εξαντλήσεως του ποσού, ανάλογα με τις ανάγκες που θα προκύψουν κατά την υπογραφή της σχετικής σύμβασης, προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.800.000,01 € (συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ), Π.Π.Υ.Φ.Υ έτους 2015, ΠΙΣΤΩΣΕΙΣ 2018 – 2019, με αρ. Διακήρυξης 13.18 ή την ματαίωση αυτού λόγω προσφυγής στην διαδικασία σύναψης ατομικών συμβάσεων.

2. Σε περίπτωση λήψης απόφασης για την ολοκλήρωση του Διεθνή Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την ανάδειξη Συνεργείου Καθαρισμού, παρακαλούμε να αποφασίσετε με βάση τα προεκτεθέντα στοιχεία, σχετικά με τον κατακύρωση ως προσωρινού μειοδότη, την εταιρεία «... .. ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΩΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ» σύμφωνα με την άποψη του Γραφείου Προμηθειών ή την εταιρεία την «... – ...» σύμφωνα με το με αρ. 37155/18-12-2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του σχετικού Διαγωνισμού.

• Τέλος, στην προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 20/27.11.2019 Απόφαση της 20ης συνεδρίασης του Δ.Σ της οικείας αναθέτουσας αρχής, αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: «... Τίθεται υπόψη των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου το με αριθ. πρωτ. 14870/14.05.2019 έγγραφο του Γραφείου Προμηθειών σχετικά με τη συνέχιση του ανοικτού διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης την συμφερότερη από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη συνολική τιμή) για την ανάδειξη συνεργείου καθαρισμού των χώρων εντός και εκτός του ... καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών για ένα (1) έτος [...]

Μετά από διαλογική συζήτηση

το Διοικητικό Συμβούλιο αποφασίζει κατά πλειοψηφία:

1) Τη μη επιλογή της διαδικασίας σύναψης ατομικών συμβάσεων, δοθέντος ότι δεν υφίσταται νομοθετικό πλαίσιο για την επιλογή της διαδικασίας αυτής πέραν της 31ης Δεκεμβρίου 2019, ημερομηνία κατά την οποία λήγει η δοθείσα παράταση της ισχύος του Ν. 4430/2016, άρθρο 63 για την υπογραφή ατομικών συμβάσεων και ως εκ τούτου είναι ανέφικτη η ολοκλήρωση της εν λόγω διαδικασίας εντός του τρέχοντος έτους. 2) Την ολοκλήρωση της διαδικασίας του Διεθνούς Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης τη πιο

συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής για την ανάδειξη συνεργείου καθαρισμού των χώρων εντός και εκτός (μισθωμένες και ιδιόκτητες εξωτερικές δομές) του ... καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών για ένα (1) έτος με δυνατότητα παράτασης έως εξαντλήσεως του ποσού ανάλογα με τις ανάγκες που θα προκύψουν κατά την υπογραφή της σχετικής σύμβασης, προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.800.000,01 € (συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ), Π.Π.Υ.Φ.Υ έτους 2015, ΠΙΣΤΩΣΕΙΣ 2018 – 2019, με αρ. Διακήρυξης 13.18. 3) Την προσωρινή κατακύρωση του Διεθνούς Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την ανάδειξη συνεργείου καθαρισμού των χώρων εντός και εκτός του ... καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών με αριθμό διακήρυξης 13.18 στη μειοδότηρια εταιρεία «... .. ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΩΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ» κάνοντας αποδεκτή τη χαμηλότερη τιμή προσφοράς της σε συνδυασμό με τη ρητή δέσμευση της εταιρείας, η οποία αναφέρεται στην προσφορά της, να αποδώσει όλες τις νόμιμες κρατήσεις καθώς και όποιο άλλο φόρο-κράτηση σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία.

34. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. 1598/16.01.2019 έγγραφο Απόψεων που εστάλη στην Αρχή σε σχέση με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, το υπόψη Νοσοκομείο, μετά την παράθεση του ιστορικού της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, αναφέρει τα κάτωθι: «*Εν προκειμένω η ως άνω προσφεύγουσα εταιρεία «... .. Α.Ε.»*, με την υπό κρίση προσφυγή της ζητά την ακύρωση της ανωτέρω απόφασης του Δ.Σ. του Νοσοκομείου μας, ως Αναθέτουσας Αρχής, για τους εξής λόγους:

Α) *Ότι το γραφείο προμηθειών αυτόβουλα ενήργησε με τα υπ' αριθ. πρωτ. 14870/14.05.2019 και 35740/6.12.2018 έγγραφα και χωρίς καμία αρμοδιότητα, συνιστά δε γνωμοδοτική ενέργεια, αφής στιγμής η εν λόγω Υπηρεσία, αποτελεί "τρίτη" ως προς τον παρόντα διαγωνισμό άνευ ουδεμίας αρμοδιότητας επί εξέτασης, αξιολόγησης και ελέγχου του περιεχομένου των προσφορών των υποψηφίων αναδόχων. Ως εκ τούτου, το Γραφείο Προμηθειών, κατά τη διάταξη παρ. 3 άρθρου 20 ΚΔΔιαδ όφειλε, όπως εκφέρει γνώμη, μόνο στην περίπτωση που τούτο είχε ζητηθεί από το αποφασίζον όργανο, κατόπιν σχετικής και ειδικής*

αιτήσεως του τελευταίου, προϋπόθεση που εν προκειμένω ουδόλως συντρέχει, καθότι, από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης με την παρούσα απόφαση, προκύπτει ότι ουδέποτε κλήθηκε το Γραφείο Προμηθειών από το Αποφασίζον Όργανο, ήτοι από το Δ.Σ. του ..., όπως εκφέρει γνώμη για τη συνέχιση του διαγωνισμού και την προσωρινή κατακύρωση του αποτελέσματος αυτού στον υποψήφιο ανάδοχο.

Σημειωτέον δε, ότι η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, που είχε, ως προαναφέραμε οριστεί ειδικά κατά την Απόφαση ΔΣ 13/20.06.2018 για την διενέργεια της διαδικασίας αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του οικείου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου, αποτελεί το μόνο αρμόδιο κατά νόμο και την απόφαση του ΔΣ, επάϊον για τα ζητήματα του διαγωνισμού και αρμόδιο προς έκδοση απλής γνώμης όργανο, και είχε γνωμοδοτήσει αιτιολογημένα περί του αποκλεισμού της εταιρίας «... .. ΕΠΕ», έχοντας μάλιστα λάβει υπ' όψιν της και την ανωτέρω γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου.

Ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας είναι απορριπτέος ως μη νόμιμος και αβάσιμος, καθόσον ουδέποτε το Γραφείο Προμηθειών χάνει το θεσμικό του ρόλο όταν αποφαίνεται για τη νομιμότητα ή μη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Πλέον δε τούτου ουδεμία ακυρότητα της διαδικασίας υφίσταται εκ μόνης παράθεσης της άποψης του οργάνου τούτου του Νοσοκομείου, δοθέντος μάλιστα ότι η γνώμη του μέχρι και του κατακυρωτικού αποτελέσματος δεν είναι δεσμευτική για το Νοσοκομείο. Προς τούτο την αποφασιστική αρμοδιότητα έχει το Δ.Σ. του Νοσοκομείου.

Επιπλέον σημειώνουμε ότι με το με αρ. πρωτ. 29660/12-10-2018 Πρακτικό της, η επιτροπή διενέργειας του εν λόγω διαγωνισμού πρότεινε τον αποκλεισμό και των δύο συμμετεχουσών εταιρειών, λόγω ελλείψεως δικαιολογητικών. Κατόπιν επανελέγχου από το Γραφείο Προμηθειών διαπιστώθηκε ότι και οι δύο εταιρείες πληρούσαν όλες τις προδιαγραφές (σχετ. έγγραφο του Γρ. Προμηθειών 31510/30-10-2018). Η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού αποδέχτηκε όσα μνημονεύονται στο εν λόγω έγγραφο του Γρ. προμηθειών και ο διαγωνισμός συνεχίστηκε.

Β) Ότι οι διαγωνιζόμενοι του παρόντος διαγωνισμού οφείλουν να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη από αυτούς τιμή 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 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).

Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως μη νόμιμος, αλυσιτελής και αβάσιμος, δοθέντος ότι, όπως ήδη έχουμε και παραπάνω αναφέρει στο ιστορικό της παρούσας μας, καθορίζεται η υποχρέωση παρακράτησης φόρου για κάθε νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα ή φυσικό πρόσωπο και ειδικότερα στο άρθρο 64 του Ν. 4172/2013 ορίζονται τα ποσοστά αυτών για την παροχή αγαθών και υπηρεσιών, σύμφωνα δε με την παρ. 5 «Με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών καθορίζονται ειδικότερα ο τρόπος και ο χρόνος απόδοσης του παρακρατούμενου φόρου σύμφωνα με τις ανωτέρω παραγράφους, ο τύπος και το περιεχόμενο της δήλωσης, καθώς και κάθε άλλο σχετικό θέμα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου».

Ιδιαίτερως θα πρέπει να επισημανθεί προς επίρρωση μάλιστα του ισχυρισμού μας αυτού, ότι στο Παράρτημα 1 της Διακήρυξης 13.18 στο σημείο που γίνεται αναφορά στις υπέρ του Νόμου Κρατήσεις, ρητά αναφέρεται στο τέλος της περίπτωση ε της σελ. 42, ότι όλες οι κρατήσεις υπολογίζονται επί της καθαρής αξίας. Στην συνέχεια στην περίπτωση ζ αναφέρεται ότι κατά την πληρωμή παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%.

Στην αδόκητη περίπτωση που γίνει αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «... .. Α.Ε.» και όχι της εταιρείας «... ..», η επιβάρυνση του προϋπολογισμού του Νοσοκομείου μας και κατά συνέπεια του Δημοσίου, ανέρχεται στο ποσό των 159.459,43€ ετησίως για την παροχή των ίδιων υπηρεσιών. Συνεπώς σε κάθε

περίπτωση είναι πασιφανής η επιβάρυνση του προϋπολογισμού του Νοσοκομείου μας, εφόσον γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας.

Τέλος, όλες οι κρατήσεις υπολογίζονται επί της καθαρής αξίας και κατά την πληρωμή παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%. Το ... οφείλει κατά την εκκαθάριση, ενταλματοποίηση και πληρωμή εκάστου αναδόχου να παρακρατεί τον αναλογούντα φόρο εισοδήματος.

Σε καμία περίπτωση η άποψη του Γραφείου Προμηθειών για την νομιμότητα ή μη της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς και του κατακυρωτικού αποτελέσματος αυτής, οποιουδήποτε διαγωνισμού δεν είναι δεσμευτική. Σε κάθε περίπτωση τον τελευταίο λόγο και την λήψη της τελικής απόφασης για την επιλογή της μίας ή της άλλης συμμετέχουσας εταιρείας έχει το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου, την κρίση του οποίου δεν δεσμεύει ούτε η άποψη της Επιτροπής Διενέργειας των διαγωνισμών, ούτε η άποψη του Γραφείου Προμηθειών, ούτε και η άποψη του Νομικού Συμβούλου του Νοσοκομείου, οι οποίες προφανώς λαμβάνονται υπόψη, τις εκτιμάει ελεύθερα και στην συνέχεια αποφαίνεται κυριαρχικά, στα πλαίσια της νομιμότητας για την επιλογή της αναδόχου εταιρείας [...]».

35. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται σε σχέση με τον 1^ο λόγο της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, (παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας), τα κάτωθι:

α) Αφής στιγμής δεν αμφισβητούνται τα πραγματικά περιστατικά, η προσβαλλόμενη πράξη βάλλεται αβασίμως από πλευράς εσωτερικής νομιμότητας (ήτοι, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των τυπικών λόγων, όπως στην προκείμενη περίπτωση, η παράβαση ουσιώδους τύπου), αφής στιγμής εκδόθηκε κατά δέσμια αρμοδιότητα από το Δ.Σ του ... με το συγκεκριμένο περιεχόμενο. Κατά την παρεμβαίνουσα, ο νόμος δεν επιτρέπει την έκδοση της πράξεως με το περιεχόμενο που αξιώνει η προσφεύγουσα, διότι η αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν δεν είχε συντελεστεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο, που έχει η προσβαλλόμενη (Γκέρτσος -Τσούκας

«Η ΠΡΟΣΩΡΙΝΗ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΣΤΗΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ ΔΙΚΗ», σελ. 313 με παραπομπή στις ΟΛ. ΣΤΕ 530/03, 2916/07, ΕΑ 63/12, 949, 6711/2011). Όπως μάλιστα χαρακτηριστικά αναφέρει η παρεμβαίνουσα: *«Εν προκειμένω, το προς επίλυση ζήτημα ήταν αποκλειστικά νομικής φύσεως, μη συσχετιζόμενο με αμφισβητούμενα πραγματικά περιστατικά ή εκτιμήσεις που ανάγονται στη διακριτική ευχέρεια ή την εξουσία εκτιμήσεως των επιληφθέντων οργάνων [...]».*

β). Το Διοικητικό Συμβούλιο του υπόψη Νοσοκομείου (αποφασιστικό όργανο) διαφοροποιήθηκε με πλήρη αιτιολογία από την εισήγηση της Ε.Δ.Δ., αφού στην προσβαλλόμενη Απόφασή του αναφέρει ρητά το εμπειριστατωμένο διευκρινιστικό έγγραφο του Γραφείου Προμηθειών *«...το οποίο παραθέτει πλήρη και επαρκή αιτιολογία αναφορικά με τη συμφωνία των οικονομικών προσφορών που υποβλήθηκαν από τους διαγωνιζόμενους, προς τους όρους της Διακήρυξης ...».* Μάλιστα, κατά την παρεμβαίνουσα, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον οποίο θα έπρεπε, εν προκειμένω, να ληφθεί υπόψη η Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του υπόψη Νοσοκομείου είναι *«δογματικά ακατανόητος»*, αφού και ο Νομικός Σύμβουλος είναι - σύμφωνα με το σκεπτικό της προσφεύγουσας, όπως δηλ. και το Γραφείο Προμηθειών - επίσης, «τρίτος» σε σχέση με την Επιτροπή Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού.

Β) Προς αντίκρουση του δεύτερου λόγου της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής (φύση επίμαχης παρακράτησης φόρου εισοδήματος), η παρεμβαίνουσα, διορθώνει τις σχετικές απόψεις της σε Κεφάλαιο Α (κείμενη νομοθεσία), Κεφάλαια Β και Γ (νομολογία στην οποία στηρίχθηκε, για να μην συμπεριλάβει την επίμαχη παρακράτηση στην οικονομική της προσφορά) και Κεφάλαιο Δ (θεμελιώδεις ενωσιακές αρχές). Αναλυτικότερα:

1. Η παρεμβαίνουσα παραπέμπει στο άρθρο 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013 και στην ΠΟΛ 1120/25.04.2014 (βλ. Κεφάλαιο Α της Παρέμβασης), προκειμένου να αποδείξει ότι η επίμαχη παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί νόμιμη κράτηση υπέρ Δημοσίου και τρίτων, καθώς υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων στο καθαρό ποσό της αξίας των υπηρεσιών, μετά την αφαίρεση των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου ή τρίτων και επιστρέφεται στον ανάδοχο ή συμψηφίζεται με την

εκκαθάριση της δήλωσής του. Προς επίρρωση δε του ανωτέρω ισχυρισμού της παραπέμπει στην υπ' αριθμ. 1148/2018 Απόφαση της Αρχής.

Κατά την παρεμβαίνουσα, η προβλεπόμενη στο ΚΦΕ παρακράτηση φόρου δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να υπαχθεί στην έννοια του κόστους, σε αντίθεση με τις υπόλοιπες κρατήσεις που περιλαμβάνονται στον Πίνακα ανάλυσης κόστους του Παρατήματος IV της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 103) – οι οποίες συνιστούν ποσά που αφαιρούνται οριστικά από τη μηνιαία αμοιβή του αναδόχου – και τα λοιπά κονδύλια, η κάλυψη των οποίων είναι απαραίτητη για την εκτέλεση της υπηρεσίας (μισθολογικά, αναλώσιμα κλπ).

Όπως δε χαρακτηριστικά αναφέρει για το ζήτημα αυτό (βλ. σελ. 9 της Παρέμβασης): *«Η παρακράτηση φόρου είναι θεσμός προς εξασφάλιση των αναγκών ρευστότητας του Δημοσίου και την εύρυθμη οργάνωση των δημοσιονομικών και ελεγκτικών υπηρεσιών της χώρας [...] Με άλλα λόγια, με την παρακράτηση φόρου, ο ανάδοχος δεν μεταβιβάζει μια ποσότητα χρημάτων προς την αναθέτουσα αρχή ή στο Δημόσιο Ταμείο, όπως συμβαίνει με τις υπόλοιπες κρατήσεις, αλλά τα παραπάνω χρήματα παρακρατούνται υπέρ του και του επιστρέφονται ή συμψηφίζονται με το ποσό της φορολογικής του οφειλής, που προκύπτει κατά τον χρόνο εκδόσεως της πράξης προσδιορισμού φόρου για κάθε οικονομικό έτος....».*

Περαιτέρω, επί του ζητήματος αυτού, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, η γραμματική ερμηνεία έχει μεν βαρύνουσα σημασία, δεν μπορεί, όμως, να θέσει εκποδών τους κανόνες της συστηματικής, λογικής και τελολογικής ερμηνείας των σχετικών διατάξεων. Όπως ειδικότερα αναφέρει (βλ. σελ. 11-12 της Παρέμβασης): *«Άλλωστε ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας δεν βρίσκει καν αμιγώς γραμματικό ασφαλές έρεισμα στη διακήρυξη, αφού ο τίτλος του οικείου Πίνακα φέρει τον τίτλο «ανάλυση κόστους», ο ως άνω δε τίτλος έχει κανονιστική βαρύτητα και η παρακράτηση φόρου, κατά τα παραπάνω αναφερόμενα, δεν μπορεί να νοηθεί ότι υπάγεται στην έννοια του κόστους σε αντιδιαστολή με τις υπόλοιπες κρατήσεις, οι οποίες και συνιστούν δαπανήματα του αναδόχου/κόστη. Με άλλα λόγια, η γραμματική*

ερμηνεία δεν προκρίνει την μεμονωμένη εξέταση των διατάξεων της διακήρυξης, αλλά την ερμηνεία τους από κοινού με τις υπόλοιπες διατάξεις...».

Επίσης, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι, ακόμη και από τη διάστρωση της παρ. 5.1.2. της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 35), αλλά και του «Πίνακα ανάλυσης κόστους» (σελ. 103), που περιλαμβάνεται στο Παράτημα IV αυτής, προκύπτει σαφώς ότι η επίμαχη παρακράτηση δεν εντάσσεται στα λοιπά κόστη, «γιατί απαριθμούνται ξεχωριστά και απολύτως διακριτά οι κρατήσεις από την παρακράτηση, αφού μετά τις υπό α) έως δ) κρατήσεις αναφέρεται η επιβάρυνσή τους με τέλος χαρτοσήμου και μετά, ΑΠΟΛΥΤΩΣ ΔΙΑΚΡΙΤΑ, υπό στοιχείο ε) μνημονεύεται η παρακράτηση φόρου...».

2. Στη συνέχεια, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει (βλ. Κεφάλαιο Β και Γ της Παρέμβασης), ότι κατά τη σύνταξη της Προσφοράς της έλαβε υπόψη της τα νομολογιακά δεδομένα που είχε στη διάθεσή της κατά τον χρόνο εκείνον και ιδίως τις υπ' αριθμ. 49/2018, 1063/2018, 1448/2018 και 38/2019 Αποφάσεις της Αρχής. Όπως μάλιστα χαρακτηριστικά αναφέρει η εν λόγω εταιρία (βλ. σελ. 16 της Παρέμβασης): «Μέσω της συνάθροισης της παρακράτησης φόρου, οδηγούμαστε στο να αποτυπώνονται στις οικονομικές προσφορές εικονικά πόσα στο πεδίο ΕΡΓΟΛΑΒΙΚΟ ΟΦΕΛΟΣ, αφού ψευδεπίγραφα η παρακράτηση φόρου αντιμετωπίζεται ως δαπάνημα του αναδόχου/στοιχείο του κόστος της προσφοράς. Για την άρση αυτής της εικονικότητας και προκειμένου να βρουν το πραγματικό ύψος του εργολαβικού ανταλλάγματος, οι Αναθέτουσες Αρχές, θα οφείλουν να αφαιρέσουν το ποσό που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου, προκειμένου να διαγνώσουν το πραγματικό ύψος του Εργολαβικού Οφέλους, όμως, η αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών/τυπικότητας απαγορεύει ρητά τέτοιες πρακτικές...».

Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η επικαλούμενη στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή νομολογία (ΕΑ ΣτΕ 563/08, 446/09, 800/04, 256/04, ΣτΕ 3838/99, ΔΕΑ 126, 261, 268 /2019, 265/16 και 692_693/2019 ΑΕΠΠ) δεν κρίθηκαν ίδια (με τα εξεταζόμενα) ζητήματα.

3. Στη συνέχεια και προκειμένου να αποδείξει το παραδεκτό της Προσφοράς της, (βλ. Κεφάλαιο Δ της Παρέμβασης), η παρεμβαίνουσα παραπέμπει στην

Υπόθεση C-27/15, όπου κρίθηκε από το ΔΕΕ (σκέψη 36), ότι δεν αποκλείεται η προσφορά διαγωνιζόμενου, εάν ο τελευταίος επέδειξε τη συνήθη επιμέλεια κατά τη σύνταξή της, περίπτωση που συντρέχει, κατά την άποψή της, και εν προκειμένω.

Επιπροσθέτως, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι οι μεμονωμένες Αποφάσεις Δικαστηρίων που επικαλείται η προσφεύγουσα, δεν μπορούν (από άποψη ποσότητας) να χαρακτηρισθούν ως «πάγια νομολογία», καθώς και ότι κατά τον χρόνο υποβολής της Προσφοράς της (30.08.2018), ο τρόπος σύνταξης της οικονομικής της προσφοράς ήταν σε πλήρη συμφωνία με την τότε δημοσιευθείσα νομολογία της Αρχής. Όπως, μάλιστα, χαρακτηριστικά αναφέρει για το ζήτημα της νομολογίας (βλ. σελ. 18 της Παρέμβασης), η επίμαχη διάταξη του άρθρου 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013 δεν εγείρει ερμηνευτικά προβλήματα, καθώς είναι, κατά τη γνώμη της, σαφής, *«...απλώς, μεμονωμένες αποφάσεις έχουν προχωρήσει σε μια «ερμηνεία» της, που παραβλέπει τους κανόνες της λογικής και της νομικής επιστήμης...»*.

Γ) Τέλος, σημειώνεται ότι, στις 13.02.2020, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε Υπόμνημα ενώπιον της Αρχής, με το οποίο επιχειρεί να αντικρούσει τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας, όπως αυτές περιλαμβάνονται στο πρώτο, από 10.02.2020, Υπόμνημα που υποβλήθηκε από την εταιρία «...-... Α.Ε». Θα πρέπει, εντούτοις, να σημειωθεί ότι υπό το ισχύον θεσμικό πλαίσιο περί διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το δικαίωμα υποβολής Υπομνήματος ενώπιον της Αρχής αφορά αποκλειστικά και μόνο στον προσφεύγοντα εξου και η συμπληρωματική αιτιολογία κοινοποιείται ρητά σε αυτόν και όχι εν γένει στους ενδιαφερομένους, (βλ. σχετικώς άρθρο 365 («Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής») παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, στο οποίο ορίζεται ότι: *«...Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο. Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής*

αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής, κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής»).

36. Επειδή, στο πρώτο Υπόμνημα που κατέθεσε εμπρόθεσμα (10.02.2019), η προσφεύγουσα, σύμφωνα με το άρθρο του 365 («Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής») του Ν. 4412/2016, αναφέρει σε σχέση με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, όπως αυτές περιλαμβάνονται στο προαναφερόμενο έγγραφο προς την Αρχή, τα κάτωθι:

«...Η αναθέτουσα αρχή, δια των από 16.01.2020 Απόψεών της, ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής μας, παρερμηνεύει πλήρως το σύνολο των αιτιάσεων και ισχυρισμών μας, ως διατυπώνονται πλήρως τεκμηριωμένα στις παρ. 12 έως 18 της υπό εξέταση προδικαστικής μας προσφυγής. Ειδικότερα, η επιχειρηματολογία του α' μέρους της βασιμότητας της προσφυγής μας είναι διττή, και εκτείνεται αφενός στην αναιτιολόγητη πλήρη αντίθεση του αποφασίζοντος οργάνου του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής από τη γνώμη της καθ' ύλην αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας του παρόντος διαγωνισμού (που άπτεται ως έλλειψη αιτιολογίας στην εσωτερική νομιμότητα της πράξης) και αφετέρου στις ενέργειες του Γραφείου Προμηθειών καθ' υπέρβαση των αρμοδιοτήτων του, που επηρέασαν καταλυτικά το ΔΣ προς λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή, απομονώνοντας τους ισχυρισμούς μας, μόνο καθ' ο μέρος αφορούν την υπέρβαση αρμοδιοτήτων του Γραφείου Προμηθειών, ισχυρίζεται ότι ορθώς έλαβε υπόψη της και απεφάνθη κατ' αποδοχή των με αριθ. πρωτ. 35740/6.12.2018 (βλ σχετ. 3) και 14870/14.05.2019 εγγράφων του γραφείου Προμηθειών, διότι η ίδια η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού εν τέλει, κατ' αποδοχή του με αριθ. πρωτ. 31510/30.10.2018 εγγράφου του Γραφείου Προμηθειών, εισηγήθηκε τη συνέχιση του διαγωνισμού, καθώς κατόπιν επανελέγχου διαπιστώθηκε ότι ουδεμία πλημμέλεια φέρουν τα δικαιολογητικά συμμετοχής- τεχνικής προσφοράς μας. Ήτοι, αφής στιγμής η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού στράφηκε προς το Γραφείο Προμηθειών προς περαιτέρω εξέταση της βασιμότητας των

φερόμενων πλημμελειών των προσφορών μας, τότε - κατά την αναθέτουσα αρχή - τεκμαίρεται και η καθ' ύλην αρμοδιότητα του Γραφείου Προμηθειών.

Ωστόσο, αντίθετα με την αβάσιμη ερμηνεία της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το αρ. 221 Ν. 4412/2016 και τους όρους 3.1.1 και 3.1.2 της παρούσας διακήρυξης, αδιάσειστα προκύπτει ότι γνωμοδοτικό όργανο αποτελεί η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, η οποία και είναι υπεύθυνη για την καταχώρηση, αρχικά, των προσφορών, και την μετέπειτα αξιολόγησή τους κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής- τεχνικής προσφοράς κατά το στάδιο αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, συντάσσοντας προς τούτο τα αντίστοιχα Πρακτικά, και όχι το Γραφείο Προμηθειών. Τα Πρακτικά αυτά, επικυρώνονται δια μίας απόφασης του Δ.Σ. του, το οποίο και αποτελεί τη μόνη διοικητική αρχή με αποφασιστική αρμοδιότητα. Κατά γενική αρχή του δικαίου δε, το αποφασίζον όργανο δεν κωλύεται να λάβει οικειοθελώς υπόψιν γνωμοδότηση των υπηρεσιών του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 9/2019, πρβλ. ΕΑ 61/2011, 1140/2010, 1010/2008). Πλην όμως, ως ακριβώς διαλαμβάνουμε στην προσφυγή μας, το αποφασίζον όργανο σε περίπτωση απόκλισης από τη γνώμη της καθ' ύλην αρμόδιας επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, οφείλει να αιτιολογεί ειδικώς και επαρκώς τα πραγματικά περιστατικά και τις σκέψεις και διατάξεις που το οδήγησαν σε αυτήν την απόκλιση, ιδίως όταν από την τελευταία προκύπτει ότι η ανάθεση των υπηρεσιών καταλήγει σε διαφορετική από την προταθείσα εταιρία (βλ. Ρ. Παρλάτζα, σε Β. Γκέρτσος, Ε. Πρεβεδούρου, Δ. Πυργάκης, Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας, ερμηνεία άρθρου 20 ΚΔΔιαδ, ΝΒ, 2019), ως εν προκειμένω, αφής στιγμής δια του με αριθ. πρωτ. 37155/18.12.2018 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του παρόντος διαγωνισμού (βλ. Σχετικό 2), η αρμόδια επιτροπή, εισηγήθηκε προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής την ανάδειξη της εταιρίας μας ως προσωρινής αναδόχου, ενώ το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, ήτοι το Δ.Σ. του, άνευ ουδεμίας ειδικής αιτιολογίας, δια της προσβαλλόμενης απόφασης απεφάνθη περί την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της παρεμβαίνουσας εταιρίας «... .. ΕΠΕ».

Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή επιχειρεί όλως αβάσιμα και μη νόμιμα όπως καλύψει την εκ μέρους της αναιτιολόγητη απόκλιση από τη γνώμη της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού δια της επίκλησης της φερόμενης καθ' ύλην αρμοδιότητας του Γραφείου Προμηθειών, το οποίο και αντέταξε την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας αντί της νομιμότητας της διαδικασίας, η οποία επιτάσσει την επιλογή αναδόχου με την πλέον κατάλληλη, νόμιμη και πλήρη προσφορά.

Περαιτέρω, δια των σχολιαζόμενων με το παρόν Απόψεων, η αναθέτουσα αρχή εμμένει στην υποστήριξη της γνώμης του Γραφείου Προμηθειών, ως αυτή διατυπώθηκε στο με αριθ. πρωτ. 35740/06.12.2018 έγγραφό του (βλ. σχετ. 3), επικαλούμενη νομολογία που ουδεμία συνάφεια παρουσιάζει με τα υπό κρίση πραγματικά περιστατικά.

Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή επικαλούμενη την με αριθ. 626/2018 απόφαση 1ου Κλιμακίου της Αρχής σας, διαλαμβάνει, ως προς τον συνυπολογισμό ή μη του ποσοστού παρακράτησης φόρου 8%, ότι, αφής στιγμής η υπό εξέταση, στην ανωτέρω απόφαση, προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε, παρίσταται ως νόμιμη η άποψη της εκεί αναθέτουσας αρχής ότι «ουδεμία εκ των εταιρειών (εκτός της προσφεύγουσας) δεν τον είχε συμπεριλάβει στην προσφορά της, καθόσον δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτων, αλλά φορολογική υποχρέωση της κάθε εταιρείας». Ωστόσο η Αρχή σας στην ανωτέρω Απόφαση ουδόλως έκρινε ότι «η παρακράτηση 8% αποτελεί φορολογική υποχρέωση», αλλά αντιθέτως, απέρριψε προδικαστική προσφυγή οικονομικού φορέα που είχε αποκλειστεί με αιτιολογία ότι δεν είχε συμπεριλάβει στην οικονομική του προσφορά τις δαπάνες για τον “πολλαπλό καθαρισμό” των χώρων της αναθέτουσας αρχής, ενώ δεν εξέτασε καν τις αιτιάσεις του προσφεύγοντα που στρέφονταν κατά των λοιπών φορέων για τον μη υπολογισμό στην προσφορά τους της παρακράτησης φόρου 8%, ήτοι ουδεμία κρίση της Αρχής σας εχώρησε κατά το προσαπτόμενο εκ της αναθέτουσας αρχής περιεχόμενο.

Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή διαλαμβάνοντας ότι στην με αριθ. 102/2018 απόφαση 5ου Κλιμακίου της Αρχής σας «δεν υπάρχει καμία αναφορά, ούτε από την προσφεύγουσα εταιρεία, αλλά ούτε και στο σκεπτικό της απόφασης της ΑΕΠΠ περί υπολογισμού του φόρου εισοδήματος ποσοστού οκτώ τοις εκατό

(8%) στις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων», εξομοιώνει την έλλειψη της εν λόγω αναφοράς με το επιχείρημα ότι η παρακράτηση 8% δεν αποτελεί επιβάρυνση που οφείλει να συνυπολογιστεί στην προσφορά, αντίθετα προς όσα ορίζει ρητά η διακήρυξη. Σημειώνουμε όμως, ότι με την υπ' αριθ. 102/2018 Απόφαση 5ου Κλιμακίου της Αρχής σας απορρίφθηκε προσφυγή οικονομικού φορέα ο οποίος δεν είχε υπολογίσει ορθά τις κρατήσεις υπέρ τρίτων, οι οποίες βάσει διακήρυξης ανέρχονται στο ποσοστό 0,12432% ενώ ο προσφεύγων υπολόγισε 0,10% περίπου.

Εν προκειμένω, ως ακριβώς διαλαμβάνουμε και στην υπό εξέταση προσφυγή μας, από τους όρους 2.4.4 και 2.4.4.A της διακήρυξης, συνδυαστικά με το Παράρτημα I αυτής, με το άρθρο 68 Ν. 3863/2010 και με το άρθρο 95 Ν. 4412/2016, εν αντιθέσει με τους αβάσιμους προβαλλόμενους εκ της αναθέτουσας αρχής ισχυρισμούς, αδιάσειστα προκύπτει ότι το ποσοστό 8% της παρακράτησης φόρου εισοδήματος Ν. 4172/2013 συμπεριλαμβάνεται στην έννοια της "κάθε άλλου είδους επιβάρυνσης σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία" και αποτελεί υποχρέωση των οικονομικών φορέων, όπως το συνυπολογίσουν στην οικονομική τους προσφορά επί ποινή αποκλεισμού (ad hoc ΔΕΦΑΘ 25 261, 268/2019, 265/2016), άλλως ανακύπτει ασάφεια του περιεχομένου της οικονομικής προσφοράς, η οποία ασάφεια ισοδυναμεί με αυτοτελή λόγο απόρριψης προσφοράς ως απαράδεκτης (βλ. περ. β' όρου 2.4.6. διακήρυξης).

Προς επίρρωση των διαλαμβανόμενων στην προσφυγή μας, επικαλούμαστε την πλέον πρόσφατη με αριθ. 10/2020 Απόφαση Τμήματος Διοικητικού Εφετείου Αθηνών σε Συμβούλιο, κατά τη σκέψη 8 της οποίας κρίθηκαν τα ακόλουθα: «Επειδή, με τις ανωτέρω διατάξεις επιβάλλεται στους διαγωνιζόμενους του επίδικου διαγωνισμού να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013. 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 σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (πρβλ. ΣΤΕ 563/2008 σκ. 4, ΕΑ ΣΤΕ 446/2009. 840/2008)».

Η επίκληση, επομένως, από την αναθέτουσα ότι η περ. ζ' του μέρους των "Κρατήσεων" του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης αναφέρεται στην κατά την πληρωμή παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, οπότε και δεν αποτελεί στοιχείο διαμόρφωσης της εκάστοτε οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων, παρίσταται, δυνάμει της κατίσχυσης των κανόνων εκ της διακήρυξης και του Νόμου (βλ. όρο 2.4.4 και 2.4.4.Α, συνδυαστικά με άρ. 68 Ν. 3863/2020 και άρ. 95 Ν. 4412/2016), όλως αλυσιτελής, δη αντιβαίνουσα σε πάγια νομολογία, σύμφωνα με την οποία το ποσοστό 8% της παρακράτησης φόρου εισοδήματος Ν. 4172/2013 συνιστά επιβάρυνση κατά την κείμενη νομοθεσία, η οποία και πρέπει να συνυπολογίζεται στις οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων προς αποφυγή δημιουργίας τυχόν ασάφειας της οικονομικής προσφοράς (ΔΕΦΑΘ 10/2020, 261, 268/2019, 25/2019, 265/2016). Σε κάθε περίπτωση, ως έχει κρίνει και η Αρχή σας δια της με αριθ. 102/2018 Απόφασης 5ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ, που επικαλείται και η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της, πλην όμως άτοπα, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική, υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζόμενων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών. Οι προσφορές πρέπει να είναι σύμφωνες με το περιεχόμενο του συνόλου των όρων της διακήρυξης και δη εν όψει της αυστηρής τυπικής διαδικασίας των διαγωνισμών, προσφορές οι οποίες δεν είναι σύμφωνες με ουσιώδεις όρους της διακήρυξης αποκλείονται από το διαγωνισμό. Συνακόλουθα, δεν δύναται παραδεκτώς η προκειμένη πλημμέλεια στην οποία υπέπεσε η παρεμβαίνουσα, ήτοι ο μη συνυπολογισμός στην οικονομική της προσφορά του ποσοστού 8% της παρακράτησης φόρου, να θεωρηθεί ως *de minimis* πλημμέλεια, αποτελούσα ζήτημα προς διευκρίνιση, ώστε παραδεκτώς να συμπληρωθεί κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, αλλά άγει υποχρεωτικώς σε απόρριψη αυτής, σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις και τους όρους της υπόψη διακήρυξης (βλ. όρους 2.4.4, 2.4.4.Α και 2.4.6 διακήρυξης).».

Β) Στη συνέχεια και προς απόκρουση των απόψεων της παρεμβαίνουσας, όπως αυτές αναπτύχθηκαν στην ασκηθείσα Παρέμβαση, η εταιρία «...-... Α.Ε» ισχυρίζεται (αυτολεξεί) τα κάτωθι:

«41. Η παρεμβαίνουσα έχει εσφαλμένα κατανοήσει τον πρώτο λόγο της προσφυγής μας, που ερείδεται, ως άλλωστε τιλοφορείται με σαφήνεια, τόσο στην αναπιολόγητη απόκλιση της προσβαλλόμενης απόφασης από τη γνώμη της εκ του Νόμου ορισμένης αρμόδιας επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, όσο και σε υπέρβαση αρμοδιοτήτων του Γραφείου Προμηθειών, που επηρέασε ουσιωδώς το ΔΣ ως προς το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης ΔΣ, ήτοι στην παραβίαση του άρθρου 221 Ν. 4412/2016, του άρθρου 20 ΚΔΔιαδ και της ίδιας της διακήρυξης όρων 3.1.1. και 3.1.2. Ειδικότερα, ως προβάλλαμε διά της προσφυγής μας (παρ. 17), άνευ ουδεμίας ειδικής αιτιολογίας περί την απόκλιση από την απλή γνώμη της αρμόδιας, εκ του Νόμου 4412/2016, Επιτροπής Διενέργειας, το ΔΣ του επηρεάστηκε ουσιωδώς από τα με αριθ. πρωτ. 14870/14.05.2019 και 35740/6.12.2018 έγγραφα του Γραφείου Προμηθειών, (το οποίο ουδεμία αρμοδιότητα φέρει ως προς την αξιολόγηση των δικαιολογητικών και των προσφορών των οικονομικών φορέων) και εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη. Δεδομένου όμως, ότι κατά το ανωτέρω νομικό πλαίσιο, που εξειδικεύεται ρητά στη διακήρυξη, απαιτείται για την πληρότητα και την εσωτερική νομιμότητα της αιτιολογίας, να αναφερθούν τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου περί την απόκλιση από την εισήγηση της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού που εισήγαγε αρμοδίως ουσιώδεις ισχυρισμούς, η λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης με απλή παραπομπή στην εισήγηση του Γραφείου Προμηθειών δεν δύναται να θεραπεύσει, αλλά ούτε και να αναπληρώσει την ειδική αιτιολογία της εν λόγω απόκλισης από την εισήγηση του αρμόδιου οργάνου, και ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη πράξη πάσχει λόγω ανεπάρκειας αιτιολογίας, (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλου, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Τόμ. 2, 13η έκδ., Νομική Βιβλιοθήκη, αριθμ. 516-518, ΣΤΕ 2418/1976,1061/1981, ΑΕΠΠ 1193-1194/2019 σκέψη 33).

42. Δεδομένου ότι η εισήγηση του Γραφείου Προμηθειών υπεβλήθη, ως προβάλλουμε στην προσφυγή μας, καθ' υπέρβαση αρμοδιότητας, καθώς το

αρμόδιο κατά νόμο και κατά τη διακήρυξη, εισηγητικό προς το ΔΣ όργανο, είναι η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού, η απόκλιση από την εισήγηση του οποίου, όφειλε ειδικά να αιτιολογηθεί από το ΔΣ. Συνεπώς η παραπομπή στην αιτιολόγηση του Γραφείου Προμηθειών, δε δύναται να θεραπεύσει την πλημμέλεια της έλλειψης αιτιολογίας εκ του αποφασίζοντος οργάνου του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής. Παραγνωρίζει, δε, η παρεμβαίνουσα το γεγονός ότι στην προσφυγή μας δεν προβάλλουμε ότι το ΔΣ όφειλε να λάβει πρωτογενώς υπόψιν τη γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου, (ή μη μόνον εφόσον το ίδιο το ΔΣ τη ζητούσε) αλλά αντίθετα, προβάλλουμε ότι όφειλε να λάβει υπόψη την εισήγηση του αρμόδιου οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού, η δε απόκλιση από αυτήν όφειλε να είναι ειδικά αιτιολογημένη. Αντίθετα, η αποδοχή της υποβληθείσας εισήγησης εκ του Γραφείου Προμηθειών, που κατά την παρεμβαίνουσα, συνιστά νόμιμη αιτιολογία απόκλισης και μάλιστα, δεδομένου ότι δε ζητήθηκε από το ΔΣ, υπεβλήθη αυτοβούλως, αυτόκλητα και καθ' υπέρβαση αρμοδιότητας, επηρεάζοντας κρίσιμα το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης να εκδοθεί σε αντίθεση προς την διακήρυξη (άρθρα 2.4.4, 2.4.4.A, 2.4.6, Παράρτημα Ι), δε δύναται να θεμελιώσει την απαιτούμενη ειδική, σαφή, πλήρη αιτιολογία, (πρβλ. ΣτΕ 3689/2013, 1303/2012, 3932/2012, Ε.Α. ΣτΕ 1229/2009, 367, 108/2007, 889/2006, 760/2006, 420/2006, 860/2005, 393/2004, ΣτΕ 3897/2004, Διοικ. Εφ. Αθ. 261/2012.). (βλ CE, ass., 23 dec. 2011, n° 335033, Danthony et a., D. Labetoulle, «Le vice de procedure, parent pauvre de l'Involution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation» σε «Terres du droit. Melanges en l'honneur d'Yves Jegouzo» : Dalloz 2009, σ. 479)

43. Άλλωστε, αντίθετα με τις απόψεις της παρεμβαίνουσας, η αρχή της νομιμότητας επιτάσσει να εκδίδονται οι διοικητικές πράξεις σύμφωνα με τη διαδικασία που προβλέπουν οι σχετικοί κανόνες δικαίου. Πέρα από το γεγονός ότι κατά την προσφυγή μας, η απόφαση βάλλεται, ανεξαρτήτως της διαδικασίας, και ως αναιτιολόγητη, ζήτημα που άπτεται της εσωτερική νομιμότητας, κατά πάγια νομολογία, η παράβαση των ουσιωδών τύπων, (δηλαδή εκείνων που, είτε μπορούν να επηρεάσουν το περιεχόμενο της ρύθμισης που θεσπίζεται με την

πράξη, είτε έχουν έντονη προστατευτική λειτουργία για διαδικαστικά δικαιώματα του ιδιώτη, είτε διευκολύνουν την παροχή έννομης προστασίας κατά της πράξης) πλήττει τη νομιμότητα της πράξης. Στην κατηγορία των ουσιωδών τυπικών ελαττωμάτων ανήκουν, μεταξύ άλλων, οι πλημμέλειες, τόσο ως η επίμαχη, περί την έλλειψη ή τα ελαττώματα της γνωμοδότησης που αφορούν σε παράβαση των διατάξεων του άρθρου 20 του ως άνω Κώδικα ή των ειδικών διατάξεων που την προβλέπουν σε κάθε περίπτωση (άρθρο 221, ν. 4412/2016, όροι 3.1.1 και 3.1.2 διακήρυξης), που αποδεδειγμένα, άλλωστε, επηρέασε το αποφασίζον όργανο για τη λήψη της προσβαλλομένης πράξης με αυτό το περιεχόμενο, αντίθετα με την εισήγηση της αρμόδιας επιτροπής διαγωνισμού, όσο και η πλημμελής αιτιολογία.

44. Η αντίκρουση, δε, την οποία η παρεμβαίνουσα διαλαμβάνει, χαρακτηρίζοντας τον πρώτο λόγο της προσφυγής μας ως αλυσιτελή, βασίζεται στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι η προσβαλλόμενη πράξη βάλλεται αβασίμως από πλευράς εσωτερικής νομιμότητας και ότι εκδόθηκε κατά δέσμια αρμοδιότητα από το ΔΣ του ... με αυτό το περιεχόμενο, δηλαδή η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι ο νόμος δεν επιτρέπει την έκδοση της πράξεως με το περιεχόμενο που αξιώνει η προσφεύγουσα εταιρία μας, διότι η αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν δεν είχε συντελεστεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, όφειλε δήθεν να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο, ως η προσβαλλόμενη.

45. Η πραγματικότητα όμως είναι εντελώς διαφορετική, καθώς διά του δεύτερου λόγου της προσφυγής μας έχουμε προβάλει το ζήτημα που έχει αντιμετωπιστεί με πάγιο τρόπο νομολογιακά (πρβλ. ΣτΕ 563/2008 σκ. 4, ΕΛ ΣτΕ 446/2009, 840/2008). *ad hoc* ΑΕΦΑΘ 265/2016 σκ. 12, ΔΕΦΑΘ 25/2019 που ανέστειλε την ΑΕΠΠ 1063/2018., ΔΕΦΘεσ/κης Ν26/2019 που ανέστειλε την απόφαση ΑΕΠΠ 1148/2018, η οποία ακολούθως ακυρώθηκε διά της ΔΕΦΘεσ/κης 393/2019. ΔΕφ. Αθηνών 126/2019 σκ. 7, 10. ΑΕΠΠ 135/2019. 650/2019, που επικυρώθηκε διά της ΔΕΦΑΘ 261/2019. ΑΕΠΠ 692.693/2019 που επικυρώθηκε διά της ΔΕΦΑΘ 268/2019, ΑΕΠΠ 1193-1194/2019 που επικυρώθηκε διά της ΔΕΦΑΘ 10/2020 κ.α). ότι οι οικονομικές προσφορές στον

επίμαχο διαγωνισμό πρέπει κατ' άρθρα 2.4.4., 2.4.4.A και Παράρτημα I της διακήρυξης, να συμπεριλαμβάνουν στην προσφερόμενη τιμή, μεταξύ άλλων, εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού κέρδους, καθώς 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, (όρος 2.4.6. παρ. α και β) οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς, ως απαράδεκτης.

46. Η παρεμβαίνουσα παραγνωρίζει, εξάλλου, ότι, όπως γίνεται νομολογιακώς δεκτό, το Δικαστήριο έχει πάντοτε την ευχέρεια να προτάξει, της εξέτασης λόγω ακύρωσης, οι οποίοι ανάγονται στην τυπική νομιμότητα της προσβαλλομένης πράξης, την εξέταση λόγου αναγομένου στην ουσιαστική νομιμότητα της πράξης αυτής, ιδίως όταν το τιθέμενο με τον λόγο τούτο ζήτημα, όπως εν προκειμένω, έχει ήδη αντιμετωπισθεί από τη νομολογία του Δικαστηρίου, υπό την προϋπόθεση, βεβαίως, ότι δεν αμφισβητούνται από τα μέρη τα κρίσιμα για την εφαρμογή του νόμου πραγματικά περιστατικά (βλ ΣτΕ 2076/2000, 1317/2009). Από την εξέταση της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι σε αυτή δεν έχει συνυπολογιστεί η ως άνω παρακράτηση φόρου, γεγονός που συνομολογείται στην παρέμβαση της ίδιας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. Ενόψει δε της απαγόρευσης τροποποίησης των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζόμενων σε δημόσιους διαγωνισμούς μετά την κατάθεσή τους, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα και με βάση τις αρχές της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης να απορρίψει την ανωτέρω οικονομική προσφορά, ως απαράδεκτη, διότι η κατακύρωση της υπό κρίση σύμβασης με οικονομική προσφορά που αντίκειται σε αναγκαστικής φύσεως διάταξη νόμου δεν είναι σύννομη (βλ ΑΕΠΠ 191/2017).

47. Συνεπώς, δεδομένου ότι αμφισβητείται βάσιμα και με τεκμηρίωση πάγιας νομολογίας, η προϋπόθεση της εσωτερικής νομιμότητας της προσβαλλόμενης απόφασης και της δέσμιας αρμοδιότητας του αποφασίζοντος οργάνου να κατακυρώσει το διαγωνισμό στην παρεμβαίνουσα, την οποία ακριβώς προϋπόθεση εσωτερικής νομιμότητας καλείται η παρεμβαίνουσα να αποδείξει, η

τελευταία δεν δικαιούται να προϋποθέτει αυτό ακριβώς που οφείλει να αποδείξει, προβάλλοντας παραπειστικά το τυπικό παράδειγμα του σοφίσματος της λήψης του ζητούμενου, (*petitio principii*). Για τον λόγο αυτόν είναι, λοιπόν, της παρεμβαίνουσας αλυσιτελώς προβαλλόμενο το επιχείρημά της ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής μας, δεδομένου, άλλωστε, ότι η αποδοχή του ουδόλως πρόκειται να την ευνοήσει, καθώς ενόψει του μη αμφισβητούμενου πραγματικού της υπόθεσης (ότι η παρεμβαίνουσα δεν υπολόγισε στην προσφορά της την παρακράτηση φόρου 8%), η προσφορά της είναι απορριπτέα κατά δέσμια αρμοδιότητα κατά το δεύτερο λόγο της προσφυγής μας. (Βλ. συναφώς, *Eu. Παυλίδου, Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ, ΕφημΑΔ 2/2015, σ. 246*).

Γ) Περαιτέρω, προς αντίκρουση των αιτιάσεων της παρεμβαίνουσας που άπτονται της φύσεως της επίμαχης παρακράτησης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής:

«48. Η παρεμβαίνουσα προβάλλει τον ισχυρισμό ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί της αξίας των προσφερομένων υπηρεσιών δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτων και δεν συνιστά κόστος του αναδόχου της συμβάσεως, αφού ο παρακρατούμενος φόρος εισοδήματος έχει διαφορετική νομική φύση και σκοπό από τις κρατήσεις που διενεργούνται υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, συμψηφιζόμενος στο τέλος του φορολογικού έτους αναλόγως της κερδοφορίας του υποκειμένου σε αυτόν, δεδομένου ότι αποτελεί κατ'ουσίαν προκαταβολή φόρου, η οποία δεν συνυπολογίζεται στο λειτουργικό κόστος και δεν επηρεάζει τον υπολογισμό του εργολαβικού ανταλλάγματος.

Όμως, με βάση τις διατάξεις της διακήρυξης (2.4.4, 2.4.4.A, και Παράρτημα Ι) επιβάλλεται στους διαγωνιζομένους του επίμαχου διαγωνισμού να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση επ' αυτής, όπως είναι το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013. Η υποχρέωση αυτή, όπως παγίως έχει κριθεί, αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση των υπηρεσιών και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξαλείψεως κάθε ασάφειας κατά την σύνταξη των οικονομικών

προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με τις παρ. α και β του όρου 2.4.6. της διακήρυξης σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης.

49. Από τις παρατεθείσες στην προσφυγή μας, νομικές διατάξεις, σε συνδυασμό προς τις διατάξεις της διακηρύξεως του επίμαχου διαγωνισμού, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του, προκύπτει ότι η οικονομική προσφορά που καταθέτουν οι διαγωνιζόμενοι στον ένδικο διαγωνισμό, πρέπει να είναι συντεταγμένη και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, σύμφωνα με το συνημμένο στην διακήρυξη οικείο υπόδειγμα του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Γ. Το κείμενο αυτό του υποδείγματος αποτελεί διάταξη της διακηρύξεως ειδική και λεπτομερή, η οποία διέπει κατά τρόπο αποκλειστικό το ζήτημα του ακριβούς περιεχομένου της οικονομικής προσφοράς, το οποίο περιεχόμενο συναρτάται αναγκαίως προς τους τιθέμενους από την διακήρυξη σχετικούς όρους του διαγωνισμού, μεταξύ των οποίων είναι και η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, μεταξύ των οποίων είναι και ο φόρος εισοδήματος σε ποσοστό 8% που επιβάλλει η εφαρμοζόμενη εν προκειμένω διάταξη του άρθρου 64 του ν. 4172/2013, ποσοστό το οποίο, κατά τα διαλαμβανόμενα από την ίδια την παρεμβαίνουσα, η τελευταία δεν έχει συνυπολογίσει και συμπεριλάβει στην προσφορά της. Για τον λόγο αυτόν, είναι ανεπιτυχής η απόπειρα της παρεμβαίνουσας να εκμαιεύσει την εγκυρότητα της οικονομικής της προσφοράς διά της εκ μέρους της αβάσιμης ερμηνείας (γραμματικής, τελολογικής, συστηματικής) της διακήρυξης, καθώς η παρακράτηση φόρου 8% συνιστά αυτονοήτως επιβάρυνση που απαιτείται να συνυπολογιστεί στην οικονομική προσφορά επί ποινή απόρριψης.

50. Αντίθετα, δε, με τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, για την αναφορά του σχετικού ποσού που αντιστοιχεί στην παρακράτηση, όπως έχει κριθεί, δεν υφίσταται ανάγκη διακεκριμένης προβλέψεως, με την δημιουργία σχετικού πεδίου προς κάλυψη, στο οικείο υπόδειγμα του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, ή ειδική μνεία για το ως άνω ποσοστό 8%,. (βλ ad hoc ΑΕΠΠ 1101/2019, σκέψη 16, ΔΕΦΑΘ 126/2019 σκ. 11 in fine, ΑΕΦ.ΑΘ 25/2019, ΙΒ' σε Συμβούλιο 10/2020)

51. 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, είναι αβάσιμα τα προβαλλόμενα με την παρέμβαση 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.

52. Περαιτέρω, ο χρόνος καταβολής και η δυνατότητα συμψηφισμού της επίμαχης επιβάρυνσης, τα οποία επικαλείται η παρεμβαίνουσα, όπως ορίζονται στις διατάξεις του φορολογικού δικαίου, ουδόλως αναιρούν τα ανωτέρω κριθέντα, ούτε αίρουν το γεγονός ότι οι οικονομικοί φορείς βαρύνονται με το επίμαχο ποσοστό. Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, η κατακύρωση συνιστά υπό προϋποθέσεις σύμβαση και η οικονομική προσφορά τη βάση του εκάστοτε τιμολογίου. Ενόψει των ανωτέρω, ο σχετικός λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός, (ad hoc ΑΕΠΠ 1101/2019, σκέψη 16, ΔΕφΑΘ 126/2019 σκ. 11 in fine), τυχόν, δε υγιής χρηματοοικονομική κατάσταση της παρεμβαίνουσας σχετίζεται μεν με την εκπλήρωση των φορολογικών της υποχρεώσεων, όμως δεν αφορά την οικονομική προσφορά που αυτή υποβάλλει σε δημόσιο διαγωνισμό, η οποία οφείλει να συντίθεται από τα προβλεπόμενα από το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο στοιχεία, μεταξύ των οποίων και η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος. Για τον λόγο αυτόν, είναι αβάσιμα τα επιχειρήματα με τα οποία προβάλλεται ότι το παραδεκτό της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει από την επιστροφή ή τον συμψηφισμό φόρων που αυτή αναμένει, γεγονός αβέβαιο, μελλοντικό και άγνωστο.

Ακριβώς, λοιπόν, επειδή, ως συνομολογεί και η παρεμβαίνουσα (σελ. 12 παρέμβασης) «η τελική (φορολογική υποχρέωση του αναδόχου είναι άγνωστη», απαιτείται εκ των προτέρων κατά το στάδιο υποβολής η οικονομική προσφορά της να είναι σαφής και συγκρίσιμη, προκειμένου να αποφευχθεί η σε βάρος της μισθοδοσίας των εργαζομένων, τελικά, εκτέλεση της σύμβασης από τον

ανάδοχο, κίνδυνος που επιχειρήθηκε να αποσοβηθεί διά της νομοθέτησης του άρθρου 68. ν. 3863/2010.

53. Συνεπώς, η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας, μη συμπεριλαμβάνουσα την ανωτέρω επιβάρυνση, είναι απορριπτή, ως παρεκκλίνουσα από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του ενδίκου διαγωνισμού, τα δε υπ' αυτήν προβαλλόμενα περί διακρίσεως των κρατήσεων υπέρ τρίτων και της παρακρατήσεως φόρου εισοδήματος, προβάλλονται αλυσιτελώς, εν όψει των ανωτέρω παραδοχών, καθισταμένης της προσβαλλόμενης με την προσφυγή μας απόφασης της αναθέτουσας αρχής ακυρωτέας μετ' αποδοχή της προσφυγής μας (βλ ad hoc ΔΕΦΑΘ 261/2019, σκέψη 11, και 268/2019, σκέψη 9).

Δ) Προς αντίκρουση των αιτιάσεων της παρεμβαίνουσας (βλ. Κεφαλαίο Β και Γ της Παρέμβασης), που αφορούν στα νομολογία των Δικαστηρίων και της Αρχής, στην οποία αυτή στηρίχθηκε, προκειμένου να μην συνυπολογίσει την επίμαχη παρακράτηση 8% στην οικονομική της προσφορά, η προσφεύγουσα, υποστηρίζει τα κάτωθι:

«54. Το προβαλλόμενο επιχείρημα, ότι η παρεμβαίνουσα έλαβε υπόψιν τη μόνη διαθέσιμη κατά τον Αύγουστο 2018 που υπέβαλε την προσφορά της, Απόφαση ΑΕΠΠ με αριθ. 49/2018 δεν είναι λυσιτελής, καθώς υπήρχε ήδη πάγια νομολογία των Δικαστηρίων, ως προς το θέμα, την οποία έχουμε ανωτέρω αναδείξει και θα αναλύσουμε στο επόμενο τμήμα που αφορά στο κεφάλαιο Γ της παρέμβασης.

55. Ανακριβώς, δε, η παρεμβαίνουσα διαλαμβάνει ότι προετοίμασε την προσφορά της, λαμβάνοντας υπόψη όσα υιοθέτησαν οι Αποφάσεις 1063/2018 και 1148/2018, καθώς οι Αποφάσεις αυτές εκδόθηκαν το Νοέμβριο και Δεκέμβριο 2018, ενώ η παρεμβαίνουσα υπέβαλε την προσφορά της τον Αύγουστο 2018, σε κάθε περίπτωση, δε, ανεστάλησαν, η μεν πρώτη διά της απόφασης ΔΕΦΑΘ 25/2019, η δε δεύτερη αρχικά ανεστάλη διά της Απόφασης ΔΕΦΘΕΣ 26/2019 και ακολούθως, ακυρώθηκε διά της Απόφασης ΔΕΦΘΕΣ 393/2019.

56. Αβάσιμα, επίσης, η παρεμβαίνουσα επικαλείται την Απόφαση ΑΕΠΠ 38/2019, καθώς στην περίπτωση που εξετάστηκε, η διακήρυξη δεν περιείχε

αντίστοιχες προβλέψεις προς την επίμαχη διακήρυξη του οικείου διαγωνισμού (βλ σκέψεις 25, 26, 27 της ΑΕΠΠ 38/2019).

57. Το επιχείρημα, δε, που επαναλαμβάνεται από την παρεμβαίνουσα, ήτοι ότι η παρακράτηση φόρου δεν είναι «δαπάνημα», παραπέμποντας στη λογική του οικείου Πίνακα ανάλυσης κόστους, όπως ερμηνεύθηκε διά της ΕΑ ΣτΕ 219/2017 σχετικά με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 68 ν. 3863/2010, ουδόλως επικουρεί την παρεμβαίνουσα, διότι δεν προκύπτει αντίφαση μεταξύ της παραδοχής ως προς την υποχρεωτική αναγραφή των στοιχείων του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (αριθμός εργαζομένων που πρόκειται να απασχοληθούν, ημέρες και ώρες εργασίας, συλλογική σύμβαση στην οποία υπάγονται, ύψος των νόμιμων αποδοχών και των ασφαλιστικών εισφορών τους και των κρατήσεων υπέρ τρίτων) στην οικονομική προσφορά του συμμετέχοντος στον επίδικο διαγωνισμό, δεδομένου ότι τα ως άνω στοιχεία δεν είναι τα μοναδικά που, επί ποινή αποκλεισμού, πρέπει να περιέχονται στην οικονομική προσφορά και είναι ανεξάρτητα από την υποχρέωση του συμμετέχοντος να συνυπολογίσει στην τιμή της προσφοράς του όλες τις επιβαρύνσεις των πληρωμών του, συμπεριλαμβανομένης και της παρακράτησης του φόρου εισοδήματος, την οποία παρέλειψε η παρεμβαίνουσα, καθιστώντας την προσφορά της απορριπτέα. (βλ *acI hoc* ΔΕΦΑΘ 268/2019).

58. Επίσης, είναι απορριπτέο (ως ερειδόμενο επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι δεν υφίσταται σχετική πρόβλεψη στην διακήρυξη), το επιχείρημα ότι εφόσον το σχετικό ποσό αναγραφεί στο πεδίο εργολαβικό όφελος, θα καταστήσει την προσφορά απορριπτέα. Και αυτό διότι στο υπόδειγμα της οικονομικής προσφοράς (Παράρτημα Ι, σελ 103 διακήρυξης), υφίσταται η σημείωση υπ' αριθμ. 5, κατά την οποία ρητά προβλέπεται ότι: «Οποιαδήποτε διευκρινιστική ανάλυση υπολογισμού του κόστους μπορεί να συμπεριληφθεί στο τέλος του ανωτέρω πίνακα», επομένως, ουδείς κίνδυνος εικονικότητας προκαλείται εκ του συνυπολογισμού της επιβάρυνσης παρακράτησης φόρου 8% στην οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, σε όποιο πεδίο της οικονομικής της προσφοράς και εάν το είχε συνυπολογίσει.

59. Επί του σχολιασμού ως προς την παραπομπή για το δεύτερο λόγο της προσφυγής μας στη νομολογία και δη στις αποφάσεις ΕΑ ΣτΕ 563/2008, 446/2009, 840/2008 482/2006, 800/2004, 256/2004, ΣτΕ 3838/99 και ΔΕΑ 126,261, 268/19 και τις ΑΕΠΠ 692, 693/2019, που η παρεμβαίνουσα ανοίκει και κατά παράβαση της υποχρέωσης άρθρου 43 ΚΔΔ, που ρητά προβλέπει ότι «τα Δικόγραφα και τα Υπομνήματα πρέπει να είναι διατυπωμένα ευπρεπώς», χαρακτηρίζει στο δικόγραφο παρέμβασής της, ως «άκριτη» και «παντελώς άσχετη» με την υπόθεση, διαλαμβάνουμε ότι, αν και την Απόφαση ΔΕΦΑΘ 261/2019 η παρεμβαίνουσα τη χαρακτηρίζει ως άσχετη, πρόκειται αντίθετα περί ad hoc Απόφασης (που επικύρωσε την Απόφαση ΑΕΠΠ 650/2019), κατά τη σκέψη 8 της οποίας τεκμηριώνεται η συνάφεια των Αποφάσεων ΣτΕ 563/2008 σκ. 4, ΕΑ ΣτΕ 446/2009, 840/2008, 482/2006, τις οποίες έχουμε επικαλεστεί ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής μας, που έγκειται ακριβώς στην κατά δέσμια αρμοδιότητα υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας ως ασαφή, δεδομένης της μη συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου 8% στην προσφορά της και έκρινε ότι: «8. Επειδή, με τις ανωτέρω διατάξεις της διακηρύξεως, επιβάλλεται στους διαγωνιζομένους του ενδίκου διαγωνισμού να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση επ'αυτής, όπως είναι το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013. Η υποχρέωση αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση των υπηρεσιών και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξαλείψεως κάθε ασάφειας κατά την σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με την διακήρυξη σε απόρριψη της προσφοράς ως απαραδέκτου (πρβλ. ΣτΕ 563/2008 σκ. 4, ΕΑ ΣτΕ 446/2009, 840/2008, 482/2006)».

60. Της ανωτέρω κρίσης ακολούθησε η Απόφαση του Κλιμακίου σας 1193-1194/2019, που επικυρώθηκε διά της Απόφασης Αναστολών σε Συμβούλιο ΙΒ ΔΕΦΑΘ 10/2020 κατά τη σκέψη 31 της οποίας γίνεται ευθεία επίκληση στην ίδια νομολογία, που η παρεμβαίνουσα χαρακτηρίζει ως άκριτη και άσχετη, ως ακολούθως:

«31. Επειδή, η υποχρέωση συμπερίληψης στην προσφερόμενη τιμή των κρατήσεων υπέρ τρίτων, καθώς και κάθε άλλης επιβάρυνσης, μεταξύ των οποίων, περιλαμβάνεται και το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 41 72/2013 (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 135/2019), ως έχει παγίως κριθεί από την νομολογία: «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). Βλ και Απόφαση ΑΕΠΠ 1101/2019 σκέψη 14,, ΔΕΦΑΘ 265/2016, σκέψη 9)»

61. Είχε δε, προηγηθεί η αντίστοιχη κρίση ΑΕΠΠ 692, 693/2019 σκέψη 41 (την οποία επικαλεστήκαμε διά της προσφυγής μας, (παρ. 25 και 27), και επικυρώθηκε διά της Απόφασης ΔΕΦΑΘ 268/2019). Περαιτέρω, σημειώνεται ότι οι κρίσεις των δικαστικών αποφάσεων που έχουμε επικαλεστεί και ιδίως οι Δ.Εφ. Αθηνών 25, 126, 261, 268, και 10/2020, έχουν εξαχθεί επί τη βάσει όρων Διακηρύξεων, ίδιων με τους όρους της Διακήρυξης του παρόντος διαγωνισμού, που συνιστά τυπικό παράδειγμα με αντίστοιχους όρους με όλες όσες έχουν εξεταστεί στα πλαίσια της ανωτέρω πάγιας νομολογίας, ως άλλωστε συνομολογεί και η παρεμβαίνουσα στην σελ. 12 της παρέμβασής της. Συνεπώς, η επιχειρηματολογία της παρεμβαίνουσας δεν είναι δυνατό, όμως, ούτε να καλύψει την ένδεια των επιχειρημάτων, και για το λόγο αυτό δεν σχολιάζονται, φυσικά, από την παρεμβαίνουσα, στο σύνολό τους οι αποφάσεις που τεκμηριώνουν νομολογιακά το δεύτερο λόγο της προσφυγής μας, οι οποίες αποτελούν και πάγια κρίση της Αρχής.

62. Ως, προς, δε, τις παλαιότερες αποφάσεις που έχουμε επικαλεστεί διά της προσφυγής μας, θεσμικός σχολιασμός, εκ του οποίου συνάγεται ότι τα προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα τυγχάνουν απορριπτικά, έχει γίνει από το Κλιμάκίό σας, διά της Απόφασης 1193-1194/2019 που διαλαμβάνει ότι:

«α) Στην Απόφαση ΔΕΦΑΘ 265/2016, η αιτούσα, η οποία είχε καταταγεί τρίτη στο Πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφορών, άσκησε αίτηση ακύρωσης κατά της Απόφασης του Γενικού Γραμματέα Δημοσίων Έργων, με την οποία απερρίφθη η υποβληθείσα ένστασή της κατά της κατακυρωτικής Απόφασης. Με την υπ αριθμ. 265/2016 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, κρίθηκε ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία στηρίζεται στην παραδοχή ότι η παρακράτηση φόρου 8% δεν συνιστά νόμιμη κράτηση υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, καθώς αποτελεί προκαταβολή φόρου, που εμπίπτει στις φορολογικές υποχρεώσεις του αναδόχου και έχει προσωρινό χαρακτήρα και δεν βεβαιώνει, ως όφειλε, κατά τρόπο ειδικό και τεκμηριωμένο, ότι πέραν της κάλυψης του κονδυλίου του ελάχιστου εργατικού κόστους, οι προσφερθείσες από τις υποψήφιες εταιρείες τιμές περιλαμβάνουν και την επίμαχη κράτηση, είναι πλημμελής και μη νόμιμη, αφού τυχόν ασάφεια όρου της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζόμενου ως προς την προσφερόμενη τιμή, έχει ως συνέπεια την απόρριψή της.

β) Στην ως άνω δεύτερη (με αριθμό 25/2019) Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, κρίθηκε ότι: «[...] Εξάλλου, για τη θέσπιση της ως άνω υποχρέωσης δεν ήταν αναγκαίο να περιληφθεί στο Παράρτημα V «ΠΙΝΑΚΕΣ ΑΝΑΑΥΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» ειδικό πεδίο προς συμπλήρωση με το ως άνω ποσοστό 8%, καθόσον αρκούσε προς τούτο, το ενιαίο για ό/ς τις κρατήσεις-επιβαρύνσεις, ανεξαρτήτως είδους ή ποσοστού κάθε μιας από αυτές [...]».

γ) Συναφώς, η υπ' αριθμ. 563/2008 Απόφαση του Στ.Ε (Τμήμα Β), η οποία εκδόθηκε, όταν ήταν σε ισχύ για την εν λόγω παρακράτηση ο Ν. 2187/1994 (άρθρο 5 παρ. 7), διέλαβε ότι: «[...] Επειδή, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, από τη μη συμπερίληψη του παραπάνω ποσοστού 4%, ως προκαταβολή φόρου εισοδήματος, στην προσφερόμενη τιμή της εταιρείας [...] δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή των υπό προμήθεια ειδών [...]».

δ) Επίσης, στην υπ αριθμ. 446/2009 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ. (Διαγωνισμός Νοσοκομείου για την ανάθεση της φυλάξεως των χώρων του), κρίθηκε ότι η οικονομική προσφορά της απούσας ήταν ελλιπής, αφού

κάλυπτε μεν το προβλεπόμενο από την οικεία κλαδική Σ.Σ.Ε. ελάχιστο κόστος μισθοδοσίας του προσωπικού, δεν περιελάμβανε, όμως, τις κατά τη διακήρυξη και τον νόμο απαιτούμενες κρατήσεις επί των τιμολογούμενων και καταβαλλόμενων στον ανάδοχο αμοιβών του, με αποτέλεσμα, να υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους. Τα αυτά έχουν κριθεί και με τις υπ αριθμ. 791/2008 και 1069/2009 Αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ. Από το σύνολο των ανωτέρω αναφερομένων, προκύπτει ότι ορθώς απορρίφθηκε, εν προκειμένω, η οικονομική προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας, αφού αποδεδειγμένα (όπως συνομολογεί και η ίδια στην Προσφυγή της), δεν περιέλαβε σε αυτήν την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού των παρεχόμενων υπηρεσιών, ως όφειλε, σύμφωνα με την κείμενη περί δημοσίων συμβάσεων, εργατικού δικαίου κλπ νομοθεσία, την πάγια νομολογία επί του κρινόμενου ζητήματος, αλλά και τις διατάξεις των άρθρων 2.4.4. και 2.4.4.A της επίμαχης Διακήρυξης. Εν όψει των προρρηθέντων και επειδή, το ζήτημα της συμπερίληψης της επίμαχης παρακράτησης φόρου στις οικονομική προσφορά των υποψηφίων (κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων), έχει, κατά τα ανωτέρω, παγίως κριθεί νομολογιακά [..]» (βλ ΑΕΠΠ11193-1194/2019, σκέψη 39.Δ., που επικυρώθηκε διά της Απόφασης ΔΕΦΑΘ 10/2020).

Ε) Προς αντίκρουση των αιτιάσεων της παρεμβαίνουσας (Κεφάλαιο Δ της Παρέμβασης) που άπτονται των γενικών αρχών του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, όπως έχουν αποτυπωθεί από το Δικαστήριο τη Ε.Ε., η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα κάτωθι:

«63. Η παρεμβαίνουσα ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι η σχετική υποχρέωση να συμπεριληφθούν στην οικονομική προσφορά όλες οι επιβαρύνσεις δεν ήταν ρητά αποτυπωμένη στην οικεία διακήρυξη, και μάλιστα επί ποινή απόρριψης της προσφοράς. Για το λόγο αυτό αλυσιτελώς επικαλείται το σκεπτικό της Απόφασης ΔΕΕ της 2ης Ιουνίου 2016 στην υπόθεση C-27/15 *Pirro Pizzo κατά CRGT srl*, (ECLI:EU:C:2016:404), καθώς κατά το πραγματικό της υπόθεσης που αντιμετώπισε το ΔΕΕ (βλ σκέψη 40) προέκυπτε ότι: «40. Από τη δικογραφία ενώπιον του Δικαστηρίου διαπιστώνεται ότι τα έγγραφα τα σχετικά

με την επίμαχη στην κύρια δίκη διαδικασία αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως δεν προέβλεπαν ρητώς ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται, επί ποινή αποκλεισμού από τη διαδικασία αυτή, να καταβάλλουν εισφορά [...]».

64. Αντίθετα, λοιπόν, με το πραγματικό της υπόθεσης που επικαλείται η παρεμβαίνουσα, στην επίμαχη διακήρυξη ρητά ορίζεται η επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς υποχρέωση να συμπεριλαμβάνονται όλες οι επιβαρύνσεις (βλ παρ. 19, 20, 21 της προσφυγής μας προς αποφυγή επαναλήψεων). Η επικαλούμενη από την παρεμβαίνουσα, λοιπόν Απόφαση ΔΕΕ στην πραγματικότητα επιβεβαιώνει το δεύτερο λόγο της προσφυγής μας, καθώς επαναλαμβάνει στη σκ. 39, αυτής ως έχουμε προβάλει ότι «κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, βάσει του άρθρου 2 της οδηγίας 2004/18 να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40, και της 6ης Νοεμβρίου 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψεις 42 και 43)» και κατά τη σκ. 42 ότι «η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει».

65. Συναφώς, κατά τη σκέψη 90 της Οδηγίας 2014/24ΕΕ αναφέρεται ότι: «Η ανάθεση της σύμβασης θα πρέπει να πραγματοποιείται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων που να εξασφαλίζουν τη συμμόρφωση με τις αρχές της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης, με σκοπό να διασφαλίζεται αντικειμενική σύγκριση της σχετικής αξίας των προσφορών, ώστε να προσδιορίζεται, σε συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού, ποια προσφορά είναι η πιο συμφέρουσα από οικονομική άποψη».

66. Η λογική, λοιπόν, της παρεμβαίνουσας, η οποία επέλεξε να μη συμπεριλάβει στην οικονομική της προσφορά την επιβάρυνση της παρακράτησης φόρου 8%, έρχεται σε αντίθεση με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της αντικειμενικότητας και της διαφάνειας, διότι οδηγεί σε μη συγκρίσιμες προσφορές κατά το στάδιο της συμμετοχής, ήτοι σε ασάφεια και ανεπίδεκτες συγκρίσεων προσφορές. Άλλωστε, ο ισχυρισμός ότι τα σχετικά ποσά επιστρέφονται στον οικονομικό φορέα, αφορά μελλοντικά και αβέβαια ως προς την εκπλήρωση γεγονότα. Εξ

άλλου, η παρεμβαίνουσα στην ουσία υπαινίσσεται ότι η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να μη διενεργήσει έλεγχο παραδεκτού των οικονομικών προσφορών ως οφείλει κατά το στάδιο συμμετοχής, αλλά να μετακυλίσει χρονικά τη σχετική υποχρέωση, στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, πρακτική που παγίως έχει κριθεί ότι δεν επιτρέπεται, διότι δεν παραβιάζει μόνο την αρχή της νομιμότητας της διοικητικής δράσεως, αλλά δημιουργεί και συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού, προσκρούοντας για τον λόγο αυτόν και στις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, (πρβλ βλ. Ε.Α. 1100/2010, 58/2009, 791, 840, 1172/2008, βλ και ΔΕΦΑΘ 66/2012 σκέψη 5, 294/2013, σκέψη 10, 347/2013, σκέψη 8)

67. Αντίθετα, λοιπόν, με τις αιτιάσεις της παρέμβασης, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, συνεπάγονται τον αποκλεισμό του οικείου διαγωνιζόμενου (βλ Απόφαση ΔΕΕ της 6ης Νοεμβρίου 2014, *Cartiera delVAdda*, σκέψη 46 (C-42/13, EU:C:2014:2345). Για τους λόγους αυτούς, το σύνολο των επιχειρημάτων της παρεμβαίνουσας θα πρέπει να απορριφθούν ως αλυσιτελή και ερειδόμενα επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι η παρακράτηση φόρου αντιμετωπίζεται ως «δαπάνημα», ενώ αντίθετα, υποχρεωτικά συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά ως «επιβάρυνση» [...]

Ε) Τέλος, σημειώνεται ότι στις 15.02.2020, η προσφεύγουσα υπέβαλε και 2^ο Υπόμνημα ενώπιον της Αρχής, στο οποίο υποστηρίζει καταρχάς ότι το, από 13.02.2020, Υπόμνημα που κατάθεσε η παρεμβαίνουσα ενώπιον της Αρχής έχει ασκηθεί απαραδέκτως και δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη, αφού, σύμφωνα με το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016, μόνο ο προσφεύγων δικαιούται να το υποβάλλει. Σημειώνεται, επίσης, ότι στο ως άνω δεύτερο Υπόμνημα, η προσφεύγουσα επαναλαμβάνει - σε σχέση με τα εξεταζόμενα ζητήματα (φύση της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% - έλλειψη αιτιολογίας προσβαλλόμενης πράξης) - τις αιτιάσεις, που περιλαμβάνονται, τόσο στην ασκηθείσα Προδικαστική Προσφυγή της, όσο και στο, κατά τα ανωτέρω, υποβληθέν (πρώτο) Υπόμνημά της ενώπιον της Αρχής.

37. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της εν λόγω υπόθεσης (κείμενη νομοθεσία, διατάξεις της επίμαχης Διακήρυξης κλπ), θα πρέπει να σημειωθούν τα εξής:

Καταρχάς, σε σχέση με τη φύση της επίμαχης παρακράτησης φόρου ιδιαίτερη μνεία, θα πρέπει να γίνει στην εθνική νομολογία, που έχει εκδοθεί σε σχέση με το ζήτημα αυτό (βλ. υπ' αριθμ. 25/2019, 121/2019, 126/2019, 128/2019, 265/2016 και 10/2020 Αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, υπ' αριθμ. 446/2009 Απόφαση ΕΑ ΣτΕ, υπ' αριθμ. 563/2008 Απόφαση ΣτΕ (Τμήμα Β) κλπ). Για παράδειγμα:

α) Στην υπ' αριθμ. 265/2016 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η αιτούσα, η οποία είχε καταταγεί τρίτη στο Πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφορών, άσκησε αίτηση ακύρωσης κατά της Απόφασης του Γενικού Γραμματέα Δημοσίων Έργων, με την οποία απερρίφθη η υποβληθείσα ένστασή της κατά της κατακυρωτικής Απόφασης. Με την ανωτέρω Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, κρίθηκε ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία στηρίζεται στην παραδοχή ότι η παρακράτηση φόρου 8% δεν συνιστά νόμιμη κράτηση υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, καθώς αποτελεί προκαταβολή φόρου, που εμπίπτει στις φορολογικές υποχρεώσεις του αναδόχου και έχει προσωρινό χαρακτήρα και δεν βεβαιώνει, ως όφειλε, κατά τρόπο ειδικό και τεκμηριωμένο, ότι πέραν της κάλυψης του κονδυλίου του ελαχίστου εργατικού κόστους, οι προσφερθείσες από τις υποψήφιες εταιρείες τιμές περιλαμβάνουν και την επίμαχη κράτηση, είναι πλημμελής και μη νόμιμη, αφού τυχόν ασάφεια όρου της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζόμενου ως προς την προσφερόμενη τιμή, έχει ως συνέπεια την απόρριψή της.

β) Στην με αριθμό 25/2019 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, κρίθηκε ότι: *«[...] Εξάλλου, για τη θέσπιση της ως άνω υποχρέωσης δεν ήταν αναγκαίο να περιληφθεί στο Παράρτημα V «ΠΙΝΑΚΕΣ ΑΝΑΛΥΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» ειδικό πεδίο προς συμπλήρωση με το ως άνω ποσοστό 8%, καθόσον αρκούσε προς τούτο, το ενιαίο για όλες τις κρατήσεις-επιβαρύνσεις, ανεξαρτήτως είδους ή ποσοστού κάθε μιας από αυτές [...].»*

γ) Συναφώς, η υπ' αριθμ. 563/2008 Απόφαση του ΣΤΕ (Τμήμα Β), η οποία εκδόθηκε, όταν ήταν σε ισχύ για την εν λόγω παρακράτηση ο Ν. 2187/1994 (άρθρο 5 παρ. 7), διέλαβε ότι: «[...] *Επειδή, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, από τη μη συμπερίληψη του παραπάνω ποσοστού 4%, ως προκαταβολή φόρου εισοδήματος, στην προσφερόμενη τιμή της εταιρείας [...] δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή των υπό προμήθεια ειδών [...]*».

δ) Επίσης, στην υπ' αριθμ. 446/2009 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ. (Διαγωνισμός Νοσοκομείου για την ανάθεση της φυλάξεως των χώρων του), κρίθηκε ότι η οικονομική προσφορά της αιτούσας ήταν ελλιπής, αφού κάλυπτε μεν το προβλεπόμενο από την οικεία κλαδική Σ.Σ.Ε. ελάχιστο κόστος μισθοδοσίας του προσωπικού, δεν περιελάμβανε, όμως, τις κατά τη διακήρυξη και τον νόμο απαιτούμενες κρατήσεις επί των τιμολογούμενων και καταβαλλόμενων στον ανάδοχο αμοιβών του, με αποτέλεσμα να υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους. Τα αυτά έχουν κριθεί και με τις υπ' αριθμ. 791/2008 και 1069/2009 Αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ.

Δέον, επίσης, σημειωθεί ότι οι κρίσεις των προαναφερόμενων δικαστικών Αποφάσεων (π.χ ΔΕΦ Αθηνών 25/2019, 265/2016 κλπ), έχουν εξαχθεί επί τη βάσει όρων Διακηρύξεων, ίδιων με τους όρους της επίμαχης Διακήρυξης.

Άλλωστε, ως προελέχθη (βλ. σκέψη 30 της παρούσας), κατά πάγια νομολογία, η υποχρέωση συμπερίληψης στην προσφερόμενη τιμή των κρατήσεων υπέρ τρίτων, καθώς και κάθε άλλης επιβάρυνσης, μεταξύ των οποίων, περιλαμβάνεται και το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του Ν. 4172/2013 «*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).

Β) Περαιτέρω, σημειώνεται ότι, επειδή το εξεταζόμενο ζήτημα έχει πολλάκις απασχολήσει την Αρχή, έχουν εκδοθεί πλείστες Αποφάσεις επ' αυτού, οι οποίες στηρίχθηκαν στην προπαρατεθείσα νομολογία των Δικαστηρίων. Ενδεικτικά, αναφέρονται οι εξής:

α) Στην υπ' αριθμ. 135/2019 Απόφαση του 5ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π. (σκέψη 16), κρίθηκε ότι: *«Επειδή, εκ των προαναφερθέντων προβαλλόμενων ισχυρισμών προκύπτει ότι και η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα συνομολογούν ότι η παρεμβαίνουσα στην οικονομική της προσφορά δεν έχει περιλάβει στην προσφερόμενη από αυτήν τιμή προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, την οποία, όφειλε, κατά τα ανωτέρω, να έχει συμπεριλάβει. Συνεπώς, ενόψει των γενομένων δεκτών στην ανωτέρω σκέψη, η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής, όπως διατυπώθηκε με τις απόψεις της, η οποία στηρίζεται στην παραδοχή ότι η παρακράτηση φόρου 8% δεν συνιστά νόμιμη κράτηση υπέρ του Δημοσίου και τρίτων και δεν βεβαιώνει, ως όφειλε, κατά τρόπο ειδικό και τεκμηριωμένο, με αναφορά στα συγκεκριμένα επιμέρους κονδύλια της προσφοράς της αναδειχθείσας ως προσωρινής αναδόχου παρεμβαίνουσας, ότι οι προσφερθείσες από αυτήν τιμές περιλαμβάνουν και την επίμαχη κράτηση είναι πλημμελής και μη νόμιμη, αφού τυχόν ασάφεια όρου της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζόμενου ως προς την προσφερόμενη τιμή, έχει ως συνέπεια την απόρριψή της, κατά τα ρητώς οριζόμενα στις οικείες διατάξεις της Διακήρυξης (ad hoc Δ.Εφ.Αθηνών 265/2016 σκ. 12). Σε κάθε, δε, περίπτωση, δεν είναι εφικτή η εκ των υστέρων- ήτοι κατά την υπογραφή της σύμβασης- τροποποίηση των στοιχείων της οικονομικής προσφοράς ενώ ταυτόχρονα η σύναψη σύμβασης άλλως η κατακύρωση της υπό κρίση σύμβασης με οικονομική προσφορά που αντίκειται σε αναγκαστικής φύσεως διάταξη νόμου δεν είναι σύννομη (ΑΕΠΠ 191/2017) [...]».*

β) Ως έχει κριθεί με την υπ' αριθμ. 1101/2019 Απόφαση του 5ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π (σκέψη 39): *«Συνεπώς, ενόψει των γενομένων δεκτών στην ανωτέρω σκέψη, η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής, όπως διατυπώθηκε με τις απόψεις της, η οποία στηρίζεται στην παραδοχή ότι η παρακράτηση φόρου 8% δεν συνιστά νόμιμη κράτηση υπέρ του Δημοσίου και τρίτων και δεν βεβαιώνει, ως*

όφειλε, κατά τρόπο ειδικό και τεκμηριωμένο, με αναφορά στα συγκεκριμένα επιμέρους κονδύλια των προσφορών των παρεμβαιουσών, ότι οι προσφερθείσες από αυτές τιμές περιλαμβάνουν και την επίμαχη κράτηση είναι πλημμελής και μη νόμιμη, αφού τυχόν ασάφεια όρου της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζόμενου ως προς την προσφερόμενη τιμή, έχει ως συνέπεια την απόρριψή της, κατά τα ρητώς οριζόμενα στις οικείες διατάξεις της Διακήρυξης (ad hoc Δ.Εφ. Αθηνών 126/2019 σκ. 7, 10, Δ.Εφ. Θεσ/νίκης 26/2019 σκ. 19, Δ.Εφ. Αθηνών 25/2019 σκ. 14, 18, 265/2016 σκ. 12). Τούτο, δε, πολλώ μάλλον σε περίπτωση παράλειψης συμπερίληψης απαιτούμενου ποσού και δη συνομολογημένης, όπως εν προκειμένω. Σε κάθε, δε, περίπτωση, δεν είναι εφικτή η εκ των υστέρων- ήτοι κατά την υπογραφή της σύμβασης τροποποίηση των στοιχείων της οικονομικής προσφοράς ενώ ταυτόχρονα η σύναψη σύμβασης άλλως η κατακύρωση της υπό κρίση σύμβασης με οικονομική προσφορά που αντίκειται σε αναγκαστικής φύσεως διάταξη νόμου δεν είναι σύννομη (ΑΕΠΠ 191/2017). Εξάλλου, για τη θέσπιση της ως άνω υποχρέωσης δεν ήταν αναγκαίο να περιληφθεί στους Πίνακες 1 και 2 της Οικονομικής Προσφοράς του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, ειδικό πεδίο προς συμπλήρωση ή ειδική μνεία για το ως άνω ποσοστό 8%, καθόσον αρκούσε προς τούτο το ενιαίο, ανεξαρτήτως είδους ή ποσοστού κάθε μίας από αυτές, πεδίο «Λοιπά κόστη», που υπάρχει στον Πίνακα 2 Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς του ως άνω Παραρτήματος (ad hoc Δ. Εφ. Αθηνών 126/2019 σκ. 11 in fine)». Μάλιστα, ως έχει κριθεί από την Αρχή (βλ. υπ' αριθμ. 1193_1194/2019 Απόφαση 7ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., σκέψη 39): «Θα πρέπει να τονιστεί ότι οποιαδήποτε μεταφορά κονδυλίων από άλλα πεδία (εργολαβικό κέρδος, διοικητικό κόστος, αναλώσιμα) δεν θα πρέπει να γίνουν αποδεκτές από την επιτροπή του διαγωνισμού, αφού αλλοιώνουν την εκάστοτε οικονομική προσφορά».

γ) Ομοίως, στην υπ' αριθμ. 692_693/2019 Απόφαση του 3ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π. (σκέψη 41), κρίθηκε ότι: «Εκ των όρων της επίμαχης διακήρυξης συνάγεται αφενός μεν η επί ποινή αποκλεισμού υποχρέωση των προσφερόντων να συνυπολογίζουν στην προσφορά τους , μεταξύ άλλων, εύλογο ποσοστό

διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων και αφετέρου δε η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής με κάθε πληρωμή να προβαίνει στην προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, η οποία βαρύνει τις προσφερόμενες υπηρεσίες, και την οποία άλλωστε ως επιβάρυνση στην προσφορά του οφείλει να συνυπολογίζει συνάμα προς τις λοιπές κρατήσεις ο εκάστοτε ανάδοχος της σύμβασης. Όπως δε έχει κατά πάγια νομολογία κριθεί και συνάδει με τα οριζόμενα στην οικεία διακήρυξη, 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) [...].».

δ) Στην υπ' αριθμ. 9/2020 Απόφαση του 8ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π. (σκέψη 36) κρίθηκε ότι: «Συνεπώς, κατά το ρητό και σαφές γράμμα του νόμου και της διακήρυξης απαιτείται να συμπεριληφθεί στην τιμή της προσφοράς κάθε επιβάρυνση του εργολαβικού ανταλλάγματος υπέρ του Δημοσίου η οποία απαιτείται για την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης και μάλιστα αδιακρίτως αν η εν λόγω επιβάρυνση είναι οριστική ή προσωρινή υπέρ του Δημοσίου αρκεί πάντως να συντρέχει κατά την παροχή της υπηρεσίας. Ήτοι η επίμαχη παρακράτηση φόρου 8% είναι παρούσα και βέβαιη κατά τον χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης, αδιαφόρως αν μελλοντικά συμψηφιστεί ή επιστραφεί εν όλω ή εν μέρει στον ανάδοχο, ή και αν ακόμη μελλοντικά όχι μόνο δεν επιστραφεί αλλά ενδεχομένως προσαπαιτηθεί από τον ανάδοχο η καταβολή και επί πλέον ποσού φόρου

εισοδήματος. Κατά τα λοιπά οι παραπάνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι και ως αόριστοι, καθώς δεν προκύπτει από κανένα στοιχείο ότι η παρακρατούμενη κατά την εκτέλεση της προμήθειας και αποδιδόμενη στο Δημόσιο νόμιμη προκαταβολή φόρου εισοδήματος 8% θα της επιστραφεί πάντως, ή αν αντίθετα απαιτηθεί και η πληρωμή επί πλέον ποσού προς εξόφληση του βεβαιωθέντος φόρου εισοδήματός του [...]».

Γ) Από το σύνολο των προαναφερθέντων συνάγεται σαφώς ότι: α) Ο χρόνος καταβολής και η δυνατότητα συμψηφισμού της επίμαχης επιβάρυνσης, τα οποία επικαλείται η παρεμβαίνουσα, όπως ορίζονται στις διατάξεις του φορολογικού δικαίου, ουδόλως αναιρούν τα ανωτέρω κριθέντα, ούτε αίρουν το γεγονός ότι οι οικονομικοί φορείς βαρύνονται με το επίμαχο ποσοστό, αφού, άλλωστε, κατά πάγια νομολογία, η κατακύρωση συνιστά -υπό προϋποθέσεις- σύμβαση και η οικονομική προσφορά, τη βάση του εκάστοτε τιμολογίου. β) Η επίμαχη παρακράτηση φόρου 8% «είναι παρούσα και βέβαιη κατά τον χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης, αδιαφόρως αν μελλοντικά συμψηφιστεί ή επιστραφεί εν όλω ή εν μέρει στον ανάδοχο, ή και αν ακόμη μελλοντικά, όχι μόνο δεν επιστραφεί αλλά ενδεχομένως προσ απαιτηθεί από τον ανάδοχο η καταβολή και επί πλέον ποσού φόρου εισοδήματος». γ) Η φύση της ως επίμαχης παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%, ως φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, δεν αναιρεί την υποχρέωση του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό να συμπεριλάβει τη συγκεκριμένη επιβάρυνση στην οικονομική προσφορά του, διακριτώς ή μη, όπως συνάγεται από τα άρθρα 2.4.4. και 5.1.2. της οικείας Διακήρυξης και τα Παραρτήματα I και IV αυτής, σε συνδυασμό και με τις διατάξεις των άρθρων 95 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013. δ) Η τυχόν μη συμπερίληψη της επίμαχης παρακράτησης (8%), στην οικονομική προσφορά των υποψηφίων, έρχεται σε αντίθεση με τις θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, διότι οδηγεί σε μη συγκρίσιμες (μεταξύ τους) προσφορές, ενώ η επίμαχη παράλειψη δεν θα μπορούσε σε καμία περίπτωση να συμπληρωθεί, σύμφωνα με το άρθρο 102 παρ. 5 του Ν.

4412/2016, γιατί τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή ήδη υποβληθείσας προσφοράς.

Εν όψει των ανωτέρω, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τον οποίο το παραδεκτό της Προσφοράς προκύπτει από την επιστροφή ή τον συμψηφισμό φόρων που αυτή αναμένει, προβάλλεται αορίστως και συνεπώς, απαραδέκτως, καθώς συσχετίζεται με την εν γένει πιθανολογούμενη και ενδεχόμενη φορολογική της υποχρέωση, και σε καμία περίπτωση δεν συσχετίζεται με την συγκεκριμένη παρούσα και βέβαιη επιβάρυνση του εργολαβικού της ανταλλάγματος με την παρακράτηση της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος 8%, η οποία απαιτείται συγκεκριμένα για την παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών καθαρισμού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης και για τον λόγο αυτόν, οφείλεται να συμπεριλαμβάνεται στην τιμή της οικονομικής της προσφοράς, ως ανωτέρω εκτενώς παρατίθεται.

Ομοίως, απορρίπτεται ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τον οποίο, στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών καθαριότητας, μόνο τα προβλεπόμενα στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 στοιχεία (π.χ αριθμός εργαζομένων, σύνολο ασφαλιστικών εισφορών κλπ), πρέπει να περιλαμβάνονται -επί ποινή απόρριψης της προσφοράς- στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζόμενων. Και τούτο, διότι τα ανωτέρω στοιχεία, που πρέπει, επίσης, εκ του νόμου να περιέχονται στην οικονομική προσφορά των οικονομικών φορέων, που συμμετέχουν σε έναν διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών καθαριότητας, είναι ανεξάρτητα από την υποχρέωση των συμμετεχόντων να συνυπολογίσουν στην τιμή της προσφοράς τους όλες τις επιβαρύνσεις των πληρωμών τους, συμπεριλαμβανομένης και της επίμαχης παρακράτησης.

Όσον αφορά στους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τους οποίους, κατά τη σύνταξη της Προσφοράς της, έλαβε υπόψη της τα νομολογιακά δεδομένα που είχε στη διάθεσή της κατά τον χρόνο εκείνον, δέον ειπείν ότι, επίσης, απορρίπτονται ως προδήλως αόριστοι και αλυσιτελείς, καθώς η εν λόγω εταιρία όφειλε πρωτίστως να λάβει υπόψη της τις διατάξεις της

οικείας νομοθεσίας και Διακήρυξης, ενώ σε περίπτωση αμφιβολίας περί του τρόπου εφαρμογής τους, όφειλε να υποβάλλει αίτημα παροχής σχετικών διευκρινίσεων ενώπιον του υπόψη Νοσοκομείου προς τον σκοπό της πλήρους αποσαφήνισής τους. Ομοίως απορρίπτονται, ως αόριστες και αλυσιτελείς, οι αιτιάσεις της παρεμβαίνουσας που σχετίζονται με τη συνήθη επιμέλεια που επιδεικνύουν οι διαγωνιζόμενοι κατά τη σύνταξη των προσφορών τους, όπως η ανωτέρω έννοια έχει ερμηνευθεί πολλακίς νομολογιακά από το Δικαστήριο της Ε.Ε (βλ. μεταξύ άλλων Υπόθεση C-27/15, Pippo Pizzo κατά CRGT srl).

Επίσης, αλυσιτελώς προβάλλεται εκ μέρους της παρεμβαίνουσας, το ότι κάποιες εκ των δικαστικών αποφάσεων που μνημονεύονται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή δεν σχετίζονται με το εξεταζόμενο ζήτημα, καθώς κρίσιμο, εν προκειμένω, ζήτημα είναι η φύση και ο σκοπός της επίμαχης παρακράτησης φόρου, όπως ορίζονται στον Ν. 4271/2013 και εν πάση περιπτώσει όπως προβλέπονται στους επίμαχους όρους της Διακήρυξης, τους οποίους αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα.

Περαιτέρω, δέον απορριφθεί ως αβάσιμος και ο ισχυρισμός της οικείας αναθέτουσας αρχής, ότι σε περίπτωση που η προσφεύγουσα αναδειχθεί τελικά προσωρινός μειοδότης της εν λόγω σύμβασης, θα επιβαρυνθεί ο προϋπολογισμός του Νοσοκομείου *«και κατά συνέπεια του Δημοσίου, κατά το ποσό των 159.459,43€ ετησίως για την παροχή των ίδιων υπηρεσιών»* (βλ. σκέψη 34 της παρούσας Απόφασης). Και τούτο διότι, ναι μεν, όποιος διαγωνιζόμενος έχει συνυπολογίσει στην τιμή της προσφοράς του την επίμαχη παρακράτηση 8%, ως απαιτείται, καταλήγει αριθμητικά αναγκαία σε μεγαλύτερο ποσόν προσφοράς από τον διαγωνιζόμενο που δεν την έχει συνυπολογίσει, όμως, ο συνυπολογισμός του επίμαχου ποσού στις οικονομικές προσφορές των υποψηφίων προβλέπεται ρητά από τις οικείες διατάξεις του νόμου και της επίμαχης Διακήρυξης, που, εάν δεν τηρηθούν από αυτούς, η προσφορά τους δέον απορριφθεί, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, ως απαράδεκτη.

Εν κατακλείδι, η οικονομική προσφορά της καθής η Προσφυγή, θα έπρεπε, εν προκειμένω, να είχε απορριφθεί από το ..., αφού αποδεδειγμένα (όπως

συνομολογεί και η ίδια στην Παρέμβασή της), δεν περιέλαβε σε αυτήν την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού των παρεχόμενων υπηρεσιών, ως όφειλε, σύμφωνα τη σαφή διάταξη των άρθρων 2.4.4. και 5.1.2. της επίμαχης Διακήρυξης, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας και της οικείας αναθέτουσας αρχής. Με βάση τα προλεχθέντα, ο σχετικός λόγος της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής κρίνεται βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.

38. Επειδή, περαιτέρω, σε σχέση με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας, που αφορούν στο ζήτημα της παράβασης ουσιώδους τύπου της επίμαχης διαδικασίας, λεκτέα είναι τα εξής:

Στην προκείμενη περίπτωση, η Ε.Δ.Δ., προκειμένου να σχηματίσει άποψη για το κρινόμενο ζήτημα (φύση παρακράτησης φόρου εισοδήματος), ζήτησε πρώτα διευκρινίσεις από το Γραφείο Προμηθειών και εν συνεχεία, από τον Νομικό Σύμβουλο του Νοσοκομείου, στον οποίο κοινοποιήθηκε το με αρ. πρωτ. 35740/6.12.2018 έγγραφο που συνέταξε σχετικώς το ως άνω Γραφείο. Περαιτέρω, το μεν Γραφείο Προμηθειών του ... δέχθηκε ότι οι διαγωνιζόμενοι δεν ήταν υποχρεωμένοι, όπως συμπεριλάβουν την επίμαχη παρακράτηση στην οικονομική τους προσφορά, αφού δεν εντάσσεται στις νόμιμες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, ενώ ο Νομικός Σύμβουλος εξέδωσε αντίθετη γνωμοδότηση, κρίνοντας ότι το επίμαχο ποσοστό 8%, αποτελεί νόμιμη κράτηση υπέρ Δημοσίου και τρίτων και δέον συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά εκάστου υποψηφίου. Κατόπιν τούτων, η Ε.Δ.Δ., συνταχθείσα με τη γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του ..., εισηγήθηκε: α) την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της καθής η Προσφυγή, γιατί δεν είχε συμπεριλάβει σε αυτήν το επίμαχο ποσοστό (ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής) και β) την ανάδειξη της προσφεύγουσας σε προσωρινό μειοδότη, γιατί είχε συμπεριλάβει το επίμαχο ποσοστό στην προσφορά της.

Το γεγονός ότι η Ε.Δ.Δ ζήτησε, λόγω της σπουδαιότητας του κρινόμενου ζητήματος, την άποψη, τόσο του Γραφείου Προμηθειών, όσο και του Νομικού

Συμβούλου του ..., προκειμένου καταρχάς να διαμορφώσει πλήρη άποψη επί αυτού και εν συνεχεία, να συντάξει επιτυχώς την εισήγησή της προς το Δ.Σ του Νοσοκομείου, εντάσσεται στο πλαίσιο νόμιμης λειτουργίας της, ως γνωμοδοτικού οργάνου, αφού, σύμφωνα με το άρθρο 221 του Ν. 4412/2016, είναι αρμόδια, μεταξύ άλλων, για την αξιολόγηση των προσφορών, για τον έλεγχο της καταλληλότητας των προσφερόντων ή των υποψηφίων, για την σύνταξη εισήγησης περί του αποκλεισμού των προσφερόντων ή των υποψηφίων από τη διαδικασία, για την απόρριψη των προσφορών, για την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, για τη ματαίωση της διαδικασίας κ.ο.κ

Εν όψει των ανωτέρω, δεν τίθεται ζήτημα - όπως εσφαλμένα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα - αθέμιτης υπέρβασης των αρμοδιοτήτων του Γραφείου Προμηθειών του εν λόγω Νοσοκομείου, αφού το Γραφείο αυτό, μπορεί σε κάθε περίπτωση να συνεπικουρεί την Ε.Δ.Δ., κατά την ενάσκηση των αρμοδιοτήτων της, ιδίως δε όταν πρόκειται για σοβαρά ζητήματα που αναφύονται σε κρίσιμο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως εν προκειμένω (έλεγχος οικονομικών προσφορών και ανάδειξη προσωρινού μειοδότη). Τα αυτά δε ισχύουν και για τον Νομικό Σύμβουλο του Νοσοκομείου, ο οποίος, άλλωστε, είναι *ex officio* επιφορτισμένος να επιλύει κρίσιμα αμφισβητούμενα νομικά ζητήματα, όταν τούτο του ζητηθεί, είτε από την Επιτροπή, είτε από το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου.

Β) Διαφορετικό, όμως, ζήτημα αποτελεί η απόκλιση/διαφοροποίηση του αποφασίζοντος οργάνου, όπως είναι το Διοικητικό Συμβούλιο του ..., από την εισήγηση του γνωμοδοτικού οργάνου (Επιτροπή Διαγωνισμού). Κατά πάγια νομολογία, το έχων την αποφασιστική αρμοδιότητα όργανο, δύναται να αποκλίνει από την απλή γνώμη της Επιτροπής Ενστάσεων του Διαγωνισμού, αιτιολογώντας, όμως, ειδικώς τη διαφορετική του κρίση, άλλως η πράξη του καθίσταται ακυρωτέα, ως αναιτιολόγητη ή πλημμελώς αιτιολογημένη (πρβλ. ΣτΕ 3689/2013, 1303/2012, 3932/2012, Ε.Α. ΣτΕ 1229/2009, 367,108/2007,889/2006, 760/2006,420/2006, 860/2005, Διοικ. Εφ. Αθ. 261/2012 κ.α.).

Στην επίμαχη διαδικασία, επειδή το αποφασιστικό όργανο διαφοροποιήθηκε από την εισήγηση της αρμόδιας Επιτροπής, εξεταστέο είναι, εάν αιτιολόγησε ειδικώς και επαρκώς τα πραγματικά περιστατικά, τις σκέψεις και διατάξεις που το οδήγησαν σε αυτήν την απόκλιση, ιδίως δε αφής στιγμής αποφάσισε πως η ανάθεση των δημοπρατούμενων υπηρεσιών πρέπει να γίνει σε διαφορετική από την προταθείσα εταιρία.

Όπως προκύπτει από την εξέταση της προσβαλλόμενης Απόφασης, σε αυτήν αναφέρεται ότι: *«Το Διοικητικό Συμβούλιο έλαβε υπόψη την εισήγηση της Υπηρεσίας και συζητήθηκε εκτενώς η διαδικασία σύναψης ατομικών συμβάσεων ή συνέχισης μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού. Δεδομένου ότι στην παρούσα χρονική στιγμή δεν υφίσταται νομοθετικό πλαίσιο για τη σύναψη ατομικών συμβάσεων μετά την 31η Δεκεμβρίου 2019 και λαμβάνοντας υπόψη τις συνεχείς παρατάσεις της σύμβασης με την εταιρεία καθαριότητας από το 2014, το Δ.Σ. έκρινε ότι θα πρέπει το Νοσοκομείο να προχωρήσει στην ολοκλήρωση του ηλεκτρονικού διαγωνισμού και καταλήγει στην πιο συμφέρουσα προσφορά (χαμηλότερη σε κόστος) με γνώμονα το δημοσιονομικό όφελος. Το Διοικητικό Συμβούλιο επίσης έλαβε υπόψη το με αρ. πρωτ. 35740/06-12-2018 έγγραφο του Γραφείου Προμηθειών στο οποίο αναφέρεται ότι: «η παρακράτηση φόρου εισοδήματος ποσοστού οκτώ τοις εκατό (8%), η οποία περιλαμβάνεται στις νόμιμες κρατήσεις που επιβάλλονται στην ανάδοχο εταιρεία, δεν αποτελεί μέρος της οικονομικής προσφοράς, αλλά παρακρατείται κατά την εκάστοτε πληρωμή της από το Λογιστήριο του Νοσοκομείου μας και συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική τους προσφορά» και δεν αποτελεί στοιχείο διαμόρφωσης του κόστους της εκάστοτε οικονομικής προσφοράς. Μετά από διαλογική συζήτηση το Διοικητικό Συμβούλιο αποφασίζει κατά πλειοψηφία: [...]*

- 1) Τη μη επιλογή της διαδικασίας σύναψης ατομικών συμβάσεων [...]
- 2) Την ολοκλήρωση της διαδικασίας του Διεθνούς Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού [...]
- 3) Την προσωρινή κατακύρωση του Διεθνούς Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την ανάδειξη συνεργείου καθαρισμού των χώρων εντός και

εκτός του ... καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών με αριθμό διακήρυξης 13.18 στη μειοδότηρια εταιρεία «... ... ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΩΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ» κάνοντας αποδεκτή τη χαμηλότερη τιμή προσφοράς της, σε συνδυασμό με τη ρητή δέσμευση της εταιρείας, η οποία αναφέρεται στην προσφορά της, να αποδώσει όλες τις νόμιμες κρατήσεις, καθώς και όποιο άλλο φόρο-κράτηση σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία».

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς, ότι το οικείο Διοικητικό Συμβούλιο, κατά παράβαση του άρθρου 20 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, αρκέστηκε σε μια απλή αναφορά του διευκρινιστικού εγγράφου του Γραφείου Προμηθειών, το οποίο – κατά τα αναφερόμενα στη σκέψη 33 της παρούσας Απόφασης, αναλύεται πλήρως στο με αρ. πρωτ. 37155/18.12.2018 Πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της Ε.Δ.Δ – και δεν προέβη, ως όφειλε, σε ανάλυση των λόγων για τους οποίους αποφάσισε να αποκλίνει από την εισήγηση της Επιτροπής, η οποία απέρριψε το έγγραφο του Γραφείου Προμηθειών και συντάχθηκε με τη γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου.

Εν ολίγοις, το Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου να αιτιολογήσει την επίμαχη απόκλιση, θα έπρεπε να προβεί σε συγκριτική αξιολόγηση της γνωμοδότησης (νομικής εκτίμησης) του Γραφείου Προμηθειών και του Νομικού Συμβούλου (αντίστοιχα), που είναι στη συγκεκριμένη περίπτωση εκ διαμέτρου αντίθετες, αφού ερείδονται σε διαφορετική νομολογία ή τέλος πάντων σε διαφορετική ερμηνεία της ίδιας νομολογίας και σε κάθε περίπτωση σε διαφορετική ερμηνεία των ίδιων νομοθετικών διατάξεων και των ίδιων διατάξεων της οικείας Διακήρυξης. Ως, άλλωστε, προελέχθη (βλ. σκέψη 32 της παρούσας Απόφασης), η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Πιο συγκεκριμένα:

α) Η αιτιολογία είναι σαφής, όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Περαιτέρω, στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000), ενώ,

πρέπει να αποφεύγεται η επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων, που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣΤΕ 2584/2001), καθώς και η στοιχειοθέτηση της κρίσης σε αντιφατικά στοιχεία (ΣΤΕ 941/1989, ΟΛ 3158/1976).

β) Η αιτιολογία είναι ειδική, όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους, καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Συνεπώς, σε περίπτωση που ελλείπουν τα ως άνω στοιχεία, η Απόφαση της Διοίκησης θεωρείται ανατιολόγητη ή ότι δεν έχει νόμιμη αιτιολογία.

Εν όψει των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη Απόφαση του Δ.Σ της οικείας αναθέτουσας αρχής κρίνεται ως ανατιολόγητη, καθώς δεν εμπεριέχει ουδεμία ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών, που να δικαιολογούν/τεκμηριώνουν την επίμαχη απόκλιση, ενώ ελλείπουν παντελώς οι σκέψεις και τα κριτήρια του αποφασιστικού αυτού διοικητικού οργάνου, βάσει των οποίων αποφάσισε αφενός μεν, να διαφοροποιηθεί από την εισήγηση της Επιτροπής (και κατ' επέκταση από τη γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου) αφετέρου δε, να κρίνει ως νομικά ορθότερη, την εκτίμηση του Γραφείου Προμηθειών του Νοσοκομείου, όπως περιλαμβάνεται στο με αρ. πρωτ. 35740/6.12.2018 έγγραφό του.

Μάλιστα, η ρητή (στην προσβαλλόμενη Απόφαση) αναφορά ότι το Δ.Σ αποφασίζει την αποδοχή της Προσφοράς της παρεμβαίνουσας, επειδή έχει τη χαμηλότερη τιμή *«...σε συνδυασμό με τη ρητή δέσμευση της εταιρείας, η οποία αναφέρεται στην προσφορά της, να αποδώσει όλες τις νόμιμες κρατήσεις, καθώς και όποιο άλλο φόρο-κράτηση, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία»*, όχι μόνο δεν μπορεί να αποτελέσει νόμιμη ή επαρκή αιτιολογία της

συγκεκριμένης πράξης, αλλά – κατ’ ουσίαν και υπό τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά - στοιχειοθετεί και τον λόγο, για τον οποίο θα έπρεπε να είχε απορριφθεί η Προσφορά της, που είναι η μη συμπερίληψη όλων των προβλεπόμενων κρατήσεων στην προσφορά της και η δέσμευση απόδοσής τους στο μέλλον. Αξίζει επίσης, να σημειωθεί ότι τα ανωτέρω έγιναν δεκτά κατά πλειοψηφία από το Διοικητικό Συμβούλιο, χωρίς, όμως, να προσδιορίζονται στην προσβαλλόμενη Απόφαση, ούτε τα μέλη που διαφώνησαν, ούτε οι λόγοι διαφωνίας τους.

Με βάση τα προλεχθέντα, ο σχετικός λόγος της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής κρίνεται βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.

39. Επειδή, ύστερα από τις προηγούμενες σκέψεις, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και αντίστοιχα πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα Παρέμβαση.

40. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να επιστραφεί το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση

Ακυρώνει την με αριθμό 20/27.11.2019 Απόφαση της 20ης συνεδρίασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων του ... για ένα (1) έτος, (υπ’ αριθμ. 13/2018 Διακήρυξη - ΑΔΑΜ: ...), κατά το μέρος που ανέδειξε προσωρινό μειοδότη της προς ανάθεση σύμβασης της εταιρία με τον δ.τ. «... ... Ε.Π.Ε».

Αριθμός απόφασης: 267/2020

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του Παραβόλου που προσκόμισε, ποσού έντεκα χιλιάδων διακοσίων ενενήντα ευρώ και τριάντα τριών λεπτών 11.290,33€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 17 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε στις 9 Μαρτίου 2020, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΜΙΧΑΛΗΣ Π. ΣΕΙΡΑΔΑΚΗΣ

ΕΛΕΝΗ ΧΟΥΛΗ