

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

8^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 12^η Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ιωάννης Κίτσος,
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 6-11-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1360/7-11-2019 της εταιρείας με την επωνυμία
....., με έδρα στη, αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά του ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ (εφεξής αναθέτουσα αρχή), με έδρα
στην, όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία, με τον
διακριτικό τίτλο, που εδρεύει στο, οδός αριθ. ..., και
εκπροσωπείται νόμιμα

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται: ι) Να
ακυρωθεί η υπ' αριθ./...../31-10-2019 απόφαση της αναθέτουσας
αρχής που ελήφθη στα πλαίσια του διαγωνισμού για την ανάθεση υπηρεσιών
φύλαξης-ασφάλειας δέκα κτιρίων όπου στεγάζονται οι κεντρικές Υπηρεσίες
της, με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της συμμετοχής της από την
περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και αναδείχθηκε μειοδότη η
παρεμβαίνουσα, ιι) Να γίνει αποδεκτή η συμμετοχή και προσφορά της στην
περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, ιιι) Να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στην
προσφεύγουσα.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα αιτείται να απορριφθεί ως
αβάσιμη η προσφυγή, και να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

απόφασης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 39/2017, ποσού 1.694,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, και το από 5-11-2019 αποδεικτικό πληρωμής του παραβόλου στην ΕΤΕ).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. .../.../2019 διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή διακήρυξε ηλεκτρονικό διεθνή (άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016) ανοικτό διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), για την ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης- ασφάλειας δέκα (10) κτηρίων, στα οποία στεγάζονται κεντρικές Υπηρεσίες του Υπουργείου στην, τη, την και την CPV, με προϋπολογισθείσα δαπάνη **338.709,68€** (τριακόσιες τριάντα οκτώ χιλιάδες επτακόσια εννέα ευρώ και εξήντα οκτώ λεπτά) χωρίς ΦΠΑ, για χρονικό διάστημα ενός έτους από την υπογραφή της σύμβασης, και **338.709,68€** (τριακόσιες τριάντα οκτώ χιλιάδες επτακόσια εννέα ευρώ και εξήντα οκτώ λεπτά) χωρίς ΦΠΑ, για την άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης (παρατάσης) για ένα επιπλέον έτος.

3. Επειδή περίληψη της προκήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της ΕΕ στις 28-6-2019, όπου δημοσιεύθηκε την 2-7-2019 και έλαβε κωδικό 2019/S, ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων ΚΗΜΔΗΣ στις 12-7-2019 με ΑΔΑΜ και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε τον αριθ. συστήματος

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας και της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα, και η έχοντας υποβάλει τις με αριθ., και προσφορές τους αντίστοιχα.

6. Επειδή την 28-8-2019 μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (εφεξής *επικοινωνία*), η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από όλους τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς συμπληρωματικές πληροφορίες επί των προσφορών τους ως εξής «..Σε συνέχεια των υποβληθεισών, εκ μέρους σας, Προσφορών, .. και ΚΑΤΟΠΙΝ ΣΧΕΤΙΚΟΥ ΑΙΤΗΜΑΤΟΣ ΤΗΣ ΑΡΜΟΔΙΑΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ, παρακαλείσθε, στη βάση των προνοιών του Άρθρου 102 του ν. 4412/2016 (Α' 147), όπως διευκρινίσετε, εάν, ή όχι, έχει περιληφθεί (ληφθεί υπόψη) στην προσφερόμενη από εσάς τιμή (Οικονομική Προσφορά), το ποσοστό παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% (που προβλέπεται στο άρθρο 64 του ν. 4172/2013). Σε αρνητική περίπτωση, παρακαλούμε όπως αναλυτικά εξηγήσετε τους λόγους για τους οποίους η ως άνω παρακράτηση δε λήφθηκε υπόψη. Σε θετική περίπτωση, παρακαλείσθε θερμά όπως αναλυτικά και πλήρως αποτυπώσετε με ποιο τρόπο η εν λόγω παρακράτηση έχει ληφθεί υπόψη στην υποβληθείσα Οικονομική Προσφορά σας. ..Παρακαλείσθε θερμά όπως τις ως άνω διευκρινίσεις, ..τις υποβάλλεται, μέσω του συστήματος «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ΕΩΣ ΚΑΙ ΤΗΝ ΤΕΤΑΡΤΗ 4 ΣΕΠΤΕΜΒΡΙΟΥ 2019.»

7. Επειδή σε απάντηση του παραπάνω αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, η παρεμβαίνουσα την 30-8-2019 χορήγησε μέσω της *επικοινωνίας* διευκρίνηση ως εξής «..**Η εταιρείας μας, κατέθεσε σύννομη και σύμφωνη και με τα ανωτέρω οικονομική προφορά και έχει συμπεριλάβει στην οικονομική της προσφορά και την παρακράτηση φόρου (επί της καθαρής αξίας) 8 % (οκτώ τοις εκατό), σύμφωνα με το άρθρο 64 του ν. 4172/2013 και σύμφωνα με τις υπ' αρ. 265/2016 και 25/2019 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Ειδικότερα το στο πεδίο «α) Κρατήσεις»**

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

του πίνακα της οικονομικής προσφοράς θα διαπιστώσετε ότι το προϋπολογισμένο ποσό των 1.689,32€ μηνιαίως που καλύπτει το σύνολο των κρατήσεων και των παρακρατήσεων που απαιτούνται από την διακήρυξη και τις ανωτέρω αποφάσεις. Θα θέλαμε να θέσουμε υπόψη της επιτροπής ότι οι υπόλοιπες συμμετέχουσες εταιρείες έχουν προϋπολογίσει το ποσό των 29,81€ (.....) και 28,93€ (.....) μηνιαίως αντίστοιχα και συνεπώς τα εν λόγω ποσά δεν επαρκούν για την κάλυψη του συνόλου των κρατήσεων και των παρακρατήσεων που απαιτούνται από την διακήρυξη και τις ανωτέρω αποφάσεις..»

8. Επειδή σε απάντηση του παραπάνω αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα την 2-9-2019 χορήγησε μέσω της επικοινωνίας διευκρίνηση ως εξής «**..Το ποσοστό παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% δεν υπολογίζετε στις οικονομικές προσφορές διότι επιστρέφετε στις εταιρίες.** Και συγκεκριμένα : έπειτα από την παρακράτηση από τον εκάστοτε φορέα του 8% φόρου εισοδήματος από κάθε τιμολόγιο που πληρώνετε δίνετε βεβαίωση στην εταιρία η οποία την καταθέτει μαζί με την δήλωση εισοδήματος της και το ποσό επιστρέφετε σ αυτήν ή με συμψηφισμό οφειλών της εταιρίας ή εάν δεν έχει οφειλές με κατάθεση στον λογαριασμό της. Περαιτέρω από τις ρητές προβλέψεις της διακήρυξης προκύπτει ότι η εν λόγω παρακράτηση φόρου 8% δε συνιστά «κράτηση» υπέρ δημοσίου ή υπέρ τρίτων, αλλά εμπίπτει στις φορολογικές υποχρεώσεις της εταιρίας και έχει προσωρινό χαρακτήρα, καθόσον με τη λήξη του οικονομικού έτους και την εκκαθάριση της φορολογικής δήλωσης της εταιρίας θα συμψηφιστεί με τις λοιπές φορολογικές της υποχρεώσεις. Άλλωστε, ουδείς όρος της διακήρυξης προκαλεί οποιαδήποτε σύγχυση, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι η παρακράτηση φόρου 8% συνιστά «κράτηση» υπέρ τρίτων, όπως οι λοιπές ρητώς αναφερόμενες στη διακήρυξη κρατήσεις υπέρ τρίτων, τις οποίες η διακήρυξη προσδιορίζει σε 0,07% Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, σε 0,02% υπέρ του Δημοσίου και 0,06% Υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και τα αντίστοιχα χαρτόσημα 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%, οι οποίες υπολογίζονται στην προσφορά διότι παρακρατούνται και δεν επιστρέφονται στην εταιρία. Άλλωστε, το άρθρο 24 παρ. 1 του ν. 2198/1994 αλλά και το άρθρο 64 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013) αναφέρονται σε παρακράτηση

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

φόρου εισοδήματος και όχι σε «κράτηση» υπέρ τρίτου. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί, σε αντίθεση με τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλει (ΕΣ ΟΛ 807/1997, ΕΣ Τμ Ι Απόφαση 2854/2008, 622/2002 κ.ά.). Στα ανωτέρω συνηγορεί και το γεγονός ότι στην πράξη η παρακράτηση φόρου υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων, επί του καθαρού ποσού της αξίας των υπηρεσιών, μετά την αφαίρεση όλων των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων. Επισημαίνεται ότι, όπως διευκρινίζεται στην εγκύκλιο ΠΟΑ 1007/2017 της Α.Α.Δ.Ε., οι αμοιβές για τεχνικές υπηρεσίες, αμοιβές διοίκησης, αμοιβές για συμβουλευτικές υπηρεσίες ή και αμοιβές για παρόμοιες υπηρεσίες που λαμβάνει, μέσω της μόνιμης εγκατάστασής του στην Ελλάδα, νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα, φορολογικός κάτοικος κράτους - μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου, δεν υπόκεινται σε παρακράτηση φόρου. Από την ως άνω απαλλαγή εξαιρούνται οι αμοιβές που λαμβάνουν τα ως άνω νομικά πρόσωπα για τις υπηρεσίες που παρέχουν στους φορείς γενικής κυβέρνησης της παρ. 2 του άρθρου 64 του Κ.Φ.Ε. και ως εκ τούτου, υπόκεινται σε παρακράτηση με συντελεστές 1%, 4% ή 8%, κατά περίπτωση, καθώς και οι αμοιβές για τεχνικά έργα, που λαμβάνουν τα υπόψη νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες, οι οποίες υπόκεινται σε παρακράτηση φόρου με συντελεστή 3%, βάσει της περ. δ1 της παρ. 1 του άρθρου 64 του Κ.Φ.Ε. Σύμφωνα με την ίδια εγκύκλιο, από την έκδοσή της παύει να ισχύει κάθε άλλη εγκύκλιος με αντίθετο περιεχόμενο ως προς τη φορολογική αντιμετώπιση του ίδιου ζητήματος. Τυχόν παρακρατηθέντα ποσά σύμφωνα με την προγενέστερη εγκύκλιο ΠΟΛ.1120/25.4.2014 εγκύκλιο δεν επιστρέφονται, αλλά ο παρακρατηθείς φόρος συμψηφίζεται με τις δηλώσεις φορολογίας εισοδήματος των οικείων φορολογικών ετών. Εξάλλου, όπως είναι γνωστό, σε περίπτωση που κατά την εκκαθάριση του φόρου εισοδήματος προκύψει μικρότερος ή καθόλου φόρος, ο «παρακρατηθείς» φόρος επιστρέφεται (ή συμψηφίζεται με άλλες οφειλές του φορολογικού υποκειμένου). Η παρακράτηση του φόρου, η οποία ξεκάθαρα δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτου, συνδέεται με την πληρωμή του τιμολογίου και όχι με την οικονομική προσφορά. Μάλιστα, προβλέπεται ρητά ότι χορηγείται βεβαίωση από την

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

Υπηρεσία για την παρακράτηση του φόρου εισοδήματος. Αυτό γίνεται για τον λόγο που αναφέρθηκε αμέσως παραπάνω: σε περίπτωση που κατά την εκκαθάριση του φόρου εισοδήματος προκύψει μικρότερος ή καθόλου φόρος, ο «παρακρατηθείς» φόρος επιστρέφεται (ή συμψηφίζεται με άλλες οφειλές του φορολογικού υποκειμένου). Εάν θεωρηθεί ότι θα έπρεπε να υπολογιστεί το 8% παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά κάθε συμμετέχοντος τότε μ' αυτό το σκεπτικό θα έπρεπε να υπολογιστεί και το ποσοστό του 29% που αποτελεί το φόρο εισοδήματος που πληρώνει κάθε εταιρία!!!! **Επομένως όπως προκύπτει από όλα τα ανωτέρω δεν είναι ορθό να υπολογιστεί στην οικονομική προσφορά το ποσοστό παρακράτησης φόρου εισοδήματος, όπου σε δεύτερο χρόνο επιστρέφετε πίσω στην εταιρία..»**

9. Επειδή σύμφωνα με το από 22-10-2019 Πρακτικό Αξιολόγησης Δικαιολογητικών, Τεχνικών και Οικονομικών Προσφορών της αρμόδιας Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, ι) κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές όλων των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων και ιι) αξιολογήθηκε ως απορριπτέα η οικονομική προσφορά της και ιιι) ως προς την οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας κρίθηκε ότι «..1. Στο άρθρο 64, παράγραφος 2, του ν. 4172/2013 (Α' 167) «Φορολογία εισοδήματος, επείγοντα μέτρα εφαρμογής του ν. 4046/2012, του ν. 4093/2012 και του ν. 4127/2013 και άλλες διατάξεις», ορίζεται ότι: «Οι φορείς γενικής κυβέρνησης κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, να παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: ... γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών. .. 2. Στην υποπαράγραφο 5.1.2. της παραγράφου 5.1 («Τρόπος Πληρωμής») της .. Διακήρυξης ..αναφέρεται 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 παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση 0,07% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής, προ φόρων και κρατήσεων, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής, σύμβασης Υπέρ της Ενιαίας

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων. 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. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού». 3. Στην παράγραφο 2.4.4. «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» της Διακήρυξης της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, αναφέρεται: «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης (συμπεριλαμβανομένη από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής/ χαμηλότερη τιμή). Η προσφερόμενη τιμή δίδεται σε ευρώ (σε €), με ακρίβεια δύο (2) δεκαδικών ψηφίων, χωρίς Φ.Π.Α. και αφορά στο σύνολο των υπό ανάθεση υπηρεσιών όπως αυτές περιγράφονται στο Παράρτημα Ι, για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους από την υπογραφή του σχετικού συμφωνητικού/ σύμβασης (δηλαδή, δε λαμβάνεται υπόψη το δικαίωμα προαίρεσης). Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (και όπως ήδη επισημάνθηκε, μη λαμβανομένου υπόψη του δικαιώματος προαίρεσης), 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%. .. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: .. β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης .. Οι συμμετέχουσες στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία οικονομικοί φορείς- πάροχοι υπηρεσιών φύλαξης- ασφάλειας (εργολάβοι), επί

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: (α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. (β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. (γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. (δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. (ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. Τα ανωτέρω στοιχεία, επί ποινή αποκλεισμού, εξειδικεύονται σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους. Πρέπει, επίσης, να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων...». 4. Επίσης, στους Πίνακες 1 και 2 του Παραρτήματος Ι της ως άνω Διακήρυξης («Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικείμενου της Σύμβασης»), σσ.39 και 40 αυτής, αναφέρεται: «

Πίνακας 1- Οικονομικής Προσφοράς

ΕΠΩΝΥΜΙΑ

ΔΙΑΓΩΝΙΖΟΜΕΝΟΥ:

Είδος Υπηρεσ ίας	Ποσότητα II	Μηνιαίο Κόστος III	Σύνολο σε (€) (Αριθμητικά) IV= (II * III)
I			
1)Φύλαξη κτηρίου της οδού	1 μήνας	Ολογράφως Αριθμητικά	
Φ.Π.Α. 24%			
2)Φύλαξη κτηρίου της οδού	1 μήνας	Ολογράφως Αριθμητικά	
Φ.Π.Α. 24%			
3 κ.ο.κ έως 10) Φύλαξη κτηρίου της οδού	1 μήνας	Ολογράφως Αριθμητικά	
Φ.Π.Α. 24%			

Πίνακας 2- Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς

ΠΛΗΡΗΣ ΑΝΑΛΥΣΗ

**Ποσά
σε €**

Κόστος μισθοδοσίας (μηνιαίο)

α) Πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

β) Ασφαλιστικές εισφορές

Λοιπά κόστη (μηνιαία)

(Ονοματίστε κατά περίπτωση, π.χ. δαπάνες χρήσης μέσων, συστημάτων, οργάνων, κλπ)

α)

β)

γ)

Διοικητικό κόστος (μηνιαίο)

Εργολαβικό κέρδος (μηνιαίο)

Σύνολα

Αριθμός απασχολούμενων ατόμων,

Ημέρες και ώρες εργασίας α), β), γ), δ), κ.λπ.

Συλλογική σύμβαση εργασίας όπου υπάγονται οι εργαζόμενοι

Το άθροισμα του συνολικού μηνιαίου κόστους πρέπει να συμφωνεί με το αντίστοιχο ποσό της Οικονομικής Προσφοράς που αναφέρεται στη στήλη III του Πίνακα 1.

2. Σε χωριστό κεφάλαιο της οικονομικής προσφοράς εξειδικεύονται, **επί ποινή αποκλεισμού**, όλα εκείνα τα στοιχεία που απαιτούνται σύμφωνα με το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115), όπως ισχύει: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά.

3. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης- ασφάλειας (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι».

5. Με τις .. παρασχεθείσες διευκρινίσεις, ο Οικονομικός Φορέας, θεμελίωσε, μεταξύ άλλων, την επιχειρηματολογία του στις ακόλουθες παραμέτρους: (α) Η παρακράτηση φόρου εισοδήματος (8%) δε συμπεριελήφθη στην οικονομική προσφορά διότι, κατά την υποβολή της δηλώσεως εισοδήματος, επιστρέφεται ή/ και συμψηφίζεται με τυχόν έτερες οφειλές (του Φορέα) προς τη Φορολογική Αρχή. (β) Επιπλέον, δε συνιστά κράτηση υπέρ Δημοσίου ή υπέρ Τρίτων, αλλά φορολογική υποχρέωση της εταιρείας, η οποία έχει προσωρινό χαρακτήρα, ακριβώς γιατί, όπως προαναφέρθη, με την εκκαθάριση της εταιρικής φορολογικής δήλωσης

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

λαμβάνεται υπόψη συνδυαστικά με τυχόν λοιπές φορολογικές υποχρεώσεις του Φορέα, ενώ (γ) διαφοροποιείται (η υπόψη παρακράτηση φόρου) ως προς τις λοιπές αναφερόμενες στη Διακήρυξη κρατήσεις (0,07% υπέρ της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., 0,06% υπέρ της Α.Ε.Π.Π., 0,02% υπέρ του Δημοσίου, καθώς και των επί αυτών χαρτοσήμου 3% και της επί αυτού 20% εισφοράς υπέρ Ο.Γ.Α.) από το γεγονός ότι οι τελευταίες παρακρατούνται και δεν επιστρέφονται/ συμψηφίζονται. (δ) Τέλος, αν θεωρηθεί ότι, το εν λόγω ποσοστό παρακράτησης φόρου έπρεπε να ληφθεί υπόψη στην οικονομική προσφορά, τότε, με συναφές σκεπτικό, θα όφειλε να ληφθεί υπόψη το ποσοστό 29% που αποτελεί το ύψος του φόρου εισοδήματος. 6. Αντιστοίχως, με τις στο σημείο ιβ. (βλ. παραπάνω) παρασχεθείσες διευκρινίσεις, ο Οικονομικός Φορέας .. 7. Στη σκέψη 14 της αριθ. 25/2019 Απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών ... γίνεται δεκτό ότι, επιβάλλεται στους διαγωνιζόμενους, στη βάση των διαλαμβανόμενων της υπό κρίση με τη συγκεκριμένη Απόφαση Διακήρυξης, η οποία, ως προς τα υπόψη αιτούμενα, ταυτίζεται απολύτως με τη Διακήρυξη του εδώ εξεταζόμενου και αξιολογούμενου 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. 8. Στην αριθ. 1101/2019 Απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) και αφού έχει ληφθεί υπόψη αντίστοιχη με την εκφρασμένη στα σημεία 5 και 6 (βλ. ανωτέρω) επιχειρηματολογία (βλ. ενδεικτικά Σκέψη 11 της εν λόγω Αποφάσεως), γίνεται αποδεκτό το γεγονός, για τους λόγους που εκτενώς αναφέρονται στις Σκέψεις 14, 15 και 16 της συγκεκριμένης Απόφασης, πως στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνεται υποχρεωτικά το σύνολο των κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου και Τρίτων που βαρύνουν κατά νόμο τον ανάδοχο, μεταξύ των οποίων επιβαρύνσεων περιλαμβάνεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος 8%. 9. Συναφώς με τα προεκτεθέντα στα σημεία 7 και 8, η Αρχή (Α.Ε.Π.Π.), με την αριθ. 1193-1194/2019 Απόφασή Της (βλ., ενδεικτικά και μη περιοριστικά, Σκέψεις 31 και 39), έκρινε πως ορθώς απερρίφθη οικονομική προσφορά, στην

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

οποία, αποδεδειγμένα, δεν είχε συμπεριληφθεί η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού των παρεχόμενων υπηρεσιών. 10. Από τα προεκτεθέντα [και ιδίως στα σημεία 5, 6, 7, 8 και 9, σε συνδυασμό με τα ειδικώς διαλαμβανόμενα στη Διακήρυξη (σημεία 2, 3 και 4)] συνάγεται ότι, η παρακράτηση φόρου ύψους 8% του ν. 4172/2013 επιβάλλεται να συμπεριλαμβάνεται από τους διαγωνιζόμενους στις οικονομικές τους προσφορές, προκειμένου, αφενός, να διασφαλίζεται, με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο, η αντικειμενικότητα στην ανάθεση των υπηρεσιών και, αφετέρου, να εξαλείφεται κάθε ενδεχόμενη ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών. Στη βάση των ανωτέρω και, δη, όσων αποτυπώθηκαν στα σημεία 7, 8, 9 και 10, σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στα σημεία 5 και 6, η Επιτροπή εισηγείται ομόφωνα την απόρριψη των οικονομικών προσφορών των εταιρειών και Γ. Συμπερασματικά, επομένως, .. η Επιτροπή ομόφωνα προτείνει **τη συνέχιση της διαδικασίας με αποστολή πρόσκλησης προς το Φορέα** [Φορέα με τη συμφερότερη από οικονομική άποψη (χαμηλότερη τιμή) υποβληθείσα Προσφορά, συμφώνως με το κριτήριο ανάθεσης της Διακήρυξης, από τις Οικονομικές Προσφορές που, τελικώς, κρίνονται αποδεκτές] **για την υποβολή των αναφερόμενων στην παράγραφο 3.2. της Διακήρυξης δικαιολογητικών... ».**

10. Επειδή με την υπ' αριθ. .../.../31-10-2019 ήδη προσβαλλόμενη απόφαση η αναθέτουσα αρχή ενέκρινε το ως άνω από 22-10-2019 Πρακτικό και i) Ενέκρινε «... τα Δικαιολογητικά και την Τεχνική Προσφορά των Φορέων: (α), .. (β), .. και (γ), ..», ii) Εν συνεχεία απέρριψε «... την Οικονομική Προσφορά των Φορέων: (α), .. (β), ..», και iii) Κατόπιν αποδέχθηκε «..την Οικονομική Προσφορά του Φορέα, ...ο Οικονομικός Φορέας- προσωρινός ανάδοχος,, θα κληθεί, μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 3.2. της ... Διακήρυξης και στη βάση των προνοιών του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 (Α' 147), όπως προσκομίσει, εντός δέκα (10) ημερών από την εν λόγω κοινοποίηση, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.8.2. της διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

*συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 αυτής, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7... » Η προσβαλλόμενη απόφαση, με ενσωματωμένο το από 22-10-2019 Πρακτικό κοινοποιήθηκε την 31-10-2019 στους διαγωνιζόμενους μέσω της *επικοινωνίας*.*

11. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα με ανάρτηση μέσω της *επικοινωνίας* την 6-11-2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε και από την αναθέτουσα αρχή προς την ΑΕΠΠ την 11-11-2019 μέσω της *επικοινωνίας*, και με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

12. Επειδή την 11-11-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην, προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. παρ. 1 περ. (α) του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς, με μήνυμα μέσω της *επικοινωνίας* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την 12-11-2019 προς την ΑΕΠΠ και τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς, μέσω της *επικοινωνίας* το με αριθ. πρωτ. .../.../12-11-2019 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, και τον φάκελο της υπόθεσης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 περ. (β) του ΠΔ 39/2017, και αυθημερόν γνωστοποίησε προς την ΑΕΠΠ το παραπάνω έγγραφο με τις απόψεις της και τον φάκελο της υπόθεσης, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

14. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης νόμιμα, εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον, και σύμφωνα με την παρ. 1 και 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, και των άρθ. 7 και 8 του ΠΔ 39/2017, ασκήθηκε την 18-11-2019 η με αριθ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ παρέμβαση, με τον νόμιμο προβλεπόμενο τρόπο κατάθεσης στην *επικοινωνία*, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της παρεμβαίνουσας, ενώ μέσω της *επικοινωνίας* η παρέμβαση

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

κοινοποιήθηκε την 19-11-2019 από την αναθέτουσα αρχή στην ΑΕΠΠ και στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς.

15. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή εισάγεται ενώπιον του 8^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 1723/8-11-2019 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση αναθέτουσας αρχής προ χορήγησης προσωρινών μέτρων».

16. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, με την οποία επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, και την αποδοχή της προσφοράς της, επικαλούμενη αυταπόδεικτη άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον προς παροχή έννομης προστασίας, στη ζημία της από τον φερόμενο παράνομο αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό και στο προφανές επιδιωκόμενο όφελος από την αποδοχή της προσφοράς της και την συμμετοχή της στην διαδικασία. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας όπως βρίσκονται αναρτημένα στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας ανέρχεται στο ποσόν των ευρώ 230.198,16 χωρίς ΦΠΑ, έναντι της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προσωρινής αναδόχου η οποία ανέρχεται σε ευρώ 248.947,80 χωρίς ΦΠΑ, ενώ η προσφορά του τρίτου οικονομικού φορέα που ανέρχεται σε ευρώ 223.771,06 χωρίς ΦΠΑ έχει αποκλεισθεί οριστικά του διαγωνισμού, δεδομένου ότι δεν έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της Συνεπώς με προφανές έννομο συμφέρον ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή δεδομένου ότι σε περίπτωση ευδοκίμησης αυτής η προσφεύγουσα θέλει καταλάβει την πρώτη σειρά μειοδοσίας και αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού βάσει του κριτηρίου ανάδειξης αναδόχου ήτοι αυτού της χαμηλότερης τιμής (σκέψη 2).

17. Επειδή στο άρθρο 367 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

αναθέτουσας αρχής και, και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...]. Επομένως, η προσφεύγουσα απαραδέκτως αιτείται να γίνει αποδεκτή η προσφορά και η συμμετοχή της στον διαγωνισμό και να της κατακυρωθεί η προμήθεια του διαγωνισμού, καθόσον σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της κανονιστικής αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, τόσο να τάξει στην αναθέτουσα αρχή την αποδοχή της προσφοράς και της συμμετοχής στον διαγωνισμό, όσο και την κατακύρωση του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα. Ειδικότερα, παρότι λόγω της φύσης της προδικαστικής προσφυγής που εντάσσεται στο πλαίσιο των ενδικοφανών προσφυγών, θα ήταν δυνατή η κατ' ουσίαν επανεξέταση της υπόθεσης, δηλαδή η νέα έρευνα και η διαφορετική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών (ΣΤΕ 2971/1989), όμως η ΑΕΠΠ, ειδικά σύμφωνα με τον νόμο ως άνω, διαθέτει μόνο ακυρωτική εξουσία και αρμοδιότητα, σε αντίθεση με τον γενικό κανόνα των προδικαστικών προσφυγών, όπου το αρμόδιο όργανο προς το οποίο ασκείται μπορεί να ακυρώσει εν όλω ή εν μέρει την πράξη ή να την τροποποιήσει για λόγους ουσίας (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση 2017, σελ. 229). Έχει δε ad hoc κριθεί (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018) ότι η ΑΕΠΠ δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής [βλ. όμως και αντίθετη άποψη σε Ι. Κίτσο, «*Έννομη Προστασία κατά τη Σύναψη Δημοσίων Συμβάσεων μετά τον Ν. 4412/2016 (ΒΙΒΛΙΟ IV – άρθρα 345επ.)*», σε: *Υποδείγματα Διοικητικού Δικαίου* (επιμ.: Χ. Χρυσανθάκης), Γενικό Μέρος – Ειδικά Θέματα, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη 2017, σελ. 235-263]. Συνεπώς τα παραπάνω αιτήματα της προσφυγής, με τα οποία ζητείται η μεταρρύθμιση της προσβαλλόμενης απόφασης και κατατείνουν στην υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής από την ΑΕΠΠ, με την έκδοση απόφασης που να τάσσει την αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας και την κατακύρωση του διαγωνισμού στην ίδια ασκούνται απαραδέκτως, και τούτο διότι η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια μόνο για

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

την ολική ή μερική ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία δεν εξικνείται έως την τροποποίησή της.

18. Επειδή με τον μόνο λόγο της προσφυγής κατά της απόρριψης της προσφοράς της, η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθ. 2.4.4, 5.1.2, τον Πίνακα 2 Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, το άρθ. 64 του ΚΦΕ (ω. 4172/2013), ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση διότι «...II. Από τις ως άνω ρητές προβλέψεις της διακήρυξης προκύπτει ότι η εν λόγω «παρακράτηση φόρου 8%» δεν συνιστά «κράτηση» υπέρ δημοσίου ή υπέρ τρίτων, αλλά εμπίπτει στις φορολογικές υποχρεώσεις του αναδόχου και έχει προσωρινό χαρακτήρα, καθόσον με τη λήξη του οικονομικού έτους και την εκκαθάριση της φορολογικής δήλωσης του αναδόχου θα συμψηφιστεί με τις λοιπές φορολογικές του υποχρεώσεις. Άλλωστε, ουδείς όρος της διακήρυξης προκαλεί οποιαδήποτε σύγχυση, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι η παρακράτηση φόρου 8% συνιστά «κράτηση» υπέρ τρίτων, αντίστοιχη με τις λοιπές ρητώς αναφερόμενες στη διακήρυξη κρατήσεις υπέρ τρίτων (βλ. 0,07% Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, 0,02% υπέρ του Δημοσίου και 0,06% Υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και τα αντίστοιχα χαρτόσημα 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%) , οι οποίες αφενός αναφέρονται ρητώς και κατονομάζονται με τον όρο «κράτηση» κι αφετέρου υπολογίζονται απαραίτητως στην προσφορά διότι παρακρατούνται και δεν επιστρέφονται στην εταιρία. Με άλλες λέξεις, από τις διατάξεις της διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού δεν προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνταν να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή για τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλο καταβαλλόμενο ποσό, του οποίου η καταβολή έχει προσωρινό χαρακτήρα, όπως η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, η οποία προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία (βλ. αντιθέτως ΔΕφΘεσ/νίκης 26/2019 σε συμβ. όπου κρίθηκε αντίθετα λόγω της ασαφούς και μη ορισμένης αναφοράς της διακήρυξης). **Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς δεν όφειλαν να αναφερθούν στον εν λόγω παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8% ή να τον συμπεριλάβουν στην οικονομική προσφορά τους, ως «κράτηση», εφόσον, άλλωστε, δεν υπήρχε διακριτό πεδίο, με αποτέλεσμα να ακολουθήσουν πιστά το προαναφερθέν δεσμευτικό Υπόδειγμα ανάλυσης οικονομικής**

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

προσφοράς. II. Άλλωστε, το άρθρο 64 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013), το οποίο επικαλέστηκε στο υπόμνημα της στο σημείο ζ'. η εταιρία καθώς και η Δ/ση στην με Αριθ.Πρωτ. .../.../31-10-2019 απόφαση της αναφέρεται σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος και όχι σε «κράτηση» υπέρ τρίτου. Επομένως, εσφαλμένα ισχυρίστηκε η εταιρία στο υπόμνημα της και έγινε δεκτό μετέπειτα από την Δ/ση - ότι η παρακράτηση φόρου 8% θα έπρεπε να συμπεριλαμβάνεται από τους διαγωνιζόμενους στις οικονομικές τους προσφορές, καθόσον οι μεν «κρατήσεις» υπέρ τρίτων είναι πραγματικό κόστος του αναδόχου της σύμβασης, ενώ η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% δεν είναι κόστος, αλλά προκαταβολή φόρου. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί, σε αντίθεση με τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται (ΕΣ Ολ 807/1997, ΕΣ Τμ Ι Απόφαση 2854/2008, 622/2002 κ.ά.) Στα ανωτέρω συνηγορεί και το γεγονός ότι στην πράξη η παρακράτηση φόρου υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων, επί του καθαρού ποσού της αξίας των υπηρεσιών, μετά την αφαίρεση όλων των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων. Επισημαίνεται ότι, όπως διευκρινίζεται στην εγκύκλιο ΠΟΑ 1007/2017 της Α.Α.Δ.Ε., οι αμοιβές για τεχνικές υπηρεσίες, αμοιβές διοίκησης, αμοιβές για συμβουλευτικές υπηρεσίες ή και αμοιβές για παρόμοιες υπηρεσίες που λαμβάνει, μέσω της μόνιμης εγκατάστασής του στην Ελλάδα, νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα, φορολογικός κάτοικος κράτους - μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου, δεν υπόκεινται σε παρακράτηση φόρου. Από την ως άνω απαλλαγή εξαιρούνται οι αμοιβές που λαμβάνουν τα ως άνω νομικά πρόσωπα για τις υπηρεσίες που παρέχουν στους φορείς γενικής κυβέρνησης της παρ. 2 του άρθρου 64 του Κ.Φ.Ε. και ως εκ τούτου, υπόκεινται σε παρακράτηση με συντελεστές 1%, 4% ή 8%, κατά περίπτωση, καθώς και οι αμοιβές για τεχνικά έργα, που λαμβάνουν τα υπόψη νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες, οι οποίες υπόκεινται σε παρακράτηση φόρου με συντελεστή 3%, βάσει της περ. δ1 της παρ. 1 του άρθρου 64 του Κ.Φ.Ε. Σύμφωνα με την ίδια εγκύκλιο, από την έκδοσή της παύει να ισχύει κάθε άλλη εγκύκλιος με αντίθετο περιεχόμενο ως προς τη φορολογική αντιμετώπιση του

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

ίδιου ζητήματος. Τυχόν παρακρατηθέντα ποσά σύμφωνα με την προγενέστερη εγκύκλιο ΠΟΛ.1120/25.4.2014 δεν επιστρέφονται, αλλά ο παρακρατηθείς φόρος συμψηφίζεται με τις δηλώσεις φορολογίας εισοδήματος των οικείων φορολογικών ετών. Εξάλλου, όπως είναι γνωστό, σε περίπτωση που κατά την εκκαθάριση του φόρου εισοδήματος προκύψει μικρότερος ή καθόλου φόρος, ο «παρακρατηθείς» φόρος επιστρέφεται (ή συμψηφίζεται με άλλες οφειλές του φορολογικού υποκειμένου). Τη διαφορά αυτή διατυπώνει εμφατικά και η διακήρυξη, στα σημεία που έχει παραπέμψει στο υπόμνημα της και η Εταιρεία

Ειδικότερα, στο άρθρο 5 της διακήρυξης (σελ. 33) ως βάρος του αναδόχου αναφέρονται μόνο οι κρατήσεις υπέρ τρίτων («5.1.2. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης... Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού.»). Η παρακράτηση του φόρου, η οποία ξεκάθαρα δεν αποτελεί «κράτηση» υπέρ τρίτου, συνδέεται με την πληρωμή του τιμολογίου και όχι με την οικονομική προσφορά. Μάλιστα, προβλέπεται ρητά ότι χορηγείται βεβαίωση από την Υπηρεσία για την παρακράτηση του φόρου εισοδήματος. Αυτό γίνεται για τον λόγο που αναφέρθηκε αμέσως παραπάνω, καθόσον σε περίπτωση που κατά την εκκαθάριση του φόρου εισοδήματος προκύψει μικρότερος ή καθόλου φόρος, ο «παρακρατηθείς» φόρος επιστρέφεται (ή συμψηφίζεται με άλλες οφειλές του φορολογικού υποκειμένου). Εν προκειμένω, η κερδοφορία που προκύπτει από την προκηρυσσόμενη σύμβαση θα είναι τόσο μικρή, ώστε ο φόρος εισοδήματος που θα αναλογεί θα είναι μηδενικός, ο δε παρακρατηθείς φόρος θα επιστραφεί στο σύνολό του προς τους διαγωνιζόμενους φορείς και δεν θα αποτελέσει κόστος της σύμβασης. Αντιστοίχως, η παρακράτηση φόρου 8% δεν μπορεί να ερμηνευτεί, κατά την έννοια της διακήρυξης, ενόψει της ανωτέρω εκτιθέμενης φορολογικής ρυθμίσεως, ότι αποτελεί «επιβάρυνση» της οικονομικής προσφοράς, που δήθεν δεν υπολογίστηκε από την εταιρία μας. Είναι πασιδηλο ότι, πράγματι, φορολογείται η εταιρία μας επί του συνόλου του τιμολογίου και μας παρακρατείται προκαταβολικώς ποσό φόρου 8%, ωστόσο, ο συνολικός φόρος μας είναι 29%, τον οποίο καταβάλλουμε με την εκκαθάριση της φορολογικής

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

δήλωσης κατά το επόμενο ημερολογιακό έτος. Εντούτοις, εάν θέλει θεωρηθεί ότι θα έπρεπε να υπολογιστεί το 8% παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά κάθε συμμετέχοντος τότε μ' αυτό το σκεπτικό θα έπρεπε να υπολογιστεί και το ποσοστό του 29% που αποτελεί το φόρο εισοδήματος που πληρώνει κάθε εταιρία. Είναι προφανές ότι υπό την εκδοχή της απόφασης της Διεύθυνσης, η οποία υιοθέτησε την ερμηνεία της υπ' αριθ. 25/2019 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών καθώς και των υπ' αριθ. 1101/2019 και 1193-1194/2019 αποφάσεων της ΑΕΠΠ, θα έπρεπε να συμπεριλαμβάνονται στην προσφερόμενη τιμή οι κρατήσεις υπέρ τρίτων, καθώς και κάθε άλλη επιβάρυνση, μεταξύ των οποίων, περιλαμβάνεται και το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του Ν. 4172/2013. Ασφαλώς η εκδοχή αυτή δεν μπορεί να υποστηριχθεί και είναι αυθαίρετη, αλλά σε αυτό το άτοπο συμπέρασμα οδηγεί τελικώς η ερμηνεία την οποία υιοθέτησε εν προκειμένω η με Αριθ. Πρωτ. .../.../31-10-2019 απόφαση της Διεύθυνσης Η παρακράτηση φόρου 8%, αλλά και ο συνολικός φόρος στον οποίον υπόκειται κάθε επιχείρηση, τελικώς δεν αποτελεί «επιβάρυνση» της προσφοράς, διότι, όπως είναι ευχερώς κατανοητό με βάση τις γενικές αρχές της λογιστικής, από το σύνολο του ποσού του τιμολογίου αφαιρούνται οι πάσης φύσεως δαπάνες εκτέλεσης του έργου, οι οποίες έχουν κοστολογηθεί στην προσφορά κάθε συμμετέχοντος. Αυτό σημαίνει ότι εάν από τη συνολική προσφορά (ποσό τιμολογίου) αφαιρεθούν οι δαπάνες εκτέλεσης του έργου (μισθοδοσία, εισφορές, αναλώσιμα κ.λπ.) τότε απομένει μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος, το οποίο είναι το πράγματι επιβαρυνόμενο με φορολογία ποσό του τιμολογίου. Συνεπώς, με φόρο επιβαρύνεται μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος του αναδόχου και ουδέν άλλο ποσό, από το οποίο, όμως, μετά φόρων απομένει πάντα ορισμένο ποσό με θετικό πρόσημο που συνιστά το κέρδος της επιχείρησης. Με άλλες λέξεις, η προκαταβολή φόρου 8% αποτελεί προσωρινή παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία στη συνέχεια επιστρέφεται στην εταιρία μας με την εκκαθάριση της δήλωσης ή εν πάση περίπτωση συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις. Ενόψει των ανωτέρω, είναι ευχερώς διαπιστώσιμο ότι η παρακράτηση του 8% δεν συνιστά «επιβάρυνση» της προσφοράς, υπό την έννοια που υπολαμβάνει η Διεύθυνση Προμηθειών, Διαχείρισης Υλικού και Υποδομών και ως εκ τούτου ουδείς διαγωνιζόμενος τίθεται σε πλεονεκτικότερη θέση εάν δεν την υπολογίσει. Από

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

την άλλη πλευρά, η οικονομική προσφορά (όπως η δική μας) που δεν την προσμετρά δεν καθίσταται ζημιογόνος, ώστε να τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της νομιμότητας. Ασφαλώς, εάν ορισμένος διαγωνιζόμενος την υπολογίσει ως επιπλέον κόστος στην προσφορά του, όπως η καταθέτουσα το υπόμνημα, η προσφορά της δεν καθίσταται εξ αυτού του λόγου μη σύννομη, αλλά αυτός ο υπολογισμός έλαβε χώρα κατ' ενάσκηση της επιχειρηματικής ελευθερίας της προσφέρουσας εταιρίας και όχι διότι το επέβαλε ρητός όρος της διακήρυξης. Στην περίπτωση του επίδικου διαγωνισμού ο όρος της διακήρυξης **«Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού»** επ' ουδενί δεν οδηγεί τον έμπειρο διαγωνιζόμενο, όπως τυγχάνει η στο να θεωρήσει ότι η παρακράτηση 8% συνιστά «επιβάρυνση» υποχρεωτικώς υπολογιζόμενη στην οικονομική προσφορά της. Κατ' επέκταση, ο διαγωνιζόμενος που δεν προσμέτρησε επιπρόσθετα στην προσφορά του τη συγκεκριμένη παρακράτηση 8% δεν καθίσταται εξ αυτού του λόγου απορριπτέος, όπως εσφαλμένως θεώρησε η Δ/ση στην με Αριθ. Πρωτ. .../.../31-10-2019 απόφαση της καθώς και η ΑΕΠΠ στις ανωτέρω κατονομαζόμενες αποφάσεις της, εφόσον τεκμαίρεται εκ της κείμενης φορολογικής νομοθεσίας ότι η συγκεκριμένη προκαταβολή φόρου, μετά την εκκαθάριση της δήλωσης επιστρέφεται στον ίδιο, χωρίς να επιβαρύνει το κόστος του έργου, ώστε η εκτέλεσή του να θεωρηθεί ότι είναι ζημιογόνος. **Στην προκειμένη περίπτωση**, η εταιρία μας διαμόρφωσε την οικονομική της προσφορά λαμβάνοντας υπόψη όλα τα στοιχεία κόστους που προβλέπονται στη διακήρυξη του διαγωνισμού και επιβαρύνουν το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης (κόστος αναλωσίμων, διοικητικό κόστος, νόμιμες κρατήσεις κ.λπ.) **συνεκτιμώντας παράλληλα ότι κατά την πληρωμή της αμοιβής της (εφόσον μας ανατεθεί η σύμβαση) διενεργείται η προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου 8%, η οποία όμως, κατά τη διακήρυξη, δεν περιλαμβάνεται στις νόμιμες κρατήσεις, ούτε συνιστά κατά τα ανωτέρω «επιβάρυνση»** του κόστους του έργου, ώστε να κινδυνεύει η εκτέλεση της σύμβασης να καταστεί ζημιογόνος. **Πιο συγκεκριμένα, από τον πίνακα ανάλυσης της οικονομικής μας προσφοράς γίνεται ξεκάθαρα κατανοητό ότι αν αφαιρεθεί από το σύνολο του ποσού του τιμολογίου μας, το οποίο ανέρχεται στο ποσό των**

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

19.183,18 ευρώ, το κόστος μισθοδοσίας, τα λοιπά κόστη καθώς και το διοικητικό κόστος, ήτοι εν προκειμένω 18.686,51, 396,67 και 50 ευρώ αντίστοιχα, θα απομείνει ένα μικρό ποσό εργολαβικού κέρδους, ήτοι 50 ευρώ. Αυτό το ελάχιστο ποσό αν και είναι το μόνο που φορολογείται, αφενός δεν καθιστά την εκτέλεση της σύμβασης ζημιογόνο κι αφετέρου μετά τη φορολογική του επιβάρυνση απομένει πάντα ορισμένο ποσό με θετικό πρόσημο που συνιστά το κέρδος της επιχείρησης. Άλλωστε, ουδείς όρος της διακήρυξης ορίζει ρητώς ότι η παρακράτηση 8% πρέπει να υπολογίζεται επιπλέον της τιμής της οικονομικής προσφοράς που έχει δοθεί, όπως αυτή αναλύεται στον πίνακα του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010. Επομένως, στην επίδικη περίπτωση, δεν απαιτείτο να γίνει ως προς αυτήν την παρακράτηση 8% ειδικότερη μνεία ή επιπρόσθετος υπολογισμός στην ανάλυση των στοιχείων της οικονομικής μου προσφοράς, διότι αυτό, σύμφωνα με την ερμηνεία της απόφασης της Δ/νσης καθώς και των ανωτέρω κατονομαζόμενων αποφάσεων της ΑΕΠΠ, θα κατέληγε σε επαύξηση του κόστους εκτέλεσης του έργου κατά 8%, χωρίς αυτό να είναι επιθυμία ούτε του προσφέροντος ούτε της Αναθέτουσας Αρχής. Επισημαίνεται ότι η προκείμενη εκδοχή καταλήγει τελικώς σε επαύξηση του εργολαβικού κέρδους κατά 8% χωρίς αυτό να είναι καν επιθυμία του προσφέροντος, ο οποίος έχει ορίσει ρητώς το εργολαβικό κέρδος του στην ανάλυση του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010. Συνεπώς, η οικονομική μας προσφορά ουδόλως αποκλίνει από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, εφόσον ουδείς όρος της διακήρυξης ορίζει ρητώς και με σαφήνεια κάτι διαφορετικό, ενώ, σε κάθε περίπτωση, όπως ανέφερα πιο πάνω, το ποσό του φόρου εισοδήματος που τελικώς θα καταβάλω στο τέλος της οικείας οικονομικής χρήσης, συμψηφίζεται με το ποσό της γενόμενης παρακράτησης και, συνακόλουθα, το ποσό του τελικώς καταβαλλόμενου φόρου, συνιστά ποσοστό του εισοδήματος, με βάση τον κατά περίπτωση ισχύοντα φορολογικό συντελεστή, το οποίο κατανέμεται ομοιόμορφα σε όλα τα κέρδη της επιχείρησής μας από την άσκηση της δραστηριότητας της, στα οποία περιλαμβάνεται και το δηλωθέν εν προκειμένω εργολαβικό όφελος..»

19. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής επικαλείται την εκτενή αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης ως παρατίθεται στο από 22-10-2019 Πρακτικό (σκέψεις 9 και 10).

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

20. Επειδή η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τα άρθρ. 2.4.4, 5.1.2, και τους Πίνακες 1 και του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, το άρθρ. 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016, νομολογία των Δικαστηρίων και αποφάσεις της ΑΕΠΠ ισχυρίζεται ότι «...Σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις του νόμου και της οικείας διακήρυξης, 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 περιλαμβάνεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, η οποία, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 24 του ν.2198/1994, παρακρατείται υποχρεωτικά κατά την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών. 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 (πρβλ. ΣτΕ 563/2008 σκ. 4, ΕΑ ΣτΕ 446/2009, 840/2008). ... Το ζήτημα μάλιστα του υποχρεωτικού υπολογισμού στην οικονομική προσφορά των εταιρειών που συμμετέχουν σε αντίστοιχους διαγωνισμούς φύλαξης ή/και καθαριότητας, της συγκεκριμένης κράτησης, έχει αποτελέσει αντικείμενο δικαστικής κρίσης, με τα Δικαστήρια (ad hoc ΔΕφΑθ, 126/2019, 25/2019, 265/2016 και την ΑΕΠΠ (1101/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ) να αποφαινόμενοι ότι είναι παράνομη, και άρα απορριπτή, προσφορά που δεν έχει υπολογίσει την εν λόγω κράτηση. Ειδικότερα κατά τις σκέψεις των ως άνω αποφάσεων έχει κριθεί ότι (πρβλ. με αρ. 25/2019 απόφαση του ΔΕφΑθ): «Για τη θέσπιση της ως άνω υποχρέωσης δεν ήταν αναγκαίο να περιληφθεί στο Παράρτημα V Πίνακες ανάλυσης οικονομικής προσφοράς 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 καμίας απ' αυτές, πεδίο με αύξοντα αριθμό 8 «Μηνιαίες νόμιμες κρατήσεις επί της αξίας του τιμολογίου», που υπάρχει στους Πίνακες 1 και 2 του Κεφ Α του ως άνω Παραρτήματος.... (πρβλ. εδώ και σκ. 11 ΔΕφΑθ σκ.14, in fine) Και συνεχίζοντας αναφέρεται ότι: «εάν περιληφθεί στην προσφερόμενη από αυτές τιμή το ως άνω ποσοστό παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% όπως επιβάλλεται από τη διακήρυξη, το δηλωθέν από τις δύο αυτές ανθυποψήφιος

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

εταιρείες εργολαβικό κέρδος εξαλείφεται και η οικονομική προσφορά τους καθίσταται ζημιογόνα.» Τα ως άνω μάλιστα, και δη οι *in fine* ως άνω σκέψεις τόσο της με αριθμ. 1101/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ καθώς και της με αριθμ. 25/2019 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών λήφθηκαν υπόψη και από την από 31-20-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής (σκέψεις 7-8-9-10 αυτής) όπου με πλήρη νόμιμη και ειδική αιτιολογία απορρίφθηκαν οι προβληθέντες δια των διευκρινίσεων ισχυρισμοί της εταιρείας Περαιτέρω, από την αδιάστικτη δε γραμματική διατύπωση των όρων της οικείας διακήρυξης και επιπρόσθετα σύμφωνα και με το άρθρο 95§5α του ν.4412/2016 όπου ορίζεται ότι: «Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: «α)στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης», προκύπτει ότι οι οικονομικές προσφορές θα πρέπει να περιλαμβάνουν και να συνυπολογίσουν επί ποινή απόρριψης προσφοράς και τις υπέρ Δημοσίου Κρατήσεις στις οποίες η οικεία διακήρυξη ρητά περιλαμβάνει και απαιτεί τον συνυπολογισμό της προβλεπόμενης από την κείμενη νομοθεσία παρακράτησης φόρου εισοδήματος αξίας ποσοστού 8% επί του καθαρού ποσού. Τυχόν μη συνυπολογισμός της παρακράτησης φόρου 8% στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων, συνεπάγεται την άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς, λόγω παραβίασης επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης της διακήρυξης. Μάλιστα, η αναθέτουσα αρχή παραθέτοντας ειδική αναλυτική και εκτενή προς την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας αιτιολογία, ανέφερε ... Στο σημείο δε αυτό υπογραμμίζουμε ότι οι κρίσεις των δικαστικών αποφάσεων ΔΕφΑθ 126/2019 και 25/2019 και 1101/2019 της ΑΕΠΠ έχουν εξενεχθεί επί τη βάσει όρων διακηρύξεων ίδιων με τους όρους της οικείας διακήρυξης του εν θέματι διαγωνισμού. Τέλος, χαρακτηριστική είναι η κρίση της ΑΕΠΠ 1101/2019 όπου αναφέρει ότι: «16. Συνεπώς ο ισχυρισμός της δεύτερης παρεμβαίνουσας ότι «με τις επικαλούμενες στην προδικαστική προσφυγή αποφάσεις κρίθηκε το αντίθετο, λόγω της ασαφούς και μη ορισμένης αναφοράς των διακηρύξεων, που κατέλειπαν περιθώριο να εννοηθεί ότι στις επιβαρύνσεις που υπολογίζονται για την προσφερόμενη τιμή

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

συμπεριλαμβάνεται και η παρακράτηση φόρου 8%» είναι αβάσιμος και απορριπτέος. Επίσης, ο χρόνος καταβολής και η δυνατότητα συμψηφισμού της επίμαχης επιβάρυνσης, τα οποία επικαλείται η δεύτερη 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.» Συνεπώς, ορθώς δια της από 31-10-2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής αποκλείστηκε η οικονομική προσφορά της εταιρείας, λόγω μη συμπερίληψης του απαιτούμενου ποσού της παρακράτησης φόρου 8%, ...Παράλληλα, τονίζουμε ότι η εν λόγω επιχείρηση έχει αποδεχθεί την ως άνω απαίτηση της διακήρυξης με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον εν θέματι διαγωνισμό, ενώ εάν διατηρούσε οιαδήποτε αμφιβολία ως προς τον σχετικό όρο, μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις από την αναθέτουσα αρχή γεγονός όμως που ουδέποτε έπραξε (πρβλ. ΣτΕ Δ Τμήμα 2628/2017). Δεδομένο είναι δε ότι η απαίτηση της διακήρυξης είναι σαφέστατη και ρητά απαράβατη χωρίς να καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία ή αμφισημία περί του συνυπολογισμού της εν λόγω κράτησης στην οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, παρά το σχετικό «λογο-παίγνιο» στο οποίο για επίρρωση των αβάσιμων ισχυρισμών της προβαίνει η προσφεύγουσα εταιρεία («κράτηση» - «παρακράτηση») για να αιτιολογήσει δήθεν την εννοιολογική διαφορά της υποχρεωτικής συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%. Άλλωστε, η μη συμπερίληψη από την εταιρεία της επίμαχης παρακράτησης φόρου 8% στην προσφερόμενη τιμή της έχει, ως αναγκαίο επακόλουθο, να μην μπορεί να θεωρηθεί ως εύλογο το προϋπολογιζόμενο από την ίδια εργολαβικό της κέρδος. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τους ακόλουθους υπολογισμούς η οικονομική της προσφορά ορθώς απορρίφθηκε καθόσον αυτή καθίσταται ζημιογόνα αν τελικά συμπεριληφθεί η εν λόγω παρακράτηση στην οικονομική της προσφορά. Όπως η ίδια η προσφεύγουσα δηλώνει και στην προδικαστική της προσφυγή: «Πιο συγκεκριμένα, από τον πίνακα ανάλυσης της οικονομικής μας προσφοράς γίνεται ξεκάθαρα κατανοητό ότι αν αφαιρεθεί από το σύνολο του ποσού του τιμολογίου μας, το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 19.183,18 ευρώ, το κόστος μισθοδοσίας, τα

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

λοιπά κόστη καθώς και το διοικητικό κόστος, ήτοι εν προκειμένω 18.686,51, 396,67 και 50 ευρώ αντίστοιχα, θα απομείνει ένα μικρό ποσό εργολαβικού κέρδους, ήτοι 50 ευρώ. Αυτό το ελάχιστο ποσό αν και είναι το μόνο που φορολογείται, αφενός δεν καθιστά την εκτέλεση της σύμβασης ζημιογόνο κι αφετέρου μετά τη φορολογική του επιβάρυνση απομένει πάντα ορισμένο ποσό με θετικό πρόσημο που συνιστά το κέρδος της επιχείρησης.» Το εν λόγω ωστόσο ποσό των 50 ευρώ που απομένει ως εργολαβικό κέρδος είναι αδύνατο να καλύψει το ύψος του ποσού της παρακράτησης φόρου 8% που απαιτείται να συνυπολογιστεί κατά τα ανωτέρω αναλυτικώς αναφερόμενα, με αποτέλεσμα να καθίσταται η προσφορά της ζημιογόνα. Περαιτέρω, προς αντίκρουση δε της ορθής απόρριψης της οικονομικής της προσφοράς, η προσφεύγουσα εταιρεία παραθέτει τον κάτωθι συλλογισμό: « (...)Συνεπώς, η οικονομική μας προσφορά ουδόλως αποκλίνει από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, εφόσον ουδείς όρος της διακήρυξης ορίζει ρητώς και με σαφήνεια κάτι διαφορετικό, ενώ, σε κάθε περίπτωση, όπως ανέφερα πιο πάνω, το ποσό του φόρου εισοδήματος που τελικώς θα καταβάλω στο τέλος της οικείας οικονομικής χρήσης, συμψηφίζεται με το ποσό της γενόμενης παρακράτησης και, συνακόλουθα, το ποσό του τελικώς καταβαλλόμενου φόρου, συνιστά ποσοστό του εισοδήματος, με βάση τον κατά περίπτωση ισχύοντα φορολογικό συντελεστή, το οποίο κατανέμεται ομοιόμορφα σε όλα τα κέρδη της επιχείρησής μας από την άσκηση της δραστηριότητας της, στα οποία περιλαμβάνεται και το δηλωθέν εν προκειμένω εργολαβικό όφελος.» Ο εν λόγω συλλογισμός της εταιρείας αν και ορθός φορολογικά, εξικνείται από το αμφίβολο δεδομένο ότι η εταιρεία στο τέλος της οικείας οικονομικής χρήσης θα καταλείπει θετικό φορολογικό αποτέλεσμα προ φόρων (ήτοι κέρδη). Στην αντίθετη όμως περίπτωση, η οποία δεν μπορεί από τώρα να προδικαστεί, δηλαδή το εάν η εταιρεία θα εμφανίσει φορολογικές ζημίες (αρνητικό φορολογικό αποτέλεσμα) τότε το ποσό του παρακρατηθέντος φόρου εισοδήματος 8% θα δυσχεράνει επί το χείρω την ταμειακή ρευστότητα της εταιρείας και κατ' επέκταση την οικονομική της επιβίωση. Συνεπώς, το θετικό δηλωθέν εκ μέρους της εργολαβικό κέρδος ύψους 50 ευρώ στην προκείμενη περίπτωση, ουσιαστικά ακριβώς εξαιτίας της μη συμπερίληψης της επίμαχης παρακράτησης φόρου εισοδήματος θα καταστεί σε κάθε περίπτωση αρνητικό, με αποτέλεσμα η οικονομική της προσφορά να καταστεί ζημιογόνα. Άλλωστε,

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

δεν μπορεί να ειπωθεί η ορθότητα της οικονομικής προσφοράς μίας εταιρείας σε συσχέτιση με το όποιο φορολογικό αποτέλεσμα (θετικό ή αρνητικό – κέρδη ή ζημιές) του εκάστοτε οικονομικού φορέα στο τέλος μίας οικονομικής χρήσης, όπως επιχειρεί να κάνει η προσφεύγουσα, πόσω μάλλον να στηριχθεί σε τυχόν αμφίβολους συμψηφισμούς ή επιστροφές φόρων. Για τους ανωτέρω λόγους, ορθώς και με πλήρη ειδική αιτιολογία αποκλείστηκε η οικονομική προσφοράς της εταιρείας από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας και αναδείχθηκε μειοδότη η εταιρεία μας η οποία ήταν και η μόνη που είχε, ως όφειλε, συμπεριλάβει την επίμαχη παρακράτηση φόρου 8% στην οικονομική της προσφορά.»

21. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. 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....»

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρωνπροσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως: ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... »

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης...».

24. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά : α) Η οποία..... υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαραίτων όρων περί σύνταξης και

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης ...»

25. Επειδή, στο άρθρο 95 ν. 4412/2016 με τον τίτλο *Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών* 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...»

26. Επειδή, στο άρθρο 92 με τον τίτλο *Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής* 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..»

27. Επειδή στο άρθρο 68 «*Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών*» του ν. 3863/2010, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (ΦΕΚ 88' Α), ορίζεται ότι: «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής... στ) ... Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι)

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων...».

28. Επειδή, στα άρθρ. 61 και 64 του ν. 4172/2013 με τον τίτλο 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: « Άρθρο 61 Υπόχρεοι σε παρακράτηση 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 ... υποχρεούται σε παρακράτηση φόρου όπως ορίζεται στο άρθρο 64.. Άρθρο 64 Συντελεστές παρακράτησης φόρου» ... 2. Οι φορείς γενικής κυβέρνησης, εκτός από τις κεφαλαιουχικές εταιρείες, κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από φυσικά ή νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, να παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: ...γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών ...».

29. Επειδή, ομοίως στο άρθρο 24 με τον τίτλο Παρακράτηση φόρου στο εισόδημα από εμπορικές επιχειρήσεις του ν. 2198/1994 με τον τίτλο 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, ... 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

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: ...και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών ...».

30. Επειδή σύμφωνα στον όρο 2.4 της διακήρυξης προβλέπεται ότι « **2.4 Κατάρτιση - Περιεχόμενο Προσφορών ... 2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών** Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα I της Διακήρυξης, για όλες τις περιγραφόμενες υπηρεσίες.... **2.4.4.** ... Η προσφερόμενη τιμή δίδεται σε ευρώ (σε €), με ακρίβεια δύο (2) δεκαδικών ψηφίων, χωρίς Φ.Π.Α. και αφορά στο σύνολο των υπό ανάθεση υπηρεσιών όπως αυτές περιγράφονται στο Παράρτημα I, για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους από την υπογραφή του σχετικού συμφωνητικού/ σύμβασης (δηλαδή, δε λαμβάνεται υπόψη το δικαίωμα προαίρεσης). Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (και όπως ήδη επισημάνθηκε, μη λαμβανομένου υπόψη του δικαιώματος προαίρεσης), για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. ... Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δε δίνεται τιμή σε ευρώ ή που καθορίζεται σχέση ευρώ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης μη λαμβανομένου υπόψη του δικαιώματος προαίρεσης ... Οι συμμετέχουσες στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία οικονομικοί φορείς- πάροχοι υπηρεσιών φύλαξης- ασφάλειας (εργολάβοι), επί ποινή αποκλεισμού, ... Πρέπει ... να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. ...» Εν συνεχεία, στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « **2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών.** Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται ... με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους ... **2.4.4.** (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), ...θ) η οποία παρουσιάζει ... αποκλίσεις ως προς τους όρους .. της σύμβασης....» Ακολούθως, στον όρο **5. ΕΙΔΙΚΟΙ**

ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ προβλέπεται ότι « **5.1 Τρόπος πληρωμής...** **5.1.2** Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με: (α) Κράτηση 0,07% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης, Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, (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 ύψους 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. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού.» Εν συνεχεία, στο **Παράρτημα Ι - Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης** προβλέπεται ότι «...4. **ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΑΝΑΔΟΧΟΥ** 1. Η προσφερόμενη τιμή δίνεται σε ευρώ, ανά κτήριο, χωρίς Φ.Π.Α. ολογράφως και αριθμητικώς, για την εκτέλεση των υπηρεσιών με τον τρόπο που υποδεικνύεται από την Υπηρεσία, αναφέροντας και τη συνολική τιμή ολογράφως και αριθμητικώς. Η προσφερόμενη τιμή πρέπει να δίνεται με σαφήνεια ενιαία για το σύνολο των υπό ανάθεση υπηρεσιών, αλλιώς η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Στις προσφερόμενες τιμές περιλαμβάνονται όλες οι προβλεπόμενες νόμιμες κρατήσεις καθώς και κάθε άλλη δαπάνη η οποία θα απαιτηθεί για την υλοποίηση του έργου.» Ακολούθως στην διακήρυξη, παρατίθενται **Πίνακας 1- Οικονομικής Προσφοράς, Πίνακας 2- Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς**, όπως ακριβώς παρατίθενται και στην προσβαλλόμενη απόφαση (σκέψεις 9, 10) και παραλείπονται προς αποφυγή επαναλήψεων. Περαιτέρω, και παρά πόδας

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

των Πινάκων, στις σελ. 40-41 της διακήρυξης ορίζεται ότι « .. 3. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης- ασφάλειας (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων...»

31. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). 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 C19/00 Siac Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

32. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣτΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

33. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών, και πολλώ δε μάλλον όταν η τυχόν παραβίαση προβλέπεται ρητά επί ποινή αποκλεισμού (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, Α.Κ. ΚΑΦΤΑΝΗ, «Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς, Ακραιφνης τυπολατρία ή αναγκαίος όρος της ισότητας και της διαφάνειας»; ΔιΔικ, τ. 24, 2012, σελ 546, 547), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού. Σε κάθε δε περίπτωση εκφράσεις στην διακήρυξη όπως «πρέπει» ή «υποχρεωτικά» καθιστούν σαφές πέραν αμφιβολίας ότι η παράβαση του οικείου όρου που περιλαμβάνει μία από τις ως άνω εκφράσεις ή κάποια αντίστοιχη, οδηγεί άφευκτα κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σε απόρριψη της σχετικής Προσφοράς.

34. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και Ψ-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27).

35. Επειδή όπως προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας ως είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, και όπως έχει ομολογηθεί από την προσφεύγουσα τόσο με τις διευκρινήσεις της επί της προσφοράς της, όσο και με την υπό εξέταση προσφυγή (σκέψεις 8 και 18 αντίστοιχα), στην οικονομική της προσφορά δεν έχει περιλάβει στην προσφερόμενη τιμή την νόμιμη παρακράτηση προκαταβολής φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%. Όμως κατά τις προαναφερθείσες διατάξεις του άρθ. 92 παρ. 5 και 8, 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016, 68 παρ. 1 περ. στ του ν. 3863/2010, 61 και 64 του ν. 4172/2013, 24 του ν. 2198/1994 (σκέψεις 25, 26, 27, 28, 29 αντίστοιχα) και των άρθ. 2.4.4, 5.1.2, Παράρτημα Ι παρ. 4, και όρος 3 της σελ. 41-42 της Διακήρυξης (σκέψη 30), στην προσφερόμενη τιμή

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

περιλαμβάνεται υποχρεωτικά το σύνολο των κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου που βαρύνουν κατά νόμο τον ανάδοχο. Μεταξύ δε των εν λόγω επιβαρύνσεων περιλαμβάνεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%. Η επίμαχη προκαταβολή φόρου 8% παρακρατείται υποχρεωτικά κατά την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών και συνεπώς επιβαρύνει κατά το ισόποσο το συμβατικό αντάλλαγμα. Συναφώς έχει παγίως γίνει δεκτό ad hoc από την νομολογία ότι συντρέχει υποχρέωση -επί ποινή απόρριψης της προσφοράς- συμπερίληψης στην προσφερόμενη τιμή της προσφοράς κάθε νόμιμης επιβάρυνσης, μεταξύ των οποίων, περιλαμβάνεται και το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013 και μάλιστα αδιαστίκτως αν το συγκεκριμένο κονδύλιο αναγράφεται ή όχι στους Πίνακες-έντυπα της οικονομικής προσφοράς ως παρατίθενται στην διακήρυξη (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, 25/2019, 265/2016, βλ. και ΑΕΠΠ 135/2019, 1193-1194/2019 7^ο Κλιμάκιο, 1101/2019 5^ο Κλιμάκιο, 1223-1224/2019 8^ο Κλιμάκιο). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί, η υποχρέωση συμπερίληψης στην τιμή της προσφοράς της παρακράτησης της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος 8% *«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»*. Συνεπώς δεν έσφαλε η προσβαλλόμενη απόφαση που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας στην οποία δεν είχε συμπεριληφθεί η ως άνω νόμιμη επιβάρυνση παρακράτησης φόρου 8% επί του συμβατικού ανταλλάγματος. Ενώ σύμφωνα με τον νόμο και την διακήρυξη ρητώς και σαφώς όφειλε η παρακράτηση 8% υπέρ του Δημοσίου να περιλαμβάνεται στο ποσόν της προσφοράς ως *επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για παράδοση της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης*. Επομένως νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με τις αρχές της νομιμότητας και της τυπικότητας της διαδικασίας (σκέψεις 31, 32, 33, 34), όπως βάσιμα

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της (σκέψη 19) και στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης (σκέψη 9), και η παρέμβαση, καθόσον η προσφορά προσκρούει στους ρητούς και σαφείς ως άνω όρους της διακήρυξης και του νόμου (σκέψεις 25 έως 29 εκτενώς ως άνω) και ορθά κρίθηκε ως απορριπτέα σύμφωνα με το άρθ. 18, 53, 71, 91 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 21, 22, 23, 24) και το άρθ. 2.4.6 της διακήρυξης (σκέψη 30).

36. Επειδή ειδικότερα είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς και επί εσφαλμένης βάσης ερειδόμενοι όλοι οι ισχυρισμοί της προσφυγής ότι η επίμαχη παρακράτηση της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτων και για τον λόγο αυτό δεν οφείλεται να συμπεριληφθεί στην τιμή της προσφοράς. Και τούτο επειδή πράγματι μεν η επίμαχη παρακράτηση 8% δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτων, αλλά συνιστά *δε νόμιμη επιβάρυνση* του εργολαβικού ανταλλάγματος *υπέρ του Δημοσίου* και ως τέτοια ρητά σύμφωνα με τον νόμο και την διακήρυξη οφείλει να συμπεριληφθεί στην τιμή της προσφοράς (άρθ. 92 παρ. 5, 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016, 68 παρ. 1 περ. στ του ν. 3863/2010, 61 και 64 του ν. 4172/2013, 24 του ν. 2198/1994 (σκέψεις 26, 25, 27, 28, 29 αντίστοιχα) και των άρθ. 2.4.4, 5.1.2, Παράρτημα Ι παρ. 4, και όρος 3 της σελ. 41-42 της Διακήρυξης (σκέψη 30). Περαιτέρω είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς και αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφυγής ότι δεν οφείλετο εν προκειμένω να συμπεριληφθεί στην προσφορά η επίμαχη παρακράτηση 8% διότι δεν υπήρχε αντίστοιχο διακριτό πεδίο στο Υπόδειγμα της οικονομικής προσφοράς. Και τούτο επειδή πράγματι μεν δεν υπήρχε τέτοιο ειδικό πεδίο στους Πίνακες 1 και 2 οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος της διακήρυξης (σκέψεις 30 και 9), αλλά όμως δε ως έχει κριθεί *ad hoc* : *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 ΔΕφΑθηνών 126/2019 σκ. 11 in fine, και ΔΕφΑθ 25/2019 επί ομοίων όρων διακήρυξης, και ΑΕΠΠ 1101/2019 5^ο Κλιμάκιο). Σε κάθε περίπτωση το επίμαχο κονδύλιο μπορούσε και όφειλε να συμπεριληφθεί -αν όχι στο κονδύλιο με τον τίτλο*

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

Λοιπά κόστη του Πίνακα 2 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης (σκέψη 9)-, όμως τουλάχιστον στο χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς σύμφωνα με τον όρο 3 των σελ. 40-41 της διακήρυξης (σκέψη 30) και το άρθ. 68 του ν. 3863/2010 ως ισχύει σε συνδ. με το άρθ. 92 παρ. 5 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 27 και 26). Ακολούθως είναι απορριπτέοι ως αόριστοι αναπόδεικτοι και περαιτέρω αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφυγής ότι δεν οφείλετο να συμπεριληφθεί στην τιμή της προσφοράς η επίμαχη επιβάρυνση 8% υπέρ του Δημοσίου, διότι -κατά την προσφυγή- έχει προσωρινό χαρακτήρα, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται, και η κερδοφορία που προκύπτει από την προκηρυσσόμενη σύμβαση θα είναι τόσο μικρή, ώστε ο φόρος εισοδήματος που θα αναλογεί θα είναι μηδενικός, ο δε παρακρατηθείς φόρος θα επιστραφεί στο σύνολό του προς τους διαγωνιζόμενους φορείς και δεν θα αποτελέσει κόστος της σύμβασης. Όμως εν προκειμένω, ρητά σύμφωνα με τον νόμο και τους όρους της διακήρυξης πρέπει υποχρεωτικά να συμπεριλαμβάνονται στην τιμή της προσφοράς όλες οι νόμιμες υπέρ του Δημοσίου επιβαρύνσεις για την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης (όρος 2.4.4, 5.1.2 σε συνδ. με τον όρο 3 των σελ. 41-42, όρος 4 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης σκέψη 30 και άρθ. 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016 σκέψη 25). Παραμένει σε σαφές και ομολογημένο και από την προσφεύγουσα ότι για την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης απαιτείται σε κάθε περίπτωση να παρακρατείται η προκαταβολή του φόρου εισοδήματος 8% επί της αξίας του εργολαβικού ανταλλάγματος. Το πληρωτέο εργολαβικό αντάλλαγμα κατά την δεδομένη χρονική στιγμή υλοποίησης της προμήθειας (τιμολόγια του αναδόχου) επιβαρύνεται κατά το ισόποσο της παρακράτησης 8% επί τη τιμολογιακής αξίας, σύμφωνα με τα άρθ. 92 παρ. 5 και 8, 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016, 68 παρ. 1 περ. στ του ν. 3863/2010, 61 και 64 του ν. 4172/2013, 24 του ν. 2198/1994 (σκέψεις 25, 26, 27, 28, 29 αντίστοιχα) και των άρθ. 2.4.4, 5.1.2, Παράρτημα Ι παρ. 4, και όρος 3 της σελ. 41-42 της Διακήρυξης (σκέψη 30). 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

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

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 προσ απαιτηθεί 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. Σε κάθε περίπτωση, πάντα ταύτα τα αόριστα και αναπόδεικτα που ισχυρίζεται η προσφεύγουσα συσχετίζονται με την εν γένει πιθανολογούμενη και ενδεχόμενη φορολογική της υποχρέωση, και σε καμία περίπτωση δεν συσχετίζονται 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 της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης, και για τον λόγο αυτό οφείλεται να συμπεριλαμβάνεται στην τιμή της προσφοράς, ως ανωτέρω εκτενώς παρατίθεται (σκέψεις 35 και 36). Για τον ίδιο λόγο είναι απορριπτέος ως αόριστος, αντιφατικός και περαιτέρω αβάσιμος και ο ισχυρισμός της προσφυγής ότι αν θεωρηθεί ότι έπρεπε να υπολογιστεί στην προσφορά η επίμαχη παρακράτηση 8% τότε θα έπρεπε να υπολογιστεί και το ποσοστό του 29% που αποτελεί το φόρο εισοδήματος που πληρώνει κάθε εταιρία. Και τούτο ιδία επειδή i) Η επιβάρυνση υπέρ Δημοσίου με την παρακράτηση της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος 8% είναι παρούσα βέβαιη συγκεκριμένη νόμιμη απαίτηση που επιβαρύνει άνευ ετέρου κάθε ένα τιμολόγιο εκτέλεσης της υπό εξέταση υπηρεσίας, ενώ ii) Αντίθετα ο φόρος εισοδήματος 29% είναι ποσόν που θέλει βεβαιωθεί από την φορολογική Αρχή αναλόγως των εν γένει αποτελεσμάτων της συνολικής οικονομικής

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

δραστηριότητας του προσφέροντος, της επικέρδειάς του και ίδια του ύψους του καθαρού εισοδήματός του, και επί πλέον iii) Όλως αντιφατικώς η ίδια η προσφεύγουσα αορίστως προδίκασε ότι δεν μέλλει να φορολογηθεί καν δεδομένης της ελάχιστης επικέρδειας των δραστηριοτήτων της, πράγμα που αναιρεί τον ισχυρισμό της περί παρακράτησης φόρου 29%. Σε κάθε περίπτωση πάντως τα επίμαχα υπό εξέταση μεγέθη και δη από την μία πλευρά η παρακράτηση της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος 8% και από την άλλη πλευρά ο φόρος εισοδήματος 29% είναι μεγέθη μη συγκρίσιμα κατά την νομική τους φύση, προορισμό και σύσταση. Περαιτέρω είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και ο ισχυρισμός της προσφυγής ότι *ουδείς διαγωνιζόμενος τίθεται σε πλεονεκτικότερη θέση εάν δεν την υπολογίσει* (εννοεί την επίμαχη παρακράτηση 8%). Και τούτο διότι καταφανώς 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. Περαιτέρω είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής και ο ισχυρισμός της προσφυγής ότι η προσφορά της δεν θα καταστεί ζημιογόνος ακόμη και αν υπολογιστεί η επίμαχη παρακράτηση 8%. Και τούτο ίδια επειδή εν προκειμένω η προσφορά δεν έχει απορριφθεί ως ζημιογόνος αλλά λόγω παράβασης της εκ του νόμου και της διακήρυξης υποχρέωσης της προσφεύγουσας όπως συμπεριλάβει την επίμαχη παρακράτηση στην τιμή της προσφοράς της. Για τους λόγους αυτούς είναι απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της προσφυγής ως αλυσιτελείς, αβάσιμοι, αόριστοι και ανυποστήρικτοι.

36. Επειδή περαιτέρω πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι οι ισχυρισμοί της παρέμβασης με τους οποίους υποστηρίζεται ότι η προσφορά της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί και για τον επί πλέον λόγο ότι προσφορά καθίσταται ζημιογόνος, αν ληφθεί υπ' όψιν ως απαιτείται η επίμαχη παρακράτηση προκαταβολής φόρου εισοδήματος 8% (σκέψη 20, σελ. 25 και επ). Και τούτο επειδή, παρίσταται απαράδεκτη η προβολή τέτοιων ισχυρισμών με άσκηση παρέμβασης, η οποία σύμφωνα με τον νόμο, δεν μπορεί παρά να κατατείνει μόνο στην διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης και στην ορθότητα των λόγων της, και όχι στην τροποποίησή της όπως εν προκειμένω επιδιώκεται με την προσθήκη επιπρόσθετης αιτιολογίας περί την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

προσφεύγουσας. Εξ άλλου και σε κάθε περίπτωση, η παρεμβαίνουσα στρέφεται κατά ήδη απορριφθείσας προσφοράς, προβάλλοντας λόγο που δεν αφορά στην διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης αλλά στην αιτιολογία της. Όμως, αλυσιτελώς προβάλλονται οι παραπάνω ισχυρισμοί της παρέμβασης περί ζημιογόνας προσφοράς, καθώς εφόσον η προσφορά ενός διαγωνιζομένου απορρίπτεται ήδη από την αναθέτουσα αρχή για ορισμένο λόγο, άλλος διαγωνιζόμενος δεν έχει έννομο συμφέρον, ούτε μπορεί να επιδιώξει την απόρριψη της προσφοράς για διαφορετικό λόγο ή και για διαφορετικό λόγο (ΔΕΦΑΘ (Αναστ) 232/2014, ΔΕΦΑΘ (Ακυρ) 632/2013), πράγματα τα οποία επί πλέον απαραδέκτως προβάλλονται με την άσκηση παρέμβασης. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα δεν αμφισβητεί -ούτε θα μπορούσε παραδεκτά να αμφισβητεί- το κύρος του διατακτικού της προσβαλλόμενης ως προς τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας, ούτε εξάλλου αμφισβητεί αλλά αντίθετα συνομολογεί την ορθότητα των συγκεκριμένων αιτιολογιών που διαλαμβάνονται στην προσβαλλόμενη σχετικά με τον αποκλεισμό αυτό, προβάλλοντας όμως απαραδέκτως και αλυσιτελώς ισχυρισμούς για την συμπλήρωση των αιτιολογιών της.

37. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

38. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

39. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή με την επιφύλαξη της σκέψης 36.

40. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη 38, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης : 9/2020

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 12-12-2019 και εκδόθηκε την 2-1-2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Βασιλική Κωστή