

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 4.10.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1523/6.10.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που κατοικοεδρεύει στη «...».

Κατά της «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 1874/22.08.2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. οικ. 78/4.08.2023 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Στην εν λόγω απόφαση ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. 1482/4.07.2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. οικ. 64/27.06.2023 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το σκέλος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Με την παρέμβαση του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 29.09.2023 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 96.774,19€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. «...» Διακήρυξη, προκήρυξε δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 120.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 9.06.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...» Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 4.10.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 27.09.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 13.10.2023, ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή την 6.10.2023, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό

και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

5. Επειδή, ο παρεμβαίνων στις 20.10.2023, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 18.10.2023, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

6. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος πέντε οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Με την υπ' αριθμ. 1482/4.07.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ο παρεμβαίνων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού, και ο προσφεύγων δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας. Κατόπιν δε ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, με την προσβαλλόμενη απόφαση ανακηρύχθηκε ο παρεμβαίνων οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

7. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

8. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : ... ιζ) τους απαραίτους 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 κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

9. Επειδή, το άρθρο 95 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «...5. Στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας αγαθών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: α) η τιμή του προς προμήθεια αγαθού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, καθώς 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.[...]».

10. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «... 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης που είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης. Η Οικονομική Προσφορά του οικονομικού φορέα, υποβάλλεται επί ποινή απορρίψεως στον (υπό) φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» Η οικονομική προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας: Α) Την συνολική τιμή προσφοράς, για το χρονικό διάστημα δύο (2) ετών και το σύνολο των «...» όπως αυτά αναφέρονται στον Πίνακα «...» του Παραρτήματος Ι της παρούσας, στην αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. [...] Β) Τους Πίνακες 1 και 2 του Παραρτήματος ΙΙΙ της παρούσας Διακήρυξης, σε μορφή αρχείου .pdf, συμπληρωμένους και ψηφιακά υπογεγραμμένους. Στον Πίνακα 1 της οικονομικής προσφοράς, θα πρέπει να συμπληρώνεται η τιμή προσφοράς που δίνεται ανά «...», ανά μήνα, για το σύνολο της διετίας και το γενικό σύνολο. Στον Πίνακα 2 της οικονομικής προσφοράς θα δηλώνονται, επί ποινή απορρίψεως, τα στοιχεία που απαιτούνται από το άρθρο 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010 (ΦΕΚ 115/Α/2010)[...] 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.[...] Σύμφωνα δε με την παρ. 5 περ. α' του άρθρου 95 του ν. 4412/2016, θα περιλαμβάνει και τις 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[...] 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 υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης....». Κατά δε τα παγίως γεγόμενα 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, 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. 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. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς. Περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, οι διευκρινίσεις, εφόσον δημοσιευτούν προσηκόντως, εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται.

11. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος διότι δεν έχει υπολογίσει στην οικονομική του προσφορά την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, ως απαιτείται από τη διακήρυξη και τη σχετική διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής σε αντίθεση με την παγίως κρατούσα νομολογία επί του ζητήματος.

12. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης και τη γραμματική ερμηνεία των διαληφθέντων στη σκέψη 10 της παρούσας όρων

της διακήρυξης προκύπτει ευκρινώς ότι στην εξεταζόμενη περίπτωση, οι συμμετέχοντες θα πρέπει να υποβάλλουν την οικονομική τους προσφορά, στη δε αναγραφόμενη από τις συμμετέχουσες εταιρείες παροχής υπηρεσιών «...» τιμή, επί ποινή αποκλεισμού, θα πρέπει να περιλαμβάνουν στην τιμή της προσφορά τους, τη παρακράτηση φόρου που διενεργείται επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, τις υπέρ τρίτων κρατήσεις καθώς 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. Περαιτέρω, ρητώς ορίζεται στην υπόψη διακήρυξη ότι με κάθε πληρωμή του αναδόχου, θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8%, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας προ ΦΠΑ μείον των νομίμων κρατήσεων. Κατά την γνώμη που επικράτησε στο Κλιμάκιο, η επίμαχη παρακράτηση φόρου εισοδήματος, πρόδηλα δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου ούτε, όμως, εμπίπτει στην έννοια της «κάθε άλλης επιβάρυνσης» που περιλαμβάνεται στην τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας κατά τις διατάξεις της παρ. 2.4.4 και 5.1.2 καθώς και το Παράρτημα Β΄ της ένδικης διακήρυξης, οι οποίες επαναλαμβάνουν τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 95 του ν. 4412/2016, όπως αυτές ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο. Τούτο, διότι η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου, έχει προσωρινό χαρακτήρα, αφού η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού στο Δημόσιο εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, ανάλογα με τα ετήσια κέρδη ή το καθαρό εισόδημα που αυτός δηλώνει, σε σχέση με τα ποσά φόρου που έχουν παρακρατηθεί. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΕΣ Ολ. 807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.ά.), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογούμενου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να το αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται. Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που

επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του, προσauξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, η οποία αφενός υποχρεούται να προσauξάνει ανάλογα τον προϋπολογισμό της σύμβασης, με αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται στην εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού, αφετέρου υποχρεώνεται, τελικά, στην καταβολή ενός ποσού (του ποσού της παρακράτησης) το οποίο μπορεί να επιστραφεί εξ ολοκλήρου στον ανάδοχο μετά την εκκαθάριση του ετήσιου φόρου εισοδήματος και, πάντως, (υπολογιζόμενο επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, ήτοι, επί της αξίας του τιμολογίου μετά την αφαίρεση των νόμιμων κρατήσεων) δεν αντιστοιχεί στο φορολογητέο κέρδος του αναδόχου από τη συγκεκριμένη σύμβαση. Ενόψει αυτών, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στην ένδικη διακήρυξη ότι δηλαδή, οι οικονομικές προσφορές οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το πιο πάνω ποσοστό φόρου εισοδήματος που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, ούτε, άλλωστε, το αντίθετο συνάγεται από το περιληφθέν στον πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος Β΄ της υπόψη διακήρυξης, το οποίο, αναφερόμενο σε νόμιμες κρατήσεις επί της αξίας του τιμολογίου, δεν αναφέρεται στην εν λόγω παρακράτηση, ούτε, όμως, (το αντίθετο) συνάγεται από το άρθρο 5.1.2 της ένδικης διακήρυξης, το οποίο δεν ρυθμίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών, αλλά τον τρόπο πληρωμής του αναδόχου (και, ως εκ τούτου, η αναφορά του στην παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου δεν αρκεί για να θεμελιώσει υποχρέωση προσδιορισμού της προσφερόμενης τιμής κατόπιν συνυπολογισμού της εν λόγω παρακράτησης), δεν συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας για τον λόγο ότι δεν συμπεριέλαβε στην προσφορά της την εν λόγω παρακράτηση (Βλ. ad hoc ΔΕφΑΘ 211/2023, 2087/2022, 1923/2022, 1396/2022, 1268/2020, ΔΕφΘεσ

επί αναστολής 58/2022). Εξάλλου, και πέραν των ως άνω και το προβαλλόμενο εκ μέρους του προσφεύγοντος προς επίρρωση του ισχυρισμού του, περί μη νόμιμης προσφοράς και εκ του λόγου ότι με την με αριθμ. πρωτ. 73305/15.06.2023 διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, επιβεβαιώθηκε ότι η εν λόγω παρακράτηση του φόρου εισοδήματος ύψους 8% έπρεπε να συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά του παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Και τούτό διότι εφόσον η προαναφερόμενη διευκρίνιση κοινοποιήθηκε μόνο στον προσφεύγοντα, κατόπιν υποβολής σχετικού ερωτήματός του και δεν κατέστη γνωστή στο σύνολο των δυνητικών συμμετεχόντων, δεν εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεν δύναται να ληφθεί υπόψιν. Συνεπώς, κατά την άποψη που επικράτησε στο Κλιμάκιο ο προβαλλόμενος ως άνω λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος κατά τα βασίμως προβαλλόμενα και εκ μέρους του ίδιου του παρεμβαίνοντος .

Επειδή, κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Εισηγήτριας Μ.Κανάβα από τους όρους 2.4.4. και 5.1.2 και το Παράρτημα Β της διακήρυξης, συνάγεται σαφώς η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή εκτός από τις υπέρ του Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, και κάθε άλλη, κατά την κείμενη νομοθεσία, επιβάρυνση (πλην ΦΠΑ) για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η παρακράτηση φόρου εισοδήματος σε ποσοστό 8%. Δοθέντος δε ότι στις διατάξεις της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού ουδεμία διάκριση γίνεται αναφορικά με τον χαρακτήρα ή τη φύση των επιβαρύνσεων που βαρύνουν τον ανάδοχο, τυχόν εννοιολογικός προσδιορισμός της επίδικης παρακράτησης ως αποκλειστικά φορολογικής επιβάρυνσης του υποψηφίου αναδόχου, μη υπολογιζόμενης επί του αντικειμένου της σύμβασης όχι μόνο δεν βρίσκει έρεισμα στις διατάξεις του παρόντος διαγωνισμού αλλά έρχεται και σε αντίθεση με αυτές που ορίζουν ρητά τον υπολογισμό της επί της καθαρής αξίας των προσφερόμενων υπηρεσιών, σε κάθε δε περίπτωση, η φύση ή ο χαρακτήρας της επίμαχης παρακράτησης δεν αίρει την υποχρέωση του διαγωνιζομένου να συμπεριλάβει τη συγκεκριμένη επιβάρυνση στην

οικονομική του προσφορά, δίχως να συναρτάται από την ύπαρξη ή μη στον πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος της διακήρυξης διακεκριμένου προς τούτο πεδίου (βλ. *ad hoc* ΔΕφΑθηνών 1452/2023, 1923/2022, ΔΕφΘεσ/κης 211/2023, ΔΕφΚομ 40/2023, ΔΕφΛαρισας 128/2022). Επομένως, η μη τήρηση της υποχρέωσης συμπερίληψης στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης φόρου, η οποία συναρτάται αναγκαίως με τον τρόπο σύνταξης και το περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς, συνεπάγεται τον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου, καθώς εμπίπτει στους παρατιθέμενους στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης λόγους απόρριψης. Τα ανωτέρω ουδόλως αναιρούνται από το γεγονός ότι η με αριθμ. πρωτ. 73305/15.06.2023 διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία επιβεβαίωσε ότι απαιτείται να συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά και η παρακράτηση φόρου, κοινοποιήθηκε μόνον στον προσφεύγοντα, ο οποίος υπέβαλε σχετικό ερώτημα, και άρα, εφόσον η επίμαχη διευκρίνιση δεν κατέστη γνωστή στο σύνολο των δυνητικών συμμετεχόντων, δεν εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεν δύναται να ληφθεί υπόψιν. Εν προκειμένω, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων δεν έχει συνυπολογίσει στην οικονομική του προσφορά την παρακράτηση φόρου 8%. Αβασίμως, ενόψει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι πουθενά στη διακήρυξη δεν αναφέρεται ότι η παρακράτηση πρέπει να υπολογιστεί, επί ποινή απαραδέκτου, στην οικονομική προσφορά, καθώς και ότι συντρέχει ασάφεια της διακήρυξης επί του επίμαχου ζητήματος, τουναντίον τόσο το γράμμα της διακήρυξης όσο και το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού επιβάλλουν τον συνυπολογισμό της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά. Ομοίως για τον ίδιο λόγο, ήτοι βάσει της ύπαρξης ρητής και σαφούς υποχρέωσης της διακήρυξης περί υπολογισμού στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης φόρου 8%, αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων προβάλλει αιτιάσεις σχετικά με τη φύση της παρακράτησης. Επίσης, αλυσιτελώς, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, ο παρεμβαίνων επικαλείται έτερους διαγωνισμούς της ίδιας αναθέτουσας αρχής όπου συμμετείχε και δεν είχε συμπεριλάβει στην προσφορά του την

παρακράτηση φόρου 8%. Εξάλλου, εφόσον η υποχρέωση συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου προκύπτει ευθέως από τις διατάξεις της διακήρυξης, ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος περί μη κοινοποίησης σε όλους της με αριθμ. πρωτ. 73305/15.06.2023 διευκρίνισης θα πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελής. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Εισηγήτριας, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος και η προσφυγή να γίνει δεκτή.

13. Επειδή, βάσει των ανωτέρω υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει, να απορριφθεί, να γίνει δεκτή η παρέμβαση επί της προσφυγής και να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ'άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει, την προσφυγή

Δέχεται την παρέμβαση

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος επί της πρώτης προσφυγής παραβόλου ποσού 600 ευρώ υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 24 Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ