

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 07.04.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 508/10.04.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία ...«...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η απόφαση της με αριθμ. .../13.03.2023 συνεδρίασης (θέμα 21^ο), και η απόφαση της με αριθμ. .../30.03.2023 συνεδρίασης (θέμα 1^ο) του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίθηκαν το, από 02.02.2023, πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, το, από 20.02.2023 πρακτικό αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και το, από 30.03.2023, πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αντίστοιχα, της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκαν στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΠΛΥΣΙΜΑΤΟΣ ΚΑΙ ΣΤΕΓΝΟΥ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ (υπηρεσίες καθαριότητας/πλύσης/σιδερώματος ιματισμού)», εκτιμώμενης αξίας 86.000,00€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 17%, Κωδικός CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (με αριθμ. πρωτ.2022 διακήρυξη, συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά της, κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ., ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 07.04.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 508/10.04.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι οι προσβαλλόμενες πράξεις της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκαν στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 30.03.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά του αποκλεισμού της από την ένδικη διαδικασία, αλλά και κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «...», το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο

Αριθμός απόφασης: 846/2023

επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως: α) απορρίφθηκε η προσφορά της, με το σκεπτικό ότι, κατά παράβαση του άρθρου 2.2.6. της διακήρυξης και του Παραρτήματος ΙΙ αυτής, δεν δήλωσε το συνολικό προσωπικό που απασχολεί εν γένει, αλλά δήλωσε μόνο το προσωπικό που θα απασχολήσει στο πλαίσιο της προς ανάθεση σύμβασης και β) έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας, διότι δεν συμπεριέλαβε στην οικονομική προσφορά της την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, κατά παραβίαση του νόμου και της διακήρυξης (βλ. άρθρ. 2.4.4., 2.5.1. και το με αριθμ. πρωτ. .../23.01.2023 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής προς τους οικονομικούς φορείς).

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (18.04.2023), ήτοι, οχτώ (08) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 07.04.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../20.04.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή στο άρθρο 64 παρ. 2 του ν. 4172/2013 «Φορολογία εισοδήματος, επείγοντα μέτρα εφαρμογής του ν. 4046/2012, του ν. 4093/2012 και του ν. 4127/2013 και άλλες διατάξεις» (Α' 167), 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: αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1%)*

Αριθμός απόφασης: 846/2023

για τα υγρά καύσιμα και τα προϊόντα καπνοβιομηχανίας, ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών. Εξαιρούνται από την παρακράτηση φόρου οι υπόχρεοι του πρώτου εδαφίου: αα) όταν προμηθεύονται αγαθά ή τους παρέχονται υπηρεσίες και δεν απαιτείται σύμβαση, εφόσον η καθαρή αξία αυτών, κατά συναλλαγή, δεν υπερβαίνει το ποσό των εκατόν πενήντα (150) ευρώ, ββ) [...]

8. Επειδή, στην υπ' αριθμ. ΠΟΛ.1131/25.5.1994 εγκύκλιο του Υπουργείου Οικονομικών, με θέμα: «Παρακράτηση φόρου κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 24 του ν. 2198/1994», προβλέπεται ότι: «...Η παρακράτηση θα γίνεται επί της καθαρής αξίας των τιμολογίων ήτοι επί της αξίας που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των τυχόν κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου που βαρύνεται ο προμηθευτής, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις. Η παρακράτηση αυτή θα διενεργείται από την υπηρεσία ή τον υπόλογο κατά το χρόνο της καταβολής (πληρωμής) της αξίας των αγαθών ή των υπηρεσιών και ανεξάρτητα εάν εξοφλείται ολόκληρη η αξία του τιμολογίου αγοράς ή μέρος αυτής. Στην περίπτωση εκδόσεως ενταλμάτων πληρωμής το ποσό του φόρου που πρέπει να παρακρατηθεί θα αναγράφεται στη στήλη των κρατήσεων κατά το χρόνο έκδοσης αυτών ... Ο φόρος που παρακρατείται με τους ανωτέρω συντελεστές 1%, 4% και 8% εκπίπτει από το φόρο που αναλογεί στο συνολικό καθαρό εισόδημα της φορολογούμενης επιχείρησης κατά την υποβολή της δήλωσης φορολογίας εισοδήματος με την προϋπόθεση ότι η βεβαίωση ή οι βεβαιώσεις παρακράτησης του φόρου θα επισυνάπτονται στην δήλωση αυτή. Αν το ποσό του φόρου που παρακρατήθηκε είναι μεγαλύτερο από τον οφειλόμενο φόρο και αν η επιχείρηση δεν οφείλει φόρο (λόγω ζημιών ή άλλης αιτίας) η επιπλέον διαφορά θα επιστρέφεται στην επιχείρηση.».

9. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής: μη νόμιμη απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η τεχνική της προσφορά κρίθηκε μη νομίμως απορριπτέα, με το εξής σκεπτικό: «Σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II της διακήρυξης (σελ. 52) οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να περιλαμβάνουν

Αριθμός απόφασης: 846/2023

υποχρεωτικά στην τεχνική τους προσφορά, μεταξύ άλλων, στοιχεία για τον αριθμό του απασχολούμενου προσωπικού. Εν προκειμένω, ο οικονομικός φορέας «...» δεν υπέβαλε στον φάκελο της τεχνικής του προσφοράς κανένα απολύτως στοιχείο σχετικά με τον αριθμό του προσωπικού που απασχολεί. Η δήλωση του οικονομικού φορέα στο αρχείο «28_ΑΡΘΡΟ 68_signed» «α) Ο Συνολικός αριθμός εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο υπό ανάθεση έργο είναι 4 (τέσσερα) άτομα συμπεριλαμβανομένου του ατόμου των ρεπό, σε εβδομαδιαίο κυλιόμενο πρόγραμμα 5ημερης εργασίας. Οι ημέρες και ώρες εργασίας των ατόμων είναι οι εξής: 3 άτομα καθημερινά Δευτέρα έως Σάββατο σε 8ωρη πρωινή ή απογευματινή απασχόληση έκαστος, σύμφωνα με τις ανάγκες του Νοσοκομείου (συνολικά 144 ώρες εργασίας εβδομαδιαία)» δεν ανταποκρίνεται στη απαίτηση του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II της διακήρυξης (σελ. 52), καθώς με τον ανωτέρω όρο των τεχνικών προδιαγραφών του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II δεν ζητήθηκε η υποβολή στοιχείων για τον αριθμό των ατόμων που θα χρησιμοποιήσουν οι οικονομικοί φορείς για την εκτέλεση της υπό σύναψη σύμβασης, αλλά η υποβολή στοιχείων για τον αριθμό του προσωπικού που απασχολούν οι οικονομικοί φορείς. Επομένως, η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης και ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης, καθώς δεν υποβλήθηκαν στοιχεία στο φάκελο της τεχνικής του προσφοράς για τον αριθμό του απασχολούμενου προσωπικού του, παραβιάζοντας τους όρους του άρθρου 2.2.6., 2.4.3.2. και του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II της διακήρυξης και ως εκ τούτου, η προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα απορρίπτεται.».

Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: α) σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν αναφέρεται ρητά και με σαφήνεια ότι οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να καταγράψουν στις προσφορές τους τον συνολικό αριθμό εργαζομένων που απασχολούν σε όλα τα δημόσια και ιδιωτικά έργα που αναλαμβάνουν και επομένως, ορθώς υπέβαλε το αρχείο: «28_ΑΡΘΡΟ 68_signed», στο οποίο αναφέρει τον συνολικό αριθμό εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο υπό ανάθεση έργο, β) εάν η οικεία αναθέτουσα αρχή επιθυμούσε να συμπεριλάβουν οι υποψήφιοι στην προσφορά τους στοιχεία

για τον αριθμό του συνολικά απασχολούμενου στην επιχείρησή τους προσωπικού, όφειλε να το είχε διατυπώσει ρητά και με σαφήνεια, θέτοντας στη διακήρυξη φράσεις, όπως για παράδειγμα, «στοιχεία για τον αριθμό του συνολικά απασχολούμενου στην εταιρεία προσωπικού» ή «στοιχεία για τον μέσο όρο του προσωπικού που απασχολείται στην εταιρεία» ή κάποια άλλη παρεμφερή φράση, από τις οποίες να προκύπτει σαφώς ότι η έννοια του «απασχολούμενου προσωπικού» αφορά στο σύνολο του προσωπικού που απασχολείται σε όλα τα έργα της επιχείρησης και όχι μόνο στο προσωπικό που θα απασχοληθεί στο συγκεκριμένο έργο, γ) η έτερη συμμετέχουσα, ένωση «...» - «...» συμπεριέλαβε, επίσης, στην προσφορά της στοιχεία που αφορούν αποκλειστικά στους εργαζομένους του συγκεκριμένου έργου, γεγονός που αποδεικνύει ότι ο μέσος επιμελής οικονομικός φορέας δεν αντιλήφθηκε ευχερώς ότι στο Παράρτημα II της διακήρυξης ζητείται ο συνολικός αριθμός του προσωπικού που απασχολεί εν γένει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας και δ)) η οικεία αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να της απευθύνει πρόσκληση προς συμπλήρωση ή διόρθωση των στοιχείων εκείνων της προσφοράς της, τα οποία, λόγω της ασάφειας της διακήρυξης, υπεβλήθησαν κατά τρόπο ελλιπή ή εσφαλμένο (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011, ΜΔΕφ Θεσσαλονίκης Γ' 193/2019).

• Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι από τη γραμματική διατύπωση των άρθρων 2.2.6. και 2.4.3.2. της διακήρυξης, αλλά και του Παρατήματος II αυτής, προκύπτει σαφώς ότι η επίμαχη απαίτηση σχετικά με το απασχολούμενο προσωπικό ουδόλως αναφέρεται ειδικά στην συγκεκριμένη σύμβαση, αλλά αντιθέτως, αναφέρεται στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των διαγωνιζομένων. Επομένως, κατά την άποψη της παρεμβαίνουσας, από το σαφές γράμμα των σχετικών όρων ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται για το ότι η αναθέτουσα αρχή ζητεί, εν προκειμένω, στοιχεία που αφορούν στον συνολικό αριθμό του προσωπικού που απασχολούν οι διαγωνιζόμενοι, στην εμπειρία τους στον τομέα πλήσης και σιδερώματος ιματισμού και ειδικότερα, στον τομέα της πλήσης νοσοκομειακού ιματισμού, αλλά και στην οικονομική τους υπόσταση (βλ. Παράτημα II).

Β) Στο άρθρο 2.2.6 («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») της διακήρυξης, ορίζεται (βλ. σελ. 16), ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι

οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν όσα αναγράφονται στο παράρτημα των τεχνικών προδιαγραφών της παρούσας διακήρυξης.».

Περαιτέρω, στο άρθρο 2.4.3.2. («Τεχνική Προσφορά») της διακήρυξης προβλέπεται (βλ. σελ. 26), ότι: *«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα...».* Επίσης, στο Παράρτημα II («Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων») της διακήρυξης (βλ. σελ. 52), ορίζεται ρητώς ότι: *«[...] ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΠΛΥΣΗΣ ΚΑΙ ΣΙΔΕΡΩΜΑΤΟΣ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΑΚΟΥ ΙΜΑΤΙΣΜΟΥ ΣΤΙΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΑΠΟ ΑΝΑΔΟΧΟ ΕΤΑΙΡΕΙΑ [...] Στην τεχνική προσφορά πρέπει μεταξύ άλλων να περιέχονται: α) Στοιχεία για τον αριθμό του απασχολούμενου προσωπικού. β) Στοιχεία για τη διάρκεια της εμπειρίας του διαγωνιζομένου στον τομέα πλύσης και σιδερώματος ιματισμού (εμπειρία μικρότερη των δύο (2) ετών, καθιστά την προσφορά τεχνικώς απαράδεκτη). γ) Στοιχεία για την εμπειρία του διαγωνιζομένου ειδικότερα στην πλύση νοσοκομειακού ιματισμού (ανεπαρκής εμπειρία , καθιστά την προσφορά τεχνικώς απαράδεκτη). δ) Στοιχεία για την οικονομική υπόσταση του διαγωνιζομένου (χρήσιμοι οι ισολογισμοί των τριών (3) τελευταίων ετών, τυχόν κλονισμένη οικονομική υπόσταση του».*

Από την συνδυαστική ερμηνεία των ως άνω όρων της διακήρυξης, συνάγεται σαφώς ότι στην τεχνική προσφορά των υποψηφίων θα πρέπει υποχρεωτικά να αναφερθεί ο συνολικός αριθμός του απασχολούμενου στην επιχείρηση προσωπικού, ως στοιχείο που σχετίζεται με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και όχι ο αριθμός του προσωπικού που θα εργαστεί στο πλαίσιο της υπό ανάθεση σύμβασης, απορριπτομένων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, κατά τους οποίους υφίσταται ασάφεια της διακήρυξης ως προς το κρινόμενο ζήτημα. Συνεπώς, η εκ μέρους της προσφεύγουσας υποβολή του ηλ. αρχείου: «28_ΑΡΘΡΟ 68_signed», δεν ανταποκρίνεται στη συγκεκριμένη και, σε κάθε περίπτωση, ρητή απαίτηση των άρθρων 2.2.6. και

Αριθμός απόφασης: 846/2023

2.4.3.2. της διακήρυξης, σε συνδυασμό με τον επίμαχο όρο του Παραρτήματος II της διακήρυξης (σελ. 52), που αφορούν στην υποβολή της τεχνικής προσφοράς των υποψηφίων, αλλά αποτελεί συμμόρφωση προς την απαίτηση του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, που αφορά στην υποβολή της οικονομικής προσφοράς των υποψηφίων. Ως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, η παράλειψη υποβολής των στοιχείων που αφορούν στο προσωπικό που απασχολεί εν γένει η επιχείρηση δεν δύναται να «θεραπευθεί» από την προκείμενη υποβολή στοιχείων του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, καθώς, ως ο νόμος ορίζει (βλ. άρ. 68 του μ. 3863/2010), οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης οφείλουν να αναφέρουν, μεταξύ άλλων, στην οικονομική τους προσφορά: α) τον αριθμό των εργαζομένων, β) τις ημέρες και τις ώρες εργασίας, γ) τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία 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 και στ) τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Επομένως, ο αριθμός των εργαζομένων που θα απασχολήσουν οι οικονομικοί φορείς στην υπό ανάθεση σύμβαση, θα πρέπει να δηλωθεί στην οικονομική προσφορά μαζί με τα λοιπά στοιχεία του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 που αφορούν στην υπό ανάθεση σύμβαση, όπως ο νόμος το επιτάσσει.

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα γίνεται δεκτό ότι, επειδή δεν υποβλήθηκαν τα ζητούμενα στοιχεία που αφορούν στο προσωπικό που απασχολείται εν γένει στην επιχείρηση της προσφεύγουσας, παραβιάστηκαν οι ανωτέρω όροι της διακήρυξης που αφορούν στην κατάρτιση της τεχνικής προσφοράς των διαγωνιζομένων και πιο συγκεκριμένα, στο κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.6. της διακήρυξης, αφού η υποβολή στοιχείων για το προσωπικό που διαθέτει εν γένει η εταιρεία έχει ενταχθεί στο κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6., ως, άλλωστε, προκύπτει από τη ρητή και σαφή παραπομπή του εν λόγω άρθρου στο Παράρτημα II της διακήρυξης (βλ. άρθρ. 2.2.6., το οποίο παραπέμπει σαφώς στο Παράρτημα II, αφού προβλέπει ότι: «...οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν όσα αναγράφονται στο παράρτημα των τεχνικών προδιαγραφών της παρούσας διακήρυξης»). Μάλιστα, η ανωτέρω πλημμέλεια της υπό εξέταση

Αριθμός απόφασης: 846/2023

προσφοράς είναι ουσιώδης αφού αφορά στην μη πλήρωση απαράβατου όρου της διακήρυξης και για τον λόγο αυτόν, δεν δύναται νομίμως να ζητηθεί η υποβολή συμπληρωματικών εγγράφων, ως αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων. Και τούτο διότι, κατά τα παγίως νομολογιακά κριθέντα, δεν είναι νόμιμη η διόρθωση της προσφοράς, όταν έχει ως συνέπεια τη μεταγενέστερη αντικατάσταση/προσκόμιση το πρώτον ουσιώδους εγγράφου, κατά τρόπο ώστε να αίρεται το απαράδεκτο της προσφοράς της αιτούσης (βλ., μεταξύ πολλών, ΕΑ ΣΤΕ 117/2019, υπ' αριθμ. 615/2022 απόφαση πρώην 2^{ου} κλιμακίου της Αρχής,). Με βάση τα προαναφερόμενα και λαμβανομένου υπόψη ότι η προσφεύγουσα αποδέχθηκε πλήρως τους όρους της διακήρυξης, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό και επιπλέον, ουδέποτε υπέβαλε σχετικό ερώτημα προς διευκρίνιση ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, αν και είχε σχετικό δικαίωμα, ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής που αφορά στον αποκλεισμό της από τη διαδικασία, θα πρέπει να απορριφθεί.

- 2^{ος} λόγος προσφυγής: μη συνυπολογισμός της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% στην οικονομική προσφορά της «...». Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της καθής η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, διότι δεν συμπεριέλαβε στην οικονομική προσφορά της την ρητώς προβλεπόμενη στην ένδικη διακήρυξη παρακράτηση φόρου 8%. Επίσης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε να είχε συμπεριλάβει στην προσφορά της και την προβλεπόμενη στο άρθρο 3 περ. (ε) υποπερ. Ββ '(πρώην εε') του ν. 3580/2007 και στο άρθρο 24 παρ. 6 του ν. 3846/2010 κράτηση 2%, την οποία, ωστόσο, δεν συμπεριέλαβε.

- Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι σε κανέναν όρο της ένδικης διακήρυξης δεν προβλέπεται ρητώς ότι απαιτείται η συμπερίληψη στην οικονομική προσφορά εκάστου προσφέροντος της φορολογίας εισοδήματος, μέρος της οποίας είναι και η παρακράτηση φόρου 8%, τουναντίον, από το άρθρο 2.4.4 της διακήρυξης, συνάγεται ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος είναι μέτρο προείσπραξης φόρου και όχι κράτηση υπέρ δημοσίου ή άλλης δημόσιας αρχής και δεν εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης (βλ. απόφαση ad hoc 1268/2020 ΔιοικΕφΑθ). Επίσης, η

Αριθμός απόφασης: 846/2023

παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι το άρθρο 5.1.2 της διακήρυξης, στο οποίο παραπέμπει η προσφεύγουσα προς υποστήριξη των σχετικών ισχυρισμών της, δεν ρυθμίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών, αλλά τον τρόπο πληρωμής του αναδόχου.

Τέλος, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι το άρθρο 5.1.2. της διακήρυξης που διευκρινίστηκε με το, από 23.01.2023, έγγραφο της αναθέτουσας αρχής αφορά μόνο στις κρατήσεις υπέρ τρίτων, στις οποίες, ωστόσο, δεν συμπεριλαμβάνεται η επίμαχη κράτηση 8%, η οποία αποτελεί προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου και 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, η δε ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται. Β) Στο άρθρο 2.4.4. («Περιεχόμενα Φακέλου “Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών») της διακήρυξης (βλ. σελ. 35), ορίζεται ότι: *«Στην τιμή περιλαμβάνονται οι 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.»* Επίσης, στο άρθρο 5.1. («Τρόπος πληρωμής») παρ. 2. της διακήρυξης (βλ. σελ. 51), ορίζεται ότι: *«Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση 0,10% 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 (παρ. 3 άρθρου 350 ν. 4412/2016) β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ της ανάπτυξης και συντήρησης του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς*

Αριθμός απόφασης: 846/2023

και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης, σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού.».

Τέλος, η προσφεύγουσα υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή το, από 20.01.2023, αίτημα διευκρινίσεων, με το οποίο ζήτησε, μεταξύ άλλων, να διευκρινιστεί το εξής ζήτημα: «Παρακαλώ όπως μας διευκρινίσετε εάν η παρακράτηση φόρου 8% πρέπει να συνυπολογιστεί στην οικονομική προσφορά που θα κατατεθεί.». Σε απάντηση του ως άνω ερωτήματος, η οικεία αναθέτουσα αρχή εξέδωσε το αρ. πρωτ. 1080/23.01.2023 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων, στο οποίο προέβλεψε τα εξής: «Στην οικονομική προσφορά της εταιρίας σας θα πρέπει να αναφέρεται η καθαρή αξία (χωρίς ΦΠΑ) καθώς και η αξία της προσφοράς σας συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, όπως αναφέρεται στον τόπο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στις Τεχνικές Προδιαγραφές στα Οικονομικά Στοιχεία. Ακόμα σύμφωνα με το 5.1.2 της Διακήρυξης 59/2022 ο ανάδοχος βαρύνεται με τις κρατήσεις υπέρ τρίτων που αναφέρονται.».

Ως έχει κριθεί νομολογιακά (βλ. υπ' αριθμ. 58/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, σκέψη 9): «9. Επειδή, η επίμαχη παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία προβλέπεται από το άρθρο 64 παρ. 2 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013, φ.ε.κ. Α' 67), πρόδηλα δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου ούτε, όμως, φαίνεται να εμπίπτει στην έννοια της «κάθε άλλης επιβάρυνσης» που περιλαμβάνεται στην τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας κατά τις διατάξεις της παρ. 2.4.2 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

Αριθμός απόφασης: 846/2023

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, προσαυξάνει 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 προσαυξάνει ανάλογα τον προϋπολογισμό της σύμβασης, με αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται στην εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού (ΔΕΦΑΘ 1268/2020), 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 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 φαίνεται να συνάγεται από το στοιχείο με Α/Α 13 του περιληφθέντος στο Παράρτημα V της ίδιας διακήρυξης υποδείγματος της οικονομικής προσφοράς, το οποίο, αναφερόμενο σε νόμιμες κρατήσεις επί της αξίας του τιμολογίου, παρίσταται πιθανό να μην αναφέρεται στην εν λόγω παρακράτηση, ούτε, όμως, (το αντίθετο) φαίνεται να συνάγεται από το άρθρο 5.1 της ένδικης διακήρυξης, το οποίο δεν ρυθμίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών, αλλά τον τρόπο πληρωμής του αναδόχου (και, ως

Αριθμός απόφασης: 846/2023

εκ τούτου, είναι υποστηρίξιμη η άποψη ότι 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), ούτε, τέλος, φαίνεται να συνάγεται από την από 23-10-2020 απάντηση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία γίνεται παραπομπή στο άρθρο 5.1 της διακήρυξης (χωρίς, τελικά, να δίδεται απάντηση στο υποβληθέν ερώτημα περί του τρόπου αναγραφής της παρακράτησης στην προσφορά), δεν φαίνεται να συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς της αιτούσας για τον λόγο ότι δεν συμπεριέλαβε στην προσφορά της την εν λόγω παρακράτηση.».

Σημειώνεται, επίσης, ότι τα ανωτέρω αναφερόμενα επαναλαμβάνονται στην υπ' αριθμ. Ν379/2021 απόφαση του Διοικ. Εφ. Αθηνών (σκ. 10), στην υπ' αριθμ. 268/2020 απόφαση του Διοικ. Εφ. Αθηνών (σκ. 6) και στην ΕΛΣυν 732/2022, Τμήμα VII). Υπό το πρίσμα των ανωτέρω αποφάσεων των δικαστηρίων, αλλά και ως προκύπτει από τις έγγραφες διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες αποσαφηνίστηκε το θέμα της συμπερίληψης (ή μη) της παρακράτησης φόρου 8% στις οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, στις οποίες τέθηκε ρητή επεξήγηση για το ότι θα πρέπει να συνυπολογιστούν μόνο οι νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων, οι οποίες αναγράφονται στο άρθρ. 5.1.2. της διακήρυξης, γίνεται δεκτό ότι η παρακράτηση φόρου 8% - η οποία κατά πάγια νομολογία, δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτων - δεν απαιτείται να συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά των οικονομικών φορέων στον υπό κρίση διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, κρίνονται βάσιμες οι αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής, κατά τις οποίες η επίμαχη παρακράτηση δεν ήταν υποχρεωτικό και δη, επί ποινή αποκλεισμού να αναφέρεται στην οικονομική προσφορά, διότι: i) στο άρθρο 5.1.2. της διακήρυξης, ως αυτό περαιτέρω διευκρινίστηκε, αναφέρονται ρητώς οι κρατήσεις υπέρ τρίτων που όφειλαν να συμπεριλάβουν οι διαγωνιζόμενοι στην προσφορά τους (πρόκειται για τις υπό στοιχείο α, β και γ κρατήσεις), ενώ σχετικά με τον φόρο εισοδήματος στο ως άνω άρθρο προβλέπεται απλώς ότι με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, χωρίς να επιβάλλεται στον διαγωνιζόμενο να τον καταχωρίσει στο πεδίο των κρατήσεων και ii) το Παράρτημα VII («Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς») της διακήρυξης ορίστηκε ως προαιρετικό και

Αριθμός απόφασης: 846/2023

επομένως, ουδόλως τέθηκε ειδικό και ως εκ τούτου, υποχρεωτικό πεδίο για τη συμπλήρωση της εν λόγω κράτησης, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Ομοίως, απορριπτέοι κρίνονται οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος που αφορούν στην υποχρέωση συμπεριλήψης της κράτησης 2% που προβλέπεται στον ν. 3580/2007 και στον ν. 3846/2010, στην οικονομική προσφορά των υποψηφίων, καθόσον ουδεμία σχετική πρόβλεψη τέθηκε και δη, επί ποινή αποκλεισμού στην εν λόγω διακήρυξη.

Καταληκτικά, στην υπό κρίση υπόθεση γίνεται δεκτό ότι επειδή στη διακήρυξη, όχι μόνο δεν τέθηκε ρητή και σαφής πρόβλεψη για το ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το επίμαχο ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, τουναντίον, με τις χορηγηθείσες διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής προβλέφθηκε ρητώς η μη συμπερίληψη του εν λόγω ποσού στην οικονομική προσφορά των υποψηφίων, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της καθής η προσφυγή, η οποία δεν συμπεριέλαβε την επίμαχη παρακράτηση φόρου στην οικονομική της προσφορά (βλ. και υπ' αριθμ. 1023/2021 απόφαση της Αρχής, σκ. 23). Με βάση τα προαναφερόμενα και δεδομένου ότι η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον 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, ο 2^{ος} λόγος προσφυγής που αφορά στην προσφορά της εταιρείας «...» θα πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και αντίστοιχα, θα πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 846/2023

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 17^η Μαΐου 2023 και εκδόθηκε την 06^η Ιουνίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ