

**Η**

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

**7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε την 25<sup>η</sup> Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχάλης Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.04.2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/800 /16.04.2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», διακριτικός τίτλος: «...» που εδρεύει στον ..., επί της οδού ...αρ. ... (εφεξής παρεμβαίνων), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ...(...) εφεξής αναθέτουσα αρχή, νομίμως εκπροσωπούμενης και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», με Α.Φ.Μ. ..., που εδρεύει στην ..., επί της ...αρ. ..., (εφεξής παρεμβαίνων), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... με αρ. πρωτ. 2090/34/30-3-2021 που κοινοποιήθηκε στις 5-4-2021 κατόπιν έγκρισης των αποφάσεων της ... της Διοίκησης κατά το μέρος με την οποία αποφασίστηκε η ανάδειξη προσωρινών αναδόχων και συγκεκριμένα: α) η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ...για τα Τμήματα Ε και ΣΤ της διαγωνιστικής διαδικασίας και η

## **Αριθμός απόφασης:1023/2021**

ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου σε αυτά και β) η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ...για τα Τμήματα Α και Β της διαγωνιστικής διαδικασίας και η ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου σε αυτά, ως νομικά πλημμελής και ως εκδοθείσα άνευ νομίμου αιτιολογίας και κατά παράβαση κατ' ουσίαν διάταξης νόμου, ή πάντως κατά πλάνη περί τα πράγματα, ενώ αντίθετα, όπως αναλυτικά αναφέρουμε, οι προσφορές τους έπρεπε να απορριφθούν και να αναδειχθεί πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας ο ίδιος.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

### **Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

#### **Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την με αρ. πρωτ. 80871/14.10.2019 και με αρ. 60/19 διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών φύλαξης και προστασίας του Οργανισμού για ένα έτος με δυνατότητα παράτασης για 6 μήνες, προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.922.746,06 € πλέον ΦΠΑ 24%. Ειδικότερα η διακήρυξη περιλαμβάνει 8 τμήματα, με δικαίωμα υποβολής προσφοράς για ένα, περισσότερα ή για το σύνολο τους.

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο (Φορέας ΑΕΠΠ), ύψους 6.394,00€ ευρώ (βλ. ηλεκτρονικά παράβολο με κωδικό ..., την από 15.04.2021 απόδειξη ηλεκτρονικής

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

πληρωμής του στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με αναφορά «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 14.10.2019 (βλ. άρθρο 1.6 της διακήρυξης), καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΑΔΑΜ: ...) στις 16.10.2019 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ....

4.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016. Επομένως, θεμελιώνεται η καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι οι προσβαλλόμενες κοινοποιήθηκαν στους ενδιαφερομένους στις 05.04.2021 δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του στη ζημία του από την τυχόν παράνομη συμμετοχή έτερων προσφερόντων επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

7. Επειδή, στις 16.04.2021, η αναθέτουσα αρχή προέβη δια της «επικοινωνίας» στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και απέστειλε στην ΑΕΠΠ εμπροθέσμως τις από 23.04.2020 απόψεις της, κατόπιν σχετικής κλήσης της

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

ΑΕΠΠ, τις οποίες, ωστόσο, καίτοι ορίζεται στο άρθρο 365 παρ. 1 ν. 4412/2016 ως τροποποιηθέν ισχύει με το αρ. 43 παρ. 41 ν. 4609/2019, δεν τις κοινοποίησε στον προσφεύγοντα, κλήθηκε δε και προς τούτο με την με αρ. 935/16.04.2021 παρ. 5 Πράξη της Προέδρου Κλιμακίου. Σημειώνεται ωστόσο, ότι με τις οικείες απόψεις της ουδόλως μεταβάλλει την αρχική θέση της επί της αποδοχής των προσφορών των καθού οικονομικών φορέων, ως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη.

8. Επειδή, ο παρεμβαίνων στις 26.04.2021 κατέθεσε την παρέμβασή του μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), ήτοι εμπροθέσμως η οποία είναι νομίμως υπογεγραμμένη και ασκήθηκε μετ' εννόμου συμφέροντος δοθέντος ότι, η προσφορά του κρίθηκε αποδεκτή.

9. Με την υπ αρ. ...προσβαλλόμενη απόφαση του Δ.Σ του Οργανισμού εγκρίθηκαν τα κάτωθι τα υπ. αρ. αριθμ. 22/22/05-02-2021, 23/23/22-02-2021 και 24/24/16-03-2021 πρακτικά της ... της Διοίκησης του Οργανισμού, σχετικά με τον επίμαχο Διαγωνισμό όπου ο ήδη παρεμβαίνων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για τα τμήματα Γ, Δ, Ζ.Η. Ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία ...ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για τα τμήματα Ε και ΣΤ.

10. Επειδή, ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης, σχετικού ιστορικού, και θεμελίωσης των προϋποθέσεων παραδεκτού της προσφυγής του, παραθέτει τα άρθρα 2.4.4 και 2.4.6 της διακήρυξης, το 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 και ισχυρίζεται ότι *«Σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις του νόμου και της οικείας διακήρυξης, στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνεται υποχρεωτικά το σύνολο των κρατήσεων*

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

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)». Στη συνέχεια ισχυρίζεται ότι «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 10/2020, 90/2020, 298/2020, 299/2020, 398/2020, 1063/2020 (Τριμελούς Ακυρωτικού Σχηματισμού) 126/2019, 25/2019, 265/2016, ΔΕφΘεσ/νίκης Ν27/2020, Ν17/2020, Ν26/2019, ΔΕφΠάτρας Ν52/2020, ΔΕφΚομοτηνής Ν1/2021 και την ΑΕΠΠ (9/2020, 1101/2019, 1193-1194/2019, 565, 566/2021, 608/2021 αποφάσεις της ΑΕΠΠ) να αποφαινόμενοι ότι είναι παράνομη, και άρα απορριπτέα, 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....

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

(πρβλ. εδώ και σκ. 11 ΔΕφΑΘ 25/2019 σκ.14, *in fine* καθώς και σκ.11, της ΔΕφΑΘ 10/2020, ΔΕφΘες 26/2019, ΑΕΠΠ 1193-1194/2019) 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 ανθυποψήφιες 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 εσφαλμένως δεν λήφθηκαν υπόψη από την αναθέτουσα αρχή, και δη την Επιτροπή του εν θέματι Διαγωνισμού, παρά το γεγονός ότι νομίμως τα είχαμε προβάλλει δυνάμει του από με αριθμ. πρωτ. 9749/18-2-2021 υπομνήματός μας προς αυτήν».

Στη συνέχεια παραθέτει αναλυτικούς υπολογισμούς και ισχυρίζεται ότι στην προσφορά του ήδη παρεμβαίνοντος για το Τμήμα Α δεν υπολογίσθηκε ποσό 11.979,15 € ευρώ που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου επί της καθαρής αξία και για το τμήμα Β δεν υπολογίσθηκε το ποσό των 59.496,94 € ευρώ που ομοίως αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου επί της καθαρής αξίας και καταλήγει στο ότι η προσβαλλόμενη απόφαση έκρινε εσφαλμένως και γι' αυτό το λόγο πρέπει να ακυρωθεί.

Περαιτέρω, παραθέτει αναλυτικούς μαθηματικούς υπολογισμούς για την οικονομική προσφορά της εταιρείας ...και ισχυρίζεται ότι στο τμήμα Ε δεν υπολογίσθηκε ποσό 11.163,54 € ευρώ που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου επί της καθαρής αξία και για το τμήμα ΣΤ δεν υπολογίσθηκε το ποσό των 11.047,36 € ευρώ που ομοίως αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου επί της καθαρής αξίας και καταλήγει στο ότι η προσβαλλόμενη απόφαση έκρινε εσφαλμένως και γι' αυτό το λόγο πρέπει να ακυρωθεί.

Τέλος, ισχυρίζεται ότι «Σύμφωνα, λοιπόν, με όσα προαναφέρθηκαν, η προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... με αρ. πρωτ. 2090/34/30-3-2021 που μας κοινοποιήθηκε στις 5-4-2021 κατόπιν έγκρισης

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

των αποφάσεων της ... της Διοίκησης κατά το μέρος με την οποία αποφασίστηκε η ανάδειξη προσωρινών αναδόχων και συγκεκριμένα: α) η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ...για τα Τμήματα Ε και ΣΤ της διαγωνιστικής διαδικασίας και η ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου σε αυτά με προσφερόμενη τιμή ύψους 139.733,64 ευρώ για το Τμήμα Ε και 138.306,60 ευρώ για το Τμήμα ΣΤ και β) η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ...για τα Τμήματα Α και Β της διαγωνιστικής διαδικασίας και η ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου σε αυτά με προσφερόμενη τιμή για το Τμήμα Α ύψους 149.972,52€ και για το Τμήμα Β ύψους 744.869,40€ είναι νομικά πλημμελής και πρέπει να ακυρωθεί ως εκδοθέν άνευ νομίμου αιτιολογίας και κατά παράβαση κατ' ουσίαν διάταξης νόμου, ή πάντως κατά πλάνη περί τα πράγματα, ενώ αντίθετα, όπως αναλυτικά αναφέρουμε, οι προσφορές τους έπρεπε να απορριφθούν και να αναδειχθεί πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας η εταιρεία μας».

11. Επειδή οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής, δεν λαμβάνονται υπόψη λόγω απουσίας κοινοποίησης τους στον προσφεύγοντα ( βλ. σκ. 7 της παρούσας). Σημειώνεται, ωστόσο ότι η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

12. Επειδή ο παρεμβαίνων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και θεμελίωσης του παραδεκτού της παρέμβασης του, ισχυρίζεται ότι η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού και η αναθέτουσα αρχή δεν είχαν οιαδήποτε διακριτική ευχέρεια να απορρίψουν την απολύτως νόμιμη προσφορά της εταιρείας του για το Τμήμα (Α) και το Τμήμα (Β) του υπό κρίση διαγωνισμού. Αντίθετα όφειλαν κατά δέσμια αρμοδιότητα να κάνουν δεκτή την προσφορά του και να τον αναδείξουν ως προσωρινό ανάδοχο για το Τμήμα (Α) και το Τμήμα (Β) του υπό κρίση διαγωνισμού, καθότι η προσφορά του είναι απολύτως νόμιμη και σύμφωνη με την διακήρυξη του διαγωνισμού και τη

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

νομοθεσία που διέπει αυτήν και παράλληλα είναι η χαμηλότερη νόμιμη προσφορά. Στη συνέχεια παραθέτει τις διατάξεις του άρθρου 5.1.2 της διακήρυξης και ισχυρίζεται ότι «από την αδιάστικη γραμματική διατύπωση των όρων της διακήρυξης προκύπτει ρητά και αδιαμφισβήτητα ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς στον υπό κρίση διαγωνισμό, οφείλουν να υποβάλλουν και να συντάξουν την οικονομική τους προσφορά, περιλαμβάνοντας τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ Τρίτων και Δημοσίου. Στις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων ΔΕΝ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΤΑΙ η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8 % επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, και ως εκ τούτου οι οικονομικοί φορείς ΔΕΝ ΠΡΕΠΕΙ να συμπεριλάβουν την παρακράτηση φόρου 8 % στην οικονομική τους προσφορά». Ομοίως ισχυρίζεται ότι έχει συμπεριλάβει όλα τα κόστη και δαπάνες που απαιτεί η διακήρυξη επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, εργατικό κόστος, διοικητικό κόστος, εργολαβικό κέρδος, και νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων και δημοσίου σε πλήρη συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης αλλά και ότι «ΟΙ ΕΝΝΟΙΕΣ «ΦΟΡΟΣ» ΚΑΙ «ΚΡΑΤΗΣΕΙΣ» ΔΕΝ ΕΙΝΑΙ ΤΑΥΤΟΣΗΜΕΣ ΚΑΙ ΩΣ ΕΚ ΤΟΥΤΟΥ Ο ΦΟΡΟΣ ΕΙΣΟΔΗΜΑΤΟΣ ΠΟΥ ΠΑΡΑΚΡΑΤΕΙΤΑΙ ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΔΕΝ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΤΑΙ ΣΤΙΣ ΚΡΑΤΗΣΕΙΣ ΥΠΕΡ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΚΑΙ ΤΡΙΤΩΝ». Στη συνέχεια παραθέτει τις διατάξεις του άρθρου 64παρ. 2 του Ν. 4172/2013 και της υπ' αριθμ. υπ' αριθμ. ΠΟΛ.1131/25.5.1994 εγκύκλιο του Υπουργείου Οικονομικών «Παρακράτηση φόρου κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 24 του ν.2198/1994» και ισχυρίζεται ότι «Από την αδιάστικη γραμματική διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων της νομοθεσίας που διέπει και την υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, προκύπτει ρητά ότι οι έννοιες «φόρος» και «κρατήσεις» δεν είναι ταυτόσημες και χρησιμοποιούνται διαζευκτικά, χωρίς να υφίσταται κανένα θέμα παρερμηνείας, δεδομένου ότι ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται από την αναθέτουσα αρχή ΔΕΝ περιλαμβάνεται στις κρατήσεις υπέρ του Δημοσίου και τρίτων. Και τούτο διότι ο φόρος εισοδήματος



## Αριθμός απόφασης:1023/2021

που παρακρατείται έχει διαφορετική νομική φύση και σκοπό από τις κρατήσεις που διενεργούνται υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, αφού κατά πάγια νομολογία των δικαστηρίων της χώρας η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί κατ' ουσίαν προκαταβολή φόρου, η οποία ΔΕΝ ΣΥΝΥΠΟΛΟΓΙΖΕΤΑΙ ΣΤΟ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ του αναδόχου και ΔΕΝ ΕΠΗΡΕΑΖΕΙ ΤΟΝ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΛΑΒΙΚΟΥ ΑΝΤΑΛΛΑΓΜΑΤΟΣ. Η εν λόγω λοιπόν παρακράτηση φόρου 8% δεν συνιστά «κράτηση» υπέρ δημοσίου ή υπέρ τρίτων ούτε επιβάρυνση, αλλά εμπίπτει στις φορολογικές υποχρεώσεις του αναδόχου και 16 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, οι οποίες αναφέρονται ρητώς και κατονομάζονται με τον όρο «κράτηση». Εξάλλου, ΚΑΝΕΝΑΣ ΟΡΟΣ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΔΕΝ ΑΠΑΙΤΕΙ ΤΗΝ ΣΥΜΠΕΡΙΛΗΨΗ ΣΤΗΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΗΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΑΣ ΕΙΣΟΔΗΜΑΤΟΣ, μέρος της οποίας είναι και η παρακράτηση φόρου 8%. Αντιθέτως από τις διατάξεις της διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού, προκύπτει ρητά ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνταν να ΜΗΝ περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τους την παρακράτηση 8%. Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία των δικαστηρίων της χώρας (βλ. ΕΣ Ολ 807/1997, ΕΣ Τμ Ι Απόφαση 2854/2008, 622/2002 κ.ά.), σε αντίθεση με τις κρατήσεις και επιβαρύνσεις 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. Σημειωτέον δε ότι η παρακράτηση φόρου υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων, επί του καθαρού ποσού της αξίας

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

των υπηρεσιών, μετά την αφαίρεση όλων των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων. Ο παρακρατηθείς λοιπόν φόρος συμψηφίζεται στο τέλος του φορολογικού έτους, ανάλογα με την κερδοφορία του υποκείμενου σε φόρο εισοδήματος οικονομικού φορέα. Για το λόγο αυτό, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας λαμβάνει αμοιβές από φορείς της Γενικής Κυβέρνησης για παρασχεθείσες υπηρεσίες (όπως εν προκειμένω για υπηρεσίες φύλαξης), ο φόρος που προκαταβάλλεται (παρακρατείται) κατά την πληρωμή του δικαιούχου (αναδόχου) επί της αμοιβής του, μετά τη διενέργεια των νόμιμων κρατήσεων, ΔΕΝ ΣΥΝΙΣΤΑ ΚΡΑΤΗΣΗ ΥΠΕΡ ΤΡΙΤΟΥ ΟΥΤΕ ΕΠΙΒΑΡΥΝΣΗ Η ΟΠΟΙΑ ΑΠΟΜΕΙΩΝΕΙ ΤΗΝ ΕΡΓΟΛΑΒΙΚΗ ΑΜΟΙΒΗ, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι το ποσό αυτό αποτελεί εισόδημα του ίδιου του οικονομικού φορέα (αναδόχου) που αποτυπώνεται στη φορολογική του δήλωση. Ειδικότερα, σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας εμφανίζει κέρδη στην αντίστοιχη οικονομική χρήση, το ποσό της παρακράτησης συνυπολογίζεται κατά την εκκαθάριση του φόρου, ενώ σε περίπτωση που παρουσιάζει αρνητικά αποτελέσματα (ζημίες), δεν καταβάλλεται κανένα ποσό ως φόρος. Συνεπώς, σε περίπτωση που ο ανάδοχος ενσωματώσει στην αμοιβή του πρόσθετο ποσό που αντιστοιχεί στον παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8 %, αυτό θα είχε ως αποτέλεσμα την προσαύξηση της αμοιβής (επομένως και του εισοδήματος του) κατά το πιο πάνω ποσοστό 8% (αφού, ούτως ή άλλως, ο παρακρατηθείς φόρος συμψηφίζεται στο τέλος της χρήσης), και, συνακόλουθα την αντίστοιχη επιβάρυνση του κόστους της σύμβασης επί ζημιά του Δημοσίου. Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρεία μας συνέταξε την οικονομική της προσφορά περιλαμβάνοντας Ο,ΤΙ ΑΚΡΙΒΩΣ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ από τη διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού επί ποινή απόρριψης προσφοράς. Πιο ειδικά, διαμορφώσαμε την οικονομική μας προσφορά λαμβάνοντας υπόψη όλα τα στοιχεία κόστους που προβλέπονται στη διακήρυξη του διαγωνισμού και επιβαρύνουν το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης (κόστος αναλωσίμων,

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

διοικητικό κόστος, νόμιμες κρατήσεις κ.λπ.) συνεκτιμώντας παράλληλα ότι κατά την πληρωμή της αμοιβής μας διενεργείται η προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου, η οποία όμως, κατά τη διακήρυξη, δεν περιλαμβάνεται στις νόμιμες κρατήσεις ούτε στις επιβαρύνσεις της οικονομικής μας προσφοράς καθόσον είναι ΕΙΣΟΔΗΜΑ ΠΟΥ ΦΟΡΟΛΟΓΕΙΤΑΙ (σε αντίθεση με τις κρατήσεις και τις επιβαρύνσεις) και επομένως δεν έπρεπε να συνυπολογιστεί στην υποβληθείσα οικονομική μας προσφορά, ενώ συνάμα ούτε συνιστά κατά τα ανωτέρω επιβάρυνση του κόστους του έργου, ώστε να κινδυνεύει η εκτέλεση της σύμβασης να καταστεί ζημιογόνος. Άλλωστε, το ΕΙΣΟΔΗΜΑ που φορολογείται (με φόρο εισοδήματος, μέρος του οποίου είναι και η παρακράτηση φόρου 8%) ΔΕΝ ΑΠΟΤΕΛΕΙ ΟΥΤΕ ΚΡΑΤΗΣΗ ΥΠΕΡ ΤΡΙΤΩΝ ΟΥΤΕ ΕΠΙΒΑΡΥΝΣΗ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ, γι' αυτό το λόγο και νομίμως δεν περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά και νομίμως δεν απαιτεί τούτο ούτε η διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού. Επομένως, η εταιρεία μας νομίμως δεν έχει δηλώσει σε κάποιο πεδίο της οικονομικής της προσφοράς το ποσό της παρακράτησης φόρου 8 % που θα διενεργηθεί επί της καθαρής αξίας της σύμβασης και ως εκ τούτου η οικονομική μας προσφορά ουδόλως αποκλίνει από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Σε κάθε δε περίπτωση, το ποσό του φόρου εισοδήματος που τελικώς θα καταβάλει η εταιρεία μας στο τέλος της οικείας οικονομικής χρήσης, συμψηφίζεται με το ποσό της γενόμενης παρακράτησης και, συνακόλουθα, το ποσό του τελικώς καταβαλλόμενου φόρου, συνιστάποσοστό του εισοδήματος, με βάση τον κατά περίπτωση ισχύοντα φορολογικό συντελεστή, το οποίο κατανέμεται ομοιόμορφα σε όλα τα κέρδη της εταιρείας μας από την άσκηση της δραστηριότητας της, στα οποία περιλαμβάνεται και το δηλωθέν εν προκειμένω εργολαβικό όφελος. Σημειωτέον δε ότι η παρακράτηση φόρου 8% δεν μπορεί να ερμηνευθεί, κατά την έννοια της διακήρυξης, ενόψει των ανωτέρω εκτιθέμενων φορολογικών ρυθμίσεων ότι αποτελεί επιβάρυνση της οικονομικής μας προσφοράς που δήθεν δεν υπολογίστηκε από την εταιρεία

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

μας. Είναι προφανές ότι, πράγματι, φορολογούμαστε επί του συνόλου του τιμολογίου και μας παρακρατείται προκαταβολικώς ποσό φόρου 8%, ωστόσο, ο συνολικός φόρος μας είναι 22% ή 29% ή 45%, τον οποίο καταβάλλουμε με την εκκαθάριση της φορολογικής δήλωσης κατά το επόμενο ημερολογιακό έτος. Είναι προφανές ότι υπό αυτή την εκδοχή θα έπρεπε οι υποβάλλοντες οικονομικές προσφορές οικονομικοί φορείς, να προσθέτουν στην προσφορά τους όλο τον φόρο τους (22%, ή 29% ή 45%), και όχι μόνον τον παρακρατούμενο φόρο 8%. Πλην όμως η εκδοχή αυτή δεν μπορεί να υποστηριχθεί, είναι μη νόμιμη και αυθαίρετη, δεδομένου ότι η παρακράτηση φόρου 8%, αλλά και ο συνολικός φόρος στον οποίον υπόκειται κάθε επιχείρηση, τελικώς δεν αποτελεί επιβάρυνση της προσφοράς, διότι, 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 και στην προσφορά κάθε συμμετέχοντος. Συνεπώς εάν από τη συνολική προσφορά (ποσό τιμολογίου) αφαιρεθούν οι δαπάνες εκτέλεσης του έργου (μισθοδοσία, εισφορές, αναλώσιμα κλπ) τότε απομένει μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος το οποίο είναι το πραγματικά, υποκείμενο σε φορολογία, ποσό του τιμολογίου. Ως εκ τούτου, με φόρο επιβαρύνεται μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος μας και ουδέν άλλο ποσό, από το οποίο, όμως, μετά φόρων απομένει πάντα ορισμένο ποσό με θετικό πρόσημο που συνιστά το κέρδος της επιχείρησης. Η προκαταβολή φόρου 8 % λοιπόν αποτελεί προσωρινή παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία στη συνέχεια επιστρέφεται στην εταιρεία μας με την εκκαθάριση της δήλωσης ή εν πάση περιπτώσει συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις. Ενόψει των ανωτέρω, αποδεικνύεται ότι η παρακράτηση φόρου του 8% δεν συνιστά επιβάρυνση της προσφοράς και κατ' επέκτασιν ουδείς διαγωνιζόμενος τίθεται σε πλεονεκτικότερη θέση εάν δεν την υπολογίσει. Άλλωστε, η οικονομική προσφορά (όπως η δική μας) που δεν την προσμετρά δεν καθίσταται ζημιογόνος, ώστε να τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της νομιμότητας».

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

Περαιτέρω, παραθέτει νομολογία επί μη δυνατότητας αποκλεισμού οικονομικού φορέα λόγω μη τήρησης υποχρέωσης που δεν προκύπτει ρητά και με σαφήνεια από τα έγγραφα της σύμβασης, και τέλος παραθέτει ad hoc νομολογία διοικητικών δικαστηρίων και ΑΕΠΠ επί του ζητήματος.

Καταληκτικά ισχυρίζεται ότι «Ως εκ τούτου, εάν δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δε συντρέχει κανένας απολύτως λόγος αποκλεισμού διαγωνιζομένου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του. Επομένως, η υποβληθείσα οικονομική μας προσφορά καλύπτει πλήρως και επαρκώς τα ζητούμενα εκ της διακηρύξεως, είναι σύμφωνη με τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας που διέπει αυτήν και ως εκ τούτου, η υπό κρίση προσφυγή της εταιρείας «...» θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της».

13. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται

«2.4.4. Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών. Στον (υπό) φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του προσφέροντα. Η Οικονομική Προσφορά υποβάλλεται ηλεκτρονικά επί ποινή απορρίψεως στον ( υπό) φάκελο «Οικονομική Προσφορά». Η οικονομική προσφορά, συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Στη συνέχεια το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή \*pdf, το οποίο υπογράφεται ηλεκτρονικά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ηλεκτρονικά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο \*pdf . Επίσης, στον (υπο) φάκελο

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

«Οικονομική Προσφορά» θα υποβληθεί ηλεκτρονικό αρχείο σε μορφή \*pdf ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο, στο οποίο οι προσφέροντες θα εξειδικεύσουν τα εξής στοιχεία, τα οποία απαιτούνται βάσει του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 (ΦΕΚ 115/Α/2010), όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 22 του ν. 4144/2013 α) τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο . 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 . Επισημαίνεται ότι στην προσφορά τους οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς 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. Επιπροσθέτως, στον (υπό) φάκελο «Οικονομική Προσφορά» πρέπει να υποβληθούν ηλεκτρονικά και **επί ποινή απόρριψης** της προσφοράς α. ηλεκτρονικό αρχείο σε μορφή \*pdf της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι. β. ηλεκτρονικό αρχείο σε μορφή \*pdf, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο από τον προσφέροντα, με αναλυτικά στοιχεία τεκμηρίωσης της υποβληθείσας οικονομικής προσφοράς. γ. ηλεκτρονικό αρχείο σε μορφή \*pdf , (σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα ΙΙΙ της παρούσας διακήρυξης, που συμπληρώνεται χωρίς να τροποποιηθεί), με την ένδειξη «Ανάλυση Οικονομικής Προσφοράς», ψηφιακά υπογεγραμμένο από τον προσφέροντα

Η τιμή στην οικονομική προσφορά θα αναφέρεται αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, όπως ορίζεται κατωτέρω:

### A. Τιμές

α. Οι τιμές των Προσφορών που αφορούν σε οποιαδήποτε προσφερόμενη υπηρεσία θα εκφράζονται σε Ευρώ (€). Στις τιμές θα περιλαμβάνονται όλες οι τυχόν υπέρ τρίτων κρατήσεις, καθώς και κάθε άλλη επιβάρυνση, εκτός του ΦΠΑ. Σε ιδιαίτερη στήλη των ως άνω τιμών ο υποψήφιος Ανάδοχος θα

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

καθορίζει το ποσό με το οποίο θα επιβαρύνει αθροιστικά τις τιμές αυτές με το ΦΠΑ . Σε περίπτωση που αναφέρεται εσφαλμένος ΦΠΑ αυτός θα διορθώνεται από την Υπηρεσία. β. Στην Οικονομική Προσφορά θα πρέπει να αναγράφεται η προσφερόμενη τιμή (μηνιαίο κόστος) για κάθε υπηρεσία καθώς και το συνολικό ποσό σε Ευρώ, έναντι του οποίου ο υποψήφιος ανάδοχος προτίθεται να εκτελέσει το έργο, ολογράφως και αριθμητικώς. Εφόσον από την οικονομική προσφορά δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή ή δεν δίδεται τιμή για το σύνολο των κτιρίων του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης , η προσφορά θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Προσφορά που δίνει τιμή σε ευρώ ή δίδει τιμή σε συνάλλαγμα ή με ρήτρα συναλλάγματος απορρίπτεται ως απαράδεκτη. γ. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές για όλη τη διάρκεια της σύμβασής και αποκλείεται οποιαδήποτε αναπροσαρμογή αυτών. Προσφορές που θέτουν ορό αναπροσαρμογής της τιμής απορρίπτονται ως απαράδεκτες, αποκλείεται δε ή υποβολή νέας προσφοράς ή ή τροποποίησή της υποβληθείσας. δ. Η σύγκριση των προσφορών θα γίνεται στη συνολική τιμή των προσφερόμενων υπηρεσιών για ένα ή περισσότερα ή για όλα τα τμήματα της σύμβασής και όχι στις επιμέρους τιμές των τμήματων. (...) Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σε σχέση ΕΥΡΩ 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 που καθορίζεται.»

Στο Παράρτημα ΙΙΙ υπό τίτλο «Υπόδειγμα – Ανάλυση Οικονομικής Προσφοράς» στη σελίδα 85 της οικείας διακήρυξης παρατίθεντο τα σχετικά Υποδείγματα της οικονομικής προσφοράς που περιλαμβάνουν τα κάτωθι πεδία για έκαστο τμήμα **«ΠΙΝΑΚΑΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΩΝ ΥΠΟ ΦΥΛΑΞΗ ΚΤΙΡΙΩΝ ΤΟΥ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΠΙΝΑΚΑΣ (....)....Α/Α ΥΠΗΡΕΣΙΑ. ΑΡΙΘΜΟΣ ΦΥΛΑΚΩΝ. ΩΡΑΡΙΟ. ΕΛΑΧΙΣΤΗ ΕΡΓΑΤΙΚΗ & ΑΣΦ. ΔΑΠΑΝΗ.**

**ΜΗΝΙΑΙΟ ΚΟΣΤΟΣ. ΑΡΙΘΜΟΣ ΜΗΝΩΝ. ΣΥΝΟΛΟ ΕΤΗΣΙΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ  
χωρίς ΦΠΑ με ΦΠΑ**

2.4.6. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης, [...]».

5.1.2 «Τρόπος πληρωμής» «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 ύψους 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 (άρθρο 4 Ν.4013/2011 όπως ισχύει β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης



## Αριθμός απόφασης:1023/2021

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 στο όνομα και για λογαριασμό της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016, ως ισχύει).

Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% 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.**

Για την παρακράτηση αυτή θα δοθεί βεβαίωση από την υπηρεσία μας, η οποία θα χρησιμοποιηθεί από τον προμηθευτή κατά την υποβολή της ετήσιας φορολογικής δήλωσής του.

Στις περιπτώσεις αποστολής χρημάτων σε προμηθευτές, τα έξοδα της Τράπεζας βαρύνουν τους δικαιούχους.»

14. Επειδή 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: αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1%) για τα υγρά καύσιμα και τα προϊόντα καπνοβιομηχανίας, ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών. Εξαιρούνται από την παρακράτηση φόρου οι υπόχρεοι του πρώτου εδαφίου: αα) όταν προμηθεύονται αγαθά ή τους παρέχονται υπηρεσίες και δεν απαιτείται

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

*σύμβαση, εφόσον η καθαρή αξία αυτών, κατά συναλλαγή, δεν υπερβαίνει το ποσό των εκατόν πενήντα (150) ευρώ, ββ) [...]»*

*Επιπλέον, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. ΠΟΛ.1131/25.5.1994 εγκύκλιο του Υπουργείου Οικονομικών «Παρακράτηση φόρου κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 24 του ν.2198/1994» ορίζεται επί λέξει το κάτωθι: «...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.»*

15. 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 παράβαση ουσιωδών όρων της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια,

## **Αριθμός απόφασης:1023/2021**

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).

16. 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 ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θαΑριθμός απόφασης: 540/2021 52 επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

17. Επειδή, όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110). Περαιτέρω, η αυστηρή ερμηνεία και εφαρμογή των όρων της διακήρυξης σχετίζεται με τη μονοσήμαντη ερμηνεία των όρων της και τη σύστοιχη αυτής αρχή της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε, αφενός μεν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο, ώστε κάθε

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο Διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νική, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Universale- Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, WienstrommGmbH, ΣτΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214-5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23). **Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του** (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). **Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα** (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

18. Επειδή, δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας (βλ. Απόφαση Pizzo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

19. Επειδή, όπως κρίθηκε από το ΔΕφ Αθ 1268/29.06.2020 ΑΚΥΡΩΤΙΚΟ σκ.6 «Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του ν.4412/2016 σε συνδυασμό με τις διατάξεις του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής για παροχή υπηρεσιών σε φορείς της γενικής κυβέρνησης, υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των κρατήσεων που προβλέπεται ότι βαρύνουν την προσφορά του αναδόχου. Η παρακράτηση φόρου αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, από τον οποίο προεισπράττεται το σχετικό ποσό, ενώ στη συνέχεια, κατά την εκκαθάριση της φορολογικής του δήλωσης, επιστρέφεται ή συμψηφίζεται στο φόρο εισοδήματος που επιβάλλεται σε βάρος του επί των κερδών ή του καθαρού εισοδήματος, ανάλογα αν πρόκειται για νομικό ή φυσικό πρόσωπο. **Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την άποψη που επικράτησε στο Δικαστήριο, η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ούτε εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης.** Τούτο διότι η προεισπραξη 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:1023/2021

που έχουν παρακρατηθεί. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΕΣ Ολομ.807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.α.), η 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. 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, καθώς, με τον τρόπο αυτό, αυξάνεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης και δυσχεραίνεται η εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού. **Ενόψει αυτών, κατά την ίδια άποψη, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του.** ( βλ. και Αποφάσεις 7<sup>ου</sup> κλιμακίου 881/2020 και 924/2021 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη).

20. Επειδή, επίσης, όπως προσφάτως κρίθηκε με την υπ' αριθμ. 58/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, «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 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 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.»**



21. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, (άρθρο 2.4.4 Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικής προσφοράς) ορίζεται ότι στην προσφορά τους οι υποψήφιοι πρέπει να υπολογίσουν τις νόμιμες υπέρ δημοσίου και τρίτων κρατήσεις. Ουδέν αναφέρεται περί της επίμαχης παρακράτησης του 8%. Στο δε παράρτημα III Υπόδειγμα Ανάλυση Οικονομικής Προσφοράς δεν υφίστανται καν ειδικά πεδία που αφορούν στις Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις και στις Λοιπές επιβαρύνσεις. Εν προκειμένω, δεν αναφέρεται σε ουδένα σημείο της διακήρυξης η επίμαχη παρακράτηση του 8%, παρά μόνο στο άρθρο 5 «**Ειδικοί όροι εκτέλεσης της σύμβασης**», **5.1 Τρόπος πληρωμής, 5.1.2.** όπου αναλύονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις που βαρύνουν τον Ανάδοχο. Αυτοτελώς δε αναγράφεται η παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% η οποία θα διενεργείται με κάθε πληρωμή επί του καθαρού ποσού. **Ωστόσο, το άρθρο 5.1 της διακήρυξης, 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 ( ad hoc ΔΕΦΘΕς 58/2021),** πολλώ δε μάλλον υποχρέωση άγουσα αυτομάτως σε απόρριψη προσφοράς οικονομικού φορέα που δεν τη συμπεριέλαβε.

22. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω και δοθέντος ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% ( αρ. 64 παρ. 2 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013, φ.ε.κ. Α' 67), **πρόδηλα δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου,** αλλά αποτελεί 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

## Αριθμός απόφασης:1023/2021

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. Ειδικότερα, η 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, ήτοι 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. Περαιτέρω, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος πέραν του ότι δεν αποτελεί κράτηση υπέρ Δημοσίου ή άλλης Δημόσιας Αρχής δεν εμπίπτει ούτε στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης (βλ. ανωτέρω σκ. της παρούσας απόφαση ad hoc 1268/2020 ΔΕΦΑΘ και στην εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

23. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του». Συνεπώς, ορθά η αναθέτουσα αρχή έκρινε αποδεκτές τις προσφορές του παρεμβαίνοντος και του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ..., γενόμενων δεκτών των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και απορριπτόμενων των ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

24. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

**Αριθμός απόφασης:1023/2021**

26. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, πρέπει να καταπέσει βάσει των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Μαΐου 2021 και εκδόθηκε στις 7 Ιουνίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Χρυσάνθη Ζαράρη**

**Ελένη Λεπίδα**