

**Η**  
**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**  
**1<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή, Μέλος και Ελευθερία Καλαμιώτη, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 08-06-2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 821/09-06-2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «.....» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην .... (οδός ...) και εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο ««.....» (εφεξής η «1<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην .... (οδός ...) και εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... (...) ...» (εφεξής η «2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην ... (...) και εκπροσωπείται νόμιμα

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η απόφαση της υπ' αριθμ. 21<sup>ης</sup>/25.05.2022 Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (θέμα 9<sup>ο</sup>), με την οποία εγκρίθηκε το αριθμ. πρωτ. 6058/12-05-2022 Πρακτικό Οικονομικής Αξιολόγησης, καθ' ο μέρος έγινε δεκτή η προσφορά της 1<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας ανακηρυχθείσας αναδόχου και καθ' ο μέρος δεν απορρίφθηκε η προσφορά της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας για τον αναφερόμενο στην κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρόσθετο λόγο, καθώς και αιτείται την ακύρωση κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

Η 1<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής. Η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής με την οποία η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

προσβαλλόμενη απόφαση καθ' ο μέρος δεν διαγνώστηκαν επιπρόσθετοι λόγοι αποκλεισμού της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελευθερία Καλαμιώτη

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

### **Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.253,51 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 450.701,87 ευρώ άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, η προσβαλλόμενη εκδόθηκε στο πλαίσιο του διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης παροχής «...» (CPV: ...) για χρονικό διάστημα 12 μηνών, με εκτιμώμενη αξία 558.870,32 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ 450.701,87 ευρώ) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής σύμφωνα με την υπ' αρ. ...Διακήρυξη (Αριθ. Πρωτ.: 7382/31-05-2021 - ΑΔΑΜ: ...). Στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, η 1<sup>η</sup> και η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσες, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» και ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...». Με την απόφαση (ακριβές απόσπασμα πρακτικών) της υπ' αριθμ. 57<sup>ης</sup>/29-12-2021 Συνεδρίασης της Επιτροπής του διαγωνισμού (θέμα 4ο), κατόπιν έγκρισης του υπ' αριθμ. 15459/22-11-2021 πρακτικού τεχνικής αξιολόγησης, αποφασίστηκαν: α) η απόρριψη της προσφοράς της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας και του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και β) η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την ηλεκτρονική αποσφράγιση και αξιολόγηση των φακέλων της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, της 1<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας και του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «..... Επί της

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

ανωτέρω απόφασης κατατέθηκε ηλεκτρονικά, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η με ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π. (και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) 48/10-01-2022 προδικαστική προσφυγή της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας. Η υπ' αριθμ. Α52/2022 απόφαση του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. (και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) δέχτηκε το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας και ανέστειλε την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την ΑΕΠΠ. Συγχρόνως δε η αναθέτουσα αρχή με έγγραφό της διαβίβασε την ανωτέρω προσφυγή στην επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού προκειμένου να αποφανθεί σχετικά. Η τελευταία με το υπ' αριθμ. πρωτ. 650/17-01-2022 έγγραφό της, διαπίστωσε τα εξής: *«Στο πλαίσιο ελέγχου όλων των εγγράφων σε ηλεκτρονική μορφή από τις εταιρείες που έλαβαν μέρος για τον διαγωνισμό φύλαξης, μας διέφυγε η <<Τεχνική Περιγραφή>> από την εταιρεία "... » εκ παραδρομής ως εκ τούτου η εταιρεία προκρίνεται στο επόμενο στάδιο.»* Κατόπιν των ανωτέρω, το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής, με την υπ' αριθμ. 3/19-01-2022 (Θέμα Μοναδικό) απόφασή του, ενέκρινε: α) την τροποποίηση της υπ' αριθμ. 57/29-12-2021 (Θ. 4ο) απόφασης Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής με το εξής περιεχόμενο: την απόρριψη του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» διότι σύμφωνα με το πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης του εν λόγω διαγωνισμού δεν πληροί πλήρως τους όρους της διακήρυξης, την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την ηλεκτρονική αποσφράγιση και αξιολόγηση των φακέλων της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, της 1<sup>ης</sup> και της 2<sup>ης</sup> των παρεμβαίνουσών, καθώς και του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», οι προσφορές των οποίων κρίθηκαν ότι καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές και τους όρους της Διακήρυξης, σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 15459/22-11-2021 πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης και ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής της επιτροπής διενέργειας και τις συμπληρωματικές διευκρινήσεις της επιτροπής μετά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας β) την διαβίβαση στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) της απόφασης της αναθέτουσας αρχής επί της προδικαστικής προσφυγής της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας. Συνεπεία της ανωτέρω απόφασης, η οποία κοινοποιήθηκε σε όλες τις συμμετέχουσες εταιρείες και στην Α.Ε.Π.Π. (και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.),

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα υπέβαλε προς την ΑΕΠΠ (και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) στις 19-01-2022 δήλωση παραίτησης από την ανωτέρω προσφυγή και ως εκ τούτου με το υπ' αριθμ. 15/2022 Πρακτικό του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. (και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) τέθηκε στο αρχείο η ως άνω προδικαστική προσφυγή. Ακολούθως, με το από 14/02/2022 ηλεκτρονικό μήνυμα της αναθέτουσας αρχής ενημερώθηκαν σχετικά οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς και ορίσθηκε ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών στις 16/02/2022. Κατά τη διάρκεια της οικονομικής αξιολόγησης των ανωτέρω προσφορών και προκειμένου να καταστεί δυνατός ο εκ μέρους της επιτροπής του διαγωνισμού αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος των δικαιολογητικών και εγγράφων που προσκόμισαν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, η επιτροπή αξιολόγησης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 88 και 102 του νόμου 4412/2016 και τα αναφερόμενα στην υπ' αριθμ. ...Διακήρυξη, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2165/16-02-2022 έγγραφό της ζήτησε από τους οικονομικούς φορείς να καταθέσουν αναλυτικά τις νόμιμες κρατήσεις επί της αξίας του τιμολογίου μηνιαία και ετήσια. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2184/17-02-2021 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής το αίτημα της επιτροπής διαβιβάστηκε ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ στις συμμετέχουσες εταιρείες, οι οποίες απάντησαν, εντός της δοθείσας προθεσμίας των είκοσι (20) ημερών. Ακολούθως η επιτροπή του διαγωνισμού συνέταξε και υπέβαλε το υπ' αριθμ. πρωτ. 6058/12-05-2022 Πρακτικό Οικονομικής Αξιολόγησης, το οποίο έγινε δεκτό με την προσβαλλόμενη απόφαση της υπ' αριθμ. 21<sup>ης</sup>/25.05.2022 συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (θέμα 9<sup>ο</sup>) και αποφασίστηκε η απόρριψη της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας διότι σύμφωνα με το ανωτέρω πρακτικό της η επιτροπή θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά της και της στερεί το δικαίωμα συμμετοχής στη σύναψη σύμβασης στη συγκεκριμένη διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο (θ) της διακήρυξης §§2.2.3.4., καθώς και αποφασίστηκε η ανάδειξη της 1<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της προκείμενης Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 31-05-2021 με ΑΔΑΜ ... και

## **Αριθμός Απόφασης: 1123/2022**

καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό Α/Α 133670.

4. Επειδή, 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 ΙV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 08-06-2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 30-05-2022 β) είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ (και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον καθόσον έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό με παραδεκτή προσφορά και έχει προσδοκία ανάληψης της υπό ανάθεση σύμβασης, κατόπιν αποκλεισμού της 1<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας, η οποία έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του προκείμενου διαγωνισμού. Τούτο δε δεν αίρεται από το γεγονός ότι η προσφεύγουσα έχει καταταγεί 2<sup>η</sup> στην σειρά μειοδοσίας, καθόσον αυτή διατηρεί το έννομο συμφέρον της να βάλει κατά της 1<sup>ης</sup> σε σειρά μειοδοσίας και ήδη 1<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας εταιρείας και κατά της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας αποκλεισθείσας εταιρείας, προκειμένου να μειωθεί ο κύκλος των δυνάμενων να αναλάβουν τη σύμβαση, ενώ άπασες οι συμμετέχουσες εταιρείες έχουν ασκήσει προδικαστικές προσφυγές κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά τα αναλυτικώς διαλαμβανόμενα σε αυτές.

7. Επειδή στις 09-06-2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε εμπρόθεσμα την 21-06-2022 τις απόψεις της επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 περ. β' Ν. 4412/2016, τις οποίες κοινοποίησε στους ενδιαφερόμενους.

9. Επειδή, στις 17-06-2022 η 1<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής, παρέμβαση δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού αιτούμενη την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής και με πρόδηλο έννομο συμφέρον, δεδομένου ότι με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι κατά της αποδοχής της προσφοράς της και της ανάδειξης της ως μειοδότης.

10. Επειδή, στις 20-06-2022 η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής, παρέμβαση δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού αιτούμενη την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής και με πρόδηλο έννομο συμφέρον, δεδομένου ότι με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης καθ' ο μέρος δεν διαγνώστηκαν επιπρόσθετοι λόγοι αποκλεισμού της.

11. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1204/2022 Πράξη της Προέδρου του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

12. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι «μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

ισχύος του παρόντος». Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

13. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης [...]».

14. Επειδή το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

15. Επειδή του άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

16. 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

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

(ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

17. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC EnterpriseFocusedSolutions 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 θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC EnterpriseFocusedSolutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *SiacConstructionLtd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

18. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι 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



## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος τους αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

19. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *SiacConstructionLtd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

20. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

21. Επειδή, η προσφεύγουσα στην κρινόμενη προσφυγή της ισχυρίζεται με τον **πρώτο λόγο** αυτής ότι είναι μη νόμιμος ο μη υπολογισμός της παρακράτησης φόρου 8 % στην οικονομική προσφορά της ανακηρυχθείσης προσωρινής αναδόχου και ήδη 1<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας.

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

Αναφέρει, μεταξύ άλλων, η προσφεύγουσα ότι «[...] Ούτω, από την ανωτέρω αληθή και πραγματική ερμηνεία των όρων της διακήρυξης, και των ενταχθέντων σε αυτήν ως άνω αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, η οποία, κατά τα γνωστά, θέτει το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συνάγεται ότι επιβάλλεται στους διαγωνιζομένους να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 8 % προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013. Η υποχρέωση αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση των υπηρεσιών και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας; οδηγεί σύμφωνα με τη διακήρυξη, κατ' αρχήν, σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (Δ.Εφ.Λάρισας 23/2020 - σκ. 7). [...] Επομένως, κατά την έννοια των όρων της διακήρυξης συνδυαστικά ερμηνευομένων με τη διάταξη του άρθρου 95§5.α, η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία, περιλαμβάνει και την ειδικότερη υποχρέωση να υπολογίσουν το επίμαχο ποσοστό 8 % φόρου εισοδήματος. Συνεπώς, από τις ανωτέρω διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης συνάγεται η υποχρέωση συμπερίληψης του επίμαχου ποσοστού στις προσφορές των διαγωνιζομένων. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως συνάγεται από τα στοιχεία της οικονομικής προσφοράς της, η ανακηρυχθείσα ανάδοχος δεν έχει συμπεριλάβει στην οικονομική προσφορά της την ως άνω παρακράτηση αν και ήταν υποχρεωμένη με βάση τους ως άνω όρους της διακήρυξης. Με τη μη συμπερίληψη της ως άνω προβλεπόμενης στο νόμο και τη διακήρυξη παρακράτησης, η ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχος διαμόρφωσε υπερβολικά χαμηλή τιμή και ούτω απέκτησε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα έναντι της δικής μου οικονομικής προσφοράς, στην οποία έχω συμπεριλάβει την ως άνω παρακράτηση. Συγκεκριμένα, η ανακηρυχθείσα ανάδοχος εταιρεία προσέφερε συνολικό ποσό 514.046,00 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ή 414.553,23 € χωρίς Φ.Π.Α. Όμως από την ανάλυση της οικονομικής της προσφοράς προκύπτει αβίαστα ότι δεν υπολόγισε την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8 %. [...] Ούτω η ανακηρυχθείσα ανάδοχος εταιρεία δεν

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

υπολόγισε την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% και συνεπώς η οικονομική της προσφοράς είναι απορριπτέα καθώς δεν καλύπτει τις νόμιμες δαπάνες του προκηρυχθέντος έργου, είναι ζημιογόνα κατά την έννοια των διατάξεων του Νόμου και των όρων της διακήρυξης και ως εκ τούτου πρέπει να μην γίνει δεκτή και να απορριφθεί (Ε ΣΤΕ 1344/2008, 1090/2006, 393/2013). Κατόπιν τούτου, και κατ' εφαρμογή των άρθρων 95 παρ. 5Α του ν. 4412/2016, 64 παρ. 2 του ν. 4172/2013, και των όρων 2.2.4 και 5.1.2 της διακήρυξης, η οικονομική προσφορά της ως άνω εταιρείας είναι απορριπτέα, διότι δεν συμπεριελήφθη σε αυτήν η ως άνω παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% και με τη μη συμπερίληψη αυτή, η προσφορά της κατέστη μη νόμιμη, κατά το νόμο και τη διακήρυξη και εξ αυτού του λόγου απορριπτέα. Συνεπώς, η προσφορά της ως άνω εταιρείας είναι απορριπτέα για την ανωτέρω εκτιθέμενη πλημμύεια, η οποία την καθιστά μη νόμιμη και ζημιογόνο. [...] Συνεπώς, η κρίση της αναθέτουσας αρχής, που δέχθηκε την οικονομική προσφορά της ως άνω εταιρείας, παρότι δεν έχει υπολογισθεί σε αυτήν η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8 %, δεν είναι νόμιμη και για τον παρόντα λόγο η προσβαλλόμενη απόφασή της πρέπει να ακυρωθεί. [...]». **Επί του πρώτου λόγου της κρινόμενης προσφυγής, η 1<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα** στην ανωτέρω παρέμβαση της ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, ότι «[...] Ο λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι ουσιαστικά και νομικά αβάσιμος και πλήττει ανεπίκαιρα και εκπρόθεσμα το κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και, συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί για τους εξής ειδικότερους λόγους: Σύμφωνα με τον νόμο, οι διευκρινίσεις που εκδίδουν οι αναθέτουσες αρχές εξειδικεύοντας ή επεξηγώντας όρους της διακήρυξης και οι οποίες δεν προσβλήθηκαν επίκαιρα από τους έχοντες έννομο συμφέρον εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και αποτελούν δεσμευτικό κανόνα τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς (πρβλ. μεταξύ πολλών άλλων: ΟΛΣΤΕ 1819/2020, 417/2013, 254/2012). Στην προκείμενη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε διευκρίνιση, η οποία δεν προσβλήθηκε από κανέναν υποψήφιο οικονομικό φορέα και ουδείς διατύπωσε επιφύλαξη για αυτήν με αποτέλεσμα να ενταχθεί πλήρως στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, η οποία ανέφερε (πρβλ. το με αρ. πρωτ. 8543/24-6-2021 έγγραφο της αναθέτουσας

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

αρχής): «... 4. Σχετικά με την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού (σχετ. β) τη θεωρούμε αυτονόητη αφού αφορά στην παροχή υπηρεσιών. Εναπόκειται στην κάθε εταιρεία που θα επιλέξει να συμμετάσχει κατά πόσο για ανταγωνιστικούς ή άλλους λόγους θα συμπεριλάβει το ανωτέρω ποσοστό στην οικονομική προσφορά της εταιρείας». Η διευκρίνιση αυτή εξεδόθη κατόπιν ερωτήματος της υποψήφιας εταιρεία ... η οποία είχε ως εξής: «...παρακαλούμε όπως μας διευκρινίσετε εάν οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς οφείλουν ή όχι να συνυπολογίσουν στην οικονομική προσφορά τους την ως άνω παρακράτηση φόρου 8%». Από όσα ανωτέρω αναφέρουμε είναι απολύτως σαφή τα εξής: - Η ως άνω διευκρίνιση αποτελεί αναπόσπαστο και δεσμευτικό μέρος του κανονιστικού πλαισίου της σύμβασης και δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή αλλά και τους υποψηφίου του διαγωνισμού δοθέντος ότι δεν προσεβλήθη από κανέναν υποψήφιο οικονομικό φορέα και πλέον δεν μπορεί να ερευνηθεί η νομιμότητά της. - Με την ανωτέρω διευκρίνιση η αναθέτουσα αρχή επεξήγησε τους όρους της διακήρυξης και συγκεκριμένα: όρος 2.4.4. «Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης» και όρος 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 παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση 0,07% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων επιβάλλεται (άρθρο 4 Ν.4013/2011 όπως ισχύει). β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016. γ) Κράτηση 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

της αρχικής καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016).

δ) Κράτηση υπέρ Ψυχικής Υγείας : 2% επί της αξίας των τιμολογίων μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α., Ν. 3580/07 άρθρο 3 (ΦΕΚ 134/A/18-6-07), ΚΥΑ ΔΥ6α/Γ.Π.οικ.36932/17-3-09 ΦΕΚ 545 Β' /24-3-2009. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού...». - Χωρίς την ανωτέρω (αναγκαία) διευκρίνιση οι ανωτέρω όροι θα ήταν ασαφείς ως προς την υποχρέωση των υποψηφίων να συμπεριλάβουν ή όχι την σχετική παρακράτηση φόρου εισοδήματος στην προσφορά τους. Μάλιστα, την ασάφεια θα επέτεινε η ύπαρξη αντιφατικών ως προς το θέμα αυτό δικαστικών αποφάσεων με αποτέλεσμα οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να βρεθούν σε πραγματικό δίλημμα για το τι πρέπει να κάνουν σχετικώς. Ως εκ τούτου με την υπόψιν διευκρίνιση η αναθέτουσα αρχή πήρε θέση σχετικά με το προκείμενο ζήτημα εντάσσοντας την σχετική διευκρίνιση στο κανονιστικό πλαίσιο της σύμβασης. - Τέλος, από την αδιάσπικτη διατύπωση της επίμαχης διευκρίνισης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή θεωρεί ότι εξαρτάται από την βούληση του εκάστοτε οικονομικού φορέα αν θα συμπεριλάβει (για τους δικούς του λόγους) ή όχι στην προσφορά του την εν λόγω παρακράτηση φόρου (8%). Από το κείμενο της διευκρίνισης και με βάση την αρχή της τυπικότητας εφόσον η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι «εναπόκειται σε κάθε εταιρεία» αν θα συμπεριλάβει ή όχι την παρακράτηση είναι σαφές και αναμφισβήτητο ότι έκαστος οικονομικός φορέας μπορεί να επιλέξει να συμπεριλάβει το 8% ή να επιλέξει να μην συμπεριλάβει το 8% στην προσφορά του. Επίσης, είναι σαφές ότι η συμπερίληψη του 8% δεν είναι υποχρεωτική και δεν μπορεί να άγει σε απόρριψη προσφοράς. Οίκοθεν, ωστόσο, νοείται ότι η συμπερίληψη του 8% προφανώς και θα επιφέρει ανάλογη αύξηση στο τελικό ποσό της οικονομικής προσφοράς για τον υποψήφιο που επέλεξε να συμπεριλάβει το 8%. Ενόψει των ανωτέρω η επιλογή της εταιρείας μας να μην συμπεριλάβει την παρακράτηση φόρου είναι νόμιμη και εντός κανονιστικού πλαισίου της σύμβασης και δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να οδηγήσει στην απόρριψη

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

της οικονομικής μας προσφοράς. Σημειωτέον ότι επίσης νόμιμη είναι και η επιλογή της αντιδίκου να συνυπολογίσει στην προσφορά της την εν λόγω παρακράτηση φόρου αναλαμβάνοντας το ανταγωνιστικό ρίσκο να επιφέρει επαύξηση στην οικονομική της προσφορά κατά το ποσό που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%. Θα πρέπει, όμως, να σημειωθεί ότι η συμπερίληψη αυτή του 8% από την αντίδικο αποτελεί μία συνειδητή επιλογή της (εφόσον είχε και το δικαίωμα να μην συμπεριλάβει την παρακράτηση αυτή) που διαμόρφωσε το τελικό ποσό της προσφοράς της βάσει του οποίου η αναθέτουσα αρχή κατέταξε την προσφορά της. Δεν μπορεί και δεν νομιμοποιείται η αντίδικος (εφόσον συνειδητά επέλεξε να συμπεριλάβει την παρακράτηση αυτή στην προσφορά της καίτοι είχε και το αντίθετο δικαίωμα) να ζητεί να αξιολογηθεί η προσφορά της, χωρίς τον συνυπολογισμό του 8% και να προβαίνει σε όψιμες συγκρίσεις της προσφοράς της με την δική μας με αφαίρεση του ποσού που αντιστοιχεί στο 8% διότι, πριν από όλα, αυτό θα αποτελούσε μία εκ των υστέρων απαράδεκτη τροποποίηση της οικονομικής της προσφοράς και θα οδηγούσε αναπόφευκτα σε μία επιλεκτική «αφαίρεση» κονδυλίων από την προσφορά της μόνον για την σύγκρισή της με τις προσφορές των άλλων υποψηφίων ενώ εντέλει η αναθέτουσα αρχή θα καλείτο να πληρώσει το ποσό αυτό στην αντίδικο στην περίπτωση που αναλάμβανε το έργο. Επιπλέον, η επιλεκτική σύγκριση της προσφοράς της αντιδίκου με την δική μας με την (προ)αφαίρεση του κονδυλίου της παρακράτησης φόρου εισοδήματος, βάσει των ισχυρισμών της προδικαστικής προσφυγής της, θα καθιστούσε την προσφορά της «εναλλακτική» και θα οδηγούσε στην απόρριψή της. Άλλωστε, σε καμία περίπτωση η αναθέτουσα δεν έχει δικαίωμα να συγκρίνει προσφορές (προ)αφαιρώντας κατά την κρίση της κονδύλια προσφορών αλλά την ενδιαφέρει μόνον το τελικό ποσό για την κατάταξη/σύγκριση των προσφορών. Η αντίδικος προσπαθεί να θεμελιώσει (αυθαίρετα) τον καθόλα αβάσιμο ισχυρισμό της περί της υποχρέωση της συμπερίληψης του 8% στην οικονομική προσφορά των υποψηφίων παραλείποντας παντελώς να αναφέρει την κρίσιμη διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, γεγονός που αποδεικνύει ότι δεν έχει λάβει υπόψιν της το σύνολο των κανονιστικών διατάξεων της διαδικασίας και συνεπώς ο λόγος προσφυγής της είναι (νομικά) αβάσιμος. Η προσπάθειά της να θεμελιώσει τον

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

λόγο της προσφυγής της συμπερασματικά σε στοιχεία εκτός κανονιστικού πλαισίου της σύμβασης είναι ομοίως αβάσιμη και απαράδεκτη και δεν μπορεί να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς μας. Συνεπώς, το αφήγημα της αντιδίκου περί την ακύρωση προγενέστερης διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής από την ΑΕΠΠ και ότι η σχετική απόφαση περί τροποποίησης της διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού κάνει λόγο για την παρακράτηση φόρου 8% και ότι συνεπώς ούτως προκύπτει υποχρέωση των υποψηφίων για την συμπερίληψη της παρακράτησης είναι αυθαίρετο, άστοχο και πάντως εκτός κανονιστικού πλαισίου της προκείμενης διαδικασίας. Άλλωστε, ο προϋπολογισμός του έργου, εφόσον δίδεται προαιρετικά η δυνατότητα στους υποψηφίους να συμπεριλάβουν την προκείμενη παρακράτηση 8%, θα έπρεπε να έχει συμπεριλάβει και το σχετικό κονδύλιο και πράγματι το έχει συμπεριλάβει. Το γεγονός, όμως, αυτό δεν καθιστά υποχρεωτική την συμπερίληψη της προκείμενης παρακράτησης και δεν ματαιώνει το νόημα και την υποχρεωτικότητα της σχετικής διευκρίνισης, η οποία συντάχθηκε μετά την διακήρυξη και δεν προσβλήθηκε από κανέναν επικαίρως. [...] Ενόψει των ανωτέρω και με την ένταξη της ως άνω διευκρίνισης στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού οι λόγοι προδικαστικής προσφυγής της αντιδίκου είναι αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν στο σύνολό τους. [...]». **Η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της**, μεταξύ άλλων, αναφέρει ότι «[...] 2) Η προσφυγή της εταιρείας ..., αναφέρεται στην ακύρωση διακήρυξης αναθέτουσας αρχής της με αρ. ... για την ανάδειξη αναδόχου εταιρείας για τις υπηρεσίες φύλαξης και την επαναπροκήρυξη της με την υπ. Αριθ. .... Ο λόγος ακύρωσης ήταν το χαμηλό ετήσιο τίμημα για την παροχή υπηρεσιών σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές. Σημειώνουμε ότι στην νέα διακήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου εταιρείας φύλαξης η προϋπολογιζόμενη δαπάνη από 417.000,0 ευρώ πλέον ΦΠΑ έχει αυξηθεί κατά 33.701, 0 ευρώ πλέον ΦΠΑ δηλαδή 450.701,87 ευρώ ( 558.870,32 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ). Στο ποσό των 450.701,87 ευρώ περιλαμβάνονται όλες οι νόμιμες κρατήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 5.1.2. και ισχύουν μέχρι και σήμερα εκτός από το φόρο προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ). Σχετικά με τον φόρο 8% έχουν δοθεί διευκρινήσεις οι οποίες έχουν κοινοποιηθεί στο ΕΣΗΔΗΣ από την επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών με το (υπ' αριθ. Πρωτ. 8516/23-06-2021

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

έγγραφο επιτροπής) που αναφέρουν ρητά : «σχετικά με την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού (σχετ. β) τη θεωρούμε αυτονόητη αφού αφορά στην παροχή υπηρεσιών. Εναπόκειται στην κάθε εταιρεία που θα επιλέξει να συμμετάσχει κατά πόσο για ανταγωνιστικούς ή άλλους λόγους θα συμπεριλάβει το ανωτέρω ποσοστό στην οικονομική προσφορά της εταιρείας». Επιπλέον καταθέτουμε ένταλμα πληρωμής αναθέτουσας αρχής αναδόχου εταιρείας ... για την παροχή υπηρεσιών ασφάλειας των χώρων Νοσοκομείου στο οποίο το μηνιαίο τίμημα είναι 43.122,71 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σύνολο κρατήσεων 3.464,12 ευρώ μέσα σε αυτές συμπεριλαμβάνεται ο φόρος 8 % και οι άλλες νόμιμες κρατήσεις. Το ένταλμα αυτό είναι πριν την αύξηση του κατώτατου μισθού. Το ποσό που δίδεται στον δικαιούχο είναι 39.658,59 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ με παροχή 19 ατόμων σε κοινή ημέρα και σε 22 ατόμων σε ημέρα εφημερίας, ίδια παροχή υπηρεσιών με την διακήρυξη. Διευκρινίζουμε ότι το 8% συνιστά κράτηση και έχει προσωρινό χαρακτήρα και έχει θεσμοθετηθεί από το Ν. 2198/94 άρθρο 24 και το Ν. 4172/2013 άρθρα 62-64 ΦΕΚ167 Α, γιατί μετά την λήξη του οικονομικού έτους και την εκκαθάριση της φορολογικής δήλωσης της εταιρείας θα συμψηφισθεί με τις λοιπές φορολογικές της υποχρεώσεις. [...]».

22. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, των σχετικών εγγράφων, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της ως άνω 1<sup>ης</sup> παρέμβασης, προκύπτουν τα εξής **σχετικά με τον εξεταζόμενο πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής**: Σύμφωνα με το άρθρο 91 παρ. 1 περ. α' και β' Ν. 4412/2016, «η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102».



## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

Περαιτέρω, το άρθρο 95 παρ. 5 περ. α' Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας αγαθών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: [...] 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».

Περαιτέρω, το άρθρο 2.1.3 Παροχή Διευκρινίσεων της επίμαχης Διακήρυξης ορίζει τα εξής: «Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά, το αργότερο 12 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και απαντώνται αντίστοιχα στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της Διαδικτυακής πύλης [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr), του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. το αργότερο 6 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Η πλατφόρμα θα είναι ανοιχτή για υποβολή προσφορών με το πέρας της παραπάνω ημερομηνίας. Αιτήματα παροχής συμπληρωματικών πληροφοριών – διευκρινίσεων υποβάλλονται από εγγεγραμμένους στο σύστημα οικονομικούς φορείς, δηλαδή από εκείνους που διαθέτουν σχετικά διαπιστευτήρια που τους έχουν χορηγηθεί (όνομα χρήστη και κωδικό πρόσβασης) και απαραίτητα το ηλεκτρονικό αρχείο με το κείμενο των ερωτημάτων είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο. Αιτήματα παροχής διευκρινίσεων που υποβάλλονται είτε με άλλο τρόπο είτε το ηλεκτρονικό αρχείο που τα συνοδεύει δεν είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο, δεν εξετάζονται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα, δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο έξι (6) ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών, β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της παράτασης θα είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών ή των

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

αλλαγών. Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, δεν απαιτείται παράταση των προθεσμιών.».

Σύμφωνα δε με το άρθρο 2.4.4 της προκείμενης Διακήρυξης «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» - «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα II της διακήρυξης: Η τιμή δίνεται σε ευρώ ανά μονάδα, όπως αυτή αποτυπώνεται στο πεδίο «ΓΡΑΜΜΕΣ» του διαγωνισμού στην πλατφόρμα ΕΣΗΔΗΣ. Αν στο ηλεκτρονικό σύστημα δεν μπορεί να αποτυπωθεί αναλυτικά η οικονομική προσφορά, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελλο “οικονομική προσφορά” την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία (σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα IV της παρούσας διακήρυξης) σε μορφή pdf. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ’ αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ’ όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται 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. Επισημαίνεται ότι η συνολική προσφερόμενη τιμή της οικονομικής προσφοράς δεν θα πρέπει να ξεπερνά την προϋπολογισθείσα δαπάνη», ενώ στο άρθρο 5.1.2 της επίμαχης Διακήρυξης ορίζεται ότι «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 παράδοση του

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση 0,07% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων επιβάλλεται (άρθρο 4 Ν.4013/2011 όπως ισχύει). β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016. γ) Κράτηση 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016). δ) Κράτηση υπέρ Ψυχικής Υγείας : 2% επί της αξίας των τιμολογίων μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α., Ν. 3580/07 άρθρο 3 (ΦΕΚ 134/Α/18-6-07), ΚΥΑ ΔΥ6α/Γ.Π.οικ.36932/17-3-09 ΦΕΚ 545 Β'24-3-2009. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού. Ο αναλογούν ΦΠΑ επί τοις εκατό (%) για τις ζητούμενες υπηρεσίες βαρύνει το Νοσοκομείο και θα υπολογίζεται χωριστά. Η προθεσμία πληρωμής του Προμηθευτή θα γίνει σε εύλογο χρονικό διάστημα (όχι πέρα των εξήντα ημερολογιακών ημερών), μετά την παράδοση και οριστική παραλαβή, με χρηματικό ένταλμα και με βάση τα νόμιμα δικαιολογητικά, για το σύνολο της αξίας, μείον τις προβλεπόμενες από το νόμο κρατήσεις, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Ν. 4152/2013 (Άρθρο 4 Οδηγίας 2011/7) «Υποπαράγραφος Ζ.5: ΣΥΝΑΛΛΑΓΕΣ ΜΕΤΑΞΥ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ ΚΑΙ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΑΡΧΩΝ».

Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε διευκρίνιση με το με αρ. πρωτ. 8543/24-06-2021 έγγραφό της στο οποίο αναφέρει επί λέξει ότι «... 4. Σχετικά με την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού (σχετ. β) τη θεωρούμε αυτονόητη αφού αφορά στην παροχή υπηρεσιών. Εναπόκειται στην κάθε εταιρεία που θα επιλέξει να συμμετάσχει κατά πόσο για

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

ανταγωνιστικούς ή άλλους λόγους θα συμπεριλάβει το ανωτέρω ποσοστό στην οικονομική προσφορά της εταιρείας». Η διευκρίνιση γνωστοποιήθηκε αυθημερόν στους ενδιαφερόμενους με ανάρτηση στην αρχική σελίδα του ΕΣΗΔΗΣ και με αποστολή διά του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού. Με τα δεδομένα αυτά, η εν λόγω διευκρίνιση, χωρήσασα κατά τον κατά τα ανωτέρω προβλεπόμενο νόμιμο τρόπο, συνιστάμενο στην ανάρτησή της ηλεκτρονικά στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ και στην κοινοποίησή της σε όλους τους ενδιαφερόμενους, και μη αμφισβητηθείσα από οποιονδήποτε από τους διαγωνιζόμενους, εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και ως εκ τούτου παρήγαγε δεσμευτικά αποτελέσματα τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους μετέχοντες στον διαγωνισμό (ΔΕφΘες 72/2020). Από τη ρητή διατύπωση της εν λόγω δεσμευτικής διευκρίνισης προκύπτει ότι η παρακράτηση 8% είναι αυτονόητη και ότι δεν είναι απαραίτητο να συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων, ενώ η αναθέτουσα αρχή ρητά και με σαφήνεια προέβλεψε ότι εναπόκειται στην ευχέρεια εκάστου διαγωνιζομένου να επιλέξει αν θα συμπεριλάβει ή όχι στην προσφορά του την παρακράτηση αυτή. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις ως άνω απόψεις της αναφέρει ρητά, μεταξύ άλλων, ότι «Σχετικά με τον φόρο 8% έχουν δοθεί διευκρινήσεις οι οποίες έχουν κοινοποιηθεί στο ΕΣΗΔΗΣ από την επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών με το (υπ' αριθ. Πρωτ. 8516/23-06-2021 έγγραφο επιτροπής) που αναφέρουν ρητά : «σχετικά με την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού (σχετ. β) τη θεωρούμε αυτονόητη αφού αφορά στην παροχή υπηρεσιών. Εναπόκειται στην κάθε εταιρεία που θα επιλέξει να συμμετάσχει κατά πόσο για ανταγωνιστικούς ή άλλους λόγους θα συμπεριλάβει το ανωτέρω ποσοστό στην οικονομική προσφορά της εταιρείας». Επιπλέον καταθέτουμε ένταλμα πληρωμής αναθέτουσας αρχής αναδόχου εταιρείας ...για την παροχή υπηρεσιών ασφάλειας των χώρων Νοσοκομείου στο οποίο το μηνιαίο τίμημα είναι 43.122,71 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σύνολο κρατήσεων 3.464,12 ευρώ μέσα σε αυτές συμπεριλαμβάνεται ο φόρος 8 % και οι άλλες νόμιμες κρατήσεις. Το ένταλμα αυτό είναι πριν την αύξηση του κατώτατου μισθού. Το ποσό που δίδεται στον δικαιούχο είναι 39.658,59 ευρώ συμπεριλαμβανομένου

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

ΦΠΑ με παροχή 19 ατόμων σε κοινή ημέρα και σε 22 ατόμων σε ημέρα εφημερίας, ίδια παροχή υπηρεσιών με την διακήρυξη. Διευκρινίζουμε ότι το 8% συνιστά κράτηση και έχει προσωρινό χαρακτήρα και έχει θεσμοθετηθεί από το Ν. 2198/94 άρθρο 24 και το Ν. 4172/2013 άρθρα 62-64 ΦΕΚ167 Α, γιατί μετά την λήξη του οικονομικού έτους και την εκκαθάριση της φορολογικής δήλωσης της εταιρείας θα συμψηφισθεί με τις λοιπές φορολογικές της υποχρεώσεις. [...]». Ως εκ τούτου, νομίμως και σε συμφωνία με το κανονιστικό πλαίσιο του προκειμένου διαγωνισμού, στο οποίο, ως προελέχθη, έχει ενταχθεί η σχετική διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, δεν ήταν υποχρεωτική να συμπεριληφθεί επιπροσθέτως στην τιμή της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων η παρακράτηση φόρου 8%, αλλά εναπόκειται στην ευχέρεια εκάστου διαγωνιζομένου να επιλέξει αν θα συμπεριλάβει ή όχι στην προσφορά του την παρακράτηση αυτή, ως βάσιμα ισχυρίζεται και η 1<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Αξίζει δε να σημειωθεί ότι με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2165/16-02-2022 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από τους οικονομικούς φορείς να καταθέσουν αναλυτικά τις νόμιμες κρατήσεις επί της αξίας του τιμολογίου μηνιαία και ετήσια, αίτημα το οποίο διαβιβάστηκε ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ στις συμμετέχουσες εταιρείες, οι οποίες απάντησαν, εντός της δοθείσας προθεσμίας των είκοσι (20) ημερών, όπως και η 1<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, αυτονόητα προκύπτει ότι τυχόν συμπερίληψη της παρακράτησης του 8% στην οικονομική προσφορά κατ' επιλογή του υποψηφίου οικονομικού φορέα θα επέφερε συνακόλουθα και ανάλογη διαφοροποίηση στο τελικό ποσό της οικονομικής του προσφοράς, πράγμα που ανάγεται στην επιχειρηματική επιλογή έκαστου προσφέροντος, δεδομένου ότι και η αναθέτουσα αρχή διά της ανωτέρω διευκρίνισής της κατέλιπε στην διακριτική τους ευχέρεια την διαμόρφωση της προσφοράς τους με ή χωρίς πρόσθετη επιβάρυνση του ποσοστού παρακράτησης φόρου, το οποίο σε κάθε περίπτωση θα παρακρατείται κατά νόμο σε κάθε πληρωμή του αναδόχου, ενώ η προσφεύγουσα προβαίνει στην κρινόμενη προσφυγή της σε αντίστοιχους μη νόμιμους υπολογισμούς σχετικά με την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών αναλόγως του συνυπολογισμού ή μη της

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

παρακράτησης του 8% κατ' επιλογήν, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ενός εκάστου εκ των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Αλυσιτελώς προβάλλονται οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με την ακύρωση της προηγούμενης διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής δεδομένου ότι κανονιστικό πλαίσιο του προκείμενου διαγωνισμού αποτελεί η επίμαχη Διακήρυξη και η ανωτέρω διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής. Τέλος, απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας στο μέτρο που με αυτούς και καθ' ερμηνεία τους αμφισβητείται η νομιμότητα του μη συνυπολογισμού της ανωτέρω παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων, δηλαδή αμφισβητείται κατ' ουσία το περιεχόμενο της χορηγηθείσας διευκρίνισης. Και τούτο, διότι αυτοί προβάλλονται απαραδέκτως επ' ευκαιρία της εξέτασης του προβαλλόμενου από την προσφεύγουσα πρώτου λόγου απόρριψης της προσφοράς της 1<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας, ενώ η προσφεύγουσα δεν αμφισβήτησε επικαίρως τη νομιμότητα της χορηγηθείσας διευκρίνισης (ΔΕφΑθ 714/2021). Επομένως, σύμφωνα με τα προρρηθέντα, ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

23. Επειδή, η προσφεύγουσα στην κρινόμενη προσφυγή της ισχυρίζεται με τον **δεύτερο λόγο** αυτής ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση έλαβε χώρα καταστρατήγηση της συνταγματικής αρχής της προστατευόμενης εμπιστοσύνης του πολίτη. Αναφέρει, μεταξύ άλλων, η προσφεύγουσα ότι «[...] Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή με τις ανωτέρω αποφάσεις της, τις οποίες η ίδια ενέταξε στο πλαίσιο του διαγωνισμού, δέχθηκε ότι η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στο κόστος της σύμβασης που θα συναφθεί και για τον λόγο αυτό τροποποίησε την προηγούμενη απόφασή της, ως προς το ύψος της προϋπολογισθείσας δαπάνης και προσέθεσε, με την ανάληψη σχετικής υποχρέωσης, συγκεκριμένο ποσό (41.397,80 €) προκειμένου ακριβώς να καλυφθεί το κόστος τούτο. Με τις αποφάσεις αυτές, σε συνδυασμό με τους όρους της διακηρύξεως και την διατήρηση των αυτών τεχνικών προδιαγραφών, δημιούργησε σε εμένα σταθερή και δικαιολογημένη πεποίθηση ότι η εν λόγω παρακράτηση αποτελεί επιβάρυνση του αναδόχου της συμβάσεως που θα συναφθεί και ως εκ τούτου ότι πρέπει απαραίτητως να υπολογισθεί στην διαμόρφωση της τιμής της προσφοράς μου. Με τα δεδομένα αυτά, διαμόρφωσα την οικονομική προσφορά συμπεριλαμβάνοντας στην

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

προσφερόμενη τιμή και την ως άνω παρακράτηση. Παρά ταύτα, με την προσβαλλόμενη απόφασή της δέχθηκε την οικονομική προσφορά της ανακηρυχθείσης αναδόχου, ως και της έτερης θιγόμενης εταιρείας παρά το γεγονός ότι, όπως αναφέρεται στο οικείο πρακτικό της επιτροπής, στην προσφερόμενη τιμή δεν έχει συμπεριληφθεί η παρακράτηση φόρου. Ούτω, με την αποδοχή της οικονομικής προσφοράς της ανακηρυχθείσης αναδόχου και την μη απόρριψη της προσφοράς της ως άνω εταιρείας, καταστρατηγούνται σε βάρος μου οι ως άνω συνταγματικές αρχές του κράτους δικαίου, της ασφάλειας δικαίου και της προστατευόμενης εμπιστοσύνης του διοικούμενου προς την διοίκηση, οι οποίες έχουν εφαρμογή και στις δημόσιες συμβάσεις (ΣτΕ Επ.Αν. 78/2005). Και τούτο, διότι υπολόγισα στην οικονομική προσφορά μου την εν λόγω παρακράτηση φόρου, στηριχθείσα στις ως άνω αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής (17/23-04-2021 κ.λπ.), τις οποίες αποφάσεις, η ίδια η αναθέτουσα αρχή ενέταξε στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση που δέχθηκε τις εξηγήσεις της ανακηρυχθείσης αναδόχου καθώς και της θιγόμενης ως άνω εταιρείας, για τον μη υπολογισμό της ως άνω παρακρατήσεως, παρά το γεγονός ότι η ίδια η αναθέτουσα αρχή έχει υπολογίσει στο κόστος του αναδόχου της συμβάσεως την παρακράτηση αυτή, ο λόγος αποδοχής αντίκειται στην ασφάλεια του δικαίου, στη συνταγματική αρχή της προστατευόμενης εμπιστοσύνης του πολίτη, της διαφάνειας και της ισότητας, στην σύνταξη των προσφορών, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής που έχουν ενταχθεί στο θεσμικό πλαίσιο της διακήρυξης (ΣτΕ 817/2008, 816 & 463/2007). Από την παράθεση των ως άνω αριθμητικών πράξεων, με υπολογισμό και χωρίς τον υπολογισμό της παρακράτησης φόρου 8 %, προκύπτει ότι η έλλειψη κοινής βάσεως των προσφορών, παρέχει αντιανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην αναθέτουσα αρχή, καθώς και στην ως άνω εταιρεία (...), κατά παράβαση των ως άνω διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, δεν υπολόγισαν στις οικονομικές προσφορές τους το εν λόγω ποσοστό και ούτω επέτυχαν χαμηλότερη τιμή. Με την απόφαση της αναθέτουσας αρχής, να μην αποδεχθεί κοινή βάση αξιολόγησης των προσφορών - με υπολογισμό της παρακράτησης από όλους τους διαγωνιζόμενους - παρότι η ίδια η αναθέτουσα αρχή με τις ως άνω

μνημονευόμενες αποφάσεις της, τροποποίησε την προϋπολογισθείσα δαπάνη της διακηρύξεως και ούτω συμπεριέλαβε σε αυτήν και την επίμαχη παρακράτηση, παραβιάζοντας κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, οι αρχές της ασφάλειας του δικαίου και της προστατευόμενης εμπιστοσύνης. Κατόπιν τούτου, και για τον παρόντα λόγο, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ακυρωθεί. [...]». **Επί του δεύτερου λόγου της κρινόμενης προσφυγής, η 1<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα** στην ανωτέρω παρέμβασή της ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, ότι «[...] Περαιτέρω, μόλις που πρέπει να αναφέρουμε ότι η συνταγματική αρχή της προστατευόμενης εμπιστοσύνης δεν έχει παραβιαστεί στην προκείμενη διαδικασία και ότι, μετά την έκδοση της επίμαχης διευκρίνισης, η αναθέτουσα αρχή πήρε σαφή θέση περί της προαιρετικής συμπερίληψης του 8% στην εκάστοτε προσφορά των υποψηφίων. Η έκδοση της διευκρίνισης (η οποία δεν προσεβλήθη από την εδώ αντίδικο) όρισε σαφώς ότι η συμπερίληψη του 8% εναπόκειται στον εκάστοτε οικονομικό φορέα και συνεπώς κάθε οικονομικός φορέας κατά την ανέλεγκτη κρίση του μπορεί είτε να επιλέξει να συμπεριλάβει την παρακράτηση είτε να μην την συμπεριλάβει, καταθέτοντας παραδεκτώς την προσφορά του σε κάθε περίπτωση. Ως εκ τούτου αν η αντίδικος επιθυμούσε μία πιο ανταγωνιστική προσφορά (πράγμα θεμιτό και νόμιμο) μπορούσε να μην συμπεριλάβει την σχετική παρακράτηση στην προσφορά της, αλλά η τελευταία επέλεξε (για δικούς της λόγους) να την συμπεριλάβει έχοντας γνώση και συνείδηση του ότι αυτό θα καταστήσει την προσφορά της υψηλότερη σε σχέση με άλλους υποψηφίους που (νόμιμα) επέλεξαν να μην συμπεριλάβουν την επίμαχη παρακράτηση ασκώντας το δικαίωμα που τούς έδιδε το κανονιστικό πλαίσιο της σύμβασης. Δεν μπορεί η αντίδικος να διατείνεται ότι τής δημιουργήθηκε πεποίθηση περί την υποχρέωση συμπερίληψης του 8% από στοιχεία εκτός κανονιστικού πλαισίου της σύμβασης (π.χ. ακύρωση προηγούμενης διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής από την ΑΕΠΠ) και να μην τής δημιουργήθηκε πεποίθηση περί την προαιρετική συμπερίληψη από την ίδια αυτή διευκρίνιση του κανονιστικού πλαισίου, την οποία μάλιστα δείχνει να μην έλαβε υπόψιν της. Πώς, επομένως, επικαλείται η αντίδικος μία πεποίθηση από στοιχεία εκτός σύμβασης και δεν αναφέρει τίποτα για την κρίσιμη διευκρίνιση που εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο της σύμβασης; Άλλωστε,



## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

είχε, ομοίως, πεποίθηση ότι η προσφορά της με το 8% θα είναι μετά βεβαιότητας μεγαλύτερη από εκείνες που θα έχουν επιλέξει την μη συμπερίληψη της συγκεκριμένης παρακράτησης και μπορούσε και η αντίδικος να μην την συμπεριλάβει για να είναι ανταγωνιστική. Συνεπώς, στην προκείμενη περίπτωση δεν μπορεί να κριθεί ότι παραβιάστηκε η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης της αντιδίκου διότι η πεποίθησή της δεν είχε νόμιμο έρεισμα στο κανονιστικό πλαίσιο της σύμβασης. Τέλος, εντελώς επικουρικά, προβάλλουμε ότι εις πάσαν περίπτωση η έκδοση της άνω διευκρίνισης δημιούργησε στην εταιρεία μας εύλογη πεποίθηση ότι η προκείμενη παρακράτηση είναι προαιρετική για τον εκάστοτε υποψήφιο και, συνεπώς, πρέπει να γίνει δεκτό ότι προκάλεσε μία ασάφεια στο κανονιστικό πλαίσιο της σύμβασης που αθέμιτα μάς οδήγησε στην επιλογή της μη συμπερίληψης της εν λόγω παρακράτησης. Συνεπώς, εντελώς επικουρικά, πρέπει να κριθεί ότι η άνω διευκρίνιση δημιούργησε σχετική ασάφεια που δεν μπορεί να οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς μας διότι η εταιρεία μας εύλογα θεώρησε προαιρετική την επίμαχη παρακράτηση. Ενόψει των ανωτέρω και με την ένταξη της ως άνω διευκρίνισης στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού οι λόγοι προδικαστικής προσφυγής της αντιδίκου είναι αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν στο σύνολό τους. [...]».

**Επί του δευτέρου της κρινόμενης προσφυγής, η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα** στην ανωτέρω παρέμβασή της ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, ότι «[...] Από την ανωτέρω γραμματική διατύπωση των άρθρων της Διακήρυξης ρητά συνάγεται ότι η παρακράτηση φόρου 8% ΔΕΝ περιλαμβάνεται στις περιοριστικά αναφερόμενες «κρατήσεις», οι οποίες πρέπει να υπολογίζονται στην τιμή της οικονομικής προσφοράς. Αντίθετα, το 8% είναι ποσοστό του επιβαλλόμενου φόρου εισοδήματος, το οποίο σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου και την ως άνω διάταξη της Διακήρυξης, παρακρατείται κατά την πληρωμή, δηλαδή αποτελεί προκαταβολή φόρου εισοδήματος που επιστρέφεται, και άρα από τη διατύπωση της Διακήρυξης δεν δύναται να δημιουργηθεί σύγχυση ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι η παρακράτηση φόρου 8% συνιστά «κράτηση» υπέρ τρίτων. Άλλωστε, για τα ποσοστά που η αναθέτουσα αρχή θέλησε να περιλάβει στις κρατήσεις υπέρ τρίτων, φρόντισε να κατονομάσει ρητά αυτά με τον όρο «κράτηση» (δηλαδή τα εξής: 0,07% Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, 0,06% Υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και 0,02% υπέρ του Δημοσίου και τα αντίστοιχα χαρτόσημα 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%), και συνεπώς αυτά υπολογίζονται απαραίτητως στην οικονομική προσφορά, διότι παρακρατούνται και δεν επιστρέφονται στην εταιρία. Η αναφορά ότι «Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση 8% επί του καθαρού ποσού», ξεχωριστά και διακριτά από τις κρατήσεις που βαρύνουν τον ανάδοχο, έχει ως σκοπό να επισημάνει την ενέργεια της παρακράτησης του ποσοστού 8% του φόρου κατά το στάδιο της πληρωμής του τιμολογίου του αναδόχου και σε καμία περίπτωση δεν εξομοιώνει την εν λόγω παρακράτηση με τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων. Με άλλες λέξεις, από τις διατάξεις της διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού, δεν προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνταν να περιλάβουν αυτοτελώς και επιπροσθέτως στην προσφερόμενη τιμή για τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλο καταβαλλόμενο ποσό, του οποίου η καταβολή έχει προσωρινό χαρακτήρα, όπως την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, η οποία προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία και δεν αποτελεί προαπαιτούμενο της οικονομικής προσφοράς αλλά συνδέεται με ένα μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι αυτό της πληρωμής του τιμολογίου (βλ. *ad hoc* ΤρΔΕφΑθ 1268/2020, ΔΕφΑθ 424/2021, 360/2021 σε συμβ, ΔΕφ Θεσ/νίκης σε συμβ 58/2021). Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς σε καμία περίπτωση δεν όφειλαν να αναφερθούν ειδικώς στον εν λόγω παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8% ή να τον συμπεριλάβουν επιπρόσθετα στην οικονομική προσφορά τους, ως επιπρόσθετη «κράτηση» ή «επιβάρυνση», εφόσον, άλλωστε, δεν υπήρχε διακριτό πεδίο. (β) Πέραν των ανωτέρω, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% δεν συνιστά εκ της φύσεως της κράτηση υπέρ τρίτου ούτε επιβάρυνση υπό την έννοια που αναφέρεται στη Διακήρυξη. [...] (γ) Τα παραπάνω επιβεβαιώνονται πλήρως από την κρίση των πλέον πρόσφατων δικαστικών αποφάσεων επί του επίμαχου ζητήματος [βλ. ΤρΔΕφΑθ 1268/2020, ΔΕφΑθ (σε συμβ) 424/2021, 379/2021, 362/2021, 360/2020, ΔΕφ Θεσ/νίκης 58/2021]. [...] (δ) Ανεξάρτητα, όμως, από τη γενική φύση της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%, στην προκειμένη περίπτωση, από τη Διακήρυξη και το έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

αρχής, που αποτελούν το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, είναι απολύτως σαφές ότι οι διαγωνιζόμενοι ΔΕΝ όφειλαν να συμπεριλάβουν ρητά στην τιμή της οικονομικής προσφοράς τους την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%. [...] Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε έγγραφο διευκρινίσεων που προέτρεπε κατ' ουσίαν τους διαγωνιζομένους να μην συμπεριλάβουν την παρακράτηση 8% στην τιμή της προσφοράς τους. [...] Συγκεκριμένα, με το υπ' αριθμ. πρωτοκόλλου 8543/2021 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της Αναθέτουσας Αρχής, διευκρινίστηκε το εξής: «Σχετικά με την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού (σχετ. β) τη θεωρούμε αυτονόητη αφού αφορά στην παροχή υπηρεσιών. Εναπόκειται στην κάθε εταιρεία που θα επιλέξει να συμμετάσχει κατά πόσο για ανταγωνιστικούς ή άλλους λόγους θα συμπεριλάβει το ανωτέρω ποσοστό στην οικονομική προσφορά της εταιρείας.». Επομένως, η αναθέτουσα αρχή με το έγγραφο διευκρινίσεων της, που εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ξεκαθάρισε ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% είναι «αυτονόητη» και ότι εναπόκειται στην ΕΥΧΕΡΕΙΑ των διαγωνιζομένων αν θα την συμπεριλάβουν στην προσφορά τους ή όχι!!! Άρα είναι προφανές ότι ΔΕΝ υπήρχε υποχρέωση ρητής συμπερίληψης αυτής στην οικονομική προσφορά, αφού ούτως ή άλλως η παρακράτηση αποτελεί «αυτονόητη» διαδικασία, δηλαδή σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου 4172/2013, το ποσοστό 8% παρακρατείται αυτονόητα κατά την πληρωμή του αναδόχου για την παροχή των υπηρεσιών του. Μάλιστα, η ίδια η αναθέτουσα αρχή ξεκαθάρισε ότι οι διαγωνιζόμενοι ΔΕΝ ήταν υποχρεωμένοι να συμπεριλάβουν το ποσοστό 8% στην οικονομική προσφορά τους, αλλά αντίθετα «εναπόκειτο» στην ευχέρεια τους «να επιλέξουν» αν θα συμπεριλάβουν ή όχι την παρακράτηση στην προσφορά τους. Από τη συγκεκριμένη διατύπωση, σε καμία περίπτωση δεν συνάγεται το συμπέρασμα ότι έπρεπε να υπολογίσουμε την παρακράτηση στην προσφορά μας, αλλά το ακριβώς αντίθετο!! [...] Επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα επιχειρεί να διαστρεβλώσει το νόημα του διευκρινιστικού εγγράφου της αναθέτουσας αρχής, ισχυριζόμενη ότι δήθεν σήμαινε ότι οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να συμπεριλάβουν την παρακράτηση φόρου 8% στις προσφορές τους. Όμως, το ακριβώς αντίθετο προκύπτει από τη διατύπωση του εγγράφου ότι η παρακράτηση 8% είναι αυτονόητη, και άρα προφανώς δεν

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

χρειάζεται να συμπεριληφθεί επιπροσθέτως στην προσφορά! Μάλιστα, η αναθέτουσα αρχή ρητά και με σαφήνεια προέβλεψε ότι εναπόκειται στην ευχέρεια εκάστου διαγωνιζομένου να επιλέξει αν θα συμπεριλάβει ή όχι στην προσφορά του την παρακράτηση. [...] Εν όψει των ανωτέρω, η εταιρία μας νομίμως και σε συμφωνία με το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, και ιδίως με τη σχετική διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, δεν συμπεριέλαβε επιπροσθέτως στην τιμή της οικονομικής προσφοράς της την παρακράτηση φόρου 8%, και δεν υπάρχει κανένας κίνδυνος να καταστεί η σύμβαση ζημιογόνος. [...]». Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται στις απόψεις της όσα αναφέρονται στην σκέψη 21 της παρούσας.

24. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, των σχετικών εγγράφων, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ως άνω παρεμβάσεων, προκύπτουν τα εξής **σχετικά με τον εξεταζόμενο δεύτερο λόγο της κρινόμενης προσφυγής**: Σύμφωνα με όσα αναλυτικά αναφέρθηκαν στην σκέψη 22 της παρούσας και προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Νομίμως και σε συμφωνία με το κανονιστικό πλαίσιο του προκείμενου διαγωνισμού, στο οποίο, ως προελέχθη, έχει ενταχθεί η σχετική διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, δεν ήταν υποχρεωτική να συμπεριληφθεί επιπροσθέτως στην τιμή της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων η παρακράτηση φόρου 8%, αλλά εναπόκειται στην ευχέρεια εκάστου διαγωνιζομένου να επιλέξει αν θα συμπεριλάβει ή όχι στην προσφορά του την παρακράτηση αυτή, ως βάσιμα ισχυρίζονται η 1<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα και η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Ως εκ τούτου, δεδομένου ότι από το περιεχόμενο της ανωτέρω διευκρίνισης, η οποία αποτελεί κανονιστικό πλαίσιο του προκείμενου διαγωνισμού, έγινε σαφές ρητά από την αναθέτουσα αρχή ότι οι πληρωμές επιβαρύνονται με την εν λόγω παρακράτηση και ότι δεν ήταν υποχρεωτική να συμπεριληφθεί επιπροσθέτως στην τιμή της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων η παρακράτηση αυτή, δεν έχει πληγεί με την προσβαλλόμενη απόφαση με κανένα τρόπο η προστατευόμενη εμπιστοσύνη, ως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η επικαλούμενη εκ μέρους της

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

προσφεύγουσας πεποίθηση της περί του ότι η εν λόγω παρακράτηση αποτελεί επιβάρυνση του αναδόχου της συμβάσεως που θα συναφθεί και ως εκ τούτου ότι πρέπει απαραίτητως να την υπολογισθεί στην διαμόρφωση της τιμής της προσφοράς της, δεν βρίσκει νόμιμο έρεισμα στο κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον προκείμενο διαγωνισμό. Επιπροσθέτως, απαραδέκτως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είχε την πεποίθηση αυτή, ήτοι ότι έπρεπε απαραίτητως να υπολογισθεί την ανωτέρω παρακράτηση στην διαμόρφωση της τιμής της προσφοράς της διότι με τον ισχυρισμό της αυτό στην ουσία αμφισβητεί ανεπικαίρως το περιεχόμενο της ανωτέρω διευκρίνισης της οποίας έλαβε γνώση και ουδέποτε την αμφισβήτησε ούτε διατύπωσε σχετική επιφύλαξη, με αποτέλεσμα η διευκρίνιση αυτή να ενταχθεί πλήρως στο κανονιστικό πλαίσιο του προκείμενου διαγωνισμού. Επομένως, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος της κρινόμενης προσφυγής κρίνεται απορριπτέος.

25. Επειδή, η προσφεύγουσα στην κρινόμενη προσφυγή της ισχυρίζεται με τον **τρίτο λόγο** αυτής ότι η οικονομική προσφορά που υπέβαλε η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα είναι απορριπτέα διότι δεν έχει συμπεριλάβει την παρακράτηση φόρου 8 %, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν και υποστηρίζει η προσφεύγουσα στην σκέψη 21 της παρούσας προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων. Αναφέρει δε, μεταξύ άλλων, η προσφεύγουσα ότι «[...] Περαιτέρω, παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον προσβάλλω την ως άνω απόφαση της αναθέτουσας αρχής και κατά το μέρος που δεν απέρριψε την οικονομική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...», για τους λόγους που εκτίθενται κατωτέρω στην παρούσα προδικαστική προσφυγή μου.[...].» **Επί του τρίτου λόγου της κρινόμενης προσφυγής, η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα** στην ανωτέρω παρέμβασή της ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, ότι «[...] Α. Η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρίας μας πρέπει να απορριφθεί ως άνευ εννόμου συμφέροντος ασκηθείσα (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 1606/2021, ΕΑΔΗΣΥ Σ822/2022). Τούτο διότι η προσβαλλόμενη, κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της εταιρίας μας είναι επωφελής ως προς το διατακτικό της για την προσφεύγουσα και συνεπώς η πράξη απόρριψης μίας προσφοράς δεν μπορεί, υπό το πρίσμα αυτό, να προσβληθεί παραδεκτά από άλλον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό,

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

με αίτημα την αντικατάσταση των αιτιολογιών της απόρριψης ή την προσθήκη επιπλέον τέτοιων. Οι, δε, διαφορετικοί ή επιπλέον λόγοι απόρριψης προσφοράς μπορεί να προβληθούν από έτερο συνδιαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα μόνο σε περίπτωση, που η αρχική απόρριψη ακυρωθεί ή ανακληθεί και η αρχικώς απορριφθείσα προσφορά γίνει εκ των υστέρων αποδεκτή, οπότε ο έτερος συνδιαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας θα δικαιούται είτε να εγείρει και αυτός προδικαστική προσφυγή κατά της εκ των υστέρων αποδοχής της προσφοράς είτε να προσφύγει δικαστικώς κατά της ως άνω αποδοχής προβάλλοντας νέες αιτιάσεις κατά της επίμαχης προσφοράς. Ως εκ τούτου, εν προκειμένω, εφόσον η εταιρία μας είναι αποκλεισμένη από τον διαγωνισμό, στο παρόν στάδιο, οι ισχυρισμοί της προσφυγής περί απόρριψης της προσφοράς μας για έτερους, πρόσθετους από τους αναφερόμενους στην προσβαλλόμενη λόγους προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος και τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι. [...].», ενώ επί της ουσίας ισχυρίζεται όσα αναφέρονται στην σκέψη 23 της παρούσας προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων. Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται στις απόψεις της όσα αναφέρονται στην σκέψη 21 της παρούσας.

26. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, των σχετικών εγγράφων, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της ως άνω 2<sup>ης</sup> παρέμβασης, προκύπτουν τα εξής **σχετικά με τον εξεταζόμενο τρίτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής**: Σύμφωνα με όσα αναλυτικά αναφέρθηκαν στην σκέψη 2 της παρούσας, η προσφορά της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας έχει απορριφθεί με την προσβαλλόμενη απόφαση, σύμφωνα με τους λόγους που αναφέρονται σε αυτήν, καθώς και με όσα αναπτύσσει η αναθέτουσα αρχή στις ανωτέρω απόψεις της. Την προσβαλλόμενη απόφαση, έχει ήδη προσβάλλει η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα με την από 06-06-2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 805/06-06-2022 προδικαστική προσφυγή της, ενώ στην περίπτωση που ήθελε υποθεθεί ότι απορριφθεί η ανωτέρω προσφυγή της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας με την έκδοση οριστικής απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., αυτή δεν καθίσταται οριστικώς αποκλεισθείσα από τον διαγωνισμό, καθόσον έχει δικαίωμα άσκησης αίτησης ακύρωσης και αναστολής κατά της απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα διατηρεί το έννομο συμφέρον της

## Αριθμός Απόφασης: 1123/2022

να προβάλει κατά της 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσας και έτερο, πρόσθετο, από τους αναφερόμενους στην προσβαλλόμενη απόφαση, λόγο, αποκλεισμού (εν προκειμένω τον εξεταζόμενο τρίτο λόγο) (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 24/3/2021, ΝΑΜΑ Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε κλπ, C-771/19), απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της 2<sup>ης</sup> παρεμβαίνουσας. Επί της ουσίας του τρίτου λόγου της κρινόμενης προσφυγής, προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, ισχύουν όσα κρίθηκαν στις σκέψεις 22 και 24 της παρούσας, ήτοι νομίμως και σε συμφωνία με το κανονιστικό πλαίσιο του προκείμενου διαγωνισμού, στο οποίο, ως προελέχθη, έχει ενταχθεί η με αρ. πρωτ. 8543/24-06-2021 διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, δεν ήταν υποχρεωτική να συμπεριληφθεί επιπροσθέτως στην τιμή της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων η παρακράτηση φόρου 8%, αλλά εναπόκειται στην ευχέρεια εκάστου διαγωνιζομένου να επιλέξει αν θα συμπεριλάβει ή όχι στην προσφορά του την παρακράτηση αυτή, ως βάσιμα ισχυρίζεται και η 2<sup>η</sup> παρεμβαίνουσα, ενώ η αναθέτουσα αρχή με τις άνω απόψεις της αναφέρει, μεταξύ άλλων, επί λέξει, ότι *«Σχετικά με τον φόρο 8% έχουν δοθεί διευκρινήσεις οι οποίες έχουν κοινοποιηθεί στο ΕΣΗΔΗΣ από την επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών με το (υπ' αριθ. Πρωτ. 8516/23-06-2021 έγγραφο επιτροπής) που αναφέρουν ρητά: «σχετικά με την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού (σχετ. β) τη θεωρούμε αυτονόητη αφού αφορά στην παροχή υπηρεσιών. Εναπόκειται στην κάθε εταιρεία που θα επιλέξει να συμμετάσχει κατά πόσο για ανταγωνιστικούς ή άλλους λόγους θα συμπεριλάβει το ανωτέρω ποσοστό στην οικονομική προσφορά της εταιρείας», απορριπτομένων για τους λόγους αυτούς των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Επομένως, επί τη βάση όσων προαναφέρθηκαν, ο τρίτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.*

27. Επειδή γίνεται δεκτή, εν συνόλω, η εισήγηση.

28. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, οι παρεμβάσεις να γίνουν δεκτές και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

**Αριθμός Απόφασης: 1123/2022**

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τις παρεμβάσεις.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7 Ιουλίου 2022 και εκδόθηκε στις 27 Ιουλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ  
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ  
Α/Α ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΛΙΖΙΔΗΣ**