

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και
Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει :

- 1) την από 11.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1195/14.06.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...(εφεξής ο «πρώτος προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και
- 2) την από 14.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1217/15.06.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «δεύτερος προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Υπουργείου ...(εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. 1510/148507/4.06.2021 απόφασης του υπηρεσιακού Γραμματέα περί έγκρισης των από 28.01.2021 και 21.05.2021 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η προσβαλλόμενη) και

Κατά του παρεμβαίνοντος επί της πρώτης και δεύτερης προσφυγής οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «πρώτος παρεμβαίνων»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Κατά του παρεμβαίνοντος επί της δεύτερης προσφυγής οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «δεύτερος παρεμβαίνων»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

Με την προδικαστική προσφυγή του ο πρώτος προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο δεύτερος προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίνονται αποδεκτές οι προσφορές των παρεμβαινόντων.

Με τις παρεμβάσεις τους, αμφότεροι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη των προσφυγών.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 908 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 7.06.2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η πρώτη προδικαστική προσφυγή, ήτοι 181.451,61 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

2. Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 908 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 10.06.2021 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η δεύτερη προδικαστική προσφυγή,

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

ήτοι 181.451,61 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

3. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. 3548/ΧΔ/2020 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «Υπηρεσίες Καθαρισμού», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της τιμής, συνολικής αξίας 450.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

4. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 17.12.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 23.12.2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

5. 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 IV του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η υπό εξέταση πρώτη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 11.06.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 4.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον πρώτο προσφεύγοντα 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.

7. Επειδή η υπό εξέταση δεύτερη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 14.06.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

ΕΣΗΔΗΣ στις 4.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από το δεύτερο προσφεύγοντα 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.

8. Επειδή στις 14.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση των προσφυγών στους έτερους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1505/2021 και 1517/2021 Πράξεις του Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης για την πρώτη και δεύτερη προσφυγή αντιστοίχως και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί αμφότερων προσφυγών.

10. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 24.06.2021, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, τη με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 4055/2021 παρέμβασή του επί της πρώτης και δεύτερης προσφυγής αντιστοίχως, για τις οποίες θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

11. Επειδή δοθέντος ότι, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, η προθεσμία άσκησης παρέμβασης είναι δέκα ημέρες από την κοινοποίηση της προσφυγής, ο δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε την 25.06.2021 μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού εκπροθέσμως την παρέμβασή του, καθώς η δεύτερη προδικαστική προσφυγή κοινοποιήθηκε σε αυτόν την 14.06.2021. Ως εκ τούτου, η παρέμβαση του δεύτερου παρεμβαίνοντος ασκήθηκε απαραδέκτως και δεν λαμβάνεται υπόψιν από το Κλιμάκιο.

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 25.06.2021 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

της επί αμφότερων προσφυγών, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στους προσφεύγοντες αυθημερόν.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, αμφοτερες προσφυγές νομίμως εισάγονται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

14. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δεκαπέντε οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο πρώτος προσφεύγων και ο δεύτερος προσφεύγων και οι πρώτος και δεύτερος παρεμβαίνοντες, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ..., ..., ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το από 28.01.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών όλων των συμμετεχόντων. Κατόπιν δε αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 21.05.2021 Πρακτικό εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του πρώτου προσφεύγοντος διότι «δεν έχει συμπεριλάβει την προκαταβολή φόρου εισοδήματος 8%» και την ανακήρυξη του πρώτου παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδοχού, ενώ ο δεύτερος παρεμβαίνων κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας και ο δεύτερος προσφεύγων τρίτος. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά.

15. Επειδή ο πρώτος προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του.

16. Επειδή ο δεύτερος προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς των παρεμβαίνόντων, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Ωστόσο, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Επίσης, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής). Πέραν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, και δεδομένου ότι το κριτήριο ανάθεσης του υπό κρίση διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει τιμής, εφόσον ο δεύτερος προσφεύγων έχει καταταγεί τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας, προϋπόθεση της συνδρομής του εννόμου συμφέροντός του προς προβολή ισχυρισμών κατά του πρώτου κατά σειρά μειοδοσίας και πρώτου παρεμβαίνοντος αποτελεί η ευδοκίμηση της προδικαστικής προσφυγής κατά του δεύτερου σε σειρά κατάταξης και δεύτερου παρεμβαίνοντος.

17. Επειδή ο πρώτος προσφεύγων, επικαλούμενος τον όρο 5.1 της διακήρυξης και σχετική νομολογία ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...] 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

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

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 Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, 0,02% υπέρ του Δημοσίου και 0,06% Υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και τα αντίστοιχα χαρτόσημα 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%), και συνεπώς αυτά υπολογίζονται απαραίτητως στην οικονομική προσφορά, διότι παρακρατούνται και δεν επιστρέφονται στην εταιρία. Με άλλες λέξεις, από τις διατάξεις της διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού, δεν προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνταν να περιλάβουν 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 643/2021, 1268/2020, ΔΕφ Θεσ/νίκης 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. Το άρθρο 64 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013), αναφέρεται σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος και όχι σε κράτηση υπέρ τρίτου.

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

Η διαφορά της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% με τις κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι μείζονος σημασίας, καθώς οι κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι πραγματικό κόστος του αναδόχου της σύμβασης ενώ η παρακράτηση φόρου εισοδήματος δεν αποτελεί κόστος, αλλά προκαταβολή φόρου εισοδήματος, η οποία επιστρέφεται. Ειδικότερα, όπως είναι γνωστό, σε περίπτωση που κατά την εκκαθάριση του φόρου εισοδήματος προκύψει μικρότερος ή καθόλου φόρος, ο παρακρατηθείς φόρος επιστρέφεται ή συμψηφίζεται με άλλες οφειλές του φορολογικού υποκειμένου. Ενόψει, όμως, της αυτοτέλειας κάθε διαγωνισμού είναι σαφές ότι η συγκεκριμένη παρακράτηση 8% επιστρέφεται στην εταιρία μας και επομένως η εκτέλεση του παρόντος έργου δεν είναι σε καμία περίπτωση ζημιογόνος. Είναι δε αδιάφορο εάν τελικά η παρακράτηση μπορεί να συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις μας ή οφειλές μας. Πάντως, η εκτέλεση του επίδικου έργου δεν είναι ζημιογόνος. Η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος 8%, η οποία ξεκάθαρα δεν αποτελεί «κράτηση» υπέρ τρίτου, συνδέεται με την πληρωμή του τιμολογίου και όχι με την οικονομική προσφορά. Μάλιστα προβλέπεται ότι χορηγείται βεβαίωση από την υπηρεσία για την παρακράτηση του φόρου εισοδήματος, ώστε αυτή στη συνέχεια να επιστραφεί σε αυτόν που του έγινε η παρακράτηση. Αναφορικά δε με την κερδοφορία που προκύπτει από την προκηρυσσόμενη σύμβαση θα είναι τόσο μικρή, ώστε ο φόρος εισοδήματος που θα αναλογεί στις συμβάσεις αυτές θα είναι μηδενικός, ο δε παρακρατηθείς φόρος θα επιστραφεί στο σύνολο του στους διαγωνιζομένους και δεν θα αποτελέσει κόστος της σύμβασης. Εν προκειμένω, δεν υπήρχε υποχρέωση επιπρόσθετης συμπερίληψης στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης 8%, καθότι δεν αποτελεί προαπαιτούμενο της οικονομικής προσφοράς αλλά συνδέεται με ένα μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι αυτό της πληρωμής του τιμολογίου, όπως άλλωστε προκύπτει και από τη διατύπωση της Διακήρυξης «κατά την πληρωμή» θα παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%. Συνεπώς, εσφαλμένα πλήττεται η προσφορά της εταιρίας μας, λόγω μη υπολογισμού της παρακράτησης φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, εφόσον η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί κόστος της σύμβασης και θα επιστραφεί στην εταιρία μας λίγους μήνες αργότερα μετά την εκκαθάριση του φορολογικού έτους.

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

Άλλωστε, σε αντίθεση με τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται (βλ. ΕΣ.ΟΛ 807/1997). Σύμφωνα δε με τα παραπάνω είναι προφανές ότι στις περιπτώσεις που λαμβάνει οικονομικός φορέας αμοιβές από φορείς υπηρεσιών καθαριότητας, ο φόρος που προκαταβάλλεται κατά την πληρωμή του αναδόχου επί της αμοιβής του, μετά τη διενέργεια των νόμιμων κρατήσεων, δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτου η οποία απομειώνει την εργολαβική αμοιβή, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι το ποσό αυτό συνιστά εισόδημα του ίδιου του αναδόχου που αποτυπώνεται στη φορολογική του δήλωση. Συνεπώς, σε περίπτωση που ενσωματώσουμε στην αμοιβή το πρόσθετο ποσό που αντιστοιχεί στον παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8%, αυτό θα έχει απλά ως συνέπεια την προσαύξηση της αμοιβής και κατ' επέκταση του εισοδήματός μας και συνακόλουθα την αντίστοιχη επιβάρυνση του κόστους της σύμβασης επί ζημία του Δημοσίου. Με άλλες λέξεις, μια τέτοια προσαύξηση του κόστους της σύμβασης δημιουργεί απλώς ένα επιπλέον κόστος για τον ανάδοχο, το οποίο φορολογείται στο τέλος του οικονομικού έτους, ανάλογα με τα αποτελέσματα της χρήσης. Στα ανωτέρω συνηγορεί και το γεγονός ότι στην πράξη η παρακράτηση φόρου υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων, επί του καθαρού ποσού της αξίας των υπηρεσιών, μετά την αφαίρεση όλων των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων.

Αντιστοίχως, η παρακράτηση φόρου 8% δεν μπορεί να ερμηνευτεί, κατά την έννοια της διακήρυξης, ενόψει της ανωτέρω εκτιθέμενης φορολογικής ρυθμίσεως, ότι αποτελεί «επιβάρυνση» της οικονομικής προσφοράς, που δήθεν δεν υπολογίστηκε από την εταιρία μας. Είναι πασίδηλο ότι, πράγματι, φορολογείται η εταιρία μας επί του συνόλου του τιμολογίου και μας παρακρατείται προκαταβολικώς ποσό φόρου 8%, ωστόσο, ο συνολικός φόρος μας είναι 29%, τον οποίο καταβάλλουμε με την εκκαθάριση της φορολογικής δήλωσης κατά το επόμενο ημερολογιακό έτος. Υπό διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή, θα έπρεπε οι υποβάλλοντες οικονομικές προσφορές οικονομικοί φορείς, να προσθέτουν στην προσφορά τους όλο τον φόρο τους, και όχι

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

μόνον τον παρακρατούμενο φόρο 8%. Ασφαλώς η εκδοχή αυτή δεν μπορεί να υποστηριχθεί και είναι αυθαίρετη. Η παρακράτηση φόρου 8%, αλλά και ο συνολικός φόρος στον οποίον υπόκειται κάθε επιχείρηση, τελικώς δεν αποτελεί «επιβάρυνση» της προσφοράς, διότι, όπως είναι ευχερώς κατανοητό με βάση τις γενικές αρχές της λογιστικής, από το σύνολο του ποσού του τιμολογίου αφαιρούνται οι πάσης φύσεως δαπάνες εκτέλεσης του έργου, οι οποίες έχουν κοστολογηθεί στην προσφορά κάθε συμμετέχοντος. Αυτό σημαίνει ότι εάν από τη συνολική προσφορά (ποσό τιμολογίου) αφαιρεθούν οι δαπάνες εκτέλεσης του έργου (μισθοδοσία, εισφορές, αναλώσιμα κ.λπ.) τότε απομένει μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος, το οποίο είναι το πράγματι επιβαρυνόμενο με φορολογία εισοδήματος ποσό του τιμολογίου. Συνεπώς, με φόρο εισοδήματος επιβαρύνεται μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος του αναδόχου και ουδέν άλλο ποσό, από το οποίο, όμως, μετά φόρων απομένει πάντα ορισμένο ποσό με θετικό πρόσημο που συνιστά το κέρδος της επιχείρησης. Με άλλες λέξεις, η προκαταβολή φόρου 8% αποτελεί προσωρινή παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία στη συνέχεια διευθετείται, δηλ. επιστρέφεται στην εταιρία μας με την εκκαθάριση της δήλωσης ή εν πάση περίπτωση συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις. Ενόψει των ανωτέρω, είναι ευχερώς διαπιστώσιμο ότι η παρακράτηση του 8% δεν συνιστά «επιβάρυνση» της προσφοράς. Από την άλλη πλευρά, η οικονομική προσφορά (όπως η δική μας) που δεν την προσμετρά επιπροσθέτως δεν καθίσταται ζημιογόνος, ώστε να τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της νομιμότητας. Ασφαλώς, εάν ορισμένος διαγωνιζόμενος την υπολογίσει ως επιπλέον κόστος στην προσφορά του, όπως η προσωρινή ανάδοχος, η προσφορά της δεν καθίσταται εξ αυτού του λόγου μη σύννομη, αλλά αυτός ο υπολογισμός έλαβε χώρα κατ' ενάσκηση της επιχειρηματικής ελευθερίας της προσωρινής αναδόχου και όχι διότι το επέβαλε ρητός όρος της διακήρυξης.

(γ) Τα παραπάνω επιβεβαιώνονται πλήρως από την κρίση των πλέον πρόσφατων δικαστικών αποφάσεων του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών επί του επίμαχου ζητήματος, ήτοι από την ΤρΔΕφΑθ 643/2021, 1268/2020, την ΔΕφΑθ (σε συμβ) 360/2020, καθώς και από την υπ' αριθ. 58/2021 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης[...]Συνεπώς, με τις πρόσφατες

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

αποφάσεις των Διοικητικών Εφετείων (βλ. ΤρΔΕφΑθ 643/2021, 1268/2020, την ΔΕφΑθ (σε συμβ) 360/2020 και την ΔΕφθεσ 58/2021) ανατράπηκε η παλαιότερη διαφορετική νομολογία επί του ζητήματος, την οποία επικαλείται η Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου να θεμελιώσει την απόρριψη της προσφοράς μας.

(δ) Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρία μας διαμόρφωσε την οικονομική της προσφορά λαμβάνοντας υπόψη όλα τα στοιχεία κόστους που προβλέπονται στη διακήρυξη του διαγωνισμού και επιβαρύνουν το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης (κόστος αναλωσίμων, διοικητικό κόστος, νόμιμες κρατήσεις κ.λπ.) συνεκτιμώντας παράλληλα ότι κατά την πληρωμή της αμοιβής της (εφόσον μας ανατεθεί η σύμβαση) διενεργείται, σύμφωνα με την κείμενη φορολογική νομοθεσία, η προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου 8%, η οποία όμως, κατά τη διακήρυξη, δεν περιλαμβάνεται στις νόμιμες κρατήσεις, ούτε συνιστά κατά τα ανωτέρω «επιβάρυνση», κατά την έννοια της διακήρυξης, του κόστους του έργου, ώστε να κινδυνεύει η εκτέλεση της σύμβασης να καταστεί ζημιογόνος. Άλλωστε, ουδείς όρος της διακήρυξης ορίζει ρητώς ότι η παρακράτηση 8% πρέπει να υπολογίζεται επιπλέον της τιμής της οικονομικής προσφοράς που έχει δοθεί, όπως αυτή αναλύεται στον πίνακα του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, ούτε από τη διατύπωση της Διακήρυξης ότι «Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού» δημιουργήθηκε κάποια ασάφεια ως προς το αν η παρακράτηση 8% έπρεπε να υπολογιστεί ρητά στην προσφορά, όπως ενδεχομένως συμβαίνει με τις διατυπώσεις άλλων Διακηρύξεων στις οποίες ορίζεται ότι «η τιμή ...θα περιλαμβάνει τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, την παρακράτηση φόρου 8%». Επομένως, στην εν λόγω περίπτωση, δεν απαιτείτο να γίνει ως προς αυτήν την παρακράτηση 8% ειδικότερη μνεία ή επιπρόσθετος υπολογισμός στην ανάλυση των στοιχείων της οικονομικής μας προσφοράς, διότι αυτό, θα κατέληγε σε επαύξηση του κόστους εκτέλεσης του έργου κατά 8%, χωρίς αυτό να είναι επιθυμία ούτε του προσφέροντος ούτε της Αναθέτουσας Αρχής. Αντίθετη εκδοχή καταλήγει πράγματι τελικώς σε επαύξηση του εργολαβικού κέρδους κατά 8% χωρίς αυτό να είναι καν επιθυμία του προσφέροντος, ο οποίος έχει ορίσει ρητώς το

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

εργολαβικό κέρδος του στην ανάλυση του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010. Συνεπώς, η οικονομική μας προσφορά ουδόλως αποκλίνει από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, εφόσον ουδείς όρος της διακήρυξης ορίζει ρητώς και με σαφήνεια κάτι διαφορετικό, ενώ, σε κάθε περίπτωση, όπως αναφέρθηκε πιο πάνω, το ποσό του φόρου εισοδήματος που τελικώς θα καταβάλουμε στο τέλος της οικείας οικονομικής χρήσης, συμψηφίζεται με το ποσό της γενόμενης παρακράτησης και, συνακόλουθα, το ποσό του τελικώς καταβαλλόμενου φόρου, συνιστά ποσοστό του εισοδήματος, με βάση τον κατά περίπτωση ισχύοντα φορολογικό συντελεστή, το οποίο κατανέμεται ομοιόμορφα σε όλα τα κέρδη της επιχείρησής μας από την άσκηση της δραστηριότητας της, στα οποία περιλαμβάνεται και το δηλωθέν εν προκειμένω εργολαβικό όφελος.

Εν όψει των ανωτέρω, η παρακράτηση φόρου 8% δεν συνιστά, «κράτηση» ή «επιβάρυνση» του κόστους του έργου, το οποίο δήθεν θα πρέπει να συνυπολογίζεται στην οικονομική προσφορά εκάστου προσφέροντος, και συνεπώς νομίμως η εταιρία μας δεν τη συνυπολόγισε επιπρόσθετα στην οικονομική προσφορά της, αλλά την έλαβε υπόψη της σε κάθε περίπτωση για τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς της. Συνεπώς, η απόφαση απόρριψης της προσφοράς της εταιρίας μας με την ως άνω αιτιολογία είναι προδήλως εσφαλμένη και πρέπει να ακυρωθεί».

18. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της πρώτης προσφυγής ισχυρίζεται ότι : « [...] Επί της προρρηθείσας Προδικαστικής Προσφυγής (ΠΠ) και των όσων εκτενώς μνημονεύονται σε αυτή, η Υπηρεσία μας κρίνει (ως Αναθέτουσα Αρχή της προκειμένης διαγωνιστικής διαδικασίας) πως η αναλυτικώς αποτυπωθείσα επιχειρηματολογία στο προοίμιο της στο θέμα του παρόντος εγγράφου μνησθείσας αποφάσεως [αριθ. 1510/148507/04-06-2021 (ΑΔΑ:...)], κατά της οποίας στρέφεται η υπόψη ΠΠ, αναλύει ενδελεχώς τις ενέργειές της, σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο υπ' αριθ. 3548/ΧΔ/2020 (ΑΔΑΜ ...) Διακήρυξης και ως εκ τούτου, εμμένει στις ήδη εκτεθείσες, με την εν λόγω απόφαση, απόψεις της και αιτείται την απόρριψη της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής [...]».

19. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων προβάλλει επί της πρώτης προσφυγής τα ακόλουθα : «... η συμπερίληψη ή μη της παρακράτησης φόρου

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

στην οικονομική προσφορά κρίνεται από τη ρητή και σαφή πρόβλεψη στους όρους της Διακήρυξης που αφορούν στο περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς, ως τέτοιας δυνάμενης να θεωρηθεί και η αναφορά σε κάθε άλλη επιβάρυνση κατά την κείμενη νομοθεσία.

Επειδή ακόμη και αν ήθελε γίνει δεκτό ότι ούτε η εκ του άρθρου 2.4.4. αναφορά σε κάθε άλλη επιβάρυνση την οποία πρέπει να περιλαμβάνει η οικονομική προσφορά δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι υφίσταται υποχρέωση για τους συμμετέχοντες να συμπεριλάβουν στην οικονομική τους προσφορά την παρακράτηση φόρου 8% και ότι συντρέχει ασάφεια ή ότι η παρακράτηση φόρου δεν εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης, κατά τη νομολογία, εν προκειμένω, στους πίνακες που περιλαμβάνονται στη Διακήρυξη, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – ΠΙΝΑΚΑ 2 «ΑΝΑΛΥΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» ρητώς περιλαμβάνεται στις «Νόμιμες υπέρ Δημοσίου & τρίτων κρατήσεις: και παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού». Η σαφής γραμματική διατύπωση τόσο της παραγράφου 5.1.1. όσο και του υποδείγματος Οικονομικής Προσφοράς το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης ΔΕΝ ΚΑΤΑΛΕΙΠΕΙ ΚΑΜΙΑ ΑΜΦΙΒΟΛΙΑ πως η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% πρέπει να περιληφθεί στην οικονομική προσφορά, καθώς η εν λόγω υποχρέωση συναρτάται πρωτίστως με τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς και δεν αφορά μόνο στην πρόβλεψη των κρατήσεων στις οποίες υπόκειται ο ανάδοχος και, ως εκ τούτου, η μη τήρησή της, ήτοι η μη συμπερίληψη στην οικονομική προσφορά άγει, άνευ ετέρου, σε απόρριψη της οικονομικής προσφοράς (Βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 231/2021, ΔΕΦΑΘ 126/2019, 25/2019, 265/2016, και ΑΕΠΠ 504/2020, ΑΕΠΠ 827_828/2020).

Ορθώς λοιπόν η Αναθέτουσα Αρχή απέκλεισε την προσφεύγουσα εταιρεία με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», καθώς παρέλειψε παρά τον Νόμο και την Διακήρυξη να συμπεριλάβει στην οικονομική της προσφορά την παρακράτηση φόρο εισοδήματος 8% και ως εκ τούτου θα πρέπει να απορριφθεί η σχετική Προδικαστική Προσφυγή».

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

20. Επειδή ο δεύτερος προσφεύγων προβάλλει τα ακόλουθα : « 1.Μη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...» λόγω μη πλήρωσης της απαίτησης του όρου 2.2.6 (α) της διακήρυξης

[...] για να καλύπτεται η ως άνω απαίτηση του διαγωνισμού, θα έπρεπε να έχουμε ολοκληρώσει οι προσφέρουσες εταιρείες κατά τα τελευταία 3 έτη, τουλάχιστον ένα έργο ανάλογης φύσεως, ήτοι στην προκειμένη ένα έργο καθαρισμού χώρων γραφείων, ήτοι επαγγελματικού χώρου και περαιτέρω τουλάχιστον ένα έργο ανάλογης φύσεως, ήτοι ένα τουλάχιστον έργο καθαρισμού επαγγελματικού χώρου, να έχει προϋπολογισμό ίσο ή μεγαλύτερο των 60.483,87 ευρώ (ήτοι από το 1/3 των 181.451,61 ευρώ).

Στην προκειμένη, ωστόσο κανένα από τα έργα που αναφέρει στο πελατολόγιο της η εταιρεία «...» δεν πληρούν την ως. άνω απαίτηση, καθώς στον «πίνακα κυριότερων παρόμοιων έργων» που προσκομίζει η εταιρεία, εμφανίζονται τέσσερα έργα, από τα οποία: 1. Η παροχή υπηρεσιών καθαρισμού στο εμπορικό κέντρο «...» που έχει προϋπολογισμό μεγαλύτερο των 60.483,87 ευρώ, δεν αποτελεί ανάλογης φύσεως έργο, καθώς δεν είναι χώρος γραφείων, αλλά χώρος διακίνησης κοινού,. Η παροχή υπηρεσιών καθαρισμού στο κατάστημα «...», που έχει προϋπολογισμό μεγαλύτερο των 60.483,87 ευρώ, δεν αποτελεί ανάλογης φύσεως έργο, καθώς δεν είναι χώρος γραφείων, αλλά χώρος, διακίνησης, κοινού. Η παροχή υπηρεσιών καθαρισμού στον ...(...) δεν έχει προϋπολογισμό μεγαλύτερο των 60,483,87 ευρώ, καθώς ο προϋπολογισμός του είναι 12.751,24€. 4. Η παροχή υπηρεσιών καθαρισμού στην ...(...) δεν έχει προϋπολογισμό μεγαλύτερο των 60,483,87 ευρώ, καθώς ο προϋπολογισμός του είναι 3.306,67€.

Συνεπώς, σύμφωνα με τα στοιχεία που έχει προσκομίσει στην προσφορά της η εταιρεία «...» καθίσταται εμφανές ότι δεν πληρούσε την απαίτηση 2.2.6 (α) της Διακηρύξεως και ως εκ τούτου η προσφορά θα έπρεπε να απορριφθεί...[...].».

21. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της δεύτερης προσφυγής προβάλλει τα εξής : «Επί της προρρηθείσας Προδικαστικής Προσφυγής (ΠΠ) και των όσων εκτενώς μνημονεύονται σε αυτή, η Υπηρεσία μας κρίνει (ως Αναθέτουσα Αρχή της προκειμένης διαγωνιστικής διαδικασίας)

πως η αναλυτικώς αποτυπωθείσα επιχειρηματολογία στο προοίμιο της στο θέμα του παρόντος εγγράφου μνησθείσας αποφάσεως [αριθ. 1510/148507/04-06-2021 (ΑΔΑ: ...)], κατά της οποίας στρέφεται η υπόψη ΠΠ, αναλύει ενδελεχώς τις ενέργειές της, σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο υπ' αριθ. 3548/ΧΔ/2020 (ΑΔΑΜ ...) Διακήρυξης. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας για τη μη νόμιμη αποδοχή των προσφορών των εταιρειών, "...", με διακριτικό τίτλο "...", και «...» και με διακριτικό τίτλο «...», η αρμόδια Επιτροπή εισηγήθηκε την αποδοχή των προσφορών των ανωτέρω εταιρειών. Ως εκ τούτου, η Υπηρεσία μας εμμένει στις ήδη εκτεθείσες, με την εν λόγω απόφαση, απόψεις της και αιτείται την απόρριψη της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής [...]

22. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων προβάλλει επί της δεύτερης προσφυγής τα κάτωθι : « Επί των λόγων ακύρωσης που προβάλλει η 3η Προσφεύγουσα «...» και το διακριτικό τίτλο «...», επαγόμεθα τα κάτωθι.

Ο πρώτος λόγος επί του οποίου βασίζεται η προσφυγή της ανωτέρω εταιρείας θα πρέπει να απορριφθεί πάραυτα ως κατ'ουσίαν αβάσιμος, καθώς από την επισκόπηση προσφοράς μας καθώς η εταιρεία μας πληροί τις προϋποθέσεις του όρου 2.2.6 (α) της Διακήρυξης. [...]

Όπως προκύπτει αβίαστα από την προσφορά μας και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίσαμε κατά την υποβολή της προσφοράς μας, έχουμε αναφέρει ρητώς ότι η εταιρεία μας έχει εκτελέσει έργα ανάλογης φύσεως με την υπό δημοπράτηση Σύμβαση, δηλαδή καθαρισμό χώρων γραφείου και ανάλογης χρηματικής αξίας με την υπό κρίση Σύμβαση. Συγκεκριμένα, σύμφωνα και με τα στοιχεία που προσκομίσαμε και προσκομίζουμε και πάλι με την παρούσα Παρέμβαση, η εταιρεία μας έχει ολοκληρώσει με απολυτή επιτυχία Σύμβαση καθαρισμού των καταστημάτων της εταιρείας ..., δηλαδή των καταστημάτων και των χώρων γραφείων της εταιρείας Προσκομίζουμε την σχετική σύμβαση με την ανωτέρω εταιρεία και εις το Παράρτημα αυτής προκύπτει ότι πραγματοποιείται ο καθαρισμός των γραφείων των καταστημάτων ..., ... και ... (βλ. την από 1.4.2019 Σύμβαση της εταιρείας μας με την ...και ειδικότερα στο Παράρτημα ΑΙ αυτής και σελίδα 14, Παράρτημα ΒΙ και σελίδα 25 και Παράρτημα ΓΙ και σελίδα 35, όπου περιγράφεται σαφώς ο καθαρισμός χώρων

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

γραφείων της ανωτέρω εταιρείας. Σχ. 10). Η δε συνολική αξία του ανωτέρω έργου είναι ανώτερη από το όριο των 60.483,87€ ως αυτό τίθεται από την Διακήρυξη (βλ. σχετική από 17.1.2020 βεβαίωση της εταιρείας ...αναφορικά με το συνολικό, προ ΦΠΑ, τίμημα των παρεχόμενων από ημάς υπηρεσιών καθαρισμού, το οποίο έχουμε προσκομίσει εξ' αρχής. Σχ. 11). Περαιτέρω αναφέρουμε εις την σχετική προσφορά μας και έτερα έργα ανάλογης φύσεως που έχει ολοκληρώσει η εταιρεία μας, όπως το έργο καθαρισμού γραφείων της ...και Είναι σαφές πως η εταιρεία μας πληροί τους όρους του άρθρου 2.2.6 (α) της Διακήρυξης καθώς έχει ολοκληρώσει έργα ανάλογης φύσεως (καθαρισμός γραφείων) και ένα εξ αυτών (Σύμβαση με ...) έχει προϋπολογισμό μεγαλύτερο του ορίου που θέτει η Διακήρυξη. Σε ουδεμία πλημμέλεια υπέπεσε λοιπόν η εταιρεία μας και ως εκ τούτου θα πρέπει να απορριφθεί ο σχετικός λόγος Προσφυγής ως ουσία αβάσιμος».

23. 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.[...]».

24. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής, ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...]».

25. Επειδή το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν[...].»

26. Επειδή το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. [...] 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.[...].»

27. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. 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

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. [...]».

28. Επειδή το άρθρο 92 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...] 5. Ειδικά κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης και ανεξάρτητα από το είδος της διαδικασίας που επιλέγεται από την αναθέτουσα αρχή: α) η αναθέτουσα αρχή, ζητά από τους οικονομικούς φορείς να αναφέρουν υποχρεωτικά στα έγγραφα της σύμβασης, στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τις πληροφορίες/στοιχεία των σημείων α΄ έως στ΄ της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 και β) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, στην προσφορά τους να περιλαμβάνουν τις πληροφορίες/στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010.[...]».

29. Επειδή, το άρθρο 95 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «...5. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: α) η τιμή του προς προμήθεια υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης [...]».

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

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

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

31. Επειδή στους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι: « [...] 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης
Αντικείμενο της σύμβασης είναι η επιλογή οικονομικού φορέα για την ανάθεση υπηρεσιών καθαρισμού δέκα (10) κτιρίων, στα οποία στεγάζονται Υπηρεσίες του Υπουργείου ...στην ..., τη ..., την ... και την ... (κωδικός NUTS: ...). Οι προς ανάθεση υπηρεσίες περιγράφονται αναλυτικά στο συνημμένο στην παρούσα διακήρυξη Παράρτημα Ι, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής [...]

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, ο υποψήφιος ανάδοχος πρέπει να διαθέτει οργάνωση, δομή και μέσα, με τα οποία να είναι ικανός να ανταπεξέλθει πλήρως, άρτια και ολοκληρωμένα στις απαιτήσεις του παρόντος Διαγωνισμού και τεκμηριωμένα αποδεδειγμένη επαγγελματική ικανότητα και τεχνογνωσία στην υλοποίηση της υπό ανάθεση υπηρεσίας.

Πιο συγκεκριμένα θα πρέπει:

(α) Κατά τα τελευταία τρία (3) έτη να έχει ολοκληρώσει επιτυχώς τουλάχιστον ένα (1) ανάλογης φύσης με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες, έργο. Για την τεκμηρίωση της παραπάνω εμπειρίας, θα πρέπει ένα τουλάχιστον από τα έργα αναφοράς να έχει προϋπολογισμό υλοποίησης ίσο ή μεγαλύτερο από το 1/3 (ένα τρίτο) του προϋπολογισμού, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., της παρούσας Διακήρυξης, ήτοι $(181.451,61/3=)$ 60.483,87€ (εξήντα χιλιάδες τετρακόσια ογδόντα τρία ευρώ και ογδόντα επτά λεπτά).[...]

(β) Να διαθέτει προσωπικό επαρκές σε πλήθος και δεξιότητες για την ανάληψη των υπό ανάθεση υπηρεσιών [ελάχιστος αριθμός ατόμων που απαιτούνται στο προκηρυσσόμενο έργο είναι: είκοσι δύο (22)],

(γ) Να διαθέτει τον κατάλληλο τεχνικό εξοπλισμό,

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

(δ) Τα απολυμαντικά προϊόντα να είναι εγκεκριμένα από τον Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων (Ε.Ο.Φ.) και για τα απορρυπαντικά– καθαριστικά να ισχύει ότι προβλέπεται στο ν. 4254/2014 (Α' 85).

Τα ανωτέρω θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να αποδεικνύονται και τεκμηριώνονται με προσκομιζόμενα στοιχεία εκ μέρους του υποψηφίου αναδόχου, κατά την απόλυτη και ελεύθερη επιχειρηματική κρίση του, εντός του ηλεκτρονικού υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής/ Τεχνική Προσφορά» (του Διαγωνισμού). [...]

2.2.8.2 Αποδεικτικά μέσα

A. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.7, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016.[...]

B. 4. Για την απόδειξη των απαιτήσεων της παραγράφου 2.2.6. (τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), ο συμμετέχων Οικονομικός Φορέας οφείλει να υποβάλλει:

(i) Τον ακόλουθο Πίνακα με τα αναφερόμενα σε αυτόν στοιχεία τεκμηρίωσης: Πίνακας των κυριότερων έργων που εκτέλεσε ή στα οποία συμμετείχε κατά τα τρία (3) τελευταία έτη ο υποψήφιος ανάδοχος οικονομικός φορέας και είναι αντίστοιχα με το υπό ανάθεση έργο [...]

2.4.2.3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα:

(α) έναν σφραγισμένο (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής– Τεχνική Προσφορά», στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά, σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα,

(β) έναν σφραγισμένο (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά», στον οποίο περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα και τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά.[...]

2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης (συμπεριλαμβανομένης από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής/ χαμηλότερη τιμή).

Η προσφερόμενη τιμή δίδεται σε ευρώ (σε €), με ακρίβεια δύο (2) δεκαδικών ψηφίων, χωρίς Φ.Π.Α. και αφορά στο ετήσιο (12μηνο) τμήμα των υπό ανάθεση υπηρεσιών όπως αυτές περιγράφονται στο Παράρτημα Ι.

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%. [...]

Στοιχεία άρθρου 68 του ν. 3863/2010

Οι προσφέροντες υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ακόλουθα στοιχεία, τα οποία αποτυπώνονται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με το Άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (Α' 88) όπως αυτό αντικατέστησε το Άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 (Α' 115) «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών, όπως ισχύει:

- α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθεί στο έργο (σύμβαση).
- β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας.
- γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι.
- δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων.
- ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά.
- στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο.

Επιπλέον του εργατικού κόστους θα πρέπει να συνυπολογίζεται ένα εύλογο (και όχι μηδενικό) ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι (υποβάλλεται ηλεκτρονικά στο

σύστημα). Επισημαίνεται ότι το ποσό του διοικητικού κόστους και εργολαβικού κέρδους είναι εύλογο, με τέτοιο τρόπο ώστε να καλύπτονται στοιχειωδώς οι λειτουργικές ανάγκες εκτέλεσης της υπό σύναψη σύμβασης και να μην καθίσταται αυτή ζημιογόνος.[...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενα φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενα 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, δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου) της παρούσας διακήρυξης,

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 παρούσας διακήρυξης,[...]θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.[...]

5.1.2. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις:

α) Κράτηση 0,07% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής, προ φόρων και κρατήσεων, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής, σύμβασης Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων.

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής, σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016.

γ) Κράτηση 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής, προ φόρων και κρατήσεων, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής, σύμβασης υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών.

Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%.

Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού [...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι

Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης
ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΚΑΙ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΑΝΑΔΟΧΟΥ

Καθαρισμός κτιρίων:

- ... επιφάνειας 5.928 τ.μ.
- ...381 >> 4.000 τ.μ.
- ... >> 2.150 τ.μ.
- ... >> 1.800 τ.μ.
- ... >> 1.226 τ.μ.
- ... >> 1.087 τ.μ.
- ... >> 4.407 τ.μ.
- ... (...) >> 278 τ.μ.
- ... (...) >> 4.200 τ.μ.
- ...- ...>> 430 τ.μ.

ΣΥΝΟΛΟ ΕΠΙΦΑΝΕΙΑΣ σε τετραγωνικά μέτρα : 25.506

[...] Πίνακας 2- Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς ΠΛΗΡΗΣ ΑΝΑΛΥΣΗ

Κόστος μισθοδοσίας (μηνιαίο)

α) Πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων

β) Ασφαλιστικές εισφορές

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

2 Λοιπά κόστη (μηνιαία)

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

3 Διοικητικό κόστος (μηνιαίο)

4 Εργολαβικό κέρδος (μηνιαίο)

Νόμιμες υπέρ Δημοσίου & τρίτων κρατήσεις:

Ακριβέστερα, ως εξής: 0,07% υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ και 0,06% υπέρ ΑΕΠΠ επί της συνολικής αξίας προ φόρων και κρατήσεων, καθώς και χαρτόσημο 3% επί της κράτησης και κράτηση υπέρ ΟΓΑ 20% επί χαρτοσήμου αντίστοιχα και παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού.

[...] Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Επιπλέον του εργατικού κόστους θα πρέπει να συνυπολογίζεται ένα εύλογο (και όχι μηδενικό) ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι (υποβάλλεται ηλεκτρονικά στο σύστημα).

Επισημαίνεται ότι το ποσό του διοικητικού κόστους και εργολαβικού κέρδους είναι εύλογο, με τέτοιο τρόπο ώστε να καλύπτονται στοιχειωδώς οι λειτουργικές ανάγκες εκτέλεσης της υπό σύναψη σύμβασης και να μην καθίσταται αυτή ζημιογόνος».

32. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε

ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). 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.

33. 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 θα 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).

34. 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 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

35. 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

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

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

37. Επειδή, όπως έχει ad hoc κριθεί, από τη συνδυαστική εφαρμογή των όρων 2.4.4 και 5.1 της διακήρυξης προκύπτει ότι η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται στην κείμενη νομοθεσία περιλαμβάνει την ειδικότερη υποχρέωση να περιλάβουν στην τιμή ποσοστό 8% επί της προσφερόμενης καθαρής αξίας των υπηρεσιών, το οποίο αφορά σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013. Η εν λόγω υποχρέωση συναρτάται πρωτίστως με τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς και ως εκ τούτου η μη τήρησή της, ήτοι η μη συμπερίληψη στην οικονομική προσφορά άγει, άνευ ετέρου σε απόρριψη της οικονομικής προσφοράς σύμφωνα με τη ρητή διάταξη του όρου 2.4.6 περ. α) της διακήρυξης (βλ. ΔΕφΑΘ 126/2019, 25/2019, 265/2016, και ΑΕΠΠ 504/2020, 827_828/2020, 1221/2020). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί, η υποχρέωση συμπερίληψης στην τιμή της προσφοράς της παρακράτησης της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος 8% και μάλιστα αδιαστίκτως αν το συγκεκριμένο κονδύλιο αναγράφεται ή όχι στους Πίνακες έντυπα της οικονομικής προσφοράς που παρατίθενται στην διακήρυξη «*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*

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

οποίας οδηγεί σύμφωνα με τη διακήρυξη σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης» (ΣΤΕ 563/2008, ΕΑ ΣΤΕ 446/2009, 840/2008, 482/2006, πρβλ. ΣΤΕ 3938/1999).

Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αφοκάρδου, σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο άρθρο 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών ρητώς αναφέρεται ότι στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση ενώ, παράλληλα, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης, Πίνακας 2- Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς, υπό το πεδίο «Νόμιμες υπέρ Δημοσίου & τρίτων κρατήσεις» υπάρχει η κάτωθι επεξήγηση: «Ακριβέστερα, ως εξής: 0,07% υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ και 0,06% υπέρ ΑΕΠΠ επί της συνολικής αξίας προ φόρων και κρατήσεων, καθώς και χαρτόσημο 3% επί της κράτησης και κράτηση υπέρ ΟΓΑ 20% επί χαρτοσήμου αντίστοιχα και παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού», ως βασίμως υποστηρίζει ο πρώτος παρεμβαίνων. Αντίθετα, το άρθρο 5.1 της Διακήρυξης δεν αφορά στον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς και ουδόλως αρκεί για να θεωρηθεί ως ρητή πρόβλεψη της Διακήρυξης σχετικά με την παρακράτηση του 8%. Ειδικότερα, ως έχει κριθεί με την απόφαση 360/2020 του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών η οποία ανέστειλε την απόφαση ΑΕΠΠ 1221/2020: «Ειδικότερα, όπως έγινε δεκτό από την πλειοψηφούσα γνώμη, από τη ρητή αναφορά στην επίμαχη Πρόσκληση ότι «Κατά την πληρωμή θα παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%, σύμφωνα με το άρθρο 64 παρ.2 του ν. 4172/2013» προκύπτει σαφώς «ότι η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται στην κείμενη νομοθεσία περιλαμβάνει την ειδικότερη υποχρέωση να περιλάβουν στην τιμή ποσοστό 8% επί της προσφερόμενης καθαρής αξίας των υπηρεσιών, το οποίο αφορά σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013.» Όμως, στην επίμαχη Πρόσκληση, το περιεχόμενο της οποίας παρατέθηκε στη σκέψη 6 της παρούσας, ορίζεται αναφορικά με τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών ότι αυτές πρέπει να συμπληρωθούν σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος Α' και δεν προβλέπεται σ' αυτή

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

ή στο οικείο υπόδειγμα στο οποίο παραπέμπει, ότι οι υποψήφιοι ανάδοχοι υποχρεούνται να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών, πέραν των υπέρ του δημοσίου και τρίτων κρατήσεων, και κάθε άλλη επιβάρυνση κατά την κείμενη νομοθεσία, ώστε, θεωρουμένης, ενδεχομένως, ως τέτοιας και της ως άνω παρακράτησης, να ανακύπτει ζήτημα απόρριψης της οικονομικής προσφοράς η οποία δεν συμπεριλαμβάνει αντίστοιχο ποσό, λόγω παραβίασης των όρων της Πρόσκλησης. Και ναι μεν στη ως άνω Πρόσκληση, υπό τον τίτλο «Τρόπος Πληρωμής - Κρατήσεις», αναφέρεται, μετά την παράθεση των κρατήσεων που επιβαρύνουν τον ανάδοχο, ότι κατά την πληρωμή του αναδόχου θα παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%, η διάταξη, όμως, αυτή και μόνο, δεδομένου ότι δεν ρυθμίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών, δεν πιθανολογείται σοβαρά ότι αρκεί για να θεμελιώσει υποχρέωση προσδιορισμού της προσφερόμενης τιμής κατόπιν συνυπολογισμού της σχετικής παρακράτησης φόρου εισοδήματος. Ενόψει αυτών και δεδομένου ότι η εν λόγω παρακράτηση φόρου, ανεξαρτήτως του αν θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως κράτηση, δεν περιλαμβάνεται, πάντως, ούτε μεταξύ των κρατήσεων που παρατίθενται στην ίδια Πρόσκληση ως βαρύνουσες τον ανάδοχο, η κρίση της προσβαλλόμενης απόφασης περί συντάξεως της οικονομικής προσφοράς της αιτούσας κατά παράβαση των όρων της Πρόσκλησης δεν φαίνεται νομίμως αιτιολογημένη, όσα, δε, σχετικά υποστηρίζει η αιτούσα πιθανολογούνται σοβαρά ως βάσιμα.». Επομένως, σύμφωνα με την πρόσφατη νομολογία, ως αυτή έχει διαμορφωθεί, εφόσον προκύπτει ρητώς από τους όρους της Διακήρυξης, ως εν προκειμένω, από το άρθρο 2.4.4. και τον πίνακα του Παραρτήματος Ι που αφορά στο περιεχόμενο των οικονομικών προσφορών, η οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος έπρεπε να διαμορφωθεί κατόπιν υπολογισμού και της παρακράτησης του 8% σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας.

38. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. (Βλ. κατ' αναλογία Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.).

39. Επειδή στον όρο 2.4.4. της διακήρυξης προβλέπεται ότι η οικονομική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει, επί ποινή αποκλεισμού, τα στοιχεία που αναφέρονται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης. Στο δε Παράρτημα Ι της διακήρυξης παρατίθεται, μεταξύ άλλων, ο Πίνακας 2 - ανάλυση της οικονομικής προσφοράς, στο πεδίο του οποίου σχετικά με τις νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις αναφέρεται ρητώς ότι πρέπει να περιληφθεί και παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού. Περαιτέρω, στον όρο 5.1.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι κατά την πληρωμή θα παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού. Επομένως, εκ του ως άνω όρων της διακήρυξης σαφώς προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή ποσοστό 8% επί της προσφερόμενης καθαρής αξίας των υπηρεσιών, το οποίο αφορά σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013. Ως εκ τούτου, αβασίμως ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εκ των όρων της διακήρυξης δεν προβλέπεται η σχετική απαίτηση.

40. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο πρώτος προσφεύγων δηλώνει στην οικονομική του προσφορά ως συνολική προσφερόμενη τιμή το ποσό των 119.867,06€ άνευ

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

ΦΠΑ, στο δε Πίνακα 2 δηλώνει ως νόμιμες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων το ποσό των 15,46€ με τη σημείωση ότι «έχει ληφθεί υπ' όψιν ο ειδικός όρος της παραγράφου 5.1.2 της διακήρυξης που αναφέρεται ότι Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού». Κατόπιν δε του από 16.03.2021 αιτήματος της αναθέτουσας αρχής προς παροχή διευκρινίσεων, ο πρώτος προσφεύγων στο από 19.03.2021 έγγραφο του ανέφερε ότι στην προσφερόμενη τιμή δεν υπολογίστηκε η προκαταβολή φόρου εισοδήματος 8%. Με την προσθήκη του ποσού της προκαταβολής φόρου η τιμή μας θα διαμορφωνόταν σε 129.256,06€ (119.867,06€ - κρατήσεις 15,46€*12 = 119.681,54€ * 8% = 9.574,52€), δηλαδή ελαφρώς χαμηλότερα από τον 2ο στην κατά σειρά κατάταξη ο οποίος είχε ετήσια προφερόμενη τιμή 129.309,36€. Ο λόγος που δεν συμπεριλάβαμε την παρακράτηση του φόρου εισοδήματος 8% είναι ότι στον προηγούμενο διαγωνισμό του υπουργείου σας για το ίδιο ακριβώς θέμα είχαμε εμπλακεί σε δικαστική διαμάχη επί 1,5 χρόνο και τελικώς το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την απόφαση 1268/2020 έκρινε ότι η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος 8% δεν πρέπει να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά. Έτσι πρόσφατα προ μηνός και αφού τελεσιδίκισε το θέμα, αναλάβαμε τον καθαρισμό του υπουργείου». Συνεπώς, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο πρώτος παρεμβαίνων, δεν έχει περιληφθεί στην οικονομική προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος το ποσό που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου 8%. Αλυσιτελώς ο πρώτος προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς περί της φύσης της παρακράτησης φόρου, ενόψει της ρητής απαίτησης του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης περί συμπερίληψής της στο πεδίο των κρατήσεων της οικονομικής προσφοράς. Ομοίως για τον ίδιο λόγο, αλλά και ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται αποφάσεις των διοικητικών δικαστηρίων περί μη ύπαρξης σχετικής υποχρέωσης. Ως εκ τούτου, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 32-37, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος και ο μόνος λόγος της πρώτης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

41. Επειδή, περαιτέρω, με τον όρο 2.2.6 (δ) της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας, μεταξύ άλλων, τα απολυμαντικά προϊόντα που θα χρησιμοποιήσουν οι διαγωνιζόμενοι να είναι εγκεκριμένα από τον Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων (Ε.Ο.Φ.) και προβλέπεται ότι η πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου αποδεικνύεται, επί ποινή αποκλεισμού, με την προσκόμιση των τεκμηριωτικών εγγράφων στον υποφάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς.

42. Επειδή, από την επισκόπηση της προσφοράς του δευτέρου παρεμβαίνοντος προκύπτει ότι δεν έχει υποβάλλει έγγραφα από τα οποία να προκύπτει ότι τα απολυμαντικά προϊόντα που θα χρησιμοποιήσει είναι εγκεκριμένα από τον ΕΟΦ, ως βασίμως ισχυρίζεται ο δεύτερος προσφεύγων. Ειδικότερα, το αρχείο υπό τίτλο «36.Prospectus υλικών» είναι κενό, το δε αρχείο υπό τίτλο «37. ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΑ ΥΛΙΚΩΝ ΚΑΙ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ» περιλαμβάνει πιστοποιητικά CE και ISO, δίχως να έχουν επισυναφθεί έγγραφα που να αποδεικνύουν ότι τα απολυμαντικά προϊόντα διαθέτουν εγκρίσεις από τον ΕΟΦ. Επομένως, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 32-36, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του δευτέρου παρεμβαίνοντος και ο σχετικός λόγος της δεύτερης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Ενόψει δε τούτου, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της δεύτερης προσφυγής περί απόρριψης της προσφοράς του δευτέρου παρεμβαίνοντος.

43. Επειδή, βάσει των αναφερόμενων υπό σκέψη 16, δοθέντος ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς του δευτέρου παρεμβαίνοντος και δευτέρου σε σειρά μειοδοσίας, ο δεύτερος προσφεύγων μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς κατά της προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος και προσωρινού αναδόχου.

44. Επειδή, στον όρο 1.3 προβλέπεται ότι το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης αφορά καθαρισμό κτιρίων όπου στεγάζονται υπηρεσίες του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης σε διάφορες περιοχές της Αττικής, ήτοι υπηρεσίες καθαρισμού χώρων γραφείων, όπως ειδικότερα αναλύεται στο Παράρτημα Ι της σύμβασης. Στο δε Παράρτημα Ι της διακήρυξης αναφέρεται ότι η υπό ανάθεση σύμβαση αφορά τον καθαρισμό κτιρίων συνολικής

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

επιφάνειας 25.506 τ.μ.. Πέραν τούτου, στον όρο 2.2.6 (α) της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας οι διαγωνιζόμενοι να έχουν ολοκληρώσει επιτυχώς κατά τα τελευταία τρία έτη μία τουλάχιστον σύμβαση με αντικείμενο ανάλογης φύσης με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες και με προϋπολογισμό υλοποίησης ίσο ή μεγαλύτερο από το 1/3 του προϋπολογισμού, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., της παρούσας διακήρυξης, ήτοι 60.483,87€. Επομένως, προκειμένου ο συμμετέχων να πληροί το κριτήριο τεχνικής ικανότητας του όρου 2.2.6 (α) της διακήρυξης πρέπει να έχει εκτελέσει τα τελευταία τρία έτη μια τουλάχιστον σύμβαση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού γραφείων συνολικής έκτασης ανάλογης με το αντικείμενο του διαγωνισμού και προϋπολογισμού άνω των 60.483,87€. Επισημαίνεται ότι, ως έχει εκτεθεί υπό σκέψη 41, η απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων τεχνικής ικανότητας, τεκμηριώνεται με την υποβολή στον υποφάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς των απαιτούμενων εγγράφων.

45. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο πρώτος παρεμβαίνων έχει προσκομίσει με την προσφορά του πίνακα κυριοτέρων έργων, στον οποίο δηλώνονται τέσσερις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, εκ των οποίων δυο (με τον ΠΟΝ και ...) έχουν ετήσιο προϋπολογισμό μικρότερο από τον απαιτούμενο στον όρο 2.2.6 (α) της διακήρυξης και οι έτερες δυο (με τις εταιρείες ...και ...) αφορούν παροχή υπηρεσιών καθαριότητας σε χώρους εμπορικών κέντρων και καταστημάτων χωρίς να αναφέρεται στον πίνακα ότι περιλαμβάνουν και υπηρεσίες καθαρισμού χώρων γραφείων, ως βασίμως ισχυρίζεται ο δεύτερος προσφεύγων. Ούτε εξάλλου στις υποβληθείσες με την προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης των επικαλούμενων συμβάσεων υπάρχει οιαδήποτε μνεία περί καθαρισμού χώρων γραφείων. Εκ δε της προσκομιζόμενης το πρώτον με την παρέμβαση από 1.04.2019 σύμβασης με την εταιρεία ...προκύπτει ότι οι παρεχόμενες από τον πρώτο παρεμβαίνοντα υπηρεσίες καθαριότητας περιλαμβάνουν, πέραν των καταστημάτων και χώρους γραφείων, δίχως όμως να αναφέρεται σε οιαδήποτε σημείο των συμβάσεων η συνολική επιφάνεια των χώρων γραφείων, ώστε να δύναται να θεωρηθεί ότι η εκ της επίμαχης σύμβασης

παροχή υπηρεσιών καθαριότητας γραφείων είναι ανάλογη με το αντικείμενο του υπό ανάθεση διαγωνισμού. Συνεπώς, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 32-36, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος και ο σχετικός λόγος της δεύτερης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Ενόψει δε τούτου, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της δεύτερης προσφυγής περί απόρριψης της προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος.

46. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

47. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση πρώτη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

48. Επειδή η παρέμβαση του πρώτου παρεμβαίνοντος επί της πρώτης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτή.

49. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση δεύτερη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

50. Επειδή η παρέμβαση του πρώτου παρεμβαίνοντος επί της δεύτερης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

51. Επειδή, βάσει των εκτεθέντων υπό σκέψη 11, η παρέμβαση του δεύτερου παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

52. Επειδή ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 47, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο πρώτος προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

53. Επειδή ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 49, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο δεύτερος προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής.

Απορρίπτει τις παρεμβάσεις επί της δεύτερης προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 1242-1243/2021

Ακυρώνει την με αριθμ. πρωτ. 1510/148507/4.06.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου επί της πρώτης προσφυγής.

Ορίζει την επιστροφή στο δεύτερο προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 908 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε στις 20 Ιουλίου 2021 στον Αγιο Ιωάννη Ρέντη

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ