

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 17 Σεπτεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 11.8.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1111/12.8.2020 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του ... και δη κατά όρων της με αριθμ. ...Διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, αναφορικά με ηλεκτρονικό ανοικτό δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό για την «Ανάδειξη αναδόχου συνεργείου παροχής υπηρεσιών τραπεζοκόμων – πλυντων/τριων των εστιατορίων – μαγειρείων της ...»

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Μαρία Μανδράκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, δεσμεύτηκε και πληρώθηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 1.140,00€, το οποίο αναλογεί σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας, χωρίς ΦΠΑ, αξίας της σύμβασης (227.419,36€), σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

2. Επειδή, το ..., με τη με αριθμό ...διακήρυξή του προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης με αντικείμενο την «Ανάδειξη

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

αναδόχου συνεργείου παροχής υπηρεσιών τραπεζοκόμων – πλυντων/τριων των εστιατορίων – μαγειρείων της ...» με ετήσια εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 227.419,36€ συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, χωρίς ΦΠΑ 24%. Η διακήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 17.7.2020 με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) .... Ο διαγωνισμός διενεργείται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό .... Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στον προκείμενο διαγωνισμό, μετά το με αριθμ. πρωτ. ...έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, ορίστηκε η 19.10.2020 και ημερομηνία αποσφράγισής τους η 26.10.2020. Σύμφωνα με την εν λόγω διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό, ανοικτό, δημόσιο, μειοδοτικό διαγωνισμό με τα ειδικότερα καθοριζόμενα στους Γενικούς και Ειδικούς Όρους αυτής και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της χαμηλότερης τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου παροχής Υπηρεσιών Υπηρεσιών Τραπεζοκομίας και Πλυντών/τριών (CPV: ...), για τα εστιατόρια και μαγειρεία της ...για ένα (1) έτος, με τον ετήσιο προϋπολογισμό για τις εν λόγω υπηρεσίες να ανέρχεται στο ποσό των 227.419,36€ συμπεριλαμβανομένων των εκάστοτε νόμιμων κρατήσεων, άνευ ΦΠΑ 24% και στο ποσό των 282.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%. Επιπρόσθετα, προβλέπεται η δυνατότητα παράτασης της σύμβασης για ένα (1) εξάμηνο, με πρόταση αποκλειστικά της αναθέτουσας αρχής και τη σύμφωνη γνώμη του αναδόχου, με προϋπολογισθέν ποσό ύψους 113.709,68€ συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, άνευ ΦΠΑ 24% και 141.000,00€ συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων και του ΦΠΑ 24%. Κατά της ανωτέρω διακήρυξης στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται στην υπό κρίση προσφυγή της.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, του αντικειμένου της (υπηρεσίες), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται δε και στις διατάξεις του Ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

διαδικασίας (αποστολή για δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, το άρθρο 361 του Ν. 4412/2016 με τίτλο Προθεσμία άσκησης της προσφυγής, ορίζει ότι «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ [...]», ενώ η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται στο άρθρο 4 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών».

5. Επειδή, από το συνδυασμό των προδιαληφθεισών διατάξεων συνάγεται ότι η προδικαστική προσφυγή πρέπει να ασκείται εντός της τασσομένης στο Νόμο (κατά περίπτωση, δεκαήμερης ή δεκαπενθήμερης) προθεσμίας, η οποία κινείται είτε από την επομένη της κοινοποίησης στον ενδιαφερόμενο της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης είτε από την επομένη της ημέρας κατά την οποία ο τελευταίος λαμβάνει πλήρη γνώση αυτής. Ειδικώς, στην περίπτωση προσβολής όρων διακήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής εκ μέρους του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα τεκμαίρεται ότι λαμβάνει χώρα μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευσή

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

της στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.). Συνεπώς, από την επομένη της παρόδου του ως άνω δεκαπενθημέρου κινείται η τασσόμενη στο νόμο δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, εκτός αν από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει πραγματική γνώση της διακήρυξης εκ μέρους του ενδιαφερομένου σε χρόνο προ του δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευσή της στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. [οπότε η δεκαήμερη προθεσμία ξεκινάει από την επομένη της πραγματικής γνώσης]. Για να υπάρξει δε, η κατά τα ανωτέρω «πλήρης, πραγματική ή τεκμαιρόμενη» γνώση της βλαπτικής πράξης, κατά την έννοια της διατάξεως αυτής, απαιτείται, αλλά και αρκεί, όλα τα πρωτογενή δεδομένα, έγγραφα, στοιχεία, γεγονότα ή καταστάσεις, που συγκροτούν το αντικείμενο της γνώσης για την ύπαρξη, τη φύση και το περιεχόμενο της πράξης, να είναι στο σύνολό τους και με τέτοιο ειδικό και άμεσο τρόπο υπόψη του ενδιαφερόμενου, ώστε να έχουν περιέλθει πλήρως στη σφαίρα της αντίληψής του. Αντιθέτως, η ερμηνεία αυτών των πρωτογενών δεδομένων, η συναγωγή πορισμάτων από αυτά, η πλήρης και ορθή κατανόηση του περιεχομένου της πράξεως, που είναι πάντως, κατά τα προεκτεθέντα, υπ' όψη του ενδιαφερομένου, δεν συνιστά προϋπόθεση της υπό την ανωτέρω έννοια λήψης πλήρους γνώσης, και, συνακόλουθα, η υποκειμενική αδυναμία κατανόησης ή η παρανόηση του περιεχομένου της διαθέσιμης πληροφορίας δεν αίρουν τη γνώση αυτή. Εξ άλλου, η πλήρης γνώση, υπό την ανωτέρω έννοια, μπορεί να απορρέει από νόμιμο ή να συνάγεται από δικαστικό τεκμήριο (ΕΑ ΣΤΕ 62/2020 σκέψη 6). Η περαιτέρω πραγματική και αποτελεσματική μελέτη και κατανόηση των στοιχείων αυτών, οσονδήποτε σύνθετα και αν είναι, συνιστά απλώς διαδικαστική ευχέρεια, και, αντίστοιχα, διαδικαστικό βάρος του ενδιαφερομένου. Αν δε από τη μελέτη αυτή ή από την προετοιμασία της προσφοράς ή από τυχόν επιτόπια επίσκεψη και ενημέρωση, στο πλαίσιο αυτής της προετοιμασίας, διαπιστώνονται ελλείψεις, κενά, ασάφειες, ή άλλα ελαττώματα της διακήρυξης, η διαπίστωση αυτή, κατ' αρχήν, δεν μεταθέτει το χρονικό σημείο στο οποίο αποκτάται πλήρης γνώση της (αντιθέτως, μάλιστα, η διαπίστωση αυτή προϋποθέτει πλήρη γνώση), αλλά απλώς γεννά αξίωση του οικονομικού φορέα για παροχή διευκρινίσεων οπότε, η απάντηση της αναθέτουσας αρχής μπορεί υπό προϋποθέσεις να συνιστά αυτοτελή

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

εκτελεστή βλαπτική πράξη, με την οποία καθίσταται πλέον εμπροθέσμως συμπροσβαλλόμενη και η διακήρυξη (πρβλ ΕΑ 952/2007, 758/2008, κ.ά.). Εξάλλου, ειδικώς επί διακήρυξης, κατά τις ανωτέρω διατάξεις, η πλήρης γνώση, που αποτελεί αφετηρία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, τεκμαίρεται από μόνη την πάροδο 15 ημερών από της δημοσίευσής στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., εάν από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει τέτοια πλήρης γνώση σε προγενέστερο χρόνο (πρβλ. Σ.τ.Ε ΕΑ 61/2020, 56/2020, 41/2020, 109/2019, ΑΕΠΠ 7μελούς 13/2020, 12/2020).

6. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η Διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 17.7.2020, ημερομηνία η οποία κατά τις προρρηθείσες διατάξεις του άρθρου 361 παρ. 1 περ. γ και 4 παρ. 1 περ. γ. του Π.Δ. 39/2017, αποτελεί το αφετήριο σημείο προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής, αν δεν προκύπτει άλλως πως πραγματική γνώση της διακήρυξης (πρβλ. Σ.τ.Ε ΕΑ 61/2020, 56/2020, 41/2020, 109/2019, ΑΕΠΠ 7μελούς 13/2020, 12/2020). Συνεπώς, στην υπό εξέταση περίπτωση θα πρέπει να θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα εταιρεία έλαβε γνώση στις 2.8.2020, ημερομηνία που η ίδια – προσφεύγουσα - συνομολογεί ότι έλαβε γνώση (σημείο Δ., σελ. 3 της Προσφυγής) και συνεπεία τούτου εμπροθέσμως ασκείται η παρούσα στις 11.8.2020, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προσθεσμίας, κατ' άρθρο 361 παρ. 1 (γ) του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, από τη γνώση της προσβαλλόμενης πράξης, δοθέντος μάλιστα ότι η αναθέτουσα αρχή διά του με αρ. πρωτ. ...εγγράφου της, το οποίο και ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 2.8.2020 παρείχε διευκρινήσεις, ύστερα από σχετικό αίτημα της προσφεύγουσας. Σημειωτέον εντούτοις ότι με το ως άνω διευκρινιστικό της έγγραφο, η αναθέτουσα αρχή δεν εμφανίζεται να εισήγαγε νέο στοιχείο ή ρύθμιση, που δεν προϋπήρχε σε όρο της επίμαχης διακήρυξης, παρά μόνο διευκρίνηση ότι στα στοιχεία που απαιτούνται να συμπληρωθούν στον πίνακα του άρθρου 8 παρ. ε, αναφορικά με το ότι οι υποψήφιοι ανάδοχοι οφείλουν να υπολογίσουν και τον αναλογούν από τις σχετικές διατάξεις Φόρο Εισοδήματος 8%. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα και όπως άλλωστε και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί στη προσφυγή της

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

ότι «αυθημερόν μόλις έλαβε γνώση της διακήρυξης με αριθμό ...της ..., ήτοι την 28/07/2020, υπέβαλε το από 28/07/2020 αίτημα παροχής διευκρινίσεων στην Αναθέτουσα Αρχή» (σελ. 5 της προσφυγής), δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται εκπρόθεσμα και επομένως απαραδέκτως, δεδομένου ότι με αφετηρία την λήψη γνώσης από την προσφεύγουσα την 28.7.2020, βάσει των προεκτεθέντων, είχε δικαίωμα άσκησης της προσφυγής της μέχρι και την 7.8.2020, ήτοι εντός δεκαήμερης προθεσμίας από την λήψη γνώσης, όπερ εντούτοις δεν έπραξε. Ως, εξάλλου, γίνεται παγίως δεκτό, οι βεβαιωτικές πράξεις εκδίδονται συνήθως μετά από αίτηση του διοικούμενου και επαναλαμβάνουν προηγούμενες πράξεις της διοίκησης, χωρίς να έχει μεσολαβήσει νέα ουσιαστική έρευνα από την πλευρά των διοικητικών οργάνων και αρχών. Οι δε πράξεις αυτές στερούνται εκτελεστότητας, με αποτέλεσμα ο διοικούμενος να μην μπορεί να τις προσβάλει δικαστικά ή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αφού εκτελεστή είναι μόνον η αρχική πράξη επί της οποίας βασίστηκαν και άρα εν προκειμένω η εκδοθείσα διακήρυξη. Οι βεβαιωτικές πράξεις, απλώς επιβεβαιώνουν ήδη υπάρχουσα ρύθμιση και δεν προσβάλλονται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι βασική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής κατά πράξεων της διοίκησης αποτελεί ο εκτελεστός χαρακτήρας της προσβαλλόμενης πράξης (Αν. Τάχου Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637). Έτι περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα οι βεβαιωτικές πράξεις των διοικητικών οργάνων, ήτοι οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα, αποτελούν δε επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως (βλ. ΣΤΕ 1390/2012, 3201/2009, 575/2008, 4596/2006, 1117/2005, 3762/2003, 296/2001, 3217/2000, 1968/2000 κλπ.) και δηλώνουν εμμονή της Διοικήσεως σε προγενέστερη ρύθμιση (βλ. ΣΤΕ 1718/1977, 340/83, 2619/1986, 2771/2011). Άλλοις λόγοις, όπου η διοίκηση επιβεβαιώνει απλώς προηγούμενη ρύθμιση δεν πρόκειται για νέα πράξη, έστω και αν εκδόθηκε από προϊστάμενη αρχή της εκδούσας, κατόπιν άσκησης κοινής ιεραρχικής προσφυγής (βλ. Δαγτόγλου Π., Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, αρ. 522). Η προσβολή με προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 επ. του Ν. 4412/2016 των ως άνω μη εκτελεστών διοικητικών πράξεων είναι απορριπτέα ως

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

απαράδεκτη, καθώς οι ως άνω βεβαιωτικές πράξεις δεν έχουν τον χαρακτήρα διοικητικής πράξης. Εξ αντιδιαστολής επιχείρημα μπορεί να αντληθεί και από την πάγια νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων, ως προς την αντιμετώπιση των διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, στην περίπτωση που με αυτές τροποποιούνται όροι της διακήρυξης και (με τις διευκρινίσεις) εισάγονται νέα στοιχεία στο κείμενο της τελευταίας, των οποίων ο οικονομικός φορέας λαμβάνει γνώση για πρώτη φορά, ακριβώς με την παροχή των σχετικών διευκρινίσεων και δεν γνώριζε νωρίτερα. Συγκεκριμένα, όπως γίνεται δεκτό νομολογιακά, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή του άρθρου 4 του Ν. 3886/2010 (σύμφωνα με το παλαιό νομοθετικό πλαίσιο), εφόσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται (ΣΤΕ Ασφ 254/2012, 45/2008, ΔΕφ 437/2013, 451/2014, κ.ά.). Ως εκ τούτου, εκτελεστή διοικητική πράξη, η οποία μπορεί να προσβληθεί αυτοτελώς δικαστικά και ενώπιον της Αρχής είναι μόνο η πράξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία τροποποιούνται όροι της διακήρυξης ή εισάγονται για πρώτη φορά στοιχεία που δεν είχαν καταστεί γνωστά στους οικονομικούς φορείς με το αρχικό κείμενο της διακήρυξης, διαφοροποιούν το περιεχόμενό της και κατά αυτή την έννοια, καθίστανται μέρος αυτής από την γνωστοποίηση των (διευκρινίσεων) στους οικονομικούς φορείς και εν δυνάμει συμμετέχοντες του διαγωνισμού, οπότε και πλέον αποτελούν μέρος του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού. Στην προκείμενη υπόθεση και υπό την παραδοχή ότι διά του από 31.7.2020 διευκρινιστικού εγγράφου της ύστερα από σχετικό αίτημα της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη σε τροποποίηση όρων της επίμαχης διακήρυξης ή διαφοροποίηση του περιεχομένου της, όπερ θα αποτελούσε και νέο στοιχείο για τους οικονομικούς φορείς, η προσφεύγουσα απαραδέκτως στρέφεται κατά όρων της εν λόγω διακήρυξης ασκώντας την προσφυγή της την 11.8.2020, ήτοι 25 ημέρες μετά την δημοσίευση της στο ΚΗΜΔΗΣ και σε κάθε περίπτωση, 14 ημέρες μετά την πλήρη και πραγματική γνώση που διαπιστώνεται ότι διέθετε την 28.7.2020, διά της αποστολής της διευκρινιστικής επιστολής της. Παρόλα ταύτα, θα εξεταστεί και η κατ'ουσίαν

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

βασιμότητα των προβαλλόμενων διά της προκείμενης προσφυγής ισχυρισμών της.

7. Επειδή, σε περίπτωση άσκησης Προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραδεκτώσ προσβάλλονται αυτοί κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, αφού το δικαίωμα άσκησης της επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται για συμμετοχή σε διαγωνισμό και όχι απλά έχει υποστεί, αλλά και ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, γεγονός που στην περίπτωση της προσβολής όρων διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά, πλην, όμως, η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων της διακήρυξης ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της προσφοράς του, άρα στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Ετέρωθεν, όπως έχει κριθεί, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές. Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπόπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, την οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου, όπως σε κανόνες του Συντάγματος ή του κοινοτικού δικαίου ή αντιβαίνουν σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της κοινής νομοθεσίας (ΣΤΕ 1667/2011 Ολομ., 1970/2014, 1078/2014 κ.ά.). Τούτων δοθέντων, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017, βάλλει η προσφεύγουσα κατά της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, αφού ως υποστηρίζει, οι πληττόμενοι όροι της υπόψη διακήρυξης, καθώς και η προϋπολογισθείσα δαπάνη αυτής, έχουν



## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

τεθεί κατά παράβαση της εσωτερικής και κοινοτικής νομοθεσίας, ως υποψήφια δε ανάδοχος της σύμβασης, αδυνατεί να υποβάλλει νομίμως και προσηκόντως την προσφορά της, καθόσον η εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα δαπάνη της οικείας διακήρυξης, με βάση τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής για τον αριθμό και το χρόνο απασχόλησης του προσωπικού του αναδόχου, αλλά και τις λοιπές δαπάνες που βαρύνουν τον ανάδοχο, όπως τα στοιχεία αυτά προκύπτουν από τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και το υπ' αρ. πρωτ. ...έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής σχετικά με τον υποχρεωτικό συνυπολογισμό της παρακράτησης φόρου 8% στις οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, αλλά και το ελάχιστο νόμιμο κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, που είναι σε αντίθεση με την εργατική νομοθεσία και το κατ'ελάχιστον ύψος των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων, απασχολούμενων για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης.

8. Επειδή, περαιτέρω, με το υπ' αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο της ..., η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί τις απόψεις της επί της προσφυγής, με τις οποίες αντικρούει τους λόγους της προσφυγής και ζητεί την απόρριψή της, επιπλέον όμως προβάλλει και συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης διακήρυξης, σύμφωνα με το προτελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

9. Επειδή, πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα παραπονείται διά της προσφυγής της ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη της υπό ανάθεση σύμβασης δεν επαρκεί για την κάλυψη του συνολικού κόστους εκτέλεσης της και τούτο ειδικότερα διότι με το υπ' αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο διευκρινήσεων της αναθέτουσας αρχής απαιτείται ρητά ο συνυπολογισμός της παρακράτησης φόρου 8% στις οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων και ως εκ τούτου το ποσό και μόνο των νόμιμων κρατήσεων υπέρ τρίτων και Δημοσίου (Ποσοστού 4,23068%), της παρακράτησης φόρου (ποσοστού 8%) και του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους (210.473,67€ ετησίως) υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη των 227.419,36€ ετησίως πλέον ΦΠΑ 24%, χωρίς μάλιστα να συνυπολογισθούν και τα απαιτούμενα κόστη

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

που συνθέτουν την οικονομική προσφορά, ήτοι διοικητικό κόστος, εργολαβικό κέρδος, κόστος αναλωσίμων υλικών.

10. Επειδή, στην υπόψη διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους (υποψήφιους) συμμετέχοντες ορίζεται ότι: «2. Δ Ι Α Κ Η Ρ Υ Σ Ο Υ Μ Ε ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ, ΑΝΟΙΚΤΟ, ΔΗΜΟΣΙΟ, ΜΕΙΟΔΟΤΙΚΟ, ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ, (ΑΔ...) με τα καθοριζόμενα στους Γενικούς και Ειδικούς Όρους της παρούσης και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της χαμηλότερης τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου παροχής Υπηρεσιών Τραπεζοκομίας και Πλυντών/τριών (CPV: ...), για τα εστιατόρια και μαγειρεία της ...για ένα (1) έτος, με τον ετήσιο προϋπολογισμό για τις εν λόγω υπηρεσίες να ανέρχεται στο ποσό των διακοσίων είκοσι επτά χιλιάδων τετρακοσίων δεκαεννέα ευρώ και τριάντα έξι λεπτών (227.419,36€) συμπεριλαμβανομένων των εκάστοτε νόμιμων κρατήσεων, άνευ ΦΠΑ 24% και των διακοσίων ογδόντα δύο χιλιάδων ευρώ (282.000,00€) με ΦΠΑ 24%. Επιπρόσθετα, θα προβλέπεται η δυνατότητα παράτασης της σύμβασης για ένα (1) εξάμηνο, με πρόταση αποκλειστικά της αναθέτουσας αρχής και τη σύμφωνη γνώμη του αναδόχου, με προϋπολογισθέν ποσό ύψους εκατόν δεκατριών χιλιάδων επτακοσίων εννέα ευρώ και εξήντα οκτώ λεπτών (113.709,68€) συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, άνευ ΦΠΑ 24% και εκατόν σαράντα ενός χιλιάδων ευρώ (141.000,00€) συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων και ΦΠΑ 24%. 3. Ο ανάδοχος επιβαρύνεται με τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων (4,23068%), καθόσον η παρούσα προμήθεια δεν αφορά σε ειδικό εξοπλιστικό πρόγραμμα. Για θέματα ΦΠΑ ισχύουν οι προβλέψεις της Ελληνικής και Κοινωνικής Νομοθεσίας. Σε ότι αφορά την παρακράτηση φόρου εισοδήματος, θα ληφθούν υπόψη οι σχετικές διατάξεις του Ν.2198/94, σε περίπτωση συμμετοχής Ελλήνων προσφερόντων/ αναδόχων. [...] 23. Οι οικονομικοί φορείς που θα συμμετάσχουν στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία δεσμεύονται ότι: α. Τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που

## Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020

έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της ένωσης, το εθνικό δίκαιο, τις συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Ν.4412/16, Παράρτημα «Χ» του Προσαρτήματος «Α». Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες, που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητας τους. β. Τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις διατάξεις της ισχύουσας εργατικής νομοθεσίας σύμφωνα με το Ν.3863/10 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει από το Ν.4144/13. [...]». Περαιτέρω, στο Παράρτημα Α της εν λόγω διακήρυξης, με τίτλο ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΜΕΙΟΔΟΤΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ (CPV ...) ορίζεται μεταξύ άλλων: «11. Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του ενδιαφερόμενου. α. Οι οικονομικές προσφορές θα δοθούν μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Οι ενδιαφερόμενοι πρέπει να υποβάλλουν ηλεκτρονικά την οικονομική τους προσφορά για την υλοποίηση του συνόλου των υπηρεσιών του παρόντος Διαγωνισμού. Μετά την παρέλευση της καταληκτικής για την κατάθεση των προσφορών ημερομηνίας και ώρας, δεν υπάρχει δυνατότητα υποβολής προσφοράς στο σύστημα. β. Οι ενδιαφερόμενοι οφείλουν να αναφέρουν στην οικονομική προσφορά τους, εκτός των άλλων, απαραίτητως και τα παρακάτω οικονομοτεχνικά στοιχεία : (1) Τον αριθμό των εργαζομένων εργατοτεχνιτών. (2) Τις ημέρες και ώρες εργασίας τους. (3) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων. (4) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά και την ισχύουσα νομοθεσία. (5) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι εργατοτεχνίτες. (6) Το συνολικό τίμημα της σύμβασης σε ετήσια βάση χωρίς (7) Το συνολικό τίμημα της σύμβασης σε ετήσια βάση (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.). γ. Οι ενδιαφερόμενοι, οφείλουν να υπολογίσουν υποχρεωτικά στην προσφορά τους, εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους και εργολαβικού κέρδους, το κόστος των απαιτούμενων υλικών - αναλωσίμων, τη μεταφορά των

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

εργαζομένων τους από και προς τη Σχολή, τις νόμιμες υπέρ του Δημοσίου και υπέρ τρίτων κρατήσεις, καθώς και κάθε είδους άλλη δαπάνη και κόστος για την υλοποίηση του εν λόγω έργου. δ. Σε περίπτωση μη αναγραφής εύλογης τιμής σε υποχρεωτικό πεδίο τιμών, όπως ορίζουν οι διατάξεις του Ν.4144/2013, άρθρο 22, παρ.1 (ΦΕΚ 88/Α'/18-04-2013), ήτοι στο πεδίο «Διοικητικό Κόστος» ή «Κόστος αναλωσίμων» ή «Εργολαβικό Κέρδος», τότε η Οικονομική Προσφορά του Υποψηφίου απορρίπτεται ως απαράδεκτη. ε. Οι ενδιαφερόμενοι πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο, την οικονομική προσφορά τους σύμφωνα με το παρακάτω υπόδειγμα: [...] θ. Η Οικονομική Προσφορά που θα υποβάλλουν οι υποψήφιοι, πρέπει να έχει υπολογισθεί βάσει των όσων προβλέπει κατά την ημερομηνία υποβολής της, η ισχύουσα εργατική νομοθεσία και οι λοιπές κείμενες ασφαλιστικές-φορολογικές διατάξεις και να έχει συνταχθεί σύμφωνα με το Ν.3863/10, άρθρο 68 (ΦΕΚ Α' 115) «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών», όπως τροποποιήθηκε με το Ν.4144/13, άρθρο 22 (ΦΕΚ Α' 88), ως και τα οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 11 της ΥΑ Π1/2390/16-10-2013 (Β' 26) και της παρούσας διακήρυξης.[...] ιζ. Η προσφορά πρέπει να είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης. Περιπτώσεις προσφορών που παρουσιάζουν επιφυλάξεις ή τροποποιήσεις σε οποιονδήποτε όρο της Διακήρυξης απορρίπτονται. ιη. Επισημαίνεται ότι η προσφερόμενη τιμή, δεν μπορεί να υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα τιμή. ιθ. Τονίζεται ότι οι τραπεζοκόμοι ανήκουν στην κατηγορία των εργατοτεχνιτών και επιπλέον όσοι απασχολούνται και ως πλύντες, ανήκουν σύμφωνα με το ΦΕΚ 2778 02/12/2011 και στην κατηγορία των Βαρέων και Ανθυγιεινών Επαγγελματιών. Τα στοιχεία αυτά θα πρέπει να ληφθούν υπόψη από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, κατά τη σύνταξη των οικονομικών τους προσφορών (Εγκύκλιος ΙΚΑ Αρ. 27/20-03-2012).[...] ΑΡΘΡΟ 16° ΠΛΗΡΩΜΗ-ΚΡΑΤΗΣΕΙΣ [...] 4. Από το ποσό της συνολικής αμοιβής θα γίνει παρακράτηση όλων των νόμιμων κρατήσεων, οι οποίες βαρύνουν τον ανάδοχο σύμφωνα με τις κάθε φορά ισχύουσες σχετικές διατάξεις. [...] 6. Επίσης, σε βάρος του αναδόχου, γίνεται παρακράτηση του νόμιμου φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού πληρωμής, σύμφωνα με το Ν.2238/94, άρθρο 55».

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016 με τίτλο Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών: «1. Η οικονομική προσφορά (προσφερόμενη τιμή) δίδεται σε ευρώ. [...] 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, β) στις περιπτώσεις των παραγράφων 9 και 10 του άρθρου 53, όταν από τα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται αναπροσαρμογή τιμών, τότε η οικονομική προσφορά υποβάλλεται υποχρεωτικά σε ποσοστό έκπτωσης επί της τιμής της εκτιμώμενης αξίας του υλικού ή της παροχής υπηρεσίας εκτός αν άλλως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. [...]»

12. Επειδή, εξάλλου, στην παρ. 1 του άρθρο 68 του Ν. 3863/2010, που διέπει τον υπό κρίση διαγωνισμό σύμφωνα με το θεσμικό πλαίσιο, που αποτυπώνεται στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, ορίζεται 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: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. 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,

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή 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. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάψουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι».

13. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 64 παρ. 2 του Ν.4172/2013 (Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος, Α' 167), όπως συμπληρώθηκαν από το άρθρο πρώτο παρ.Δ1 περ.16γ του Ν. 4254/2014 (Α' 85), προβλέπεται ότι: «Οι φορείς γενικής κυβέρνησης εκτός από τις κεφαλαιουχικές εταιρείες κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από φυσικά ή νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, να παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: ..... γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών. Εξαιρούνται από την παρακράτηση φόρου οι υπόχρεοι του πρώτου εδαφίου: αα) όταν προμηθεύονται αγαθά ή τους παρέχονται υπηρεσίες και δεν απαιτείται σύμβαση, εφόσον η καθαρή αξία αυτών, κατά συναλλαγή, δεν υπερβαίνει το ποσό των εκατόν πενήντα (150) ευρώ, ββ) όταν λαμβάνουν υπηρεσίες ή προμηθεύονται ηλεκτρικό ρεύμα, τηλεφωνικές συνδιαλέξεις, τηλεγραφήματα, γραμματόσημα, φωταέριο, νερό και εισιτήρια γενικά, γγ) όπου προβλέπεται παρακράτηση ή προκαταβολή φόρου από άλλη διάταξη για το ίδιο έσοδο και δδ) όταν προμηθεύονται αγαθά ή τους παρέχονται υπηρεσίες από τις ...».

14. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 4412/2016 που προπαρατέθηκαν, σε συνδυασμό με τις διατάξεις του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής για παροχή υπηρεσιών σε φορείς της γενικής κυβέρνησης,

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, που απομένει μετά την αφαίρεση του ΦΠΑ και των κρατήσεων που προβλέπεται ότι βαρύνουν την προσφορά του αναδόχου. Η παρακράτηση φόρου αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, από τον οποίο προεισπράττεται το σχετικό ποσό, ενώ στη συνέχεια, κατά την εκκαθάριση της φορολογικής του δήλωσης, επιστρέφεται ή συμψηφίζεται στο φόρο εισοδήματος που επιβάλλεται σε βάρος του επί των κερδών ή του καθαρού εισοδήματος, ανάλογα αν πρόκειται για νομικό ή φυσικό πρόσωπο. Κατά την παραπάνω έννοια, είναι υποστηρίξιμο (βλ. ΔΕΦΑΘ (Ακ) 1268/2020, σκ. 6) ότι η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ούτε εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης. Τούτο διότι η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου, έχει προσωρινό χαρακτήρα, αφού η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού στο Δημόσιο εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, ανάλογα με τα ετήσια κέρδη ή το καθαρό εισόδημα που αυτός δηλώνει, σε σχέση με τα ποσά φόρου που έχουν παρακρατηθεί. Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης, που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του, προσαυξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, καθώς, με τον τρόπο αυτό, αυξάνεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης και δυσχεραίνεται η εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού. Ωστόσο, κατά την απολύτως κρατούσα άποψη στη νομολογία, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% συνιστά κράτηση υπέρ του Δημοσίου (βλ. τις πλέον πρόσφατες αποφάσεις ΔΕΦΑΘ 10/2020 και 80/2020), σε κάθε περίπτωση δε, ανεξαρτήτως της φύσης της ως φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, συνιστά επιβάρυνση την οποία κατά την έννοια των πιο πάνω

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό έχουν υποχρέωση να περιλάβουν στην οικονομική τους προσφορά, διακριτώς ή μη (βλ. ΔΕφΘεσ 26/2019, 17/2020, 93/2020). Η δε περί του αντιθέτου ερμηνευτική εκδοχή, περί της κατ' ουσίαν μη εννοιολογικής ταύτισης των λοιπών κρατήσεων με την παρακράτηση φόρου 8%, η οποία συμψηφίζεται με το φόρο που αναλογεί στο συνολικό εισόδημα του αναδόχου και περί της τεχνητής προσαύξησης του εργολαβικού κέρδους και της επιβάρυνσης της αναθέτουσας αρχής με την φορολογική υποχρέωση του αναδόχου, όταν η παρακράτηση φόρου περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά, κρίνεται απορριπτέα ως αλυσιτελής (βλ. επίσης και ΔΕφΑθ 373/2019 και ΔΕφΛαρ 8/2020 και την εντελώς πρόσφατη ΔΕφΘεσ 93/2020). Τούτο δε, διότι η σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ειδικότερη υποχρέωση των διαγωνιζομένων 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, συναρτάται πρωτίστως με τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς, αποσκοπεί δε 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 (πρβλ. ΣΤΕ 563/2008, ΕΑ ΣΤΕ 446/2009, 840/2008 και ΑΕΠΠ 923/2020). Ως εκ τούτου, η συγκεκριμένη έλλειψη της προσφοράς συμμετέχοντος στο διαγωνισμό καθιστά την προσφορά απορριπτέα ως παρεκκλίνουσα από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του διαγωνισμού, άλλως συνιστά ασάφεια ως προς την προσφερόμενη τιμή, που κατά τη ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης και άγει σε απόρριψη της προσφοράς του.

15. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, έχει υποστηριχθεί νομολογιακώς και η άποψη ότι η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί νόμιμη κράτηση υπέρ δημοσίου ή τρίτων καθώς υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων στο καθαρό ποσό της αξίας των υπηρεσιών μετά την αφαίρεση των κρατήσεων υπέρ δημοσίου ή τρίτων και επιστρέφεται στον



## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

ανάδοχο ή συμψηφίζεται με την εκκαθάριση της δήλωσής του, ο οικονομικός φορέας κατά συνέπεια νομίμως δεν οφείλει όπως αναφέρει στο ξεχωριστό πεδίο για τις νόμιμες υπέρ δημοσίου και τρίτων κρατήσεις της οικονομικής του προσφοράς και τον φόρο εισοδήματος, ποσοστού 8%, αφού η εν λόγω παρακράτηση δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτων, κατά τα προαναφερόμενα, αλλά φορολογική υποχρέωση εκάστου φορολογούμενου (ΑΕΠΠ 1148/2018). Τούτο διότι, η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου, έχει προσωρινό χαρακτήρα, καθόσον η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού στο Δημόσιο εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, ανάλογα με τα ετήσια κέρδη ή το καθαρό εισόδημα που αυτός δηλώνει, σε σχέση με τα ποσά φόρου που έχουν παρακρατηθεί. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί (...), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογούμενου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται και επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Αντιθέτως, η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης, που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του, προσαυξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, καθώς, με τον τρόπο αυτό, αυξάνεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης και δυσχεραίνεται η εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού. Ενόψει αυτών, κατά την ίδια άποψη, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού των διαγωνιζόμενων, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του. Προσέτι, στην προκείμενη υπόθεση και ανεξάρτητα από τον «χαρακτηρισμό» του συνυπολογισμού του ποσοστού 8%, ως νόμιμη κράτηση υπέρ δημοσίου ή τρίτων, καθόσον η αναθέτουσα αρχή έχει προβλέψει ρητώς και εναργώς το ως άνω ποσοστό στις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων, που θα πρέπει να (συν)υπολογίζονται οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς κατά την υποβολή της προσφοράς τους (βλ. σκ. 10), αλυσιτελώς προβάλλονται οι σχετικές αιτιάσεις από την προσφεύγουσα. Και τούτο ειδικότερα διότι, όπως γίνεται δεκτό, σε κάθε περίπτωση, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 434/2008).

16. Επειδή, εξάλλου, βασίμως ισχυρίζεται εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή διά της συμπληρωματικής της αιτιολογίας, όπως τούτη αποτυπώνεται στο έγγραφο των απόψεων της (βλ. σκ. 8) ότι, κατά την υποβολή μιας οικονομικής προσφοράς, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, υποχρεούνται να υπολογίζουν και να συμπεριλαμβάνουν και τον αναλογούν ΦΕ, διότι ο μη υπολογισμός του: (α) Ενδέχεται να καταστήσει μία οικονομική προσφορά υπερβολικά χαμηλή. (β) Ενδέχεται να καταστήσει μία οικονομική προσφορά απαράδεκτη στην περίπτωση που το σύνολο του Φόρου Εισοδήματος (ΦΕ) δεν μπορεί να καλυφθεί από το προϋπολογιζόμενο εργολαβικό κέρδος. Μηδενικό δε ή αρνητικό εργολαβικό κέρδος για την επιχείρηση, σύμφωνα με το άρθρο 68 του Ν.3863/10, όπως τροποποιήθηκε με το Ν.4144/13, καθιστά μία προσφορά απαράδεκτη. Επιπροσθέτως η αναθέτουσα αρχή τάσσεται υπέρ του συνυπολογισμού του ποσοστού 8% όπερ και ρητώς ορίζει στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, διότι «κατά τις

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

προαναφερθείσες διατάξεις των νόμων και της Διακήρυξης, στην προσφερόμενη τιμή συμπεριλαμβάνεται υποχρεωτικά το σύνολο των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων που βαρύνουν κατά νόμο τον ανάδοχο. Μεταξύ δε των εν λόγω επιβαρύνσεων περιλαμβάνεται και η προκαταβολή ΦΕ 8% η οποία σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Ν.2198/94 άρθρο 24 παρ.1 παρακρατείται υποχρεωτικά κατά την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών. Η υποχρέωση αυτή, αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο, της αντικειμενικότητας στην ανάθεση της προμήθειας και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας, οδηγεί σύμφωνα με τη διακήρυξη, σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτη (Πρβλ. ΣτΕ 563/2008, ΕΑ ΣτΕ 446/2009, 840/2008)». Επέκεινα, για τη θέσπιση της υποχρέωσης συμπερίληψης στην προσφορά της επίμαχης παρακράτησης φόρου, δεν καθίσταται αναγκαίο, να συμπεριληφθεί στο υπόδειγμα του πίνακα της οικονομικής προσφοράς της προκήρυξης, ειδικό πεδίο προς συμπλήρωση ή ειδική μνεία για το ως άνω ποσοστό 8% (Αποφ. 503/2020 Α.Ε.Π.Π), καθόσον για τον υπολογισμό της επίμαχης κράτησης αρκεί η ενιαία αναφορά για όλες τις κρατήσεις-επιβαρύνσεις των άρθρων 8,16 αλλά και της παρ 3. της Διακήρυξης.

17. Επειδή, περαιτέρω παραπονείται η προσφεύγουσα, παραθέτοντας στη προσφυγή της τους σχετικούς υπολογισμούς ότι η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη της επίμαχης υπό ανάθεση σύμβασης εκτιμώμενου προϋπολογισμού 227.419,36€, υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου κόστους εκτέλεσης της κατά 10.379,54€ (237.798,90€ - 227.419,36€), παραβιάζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης για παροχή υπηρεσιών ....

18. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, προσφορά η οποία παραβιάζει την εργατική νομοθεσία, νόμιμα αποκλείεται από τον διαγωνισμό ως μη νόμιμη. Επίσης είναι απορριπτέα, ως προφανώς ζημιογόνος, οικονομική προσφορά που υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

και ασφαλιστικού κόστους του προσωπικού που θα απασχοληθεί με την παροχή των υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από την ισχύουσα εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, στις οποίες ρητώς παραπέμπει και η υπόψη διακήρυξη (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1255/2009, 1344/2008, 1090/2006). Ομοίως δε έχει κριθεί ότι, οικονομική προσφορά που δεν περιλαμβάνει τις νόμιμες εργατικές δαπάνες και τις νόμιμες ασφαλιστικές κρατήσεις, παραβιάζουσα ρητούς όρους της διακήρυξης και της νομοθεσίας, ενώ αν αφαιρεθούν οι εργατικές δαπάνες και οι ασφαλιστικές κρατήσεις αυτές από την προσφερόμενη τιμή το ποσό της προσφοράς υπολείπεται του κατώτερου νόμιμου εργατικού κόστους, θα πρέπει να απορριφθεί ως μη σύμφωνη και με τις διατάξεις της διακήρυξης, που επιβάλλουν την τήρηση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας και την καταβολή των νόμιμων αποδοχών στους εργαζομένους από τον ανάδοχο (βλ. ΕΑ ΣτΕ 840/2008).

19. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι για την εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης θα απαιτηθεί η εκτέλεση της με 14 συνολικά άτομα απασχολούμενα ως φυσική παρουσία, με πλήρη οκτάωρη εβδομαδιαία απασχόληση. Η αναθέτουσα αρχή, ως βασίμως υποστηρίζει στο έγγραφο των απόψεων της, επί τω τέλει όπως καλύψει τις επιβαρύνσεις των εταιριών από την αλλαγή του κατώτατου μισθού βάσει ΦΕΚ Τεύχος Β 173/30-01-2019 και λαμβάνοντας υπόψη την αύξηση των ασφαλιστικών εισφορών, αύξησε την προϋπολογισθείσα εκτιμώμενη αξία του εν λόγω έργου σε σύγκριση με όμοιου αντικειμένου σύμβαση που είχε προκηρυχθεί με την ΑΔ 06/18, κατά ποσό 39.259,35€ ήτοι σε ετήσια προϋπολογισθείσα δαπάνη που ανέρχεται σε 227.419,36€ από 188.160,00€, συμπεριλαμβανομένων των πάσης φύσεως κρατήσεων υπέρ τρίτων και δημοσίου, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%. Για τον υπολογισμό δε της ως άνω προϋπολογισθείσας αξίας του έργου ελήφθησαν υπόψη, ως εξής: (1) Τραπεζοκόμοι-πλύντες (10,8 άτομα πλήρους 40ωρης εβδομαδιαίας απασχόλησης) για τους οποίους υπολογίστηκε μικτό ημερομίσθιο 29,04€ για 26 εργάσιμες ημέρες και εργοδοτικές εισφορές σε ποσοστό 24,33% σε 755,04€ (μικτός μισθός) και 183,70€ (εργοδοτικές εισφορές), ήτοι συνολικά 938,74€/μήνα. Συνεπώς, συνολικά για τους 10,8 εργαζόμενους και

## Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020

συνυπολογίζοντας δώρα Χριστουγέννων, Πάσχα και επίδομα αδείας το μικτό κόστος ανέρχεται σε 141.937,49€ [(938,74 \* 10,8 (εργαζόμενοι) \* 14 (μισθοί) = 141.937,49€]. Επιπλέον των ανωτέρω όσον αφορά στις αργίες υπολογίστηκε το υπερβάλλον κόστος αργιών ως εξής: 59ημέρες χ 4άτομα χ 8ώρες χ 4,356€ ημερομίσθιο χ 0,75 προσαύξηση Κυριακών και αργιών χ 1,2433 εργοδοτικές εισφορές= 7.668,79€ και αθροίζοντας τα ανωτέρω ποσά το συνολικό ετήσιο μικτό κόστος για τους εργαζόμενους ως τραπεζοκόμοι- πλύντες ανέρχεται σε 149.606,28€. (2) Λαντζέρηδες (2,8 άτομα πλήρους 40ωρης εβδομαδιαίας απασχόλησης) για τους οποίους υπολογίστηκε μικτό ημερομίσθιο 29,04€ για 26 εργάσιμες ημέρες και εργοδοτικές εισφορές σε ποσοστό 26,48% σε 755,04€ (μικτός μισθός) και 199,93€ (εργοδοτικές εισφορές) ήτοι συνολικά 954,97€/μήνα, συνεπώς για τους 2,8 ανωτέρω εργαζόμενους και συνυπολογίζοντας δώρα Χριστουγέννων, Πάσχα και επίδομα αδείας το μικτό κόστος ανέρχεται στις 37.434,82€ [(954,97 \* 2,8 (εργαζόμενοι) \* 14 (μισθοί) = 37.434,82€]. Επιπλέον των ανωτέρω όσο αφορά στις αργίες υπολογίστηκε το υπερβάλλον κόστος αργιών ως εξής: 59ημέρες χ 2άτομα χ 8ώρες χ 4,356€ ημερομίσθιο χ 0,75 προσαύξηση Κυριακών και αργιών χ 1,2648 εργοδοτικές εισφορές= 3.900,70€, αθροίζοντας δε τα ανωτέρω ποσά, το συνολικό ετήσιο μικτό κόστος για τους λατζέρηδες ανέρχεται σε 41.335,52€. Ενόψει των ανωτέρω, συνολικά το μικτό εργατικό κόστος βάσει της κείμενης νομοθεσίας (συμπεριλαμβανομένων δώρων και επιδόματος αδείας) ανέρχεται σε 190.941,80€, η αναθέτουσα αρχή, υπολόγισε ποσό ύψους 12.306,79€, για λοιπά κόστη (εργολαβικό κέρδος, εργολαβικό κόστος, κόστος αναλωσίμων, κόστος εγγυητικών, ειδική εισφορά υπέρ Ε.Λ.Π.Κ) έτσι ώστε, συμπεριλαμβανομένων των πάσης φύσεως κρατήσεων υπέρ τρίτων (4,23068%) και Φόρου Εισοδήματος 8%, τα ανωτέρω κόστη να βρίσκονται εντός της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης.

20. Επειδή, τούτων δοθέντων, συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή διά της επίμαχης διακήρυξης ακολουθεί την εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία σε πλήρη συμμόρφωση με το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, έχει υπολογιστεί σε αυτή (τη διακήρυξη) το προσφερόμενο μηνιαίο κόστος σύμφωνα με την ισχύουσα Εθνική Γενική

## **Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**

Συλλογική σύμβαση Εργασίας κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού προκειμένου να συνταχθεί η οικονομική προσφορά με βάση τον Πίνακα του Υποδείγματος της διακήρυξης, έχουν υπολογιστεί οι αποδοχές των προσφερόμενων εργαζομένων, οι οποίες δεν υπολείπονται από το προβλεπόμενο της ισχύουσας Εθνικής Γενικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας, καθώς και της Υπουργικής Αποφάσεως αυξήσεως του κατώτατου νόμιμου ημερομισθίου και μισθού, έχει επίσης υπολογιστεί εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους, το κόστος αναλωσίμων υλικών, το νόμιμο ποσό ως εργολαβικό κέρδος και το κόστος των νόμιμων κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, τα οποία και ανέρχονται στη συνολική ορισθείσα εν προκειμένω προϋπολογισθείσα αξία. Συνακολούθως όλων των ανωτέρω, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως νόμω και ουσία αβάσιμες, η υπό κρίση προσφυγή να απορριφθεί εν τω συνόλω και συνεπώς το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 17 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 7 Οκτωβρίου 2020.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κων/νος Πολ. Κορομπέλης**

**Αλεξάνδρα Παπαχρήστου**

**Αριθμός απόφασης: 1262 / 2020**