

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 3<sup>η</sup> Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.06.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1301/28.6.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία ....., με τον διακριτικό τίτλο ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ..... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία .... και τον διακριτικό τίτλο ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθ. 70/9-6-2021 (θέμα 2<sup>ο</sup>) απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, που ελήφθη στα πλαίσια του ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την *Παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων και εγκαταστάσεων του ..... στο ..... και των τμημάτων του που βρίσκονται στα ....., στο ....., στον ..... και στη ....., προϋπολογισμού 629.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (ΚΗΜΔΗΣ ...../....., ΕΣΗΔΗΣ ....., ημερομηνία αποστολής για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ 26-1-2021)*, τόσο κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της ίδιας της προσφεύγουσας, όσο και κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά της μόνης αποδεκτής διαγωνιζόμενης, παρεμβαίνουσας ..... και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος της προμήθειας, άλλως και σε περίπτωση που δεν ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, να ακυρωθεί κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

της προσωρινής αναδόχου παρεμβαίνουσας και μόνης αποδεκτής προσφέρουσας ....., προκειμένου να ματαιωθεί η διαγωνιστική διαδικασία.

Η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, άλλως επικουρικώς και σε περίπτωση που γίνει δεκτή η προσφυγή κατά το μέρος που βάλλει κατά της προσφοράς της, τότε αιτείται να απορριφθεί και η προσφορά της προσφεύγουσας σύμφωνα με την αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης λόγω εσφαλμένου υπολογισμού του Δώρου Χριστουγέννων στην οικονομική προφορά της προσφεύγουσας, άλλως και σε περίπτωση που η ΑΕΠΠ κρίνει εαυτόν αναρμόδιο περί την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, τότε αιτείται την αναπομπή του ζητήματος προς την αναθέτουσα αρχή, προκειμένου εκείνη να αξιολογήσει την οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας και δη τον υπολογισμό του δώρου Χριστουγέννων, σύμφωνα με την αρχή του ίσου μέτρου κρίσης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή  
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευτεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 3.145 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., και το από 30-6-2021 υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα του αρμόδιου υπαλλήλου ΑΕΠΠ).

2. Επειδή, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ καθ' ύλην και κατά χρόνο λόγω προυπολογιζόμενης αξίας της προμήθειας και χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, εμπροθέσμως προσηκόντως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 25-6-2021 η υπό κρίση προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης απόφασης που κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 15-6-2021, η οποία είναι εκτελεστή πράξη

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών-οικονομικών προσφορών. Περαιτέρω εμπροθέσμως, προσηκόντως και με έννομο συμφέρον ασκήθηκε εντός της 10ήμερης αποκλειστικής νόμιμης προθεσμίας, την 8-7-2021 η υπό κρίση παρέμβαση, με ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ, δεδομένου ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στην παρεμβαίνουσα την 28-6-2021 (365 παρ. 1, 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017). Η αναθέτουσα αρχή εμπροθέσμως εντός της προβλεπόμενης 15 ήμερης αποκλειστικής προθεσμίας από την άσκηση της προσφυγής, και προσηκόντως με ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ, γνωστοποίησε τις απόψεις της επί της προσφυγής την 12-7-2021, σύμφωνα με το άρθ. 365 παρ. 1 περ. β) του ν. 4412/2016. Η προσφεύγουσα εμπροθέσμως εντός της 5 ήμερης αποκλειστικής προθεσμίας από την ανάρτηση της απόψεως της αναθέτουσας αρχής και προσηκόντως με ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ, κατέθεσε την 19-7-2021 Υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Ωστόσο, από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την ασκηθείσα παρέμβαση προς την προσφεύγουσα, εκπροθέσμως την 28-7-2021 και όχι την επομένη της άσκησής της -ήτοι την 9-7-2021- ως ορίζεται στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016 ως τροποποιημένο ισχύει. Περαιτέρω την 2-8-2021 -ήτοι εντός 5 ημερών- η προσφεύγουσα κατέθεσε *Συμπληρωματικό Υπόμνημα* το οποίο φέρεται επί των λόγων της παρέμβασης και δεν εξετάζεται στα πλαίσια της παρούσας διαδικασίας, διότι σύμφωνα με τον νόμο *Συμπληρωματικά υπομνήματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη .. το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής*, και συνεπώς δεν προβλέπεται Υπόμνημα επί των λόγων της παρέμβασης ει μη μόνον επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής ( άρθ. 365 παρ. 1 περ. γ) τελευταίο εδ.).

Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αψοκάρδου, σύμφωνα με τις τροποποιηθείσες διατάξεις του Ν.4412/2016 η προθεσμία υποβολής υπομνημάτων συνδέεται με την ημερομηνία κοινοποίησης των απόψεων, ωστόσο, έχει διαφοροποιηθεί η προγενέστερη διατύπωση των οικείων διατάξεων που συνέδεαν το περιεχόμενο των υπομνημάτων με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής ενώ, παράλληλα, προβλέπεται ρητή

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιεί και τις ασκηθείσες παρεμβάσεις. Ως εκ τούτου, εν προκειμένω, το υποβληθέν από την προσφεύγουσα συμπληρωματικό υπόμνημα δεν πρέπει να ληφθεί υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο λόγω εκπροθέσμου.

3. Επειδή ειδικότερα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής κατά της απόρριψης της οικονομικής της προσφοράς η προσφεύγουσα, με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον στρέφεται κατά του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό, επικαλούμενη τους όρους 2.4.4, 2.4.6 περ. α, 5.1.2, της διακήρυξης, ισχυρίζεται ότι παρά τον νόμο και τους όρους της διακήρυξης απορρίφθηκε η προσφορά της με την εσφαλμένη αιτιολογία ότι δεν περιέλαβε στην οικονομική της προσφορά την παρακράτηση 8% του φόρου εισοδήματος επί του εργολαβικού ανταλλάγματος, διότι *... η με αρ. πρωτ. .... διακήρυξη δεν περιλαμβάνει σε κανένα σημείο της, ρητή και σαφή πρόβλεψη ότι οι οικονομικές προσφορές οφείλουν επί ποινή απαραδέκτου να εμπεριέχουν το ποσοστό φόρου εισοδήματος 8%... ούτε στο Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς του Παραρτήματος VI της διακήρυξης υπάρχει διακριτό πεδίο για τον υπολογισμό της παρακράτησης 8%. Η αναθέτουσα αρχή, τόσο στην προβαλλόμενη απόφαση όσο και στις απόψεις επί της προσφυγής επικαλούμενη τους όρους 2.4.4, 2.4.6, 5.1.2, το Παράρτημα VIII της διακήρυξης και το άρθρ. 91 του ν. 4412/2016 υποστηρίζει ότι σύμφωνα με την διακήρυξη η επίμαχη παρακράτηση 8% απαιτείται να περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά, δεδομένου ότι συνιστά σαφώς επιβάρυνση του εργολαβικού ανταλλάγματος και ως τέτοια απαιτείται να περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά, σύμφωνα με τους επικαλούμενους όρους της διακήρυξης και σύμφωνα με την αναφερόμενη στις απόψεις της νομολογία των Δικαστηρίων όπου έχει κριθεί ότι η μη συμπερίληψη της παρακράτησης φόρου 8% καθιστά απορριπτέα την οικονομική προσφορά. Η παρεμβαίνουσα (σελ. 10 επ.) επικαλούμενη τους όρους 2.4.2, 2.4.6, 5.1.2, ΑΡΘΡΟ 4 του παραρτήματος VIII της διακήρυξης περαιτέρω νομολογία των Δικαστηρίων υποστηρίζει ότι η μη ρητή και σαφής συμπερίληψη στην οικονομική προσφορά της νόμιμης επιβάρυνσης του εργολαβικού ανταλλάγματος με παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% καθιστά την οικονομική προσφορά ασαφή διότι η μη συμπερίληψη του ποσοστού 8% στην προσφερόμενη τιμή*

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

της μπορεί να έχει την έννοια ότι α) η ως άνω εταιρεία (εξ αντιδιαστολής προς το ότι ρητώς συμπεριέλαβε στην προσφερόμενη τιμή τις λοιπές υποχρεωτικές κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων), δεν ήθελε να συμπεριλάβει στην οικονομική προσφορά της και το εν λόγω ποσοστό (8%), μπορεί όμως να έχει και την έννοια ότι β) η εν λόγω εταιρεία, παρά τη μη συμπερίληψη του ποσοστού 8% στην προσφερόμενη τιμή, θεωρεί και αποδέχεται ότι ισχύουν οι διατάξεις των σχετικών όρων της διακήρυξης και του νόμου, περί παρακράτησης φόρου επί της καθαρής αξίας κάθε τιμολογίου, και ότι συνεπώς το ποσοστό αυτό συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά της. Υπό την πρώτη εκδοχή (αν θεωρηθεί δηλαδή ότι το ως άνω ποσοστό 8% δεν συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά της), η προσφερόμενη τιμή της θα έπρεπε να προσαυξηθεί, κατά το ποσό, στο οποίο αντιστοιχεί το ποσό της παρακράτησης φόρου βάσει της προσφοράς της η οποία ανέρχεται στο ποσό των 595.351,2 ευρώ προ ΦΠΑ μη συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης. Συγκεκριμένα αντί του ποσού 934,18 ευρώ που δηλώνει στο πεδίο «Κόστος νομίμων κρατήσεων υπέρ δημοσίου και τρίτων» της στήλης «ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΓΙΑ ΤΟ ΔΙΑΣΤΗΜΑ ΑΠΟ 01/09/2021 ΕΩΣ 31/08/2023» της οικονομικής της προσφοράς, έπρεπε να δηλωθεί ποσό 48.479,26 ευρώ. Υπό τη δεύτερη εκδοχή, αν δηλαδή θεωρήσουμε ότι συμπεριλαμβάνεται σε κάποιο άλλο σημείο της οικονομικής προσφοράς της, και πάλι η προσφορά της είναι ασαφής και πλημμελής, καθώς από την ανάλυσή της δεν προκύπτει το πεδίο στο οποίο τυχόν έχει συνυπολογισθεί η παρακράτηση φόρου, και ότι σε κάθε περίπτωση σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και του νόμου η προσφεύγουσα όφειλε επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς της να συμπεριλάβει την επίμαχη παρακράτηση 8%, την οποία με την προσφυγή της ομολογεί ότι δεν συμπεριέλαβε, και τούτο ανεξαρτήτως της ειδικότερης διατύπωσης των όρων της εκάστοτε διακήρυξης.»

3. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

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....»

4. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων ....προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως: .... ιζ) τους απαραίτατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... »

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται ..... εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει ....., ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης...».

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά : α) Η οποία..... υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαραίτατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης ...»

7. Επειδή, στο άρθρο 95 ν. 4412/2016 με τον τίτλο Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών ορίζεται 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...»

8. Επειδή, στο άρθρο 92 με τον τίτλο Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «.. 5. Ειδικά κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

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..»

9. Επειδή στο άρθρο 68 «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών» του ν. 3863/2010, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (ΦΕΚ 88<sup>1</sup> Α), 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... στ) ... 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...».

10. Επειδή, στα άρθρ. 61 και 64 του ν. 4172/2013 με τον τίτλο Φορολογία εισοδήματος, επείγοντα μέτρα εφαρμογής του ν. 4046/2012, του ν. 4093/2012 και του ν. 4172/2013 και άλλες διατάξεις (ΦΕΚ Α 167/23.07.2013), ορίζεται ότι: « Άρθρο 61 Υπόχρεοι σε παρακράτηση Κάθε νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα ή φυσικό πρόσωπο που ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα και έχει τη φορολογική κατοικία του στην Ελλάδα, οι φορείς γενικής κυβέρνησης ή κάθε φορολογούμενος που δεν έχει τη φορολογική κατοικία του στην Ελλάδα, αλλά δραστηριοποιείται μέσω μόνιμης εγκατάστασης στην Ελλάδα, και προβαίνει σε πληρωμές ...

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

υποχρεούται σε παρακράτηση φόρου όπως ορίζεται στο άρθρο 64.. Άρθρο 64 Συντελεστές παρακράτησης φόρου» ... 2. 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 ...».

11. Επειδή, ομοίως στο άρθρο 24 με τον τίτλο Παρακράτηση φόρου στο εισόδημα από εμπορικές επιχειρήσεις του ν. 2198/1994 με τον τίτλο Αύξηση αποδοχών δημοσίων υπαλλήλων εν γένει σύναψη δανείων, υπό του Ελληνικού Δημοσίου και δημιουργία στην Τράπεζα της Ελλάδος Συστήματος Παρακολούθησης Συναλλαγών επί Τίτλων με Λογιστική Μορφή (Άυλοι Τίτλοι) και άλλες διατάξεις (ΦΕΚ Α 43/22.03.1994), ορίζεται ότι: « 1. Η περίπτωση στ' της παραγράφου 1 του άρθρου 37α του ν.δ. 3323/1955 αντικαθίσταται ως ακολούθως: «στ. Δημόσιες υπηρεσίες, ... και νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου γενικά, κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών από επιχειρήσεις, υποχρεούνται όπως, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: ...και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών ...».

12. Επειδή στη διακήρυξη προβλέπεται ότι «... 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών Οι προσφέροντες συντάσσουν την οικονομική προσφορά με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Η προσφερόμενη τιμή πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια να είναι σύμφωνη με το σύνολο των απαιτήσεων της παρούσας διακήρυξης και να δίνονται σε Ευρώ. Επιπλέον οι προσφέροντες θα πρέπει να υποβάλλουν, επί ποινή αποκλεισμού, τον πίνακα οικονομικής προσφοράς σύμφωνα με το παράρτημα VI της παρούσας διακήρυξης, ο οποίος έχει αναρτηθεί σε επεξεργάσιμη μορφή doc στη διαδικτυακή πύλη [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ....



## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

[Αν στο ηλεκτρονικό σύστημα δεν μπορεί να αποτυπωθεί αναλυτικά η οικονομική προσφορά, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελλο “οικονομική προσφορά” την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ψηφιακά υπογεγραμμένη και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία (σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα VI της παρούσας διακήρυξης) σε μορφή pdf.] ...

A. Τιμές [ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΜΕ ΤΙΜΗ ΜΟΝΑΔΑΣ] Η τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται σε ευρώ.... 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...

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών (Άρθρο 91 του ν. 4412/2016) Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους ... 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) ... β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση...

5. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ 5.1 Τρόπος πληρωμής... 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...ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VIII – Σχέδιο Σύμβασης...4.2 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...»

13. 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

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

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). Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

32. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (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 (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).

14. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών, και πολλώ δε μάλλον όταν η τυχόν παραβίαση προβλέπεται ρητά επί ποινή αποκλεισμού (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού. Σε κάθε δε περίπτωση εκφράσεις στην διακήρυξη όπως «πρέπει» ή «υποχρεωτικά» καθιστούν σαφές πέραν αμφιβολίας ότι η παράβαση του οικείου όρου που περιλαμβάνει μία από τις ως άνω εκφράσεις ή κάποια αντίστοιχη, οδηγεί άφευκτα κατά

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σε απόρριψη της σχετικής Προσφοράς.

15. 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, σκ. 25 και Ψ-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27).

16. Επειδή όπως προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας ως είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, και όπως έχει ομολογηθεί από την προσφεύγουσα στην υπό εξέταση προσφυγή, στην οικονομική της προσφορά δεν έχει περιλάβει στην προσφερόμενη τιμή την νόμιμη παρακράτηση προκαταβολής φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%. Όμως κατά τις προαναφερθείσες διατάξεις του άρθ. 92 παρ. 5 και 8, 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016, 68 παρ. 1 περ. στ του ν. 3863/2010, 61 και 64 του ν. 4172/2013, 24 του ν. 2198/1994 (σκέψεις 7-11 αντίστοιχα) και των άρθ. 2.4.4, 5.1.2, Παράρτημα VIII άρθ. 4 της διακήρυξης (σκέψη 12), στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνεται υποχρεωτικά *κάθε .. 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*. Μεταξύ δε των εν λόγω επιβαρύνσεων περιλαμβάνεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%. Η επίμαχη προκαταβολή φόρου 8% παρακρατείται υποχρεωτικά κατά την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών και συνεπώς επιβαρύνει κατά το ισόποσο το συμβατικό αντάλλαγμα. Συναφώς έχει παγίως γίνει δεκτό ad hoc από την νομολογία ότι συντρέχει υποχρέωση -επί ποινή απόρριψης της προσφοράς- συμπερίληψης στην προσφερόμενη τιμή της προσφοράς κάθε νόμιμης επιβάρυνσης, μεταξύ των οποίων, περιλαμβάνεται και το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013 και μάλιστα αδιαστίκτως αν το συγκεκριμένο κονδύλιο αναγράφεται ή όχι στους Πίνακες-έντυπα της οικονομικής προσφοράς ως παρατίθενται στην διακήρυξη (ΣτΕ 563/2008, σκ.4, ΕΑ ΣτΕ 446/2009, 840/2008, 482/2006, πρβλ. ΣτΕ

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

3938/1999, Ε.Α. ΣτΕ 800, 256/2004, ΔΕΦΑΘ 126/2019, 25/2019, 265/2016 κα). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί, η υποχρέωση συμπερίληψης στην τιμή της προσφοράς της παρακράτησης της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος 8% *«αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση της προμήθειας και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με τη διακήρυξη σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης»*. Περαιτέρω είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς και αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφυγής ότι δεν οφείλετο εν προκειμένω να συμπεριληφθεί στην προσφορά η επίμαχη παρακράτηση 8% διότι δεν υπήρχε αντίστοιχο διακριτό πεδίο στο Υπόδειγμα της οικονομικής προσφοράς. Και τούτο επειδή πράγματι δεν υπήρχε τέτοιο ειδικό πεδίο στους Πίνακες 1 και 2 οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος της διακήρυξης, αλλά όμως δε ως έχει κριθεί *ad hoc* : *για τη θέσπιση της ως άνω υποχρέωσης δεν ήταν αναγκαίο να περιληφθεί στους Πίνακες 1 και 2 της Οικονομικής Προσφοράς του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, ειδικό πεδίο προς συμπλήρωση ή ειδική μνεία για το ως άνω ποσοστό 8%, καθόσον αρκούσε προς τούτο το ενιαίο, ανεξαρτήτως είδους ή ποσοστού κάθε μίας από αυτές, πεδίο «Λοιπά κόστη», που υπάρχει στον Πίνακα 2 Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς του ως άνω Παραρτήματος (ad hoc ΔΕΦΑθηνών 126/2019 σκ. 11 in fine, και ΔΕΦΑΘ 25/2019 επί ομοίων όρων διακήρυξης)*. Σε κάθε περίπτωση το επίμαχο κονδύλιο μπορούσε και όφειλε να συμπεριληφθεί σε *χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς* σύμφωνα με το άρθ. 68 του ν. 3863/2010 ως ισχύει σε συνδ. με το άρθ. 92 παρ. 5 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 9, 8). Συνεπώς δεν έσφαλε η προσβαλλόμενη απόφαση που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας στην οποία δεν είχε συμπεριληφθεί η ως άνω νόμιμη επιβάρυνση παρακράτησης φόρου 8% επί του συμβατικού ανταλλάγματος, ως άλλως τε έχει κριθεί παγίως και προσφάτως και με την ΣτΕ 715/2021 (βλ. σκέψη 10 και εκεί αναφερόμενη νομολογία) . Ειδικότερα, σύμφωνα με τον νόμο και την διακήρυξη ρητώς και σαφώς όφειλε η παρακράτηση 8% υπέρ του Δημοσίου να περιλαμβάνεται στο ποσόν της προσφοράς ως *επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για την παράδοση της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο*

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Επομένως νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με τις αρχές της νομιμότητας και της τυπικότητας της διαδικασίας (σκέψεις 13-15), όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, και η παρέμβαση, καθόσον η προσφορά προσκρούει στους ρητούς και σαφείς ως άνω όρους της διακήρυξης και του νόμου (σκέψεις 8-11 και εκτενώς ως άνω) και ορθά κρίθηκε ως απορριπτέα σύμφωνα με το άρθ. 18, 53, 71, 91 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 3-6) και το άρθ. 2.4.6 της διακήρυξης (σκέψη 12).

Επειδή κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αφοκάρδου, το άρθρο 5.1.2. της Διακήρυξης αφορά στους όρους εκτέλεσης της σύμβασης και όχι στη σύνταξη της οικονομικής προσφοράς. Περαιτέρω, στο δε άρθρο 2.4.4 σχετικά με τα περιεχόμενα του φακέλου της οικονομικής προσφοράς προβλέπεται ρητώς ότι στην προσφορά τους, οι συμμετέχοντες, πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων, χωρίς αναφορά σε άλλη επιβάρυνση, ενώ σε έτερο σημείο του ίδιου άρθρου αναφέρεται ότι στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Στο δε Παράρτημα VI –Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς στο οποίο παραπέμπει, στον Πίνακα με την ανάλυση των επιμέρους ποσών που πρέπει να συμπεριληφθούν στην οικονομική προσφορά αναγράφεται το πεδίο «Κόστος νομίμων κρατήσεων υπέρ δημοσίου & τρίτων». Ομοίως, στις οδηγίες συμπλήρωσής του υφίσταται ρητή αναφορά μόνο σε κρατήσεις υπέρ του Δημοσίου και τρίτων και όχι στην παρακράτηση φόρου 8% ούτε «σε κάθε άλλη επιβάρυνση» ώστε, έστω καθ'ερμηνείαν, να θεωρηθεί ως αναφορά στην εν λόγω παρακράτηση (βλ. αντίθετη ΔΕφΑθ 1268/2020).

Στη δε από 26-02-2021 διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, αναφέρεται μεν ρητώς και αυτολεξεί ότι: *«Παράγραφος 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών της με αρ. πρωτ. ....Διακήρυξης*

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

Στην προσφορά τους, οι συμμετέχοντες, πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Στις νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, συμπεριλαμβάνεται και ο φόρος παρακράτησης 8%». Ωστόσο, η εν λόγω διευκρίνιση έχει κοινοποιηθεί μόνο στον οικονομικό φορέα που έθεσε το οικείο ερώτημα και όχι σε όλους τους συμμετέχοντες και, επομένως, δεν δύναται να τροποποιήσει τους ως άνω όρους της Διακήρυξης.

Επομένως, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, δεν προκύπτει ρητώς και σαφώς από την επίμαχη Διακήρυξη η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην οικονομική τους προσφορά την παρακράτηση φόρου 8%. Ως εξάλλου 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 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

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

*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 δεν προκύπτει ρητώς από τους όρους της Διακήρυξης, ως εν προκειμένω, από το άρθρο 2.4.4. και τον πίνακα του Παραρτήματος VI που αφορά στο περιεχόμενο των οικονομικών προσφορών, η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας δεν έπρεπε να διαμορφωθεί κατόπιν υπολογισμού και της παρακράτησης του 8% σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας (βλ. σκ. 6 της ΔΕΦΑΘ 1268/2020 και πρβλ την μεταγενέστερη της απόφασης του ΔΕΦΑΘ 1268/2020 απόφαση ΑΕΠΠ 827-828/2020 όπου, ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή είχε ρητώς επισημάνει δια διευκρινίσεως που δεν είχε προσβληθεί δια προδικαστικής προσφυγής ότι κατά την υποβολή της οικονομικής προσφοράς θα συνεκτιμηθούν οι προβλεπόμενες κρατήσεις υπέρ ταμείων και ο παρακρατούμενος φόρος, σκ.49) και, ως εκ τούτου, εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας για τον λόγο αυτό (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 1242-1243/2021, 1305-1306/2020, 1221/2020, μειοψ. Ε. Αψοκάρδου). Συνακόλουθα, θα πρέπει να εξεταστεί το παραδεκτό και το βάσιμο του δεύτερου λόγου της προσφυγής που αφορά στον έτερο λόγο απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας προκειμένου να κριθεί η νομιμότητα της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος αυτό.

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

17. Επειδή τα παραπάνω αναφερόμενα (σκέψη 16) παρέχουν αυτοτελές αιτιολογικό έρεισμα απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας -ως ορθά έκρινε η προσβαλλόμενη απόφαση- και απόρριψης του αιτήματος της προσφυγής και συνεπώς η εξέταση του έτερου λόγου της προσφυγής παρέλκει ως αλυσιτελής (ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, 227, 83/2013, 344/2017, 102/2015, 82/2014, ΔΕφΑθ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 239/2019, 841/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

18. Επειδή η προσφεύγουσα στρεφόμενη κατά της αποδοχής της προσφοράς της μόνης αποδεκτής παρεμβαίνουσας και προσωρινής αναδόχου, επικαλούμενη τους όρους 2.4.4, 2.4.6, την ΥΑ 19040 (Οικονομικών και Εργασίας) της 7/9.12.1981 (ΦΕΚ Β 742 1981) άρθ. 1 παρ. 3, ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθεί διότι «... *Βάση του υπολογισμού της προσωρινής μειοδότης αποτέλεσε το συνολικό ποσό για μισθούς και προσαυξήσεις από απασχόληση σε νύχτα, αργία και νύχτα αργίας που θα απαιτηθεί, το οποίο η ίδια υπολόγισε σε Ευρώ 29.872,529. Εν συνεχεία εφάρμοσε την εξής μεθοδολογία: «Στο τελευταίο ποσόν [Ευρώ 29.872,529] πρέπει να υπολογίσουμε επιπλέον κόστος για Δώρο Χριστουγέννων ποσό 3.873,72925 Ευρώ. Το ποσόν αυτό [του Δώρου Χριστουγέννων, δηλαδή των 3.873,72925 Ευρώ] προκύπτει από το τελευταίο ποσόν [Ευρώ 29.872,529] / 4,00 μήνες έργου \* 1,04166 προσαύξηση Δώρου που επιβάλλει η εργατική νομοθεσία \* 122,00 ημέρες που εμπεριέχει η συγκεκριμένη περίοδος δώρου δηλαδή από 1/9/2021 έως 31/12/2021 δια τις 245 ημέρες που εμπεριέχονται σε όλη την περίοδο Δώρου Χριστουγέννων δηλαδή από 1/5 έως 31/12». Η παραπάνω μεθοδολογία υπολογισμού του δώρου Χριστουγέννων είναι καταφανώς εσφαλμένη και ουδεμία σχέση έχει με την ανωτέρω εφαρμοζόμενη διάταξη της εργατικής νομοθεσίας. Ειδικότερα, ενώ κατ' αρχήν, ορθώς η προσωρινή μειοδότης υπολογίζει το συνολικό μηνιαίο μισθό όλων των εργαζομένων (που αποτελεί τη βάση υπολογισμού του δώρου Χριστουγέννων σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση) διαιρώντας τις συνολικές αποδοχές των εργαζομένων για το τετράμηνο (Ευρώ 29.872,529) δια τέσσερις μήνες και καταλήγει στην εύρεση του συνολικού μηνιαίου μισθού (29.872,529:4=7.468,13), εν συνεχεία εφαρμόζει εσφαλμένη μεθοδολογία. Αντί να υπολογίσει σε πόσα 19ήμερα*



## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

δαιρείται το χρονικό διάστημα από 1.9.2021 μέχρι 31.12.2021, ώστε, εν συνεχεία, να πολλαπλασιάσει τον αριθμό των 19ημέρων που θα απασχοληθούν πραγματικά οι εργαζόμενοι με τα 2/25 του μηνιαίου μισθού τους, και να υπολογίσει την αναλογία του δώρου Χριστουγέννων για τους εργαζόμενους που απασχολούνται από 1.9 έως 31.12.2021 σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση, εφαρμόζει ακατάληπτη και, σε κάθε περίπτωση εσφαλμένη μεθοδολογία (δαιρεί τους συνολικούς μηνιαίους μισθούς, όπως διαμορφώνονται μετά την προσαύξηση με συντελεστή 1,04166 την οποία επιβάλλει η εργατική νομοθεσία, με 122 ημέρες και, εν συνεχεία, δαιρεί το ποσό που προκύπτει με 245 ημέρες που είναι το διάστημα από 1.5 μέχρι 31.12 κάθε έτους). Αν η προσωρινή μειοδότης εφάρμοζε ορθά την πρόβλεψη της ανωτέρω Υπουργικής Απόφασης, το συνολικό δώρο Χριστουγέννων θα υπολογιζόταν ως εξής: Ο συνολικός μηνιαίος μισθός των εργαζομένων που θα απασχοληθούν από 1.9 έως 31.12.2021, σύμφωνα με τους υπολογισμούς της προσωρινής μειοδότης, ανέρχεται σε Ευρώ 7.468,13 ( $29.872,529:4=7.468,13$ ). Στο ποσό αυτό θα προστεθεί προσαύξηση που υπολογίζεται με συντελεστή 0,04166 επί του μισθού (βλ., αντί άλλων ΑΕΠΠ, 7ο Κλιμάκιο, 479/2021, σκ. 20), δηλαδή το ποσό του συνολικού μηνιαίου μισθού θα πολλαπλασιαστεί με συντελεστή 1,04166, με αποτέλεσμα το ποσό του δώρου να ανέλθει σε 7.779,25 Ευρώ ( $7.468,13 \times 1,04166 = 7.779,25$ ). Άλλωστε, αυτός ο πολλαπλασιασμός περιλαμβάνεται αυτούσιος και στη μεθοδολογία που ακολουθεί η προσωρινή μειοδότης. Περαιτέρω, σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση, οι εργαζόμενοι δικαιούνται, για κάθε 19ήμερο εργασίας, τα 2/25 του παραπάνω ποσού των 7.779,25 Ευρώ. Δεδομένου ότι το διάστημα των 122 ημερών από 1.9 έως 31.12 δαιρείται σε 6,421 δεκαεννιαήμερα ( $122 : 19 = 6,421$ ), οι εργαζόμενοι θα λάβουν, ως δώρο Χριστουγέννων τα 2/25 των 7.779,25 Ευρώ, που ανέρχονται σε 622,34 Ευρώ ( $7.779,25 \times 2 : 25$ ) επί 6,421 δεκαεννιαήμερα, δηλαδή 3.996,05 Ευρώ ( $622,34 \times 6,421 = 3.996,05$ ). Από τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι εξαιτίας της εσφαλμένης μεθοδολογίας υπολογισμού του δώρου Χριστουγέννων, η προσωρινή μειοδότης υπολογίζει ποσό δώρου Χριστουγέννων χαμηλότερο από το νόμιμο (εν προκειμένω, υπολογίζει δώρο Χριστουγέννων ποσού 3.873,72925 Ευρώ αντί του νομίμου, που είναι 3.996,05 Ευρώ). Την ίδια

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

*εσφαλμένη μεθοδολογία ακολουθεί η προσωρινή ανάδοχος και στα υπόλοιπα τμήματα (... , ... , ... , ...) και τις χρονικές περιόδους (1.1.2022- 31.1.2022, 1.1.2023-31.8.2023, χρονικό διάστημα προαίρεσης) της υπό ανάθεση σύμβασης, με αποτέλεσμα να δηλώνει εσφαλμένο, και μάλιστα χαμηλότερο από το νόμιμο, ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. Για το λόγο αυτό, η προσφορά της προσωρινής αναδόχου ..... πρέπει οπωσδήποτε να απορριφθεί κατ' εφαρμογή των ανωτέρω όρων της διακήρυξης...»*

19. Επειδή η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον προβάλλει το επικουρικό αίτημά της ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της προσωρινής αναδόχου και μόνης συνδιαγωνιζόμενης παρεμβαίνουσας , επί τω τέλει απόρριψης της προσφοράς της, ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, δεδομένου ότι έχει ήδη κριθεί ότι ορθά και σύννομα έχει αποκλειστεί η προσφορά της ίδιας της προσφεύγουσας, ενώ συγχρόνως η προσφεύγουσα δεν θεωρείται οριστικά αποκλεισθείσα του διαγωνισμού επί τη βάση της παρούσας απόφασης ΑΕΠΠ η οποία υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο κατ' άρθ. 367 παρ. 4 και 372 επ. του ν. 4412/2016, ως έχει ad hoc κριθεί από το ΔΕΕ και την εθνική νομολογία ( ΔΕΕ απόφαση της 24-3-2021 υπόθεση C-771/19 με εκτενή νομολογία, και αποφάσεις της 4ης.7.2013, Fastweb, C-100/12, της 5ης Απριλίου 2016, Puligienica Facility Escro SpA, C-689/13, της 21ης.12.2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuungund Caverion Österreich, C-355/15, και της 11ης.5.2017, C-131/16, Archus και Gama, ΣΤΕ ΕΑ 22/2018, ΟΛΣΤΕ ΕΑ 235/2019).

Όπως δε κρίθηκε με πρόσφατη απόφαση του ΔΕΕ C-771/19 της 24ης Μαρτίου 2021 ....., ....., ..... κατά Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), .....: « Όσον αφορά τους ισχυρισμούς τους οποίους μπορεί να προβάλλει ένας αποκλεισθείς προσφέρων στο πλαίσιο μιας τέτοιας προσφυγής, παρατηρείται ότι η οδηγία 92/13 δεν προβλέπει άλλη απαίτηση πέραν εκείνης του άρθρου 1, παράγραφος 1, η οποία ορίζει ότι ο προσφέρων αυτός μπορεί να προβάλλει ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της εν λόγω

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

νομοθεσίας [...]Εξάλλου, στη σκέψη 29 της απόφασης της 5ης Απριλίου 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), το Δικαστήριο επισήμανε ότι οι διαφορές των ισχυρισμών που προβάλλουν οι προσφέροντες οι οποίοι αποκλείστηκαν από τη διαδικασία σύναψης της επίμαχης σύμβασης δεν ασκούν επιρροή στην εφαρμογή της νομολογιακής αρχής που υπομνήσθηκε στη σκέψη 31 της παρούσας απόφασης. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο αποκλεισθείς προσφέρων δικαιούται να προβάλει οποιονδήποτε ισχυρισμό κατά της απόφασης περί αποδοχής άλλου προσφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Τούτου δοθέντος, η νομολογιακή αρχή που υπομνήσθηκε στη σκέψη 31 της παρούσας απόφασης ισχύει μόνον εφόσον ο αποκλεισμός του προσφέροντος δεν έχει επικυρωθεί με απόφαση έχουσα ισχύ δεδικασμένου (πρβλ. αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψεις 57 και 58, και της 5ης Σεπτεμβρίου 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, σκέψεις 31 και 32) [...]». Επομένως, εν προκειμένω, γίνεται δεκτό ότι μετ' εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμούς κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας που δεν σχετίζονται με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείστηκε η δική της προσφορά.

20. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ουδέν αναφέρει στις απόψεις της επί του παραπάνω λόγου της προσφυγής, συναγομένου για τον λόγο αυτό τεκμηρίου ομολογίας της για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος σύμφωνα με το άρθρ. 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016. Συνεπώς για τον λόγο αυτό γίνεται δεκτός καθ' ομολογία της αναθέτουσας αρχής ο επικουρικός λόγος της προσφυγής περί ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης που αποδέχτηκε την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αψοκάρδου, σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις, ομολογία της αναθέτουσας αρχής δύναται να συναχθεί με τη μη αποστολή του φακέλου. Εν προκειμένω, ωστόσο, εφόσον δεν υποστηρίζεται ότι τα στοιχεία του φακέλου δεν ήταν επαρκή για την εξέταση της προσφυγής στην ουσία της και την έκδοση απόφασης από το αποφασίζον Κλιμάκιο, δεν θεωρείται αναγκαία ή σκόπιμη η συνδρομή του τεκμηρίου ομολογίας της αναθέτουσας αρχής λόγω της μη αποστολής

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

απόψεων από την αναθέτουσα αρχή (βλ. απόφαση 6ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ 680/2021, σκ. 10, 1529/2020, σκ. 14 ειδική γνώμη Ε. Αψοκάρδου). Σε κάθε περίπτωση, το θεσμικό πλαίσιο εξέτασης προδικαστικών προσφυγών δίνει τη δυνατότητα στον Εισηγητή να ζητήσει, μεταξύ άλλων, και από την αναθέτουσα αρχή να προσκομίσει στοιχεία που λείπουν ή είναι οπωσδήποτε χρήσιμα για την υποστήριξη ή την αντίκρουση της προδικαστικής προσφυγής (άρθρο 12 παρ. 3 ΠΔ 39/2017).

Περαιτέρω πρέπει να απορριφθεί το επικουρικό αίτημα της παρέμβασης περί απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας κατ' εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης με τον ισχυρισμό ότι η προσφορά της προσφεύγουσας πάσχει των αυτών πλημμελειών περί τον υπολογισμό του δώρου Χριστουγέννων ως η προσφορά της παρεμβαίνουσας. Και τούτο δεδομένου ότι ο ισχυρισμός για την εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης στηρίζεται στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι η ΑΕΠΠ μετά από έλεγχο, αξιολόγηση και εκτίμηση, αξιολόγησε η ίδια ότι είναι βάσιμος και παραδεκτός ο προβαλλόμενος από την προσφεύγουσα ισχυρισμός ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας πάσχει πλημμέλειας περί τον υπολογισμό του δώρου Χριστουγέννων των εργαζομένων. Συγκεκριμένα εν προκειμένω ο κρίσιμος αυτός ισχυρισμός της προσφυγής εγένετο δεκτός σύμφωνα με νόμιμο τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής, χωρίς εξέταση επί της ουσίας από την ΑΕΠΠ, η οποία κατόπιν τούτου ούτε μπορεί να υπεισέλθει στην εξέταση επί της ουσίας των εκατέρωθεν οικονομικών προσφορών και ισχυρισμών, ούτε να εκτιμήσει επί της ουσίας τις φερόμενες εκατέρωθεν πλημμέλειες και να κρίνει εάν επί της ουσίας χωρεί εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης. Περαιτέρω αβασίμως η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι *αν γίνει δεκτός ο λόγος αυτός της προσφυγής από την Αρχή Σας και απορριφθεί η προσφορά μου, θα έχει ως αποτέλεσμα να παραμείνει στο διαγωνισμό (εφόσον δεν θα έχει αποκλεισθεί οριστικά και ούτε θα μπορεί να προβληθεί μεταγενέστερα ως λόγος αποκλεισμού από εμένα με νέα προδικαστική προσφυγή λόγω εκπροθέσμου) προσφορά η οποία θα φέρει ακριβώς την ίδια πλημμέλεια, με αυτή για την οποία εγώ θα έχω αποκλεισθεί από τη διαδικασία.* Και τούτο δεδομένου ότι ούτε η προσφεύγουσα ούτε η παρεμβαίνουσα έχουν οριστικά αποκλεισθεί του διαγωνισμού διατηρώντας εκάστη τα δικονομικά

## Αριθμός απόφασης: 1400/2021

τους δικαιώματα πλήρους ένδικης προστασίας με προβολή εκατέρωθεν ισχυρισμών, σύμφωνα με τα άρθ. 372 επ. του ν. 4412/2016.

Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αφοκάρδου, το επικουρικό αίτημα της παρέμβασης περί απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας κατ' εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτο καθώς αφενός μεν η προσφορά της προσφεύγουσας έχει ήδη απορριφθεί με την προσβαλλόμενη για συγκεκριμένους λόγους σε αντίθεση με την προσφορά της παρεμβαίνουσας που έχει γίνει δεκτή και η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης αφετέρου εφόσον γίνει δεκτή η προσφυγή της προσφεύγουσας τόσο ως προς την απόρριψη της προσφοράς της όσο και ως προς την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η παρεμβαίνουσα δύναται παραδεκτως είτε να βάλει απευθείας κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ ενώπιον των αρμοδίων διοικητικών δικαστηρίων αντικρούοντας τους λόγους για τους οποίους η προδικαστική αυτή προσφυγή έγινε δεκτή, είτε, εφόσον επιθυμεί να προβάλει νέους λόγους αποκλεισμού της προσφεύγουσας που δεν εξετάστηκαν από τα αρμόδια όργανα της διεξαγωγής του διαγωνισμού επικαλούμενη επικαίρως το ενιαίο μέτρο κρίσης εφόσον η προσφορά της εντέλει απορριφθεί, να ασκήσει νέα προδικαστική προσφυγή κατά της πράξης συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής στην απόφαση της ΑΕΠΠ που κάνει δεκτή την προσφυγή της προσφεύγουσας (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 1221/2019, σκ. 21).

21. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας.

23. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή στο μέτρο αφορά στην διατήρηση σε ισχύ της προσβαλλόμενης απόφασης που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας

24. Επειδή ύστερα από τη παραπάνω σκέψη 22, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει επιστραφεί (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε την 23 Αυγούστου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**  
**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Ο Γραμματέας**  
**ΓΕΩΡΓΙΟΣ- ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**