

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 5 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.11.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1749/30.11.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ***** (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της πρώτης παρεμβαίνουσας «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της δεύτερης παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. *****, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε παμψηφεί η έγκριση του από 16.10.2020 Πρακτικού Νο1 της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών και Αξιολόγησης Προσφορών, κατά το μέρος που κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά του και αναδεικνύει ως προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού την εταιρεία με την επωνυμία «*****» και ήδη πρώτη παρεμβαίνουσα.

Με την πρώτη ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της ως νόμιμη, βάσιμη και αληθινή, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η υπ' αριθμ. ***** Απόφαση (Απόσπασμα του Πρακτικού της υπ' αριθμ. ***** συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του *****, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε παμψηφεί η έγκριση του από 16.10.2020 Πρακτικού Νο1 της Επιτροπής

Διενέργειας Διαγωνισμών και Αξιολόγησης Προσφορών, κατά το μέρος που κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά του προσφεύγοντος και αναδεικνύει ως προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού την πρώτη παρεμβαίνουσα.

Με τη δεύτερη ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η υπ' αριθμ. ***** Απόφαση (Απόσπασμα του Πρακτικού της υπ' αριθμ.*****), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε παμψηφεί η έγκριση του από 16.10.2020 Πρακτικού Νο1 της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών και Αξιολόγησης Προσφορών, κατά το μέρος που κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά του προσφεύγοντος.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο ***** ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Διεθνή Διαγωνισμό με ανοιχτή διαδικασία, με Αριθμό Διακήρυξης ***** και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) *****, η οποία δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 04.09.2020 με κωδικό δημοσίευση ***** και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 04.09.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) *****, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την εκτέλεση της σύμβασης «*****», εκτιμώμενης αξίας τριακοσίων δεκατριών χιλιάδων διακοσίων τριάντα επτά ευρώ και εξήντα δύο λεπτών (313.237,62 €) χωρίς Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας από τις 06.09.2020 και για ένα έτος ή την υπογραφή του συμφωνητικού σε μεταγενέστερο χρόνο και δημοσίευσής του στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και για ένα έτος, με δικαίωμα παράτασης μέχρι και το 50% αυτής, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 6.2

Αριθμός Απόφασης:163 /2021

της διακήρυξης, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 6^η Οκτωβρίου 2020 και ώρα 13:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 12^η Οκτωβρίου 2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 09:00 π.μ. Ο προσφεύγων οικονομικός φορέας υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 06.10.2020 και ώρα 12:37:07 μ.μ. την υπ' αριθμ. 190420 προσφορά του στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή του, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. **** Απόφασης (Απόσπασμα του Πρακτικού της υπ' αριθμ. **** συνεδρίασης) της *****, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 17.11.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της ο προσφεύγων. Ο προσφεύγων οικονομικός φορέας κατέθεσε στις 27.11.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση προσφυγή του και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή του ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά του και αναδεικνύει ως προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού την εταιρεία με την επωνυμία «****» και ήδη πρώτη παρεμβαίνουσα, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή στο σύνολό της, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. *****, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε παμψηφεί η έγκριση του από 16.10.2020 Πρακτικού Νο1 της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών και Αξιολόγησης Προσφορών, κατά το μέρος που κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά του και αναδεικνύει ως προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού την εταιρεία με την επωνυμία «*****» και ήδη πρώτη παρεμβαίνουσα, γ) να συμμετάσχει στη διαγωνιστική διαδικασία, προκειμένου να αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος ως νόμιμος μειοδότης.

Αριθμός Απόφασης:163 /2021

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου *****), ποσού χιλίων πεντακοσίων εξήντα επτά ευρώ (1.567,00 €), όπως εξοφλήθηκε και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 27.11.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 07.12.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 7 Δεκεμβρίου 2020 παρέμβαση της πρώτης παρεμβαίνουσας Ομόρρυθμης Εταιρείας με την

επωνυμία «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι έχει ήδη ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 07.12.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 7 Δεκεμβρίου 2020 παρέμβαση της δεύτερης παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η προσφορά της έχει ήδη κριθεί παραδεκτή, με ποσό προσφοράς χωρίς Φ.Π.Α. 24% διακόσιες εβδομήντα επτά χιλιάδες τριακόσια τριάντα δύο ευρώ (277.332,00 €) και έχει καταγεί 2^η στη σειρά μειοδοσίας, ενώ έχει ήδη ασκήσει την από 26.11.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1733/27.11.2020, με αίτημα την απόρριψη της προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας και προσωρινής αναδόχου. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία. Ωστόσο, αναφορικά με τους λόγους παρέμβασης που προβάλλονται στις σελ. 11-18, υπό «2. Η εταιρεία «*****» υπολογίζει εσφαλμένα τις ασφαλιστικές εισφορές εργοδότη για 4 άτομα με έξι ώρες εργασίας την ημέρα με ποσοστό 24,81%», της ασκηθείσας παρέμβασης, αυτοί απορρίπτονται ως απαράδεκτοι, καθώς όπως έχει κριθεί από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 593/2019 σκ. 44 και 1211/2020 σκ. 11), από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1, 362 παρ. 1 και του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχα άρθρα 3 παρ. 1, 7 και 18 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017), συνάγεται ότι το πλαίσιο επί του οποίου καλείται να αποφανθεί η Α.Ε.Π.Π., προσδιορίζεται από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης εκτελεστής

πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής και τους προβαλλόμενους λόγους προσφυγής, όπως αυτή ασκήθηκε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. Η δυνατότητα παρέμβασης, περιορίζεται μόνο στο δικαίωμα άσκησης της, προκειμένου να υποστηριχθεί η διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης (και υπό την έννοια αυτή, έχει τον χαρακτήρα πρόσθετης παρέμβασης), χωρίς να μπορεί ο παρεμβαίνων, με τους προβαλλόμενους λόγους παρέμβασης να εισάγει νέα στοιχεία στην υπόθεση, τα οποία σχετίζονται με λόγους αποκλεισμού του προσφεύγοντος, οι οποίοι δεν περιλήφθηκαν στην προσβαλλόμενη πράξη και δεν προσβλήθηκαν εγκαίρως από τον προσφεύγοντα. Κατά συνέπεια, εφόσον, η δεύτερη παρεμβαίνουσα με τους συγκεκριμένους λόγους της ασκηθείσας παρέμβασής της, προβάλλει το πρώτον ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., λόγους απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρίς αυτοί να έχουν περιληφθεί στο κείμενο της προσβαλλόμενης με την προσφυγή απόφασης και επομένως, μη σχετικούς με τους προβαλλόμενους λόγους προσφυγής, αυτοί προβάλλονται απαραδέκτως και δεν εξετάζονται ως προς την ουσία τους. Εισφέρει δηλαδή η δεύτερη παρεμβαίνουσα, νέα στοιχεία στην υπό κρίση υπόθεση, τα οποία σύμφωνα με το ισχύον κανονιστικό πλέγμα διατάξεων δεν δύνανται να αξιολογηθούν στο πλαίσιο εξέτασης της παρούσας προσφυγής και ως εκ τούτου, απορρίπτονται ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι.

13.Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 2058/30.11.2020 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 30.11.2020 και υπέβαλε στις 05.12.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

14.Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 30.12.2020 μέσω της

«επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών αμφοτέρων των παρεμβαίνουσών, το από 30.12.2020 υπόμνημά του.

15.Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας, ο οποίος δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν απορριπτέα, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους του η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. **** Απόφασης (Απόσπασμα του Πρακτικού της υπ' αριθμ. *****, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε παμψηφεί η έγκριση του από 16.10.2020 Πρακτικού Νο1 της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών και Αξιολόγησης Προσφορών, κατά το μέρος που κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά του και αναδεικνύει ως προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού την εταιρεία με την επωνυμία «*****» και ήδη πρώτη παρεμβαίνουσα.

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

16.Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 53 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης», το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών», το άρθρο 92 «Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής» και το άρθρο 95 «Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» του Ν. 4412/2016.

17.Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης, όπως τις επικαλούνται ο προσφεύγων, η αναθέτουσα αρχή και οι παρεμβαίνουσες.

18.Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του

Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣΤΕ 18/2011, ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 1616/2008, ΕΑ ΣΤΕ 254/2008 κλπ).

19. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, 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 C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΛΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋλικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕΛΣυν 78/2007).

20.Επειδή, παγίως έχει κριθεί ότι, σύμφωνα με την ανωτέρω αρχή της σαφήνειας της Διακήρυξης, απαράβατοι όροι εκάστης Διακήρυξης αποτελούν έκφανση της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τον τρόπο συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην

εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ 127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008).

21. Επειδή, ειδικότερα, η διαδικασία ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως η τελευταία αντικατέστησε την Οδηγία 2004/18/ΕΚ, περιείχε ωστόσο όμοια με αυτήν ρύθμιση, διέπεται από την αρχή της διαφάνειας ως βασική προϋπόθεσή της, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε, αφενός μεν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα Διαγωνισμό, αφετέρου δε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο Διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νικη, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99,

Universale-Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, Wienstromm GmbH, eVigilo της 12.03.2015, C-538/13, σκέψη 33, Επιτροπή κατά Δανίας, της 22.06.1993, C-243/89, σκέψη 33, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 25.04.1996, C-87/94, σκέψη 51, SIAC Construction, της 18.10.2001, C-19/00, σκέψη 33, Μηχανική, της 16.12.2008, C-213/07, σκέψη 45, MT Højgaard και Züblin, της 24.05.2016, C-396/14, σκέψη 37, Universale-Bau, της 12.12.2002, C-470/99, σκέψη 93, SAG ELV Slovensko κ.λπ., της 29.03.2012, C-599/10, σκέψη 36, καθώς και Manona, της 10.10.2013, C-336/12, σκέψη 31, ΣΤΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214-5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23).

22. Επειδή, ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, επιβάλλει δε (η εν λόγω αρχή) τη σύνταξη των προσφορών σύμφωνα με τις υποδείξεις της Υπηρεσίας (ΕΑ ΣΤΕ 816/2007, 26/2007) και τον αποκλεισμό του υποψηφίου σε περίπτωση που αυτός δεν συμμορφώνεται με επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενους όρους της διακήρυξης (ΑΕΠΠ 171/2017 σκ. 32 και βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, Δημήτριος Ι. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Σάκκουλας, 2017, σελ. 195-197).

23. Επειδή, οι προσφέροντες πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχειρίσεως, τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους, όσο και κατά τον χρόνο που αυτές αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή (ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54·Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37·ΔΕΕ, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73· ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45 ΔΕΕ, Απόφαση της 12.03.2015, C-538/13, eVigilo, σκέψη 33· ΔΕΕ, Απόφαση της 06.11.2014, Υπόθεση C 42/13, Cartierade ll'Adda, σκέψη 44· ΔΕΕ Απόφαση

της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

24.Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 5-18 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «III. ΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΟΥΣΙΑΣΤΙΚΗ ΒΑΣΗ», «Α. ΜΗ ΝΟΜΙΜΟΣ Ο ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΜΟΥ», ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που με αυτήν κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της, λόγω του ότι από το σύνολο των επικαλούμενων από αυτήν διατάξεων της διακήρυξης, δεν προβλέπεται ρητά ότι στις νόμιμες κρατήσεις υπέρ του δημοσίου και τρίτων, έχει περιληφθεί και η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%. Ειδικότερα, διατείνεται ο προσφεύγων ότι: «[...]. 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 πολεμικές βιομηχανίες *****».

Κατά την έννοια των διατάξεων του ν.4412/2016 και των όρων της διακήρυξης 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, υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των κρατήσεων που προβλέπεται ότι βαρύνουν την προσφορά του αναδόχου. Η παρακράτηση φόρου αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, από τον οποίο προεισπράττεται το σχετικό ποσό, ενώ στη συνέχεια, κατά την εκκαθάριση της φορολογικής του δήλωσης, επιστρέφεται ή συμψηφίζεται στο φόρο εισοδήματος που επιβάλλεται σε βάρος του επί των κερδών ή του καθαρού εισοδήματος, ανάλογα αν πρόκειται για νομικό ή φυσικό πρόσωπο. Κατά συνέπεια, 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. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΕΣ Ολομ.807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.α.), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται. Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης, που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του,

προσαυξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, καθώς, με τον τρόπο αυτό, αυξάνεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης και δυσχεραίνεται η εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού. **Ενόψει αυτών, κατά την ίδια άποψη, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς (βλ. με αριθ. 1268/2020 απόφαση Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, Τμήμα ΙΔ΄/Σχηματισμός Ακυρωτικής Διαδικασίας).**

Εν προκειμένω, σε κανένα σημείο της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη 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, με αποτέλεσμα ο αποκλεισμός της οικονομικής προσφοράς μου με την αιτιολογία ότι δεν συμπεριέλαβα στην οικονομική προσφορά μου όλες τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και Τρίτων και συγκεκριμένα την παρακράτηση φόρου 8% παραπέμποντας μάλιστα στην παράγραφο 2.4.4 της διακήρυξης και στην μελέτη, να είναι μη νόμιμος. [...]». Κατόπιν των ανωτέρω, κατά τα υποστηριζόμενα από τον προσφεύγοντα, ανεξαρτήτως παντός άλλου τινός, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την επίμαχη παρακράτηση φόρου στην προσφερόμενη τιμή της οικονομικής προσφοράς του, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του 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. Επί του ανωτέρω μόνου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, με τις με αριθμό πρωτοκόλλου 28855/04.12.2020 Απόψεις

της επί της κρινόμενης προσφυγής, υποστηρίζει ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι στο σύνολό τους απορριπτέοι ως αβάσιμοι για τους λόγους που αναφέρει στις σελ. 10-14 των απόψεών της, υπό «ΕΠΙ ΤΩΝ ΑΙΤΙΑΣΕΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», ισχυριζόμενη ειδικότερα ότι: «[...]. Αρχικά θα πρέπει να σημειωθεί πως από τους έξι (6) υποψήφιους αναδόχους, μόνο στην συγκεκριμένη προσφορά του προσφεύγοντα δεν περιλαμβάνονταν η παρακράτηση φόρου του 8%. Όλοι οι υπόλοιποι συμμετέχοντες συμμορφώθηκαν πλήρως με τους όρους της διακήρυξης και τη νομολογία και συμπεριέλαβαν στην οικονομική τους προσφορά την παρακράτηση.

Σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (άρθρο 2.4.4) ρητά αναφέρεται πως **«Ο ΠΡΟΣΦΕΡΩΝ ΘΑ ΕΠΙΣΥΝΑΨΕΙ ΣΤΗΝ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΥΠΟΓΕΓΡΑΜΜΕΝΟ ΚΑΙ ΤΟ ΣΧΕΤΙΚΟ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΑΡΧΕΙΟ, σύμφωνα με το υπόδειγμα της οικονομικής. Το υπόδειγμα που παρέχεται από την αναθέτουσα αρχή υφίσταται προς διευκόλυνση των υποψηφίων αναδόχων και δεν είναι υποχρεωτικό να είναι το ίδιο, αλλά θα πρέπει να περιέχει τα στοιχεία που απαιτούνται βάσει μελέτης. Στην προσφορά τους οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους, κόστους αντικατάσταση αδειών και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Στον πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς θα πρέπει να εμφανίζονται και να συμπληρώνονται, όλα τα επί μέρους κόστη, όπως μισθοδοσίας και ιδιαίτερα το κόστος εργατικών των προσφερόμενων υπηρεσιών και οι κρατήσεις υπέρ τρίτων». **Ρητά αναφέρεται πως θα πρέπει στην οικονομική προσφορά των υποψηφίων να προσδιορίζονται όλα τα κόστη, όπως και οι νόμιμες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων.****

Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης **η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά η οποία δεν υποβάλλεται με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στους όρους της διακήρυξης και**

μεταξύ άλλων και στην παράγραφο 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών).

Επιπλέον **ρητά και ξεκάθαρα σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (άρθρο 5.1.4) αναφέρεται πως τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.** Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις:

α) Κράτηση 0,07% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων επιβάλλεται (εδ. 7, παρ. 3 άρθρου 4 του Ν.4013/11 όπως έχει αντικατασταθεί με την παρ. 7 του άρθρου 375 του Ν. 4412/2016, όπως τροπ. με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019).

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

γ) Παρακράτηση φόρου εισοδήματος (8,00%) επί του καθαρού ποσού σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 64 του Ν. 4172/13 (ΦΕΚ 167 Α/23-7-2013): «Φορολογία εισοδήματος, επείγοντα μέτρα εφαρμογής του ν. 4046/2012, του ν. 4093/2012 και του ν. 4127/2013 και άλλες διατάξεις».

δ) Για την κάλυψη των λειτουργικών αναγκών της ΑΕΠΠ (Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών), επιβάλλεται κράτηση ύψους 0,06% επί όλων των συμβάσεων που υπάγονται στο Ν. 4412/2016, ανεξάρτητα από την πηγή προέλευσης χρηματοδότησης. (άρθρο 350 παρ. 3 του Ν.4412/2016). Η απόφαση του πέμπτου εδαφίου είναι η κοινή απόφαση των Υπουργών Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και Οικονομικών με την οποία ρυθμίζονται θέματα σχετικά με το χρόνο, τον τρόπο και τη διαδικασία κράτησης των ως άνω χρηματικών ποσών, καθώς και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα

για την εφαρμογή της κράτησης. Η απόφαση αυτή εκδόθηκε και είναι η ΚΥΑ 1191/14.03.2017 (ΦΕΚ 969/22.03.2017 τεύχος Β').

ε) Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. (άρθρο 7 της υπουργ. αποφ. 5143/14).

στ) Καθώς και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία κατά την πληρωμή του αναδόχου.

Επιπλέον **στον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας** το ποσό των 25.543,53 € (κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων) **περιλαμβάνει και το ποσό της παρακράτησης φόρου 8%.**

Η προσφεύγουσα, ενώ στην εκτιμώμενη αξία στο συγκεκριμένο πεδίο αναγράφεται ποσό 25.543,53 € , η ίδια έχει προσφέρει ποσό 392,55 €. Και να μην το είχε καταλάβει ή να μην το αναφέρει η διακήρυξη (που δεν ισχύει) , ή να μην έχει παρακολουθήσει τη σχετική νομολογία, τουλάχιστον θα έπρεπε να της είχαν δημιουργηθεί τεράστια ερωτήματα για ποιον λόγο η μελέτη αναφέρει ποσό 25.543,53 € , ενώ η ίδια έχει προσφέρει ποσό 392,55 € (**τεράστια διαφορά της εκτιμώμενης από την προσφερθείσα**). Τουλάχιστον θα έπρεπε να είχε ζητήσει να της λυθεί η οποιαδήποτε ασάφεια περί του συγκεκριμένου ποσού, κάτι το οποίο δεν πραγματοποίησε με αποτέλεσμα να συνεπάγεται πως είχε αποδεχθεί τους όρους ως είχαν με την παρακράτηση φόρου συμπεριλαμβανομένη στο συγκεκριμένο πεδίο του υπολογισμού της αξίας.

Από τον συνδυασμό των ανωτέρω άρθρων της διακήρυξης και τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας ρητά προκύπτει πως οι προσφορές των υποψήφιων αναδόχων θα έπρεπε να περιλαμβάνουν τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, την παρακράτηση φόρου 8%, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, την οποία παρακράτηση φόρου όπως αναφέρθηκαν συμπεριέλαβαν όλοι οι υποψήφιοι πλην του προσφεύγοντος.

Επιπλέον τούτου, όπως αναφέρεται και στην **αριθ. 827/2020 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών**, η υποχρέωση συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου 8% στην οικονομική προσφορά συναρτάται πρωτίστως με τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς και

ως εκ τούτου η μη τήρησή της, ήτοι η μη συμπερίληψη στην οικονομική προσφορά άγει, άνευ ετέρου σε απόρριψη της οικονομικής προσφοράς (Βλ. ΔΕφαΘ 126/2019, 25/2019, 265/2016, και ΑΕΠΠ 504/2020). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί, **η υποχρέωση συμπερίληψης στην τιμή της προσφοράς της παρακράτησης της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος 8% και μάλιστα αδιαστίκτως αν το συγκεκριμένο κονδύλιο αναγράφεται ή όχι στους Πίνακες έντυπα της οικονομικής προσφοράς που παρατίθενται στην διακήρυξη** αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση 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 (ΣτΕ 482/2006, 563/2008, σκ.4, ΕΑ ΣτΕ 446/2009, 840/2008, 482/2006, πρβλ. ΣτΕ Αριθμός Απόφασης: 178 /2020 8 3938/1999, Ε.Α. ΣτΕ 800, 256/2004, ΔΕφαΘ 265/2016, 126/2019, ΑΕΠΠ 692,693/2019 ΑΕΠΠ σκ. 41-42).

Σύμφωνα με το άρθρο 64 ν. 4172/2013 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.» Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι με κάθε πληρωμή που γίνεται προς τον ανάδοχο γίνεται παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8%, η οποία υπάγεται στην έννοια των «νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων» και ως εκ τούτου πρέπει να υπολογίζεται κατά τον σχηματισμό της οικονομικής προσφοράς.

Όπως έχει κριθεί, **η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία περιλαμβάνει και 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, ενώ η υποχρέωση αυτή «... συναρτάται πρωτίστως με τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς και, ως εκ τούτου, η μη τήρησή της, ήτοι η μη συμπερίληψη στην οικονομική προσφορά του εν λόγω ποσοστού, φαίνεται να άγει, άνευ ετέρου, σε απόρριψη της προσφοράς σύμφωνα με τη ρητή διάταξη της παρ. 2.4.6 περ. α' της ένδικης διακήρυξης» (έτσι, *ad hoc*, Διοικητικό Εφετείο Θεσσαλονίκης, Τμ. Γ' – Ακυρωτικό, 26/2019, προσκομιζόμενη, βλ. και Διοικητικό Εφετείο Θεσσαλονίκης 17/2020 και 27/2020, Διοικητικό Εφετείο Αθηνών (Ακυρ) 265/2016, Δημοσίευση ΝΟΜΟΣ. Το ίδιο έχει γίνει δεκτό με πλειάδα αποφάσεων της Αρχής σας, ενδεικτικά 1101/2019, 692, 693/2019, 1193-1194/2019, 9/2020, 267/2020).

Ενδεικτικά όπως αναφέρεται και στις αριθ. 9/2020 και 63/2020 αποφάσεις της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνεται υποχρεωτικά το σύνολο των κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου που βαρύνουν κατά νόμο τον ανάδοχο. Μεταξύ δε των εν λόγω επιβαρύνσεων περιλαμβάνεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%.

Η οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος, καλώς απερρίφθη, αφού αποδεδειγμένα **δεν περιέλαβε** σε αυτήν την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού των παρεχόμενων υπηρεσιών, ως όφειλε. Η επίμαχη παράλειψη δεν θα μπορούσε και **σε καμία περίπτωση να συμπληρωθεί**, σύμφωνα με το άρθρο 102 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, γιατί τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή ήδη υποβληθείσας προσφοράς.

Επιπλέον όσον αφορά στους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας πως έλαβε υπόψη της κατά τη σύνταξη της οικονομικής προσφοράς της την με αριθ. 1268/29.06.2020 απόφαση του ΙΔ' Τμήμα/Σχηματισμός Ακυρωτικής Διαδικασίας από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, θα πρέπει να απορριφθούν ως προδήλως αόριστοι και αλυσιτελείς, καθώς η εν λόγω εταιρία όφειλε **πρωτίστως να λάβει υπόψη της τις διατάξεις της οικείας νομοθεσίας και της σχετικής Διακήρυξης**, ενώ σε περίπτωση αμφιβολίας περί του τρόπου εφαρμογής τους, όφειλε να

υποβάλλει αίτημα παροχής σχετικών διευκρινίσεων ενώπιον του ***** προς τον σκοπό της πλήρους αποσαφήνισής τους.

Τέλος **θα πρέπει να σημειωθεί** πως εφόσον γίνει δεκτό πως η παρακράτηση φόρου δεν είναι υποχρεωτικό να υπολογιστεί στις οικονομικές προσφορές (κάτι το οποίο δεν το υποστηρίζουμε ως αναθέτουσα αρχή), τότε η οικονομική προσφορά της εταιρείας «*****»), με την αφαίρεση του ποσοστού 8%, θα είναι εκ νέου κατά πολύ χαμηλότερη του προσφεύγοντος που δεν το είχε υπολογίσει και θα πρέπει πάλι να αναδειχθεί ως προσωρινή ανάδοχος.

Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος εταιρείας «*****» **πρέπει να απορριφθούν στο σύνολό τους και η αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση δεν έσφαλε που απέρριψε την οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος στην οποία δεν είχε συμπεριληφθεί η ως άνω νόμιμη επιβάρυνση παρακράτησης φόρου 8% επί του συμβατικού ανταλλάγματος. [...]**». Ομοίως, επί του ίδιου ως άνω μόνου λόγου προσφυγής, η πρώτη παρεμβαίνουσα εταιρεία, υποστηρίζει ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος εταιρείας, αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της, μη νομίμως προβάλλονται για τους λόγους που επικαλείται στις σελ. 7-16 υπό «ΛΟΓΟΙ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ», καθώς όπως χαρακτηριστικά αναφέρει: «[...] Πιο συγκεκριμένα, στο άρθρο 2.4.4 σχετικά με τα περιεχόμενα του φακέλου της οικονομικής προσφοράς προβλέπεται ότι 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 ενώ στο Παράρτημα V –Ειδικό όροι Εκτέλεσης της Σύμβασης, υφίσταται ρητή αναφορά στην παρακράτηση φόρου 8%. **Έχει δε προσφάτως κριθεί από τον Ακυρωτικό Σχηματισμό του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ότι εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή**

του αναδόχου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του. Διότι η παρακράτηση φόρου δεν εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης (βλ. ΔΕφΑθ 1268/2020). Δοθέντος ότι 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 και αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, εάν εντάσσονταν στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων, θα προσαύξανε το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και θα κατέληγε σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής.

Οι διατάξεις της διακήρυξης ήταν σαφείς και πλήρεις παρέχοντας σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο (βλ. και 25/2019 αποφ. Διοικ. Εφετ. Αθηνών, Τμ. ΙΒ' (Μονομελές), Σχηματισμός Ακυρωτικής Διαδικασίας, αφορώσα την υπ' αριθμ. 1063/2018 αποφ. Της Α.Ε.Π.Π.), ήτοι ότι **η παρακράτηση φόρου 8% θα συμπεριληφθεί και θα υπολογιστεί στο ΣΥΝΟΛΟ της οικονομικής προσφοράς προ Φ.Π.Α.** Ως εκ τούτου, δεν συμπληρώνεται αποκλειστικά πληροφοριακά, αλλά υπολογίζεται στην οικονομική προσφορά», παρά ταύτα ο προσφεύγων δεν το συμπεριέλαβε στο σύνολο της οικονομικής προσφοράς του ως σαφώς απαιτούνταν από τη διακήρυξη.

Επομένως, η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε νομίμως την προσφορά του, τυχόν αντίθετη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, θα παραβίαζε όχι μόνο την αρχή της ίσης μεταχείρισης των συνδιαγωνιζομένων, αλλά κι αυτής της νομιμότητας και θα υιοθετούσε συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού, ούτε βέβαια χωρεί νομίμως τροποποίηση της οικονομικής προσφοράς δοθέντος ότι ο

προσφεύγων ουδόλως ισχυρίζεται πολλώ δε μάλλον δεν αποδεικνύει ότι η μη συμπερίληψη του οφείλεται σε πρόδηλο εκ παραδρομής σφάλμα του. Ακόμη και η αναφερόμενη παραπάνω πλέον πρόσφατη απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, αν και αναγνωρίζει ότι το 8% δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ήτοι δεν άγει σε απόρριψη προσφοράς για το λόγο αυτό, **ΡΗΤΑ, ωστόσο, εξαιρεί την περίπτωση σαφούς πρόβλεψης στη διακήρυξη περί συμπερίληψης της, ως εν προκειμένω, ήτοι άγει σε αποκλεισμό.** Συνεπώς, ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος, ως αποκλίνουσα ουσιωδώς από τους όρους της διακήρυξης, εξάλλου οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος στρέφονται κατά των όρων της διακήρυξης, τους οποίους και αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα, και προβάλλονται ανεπικαίρως και επομένως απαραδέκτως. Εξάλλου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους των υποψηφίων παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, ανεξαρτήτως αν οι όροι αυτοί αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου ή σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις (ΣΤΕ 194/2011) καθόσον οι διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες διέπουν τον διαγωνισμό, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης. Εν πάσει περιπτώσει ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι υφίστατο ασάφεια στους όρους της διακήρυξης ως προς το εν λόγω σημείο, δεν δύνανται να καταστήσουν αποδεκτή την προσφορά του, αφού ως προεκτέθηκε αναλυτικά, κατά δέσμια αρμοδιότητα η προσφορά του πρέπει να απορριφθεί λόγω μη συμπερίληψης της παρακράτησης του 8%. [...]». Συναφώς, η δεύτερη παρεμβαίνουσα στις σελ. 5-11 της ασκηθείσας παρέμβασής της, υποστηρίζει ότι ορθά απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος δεδομένου ότι παραβίασε ρητές και επί ποινή αποκλεισμού τεθείσες διατάξεις της διακήρυξης σχετικά με τις νόμιμες κρατήσεις.

25. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδελεχούς μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα υποστηρίζουν τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και αμφότερες οι παρεμβαίνουσες, αλλά και έχει κριθεί από την Α.Ε.Π.Π. (βλ.

ενδεικτικά ΑΕΠΠ 881/2020 με Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη, 1678/2020), ως προς το ζήτημα συνυπολογισμού ή μη της παρακράτησης φόρου 8%, σύμφωνα με πρόσφατη νομολογία της οποίας παρατίθεται απόσπασμα (Απόφαση 1268/2020 Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με ημερομηνία έκδοσης την 20.06.2020) αναφέρεται: «6. 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, υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των κρατήσεων που προβλέπεται ότι βαρύνουν την προσφορά του αναδόχου. Η παρακράτηση φόρου αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, από τον οποίο προεισπράττεται το σχετικό ποσό, ενώ στη συνέχεια, κατά την εκκαθάριση της φορολογικής του δήλωσης, επιστρέφεται ή συμψηφίζεται στο φόρο εισοδήματος που επιβάλλεται σε βάρος του επί των κερδών ή του καθαρού εισοδήματος, ανάλογα αν πρόκειται για νομικό ή φυσικό πρόσωπο. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την άποψη που επικράτησε στο Δικαστήριο, η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ούτε εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης. Τούτο διότι η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου, έχει προσωρινό χαρακτήρα, αφού η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού στο Δημόσιο εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, ανάλογα με τα ετήσια κέρδη ή το καθαρό εισόδημα που αυτός δηλώνει, σε σχέση με τα ποσά φόρου που έχουν παρακρατηθεί. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΕΣ Ολομ.807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.α.), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται. Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του

αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης, που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του, προσαυξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, καθώς, με τον τρόπο αυτό, αυξάνεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης και δυσχεραίνεται η εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού. Ενόψει αυτών, κατά την ίδια άποψη, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του και μη νομίμως έγινε δεκτή, ως προς την αιτούσα, η αιτίαση της προδικαστικής προσφυγής με την προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π.». ήδη μετά την έκδοση της ανωτέρω απόφασης του ΔΕφΑθ, η Α.Ε.Π.Π. έχει κρίνει συναφώς ότι (βλ. ΑΕΠΠ 881/2020, σκέψη 29 και σκέψη 30): «29. Επειδή, όπως προσφάτως κρίθηκε από το ΔΕφ Αθ 1268/29.06.2020 σκ.6 «Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του ν.4412/2016 σε συνδυασμό με τις διατάξεις του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής για παροχή υπηρεσιών σε φορείς της γενικής κυβέρνησης, υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των κρατήσεων που προβλέπεται ότι βαρύνουν την προσφορά του αναδόχου. Η παρακράτηση φόρου αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, από τον οποίο προεισπράττεται το σχετικό ποσό, ενώ στη συνέχεια, κατά την εκκαθάριση της φορολογικής του δήλωσης, επιστρέφεται ή συμψηφίζεται στο φόρο εισοδήματος που επιβάλλεται σε βάρος του επί των κερδών ή του καθαρού εισοδήματος,

ανάλογα αν πρόκειται για νομικό ή φυσικό πρόσωπο. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την άποψη που επικράτησε στο Δικαστήριο, η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ούτε εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης. Τούτο διότι η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου, έχει προσωρινό χαρακτήρα, αφού η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού στο Δημόσιο εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, ανάλογα με τα ετήσια κέρδη ή το καθαρό εισόδημα που αυτός δηλώνει, σε σχέση με τα ποσά φόρου που έχουν παρακρατηθεί. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΕΣ Ολομ.807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.α.), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται. Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης, που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του, προσαυξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, καθώς, με τον τρόπο αυτό, αυξάνεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης και δυσχεραίνεται η εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού. Ενόψει αυτών, κατά την ίδια άποψη, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση

φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του». Διατυπώθηκε και μειοψηφία [...].

30. Ακόμη και η αναφερόμενη στην ως άνω σκέψη πλέον πρόσφατη απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ληφθείσα κατά πλειοψηφία, καίτοι αναγνωρίζει ότι το 8% δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ήτοι δεν άγει σε απόρριψη προσφοράς για το λόγο αυτό, ΡΗΤΑ, ωστόσο, εξαιρεί την περίπτωση σαφούς πρόβλεψης στη διακήρυξη περί συμπερίληψης της, ως εν προκειμένω, ήτοι άγει σε αποκλεισμό...». Σύμφωνα με τις ανωτέρω γενόμενες παραδοχές, αλλά και το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (βλ. ειδικά τη συνδυαστική ανάγνωση των επίμαχων διατάξεων και δη της παρ. 5.1.4, της παρ. 2.4.4 και της παρ. 2.4.6), συνάγεται ότι υπήρχε ρητή και αδιαμφισβήτητη πρόβλεψη στη διακήρυξη περί υπολογισμού στην οικονομική προσφορά έκαστου υποψηφίου και της παρακράτησης φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, -η οποία επιρρωνύεται και από το προκύπτον ποσό υπολογισμού των κρατήσεων υπέρ δημοσίου και τρίτων, όπως βασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα- την οποία ο προσφεύγων δεν συνυπολόγισε για τον σχηματισμό της υποβληθείσας οικονομικής του προσφοράς, σε αντίθεση με τους έτερους προσφέροντες οι οποίοι ευχερώς το κατανόησαν. Η ανωτέρω άλλωστε περίπτωση, κατά τα ως άνω νομολογηθέντα, ήτοι, όταν προβλέπεται ρητά στο ρυθμιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, είναι και η μοναδική περίπτωση που πράγματι άγει σε αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, λόγω πλημμέλειας κατά τον σχηματισμό της οικονομικής του προσφοράς. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο μοναδικός λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και των δύο παρεμβαίνουσών.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή να απορριφθεί.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Αριθμός Απόφασης:163 /2021

28. Επειδή, πρέπει να γίνει δεκτή η πρώτη ασκηθείσα παρέμβαση.

29. Επειδή, πρέπει να γίνει δεκτή η δεύτερη ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την πρώτη σκηθείσα παρέμβαση.

Δέχεται τη δεύτερη ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 25 Ιανουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα