

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελευθερία Καλαμιώτη, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος και εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 8/12/2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2272/9-12-2021 Προδικαστική Προσφυγή της ατομικής επιχείρησης «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, ως και

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη ..., .., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της από 23/11/2021 υπ' αριθ. 2623/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Αττικής, η οποία ελήφθη κατά την 60^η Συνεδρίαση του 2021 με Θέμα 20^ο «Κατακύρωση αποτελέσματος του «Ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων των Διευθύνσεων Μεταφορών & Επικοινωνιών της ... για ένα (1) έτος»(CPV:...), Συνολ. Προϋπολογισμού 148.800,00 με ΦΠΑ 24%, Διακήρυξη ...», κατά το μέρος της με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και της κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 9/12/2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 120.000,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων των Δ/νσεων Μεταφορών και Επικοινωνιών ..., για ένα (1) έτος (CPV : ...), εκτιμώμενης αξίας 148.800,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 23/9/2021. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν δώδεκα οικονομικοί φορείς, εκ των οποίων δύο αποκλείστηκαν κατά τον έλεγχο των εγγυήσεων συμμετοχής και ένας λόγω μη προσκόμισης των στοιχείων της προσφοράς σε έντυπη μορφή. Ειδικότερα, η Επιτροπή Διαγωνισμού εξέδωσε αρχικά το υπ' αριθ. 81/2021 πρακτικό αποσφράγισης και ελέγχου των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς, στη συνέχεια το υπ' αριθ. 83/2021 πρακτικό αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, με βάση το οποίο κατετάγη πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας η παρεμβαίνουσα και δεύτερη η προσφεύγουσα. Τα ανωτέρω πρακτικά επικυρώθηκαν με την υπ' αριθ. 2519/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη κατά την 57^η συνεδρίασή της, με την οποία η παρεμβαίνουσα ανεδείχθη προσωρινή μειοδότη της σύμβασης. Τέλος, το υπ' αριθ 87/2021

πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού περί αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης επικυρώθηκε με την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 2623/23-11-2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα. Κατά της απόφασης αυτής ασκήθηκε η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή με αίτημα την ακύρωσή της κατά το μέρος που με αυτή κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα.

3. Επειδή, η Διακήρυξη αναρτήθηκε την 8/9/2021 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό Α/Α ...

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (υπηρεσία), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα δια του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, την 8/12/2021 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Είναι δε και εμπρόθεσμη δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού την 29/11/2021, μετά των συνημμένων πρακτικών.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως συμμετέχουσα στον διαγωνισμό, και ιδίως ως καταταγείσα δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας, έχει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας, το οποίο συνίσταται στην προσδοκία ανάδειξής της σε ανάδοχο της σύμβασης, κατόπιν αποκλεισμού

Αριθμός απόφασης: 165/2022

της παρεμβαίνουσας, στην οποία έχει κατακυρωθεί το αποτέλεσμα του διαγωνισμού.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς συμμετέχοντες μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 9/12/2021.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε το υπ' αριθ. 1107635/24-12-2021 έγγραφο απόψεων επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 24/12/2021, ήτοι μετά την πάροδο της αποκλειστικής δεκαπενθήμερης προθεσμίας του άρθρου 365 παρ. 1 περ. β' και, ως εκ τούτου, αυτές δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη. Στους δε συμμετέχοντες οι απόψεις κοινοποιήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή διά της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ την 27/12/2021.

9. Επειδή, την 20/12/2021 η παρεμβαίνουσα άσκησε νομίμως και εμπροθέσμως παρέμβαση διά μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ λόγω τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, πιστοποιούμενης με το υπ' αριθ. 43492ΕΞ2021/8-12-2021 έγγραφο της Διεύθυνσης Διαχείρισης, Ανάπτυξης & Υποστήριξης Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ). Η παρέμβαση ασκήθηκε υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης και με προφανές έννομο συμφέρον, δεδομένου ότι στην παρεμβαίνουσα έχει κατακυρωθεί το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι κατά της απόφασης κατακύρωσης. Η παρέμβαση αναρτήθηκε και στο ΕΣΗΔΗΣ, την 23/12/2021 κατόπιν της αποκατάστασης της λειτουργίας του.

10. Επειδή, στις 2/1/2022, ήτοι εντός της νόμιμης προθεσμίας από την κατάθεση των απόψεων, η προσφεύγουσα υπέβαλε διά της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων, του οποίου παρέλκει η εξέταση λόγω του κατά τα άνω εκπροθέσμου των τελευταίων.

Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους, Ε. Αψοκάρδου, ο σκοπός του νομοθέτη είναι να παρασχεθεί η δυνατότητα σε καθένα από τους

συμμετέχοντες στη διαδικασία να λάβει γνώση όλων των ισχυρισμών των υπολοίπων και να έχει τη δυνατότητα να τους αντικρούσει, ώστε να εξασφαλίζεται πλήρως η αντιμωλία στο στάδιο της προδικαστικής, ουσιαστικής δε, εξετάσεως της προσφυγής και ως εκ τούτου, και με δεδομένο μάλιστα τον συχνά τεχνικό χαρακτήρα των σχετικών ζητημάτων να διευκολύνεται εν συνεχεία όπως επιβάλλεται από το Σύνταγμα (αρ. 20 παρ. 1) η κατά την αρχή της αντιμωλίας διεξαγωγή των αντίστοιχων δικαστικών διαδικασιών (ΕΑ ΣΤΕ 51/2021, ΣΤΕ 780/2019, ΕΑ ΣΤΕ 158/2008) και η παροχή αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (ΕΑ 51/2021 σκ.9). Επομένως, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 365 ερμηνευομένων σύμφωνα με τον σκοπό τους, εφόσον οι απόψεις της αναθέτουσας αρχή κοινοποιήθηκαν, έστω εκπρόθεσμα, στην προσφεύγουσα σε ημερομηνία κατά την οποία ήταν δυνατή η εμπρόθεσμη υποβολή υπομνήματος από εκείνη προς αντίκρουσή τους, το οποίο, εν προκειμένω, και υπέβαλε εντέλει παραδεκτως με αποτέλεσμα να εξασφαλιστεί η αντιμωλία, πρέπει να ληφθούν υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο τόσο οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής όσο και το υπόμνημα της προσφεύγουσας προς διασφάλιση της αποτελεσματικότητας της διαδικασίας (πρβλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 857/2020 και 781/2020, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου, 1638/2020, σκ. 9, ειδική γνώμη Ε. Αψοκάρδου).

11. Επειδή, με την υπ' αριθ. 3163/2021 Πράξη της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν.

13. Επειδή, με τον μόνο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθεί, διότι στην οικονομική της προσφορά δεν έχει συμπεριληφθεί η δαπάνη που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου ποσοστού 8%, στην οποία

υπόκειται το συμβατικό αντάλλαγμα για την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει τα εξής:

«Οι οικονομικές προσφορές θα πρέπει να περιλαμβάνουν και να συνυπολογίσουν επί ποινή απόρριψης προσφοράς και τις υπέρ Δημοσίου Κρατήσεις στις οποίες η ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΡΗΤΑ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΙ ΚΑΙ ΑΠΑΙΤΕΙ κατά την πληρωμή την προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας ποσοστού 8%, σύμφωνα με το άρθρο 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013.

Τυχόν μη συνυπολογισμός της παρακράτησης φόρου 8% στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων, συνεπάγεται την άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς, λόγω παραβίασης επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης της διακήρυξης.

Εν προκειμένω, η εταιρεία ‘...’ δεν υπολόγισε, δεν συνυπολόγισε ούτε συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου 8% στον πίνακα της οικονομικής της προσφοράς της για τον υπό κρίση διαγωνισμό, κατά παραβίαση των ανωτέρω όρων και διατάξεων, επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης της Διακήρυξης και του Νόμου, την οποία η εν λόγω εταιρεία έχει αποδεχθεί με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον υπό κρίση διαγωνισμό.

Γι’ αυτό το λόγο, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα να αποκλείσει την οικονομική προσφορά της ανωτέρω εταιρείας για το σύνολο του υπό κρίση διαγωνισμού, λόγω παραβίασης απαίτησης της Διακήρυξης που έχει τεθεί επί ποινή απόρριψης προσφοράς. Άλλωστε, η μη συμπερίληψη του ως άνω παρακρατούμενου φόρου 8% στην προσφερόμενη τιμή καθιστά τις οικονομικές προσφορές της εταιρείας αυτής ζημιογόνους, δεδομένου ότι οι οικονομικές της προσφορές είναι μη νόμιμες, καθώς υπολείπονται του ελάχιστου νόμιμου, σύμφωνα με τα δηλωθέντα ποσά της εν λόγω εταιρείας. Και τούτο διότι εάν αφαιρεθεί η κράτηση του 8%, την οποία δεν συνυπολόγισε, από το εργολαβικό όφελος που έχει δηλώσει με την προσφορά της (10,00 €), τότε το υπολειπόμενο ποσό των προσφορών της δεν θα καλύπτει το εργατικό κόστος των εργαζομένων της και για το λόγο αυτό παραβιάζει κατάφωρα την

εργατική αλλά και ασφαλιστική νομοθεσία. Ειδικότερα, κατόπιν ανάλυσης των παραπάνω στοιχείων της οικονομικής προσφοράς της εν λόγω εταιρείας και κατόπιν υπολογισμού του παρακρατούμενου φόρου, αποδεικνύεται ότι το εργολαβικό όφελος που δηλώνεται στο ύψος των 10,00 € μηνιαίως δεν καλύπτει σε καμία περίπτωση το κόστος του παρακρατούμενου φόρου, το οποίο όπως προκύπτει ανέρχεται στο ύψος του ποσού των 654,97 € μηνιαίως, και ως εκ τούτου, δεν μπορεί να θεωρηθεί εύλογο το εργολαβικό όφελος που δηλώνει. Δηλαδή, συνυπολογιζόμενου του ποσού αυτού του παρακρατούμενου φόρου, θα πρέπει να απομένει ένα εύλογο ποσοστό εργολαβικού κέρδους, όπως απαιτούν το άρθρο 68 Ν.3863/2010 και η υπό κρίση διακήρυξη.

Κατόπιν των ανωτέρω εκτεθέντων, προκύπτει ότι η προσφορά της εταιρείας ‘...’ για τον υπό κρίση διαγωνισμό είναι άνευ ετέρου απορριπτέα ως μη νόμιμη και απαράδεκτη, λόγω μη υπολογισμού του φόρου εισοδήματος 8%, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις της διακήρυξης και του Νόμου. Και τούτο διότι ακόμη και αν συμπεριληφθεί το ποσό των 654,97 € μηνιαίως της παρακράτησης φόρου 8% στην προσφερόμενη από την εταιρεία τιμή, τότε το ποσό των 10,00 € μηνιαίως που έχει υπολογίσει για εργολαβικό όφελος, εκμηδενίζεται και η οικονομική της προσφορά καθίσταται ζημιογόνος. Και τούτο διότι ο μη υπολογισμός από την ως άνω εταιρεία του ποσοστού της παρακράτησης φόρου στην προσφερόμενη τιμή έχει ως αναγκαίο επακόλουθο όχι μόνο τη μείωση αλλά την απόσβεση του κόστους του εργολαβικού κέρδους και της κατάστασής της ως ζημιογόνου. Συγκεκριμένα, αφαιρώντας την κράτηση του 8% από το εργολαβικό όφελος που έχει δηλώσει, αποδεικνύεται ότι αντί για κέρδος εμφανίζει ζημία και βάσει του άρθρου 68 Ν. 3863/2010, όπως τροποποιήθηκε με το Ν. 4144/2013 πρέπει να συνυπολογίζεται, επί ποινή αποκλεισμού, στην προσφορά ένα εύλογο και όχι μηδενικό, πόσο μάλλον αρνητικό, ποσοστό εργολαβικού κέρδους.

Επομένως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να αποκλείσει την οικονομική προσφορά της ανωτέρω εταιρείας για το σύνολο

του υπό κρίση διαγωνισμού, λόγω παραβίασης απαίτησης της Διακήρυξης που έχει τεθεί επί ποινή απόρριψης προσφοράς».

14. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει επί του μόνου λόγου της προδικαστικής προσφυγή τα εξής:

«Στην προκειμένη περίπτωση, στο με αρ. πρωτ. 77421/20-9-2021 έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο επικαλείται η προσφεύγουσα αναφέρεται επί λέξει: ‘...2. Η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος αξίας 8% θα πρέπει να υπολογιστεί και να συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων’. Από την ανωτέρω διατύπωση της αναθέτουσας αρχής προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να υπολογίσουν ποιο ποσό αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% και να το καταγράψουν στην οικονομική προσφορά τους. Ωστόσο, στο εν λόγω έγγραφο διευκρινίσεων, αλλά και σε καμία άλλη διάταξη της Διακήρυξης, δεν αναφέρεται υποχρέωση των διαγωνιζομένων να αθροίσουν την παρακράτηση φόρου 8% στην τελική τιμή της οικονομικής προσφοράς. Άλλωστε, με βάση όσα ανωτέρω αναλύουμε για τη φύση της εν λόγω παρακράτησης φόρου, τούτο θα ήταν προδήλως άτοπο και παράλογο. Έτσι, η εταιρία μας σε συμμόρφωση με τις οδηγίες της αναθέτουσας αρχής, αναφέρει στην οικονομική προσφορά της ότι ο φόρος εισοδήματος 8% που αντιστοιχεί στην τιμή της οικονομική προσφορά της είναι 654,97 ευρώ. Συνεπώς, συμμορφώθηκε με την οδηγία της αναθέτουσας αρχής να υπολογίσει την παρακράτηση 8% και να τη συμπεριλάβει στα έγγραφα της οικονομικής προσφοράς της, και καμία άλλη υποχρέωση δεν είχαμε ως προς την εν λόγω παρακράτηση, την οποία αποδεικνύεται ότι έχουμε συμπεριλάβει στην προσφορά μας. Άλλωστε, όπως εξηγήσαμε και στο έντυπο της οικονομικής προσφοράς μας: ‘*Το ποσό του φόρου εισοδήματος 8%, που αναφέρεται ανωτέρω, συμπεριλαμβάνεται στην προσφορά μας και υπολογίζεται όπως ανωτέρω όμως δεν αθροίζεται στην προσφορά γιατί δεν αποτελεί επιβάρυνση της εταιρίας, σύμφωνα και με την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών 360/2020 και 1268/2020 και ο φόρος επιστρέφεται στην εταιρία.’. Κατά

συνέπεια, δεν αθροίσαμε στην τελική τιμή της προσφοράς μας το ποσό των 654,97 ευρώ που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου εισοδήματος, διότι κάτι τέτοιο αφενός αντίκειται στην κοινή λογική δεδομένης της φύσης της παρακράτησης ως φόρου, σύμφωνα με τα ανωτέρω αναλυτικά αναφερόμενα και αφετέρου ούτε από τη διακήρυξη ή τις διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής προέκυπτε, και μάλιστα ρητά και με σαφήνεια, τέτοια υποχρέωση. Έτσι, η εταιρία μας συμμορφώθηκε με τις επιταγές του νόμου και των οδηγιών της αναθέτουσας αρχής, συμπεριλαμβάνοντας στο έντυπο της οικονομικής προσφοράς της το ποσό της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%, από το οποίο αποδεικνύεται ότι τη λάβαμε υπόψη κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς μας, και ουδεμία υποχρέωση είχαμε να αθροίσουμε το ποσό της παρακράτησης στην τελική τιμή. Συνεπώς, η εταιρία μας διαμόρφωσε την οικονομική της προσφορά λαμβάνοντας υπόψη όλα τα στοιχεία κόστους που προβλέπονται στη διακήρυξη του διαγωνισμού και επιβαρύνουν το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης (κόστος αναλωσίμων, διοικητικό κόστος, νόμιμες κρατήσεις κ.λπ.) συνεκτιμώντας παράλληλα ότι κατά την πληρωμή της αμοιβής της (εφόσον μας ανατεθεί η σύμβαση) διενεργείται, σύμφωνα με την κείμενη φορολογική νομοθεσία, η προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου 8%, την οποία και υπολογίσαμε, λαμβάνοντας την υπόψη κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς μας, η οποία παρακράτηση όμως, κατά τη διακήρυξη, δεν περιλαμβάνεται στις νόμιμες κρατήσεις, ούτε συνιστά κατά τα ανωτέρω 'επιβάρυνση', κατά την έννοια της διακήρυξης, του κόστους του έργου, ώστε να κινδυνεύει η εκτέλεση της σύμβασης να καταστεί ζημιογόνος. Άλλωστε, ουδείς όρος της διακήρυξης ορίζει ρητώς ότι η παρακράτηση 8% πρέπει να υπολογίζεται επιπλέον της τιμής της οικονομικής προσφοράς που έχει δοθεί, όπως αυτή αναλύεται στον πίνακα του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010. Επομένως, στην εν λόγω περίπτωση, δεν απαιτείτο να αθροιστεί το ποσό της παρακράτησης 8% στην τελική τιμή της οικονομικής προσφοράς, διότι αυτό, θα κατέληγε σε αδικαιολόγητη επαύξηση του κόστους εκτέλεσης του έργου κατά 8%, χωρίς αυτό να είναι επιθυμία ούτε του προσφέροντος ούτε της

Αναθέτουσας Αρχής. Αντίθετη εκδοχή καταλήγει πράγματι τελικώς σε επαύξηση του εργολαβικού κέρδους κατά 8% χωρίς αυτό να είναι καν επιθυμία του προσφέροντος, ο οποίος έχει ορίσει ρητώς το εργολαβικό κέρδος του στην ανάλυση του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010. Συνεπώς, η οικονομική μας προσφορά ουδόλως αποκλίνει από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, διότι το ποσό του φόρου εισοδήματος που τελικώς θα καταβάλουμε στο τέλος της οικείας οικονομικής χρήσης, συμψηφίζεται με το ποσό της γενόμενης παρακράτησης και, συνακόλουθα, το ποσό του τελικώς καταβαλλόμενου φόρου, συνιστά ποσοστό του εισοδήματος, με βάση τον κατά περίπτωση ισχύοντα φορολογικό συντελεστή, το οποίο κατανέμεται ομοιόμορφα σε όλα τα κέρδη της επιχείρησής μας από την άσκηση της δραστηριότητας της, στα οποία περιλαμβάνεται και το δηλωθέν εν προκειμένω εργολαβικό όφελος. Εν όψει των ανωτέρω, η παρακράτηση φόρου 8% δεν συνιστά, 'κράτηση' ή 'επιβάρυνση' του κόστους του έργου, το οποίο δήθεν θα πρέπει να συνυπολογίζεται στην τελική τιμή της οικονομικής προσφοράς εκάστου προσφέροντος, και συνεπώς νομίμως η εταιρία μας δεν την άθροισε επιπρόσθετα στην τελική προσφερόμενη τιμή της οικονομικής προσφοράς της, αλλά την έλαβε υπόψη της σε κάθε περίπτωση για τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς της, παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα. Επομένως, νομίμως η εταιρία μας στο έντυπο της οικονομικής προσφοράς της υπολογίζει τον φόρο εισοδήματος 8% και καταγράφει ότι αντιστοιχεί σε ποσό 654,97 ευρώ, και άρα αποδεικνύεται ότι συμπεριλάβαμε την εν λόγω παρακράτηση στην οικονομική προσφορά μας. Νομίμως δε δεν αθροίσαμε το ποσό της παρακράτησης στην τελική τιμή, διότι τέτοια υποχρέωση δεν προέκυπτε, και μάλιστα ρητά και με σαφήνεια από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, και άλλωστε δεν συνάδει με τη φύση της παρακράτησης 8% ως φόρου, σύμφωνα με όσα αναλυτικά αναφέρονται ανωτέρω».

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 παρ. 1 περ. α' και β' Ν. 4412/2016, «η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και

της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102». Περαιτέρω, το άρθρο 95 παρ. 5 περ. α' Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας αγαθών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: [...] η τιμή του προς προμήθεια αγαθού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, καθώς και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης».

16. Επειδή, το άρθρο 2.1.3 Παροχή Διευκρινίσεων της Διακήρυξης ορίζει τα εξής: «Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά, και απαντώνται έξι (6) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στο πλαίσιο της παρούσας, στη σχετική ηλεκτρονική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία είναι προσβάσιμη μέσω της Διαδικτυακής πύλης (www.promitheus.gov.gr). Αιτήματα παροχής συμπληρωματικών πληροφοριών - διευκρινίσεων υποβάλλονται από εγγεγραμμένους στο σύστημα οικονομικούς φορείς, δηλαδή από εκείνους που διαθέτουν σχετικά διαπιστευτήρια που τους έχουν χορηγηθεί (όνομα χρήστη και κωδικό πρόσβασης) και απαραίτητα το ηλεκτρονικό αρχείο με το κείμενο των ερωτημάτων είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο. Αιτήματα παροχής διευκρινίσεων που είτε υποβάλλονται με άλλο τρόπο είτε το ηλεκτρονικό

αρχείο που τα συνοδεύει δεν είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο, δεν εξετάζονται. Η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα, δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο έξι (6) ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών, β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της παράτασης θα είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών ή των αλλαγών. Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, η παράταση της προθεσμίας εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής. Τροποποίηση των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας (πχ αλλαγή/μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών καθώς και σημαντικές αλλαγές των εγγράφων της σύμβασης, σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο) δημοσιεύεται στην ΕΕΕΕ (με το τυποποιημένο έντυπο «Διορθωτικό»²¹) και στο ΚΗΜΔΗΣ».

17. Επειδή, στην υπό ανάθεση σύμβαση, τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 68 Ν. 3863/2010, όπως ισχύει, οι προβλέψεις του οποίου ενσωματώνονται στο άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης «Περιεχόμενα Φακέλου 'Οικονομική Προσφορά'/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών», το οποίο ορίζει τα εξής: «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης που είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης. Η οικονομική προσφορά υποβάλλεται : Α. συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Η τιμή θα δίδεται για το σύνολο των τμημάτων και δεν θα πρέπει να υπερβαίνει τον προϋπολογισμό. Β. συμπληρώνοντας το υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς του παραρτήματος IV της παρούσας διακήρυξης, σε

μορφή αρχείου .pdf, συμπληρωμένο και ψηφιακά υπογεγραμμένο. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή. Προσφορά που δεν αφορά στο σύνολο των τμημάτων, όπως αναλύονται στο Παράρτημα ΙΙ της παρούσας, απορρίπτεται ως απαράδεκτη. **ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΗ:** Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης πρέπει να αναφέρουν στην οικονομική προσφορά του εκτός των άλλων τα εξής : Α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. Β) Τις ημέρες και ώρες εργασίας. Γ) Την συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. Δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. Ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. ΣΤ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι'. Στο δε

Παράρτημα III της Διακήρυξης περιλαμβάνεται το υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς που αποτελείται από δύο πίνακες. Στον Πίνακα 2, με την ανάλυση της προσφερόμενης τιμής για τις υπηρεσίες φύλαξης σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, περιλαμβάνεται πεδίο για την καταχώριση των ποσών που αντιστοιχούν σε 'νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις».

18. Επειδή, περαιτέρω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. 774216/20-09-2021 έγγραφο της Διεύθυνσης Οικονομικών της ..., προέβη σε διευκρίνιση σχετικά με τον υπολογισμό της οικονομικής προσφοράς. Η διευκρίνιση γνωστοποιήθηκε αυθημερόν στους ενδιαφερόμενους με ανάρτηση στην αρχική σελίδα του ΕΣΗΔΗΣ και με αποστολή διά του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού. Με τα δεδομένα αυτά, η εν λόγω διευκρίνιση, χωρήσασα κατά τον κατά τα ανωτέρω προβλεπόμενο νόμιμο τρόπο, συνιστάμενο στην ανάρτησή της ηλεκτρονικά στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ και στην κοινοποίησή της σε όλους τους ενδιαφερόμενους, και μη αμφισβητηθείσα από οποιονδήποτε από τους διαγωνιζόμενους, εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και ως εκ τούτου παρήγαγε δεσμευτικά αποτελέσματα τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους μετέχοντες στον διαγωνισμό (ΔΕφΘες 72/2020). Ειδικότερα, με το ως άνω έγγραφο η αναθέτουσα αρχή διευκρίνισε ότι «η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος αξίας 8% θα πρέπει να υπολογιστεί και να συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων». Από τη ρητή διατύπωση της εν λόγω δεσμευτικής διευκρίνισης προκύπτει η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη από αυτούς τιμή όχι μόνον τις κρατήσεις υπέρ τρίτων, αλλά και το ποσοστό 8% παρακράτησης φόρου εισοδήματος που προβλέπεται από το άρθρο 64 του ν. 4172/2013 (ΔΕφΑθ 714/2021).

19. Επειδή, από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δεν συμπεριέλαβε στην

οικονομική της προσφορά τη δαπάνη που αντιστοιχεί στην κατά τα άνω παρακράτηση φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, πράγμα το οποίο, άλλωστε, και η ίδια συνομολογεί. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα υπολόγισε μεν το ποσό που αντιστοιχεί στην παρακράτηση φόρου εισοδήματος βάσει της προσφερθείσας από την ίδια τιμής και το κατέγραψε σε υποσημείωση στο έγγραφο της οικονομικής προσφοράς της, χωρίς, όμως, να το συνυπολογίσει στην συνολική προσφερόμενη τιμή. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι με τον τρόπο αυτό συμμορφώθηκε στη διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, η οποία - πάντα κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας - επέβαλε να συμπεριληφθεί μεν στο έντυπο της οικονομικής προσφοράς η παρακράτηση φόρου, όχι, όμως, και να αθροιστεί το αντίστοιχο ποσό στην τελική τιμή. Οι ισχυρισμοί αυτοί είναι απορριπτέοι, διότι κατά τη σαφή της διατύπωση, η διευκρίνιση επέβαλε «να υπολογιστεί και να συμπεριληφθεί στην οικονομική προσφορά» το ποσό της παρακράτησης φόρου, και όχι απλώς να επισημειωθεί αυτό στο έντυπο της οικονομικής προσφοράς. Επομένως, όπως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, με το ανωτέρω περιεχόμενο, παρεκκλίνει από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του προκείμενου διαγωνισμού, στο οποίο εντάχθηκε, σύμφωνα με τη σκέψη που προηγήθηκε, η ρητή διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, και, ως εκ τούτου, η προσφορά είναι αποκλειστέα (ΔΕφΑθ 714/2021). Ενόψει δε των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας σχετικά με τη φύση της παρακράτησης φόρου και τη διαφοροποίησή της ως προς τις υπέρ τρίτων κρατήσεις είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς, διότι, και αληθείς υποτιθέμενοι, δεν αίρουν την υποχρέωση των συμμετεχόντων στον προκείμενο διαγωνισμό να συμμορφωθούν με τις απαιτήσεις του κανονιστικού πλαισίου του, όπως αυτό διαμορφώθηκε και με τη χορηγηθείσα διευκρίνιση. Σημειώνεται δε ότι η ανωτέρω ερμηνεία δεν αντιτίθεται προς την παρατιθέμενη στην παρέμβαση νομολογία, διότι, όπως προκύπτει από τα χωρία των επικαλούμενων δικαστικών αποφάσεων, αυτές έχουν εκδοθεί επί διαγωνισμών, των οποίων το κανονιστικό πλαίσιο δεν

περιείχε «ρητή και σαφή πρόβλεψη» σχετικά με τη συμπερίληψη της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά, σε αντίθεση με τον προκείμενο διαγωνισμό, στο κανονιστικό πλαίσιο του οποίου προστέθηκε η σχετική υποχρέωση διά της προαναφερθείσας διευκρίνισης. Τέλος, απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, στο μέτρο που με αυτούς αμφισβητείται η νομιμότητα του συνυπολογισμού της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά, δηλαδή αμφισβητείται κατ' ουσία το περιεχόμενο της χορηγηθείσας διευκρίνισης. Και τούτο, διότι αυτοί προβάλλονται απαραδέκτως επ' ευκαιρία της εξέτασης του προβαλλόμενου από την προσφεύγουσα λόγου απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η οποία δεν αμφισβήτησε επικαίρως τη νομιμότητα της χορηγηθείσας διευκρίνισης (ΔΕφΑθ 714/2021). Επομένως, ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

20. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση στο σύνολό της.

21. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, κατά το σκεπτικό, να απορριφθεί η παρέμβαση και, ως εκ τούτου να οριστεί η επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 3 Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ελευθερία Καλαμιώτη

Φωτεινή Μαραντίδου