

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 1^η Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη-Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.10.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1525/22.10.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. *****.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το ***** ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό άνω των ορίων, με Αριθμό Διακήρυξης **** και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)*****, η οποία δημοσιεύτηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 01.10.2020 και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 01.10.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.)*****, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής για κάθε Τμήμα και στο σύνολο των υπηρεσιών του κάθε Τμήματος, για την ανάδειξη αναδόχου για την «*****»), εκτιμώμενης αξίας έξι εκατομμυρίων

Αριθμός Απόφασης: 1678/2020

εκατόν ογδόντα μίας χιλιάδων πενήντα δύο ευρώ και ογδόντα δύο λεπτών (6.181.052,82 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, για χρονικό διάστημα τριάντα δύο (32) μηνών και επτά (7) ημερών, ήτοι από 24.04.2021 έως 31.12.2023, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 6^η Νοεμβρίου 2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 13:30 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών, τέσσερις (4) εργάσιμες ημέρες μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, ήτοι την 12^η Νοεμβρίου 2020, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. Ο προσφεύγων οικονομικός φορέας κατέθεσε στις 22.10.2020 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 στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. ***** διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι οι τιθέμενοι όροι του διαγωνισμού παραβιάζουν την αρχή της νομιμότητας της διοικητικής δράσης και την υποχρέωση εξασφάλισης συνθηκών υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, καθώς προσκρούουν στις αρχές της ισότητας και της διαφάνειας, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί, άλλως οίκοθεν ανακληθεί ή τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη, καθ' ο μέρος προσβάλλεται με την ασκηθείσα προσφυγή.

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 *****), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 20.10.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού

Αριθμός Απόφασης: 1678/2020

αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου 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. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 22.10.2020, 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, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1808/22.10.2020 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε την 22.10.2020 και υπέβαλε στις 30.10.2020, 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, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον

νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελη) συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣτΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣτΕ(Ασφ) 314/2013, ΣτΕ (Ασφ) 472/2012, ΣτΕ (Ασφ) 718/2012, ΣτΕ (Ασφ) 714/2012, ΣτΕ 890/2009, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

13. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας, ο οποίος δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους του, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της

προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή του, αθέμιτα τη συμμετοχή του από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων του και με ζημία του 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. ***** Διακήρυξης.

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

14. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 53 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης, όπως τις επικαλείται ο προσφεύγων οικονομικός φορέας και η αναθέτουσα αρχή.

16. Επειδή, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό.

17. Επειδή ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, το αντικείμενο της σύμβασης και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 303/2007, 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαράδεκτως

προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ ΣτΕ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

18. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 6-18, υπό **«Η ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΔΕΝ ΕΠΑΡΚΕΙ ΚΑΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΙΚΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΥΠΟ ΑΝΑΘΕΣΗ ΣΥΜΒΑΣΗΣ.**

-

ΚΑΤΟΠΙΝ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ ΤΟΥ ΕΛΑΧΙΣΤΟΥ ΝΟΜΙΜΟΥ ΕΡΓΑΤΙΚΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ ΑΠΟΜΕΝΕΙ ΤΟ ΠΟΣΟ ΤΩΝ 29.769,34 € ΜΟΝΟ, ΤΟ ΟΠΟΙΟ ΔΕΝ ΕΠΑΡΚΕΙ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΤΩΝ ΛΟΙΠΩΝ ΚΟΝΔΥΛΙΩΝ, ΟΠΩΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ, ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΑΛΩΣΙΜΩΝ, ΕΡΓΟΛΑΒΙΚΟ ΚΕΡΔΟΣ, ΝΟΜΙΜΕΣ ΚΡΑΤΗΣΕΙΣ ΥΠΕΡ ΤΡΙΤΩΝ & ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΚΑΙ ΠΑΡΑΚΡΑΤΗΣΗ ΦΟΡΟΥ 8 %.

-

ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΠΟΣΟΥ 6.181.052,82 € ΠΛΕΟΝ Φ.Π.Α.», ο προσφεύγων οικονομικός φορέας αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται, ο όρος 2.4.4 της διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» (σελ. 64), όπως αναλύεται στα έγγραφα του διαγωνισμού, «[...].

Με βάση τις προβλεπόμενες από τη διακήρυξη με αριθμό **** τεχνικές προδιαγραφές εκτέλεσης του έργου, η προϋπολογισθείσα δαπάνη της διακήρυξης ποσού 6.181.052,82 € ΠΛΕΟΝ Φ.Π.Α. **ΔΕΝ ΕΠΑΡΚΕΙ ΟΥΤΕ ΚΑΝ για την κάλυψη του συνολικού κόστους εκτέλεσης των υπό ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης.** Και τούτο διότι κατόπιν υπολογισμού του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους της υπό ανάθεση σύμβασης, **απομένει το ποσό των 29.769,34 € ΜΟΝΟ, το οποίο ΔΕΝ ΕΠΑΡΚΕΙ για την κάλυψη των λοιπών κονδυλίων που συνθέτουν την οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, ήτοι του διοικητικού κόστους, του κόστους αναλωσίμων υλικών, του**

εργολαβικού κέρδους, των νομίμων υπέρ τρίτων και Δημοσίου κρατήσεων και της παρακράτησης φόρου 8 %.

Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς που επιθυμούν να συμμετάσχουν και να υποβάλλουν προσφορά στον υπό κρίση διαγωνισμό **** είναι υποχρεωμένοι να ενεργήσουν κατά παράβαση του νόμου, είτε υποβάλλοντας οικονομική προσφορά εντός της τεθείσας εκ της διακήρυξης προϋπολογισθείσας δαπάνης, η οποία όμως θα υπολείπεται του ελαχίστου νόμιμου εργατικού κόστους και δεν θα επαρκεί για την πλήρη κάλυψη κάθε κόστους εκτέλεσης της σύμβασης (π.χ. Διοικητικό κόστος, κόστος αναλωσίμων υλικών, εργολαβικό κέρδος) είτε υποβάλλοντας προσφορά που θα καλύπτει το εν λόγω κόστος, η οποία όμως θα τίθεται εκποδών του διαγωνισμού, λόγω υπέρβασης της προϋπολογιζόμενης δαπάνης. [...].

Εκ των ανωτέρω αναλυτικών υπολογισμών προκύπτει αδιαμφισβητήτως ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη της διακήρυξης ποσού 6.181.052,82 € ΠΛΕΟΝ Φ.Π.Α. ΔΕΝ ΕΠΑΡΚΕΙ ΟΥΤΕ ΚΑΝ για την κάλυψη του συνολικού κόστους εκτέλεσης των υπό ***. Και τούτο διότι κατόπιν υπολογισμού του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους της υπό ανάθεση σύμβασης, το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 6.151.283,48 €, απομένει το ποσό των 29.769,34 € ΜΟΝΟ (6.181.052,82 € - 6.151.283,48 € = 29.769,34 €), το οποίο ΔΕΝ ΕΠΑΡΚΕΙ για την κάλυψη των λοιπών κονδυλίων που συνθέτουν την οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, ήτοι του διοικητικού κόστους, του κόστους αναλωσίμων υλικών, του εργολαβικού κέρδους, των νομίμων υπέρ τρίτων και Δημοσίου κρατήσεων και της παρακράτησης φόρου 8 %.**

Σημειωτέον δε, ότι η οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων στον υπό κρίση διαγωνισμό, προκειμένου να είναι νόμιμη και παραδεκτή, πρέπει να περιλαμβάνει εκτός του εργατικού κόστους, των νόμιμων κρατήσεων υπέρ τρίτων και δημοσίου, της παρακράτησης φόρου 8 % και της ειδικής εισφοράς υπέρ *****., και **το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων υλικών, το εργολαβικό κέρδος εκτέλεσης του έργου.** Ωστόσο, η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ποσού **6.181.052,82 € πλέον Φ.Π.Α. 24 % του**

διαγωνισμού **ΔΕΝ ΕΠΑΡΚΕΙ** για την κάλυψη και των λοιπών δαπανών και επιβαρύνσεων που απαιτεί από τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό τόσο η διακήρυξη όσο και η νομοθεσία που διέπει αυτή, με άμεσο επακόλουθο να μην καταλείπεται στους οικονομικούς φορείς κανένα περιθώριο υπολογισμού εύλογου διοικητικού κόστους, κόστους αναλωσίμων υλικών και εύλογου εργολαβικού οφέλους.

Επομένως, ο προϋπολογισμός της διακήρυξης **δεν επαρκεί για να καλύψει το συνολικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, όπως αυτό συντίθεται από το εργατικό κόστος, τις νόμιμες κρατήσεις επί της αμοιβής του αναδόχου, ΤΗΝ ΠΑΡΑΚΡΑΤΗΣΗ ΦΟΡΟΥ 8 %, το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων, και τις λοιπές συναφείς δαπάνες εκτέλεσης της σύμβασης, όπως αναφέρονται πιο πάνω, με συνέπεια **ΝΑ ΚΑΘΙΣΤΑΤΑΙ ΑΔΥΝΑΤΗ Η ΥΠΟΒΟΛΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ**, η οποία να επιτρέπει στον ανάδοχο να καλύπτει όλες τις προαναφερθείσες συμβατικές υποχρεώσεις του και να προσδοκά ένα εύλογο περιθώριο κέρδους. Τούτο δε εμποδίζει σφόδρα την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αλλά και αποβαίνει εις βάρος του δημοσίου συμφέροντος, αφού ο ανάδοχος που τυχόν υποβάλει, παρά ταύτα, προσφορά εντός των ορίων της προϋπολογιζόμενης δαπάνης, θα συνάψει σύμβαση με το ****, από την οποία δεν θα μπορεί να εξοφλήσει ούτε τις ελάχιστες έστω νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων του, ούτε τις ασφαλιστικές εισφορές του προσωπικού του, ούτε τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων και δημοσίου, ούτε την παρακράτηση φόρου 8%, ούτε το διοικητικό του κόστος και το κόστος αναλωσίμων υλικών αλλά ούτε και θα αποκομίσει οιοδήποτε εργολαβικό όφελος. [...].», σύμφωνα και με την εκτενή ανάλυση που παραθέτει στις οικείες σελίδες της προσφυγής του. Επί του ανωτέρω πρώτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου ***** Απόψεών της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 30.10.2020, υποστηρίζει τα εξής, υπό «Επί της με Γενικό Αριθμ. κατάθεσης ΑΕΠΠ 1525/22.10.2020 Προσφυγής»: «[...]. **Β. Επί του ισχυρισμού για τον μη επαρκή προϋπολογισμό της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή έχει κινηθεί απολύτως στο πνεύμα και το γράμμα του νόμου για την εκτίμηση του νόμιμου****

Αριθμός Απόφασης: 1678/2020

εργατικού κόστους των υπηρεσιών σύμφωνα με το ισχύον νομικό πλαίσιο (άρθρο 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115)) και των επιπλέον αυτού οικονομικών στοιχείων που συνθέτουν την οικονομική προσφορά και με βάση τις εγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού και εκτιμά ότι το συνολικό κόστος για την παροχή των υπηρεσιών φύλαξης συμπεριλαμβανομένων όλων των νομίμων κρατήσεων είναι νόμιμο καθόλα, επιτρέπει δε τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς με τον υπολογισμό εύλογου εργολαβικού οφέλους. Η εκτίμηση για το περιθώριο εύλογου εργολαβικού οφέλους συμπεριλαμβανομένων όλων των επιμέρους υπολογισμών (διοικητικό κόστος, κόστος αναλωσίμων, κρατήσεων, κλπ) ανέρχεται σε ποσό των 135.159,84 € (εκατόν τριάντα πέντε χιλιάδων εκατόν πενήντα εννέα ευρώ και ογδόντα τεσσάρων λεπτών), σύμφωνα με τους πίνακες που επισυνάπτονται (Συν.6), στο σύνολο της σύμβασης, γεγονός που δεν επηρεάζει ούτε εμποδίζει τη νόμιμη υποβολή οικονομικής προσφοράς.

Σύμφωνα με τους επισυναπτόμενους πίνακες το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος για το σύνολο των προγραμμάτων για το **Τμήμα 1** ανέρχεται στο ποσό των 5.876.498,20 € (πέντε εκατομμυρίων οκτακοσίων εβδομήντα έξι χιλιάδων τετρακοσίων ενενήντα οκτώ ευρώ και είκοσι λεπτών). Έναντι του προϋπολογιζόμενου ποσού της σύμβασης που ανέρχεται στο ποσό των 6.001.214,11 € (έξι εκατομμυρίων χιλίων διακοσίων δέκα τεσσάρων ευρώ και έντεκα λεπτών) η διαφορά που προκύπτει ανέρχεται στο ποσό των 124.715,91 € (εκατόν είκοσι τεσσάρων χιλιάδων επτακοσίων δέκα πέντε ευρώ και ενενήντα ενός λεπτού).

Για το Τμήμα 2 το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος ανέρχεται στο ποσό των 169.394,78 € (εκατόν εξήντα εννέα χιλιάδων τριακοσίων ενενήντα τεσσάρων ευρώ και εβδομήντα οκτώ λεπτών) έναντι του προϋπολογιζόμενου ποσού των 179.838,71 € και η διαφορά που προκύπτει ανέρχεται στο ποσό των 10.443,93 € (δέκα χιλιάδων τετρακοσίων σαράντα τριών ευρώ και ενενήντα τριών λεπτών). [...].».

19. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, πρέπει να γίνουν δεκτές οι ακόλουθες παραδοχές. Σε αντίθεση με όσα προβάλλει, όλως αορίστως η προσφεύγουσα και όπως ήδη εκτέθηκε ανωτέρω στη σκέψη 17 της παρούσας, απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί εκ μέρους οικονομικού φορέα που βάλλουν κατά όρων του διαγωνισμού, μεταξύ αυτών και της μεθόδου που έχει χρησιμοποιήσει η αναθέτουσα αρχή, βάσει του άρθρου 6 του Ν. 4412/2016, προκειμένου να υπολογίσει την εκτιμώμενη αξία της προς ανάθεση σύμβασης, όταν μέσω των επικαλούμενων αιτιάσεων, επιχειρείται απλά και μόνο, να προδιαγραφούν οι όροι διεξαγωγής του διαγωνισμού και προφανώς, μεταξύ αυτών και ο προϋπολογισμός της σύμβασης, με βάση τις υποκειμενικές συνθήκες άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας ενός εκάστου οικονομικού φορέα. Υπό τις ανωτέρω περιστάσεις, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα επιχειρεί να προδιαγράψει τους όρους διεξαγωγής του διαγωνισμού, σύμφωνα με τις υποκειμενικές συνθήκες άσκησης της επαγγελματικής της δραστηριότητας, στον βαθμό που χωρίς να προβάλλει με ορισμένους ισχυρισμούς παραβίαση διατάξεων αναγκαστικού δικαίου ή/και ότι ο σχεδιασμός του προϋπολογισμού της αξίας της σύμβασης έχει γίνει εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, με σκοπό να καταστρατηγηθούν οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 ή κάποιον ισχυρισμό ότι συντρέχει περίπτωση ανεπίτρεπτης κατάτμησης του αντικειμένου της σύμβασης, δεν τεκμηριώνει με ποιο τρόπο, καθίσταται άνευ ετέρου δυσχερής ή/και αδύνατη η υποβολή εκ μέρους της νόμιμης οικονομικής προσφοράς στον επίμαχο διαγωνισμό. Άλλωστε, ούτε και η ίδια η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο προϋπολογισμός της προκηρυχθείσας σύμβασης δεν επαρκεί για να καλύψει το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, αλλά αντιθέτως, επικαλείται όλως αορίστως ότι καθίσταται εκ μέρους οιοδήποτε οικονομικού φορέα, αδύνατη η υποβολή νόμιμης οικονομικής προσφοράς, καθώς μετά τον υπολογισμό του ελάχιστου εργατικού κόστους για το απαιτούμενο προσωπικό που θα απασχοληθεί στην εν λόγω σύμβαση, το ποσό που απομένει δεν επαρκεί για την κάλυψη των λοιπών κονδυλίων που συνθέτουν την οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, ήτοι του διοικητικού κόστους, του κόστους αναλωσίμων

υλικών, του εργολαβικού κέρδους, των νομίμων υπέρ τρίτων και Δημοσίου κρατήσεων και της παρακράτησης φόρου 8%. Ωστόσο, από κανένα σημείο της υπό κρίση προσφυγής της δεν στοιχειοθετείται ούτε όμως και προσκομίζει η προσφεύγουσα κάποιο επαρκές στοιχείο, προκειμένου να τεκμηριώσει, πέραν των όποιων υποκειμενικών εκ μέρους της κρίσεων, ότι πράγματι η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, παραβιάζει αναγκαστικού δικαίου διατάξεις ή ότι προσκρούει σε θεμελιώδεις αρχές κατάρτισης του προϋπολογισμού της σύμβασης, όπως απορρέουν από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής των δημοσίων διαγωνισμών, καθιστώντας απαγορευτική την υποβολή νόμιμων οικονομικών προσφορών, όπως επί παραδείγματι, ότι εξαιτίας της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, θα υποχρεωθούν οι προσφέροντες να υποβάλλουν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές (πρβλ. και την υπ' αριθμ. *****, της οποίας συμπεράσματα ήταν τα ακόλουθα: *«Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων αλλά και την σχετική νομολογία που παρετέθη, προκύπτουν συνεπώς τα ακόλουθα:*

α.- *δεν προβλέπεται σε κάποια διάταξη νόμου το εύλογο, αριθμητικά, ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής υπηρεσιών φύλαξης ή/και καθαριότητας.*

β. - *ο προσφέρων οικονομικός φορέας (εταιρείες φύλαξης / καθαριότητας) είναι αυτός που υποχρεούται να περιλάβει στην προσφορά του ένα εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους, αναλωσίμων καθώς και εργολαβικού κέρδους, το οποίο θα κρίνεται από την κοινή πείρα και λογική.*

γ.- *σε κάθε περίπτωση που η Α.Α. διαπιστώσει ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, οφείλει να καλέσει εγγράφως τον διαγωνιζόμενο να αιτιολογήσει το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς του, και αν κρίνει, εν όψει των υποβληθεισών εξηγήσεων και υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες της διενεργούμενης διαδικασίας, ότι οι εξηγήσεις αυτές είναι ανεπαρκείς, να την απορρίψει ως απαράδεκτη.). Σε κάθε περίπτωση, αποτελεί ένα απόλυτα υποκειμενικό και μη δυνάμενο να καθορισθεί αντικειμενικά και με ασφάλεια εκ των προτέρων, κριτήριο, το οποίο συνδέεται αποκλειστικά με τον εκάστοτε οικονομικό φορέα και τον τρόπο που έχει αυτός καταστρώσει την άσκηση της επιχειρηματικής του δραστηριότητας, η μέθοδος που θα επιλέξει ο τελευταίος να*

διαχειριστεί το εύλογο διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων υλικών και το εργολαβικό κέρδος του, μετά τον υπολογισμό των ανελαστικών οικονομικών υποχρεώσεών του, εντός των πλαισίων μιας εκτελούμενης σύμβασης, όπως πηγάζει από αναγκαστικού δικαίου διατάξεις του εργατικού δικαίου. Συναφώς, κατόπιν πλήρους επισκόπησης του φακέλου της υπόθεσης και σύμφωνα με την ανωτέρω απόφαση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σχετικά με τον υπολογισμό των εύλογου διοικητικού κόστους στους δημόσιους διαγωνισμούς καθαριότητας/φύλαξης, προκύπτουν χαρακτηριστικά τα εξής: «[...]. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων (ενν. Το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013), συνάγεται ότι στους διαγωνισμούς για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης και καθαριότητας, πρέπει να υπολογίζεται στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων (εργολάβων), πέραν των λοιπών, και ένα εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, του εργολαβικού τους κέρδους καθώς και των αναλωσίμων.

[...]. Με δεδομένο ότι ο νόμος δεν καθορίζει σε κάποια διάταξή του το διοικητικό κόστος που θεωρείται εύλογο στους σχετικούς διαγωνισμούς, δεν κρίνεται σκόπιμο και οι αναθέτουσες αρχές στις διακηρύξεις που συντάσσουν για διαγωνισμούς υπηρεσιών φύλαξης ή/και καθαριότητας να αναγράφουν ως εύλογο συγκεκριμένο ποσοστό διοικητικού κόστους. Και τούτο και λόγω του ότι με τον τρόπο αυτό καθοδηγείται ο ανταγωνισμός, αλλά και διότι «ο προσδιορισμός εύλογου διοικητικού και εργολαβικού κέρδους για την παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών ανάγεται στον τρόπο άσκησης της επιχειρηματικής δραστηριότητας της παρεμβαίνουσας η οποία διαμόρφωσε την οικονομική προσφορά της κατά την ελεύθερη κρίση της, αναλαμβάνοντας και το βάρος του επιχειρηματικού κινδύνου κατά τη διαμόρφωση της τιμής της προσφοράς της» (ΔΕΛ 19/2011). Τα κόστη δηλ αυτά εξαρτώνται από την φύση και το μέγεθος της συγκεκριμένης σύμβασης, το μέγεθος, τις συνθήκες οργάνωσης και τις δυνατότητες εκάστου προσφέροντος κλπ. Επιπλέον, με δεδομένο ότι η συντριπτική πλειοψηφία των διαγωνισμών για υπηρεσίες καθαριότητας ή φύλαξης διενεργείται επί τη βάση του κριτηρίου ανάθεσης αυτού της χαμηλότερης τιμής, οι διαγωνιζόμενες εταιρείες (εργολάβοι) καταβάλουν κάθε

Αριθμός Απόφασης: 1678/2020

δυνατή προσπάθεια συμπίεσης του λειτουργικού κόστους εκτέλεσης του έργου που αναλαμβάνουν. Φυσικά κατά τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης κατά το άρθρο 8 του ΠΔ 60/07, έχουν εκτιμηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή όλες οι σχετικές παράμετροι (εργατικό κόστος, εκτιμώμενο διοικητικό κόστος, αναλώσιμα, εργολαβικό κέρδος κλπ).».

20. Επειδή, ακολούθως, όπως έχει κριθεί και από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 957/2020), προκύπτει από τα διαλαμβανόμενα στην ανωτέρω απόφαση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., αλλά και τη σχετική διάταξη του Ν. 3863/2010, καίτοι αναγνωρίζεται πράγματι ο υποχρεωτικός χαρακτήρας του υπολογισμού ενός εύλογου διοικητικού κόστους και μάλιστα σε ξεχωριστό κονδύλι της υποβαλλόμενης προσφοράς του υποψηφίου, στους διαγωνισμούς φύλαξης και καθαριότητας, εντούτοις ο νόμος δεν καθορίζει ένα αντικειμενικό και οριζόντια εφαρμοζόμενο κριτήριο υπολογισμού του εύλογου διοικητικού κόστους. Αντιθέτως, καταλείπει την πρωτοβουλία και τα μέσα υπολογισμού του στον ίδιο τον προσφέροντα, ο οποίος στηριζόμενος σε όλως υποκειμενικά κριτήρια που σχετίζονται με τη φύση και το μέγεθος της σύμβασης, το μέγεθος, τις συνθήκες οργάνωσης και τις δυνατότητες εκάστου προσφέροντος, την επιχειρηματική του πολιτική, κλπ. οφείλει να προβεί στον υπολογισμό του εύλογου διοικητικού κόστους, συμπιέζοντας μάλιστα στους καθαρά μειοδοτικούς διαγωνισμούς, με κριτήριο κατακύρωσης αποκλειστικά την χαμηλότερη τιμή, όπως εν προκειμένω, το λειτουργικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης που αναλαμβάνουν. Κατά συνέπεια, το μοναδικό κριτήριο για την ορθότητα και την αλήθεια των υπολογισμών του κάθε υποψηφίου οικονομικού φορέα, είναι να καθίσταται ελέγξιμο και επαληθεύσιμο από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής. Έχει δε κριθεί νομολογιακά ότι στο εργοδοτικό κόστος προστίθεται υποχρεωτικά και το αναγκαίο επιπλέον κόστος παροχής της υπηρεσίας. Τούτο δε ευλόγως, ώστε να αποτρέπεται αφενός η έμμεση καταστρατήγηση της επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς υποχρεώσεως του αναδόχου να προσφέρει τιμή, η οποία καλύπτει πραγματικά και όχι πλασματικά το κόστος των αμοιβών και της ασφάλισεως του προσωπικού και αφετέρου της επίσης επί ποινή

αποκλεισμού τιθέμενης υποχρέωσης του να μην εφαρμόζει πολιτική τιμών κάτω του πραγματικού κόστους (ΕΑ ΣτΕ 1255/2009). Ομοίως, έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ 328/2013 και 198/2013) ότι η οικονομική προσφορά διαγωνιζόμενου σε συμβάσεις υπηρεσιών φύλαξης ή/και καθαριότητας δεν μπορεί, κατά κοινή αντίληψη, να συντίθεται μόνο από το κόστος της μισθοδοσίας του προσωπικού που θα ασχοληθεί στην παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών, αλλά θα πρέπει να περιλαμβάνει και το λειτουργικό (διοικητικό) κόστος, καθώς επίσης και να καταλείπει και κάποιο περιθώριο κέρδους, ώστε να μην θέτει σε κίνδυνο την εκτέλεση της σχετικής σύμβασης (****). Αντίστοιχα, έχει κριθεί από το Ελεγκτικό Συνέδριο (ΕΛΣυν 1068/2018) ότι κατά την έννοια των σχετικών διατάξεων, στις διακηρύξεις των δημόσιων διαγωνισμών για την παροχή υπηρεσιών καθαρισμού, ζητείται από τους συμμετέχοντες να εξειδικεύουν στην προσφορά τους τα στοιχεία που συνθέτουν το προσφερόμενο από αυτούς τίμημα (στοιχεία α΄ έως στ΄ της παρ. 1 του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010), ώστε να καθίσταται ελέγξιμο το ύψος της οικονομικής προσφοράς σε σχέση με το αντικείμενο της υπηρεσίας, προκειμένου, ακολούθως, να ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή ότι διασφαλίζονται τα εργασιακά και ασφαλιστικά δικαιώματα των εργαζομένων στις εταιρείες που παρέχουν τις υπηρεσίες αυτές (ΕΛΣυν Τμ. VI 4712/2015). Επιπλέον, η προαναφερθείσα απόφαση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., καταλήγει ότι: *«Επομένως, οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαριότητας (και φύλαξης) στην προσφορά τους, κατά την ρητώς εκπεφρασμένη με τις διατάξεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/10 βούληση του νομοθέτη, «...πρέπει να υπολογίζουν εύλογο - και κατά συνεκδοχή ελέγξιμο από τις αναθέτουσες αρχές, με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής και τις παρεχόμενες από τις προσφέρουσες εταιρείες εξηγήσεις (πρβλ. ΣτΕ 198/2013, Δ. Εφ. Θεσσαλ. 344/2012), ποσοστό διοικητικού κόστους και εργολαβικού κέρδους» (ΕΛΣυν Τμ. IV 150/2014). Επιπλέον, το κόστος αμοιβής των εργαζομένων επιβάλλεται να μην υπολείπεται του οριζόμενου στην οικεία συλλογική σύμβαση εργασίας ή στην εθνική γενική συλλογική σύμβαση εργασίας, ενώ το ποσοστό του διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών των προσφερόντων πρέπει να είναι όχι μηδαμινό, η δε προσφορά θα πρέπει επιπλέον να ενσωματώνει και ένα*

εύλογο και όχι μηδαμινό ποσοστό αναλώσιμων, εργολαβικού κέρδους καθώς και τις νόμιμες κρατήσεις (ΔεφΘεσσαλ 339/2013).». Όπως άλλωστε προκύπτει συμπερασματικά και από την ίδια την απόφαση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. αφενός δεν προβλέπεται σε κάποια διάταξη νόμου το εύλογο, αριθμητικά, ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής υπηρεσιών φύλαξης ή/και καθαριότητας και αφετέρου ο προσφέρων οικονομικός φορέας στις περιπτώσεις διαγωνισμών για παροχή υπηρεσιών φύλαξης/καθαριότητας είναι αυτός που υποχρεούται να περιλάβει στην προσφορά του ένα εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους, αναλωσίμων καθώς και εργολαβικού κέρδους, το οποίο θα κρίνεται από την κοινή πείρα και λογική. Εξάλλου, δεν απέδειξε πέραν πάσης αμφιβολίας η προσφεύγουσα, όπως διατείνεται η αναθέτουσα αρχή, ότι οι υπολογισμοί της τελευταίας για υποβολή νόμιμων οικονομικών προσφορών από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς σε σχέση με το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, τις προβλεπόμενες νόμιμες κρατήσεις, το κόστος αναλωσίμων, το εύλογο διοικητικό κόστος ανάληψης της σύμβασης, κλπ., σε αντίθεση με τα διαλαμβανόμενα στην κρινόμενη προσφυγή, δεν βασίστηκαν στις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Κατά συνέπεια, δεν απεδείχθη, με βάση τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ότι η αναθέτουσα αρχή πράγματι δεν έχει συνυπολογίσει και συμπεριλάβει κατ' αναλογία τόσο το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, τις προβλεπόμενες νόμιμες κρατήσεις, το κόστος αναλώσιμων υλικών, αλλά και το εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους, τα οποία κατά την ίδια, δεν καλύπτονται από τον προϋπολογισμό της σύμβασης, όπως όλως αορίστως διατείνεται η προσφεύγουσα (πρβλ. και ΔεφΑθ 248/2018). Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να συναχθεί με βεβαιότητα η προβαλλόμενη αιτίαση κατά του προϋπολογισμού της σύμβασης και ως εκ τούτου, ο εξεταζόμενος λόγος πάσχει πρωτευόντως αοριστίας.

21.Επειδή άλλωστε, όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, στο αυτό συμπέρασμα συνηγορεί και η ίδια η απόφαση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία αναφέρει ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να λαμβάνει υπόψη την τρέχουσα περίοδο δημοσιονομικής κρίσης αλλά και το ότι το εργοδοτικό όφελος δεν είναι

Αριθμός Απόφασης: 1678/2020

πάντα δυνατόν να αποτιμηθεί χρηματικά μέσα στα στενά όρια μιας οικονομικής προσφοράς, με την επιφύλαξη ότι πρέπει να προσκομίζονται από τις διαγωνιζόμενες εταιρείες εμπειριστατωμένα στοιχεία, τα οποία να ερείδονται σε συγκεκριμένα δεδομένα, ώστε να εξαχθεί μια ασφαλής αξιολογική κρίση (ΔεφΘεσσαλ 873/2012). Συνεπώς δεν θα έπρεπε να συνιστά επαρκή δικαιολογία από μόνη της, για μηδαμινές λειτουργικές δαπάνες ή ασήμαντα ποσά κέρδους, η επίκληση της οικονομικής κρίσης ούτε το ότι κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού είναι η χαμηλότερη τιμή (ΔεφΠειρ 50/2013 (Ασφ.), ΕΑ ΣτΕ 1079/2009 και ΔΕφΑθ 795/2012). Πρέπει λοιπόν, η αναθέτουσα αρχή να προβαίνει σε ουσιαστική και όχι τυπική διερεύνηση του εύλογου διοικητικού κόστους και του προσδοκώμενου εργολαβικού κέρδους, όπως αυτό αποτυπώνεται στο περιεχόμενο των προσφορών των υποψηφίων οικονομικών φορέων. Σύμφωνα άλλωστε με πάγια νομολογιακή προσέγγιση, όπως εκτέθηκε και ανωτέρω στη σκέψη 20, το εργολαβικό κέρδος δεν δύναται να θεωρηθεί εύλογο μόνο όταν αυτό είναι σχεδόν μηδενικό και δεν αφήνει κανένα περιθώριο κέρδους, κατά τρόπο ώστε να θέτει σε κίνδυνο την εκτέλεση της σχετικής συμβάσεως (ΕΑ ΣτΕ 675/2002, 272/2008, 1257, 1262, 1297 και 1299/2009, 970/2010, 328/2013, 104/2018). Περαιτέρω, όπως έχει νομολογηθεί εκτός του ότι με τη διακήρυξη του διαγωνισμού δεν ορίζεται ένα προκαθορισμένο ποσό ή κάποιο ελάχιστο αποδεκτό ποσοστό διοικητικού κόστους, ο προσδιορισμός έστω και μικρού σχετικά διοικητικού κόστους, για την παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών ανάγεται στον τρόπο άσκησης της επιχειρηματικής δραστηριότητας του εκάστοτε υποψηφίου, η οποία δύναται να διαμορφώσει την οικονομική του προσφορά κατά την ελεύθερη κρίση του, αναλαμβάνοντας τον επιχειρηματικό κίνδυνο κατά τη διαμόρφωση της τιμής της προσφοράς του και δεν παραβιάζει άνευ ετέρου τους κανόνες του ανταγωνισμού. Εξάλλου, το γεγονός ότι κάποιος διαγωνιζόμενος έχει καταρτίσει την οικονομική του προσφορά κατά τρόπο, που ενδεχομένως δεν συμπίπτει με τον τρόπο που αξιολογεί την προσφορά του άλλος ανταγωνιστής του, χωρίς όμως να αποκλίνει από τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, γεγονός που σε κάθε περίπτωση, δεν αποδείχτηκε από τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας εν προκειμένω, δεν

σημαίνει άνευ άλλου τινός ότι η αποτύπωση και ο υπολογισμός της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης πάσχει ή την καθιστά άνευ ετέρου, ακυρωτέα, καθ' όσον η διαφοροποίηση, επ' ωφελεία του προσφέροντας, του τρόπου υπολογισμού του κόστους, ανάγεται στην ευχέρεια που διαθέτουν οι διαγωνιζόμενοι να οργανώνουν κατά τρόπο θεμιτό την επιχειρηματική τους δραστηριότητα για την κάλυψη των απαιτήσεων της διακήρυξης και να διαμορφώνουν κατάλληλα την οικονομική τους προσφορά, ενόψει μάλιστα και της φύσεως του διαγωνισμού, ως διαδικασίας της οποίας η έκβαση εξαρτάται ή επηρεάζεται ουσιωδώς από το ύψος των οικονομικών προσφορών (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 272/2008).

22. Επειδή, εξάλλου, προς επίρρωση των ανωτέρω επιχειρημάτων, για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού « *****, εκτιμώμενης αξίας έξι εκατομμυρίων χιλίων διακοσίων δεκατεσσάρων ευρώ και έντεκα λεπτών (6.001.214,11 €), πλέον Φ.Π.Α. 24%», με συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. *****, έχουν ήδη υποβληθεί 5 προσφορές, ενώ για το Τμήμα 2 του διαγωνισμού «*****, εκτιμώμενης αξίας εκατόν εβδομήντα εννέα χιλιάδων οκτακοσίων τριάντα οκτώ ευρώ και εβδομήντα ενός λεπτών (179.838,71 €), πλέον Φ.Π.Α. 24%», με συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.****, έχουν υποβάλλει προσφορά 3 υποψήφιοι οικονομικοί φορείς. Συγκεκριμένα, σε αντίθεση με τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα, υπέβαλαν προσφορές για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού, η εταιρεία «*****», η εταιρεία «*****», η εταιρεία «*****», η εταιρεία «*****» και η εταιρεία «*****», ενώ για το Τμήμα 2 του διαγωνισμού, η εταιρεία «*****», η εταιρεία «*****» και η εταιρεία «****», γεγονός που αποδεικνύει ότι, σε αντίθεση με τα αορίστως υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα, υπήρχε στην πραγματικότητα η δυνατότητα υποβολής οικονομικών προσφορών. Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος προσφυγής, κρίνεται εκτός από νόμω και ουσία αβάσιμος και ως αόριστος και πρέπει να απορριφθεί, ενώ γίνονται δεκτοί οι περὶ του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

23. Επειδή, σχετικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 18-22, υπό «*Η ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ*

ΔΕΝ ΕΠΑΡΚΕΙ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΤΗΣ ΠΑΡΑΚΡΑΤΗΣΗΣ ΦΟΡΟΥ 8% ΤΗΣ ΥΠΟ ΑΝΑΘΕΣΗ ΣΥΜΒΑΣΗΣ.

-

ΕΚ ΤΗΣ ΥΠΟ ΚΡΙΣΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΙ ΤΗΣ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑΣ ΠΟΥ ΔΙΕΠΕΙ ΤΟΝ ΥΠΟ ΚΡΙΣΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ Ο ΣΥΝΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΠΑΡΑΚΡΑΤΗΣΗΣ ΦΟΡΟΥ 8 % ΣΤΙΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΕΣ ΠΡΟΣΦΟΡΕΣ ΤΩΝ ΣΥΜΜΕΤΕΧΟΝΤΩΝ.

-

ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΠΟΣΟΥ 6.181.052,82 € ΠΛΕΟΝ Φ.Π.Α.», ο προσφεύγων οικονομικός φορέας αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται, ο όρος 2.4.4 της διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» (σελ. 64), όπως αναλύεται στα έγγραφα του διαγωνισμού, «[...].

Με βάση τις προβλεπόμενες από τη διακήρυξη με αριθμό **** τεχνικές προδιαγραφές εκτέλεσης του έργου, η προϋπολογισθείσα δαπάνη της διακήρυξης ποσού 6.181.052,82 € ΠΛΕΟΝ Φ.Π.Α. **ΔΕΝ ΕΠΑΡΚΕΙ ΟΥΤΕ ΚΑΝ για την κάλυψη της παρακράτησης φόρου (ποσοστού 8 % της προσφερόμενης τιμής, αφαιρουμένων των νόμιμων κρατήσεων), την οποία απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, να συνυπολογίζονται οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς στην υποβληθείσα προσφορά τους. [...].**

Από την ανωτέρω διατύπωση της διάταξης της διακήρυξης προκύπτει ότι στην τιμή προσφοράς του υποψηφίου αναδόχου πρέπει να περιλαμβάνονται, επί ποινή αποκλεισμού, οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, καθώς 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.

Επιπλέον, από τη διατύπωση του άρθρου 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013 προκύπτει ότι οι φορείς γενικής κυβέρνησης κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από 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 ποσοστού οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών.

Ωστόσο, εν προκειμένω η προϋπολογισθείσα δαπάνη ποσού 6.181.052,82 € πλέον Φ.Π.Α. δεν επαρκεί ούτε καν για την κάλυψη της απαίτησης παρακράτησης φόρου ποσοστού 8%.

Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς που επιθυμούν να συμμετάσχουν και να υποβάλλουν προσφορά στον υπό κρίση διαγωνισμό του ***** είναι υποχρεωμένοι να ενεργήσουν κατά παράβαση του νόμου, είτε υποβάλλοντας οικονομική προσφορά εντός της τεθείσας εκ της διακήρυξης προϋπολογισθείσας δαπάνης, η οποία όμως θα υπολείπεται του ελαχίστου νόμιμου εργατικού κόστους, του νόμιμου ποσού κρατήσεων υπέρ Τρίτων και Δημοσίου και της Παρακράτησης Φόρου 8 % και δεν θα επαρκεί για την πλήρη κάλυψη κάθε κόστους εκτέλεσης της σύμβασης (π.χ. Διοικητικό κόστος, κόστος αναλωσίμων υλικών, εργολαβικό κέρδος) είτε υποβάλλοντας προσφορά που θα καλύπτει το εν λόγω κόστος, η οποία όμως θα τίθεται εκποδών του διαγωνισμού, λόγω υπέρβασης της προϋπολογιζόμενης δαπάνης.

Επειδή κατά την υπ' αριθμ. 178/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ (σημειωτέον ότι αφορά όμοια προηγούμενη με αρ. ***** για τη φύλαξη του **** που περιέχει ίδιους όρους ως προς το εν λόγω ζήτημα με την υπό κρίση διακήρυξη ****), καθώς και την απόφαση ΑΕΠΠ 178/2020 με την οποία κρίθηκε ότι έπρεπε να απορριφθεί οικονομική προσφορά που δεν είχε συμπεριλάβει την παρακράτηση φόρου 8% (επισυνάπτεται και η απόφαση ***** με την ΑΕΠΠ 178/2020), επιβάλλεται στους διαγωνιζόμενους του επίδικου διαγωνισμού να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013 (Δ.Εφ.Αθ. 373/2019, 126/2019, αναφορικά με διακηρύξεις με όρους ίδιους με αυτούς της διέπουσας τον υπό εξέταση διαγωνισμό). Η υποχρέωση αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση των υπηρεσιών και

υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με τη διακήρυξη, κατ' αρχήν, σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (πρβλ. ΣτΕ 563/2008 σκ. 4, ΕΑ ΣτΕ 446/2009, 840/2008).

Επειδή, κατά τα διαλαμβανόμενα στις υπ' αριθμ. 1456/2019 και 1457/2019 αποφάσεις της ΑΕΠΠ, η διακήρυξη με σαφήνεια όρισε ότι το προσφερόμενο τίμημα πρέπει να είναι σαφές, μονοσήμαντο και να καλύπτει κάθε είδους κράτηση, μεταξύ των οποίων και η κράτηση φόρου εισοδήματος επί του εντάλματος πληρωμής, σύμφωνα με την παραπομπή της διακήρυξης στις διέπουσες την παροχή του αναδόχου φορολογικές διατάξεις και τη διέπουσα τη διαχείριση δημοσίων πληρωμών και την έκδοση αντιστοίχων ενταλμάτων και τη νομιμότητα των δημοσίων δαπανών (που μεταξύ άλλων θα πρέπει κατά την εκκαθάριση τους να διενεργούνται οι οικείες κρατήσεις) νομοθεσία. Η υποχρέωση αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση των υπηρεσιών και υπαγορεύεται από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ασάφειας κατά τη σύνταξη οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας καθιστά την προσφορά απαράδεκτη (πρβλ. ΣτΕ 563/2008 σκ. 4, ΣτΕ ΕΑ 446/2009, 840/2008). **Εξάλλου, για τη θέσπιση της ως άνω υποχρέωσης δεν ήταν αναγκαίο να περιληφθεί στο συνημμένο στη διακήρυξη ΕΝΤΥΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ, ειδικό πεδίο προς συμπλήρωση ή ειδική μνεία για το ως άνω ποσοστό 8%, καθόσον αρκούσε προς τούτο το ενιαίο για όλες τις κρατήσεις επιβαρύνσεις, ανεξαρτήτως είδους ή ποσοστού κάθε μίας από αυτές, πεδίο ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ εντός του οικείου Εντύπου Οικονομικής Προσφοράς (χωρίς ουδόλως η διακήρυξη να εμποδίσει τη συμπερίληψη των νομίμων κρατήσεων εντός του ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ ή τον διαχωρισμό του κονδυλίου αυτού σε υποκονδύλια), κατά τα διαλαμβανόμενα στο άρ. 9 της διακήρυξης, ενώ εξάλλου ήταν υποχρεωμένοι να υποβάλουν κατά την ίδια πρόβλεψη της διακήρυξης και ανάλυση οικονομικής προσφοράς, στην οποία θα έπρεπε να υπολογίσουν, μεταξύ άλλων και νόμιμες κρατήσεις,**

Αριθμός Απόφασης: 1678/2020

την οποία ανάλυση πάντως ήταν ελεύθεροι να συντάξουν καθ' οιονδήποτε τρόπο που είναι ικανός να καλύψει τις απαιτήσεις της διακήρυξης, χωρίς ουδόλως εκ των όρων της διακήρυξης ή του παραπάνω ΕΝΤΥΠΟΥ να προκύπτει ότι νομίμως θα μπορούσε να μην έχει υπολογιστεί η ως άνω παρακράτηση φόρου, απορριπτομένου κάθε περί του αντιθέτου αιτίαση της αναθέτουσας και των παρεμβαινόντων (βλ. ΔΕφΑΘ ΙΒ Μον 25/2019 αναστέλλουσα την Απόφαση ΑΕΠΠ 1063/2018 που δέχθηκε ισχυρισμούς αντίστοιχους με τους προβαλλόμενους εν προκειμένω εκ των παρεμβαινόντων και βλ. και ΔΕφΑΘ 126/2019 και Απόφαση ΑΕΠΠ 135/2019 που επικυρώθηκε δι' αυτής και βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 1029/2019).

Επειδή **στην υπ' αριθμ. **** για την «*****»,** στον όρο 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών, στη σελίδα 47 της εν λόγω διακήρυξης ορίζεται ρητώς ότι:

«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.»

Επομένως, **χρησιμοποιείται η ίδια ακριβώς διατύπωση με αυτήν που χρησιμοποιείται στην υπό κρίση με αριθμ. ******* όσον αφορά το ζήτημα των επιβαρύνσεων που πρέπει να περιλαμβάνονται στις προσφορές των υποψηφίων αναδόχων.

Στο πλαίσιο δε του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. **** ασκήθηκε η από 19.12.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1560/19.12.2019 προδικαστική προσφυγή, η οποία έγινε δεκτή με την υπ' αριθμ. 178/2020 απόφαση του 5ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

Σύμφωνα δε με την υπ' αριθμ. 178/2020 ΑΕΠΠ, όπως προεκτέθηκε ανωτέρω, κρίθηκε ότι έπρεπε να απορριφθεί οικονομική προσφορά που δεν είχε συμπεριλάβει την παρακράτηση φόρου 8 %.

Μάλιστα, δέον να σημειωθεί ότι με την με Αρ. Κεντρ. Πρωτ.: ***** ακαδ.***** αποφασίστηκε η συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 178/2020 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών.

Εκ των ανωτέρω εκτεθέντων προκύπτει ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς οφείλουν, επί ποινή αποκλεισμού, να συνυπολογίσουν την παρακράτηση φόρου 8% στην υποβληθείσα προσφορά τους. Ωστόσο, η **προϋπολογισθείσα δαπάνη της υπό κρίση διακήρυξης ποσού 6.181.052,82 € πλέον Φ.Π.Α. ΔΕΝ ΕΠΑΡΚΕΙ** ούτε καν για την κάλυψη της απαίτησης παρακράτησης φόρου ποσοστού 8%.

Για αυτόν το λόγο, **οι υποψήφιοι ανάδοχοι είναι υποχρεωμένοι να ενεργήσουν κατά παράβαση του νόμου, είτε υποβάλλοντας οικονομική προσφορά εντός της τεθείσας εκ της διακήρυξης προϋπολογισθείσας δαπάνης, η οποία όμως θα υπολείπεται του ελαχίστου νόμιμου εργατικού κόστους, του νόμιμου ποσού κρατήσεων υπέρ Τρίτων και Δημοσίου και της Παρακράτησης Φόρου 8 % και δεν θα επαρκεί για την πλήρη κάλυψη κάθε κόστους εκτέλεσης της σύμβασης (π.χ. Διοικητικό κόστος, κόστος αναλωσίμων υλικών, εργολαβικό κέρδος) είτε υποβάλλοντας προσφορά που θα καλύπτει το εν λόγω κόστος, η οποία όμως θα τίθεται εκποδών του διαγωνισμού, λόγω υπέρβασης της προϋπολογιζόμενης δαπάνης.**

Συνεπώς, με την ως άνω μη νόμιμη τεθείσα προϋπολογισθείσα δαπάνη της διακήρυξης είναι σαφής και αναμφισβήτητη η παραβίαση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας καθώς συνάμα και των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού, της διαφάνειας, της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. [...].», σύμφωνα και με την εκτενή ανάλυση που παραθέτει στις οικείες σελίδες της προσφυγής του. Επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, ισχυρίζεται ότι: «[...] Γ. Ως προς το ζήτημα συνυπολογισμού ή μη της παρακράτησης φόρου 8%, σύμφωνα με πρόσφατη νομολογία της οποίας παραθέτουμε 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 αίτηση της προδικαστικής προσφυγής με την προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π».

Επισημαίνεται ότι η ΑΕΠΠ (μετά την έκδοση της υπ.αριθ. 178/24.01.2020 απόφασής της την οποία επικαλείται ο προσφεύγων) ακολούθησε, μετά τη δημοσίευση της ανωτέρω απόφασης ΔιοικΕφΑθ1268/20.06.2020 έχει ήδη ακολουθήσει τη στροφή της νομολογίας καθώς στην υπ.αριθ. 881/31.07.2020 απόφασή της (σκέψη 29 και σκέψη 30) αναγράφονται τα ακόλουθα:

«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...».

Επιπλέον των ανωτέρω στο άρθρο της διακήρυξης 2.4.4. «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών», αναφέρεται:

«...Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης..

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

Άλλωστε, στο υπόδειγμα της οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος III της διακήρυξης, το οποίο αποτελεί δεσμευτική αναλυτική διάταξη, δεν υπάρχει πεδίο που να αναφέρεται στο εν λόγω ποσοστό.

Σύμφωνα με το υπόδειγμα Παράρτημα III ΠΙΝΑΚΕΣ ΑΝΑΛΥΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ, Πίνακας 1 καθώς και οι προϋποθέσεις που ορίζονται στο άρθρο 2.4.4. «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» της αριθ. **** Διακήρυξης δεν υπάρχει σε κανένα σημείο η αναφορά για την υποχρέωση των υποψηφίων να συμπεριλάβουν στην οικονομική τους προσφορά το ποσοστό παρακράτησης φόρου, ούτε κάτι τέτοιο μπορεί με σαφήνεια να εξαχθεί από την αναφορά στο πεδίο του πίνακα «κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων» ότι με αυτόν το τίτλο νοείται και η υποχρέωση αναφοράς της εν λόγω παρακράτησης. (Απόφαση ΑΕΠΠ 1063/2018).[...].

Αριθμός Απόφασης: 1678/2020

Εν κατακλείδι, η Αναθέτουσα αρχή ενήργησε καλώς και σύμφωνα με τα κατά το νόμο οριζόμενα, κατά συνέπεια οι λόγοι της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.».

24. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, πρέπει να γίνουν δεκτές οι ακόλουθες παραδοχές. Όπως βάσιμα διατείνεται η αναθέτουσα αρχή, αλλά και συνάγεται σαφέστατα και πέραν πάσης αμφιβολίας, από τον συνδυασμό των οριζόμενων στην παρ. 2.4.4, την παρ. 5.1.2 και το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ με τίτλο «Πίνακες Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς (Ειδικές Απαιτήσεις Οικονομικής Προσφοράς)» της διακήρυξης, ενόψει και των κριθέντων από τη νομολογία, όπως προσκομίζεται σχετικά μετ' επικλήσεως, η ΔΕΦΑΘ 1268/2020, δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί βάσιμος ο κρινόμενος δεύτερος λόγος προσφυγής, καθώς η ίδια η διακήρυξη, δεν προβλέπει σε κανένα σημείο αυτής ότι για τον νόμιμο υπολογισμό της οικονομικής προσφοράς των υποψηφίων, θα πρέπει να συνυπολογιστεί και η επίμαχη παρακράτηση φόρου 8% βάσει του άρθρου 64 «Συντελεστές παρακράτησης φόρου» παρ. 2 του Ν. 4172/2013. Κατά συνέπεια, όπως έχει εξάλλου κριθεί και από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 881/2020 και 1407/2020), ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, τόσο η νομολογία όσο και οι ρητές και απερίφραστες προβλέψεις των υπό κρίση όρων της διακήρυξης, σαφώς δεν περιλαμβάνουν την εν λόγω παρακράτηση φόρου 8% στον υπολογισμό για τον σχηματισμό της οικονομικής προσφοράς εκάστου υποψηφίου, ενώ το αυτό συνομολογεί και η ίδια η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της. Ως εκ τούτου, ο εξεταζόμενος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτός ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

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

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 1 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 21 Δεκεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Γ. ΖΑΡΑΡΗ

Ελένη Α. ΛΕΠΙΔΑ