

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.12.2019 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1560/19.12.2019 της προσφεύγουσας «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ... ..., οδός ... αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. κεντρ. πρωτ. ... Απόφαση του ... Συμβουλίου (... Συνεδρίαση Ακαδημαϊκού Έτους 2019-2020 της 09.12.2019) του ..., με την οποία εγκρίθηκαν τα υπ' αριθμ. 1 και 2 Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το μέρος που με αυτήν, έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της διαγωνιζόμενης «...» (εφεξής «...») και αναδείχθηκε η τελευταία προσωρινή ανάδοχος, ως προσφέρουσα την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη, βάσει τιμής, προσφορά.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη του ..., προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός κάτω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης στο Συγκρότημα ...», για χρονικό διάστημα δέκα επτά (17) μηνών, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 101.630,11 € πλέον ΦΠΑ 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική

άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 12.11.2019 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., εξοφληθέν δύναμι του από 17.12.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς), ύψους 600,00€.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού (υπηρεσία), της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη Απόφαση κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 10.12.2019 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 19.12.2019, κοινοποιήθηκε, δε, στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, αυθημερόν.

5. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, δεδομένου ότι με την προσβαλλόμενη πράξη η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας κατετάγη δεύτερη, μετά την οικονομική προσφορά της μοναδικής συναγωνιζόμενης ..., η οποία αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος, κατά της οποίας βάλλει η προσφεύγουσα, επιδιώκοντας την ανάθεση της σύμβασης στην ίδια.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς την έτερη διαγωνιζόμενη ..., μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 20.12.2019, δεν ασκήθηκε, όμως, παρέμβαση.

7. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. ... έγγραφό της, που διαβιβάστηκε στις 30.12.2019 αφενός στην Α.Ε.Π.Π. μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και αφετέρου στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη του ..., προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός κάτω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης στο Συγκρότημα ...», για χρονικό διάστημα δέκα επτά (17) μηνών. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορές η προσφεύγουσα (προσφορά με α/α συστήματος 157997) και η διαγωνιζόμενη ... (προσφορά με α/α συστήματος 157500). Με την υπ' αριθμ. κεντρ. πρωτ. ... Απόφαση του ... Συμβουλίου (... Συνεδρίαση Ακαδημαϊκού Έτους 2019-2020 της 09.12.2019) του ..., εγκρίθηκαν τα υπ' αριθμ. 1 και 2 Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού και, αφού έγιναν αποδεκτές οι προσφορές αμφοτέρων των διαγωνιζομένων, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η διαγωνιζόμενη ..., ως προσφέρουσα την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη, βάσει τιμής, προσφορά, ύψους 95.880,00€ πλέον Φ.Π.Α., ενώ η προσφεύγουσα κατετάγη δεύτερη με οικονομική προσφορά ύψους 101.594,32€ πλέον Φ.Π.Α. Κατά της ως άνω απόφασης, κατά το μέρος που με αυτήν, έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της διαγωνιζόμενης ... και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος, ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή.

9. Επειδή, Στο άρθρο 2.4.4. «Περιεχόμενα Φακέλου “Οικονομική Προσφορά” / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» της διακήρυξης ορίζεται ότι «*Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης δηλ. την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής για το σύνολο των*

ζητούμενων υπηρεσιών και για το σύνολο του χρονικού διαστήματος παροχής υπηρεσιών των δέκα επτά (17) μηνών, ακολούθως προς το Υπόδειγμα - Πίνακας Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς της διακήρυξης: Ο πίνακας ανάλυσης οικονομικής προσφοράς Παράρτημα III αναρτάται στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ σε μορφή pdf ψηφιακά υπογεγραμμένο. Α. Τιμές. Η τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται σε ευρώ στο σύνολο των υπηρεσιών όπως περιγράφεται στο Παράρτημα III Πίνακες Ανάλυσης Οικονομικής Προσφορά, για το σύνολο του χρονικού διαστήματος παροχής υπηρεσιών των δέκα επτά (17) μηνών, ανεξαρτήτως αν στους Πίνακες περιλαμβάνεται και ανάλυση ανά μήνα. Μειοδότης θα αναδειχθεί ο συμμετέχων οικονομικός φορέας με την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής στο σύνολο των υπηρεσιών. ... 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%. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται. Η τιμή δίνεται σε ευρώ. Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται να τηρήσουν τις διατάξεις του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, ως τροποποιήθηκε και ισχύειΠρέπει επίσης να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. ... Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης δ) όσες υποβάλλονται από οικονομικούς φορείς οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα, σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ 4 του ν. 4412/2016. ...». Επίσης, στο άρθρο 2.4.6 «Λόγοι

απόρριψης προσφορών» της διακήρυξης, ορίζεται ότι «*Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) ...*». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 5.1.2 της Διακήρυξης «*Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., που αφορά στην παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) κράτηση ύψους 0,07% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ.3 του άρθρου 4 του Ν.4013/15-9-2011(Α'204), «(...) Για την κάλυψη των λειτουργικών αναγκών της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 375 παρ. 7 του Ν4412/2016. Επιπλέον υπάγεται με τέλος χαρτοσήμου 3 % επί της κράτησης 0,07 %. (Δ ΤΕΦ Α' 1087988 ΕΞ 2013/30-5-2013 έγγραφο της Γενικής Γραμματείας του Υπουργείου Οικονομικών) και ΟΓΑ χαρτοσήμου που υπολογίζεται με ποσοστό 20% επί του χαρτοσήμου. 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) κράτηση ύψους 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων, της αρχικής, καθώς και κάθε τροποποιητικής ή συμπληρωματικής σύμβασης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 350 παρ.3 του ν. 4412/2016 και την ΥΑ 31619 ΦΕΚ Β'969/22.03.2017 για την κάλυψη των λειτουργικών αναγκών της*

Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών. Επιπλέον υπάγεται με τέλος χαρτοσήμου 3 % επί της κράτησης 0,06 %. (Δ ΤΕΦ Α' 1087988 ΕΞ 2013/30-5-2013 έγγραφο της Γενικής Γραμματείας του Υπουργείου Οικονομικών) και ΟΓΑ χαρτοσήμου που υπολογίζεται με ποσοστό 20% επί του χαρτοσήμου, δ) με κάθε άλλη νόμιμη ασφαλιστική εισφορά και κράτηση υπέρ νομικών προσώπων ή άλλων οργανισμών η οποία κατά νόμο βαρύνει την Ανάδοχο. Επί του τιμολογίου του Αναδόχου γίνεται παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% για την παροχή υπηρεσιών (Άρθρο 55 παρ. 1 εδ. στ Ν. 2238/94, (ΦΕΚ 151/Α/94) όπως τροποποιήθηκε και ισχύει έως σήμερα) ...». Επίσης, στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ Πίνακες Ανάλυσης Οικονομικής Προσφορά (Ειδικές απαιτήσεις οικονομικής προσφοράς)» της Διακήρυξης περιλαμβάνεται «ΠΙΝΑΚΑΣ 1 - ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ - ΒΑΣΙΚΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΦΥΛΑΞΗΣ», με προς συμπλήρωση πεδία, μεταξύ των οποίων το πεδίο «Κρατήσεις υπέρ δημοσίου και τρίτων». Συναφώς, στο άρθρο 95 του ν.4412/2016 με τίτλο «Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται ότι: «1. Η οικονομική προσφορά (προσφερόμενη τιμή) δίδεται σε ευρώ. 2... 3.... 4.... 5. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: α) η τιμή του προς προμήθεια υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας.....». Τέλος, 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: αα) ... γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών».

10. Επειδή, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τα άρθρα 2.4.4, 2.4.6 και 5.1.2 της Διακήρυξης, προβάλλει ότι «Όπως προκύπτει από την ανάλυση του ΠΙΝΑΚΑ 1 της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «...», η προαναφερόμενη εταιρεία σε κανένα σημείο της οικονομικής προσφοράς της δεν έχει υπολογίσει την παρακράτηση φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, η οποία γίνεται υποχρεωτικά επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη, κατ' εφαρμογή του άρθρου 55 παρ. 1 εδ. στ' ν. 2238/1994 (όπως ισχύει). Η παραπάνω παράλειψή της, καθιστά την οικονομική της προσφορά μη νόμιμη, απαράδεκτη και ως εκ τούτου υποχρεωτικά απορριπτέα, βάσει της διακήρυξης, καθώς έρχεται σε αντίθεση με όρους της διακήρυξης, που έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, αλλά και με το άρθρο 68 ν. 3863/2010 ως ισχύει. Ειδικότερα, από τους όρους της επίμαχης διακήρυξης συνάγεται αφ' ενός μεν η επί ποινή αποκλεισμού υποχρέωση των προσφερόντων να συνυπολογίζουν στην προσφορά τους, μεταξύ άλλων, εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων και αφ' ετέρου δε η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής με κάθε πληρωμή να προβαίνει στην προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, η οποία βαρύνει τις προσφερόμενες υπηρεσίες, και την οποία άλλωστε ως επιβάρυνση στην προσφορά του οφείλει να συνυπολογίζει συνάμα προς τις λοιπές κρατήσεις ο εκάστοτε ανάδοχος της σύμβασης. Όπως δε έχει κατά πάγια νομολογία κριθεί και συνάδει με τα οριζόμενα στην οικεία διακήρυξη, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να συμπεριλαμβάνουν στην προσφερόμενη τιμή τόσο τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, όσο και κάθε άλλου είδους επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 8% παρακράτησης φόρου εισοδήματος. Και τούτο διότι, η υποχρέωση αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση της σύμβασης 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

3938/1999, Ε.Α. ΣτΕ 800, 256/2004, ΔΕφΑΘ 265/2016, 126/2019, ΑΕΠΠ 692,693/2019 ΑΕΠΠ σκ. 41-42). Με άλλα λόγια, από τη μη συμπερίληψη του παραπάνω ποσοστού 8%, ως προκαταβολή φόρου εισοδήματος, στην προσφερόμενη τιμή της εταιρείας «....» δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή της παροχής των υπηρεσιών της (η δε αυτή ασάφεια δεν δύναται να καλυφθεί παραδεκτά εκ των υστέρων). Αυτό συμβαίνει διότι η μη συμπερίληψη του ποσοστού 8% στην προσφερόμενη τιμή της μπορεί να έχει την έννοια ότι α) η ως άνω εταιρεία (εξ αντιδιαστολής προς το ότι ρητώς συμπεριέλαβε στην προσφερόμενη τιμή τις λοιπές υποχρεωτικές κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων συνολικού ποσού 148,24 ευρώ για 17 μήνες), δεν ήθελε να συμπεριλάβει στην οικονομική προσφορά της και το εν λόγω ποσοστό (8%), μπορεί όμως να έχει και την έννοια ότι β) η εν λόγω εταιρεία, παρά τη μη συμπερίληψη του ποσοστού 8% στην προσφερόμενη τιμή, θεωρεί και αποδέχεται ότι ισχύουν οι διατάξεις του σχετικού όρου της διακήρυξης και του νόμου, περί παρακράτησης φόρου επί της καθαρής αξίας κάθε τιμολογίου, και ότι συνεπώς το ποσοστό αυτό συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά της. Υπό την πρώτη εκδοχή (αν θεωρηθεί δηλαδή ότι το ως άνω ποσοστό 8% δεν συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά της), η προσφερόμενη τιμή της θα έπρεπε να προσαυξηθεί, κατά το ποσό, στο οποίο αντιστοιχείτο ποσοστό αυτό και συγκεκριμένα κατά ποσό 7.658,54 ευρώ (ήτοι 8% επί του ποσού των 95.731,76 ευρώ, το οποίο προκύπτει μετά την αφαίρεση των κρατήσεων ποσού 148,24 ευρώ από τη συνολική προσφερόμενη τιμή άνευ ΦΠΑ ποσού 95.880 ευρώ). Κατ' επέκταση, υπό την εκδοχή αυτή, θα αναδεικνυόμουν εγώ μειοδότηρια του διαγωνισμού, με τιμή προσφοράς 101.594,32 ευρώ, καθώς αν η ως άνω εταιρεία είχε συμπεριλάβει στην οικονομική της προσφορά (ως όφειλε) την ως άνω προσαύξηση, η προσφορά της θα ανερχόταν στο ποσό των 103.538,54 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Υπό τη δεύτερη εκδοχή, αν δηλαδή θεωρήσουμε ότι συμπεριλαμβάνεται σε κάποιο άλλο σημείο της οικονομικής προσφοράς της, και πάλι η προσφορά της είναι ασαφής και πλημμελής, καθώς από την ανάλυσή της δεν προκύπτει το πεδίο στο οποίο τυχόν έχει συνυπολογισθεί η παρακράτηση φόρου. Επειδή από τους προαναφερόμενους όρους της επίμαχης διακήρυξης

προκύπτει ότι επιβλήθηκε στους διαγωνιζόμενους η υποχρέωση να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, προς διασφάλιση, με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο, της αντικειμενικότητας στην ανάθεση της σύμβασης, η οποία υπαγορεύεται από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί, επίσης σύμφωνα με τη διακήρυξη, σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης. Επειδή παρά τη ρητή αυτή υποχρέωσή της, η εταιρεία «...», δεν συμπεριέλαβε στην προσφορά της το ποσοστό της παρακράτησης φόρου 8%, με αποτέλεσμα να μην προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή της παροχής των υπηρεσιών της. Επειδή η παρακράτηση φόρου αποτελεί εκ του νόσου πρόσθετη επιβάρυνση, επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου. Επειδή, η τυχόν αντίθετη άποψη της αναθέτουσας αρχής ότι η παρακράτηση φόρου 8% δε συνιστά νόμιμη κράτηση υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, καθώς αποτελεί προκαταβολή φόρου, που εμπίπτει στις φορολογικές υποχρεώσεις του αναδόχου και έχει προσωρινό χαρακτήρα είναι απορριπτέα ως πλημμελής και μη νόμιμη, αφού τυχόν ασάφεια της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζόμενου, ως προς την προσφερόμενη τιμή, η οποία μάλιστα δεν μπορεί να καλυφθεί, καθώς η προσφερόμενη τιμή παραμένει σταθερή και δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, έχει ως υποχρεωτική συνέπεια την απόρριψή της ως απαράδεκτη, κατά τα ρητώς οριζόμενα στις οικείες διατάξεις της διακήρυξης. Επειδή σε κάθε περίπτωση η προσφορά της εταιρείας «...», είναι απορριπτέα ως ιδιαίτερη χαμηλή, χωρίς αυτό να μπορεί να αιτιολογηθεί νόμιμα με κανένα τρόπο, καθώς από το γεγονός της παράλειψης συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου, ο οποίος ανέρχεται σε ποσό 7.658,54 ευρώ [ήτοι (95.580,00 ευρώ - κρατήσεις 148,24 ευρώ) X 8%], σε συνδυασμό με το προσφερόμενο από αυτή εργολαβικό κέρδος ποσού 1.020,00 ευρώ, προκύπτει αβίαστα ότι αυτή εμφανίζει ζημία, αντί για κέρδος, πράγμα το οποίο καθιστά εκ προοιμίου ζημιόγωνα την εκτέλεση της σύμβασης. ... Επειδή, βάσει των προαναφερομένων, η Επιτροπή του Διαγωνισμού όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, και με βάση τις αρχές της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης να

απορρίψει την προσφορά της εταιρείας «...», πράγμα το οποίο εσφαλμένα δεν έκανε, τουναντίον την ανέδειξε παράνομα προσωρινή μειοδότη.».

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της προβάλλει ότι «Αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι από τους όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι επιβλήθηκε στους διαγωνιζομένους η υποχρέωση να συμπεριλάβουν στην οικονομική τους προσφορά την παρακράτηση φόρου 8%, υποστηρίζουμε ότι το ποσοστό του φόρου εισοδήματος που αντιστοιχεί στο 8% της δημοπρατούμενης υπηρεσίας δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, αλλά φορολογική υποχρέωση της κάθε εταιρείας σε επόμενη διαχειριστική χρήση. 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 ΙΙΙ της διακήρυξης, το οποίο αποτελεί δεσμευτική αναλυτική διάταξη, δεν υπάρχει πεδίο που να αναφέρεται στο εν λόγω ποσοστό, αλλά ούτε ουδέποτε υπήρξε υποβολή ερωτήματος επ' αυτού ή προσφυγή κατά της διακήρυξης από τους συμμετέχοντες για το λόγο τούτο. Κατά συνέπεια τεκμαίρεται η πλήρης αποδοχή των όρων της διακήρυξης. Σύμφωνα με το υπόδειγμα Παράρτημα ΙΙΙ 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. 11/2019 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). Επίσης το υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος III είναι δεσμευτικό για τους συμμετέχοντες και συνεπώς δεν επιδέχεται αλλοίωσης ή τροποποίησης όπως πρόσθεση πεδίου όπως αυτό της παρακράτησης του φόρου. ... Αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι «...δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή της παροχής των υπηρεσιών της (η δε αυτή ασάφεια δεν δύναται να καλυφθεί παραδεκτά εκ των υστέρων)....», η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού έκρινε στο υπ' αριθμ. πρωτ.... Πρακτικό 2 «Αποσφράγιση και Αξιολόγηση Οικονομικών Προσφορών» αφού εξέτασε όλα τα επί μέρους στοιχεία της προσφοράς της εταιρείας «...» ότι αυτή καλύπτει όλους τους όρους της διακήρυξης, ήτοι τα στοιχεία του άρθρου 68 στοιχεία α' έως στ' του ν. 3863/2010 ως ισχύει, και την αποδέχτηκε. Όσον αφορά το δεύτερο λόγο της Προσφυγής, δηλαδή ότι η προσφορά της εταιρείας «...», είναι απορριπτέα ως ιδιαίτερα χαμηλή, η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού αφού εξέτασε αυτό το ενδεχόμενο προχώρησε στην αποδοχή της προσφοράς. ... Σύμφωνα με τα ανωτέρω η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης ενήργησε ορθά και στο πλαίσιο των όρων της Διακήρυξης και του ν. 4412/2016 όπως ισχύει και κατά συνέπεια οι λόγοι της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.».

12. Επειδή, με τις ανωτέρω διατάξεις 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).

13. Επειδή, περαιτέρω, κατά τα παγίως κριθέντα, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

14. Επειδή, όπως προκύπτει από τον Πίνακα 1 της οικονομικής προσφοράς της ..., το ποσοστό 8%, το οποίο θα έπρεπε να έχει συμπεριλάβει στην προσφορά της, ανέρχεται στο ποσό των 7.658,54€ [προστίθενται όλα τα λοιπά - πλην των δηλούμενων «Κρατήσεων υπέρ δημοσίου και τρίτων» και του Φ.Π.Α. – ποσά και επί του ποσού που προκύπτει υπολογίζεται το ποσοστό 8%: $43.085,92 + 14.627,31 + 26.928,68 + 8.358,46 + 680,00 + 1.031,39 + 1.020,00 = 95.431,76€ \times 8\% = 7.634,54€$. Συνακόλουθα προκύπτει σαφώς ότι στις «Κρατήσεις υπέρ δημοσίου και τρίτων» ύψους 148,24€ που έχει δηλώσει στην οικονομική της προσφορά η ..., δεν έχει συνυπολογίσει την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της συνομολογεί ότι η διαγωνιζόμενη ... δεν έχει συνυπολογιστεί στην οικονομική της προσφορά την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% που θα βαρύνει τις πληρωμές, σε περίπτωση που αυτή καταστεί ανάδοχος του επίδικου διαγωνισμού, ενώ η ως άνω διαγωνιζόμενη δεν άσκησε παρέμβαση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προς αμφισβήτηση του σχετικού ισχυρισμού της προσφεύγουσας. Κατόπιν των ανωτέρω, η συγκεκριμένη έλλειψη της προσφοράς της ... συνιστά ασάφεια ως προς την προσφερόμενη τιμή, εξαιτίας της οποίας αυτή είναι απορριπτέα (ad hoc Δ.Εφ. Αθ. 373/2019 σκ. 8), κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα. Οι προβαλλόμενοι, δε, ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με τους οποίους σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν υπάρχει η αναφορά για την υποχρέωση των υποψηφίων να συμπεριλάβουν στην οικονομική τους προσφορά το ποσοστό παρακράτησης φόρου είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι, καθώς, σύμφωνα με τα όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω στη σκ. 12, η

υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή το ποσοστό 8% παρακράτησης φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013, σαφώς απορρέει από τους όρους 2.4.4 και 5.1.2 της Διακήρυξης. Επίσης απορριπτέοι ως αβάσιμοι είναι και οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί μη υποχρέωσης των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν το ποσοστό 8% παρακράτησης φόρου εισοδήματος στην οικονομική τους προσφορά, διότι «*το ποσοστό του φόρου εισοδήματος που αντιστοιχεί στο 8% της δημοπρατούμενης υπηρεσίας δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, αλλά φορολογική υποχρέωση της κάθε εταιρείας σε επόμενη διαχειριστική χρήση*». Τούτο, διότι η φύση της ως άνω παρακράτησης, ως φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, δεν αναιρεί την υποχρέωση του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό να συμπεριλάβει τη συγκεκριμένη επιβάρυνση στην οικονομική προσφορά του, διακριτώς ή μη, όπως συνάγεται από τους όρους της διακήρυξης που προπαρατέθηκαν, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 95 παρ.5 α' του ν. 4412/2016 και 64 παρ.2 του ν.4172/2013 (ad hoc Δ.Εφ. Αθ. 373/2019 σκ. 8). Επίσης, ο χρόνος καταβολής της επίμαχης επιβάρυνσης, την οποία επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, όπως ορίζεται στις διατάξεις του φορολογικού δικαίου, ουδόλως αναιρεί τα ανωτέρω κριθέντα, ούτε αίρει το γεγονός ότι οι οικονομικοί φορείς βαρύνονται με το επίμαχο ποσοστό. Κατά πάγια νομολογία, δε, η κατακύρωση συνιστά υπό προϋποθέσεις σύμβαση και η οικονομική προσφορά τη βάση του εκάστοτε τιμολογίου, οπότε αλυσιτελώς προβάλλονται οι ανωτέρω αναφερόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί του χρόνου καταβολής της επίμαχης επιβάρυνσης (βλ. ΑΕΠΠ 191/2017). Εξάλλου, για τη θέσπιση της ως άνω υποχρέωσης δεν ήταν αναγκαίο να περιληφθεί στους Πίνακες Ανάλυσης Οικονομικής Προσφοράς του Παραρτήματος ΙΙΙ, 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 «Κρατήσεις υπέρ δημοσίου και τρίτων», που, όπως προαναφέρθηκε, υπάρχει στον «ΠΙΝΑΚΑ 1 - ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ - ΒΑΣΙΚΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΦΥΛΑΞΗΣ» του ως άνω Παραρτήματος (ad hoc Δ.Εφ. Αθ. 126/2019). Συνακόλουθα, οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας

αρχής είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι. Σημειώνεται, δε, ότι η προσφεύγουσα στην οικονομική της προσφορά έχει συνυπολογίσει του επίμαχο ποσοστό 8% και στο πεδίο «Κρατήσεις υπέρ δημοσίου και τρίτων» έχει συμπληρώσει τη φράση «ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΤΑΙ ΚΑΙ Η ΠΑΡΑΚΡΑΤΗΣΗ ΦΟΡΟΥ 8% ΕΠΙ ΤΗΣ ΚΑΘΑΡΗΣ ΑΞΙΑΣ ΤΟΥ ΤΙΜΟΛΟΓΙΟΥ».

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει την οικονομική προσφορά της ... ως ιδιαίτερη χαμηλή, προβάλλονται αλυσιτελώς. Ωστόσο, όλως επικουρικώς ως προς τα ανωτέρω, κρίνεται ότι, όπως υπολογίστηκε στην προηγούμενη σκέψη, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, που όφειλε η ... να έχει συνυπολογίσει στην οικονομική της προσφορά, ανέρχεται στο ποσό των 7.634,54€, το οποίο υπερβαίνει κατά πολύ το ποσό των 1.020,00€, το οποίο έχει δηλώσει η ... στην οικονομική της προσφορά ως εργολαβικό όφελος. Συνακόλουθα, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, η οικονομική προσφορά της ... – σε περίπτωση συμπερίληψης του επίμαχου ποσοστού 8% κατά την έκδοση των τιμολογίων – θα καταστήσει την εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης ζημιογόνα. Όλως αορίστως, δε, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι εξέτασε το ενδεχόμενο απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της ... ως ιδιαίτερα χαμηλής και προχώρησε στην αποδοχή της, χωρίς οι συγκεκριμένοι ισχυρισμοί και υπολογισμοί της προσφεύγουσας, που ενόψει των διατάξεων της διακήρυξης, είναι ουσιώδεις και έχρηζαν ειδικώς αιτιολογημένης απάντησης, να αντιμετωπιστούν, προς συμπλήρωση της αιτιολογίας της προσβληθείσας με την υπό εξέταση προσφυγή πράξης της (πρβλ Δ.Εφ. Αθ., 126/2019 σκ. 10 in fine). Εξάλλου, οι συγκεκριμένοι ισχυρισμοί ουδόλως αντικρούστηκαν από την ... δια παρεμβάσεως.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο (κωδικός ...) ύψους 600,00€ που κατέβαλε η

προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. κεντρ. πρωτ. ... Απόφαση του ... Συμβουλίου (... Συνεδρίαση Ακαδημαϊκού Έτους 2019-2020 της 09.12.2019) του ..., κατά το μέρος που με αυτήν έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της διαγωνιζόμενης «...» και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου (κωδικός ...) ύψους 600,00€ στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε στις 13 Φεβρουαρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ευαγγελία Μιχολίτση

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Φωτεινή Μαραντίδου