

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στην 1-6-2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή Εισηγήτρια και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει το ζήτημα συμμόρφωσης που διατάχθηκε με την υπ' αρ. 928/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΒ' Ακυρωτικός Σχηματισμός).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή και αφού ελήφθη υπόψη η υπ' αριθ. 928/202 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι : *«Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης».*

2. Επειδή, με την από 9-4-2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 742/2021 η προσφεύγουσα εταιρία με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα αυτή εκπροσωπείται, επιδίωξε να ακυρωθεί, άλλως οίκοθεν ανακληθεί ή τροποποιηθεί η υπ' αριθ. 111/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., δυνάμει της οποίας εγκρίθηκαν και έγιναν αποδεκτά τα με αριθ. Νο1/23.02.2021, Νο2/16.03.2021 Πρακτικά της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατακυρώθηκε προσωρινά ο διαγωνισμός για την ανάθεση της σύμβασης «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΔΗΜΟΤΙΚΩΝ ΚΤΙΡΙΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» στην εταιρεία «...» και αποκλείστηκε η εταιρεία «...», β) να κριθεί απαράδεκτη η προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας «...» και να αποκλειστεί από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού και γ) να εκδοθεί νέο Πρακτικό της

Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού του Δήμου ... και με βάση αυτό να εκδοθεί εκ νέου νέα απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... με σκοπό την έγκριση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «...», την απόρριψη της υποβληθείσας προσφοράς και τον αποκλεισμό της συμμετοχής της εταιρείας «...» από την εν εξελίξει διαγωνιστική διαδικασία. Υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής η εταιρεία «...» άσκησε την από 23-4-2021 παρέμβασή της. Η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ορίσθηκε να εξεταστεί στις 19-5-2021, ωστόσο, εντός της αποκλειστικής προθεσμίας των είκοσι (20) ημερών, δεν εκδόθηκε απόφαση επ' αυτής. Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα άσκησε αίτηση αναστολής κατά της σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής της από την Α.Ε.Π.Π., η οποία έγινε εν μέρει δεκτή με την με αρ.254/2021 απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Εφετείου και στη συνέχεια μετά την άσκηση της 9-8-2021 αίτησης ακύρωσης (ΑΚ 1110/2021) ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών εκ μέρους της εταιρείας «...» εκδόθηκε η με αρ. 928/2022 απόφαση του ΙΒ΄ Τμήματος του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία ακύρωσε τη σιωπηρή απόρριψη της με αρ. Γ.Α.Κ. 742/9-4-2021 προδικαστικής προσφυγής που άσκησε η αιτούσα και ανέπεμψε την υπόθεση στην Α.Ε.Π.Π. προκειμένου να ασκήσει αυτή την επιβαλλόμενη από το νόμο αρμοδιότητά της. Η εν λόγω δικαστική απόφαση κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 25-5-2022.

3. Επειδή, κατά το χρόνο άσκησης της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής είχε κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού 1.330,65€.

4. Επειδή, με την με αρ. ... διακήρυξη του Αντιδημάρχου Οικονομικών και Διοικητικών Υπηρεσιών του Δήμου ...- Τμήμα Προμηθειών προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την ανάθεση υπηρεσιών καθαρισμού στα Δημοτικά Κτήρια του εν λόγω Δήμου, όπως αυτά περιγράφονται συνοπτικά στον όρο 1.3 και αναλυτικά στο Παράρτημα Ι, επί χρονικό διάστημα είκοσι τεσσάρων (24) μηνών, προϋπολογισθείσας αξίας 266.129,04 ευρώ, πλέον Φ.Π.Α. 24%. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 29 η

/01/2021. Στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλλαν προσφορές η προσφεύγουσα εταιρεία «...», και οι εταιρείες α) «...», β) «...», γ) «...», δ) «...», ε) «...», στ) «...» και ζ) «...». Με την υπ' αριθ. 111/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... 3ο θέμα, η οποία ελήφθη κατά την 13η Δημόσια Τακτική Συνεδρίαση της, που συνήλθε στις 23 Μαρτίου 2021, εγκρίθηκαν τα Πρακτικά Νο1/23.02.2021 και Νο2/16.03.2021 της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και ορίσθηκε προσωρινός ανάδοχος. Με βάση το Νο1/23.02.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού και αφού ελέγχθηκαν και αξιολογήθηκαν τα υποβληθέντα δικαιολογητικά των φακέλων των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» κρίθηκε από τα μέλη της Επιτροπής ότι τόσο τα δικαιολογητικά συμμετοχής όλων των οικονομικών φορέων ήταν πλήρη και σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης όσο και οι τεχνικές προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές της ΑΜ 31/2020 μελέτης της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου ... Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή εισηγήθηκε τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας για όλους τους συμμετέχοντες και τη σύγκληση εκ νέου της Επιτροπής του Διαγωνισμού για την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών. Με βάση το Νο2/16.03.2021 Πρακτικό της Επιτροπής, τα μέλη αυτής έλεγξαν τις οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων και αξιολόγησαν κατ' αύξουσα σειρά, τους φακέλους της «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» ως ακολούθως με βάση το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς βάσει τιμής: 1) «...», 2) «...», 3) «...», 4) «...», 5) «...», 6) «...», 7) «...» και 8) «...». Στη συνέχεια, όμως, η Επιτροπή δια των μελών της ομοφώνως απέκλεισε τις τρεις πρώτες συμμετοχές των ως άνω εταιρειών (ήτοι «...», «...» και «...») ως απαράδεκτες διότι δεν συμπεριέλαβαν ως όφειλαν, κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, στις προσφερόμενες τιμές τους την «παρακράτηση φόρου 8% καθόσον αυτή εμπίπτει στην έννοια των νομίμων υπέρ του Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων του ν. 3863/2010, ενώ περαιτέρω, η εν λόγω υποχρέωση καταλαμβάνεται και από τα άρθρα 2.4.4 και 5.1.2 της διακήρυξης» και διαπίστωσε την πληρότητα και το σύννομο της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «...» 4ης κατά αύξουσα σειρά προσφερόμενης τιμής. Έτσι, με βάση τα ανωτέρω η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... με την υπ' αριθμ. προσβαλλόμενη

111/2021 αποφάσισε τα εξής: α) ενέκρινε τα Πρακτικά Νο1/23.02.2021 & Νο2/16.03.2021 της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού για υπηρεσίες καθαρισμού Δημοτικών Κτιρίων του Δήμου ..., β) απέρριψε τις οικονομικές προσφορές των εταιρειών: i) «...», ii) «...» και iii) «...» και γ) ανακήρυξε την εταιρεία «...» ως προσωρινή ανάδοχο του ως άνω περιγραφόμενου ανοιχτού διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την ως άνω απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα ως και οι εταιρείες «...» και «...» απορρίφθηκαν οι προσφορές τους ως απαράδεκτες διότι «.....όφειλαν να συμπεριλάβουν και να συνυπολογίσουν στις προσφερόμενες τιμές τους την παρακράτηση φόρου 8%, καθόσον αυτή εμπίπτει στην έννοια των νομίμων υπέρ του Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων του Ν. 3863/2010, ενώ περεταίρω, η εν λόγω υποχρέωση καταλαμβάνεται και από τα άρθρα 2.4.4 και 5.1.2 της διακήρυξης. Ο μη υπολογισμός του εν λόγω ποσοστού, ενδεχομένως να μεταβάλλει τα οικονομικά μεγέθη και το προσφερθέν τίμημα να είναι ανεπαρκές για την κάλυψη των κατώτερων ημερομισθίων και των ασφαλιστικών εισφορών των εργαζομένων, αλλά και να θέτει σε αμφιβολία την ομαλή εξέλιξη της συμβατικής σχέσης, η οποία ενδεχομένως να είναι και ζημιογόνα για το Δήμο. Συνακόλουθα, οι παραπάνω αναφερόμενες εταιρείες αποκλείονται από την υπόλοιπη διαγωνιστική διαδικασία, καθώς η Επιτροπή, συμφώνως προς της διακήρυξη, εκτιμά ως ιδιαίτερως σημαντική τη διασφάλιση της ακρίβειας των πληροφοριών που οι οικονομικοί φορείς περιλαμβάνουν στις προσφορές τους, για την σωστή εκτίμηση και εξέταση αυτών.....».

5. Επειδή, κατά της απόφασης αυτής της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα άσκησε την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, προβάλλοντας αιτιάσεις κατά της απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της, ενώ προέβαλε και αιτιάσεις για επιπλέον πλημμέλειες της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας ..., πέραν εκείνης για την οποία απορρίφθηκε η εν λόγω προσφορά από την αναθέτουσα αρχή, ζητώντας την εξέταση αυτών στην περίπτωση που κριθούν βάσιμες οι σχετικές με την απόρριψη της δικής της προσφοράς αιτιάσεις της προσφυγής. Ειδικότερα, προβάλλεται ότι η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας κατά παράβαση των διατάξεων της διακήρυξης και της κείμενης νομοθεσίας. Τούτο δε, διότι – από τον όρο 2.4.4 της διακήρυξης, με τον οποίο προβλέπεται η υποβολή από τους οικονομικούς φορείς του υποδείγματος οικονομικής

προσφοράς του Παραρτήματος II, όπου δεν υπάρχει πεδίο προς συμπλήρωση όσον αφορά την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, αλλά και από τον όρο 5.1.2, με τον οποίο καθορίζονται αναλυτικά οι κρατήσεις που βαρύνουν τον ανάδοχο, χωρίς να γίνεται αναφορά στην ως άνω παρακράτηση φόρου, σε συνδυασμό με την απάντηση που έδωσε η αναθέτουσα αρχή στο από 19-1-2021 διευκρινιστικό ερώτημα που είχε υποβάλει η αιτούσα, αναφορικά με το εάν θα έπρεπε να υπολογιστεί στην οικονομική προσφορά, πέραν των νόμιμων υπέρ του Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων του όρου 5.1.2, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, η οποία (απάντηση) κατέστη μέρος του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού και σύμφωνα με την οποία «*δεν υπολογίζουμε στην οικονομική προσφορά τις νόμιμες κρατήσεις· Ωστόσο, θα πρέπει να τις λάβετε υπόψη προκειμένου για την υποβολή μιας ανταγωνιστικής προσφοράς*» – δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η ως άνω παρακράτηση συνιστά «*κράτηση*». Εξάλλου, όπως προβάλλει η προσφεύγουσα, η εν λόγω παρακράτηση ούτε στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που θα παράσχει ο ανάδοχος εμπίπτει. Αντιθέτως, κατά την προσφεύγουσα, ενόψει και των σχετικών διατάξεων του άρθρου 64 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013), πρόκειται για παρακρατούμενο φόρο που συνδέεται με την πληρωμή του τιμολογίου και όχι με την οικονομική προσφορά, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, έχει προσωρινό χαρακτήρα και επιστρέφεται σε αυτόν κατά την εκκαθάριση του φόρου εισοδήματος του οικείου φορολογικού έτους, ενώ δεν επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης. Εφόσον, δε, δεν υπάρχει, κατά την προσφεύγουσα, ρητή και σαφής διάταξη στη διακήρυξη περί υποχρεώσεως των οικονομικών φορέων να συμπεριλάβουν στην οικονομική προσφορά τους την ανωτέρω παρακράτηση, δεν υφίσταται εν προκειμένω σχετικός λόγος αποκλεισμού. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αποδίδει στην οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» επιπλέον πλημμέλειες που, κατ' αυτήν, την καθιστούν απορριπτέα, πέραν εκείνης για την οποία απορρίφθηκε από την αναθέτουσα αρχή τόσο η προσφορά αυτή, όσο και η προσφορά της ίδιας της προσφεύγουσας. Οι πλημμέλειες αυτές, τις οποίες επικαλείται η προσφεύγουσα για την περίπτωση που κριθούν βάσιμες οι αιτιάσεις της κατά της απόρριψης της δικής της προσφοράς, συνοψίζονται στα εξής: α)

Υπάρχουν ελλείψεις και ασάφειες στον Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς της ανωτέρω εταιρείας, αναφορικά με την προσφερόμενη τιμή, που παρέχεται σε εικοσιτετράμηνη, αντί μηνιαίας βάσης, για κάθε κτίριο χωριστά, καθώς και στην Ανάλυση Οικονομικής Προσφοράς, όπου τα επιμέρους κονδύλια δεν εκφράζονται, όπως απαιτείται, σε ποσοστό επί του συνόλου της προσφοράς, παρά μόνον αριθμητικά. β) Το εργατικό κόστος υπολογίστηκε κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας όσον αφορά το νόμιμο ωρομίσθιο των εργαζομένων. γ) Οι ασφαλιστικές εισφορές των μερικώς απασχολούμενων δεν υπολογίστηκαν νομίμως. δ) Δεν αναφέρθηκαν μεταξύ των στοιχείων του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο και ε) οι ημέρες και ώρες εργασίες δεν υπολογίστηκαν νομίμως, με βάση τις τεχνικές απαιτήσεις της διακήρυξης.

6. Επειδή, η εταιρία «...» για τη διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης νομοτύπως και εμπροθέσμως άσκησε μετ' εννόμου συμφέροντος στις 23-4-2021 τη σχετική παρέμβασή της, κατόπιν της από 14-4-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, προβάλλοντας τους εμπειρεχόμενους σε αυτήν ισχυρισμούς.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 16-4-2021 τις με αρ.πρωτ.13586/16-4-2021 απόψεις της στην ΑΕΠΠ, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στους συμμετέχοντες. Με τις απόψεις αυτές, η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει την απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής για τους λόγους που εκεί αναφέρει.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα εμπρόθεσμα και παραδεκτά κατέθεσε στις 12-5-2021 στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού σχετικό Υπόμνημά της με τους εκεί εμπειρεχόμενους ισχυρισμούς της προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

9. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε αυτήν στις 30-3-2021 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 9-4-2021, κοινοποιήθηκε δε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό στις 14-4-2021.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής καθό μέρος αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισήχθη ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360 και 371 παρ.12 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και σε συμμόρφωση της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (πρώην ΑΕΠΠ) με την υπ' αρ. 928/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, κρίνονται τα ακόλουθα.

14. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: *«1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.»*.

16. Επειδή, κατά τον όρο 2.4.4. της διακήρυξης με τίτλο 'Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών' ορίζεται ότι *«Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Τιμές Η τιμή θα δοθεί με μηνιαίο αντάλλαγμα για κάθε κτίριο χωριστά . Στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνονται:..... Επίσης, οι συμμετέχοντες 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.....»*.

Επίσης, κατά τον όρο 5.1.2. της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Τον Ανάδοχο βαρύνουν 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. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση 0,07% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων επιβάλλεται¹ 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 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016) . Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος ,επί του καθαρού ποσού.». Εξάλλου, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II – ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ της διακήρυξης προβλέπεται ότι στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνονται, εκτός των άλλων, τα πάσης φύσης έξοδα και τέλη της σύμβασης που θα υπογραφεί, στο δε Υπόδειγμα Πίνακα που περιλαμβάνεται υπάρχει το εξής πεδίο προς συμπλήρωση «Κρατήσεις (....%)€». Τέλος, στο από 19-01-2021 διευκρινιστικό ερώτημα της προσφεύγουσας (αρ. πρωτ. 1489/19.01.2021) προς την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρ. 67 του Ν. 4412/16, στο ερώτημα - 1 εάν πρέπει να αναφερθεί στην οικονομική προσφορά η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. 1489/22-1-2021 έγγραφό της απάντησε «....σας γνωρίζουμε τα ακόλουθα: 1. Ότι δεν υπολογίζουμε στην οικονομική προσφορά τις νόμιμες κρατήσεις. Ωστόσο, θα πρέπει να τις λάβετε υπόψη προκειμένου για την υποβολή μιας ανταγωνιστικής προσφοράς». Η εν λόγω διευκρίνιση ενσωματώθηκε στο κανονιστικό κείμενο του διαγωνισμού

συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης και αποτέλεσε αναπόσπαστο τμήμα της, χωρίς να προσβληθεί από οιονδήποτε υποψήφιο.

17. Επειδή, όσον αφορά στον πρώτο λόγο προσφυγής, που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας λόγω του μη συνυπολογισμού της παρακράτησης φόρου 8% στην οικονομική της προσφορά, λεκτέα είναι τα εξής: Όπως έχει κριθεί με την υπ' αρ. 1268/2020 απόφαση Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΔ'/Σχηματισμός Ακυρωτικής Διαδικασίας) *«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»*. Σε αντίθεση, όμως, με την ανωτέρω απόφαση, εν προκειμένω, υπήρχε σαφής διευκρίνιση από την αναθέτουσα αρχή (βλ. σκ. 15 της παρούσας) στο ειδικό ερώτημα της προσφεύγουσας και η οποία ανέφερε ότι, ασχέτως αν τεχνικά και νομικά θεωρείται η παρακράτηση φόρου ως κράτηση υπέρ τρίτου, είναι υπολογιστέα στην προσφορά ακριβώς προς διαμόρφωση ανταγωνιστικών προσφορών (*«θα πρέπει να τις λάβετε υπόψη»*). Τα αυτά κρίθηκαν και με τη συναφή με αρ. 510/2022 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. για τον αυτό διαγωνισμό επί προσφυγής έτερου συνδιαγωνιζόμενου, η προσφορά του οποίου κρίθηκε απορριπτέα για τον αυτό λόγο. Στην υπό κρίση υπόθεση η προσφεύγουσα όντως δεν συνυπολόγισε στην προσφορά της την εκ ποσοστού 8% παρακράτηση φόρου, το οποίο άλλωστε και η ίδια έχει συνομολογήσει. Ωστόσο, σύμφωνα με την παραπάνω δοθείσα διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, η οποία έχει κανονιστικό χαρακτήρα καθόσον δεν προσβλήθηκε, η προσφεύγουσα είχε υποχρέωση να τη συνυπολογίσει στην οικονομική προσφορά της. Ο ισχυρισμός δε της προσφεύγουσας ότι η δοθείσα σε διευκρινιστικό ερώτημά της απάντηση της αναθέτουσας αρχής ότι *«δεν όρισε ρητά την αποτύπωση της στην οικονομική προσφορά»*, ήτοι ότι κατ' ουσίαν υφίσταται ασάφεια και αμφισημία εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής για τη δοθείσα διευκρίνιση προβάλλεται ανεπιταίρως και γι' αυτό απαραδέκτως, καθόσον, ως προεκτέθηκε (βλ. σκ.16 της παρούσας), η

διευκρίνιση αυτή κατά το χρόνο έκδοσής της ενσωματώθηκε στο κανονιστικό κείμενο του διαγωνισμού συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης και δεν προσβλήθηκε ως ασαφής από οιονδήποτε υποψήφιο. Υπό τα δεδομένα αυτά νομίμως η προσβαλλόμενη απόφαση έκρινε απορριπτέα την προσφορά της προσφεύγουσας λόγω μη συνυπολογισμού σε αυτήν της παρακράτησης φόρου, ως σαφώς επέτασσε η σχετική διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, και κατ' ακολουθία απορριπτέος ως αβάσιμος κρίνεται ο πρώτος λόγος προσφυγής και δεκτή ως βάσιμη η παρέμβαση της εταιρείας «...».

18. Επειδή, όσον αφορά τους λοιπούς λόγους προσφυγής και δη αυτούς που η προσφεύγουσα αποδίδει στην οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» ως επιπλέον πλημμέλειες, πέραν εκείνης για την οποία απορρίφθηκε από την αναθέτουσα αρχή, κρίνεται ότι αυτοί οι λόγοι προβάλλονται από την προσφεύγουσα χωρίς έννομο συμφέρον. Τούτο διότι η εταιρεία «...», η οποία είχε προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή, αλλά, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση, η προσφορά της απορρίφθηκε, δεν άσκησε προδικαστική προσφυγή κατά της εν λόγω απόφασης απόρριψης της προσφοράς της και ως εκ τούτου η εταιρεία «...» έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείσα.

19. Επειδή, κατόπιν όσων εκτέθηκαν στις ανωτέρω σκέψεις, απορριπτέα κρίνεται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή και δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να οριστεί η κατάπτωση του ποσού των 1.330,65 ευρώ που αντιστοιχεί στο νόμιμο παράβολο που καταβλήθηκε για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής.

Για τους λόγους αυτούς

**ΚΑΙ ΣΕ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΜΕ ΤΗΝ ΥΠ' ΑΡ. 928/2022 ΑΠΟΦΑΣΗ
ΤΟΥ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΕΦΕΤΕΙΟΥ ΑΘΗΝΩΝ**

Απορρίπτει τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 742/2021 προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την από 23-4-2021 παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης : Σ861/2022

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στην 1-6-2022 και
εκδόθηκε στις 10-6-2022

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ