

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 3<sup>η</sup> Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29-11-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1470/29-11-2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία ....., και τον διακριτικό τίτλο ....., που εδρεύει στα ....., οδός ..... αριθ. ...., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά του ΝΠΔΔ του ΔΗΜΟΥ ..... με την επωνυμία ΔΗΜΟΤΙΚΟΣ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ ΠΑΙΔΙΟΥ, ΑΘΛΗΤΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ - ΔΗ.ΠΕ.ΘΕ. ΔΗΜΟΥ ..... (Δ.Ο.Ε.Π.Α.Π. - ΔΗ.ΠΕ.ΘΕ.), (εφεξής αναθέτουσα αρχή), με έδρα στη ....., οδός ..... και ..... όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

Κατά του παρεμβαίνοντος ....., οικονομικού φορέα με ατομική επιχείρηση υπό τον διακριτικό τίτλο ....., κατοίκου ....., οδός ..... αριθ. ....

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται: ι) Να ακυρωθεί η υπ' αριθ. ..../2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη στα πλαίσια του διαγωνισμού για την ανάθεση υπηρεσιών καθαρισμού κτιρίων, με την οποία αναδείχθηκε ο παρεμβαίνων ως προσωρινός ανάδοχος της προμήθειας, ιι) Να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος και ιιι) Να της κοινοποιηθούν οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής καθώς και η παρέμβαση.

Με την παρέμβαση ο παρεμβαίνων αιτείται να απορριφθεί η προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 39/2017, ποσού 604,22 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ....., εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, και το από 29-11-2019 αποδεικτικό πληρωμής του παραβόλου στην ALPHA BANK).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. ....../...../13-9-2019 διακήρυξη με αριθ. 3, η αναθέτουσα αρχή διακήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό μειοδοτικό διαγωνισμό συνεργείου καθαρισμού κτιρίων CPV ....., διάρκειας δώδεκα (12) μηνών, προϋπολογισμού 120.843,80€ χωρίς ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει της τιμής.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων ΚΗΜΔΗΣ στις 19-9-2019 με ΑΔΑΜ ..... και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε τον αριθ. συστήματος .....

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας και της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, ο παρεμβαίνων, έχοντας υποβάλει τις με αριθ. .... και ..... προσφορές τους αντίστοιχα και έτεροι τρεις οικονομικοί φορείς.

6. Επειδή σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. ....../...../15-10-2019, 1<sup>ο</sup> Πρακτικό Διενέργειας του Διαγωνισμού της αρμόδιας Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κρίθηκαν αποδεκτές οι τεχνικές προσφορές της προσφεύγουσας του παρεμβαίνοντος και των ετέρων δύο οικονομικών φορέων και απορριπτέα η προσφορά του τρίτου οικονομικού φορέα. Με την υπ' αριθ. ....../2019 απόφαση (Πρακτικό της από 23-10-2019, 28<sup>ης</sup> τακτικής

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

δημόσιας συνεδρίασης του ΔΣ) της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκε το παραπάνω 1<sup>ο</sup> Πρακτικό.

7. Επειδή σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. ..../12-11-2019, 2<sup>ο</sup> Πρακτικό Διενέργειας του Διαγωνισμού επί των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η αρμόδια επιτροπή της αναθέτουσας αρχής αφού αποσφράγισε τις οικονομικές προσφορές που έχουν ως εξής : «

*Προμηθευτής* ..

*Σύνολο προσφοράς*

*για Διαγωνισμό (EUR)*

..... 133.265,60

..... 116.135,60

..... 120.641,00

..... 115.978,66 ..»

έκρινε απορριπτέα η οικονομική προσφορά μόνον της ....., και έκρινε «... την οικονομική προσφορά του κου ....., συνολικού ποσού εκατόν δέκα πέντε χιλιάδων εννιακοσίων εβδομήντα οχτώ ευρώ και εξήντα έξι λεπτών (115.978,66€) πλέον ΦΠΑ 24% και συγκεκριμένα με τιμή ανά ώρα πλέον Φ.Π.Α. 7,39€ για σύνολο ωρών 15.694 ως αποδεκτή στο σύνολό της και προτείνει την κατακύρωση του ως προσωρινό ανάδοχο...».

8. Επειδή με την υπ' αριθ. ..../2019 ήδη προσβαλλόμενη απόφαση (Πρακτικό της από 19-11-2019, 32<sup>ης</sup> τακτικής δημόσιας συνεδρίασης του ΔΣ), εγκρίθηκε το παραπάνω 2<sup>ο</sup> Πρακτικό. Η προσβαλλόμενη απόφαση, με ενσωματωμένο το 2<sup>ο</sup> Πρακτικό κοινοποιήθηκε την 20-11-2019 στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς, μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής η *επικοινωνία*).

9. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα με ανάρτηση μέσω της *επικοινωνίας* την 29-11-2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

10. Επειδή την 2-12-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην, προβλεπόμενη στο άρθρ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθρ. 9 παρ. παρ. 1 περ. (α) του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς, με μήνυμα μέσω της *επικοινωνίας*.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την 11-12-2019 προς την ΑΕΠΠ το με αριθ. πρωτ. ....../...../11-12-2019 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

12. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης νόμιμα, εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και της ανάδειξης του ως προσωρινού αναδόχου, και σύμφωνα με την παρ. 1 και 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, και των άρθρ. 7 και 8 του ΠΔ 39/2017, ασκήθηκε την 12-12-2019 η με αριθ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ 1328 παρέμβαση, με τον νόμιμο προβλεπόμενο τρόπο κατάθεσης στην *επικοινωνία*, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του παρεμβαίνοντος.

13. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή εισάγεται ενώπιον του 8<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2019 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 1846/8-11-2019 Πράξης του Προέδρου του 8<sup>ου</sup> Κλιμακίου *«περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί αιτήματος προσωρινών μέτρων»*.

14. Επειδή η προσφεύγουσα -της οποία η προσφορά έγινε αποδεκτή καταλαμβάνοντας την τρίτη σειρά μειοδοσίας (σκέψεις 7 και 8), ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, διότι έκανε δεκτές, ενώ έπρεπε να απορρίψει ως απαράδεκτες τις οικονομικές προσφορές των λοιπών δύο προτασσομένων αυτής συνδιαγωνιζομένων οικονομικών φορέων. Επομένως, η προσφεύγουσα έχει κατ' αρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, με την οποία επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης και την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς όχι μόνο του παρεμβαίνοντος αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου αλλά και του προτασσόμενου αυτής συνδιαγωνιζόμενου ....., επί τω τέλει όπως αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος της προμήθειας, έχοντας υποβάλει την αμέσως

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

επόμενη, τρίτη κατά σειρά, αποδεκτή και συμφερότερη οικονομική προσφορά βάσει τιμής. Σχετικά, έχει γίνει σχετικά *ad hoc* δεκτό από την νομολογία ότι η αιτούσα η οποία κατατάχθηκε σε χαμηλότερες κατά σειρά μειοδοσίας θέσεις σε διαγωνισμό « με έννομο συμφέρον ασκεί την κρινόμενη αίτηση, καθόσον, με αυτή προβάλλει αιτιάσεις, οι οποίες αναφέρονται στο περιεχόμενο των οικονομικών προσφορών των προτασόμενων αυτής, κατά σειρά κατάταξης, εταιρειών, η αποδοχή των οποίων (αιτιάσεων), θεμελιώνει προσδοκία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης σε αυτή» (ΔΕΦ Αθ 711/2013, 311/2013, ΔΕΦ Αθ 873/2012). Επομένως, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, εν προκειμένω, το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής παρά την τρίτη θέση της στη σειρά μειοδοσίας, δοθέντος ότι συμμετείχε στο διαγωνισμό με την υποβολή προσφοράς η οποία έγινε τυπικώς δεκτή και εξετάσθηκε κατ' ουσίαν, ως πληρούσα, κατ' αρχήν, τις νόμιμες προϋποθέσεις προς ανάληψη των υπό ανάθεση υπηρεσιών, δηλαδή ως μία εκ των συμμετεχουσών εταιρειών με αποδεκτές προσφορές στον διαγωνισμό, που εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και ως εκ τούτου επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή των άλλων συμμετεχόντων επικαλούμενη άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη πράξη, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης (πρβλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846- 7).

15. Επειδή στο άρθρο 367 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, ..... και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της .... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...].». Επομένως, η προσφεύγουσα απαραδέκτως αιτείται να της κατακυρωθεί η προμήθεια του διαγωνισμού, καθόσον σε κάθε περίπτωση

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

εκφεύγει της κανονιστικής αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ τόσο να τάξει στην αναθέτουσα αρχή την κατακύρωση του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα, όσο και να αποφασίσει η ίδια η ΑΕΠΠ την κατακύρωση αυτή. Ειδικότερα, παρότι λόγω της φύσης της προδικαστικής προσφυγής που εντάσσεται στο πλαίσιο των ενδικοφανών προσφυγών, θα ήταν δυνατή η κατ' ουσίαν επανεξέταση της υπόθεσης, δηλαδή η νέα έρευνα και η διαφορετική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών (ΣτΕ 2971/1989), όμως η ΑΕΠΠ, ειδικά σύμφωνα με τον νόμο ως άνω, διαθέτει μόνο ακυρωτική εξουσία και αρμοδιότητα, σε αντίθεση με τον γενικό κανόνα των προδικαστικών προσφυγών, όπου το αρμόδιο όργανο προς το οποίο ασκείται μπορεί να ακυρώσει εν όλω ή εν μέρει την πράξη ή να την τροποποιήσει για λόγους ουσίας (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση 2017, σελ. 229). Έχει δε ad hoc κριθεί (ΣτΕ ΕΑ 54/2018) ότι η ΑΕΠΠ δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής [βλ. όμως και αντίθετη άποψη σε Ι. Κίτσο, «*Έννομη Προστασία κατά τη Σύναψη Δημοσίων Συμβάσεων μετά τον Ν. 4412/2016 (ΒΙΒΛΙΟ IV – άρθρα 345επ.)*», σε: Υποδείγματα Διοικητικού Δικαίου (επιμ.: Χ. Χρυσανθάκης), Γενικό Μέρος – Ειδικά Θέματα, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη 2017, σελ. 235-263]. Συνεπώς το παραπάνω αίτημα της προσφυγής, με τα οποία ζητείται η μεταρρύθμιση της προσβαλλόμενης απόφασης και κατατείνει στην υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής από την ΑΕΠΠ, με την έκδοση απόφασης που να τάσσει την κατακύρωση του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο, και τούτο διότι η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια μόνο για την ολική ή μερική ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία δεν εξικνείται έως την τροποποίησή της.

16. Επειδή με τον μόνο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθ. 10 παρ. 10, 11 και 13, άρθ. 11, 17, 27 της διακήρυξης, το άρθ. 68 του ν. 3863/2010, τις αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ισότητας, νομολογία των Δικαστηρίων και αποφάσεις της ΑΕΠΠ ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση διότι **«...ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΩΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΤΩΝ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ ..... και ..... ..ΟΙ ΑΝΩΤΕΡΩ ΕΤΑΙΡΕΙΕΣ ΕΧΟΥΝ**

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

ΥΠΟΒΑΛΕΙ ΜΗ ΝΟΜΙΜΕΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΕΣ ΠΡΟΣΦΟΡΕΣ, ΚΑΘΩΣ, ΠΑΡΑ ΤΟΝ ΡΗΤΟ ΟΡΟ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ, ΔΕΝ ΕΧΟΥΝ ΥΠΟΛΟΓΙΣΕΙ ΤΗΝ ΠΑΡΑΚΡΑΤΗΣΗ ΦΟΡΟΥ ΕΙΣΟΔΗΜΑΤΟΣ 8% ΣΤΗΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΤΟΥΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑ.... η οποία απαιτείται υποχρεωτικά και επί ποινή αποκλεισμού να υπολογίζεται ρητά ως κράτηση από τους όρους της Διακήρυξης... Αντίθετα, η εταιρεία μας έχει συνυπολογίσει στην οικονομική της προσφορά την εν λόγω παρακράτηση στο πεδίο του εργολαβικού κέρδους. Γι αυτό το λόγο, οι οικονομικές προσφορές των εταιρειών ..... (προσωρινός ανάδοχος) και ..... έπρεπε να κριθούν απορριπτές. Τυχόν μη συνυπολογισμός της παρακράτησης 8% παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων, συνεπάγεται την άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς, λόγω παράβασης της επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης της διακήρυξης....Για αυτό το λόγο όφειλε η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα να αποκλείσει τις οικονομικές προσφορές των εταιρειών ..... (προσωρινός ανάδοχος) και ..... λόγω παραβίασης απαίτησης της διακήρυξης που έχει τεθεί επί ποινή απόρριψης προσφοράς. Πέραν δε των ανωτέρω, η μη συμπερίληψη από τις εταιρείες ..... (προσωρινός ανάδοχος) και ..... του επίμαχου ποσοστού του 8% στην προσφερόμενη τιμή τους, **έχει, ως αναγκαίο επακόλουθο, να μην μπορεί να θεωρηθεί ως εύλογο το προϋπολογιζόμενο από αυτές εργολαβικό κέρδος.** Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τους υπολογισμούς που ακολουθούν, ..αν συμπεριληφθεί στις προσφερόμενες από αυτές τιμές η οικεία παρακράτηση, τούτες οι οικονομικές τους προσφορές παρουσιάζουν τελικώς ζημία! **B.** Αναλυτικότερα, ο μη υπολογισμός από τις ως άνω εταιρίες του ποσοστού στις προσφερόμενες τιμές έχει, ως αναγκαίο επακόλουθο, τη μείωση του κόστους του εργολαβικού κέρδους. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τον παρακάτω υπολογισμό οι οικονομικές προσφορές των ..... (προσωρινός ανάδοχος) και ....., παραβαίνουν την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση της διακήρυξης, αλλά και προκύπτουν ζημιογόνες μετά από τη συμπερίληψη της παρακράτησης φόρου 8%, όπως ρητά και απαράβατα απαιτείται από την διακήρυξη ως εξής :

**ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΠΑΡΑΚΡΑΤΗΣΗΣ ΦΟΡΟΥ Προσφεύγουσα εταιρεία**  
..... **Κρατήσεις : 187,48 €: Εργολαβικό κέρδος : 9.658,90 €: Καθαρή προσφερόμενη τιμή : 120.641,00 € Τρόπος υπολογισμού: 120.641,00 € η καθαρή προσφερόμενη τιμή μας, μείον το σύνολο των κρατήσεων 187,48 €=**

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

120.453,52 \* 8% (με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας ποσοστού 8% για παροχή υπηρεσιών επί του καθαρού ποσού (N.2198/94 άρθρο 24, ΦΕΚ 43/A/22-03-1994).= 9.636,28 € Ετήσιο Εργολαβικό κέρδος που δηλώνει **9.658,90 € το οποίο παραμένει θετικό αν αφαιρεθούν οι κρατήσεις ήτοι : 9.658,90 € - 9.636,28 € = 22,62€ )** της παρακράτησης φόρου 8% . ....

**Κρατήσεις : 156,20 € Εργολαβικό κέρδος : 124,88 € Καθαρή προσφερόμενη τιμή : 115.980,00 € Τρόπος υπολογισμού: 115.980,00 € η καθαρή προσφερόμενη τιμή της, μείον το σύνολο των κρατήσεων 156,20 €.** = 115.823,80 \* 8% (με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας ποσοστού 8% για παροχή υπηρεσιών επί του καθαρού ποσού (N.2198/94 άρθρο 24, ΦΕΚ 43/A/22-03-1994).= 9.265,90 €, την οποία ΔΕΝ ΕΧΕΙ ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΒΕΙ ΣΤΗΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑ, αν και το απαιτεί η διακήρυξη επί ποινή απόρριψης προσφοράς. Ετήσιο Εργολαβικό κέρδος που δηλώνει 124,88 €, **το οποίο γίνεται αρνητικό (και ζημιογόνο αν αφαιρεθεί το ποσό που αντιστοιχεί στο 8% ήτοι : 124,88 € - 9265,90 €, = - 9.141,02 €)** της παρακράτησης φόρου 8% **που ΔΕΝ έχει συμπεριλάβει στην οικονομική της προσφορά. .... Κρατήσεις : 156,41 € : Εργολαβικό κέρδος : 2.322,71 €: Καθαρή προσφερόμενη τιμή : 116.135,60€ Τρόπος υπολογισμού: 116.135,60 € η καθαρή προσφερόμενη τιμή της , μείον το σύνολο των κρατήσεων 156,31€. = 115.979,29 \* 8%** (με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας ποσοστού 8% για παροχή υπηρεσιών επί του καθαρού ποσού (N.2198/94 άρθρο 24, ΦΕΚ 43/A/22-03-1994) = 9.278,34€, την οποία ΔΕΝ ΕΧΕΙ ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΒΕΙ ΩΣ ΚΡΑΤΗΣΗ ΣΤΗΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑ, αν και το απαιτεί η διακήρυξη επί ποινή απόρριψης προσφοράς Ετήσιο Εργολαβικό κέρδος που δηλώνει 2.322,71 €, **το οποίο γίνεται αρνητικό (και ζημιογόνο αν αφαιρεθεί το ποσό που αντιστοιχεί στο 8% ήτοι : 2.322,71 - 9.278,34 € = - 6.955,63 €)** της παρακράτησης φόρου 8% **που ΔΕΝ έχει συμπεριλάβει στην οικονομική της προσφορά. Επομένως, εκτός της παραβίασης επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης της διακήρυξης, οι ανωτέρω οικονομικές προσφορές αφαιρώντας την κράτηση του 8% από το εργολαβικό όφελος που έχουν δηλώσει, διαπιστώνεται ότι αντί για κέρδος**



## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

εμφανίζουν ζημία, ως εκ τούτου παραβιάζουν κατάφωρα και τη διάταξη του άρθρου 68 Ν.3863/2010 .. πρέπει να συνυπολογίζεται (με ποινή αποκλεισμού), ένα εύλογο και όχι μηδενικό, πόσο μάλλον αρνητικό ποσοστό εργολαβικού κέρδους.... Τυχόν αντίθετη άποψη των ανωτέρω εταιρειών έρχεται σε ευθεία αντίθεση της Διακήρυξης και προς υποστήριξη της άποψής τους όφειλαν να διατηρήσουν επιφύλαξη σχετικά με την ρητή απαίτησή της. Πλην όμως την ανωτέρω απαίτηση της διακήρυξης έχουν αποδεχθεί πλήρως θιγόμενες εταιρείες ..... (προσωρινός ανάδοχος) και ..... με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στον υπό κρίση διαγωνισμό, (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 576/2011).... Συμπερασματικά, εκ των ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι οι προσφορές των εταιρειών ..... (προσωρινός ανάδοχος) και ..... φέρουν σωρεία πλημμελειών και παρανομιών που αδικαιολόγητα δεν εντοπίστηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή. Εξάλλου, είναι προφανές ότι μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών και με γνωστές τις προσφορές όλων των συμμετεχόντων, δεν υπάρχει πεδίο θεραπείας των παρανομιών με χορήγηση διευκρινίσεων εκ μέρους των συνδιαγωνιζομένων, κατά το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, που δίνει τη δυνατότητα θεραπείας επουσιωδών και μόνο σφαλμάτων και όχι εκ των υστέρων αναμόρφωση και τροποποίηση μιας προσφοράς που περιέχει, πλημμέλειες, ελλείψεις, ασάφειες και αντιφάσεις....»

17. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής επικαλούμενη τα άρθ. 10 παρ. 8, 9, 10, άρθ. 11, 17 παρ. 4, 27, το Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς της διακήρυξης, το άρθ. 68 του ν. 3863/2010, αναφέρει ότι «.....η Επιτροπή Αξιολόγησης Οικονομικών Προσφορών του διαγωνισμού αξιολόγησε τις προσφορές και συνέταξε αποκλειστικά και μόνο με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει της τιμής, σύμφωνα με τις διατάξεις του αρ. 88 του Ν.4412/2016, το από 12.11.2019 πρακτικό αξιολόγησης και εκδόθηκε στη συνέχεια βάσει αυτού η με αρ. 409/2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου, η οποία έκανε δεκτή την πλέον συμφέρουσα προσφορά της εταιρείας «.....», η οποία αναδείχτηκε προσωρινός ανάδοχος ενώ δεύτερη σε σειρά κατετάγη η εταιρεία με την επωνυμία «.....», τρίτη δε σε σειρά βάσει τιμής προσφοράς κατετάγη η προσφεύγουσα εταιρεία με την επωνυμία «.....». Εκ παραδρομής δε, λόγω του άμεσου και κατεπείγοντος χαρακτήρα του διαγωνισμού, καθώς πρόκειται για καθαριότητα κτιρίων, που δέχονται καθημερινά πολίτες, δημότες

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

και μη, αθλητές, παιδιά, επειδή απαιτείται ειδικός μαθηματικός τύπος που έμπειροι λογιστές ή μαθηματικοί μπορούν με ευκολία να πράξουν, δεν έγινε αντιληπτό από την Επιτροπή Αξιολόγησης ότι οι ως άνω δυο πρώτες εταιρείες, ήτοι η «.....» και η «.....» δεν συμπεριέλαβαν στις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων το 8% επί της καθαρής αξίας του κάθε τιμολογίου παροχής υπηρεσιών. **Η εν λόγω δε παρακράτηση, παρόλο που αποτελεί φορολογική υποχρέωση που ανάγεται στη σφαίρα των φορολογικών υποχρεώσεων του αναδόχου, για εμάς αποτελεί απαραίτητο όρο και προϋπόθεση για την έγκυρη οικονομική προσφορά. Εμείς ζητήσαμε ρητά σύμφωνα με τη διακήρυξη και το Νόμο να συμπεριληφθούν στις οικονομικές προσφορές όλες οι κρατήσεις, όπως ακριβώς αναλύονται στο άρθρο 27 της διακήρυξης και αν έγκαιρα είχε γίνει αντιληπτή η παράλειψη αυτή στις προσφορές των οικονομικών φορέων, θα ήταν διαφορετικό το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και της κατακύρωσης, καθώς και δική μας βούληση αλλά και υποχρέωση είναι να ερμηνεύονται στενά και τυπικά όλοι οι όροι της διακήρυξης που εμείς θέσαμε με σκοπό την αντικειμενικότητα στην ανάθεση της σύμβασης, όπως ακριβώς επιτάσσουν οι αρχές της διαφάνειας και της ισότητας που διέπουν κάθε διαγωνισμό...»**

18. Επειδή η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη το άρθρ. 24 παρ. 1 του ν. 2198/1994, το άρθρ. 64 του ΚΦΕ (ν. 4172/2013), την ΠΟΛ 1007/2017 της ΑΑΔΕ, το άρθρ. 27 παρ. 6, το άρθρ. 17 της διακήρυξης ισχυρίζεται ότι «...Η προσφεύγουσα παντελώς νομικά και ουσιαστικά αβάσιμα υποστηρίζει ότι η παρακράτηση φόρου 8% θα έπρεπε να υπολογιστεί επιπρόσθετα στο ύψος της τελικής τιμής, καθόσον οι μεν κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι πραγματικό κόστος του αναδόχου της σύμβασης, ενώ η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% δεν είναι κόστος. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί, σε αντίθεση με τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται (ΕΣ Ολ 807/1997, ΕΣ Τμ Ι Απόφαση 2854/2008, 622/2002 κ.ά.). Στα ανωτέρω συνηγορεί και το γεγονός ότι στην πράξη η παρακράτηση φόρου υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων, επί του καθαρού ποσού της αξίας των υπηρεσιών, μετά την

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

αφαίρεση όλων των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων.... Επιπλέον στο άρθρο 27 της διακήρυξης (σελ. 29-30), που επικαλείται και η προσφεύγουσα, προβλέπεται ότι:... Επισημαίνεται ότι η ανωτέρω παράγραφος αποτελεί υποπαράγραφο του άρθρου 27 «**Τρόπος πληρωμής**» της διακήρυξης, και **όχι προαπαιτούμενο της οικονομικής προσφοράς**, στην οποία προβλέπεται ο τρόπος με τον οποίο θα γίνεται η τιμολόγηση της υπηρεσίας από τον ανάδοχο και η πληρωμή του, και όχι ο τρόπος με τον οποίο θα συνταχθεί η Οικονομική Προσφορά... Εφόσον, η παρακράτηση φόρου συνυπολογιστεί και στις κρατήσεις επηρεάζει το ποσό της οικονομικής προσφοράς, με την έννοια ότι κατά την πληρωμή και υποβολή του τιμολογίου **θα ξαναεπιβληθεί υποχρεωτικά η παρακράτηση φόρου 8% στο ποσό της πληρωμής η οποία όμως ήδη έχει συνυπολογιστεί, και έτσι ο οικονομικός φορέας την επιβαρύνεται δύο φορές.** Σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία όπως παρατέθηκε ανωτέρω, η παρακράτηση του 8% δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτων, αλλά φορολογική υποχρέωση του κάθε προσφέροντος και ως εκ τούτου δεν μπορεί να θεωρηθεί "νόμιμη επιβάρυνση" υπό την έννοια του σχετικού όρου της Διακήρυξης (άρθρο 17) **αλλά προκαταβολή φόρου.** Σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να γίνει δεκτό; κατά την ορθή ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων σε συνδυασμό με τους όρους της διακήρυξης, ότι η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί νόμιμη κράτηση υπέρ δημοσίου ή τρίτων καθώς υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων στο καθαρό ποσό της αξίας των υπηρεσιών μετά την αφαίρεση των νόμιμων κρατήσεων υπέρ δημοσίου ή τρίτων και επιστρέφεται στον ανάδοχο ή συμψηφίζεται με την εκκαθάριση της δήλωσής του. Με βάση τις ανωτέρω παραδοχές ορθώς δεν υπολόγισα στην Οικονομική Προσφορά μου το ποσό της παρακράτησης φόρου 8% όπως και κανένας άλλος συμμετέχων δεν το υπολόγισε. **Ειδικότερα ο συνυπολογισμός της παρακράτησης του φόρου 8% στην Οικονομική Προσφορά θα είχε ως αποτέλεσμα να καταστούν οι Οικονομικές Προσφορές εκτός προϋπολογισμού και ως εκ τούτου υποχρεωτικά αποκλειστές γεγονός που καταδεικνύει ότι ούτε η αναθέτουσα αρχή δεν έλαβε υπόψη της το συγκεκριμένο κόστος για τον προσδιορισμό του οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης.** Παραταύτα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται στην προσφυγή της ότι η ίδια έχει συνυπολογίσει στην οικονομική της προσφορά την εν λόγω παρακράτηση στο πεδίο του

## **Αριθμός Απόφασης: 91/2020**

εργολαβικού κέρδους. Πλην όμως ο ανωτέρω ισχυρισμός της είναι παντελώς αβάσιμος και αποδεικνύεται από τα παρακάτω: Σύμφωνα με την παράγραφο 7 του άρθρου 17 της διακήρυξης «Προσφερόμενη τιμή» ορίζεται ρητά ότι:.. Το εργολαβικό όφελος, οι δαπάνες υλικών και το διοικητικό κόστος που υπολόγισε η προσφεύγουσα στην προσφορά της ανέρχονται στο ποσό των 10.804,99€ (βλ. Ανάλυση Οικονομικής Προσφοράς σύμφωνα με το άρθρο 68 Ν. 3863/2010 που υπέβαλε η προσφεύγουσα στην Οικονομική Προσφορά της, όπου Διοικητικό Κόστος 482,56 €, Αναλώσιμα 663,53 €, Εργολαβικό Κέρδος 9.658,90 €) ποσό το οποίο αντιστοιχεί σε 8,9563% επί του ετήσιου προσφερόμενου συνολικού κόστους της (120.641,00 € x 8,9563%). Πλην όμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έχει υπολογίσει το 8% της παρακράτησης του φόρου στο εργολαβικό της όφελος με αποτέλεσμα, μετά την αφαίρεση του ως άνω ποσοστού που αντιστοιχεί μόνο στην παρακράτηση του φόρου, να απομένει ποσοστό 0,9563% για όλα τα υπόλοιπα κόστη, ήτοι διοικητικό κόστος, αναλώσιμα και εργολαβικό όφελος. Το παραπάνω καθιστά την προσφορά της μη νόμιμη και υποχρεωτικά αποκλειστέα καθώς ρητά απαιτείται στο άρθρο 17 της διακήρυξης το εργολαβικό όφελος και οι δαπάνες των υλικών καθώς και το διοικητικό κόστος, να αντιστοιχεί- επί ποινή αποκλεισμού - σε ποσοστό τουλάχιστον 5% επί του ετήσιου προσφερόμενου συνολικού κόστους. Για να ήταν αποδεκτός ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας, ότι δηλαδή συνυπολόγισε την παρακράτηση φόρου 8% στο εργολαβικό της όφελος, θα έπρεπε το εργολαβικό όφελος, τα αναλώσιμα και το διοικητικό κόστος, να αντιστοιχούσαν σε ποσοστό τουλάχιστον 13% επί του ετήσιου προσφερόμενου συνολικού κόστους (5% όπως ρητά απαιτεί η διακήρυξη + 8% η παρακράτηση φόρου), πλην όμως αν προέβαινε σε τέτοιο υπολογισμό η προσφεύγουσα θα ήταν εκτός προϋπολογισμού η Οικονομική της Προσφορά..»

19. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας

## **Αριθμός Απόφασης: 91/2020**

του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης....»

20. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων ....προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως: .... ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... »

21. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται ..... εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει ....., ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης...».

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά : α) Η οποία..... υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαραίτων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης ...»

23. Επειδή, στο άρθρο 95 ν. 4412/2016 με τον τίτλο Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών ορίζεται ότι: «...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 στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης...»

24. Επειδή, στο άρθρο 92 με τον τίτλο Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «.. 5. Ειδικά κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης και ανεξάρτητα από το είδος της διαδικασίας που επιλέγεται από την αναθέτουσα αρχή: α) η αναθέτουσα αρχή, ζητά από τους οικονομικούς φορείς να αναφέρουν υποχρεωτικά στα έγγραφα της σύμβασης,

## **Αριθμός Απόφασης: 91/2020**

στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τις πληροφορίες/στοιχεία των σημείων α' έως στ' της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 και β) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, στην προσφορά τους να περιλαμβάνουν τις πληροφορίες/στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010..»

25. Επειδή στο άρθρο 68 «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών» του ν. 3863/2010, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (ΦΕΚ 88' Α), ορίζεται ότι: «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής... στ) ... Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων...».

26. Επειδή, στα άρθ. 61 και 64 του ν. 4172/2013 με τον τίτλο Φορολογία εισοδήματος, επείγοντα μέτρα εφαρμογής του ν. 4046/2012, του ν. 4093/2012 και του ν. 4172/2013 και άλλες διατάξεις (ΦΕΚ Α 167/23.07.2013), ορίζεται ότι: « Άρθρο 61 Υπόχρεοι σε παρακράτηση Κάθε νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα ή φυσικό πρόσωπο που ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα και έχει τη φορολογική κατοικία του στην Ελλάδα, οι φορείς γενικής κυβέρνησης ή κάθε φορολογούμενος που δεν έχει τη φορολογική κατοικία του στην Ελλάδα, αλλά δραστηριοποιείται μέσω μόνιμης εγκατάστασης στην Ελλάδα, και προβαίνει σε πληρωμές ... υποχρεούται σε παρακράτηση φόρου όπως ορίζεται στο άρθρο 64.. Άρθρο 64 Συντελεστές παρακράτησης φόρου» ... 2. Οι φορείς γενικής κυβέρνησης, εκτός από τις κεφαλαιουχικές εταιρείες, κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από φυσικά ή νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, να παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: ...γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών ...».

27. Επειδή, ομοίως στο άρθρο 24 με τον τίτλο *Παρακράτηση φόρου στο εισόδημα από εμπορικές επιχειρήσεις του ν. 2198/1994 με τον τίτλο Αύξηση αποδοχών δημοσίων υπαλλήλων εν γένει σύναψη δανείων, υπό του Ελληνικού Δημοσίου και δημιουργία στην Τράπεζα της Ελλάδος Συστήματος Παρακολούθησης Συναλλαγών επί Τίτλων με Λογιστική Μορφή (Άυλοι Τίτλοι) και άλλες διατάξεις (ΦΕΚ Α 43/22.03.1994)*, ορίζεται ότι: « 1. Η περίπτωση στ' της παραγράφου 1 του άρθρου 37α του ν.δ. 3323/1955 αντικαθίσταται ως ακολούθως: «στ. Δημόσιες υπηρεσίες, ... και νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου γενικά, κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών από επιχειρήσεις, υποχρεούνται όπως, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: ...και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών ...»

28. Επειδή σύμφωνα στο άρθρ. 10 της διακήρυξης προβλέπεται ότι « **Άρθρο 10 Τρόπος υποβολής και σύνταξης προσφορών** 1. Όσοι επιθυμούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, απαιτείται να καταρτίσουν και να υποβάλουν ηλεκτρονικά, .. προσφορά με τα απαραίτητα δικαιολογητικά και ότι άλλο απαιτείται από την παρούσα διακήρυξη... 2. Τα περιεχόμενα του ανωτέρω ηλεκτρονικού φακέλου ορίζονται ως εξής: ...β) Ένας (1) (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Οικονομική ...Προσφορά»... 9. Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, η οποία θα πρέπει να έχει συνταχθεί και να περιέχει τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη οικονομικά στοιχεία της προσφοράς, με ποινή αποκλεισμού σε αντίθετη περίπτωση και πρέπει να περιέχει συμπληρωμένο τον Πίνακα Οικονομικής προσφοράς σύμφωνα με το παράρτημα Δ' «ΕΝΤΥΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» .. Όλες οι τιμές στην προσφορά, καθώς και ο συνολικός προϋπολογισμός προσφοράς, συμπληρώνονται αριθμητικώς ή ολογράφως, όπως επισημαίνεται στο παράρτημα Δ' «ΕΝΤΥΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» επί ποινή

## **Αριθμός Απόφασης: 91/2020**

απαραδέκτου... 10. Σύμφωνα με το άρθρο 68 του Ν.3863/2010 η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Οι εταιρίες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, **των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων (Παράρτημα Ε' )** 11. Οι τιμές πρέπει να περιλαμβάνουν τις ενδεχόμενες υπέρ τρίτων κρατήσεις ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, όπως προβλέπεται στη διακήρυξη, εκτός του Φ.Π.Α., ο οποίος θα αναφέρεται χωριστά. .. 13. Σε περίπτωση μη υποβολής ή κατά παρέκκλιση των απαιτήσεων της διακήρυξης, υποβολής δικαιολογητικών του (υπο)φακέλου «Οικονομική Προσφορά», η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη...20. Μετά την κατάθεση της προσφοράς δεν γίνεται αποδεκτή αλλά απορρίπτεται ως απαράδεκτη τροποποίηση ή απόκρουση όρου της διακήρυξης ή της προσφοράς...» Εν συνεχεία, στο άρθ. 17 προβλέπεται ότι : **Άρθρο 17 Προσφερόμενη τιμή 2.** ... Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη νόμιμη επιβάρυνση, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για παράδοση της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. 4. Η προσφορά απορρίπτεται σε περίπτωση που διαπιστωθεί ότι εφαρμόζεται πολιτική τιμής κάτω του κόστους του έργου. 5. Η προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει: ...στ. Εύλογο ποσοστό διοικητικού



## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

κόστους παροχής των υπηρεσιών, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων κρατήσεων. .. 7. Το εργολαβικό όφελος και οι δαπάνες των υλικών καθώς και το διοικητικό κόστος, πρέπει να αντιστοιχεί-επί ποινή αποκλεισμού – σε ποσοστό τουλάχιστον 5% επί του ετήσιου προσφερόμενου συνολικού κόστους. ... 4. Προσφορά που είναι αόριστη και ανεπίδεκτη εκτίμησης ή είναι υπό αίρεση, απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από προηγούμενη γνωμοδότηση της Επιτροπής Αξιολόγησης 5. Προσφορές που παρουσιάζουν, κατά την κρίση της Επιτροπής Αξιολόγησης, ουσιώδεις αποκλίσεις από τους όρους της διακήρυξης ..απορρίπτονται ως απαράδεκτες. » Ακολούθως, στα άρθ. 27 και 30 προβλέπεται ότι « **Άρθρο 27 Τρόπος Πληρωμής** ... 6. Ο ανάδοχος επιβαρύνεται με όλους τους ισχύοντες φόρους, τέλη, κρατήσεις καθώς και κάθε άλλη οικονομική επιβάρυνση που ισχύει κατά το χρόνο πληρωμής. Το συνολικό ποσοστό των Νόμιμων κρατήσεων που βαρύνεται ο ανάδοχος είναι τα παρακάτω: 1) Φόρος 8%, επί της καθαρής αξίας του κάθε τιμολογίου παροχής υπηρεσιών ... **Άρθρο 30 Κανόνες Δημοσιότητας της Διακήρυξης – Κρατήσεις** ....Τον ανάδοχο της προμήθειας βαρύνουν όλες οι νόμιμες κρατήσεις (υπέρ Δημοσίου, Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) ... (άρθρο 27, παρ.6)... » Εν συνεχεία, στο **Παράρτημα Ε'** παρατίθεται **ΕΝΤΥΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ** με στήλες και γραμμές ως εξής : «

### **ΕΝΤΥΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ**

α/α ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΑΝΑΛΥΣΗ/ΜΟΝΑΔΕΣ

ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΜΕΤΡΗΣΗΣ

- 1 Αριθμός εργαζομένων
- 2 Τετραγωνικά μέτρα ανά άτομο τ.μ. /ημέρα
- 3 Συλλογική σύμβαση εργασίας
- 4 Ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές για το σύνολο των εργαζομένων την περίοδο παροχής υπηρεσίας €/ώρα
- 5 Ύψος ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά για το σύνολο των εργαζομένων την περίοδο παροχής υπηρεσίας €/ώρα
- 6 Κόστος αναλωσίμων €
- 7 Εργολαβικό κέρδος €

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

- 8 *Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις €*
- 9 *Διοικητικό κόστος παροχής υπηρεσιών €*
- 10 *Συνολικό κόστος άνευ ΦΠΑ (αριθμητικώς) €/ώρα*
- 11 *Συνολικό κόστος άνευ ΦΠΑ (ολογράφως) €/ώρα*
- 12 *Συνολικό κόστος με ΦΠΑ (αριθμητικώς) €/ώρα ..... »*

29. 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). Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C19/00 Siac Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

30. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣτΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

31. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια,

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

ελλείπει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών, και πολλώ δε μάλλον όταν η τυχόν παραβίαση προβλέπεται ρητά επί ποινή αποκλεισμού (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, Α.Κ. ΚΑΦΤΑΝΗ, «Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς, Ακραιφνής τυπολατρία ή αναγκαίος όρος της ισότητας και της διαφάνειας»; ΔιΔικ, τ. 24, 2012, σελ 546, 547), ήτοι όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού. Σε κάθε δε περίπτωση εκφράσεις στην διακήρυξη όπως «πρέπει» ή «υποχρεωτικά» καθιστούν σαφές πέραν αμφιβολίας ότι η παράβαση του οικείου όρου που περιλαμβάνει μία από τις ως άνω εκφράσεις ή κάποια αντίστοιχη, οδηγεί άφευκτα κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σε απόρριψη της σχετικής Προσφοράς.

32. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και Ψ-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27).

33. Επειδή όπως προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας ως είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ως βάσιμα αναφέρεται στην προσφυγή (σκέψη 16), ως έχει ομολογηθεί από τον παρεμβαίνοντα (σκέψη 18), ούτε ο παρεμβαίνων ούτε ο δεύτερος μειοδότης στην οικονομική τους προσφορά έχει περιλάβει στη τιμή των προσφορών τους την νόμιμη παρακράτηση προκαταβολής φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%. Όμως κατά τις προαναφερθείσες διατάξεις του άρθ. 92 παρ. 5 και 8, 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016, 68 παρ. 1 περ. στ του ν. 3863/2010, 61 και 64 του ν. 4172/2013, 24 του ν. 2198/1994 (σκέψεις 24, 23, 25, 26, 27 αντίστοιχα) και των άρθ. 10 παρ. 10, παρ. 11, άρθ. 17 παρ. 2, παρ. 5 περ. στ), άρθ. 27 παρ. 6, άρθ. 30, Παράρτημα Ε γραμμή 8 της Διακήρυξης (σκέψη 28), στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνεται υποχρεωτικά το σύνολο των κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου που βαρύνουν κατά νόμο τον ανάδοχο. Μεταξύ δε των εν λόγω

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

επιβαρύνσεων περιλαμβάνεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%. Η επίμαχη προκαταβολή φόρου 8% παρακρατείται υποχρεωτικά κατά την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών και συνεπώς επιβαρύνει κατά το ισόποσο το συμβατικό αντάλλαγμα. Συναφώς έχει παγίως γίνει δεκτό ad hoc από την νομολογία ότι συντρέχει υποχρέωση -επί ποινή απόρριψης της προσφοράς- συμπερίληψης στην προσφερόμενη τιμή της προσφοράς κάθε νόμιμης επιβάρυνσης, μεταξύ των οποίων, περιλαμβάνεται και το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013 και μάλιστα αδιαστίκτως αν το συγκεκριμένο κονδύλιο αναγράφεται ή όχι στους Πίνακες-έντυπα της οικονομικής προσφοράς ως παρατίθενται στην διακήρυξη (ΣΤΕ 563/2008, σκ.4, ΕΑ ΣΤΕ 446/2009, 840/2008, 482/2006, πρβλ. ΣΤΕ 3938/1999, Ε.Α. ΣΤΕ 800, 256/2004, ΔΕφΑθ 126/2019, 25/2019, 265/2016, βλ. και ΑΕΠΠ 135/2019, 1193-1194/2019 7<sup>ο</sup> Κλιμάκιο, 1101/2019 5<sup>ο</sup> Κλιμάκιο, 1223-1224/2019, 9/2020 8<sup>ο</sup> Κλιμάκιο). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί, η υποχρέωση συμπερίληψης στην τιμή της προσφοράς της παρακράτησης της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος 8% *«αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση της προμήθειας 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»*. Συνεπώς έσφαλε η προσβαλλόμενη απόφαση που αποδέχθηκε ως νόμιμες και ισχυρές τις προσφορές του παρεμβαίνοντος και του δεύτερου μειοδότη, στις οποίες δεν είχε συμπεριληφθεί η ως άνω νόμιμη επιβάρυνση παρακράτησης υπέρ του Δημοσίου προκαταβολής φόρου 8% επί του συμβατικού ανταλλάγματος. Ενώ σύμφωνα με τον νόμο και την διακήρυξη ρητώς και σαφώς όφειλε η παρακράτηση 8% υπέρ του Δημοσίου να περιλαμβάνεται στο ποσόν της προσφοράς ως *επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για παράδοση της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης*. Επομένως οι επίμαχες προσφορές έπρεπε να απορριφθούν κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με τις αρχές της νομιμότητας και της τυπικότητας της διαδικασίας (σκέψεις 29, 30, 31 και 32), όπως βάσιμα αναφέρει η προσφεύγουσα,

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

καθόσον οι προσφορές των δύο προτασσομένων αυτής διαγωνιζομένων προσκρούουν στους ρητούς και σαφείς ως άνω όρους της διακήρυξης και του νόμου (σκέψεις 23 έως 28 εκτενώς ως άνω) και έπρεπε να κριθούν ως απορριπτέες σύμφωνα με το άρθ. 18, 53, 71, 91 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 19, 20, 21, 22) και το άρθ. 10 παρ.9 και παρ. 13, άρθ. 17 παρ. 4 και παρ. 5 της διακήρυξης (σκέψη 28).

34. Επειδή ειδικότερα είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς και επί εσφαλμένης βάσης ερειδόμενοι όλοι οι ισχυρισμοί της παρέμβασης ότι η επίμαχη παρακράτηση της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτων και για τον λόγο αυτό δεν οφείλεται να συμπεριληφθεί στην τιμή της προσφοράς. Και τούτο επειδή πράγματι μεν η επίμαχη παρακράτηση 8% δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτων, αλλά συνιστά *δε νόμιμη επιβάρυνση του εργολαβικού ανταλλάγματος υπέρ του Δημοσίου* και ως τέτοια ρητά σύμφωνα με τον νόμο και την διακήρυξη οφείλει να συμπεριληφθεί στην τιμή της προσφοράς του (άρθ. 92 παρ. 5 και 8, 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016, 68 παρ. 1 περ. στ του ν. 3863/2010, 61 και 64 του ν. 4172/2013, 24 του ν. 2198/1994 (σκέψεις 24, 23, 25, 26, 27 αντίστοιχα) και των άρθ. 10 παρ. 10, παρ. 11, άρθ. 17 παρ. 2, παρ. 5 περ. στ), άρθ. 27 παρ. 6, άρθ. 30, Παράρτημα Ε γραμμή 8 της Διακήρυξης (σκέψη 28). Ακολούθως είναι απορριπτέοι ως αόριστοι αναπόδεικτοι και περαιτέρω αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της παρέμβασης ότι δεν οφείλετο να συμπεριληφθεί στην τιμή της προσφοράς η επίμαχη επιβάρυνση 8% υπέρ του Δημοσίου, διότι -κατά την παρέμβαση- *δεν είναι κόστος, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται*. Όμως εν προκειμένω, ρητά σύμφωνα με τον νόμο και τους όρους της διακήρυξης πρέπει υποχρεωτικά να συμπεριλαμβάνονται στην τιμή της προσφοράς όλες οι νόμιμες υπέρ του Δημοσίου επιβαρύνσεις *για την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης* ( άρθ. 17 παρ. 2 της διακήρυξης σκέψη 28 και άρθ. 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016 σκέψη 23). Παραμένει σε σαφές και ομολογημένο και από τον παρεμβαίνοντα ότι *για την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης* απαιτείται σε κάθε περίπτωση να παρακρατείται η προκαταβολή του φόρου εισοδήματος 8% επί της αξίας του

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

εργολαβικού ανταλλάγματος. Το πληρωτέο εργολαβικό ανταλλάγμα κατά την δεδομένη χρονική στιγμή υλοποίησης της προμήθειας (βάσει των τιμολογίων του αναδόχου) επιβαρύνεται κατά το ισόποσο της παρακράτησης 8% επί τη τιμολογιακής αξίας, σύμφωνα με τα άρθ. 92 παρ. 5 και 8, 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016, 68 παρ. 1 περ. στ του ν. 3863/2010, 61 και 64 του ν. 4172/2013, 24 του ν. 2198/1994 (σκέψεις 24, 23, 25, 26, 27 αντίστοιχα) και των άρθ. 10 παρ. 10, παρ. 11, άρθ. 17 παρ. 2, παρ. 5 περ. στ), άρθ. 27 παρ. 6, άρθ. 30 Παράρτημα Ε γραμμή 8 της Διακήρυξης (σκέψη 28). Κατά το ρητό και σαφές γράμμα του νόμου και της διακήρυξης απαιτείται να συμπεριληφθεί στην τιμή της προσφοράς κάθε επιβάρυνση του εργολαβικού ανταλλάγματος υπέρ του Δημοσίου η οποία απαιτείται για την παροχή της υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης και μάλιστα αδιακρίτως αν η εν λόγω επιβάρυνση είναι οριστική ή προσωρινή υπέρ του Δημοσίου αρκεί πάντως να συντρέχει κατά την παροχή της υπηρεσίας. Ήτοι η επίμαχη παρακράτηση φόρου 8% είναι παρούσα και βέβαιη κατά τον χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης, αδιαφόρως αν μελλοντικά συμψηφιστεί ή επιστραφεί εν όλω ή εν μέρει στον ανάδοχο, ή και αν ακόμη μελλοντικά όχι μόνο δεν επιστραφεί αλλά ενδεχομένως προσ απαιτηθεί από τον ανάδοχο η καταβολή και επί πλέον ποσού φόρου εισοδήματος. Κατά τα λοιπά οι παραπάνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι και διότι προσκρούουν ευθέως στο γράμμα της διακήρυξης και ίδια στο άρθ. 27 παρ. 6 το οποίο περιλαμβάνει ρητώς και σαφώς τον Φόρο 8%, επί της καθαρής αξίας του κάθε τιμολογίου παροχής υπηρεσιών στις Νόμιμες κρατήσεις που βαρύνεται ο ανάδοχος. Περαιτέρω είναι απορριπτέος ως αόριστος και περαιτέρω αβάσιμος ο ισχυρισμός της παρέμβασης ότι κατά την πληρωμή και υποβολή του τιμολογίου θα ξαναεπιβληθεί υποχρεωτικά η παρακράτηση φόρου 8% στο ποσό της πληρωμής η οποία όμως ήδη έχει συνυπολογιστεί, και έτσι ο οικονομικός φορέας την επιβαρύνεται δύο φορές. Και τούτο διότι εν προκειμένω συγχέονται οι νόμιμες και διακριτές λειτουργίες της τιμολόγησης και της νόμιμης παρακράτησης 8% για προκαταβολή φόρου με την υποβολή της οικονομικής προσφοράς. Ειδικότερα, η υποβολή της οικονομικής προσφοράς δεν επιφέρει φορολογική υποχρέωση προκαταβολής φόρου εισοδήματος που να επιβαρύνει τον προσφέροντα. Ο προσφέρων ανεξαρτήτως των ποίων ποσών θέλει διαλάβει στην προσφορά του δεν

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

κινδυνεύει πάντως εκ του λόγου αυτού να του επιβληθεί μία παρακράτηση φόρου 8% κατά την υποβολή της προσφοράς και εν συνεχεία να του ξαναεπιβληθεί υποχρεωτικά η παρακράτηση φόρου 8% στο ποσό της πληρωμής κατά την εκτέλεση της σύμβασης, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων. Αντίθετα ο προσφέρων σύμφωνα με τον νόμο και την διακήρυξη οφείλει να περιλάβει ήτοι να συνυπολογίσει και να δηλώσει στην προσφορά του όλες τις νόμιμες υπέρ Δημοσίου κρατήσεις που θα επιβαρύνουν το εργολαβικό αντάλλαγμα, και εν συνεχεία -εφόσον του ανατεθεί η προμήθεια- να καταβάλει την επίμαχη νόμιμη επιβάρυνση υπέρ Δημοσίου όπως τότε θα προκύπτει σε κάθε τιμολόγηση. Συνεπώς ο προσφέρων δεν επιβαρύνεται σε καμία περίπτωση δύο φορές με το ποσόν της προκαταβολής του φόρου 8% υπέρ του Δημοσίου, αλλά μόνον μία ήτοι κατά την εκτέλεση της σύμβασης και την τιμολόγηση των υπηρεσιών του. Περαιτέρω είναι απορριπτέος ως αόριστος και περαιτέρω αβάσιμος ο ισχυρισμός της παρέμβασης ότι η επίμαχη παρακράτηση 8% αποτελεί φορολογική υποχρέωση του κάθε προσφέροντος και ως εκ τούτου δεν μπορεί να θεωρηθεί "νόμιμη επιβάρυνση". Και τούτο διότι ο παρεμβαίνων δεν επικαλείται ούτε αποδεικνύει ούτε προκύπτει βάσει ποιάς διάταξης ή για ποια νόμιμη αιτία η φορολογική υποχρέωση δεν μπορεί να συνιστά εν ταυτώ και νόμιμη επιβάρυνση του φορολογούμενου. Και ίδια μάλιστα δεν προκύπτει για ποιόν νόμιμο λόγο δεν μπορεί να θεωρηθεί νόμιμη επιβάρυνση υπέρ Δημοσίου η παρακράτηση προκαταβολικά της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου με ισόποση μείωση του λαβείν του, η οποία καταφανώς επιβαρύνει το συμβατικό του αντάλλαγμα, ως εν προκειμένω ισχύει με την επίμαχη παρακράτηση προκαταβολής φόρου 8% η οποία αποδίδεται στο Δημόσιο.

35. Επειδή περαιτέρω είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι δεν θα ήταν δυνατόν να υπέχει υποχρέωση συνυπολογισμού στην οικονομική προσφορά της επίμαχης παρακράτησης 8% διότι τούτο θα είχε ως αποτέλεσμα να καταστούν οι Οικονομικές Προσφορές εκτός προϋπολογισμού και ως εκ τούτου υποχρεωτικά αποκλειστές γεγονός που καταδεικνύει ότι ούτε η αναθέτουσα αρχή δεν έλαβε υπόψη της το συγκεκριμένο κόστος για τον προσδιορισμό του οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης. Και τούτο επειδή ο ισχυρισμός αυτός ενέχει και στηρίζεται επί αμφισβήτησης ανεπιδικάως και απαραδέκτως των σαφών και

## Αριθμός Απόφασης: 91/2020

ρητών όρων της διακήρυξης και ίδια αμφισβητεί ευθέως την επάρκεια του προϋπολογισμού της διακήρυξης. Όμως i) έχει ad hoc παγίως κριθεί ότι ανεπικαίρως και απαραδέκτως, επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερης πράξεως, η οποία εντάσσεται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας –και εν προκειμένω της απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου- προβάλλεται λόγος με τον οποίον αμφισβητείται η νομιμότητα πράξης προηγούμενου σταδίου του διαγωνισμού –και εν προκειμένω της διακήρυξης- δοθέντος ότι έχει παρέλθει η εκ του νόμου προβλεπόμενη αποκλειστική προθεσμία (ΔΕφ 100/2015, ΔΕφΑθ 426/2015, ΣτΕ 17/2018, ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ. 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, ΔΕΚ απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 56, και απόφαση της 14.2.2019, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop. Impresa Sociale Onlus σκέψεις 39 έως 50, και σκέψη 52, βλ. και ad hoc νομολογία σχετικά με την अपαράδεκτη εκ των υστέρων αμφισβήτηση των ενσωματωμένων στην διακήρυξη Υποδειγμάτων οικονομικής προσφοράς ΕΑ ΣτΕ 723/2011, 705/2011, 654/2011, 659/2011, 367/2011, 1342/2010, 1166/2010), και ii) Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με το άρθρ. 367 του ν.4412/2016, ως τροποποιημένο ισχύει δεν χωρεί εν προκειμένω παρεμπόπτων έλεγχος του αμφισβητούμενου στην ουσία ως ανεπαρκούς του προϋπολογισμού της διακήρυξης, διότι σύμφωνα με τον νόμο *Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης.* Συνεπώς, για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί ως απaráδεκτος ο υπό εξέταση ισχυρισμός της παρέμβασης αλλά επί πλέον περαιτέρω και ως αβάσιμος καθώς προσκρούει ευθέως στο άρθρ. 10 παρ. 20 της διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο *Μετά την κατάθεση της προσφοράς δεν γίνεται αποδεκτή αλλά απορρίπτεται ως απaráδεκτη .. απόκρουση όρου της διακήρυξης...* (σκέψη 28).

36. Επειδή περαιτέρω, είναι απορριπτέοι ως απaráδεκτοι όλοι οι ισχυρισμοί της παρέμβασης με τους οποίους ο παρεμβαίνων στρέφεται κατά της προσφοράς της προσφεύγουσας υποστηρίζοντας ότι προσκρούει στο



## **Αριθμός Απόφασης: 91/2020**

άρθ. 17 παρ. 7 της διακήρυξης (σκέψη 28) και για τον λόγο αυτό είναι *μη νόμιμη και υποχρεωτικά αποκλειστέα*. Και τούτο επειδή, ο ισχυρισμός αυτός κατατείνει σε απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας που έχει γίνει αποδεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση, καθόσον υποστηρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της προσκρούει σε ουσιώδη επί ποινή απόρριψης όρο της διακήρυξης (το άρθ. 17 παρ. 7). Όμως παρίσταται απαράδεκτη η προβολή τέτοιων ισχυρισμών με άσκηση παρέμβασης, η οποία σύμφωνα με τον νόμο και ίδια σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθ. 362 ν. 4412/2016 και άρθ. 7 ΠΔ 39/2017, δεν μπορεί παρά να κατατείνει μόνο στην διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης και στην ορθότητα των λόγων της, και όχι στην αμφισβήτηση της νομιμότητας και του κύρους της, όπως εν προκειμένω.

37. Επειδή κατόπιν της παραπάνω σκέψης 33 προκύπτει επαρκές και αυτοδύναμο αιτιολογικό έρεισμα ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αποδέχθηκε τις οικονομικές προσφορές του παρεμβαίνοντος προσωρινού αναδόχου, και της δεύτερης μειοδότης. Επομένως η εξέταση του επάλληλου δεύτερου ισχυρισμού της προσφυγής που αφορά στην ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης λόγω αποδοχής - των φερόμενων ως- ζημιογόνων επίμαχων οικονομικών προσφορών, παρέλκει ως αλυσιτελής, δοθέντος ότι η ως άνω πλημμέλεια της προσβαλλόμενης και των οικονομικών προσφορών (σκέψη 33) παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης και την αποδοχή του αιτήματος της προδικαστικής προσφυγής (ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, ΔΕφΑθ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 841/2012 (ΑΣΦ) κ.α.)

38. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

39. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε αποδεκτές τις οικονομικές προσφορές του παρεμβαίνοντος και της δεύτερης μειοδότης .....

40. Επειδή η παρέμβαση πρέπει απορριφθεί.

41. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη 39, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

**Αριθμός Απόφασης: 91/2020**

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.  
Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.  
Απορρίπτει την παρέμβαση.  
Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 3-1-2020 και εκδόθηκε την 23-1-2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Βασιλική Κωστή**