

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 24 Ιουλίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αρ. 935/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 759/19-06-2020 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του, που εδρεύει στην, όπως νόμιμα εκπροσωπείται

και της παρεμβαίνουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο, επί της οδού, αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί εν μέρει η από 03-06-2020 και με αριθμ. πρωτ. 364/17524 απόφαση (συνεδρίαση 134/02-06-2020) του του, με την οποία εγκρίθηκαν τα Πρακτικά 1 και 2 περί αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή «Υπηρεσιών φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων και των εξωτερικών χώρων του πρώην στις εγκαταστάσεις του στις πόλεις,,, και», καθώς και τα ανωτέρω Πρακτικά.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 4.193,55 €, το οποίο αναλογεί σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας, χωρίς ΦΠΑ, αξίας της σύμβασης (838.709,68€), σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017.

2. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή ανατέθηκε στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 19-06-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, το (στο εξής καλούμενο στην παρούσα «αναθέτουσα αρχή» ή «.....»), με τη με αριθμό διακήρυξή του κίνησε ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης για την παροχή «Υπηρεσιών φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων και των εξωτερικών χώρων του πρώην στις εγκαταστάσεις του στις πόλεις,, και», με εκτιμώμενη αξία σύμβασης 1.040.000,00€, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, για δύο (2) έτη, με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) επιπλέον έτος (εφεξής «διαγωνισμός»). Η διακήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 11-02-2020 με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) Ο διαγωνισμός διενεργείται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στη διακήρυξη ορίστηκε η 20^η-03^{ου}-2020, και η ημερομηνία αποσφράγισης τους η 26^η-03^{ου}-2020. Στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά τρεις (3) οικονομικοί φορείς, η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, καθώς και η εταιρεία με την επωνυμία «.....». Ακολουθώντας, μετά την αποσφράγιση των υποφακέλων των συμμετεχόντων με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

Προσφορά» και τον έλεγχο και την αξιολόγηση των περιεχόμενων σε αυτούς εγγράφων και στοιχείων, η επιτροπή του διαγωνισμού, αφού έλαβε υπόψη τα διαβιβασθέντα έγγραφα του ΣΕΠΕ (με αρ. πρωτ. και αρ. πρωτ., τα κατατεθέντα στα δικαιολογητικά των συμμετεχόντων, σε συνδυασμό με τους προβλεπόμενους στην διακήρυξη λόγους αποκλεισμού και την από 14/5/20 ληφθείσα γνωμοδότηση του νομικού συμβούλου του, με αρ. πρωτ. 135/15167/14-5-20, καθώς και τη με αρ. πρωτ. 283/15179/ 14-5-20 αποδοχή της από την, με το από 18-05-2020 1^ο Πρακτικό της έκρινε πλήρη τα δικαιολογητικά συμμετοχής και των τριών συμμετεχόντων, βάσει δε του άρθρου 3.1.2.β της διακήρυξης και των προβλεπόμενων στο άρθρο 2.4.3 και ειδικότερα στο 2.4.3.2 αυτής, αφού έλεγξε τις τεχνικές προσφορές των συμμετεχόντων, έκρινε αποδεκτούς τους φακέλους «δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών», που κατέθεσαν και οι τρεις συμμετέχοντες βάσει του άρθρου 3.1.2.α και β και εισηγήθηκε τη συνέχιση του διαγωνισμού, κατά τα προβλεπόμενα, βάσει του άρθρου 3.1.2.γ της διακήρυξης, με την αποσφράγιση όλων των υποβληθεισών οικονομικών προσφορών. Μετά την αποσφράγιση, τον έλεγχο και την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η επιτροπή του διαγωνισμού, με το από 26-05-2020 2^ο Πρακτικό της, αφού έκρινε τις προσφορές όλων των συμμετεχόντων αποδεκτές και λαμβάνοντας υπόψη ότι η προσφεύγουσα προσέφερε τιμή χωρίς ΦΠΑ 836.208,24€, η εταιρεία «.....» προσέφερε τιμή 838.445,56€ και η παρεμβαίνουσα προσέφερε τιμή 832.182,96€, εισηγήθηκε την ανακήρυξη της παρεμβαίνουσας προσωρινής αναδόχου της σύμβασης. Το του καθ' ου, τέλος, με τη με αριθμό 364/17524/03-06-2020 (συνεδρίαση 134/02-06-2020) Απόφασή του (στο εξής καλούμενη στην παρούσα «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») ενέκρινε τα ανωτέρω πρακτικά της επιτροπής του διαγωνισμού, τα οποία και συμπεριέλαβε στην προσβαλλόμενη πράξη του και αποφάσισε ό,τι και η επιτροπή του διαγωνισμού στα πρακτικά της εισηγούνταν. Κατά της απόφασης αυτής του, κατά το μέρος που γίνονται δεκτές οι

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

προσφορές της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας «.....» (στο εξής «.....») στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή της.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, του αντικειμένου της, της δραστηριότητας που το που διενεργεί το διαγωνισμό ασκεί και της νομικής του φύσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως και στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή για δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 03-02-2020), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α΄ του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 09-06-2020 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 19-06-2020.

6. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά που έγινε δεκτή. Συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, αφού διατηρεί την προσδοκία να της ανατεθεί η προκηρυχθείσα σύμβαση, περαιτέρω δε, αν οι προσφορές της παρεμβαίνουσας και της τρίτης συμμετέχουσας εταιρείας απορρίπτονταν, κατά τα ιστορούμενα στην

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

προσφυγή, τότε η προσφεύγουσα θα ήταν η μόνη συμμετέχουσα που θα συνέχιζε στο διαγωνισμό, επομένως θα είχε αυξημένη προσδοκία ότι θα ανακηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης.

7. Επειδή συνακόλουθα, ως τύποις παραδεκτή, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της. Το αίτημα της προσφυγής, όμως, για ακύρωση των πρακτικών 1 και 2 της επιτροπής του διαγωνισμού είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο. Και τούτο, διότι, κατά πάγια νομολογία, οι πράξεις της επιτροπής του διαγωνισμού, τόσο κατά τον έλεγχο των τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής στο διαγωνισμό, όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών, δεν αποτελούν εκτελεστές πράξεις, συνακόλουθα δεν υπόκειται σε προδικαστική προσφυγή (πρβλ. ΣΤΕ 421/2014).

8. Επειδή, εξάλλου, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017 και εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις ίδιες ως άνω διατάξεις, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, παρεμβαίνει η εταιρεία «.....», της οποίας η προσφορά επίσης έγινε αποδεκτή στο διαγωνισμό και η οποία ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος, με την αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, στις 29-06-2020 και κοινοποιηθείσα και στην ΑΕΠΠ αυθημερόν παρέμβασή της, όπως αυθημερόν παραδεκτώς συμπληρώθηκε.

9. Επειδή, περαιτέρω, με το με αριθμό 1838/4085/20882/30-06-2020 έγγραφο του Προϊσταμένου Οικονομικών Υπηρεσιών του, το καθ' ου κοινοποιεί τις απόψεις του επί της προσφυγής, με τις οποίες αντικρούει τους λόγους της προσφυγής και ζητεί την απόρριψή της, επιπλέον όμως προβάλλει και συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης του, σύμφωνα με το προτελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Κατά το μέρος αυτό, καίτοι υποβλήθηκαν στις 30-06-2020, δηλαδή μετά το πέρας της

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

δεκαήμερης και αποκλειστικής προθεσμίας για την υποβολή τους (βλ. αντί άλλων ΑΕΠΠ επταμ. 8/2020, σκ. 7), παραδεκτώς λαμβάνονται υπόψη.

10. Επειδή, τέλος, στις 17-07-2020, η προσφεύγουσα παραδεκτώς ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ το από ίδιας ημερομηνίας υπόμνημά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παρ. του άρ. 365 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

11. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα βάλλει κατά των οικονομικών προσφορών των συνδιαγωνιζόμενων της, λόγω της ασάφειάς τους. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι σε αντίθεση με την ίδια, οι συνδιαγωνιζόμενες της δεν συμπεριέλαβαν καθόλου οικονομική προσφορά για το έτος 2022 (έτος δικαιώματος προαίρεσης), συνακόλουθα δεν μπορεί να αξιολογηθεί το παραδεκτό της προσφοράς τους ως σύνολο, δηλαδή ότι δεν ξεπερνά, επί ποινή αποκλεισμού, την προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης, κατά τους όρους του άρθρου 2.4.4 της διακήρυξης.

12. Επειδή, σχετικά με το περιεχόμενο και την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, στη διακήρυξη του διαγωνισμού που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο τους διαγωνιζόμενους όσο και την αναθέτουσα αρχή, στο άρθρο 2.4.1 με τίτλο «Γενικοί όροι υποβολής προσφορών», προβλέπονται τα εξής: « Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα της παρούσας για το σύνολο των περιγραφόμενων υπηρεσιών ...» και στο άρθρο 2.4.4 με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών», ότι: «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης σε χωριστό σφραγισμένο φάκελο, μέσα στον κύριο φάκελο. Η προσφερόμενη τιμή για το σύνολο της σύμβασης θα δίνεται σε ευρώ, θα αναγράφεται αριθμητικώς και θα έχει την μορφή Χ.XXX.XXX,XX.

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

... Η προσφερόμενη τιμή δεν θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να είναι μεγαλύτερη από την εκτιμώμενη αξία (προϋπολογισθείσα δαπάνη) της σύμβασης. Η προσφερόμενη τιμή είναι σταθερή καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζεται. 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 προσφερόμενη τιμή υπερβαίνει την εκτιμώμενη αξία (προϋπολογισθείσα δαπάνη) της σύμβασης Για την αξιολόγηση της συμφερότερης προσφοράς θα ληφθεί υπόψη το κόστος για το σύνολο του έργου των παρεχόμενων υπηρεσιών για όλες τις πόλεις του πρώην (..... – – – -). Επίσης θα δηλώνεται το κόστος ανά βάρδια (πρωινή, απογευματινή, βραδινή), σύμφωνα με το οποίο υπολογίστηκε η συνολική μηνιαία προσφορά. Οικονομική Προσφορά Φύλαξης εγκαταστάσεων πρώην: Συνολική Τιμή για φύλαξη των Κτιρίων και των Εξωτερικών Χώρων στην (.....), ποσό€, χωρίς ΦΠΑ Συνολική Τιμή για φύλαξη των Κτιρίων και των Εξωτερικών Χώρων στο, ποσό €, χωρίς ΦΠΑ Συνολική Τιμή για φύλαξη των Κτιρίων και των Εξωτερικών Χώρων στο, ποσό €, χωρίς ΦΠΑ Συνολική Τιμή για φύλαξη των Κτιρίων και των Εξωτερικών Χώρων στον, ποσό €, χωρίς ΦΠΑ Συνολική Τιμή για φύλαξη των Κτιρίων και των Εξωτερικών Χώρων στην, ποσό €, χωρίς ΦΠΑ ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΠΟΣΟ ΓΙΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2020 ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ Ευρώ ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΠΟΣΟ ΓΙΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2020 ΜΕ ΦΠΑ Ευρώ ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΠΟΣΟ ΓΙΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2021 ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ Ευρώ ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΠΟΣΟ ΓΙΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2021 ΜΕ ΦΠΑ Ευρώ ΓΕΝΙΚΟ ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΠΟΣΟ ΓΙΑ ΔΥΟ (2) ΕΤΗ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ Ευρώ, ΜΕ ΦΠΑ Ευρώ. ...». Στο Παράρτημα ΙΙΙ, τέλος, της διακήρυξης περιέχεται το υπόδειγμα εντύπου Οικονομικής Προσφοράς, το οποίο καλούνταν οι συμμετέχοντες να υποβάλλουν συμπληρωμένο, στο οποίο μεταξύ άλλων ορίζονται τα εξής: «...Οι τιμές της παρούσης προσφοράς αφορούν όλες τις εργασίες που

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

απαιτούνται για τις «Υπηρεσίες φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων και των εξωτερικών χώρων του πρώην στις εγκαταστάσεις του στις πόλεις,,, και» για δύο (2) έτη», σύμφωνα το τεύχος διακήρυξης και περιλαμβάνουν εν γένει όλες τις απαιτούμενες δαπάνες για την φύλαξη σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης. Η Προθεσμία περαιώσεως ορίζεται σε δύο έτη. ... ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΓΙΑ ΟΛΕΣ ΤΙΣ ΠΟΛΕΙΣ ... Οικονομική προσφορά για όλες τις πόλεις: (.....) – – – - Μηνιαίο κόστος (χωρίς ΦΠΑ) ... € Ετήσιο κόστος (χωρίς ΦΠΑ) ... € Κόστος δύο (2) ετών (χωρίς ΦΠΑ) ... € ΦΠΑ ...€ ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΑΞΙΑ ΕΡΓΟΥ ...€ ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΑΞΙΑ ΕΡΓΟΥ (ολογράφως) ...».

13. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης και το περιεχόμενο στο Παράρτημα ΙΙΙ αυτής έντυπο Οικονομικής Προσφοράς, με σαφήνεια και χωρίς αμφισημία συνάγεται ότι οι συμμετέχοντες όφειλαν να προσφέρουν τιμή μόνον για τα δύο έτη (2020 και 2021) της υπό ανάθεση σύμβασης, με ανάλυση κατά μήνα και κατ' έτος, ενώ δεν προκύπτει ότι απαιτείτο να υποβάλουν προσφορά και για το έτος 2022 (έτος δικαιώματος προαίρεσης), ούτε προκύπτει ότι θα αξιολογούνταν με βάση τη συνολική προσφερόμενη τιμή για τρία έτη υπηρεσίας (συμπεριλαμβανομένου δηλαδή και του έτους του δικαιώματος προαίρεσης). Απεναντίας, από τη διατύπωση του άρθρου 2.3.6 της διακήρυξης «Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής για το σύνολο των υπηρεσιών της σύμβασης», σε συνδυασμό με τις διατυπώσεις του άρθρου 1.3 αυτής περί φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης και του παραρτήματος Ι αυτής, προκύπτει χωρίς αμφιβολία ότι το σύνολο των υπηρεσιών της σύμβασης, στην οποία κατατείνει ο διαγωνισμός αφορά τις υπηρεσίες φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων και των εξωτερικών χώρων του πρώην στις εγκαταστάσεις του στις πόλεις,,, και» για δύο (2) έτη, η δε προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης αφορά τη δαπάνη για την παροχή

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

υπηρεσίας για δύο έτη (2020 και 2021), ενώ το τρίτο έτος της υπηρεσίας 2022 (δικαίωμα προαίρεσης) είναι αβέβαιο αν θα ανατεθεί, αλλά ως δικαίωμα προαίρεσης της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται στη διακήρυξη, προκειμένου νομίμως κατά τους όρους του άρθρου 132 του ν. 4412/2016 να μπορεί να ασκηθεί. Όσα δε περί του αντιθέτου υποστηρίζει η προσφεύγουσα είναι αβάσιμα και απορριπτικά. Κατά συνέπεια, οι οικονομικές προσφορές της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας δεν είναι ασαφείς επειδή δεν περιλαμβάνουν τιμή και για το έτος 2022, νόμιμα δε με συνολική τιμή για τα έτη 2020 και 2021 μπορούν να αξιολογηθούν αν ξεπερνούν ως σύνολο την προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης, κατά τους όρους του άρθρου 2.4.4 της διακήρυξης. Κατόπιν τούτων, ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, περαιτέρω, με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι προσφορές των συνδιαγωνιζομένων της έπρεπε να απορριφθούν, διότι σε αυτές δεν έχει συνυπολογιστεί παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί της καθαρής αξίας του πληρωτέου ποσού της προσφοράς τους.

15. Επειδή, στο άρθρο 95 του διέποντος το διαγωνισμό ν. 4412/2016 (Α' 147), 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.....». Περαιτέρω, στις διατάξεις του άρθρου 2.4.4 της διακήρυξης του διαγωνισμού με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου Οικονομική

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

Προσφορά/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται ότι: «Η προσφερόμενη τιμή για το σύνολο της σύμβασης θα δίνεται σε ευρώ, θα αναγράφεται αριθμητικώς και θα έχει την μορφή Χ.ΧΧΧ.ΧΧΧ,ΧΧ. ... Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, των ανωτέρω τιμών θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Στις τιμές περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.. Η προσφερόμενη τιμή δεν θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να είναι μεγαλύτερη από την εκτιμώμενη αξία (προϋπολογισθείσα δαπάνη) της σύμβασης. Η προσφερόμενη τιμή είναι σταθερή καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζεται. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) ..., β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η προσφερόμενη τιμή υπερβαίνει την εκτιμώμενη αξία (προϋπολογισθείσα δαπάνη) της σύμβασης Οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό, σύμφωνα με τον παραπάνω νόμο και τα αναφερόμενα στην παράγραφο 4.3.2 της παρούσης διακήρυξης πρέπει να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους, τα παρακάτω στοιχεία: α) Τον αριθμό των εργαζομένων. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία 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. ... Η οικονομική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει το πραγματικό κόστος των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων, όπως αυτές ορίζονται από τις οικίες συμβάσεις εργασίας και όπως έχουν διαμορφωθεί από την κείμενη εργατική νομοθεσία. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης (εργολάβοι) πρέπει, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάψουν στην

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι». Σύμφωνα δε με το άρθρο 5.1.2 της ίδιας διακήρυξης, «Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή της υπηρεσίας 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. β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός Φ.Π.Α., 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..... Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού». Στο Παράρτημα ΙΙΙ, τέλος, της διακήρυξης περιέχεται το υπόδειγμα εντύπου Οικονομικής Προσφοράς, το οποίο καλούνταν οι συμμετέχοντες να υποβάλλουν συμπληρωμένο, στο οποίο περιλαμβάνονται πεδία για την αναγραφή του κόστους μισθοδοσίας, του διοικητικού κόστους, του εργολαβικού κέρδους, καθώς και κόστους κρατήσεων, νομίμων υπέρ δημοσίου και τρίτων, κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του άρθρου 68 του ν. 3863/10, επιπλέον δε, περιλαμβάνεται και δήλωση ότι «Στις τιμές αυτές περιλαμβάνονται παντός είδους κρατήσεις που βαρύνουν τον ανάδοχο».

16. Επειδή, εξάλλου, στην παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, ορίζεται ότι: ««1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

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, υποχρεούνται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) 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 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. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι».

17. Επειδή, 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: γγ)

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών. Εξαιρούνται από την παρακράτηση φόρου οι υπόχρεοι του πρώτου εδαφίου: αα) όταν προμηθεύονται αγαθά ή τους παρέχονται υπηρεσίες και δεν απαιτείται σύμβαση, εφόσον η καθαρή αξία αυτών, κατά συναλλαγή, δεν υπερβαίνει το ποσό των εκατόν πενήντα (150) ευρώ, ββ) όταν λαμβάνουν υπηρεσίες ή προμηθεύονται ηλεκτρικό ρεύμα, τηλεφωνικές συνδιαλέξεις, τηλεγραφήματα, γραμματόσημα, φωταέριο, νερό και εισιτήρια γενικά, γγ) όπου προβλέπεται παρακράτηση ή προκαταβολή φόρου από άλλη διάταξη για το ίδιο έσοδο και δδ) όταν προμηθεύονται αγαθά ή τους παρέχονται υπηρεσίες από τις πολεμικές βιομηχανίες ΕΑΒ, ΕΒΟ, ΠΥΡΚΑΛ και ΕΛΘΟ, καθώς και από το Κέντρο Επιχειρηματικής Πολιτιστικής Ανάπτυξης (Κ.Ε.Π.Α.) και την Αναπτυξιακή Ένωση Μακεδονίας (ΑΝ.Ε.Μ.)».

18. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων των ν. 4412/2016 και ν. 3863/2010 που προπαρατέθηκαν, σε συνδυασμό με τις διατάξεις του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής για παροχή υπηρεσιών σε φορείς της γενικής κυβέρνησης, υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των κρατήσεων που προβλέπεται ότι βαρύνουν την προσφορά του αναδόχου. Η παρακράτηση φόρου αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, από τον οποίο προεισπράττεται το σχετικό ποσό, ενώ στη συνέχεια, κατά την εκκαθάριση της φορολογικής του δήλωσης, επιστρέφεται ή συμψηφίζεται στο φόρο εισοδήματος που επιβάλλεται σε βάρος του επί των κερδών ή του καθαρού εισοδήματος, ανάλογα αν πρόκειται για νομικό ή φυσικό πρόσωπο. Κατά την παραπάνω έννοια, κατά την άποψη που επικράτησε στο επιληφθέν Κλιμάκιο και κατά την απολύτως κρατούσα άποψη στη νομολογία, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% συνιστά κράτηση υπέρ του Δημοσίου (βλ. τις πλέον πρόσφατες αποφάσεις ΔΕΦΑΘ 10/2020 και 80/2020), σε κάθε περίπτωση δε, ανεξαρτήτως της φύσης της ως φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, συνιστά επιβάρυνση την οποία κατά την έννοια των πιο πάνω διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, οι

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

συμμετέχοντες στο διαγωνισμό έχουν υποχρέωση να υπολογίσουν και να περιλάβουν στην οικονομική τους προσφορά, διακριτώς ή μη (βλ. ΔΕφΘεσ 26/2019, 17/2020, 93/2020). Η δε περί του αντιθέτου ερμηνευτική εκδοχή, την οποία, άλλωστε, προβάλλουν και η παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα αρχή, περί της κατ' ουσίαν μη εννοιολογικής ταύτισης των λοιπών κρατήσεων με την παρακράτηση φόρου 8%, η οποία συμψηφίζεται με το φόρο που αναλογεί στο συνολικό εισόδημα του αναδόχου και περί της τεχνητής προσαύξησης του εργολαβικού κέρδους και της επιβάρυνσης της αναθέτουσας αρχής με την φορολογική υποχρέωση του αναδόχου, όταν η παρακράτηση φόρου περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά, κρίνεται απορριπτικά ως αλυσιτελής (βλ. επίσης και ΔΕφΑθ 373/2019 και ΔΕφΛαρ 8/2020 και την εντελώς πρόσφατη ΔΕφΘεσ 93/2020). Τούτο δε, διότι η σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης η ειδικότερη υποχρέωση των διαγωνιζομένων να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή ποσοστό 8 % επί της (προσφερόμενης) καθαρής αξίας των υπηρεσιών, το οποίο αφορά σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013, συναρτάται πρωτίστως με τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς, αποσκοπεί δε 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, ΕΑ ΣτΕ 446/2009, 840/2008). Αν αντίθετα, η αναθέτουσα αρχή επιθυμούσε να μην υποχρεούνται οι συμμετέχοντες να υπολογίσουν την παρακράτηση αυτή στην προσφορά τους, όφειλε με ρητή και σαφή διατύπωση στους όρους 4.3.2 και 5.1.2 της διακήρυξης και ιδίως στο Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς που περιέχεται στο Παράρτημα ΙΙΙ της διακήρυξης, το οποίο καλούνταν οι διαγωνιζόμενοι να συμπληρώσουν, να εξαιρέσει την εν λόγω παρακράτηση από τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τις εν γένει επιβαρύνσεις που οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υπολογίσουν και να περιλάβουν στην προσφορά τους. Ως εκ τούτου, η συγκεκριμένη έλλειψη της προσφοράς συμμετέχοντος

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

στο διαγωνισμό καθιστά την προσφορά απορριπτέα ως παρεκκλίνουσα από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του διαγωνισμού, επιπλέον συνιστά ασάφεια ως προς την προσφερόμενη τιμή, που κατά τη ρητή πρόβλεψη του άρθρου 2.4.4 της διακήρυξης άγει σε απόρριψη της προσφοράς του. Κατά την άποψη του Προέδρου, ωστόσο, του επιληφθέντος Κλιμακίου, Κωνσταντίνου Κορομπέλη, 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 κρατήσεων υπέρ δημοσίου ή τρίτων και επιστρέφεται στον ανάδοχο ή συμψηφίζεται με την εκκαθάριση της δήλωσής του, ο οικονομικός φορέας νομίμως δεν οφείλει όπως αναφέρει στο ξεχωριστό πεδίο για τις νόμιμες υπέρ δημοσίου και τρίτων κρατήσεις της οικονομικής του προσφοράς και τον φόρο εισοδήματος, ποσοστού 8%, αφού η εν λόγω παρακράτηση δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτων, κατά τα προαναφερόμενα, αλλά φορολογική υποχρέωση εκάστου φορολογούμενου (ΑΕΠΠ 1148/2018). Τούτο διότι, η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου, έχει προσωρινό χαρακτήρα, αφού η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού στο Δημόσιο εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, ανάλογα με τα ετήσια κέρδη ή το καθαρό εισόδημα που αυτός δηλώνει, σε σχέση με τα ποσά φόρου που έχουν παρακρατηθεί. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΔΕφΑθ 1268/2020), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογούμενου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται και επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης, που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του,

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

προσαυξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, καθώς, με τον τρόπο αυτό, αυξάνεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης και δυσχεραίνεται η εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού. Ενόψει αυτών, κατά την ίδια άποψη, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού των διαγωνιζόμενων, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του.

19. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από το περιεχόμενο των οικονομικών προσφορών της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας προκύπτουν τα εξής: Η παρεμβαίνουσα, επί προ ΦΠΑ συνόλου προσφερομένης τιμής για το σύνολο της υπηρεσίας (2 έτη) 832.182,96€, το κονδύλιο των υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων που έχει υπολογίσει ανέρχεται σε 1.293,22€, ανέρχεται δηλαδή σε ποσοστό επί τοις εκατό ($100 \times 1.293,22 / 832.182,96 =$) 0,155%, η δε επί συνόλου 836.208,24, το κονδύλιο των υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων που έχει υπολογίσει ανέρχεται σε 1.293,45€, ανέρχεται δηλαδή σε ποσοστό ($100 \times 1.293,45 / 836.208,24 =$) 0,154%. Δοθέντος δε ότι κατά την ανάλυση της προσφερόμενης τιμής, ως εργοδοτικό κόστος για την εκτέλεση της σύμβασης η μεν παρεμβαίνουσα αναφέρει ποσό 823.797,76€, η δε ποσό 831.934,10€, το σύνολο δε των υπολοίπων ποσών που έχουν συμπεριλάβει στην προσφορά τους (διοικητικό κόστος, αναλώσιμα, εργολαβικό κέρδος) για την παρεμβαίνουσα ανέρχεται σε ποσό ($3.799,94+3.100+192=$) 7.091,94€, ήτοι ποσοστό 0,85% επί του συνόλου της προ ΦΠΑ προσφερόμενης τιμής, για δε την εταιρεία ανέρχεται σε ποσό ($1.400+580+1000,69=$) 2.980,69, ήτοι ποσοστό 0,35%, συνάγεται ότι ούτε η παρεμβαίνουσα ούτε η

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

..... συμπεριέλαβαν στην προσφερόμενη τιμή τους ποσοστό 8% επί της (προσφερόμενης) καθαρής αξίας των υπηρεσιών, το οποίο αφορά σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013, άλλως δεν προκύπτει με σαφήνεια αν πράγματι το υπολόγισαν και το συμπεριέλαβαν στην τιμή τους, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα. Τούτο δε, διότι το ποσοστό αυτό ανέρχεται για μεν την παρεμβαίνουσα σε ποσό 66.471,18€, για δε την εταιρεία σε ποσό 66.793,18€, ποσά όμως που δεν προκύπτει από πουθενά ότι έχουν υπολογιστεί και συμπεριληφθεί στην προσφερόμενη τιμή, κατά τους όρους της διακήρυξης. Η ασάφεια, αυτή, μάλιστα, ως προς την προσφορά της παρεμβαίνουσας, τουλάχιστον, επιρρωνύεται και από τους ισχυρισμούς της στην κρινομένη παρέμβαση, στην οποία ενώ καταρχήν συνομολογεί ότι δεν υπολόγισε ποσοστό 8% επί του καθαρού προ ΦΠΑ πληρωτέου ποσού, ούτε το συμπεριέλαβε στην προσφορά της, στο αυθημερόν συμπλήρωμα της παρέμβασής της υπολαμβάνει ότι έχει υπολογίσει την πραγματική φορολογική επιβάρυνσή της, ήτοι το φόρο εισοδήματος επί των δηλωθέντων κερδών της (ήτοι του εργολαβικού της οφέλους) με τον ισχύοντα φορολογικό συντελεστή σε ποσοστό 24%, που ανέρχεται στο ποσό των 46,08€ και συνεπώς η μόνη πραγματική επιβάρυνση κατά την έννοια του νόμου υπερκαλύπτεται από το δηλωθέν ποσό του εργολαβικού της κέρδους, έστω και με παραδεκτή κάλυψη της διαφοράς που προκύπτει από τον εσφαλμένο υπολογισμό των κρατήσεων από το εργολαβικό κέρδος, ισχυρισμός, ωστόσο, που ενόψει των διατάξεων της διακήρυξης που υποχρεώνουν τους συμμετέχοντες να υπολογίζουν και περιλαμβάνουν στην προσφορά τους όχι τη φορολογική επιβάρυνση που μετά την εκκαθάριση φόρου εισοδήματος θα προκύψει, αλλά την παρακράτηση φόρου που σε κάθε περίπτωση κατά νόμον επιβάλλεται σε κάθε πληρωμή του αναδόχου, είναι απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος. Κατόπιν τούτων και ενόψει της άποψης που επικράτησε στο επιληφθέν Κλιμάκιο, κατά τα αναφερόμενα στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, συνακόλουθα οι οικονομικές προσφορές της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας μη νομίμως έγιναν δεκτές, αφού αυτές έπρεπε να

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

απορριφθούν, ως παρεκκλίνουσες από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του διαγωνισμού και λόγω της ασάφειάς τους. Ο ισχυρισμός, τέλος, της παρεμβαίνουσας σχετικά με το ιδιαίτερο χαμηλό ύψος εργοδοτικού κόστους της προσφοράς της προσφεύγουσας, είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος. Και τούτο, διότι δεν προκύπτει ότι για την επίμαχη πλημμέλεια η παρεμβαίνουσα άσκησε προδικαστική προσφυγή, ώστε λυσιτελώς να διώκει τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας για την πλημμέλεια αυτή, ούτε μπορεί βασίμως να υποστηριχθεί ότι η παράλειψη υπολογισμού στην προσφορά της παρακράτησης φόρου εισοδήματος, συνιστά λόγο όμοιο ή παρεμφερή με το ιδιαίτερα χαμηλό ύψος της προσφοράς της προσφεύγουσας, ώστε ο ισχυρισμός της να εξεταστεί στη βάση του ενιαίου μέτρου κρίσης. Τούτων, έπεται ότι ο δεύτερος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

20. Επειδή, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά παραπάνω, η αναφερόμενη στο δεύτερο λόγο της κρινόμενης προσφυγής πλημμέλεια των οικονομικών προσφορών τόσο της παρεμβαίνουσας όσο και της εταιρείας παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη των προσφορών τους, τον αποκλεισμό τους από τη διαδικασία, και την αποδοχή του αιτήματος της προδικαστικής προσφυγής (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, 227, 83/2013, 344/2017, 102/2015, 82/2014, ΔΕφΑΘ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 239/2019, 841/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.). Συνακόλουθα, η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής σε σχέση με επιπλέον τυχόν πλημμέλειες των προσφορών της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας παρέλκει ως αλυσιτελής.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η δε παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί, σύμφωνα με το σκεπτικό.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 923 / 2020

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την από 03-06-2020 και με αριθμ. πρωτ. 364/17524 (134/02-06-2020 συνεδρίαση) απόφαση του του κατά το μέρος κατά το οποίο αποφασίζεται να γίνουν δεκτές οι προσφορές των εταιρειών «.....» και «.....», στον με αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ανοιχτό, ηλεκτρονικό άνω των ορίων διαγωνισμό που το διενεργεί για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή «Υπηρεσιών φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων και των εξωτερικών χώρων του πρώην στις εγκαταστάσεις του στις πόλεις,,, και».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 24 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 7 Αυγούστου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κων/νος Πολ. Κορομπέλης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου