

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.12.2022 με ΓΑΚ 1882/27.12.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), κατοίκου «...».

Κατά της «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. 18772/9.12.2022 απόφασης περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. 18670/9.12.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, στην οποία ενσωματώνεται και η με αριθμ. πρωτ. 17778/24.11.2022 απόφαση, περί έγκρισης των με αριθμ. πρωτ. 17758/23.11.2022 και 17759/24.11.2022 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που αφενός μεν κρίνονται αποδεκτές οι προσφορές του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...» και «...» και ανακηρύσσεται ο παρεμβαίνων οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού και αφετέρου δεν αποκλείστηκε η προσφορά του οικονομικού φορέα «...», για έτερους, πρόσθετους λόγους από τους αναφερόμενους στην προσβαλλόμενη.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 27.12.2022 πληρωμή στην EUROBANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 96.774,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη προκηρύξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας, από οικονομική άποψη, προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 119.999,76€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 24.10.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 27.12.2022 στον ηλεκτρονικό τόπου του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση (συμπεριλαμβανομένων των εγγράφων των προσφορών των συμμετεχόντων)

κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 16.12.2022 και εν γένει παραδεκτά

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου των διαγωνισμών στις 30.12.2022, ήτοι εμπροθέσμως δοθέντος της από 28.12.2022 κοινοποίησης από την αναθέτουσα αρχή της προσφυγής, τη με ΓΑΚ ΠΑΡ 6/2023 παρέμβασή του επί αυτής, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

5. Επειδή, ο προσφεύγων στις 15.01.2023, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 10.01.2023, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

6. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος πέντε οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων και οι «...», «...» και «...». Με τη με αριθμ. πρωτ. 17778/24.11.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής αφενός μεν κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές του προσφεύγοντος, του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...», «...», αφετέρου απορρίφθηκε η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και διαμορφώθηκε η ακόλουθη σειρά μειοδοσίας 1. Παρεμβαίνων, 2. «...», 3 «...» και 4. Προσφεύγων. Μετά δε τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος /προσωρινού αναδόχου, με την προσβαλλόμενη απόφαση ανακηρύχθηκε ο παρεμβαίνων οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

7. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε τέταρτος σε σειρά μειοδοσίας του διαγωνισμού θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης ως βλαπτόμενος, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...» και «...», ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ

1216/2006), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Περαιτέρω, απαραδέκτως προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» για έτερους, πρόσθετους λόγους αποκλεισμού από τους αναφερόμενους στην προσβαλλόμενη απόφαση καθώς η προσβαλλόμενη, κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα είναι επωφελής ως προς το διατακτικό της για τον προσφεύγοντα και συνεπώς, η πράξη απόρριψης μίας προσφοράς δεν μπορεί, υπό το πρίσμα αυτό, να προσβληθεί παραδεκτά από άλλον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό, με αίτημα την αντικατάσταση των αιτιολογιών της απόρριψης ή την προσθήκη επιπλέον τέτοιων. Οι, δε, διαφορετικοί ή επιπλέον λόγοι απόρριψης προσφοράς μπορεί να προβληθούν από έτερο συνδιαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα μόνο σε περίπτωση, που η αρχική απόρριψη ακυρωθεί ή ανακληθεί και η αρχικώς απορριφθείσα προσφορά γίνει εκ των υστέρων αποδεκτή, οπότε ο έτερος συνδιαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας θα δικαιούται είτε να εγείρει και αυτός προδικαστική προσφυγή κατά της εκ των υστέρων αποδοχής της προσφοράς είτε να προσφύγει δικαστικώς κατά της ως άνω αποδοχής προβάλλοντας νέες αιτιάσεις κατά της επίμαχης προσφοράς. Εν προκειμένω, όμως, ο οικονομικός φορέας «...» δεν έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης απόφασης και άρα, έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείς.

8. Επειδή, το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) (ΦΕΚ Α' 200/24.10.16) ορίζει ότι: «... 2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'...».

9. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...]

2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως : [...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

10. Επειδή, το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «...Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να μην αναθέσουν τη σύμβαση στον προσφέροντα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά όταν έχουν διαπιστώσει ότι η προσφορά δεν τηρεί τις ισχύουσες υποχρεώσεις, όπως αυτές προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18.[...]

11. Επειδή, το άρθρο 92 του ν. 4412/2016 ορίζει 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, 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.[...]

12. Επειδή, το άρθρο 95 του ν. 4412/2016 ορίζει 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 [...]

13. Επειδή, στους κρισιμους για την εξέταση της προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «... 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών

Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρούσα παράγραφο και στο Παράρτημα V: ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ της διακήρυξης.[...]Στοιχεία άρθρου 68 του ν. 3863/2010 Οι προσφέροντες υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ακόλουθα στοιχεία, τα οποία αποτυπώνονται στο ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ του Παραρτήματος V, σύμφωνα με το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 (ΦΕΚ 115 Α΄) «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών, όπως ισχύει: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθεί στο έργο (σύμβαση), 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, και ε) το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. Επιπλέον του εργατικού κόστους θα πρέπει να συνυπολογίζεται ένα εύλογο (και όχι μηδενικό) ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων.[...] Επισημαίνεται ότι το ποσό του διοικητικού κόστους και εργολαβικού κέρδους είναι εύλογο, με τέτοιο τρόπο ώστε να καλύπτονται στοιχειωδώς οι λειτουργικές ανάγκες εκτέλεσης της υπό σύναψη σύμβασης και να μην καθίσταται αυτή ζημιογόνος.[...]2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαραίτους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους ... 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) [...] 5.1.4. Φόροι – Κρατήσεις 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...». Ως δε έχει παγίως κριθεί, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης, εφόσον δε η προσφορά υπολείπεται του ελαχίστου εργοδοτικού κόστους, απορρίπτεται κατά τα ως άνω και επιπροσθέτως επειδή παραβιάζονται οι αρχές προστασίας του ανόθευτου ανταγωνισμού, της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας. (ΔΕΦΑΘ 236/213, 511/2013, ΔΕΦΑΘ 427/2011, 512/2011).

14. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...» και «...» διότι δεν έχουν υπολογίσει στην οικονομική τους προσφορά την προβλεπόμενη στον όρο 5.1.4 της διακήρυξης παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία ανέρχεται σε ποσοστό 8% σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία.

15. Επειδή, κατά την γνώμη που επικράτησε στο Κλιμάκιο, η επίμαχη παρακράτηση φόρου εισοδήματος, πρόδηλα δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου ούτε, όμως, εμπίπτει στην έννοια της «κάθε άλλης επιβάρυνσης» που περιλαμβάνεται στην τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας κατά τις διατάξεις της παρ. 2.4.4 της ένδικης διακήρυξης, οι οποίες επαναλαμβάνουν τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 95 του ν. 4412/2016, όπως αυτές ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο. Τούτο, διότι η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου, έχει προσωρινό χαρακτήρα, αφού η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού στο Δημόσιο εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, ανάλογα με τα ετήσια κέρδη ή το καθαρό εισόδημα που αυτός δηλώνει, σε σχέση με τα ποσά φόρου που έχουν παρακρατηθεί. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΕΣ Ολ. 807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.ά.), 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 το αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται. Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του, προσαυξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, η οποία αφενός υποχρεούται να προσαυξάνει ανάλογα τον προϋπολογισμό της σύμβασης, με αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται στην εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού, αφετέρου υποχρεώνεται, τελικά, στην καταβολή ενός ποσού (του ποσού της παρακράτησης) το οποίο μπορεί να επιστραφεί εξ ολοκλήρου στον ανάδοχο μετά την εκκαθάριση του ετήσιου φόρου εισοδήματος και, πάντως, (υπολογιζόμενο επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, ήτοι, επί της αξίας του τιμολογίου μετά την αφαίρεση των νόμιμων κρατήσεων) δεν αντιστοιχεί στο φορολογητέο κέρδος του αναδόχου από τη συγκεκριμένη σύμβαση. Ενόψει αυτών, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στην ένδικη διακήρυξη ότι οι οικονομικές προσφορές οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το πιο πάνω ποσοστό φόρου εισοδήματος που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, ούτε, άλλωστε, το αντίθετο συνάγεται από το περιληφθέν στον πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος V της διακήρυξης, το οποίο, αναφερόμενο σε νόμιμες κρατήσεις επί της αξίας του τιμολογίου, δεν αναφέρεται στην εν λόγω παρακράτηση, ούτε, όμως, (το αντίθετο) συνάγεται από το άρθρο 5.1.4 της ένδικης διακήρυξης, το οποίο δεν ρυθμίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών, αλλά τον τρόπο πληρωμής του αναδόχου (και, ως εκ τούτου, η αναφορά του στην παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου δεν αρκεί για να θεμελιώσει υποχρέωση προσδιορισμού της προσφερόμενης τιμής κατόπιν συνυπολογισμού της εν

λόγω παρακράτησης), δεν συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...» και «...» για τον λόγο ότι δεν συμπεριέλαβαν στην προσφορά τους την εν λόγω παρακράτηση (ΔΕΦΑΘ 2087/2022, 1923/2022, 1396/2022, 1268/2020, ΔΕΦΘεσ επί αναστολής 58/2022).

16. Επειδή, κατά την μειοψηφούσα γνώμη του Μέλους Μαργαρίτας Κανάβα από τον όρο 2.4.4. της διακήρυξης, ο οποίος ενσωματώνει την διάταξη του άρθρου 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016, συνάγεται σαφώς η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή εκτός από τις υπέρ του Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, και κάθε άλλη, κατά την κείμενη νομοθεσία, επιβάρυνση (πλην ΦΠΑ) για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η παρακράτηση φόρου εισοδήματος σε ποσοστό 8%. Δοθέντος δε ότι στις διατάξεις της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού ουδεμία διάκριση γίνεται αναφορικά με τον χαρακτήρα ή τη φύση των επιβαρύνσεων που βαρύνουν τον ανάδοχο, τυχόν εννοιολογικός προσδιορισμός της επίδικης παρακράτησης ως αποκλειστικά φορολογικής επιβάρυνσης του υποψηφίου αναδόχου, μη υπολογιζόμενης επί του αντικειμένου της σύμβασης όχι μόνο δεν βρίσκει έρεισμα στις διατάξεις του παρόντος διαγωνισμού αλλά έρχεται και σε αντίθεση με αυτές που ορίζουν ρητά τον υπολογισμό της επί της καθαρής αξίας των προσφερόμενων υπηρεσιών, σε κάθε δε περίπτωση, η φύση ή ο χαρακτήρας της επίμαχης παρακράτησης δεν αίρει την υποχρέωση του διαγωνιζομένου να συμπεριλάβει τη συγκεκριμένη επιβάρυνση στην οικονομική του προσφορά, δίχως να συναρτάται από την ύπαρξη ή μη στον πίνακα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος V της διακήρυξης διακεκριμένου προς τούτο πεδίου (βλ. *ad hoc* ΔΕΦΛαρισας ΑΑ 128/2022, ΔΕΦΑθηνών 2029/2021, 1821/2021). Επομένως, η μη τήρηση της υποχρέωσης συμπερίληψης στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης φόρου, η οποία συναρτάται αναγκαίως με τον τρόπο σύνταξης και το περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς, συνεπάγεται τον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου,

καθώς εμπίπτει στους παρατιθέμενους στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης λόγους απόρριψης.

17. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων και οι οικονομικοί φορείς «...» και «...» δεν έχουν συνυπολογίσει στην οικονομική τους προσφορά την παρακράτηση φόρου 8%. Όμως, ενόψει των όσων έγιναν δεκτά στην με αρ. 15 σκέψη της παρούσας βασίμως, ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι πουθενά στη διακήρυξη δεν αναφέρεται ότι η παρακράτηση πρέπει να υπολογιστεί, επί ποινή απαραδέκτου, στην οικονομική προσφορά, δεδομένου ότι η υπόψη διακήρυξη καθώς και το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεν επιβάλλουν τον συνυπολογισμό της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά. Περαιτέρω, βασίμως κατά τους ισχυρισμούς του ο παρεμβαίνων υποστηρίζει αφενός μεν ότι η μνεία του όρου 5.1.4 της διακήρυξης περί παρακράτησης σε κάθε πληρωμή δεν εξομοιώνει την παρακράτηση με τις έτερες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων που πρέπει να υπολογιστούν στην οικονομική προσφορά, αφετέρου ότι η παρακράτηση φόρου δεν επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης του έργου αλλά αποτελεί προκαταβολή φόρου. Κατόπιν αυτών, ορθά η αναθέτουσα αρχή δέχθηκε τις προσφορές του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...» και «...» και συνεπώς ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

18. Επειδή, περαιτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος διότι έχει υπολογίσει στην οικονομική του προσφορά διοικητικό κόστος παροχής υπηρεσιών ποσού 966,45€, το οποίο υπολείπεται του ελάχιστου διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών της υπό ανάθεση σύμβασης, αφού ούτε το κόστος δημοσίευσης ποσού 1.000€ δεν καλύπτει με το ποσό των 806,45€ που δηλώνει για την κάλυψη των εξόδων δημοσίευσης, αλλά ούτε και το συνολικό ποσό των 966,45€ επαρκεί για την κάλυψη του κόστους παροχής υπηρεσιών δεδομένου του ύψους των εξόδων δημοσίευσης.

19. Επειδή, στον όρο 2.4.4 της διακήρυξης, προβλέπεται ότι η οικονομική προσφορά διαγωνιζόμενου θα πρέπει να περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, και εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους, το οποίο ορίζεται ως εκείνο

που καλύπτει στοιχειωδώς τις λειτουργικές ανάγκες εκτέλεσης της σύμβασης ώστε να μην καθίσταται αυτή ζημιогόνος. Σύμφωνα δε με τη με αριθμ. πρωτ. 16304/31.10.2022 διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής το συνολικό ποσό της δαπάνης που βαρύνει τον ανάδοχο σχετικά με τη δημοσίευση της διακήρυξης, ανέρχεται κατά προσέγγιση στο ποσό των 1.000€. Σημειωτέον ότι στον πίνακα του Παραρτήματος V της διακήρυξης, βάσει το οποίου πρέπει να συνταχθεί η οικονομική προσφορά, δεν περιλαμβάνεται ειδικό πεδίο ως προς το κόστος ΕΛΠΚ και ως εκ τούτου, κατά πάγια νομολογία (ΔΕφΘεσ/κης Ν8/2019), είναι επιτρεπτή η συμπερίληψη του επίμαχου κονδυλίου στο πεδίο του διοικητικού κόστους.

20. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο παρεμβαίνων δήλωσε στην οικονομική του προσφορά ποσό 966,55€ ως διοικητικό κόστος, επί του οποίου ποσού (αθροιζόμενου με τα υπόλοιπα ποσά της οικονομικής του προσφοράς) εν συνεχεία, υπολόγιστηκε ο ΦΠΑ. Ως εκ τούτου, το δηλωθέν από τον παρεμβαίνοντα ποσό των 966,55€ προδήλως καλύπτει το κόστος των δημοσιεύσεων που ανέρχεται σε 806,45€ άνευ Φ.Π.Α και το κόστος 100€ υπέρ ΕΛΠΚ, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς η αναθέτουσα αρχή έκρινε για τον ως άνω λόγο αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

21. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφεί ως αβάσιμη, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και τέλος, να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου.

Αριθμός απόφασης: 288 /2023

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 20 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**