

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος – Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 20.10.2022 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1479/21.10.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» και με διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» - ...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρείας «...» και διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η « πρώτη παρεμβαίνουσα»).

Κατά της εταιρείας «...» (εφ' εξής η «δεύτερη παρεμβαίνουσα»).

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της 31ης/3-10-2022 Τακτικής Συνεδρίασης του Δ.Σ. του ..., Θέμα 57^ο, και της ενσωματωθείσας σε αυτήν απόφασης με αριθμ. 28ης/25-08-2022, Θέμα 70^ο, Συνεδρίασης του Δ.Σ. του ... (εφ' εξής οι «προσβαλλόμενες»), καθώς και τα εγκριθέντα δι' αυτών Πρακτικά της Επιτροπής του Διαγωνισμού, δυνάμει των οποίων αναδείχθηκαν: α) Η εταιρεία «...» ως προσωρινή και εν συνεχεία οριστική ανάδοχος του Τμήματος «...» για δύο (2) έτη, με συνολική προσφερόμενη τιμή ύψους 330.418,49€ πλέον ΦΠΑ, και καθ' ό μέρος η προσφορά της εταιρείας «...» έγινε δεκτή για το εν λόγω Τμήμα και β) Η εταιρεία «...» ως προσωρινή και εν συνεχεία οριστική ανάδοχος για το Τμήμα «...» για δύο (2) έτη, με συνολική προσφερόμενη τιμή ύψους 350.800,00€ πλέον ΦΠΑ, για τους ειδικότερους στην προσφυγή αναφερόμενους λόγους.

Με την παρέμβασή της η πρώτη παρεμβαίνουσα ζητεί να απορριφθεί η κρινόμενη προσφυγή, κατά το μέρος που την αφορά.

Με την παρέμβασή της η δεύτερη παρεμβαίνουσα ζητεί να απορριφθεί η κρινόμενη προσφυγή, κατά το μέρος που την αφορά.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού 3.575,00€, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), το οποίο υπολογίζεται με βάση την αξία άνευ Φ.Π.Α. της σύμβασης, ήτοι 714.838,70€.

2.Επειδή, δυνάμει της με αρ.πρωτ. .../03-06-2022 Διακήρυξης (Αριθμός Διακήρυξης .../2022) προκηρύχθηκε «*ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΣ ΑΝΟΙΚΤΟΣ ΔΙΕΘΝΗΣ ΚΟΙΝΟΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ, ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΟΧΗ (CPV: ...-...)*» *ΓΙΑ ΔΥΟ (2) ΕΤΗ, ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΖΟΜΕΝΗΣ ΔΑΠΑΝΗΣ 714.838,70€ ΠΛΕΟΝ Φ.Π.Α. ΗΤΟΙ 886.400,00€ ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΟΥ Φ.Π.Α., ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΠΑΡΑΤΑΣΗΣ ΓΙΑ ΕΝΑ (1) ΕΠΙΠΛΕΟΝ ΕΤΟΣ, ΣΥΝΟΛΙΚΗΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΖΟΜΕΝΗΣ ΔΑΠΑΝΗΣ 1.072.258,05€ ΠΛΕΟΝ Φ.Π.Α. ΗΤΟΙ 1.329.600,00€ ΜΕ Φ.Π.Α. (ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΟΥ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ ΠΑΡΑΤΑΣΗΣ) ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΗΣ ΚΑΙ ΤΗΣ «...», ΜΕ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ ΤΗΝ ΠΛΕΟΝ ΣΥΜΦΕΡΟΥΣΑ ΑΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΠΟΨΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ, ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΑ ΒΑΣΕΙ ΤΙΜΗΣ ΣΕ ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ ΕΓΚΕΚΡΙΜΕΝΟΥ ΕΝΙΑΙΟΥ ΚΟΙΝΟΥ ΠΙΝΑΚΑ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΙΣΜΟΥ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΙΚΟΥ ΕΤΟΥΣ 2022*». Σύμφωνα με την παράγραφο 1.3 της Διακήρυξης: «*Οι προσφέροντες δύνανται να καταθέσουν προσφορά για το σύνολο των υπηρεσιών που θα παρέχουν αποκλειστικά είτε για ένα εκ των δύο ... επιλογής τους που αναφέρονται στην παρούσα Διακήρυξη είτε και για τα δύο ...*».

3.Επειδή, το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρίστηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 08.06.2022 με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

4.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα, η πρώτη και η δεύτερη παρεμβαίνουσα, καθώς και η εταιρεία «...». Σημειωτέον ότι η σειρά μειοδοσίας ήταν η εξής: (α) στο Τμήμα «...»: Πρώτη η «...», ήτοι η πρώτη παρεμβαίνουσα. Δεύτερη η «...», ήτοι η δεύτερη παρεμβαίνουσα. Τρίτη η προσφεύγουσα και τέταρτη «...», (β) στο Τμήμα ... «...»: Πρώτη η δεύτερη παρεμβαίνουσα, δεύτερη η προσφεύγουσα, τρίτη η «...», ενώ η προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας κρίθηκε απορριπτέα. Τέλος, με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις προσωρινή και κατόπιν οριστική ανάδοχος του «...» αναδείχθηκε η πρώτη παρεμβαίνουσα, ενώ του ... «...» η δεύτερη παρεμβαίνουσα. Κατά των ανωτέρω αποφάσεων της αναθέτουσας Αρχής, στρέφεται η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή της, αιτούμενη την ακύρωσή τους για τους ειδικώς αναφερόμενους σε αυτήν λόγους. Σημειωτέον ότι τα προσβαλλόμενα πρακτικά έχουν γνωμοδοτικό χαρακτήρα και, ως εκ τούτου, μόνον οι ανωτέρω προσβαλλόμενες αποφάσεις προσβάλλονται παραδεκτώς δια της προσφυγής, ως οι μόνες έχουσες εκτελεστό χαρακτήρα, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρ. 360 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 10.10.2022, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 20.10.2022, ήτοι κατατέθηκε εντός

της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση των προσβαλλόμενων, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 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 Π.Δ. 39/2017.

7.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα, έχοντας καταταγεί τρίτη σε σειρά μειοδοσίας στο Τμήμα «...» και δεύτερη στο Τμήμα «... «...», βάλλει κατά της νομιμότητας των προσφορών των αναδόχων εταιρειών, που προηγούνται σε σειρά μειοδοσίας, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση.

8. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 21.10.2022 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

9. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, νομίμως και εμπροθέσμως κοινοποίησε τις απόψεις της σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή στις 07.11.2022 (δεδομένου ότι η τελευταία ημέρα της δεκαπενθήμερης προθεσμίας του άρθ. 365 αρ. 1 περ. β' ήταν η 05.11.2022, ημέρα Σάββατο, και άρα εξαιρετέα, και η επόμενη αυτής, 06.11.2022, ημέρα Κυριακή και άρα εξαιρετέα).

10. Επειδή, η πρώτη παρεμβαίνουσα, έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος στο Τμήμα «...», άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 27.10.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσφυγής, την από 26.10.2022 παρέμβασή της, υπέρ της διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων. Η δε δεύτερη παρεμβαίνουσα, έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος στο Τμήμα ... «...» άσκησε, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις

31.10.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσφυγής, την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της, υπέρ της διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων.

11. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της εταιρείας «...», ήτοι της πρώτης παρεμβαίνουσας, ήταν απορριπτέα, καθώς δεν συμπεριέλαβε στην τιμή της οικονομικής της προσφοράς, όσον αφορά στο Τμήμα «...», την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% κατ' απόκλιση των κανονιστικών διατάξεων της Διακήρυξης.

12. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Το άρθρο 5.1.2 της οικείας Διακήρυξης ορίζει, ότι: «5.1.2. **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 των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. **Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις:...** **θ) Φόρος εισοδήματος 4% για Προμήθειες, 8% για Υπηρεσίες, και 20% για Υπηρεσίες Ελευθέρων Επαγγελματιών, επί της καθαρής αξίας μετά την αφαίρεση των ανωτέρω κρατήσεων (άρθρο 68 του Ν.4172/13)...**Κάθε άλλη νόμιμη κράτηση και επιβάρυνση σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις. Σε περίπτωση αλλαγής των ανωτέρω θα εφαρμόζονται οι εκάστοτε ισχύουσες κρατήσεις.». Περαιτέρω, στο υπ' αριθμό πρωτ. 15684/06.07.2022 έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΕΣ ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΙΣ» με ημερομηνία 07.07.2022), το οποίο κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες χωρίς να ασκηθεί κατά αυτού προδικαστική προσφυγή, αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «...2) αν η παρακράτηση φόρου εισοδήματος που ορίζετε στο άρθρο 5.1.2 της Διακήρυξης, θα πρέπει να υπολογιστεί στην οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων: Σύμφωνα με τα οριζόμενα στην διακήρυξη άρθρο 5.1.2., 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 των υπηρεσιών 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 της ανάπτυξης και συντήρησης του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης, σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016. γ) Κράτηση 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016) .Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος επί του καθαρού ποσού. Σε περίπτωση αλλαγής των ανωτέρω θα εφαρμόζονται οι εκάστοτε ισχύουσες κρατήσεις. **Ως εκ τούτου προκύπτει πως η παρακράτηση φόρου εισοδήματος θα συνυπολογιστεί στην Οικονομική προσφορά των υποψηφίων οικονομικών φορέων...».** Σημειωτέον, ότι η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και, εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑΘ (αναστ.) 451/2014, 437/2013). Περαιτέρω, η πρώτη παρεμβαίνουσα συνομολογεί, ότι δεν υπολόγισε στην οικονομική της προσφορά την επίμαχη παρακράτηση 8%, ισχυριζόμενη αφ' ενός ότι πουθενά στη Διακήρυξη δεν ορίζεται ότι η παρακράτηση αυτή θα πρέπει να περιλαμβάνεται στην τιμή της οικονομικής προσφοράς και αφ' ετέρου ότι η επίμαχη παρακράτηση δεν αποτελεί κράτηση και δεν επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης. Εξ άλλου και η αναθέτουσα, με τις απόψεις της, προβάλλει ισχυρισμούς, ως προς τη φύση της επίμαχης κράτησης και συγκεκριμένα, ότι η επίμαχη παρακράτηση δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου και δεν εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας, που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης. Εν προκειμένω, κατά τη γραμματική διατύπωση της παρ. 2.4.4.

της Διακήρυξης, η οποία καθορίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών των υποψηφίων αναδόχων - όπως της αντίστοιχης διάταξης του άρθρου 95 (παρ.5) του ν. 4412/2016 - στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνονται, 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, ως τέτοια νοείται δε και η κατ' άρθρο 64 (παρ.2) του ν. 4172/2013 παρακράτηση φόρου εισοδήματος (πρβλ. ΣΤΕ 563/2008), αφού αφ' ενός με την ανωτέρω διάταξη της Διακήρυξης ρητώς εξαιρείται της συμπερίληψής του στην προσφερόμενη τιμή μόνον ο ΦΠΑ δεν γίνεται δε περαιτέρω οποιαδήποτε άλλη διάκριση σχετικά με το χαρακτήρα ή τη φύση της επιβάρυνσης, για την οποία υφίσταται υποχρέωση συμπερίληψης εκ μέρους των διαγωνιζομένων στην προσφερόμενη τιμή, αφ' ετέρου η εν λόγω παρακράτηση, διενεργούμενη κατά την καταβολή στον ανάδοχο της αξίας των κάθε είδους υπηρεσιών που παρέχει, όπως εν προκειμένω, στην αναθέτουσα Αρχή και υπολογιζόμενη επί της αξίας αυτών, έχει ως αποτέλεσμα τη μείωση, κατά το αντίστοιχο ποσοστό, του παρεχόμενου για την εκτέλεση των υπηρεσιών εργολαβικού ανταλλάγματος. Περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 5.1.2 της Διακήρυξης, ο ανάδοχος βαρύνεται με την κράτηση φόρου εισοδήματος 8% για υπηρεσίες επί της καθαρής αξίας μετά την αφαίρεση των ανωτέρω κρατήσεων. Έτι περαιτέρω, στο με αριθμό 15684/06.07.2022 έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας, ρητώς ανεφέρετο, ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος θα συνυπολογισθεί στην οικονομική προσφορά των υποψηφίων οικονομικών φορέων. Η υποχρέωση δε αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση, με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο, της αντικειμενικότητας στην ανάθεση των υπηρεσιών και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας, κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί, σύμφωνα με την ρητή διάταξη της παρ. 2.4.6 (περ. α') της εν λόγω Διακήρυξης, σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (βλ. ΣΤΕ 563/2008 σκ.4, πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 482/2006, 800, 256/2004). Κατά συνέπεια, εφ' όσον από το περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας προκύπτει, ότι σε αυτή δεν είχε συνυπολογισθεί η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, που θα βαρύνει τις πληρωμές, σε

περίπτωση που αυτή καταστεί ανάδοχος του επίδικου διαγωνισμού, η οικονομική της προσφορά, μη συμπεριλαμβάνουσα την ανωτέρω επιβάρυνση, είναι απορριπτέα, ως παρεκκλίνουσα από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του ένδικου διαγωνισμού. Άλλωστε, όπως προαναφέρθηκε, με τις διατάξεις της Διακήρυξης του εν θέματι Διαγωνισμού ρητώς εξαιρείται της συμπερίληψής του στην προσφερόμενη τιμή μόνον ο ΦΠΑ δεν γίνεται δε περαιτέρω καμμία άλλη διάκριση, αναφορικά με τον χαρακτήρα ή τη φύση των επιβαρύνσεων που βαρύνουν τον ανάδοχο, ενώ, εξ άλλου, η φύση της ως άνω παρακράτησης, ως φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, δεν αναιρεί την υποχρέωση του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό να συμπεριλάβει τη συγκεκριμένη επιβάρυνση στην οικονομική του προσφορά (124/2022 Δ.Εφ.Πειραιά). Εξ άλλου, ως προελέχθη, ρητώς προβλέπεται στη Διακήρυξη στον όρο 5.1.2, ότι στην προσφερόμενη τιμή έπρεπε να περιλαμβάνεται και η επίμαχη παρακράτηση 8%. Ειδικώς δε οι ισχυρισμοί της πρώτης παρεμβαίνουσας, ότι η επίμαχη παρακράτηση δεν αποτελεί κράτηση, ως αναφέρεται στο από 15278/01.07.2022 έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η σχετική υποχρέωση συμπερίληψης αυτού στην προσφερόμενη τιμή προβλέπεται, εν πάση περιπτώσει, και δη επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, από ρητή διάταξη της Διακήρυξης, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Καθ' ο δε μέρος πλήττεται ευθέως το ως άνω με αρ. πρωτ. 15684/06.07.2022 έγγραφο διευκρινίσεων ως «αντιφατικό», κατά την παρεμβαίνουσα, και στο οποίο ρητώς ανεφέρετο, ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος θα συνυπολογισθεί στην οικονομική προσφορά των υποψηφίων οικονομικών φορέων, ο υπό κρίση ισχυρισμός είναι απορριπτέος ως ανεπικαίρως προβαλλόμενος, δεδομένου ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν προβάλλει ούτε άλλωστε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, ότι είχε στραφεί κατ' αυτού με την υποβολή της, κατ' άρθρο 360 του ν. 4412/2016, προδικαστικής προσφυγής και εν συνεχεία με την άσκηση σχετικής αίτησης αναστολής και ακολούθως αίτησης ακύρωσης κατ' άρθρο 372 του ν. 4412/2016 (455/2022 Δ.Εφ.Αθ.). Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, οι ισχυρισμοί της πρώτης παρεμβαίνουσας τυγχάνουν απορριπτέοι, ενώ οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί και κατ' ακολουθία ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

13. Επειδή, με το α' και γ' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει, ότι η προσφορά της τελευταίας μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή, και τούτο διότι αυτή – κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας- παρίσταται ασυνήθιστα χαμηλή. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα Αρχή όφειλε να καλέσει την εν λόγω εταιρεία προς παροχή διευκρινίσεων, κατ' ενεργοποίηση του άρθρ. 88 του Ν. 4412/2016, προς αιτιολόγηση των οικονομικών στοιχείων της προσφοράς της για το Τμήμα «...» αλλά και για το Τμήμα «...».

14. Επειδή, κατά την ρητώς εκπεφρασμένη με τις διατάξεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/10 βούληση του νομοθέτη, πρέπει να υπολογίζεται εύλογο - και κατά συνεκδοχή ελέγξιμο από τις αναθέτουσες Αρχές, με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής και τις παρεχόμενες από τις προσφέρουσες εταιρείες εξηγήσεις, ποσοστό διοικητικού κόστους και εργολαβικού κέρδους (ΣτΕ 198/2013, ΔΕφΘεσσαλ. 344/2012, ΕΛΣυν VI Τμ. 150/2014). Σε αντίθεση, ωστόσο, προς το κόστος αμοιβής του προσωπικού, που είναι δυνατόν να προσδιορίζεται επακριβώς με βάση αντικειμενικά δεδομένα, το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων και το εργολαβικό κέρδος αποδίδονται αναγκαστικά με ορισμένη ελαστικότητα και πρέπει να εκτιμηθούν από την αναθέτουσα Αρχή ως εύλογα, προκειμένου η προσφορά να θεωρηθεί αποδεκτή. Η κρίση αυτή της αναθέτουσας Αρχής ελέγχεται ως προς την τήρηση των άκρων ορίων της διακριτικής του ευχέρειας, σύμφωνα και με τα δεδομένα της κοινής πείρας (ΕΛΣυν VI Τμ. 1664/2012, 1725/2012, 143, 150, 159/2014).

15. Επειδή, σε περίπτωση, κατά την οποία διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας Αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζόμενου, γεννάται αντίστοιχη υποχρέωσή της να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών. Η απάντηση αυτή πρέπει να είναι νομίμως αιτιολογημένη η δε νομιμότητα και επάρκεια της σχετικής αιτιολογίας αποτελεί αντικείμενο ελέγχου από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (βλ. ΣτΕ 7μ 726/2022, ΣτΕ 199/2021, 154/2021, ΕΑ ΣτΕ 12/2020). Ωστόσο, οι διαγωνιζόμενοι δεν εμποδίζονται να προβάλλουν το πρώτον ισχυρισμούς περί ασυνήθιστα

χαμηλών προσφορών έτερων προσφερόντων, με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής τους ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (πρβλ. ΣτΕ 7μ 726/2022, σκ. 32, ΑΕΠΠ 1554/2021, σκ. 11), προς την οποία, άλλωστε, η αναθέτουσα Αρχή, υποχρεούται κατ' άρθρο 365 παρ. 1 περ. β' Ν. 4412/2016, να υποβάλει απόψεις, με τις οποίες έχει τη δυνατότητα να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία, στην περίπτωση αυτή, μπορεί να αναφέρεται ιδίως στις αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών έτερων προσφερόντων. Στην περίπτωση αυτή, εφ' όσον διαπιστωθεί από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, κατά την εξέταση προβαλλόμενων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ότι ένας προσφέρων υπελόγισε κονδύλια για την εκτέλεση της σύμβασης, το ύψος των οποίων κρίνεται ανεπαρκές, ο αποκλεισμός του διαγωνιζομένου από τη διαδικασία ανάθεσης αποτελεί αποκλειστική αρμοδιότητα της αναθέτουσας Αρχής, αφού αυτή κρίνει αιτιολογημένα, ότι τα στοιχεία που παρείχε ο διαγωνιζόμενος δεν εξηγούν ικανοποιητικά την προσφερόμενη τιμή και ότι αυτή δεν επαρκεί για την υλοποίηση της συγκεκριμένης σύμβασης, της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. μη δυναμένης να υποκαταστήσει την αναθέτουσα Αρχή, ως προς την άσκηση της συγκεκριμένης αρμοδιότητας (πρβλ. ΣτΕ 602/2021, ΕΑ ΣτΕ 288/2020).

16. Επειδή, αναφορικά με το α' και γ' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Επειδή ο όρος 2.2.4 της Διακήρυξης ορίζει, ότι: «...Οι προσφέροντες υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010...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...». Η μεν προσφεύγουσα προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς σχετικά με τα δηλωθέντα ποσά από τη δεύτερη παρεμβαίνουσα για το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων και το εργολαβικό κέρδος για το Τμήμα «...» αλλά και για το Τμήμα «...». Η δε δεύτερη παρεμβαίνουσα επιχειρεί τεκμηρίωση και διευκρίνιση των κονδυλίων της προσφοράς της με την υποβληθείσα παρέμβασή της, αντικρούοντας παραδεκτως τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας. Πλην όμως, σε αυτήν την

περίπτωση, ήτοι προβολής ισχυρισμών περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, το πρώτον με την προσφυγή, ως γίνεται νομολογιακώς δεκτό (πρβλ ΔΕφΘεσ/κης 167/2019), ανακύπτει υποχρέωση της αναθέτουσας Αρχής να αιτιολογήσει την απόφασή της πλήρως, ειδικώς και σαφώς, περί ύπαρξης έγκυρης προσφοράς, η δε αιτιολογία εμπεριέχεται, κατ' άρθρ. 365 του Ν. 4412/2016, στην αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία των απόψεων της αναθέτουσας Αρχής. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα Αρχή, με τις απόψεις της, δεν προέβη σε συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, κατ' άρθρ. 365 του Ν. 4412/2016, αντικρούοντας τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας, σχετικά με το κονδύλιο, που έχει δηλώσει η δεύτερη παρεμβαίνουσα στην προσφορά ως διοικητικό κόστος – κόστος αναλωσίμων και εργολαβικό κέρδος, αλλά ούτε και τις προβαλλόμενες αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Περαιτέρω, εφ' όσον η αναθέτουσα Αρχή, με τις απόψεις της, παρέλειψε να απαντήσει ειδικώς και επαρκώς στους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η αρχική της κρίση, ότι η προσφορά της δεύτερης παρεμβαίνουσας δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή, είναι ανατιολόγητη και διαμορφώθηκε κατά κακή χρήση της διακριτικής της ευχέρειας. Ως δε έχει κριθεί (ΣΤΕ 54/2018), η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σε καμμία περίπτωση δεν μπορεί να υποκαταστήσει την αναθέτουσα Αρχή και να ασκήσει η ίδια, το πρώτον, την αρμοδιότητα της τελευταίας, ήτοι. εν προκειμένω, με κλήση της δεύτερης παρεμβαίνουσας προς αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της, κατόπιν παράθεσης ουσιωδών ισχυρισμών εκ μέρους της προσφεύγουσας. Κατόπιν των ανωτέρω, μη νομίμως η αναθέτουσα έκανε, άνευ ετέρου, δεκτή την προσφορά της δεύτερης παρεμβαίνουσας, κρίνοντας, ότι δεν υπήρχε ένδειξη προσφοράς ασυνήθιστα χαμηλής σε σχέση με τα δηλωθέντα κόστη, με συνέπεια να καθίστατο επιβεβλημένη η κλήση της δεύτερης παρεμβαίνουσας για παροχή διευκρινίσεων επί των κονδυλίων της οικονομικής της προσφοράς, πριν τα κονδύλια αυτά κριθούν αποδεκτά (ΕλΣυν IV Τμ. 24/2015, 218/2014). Συνεπώς, ο οικείος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, η δε υπόθεση πρέπει, κατά το μέρος αυτό, να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου αυτή να προβεί στις δέουσες ενέργειες, καλώντας τη δεύτερη παρεμβαίνουσα σε αιτιολόγηση των οικονομικών στοιχείων της προσφοράς της, ως προς το Τμήμα «...» αλλά και ως προς το Τμήμα «...».

17. Επειδή, με το β' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη ότι η προσφορά της ήταν απορριπτέα, διότι τα προσφερόμενα εκ μέρους της 9,98 άτομα δεν επαρκούν για την εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών.

18. Επειδή, αναφορικά με το β' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Το οικείο σκέλος του δεύτερου λόγου είναι απορριπτέο, καθώς η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, με τους οποίους να αμφισβητεί τον επίμαχο υπολογισμό ως προς τον αριθμό των ατόμων (πρβλ. 22/2022 ΣτΕ), παρά παραθέτει απλώς αριθμητικούς υπολογισμούς, και μάλιστα ελλιπείς. Άλλωστε, η προσφεύγουσα ήταν αυτή που έφερε το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης και δη, ήδη δια της προσφυγής της, των προϋποθέσεων που απαιτούντο για τη στήριξη των αιτιάσεών της (1256,1257,1258,1259/2022 ΕΑΔΗΣΥ, σελ. 129).

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, ν' απορριφθεί η πρώτη παρέμβαση, να γίνει δεκτή εν μέρει η δεύτερη παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή. Περαιτέρω, πρέπει ν' ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, καθ' ο μέρος αφ' ενός έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» στο τμήμα «...» και περαιτέρω ανακηρύχθηκε αυτή ανάδοχος, και αφ' ετέρου κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» στο Τμήμα «...» και στο Τμήμα «... «...», άνευ ετέρου και χωρίς προηγούμενη κλήση του προς παροχή διευκρινίσεων, κατά το σκεπτικό.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο, που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την πρώτη παρέμβαση.

Δέχεται εν μέρει τη δεύτερη παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, αφ' ενός καθ' ο μέρος έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» στο τμήμα «...» και περαιτέρω ανακηρύχθηκε αυτή ανάδοχος, και αφ' ετέρου καθ' ο μέρος κρίθηκε ως αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» στο Τμήμα «...» και στο Τμήμα «...», άνευ ετέρου και χωρίς προηγούμενη κλήση της προς παροχή διευκρινίσεων, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 19 Δεκεμβρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ