

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 12 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 03.03.2021 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 466/03.03.2021 της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...-...» που εδρεύει στον Δήμο ...-..., ...-..., αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Πανεπιστημίου ...(εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον Δήμο ..., οδός ..., αρ. ...και ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών από την έκτακτη συνεδρίαση) του Πρυτανικού Συμβουλίου του Πανεπιστημίου ..., (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση των Πρακτικών ..., ...και ...της Επιτροπής Αποσφράγισης-Διενέργειας & Αξιολόγησης προσφορών του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για τα τμήματα με α/α 2, 3, 4 και 5 του διαγωνισμού.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών από την έκτακτη συνεδρίαση) του Πρυτανικού Συμβουλίου του Πανεπιστημίου ..., (ΑΔΑ:

...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση των Πρακτικών ..., ...και ...της Επιτροπής Αποσφράγισης-Διενέργειας & Αξιολόγησης προσφορών του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για τα είδη με α/α 2, 3, 4 και 5 του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το Πανεπιστήμιο ...ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό άνω των ορίων, με Αριθμό Διακήρυξης ...και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 11.12.2020 και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 11.12.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για το κάθε Κεφάλαιο, για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών «ΦΥΛΑΞΗΣ ΤΟΥ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ ...ΣΕ ..., ..., ..., ... & ... ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2021-2023» (CPV: ...), συνολικού προϋπολογισμού εννιακοσίων χιλιάδων ευρώ (900.000,00 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 18^η Ιανουαρίου 2021, ημέρα Δευτέρα και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 22^α Ιανουαρίου 2021, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 18.01.2021 και ώρα 13:21:59 μ.μ. την υπ' αριθμ. ... προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. ...Απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικών από την έκτακτη συνεδρίαση) του Πρυτανικού Συμβουλίου του Πανεπιστημίου ..., (ΑΔΑ: ...), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 24.02.2021, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η

προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 03.03.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για τα τμήματα με α/α 2, 3, 4 και 5 του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών από την έκτακτη συνεδρίαση) του Πρυτανικού Συμβουλίου του Πανεπιστημίου ..., (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση των Πρακτικών ..., ...και ...της Επιτροπής Αποσφράγισης-Διενέργειας & Αξιολόγησης προσφορών του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για τα τμήματα με α/α 2, 3, 4 και 5 του διαγωνισμού και γ) να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός εξ ολοκλήρου στην προσφεύγουσα ως έχουσα τη χαμηλότερη νόμιμη και παραδεκτή προσφορά.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 26.02.2021 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος, ποσού δύο χιλιάδων εννιακοσίων ενενήντα ενός ευρώ (2.991,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου

αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 04.03.2021, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 16.03.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 16 Μαρτίου 2021 παρέμβαση της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον Δήμο ..., οδός ..., αρ. ... και ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η προσφορά της έχει γίνει αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος για τα τμήματα με α/α 2, 3, 4 και 5 του διαγωνισμού. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω

παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 558/03.03.2021 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 03.03.2021 και υπέβαλε στις 16.03.2021, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν αποδεκτή και κατετάγη δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας, σύμφωνα με τον πίνακα μειοδοσίας, όπως εμφανίζεται στο Πρακτικό ...της Επιτροπής Αποσφράγισης-Διενέργειας & Αξιολόγησης προσφορών του Διαγωνισμού για κάθε τμήμα, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών από την έκτακτη συνεδρίαση) του Πρυτανικού Συμβουλίου του Πανεπιστημίου ..., (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση των Πρακτικών ..., ...και ...της Επιτροπής Αποσφράγισης-Διενέργειας & Αξιολόγησης προσφορών του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για τα τμήματα με α/α 2, 3, 4 και 5 του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα εταιρεία θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στην εσφαλμένη αποδοχή της προσφοράς έτερων προσφερόντων και εν προκειμένω στη ζημία που υφίσταται από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και δη της παρεμβαίνουσας,

όπως αυτή ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος για τα τμήματα με α/α 2, 3, 4 και 5 του διαγωνισμού και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως η προσφεύγουσα εταιρεία να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, στρεφόμενη κατά του συνόλου των οικονομικών φορέων που προηγούνται σε σειρά μειοδοσίας.

Νομίμως και παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 36 «Υποχρέωση χρήσης-Λειτουργία ΕΣΗΔΗΣ», το άρθρο 88 «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές» (άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης, όπως τις επικαλούνται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα.

16. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων

όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣτΕ 18/2011, ΣτΕ 19/2011, ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 1616/2008, ΕΑ ΣτΕ 254/2008 κλπ).

17. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, 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 C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε 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). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός

ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕλΣυν 78/2007).

18. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 6-11 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «II. ΝΟΜΙΚΟ ΜΕΡΟΣ», «Λόγοι απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...»», «Α) Η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει ακυρότητας καθότι έκρινε εσφαλμένα ως αποδεκτή την οικονομική προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...», μολονότι η τελευταία κατά παράβαση νόμου δεν έχει υπολογίσει σε αυτήν την κράτηση 0,02% υπέρ Δημοσίου», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για τα είδη με α/α 2, 3, 4 και 5 του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι, σύμφωνα με τις επικαλούμενες από αυτήν διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου διεξαγωγής του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα δεν έχει συμπεριλάβει για κανένα τμήμα αυτού, στην οικονομική της προσφορά, την προβλεπόμενη κράτηση 0,02% υπέρ του ελληνικού Δημοσίου, γεγονός που καθιστά πλημμελή

την προσφορά της. Επί του ανωτέρω, πρώτου λόγου προσφυγής, όπως αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, η αναθέτουσα αρχή, με τις με αριθμό πρωτοκόλλου ...Απόψεις της, σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή, αφού πρώτα παραθέτει το εκτενές ιστορικό της υπόθεσης, υποστηρίζει, υπό «III. Επί των λόγων της προσφυγής και προς αντίκρουσή της σημειώνουμε τα ακόλουθα», ότι: «[...]. IIIα) *Επί του πρώτου λόγου. Επί των αιτιάσεων της προσφεύγουσας ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει ακυρότητας καθότι έκρινε εσφαλμένα ως αποδεκτή την οικονομική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...», μολονότι η τελευταία κατά παράβαση νόμου δεν έχει υπολογίσει σε αυτήν την κράτηση 0,02% υπέρ Δημοσίου, σημειώνουμε ότι:*

Σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016: «6. Στις συμβάσεις της παρ. 1 επιβάλλεται κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών. Με κοινή απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και Οικονομικών ρυθμίζονται θέματα σχετικά με το χρόνο, τον τρόπο και τη διαδικασία κράτησης των ως άνω χρηματικών ποσών, καθώς και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα για την εφαρμογή της παρούσας παραγράφου.»

Στη δε §1 του ίδιου άρθρου αναφέρεται: «1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ.»

Επί των ανωτέρω σημειώνουμε ότι:

α) Η κράτηση του 0,02% υπέρ του Δημοσίου αφορά ποσό που παρακρατείται υπέρ του Δημοσίου μετά τη σύναψη της σύμβασης και κατά την πληρωμή αυτής, η δε κοινή υπουργική απόφαση που προβλέπεται στην ως άνω §6 του άρθρου 36 ν. 4412/2016, με την οποία ρυθμίζονται θέματα σχετικά με το χρόνο, τον τρόπο και τη διαδικασία κράτησης των ως άνω χρηματικών ποσών, καθώς και

κάθε άλλο αναγκαίο θέμα για την εφαρμογή της παρούσας παραγράφου, δεν εξεδόθη έως τώρα. Επίσης η ίδια η ...Διακήρυξη του φορέα μας, στη 2^η σελίδα της και στην ενότητα «Κρατήσεις», αναφέρεται στην κράτηση 0,07% υπέρ της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, στην Κράτηση 0,06% υπέρ της Αρχής εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, (επιπλέον οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%), καθώς και στον φόρο εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού, όχι όμως (δεν αναφέρεται) στην κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου επί του ποσού της συμβάσεως που θα συναφθεί, ελλείψει εκδόσεως της προβλεπόμενης ΚΥΑ. [...].». Ομοίως, η παρεμβαίνουσα, επί του ίδιου ως άνω πρώτου λόγου προσφυγής, με την ασκηθείσα παρέμβασή της, στις σελ. 7-10, υπό «II. ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΑΚΥΡΩΣΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗΣ ΠΡΑΞΗΣ ΠΟΥ ΠΡΟΒΑΛΛΟΝΤΑΙ ΜΕ ΤΗΝ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ:», υποστηρίζει ότι: «[...] **A. Επί του Πρώτου λόγου της Προδικαστικής Προσφυγής**

1. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της εταιρείας μας έπρεπε να απορριφθεί από την Αναθέτουσα Αρχή, διότι δεν υπολογίστηκε ειδικώς στην Οικονομική μας Προσφορά η κράτηση 0,02% υπέρ Δημοσίου που προβλέπεται στην παρ. 3 του άρθρου 36 Ν. 4412/2016. Ο λόγος αυτός της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

2.α. Κατ' αρχάς επισημαίνουμε ότι **ουδεμία υποχρέωση υφίσταται εκ του νόμου περί συνυπολογισμού της ως άνω κράτησης 0,02% υπέρ Δημοσίου.** Πιο συγκεκριμένα τονίζουμε τα ακόλουθα:

2.β. Το άρθρο 36 παρ. 6 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Στις συμβάσεις της παρ. 1 επιβάλλεται κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών. Με κοινή απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και Οικονομικών ρυθμίζονται θέματα σχετικά με το

χρόνο, τον τρόπο και τη διαδικασία κράτησης των ως άνω χρηματικών ποσών, καθώς και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα για την εφαρμογή της παρούσας παραγράφου.».

2.γ. Από τη γραμματική διατύπωση της ανωτέρω διατάξεως προκύπτει ότι ναι μεν το άρθρο 36 προβλέπει την παρακράτηση ύψους 0,02% υπέρ Δημοσίου ως μια νόμιμη κράτηση που επιβαρύνει τους οικονομικούς φορείς, ωστόσο, εξαρτά την εφαρμογή της εν λόγω ρύθμισης από την έκδοση Κοινής Υπουργικής Απόφασης. Η εν λόγω ΚΥΑ, μάλιστα, δεν επιτελεί μια δευτερεύουσα, συμπληρωματική λειτουργία της κανονιστικής διευθέτησης επιμέρους τεχνικών – λεπτομερειακών ζητημάτων της κύριας ρύθμισης. Αντιθέτως, η συγκεκριμένη ΚΥΑ συναρτάται αναγκαίως με την βασική ρύθμιση (της παρακράτησης), καθώς κατά ρητή διατύπωση με την έκδοση της ΚΥΑ θα ρυθμιστούν θέματα σχετικά με το χρόνο, τον τρόπο και τη διαδικασία κράτησης των ως άνω χρηματικών ποσών. Το απολύτως κρίσιμο, δηλαδή, στοιχείο του χρόνου διενέργειας της κράτησης, δηλαδή το χρονικό σημείο έναρξης εφαρμογής της επίμαχης ρύθμισης, συνδέεται ex lege με την έκδοση της ΚΥΑ. Άλλως, η ίδια η έννομη συνέπεια του άρθρου 36 παρ. 6, δηλαδή η συντέλεση της παρακράτησης, δεν μπορεί να λάβει χώρα, δίχως την σχετική ΚΥΑ, η οποία θα ρυθμίσει ακριβώς το χρονικό σημείο έναρξης εφαρμογής του εν λόγω κανόνα δικαίου, δηλαδή της διενέργειας κράτησης του 0,02%. Το γεγονός, δε, ότι στην κρίσιμη διάταξη γίνεται χρήση του ρήματος «παρακρατείται» σε οριστική έγκληση ενεστώτα δεν αρκεί για να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι δεν απαιτείται, προκειμένου να εφαρμοστεί η επίμαχη παρακράτηση, η έκδοση της σχετικής ΚΥΑ. Μια τέτοια ερμηνευτική εκδοχή αναιρεί και δεν συμβαδίζει με το ότι ο χρόνος έναρξης της ρύθμισης εξαρτάται, κατά τη ρητή διατύπωσή της, από την έκδοση σχετικής ΚΥΑ. Σχετικώς, σημειώνουμε ότι ο νόμος (η παρ. 6 του άρθρου 36) ορίζει ρητά το ποσό «παρακρατείται σε κάθε πληρωμή», κατά συνέπεια αντικείμενο της εκδοθισόμενης ΚΥΑ (όσον αφορά το χρόνο διενέργειας της παρακράτησης) δεν μπορεί να είναι το αν η παρακράτηση θα διενεργείται σε κάθε πληρωμή ή εφάπαξ. Συνεπώς, από χρονική άποψη, το μόνο ζήτημα που απομένει προς ρύθμιση είναι ο χρόνος εφαρμογής της διάταξης, δηλαδή ο χρόνος έναρξης της

υποχρέωσης διενέργειας της παρακράτησης. Σε διαφορετική περίπτωση, η κανονιστική αρμοδιότητα της Διοίκησης προς ρύθμιση του «χρόνου των κρατήσεων» καθίσταται γράμμα κενό.

Ούτε ασφαλώς μπορεί να θεωρηθεί πειστική η άποψη ότι οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, κατά την υποβολή της οικονομικής τους προσφοράς, να συνυπολογίζουν την επίμαχη κράτηση ως -τάχα- έσοδο του Δημοσίου υπό αίρεση, το οποίο θα αποδοθεί από τις Αναθέτουσες Αρχές στο Ελληνικό Δημόσιο, όταν εκδοθεί η ΚΥΑ. Και τούτο, διότι, κατά την γραμματική ερμηνεία της επίμαχης διάταξης -ερμηνευτική επιλογή που ακολουθεί παγίως στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων ως έκφανση τήρησης της αρχής της τυπικότητας- ο νομοθέτης ρητώς συνέδεσε τον χρόνο εφαρμογής της οικείας κράτησης με την έκδοση της ΚΥΑ. Άλλωστε, υπό αίρεση εφαρμογή νόμου δεν νοείται. Σε κάθε δε περίπτωση, η έκδοση της εν λόγω ΚΥΑ συνιστά πέραν από μελλοντικό, προέχοντος εντελώς αβέβαιο γεγονός, δοθείσης ότι, κατά κανόνα, η άσκηση της κανονιστικής αρμοδιότητας της Διοίκησης δεν συνιστά δέσμια αρμοδιότητα αλλά έκφανση της διακριτικής της ευχέρειας προς ρύθμισης μιας έννομης σχέσης ή κατάστασης (έτσι σε Π.Δ. Δαγτόγλου «Γενικό Διοικητικό Δίκαιο», 2015, σελ. 167 αλλά και Ε. Σπηλιωτόπουλος «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», 2014, σελ. 154). Το ίδιο ισχύει και στην προκειμένη περίπτωση, δοθέντος ότι ο ίδιος ο νομοθέτης έχει εκχωρήσει στην κανονιστική εξουσία της Διοικήσεως τόσο τον τρόπο και τη διαδικασία όσο και τον χρόνο έναρξης ισχύος της διάταξης, **αρμοδιότητα την οποία εδώ και 5 χρόνια η Διοίκηση επέλεξε να μην ασκήσει**. Τα ανωτέρω ενισχύονται ασφαλώς και από τη στάση της κανονιστικής Διοίκησης αναφορικά με τις άλλες δύο κρατήσεις, του ποσού 0,07% υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ και 0,06% υπέρ της ΑΕΠΠ, καθώς για αμφότερες έχουν προ καιρού εκδοθεί οι απαραίτητες ΚΥΑ, για την εφαρμογή τους (βλ. Κ.Υ.Α. υπ' αριθμ. 143/11.12.2014 και υπ' αριθμ. 1191/23.03.2017). Με άλλα λόγια, η Διοίκηση επέλεξε, ως τώρα να μην επιβάλλει την εφαρμογή της παρακράτησης 0,02% στις εν γένει διαγωνιστικές διαδικασίες. Το γεγονός αυτό επιρρωνύεται και από την πρακτική της ίδιας της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία, στις δημόσιες συμβάσεις στις οποίες έχει συμβληθεί, δεν εφαρμόζει μέχρι σήμερα την διάταξη του άρθρου 36 παρ. 6 Ν.

4412/2016 και δεν παρακρατεί ποσοστό 0,02% υπέρ Δημοσίου. Προς απόδειξη τούτων προσκομίζουμε μια σειρά από χρηματικά εντάλματα του Πανεπιστημίου ...για την πληρωμή αναδόχων δημοσίων συμβάσεων, στα οποία δεν έχει πραγματοποιηθεί η επίμαχη κράτηση. Προφανώς, η ως άνω πρακτική δεν αποτελεί επιλογή της Αναθέτουσας Αρχής, αλλά αναγνώριση και από την ίδια ότι δεν δύναται να εφαρμοστεί η επίμαχη κράτηση, αν δεν εκδοθεί η αναγκαία εκ του άρθρου 36 παρ. 6 ΚΥΑ, που θα ορίσει το χρονικό σημείο έναρξης της κρίσιμης κράτησης.

Ως εκ τούτου, στο μέτρο που δεν έχει εκκινήσει η εφαρμογή του άρθρου 36 παρ. 6 Ν. 4412/2016 -της σχετικής ΚΥΑ μη εκδοθείσης- ουδεμία υποχρέωση είχε η εταιρεία μας να υπολογίσει την επίμαχη κράτηση στην οικονομική της προσφορά.

2.δ. Απορριπτέος, λοιπόν, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής ως νόμω αβάσιμος.

3. Στην αδόκητη, όμως, περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι η κράτηση 0,02% υπέρ Δημοσίου εφαρμόζεται άνευ εκδόσεως της σχετικής ΚΥΑ, επισημαίνουμε ότι η εταιρεία μας πράγματι έλαβε υπόψη της την εν λόγω κράτηση στην οικονομική της προσφορά. Επέλεξε, απλώς, να μην το δηλώσει ρητώς σε συγκεκριμένο σημείο της προσφοράς της, **μη υπέχουσα εξάλλου σχετική προς τούτο υποχρέωση**. Και πράγματι, η Διακήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού, ήδη στο προοίμιο της (υπό «Συνοπτικά Στοιχεία») αναφέρει ρητώς ως κρατήσεις για την υπό ανάθεση σύμβαση «(α)Κράτηση 0,07% υπέρ της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων και (β) Κράτηση 0,06% υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Φόρος εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού». Ουδεμία άλλη κράτηση αναφέρεται ρητά σε κάποιο σημείο των τευχών της Διακήρυξης. Για το λόγο αυτό, η επιχείρησή μας δεν μνημόνευσε συγκεκριμένα την εν λόγω κράτηση στην ανάλυση των στοιχείων της οικονομικής προσφοράς της. Άλλωστε, δεδομένης της μη έκδοσης της προμνησθείσας ΚΥΑ και της συνακόλουθης μη διενέργειας της κράτησης από την Αναθέτουσα Αρχή, ενδεχόμενη ρητή μνεία της

επίμαχης κράτησης στην οικονομική προσφορά ενδεχομένως θα οδηγούσε σε αποκλεισμό της επιχείρησής μας λόγω εσφαλμένης συμπλήρωσης της οικονομικής προσφοράς.

Σε κάθε περίπτωση, δοθέντος ότι η επίμαχη κράτηση -όπως επισημαίνει και η Αρχή σας (βλ. ΑΕΠΠ 1398/2019)- αποτελεί δημόσιο έσοδο υπό αίρεση, η εταιρεία μας αναγνωρίζοντας το ενδεχόμενο να επιβληθεί η εν λόγω κράτηση 0,02%, υπό την διπλή ασφαλώς προϋπόθεση αφενός να αναδειχθεί ανάδοχος της σχετικής σύμβασης και αφετέρου να εκδοθεί η αναγκαία για την διενέργεια της κράτησης ΚΥΑ, **συμπεριέλαβε το σχετικό ποσό στο εργολαβικό της κέρδος, το οποίο επαρκεί και υπερκαλύπτει και την εν λόγω κράτηση.** Συγκεκριμένα, το εργολαβικό μας κέρδος θα μειωθεί κατά το ποσό της κράτησης 0,02% επί της αξίας της σύμβασης, αν στο διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης εκδοθεί τελικώς η αναγκαία ΚΥΑ, γεγονός σε κάθε περίπτωση μελλοντικό και αβέβαιο, αν ληφθεί υπόψη ότι εδώ και πέντε χρόνια ο κανονιστικός νομοθέτης δεν έχει προβεί στην έκδοση της κατ' άρθρο 36 παρ. 6 Ν. 4412/2016 ΚΥΑ. [...].».

19. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδελεχούς μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα και έχει κριθεί και από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 1398/2020 Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου) είναι σαφές ότι: «...οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς **οφείλουν να συμπεριλαμβάνουν στην τιμή της προσφοράς τους, επί ποινή αποκλεισμού αυτής, όλες τις υπέρ τρίτων κρατήσεις και κάθε επιβάρυνση που προβλέπεται στην κείμενη νομοθεσία.** Μεταξύ δε των εν λόγω κρατήσεων συμπεριλαμβάνεται άνευ αμφιβολίας και η κράτηση 0,02% υπέρ Δημοσίου, η οποία προβλέπεται ρητώς ως υποχρεωτική στη διάταξη της παρ.6 του άρθρου 36 ν. 4412/2016. Έτσι, η κράτηση 0,02 % υπέρ Δημοσίου (όπως άλλωστε όλες οι νομοθετικά προβλεπόμενες κρατήσεις) θα πρέπει να υπολογίζεται στην Οικονομική Προσφορά επί ποινή απόρριψη αυτής, ακόμη και όταν στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού δεν γίνεται ρητή καταγραφή της,

καθώς εντάσσεται στις κρατήσεις που εκ του νόμου επιβάλλονται και άρα απαιτείται να υπολογίζονται στην οικονομική προσφορά. Άλλωστε, στην υπό κρίση περίπτωση, στη διακήρυξη του διαγωνισμού ναι μεν δεν καταγράφεται ρητά η συγκεκριμένα κράτηση, πλην όμως προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια ότι στην οικονομική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνεται, επί ποινή αποκλεισμού αυτής, κάθε κράτηση «σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία», και συνεπώς και η κράτηση 0,02%. Επίσης, από τη διατύπωση της παρ. 5.1.2. της Διακήρυξης «Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις:...» είναι προφανές ότι η απαρίθμηση των κρατήσεων που ακολουθεί είναι ενδεικτική και όχι περιοριστική, και συνεπώς σε καμία περίπτωση δεν αίρεται η εκ του νόμου προβλεπόμενη υποχρέωση υπολογισμού της παρακράτησης 0,02% (ad hoc ΔΕΦΑΘ 2006/2020). Άλλωστε, όπως έχει κριθεί το γεγονός ότι δεν έχει εκδοθεί η κοινή υπουργική απόφαση περί καθορισμού του χρόνου, του τρόπου και διαδικασίας κράτησης ύψους 0,02% υπέρ Δημοσίου, δεν αναιρεί την υποχρέωση των διαγωνιζόμενων να την υπολογίζουν στην προσφορά τους και εν συνεχεία η αναθέτουσα αρχή να παρακρατεί από τον εκάστοτε ανάδοχο το εν λόγω ποσοστό ύψους 0,02 % και να το αποδώσει στο Δημόσιο όταν εκδοθεί η επικείμενη κοινή υπουργική απόφαση. Με άλλες λέξεις, ακόμα και εάν δεν έχει προσδιοριστεί με διάταξη κανονιστική, δυνάμει της δοθείσης νομοθετικής εξουσιοδότησης, ο τρόπος και η διαδικασία είσπραξης της παρακρατηθείσας εισφοράς ως έσοδο του δημοσίου υπό αίρεση, οι αναθέτουσες αρχές και οι ανάδοχοι ουδόλως απαλλάσσονται από την υποχρέωση παρακράτησης και απόδοσης του ποσού αυτού(ad hoc ΑΕΠΠ 1398/2019). [...].», ενώ ομοίως έχουν κρίνει και τα Διοικητικά Δικαστήρια (ad hoc ΔΕΦΑΘ 2006/2020): «[...]. 4. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων της Διακήρυξης, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την Αρχή που διενεργεί το διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζόμενους (πρβλ. ΣτΕ 95/2017 Ολ., ΣτΕ 820/2017 Ολ., ΣτΕ 1309 Ολ. κ.α), σε συνδυασμό με τις αρχές της διαφάνειας, της αποφυγής διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, συνάγεται ότι ανεξαρτήτως του γενικότερου θέματος περί του αν οι κείμενες διατάξεις έχουν εφαρμογή ακόμα κι αν η Διακήρυξη δεν παραπέμπει σ' αυτές [βλ. ΕΑ/ΣτΕ

840/08, 1100/10, 379/12], πάντως, στην προκείμενη περίπτωση, από το συνδυασμό των άρθρων 4 παρ.3 και 18 της Διακηρύξεως, συνάγεται ότι οι κρατήσεις που απαιτείται να περιλαμβάνονται στην οικονομική προσφορά δεν είναι μόνο οι ρητά προβλεπόμενες στο άρθρο 18 της Διακηρύξεως, αλλά, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ.3 της Διακηρύξεως, και όσες προβλέπονται γενικά στην κείμενη νομοθεσία, συνεπώς δε και η ένδικη κράτηση, που προβλέπεται ρητά από το Ν.4412/2016 [άρθρο 36 παρ. 6]. Και τούτο, παρά το ότι δεν έχει εκδοθεί η προβλεπόμενη στην εν λόγω διάταξη σχετική ΚΥΑ προς ρύθμιση των λεπτομερειών εφαρμογής της, δεδομένου ότι η ένδικη κράτηση, κατά την ίδια διάταξη, «παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών»... 6.Επειδή, η αιτούσα εταιρεία ισχυρίζεται, ότι εφόσον στις ρητά αναφερόμενες στο άρθρο 18 της Διακήρυξης κρατήσεις δεν αναφέρεται και η συγκεκριμένη κράτηση ύψους 0,02% του άρθρου 36 παρ. 6 του ν. 4412/2016, δεν απαιτούνταν, για το κύρος της οικονομικής προσφοράς της, να υπολογιστεί και αυτό το ποσό. Όμως, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην 4η σκέψη, η μη ρητή αναφορά στο συγκεκριμένο άρθρο της Διακήρυξης αυτής της συγκεκριμένης κράτησης δεν απαλλάσσει τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς από την λήψη υπόψη προς υπολογισμό της προσφοράς τους και επομένως, ο λόγος αυτός της αίτησης ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. [...]». Το αυτό συμπέρασμα άλλωστε εξάγεται και από τα προβλεπόμενα στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, όπου σαφώς ορίζεται ότι: «[...]Τέλος, για την κάλυψη των αναγκών συντήρησης, τεχνικής υποστήριξης και αναβάθμισης του ΕΣΗΔΗΣ επιβάλλεται στις συμβάσεις που υπάγονται στην παράγραφο 1 κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. [...]». Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι, σε αντίθεση με όσα αβάσιμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα αρχή, η επίμαχη κράτηση ύψους 0,02 % υπέρ του Δημοσίου θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να υπολογίζεται για την υποβολή νόμιμης οικονομικής προσφοράς εκάστου οικονομικού φορέα, ο οποίος λαμβάνει μέρος σε διαγωνιστική

διαδικασία, ακόμη και όταν η εν λόγω υποχρέωση δεν αναφέρεται ρητά στο κείμενο της διακήρυξης, καθώς, προφανώς κατά τον σκοπό του νομοθέτη, εντάσσεται στις νόμιμες κρατήσεις οι οποίες απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού, προκειμένου να είναι ελέγξιμη η υποβληθείσα οικονομική προσφορά κάθε συμμετέχοντος οικονομικού φορέα. Οι ανωτέρω παραδοχές, διατηρούνται ακέραιες παρά το γεγονός ότι δεν έχει εκδοθεί ακόμα η κοινή υπουργική απόφαση περί καθορισμού του χρόνου, του τρόπου και της διαδικασίας για την απόδοση της εν λόγω κράτησης ύψους 0,02% υπέρ Δημοσίου, καθώς πρέπει να θεωρείται δεδομένο ότι δεν αναιρείται η κατ' αρχήν υποχρέωση των διαγωνιζόμενων να την υπολογίζουν στην οικονομική τους προσφορά και εν συνεχεία η αναθέτουσα αρχή να την παρακρατεί από τον εκάστοτε ανάδοχο, προκειμένου να την αποδώσει στο Δημόσιο, όταν εκδοθεί η επικήριμη κοινή υπουργική απόφαση. Τα ανωτέρω καθίστανται προφανή, δεδομένου ότι όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ακόμα και εάν δεν έχει προσδιοριστεί με κανονιστική διάταξη, δυνάμει της προβλεπόμενης στην παρ. 6 του άρθρου 36, νομοθετικής εξουσιοδότησης, ο τρόπος και η διαδικασία είσπραξης της παρακρατηθείσας εισφοράς ως έσοδο του δημοσίου υπό αίρεση, οι αναθέτουσες αρχές και οι ανάδοχοι ουδόλως απαλλάσσονται από την υποχρέωση παρακράτησης και απόδοσης του ποσού αυτού, η οποία εξάλλου σε καμία περίπτωση δεν εμποδίζεται να υπολογιστεί και να εισπραχθεί, καθώς το ποσοστό της είναι με σαφήνεια και πέραν πάσης αμφιβολίας, προσδιορισμένο στην επίμαχη διάταξη του νόμου, μη εξαρτώμενο από οποιαδήποτε περαιτέρω ρύθμιση, δευτερογενούς δικαίου. Η προβλεπόμενη δε από την παρ. 6 του άρθρου 36 Κ.Υ.Α., θα ρυθμίσει τις τεχνικές λεπτομέρειες και τη διαδικασία απόδοσης στο Δημόσιο του εν λόγω ποσοστού και όχι τον κατ' αρχήν, αδιαμφισβήτητο και ρητά προβλεπόμενο στον νόμο, υπολογισμό του για τον νόμιμο σχηματισμό της οικονομικής προσφοράς εκάστου υποψηφίου. Ωστόσο, από την επισκόπηση της υποβληθείσας οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και προσωρινής αναδόχου προκύπτει ότι πράγματι, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα (γεγονός, το οποίο άλλωστε συνομολογούν εν τοις πράγμασι αμφότερες η παρεμβαίνουσα και η

αναθέτουσα αρχή, αλλά αλυσιτελώς επιχειρούν να αντικρούσουν) δεν συμπεριέλαβε αυτή στην οικονομική της προσφορά τη σχετική κράτηση, υπέρ του ελληνικού Δημοσίου. Κατά την ειδική γνώμη του μέλους Χ.Ζαράρη *«Αβασίμως ο παρεμβαίνων επιχειρεί να ενσωματώσει την επίμαχη κράτηση στο εργολαβικό κέρδος του κατόπιν κατάθεσης της προσφοράς του καθόσον σύμφωνα με το άρθρο 2.2.4 της διακήρυξης έκαστος προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελλο “οικονομική προσφορά” την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία (σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα IV της παρούσας διακήρυξης, όπου οι κρατήσεις περιλαμβάνονται και αναλύονται σε έτερο και διάφορο πεδίο του εργολαβικού κέρδους και μάλιστα επί ποινή απόρριψης της προσφοράς βάσει του άρθρου 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών περ. α (βλ και ΔΕΕ C-309/18)»*. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η παρεμβαίνουσα δεν έχει συμπεριλάβει την κράτηση 0,02% υπέρ ελληνικού Δημοσίου στην υποβληθείσα οικονομική προσφορά της και ως εκ τούτου, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

20. Επειδή, κατόπιν των ως άνω εκτεθέντων, παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων προσφυγής, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενων, καθώς με την αποδοχή του πρώτου λόγου προσφυγής που αφορά την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και προσωρινής αναδόχου, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή στο σύνολό της και η προσφορά της παρεμβαίνουσας, εσφαλμένα έγινε αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή. Ως εκ τούτου, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων λόγων προσφυγής, ως προς την ουσία τους, δεδομένου ότι ακόμα και αν υποθεθεί η βασιμότητά τους, ο πρώτος λόγος που αφορά την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας πρέπει να γίνει δεκτός, όπως άλλωστε και το αίτημα της κρινόμενης προσφυγής εν συνόλω για τους λόγους που εκτέθηκαν ανωτέρω

αναλυτικά στη σκέψη 19 της παρούσας. Οι δε διαπιστωθείσες πλημμέλειες στην προσφορά της παρεμβαίνουσας παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της και ως εκ τούτου παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση της επάλληλης αιτιολογικής βάσης του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007 κ.α.). Κατά συνέπεια, ενώπιον των ανωτέρω εκτεθέντων, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή εν συνόλω ως νόμω και ουσία βάσιμη, ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

23. Επειδή, πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικών από την έκτακτη συνεδρίαση) του Πρυτανικού Συμβουλίου του Πανεπιστημίου ..., (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση των Πρακτικών ..., ...και ...της Επιτροπής Αποσφράγισης-Διενέργειας & Αξιολόγησης προσφορών του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή

προσωρινή ανάδοχος για τα τμήματα με α/α 2, 3, 4 και 5 του διαγωνισμού, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Απορρίπτει την ασηκθεΐσα παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού δύο χιλιάδων εννιακοσίων ενενήντα ενός ευρώ (2.991,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε στις 5 Μαΐου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Χρυσάνθη Ζαράρη

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ελένη Λεπίδα