

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Αυγούστου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου,
Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 842/03.07.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην οδό «...» αριθ. «...», «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...» με την επωνυμία «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και δ.τ. «...», που εδρεύει στην «...» αρ. «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η απόφαση της 10^{ης}/11.06.2020 τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του «...», με την οποία επικυρώθηκε το από 02.06.2020 Πρακτικό Οικονομικής Αξιολόγησης, της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του υπ' αριθ. «...»/2019 διεθνούς, ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού «...», κατά το μέρος, που έγινε αποδεκτή η οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» και αποφασίστηκε η συνέχιση του διαγωνισμού, με την ανάρτηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, από τη μόνη αποδεκτή, κατά την οικονομική αξιολόγηση, εταιρεία «...», ως και να ακυρωθεί και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παράβολου.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης και η απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. «...»/2019 Διακήρυξη του «...», προκηρύχθηκε ανοιχτός διεθνής διαγωνισμός, για την ανάδειξη εργολάβου υπηρεσιών καθαριότητας (CPV «...») των χώρων του νοσοκομείου και της μονάδας εφήβων, προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.046.000 ΕΥΡΩ, συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ 24% (1.650.000 ΕΥΡΩ χωρίς ΦΠΑ), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, βάσει τιμής, συνολικής χρονικής διάρκειας δώδεκα (12) μηνών, με δυνατότητα τρίμηνης μονομερούς παράτασης (εκτιμώμενης αξίας 511.500 ΕΥΡΩ) και δυνατότητα επιπλέον εννεάμηνης παράτασης με τη σύμφωνη γνώμη της εταιρείας στην οποία θα κατακυρωθεί ο διαγωνισμός και με την έγκριση του Διοικητικού Συμβουλίου του νοσοκομείου (εκτιμώμενης αξίας 1.534.500 ΕΥΡΩ). Την 14^η.10.2019 το πλήρες κείμενο της ως άνω Διακήρυξης, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), με ΑΔΑΜ «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ όπου έλαβε συστημικό αριθμό «...». Την 06.12.2019, η επιτροπή διεξαγωγής προέβη στην αποσφράγιση των υποβληθέντων ηλεκτρονικών υποφακέλων «Δικαιολογητικά συμμετοχής - Τεχνική προσφορά», των εξής έξι οικονομικών φορέων: 1. «...», 2. «...», 3. «...», 4. «...» 5. «...» και 6. «...». Με την υπ' αριθ. 49/27.01.2020 απόφαση του Διοικητή του «...», επικυρώθηκε το από 6.12.2019 Πρακτικό Ηλεκτρονικής αποσφράγισης, καθώς και το από 24.01.2020 πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης, της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης, με την οποία απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας ως τεχνικά απαράδεκτη. Απερρίφθησαν επίσης, ως τεχνικά απαράδεκτες οι προσφορές των εταιρειών «...», «...», «...» και «...» και έγινε τεχνικά αποδεκτή μόνο η προσφορά της εταιρείας «...». Η προσφεύγουσα, αφού, την 27^η.01.2020, έλαβε γνώση της υπ' αριθ. 49/27.01.2020 απόφασης του Διοικητή του «...», κατέθεσε την από 05.02.2020 (με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 135/06.02.2020) προδικαστική προσφυγή, δυνάμει της οποίας εξεδόθη η υπ' αριθ. 368/12.03.2020 απόφαση του 5^{ου} Κλιμακίου του ΑΕΠΠ με την οποία έγινε εν μέρει δεκτή η προδικαστική προσφυγή και ακυρώθηκε η υπ' αριθ. 49/27.01.2020 απόφαση της

αναθέτουσας αρχής, ως προς το μέρος απόρριψης της τεχνικής της προσφοράς. Κατόπιν της έκδοσης της ανωτέρω αποφάσεως, προς συμμόρφωση με αυτή, εξεδόθη η υπ' αριθ. 4/15.04.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία κρίθηκε ως τεχνικά παραδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας «...», αλλά και της εταιρείας «...», καθώς και της εταιρείας «...» και αποφασίστηκε η συνέχιση του διαγωνισμού με την ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των τεχνικά αποδεκτών εταιρειών, ήτοι της «...», της εταιρείας «...» και της εταιρείας «...». Κατόπιν αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, με το από 02.06.2020 Πρακτικό Οικονομικής Αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του υπ' αριθ. 38/2019 διεθνούς, ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού, κρίθηκε ως απαράδεκτη η οικονομική προσφορά τόσο της προσφεύγουσας, όσο και της εταιρείας «...» και εκρίθη ως παραδεκτή μόνο η οικονομική προσφορά της εταιρείας «...». Με την απόφαση της 10^{ης}/11.06.2020 τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του «...», επικυρώθηκε το ως άνω από 02.06.2020 Πρακτικό Οικονομικής Αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του υπ' αριθ. «...»/2019 διεθνούς, ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού, απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας «...», απερρίφθη η προσφορά της εταιρείας «...» και έγινε αποδεκτή μόνο η οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» και αποφασίστηκε η συνέχιση του διαγωνισμού με την ανάρτηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, από τη μόνη, κατά την οικονομική αξιολόγηση, αποδεκτή εταιρεία «...».

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό «...», εξοφληθέν δυνάμει του από 30.06.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας «...» και «δεσμευμένο» δυνάμει της σχετικής ένδειξης της ΓΓΠΣ), ύψους 8.250 € .

3. Επειδή, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, κατά το μέρος που στρέφεται κατά «κάθε άλλης προγενέστερης ή μεταγενέστερη συναφούς πράξης ή παράλειψης», είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη δικαστικής

εκτίμησης και πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη (βλ. II Τμ. Ελ. Συν. 3220, 3200, 2822, 2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016).

4. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, εφόσον η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης, την 24^η.06.2020 όπου αναρτήθηκε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 02.07.2020, κοινοποιήθηκε, δε, στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν. Κοινοποιήθηκε, δε, στην παρεμβαίνουσα από την αναθέτουσα αρχή στις 6/7/2020 μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς «όλους τους συμμετέχοντες» μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 06.07.2020, ενώ κατά την ίδια ημερομηνία προέβη και σε ανάρτηση της προσφυγής στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού. Επ' αυτής ασκήθηκε νομίμως και εμπροθέσμως μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η από 16/07/2020 προδιαληφθείσα παρέμβαση, μετ' εννόμου συμφέροντος, εφόσον τεχνικά αποδεκτή έγινε μόνο η προσφορά της παρεμβαίνουσας και η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της. Περαιτέρω, ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Ωστόσο, απαραδέκτως προβάλλονται

με την παρέμβαση και επιπλέον λόγοι αποκλεισμού της προσφεύγουσας, διότι, ανεξαρτήτως της συνδρομής ή μη εννόμου συμφέροντος προς τούτο, κατά το μέρος που η παρεμβαίνουσα προβάλλει επιπλέον λόγους απόρριψης προσφοράς έτερου διαγωνιζόμενου ο οποίος έχει ήδη αποκλειστεί με την προσβαλλόμενη, επιδιώκει την ανεπίτρεπτη υποκατάσταση από την Α.Ε.Π.Π. της αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής, ενώ, υπό την εκδοχή επιδίωξης ακύρωσης της προσβαλλόμενης κατά την ανωτέρω έννοια (αντικατάσταση της αιτιολογίας της), η παρέμβαση συνιστά στην πραγματικότητα προδικαστική προσφυγή, για την παραδεκτή άσκηση της οποίας, πλην της συνδρομής του εννόμου συμφέροντος απαιτείται και δη προεχόντως, η τήρηση της εκ του νόμου προβλεπόμενης προθεσμίας άσκησής της, αλλά και η καταβολή του εκ του νόμου προβλεπόμενου παραβόλου, προϋποθέσεις οι οποίες ελλείπουν εν προκειμένω, ως προς την υπό εξέταση παρέμβαση.

7. Επειδή, με το υπ' αριθμ. 30873/16.07.2020 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Τις ως άνω απόψεις της η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 16.07.2020 αφενός στην Α.Ε.Π.Π. και αφετέρου στην προσφεύγουσα στις 16.07.2020 με τον τρόπο.

8. Επειδή, στην υπ' αριθ. 38/2019 διακήρυξη του προκείμενου διαγωνισμού ορίζονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα: «2.4.3. Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» 2.4.3.1... 2.4.3.2. Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται... ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ... Ι. ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ Άρθρο 1. ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ Ο ανάδοχος υποχρεούται να γνωρίζει και να τηρεί την ισχύουσα Ελληνική Νομοθεσία για την διαχείριση των Νοσοκομειακών απορριμμάτων (Ενδεικτικά αναφέρεται στην ΚΥΑ 146163 /2012, ΦΕΚ1537). Τα νοσοκομειακά απορρίμματα

θα διαχωρίζονται στα: α) αστικά στερεά απόβλητα οικιακού τύπου (ΑΣΑ), τα οποία και θα τοποθετούνται σε μαύρους σάκους, β) επικίνδυνα απόβλητα αμιγώς μολυσματικά (ΕΑΑΜ), τα οποία θα τοποθετούνται σε κίτρινους σάκους ή δοχεία μιας χρήσης, αδιαφανή αδιάτρητα αδιαπέραστα από υγρασία και να φέρουν ευδιάκριτα και ανεξίτηλα το αναγνωριστικό σήμα «Απόβλητα Υγειονομικής Μονάδας (ΑΥΜ)» και το σήμα του βιολογικού κινδύνου, γ) μικτά επικίνδυνα απόβλητα (ΜΕΑ), τα οποία θα τοποθετούνται σε ειδικά χαρτοκυτία μιας χρήσης Hospital boxes (Η προμήθεια των Hospital boxes δεν βαρύνει τον οικονομικό φορέα) και στη συνέχεια θα κλείνονται σε κόκκινο σάκο με το αναγνωριστικό σήμα «Απόβλητα Υγειονομικών Μονάδων (ΑΥΜ)» και το σήμα του βιολογικού - τοξικού κινδύνου κόκκινου χρώματος. Επιπλέον του χάρτινου δοχείου, τα μικτά απορρίμματα θα τοποθετούνται και σε κόκκινους σάκους που θα φέρουν όλες τις ανωτέρω επισημάνσεις, δ) άλλα επικίνδυνα απόβλητα (ΑΕΑ) θα τοποθετούνται σε πράσινους σάκους και να φέρουν ευδιάκριτα και ανεξίτηλα το αναγνωριστικό σήμα «Απόβλητα Υγειονομικών Μονάδων (ΑΥΜ):» και το σήμα του τοξικού κινδύνου και ε) ανθρώπινα μέλη θα τοποθετούνται σε μπλε σάκους με τη σήμανση μολυσματικού, στ) τα υλικά προς ανακύκλωση, τα οποία θα τοποθετούνται αποκλειστικά μόνο σε διαφανείς σάκους μιας χρήσης, (ενώ οι υπόλοιποι σάκοι θα πρέπει να είναι αδιαφανείς). Τα απορρίμματα να συλλέγονται κατά το δυνατόν πλησιέστερα στον τόπο παραγωγής τους και να αποκλείονται οι διαδικασίες εκκένωσης και επαναλαμβανόμενης πλήρωσης της συσκευασίας, κάθε φορά θα αλλάζει ο σάκος. Μια φορά την ημέρα θα πλένονται οι περιέκτες στους θαλάμους και στους κοινόχρηστους χώρους (εσωτερικούς-εξωτερικούς). Για την ενδονοσοκομειακή μεταφορά των απορριμμάτων πρέπει να χρησιμοποιούνται τροχήλατοι κάδοι οι οποίοι να κλείνουν ασφαλώς και να απολυμαίνονται μετά από κάθε χρήση. Οι κάδοι να είναι ανοξείδωτοι ή πλαστικοί ανάλογου χρώματος με τα απορρίμματα που μεταφέρουν, χωρητικότητας 350-500 lit., να διαθέτουν καπάκι και προστατευτικά, για την αποφυγή πρόσκρουσης. Στον πυθμένα τους να υπάρχει αποχέτευση για τον συχνό καθαρισμό τους».

9. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη ορίζεται ότι «.Στο άρθρο 4 (Υλικά - Τεχνική Καθαριότητας) παρ. 13 του Παραρτήματος Ι (Τεχνικές

Προδιαγραφές) (σελ. 39 της Διακήρυξης) ορίζεται ότι: «Ο ανάδοχος υποχρεούται τα απορρίμματα που παράγονται στο νέο κτήριο των χειρουργείων στους ψυκτικούς θαλάμους προσωρινής φύλαξης ΕΑΑΜ & ΜΕΑ με μηχανοκίνητο μεταφορικό που θα διαθέτει ο ίδιος.].». Επίσης, στο Παράρτημα Ι Τεχνικές Προδιαγραφές (σελ. 63 της Διακήρυξης) ορίζεται ότι: «...Ο κάθε συμμετέχων υποχρεούται να καταθέσει με την τεχνική του προσφορά υπεύθυνη δήλωση ότι θα διαθέσει αυτοκίνητο καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης μεταφοράς Αποβλήτων από τη Νέα Πτέρυγα του Νοσοκομείου στο χώρο συλλογής τους εντός του αύλιου χώρου του Νοσοκομείου.» ενώ στη σελ. 34 αναφέρεται ότι «Τα μηχανήματα και ο εξοπλισμός που χρησιμοποιούνται κατά τη διάρκεια του καθαρισμού πρέπει να είναι καινούργια και να βρίσκονται σε άριστη κατάσταση τόσο από άποψη λειτουργίας όσο και από εμφάνιση».

10. Επειδή, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΕΡΓΟΥ, της διακήρυξης ορίζεται ότι «Ο ανάδοχος θα αναλάβει με δικό του συνεργείο να καλύπτει καθημερινά και επί τριακόσιες εξήντα πέντε (365) ημέρες τις ανάγκες του Νοσοκομείου και της Μονάδας Εφήβων, σε Υπηρεσίες Καθαριότητας, συμπεριλαμβανομένων των υλικών καθαριότητας, χαρτικών και σάκων απορριμμάτων, με 91 άτομα 7ωρης απασχόλησης για τις καθημερινές και με 45 άτομα 7ωρης απασχόλησης για τα Σαββατοκύριακα - αργίες. Ι. ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ, Άρθρο 1. ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ. Ο ανάδοχος αναλαμβάνει την καθαριότητα και την απολύμανση των κτιριακών εγκαταστάσεων και των εν γένει χώρων των παρακάτω Υγειονομικών Μονάδων (ΥΜ):

Υγειονομική Μονάδα	Τετραγωνικά Υπαίθριων -Αύλιων Χώρων- Πάρκινγκ	Τετραγωνικά Κτιριακών Εγκαταστάσεων	Σύνολο Τετραγωνικών Υ.Μ.
Π.Γ.Ν. Θεσσαλονίκης ΑΧΕΠΑ	22.797 m ²	55.858 m ²	78.655 m ²
Μονάδα Εφήβων	115 m ²	689,82 m ²	804,82 m ²
ΣΥΝΟΛΑ	22.912 m ²	56.547,82 m ²	79.459,82 m ²

καθ' όλο το 24ωρο και για όλες τις ημέρες του χρόνου, υπό τους παρακάτω όρους και προϋποθέσεις. Σε όλα τα στάδια της παροχής υπηρεσιών ο ανάδοχος υποχρεούται να τηρεί τη νομοθεσία, τις κείμενες υγειονομικές και αστυκτηνιατρικές διατάξεις, τον εσωτερικό κανονισμό λειτουργίας του Νοσοκομείου και τις διαδικασίες που τηρούνται σε αυτό. Ο καθαρισμός των χώρων θα γίνεται καθημερινά περιλαμβανομένων των Κυριακών, αργιών και εξαιρετέων ημερών όλο το εικοσιτετράωρο, περιλαμβάνει δε όλα τα τμήματα και χώρους των Υ.Μ καθώς και χώρων ευθύνης τους, που κατά την κατάρτιση της σύμβασης λειτουργούν και χρησιμοποιούνται. Ο ανάδοχος είναι εξάλλου υποχρεωμένος σε τακτά χρονικά διαστήματα και σύμφωνα με τις υποδείξεις της Υ.Μ, να καθαρίζει και τυχόν χώρους που κατά τη κατάρτιση της σύμβασης δεν χρησιμοποιούνται. Η συμμετοχή στην παρούσα σημαίνει γνώση εκ μέρους του αναδόχου των χώρων του Νοσοκομείου που σήμερα χρησιμοποιούνται και λειτουργούν και της εκτάσεως αυτών, ακόμη κι αν δεν αναφέρονται ρητά στην παρούσα ή υπάρχει εύλογη απόκλιση στην έκτασή τους. Η υπηρεσία έχει το δικαίωμα να αναθέσει στον ανάδοχο πρόσθετες εργασίες πέραν των συμβατικών σε ποσοστό μέχρι 10% για κάλυψη τυχόν εκτάκτων αναγκών που δεν μπορούν να προβλεφθούν και θα πρέπει να ειδοποιείται εγγράφως από την υπηρεσία σε εύλογο χρονικό διάστημα. Η τιμή των προσθέτων εργασιών θα υπολογίζεται από την προσφερθείσα τιμή, η οποία δεσμεύει τον ανάδοχο. Επίσης η υπηρεσία μπορεί να μειώσει τους χώρους εφόσον δε λειτουργούν και το τμήμα θα μειωθεί με ανάλογη μείωση του προσωπικού. Ως ολοκλήρωση του καθαρισμού θεωρείται και η αποκομιδή των απορριμμάτων που θα γίνεται σύμφωνα με τις συστάσεις της Επιτροπής Νοσοκομειακών Λοιμώξεων (Ε.Ν.Λ.) της κάθε Υ.Μ. Ο ανάδοχος υποχρεούται να γνωρίζει και να τηρεί την ισχύουσα Ελληνική Νομοθεσία για την διαχείριση των Νοσοκομειακών απορριμμάτων (Ενδεικτικά αναφέρεται στην ΚΥΑ 146163 /2012, ΦΕΚ 1537)». Τέλος στην εν λόγω ΚΥΑ στο άρθρο 10 Α2. Άδεια Συλλογής και μεταφοράς ΕΑΥΜ αναφέρεται ρητώς ότι «1. Για τη συλλογή και μεταφορά ΕΑΥΜ εκτός των ΥΜ απαιτείται άδεια, η οποία εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 4 του άρθρου 36 του Ν. 4042/2012».

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 95. 5 περ. α' του Ν.4412/2016 «Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών»: «...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...». Σύμφωνα με το άρθρο 64 του ν. 4172/2013 "Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος" (ΦΕΚ Α' 167): «...1. Οι συντελεστές παρακράτησης φόρου είναι οι εξής: 1.α....2. Οι φορείς γενικής κυβέρνησης εκτός από τις κεφαλαιουχικές εταιρείες κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από φυσικά ή νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά 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: αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1%) για τα υγρά καύσιμα και τα προϊόντα καπνοβιομηχανίας, ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών....» «4....(σ)ε περίπτωση που η παρακράτηση φόρου δεν εξαντλεί τη φορολογική υποχρέωση ο παρακρατηθείς φόρος πιστώνεται έναντι του φόρου εισοδήματος που πρέπει να βεβαιωθεί από επιχειρηματική δραστηριότητα ή του φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων και νομικών οντοτήτων, κατά περίπτωση...». Σύμφωνα δε με το άρθρο 24 «παρακράτηση φόρου στο εισόδημα από εμπορικές επιχειρήσεις» του Ν. 2198/1994. «[...] στ. Δημόσιες υπηρεσίες, οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης, κοινωφελή ιδρύματα, οργανισμοί και επιχειρήσεις κοινής ωφέλειας, δημόσιες επιχειρήσεις ή εκμεταλλεύσεις και νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου γενικά, κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών από επιχειρήσεις, υποχρεούνται όπως, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό τη αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με

συντελεστή ως ακολούθως: αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1 %) για τα υγρά καύσιμα, ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατ (4%) για τα λοιπά αγαθά και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών».ii. Στον όρο 2.4.4 της Διακήρυξης «...»/2019 «Περιεχόμενα Φακέλου Οικονομικής Προσφοράς/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» (σελ. 21 Διακηρύξεως), προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «....Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης.... ».. «Θα συμπληρωθούν και τα εξής αρχεία (επιπλέον αυτών που παράγονται από το ΕΣΗΔΗΣ):... 2. Excel "Οικονομική Προσφορά - Απαιτήσεις του άρθρου 68" σύμφωνα με το συνημμένο υπόδειγμα excel το οποίο θα αναρτηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Το αρχείο excel θα αποθηκευτεί σε μορφή .pdf,, υπογράφει ψηφιακά και θα αναρτηθεί στην «Οικονομική Προσφορά». Περαιτέρω, στον όρο 5.1.3 (σελ. 31 Διακηρύξεως), προβλέπεται ότι: «5.1.3 Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για την παράδοση στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Με κάθε πληρωμή, θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος [άρθρο 64 Κεφ. Β, παραγρ. 2 του Ν.4172/2013 - ΦΕΚ167Α' /23.07.2013]....». Τέλος, σύμφωνα με τον όρο 2.4.6 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» (σελ. 23 Διακηρύξεως), προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «....Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά, η οποία: α) Δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλου «οικονομική προσφορά/ τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) β) Περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή

εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της....»

12. Επειδή, η προσφεύγουσα, προβάλλει ότι «η εταιρεία «...», υπολόγισε, στην προσφερόμενη, με την οικονομική προσφορά της, τιμή, ύψους 1.618.524 ευρώ, άνευ Φ.Π.Α., νόμιμες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, ύψους 34.823,94 ευρώ. Δεδομένου ωστόσο ότι η παρακράτηση φόρου 8% ανέρχεται, με βάση τα ίδια ως άνω δηλωθέντα από την εταιρεία «...», στοιχεία οικονομικής προσφοράς, σε 126.696,00€ [=1.618.524€ (καθαρή προσφερόμενη τιμή) – 34.823,94 € (σύνολο των κρατήσεων = 1.583.700,06 * 8% =126.696,00€], καθίσταται εμφανές ότι δεν έχει περιληφθεί στην οικονομική της προσφορά, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, όπως απαιτούνταν, σύμφωνα με τους ανωτέρω αναφερόμενους όρους της Διακηρύξεως και σύμφωνα με το νόμο. Σε κάθε περίπτωση, η ανωτέρω εταιρεία έχει υπολογίσει στην οικονομική της προσφορά, εργολαβικό κέρδος ποσού 5.189,94€, το οποίο και δεν καλύπτει την παρακράτηση φόρου 8%, αφού υπολείπεται κατά 121.506,06€ του ποσού του παρακρατούμενου φόρου, το οποίο και όφειλε να έχει υπολογίσει στην προσφορά της. Εξάλλου κι αν ακόμη το ποσό του φόρου αυτού αφαιρεθεί από το σύνολο της προσφοράς της εταιρείας, για την οποία έχει υπολογιστεί πέραν του εργολαβικού κέρδους 5.189,94 ευρώ και διοικητικό κόστος 27.600 ευρώ και κόστος αναλωσίμων 43.200 ευρώ και πάλι η υπόψη παρακράτηση φόρου 126.696,00€ δεν καλύπτεται από τα κόστη αυτά (εργολαβικό κέρδος, αναλώσιμα και διοικητικό κόστος), ενώ κι αν ακόμα καλυπτόταν, σαφώς συνάγεται ότι η υπόψη σύμβαση δεν θα είναι δυνατόν να εκτελεστεί από την εταιρεία κατά το Νόμο και τη Διακήρυξη, δοθέντος ότι προς κάλυψη της εν λόγω παρακράτησης φόρου του 8%, παρανόμως δεν θα έχουν υπολογισθεί - ή/και δεν καλύπτουν τα απαιτούμενα για την εκτέλεση της υπόψη σύμβασης -εργολαβικό κέρδος, αναλώσιμα και διοικητικό κόστος, τα οποία σαφώς απαιτούνται προκειμένου η οικονομική προσφορά να θεωρηθεί νόμιμη. Εξάλλου, 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 προσφορά του,

διακριτως ή μη, όπως συνάγεται από τους όρους της διακήρυξης που προπαρατέθηκαν, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 95 παρ.5 α' του Ν.4412/2016 και 64 παρ.2 του Ν.4172/2013, ενώ , η συγκεκριμένη έλλειψη της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας συνιστά ασάφεια ως προς την προσφερόμενη τιμή, εξαιτίας της οποίας αυτή είναι απορριπτέα (βλ. ΔΕΦΑΘ 268/2019, ΔΕΦΘεσ 62/2020). Το παραδεκτό της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «...», οφείλεται στον μη συνυπολογισμό της παρακράτησης φόρου 8% στις προσφερόμενες τιμές, καθώς αν είχε συνυπολογιστεί η εν λόγω παρακράτηση, τότε η προσφορά της θα ήταν ζημιογόνα για την ίδια, αλλά και κατώτερη του κατώτατου εργατικού κόστους, κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας και των όσων ορίζονται στο άρθρο 68 του Ν.3863/2010. Εφόσον η οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» και η προσφερόμενη τιμή της δεν περιλαμβάνει το επίμαχο ποσό, είναι πλημμελής και μη νόμιμη και λόγω ασάφειας, αφού τυχόν ασάφεια όρου της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζόμενου ως προς την προσφερόμενη τιμή, έχει ως συνέπεια την απόρριψή της (βλ. ΑΕΠΠ 1029/2019 σκέψεις 19 και 27, με παραπομπή στην ΔΕΦΑΘ 268/2019). Ως εκ τούτου, η οικονομική προσφορά της εταιρείας «...», θα έπρεπε να έχει απορριφθεί ως απαράδεκτη, σύμφωνα με τη διακήρυξη και το νόμο, καθώς δεν περιελάμβανε στις νόμιμες κρατήσεις, την παρακράτηση φόρου 8% του άρθρου 24 παρ.1 του Ν. 2198/1994, σύμφωνα με το άρθρο 5.1.3. της Διακήρυξης και η προσβαλλόμενη πράξη, με την οποία αποφασίστηκε η αποδοχή της, είναι μη νόμιμη και θα πρέπει να ακυρωθεί.».

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις ως άνω απόψεις της προβάλλει ότι «Η εταιρεία «...» με την παραπάνω προσφυγή της υποστηρίζει ότι ήταν “μη νόμιμη η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «...», η οποία δεν πληρούσε υποχρεωτικούς όρους της Διακηρύξεως και του νόμου.” Η εταιρεία «...» δεν έχει έννομο συμφέρον καθώς έχει οριστικά αποκλειστεί από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας και με την προσφυγή της επιδιώκει ως τρίτος να καταστεί άγονος ο διαγωνισμός, γεγονός που θα έχει αρνητικές επιπτώσεις στην εύρυθμη λειτουργία του Νοσοκομείου και του δημοσίου συμφέροντος. Η προσφεύγουσα εταιρεία υποστηρίζει ότι η εταιρεία «...» δεν

υπολόγισε στην οικονομική της προσφορά την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών. Η συγκεκριμένη παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% δεν περιλαμβάνεται ρητώς στους όρους της Διακήρυξης «...»/2019 και κανείς εκ των συμμετεχόντων δεν την περιέλαβε στην οικονομική του προσφορά.».

14. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι «Πριν αναφερθούμε στις ειδικότερες αιτιάσεις της εταιρίας «...» σχετικά με την οικονομική προσφορά της Εταιρίας μας, οφείλουμε να επισημάνουμε ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος. Ειδικότερα, πρέπει κατ' αρχάς να σημειωθεί ότι, κατά πάγια θέση της νομολογίας, διαγωνιζόμενος ο οποίος έχει αποκλεισθεί νομίμως από τη διαγωνιστική διαδικασία, μπορεί κατ' αρχήν να προβάλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής προσφοράς άλλου οικονομικού φορέα, επικαλούμενος τη διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, εφόσον οι προβαλλόμενοι λόγοι είναι όμοιοι με τους λόγους για τους οποίους απορρίφθηκε ήδη η δική του προσφορά (ΕΑΣΤΕ 130/2018, 344/2017, 349/2017 κ.ά., βλ. και ΑΕΠΠ 29/2019, 51/2019 κ.ά.). Με άλλα λόγια, όπως εξαιρετικά και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ο αποκλεισθείς οικονομικός φορέας με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς εναντίον της αποδοχής της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία του δικού του αποκλεισμού (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 274/2012, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009, 246/2009 κλπ, βλ. και Φ. Αρναούτογλου, «Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010», 2η έκδοση, 2013, παρ. 141, σελ. 100 και παρ. 368, σελ. 230). Συνεπώς, για την εφαρμογή της ανωτέρω αρχής, δηλαδή για να μπορεί να στοιχειοθετηθεί η έννοια του «ίδιου λόγου» απόρριψης των προσφορών, θα πρέπει η αναθέτουσα αρχή, ενώ εν τέλει συνέτρεχε η αυτή πλημμέλεια, να έκρινε αποκλειστέα τη μία προσφορά, ενώ την άλλη, όχι (βλ. Α.Ε.Π.Π. 1206/2019, σκ. 6). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρία «...»

βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της Εταιρίας μας, προβάλλοντας τον ισχυρισμό ότι διαμορφώσαμε εσφαλμένα την οικονομική μας προσφορά, κατά το μέρος που παραλείψαμε να υπολογίσουμε σ' αυτήν, ως πρόσθετο στοιχείο κόστους, την παρακράτηση φόρου 8% του άρθρου 64 του Ν. 4172/2013. Εξάλλου, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση, η οικονομική προσφορά της εταιρίας «...» απορρίφθηκε με την εξής αιτιολογία: «... Σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 68 συμπληρώθηκε το συνημμένο αρχείο του διαγωνισμού ελλιπώς. Συγκεκριμένα: Με εξαίρεση το εργατικό κόστος, οι υπόλοιπες τιμές στα πεδία του πίνακα Οικονομικής Προσφοράς – Στοιχείων άρθρου 68 (διοικητικό κόστος, κόστος εξοπλισμού και αναλωσίμων κ.λ.π.) δεν τεκμηριώνονται με επαρκή και σαφή ανάλυση για τον τρόπο και την μέθοδο υπολογισμού της κάθε τιμής, όπως προβλέπει η παρ. 2.4.4 της διακήρυξης. Η εταιρεία «...» έχει υπολογίσει για διοικητικό κόστος 110 ευρώ, το οποίο είναι ασυνήθιστα χαμηλό με βάση τις απαιτήσεις του έργου, ενώ από την προσφορά δεν προκύπτει ότι καλύπτεται, καθώς εκτός από το κόστος δημοσίευσης (100 ευρώ), πρέπει να ληφθούν υπόψη και τα κόστη εγγυήσεων καλής εκτέλεσης, διοικητικής υποστήριξης, μεταφοράς ΕΑΑΜ και ΜΕΑ με μηχανοκίνητο μέσο κ.λ.π. ως προς τα οποία όμως δεν υπάρχει δυνατότητα να ζητηθούν εξηγήσεις, διότι δεν έχει υποβληθεί τεκμηριωμένη ανάλυση διοικητικού κόστους, ώστε με βάση αυτή να μπορούν να δοθούν εξηγήσεις...». Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η οικονομική προσφορά της εταιρίας «...» απορρίφθηκε για εντελώς διαφορετικό λόγο από αυτόν που προβάλλει ως πλημμέλεια της δικής μας προσφοράς, και επομένως απαράδεκτα έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προσφυγή, καθώς δεν στοιχειοθετείται έννομο συμφέρον της εν λόγω εταιρίας προς αμφισβήτηση της αποδοχής της προσφοράς μας, αφ' ής στιγμής μάλιστα η προσφεύγουσα έχει αποδεχθεί αναντίρρητα τον αποκλεισμό της. Πέραν αυτού όμως (και ανεξαρτήτως του ότι δεν συνάγεται σχετική υποχρέωση από τη διακήρυξη), από την επισκόπηση του φακέλου της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, προκύπτει ότι και η ίδια δεν έχει συνυπολογίσει στην προσφορά της ως αυτοτελές στοιχείο κόστους την παρακράτηση φόρου 8%. Συνεπώς, εφόσον και η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας πάσχει από

την ίδια πλημμέλεια που καταλογίζει στη δική μας προσφορά, η προσφυγή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος και εκ της επόψεως αυτής. Κατά το μέρος, συνεπώς, που προσάπτεται εκ μέρους της ήδη αποκλεισθείσας εταιρίας «...», πλημμέλεια στην οικονομική προσφορά της Εταιρίας μας, η οποία ωστόσο δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού της ίδιας, καθίσταται πρόδηλο ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος, και γι' αυτό απαραδέκτως, καθώς δεν συντρέχει εν προκειμένω παράβαση της αρχής του ενιαίου (ίσου) μέτρου κρίσης. Εξάλλου, το έννομο συμφέρον άσκησης προδικαστικής προσφυγής, όπως και αυτό που απαιτείται για την άσκηση αίτησης ακύρωσης, απαιτείται να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Ειδικά, όσον αφορά το στοιχείο του ενεστώτος του έννομου συμφέροντος, γίνεται παγίως δεκτό ότι τούτο θα πρέπει να συντρέχει τόσο κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης, όσο και κατά το χρόνο άσκησης, αλλά και το χρόνο εξέτασης της υπό κρίση προσφυγής (πρβλ. Δ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, σελ. 260, Χρ. Δετσαρίδης, Η προδικαστική προσφυγή στο στάδιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, 2019, σελ. 382, με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία). Εν προκειμένω, όπως ήδη αναφέρθηκε πιο πάνω, με την προσβαλλόμενη δια της υπό κρίση προσφυγής υπ' αριθ. 10/θέμα 13ο/11-6-2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του «...», αποφασίσθηκε η απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της εταιρίας «...» και η ανάδειξη της Εταιρίας μας ως προσωρινής αναδόχου. Κατά της ανωτέρω απόφασης της αναθέτουσας Αρχής, η εταιρία «...» άσκησε την προκειμένη προδικαστική προσφυγή, περιοριζόμενη, ωστόσο, στην προβολή αιτιάσεων αποκλειστικά και μόνο αναφορικά με την αποδοχή της οικονομικής μας προσφοράς και την ανάδειξη της Εταιρίας μας ως προσωρινής αναδόχου. Καθίσταται, συνεπώς, πρόδηλο ότι, παραλείποντας να προσβάλει τον αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό, η εταιρία «...» έχει ήδη αποκλειστεί οριστικά από τη διαδικασία ανάθεσης, ήδη από το χρόνο άσκησης της προσφυγής (εφόσον δεν προβλέπεται από τις διατάξεις των άρθρων 360 επ. του Ν. 4412/2016 η άσκηση δεύτερης προσφυγής κατά της ίδιας πράξης) και, πάντως, από την παρέλευση της προθεσμίας άσκησής της. Παρά ταύτα, με την

υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η εταιρία «...», καίτοι έχει ήδη καταστεί οριστικά τρίτη ως προς την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, βάλλει κατά της απόφασης της αναθέτουσας περί αποδοχής της οικονομικής προσφοράς της Εταιρίας μας και της ανάδειξής μας ως οριστικής αναδόχου. Κατά συνέπεια, η υπό εξέταση προσφυγή, με την οποία διώκεται ο αποκλεισμός της Εταιρίας μας, ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος και είναι γι' αυτό απορριπτέα ως προδήλως απαράδεκτη, όπως στη συνέχεια αναλυτικά εκθέτουμε. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί, οι προσφέροντες θεωρούνται ενδιαφερόμενοι, εφόσον δεν έχουν αποκλειστεί ακόμη οριστικά, δηλαδή, όταν δεν τους έχει κοινοποιηθεί απόφαση περί αποκλεισμού τους που έχει θεωρηθεί νόμιμος με τελεσίδικη κρίση από ανεξάρτητο δικαιοδοτικό όργανο, ή εφόσον δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή (ΕΑΣτΕ 30/2019). Ειδικότερα, σύμφωνα με τη νομολογία του Δ.Ε.Ε. (C-355/15, *Bietergemein_chaft*, σκ. 34-35), οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 3 και 2α της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (L 395), ως ισχύει, διασφαλίζουν το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του. Αντιθέτως, τέτοιο δικαίωμα δεν παρέχεται στον προσφέροντα που έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της οδηγίας αυτής, το οποίο ορίζει ότι «Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή». Υπό το πρίσμα της νεότερης νομολογίας σχετικά με το έννομο συμφέρον προσωρινώς αποκλεισθέντος υποψηφίου να διώξει τον αποκλεισμό του εναπομείναντος στο διαγωνισμό ανταγωνιστή του, το Συμβούλιο της Επικρατείας με την υπ' αριθ. 235/ 2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών (Ολομελείας), αφού έλαβε υπόψη τα κριθέντα με τις αποφάσεις του

Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης *Fastweb* (C-100/12), *PFE* (C-689/13), *Archus* και *Gama* (C-131/16) και *Lombardi* (C-333/18), έκρινε ότι: «... από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 - οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2) - ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του (περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Προκειμένου, εξ άλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του, αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και

προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία. Πέραν τούτων, για την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, δεν απαιτείται η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ένα και μόνον στάδιο, που καταλήγει στην έκδοση μόνον μίας (κατακυρωτικής) πράξης του αναθέτοντος φορέα. Αδιάφορο, από της εξεταζόμενης απόψεως, είναι, περαιτέρω, και το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η, βάσει της επίμαχης διαδικασίας, σύμβαση. Προϋπόθεση, ωστόσο, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος. Στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του, όπως, εξ άλλου, και ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως. Αδιάφορος, τέλος, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος είναι ο αριθμός των συνδιαγωνιζομένων του, ο

αποκλεισθείς, ωστόσο, πρέπει, προκειμένου να είναι κατ' αρχήν λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, να πλήττει την συμμετοχή απάντων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης.» (ΣτΕ 235/2019, σκ. 28, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 22/2018, σκ. 73, επίσης ΕΑΣΤΕ 106/2018, 144/2018, 30/2019, δείτε σχετ. και Ν. Μαρκόπουλος, Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, Εισήγηση στο Σεμινάριο Ε.Σ.ΔΙ. «ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΚΑΙ ΚΡΑΤΙΚΕΣ ΕΝΙΣΧΥΣΕΙΣ», Οκτώβριος 2018). Σύμφωνα, λοιπόν, με την παγιωθείσα κατά τα ανωτέρω νομολογία, αναγνωρίζεται κατ' αρχήν έννομο συμφέρον μόνον του προσωρινώς αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου, «να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης...» (βλ. ΣτΕ 235/2019, σκ. 28, ΔΕφΘεσ 30/2020, σκ. 14). Αντιθέτως, τέτοιο δικαίωμα δεν παρέχεται στον προσφέροντα που έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της οδηγίας αυτής, το οποίο ορίζει ότι «Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή». Εν προκειμένω, όπως ήδη αναφέρθηκε, με την υπ' αριθ. 10/θέμα 13ο/11-6-2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του «...» αποφασίστηκε η απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της εταιρίας «...» από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, κρίση την οποία ουδέποτε αμφισβήτησε η εν λόγω εταιρία, με αποτέλεσμα να καταστεί οριστικός ο αποκλεισμός της από το διαγωνισμό. Αντιθέτως, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η εν λόγω εταιρία βάλλει αποκλειστικά κατά της αποδοχής της προσφοράς της Εταιρίας μας, αποδεχόμενη κατά τα λοιπά την απόρριψη της δικής της οικονομικής προσφοράς. Υπό το δεδομένο, λοιπόν, ότι η ανωτέρω απόφαση κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους την 26-6-2020 και επομένως η προθεσμία άσκησης προσφυγής εξέπνευσε την 6-7-2020, με αποτέλεσμα να έχει τελεσιδικήσει πλέον

ο αποκλεισμός της εν λόγω εταιρίας από την 7-7-2020, είναι προφανές ότι δεν πληρούται η ανωτέρω προϋπόθεση περί ύπαρξης ενεστώτος εννόμου συμφέροντος κατά το χρόνο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής. Ενόψει, λοιπόν, των ανωτέρω, και εφόσον η προσφεύγουσα εταιρία «...» έχει αποδεχθεί την υπ' αριθ. 10/θέμα 130/11-6-2020 απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος που κρίθηκε μ' αυτήν απορριπτέα η προσφορά της, και επομένως έχει τεθεί εκτός διαγωνισμού, καθίσταται πρόδηλο ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, έχει ασκηθεί άνευ εννόμου συμφέροντος από οριστικώς αποκλεισθέντα οικονομικό φορέα και για το λόγο αυτό είναι απορριπτέα ως καταφανώς απαράδεκτη. II. Επί των λόγων της προσφυγής. Ανεξαρτήτως του ότι, όπως αμέσως πιο πάνω προβάλαμε, η υπό κρίση προσφυγή ασκείται μη παραδεκτά, ελλείπει εννόμου συμφέροντος, είναι απορριπτέα σε κάθε περίπτωση και ως ουσιαστικά αβάσιμη, όπως καταδεικνύουμε με τα εκτιθέμενα κατωτέρω. Ειδικότερα: Με τη διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού προβλέφθηκαν, μεταξύ άλλων, τα εξής: «... 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών. Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το κριτήριο ανάθεσης, την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η τιμή των παρεχομένων υπηρεσιών δίνεται σε ευρώ για το σύνολο των ζητούμενων υπηρεσιών. Στην τιμή περιλαμβάνονται 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. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ... 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. γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης. Θα συμπληρωθούν και τα εξής αρχεία (επιπλέον αυτών που παράγονται από το ΕΣΗΔΗΣ): 1. Οικονομική προσφορά από εταιρεία : Ελεύθερα διαμορφωμένη από την εταιρεία 2. Excel "Οικονομική

Προσφορά – Απαιτήσεις του άρθρου 68” σύμφωνα με το συνημμένο υπόδειγμα excel το οποίο θα αναρτηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Το αρχείο excel θα αποθηκευτεί σε μορφή .pdf, θα υπογραφεί ψηφιακά και θα αναρτηθεί στην «Οικονομική Προσφορά»: ... • Ο παραπάνω πίνακας συμπληρώνεται (χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή του) από τους υποψήφιους αναδόχους, σύμφωνα με την κείμενη εργατική, ασφαλιστική και σχετική Νομοθεσία. Η τιμή για καθένα από τα πεδία του παραπάνω πίνακα θα είναι μια και μοναδική και θα αναλύεται επαρκώς και με σαφήνεια ο τρόπος και η μέθοδος υπολογισμού - προσδιορισμού αυτής της τιμής... 5. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ 5.1. Τρόπος πληρωμής 5.1.3. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για την παράδοση στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της Σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση 2,00 % Υπέρ Οργανισμών Ψυχικής Υγείας (ΦΕΚ 545 Β’ /24.3.2009) β) 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 (άρθρο 4 Ν.4013/2011- ΦΕΚ 204/Α’/15.9.2011 όπως ισχύει) γ) 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 σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του Ν. 4412/2016- ΦΕΚ 147/Α’/8.8.2016 δ) 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 Ν.4412/2016 - ΦΕΚ 147/Α’/8.8.2016 και ΚΥΑ 1191/14.3.2017- ΦΕΚ 969/Β’/22.3.2017). Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ’ αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος [άρθρο 64 Κεφ. Β, παραγ.2 του Ν. 4172/2013 -(ΦΕΚ

167Α'/23.7.2013). Ο αναλογούν ΦΠΑ επί τοις εκατό (%) για τα ζητούμενα είδη βαρύνει το Νοσοκομείο και θα υπολογίζεται χωριστά...». Τέλος, με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι–ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της διακήρυξης του διαγωνισμού, ορίσθηκε, μεταξύ άλλων (σελ. 33), ότι: «ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΕΡΓΟΥ. Ο ανάδοχος θα αναλάβει με δικό του συνεργείο να καλύπτει καθημερινά και επί τριακόσιες εξήντα πέντε (365) ημέρες τις ανάγκες του Νοσοκομείου και της Μονάδας Εφήβων, σε Υπηρεσίες Καθαριότητας, συμπεριλαμβανομένων των υλικών καθαριότητας, χαρτικών και σάκων απορριμμάτων, με 91 άτομα 7ωρης απασχόλησης για τις καθημερινές και με 45 άτομα 7ωρης απασχόλησης για τα Σαββατοκύριακα - αργίες...». β. Περαιτέρω, στα άρθρα 61 επ. του Ν. 4172/2013 «Φορολογία εισοδήματος, επείγοντα μέτρα εφαρμογής του ν. 4046/2012, του ν. 4093/2012 και του ν. 4127/2013 και άλλες διατάξεις» (Φ.Ε.Κ. Α' 167/23-7-2013) προβλέπονται τα ακόλουθα: «Άρθρο 61. Υπόχρεοι σε παρακράτηση. Κάθε νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα ή φυσικό πρόσωπο που ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα και έχει τη φορολογική κατοικία του στην Ελλάδα, οι φορείς γενικής κυβέρνησης..., και προβαίνει σε πληρωμές σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 62, καθώς και οι συμβολαιογράφοι για τις συναλλαγές της περίπτωσης στ' του άρθρου 62 υποχρεούνται σε παρακράτηση φόρου όπως ορίζεται στο άρθρο 64. Άρθρο 62. Πληρωμές υποκείμενες σε παρακράτηση. 1. Οι ακόλουθες πληρωμές υπόκειται σε παρακράτηση φόρου: α) ..., β) ..., δ) αμοιβές για τεχνικές υπηρεσίες, αμοιβές διοίκησης, αμοιβές για συμβουλευτικές υπηρεσίες και άλλες αμοιβές για παρόμοιες υπηρεσίες, ανεξαρτήτως εάν έχουν παρασχεθεί στην Ελλάδα, όταν ο λήπτης της αμοιβής είναι φυσικό πρόσωπο... Άρθρο 64. Συντελεστές παρακράτησης φόρου: 1. Οι συντελεστές παρακράτησης φόρου είναι οι εξής: ...2. Οι φορείς γενικής κυβέρνησης εκτός από τις κεφαλαιουχικές εταιρίες 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: αα) ... γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών...». 2.α. Από τους αναφερόμενους

πιο πάνω όρους της διακήρυξης, συνάγεται ότι η οικονομική προσφορά διαμορφώνεται μέσα στα όρια της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, η οποία συνιστά, προδήλως, κανονιστική δέσμευση ως προς ό,τι αφορά το ύψος των κονδυλίων που μπορούν να υπολογίσουν οι διαγωνιζόμενοι, ενώ τυχόν υπέρβαση του προϋπολογισμού της σύμβασης επιφέρει απόρριψη της προσφοράς. Συνεπώς, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να καταρτίζουν την οικονομική τους προσφορά με βάση τους περιορισμούς της προϋπολογιζόμενης δαπάνης, όπως αυτή έχει διαμορφωθεί από την αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τα εκτιμώμενα από μέρους της στοιχεία κόστους, όπως ιδίως οι νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων του αναδόχου, οι αναλογούσες ασφαλιστικές εισφορές, το διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών, το κόστος αναλωσίμων κ.λπ. Εξάλλου, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα με τη διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού, έκαστος υποψήφιος ανάδοχος, κατά τη διαμόρφωση της προσφερόμενης εκ μέρους του τιμής, οφείλει να λάβει υπόψη το σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, προκειμένου να υπολογίσει ορθά το κόστος των αναλωσίμων υλικών που πρόκειται να χρησιμοποιήσει, καθώς και εν γένει το διοικητικό κόστος που συνεπάγεται η εκτέλεση των ζητούμενων υπηρεσιών καθαριότητας. Από τους ίδιους όρους συνάγεται, επίσης, ότι η αναθέτουσα Αρχή προτάσσει και αποδίδει ιδιαίτερη σημασία στην πλήρη – και όχι κατ' επίφαση – κάλυψη του ελάχιστου νόμιμου εργοδοτικού κόστους [ο πίνακας ανάλυσης της οικονομικής προσφοράς των υποψηφίων αναδόχων, συμπληρώνεται (χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή του), «σύμφωνα με την κείμενη εργατική, ασφαλιστική και σχετική Νομοθεσία»], και επομένως δεν θεωρούνται αποδεκτές οικονομικές προσφορές με τις οποίες, υπό το πρόσχημα της κάλυψης άλλων στοιχείων κόστους των υπηρεσιών καθαριότητας, καταστρατηγούνται οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και υπολογίζεται εργοδοτικό κόστος που υπολείπεται του νομίμου. β. Υπό το δεδομένο, λοιπόν, ότι όπως αναφέρεται και στην οικονομική μας προσφορά, το ελάχιστο νόμιμο εργοδοτικό κόστος ανέρχεται σε 1.507.710,12 ευρώ (= 1.187.547,35 € + 320.162,77 €), χωρίς τούτο να αμφισβητείται από την προσφεύγουσα, ενώ, επιπροσθέτως, με βάση το μέγεθος και τις τεχνικές απαιτήσεις του έργου,

έχουμε υπολογίσει τα απολύτως εύλογα ποσά των 27.600,00 ευρώ ως διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών, 43.200,00 ευρώ ως κόστος εξοπλισμού (αποσβέσεις, βλάβες, συντήρηση) και αναλωσίμων, και 5.189,94 ευρώ ως εργολαβικό κέρδος, καθώς και 34.823,94 ευρώ για τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, είναι προφανές ότι, ενόψει του προϋπολογισμού της σύμβασης (1.650.000,00 € χωρίς Φ.Π.Α.), ακόμη και εάν δεν είχαμε υπολογίσει κανένα ποσό ως διοικητικό κόστος, κόστος εξοπλισμού – αναλωσίμων και εργολαβικό όφελος, δεν θα απέμενε επαρκές ποσό, μετά την αφαίρεση του ελάχιστου νόμιμου εργοδοτικού κόστους, για την κάλυψη των νόμιμων κρατήσεων (34.823,94 ευρώ) καθώς και του παρακρατούμενου φόρου 8%, ο οποίος, κατά την προσφεύγουσα ανέρχεται σε 126.696,00 ευρώ. Από όλα τα παραπάνω, λοιπόν, προκύπτει ότι η αναθέτουσα Αρχή, όπως έχει ευχέρεια (πρβλ. απόφαση VI Τμ. ΕΣ 1084/2020, σκ. IV), κατά τον υπολογισμό του κόστους παροχής των υπηρεσιών και τη διαμόρφωση του προϋπολογισμού της σύμβασης έχει λάβει υπόψη, πέραν του εργοδοτικού κόστους, του διοικητικού κόστους και του κόστους εξοπλισμού και αναλωσίμων, τα ποσά των νόμιμων κρατήσεων [ήτοι κράτηση 2,00% υπέρ Οργανισμών Ψυχικής Υγείας, κράτηση 0,07% υπέρ της ΕΑΑΔΗΣΥ, κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου (Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών) και κράτηση 0,06% υπέρ της ΑΕΠΠ, πλέον αναλογικού τέλους χαρτοσήμου 3% και ΟΓΑ χαρτοσήμου 20% επ' αυτού], αλλά όχι και το ποσό του παρακρατούμενου φόρου 8% επί της καθαρής αμοιβής του αναδόχου, θεωρώντας, προδήλως, ότι, εφόσον η εν λόγω αναλογία φόρου συμψηφίζεται εν τέλει με το ποσό του καταβλητέου φόρου εισοδήματος, όπως εκκαθαρίζεται με βάση τα φορολογητέα κέρδη (καθαρό εισόδημα) του αναδόχου, δεν συντρέχει λόγος επιβάρυνσης του κόστους της σύμβασης με το ποσό του παρακρατούμενου φόρου 8% επί της πληρωτέας αμοιβής. Άλλωστε, και στο υπόδειγμα του πίνακα οικονομικής προσφοράς (άρθρο 2.4.4., σελ. 21 της διακήρυξης) γίνεται λόγος για «Νόμιμες κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων», κατά τρόπο ώστε το κόστος αυτό να ταυτίζεται λεκτικά με το κόστος των νόμιμων κρατήσεων που προβλέπονται κατά τα άνω στην παρ. 5.1.3 της διακήρυξης, από τις οποίες όμως (κρατήσεις)

διαφοροποιείται σαφώς ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την εκάστοτε εξόφληση των τιμολογίων του αναδόχου. γ. Εφόσον, λοιπόν, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ερμηνευόμενους υπό το πρίσμα των περιορισμών που τίθενται κανονιστικώς βάσει της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, δεν συνάγεται ειδική υποχρέωση των διαγωνιζομένων να υπολογίσουν ως αυτοτελές κονδύλιο της οικονομικής τους προσφοράς, το ποσό του παρακρατούμενου φόρου που αντιστοιχεί στο καθαρό (πληρωτέο) ποσό της αμοιβής τους, η Εταιρία μας νομίμως κατήρτισε την προσφορά της, χωρίς να έχει συμπεριλάβει/αθροίσει στο ποσό των νόμιμων κρατήσεων (και) τον παρακρατούμενο φόρο 8%, δεδομένου ότι αποτελεί μέρος του τελικού πληρωτέου ποσού της εργολαβικής της αμοιβής, στην οποία και εμπεριέχεται. Συνεπώς, η Εταιρία μας έχει υπολογίσει νομίμως το ποσό του παρακρατούμενου φόρου ως μέρος του καθαρού ποσού της αμοιβής της, το οποίο περιλαμβάνεται στο εξοφλούμενο ποσό του εκάστοτε εκδιδόμενου τιμολογίου, και μάλιστα όχι ως κράτηση, η οποία διενεργείται κατά τρόπο οριστικό, αλλά ως ποσό το οποίο υπόκειται σε συμψηφισμό κατά την εκκαθάριση του φόρου εισοδήματος, μετά το πέρας της οικείας οικονομικής χρήσης. Το γεγονός, εξάλλου, ότι το Νοσοκομείο ουδέποτε είχε πρόθεση (ούτε άλλωστε υποχρέωση) να περιλάβει στο κόστος εκτέλεσης της σύμβασης και τον παρακρατούμενο φόρο 8%, προκύπτει και από το ότι, αν και το ελάχιστο νόμιμο εργοδοτικό κόστος (αποδοχές εργαζομένων και ασφαλιστικές εισφορές) ανέρχεται σε 1.507.710,12 ευρώ, ενώ επίσης μόνο το άθροισμα των νόμιμων κρατήσεων και του παρακρατούμενου φόρου υπολογίζεται σε 161.519,94 ευρώ (= 34.823,94 € + 126.696,00 €), χωρίς καν να ληφθεί υπόψη το διοικητικό κόστος, το κόστος εξοπλισμού και αναλωσίμων κ.λπ., ο συνολικός προϋπολογισμός (χωρίς Φ.Π.Α.) του διαγωνισμού για ένα έτος ανέρχεται σε 1.650.000 ευρώ. Επομένως, θα ήταν αδύνατο να υπολογιστεί ως πρόσθετο στοιχείο κόστους η παρακράτηση φόρου 8%, διότι αυτό θα οδηγούσε αυτονόητα σε υπέρβαση του προϋπολογισμού, στον οποίο δεν έχει περιληφθεί, προδήλως, ως επιπλέον επιβάρυνση, ο παρακρατούμενος φόρος. 3.α. Εξάλλου, από τη γραμματική ερμηνεία των ανωτέρω όρων της διακήρυξης, ερμηνευόμενων σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Ν. 4172/2013, προκύπτει ότι οι

έννοιες «φόρος» και «κρατήσεις» δεν είναι ταυτόσημες και χρησιμοποιούνται διαζευκτικά, χωρίς να καταλείπεται περιθώριο ερμηνείας ότι ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται από την αναθέτουσα Αρχή περιλαμβάνεται και αυτός στις κρατήσεις υπέρ του Δημοσίου και τρίτων ή στις λοιπές επιβαρύνσεις επί της αμοιβής του αναδόχου. Επιπλέον, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται έχει διαφορετική νομική φύση και σκοπό από τις κρατήσεις που διενεργούνται υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, αφού, κατά τη νομολογία, η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί κατ' ουσίαν προκαταβολή φόρου, η οποία δεν συνυπολογίζεται στο λειτουργικό κόστος του αναδόχου και δεν επηρεάζει τον υπολογισμό του εργολαβικού ανταλλάγματος. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί, σε αντίθεση με τις κρατήσεις υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται (ΕΣ ΟΛ 807/1997, ΕΣ Τμ Ι Απόφαση 2854/2008, 622/2002 κ.ά.). Υπέρ των ανωτέρω συνηγορεί και το γεγονός ότι, στην πράξη (αλλά και κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη), η παρακράτηση φόρου υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων, επί του καθαρού ποσού της αξίας των υπηρεσιών, μετά την αφαίρεση όλων των κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου και τρίτων. β. Επισημαίνεται ότι, όπως διευκρινίζεται στην εγκύκλιο ΠΟΛ. 1007/2017 της Α.Α.Δ.Ε., ενόψει και των αναφερόμενων πιο πάνω διατάξεων του Ν. 4172/2013, οι αμοιβές για τεχνικές υπηρεσίες, αμοιβές διοίκησης, αμοιβές για συμβουλευτικές υπηρεσίες ή και αμοιβές για παρόμοιες υπηρεσίες που λαμβάνει, μέσω της μόνιμης εγκατάστασής του στην Ελλάδα, νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα, φορολογικός κάτοικος κράτους - μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου, δεν υπόκεινται σε παρακράτηση φόρου. Από την ως άνω απαλλαγή εξαιρούνται οι αμοιβές που λαμβάνουν τα ως άνω νομικά πρόσωπα για τις υπηρεσίες που παρέχουν στους φορείς γενικής κυβέρνησης της παρ. 2 του άρθρου 64 του Κ.Φ.Ε. και ως εκ τούτου, υπόκεινται σε παρακράτηση με συντελεστές 1%, 4% ή 8%, κατά περίπτωση, καθώς και οι

αμοιβές για τεχνικά έργα, που λαμβάνουν τα υπόψη νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες, οι οποίες υπόκεινται σε παρακράτηση φόρου με συντελεστή 3%, βάσει της περ. δ' της παρ. 1 του άρθρου 64 του Κ.Φ.Ε. Σύμφωνα με την ίδια εγκύκλιο, από την έκδοσή της παύει να ισχύει κάθε άλλη εγκύκλιος με αντίθετο περιεχόμενο ως προς τη φορολογική αντιμετώπιση του ίδιου ζητήματος. Τυχόν παρακρατηθέντα ποσά σύμφωνα με την προγενέστερη εγκύκλιο ΠΟΛ.1120/25.4.2014 δεν επιστρέφονται, αλλά ο παρακρατηθείς φόρος συμψηφίζεται με τις δηλώσεις φορολογίας εισοδήματος των οικείων φορολογικών ετών. γ. Σύμφωνα δηλαδή με τα παραπάνω, και δεδομένου ότι ο παρακρατηθείς φόρος συμψηφίζεται στο τέλος του φορολογικού έτους, ανάλογα με την κερδοφορία του υποκειμένου σε φόρο εισοδήματος οικονομικού φορέα, είναι προφανές ότι στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας λαμβάνει αμοιβές από φορείς της Γενικής Κυβέρνησης για παρασχεθείσες υπηρεσίες (όπως εν προκειμένω για υπηρεσίες καθαριότητας), ο φόρος που προκαταβάλλεται (παρακρατείται) κατά την πληρωμή του δικαιούχου (αναδόχου) επί της αμοιβής του, μετά τη διενέργεια των νόμιμων κρατήσεων, δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτου, η οποία απομειώνει την εργολαβική αμοιβή, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι το ποσό αυτό αποτελεί εισόδημα του ίδιου του οικονομικού φορέα (αναδόχου) που αποτυπώνεται στη φορολογική του δήλωση. Ειδικότερα, σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας εμφανίζει κέρδη στην αντίστοιχη οικονομική χρήση, το ποσό της παρακράτησης συνυπολογίζεται κατά την εκκαθάριση του φόρου, ενώ σε περίπτωση που παρουσιάζει αρνητικά αποτελέσματα (ζημίες), δεν καταβάλλεται κανένα ποσό ως φόρος. Εξάλλου, η αναφορά του άρθρου 5.1.3. της διακήρυξης ότι «τον ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση», έχει κατά τα ανωτέρω την έννοια ότι κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς πρέπει να συνυπολογίζεται οποιοδήποτε ποσό βαρύνει τον ανάδοχο και αφαιρείται από την αμοιβή του κατά τρόπο οριστικό, συνιστώντας στοιχείο του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης. Αντιθέτως, αυτό δεν ισχύει για τον παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος, δεδομένου ότι ο προσδιορισμός του τελικώς καταβλητέου ποσού του φόρου

τελεί υπό την αίρεση της εκκαθάρισης της φορολογικής δήλωσης του οικείου οικονομικού έτους, κατά την οποία μπορεί να προκύψει ακόμη και πιστωτικό υπόλοιπο (ήτοι ποσό φόρου προς επιστροφή) για τον ανάδοχο. Συνεπώς, σε περίπτωση που ο ανάδοχος ενσωματώσει στην αμοιβή του (και επομένως συνυπολογίσει με την οικονομική του προσφορά) πρόσθετο ποσό που αντιστοιχεί στον παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8%, αυτό θα έχει απλώς ως συνέπεια την προσαύξηση της αμοιβής (επομένως και του εισοδήματός του) κατά το πιο πάνω ποσοστό (αφού, ούτως ή άλλως, ο παρακρατηθείς φόρος συμψηφίζεται στο τέλος της χρήσης), και, συνακόλουθα την αντίστοιχη επιβάρυνση του κόστους της σύμβασης επί ζημιά του Δημοσίου. Με άλλες λέξεις, μια τέτοια προσαύξηση του κόστους της σύμβασης δημιουργεί απλώς επιπλέον εισόδημα για τον ανάδοχο, το οποίο φορολογείται στο τέλος του οικονομικού έτους, ανάλογα με τα αποτελέσματα της χρήσης, οδηγεί δηλαδή σε αποτέλεσμα, στο οποίο, προδήλως, δεν απέβλεψε η αναθέτουσα Αρχή, αλλά και το οποίο βρίσκεται εκτός του σκοπού της ρύθμισης του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010. 4. Στην προκείμενη περίπτωση, η Εταιρία μας διαμόρφωσε την οικονομική της προσφορά λαμβάνοντας υπόψη όλα τα στοιχεία κόστους που προβλέπονται στη διακήρυξη του διαγωνισμού και επιβαρύνουν το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης (αμοιβές εργαζομένων και ασφαλιστικές εισφορές, εργοδοτικό κόστος, κόστος αναλωσίμων, διοικητικό κόστος, νόμιμες κρατήσεις κ.λπ.), συνεκτιμώντας παράλληλα ότι κατά την πληρωμή του καθαρού ποσού της αμοιβής της (εφόσον της ανετίθετο η σύμβαση), θα διενεργηθεί η προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου, η οποία όμως, κατά τη διακήρυξη και τη νομοθεσία, δεν περιλαμβάνεται στις νόμιμες κρατήσεις και επομένως δεν απαιτείτο να γίνει ως προς αυτήν ειδικότερη μνεία στην ανάλυση των στοιχείων της οικονομικής μας προσφοράς. Ως εκ τούτου, η οικονομική μας προσφορά ουδόλως αποκλίνει από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ενώ, σε κάθε περίπτωση, όπως αναφέραμε πιο πάνω, το ποσό του φόρου εισοδήματος που τελικώς θα καταβάλει η Εταιρία μας στο τέλος της οικείας οικονομικής χρήσης, συμψηφίζεται με το ποσό της γενόμενης παρακράτησης και, συνακόλουθα, το ποσό του τελικώς καταβαλλόμενου φόρου, συνιστά ποσοστό του εισοδήματος,

με βάση τον κατά περίπτωση ισχύοντα φορολογικό συντελεστή, το οποίο κατανέμεται ομοιόμορφα σε όλα τα κέρδη της Εταιρίας από την άσκηση της δραστηριότητάς της, στα οποία περιλαμβάνεται και το δηλωθέν εν προκειμένω εργολαβικό όφελος. 5. Σύμφωνα, συνεπώς, με τα ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι εκ μέρους της προσφεύγουσας εταιρίας «...» ισχυρισμοί, κατά της αποδοχής της οικονομικής προσφοράς της Εταιρίας μας, πέραν του ότι προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος, διευρύνουν ερμηνευτικώς ανεπίτρεπτα το κανονιστικό πεδίο της διακήρυξης, κατά το μέρος που αφορά τις νόμιμες κρατήσεις και τις επιβαρύνσεις που βαρύνουν την εργολαβική αμοιβή. Ειδικότερα, όπως και πιο πάνω αναφέραμε, το ποσό του παρακρατούμενου φόρου εισοδήματος 8%, αποτελεί κατ' ουσίαν προκαταβολή φόρου, η οποία δεν συνυπολογίζεται στο λειτουργικό κόστος του αναδόχου και δεν επηρεάζει τον υπολογισμό του εργολαβικού ανταλλάγματος. Τούτο, διότι ο παρακρατηθείς φόρος συμψηφίζεται στο τέλος της χρήσης, ανάλογα με την κερδοφορία του υποκείμενου σε φόρο εισοδήματος οικονομικού φορέα και επομένως, δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτου, η οποία απομειώνει την εργολαβική αμοιβή, ώστε να αποτελεί στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι το ποσό αυτό (παρακράτηση) αποτελεί μέρος του εισοδήματος του ίδιου του οικονομικού φορέα (αναδόχου) που αποτυπώνεται στη φορολογική του δήλωση. Προς επιβεβαίωση των ανωτέρω προσκομίζουμε με την παρούσα παρέμβασή μας, τις δηλώσεις φορολογίας εισοδήματος της Εταιρίας μας, των οικονομικών ετών 2016, 2017, 2018 και 2019, από τις οποίες προκύπτει ότι κατά τα έτη αυτά είχαμε αντιστοίχως πιστωτικά ποσά προς επιστροφή 193.604,19 ευρώ, 452.268,06 ευρώ. 516.199,33 ευρώ και 561.139,39 ευρώ. Συνεπώς, είναι φανερό ότι το ποσό του φόρου που παρακρατείται κατά την καταβολή της αμοιβής του αναδόχου, δεν αποτελεί στοιχείο κόστους που επιβαρύνει οριστικά την εργολαβική αμοιβή, όπως συμβαίνει με τις κρατήσεις, διότι υπόκειται σε εκκαθάριση κατά το τέλος του οικονομικού έτους, οπότε και προσδιορίζεται το τυχόν πληρωτέο ποσό. Ως εκ τούτου, σε περίπτωση υπολογισμού του παρακρατούμενου φόρου εισοδήματος 8% στην οικονομική προσφορά του υποψηφίου αναδόχου, αυτό θα είχε απλώς ως συνέπεια την προσαύξηση της

αμοιβής του αναδόχου σε ποσοστό έως και 8%, και, συνακόλουθα την αντίστοιχη επιβάρυνση του κόστους της σύμβασης επί ζημιά του Νοσοκομείου, παρότι αυτό δεν μπορεί να δικαιολογηθεί όχι μόνον με βάση το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, αλλά και από δημοσιολογιστική άποψη, ενόψει ιδίως των υποχρεώσεων της Αναθέτουσας Αρχής που απορρέουν από την αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης (άρθρο 33 Ν. 4270/2014, άρθρο 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016), καθώς οδηγεί, εν τέλει, σε μη επιθυμητή διεύρυνση του περιθωρίου κέρδους του αναδόχου. 6. Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται πρόδηλο ότι η οικονομική προσφορά της Εταιρίας μας, υποβλήθηκε σε πλήρη συμμόρφωση προς τους όρους της διακήρυξης που προσδιορίζουν επακριβώς τις νόμιμες κρατήσεις, ενώ, σε κάθε περίπτωση, όπως προαναφέρθηκε, το ποσό του φόρου εισοδήματος που τελικώς θα προσδιοριστεί για την Εταιρία μας στο τέλος της οικείας οικονομικής χρήσης, είναι συμψηφιστέο με το ποσό της παρακράτησης. Αυτό σημαίνει ότι, ανεξαρτήτως του ύψους της παρακράτησης, το ποσό του τελικώς καταβλητέου φόρου, ως ποσοστό επί του εισοδήματος με βάση τον κατά περίπτωση ισχύοντα φορολογικό συντελεστή, κατανέμεται ομοιόμορφα σε όλα τα κέρδη της Εταιρίας από την άσκηση της δραστηριότητάς της, στα οποία περιλαμβάνεται και το δηλωθέν εν προκειμένω εργολαβικό όφελος. Επομένως, το ποσό του φόρου με το οποίο βαρύνεται εν τέλει η Εταιρία μας στο πλαίσιο της προκείμενης σύμβασης, δεν είναι αυτό της παρακράτησης 8% επί της πληρωτέας αμοιβής, αλλά αυτό που αναλογεί με βάση το συντελεστή φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων (άρθρο 58 Ν. 4172/2013) επί του καθαρού κέρδους που έχουμε υπολογίσει (5.189,94 €), ως μέρος του συνολικού ετήσιου καθαρού μας εισοδήματος. Εξάλλου, ακόμη και υπό το πρίσμα της νομολογίας που επικαλείται η προσφεύγουσα, δεν μπορεί να τεθεί ζήτημα ασάφειας ή αδυναμίας εκατέρωθεν σύγκρισης, επί ίσοις όροις, των οικονομικών προσφορών, δεδομένου ότι και οι τρεις (3) οικονομικές προσφορές που αποσφραγίστηκαν, είχαν παρόμοια κατάσταση και δεν είχε υπολογιστεί σε καμία, ως πρόσθετη επιβάρυνση, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%. Για τους ανωτέρω λόγους, είναι προφανές ότι οι προβαλλόμενες με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή αιτιάσεις της εταιρίας «...», κατά της αποδοχής της

οικονομικής προσφοράς της Εταιρίας μας, πέραν του ότι, όπως ήδη αναφέρθηκε, προβάλλονται απαραδέκτως ελλείπει εννόμου συμφέροντος, είναι απορριπτέες και ως απολύτως αβάσιμες».

15. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136), δηλαδή, να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014), και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται, επομένως, όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ. 1994/831).

16. Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την προσβαλλόμενη πράξη (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

17. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κ.α.). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004), υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον ν. 4412/2016 και το κατ' εξουσιοδότηση του εκδοθέν κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος, καθόσον αφορά στο έννομο συμφέρον. Επειδή, σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣτΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣτΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή

αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος ΣτΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

18. Επειδή, ως έχει κριθεί, οι διαγωνιζόμενοι θεωρούνται ενδιαφερόμενοι, εφόσον δεν έχουν αποκλειστεί ακόμη οριστικά, δηλαδή, όταν δεν τους έχει κοινοποιηθεί απόφαση περί αποκλεισμού τους που έχει θεωρηθεί νόμιμος με οριστική κρίση από ανεξάρτητο δικαιοδοτικό όργανο, ή εφόσον δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προδικαστική προσφυγή (ΕΑΣτΕ 30/2019). Ειδικότερα, σύμφωνα με τη νομολογία του Δ.Ε.Ε. (C-355/15, *Bietergemeinschaft*, σκ. 34-35), οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 3 και 2α της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (L 395), ως ισχύει, διασφαλίζουν το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί οριστικά, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του. Αντιθέτως, τέτοιο δικαίωμα δεν παρέχεται στον διαγωνιζόμενο που έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της οδηγίας αυτής, το οποίο ορίζει ότι «Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή». Υπό το πρίσμα της νεότερης νομολογίας σχετικά με το έννομο συμφέρον προσωρινώς αποκλεισθέντος υποψηφίου να επιδιώξει τον αποκλεισμό του εναπομείναντος στο διαγωνισμό ανταγωνιστή του, το Συμβούλιο της Επικρατείας με την υπ' αριθ. 235/2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών (Ολομελείας), έκρινε ότι: «... από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 - οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2) - ερμηνευομένων

υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του (περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσας αιτήσεως ακυρώσεως. Προκειμένου, εξ άλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του, αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας

διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία. Πέραν τούτων, για την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, δεν απαιτείται η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ένα και μόνον στάδιο, που καταλήγει στην έκδοση μόνον μίας (κατακυρωτικής) πράξης του αναθέτοντος φορέα. Αδιάφορο, από της εξεταζόμενης απόψεως, είναι, περαιτέρω, και το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η, βάσει της επίμαχης διαδικασίας, σύμβαση. Προϋπόθεση, ωστόσο, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος. Στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του, όπως, εξ άλλου, και ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως».

19. Επειδή, από την συνολική επισκόπηση του φακέλου προκύπτουν τα κάτωθι. Κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας Αρχής, η προσφεύγουσα άσκησε την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, περιοριζόμενη, ωστόσο, στην προβολή αιτιάσεων αποκλειστικά αναφορικά με την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου. Καθίσταται, συνεπώς, σαφές ότι, παραλείποντας να προσβάλει τον αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό, η

προσφεύγουσα έχει αποκλειστεί οριστικά από τη διαδικασία ανάθεσης, ήδη από το χρόνο άσκησης της προσφυγής και, σε κάθε περίπτωση, από την παρέλευση της προθεσμίας άσκησής της. Παρά ταύτα, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα, καίτοι έχει ήδη καταστεί οριστικά τρίτη ως προς την εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία, βάλλει κατά της απόφασης της αναθέτουσας περί αποδοχής της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της ανάδειξής της ως οριστικής αναδόχου. Κατά συνέπεια, η υπό εξέταση προσφυγή, με την οποία βάλλεται η προσφορά της παρεμβαίνουσας, ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος και είναι γι' αυτό είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη (ΕΑ ΣΤΕ 30/2019).

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο ύψους 8.250,00 € που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με κωδικό «...», ύψους 8.250,00€ που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 7 Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε την 18 Αυγούστου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ευαγγελία Μιχολίτση

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μαρία Κατσαρού