

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 10 Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος - Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 31/7/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1176/1-8-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ««*****» και τον διακριτικό τίτλο «*****» που εδρεύει στην *****, οδός *****, και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του ***** ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ *****που εδρεύει στην *****, *****, και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία ***/7/2023 που περιέχεται στο απόσπασμα πρακτικών της 27ης/18-7-2023 τακτικής συνεδρίασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με θέμα 8ο: «Υποβολή πρακτικού συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών του Ανοικτού Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης την συμφερότερη από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη συνολική τιμή) ανά τμήμα, για την ανάδειξη συνεργείου καθαρισμού των χώρων εντός και εκτός του **** καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών για δύο (2) έτη και με δυνατότητα προαίρεσης ενός (1) έτους ακόμη, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 9.650.000,00 € (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), πιστώσεις -2023-2024-2025-2026, με αρ. Διακήρυξης ***** (*****/14-7-23)», κατά το μέρος της που απορρίφθηκε η προσφορά της για το Τμήμα Β' του διαγωνισμού και αποφασίστηκε η ματαίωση και επαναπροκήρυξή του ως προς το τμήμα αυτό, καθώς επίσης και την ακύρωση της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να της χορηγήσει πρόσβαση στις λοιπές οικονομικές προσφορές.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 14.786,29 ευρώ με βάση την εκτιμώμενη αξία ποσού 2.957.258,06 ευρώ του Τμήματος Β' της σύμβασης που αποτελεί αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής, χωρίς δικαίωμα προαίρεσης και ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: *****). Το υπερβάλλον του νόμιμου ποσό 213,71 ευρώ που κατέβαλε η προσφεύγουσα είναι επιστρεπτέο ως αχρεωστήτως καταβληθέν, ανεξάρτητα από την έκβαση της υπόθεσης.
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ***** προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού των χώρων εντός και εκτός του *****, καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών, αρχικής διάρκειας δύο (2) ετών, με δικαίωμα προαίρεσης για παράταση ενός (1) επιπλέον έτους. Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε 9.650.000,00 ευρώ, συμπεριλαμβανόμενης της εκτιμώμενης αξίας του δικαιώματος προαίρεσης και του ΦΠΑ 24%. Το αντικείμενο της σύμβασης υποδιαιρείται σε δύο (2) τμήματα, ήτοι το ΤΜΗΜΑ Α: Ανάδειξη συνεργείου καθαρισμού των χώρων εντός *****, καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτού και το ΤΜΗΜΑ Β: Ανάδειξη συνεργείου καθαρισμού των εξωτερικών δομών του *****, καθώς και του περιβάλλοντος χώρου αυτών, με δικαίωμα των οικονομικών φορέων να υποβάλουν προσφορά για ένα ή και τα δύο τμήματα. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 20/10/2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25/10/2022 (ΑΔΑΜ: *****), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α *****. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 29η/11/2022.
3. Κατά της Διακήρυξης *****, υποβλήθηκε ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ προδικαστική προσφυγή της ήδη προσφεύγουσας με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1624/2022, επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση του παρόντος Κλιμακίου με αριθμό 69/2023. Με την απόφαση αυτή ακυρώθηκε απαίτηση του άρθρου 2.2.7 της Διακήρυξης ως προς τα πρότυπα

διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, ενώ κατά τα λοιπά η προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε. Ειδικότερα, απορρίφθηκε ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η Διακήρυξη ήταν ακυρωτέα λόγω ανεπάρκειας του προϋπολογισμού για την εκτέλεση της σύμβασης, διότι η αναθέτουσα αρχή αιτιολόγησε νόμιμα και με επάρκεια τον τρόπο υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας. Με την απόφασή του με αριθμό 1/12-1-2023 το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε τη συμμόρφωση με την απόφαση του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, την τροποποίηση της Διακήρυξης ως προς τον ακυρωθέντα όρο και τον ορισμό νέας καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών στις 15/2/2023. Κατόπιν νέας παράτασης, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 21η/2/2023.

4. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα και η ένωση οικονομικών φορέων ***** - ***** . Με το πρακτικό της με ημερομηνία 28/2/2023 η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη αμφοτέρων των οικονομικών προσφορών και για τα δύο (2) τμήματα, καθώς επίσης και τη ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού. Με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, αφού έλαβε υπόψη του το παραπάνω πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, αποφάσισε τη ματαίωση του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 106 ν. 4412/2016, και την επαναπροκήρυξή του. Η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους οικονομικούς φορείς στις 20/7/2023, ενώ από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, προκύπτει ότι η προαναφερθείσα διαγωνιζόμενη ένωση οικονομικών φορέων δεν αμφισβήτησε τον αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό ασκώντας προδικαστική προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης.

5. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (παροχή υπηρεσιών), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνεπώς, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.

6. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγους κατά του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό, καθώς επίσης και κατά της απόφασης ματαίωσης που επακολούθησε.

7. Ωστόσο, η προσφεύγουσα προσβάλλει χωρίς έννομο συμφέρον και, άρα,

απαράδεκτα την παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να της χορηγήσει πρόσβαση στον φάκελο προσφοράς της δεύτερης διαγωνιζόμενης ένωσης οικονομικών φορέων. Ειδικότερα, όπως, προκύπτει από τις προσβαλλόμενες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, η ένωση αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό. Και ναι μεν, κατά τον χρόνο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, οπότε δεν είχε παρέλθει η προθεσμία αμφισβήτησης της προσβαλλόμενης από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, η προσφεύγουσα προσέβαλε με έννομο συμφέρον την παραπάνω παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου αφενός ότι ο αποκλεισμός της, ο οποίος αποτελούσε και προϋπόθεση της ματαίωσης του διαγωνισμού κατ' άρθρο 106 παρ. 2 περ. α' ν. 4412/2016, δεν είχε καταστεί οριστικός και αφετέρου ότι νομιμοποιείτο να προβάλει πρόσθετους λόγους αποκλεισμού της συνδιαγωνιζόμενης της. Όπως, όμως, προαναφέρθηκε, η παραπάνω ένωση δεν άσκησε προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης απόρριψης της προσφοράς της, με αποτέλεσμα να θεωρείται οριστικά αποκλεισθείσα από τον διαγωνισμό. Κατά συνέπεια, κατά τον χρόνο εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα δεν είχε πλέον έννομο συμφέρον να προσβάλλει την παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να της χορηγήσει τα στοιχεία της προσφοράς της ένωσης, προκειμένου να ελέγξει την τυχόν συνδρομή πρόσθετων λόγων αποκλεισμού της (πρβλ. ΣτΕ 2514/2022, σκ. 25, ΔΕφΑθ 1554/2022 κ.α., και ΣτΕ 880/2016). Κατά συνέπεια, η παραπάνω παράλειψη της αναθέτουσας αρχής προσβάλλεται απαράδεκτα.

8. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή την 1η/8/2023 και υπέβαλε τις απόψεις της επ' αυτής στις 14/8/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή παρέθεσε με τις απόψεις της νόμιμα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016, συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης, στην οποία συμπεριλαμβάνονται και πρόσθετοι λόγοι απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας (ΣτΕ 1000/2022, σκ. 17-18, ΔΕφΑθ 253/2023, ΔΕφΘες/νίκης 144/2020, σκ. 16), απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Κατόπιν αυτού, η προσφεύγουσα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα στις 21/8/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα.

9. Ειδικότερα, με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής παρατέθηκε συμπληρωματική αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας με το εξής περιεχόμενο: «η εταιρεία ‘*****’ δήλωσε ως συνολικώς προσφερόμενη τιμή της για το Τμήμα Β τα κάτωθι: - Η προσφερόμενη τιμή ανέρχεται στο ποσό των 2.957.203,82 ευρώ. - Σύμφωνα με την ανωτέρω αναφερόμενη φορολογική νομοθεσία ο συντελεστής του

παρακρατούμενου φόρου εισοδήματος εφαρμόζεται στην συνολικώς προσφερόμενη τιμή αφού προηγουμένως αφαιρεθούν οι νόμιμες κρατήσεις. - Εν προκειμένω η προσφεύγουσα υπολογίζει τις νόμιμες κρατήσεις στο ποσό των 57.026,09 ευρώ. - Συνεπώς, η συνολικώς προσφερόμενη τιμή της εν θέματι εταιρείας ΜΕΙΟΝ τις νόμιμες κρατήσεις, τις οποίες η ίδια δηλώνει, ανέρχεται στο ποσό των (2.957.203,82 - 57.026,09 =) 2.900.177,73 ευρώ. - Συνακόλουθα, η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος εκ ποσοστού 8% της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τα όσα δήλωσε στην προσφορά της, ανέρχεται σε (2.900.177,73 X 8/100 =) 232.014,22 ευρώ. - Όμως, η εταιρεία ‘*****’, αντί του ποσού των 232.014,22 ευρώ, δηλώνει ως παρακράτηση του φόρου εισοδήματος μόλις το ποσό των 214.827,98 ευρώ. ΩΣ ΕΚ ΤΩΝ ΑΝΩ ΠΡΟΚΥΠΤΕΙ ΟΤΙ Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ‘*****’ ΕΙΝΑΙ ΑΠΟΡΡΙΠΤΕΑ ΩΣ ΕΛΛΕΙΜΜΑΤΙΚΗ ΓΙΑ ΤΟ ΤΜΗΜΑ Β ΚΑΤΑ ΤΟ ΠΟΣΟ ΤΩΝ (232.014,22 - 214.827,98 =) 17.186,24 ΕΥΡΩ, ΚΑΘΩΣ Η ΕΝ ΘΕΜΑΤΙ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΕΧΕΙ ΥΠΟ-ΥΠΟΛΟΓΙΣΕΙ ΤΟ ΚΟΣΤΟΣ ΤΗΣ ΠΑΡΑΚΡΑΤΗΣΗΣ ΦΟΡΟΥ ΕΙΣΟΔΗΜΑΤΟΣ ΕΚ ΠΟΣΟΣΤΟΥ 8%».

10. Η προσφεύγουσα αντιτάσσει με το υπόμνημά της, ως προς την παραπάνω νέα αιτιολογική βάση αποκλεισμού της που παρατίθεται με τις απόψεις τα εξής: «η αναθέτουσα αρχή (σελ. 19 των απόψεών της) διατείνεται ότι η εταιρεία μας έχει υποβάλλει εναλλακτική προσφορά και δη ελλειμματική κατά το ποσό των 17.186,24 ευρώ έχοντας υπολογίσει το κόστος της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%. Το λόγο αυτό τον οποίο ουδόλως προέβαλε δια του προσβληθέντος με την παρούσα προσφυγή Αποσπάσματος Πρακτικών του Δ.Σ. του ***** επιχειρεί δήθεν να τον προβάλλει προς επίρρωση της ασάφειας της οικονομικής προσφοράς μας. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή εάν διατηρούσε αμφιβολίες για τον τρόπο υπολογισμού εκ μέρους μας του ποσοστού 8% της παρακράτησης φόρου εισοδήματος μπορούσε και όφειλε να μας καλέσει σε διευκρινίσεις κατ’ άρθρο 102 του ν.4412/2016, ως μάλιστα η ίδια έπραξε και για έτερο σημείο της οικονομικής μας προσφοράς. Και τούτο καθόσον τυχόν κλήση μας σε διευκρινίσεις θα ήταν δυνατό να θεραπεύσει την όποια αμφιβολία περί του τρόπου υπολογισμού του υποχρεούμενη να πράξει τούτο, με δεδομένο ότι συνιστά γεγονός εκ των προτέρων εξακριβώσιμο ως προς τον προγενέστερο χαρακτήρα του (ΣτΕ 147/2022 σκέψη 34)».

11. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣτΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣτΕ

352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζει με τις κρίσιμες για την επίλυση της διαφοράς διατάξεις τα εξής: «2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου ‘Οικονομική Προσφορά’/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών. Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο αξιολόγησης και τελικής επιλογής της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς βάσει τιμής (χαμηλότερη συνολική τιμή) είτε στο σύνολο των ζητούμενων υπηρεσιών (Τμήμα Α και Τμήμα Β) είτε ανά Τμήμα. ... Η οικονομική προσφορά θα περιέχει τις απαιτήσεις που αναφέρονται στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010, (ΦΕΚ Α'115/15-7-2010), επί ποινή απόρριψης και επίσης θα περιλαμβάνει τα στοιχεία του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ IV. ... Σε περίπτωση μη υποβολής ή κατά παρέκκλιση των απαιτήσεων της διακήρυξης υποβολής δικαιολογητικών του υποφακέλου ‘Οικονομική Προσφορά’, η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. ... Α. Τιμές. Η τιμή θα δίδεται σε ευρώ ανά μονάδα τετραγωνικού μέτρου για κάθε τμήμα (Α ή/και Β), μηνιαίως για όλους τους τύπους καθαριότητας. ... Στην τιμή επίσης περιλαμβάνεται η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού προ ΦΠΑ, αφαιρουμένων των κρατήσεων. ... Οι συμμετέχουσες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού (εργολάβοι), επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα ακόλουθα ανά έτος και ανά Τμήμα σύμφωνα με το άρθρο 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010, όπως ισχύει: ... Πρέπει επίσης, επί ποινή απόρριψης, να αναφέρουν: ... Ε) παρακράτηση φόρου εισοδήματος ύψους 8% επί του καθαρού ποσού της προσφοράς τους προ ΦΠΑ αφαιρουμένων των νομίμων κρατήσεων. ... Τα ανωτέρω στοιχεία, επί ποινή αποκλεισμού, εξειδικεύονται σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους. ... 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλείψεις, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση,

συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα με την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας διακήρυξης».

12. Στο Παράρτημα IV της Διακήρυξης περιέχεται υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς που περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, πίνακα ανάλυσης κόστους, στη γραμμή 13 του οποίου προβλέπεται συγκεκριμένα ο υπολογισμός της παρακράτησης φόρου ποσοστού 8%. Περαιτέρω, στο Παράρτημα ορίζεται ότι «1. Ο παραπάνω πίνακας συμπληρώνεται (χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή του) από τους υποψήφιους αναδόχους, σύμφωνα με την κείμενη εργατική, ασφαλιστική και σχετική Νομοθεσία επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς. Η τιμή για καθένα από τα πεδία του παραπάνω πίνακα θα είναι μια και μοναδική και θα αναλύεται επαρκώς και με σαφήνεια ο τρόπος-μέθοδος υπολογισμού-προσδιορισμού αυτής της τιμής. Όλοι οι ενδιάμεσοι υπολογισμοί και η αναγραφή της τιμής σε Ευρώ (€) μπορεί να γίνεται μέχρι δύο δεκαδικά ψηφία. Στην τιμή θα περιλαμβάνονται οι τυχόν υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση. ... δ) 8% παρακράτηση φόρου εισοδήματος σύμφωνα με το άρθρο 24 του Ν.2198/94 επί του καθαρού ποσού προ ΦΠΑ αφαιρουμένων των κρατήσεων. 4. Οποιαδήποτε διευκρινιστική ανάλυση υπολογισμού του κόστους μπορεί να συμπεριληφθεί στο τέλος του ανωτέρω πίνακα».

13. Περαιτέρω, το άρθρο 64 παρ. 2 και 4 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013, Α' 167) ορίζουν τα εξής: «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: ... γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών. ... 4. Σε 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».

14. Από τον συνδυασμό των προπαρατεθεισών διατάξεων προκύπτει ότι - ανεξάρτητα από τη φύση της παρακράτησης φόρου ποσοστού 8% και του εάν αυτή συνιστά ή όχι κράτηση υπέρ τρίτων που απομειώνει το εισόδημα του αναδόχου, αλλά στοιχείο

ενεργητικού παρακρατούμενο έναντι του φόρου εισόδηματος -, στην προκείμενη περίπτωση, η Διακήρυξη επέβαλε με τους προπαρατεθέντες όρους του άρθρου 2.4.4 και του Παραρτήματος IV, οι οποίοι δεν αμφισβητήθηκαν από κάποιον από τους διαγωνιζόμενους, να περιλαμβάνεται στην προσφερόμενη τιμή η δαπάνη αντιστοιχούσα στην παρακράτηση φόρου 8%. Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν, βάσει των ρητών προβλέψεων της Διακήρυξης που προπαρατέθηκαν, να συμπεριλάβουν στις οικονομικές τους προσφορές και τον φόρο εισοδήματος αξίας 8% (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 1002/2022, 455/2022), ο οποίος υπολογίζεται, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 64 παρ. 2 ΚΦΕ στο καθαρό ποσό της αξίας των υπηρεσιών, δηλαδή στην καθαρή αξία του τιμολογητέου ποσού, αφαιρουμένου μόνο του ποσού των κρατήσεων υπέρ τρίτων.

15. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως διαπιστώθηκε από την αναθέτουσα αρχή, επιβεβαιώνεται από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού και δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα, η τελευταία υπολόγισε με την οικονομική προσφορά της τη δαπάνη παρακράτησης φόρου 8% στο ποσό των 214.827,98 ευρώ (αρχείο «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ.signed.pdf»). Όμως, το τιμολογητέο ποσό ανέρχεται σε 2.957.203,82 και, χωρίς τις κρατήσεις, σε 2.900.177,73 ευρώ (προσφερόμενο τίμημα: 2.957.203,82 – κρατήσεις: 57.026,09). Επί του τελευταίου αυτού ποσού θα παρακρατηθεί ποσοστό 8%. Στο ποσό αυτό που συνιστά την κατ' άρθρο 64 παρ. 2 ΚΦΕ καθαρή αξία των υπηρεσιών (πρβλ. ΕΑΔΗΣΥ 167/2022, σκ. 25), αντιστοιχεί παρακράτηση φόρου ποσού 232.014,22 ευρώ, το οποίο υπερβαίνει το υπολογισθέν στην οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας κατά 17.186,24 ευρώ.

16. Η προσφεύγουσα δεν αμφισβήτησε με το υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής τον κατά τα άνω υπολογισμό της παρακράτησης φόρου 8% στην οικονομική της προσφορά, με αποτέλεσμα η κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς την προκείμενη πλημμέλεια της προσφοράς της προσφεύγουσας, η οποία είναι – σε κάθε περίπτωση – νόμιμη, σύμφωνα με τα κριθέντα στην προηγούμενη σκέψη, να οριστικοποιηθεί (πρβλ. ΣτΕ 1000/2022, σκ. 17). Με το υπόμνημά της, το περιεχόμενο του οποίου ως προς τον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού παρατίθεται παραπάνω (βλ. σκέψη 10), η προσφεύγουσα προέβαλε μόνο ότι, εφόσον η αναθέτουσα αρχή είχε αμφιβολίες για τον τρόπο υπολογισμού της παρακράτησης φόρου 8% στην προσφορά της μπορούσε και όφειλε να την καλέσει για διευκρινίσεις, σύμφωνα με το άρθρο 102 ν. 4412/2016. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος πρωτίστως ως αβάσιμος, διότι ο λόγος απόρριψης της προσφοράς της δεν συνίσταται, κατά τα άνω, σε ασάφειά της ή

αμφιβολία της αναθέτουσας αρχή ως προς τον τρόπο υπολογισμού, αλλά στη διαπίστωση ότι το υπολογισθέν κονδύλιο παρακράτησης φόρου υπολείπεται του νόμιμου.

17. Σε κάθε περίπτωση, ο παραπάνω ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι απορριπτέος, διότι η παραπάνω πλημμέλεια της προσφοράς της δεν είναι ιάσιμη με τη διαδικασία των άρθρων 3.1.2.1 της Διακήρυξης και 102 ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι, κατά την έννοια των οικείων διατάξεων του άρθρου 102 ν. 4412/2016, όπως αυτές ερμηνεύθηκαν από τα αρμόδια Δικαστήρια και μετά την τροποποίησή τους με τις διατάξεις του άρθρου 42 ν. 4782/2022 (βλ. ΣτΕ 1894/2022, 1553/2022, 725/2022), είναι επιτρεπτή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η συμπλήρωση ή διευκρίνιση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθείσων προσφορών, όχι όμως και η τροποποίηση των προσφορών ή η αντικατάσταση στοιχείων που απαιτούνταν επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη (βλ. ΣτΕ 1894/2022, 2514/2022, σκ. 22, απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klaipėdosregiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93, με την οποία ερμηνεύεται το ισχύον άρθρο 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Στην προκείμενη δε περίπτωση, η παραπάνω πλημμέλεια της προσφοράς της προσφεύγουσας δεν μπορεί να διορθωθεί, διότι κάτι τέτοιο θα συνεπαγόταν τροποποίηση της οικονομικής προσφοράς της, σε αντίθεση με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας μεταξύ των υποψηφίων (πρβλ. ΔΕφΑθ 715/2021).

18. Τέλος, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι οι απόψεις, με τις οποίες παρατέθηκε συμπληρωματική αιτιολογία αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό συνιστάμενη, μεταξύ άλλων, στον παραπάνω πρόσθετο λόγο απόρριψης της προσφοράς της, έχουν εκδοθεί αναρμοδίως, διότι υπογράφονται μόνο από τη Διοικήτρια και δεν εγκρίθηκαν από το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο, ήτοι το ΔΣ του Νοσοκομείου. Ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται αλυσιτελώς διότι, όπως έχει κριθεί, όταν προσβάλλεται υποστατή διοικητική πράξη που έχει εκδοθεί κατά δεσμία αρμοδιότητα, είναι αλυσιτελής η έρευνα λόγων ακύρωσης αναγομένων, μεταξύ άλλων, στην αρμοδιότητα του οργάνου που την εξέδωσε, εφόσον δεν αμφισβητούνται τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά και δεν είναι κατά νόμο επιτρεπτή η έκδοση της πράξης με το περιεχόμενο που αξιώνει ο ενδιαφερόμενος (βλ. ΣτΕ 667/2011, 2916/2007 κ.α.). Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 2.4.4 και 2.4.6 περ. α' και β' της Διακήρυξης, η μη ιάσιμη πλημμέλεια της προσφοράς της προσφεύγουσας, η οποία συνίσταται στον μη νόμιμο υπολογισμό κονδυλίου απαιτούμενου, με ποινή απόρριψης της προσφοράς, να συμπεριληφθεί σε αυτή,

συνιστά λόγο αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό, κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί τα πραγματικά δεδομένα της υπόθεσης. Επομένως, θα ήταν αλυσιτελής η ακύρωση και η αναπομπή της υπόθεσης στην αναθέτουσα αρχή προς έκδοση νέας, όμοιας επί της ουσίας, πράξης (πρβλ. ΔΕφΑθ 2322/2022, σκ. 11, 253/2023, σκ. 11, a contrario). Κατά συνέπεια, ο κρινόμενος ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι απορριπτέος.

19. Με τα παραπάνω δεδομένα, η διαπιστωθείσα πλημμέλεια της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της και επομένως, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων λόγων κατά του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007).

20. Τέλος, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 3.5 της Διακήρυξης, οι οποίες αντιστοιχούν προς αυτές του άρθρου 106 παρ. 1 περ. α' ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή ματαιώνει, κατά δέσμια αρμοδιότητα, τον διαγωνισμό στην περίπτωση απόρριψης όλων των υποβληθεισών προσφορών (πρβλ. ΔΕφΑθ 1960/2022, σκ. 5). Στην προκείμενη περίπτωση, αμφότερες οι συμμετέχουσες αποκλείστηκαν από τον διαγωνισμό και η έτερη διαγωνιζόμενη ένωση δεν αμφισβήτησε τον αποκλεισμό της. Δεδομένου δε ότι ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας κρίθηκε νόμιμος, σύμφωνα με τις παραπάνω σκέψεις, νόμιμη και σύμφωνη με τη Διακήρυξη κρίνεται και η ματαίωση του διαγωνισμού που επήλθε ως αυτόθροη συνέπεια της απόρριψης της μόνης υποβληθείσας προσφοράς. Κατά συνέπεια, οι προβαλλόμενοι με την προδικαστική προσφυγή ισχυρισμοί κατά της απόφασης ματαίωσης του διαγωνισμού πρέπει να απορριφθούν.

21. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα ποσού του νόμιμου παράβολου, πλην του υπερβάλλοντος που είναι επιστρεπτέο, σύμφωνα με τα κριθέντα στη σκέψη 1 της παρούσας.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του νόμιμου παραβόλου, πλην του αχρεωστήτως καταβληθέντος ποσού, σύμφωνα με τα κριθέντα στη σκέψη 1.

Αριθμός απόφασης: 1544/2023

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 30 Οκτωβρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ
Α/Α ΜΧΑΗΛ ΣΟΦΙΑΝΟΣ