

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 11 Νοεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη -Εισηγήτρια (προς αναπλήρωση του Μέλους Μ. Κανάβα -δυνάμει της υπ'αριθμ. 169/09.11.2021 Πράξης της Προέδρου ΑΕΠΠ) και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου (προς αναπλήρωση του Μέλους Ρ. Κουρή -δυνάμει της υπ'αριθμ. 167/08.11.2021 Πράξης της Προέδρου ΑΕΠΠ), Μέλη.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση η οποία διατάχθηκε με την υπ' αρ. 1549/2021 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΔ΄ - Ακυρωτικός Σχηματισμός), την από 7-08-2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1085/10.08.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι : **«Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης».**

2. Επειδή, με την από 7-08-2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1085/10.08.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ..., επί της οδού ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, επιδίωξε να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 565821/3.8.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που κρίνονται αποδεκτές οι προσφορές των παρεμβαινόντων και ανακηρύχθηκε ανάδοχος ο πρώτος παρεμβαίνων για το Τμήμα Α του διαγωνισμού, άλλως εναλλακτικώς να ακυρωθεί η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει την αιτιολόγηση του κόστους των προσφορών των παρεμβαινόντων, ήτοι των οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» που εδρεύει στ... ..., επί της ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής ο «πρώτος παρεμβαίνων») και «...» που εδρεύει στ... ..., επί της ...αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής ο «δεύτερος παρεμβαίνων»), και σε κάθε περίπτωση να κατακυρωθεί η σύμβαση σε αυτόν.

3. Επειδή, μετά την έκδοση της υπ' αριθμ. 1208/2020 απόφαση του 6^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ όπου έγινε εν μέρει δεκτή η ανωτέρω προσφυγή ως προς τον δεύτερο παρεμβαίνοντα, επιστράφηκε υπηρεσιακά στον προσφεύγοντα το κατά τον χρόνο άσκησης της προσφυγής του παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), κατ' εφαρμογή του άρθρου 363 του ν.4412/2016 ως ίσχυε. Ακολούθως, όμως, και ενόψει της διαταχθείσας από το Δικαστήριο συμμόρφωσης της ΑΕΠΠ με την ανωτέρω απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, κατατέθηκε από την προσφεύγουσα, δεσμεύθηκε και πληρώθηκε παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 1.314 ευρώ, την από 29-10-2021 τραπεζική πληρωμή στην τράπεζα EUROBANK καθώς και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της

εκτιμώμενης αξίας του Τμήματος Α της σύμβασης για το οποίο ασκείται η προσφυγή, ήτοι 262.800,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

4. Επειδή, με την με αριθμ. πρωτ. ... πρόσκληση υποβολής οικονομικής προσφοράς η ... προσκάλεσε τους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν οικονομική προσφορά αναφορικά με «Α) την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των Πάρκων και Αλσών αρμοδιότητας ..., για χρονικό διάστημα 6 μηνών, προϋπολογισμού €325.872,00 συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α και Β) την παροχή υπηρεσιών πυρασφάλειας των Πάρκων και Αλσών αρμοδιότητας ..., για χρονικό διάστημα 3,5 μηνών, προϋπολογισμού €124.558,00». Μειοδότης αναδεικνύεται ο προσφέρων τη χαμηλότερη τιμή ανά ομάδα, υπό την προϋπόθεση η προσφορά να μην υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη ανά ομάδα, συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.

5. Επειδή, η διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) ασκήθηκε εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 7.08.2020 στην ΑΕΠΠ, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι ο διαγωνισμός δεν διεξάγεται μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ, η δε προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 4.08.2020 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

7. Επειδή στην επίμαχη πρόσκληση συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο πρώτος παρεμβαίνων, ο δεύτερος παρεμβαίνων και ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...». Ειδικότερα υποβλήθηκαν :

1) η με αρ. πρωτ. 546874/28-07-2020 οικονομική προσφορά της εταιρείας ποσού €291.941,04 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης και ποσού €123.871,19 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. για την παροχή υπηρεσιών πυρασφάλειας.

2) Η με αρ. πρωτ.547132/28-07-2020 οικονομική προσφορά του δευτέρου παρεμβαίνοντος ποσού €255.192,00 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης, ήτοι μόνον για το Τμήμα Α.

3) Η με υπ' αρ. πρωτ.547015/28-07-2020 οικονομική προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος ποσού €254.807,05 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης, ήτοι μόνον για το Τμήμα Α και

4) Η με αρ. πρωτ.547054/28-07-2020 οικονομική προσφορά της εταιρείας «....» ποσού €290.071,39 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και ήδη προσφεύγοντος για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης και ποσού €123.256,26 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για την παροχή υπηρεσιών πυρασφάλειας.

Με την προσβαλλόμενη αποφασίστηκε η ανάθεση αφενός μεν του Τμήματος Α στον πρώτο παρεμβαίνοντα και αφετέρου του Τμήματος Β στον προσφεύγοντα.

8. Επειδή ο προσφεύγων ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας για το Τμήμα Α, κρίθηκε με την υπ' αριθμ. 1208/2020 απόφαση ΑΕΕΠ ότι θεμελιώνει, καταρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς των παρεμβαίνόντων που προηγούνται σε σειρά μειοδοσίας, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και ότι, δεδομένου ότι το κριτήριο ανάθεσης του υπό κρίση διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει τιμής, εφόσον ο προσφεύγων έχει καταταγεί τρίτος κατά σειρά

μειοδοσίας, προϋπόθεση της συνδρομής του εννόμου συμφέροντός του προς προβολή ισχυρισμών κατά του πρώτου κατά σειρά μειοδοσίας συμμετέχοντος και πρώτου παρεμβαίνοντος θα αποτελούσε η ευδοκίμηση της προδικαστικής προσφυγής εν πρώτοις κατά της προσφοράς του δεύτερου κατά σειρά μειοδοσίας. Στη συνέχεια, η ΑΕΠΠ με την ακυρωθείσα απόφαση εξέτασε τους λόγους της προσφυγής που βάλλουν κατά της οικονομικής προσφοράς του δεύτερου κατά σειρά μειοδοσίας συμμετεχόντος και δευτέρου παρεμβαίνοντος, και έκρινε, κατά πλειοψηφία, ότι «η αναθέτουσα αρχή δεν έχει έτι αιτιολογήσει επαρκώς τους λόγους για τους οποίους η οικονομική προσφορά του δευτέρου παρεμβαίνοντος δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή, απαντώντας στους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, με αποτέλεσμα να μην έχει αποκλειστεί η προσφορά του δευτέρου παρεμβαίνοντος και άρα να μην είναι εφικτό να κριθεί το παραδεκτό των λόγων της υπό εξέταση προσφυγής που στρέφονται κατά της αποδοχής προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος. Επομένως, οι ως άνω λόγοι δύναται να προβληθούν επικαίρως και παραδεκτώς και να εξεταστούν από την ΑΕΠΠ μετά την ολοκλήρωση του σταδίου του ελέγχου της οικονομικής προσφοράς του δευτέρου παρεμβαίνοντος, καθόσον δεν έχει έτι κριθεί αν είναι ή όχι αποκλεισθείς ως προς τον εν θέματι διαγωνισμό. (βλ. κατ' αναλογία ΔΕφΘες 36/2018 σκ.10 και πρβλ. ΑΕΠΠ 1353/2019). Περαιτέρω, δεν αναγνωρίζεται γενικό έννομο συμφέρον στον διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως 'μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού' και εγγυητής της διαφάνειας αυτού (βλ. ΕΑ ΣτΕ 106/2018)». Κατόπιν τούτου, οι λόγοι της προσφυγής που αφορούσαν την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος απορρίφθηκαν ως ανεπικαίρως προβαλλόμενοι, ήτοι χωρίς να εξεταστούν στην ουσία τους.

Σύμφωνα, ωστόσο, με την υπ' αριθμ. 1549/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών κρίθηκε ότι: «Όμως, η αιτιολογία αυτή, όπως βάσιμα προβάλλεται, δεν είναι νόμιμη. Και τούτο, γιατί η αιτούσα εταιρεία, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην δη σκέψη, επιδιώκοντας την απόρριψη των

οικονομικών προσφορών των συνδιαγωνιζομένων, που κατατάχθηκαν πριν απ'αυτήν κατά σειρά μειοδοσίας, είχε, κατ'αρχήν, έννομο συμφέρον στην άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, προκειμένου να είναι λυσιτελής η αμφισβήτηση της οικονομικής προσφοράς του πρώτου μειοδότη, απαιτούνταν πράγματι να προηγηθεί η απόρριψη της οικονομικής προσφοράς του δεύτερου μειοδότη. Δεδομένου, όμως, ότι η νομιμότητα της προσφοράς του τελευταίου κατέστη εκκρεμής ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, κατόπιν της προσβαλλόμενης αποφάσεως [που ακύρωσε ως ανατιολόγητη την απόφαση της αρχής αυτής ως προς την κρίση της ότι η προσφορά του δεύτερου μειοδότη δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή], η προσφορά αυτή δεν είναι, στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, απορριφθείσα, καθόσον η εκκρεμότητα αυτή [όπως επισημαίνεται και στη μειοψηφία της προσβαλλόμενης αποφάσεως-σκ.53] δεν καθιστά αλυσιτελή την αμφισβήτηση της νομιμότητας της οικονομικής προσφοράς του πρώτου μειοδότη από τον τρίτο μειοδότη [αιτούσα εταιρεία], αφού, σε περίπτωση απορρίψεως της προσφοράς του δεύτερου μειοδότη από την αναθέτουσα αρχή, η απορριπτική αυτή απόφαση δεν θα επηρεάσει τη νομιμότητα της ήδη γενόμενης αναδείξεως του πρώτου μειοδότη ως προσωρινού αναδόχου [με την προσβληθείσα ενώπιον της ΑΕΠΠ απόφαση της αναθέτουσας αρχής], η σχετική με την οποία [ανάδειξη] πράξη [κατά της οποίας ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή] θα εξακολουθήσει να αποτελεί τη βλαπτική πράξη για τον τρίτο μειοδότη [αιτούσα εταιρεία] και άρα με έννομο συμφέρον και λυσιτελώς αμφισβητήθηκε αυτή με την προδικαστική προσφυγή της. Περίπτωση δε αναβιώσεως του έννομου συμφέροντος της αιτούσας εταιρείας να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της οικονομικής προσφοράς του πρώτου μειοδότη μετά την ενδεχόμενη απόρριψη της οικονομικής προσφοράς του δεύτερου μειοδότη από την αναθέτουσα αρχή ούτε προβλέπεται νομοθετικά ούτε μαρτυρείται νομολογιακά και, πάντως, δεν εξυπηρετεί την επιβαλλόμενη ταχύτητα της διαγωνιστικής διαδικασίας και της αναθέσεως της συμβάσεως, αλλά, αντίθετα, συνιστά αδικαιολόγητη παρέκκλιση αυτής. 11.Επειδή, κατ' ακολουθίαν, πρέπει να γίνει δεκτή η αίτηση

ακυρώσεως, να απορριφθεί η παρέμβαση, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, να αναπεμφθεί η υπόθεση στην Α.Ε.Π.Π., ώστε να εξεταστούν όλοι οι λόγοι της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας εταιρείας, κατά τα αναφερόμενα στην 10η σκέψη, να διαταχθεί η απόδοση του παράβολου στην αιτούσα εταιρεία (άρθρο 36 παρ. 4 του π.δ. 18/1989 σε συνδ. με το άρθρο 4 του ν. 702/1977), και να απαλλαγούν οι καθ' ών η αίτηση ακυρώσεως και η παρεμβαίνουσα εταιρεία από τη δικαστική δαπάνη της αιτούσας εταιρείας, κατ' εκτίμηση των περιστάσεων (άρθρο 275 παρ. 1 του Κ.Δ.Δ., σε συνδ. με το άρθρο 50 του ν. 3659/2008) [...].».

Επομένως, κατόπιν της αναπομπής της υπόθεσης στην ΑΕΠΠ προς κρίση, θα πρέπει να εξεταστούν οι λόγοι της προσφυγής οι οποίοι στρέφονται κατά του προσωρινού μειοδότη και πρώτου παρεμβαίνοντος.

9. Επειδή, την 11.08.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1282/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ την 17.08.2020 τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα την 19.08.2020.

12. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 18.8.2020, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1315/2020 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει οριστεί άναδοχος του Τμήματος Α του

διαγωνισμού και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

13. Επειδή στις 9.09.2020 ο προσφεύγων απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 14.9.2020 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

14. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017, σε Συμμόρφωση με την με αρ. 1549/2021 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΔ' - Ακυρωτικός Σχηματισμός).

15. Επειδή, ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται για την προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος ότι : «[...] II. Λόγοι ακυρότητας

Α. Διότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης είναι πλημμελής και παράνομη ως προς την αποδοχή των προσφορών των ανταγωνιστών επειδή δεν συμπεριέλαβαν το σύνολο των εισφορών στην οικονομική τους προσφορά

Α. Στο άρθρο 89 περ. Γ («Σύσταση «Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων (Ε.Λ.Π.Κ.)») του Ν. 3996/2011 «Αναμόρφωση του Σώματος Επιθεωρητών Εργασίας, ρυθμίσεις θεμάτων Κοινωνικής Ασφάλισης και άλλες διατάξεις» (Α1170), ορίζεται ότι: [...]

Κατ' εξουσιοδότηση αυτής της διάταξης εκδόθηκε η 23411/2131/30-12-2011 (ΦΕΚ Β' 29) απόφαση του Υπουργού και του Υφυπουργού Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, με την οποία καθορίστηκαν οι διαδικασίες είσπραξης, ελέγχου, διαχείρισης, διάθεσης και δικαιολόγησης των κονδυλίων του Λογαριασμού αυτού. Πόρος του Λογαριασμού ορίστηκε, μεταξύ άλλων, ετήσια εργοδοτική εισφορά είκοσι ευρώ ανά εργαζόμενο με σχέση εργασίας ιδιωτικού

δικαίου, που εισπράττεται από το ΙΚΑ ταυτόχρονα και παράλληλα με τις τακτικές υπέρ του Οργανισμού Εργατικής Εστίας εισφορές μηνός Αυγούστου. Τέλος, με το άρθρο 34 του ν.4144/2013 (Α' 88) συστάθηκε στον Ο.Α.Ε.Δ. κλάδος με την επωνυμία «Λογαριασμός Κοινωνικής Πολιτικής», ο οποίος στη συνέχεια ενοποιήθηκε με τον Κλάδο με την επωνυμία «Λογαριασμός για την Απασχόληση και την Επαγγελματική Κατάρτιση» και δημιουργήθηκε ο «Ενιαίος Λογαριασμός για την Εφαρμογή Κοινωνικών Πολιτικών» (Ε.Λ.Ε.Κ.Π.) και με τις διατάξεις της παρ.4 γ' του ίδιου άρθρου ορίστηκε ότι τα προβλεπόμενα από την περίπτωση Γ του άρθρου 89 του ν. 3996/2011, όπως εξειδικεύτηκαν στην προπαρατεθείσα υπουργική απόφαση, έσοδα του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων, αποτελούν πόρο του νεοσυσταθέντος Ε.Λ.Ε.Κ.Π..

Από τις ως άνω διατάξεις του άρθρου 89 περ. Γ του Ν. 3996/2011 και της 23411/2131/30-12- 2011 απόφασης του Υπουργού και του Υφυπουργού Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, προκύπτει η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην οικονομική τους προσφορά το κονδύλιο των 20 ευρώ ετησίως για καθένα από τους εργαζόμενους που θα απασχοληθούν, ως εργοδοτική εισφορά υπέρ του Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων και ήδη Ε.Λ.Π.Κ.. συνακόλουθα η ειδική εισφορά υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων θα πρέπει να υπολογίζεται στην Οικονομική προσφορά, ακόμη και όταν η εν λόγω υποχρέωση δεν αναφέρεται ρητά στη Διακήρυξη, καθώς εντάσσεται στις «εργοδοτικές εισφορές», οι οποίες απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού, προκειμένου να είναι ελέγξιμη η Οικονομική προσφορά (ΑΕΠΠ 614/2018, σκ. 26). Το γεγονός αυτό, ότι δηλαδή η συγκεκριμένη εισφορά ενσωματώνεται στις εργοδοτικές εισφορές, επιβεβαιώνεται από την υπ' αριθ. Δ.Εισφ.Μ./573/1109570/19/.10.2019 εγκύκλιο του Γενικού Διευθυντή Εισφορών του ΕΦΚΑ. Εν προκειμένω, ουδείς εκ των ανταγωνιστών υπολόγισε στην οικονομική του προσφορά, και δη στο πεδίο των εργοδοτικών εισφορών, την ως άνω εισφορά. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 48 του νόμου 4670/2020 , από 1.6.2020

και μετά, μειώνονται κατά 0,90 ποσοστιαίες μονάδες οι ασφαλιστικές εισφορές (συνεισπραττόμενες) που αφορούν στις κρατήσεις υπέρ Ο.Α.Ε.Δ. και Ε.Λ.Ε.Κ.Π. (πρώην Ο.Ε.Κ.), έχοντας πλέον διαμορφωθεί σε ποσοστό 24,33%. Όπως προκύπτει από την οικονομική προσφορά της «...», αυτή έχει δηλώσει νόμιμες αποδοχές ανά μήνα το ποσό των 25.305,35 ευρώ και ύψος ασφαλιστικών εισφορών το ποσό των 6.156,79 ευρώ, δηλαδή ακριβώς 24,33% [...]Αρα, καμία εκ των ανταγωνιστριών δεν έχει συμπεριλάβει στο κόστος των ασφαλιστικών εισφορών την ειδική εισφορά εργοδοτική εισφορά υπέρ του Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων και ήδη Ε.Λ.Π.Κ., την οποία αντιθέτως έχει συμπεριληφθεί από την εταιρεία μας, ανερχόμενη στο ποσό των 42,63 ευρώ ανά μήνα. Κατά συνέπεια, οι προσφορές τους έπρεπε να απορριφθούν.

Β. Στο άρθρο της οικείας πρόσκλησης με τίτλο «Τρόπος Πληρωμής - Κρατήσεις» αναφέρεται ότι [...], ενώ στο υπόδειγμα της οικονομικής προσφοράς υπάρχει σχετικό πεδίο με την ένδειξη «Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις». Περαιτέρω, με τις διατάξεις του άρθρου 64 παρ. 2 του Τμήματος Πρώτου «Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος» του ν. 4172/2013 (Α' 167), όπως συμπληρώθηκαν από το άρθρο πρώτο παρ. Δ1 περ. 16γ του ν. 4254/2014 (Α'85), προβλέπεται ότι [...]Έχει κριθεί παγίως ότι με τις παραπάνω διατάξεις επιβάλλεται στους διαγωνιζόμενους του επίδικου διαγωνισμού να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013. Η υποχρέωση αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση των υπηρεσιών και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με τη διακήρυξη, κατ' αρχήν, σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (βλ. *ad hoc* ΜΔΕφΑΘ 126/2019, ΔΕφΑΘ 193/2020 ΤριμΣυμβ, Δ.Εφ.Θεσ/νίκης 26/2019, πρβλ. ΣτΕ 563/2008 σκ. 4, ΕΑ ΣτΕ 446/2009, 840/2008).

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, διακριτώς ή μη. Η συγκεκριμένη έλλειψη της προσφοράς συνιστά ασάφεια ως προς την προσφερόμενη τιμή, εξαιτίας της οποίας αυτή είναι απορριπτέα (ΜΔΕΦΑΘ 268/2019, 373/2019, Δ.Εφ.Θεσ/νίκης 27/2020, 17/2020).

Συναφώς έχει κριθεί ότι το κείμενο αυτό του υποδείγματος αποτελεί διάταξη της διακηρύξεως ειδική και λεπτομερή, η οποία διέπει κατά τρόπο αποκλειστικό το ζήτημα του ακριβούς περιεχομένου της οικονομικής προσφοράς, το οποίο περιεχόμενο συναρτάται αναγκαίως προς τους τιθέμενους από την διακήρυξη σχετικούς όρους του διαγωνισμού, μεταξύ των οποίων είναι και η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, μεταξύ των οποίων είναι και ο φόρος εισοδήματος σε ποσοστό 8% που επιβάλλει η εφαρμοζόμενη εν προκειμένω διάταξη του άρθρου 64 του ν. 4172/2013, ποσοστό το οποίο, κατά τα αναφερόμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, η αιτούσα δεν έχει συνυπολογίσει και για την αναφορά του οποίου δεν υπάρχει ανάγκη διακεκριμένης προβλέψεως, με την δημιουργία σχετικού πεδίου προς κάλυψη, στο οικείο υπόδειγμα (ΜΔΕΦΑΘ 261/2019).

Στο ίδιο πνεύμα, έχει κριθεί *ad hoc* ότι η ανακήρυξη, ως προσωρινού μειοδότη υπό την προϋπόθεση διόρθωσης της οικονομικής της προσφοράς ως προς τις «Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις» δεν φαίνεται να βρίσκει νόμιμο έρεισμα στις διατάξεις της διακήρυξης, ενώ φαίνεται να έρχεται σε αντίθεση με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας μεταξύ των υποψηφίων, διότι οι προσφορές, μετά την υποβολή τους, δεν μπορούν καταρχήν να τροποποιηθούν, ούτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής, ούτε κατόπιν πρωτοβουλίας του υποψηφίου (απόφαση 29-3/2012, υπόθεση: ΔΕΚ C- 599/10, σκ. 36), το δε άρθρο 102 του ν. 4412/2016 δεν δύναται να εφαρμοστεί σε τέτοιες περιπτώσεις, αφού η παράλειψη υπολογισμού στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% δεν μπορεί

να θεωρηθεί ότι αποτελεί ασάφεια, επουσιώδη πλημμέλεια ή πρόδηλο τυπικό σφάλμα που επιδέχεται διόρθωση, αντίθετα συνιστά ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της οικονομικής προσφοράς σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης (βλ. ΔΕΦΑΘ 193/2020 ΤριμΣυμβ).

Από τις ανωτέρω δικαστικές αποφάσεις, και την εν γένει ήδη διαμορφωθείσα πάγια νομολογία (Δ.Εφ.ΑΘ. 25/2019), συνάγεται ότι στην οικονομική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνεται κάθε επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013.

Εν προκειμένω, η μειοδότης στην οικονομική της προσφορά δεν συμπεριέλαβε το φόρο εισοδήματος 8%, ο οποίος παρακρατείται κατά την πληρωμή. Αντιθέτως, τόσο η εταιρεία μας, όσο και η δεύτερη μειοδότης συμπεριέλαβαν τον παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος. Με βάση όσα προαναφέρθηκαν, εξ αυτού και μόνο του λόγου, η προσφορά της μειοδότης έπρεπε να απορριφθεί, μη δυνάμενη να διορθωθεί έκτων υστέρων.

Η αναθέτουσα αρχή επικαλέστηκε στην προσβαλλόμενη μία απόφαση που δημοσιεύτηκε μόλις λίγες ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (29.6.2020), αιτιολογώντας την απόφασή της να μην αποκλείσει τη μειοδότης. Ωστόσο, η κρίση της αυτή είναι εσφαλμένη. Διότι, η συγκεκριμένη απόφαση αποτελεί μία μεμονωμένη περίπτωση, εκδοθείσα κατά πλειοψηφία (2 - 1), contra στην πάγια νομολογία που έχει διαμορφωθεί την οποία επικαλούμαστε (επικαλούμαστε 9 adhoc αποφάσεις). Τη διαμορφωθείσα νομολογία η μειοδότης, ως εταιρεία που συμμετέχει συχνά σε διαγωνιστικές διαδικασίες φύλαξης, όφειλε να γνωρίζει και αναλόγως να διαμορφώσει την προσφορά της, όπως θα έπραττε κάθε επιμελής υποψήφιος.

Σημειώνουμε δε ότι η ασφάλεια δικαίου, η προβλεψιμότητα και η ισότητα έναντι του νόμου απαιτούν να μην αλλάζει το Δικαστήριο την νομολογία του χωρίς σοβαρό λόγο. Αντιστοίχως, η Διοίκηση δεν μπορεί να επικαλείται νομίμως αποφάσεις που αποτελούν μειοψηφία, όταν έχει δημιουργηθεί πάγια νομολογία. Η αρχή της ασφάλειας δικαίου, η οποία πηγάζει από το σύνολο των άρθρων της ΕΣΔΑ και η οποία συνιστά ένα από τα θεμελιώδη στοιχεία του

κράτους δικαίου (βλ. απόφαση του ΕΔΔΑ, ΣΙΝΕ Τσαγκαράκης Α.Ε.Ε. κατά Ελλάδας, πρβλ. Nejdet Sahin και Perihan Sahin, σκέψη 56), αποσκοπεί κυρίως να διασφαλίσει τη σταθερότητα των νομικών καταστάσεων και να ενισχύσει την εμπιστοσύνη του κοινού στη δικαιοσύνη. Οποιαδήποτε διαχρονική (εξακολουθητική) απόκλιση της νομολογίας μπορεί να δημιουργήσει μια κατάσταση νομικής αβεβαιότητας που μειώνει την εμπιστοσύνη του κοινού στο δικαστικό σύστημα, παρότι αυτή η εμπιστοσύνη είναι ένα από τα θεμελιώδη συστατικά του κράτους δικαίου (βλ. απόφαση του ΕΔΔΑ, ΣΙΝΕ Τσαγκαράκης Α.Ε.Ε. κατά Ελλάδας, πρβλ. Hayati Celebi, 582/05, § 52, 9 Φεβρουάριου 2016 και Ferreira Santos Pardal κατά Πορτογαλίας, 30123/10, § 42, 30 Ιουλίου 2015).

Ακόμη δε και αν ήθελε θεωρηθεί ότι είναι ορθή η άποψη που εξέφρασε η αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατόν η μεταβολή της πάγιας νομολογίας να αποβαίνει σε βάρος του επιμελούς υποψηφίου, που συνέταξε την προσφορά του βάσει των νομολογιακών δεδομένων που ήταν γνωστά κατά την υποβολή της προσφοράς (η επικαλούμενη απόφαση δεν έχει λάβει δημοσιότητα και δημοσιεύτηκε προ ολίγων ημερών) και να οδηγεί σε παραβίαση του άρθρου 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και δη σε παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Διότι με την πρακτική της η αναθέτουσα αρχή ανέθεσε τη σύμβαση σε οικονομικό φορέα που δεν έχει υποβάλει στην πραγματικότητα τη βέλτιστη προσφορά, αλλά την έχει παρουσιάσει με τον τρόπο αυτό, αποκρύπτοντας κόστη που οι άλλοι οικονομικοί φορείς έχουν συμπεριλάβει. Πρόκειται για κατάφωρη παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αλλά και εν γένει της πρόσκλησης, δοθέντος ότι βάσει των οικονομικών προσφορών η σύμβαση ανατέθηκε σε οικονομικό φορέα που δεν έχει προσφέρει την καλύτερη τιμή, κατά παράβαση του κριτηρίου ανάθεσης της πρόσκλησης.

Για όλους τους παραπάνω λόγους οι προσφορές των ανταγωνιστών έπρεπε να απορριφθούν, εξαιτίας ασαφειών στην οικονομική τους προσφορά, και συνεπώς η προσβαλλόμενη έσφαλε καθιστάμενη εκ του λόγου αυτού ακυρωτέα.

Β. Διότι η προσβαλλόμενη πράξη εκδόθηκε κατά παράβαση του άρθρου 88 συνδυασμό με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016.

1. Στο άρθρο 71 του ν. 4412/2016 καθορίζονται οι γενικές αρχές που διέπουν την αξιολόγηση και την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων από τους αναθέτοντες φορείς. Κατά το τελευταίο εδάφιο του άρθρου: [...] 2. Στο άρθρο 88 παρ. 1-3 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί μεταφορά του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24 και υπό τον τίτλο «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές», ορίζεται ότι: [...] 3. Όπως έχει κριθεί για την προϊσχύουσα -αντίστοιχης διατύπωσης - διάταξη του άρθρου 55 της οδηγίας 2004/18 περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών- και ισχύει για την ταυτότητα του νομικού λόγου και καθ' ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24, από την επιτακτική διατύπωση της διάταξης αυτής, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή έχει κατ' αρχάς υποχρέωση να εντοπίσει τις ύποπτες προσφορές. Από την αδιάσπικτη διατύπωση της διάταξης προκύπτει σαφώς ότι βούληση του νομοθέτη της Ένωσης ήταν να επιβάλει στην αναθέτουσα αρχή να εξακριβώνει τη σύνθεση των προσφορών που είναι ασυνήθιστα χαμηλές, υποχρεώνοντάς την προς τούτο να ζητεί από τους υποψηφίους να της προσκομίσουν τα αναγκαία δικαιολογητικά στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι οι επίμαχες προσφορές είναι σοβαρές (βλ. συναφώς, ΔΕΕ απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, C-599/10, απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001, C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani, Συλλογή 2001, σ. 1-9233, σκέψεις 46 έως 49). Συγκεκριμένα η εν λόγω διάταξη επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή, πρώτον, να εντοπίσει τις ύποπτες προσφορές, δεύτερον, να παράσχει στους διαγωνιζόμενους τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα των προσφορών τους, τρίτον, να εκτιμήσει τη λυσιτέλεια των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι και, τέταρτον, να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή αν θα απορρίψει τις εν λόγω προσφορές (ΔΕΕ απόφαση της 19ης Οκτωβρίου 2017, C- 198/16 P, σκέψη 51, και απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001, Lombardini και Mantovani, C-285/99 και C-286/99, EU:C:2001:640, σκέψη 55).

Η κρίση περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς ανάγεται στην εκτίμηση από την αναθέτουσα αρχή, αν με βάση τον προϋπολογισμό της υπηρεσίας, το προσφερόμενο από τον διαγωνιζόμενο τίμημα επαρκεί ή όχι για την προσήκουσα εκτέλεση του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης, όπως αυτό οριοθετείται από τις ειδικότερες προβλέψεις της διακήρυξης (συμπεριλαμβανομένων των «τεχνικών προδιαγραφών» και λοιπών βασικών δεδομένων αυτής), καταλείποντας στον ανάδοχο και κάποιο περιθώριο κέρδους (ΕΑ ΣτΕ 290/2017, πρβλ. και ΕΑ 83/2017, 197/2015). Στοιχεία που μπορούν να ληφθούν υπ' όψιν στην κρίση περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς είναι οι εκπτώσεις σε άλλους διαγωνισμούς, καθώς και η απόκλιση της τιμής από τους άλλους διαγωνιζομένους, αλλά και το γεγονός της υποβολής ενστάσεων ή αντιρρήσεων εκ μέρους διαγωνιζομένων.

Υπό το φως των ανωτέρω, προκύπτει ότι η διάταξη του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 δεν καταλείπει περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στην αναθέτουσα αρχή, η οποία, ενεργώντας κατά δέσμια αρμοδιότητα, οφείλει κατά την αξιολόγηση των προσφορών πρωτίστως να εντοπίσει εκείνες που εμφανίζονται ως ασυνήθιστα χαμηλές και εν συνεχεία να καλέσει τους συγκεκριμένους διαγωνιζομένους να τις αιτιολογήσουν, ώστε να εκτιμηθεί η σοβαρότητα της προσφοράς τους, να επιβεβαιωθεί η δυνατότητα άρτιας εκτέλεσης της σύμβασης όπως απαιτεί το δημόσιο συμφέρον και να διασφαλιστεί ο υγιής ανταγωνισμός μεταξύ των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων.

Δεδομένου, δε, ότι κατά την παρ. 3 του άρθρου 88 η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει την προσφορά εάν τα στοιχεία που παρείχε ο οικονομικός φορέας δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής της προσφοράς του, όταν δηλαδή τα παρασχεθέντα στοιχεία κρίνονται ελλιπή ή μη επαρκή ή μη προσήκοντα, κατά μείζονα λόγο είναι απορριπτέες οι προσφορές για τις οποίες δεν παρασχέθηκε εντός της ταχθείσας προθεσμίας κανένα στοιχείο τεκμηρίωσης του ύφους τους από τους διαγωνιζομένους από τους οποίους ζητήθηκαν. Η διάταξη δεν καταλείπει οποιοδήποτε περιθώριο

διακριτικής ευχέρειας στην αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος δεν ανταποκριθεί στην κλήση προς αιτιολόγηση της προσφοράς και δεν υποβάλει τα στοιχεία που κατά την άποψή του δικαιολογούν το ύψος της προσφοράς του (και συνακόλουθα επιβεβαιώνουν τη σοβαρότητα αυτής). Η παράλειψη αυτή άλλωστε συνιστά και συνομολόγηση εκ μέρους των συγκεκριμένων διαγωνιζομένων ότι αφενός η προσφορά τους είναι ασυνήθιστα χαμηλή (διότι σε διαφορετική περίπτωση θα είχαν αμφισβητήσει αυτή καθ' εαυτή την πρόσκληση για την αιτιολόγησή της) και αφετέρου ότι αδυνατούν να τεκμηριώσουν το χαμηλό ύψος της προσφοράς τους, ήτοι ότι η προσφορά τους επί της ουσίας είναι αδικαιολόγητα χαμηλή. Η υποχρεωτική απόρριψη της προσφοράς η οποία παρίσταται ασυνήθιστα χαμηλή για το αντικείμενο της σύμβασης και για την οποία δεν υποβλήθηκαν εξηγήσεις για το χαμηλό ύψος της, προκύπτει άλλωστε ευθέως και από το άρθρο 26 παρ. 3 περ. δ' του ν. 4412/2016 (άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24), σύμφωνα με το οποίο οι ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές θεωρούνται ως μη κανονικές.

4. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να ζητήσει την αιτιολόγηση των προσφορών των δύο ανταγωνιστών μας, παρά το γεγονός ότι αυτές είναι εξόφθαλμα ασυνήθιστα χαμηλές. Συγκεκριμένα, πέραν των ουσιωδών ελλείψεων που παρουσιάζουν και τις οποίες αναλύουμε στον πρώτο λόγο της παρούσης, οι οικονομικές προσφορές παρουσιάζουν σημαντικές αποκλίσεις σε σχέση με τις άλλες δύο (2) προσφορές που υποβλήθηκαν στη διαδικασία, με διπλάσιο ποσοστό έκπτωσης (περί τις 11 ποσοστιαίες μονάδες) και 5,5 ποσοστιαίες μονάδες απόκλιση από τη μέση έκπτωση. Εκπτώσεις άνω του 20%, όπως εν προκειμένω, και σημαντικές διαφορές εκπτώσεων σε υπηρεσίες όπως αυτές της φύλαξης, που οι προϋπολογισμοί διαμορφώνονται σε μεγάλο βαθμό βάσει του εργατικού κόστους, είναι ιδιαίτερα υψηλές για αυτής της φύσης τις συμβάσεις. Αλλά και οι αποκλίσεις που έχουν μεταξύ τους οι δύο (2) προσφορές, που φαινομενικά είναι της ίδιας τάξης (απόκλιση 0,12%), είναι στοιχεία που οδηγούν στο

ασφαλές συμπέρασμα ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να εξετάσει αν πρόκειται για ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές. Διότι η μεν οικονομική προσφορά της «.....» δεν έχει ενσωματώσει την παρακράτηση φόρου 8%, γεγονός το οποίο της προσδίδει αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των ανταγωνιστών της και καθιστά την προσφορά της μη συγκρίσιμη,[....] Τέλος, αμφότερες οι προσφορές έχουν ελάχιστο εργολαβικό όφελος (100 ευρώ και 168,28 ευρώ ανά μήνα και σε ποσοστό επί της προσφοράς 0,29% και 0,49% αντίστοιχα), γεγονός το οποίο, συνδυαστικά με τα λοιπά στοιχεία, άγουν στο συμπέρασμα ότι πρόκειται για προσφορές ασυνήθιστα χαμηλές. Στον επόμενο λόγο της προσφυγής αναλύουμε για ποιον λόγο οι εν λόγω προσφορές είναι όντως ασυνήθιστες, μη δυνάμενες να ανταπεξέλθουν στις ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης.

5. Κατά συνέπεια, με βάση τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι εν προκειμένω η καθ' ης αναθέτουσα αρχή, όφειλε να ζητήσει διευκρινίσεις από τους δύο (2) ανταγωνιστές μας ως προς το ύψος των οικονομικών τους προσφορών. Μη πράττοντας τούτο, ευθέως παραβίασε το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 καθιστώντας με τον τρόπο αυτό την προσβαλλόμενη απόφασή του παράνομη και ακυρωτέα.

Γ.1 Διότι οι προσφορές των «SWEDISH SYSTEMS SECURITY MON. Ε.Π.Ε.», [...] είναι υπερβολικά χαμηλές, παρουσιάζοντας μεγάλη απόκλιση από τον προϋπολογισμό της σύμβασης, και παραβιάζουν το άρθρο 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και συνεπώς απορριπτέες.

1.1. Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ (προαναφερθείσα απόφαση της 19ης Οκτωβρίου 2017, C- 198/16 P), αποτελεί σαφώς και κατ' αντικειμενική κρίση ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά εκείνη η οποία είναι σημαντικά χαμηλότερη του προϋπολογισμού της σύμβασης που έχει προβλεφθεί με τη συγγραφή υποχρεώσεων.

1.2. Εν προκειμένω, αυτοτελώς κρινόμενη κάθε μία από τις τέσσερις πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας προσφορές των διαγωνιζομένων, αποτελεί αντικειμενικώς ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά με βάση το κριτήριο της προπαρατεθείσας νομολογίας, αφού παρουσιάζει κάθε μία εξ αυτών

σημαντικότερη απόκλιση από τον προϋπολογισμό της Διακήρυξης, λόγω της υπερβολικής προσφερόμενης έκπτωσης 21,81% για την προσφορά της εταιρείας «.....» και [...] Για τη φύση της υπό ανάθεσης σύμβασης, που είθισται οι εκπτώσεις να είναι χαμηλές, τέτοιες εκπτώσεις είναι ασυνήθιστα χαμηλές, ιδίως δε αν ληφθούν υπ' όψιν και οι προσφορές των άλλων δύο συμμετεχόντων, και δη της εταιρείας μας που προσέφερε έκπτωση 10,99% και της εταιρείας με έκπτωση 10,41%.

2.1. Περαιτέρω, κατά την ίδια νομολογία του ΔΕΕ το υπερβολικά χαμηλό της προσφοράς πρέπει να εκτιμάται σε συνάρτηση με τη σύνθεση της προσφοράς και με τη φύση της επίμαχης παροχής. Ειδικότερα, το ΔΕΕ έχει διευκρινίσει ότι η αναθέτουσα αρχή, οσάκις εξετάζει αν μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, δύναται, προκειμένου να διασφαλιστεί ο υγιής ανταγωνισμός, να λαμβάνει υπόψη όχι μόνον τα στοιχεία που διαλαμβάνονται στο άρθρο 88 παράγραφος 2 του Ν. 4412/2016, αλλά επίσης όλα τα κρίσιμα στοιχεία που αφορούν την επίμαχη παροχή (βλ. κατ' αναλογία, απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2014, Data Medical Service, C-568/13, σκέψη 50).

Άλλωστε, στο άρθρο 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) ορίζεται ότι [...] Από την ως άνω διάταξη προκύπτει ότι οι οικονομικοί φορείς οφείλουν στην προσφορά τους να υπολογίζουν το σύνολο του εργατικού κόστους ώστε να μην τίθεται κίνδυνος να παραβιάσουν τις σχετικές τους υποχρεώσεις κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Γίνεται δεκτό ότι αποκλείεται ως απαράδεκτη οικονομική προσφορά διαγωνιζομένου, η οποία δεν καλύπτει το ελάχιστο εργατικό κόστος για την παροχή των προς ανάθεση υπηρεσιών (βλ ΕΑ ΣΤΕ 104/2018, 328/2013, 970/2010). Η αναθέτουσα αρχή από την πλευρά της υποχρεούται, στο πλαίσιο ελέγχου μίας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής, να ελέγξει αν δι' αυτής διασφαλίζεται η κάλυψη του μισθολογικού κόστους.

2.2. Εν προκειμένω, το φυσικό αντικείμενο της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης συνίσταται σε υπηρεσίες φύλαξης και περιγράφεται στην πρόσκληση (με ανάλυση των βαρδιών και των δρομολογίων που απαιτούνται). Το βασικό σκέλος των υπό ανάθεση υπηρεσιών αφορά το μισθοδοτικό κόστος

Αριθμός απόφασης: Σ 1669/2021

των φυλάκων. Ωστόσο, όπως προκύπτει από τους πίνακες που παρατίθενται κατωτέρω, καμία από τις προσφορές των ανταγωνιστών δεν καλύπτει το μισθοδοτικό κόστος, γεγονός που τις καθιστά ασυνήθιστα χαμηλές, παραβιάζοντας παράλληλα κατά τον τρόπο αυτό το άρθρο 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016.

Συγκεκριμένα, βάσει της Ε.Γ.Σ.Σ.Ε. και μετά την μετά την Υ. Α. 4241/127/30.1.2019, ο κατώτατος μηνιαίος μισθός έχει καθορισθεί στα €650,00 μiktά, πλέον των εργοδοτικών εισφορών. Στο ανωτέρω μηναίο μισθό θα πρέπει να προστεθούν οι παρακάτω υποχρεωτικές δαπάνες, όπως αυτές προκύπτουν από την εργατική νομοθεσία και συγκεκριμένα: α) κάλυψη αδείας ($€650,00/12 = €54,167$), β) το κόστος αδείας του αντικαταστάτη ($€54,167/12 = €4,514$). Επιπλέον θα πρέπει να συνυπολογίσουμε τα Δώρα εορτών α) Δώρο Πάσχα ($1/2$ μισθού, $€708,681 / 12 / 2 \times 1,04166 = €30,759$), β) Δώρο Χριστουγέννων (1 μισθός, $€708,681 / 12 \times 1,04166 = €61,517$) (όπου το $1,04166$ προκύπτει, επειδή το Δώρο Χριστουγέννων και Πάσχα προσαυξάνεται και με την αναλογία του επιδόματος αδείας. Έτσι λοιπόν ο συντελεστής $0,04166$ είναι το πηλίκο της διαίρεσης του μισού μισθού του επιδόματος με τους 12 μήνες ($0,5/12$)), καθώς το Επίδομα αδείας ($1/2$ μισθού, $€708,681/12/2 = €29,528$). Προσθέτοντας τα ανωτέρω κόστη το τελικό ποσό των μiktών αποδοχών ανέρχεται στα €830,484. Επί του ποσού αυτού στην συνέχεια προστίθενται οι προβλεπόμενες εργοδοτικές εισφορές (24,33%) και το τελικό μηναίο εργοδοτικό κόστος διαμορφώνεται στο ποσό των €1.032,541. Για να υπολογίσουμε το ωριαίο κόστος, πολλαπλασιάζουμε το ποσό (€1.032,541) επί $0,006$ (μισθοδοσία €1,00 / 25 ημέρες * 6 εργάσιμες ημέρες / 40 εργάσιμες ώρες = $0,006$) και έτσι προκύπτει το κατώτατο ωριαίο κόστος (€6,195).

	Παράμετροι					ΑΠΟΔΟΧΕΣ
ΜΟ Μικτών αποδοχών (1)						650,000 €
Κάλυψη κανονικής άδειας	12					54,167 €
Άδεια αντικαταστάτη	12					4,514 €

Αριθμός απόφασης: Σ 1669/2021

ΜΟ Μικτών αποδοχών (2)						708,681 €
Δώρο Πάσχα	12	59,05671	2	29,52836	1,0416	30,759 €
Δώρο Χριστουγέννων	12	59,05671	1,04166			61,517 €
Επίδομα Αδείας	12	59,05671	2			29,528 €
ΜΟ Μικτών αποδοχών (3)						830,484 €
Εργοδοτικές Εισφορές	24,33%					202,057 €
Μηνιαίο Εργοδοτικό Κόστος						1.032,541 €
Ωρες εργασίας ανά μήνα						
Κόστος ημερήσιας ώρας εργασίμων ημερών	0,006					6,195 €

Σε μία 24ωρη παροχή υπηρεσιών οι ετήσιες ώρες παροχής συνολικά ανέρχονται σε 24ώρες * 365 ημέρες = 8760 ώρες και αναλύονται όπως παρακάτω ανά ημερήσιες, νυχτερινές - ημερήσιες, νυχτερινές Κυριακών - Αργιών.

ΗΜΕΡΕΣ	ΣΥΝΟΛΟ ΩΡΩΝ ΑΝΑ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ	ΩΡΟΜΙΣΘΙΟ ΑΝΑ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ	ΚΟΣΤΟΣ ΑΝΑ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ	ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΙΣ
Εργάσιμες, ημέρα (306 X16)	4896	6,195 €	30.331,93 €	
Εργάσιμες, νύχια (306 X 8)	2448	7,744€	18.957,46 €	25%
Κυριακές - Αργίες, ημέρα (59 X16)	944	10,842 €	10.234,55 €	75%
Κυριακές - Αργίες, νύχια (59 X 8)	472	12,390 €	5.848,31 €	100%
Ετήσιο γενικό σύνολο	8760		65.372,25 €	

Μετά τους παραπάνω υπολογισμούς το ετήσιο μισθολογικό κόστος διαμορφώνεται στο ποσό των €65.372,25 και στην συνέχεια το μηνιαίο στο ποσό των €5.447,69 ανά 24ωρη παροχή Φύλαξης.

Άρα, για αντικείμενο με 6 24ωρες Φυλάξεις (€5.447,69 X 6 = €32.686,14), το μηνιαίο μισθολογικό κόστος (νόμιμες αποδοχές και ύψος ασφαλιστικών εισφορές) δεν απορεί σε καμία περίπτωση να είναι κατώτερο του ποσού των €32.686,14.

Οι ανταγωνίστριες εταιρείες στην ανάλυση της οικονομικής τους προσφοράς έχουν υπολογίσει το κάτωθι μισθολογικό κόστος.

...

NOMIMEΣ ΑΠΟΔΟΧΕΣ €25.305,35, ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΕΣ ΕΙΣΦΟΡΕΣ €6.156,79,
ΣΥΝΟΛΟ €31.462,14

Με βάση τα ανωτέρω στοιχεία μαθηματικού υπολογισμού του κόστους εκτέλεσης των συμβατικών εργασιών, τα οποία προκύπτουν από τις νόμιμες

ισχύουσες κατώτατες αμοιβές του απαιτούμενου για την εκτέλεση της σύμβασης προσωπικού (κατά αριθμό, ειδικότητα, εμπειρία και ώρες απασχόλησης) αποδεικνύεται ότι οι εν λόγω προσφορές υπολείπονται και μάλιστα κατά πολύ του κόστους εκτέλεσης του έργου και μάλιστα σε σχέση με το ελάχιστο μισθολογικό κόστος.

3.1. Γίνεται δεκτό ότι στοιχείο για να κριθεί μία προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή είναι κατά πόσον με βάση τον προϋπολογισμό της υπηρεσίας, το προσφερόμενο από τον διαγωνιζόμενο τίμημα επαρκεί ή όχι για την προσήκουσα εκτέλεση του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης, όπως αυτό οριοθετείται από τις ειδικότερες προβλέψεις της διακήρυξης (συμπεριλαμβανομένων των «τεχνικών προδιαγραφών» και λοιπών βασικών δεδομένων αυτής), καταλείποντας στον ανάδοχο και κάποιο περιθώριο κέρδους, το οποίο ωστόσο δεν μπορεί να είναι μηδαμινό (ΕΑ ΣτΕ 104/2018, 290/2017, πρβλ. και ΕΑ 83/2017, 197/2015).

Έχει συναφώς κριθεί ότι οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαριότητας (και φύλαξης) στην προσφορά τους, κατά την ρητώς εκπεφρασμένη με τις διατάξεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/10 βούληση του νομοθέτη, «.... Πρέπει να υπολογίζουν εύλογο - και κατά συνεκδοχή ελέγξιμο από τις αναθέτουσες αρχές, με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής και τις παρεχόμενες από τις προσφέρουσες εταιρείες εξηγήσεις (πρβλ. ΣτΕ 198/2013, Δ. Εφ. Θεσσαλ. 344/2012), ποσοστό διοικητικού κόστους και εργολαβικού κέρδους» (ΕΣ IV Τμ. 150/2014). Το ποσοστό του διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών των προσφερόντων πρέπει να είναι όχι μηδαμινό, η δε προσφορά θα πρέπει επιπλέον να ενσωματώνει και ένα εύλογο και όχι μηδαμινό ποσοστό αναλώσιμων, εργολαβικού κέρδους καθώς και τις νόμιμες κρατήσεις (ΔΕΘ 339/2013).

3.2. Εν προκειμένω, οι προσφορές των ανταγωνιστών, όχι μόνον δεν καταλείπουν κάποιο εύλογο εργολαβικό όφελος, αλλά ούτε καν εξασφαλίζουν την κάλυψη του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης (διοικητικού, εργατικού, λειτουργικού κλπ), αποτελούσες προσφορές κάτω του κόστους και προδήλως

ζημιογόνες. Είναι προφανές ότι κατά την προσφορά αυτή, η εκτέλεση του αντικειμένου της πρόσκλησης θα γίνει επί ζημιά και ως εκ τούτου η προσφορά δεν είναι σοβαρή.

Συγκεκριμένα, εκτός του ότι δεν καλύπτει το μισθολογικό κόστος, αμφότερες οι προσφορές εμφανίζουν ελάχιστο (αμελητέο) κέρδος και δη 100 ευρώ μηνιαίως και 600 ευρώ συνολικά της μειοδότης και 168,28 ευρώ μηνιαίως [...] Το κέρδος αυτό, ανερχόμενο σε ποσοστό [...] 0,29% [...] της προσφοράς, αποτελεί κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας μηδαμινό και ανάξιο αναφοράς, κατ' ουσίαν κατ' επίφαση κέρδος. Κανείς οικονομικός φορέας δεν αναλαμβάνει ρίσκο να αναλάβει μία δημόσια σύμβαση, και μάλιστα σύμβαση φύλαξης ενός δημόσιου χώρου με μεγάλη επισκεψιμότητα, για μόλις 100 ευρώ το μήνα. Από την πλευρά της η εταιρεία μας παρουσιάζει κέρδος 2-3 φορές ανώτερο σε σχέση με τους ανταγωνιστές.

Μάλιστα, ιδίως ως προς τη μειοδότη, το κέρδος αυτό παρουσιάζει σημαντική απόκλιση σε σχέση με τις προσφορές των λοιπών προσφερόντων, οι οποίοι έχουν ενσωματώσει στην προσφορά τους την παρακράτηση φόρου 8%. Και ναι μεν φαινομενικά οι λοιπές προσφορές παρουσιάζουν σχεδόν διπλάσιο κέρδος σε σχέση με της μειοδότης, στην πραγματικότητα όμως - αν συνυπολογιστεί και ο παρακρατούμενος φόρος - το κέρδος των λοιπών προσφορών είναι τριάντα φορές μεγαλύτερο από αυτό της μειοδότης

Άρα, ακόμη και υπό την εκδοχή της προσβαλλόμενης ότι ο παρακρατούμενος φόρος δεν έπρεπε να υπολογιστεί στην προσφορά, σε κάθε περίπτωση αποτελεί ένα μέγεθος που πρέπει να ληφθεί υπ' όψιν για τη σύγκριση των προσφορών, προκειμένου να καταλήξει κανείς σε ασφαλές συμπέρασμα αν δια της προσφοράς διασφαλίζεται η προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης.

Η μειοδότη, προβλέποντας μόλις 100 ευρώ το μήνα κέρδος και παράλληλα μην υπολογίζοντας τον παρακρατούμενο φόρο, είναι βέβαιο ότι δεν είναι σε θέση να καλύψει ταμειακά τις ανάγκες της σύμβασης, αφού οι εισπράξεις της (συμπεριλαμβανομένου του κέρδους) δεν επαρκούν σε καμία περίπτωση να

καλύψουν τις ανελαστικές δαπάνες που είναι άμεσα καταβλητέες (μισθολογικό κόστος, βενζίνες κλπ.).

Εν κατακλείδι, το προσφερόμενο κέρδος των 100 ευρώ ανά μήνα είναι ασυνήθιστα χαμηλό, μην συνιστώντας στην ουσία κέρδος, ενώ θέτει σε σοβαρό κίνδυνο την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης.

4.1. Όπως έχει γίνει νομολογιακώς δεκτό, στους διαγωνισμούς για την παροχή υπηρεσιών, πρέπει να υπολογίζεται στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων, πέραν των λοιπών, και ένα εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, καθώς και αναλωσίμων. Ενόψει του ότι το ποσοστό αυτό δεν είναι εκ των προτέρων καθορισμένο, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει, αν, λαμβανομένων υπόψη των δεδομένων της συγκεκριμένης συμβάσεως που πρόκειται να συναφθεί και των τυχόν παρεχομένων από τον διαγωνιζόμενο επί του θέματος διευκρινίσεων, το αναφερόμενο στην προσφορά του διοικητικό κόστος είναι εύλογο, εις τρόπον ώστε να καλύπτονται στοιχειωδώς οι λειτουργικές ανάγκες εκτελέσεως της υπό σύναψη συμβάσεως. Αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει, ενόψει και των υποβληθεισών εξηγήσεων, ότι το αναφερόμενο στην προσφορά διαγωνιζομένου κόστος δεν είναι εύλογο, η προσφορά απορρίπτεται. Η κρίση δε της αναθέτουσας αρχής ως προς το εύλογο ή μη του διοικητικού κόστους υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο (ΣτΕ 3439/2014, βλ. Ε.Α. ΣτΕ 236/2015, 108/2014, 167, 198, 328/2013, 873/2010, 1299/2009 κ.ά.) [...].5. Εν κατακλείδι, όλες οι ανωτέρω κάτω του κόστους προσφορές, αποτελούν πράγματι και σύμφωνα με το νόμο ασυνήθιστα και υπερβολικά χαμηλές προσφορές και κατά παράβαση νόμου δεν χαρακτηρίστηκαν ως τέτοιες με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής [...].».

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται τα κάτωθι: «[...]Αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας ..., περί υποχρέωσης υπολογισμού στην οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων, της ειδικής εισφοράς υπέρ του ειδικού λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων, ο οποίος συστάθηκε με το αρ. 89 περ. Γ του Ν. 3996/2011,

κρίνουμε ότι είναι αβάσιμος, καθώς ούτε από την ... Πρόσκληση υποβολής προσφοράς ζητείται ο υπολογισμός της εν λόγω κράτησης, ούτε στον συνημμένο σε αυτή πίνακα ανάλυσης της προσφερόμενης τιμής για τις υπηρεσίες φύλαξης σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 (ΦΕΚ 115/Α'/15.07.2010). Επίσης, στον εν λόγω πίνακα πρέπει να συμπληρωθούν όλα τα πεδία, μεταξύ των οποίων και οι νόμιμες υπέρ δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, ως ένα συνολικό ποσό, χωρίς να ζητείται η ανάλυση αυτού. Άρα ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί μη υπολογισμού της εν λόγω κράτησης είναι αβάσιμος γιατί κάτι τέτοιο δεν προκύπτει με σαφήνεια από την οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων.

Β. Ως προς τον ισχυρισμό και των δύο προσφευγουσών εταιρειών ότι η εταιρεία ... έχει υποβάλλει μη νόμιμη οικονομική προσφορά γιατί δεν υπολόγισε στην προσφορά της την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, αυτός είναι αβάσιμος καθώς ούτε στην ... Πρόσκληση υποβολής προσφοράς, ούτε στο συνημμένο σε αυτή πίνακα ανάλυσης της προσφερόμενης τιμής για τις υπηρεσίες φύλαξης σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 (ΦΕΚ 115/Α'/15.07.2010), υπάρχει όρος ότι πρέπει να συμπεριλαμβάνεται στον πίνακα οικονομικής προσφοράς η παρακράτηση φόρου 8% επί ποινή αποκλεισμού.

Επιπροσθέτως, με την με αρ.1268/2020 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών απορρίφθηκε απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία είχε κάνει δεκτή την προσφυγή εταιρείας σχετικά με την υποχρέωση να συμπεριληφθεί η παρακράτηση φόρου 8% στην οικονομική προσφορά, καθώς σύμφωνα και με την Απόφαση 807/1997 της Ολομέλειας του Ε.Σ. και την Απόφαση 460/2016 του τμήματος Ι του Ε.Σ. έχει κριθεί ότι «η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογούμενου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται.

Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης, που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του, προσαυξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, καθώς, με τον τρόπο αυτό, αυξάνεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης. Ενόψει αυτών, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή, δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού.

Γ. Τέλος ως προς τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας ... περί ασυνήθιστα χαμηλών οικονομικών προσφορών του πρώτου και δεύτερου μειοδότη, όπως άλλωστε έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ με την υπ'αρ. 932/2020 Απόφαση του 3ου Κλιμακίου: «Η έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν αποδίδεται ρητά από τις διατάξεις της ανωτέρω Οδηγίας, ούτε προβλέπεται από την κείμενη εθνική νομοθεσία ο τρόπος υπολογισμού του ανωτάτου ορίου, πέραν του οποίου υφίσταται ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, αφού δεν έχει εισέτι θεσμοθετηθεί μηχανισμός εξεύρεσης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών (πρβλ. Ε.Σ. Ε' Κλ. 169/2019, 13/2015, πρβλ. προσχέδιο εγκυκλίου με θέμα «Εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής και για την εκτίμηση των παρεχομένων εξηγήσεων» που γνωστοποιήθηκε το Φεβρουάριο 2017 ουδέποτε όμως οριστικοποιήθηκε). Ως αόριστη, συνεπώς, αξιολογική έννοια (βλ. Ε.Σ. Τμ. Μείζονος Επταμελούς Συνθέσεως 1077/2016), καθορίζεται συγκεκριμένα σε κάθε σύμβαση, σε σχέση με το αντικείμενο που αποτελεί το περιεχόμενό της (βλ. απόφ. ΔΕΕ της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV

Slovensko a.s., σκ. 29-30, απόφ. της 18.12.2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero- Universitaria di Careggi-Firenze, σκ. 50, της 19.10.2017, C-198/16, Agrioconsulting Europe SA, σκ. 29, πρβ. απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2016, Agriconsulting Europe κατά Επιτροπής, T-570/13, σκ. 55)». Και συνεχίζει «Επομένως, το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή σε ένα πρώτο στάδιο να εξετάσει εάν οι υποβληθείσες προσφορές περιέχουν ένδειξη ικανή να δημιουργήσει την υποψία ότι ενδέχεται να είναι υπερβολικά χαμηλές. Αν οι υποβληθείσες προσφορές δεν περιέχουν τέτοια ένδειξη και, κατά συνέπεια, δεν φαίνονται υπερβολικά χαμηλές, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συνεχίσει την διαδικασία σύναψης της σύμβασης (πρβ. προαναφερθείσες απόφ. T-392/15, σκ. 88 και T-752/15, σκ. 71). Άλλωστε οι οικονομικές προσφορές των δύο πρώτων τη σειρά μειοδοτών δεν μπορούν να θεωρηθούν ασυνήθιστα χαμηλές καθώς η προσφερόμενη έκπτωση ανέρχεται στην περίπτωση της προσφοράς της ... σε ποσοστό 21,81% επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης των υπηρεσιών φύλαξης [...]. Τα εν λόγω ποσοστά έκπτωσης όχι μόνο δεν θεωρούνται ασυνήθιστα, αλλά κρίνονται και εύλογα, λαμβάνοντας υπόψη την ανάλυση των οικονομικών προσφορών και των δύο οικονομικών φορέων. Ως εκ τούτου, δεν συνέτρεχε υποχρέωση της ... να καλέσει τους συμμετέχοντες προς παροχή διευκρινίσεων κατά το αρ. 88 του Ν. 4412/2016».

17. Επειδή ο προσφεύγων με το υπόμνημά του προβάλλει τα ακόλουθα : «[...] Α. Επί των απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής

Ι. Ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι δεν προβλέπεται στην υπ' αρ. ... πρόσκληση υποβολής προσφοράς και στον συνημμένο σε αυτή πίνακα ανάλυσης της προσφερόμενης τιμής, σύμφωνα με το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 (ΦΕΚ Α' 115), ο υπολογισμός της ειδικής εισφοράς υπέρ του ειδικού λογαριασμού παιδικών κατασκηνώσεων, όπως συστάθηκε με το αρ. 89 περ. Τ' του Ν. 3996/2011, είναι παντελώς αβάσιμος και αντίθετος στον νόμο και στην καθιερωμένη διαδικασία υποβολής προσφορών σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων, αφού, όπως αναλυτικά αναφέρουμε και στην

προδικαστική μας προσφυγή (σημείο II.A.A), η εν λόγω εισφορά αποτελεί υποχρεωτική εργοδοτική εισφορά που συνυπολογίζεται στο εργατικό κόστος, η δε έλλειψή της επιφέρει αυτομάτως τον αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου [...]

II. Επί του ισχυρισμού της Αναθέτουσας Αρχής ότι νόμιμα η εταιρεία ... δεν υπολόγισε στην προσφορά της την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, επικαλούμενη την πρόσφατη 1268/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, εκδοθείσα κατά πλειοψηφία, μας προκαλεί έκπληξη το πώς η Αναθέτουσα Αρχή, σταχυολογώντας προφανώς την υπάρχουσα ελληνική νομολογία ως προς το θέμα αυτό, όπου εμείς τουλάχιστον στην προδικαστική μας προσφυγή επικαλούμαστε εννέα (9) αντίθετες *ad hoc* αποφάσεις, κατέληξε αβίαστα στο συμπέρασμα ότι η μία *contra* και κατά πλειοψηφία απόφαση έχει υπέρτερη θέση έναντι αυτών, πριν κατασταλάξει ως προς το ζήτημα αυτό η ελληνική δικαιοσύνη.

Αλλά και αν ακόμα ήθελε υποτεθεί ότι η Αναθέτουσα είναι σε θέση να προβλέψει ορθώς ότι βρισκόμαστε μπροστά σε μία μεταστροφή της ελληνικής νομολογίας, επικαλούμενη νομίμως μία απόφαση μειοψηφίας που εκδόθηκε λίγες μόνο μέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία προσφορών, την οποία γνώριζε προφανώς ως αποτέλεσμα της εκ μέρους της αδιάκοπης παρακολούθησης της ελληνικής νομολογίας προς διευκόλυνση του έργου της, αφού αφορά δημόσιο διαγωνισμό, έστω και άλλης Αναθέτουσας, με μόνο - εντελώς συμπτωματικά- εξεταζόμενο ζήτημα αυτό του υπολογισμού της εν λόγω παρακράτησης, εν τούτοις, πράττοντας έτσι, διασάλευσε κάθε έννοια ασφάλειας δικαίου και ίσης μεταχείρισης.

Και αυτό γιατί ακόμα και αν η προσφορά της ... θα μπορούσε εφεξής να θεωρείται ως μη ελλιπής και επομένως νόμιμη, βάσει της 1268/2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ωστόσο με τη λογική αυτή η Αναθέτουσα ενήργησε ακούσια, αλλά πάντως μη νόμιμα, εις βάρος μας, που καλόπιστα βάσει της μέχρι τώρα ισχύουσας νομοθεσίας συντάξαμε την οικονομική μας προσφορά, η οποία όμως έτσι καθίσταται πλασματικά -και όχι ουσιαστικά- μεγαλύτερη σε σχέση με αυτή της ως άνω εταιρείας.

Επομένως, η Αναθέτουσα, σύμφωνα με το ενιαίο μέτρο κρίσης, όφειλε κατά την αξιολόγηση των προσφορών, αφού δέχτηκε ότι δεν πρέπει να συμπεριλαμβάνεται η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, να μην το συνυπολογίσει και στη δική μας προσφορά, η οποία, ως ελέγχθη, συντάχθηκε νόμιμα και σύμφωνα με τα ισχύοντα κριτήρια τη στιγμή δημοσίευσης της διακήρυξης, και να συγκρίνει αξιοκρατικά όλες τις οικονομικές προσφορές και μόνο τότε να καταλήξει σε ασφαλές συμπέρασμα ως προς την πιο συμφέρουσα. Προφανώς η συμπερίληψη εκ μέρους μας του ποσοστού αυτού, σύμφωνα με όσα αναφέρουμε, δεν καθιστά παράνομη ή ελλιπή την προσφορά μας, τουναντίον, δεν είναι δυνατό η συμπερίληψή της να προβεί εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον δεν την απαιτούσε, πάντα σύμφωνα με την Αναθέτουσα, η διακήρυξη.

III. Εντελώς αυθαίρετα η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στο συμπέρασμα στις απόψεις της ότι οι οικονομικές προσφορές των εταιρειών ... και [...] δεν μπορούν να θεωρηθούν ως ασυνήθιστα χαμηλές, κρίνοντας ως εύλογα τα ποσοστά έκπτωσης που δίνουν (21,81% και [...]). Προφανώς τα συνήθη ποσοστά έκπτωσης διαφέρουν ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης. Δεν μπορούν να εξομοιωθούν οι συμβάσεις φύλαξης με τις συμβάσεις οδοποιίας, αφού η προϋπολογισθείσα δαπάνη διαμορφώνεται με διαφορετικό τρόπο. Ως προς τις συμβάσεις φύλαξης, ενδεικτικά επικαλούμαστε τις κάτωθι:

1) Παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων των Διευθύνσεων Μεταφορών & Επικοινωνιών και του ΚΤΕΟ ... της Διεύθυνσης ΚΤΕΟ της ... για την αποφυγή διάδοσης του κορωνοϊού (COVID-19), με αναθέτουσα αρχή την ..., με προϋπολογισμό 63.984 ευρώ (με ΦΠΑ) και ποσό κατακύρωσης 62.337,04 ευρώ (με ΦΠΑ), ήτοι ποσοστό έκπτωσης 2,6% (απόφαση 1228/30.6.2020),

2) Παροχή υπηρεσιών φύλαξης και πυρασφάλειας του ..., με αναθέτουσα αρχή την ..., με προϋπολογισμό 74.400 ευρώ (με ΦΠΑ) και ποσό κατακύρωσης 74.321,33 ευρώ (με ΦΠΑ), ήτοι ποσοστό έκπτωσης 0,11% (απόφαση με ΑΠ 231663/26.3.20)

3) Παροχή υπηρεσιών φύλαξης του ..., της ... και του ... (...), με αναθέτουσα αρχή την ..., με προϋπολογισμό 74.400 ευρώ (με ΦΠΑ) και ποσό κατακύρωσης 74.287,93 ευρώ (με ΦΠΑ), ήτοι ποσοστό έκπτωσης 0,16% (απόφαση με ΑΠ 51950/21.1.20),

4) Φύλαξη κτιρίων και λοιπών εγκαταστάσεων του Κοιμητηρίου, με αναθέτουσα αρχή τον ..., με προϋπολογισμό 69.857,57 ευρώ (με ΦΠΑ) και ποσό κατακύρωσης 65.842,75 ευρώ (με ΦΠΑ), ήτοι ποσοστό έκπτωσης 5,75% (απόφαση 42/10.7.20),

5) Δαπάνες ασφάλισης και φύλαξης δημοτικών κτηρίων, με αναθέτουσα αρχή τον ..., με προϋπολογισμό 350.000 ευρώ (με ΦΠΑ) και ποσό κατακύρωσης 345.303,90 ευρώ, ήτοι ποσοστό έκπτωσης 1,35% (απόφαση 91/9.4.19),

6) Φύλαξη εγκαταστάσεων ..., με αναθέτουσα αρχή τον ..., με προϋπολογισμό 208.131 ευρώ (με ΦΠΑ) και ποσό κατακύρωσης 204.376,80 ευρώ, ήτοι ποσοστό έκπτωσης 1,81% (απόφαση 34/1.7.20).

Εντέλει, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής είναι όλως αόριστος και αυθαίρετος. Όπως αναφέρουμε και στην προδικαστική μας προσφυγή, η Αναθέτουσα Αρχή έχει κατ' αρχάς υποχρέωση να εντοπίσει τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και σε μία τέτοια περίπτωση οφείλει να ζητήσει από τους υποψηφίους να της προσκομίσουν τα αναγκαία δικαιολογητικά στοιχεία.

Αναφέρουμε δε και επαναλαμβάνουμε επί λέξει ότι «Η κρίση περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς ανάγεται στην εκτίμηση από την αναθέτουσα αρχή, αν με βάση τον προϋπολογισμό της υπηρεσίας, το προσφερόμενο από τον διαγωνιζόμενο τίμημα επαρκεί ή όχι για την προσήκουσα εκτέλεση του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης, όπως αυτό οριοθετείται από τις ειδικότερες προβλέψεις της διακήρυξης (συμπεριλαμβανομένων των «τεχνικών προδιαγραφών» και λοιπών βασικών δεδομένων αυτής), καταλείποντας στον ανάδοχο και κάποιο περιθώριο κέρδους (ΕΑ ΣτΕ 290/2017, πρβλ. και ΕΑ 83/2017, 197/2015). Στοιχεία που μπορούν να ληφθούν υπ' όψιν στην κρίση περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς είναι οι

εκπτώσεις σε άλλους διαγωνισμούς, καθώς και η απόκλιση της τιμής από τους άλλους διαγωνιζομένους, αλλά και το γεγονός της υποβολής ενστάσεων ή αντιρρήσεων εκ μέρους διαγωνιζομένων» και «Η υποχρεωτική απόρριψη της προσφοράς η οποία παρίσταται ασυνήθιστα χαμηλή για το αντικείμενο της σύμβασης και για την οποία δεν υποβλήθηκαν εξηγήσεις για το χαμηλό ύψος της, προκύπτει άλλωστε ευθέως και από το άρθρο 26 παρ. 3 περ. δ' του ν. 4412/2016 (άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24), σύμφωνα με το οποίο οι ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές θεωρούνται ως μη κανονικές».

Εν προκειμένω, και παρά το από 28.7.20 υπόμνημά μας προς την Αναθέτουσα Αρχή, όπου εκφράζουμε τις αντιρρήσεις μας για την ορθότητα και βιωσιμότητα των οικονομικών προσφορών των ως άνω δύο οικονομικών φορέων, η Αναθέτουσα ουδέν έπραξε, αντίθετα από τον νόμο, προκειμένου να διαπιστώσει αν αυτές υπέβαλαν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές.

Και όμως, α) το διπλάσιο ποσοστό έκπτωσης που προσέφεραν σε σχέση με τη δική μας εταιρεία, αλλά και της τέταρτης εταιρείας ... (ήτοι 21,81%, 21,69%, 10,99% και 10,41% κατά σειρά κατάταξης των συμμετεχουσών εταιρειών), και μάλιστα σε διαγωνισμό φύλαξης που ο προϋπολογισμός εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από το εργατικό κόστος, β) οι μεγάλες αποκλίσεις των δύο πρώτων εταιρειών παρά τις φαινομενικά ίδιες προσφορές τους (όπου επαναλαμβάνουμε η ... έχει αποκομίσει και αθέμιτο πλεονέκτημα λόγω μη υπολογισμού της παρακράτησης 8%), γ) το ελάχιστο εργολαβικό τους κέρδος και [...] οδηγούν στο ασφαλές συμπέρασμα ότι οι προσφορές τους είναι ασυνήθιστα χαμηλές και έπρεπε να κληθούν να τις εξηγήσουν. Μη πράττοντας αυτό, η Αναθέτουσα έσφαλε και καθίσταται μη νόμιμη και συνεπώς ακυρωτέα η προσβαλλόμενη, η δε ΑΕΠΠ δεν μπορεί να αντικαταστήσει την παράλειψη αυτή. Ενδεικτικά αναφερόμαστε στην *ad hoc* απόφαση του ΔΕφΘεσσαλονίκης Γ' διακοπών 167/2019 όπου, μεταξύ άλλων, στη σκέψη 14 αναφέρει πως «...Η αναθέτουσα αρχή, θεωρώντας, προφανώς, ότι δεν υπάρχουν αντικειμενικές ενδείξεις ότι η οικονομική προσφορά της εταιρείας ... είναι ασυνήθιστα χαμηλή, αποδέχθηκε αυτή ως κανονική. Ενόψει, όμως, των αιτιάσεων περί

ενσωμάτωσης στην οικονομική προσφορά της πιο πάνω εταιρείας ποσού διοικητικού κόστους και κόστους αναλωσίμων που δεν μπορεί να θεωρηθεί εύλογο, τις οποίες η αιτούσα προέβαλε αρχικά με το από 4.6.2019 έγγραφό της που ανήρτησε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού και, ακολούθως, με την ασκηθείσα ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προδικαστική προσφυγή της, φαίνεται να ανακύπτει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να εξετάσει ενδελεχώς το προαναφερόμενο δηλωθέν ποσό διοικητικού κόστους και κόστους αναλωσίμων και να απαντήσει επί των σχετικών ισχυρισμών, οι οποίοι, αντίθετα με όσα διαλαμβάνονται στην προσβαλλόμενη απόφαση του 7ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., πιθανολογούνται ως ειδικοί, συγκεκριμένοι και ουσιώδεις τουλάχιστον κατά το μέρος με το οποίο τίθεται υπό αμφισβήτηση η ικανότητα του ίδιου ποσού να καλύψει συγκεκριμένα κονδύλια τα οποία δεν αμφισβητείται ότι συγκαταλέγονται στο διοικητικό κόστος και συναρτώνται με συγκεκριμένους όρους που θέτει η διακήρυξη. Εξάλλου, η αιτιολογία απόρριψης των πιο πάνω ουσιωδών ισχυρισμών της αιτούσας, η οποία περιλήφθηκε στην έκθεση απόψεων της αναθέτουσας αρχής προς την Α.Ε.Π.Π., περιοριζόμενη σε μία γενική και αόριστη αναφορά περί της εγγύτητας των οικονομικών προσφορών όλων των διαγωνιζομένων, δεν πιθανολογείται σοβαρά ότι καλύπτει την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να εξετάσει, ειδικά, τους πιο πάνω ισχυρισμούς και, συνακόλουθα, να αποφανθεί για το αν το δηλωθέν στην οικονομική προσφορά της εταιρείας ... διοικητικό κόστος και κόστος αναλωσίμων παρίσταται εύλογο για την κάλυψη των αναγκών της σύμβασης. Ούτε, άλλωστε, πιθανολογείται σοβαρά ως νόμιμη η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης του 7ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή, εφόσον έκρινε ότι δεν υπήρχε ένδειξη περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, δεν υποχρεούνταν σε αιτιολόγηση της απόφασής της (περί έγκυρης οικονομικής προσφοράς), διότι, σύμφωνα με όσα ήδη εκτέθηκαν, σχετική υποχρέωση ανακύπτει σε κάθε περίπτωση που προβάλλονται παραδεκτώς ειδικοί, συγκεκριμένοι και ουσιώδεις ισχυρισμοί περί υποβολής τέτοιας προσφοράς, ως εκ τούτου δε και

στην προκειμένη περίπτωση, δεδομένου ότι φαίνεται να συντρέχουν οι προαναφερόμενοι όροι (παραδεκτή προβολή ειδικών, συγκεκριμένων και ουσιαστών ισχυρισμών). Επιπρόσθετα, δεν πιθανολογείται ως νόμιμη η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης του 7ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. κατά την οποία τυγχάνει απορριπτέος ως απαραδέκτως προβαλλόμενος ο λόγος της προδικαστικής προσφυγής περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, καθόσον η Α.Ε.Π.Π. δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή και να ασκήσει η ίδια το πρώτον την αρμοδιότητα αυτής σχετικά με την κρίση περί του ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα της επίμαχης προσφοράς, ιδίως, χωρίς να έχει δοθεί στον οικονομικό φορέα προηγουμένως η δυνατότητα να παράσχει τις απαιτούμενες διευκρινίσεις επί των αιτιάσεων...».

Εν κατακλείδι, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να εντοπίσει τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και να ζητήσει διευκρινίσεις από τους προσφέροντες, μην πράττοντας δε με αυτόν τον τρόπο παραβίασε ουσιώδη τύπο της διαδικασίας [...].».

18. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «[...] ΠΡΩΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Η εταιρία μας συνυπολόγισε στην προσφορά της την εισφορά ΕΛΠΚ (κόστος κατασκήνωσης) και οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι προδήλως εσφαλμένοι:

Με την απόφαση του ΔΕφΘες/νίκης 141/2018(σε συμβ.) έχει κριθεί ότι: «από τους προπαρατεθέντες όρους του άρθρου 2.4.4. της διακήρυξης και των Παραρτημάτων Ι και ΙΙ αυτής, σε συνδυασμό προς τις διατάξεις του άρθρου 89 περ. Γ του Ν. 3996/2011 και της 23411/2131/30-12- 2011 απόφασης του Υπουργού και του Υφυπουργού Κοινωνικής Ασφάλισης, προκύπτει η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να συμπεριλάβουν στην οικονομική τους προσφορά το κονδύλιο των 20 ευρώ ετησίως για καθένα από τους εργαζόμενους που θα απασχοληθούν, ως εργοδοτική εισφορά υπέρ του Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων και ήδη Ε.Λ.Π.Κ.. Ωστόσο, οι ως άνω διατάξεις της διακήρυξης, στις οποίες αναφέρονται τα στοιχεία που, επί ποινή

απαραδέκτου, οφείλουν να παραθέτουν στην προσφορά τους οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, δεν επιβάλλουν στους διαγωνιζομένους ρητή και αναντίλεκτη υποχρέωση να συμπεριλάβουν το επίμαχο κονδύλιο σε συγκεκριμένο πεδίο είτε το υπ' αριθμ. 6 «Ύψος ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά» - αφού τούτο δεν φαίνεται τοσούτον ευρέως νοούμενο, ώστε να περιλάβει υποχρεωτικώς κάθε οφειλόμενο προς οποιονδήποτε ασφαλιστικό ή συναφή φορέα ποσό, πλην των ασφαλιστικών εισφορών -, είτε το υπ' αριθμ. 7 «Ύψος διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών», αλλά ούτε και να αναγράψουν αυτό σε ξεχωριστό κεφάλαιο της οικονομικής τους προσφοράς, δεδομένου, άλλωστε, ότι δεν προβλέπεται σχετικό πεδίο στα υποδείγματα των πινάκων που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα II της διακήρυξης. Τούτο δε διότι είναι προφανής ο διακριτός χαρακτήρας του κονδυλίου τούτου, το οποίο, παρότι ούτε και γνησίως διοικητικό κόστος περιγράφει, πάντως δεν αναπαριστά ασφαλιστική εισφορά, καθότι, μάλιστα, δεν υπολογίζεται επί του ποσού της εργατικής δαπάνης, περί του οποίου ποιεί μνεία το κατά τον πίνακα ανάλυσης πεδίο υπ' αριθμ. 6, και δεν εντάσσεται ως εκ τούτου στη συμβατική εργατική δαπάνη, αλλ' εμπίπτει στην εν ευρεία εννοία εργοδοτική δαπάνη, για την οποία, ωστόσο, δεν προβλέπεται στην ένδικη διακήρυξη διακεκριμένο πεδίο προς συμπλήρωση. Κατά συνέπεια, είναι ευλόγως υποστηρίξιμη η άποψη ότι είναι επιτρεπτή η αναγραφή του επίμαχου κονδυλίου σε αμφότερα τα ως άνω πεδία, υπό τον αναπόδραστο όρο ότι, συμποσούμενο μετά των λοιπών κονδυλίων της εργατικής δαπάνης, δεν υπολείπεται του προσδιοριζόμενου στη διακήρυξη ελάχιστου νόμιμου κόστους παροχής υπηρεσιών».

Στην υπό κρίση περίπτωση από κανέναν όρο της διακήρυξης δεν προκύπτει υποχρέωση συνυπολογισμού του συγκεκριμένου κόστους στο πεδίο των ασφαλιστικών εισφορών, όπως εσφαλμένα τεκμαίρει και υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Αντιθέτως, είναι υποστηρίξιμο και επιτρεπτό, σύμφωνα και με την πάγια νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, να συνυπολογιστεί το συγκεκριμένο κόστος στο πεδίο του διοικητικού κόστους, χωρίς να είναι

Αριθμός απόφασης: Σ 1669/2021

αναγκαία η πανηγυρική αποτύπωση του κονδυλίου αυτού στο συγκεκριμένο διοικητικό κόστος, εφόσον προκύπτει ότι το αναγκαίο ποσό συμπεριλαμβάνεται στο συνυπολογισθέν διοικητικό κόστος. Στην υπό κρίση περίπτωση για τους 25.20 εργαζομένους που θα χρησιμοποιήσει η εταιρία μας, το κόστος της εισφοράς υπέρ ΕΛΠΚ έχει συνυπολογιστεί στο πεδίο του διοικητικού κόστους, το οποίο έχει προσδιοριστεί, όπως αναλυτικώς συνάγεται από την προσφορά μας σε 1540 ευρώ, ενώ ρητώς άλλωστε η εταιρία μας ανέφερε, όπως παρακάτω προκύπτει ότι στο συγκεκριμένο πεδίο περιλαμβάνονται «Διοικητικό Κόστος παροχής των υπηρεσιών και ασφαλιστικές εισφορές κατασκηνώσεων ΕΛΠΚ, εποπτεία & διαχείριση στόλου μηνιαίως», το οποίο προσδιορίστηκε σε ποσό 1540 ευρώ.

Αριθμός Εργαζομένων	25,20 άτομα με τα ρεπό για την φύλαξη του ... και ... Συν άτομα για εποπτεία και διαχείριση του έργου όλο το 24ωρο (3βάρδιες)
Ημέρες Εργασίας ανά μήνα	5 μέρες την εβδομάδα χ 26,07 εβδομάδες τους 6 μήνες= 130,35/6 μήνες = 21,725 μέρες κάθε εργαζόμενος το μήνα
Ώρες Εργασίας ανά μήνα	40 ώρες την εβδομάδα χ 26,07 εβδομάδες τους 6 μήνες = 1042,80/ 6 μήνες = 173,80 ώρες ο κάθε εργαζόμενος το μήνα
*Κλαδική Σύμβαση Εργασίας ή Συλλογική Σύμβαση Εργασίας στην περίπτωση που δεν είναι σε ισχύ η Κλαδική Σύμβαση Εργασίας	Ε.Γ.Σ.Σ.Ε.2020 χρονική επέκταση ισχύος της Ε.Γ.Σ.Σ.Ε ΕΤΟΥΣ 2018, στην ΕΡΜ. ΕΓΚΥΚΛΙΟ 4601/304/12-3-2012, στην αριθμ. οικ. 4241/127/30-1-2019 (ΦΕΚ Β173/30-1-2019) και στην ΥΠ. ΑΡΙΘΜ. ΕΓΚΥΚΛΙΟ 7613/395/18-2-2019
Προϋπολογιζόμενες νόμιμες αποδοχές ανά μήνα	25.305,35€
Υψος Ασφαλιστικών Εισφορών ανά μήνα	6.156,79€

Αριθμός απόφασης: Σ 1669/2021

Διοικητικό Κόστος παροχής των υπηρεσιών και ασφαλιστικές εισφορές κατασκηνώσεων ΕΛΠΚ, εποπτεία Συνεπώς, όλοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας	1.540,006
Κόστος αναλωσίμων, λειτουργίας, απόσβεσης και συντήρησης μεταφορικών μέσων και μηχανημάτων μηνιαίως	1.100,006
Εργολαβικό Κέρδος μηνιαίως	100,006
Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις μηνιαίως	46,126
24% Φ.Π.Α.	8.219,586

Συνεπώς, όλοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν.

ΔΕΥΤΕΡΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Δεν υπήρχε υποχρέωση ρητού συνυπολογισμού στην οικονομική προσφορά της προβλεπόμενης εκ του άρθρου 64 του ν. 4172/2013 παρακράτησης φόρου ποσοστού 8%, στο μέτρο που η συγκεκριμένη παρακράτηση ήδη περιλαμβάνεται στην προσφορά μας, για τους ακόλουθους λόγους:

Με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της εταιρίας μας δεν είναι νόμιμη διότι «παρά τον ρητό όρο της πρόσκλησης δεν έχει υπολογίσει την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%». Ωστόσο, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δεν υπήρχε υποχρέωση ρητού συνυπολογισμού στην οικονομική προσφορά μας της προβλεπόμενης εκ του άρθρου 64 του ν. 4172/2013 παρακράτησης φόρου ποσοστού 8%, στο μέτρο που η συγκεκριμένη παρακράτηση ήδη περιλαμβάνεται στην προσφορά μας, όπως άλλωστε έει κριθεί με την πλέον πρόσφατη δικαστική απόφαση επί του συγκεκριμένου ερωτήματος, ήτοι την αρ. 1268/2020 απόφαση Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (ΣΧΕΤ.1).

Ειδικότερα:

(α) Στη σελ. 10 της Α.Π. ... «ΤΡΟΠΟΣ ΠΛΗΡΩΜΗΣ ΚΡΑΤΗΣΕΙΣ» προβλέπονται τα εξής: [...]

Από την ανωτέρω διατύπωση της Πρόσκλησης υποβολής προσφορών ρητά συνάγεται ότι η παρακράτηση φόρου 8% ΔΕΝ περιλαμβάνεται στις περιοριστικά αναφερόμενες «κρατήσεις», οι οποίες πρέπει να υπολογίζονται στην τιμή της οικονομικής προσφοράς. Αντίθετα, το 8% είναι ποσοστό του επιβαλλόμενου φόρου εισοδήματος το οποίο σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου και την ως άνω διάταξη της Διακήρυξης, παρακρατείται κατά την πληρωμή, δηλαδή αποτελεί προκαταβολή φόρου εισοδήματος που επιστρέφεται. Επομένως, ο όρος της Διακήρυξης ότι [...] αφορά προφανώς στο πρώτο μέρος του τίτλου της επίμαχης διάταξης («ΤΡΟΠΟΣ ΠΛΗΡΩΜΗΣ») και όχι στο δεύτερο μέρος («ΚΡΑΤΗΣΕΙΣ»), και άρα από τη διατύπωση της Διακήρυξης δεν δύναται να δημιουργηθεί σύγχυση ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι η παρακράτηση φόρου 8% συνιστά «κράτηση» υπέρ τρίτων. Αλλωστε, για τα ποσοστά που η αναθέτουσα αρχή θέλησε να περιλάβει στις κρατήσεις υπέρ τρίτων, φρόντισε να κατονομάσει ρητά αυτά με τον όρο «κράτηση» (δηλαδή τα εξής: 0,07% Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, 0,02% υπέρ του Δημοσίου και 0,06% Υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και τα αντίστοιχα χαρτόσημα 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%), και συνεπώς αυτά υπολογίζονται απαραίτητως στην οικονομική προσφορά, διότι παρακρατούνται και δεν επιστρέφονται στην εταιρία. Με άλλες λέξεις, από τις διατάξεις της διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού, δεν προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνταν να περιλάβουν αυτοτελώς και επιπροσθέτως στην προσφερόμενη τιμή για τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλο καταβαλλόμενο ποσό, του οποίου η καταβολή έχει προσωρινό χαρακτήρα, όπως την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, η οποία προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία και δεν αποτελεί προαπαιτούμενο της οικονομικής προσφοράς αλλά συνδέεται με ένα μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι αυτό της πληρωμής του τιμολογίου (βλ. *ad hoc* ΔΕΦΑΘ 1268/2020). Αλλωστε, εφόσον οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς είναι ιδιαίτερα έμπειροι στις διαγωνιστικές διαδικασίες, οι όροι της διακήρυξης και η ερμηνεία της ήταν αρκούντως σαφής και επομένως ουδεμία σύγχυση

μπορεί να θεωρηθεί ότι προκλήθηκε εν προκειμένω, ώστε να τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων, εφόσον οποιοσδήποτε συμμετέχων δεν υπολόγισε επιπρόσθετα το 8% της παρακράτησης του φόρου.

Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς σε καμία περίπτωση δεν όφειλαν να αναφερθούν ειδικώς στον εν λόγω παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8% ή να τον συμπεριλάβουν επιπρόσθετα στην οικονομική προσφορά τους, ως επιπρόσθετη «κράτηση» ή «επιβάρυνση», εφόσον, άλλωστε, δεν υπήρχε διακριτό πεδίο.

(β) Πέραν των ανωτέρω, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% δεν συνιστά εκ της φύσεως της κράτηση υπέρ τρίτου ούτε επιβάρυνση υπό την έννοια που αναφέρεται στη Διακήρυξη. Το άρθρο 64 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013), αναφέρεται σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος και όχι σε κράτηση υπέρ τρίτου,

Η διαφορά της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% με τις κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι μείζονος σημασίας, καθώς οι κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι πραγματικό κόστος του αναδόχου της σύμβασης ενώ η παρακράτηση φόρου εισοδήματος δεν αποτελεί κόστος, αλλά προκαταβολή φόρου εισοδήματος, η οποία επιστρέφεται. Ειδικότερα, όπως είναι γνωστό, σε περίπτωση που κατά την εκκαθάριση του φόρου εισοδήματος προκύψει μικρότερος ή καθόλου φόρος, ο παρακρατηθείς φόρος επιστρέφεται ή συμψηφίζεται με άλλες οφειλές του φορολογικού υποκειμένου. Ενόψει, όμως, της αυτοτέλειας κάθε διαγωνισμού είναι σαφές ότι η συγκεκριμένη παρακράτηση 8% επιστρέφεται στην εταιρία μας και επομένως η εκτέλεση του παρόντος έργου δεν είναι σε καμία περίπτωση ζημιογόνος. Είναι δε αδιάφορο εάν τελικά η παρακράτηση μπορεί να συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις μας ή οφειλές μας. Πάντως, η εκτέλεση του επίδικου έργου δεν είναι ζημιογόνος. Η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος 8%, η οποία ξεκάθαρα δεν αποτελεί «κράτηση» υπέρ τρίτου, συνδέεται με την πληρωμή του τιμολογίου και όχι με την οικονομική προσφορά. Μάλιστα προβλέπεται ότι χορηγείται βεβαίωση από

την υπηρεσία για την παρακράτηση του φόρου εισοδήματος, ώστε αυτή στη συνέχεια να επιστραφεί σε αυτόν που του έγινε η παρακράτηση. Αναφορικά δε με την κερδοφορία που προκύπτει από την προκηρυσσόμενη σύμβαση θα είναι τόσο μικρή, ώστε ο φόρος εισοδήματος που θα αναλογεί στις συμβάσεις αυτές θα είναι μηδενικός, ο δε παρακρατηθείς φόρος θα επιστραφεί στο σύνολο του στους διαγωνιζομένους και δεν θα αποτελέσει κόστος της σύμβασης. Εν προκειμένω, δεν υπήρχε υποχρέωση επιπρόσθετης συμπερίληψης στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης 8%, καθότι δεν αποτελεί προαπαιτούμενο της οικονομικής προσφοράς αλλά συνδέεται με ένα μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι αυτό της πληρωμής του τιμολογίου, όπως άλλωστε προκύπτει και από τη διατύπωση της Διακήρυξης «κατά την πληρωμή» θα παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%. Συνεπώς, εσφαλμένα πλήττεται η προσφορά της εταιρίας μας, λόγω μη υπολογισμού της παρακράτησης φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, εφόσον η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί κόστος της σύμβασης και θα επιστραφεί στην εταιρία μας λίγους μήνες αργότερα μετά την εκκαθάριση του φορολογικού έτους.

Επιπροσθέτως, από τη γραμματική ερμηνεία των διατάξεων της διακήρυξης, ερμηνευομένων σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Ν.4172/2013, προκύπτει ότι οι έννοιες «φόρος» και «κρατήσεις» ή άλλου είδους «επιβάρυνση» δεν είναι ταυτόσημες και χρησιμοποιούνται διαζευκτικά, χωρίς να καταλείπεται περιθώριο ερμηνείας ότι ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται από την Αναθέτουσα αρχή δήθεν περιλαμβάνεται κι αυτός στις κρατήσεις υπέρ τρίτου ή στις «επιβαρύνσεις» της σύμβασης. 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 της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ 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 Δημοσίου και τρίτων, η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται (βλ. ΕΣ.ΟΛ 807/1997). Σύμφωνα δε με τα παραπάνω είναι προφανές ότι στις περιπτώσεις που λαμβάνει οικονομικός φορέας αμοιβές από φορείς υπηρεσιών ασφάλειας, ο φόρος που προκαταβάλλεται κατά την πληρωμή του 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 συνιστά εισόδημα του ίδιου του αναδόχου που αποτυπώνεται στη φορολογική του δήλωση. Συνεπώς, σε περίπτωση που ενσωματώσουμε στην αμοιβή το πρόσθετο ποσό που αντιστοιχεί στον παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8%, αυτό θα έχει απλά ως συνέπεια την προσαύξηση της αμοιβής και κατ' επέκταση του εισοδήματός μας 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 ένα επιπλέον κόστος για τον ανάδοχο, το οποίο φορολογείται στο τέλος του οικονομικού έτους, ανάλογα με τα αποτελέσματα της χρήσης. Στα ανωτέρω συνηγορεί και το γεγονός ότι στην πράξη η παρακράτηση φόρου υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων, επί του καθαρού ποσού της αξίας των υπηρεσιών, μετά την αφαίρεση όλων των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων.

Αντιστοίχως, η παρακράτηση φόρου 8% δεν μπορεί να ερμηνευτεί, κατά την έννοια της διακήρυξης, ενόψει της ανωτέρω εκτιθέμενης φορολογικής ρυθμίσεως, ότι αποτελεί «επιβάρυνση» της οικονομικής προσφοράς, που δήθεν δεν υπολογίστηκε από την εταιρία μας. Είναι πασίδηλο ότι, πράγματι, φορολογείται η εταιρία μας επί του συνόλου του τιμολογίου και μας παρακρατείται προκαταβολικώς ποσό φόρου 8%, ωστόσο, ο συνολικός φόρος μας είναι 29%, τον οποίο καταβάλλουμε με την εκκαθάριση της φορολογικής δήλωσης κατά το επόμενο ημερολογιακό έτος. Υπό διαφορετική ερμηνευτική

εκδοχή, θα έπρεπε οι υποβάλλοντες οικονομικές προσφορές οικονομικοί φορείς, να προσθέτουν στην προσφορά τους όλο τον φόρο τους, και όχι μόνον τον παρακρατούμενο φόρο 8%. Ασφαλώς η εκδοχή αυτή δεν μπορεί να υποστηριχθεί και είναι αυθαίρετη. Η παρακράτηση φόρου 8%, αλλά και ο συνολικός φόρος στον οποίον υπόκειται κάθε επιχείρηση, τελικώς δεν αποτελεί «επιβάρυνση» της προσφοράς, διότι, όπως είναι ευχερώς κατανοητό με βάση τις γενικές αρχές της λογιστικής, από το σύνολο του ποσού του τιμολογίου αφαιρούνται οι πάσης φύσεως δαπάνες εκτέλεσης του έργου, οι οποίες έχουν κοστολογηθεί στην προσφορά κάθε συμμετέχοντος. Αυτό σημαίνει ότι εάν από τη συνολική προσφορά (ποσό τιμολογίου) αφαιρεθούν οι δαπάνες εκτέλεσης του έργου (μισθοδοσία, εισφορές, αναλώσιμα κ.λπ.) τότε απομένει μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος, το οποίο είναι το πράγματι επιβαρυνόμενο με φορολογία εισοδήματος ποσό του τιμολογίου. Συνεπώς, με φόρο εισοδήματος επιβαρύνεται μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος του αναδόχου και ουδέν άλλο ποσό, από το οποίο, όμως, μετά φόρων απομένει πάντα ορισμένο ποσό με θετικό πρόσημο που συνιστά το κέρδος της επιχείρησης. Με άλλες λέξεις, η προκαταβολή φόρου 8% αποτελεί προσωρινή παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία στη συνέχεια διευθετείται, δηλ. επιστρέφεται στην εταιρία μας με την εκκαθάριση της δήλωσης ή εν πάση περίπτωση συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις. Ενόψει των ανωτέρω, είναι ευχερώς διαπιστώσιμο ότι η παρακράτηση του 8% δεν συνιστά «επιβάρυνση» της προσφοράς. Από την άλλη πλευρά, η οικονομική προσφορά (όπως η δική μας) που δεν την προσμετρά επιπροσθέτως δεν καθίσταται ζημιογόνος, ώστε να τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της νομιμότητας. Ασφαλώς, εάν ορισμένος διαγωνιζόμενος την υπολογίσει ως επιπλέον κόστος στην προσφορά του, όπως η προσφεύγουσα εταιρία, η προσφορά της δεν καθίσταται εξ αυτού του λόγου μη σύννομη, αλλά αυτός ο υπολογισμός έλαβε χώρα κατ' ενάσκηση της επιχειρηματικής ελευθερίας της προσφέρουσας εταιρίας και όχι διότι το επέβαλε ρητώς όρος της διακήρυξης. Άλλωστε, στην περίπτωση του επίδικου διαγωνισμού σε κανέναν όρο της

Διακήρυξης δεν γίνεται αναφορά στην παρακράτηση του 8%, και συνεπώς ένας έμπειρος διαγωνιζόμενος, δεν θα μπορούσε να θεωρήσει ότι η παρακράτηση 8% συνιστά «επιβάρυνση» υποχρεωτικώς υπολογιζόμενη στην οικονομική προσφορά της. Κατ' επέκταση, ο διαγωνιζόμενος που δεν προσμέτρησε επιπρόσθετα στην προσφορά του τη συγκεκριμένη παρακράτηση 8% δεν καθίσταται εξ αυτού του λόγου απορριπτέος, εφόσον τεκμαίρεται εκ της κείμενης φορολογικής νομοθεσίας ότι η συγκεκριμένη προκαταβολή φόρου, μετά την εκκαθάριση της δήλωσης επιστρέφεται στον ίδιο, χωρίς να επιβαρύνει το κόστος του έργου, ώστε η εκτέλεσή του να θεωρηθεί ότι είναι ζημιογόνος.

(δ) Τα παραπάνω επιβεβαιώνονται πλήρως από την κρίση της πλέον πρόσφατης δικαστικής απόφασης επί του επίμαχου ζητήματος, ήτοι από την ΤρΔΕφΑΘ 1268/2020 (ΣΧΕΤ. 1) με την οποία κρίθηκε ότι: « 6. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του ν.4412/2016 που προπαρατέθηκαν, σε συνδυασμό με τις διατάξεις του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής για παροχή υπηρεσιών σε φορείς της γενικής κυβέρνησης, υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των κρατήσεων που προβλέπεται ότι βαρύνουν την προσφορά του αναδόχου. Η παρακράτηση φόρου αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, από τον οποίο προεισπράττεται το σχετικό ποσό, ενώ στη συνέχεια, κατά την εκκαθάριση της φορολογικής του δήλωσης, επιστρέφεται ή συμψηφίζεται στο φόρο εισοδήματος που επιβάλλεται σε βάρος του επί των κερδών ή του καθαρού εισοδήματος, ανάλογα αν πρόκειται για νομικό ή φυσικό πρόσωπο. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την άποψη που επικράτησε στο Δικαστήριο, η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ούτε εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης. Τούτο διότι η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου, έχει προσωρινό

χαρακτήρα, αφού η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού στο Δημόσιο εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, ανάλογα με τα ετήσια κέρδη ή το καθαρό εισόδημα που αυτός δηλώνει, σε σχέση με τα ποσά φόρου που έχουν παρακρατηθεί. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΕΣ Ολομ.807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.α.), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται. Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης, που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του, προσαυξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας, στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, καθώς, με τον τρόπο αυτό, αυξάνεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης και δυσχεραίνεται η εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού. Ενόψει αυτών, κατά την ίδια άποψη, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στη διακήρυξη του κρίσιμου διαγωνισμού ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του και μη νομίμως έγινε δεκτή, ως προς την αιτούσα, η αιτίαση της προδικαστικής προσφυγής με την προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π... ».

Η ως άνω απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών αποτελεί την πλέον πρόσφατη δικαστική απόφαση επί του επίμαχου λόγου προσφυγής, και

δέχεται ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% ΔΕΝ απαιτείται να συμπεριλαμβάνεται στην τιμή της οικονομικής προσφοράς, διότι δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτου. Με την εν λόγω απόφαση ανατράπηκε η παλαιότερη διαφορετική νομολογία επί του ζητήματος, την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα, που είναι εσφαλμένη και παρωχημένη.

(ε) Στην προκειμένη 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 (κόστος αναλωσίμων, διοικητικό κόστος, νόμιμες κρατήσεις κ.λπ.) συνεκτιμώνται παράλληλα ότι κατά την πληρωμή της αμοιβής της (εφόσον μας ανατεθεί η σύμβαση) διενεργείται, σύμφωνα με την κείμενη φορολογική νομοθεσία, η προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου 8%, η οποία, όμως, κατά τη διακήρυξη, δεν περιλαμβάνεται στις νόμιμες κρατήσεις, ούτε συνιστά κατά τα ανωτέρω «επιβάρυνση», κατά την έννοια της διακήρυξης, του κόστους του έργου, ώστε να κινδυνεύει η εκτέλεση της σύμβασης να καταστεί ζημιογόνος. Άλλωστε, ουδείς όρος της διακήρυξης ορίζει ρητώς ότι η παρακράτηση 8% πρέπει να υπολογίζεται επιπλέον της τιμής της οικονομικής προσφοράς που έχει δοθεί, όπως αυτή αναλύεται στον πίνακα του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010. Επομένως, στην επίδικη περίπτωση, δεν απαιτείτο να γίνει ως προς αυτήν την παρακράτηση 8% ειδικότερη μνεία ή επιπρόσθετος υπολογισμός στην ανάλυση των στοιχείων της οικονομικής μας προσφοράς, διότι αυτό, θα κατέληγε σε επαύξηση του κόστους εκτέλεσης του έργου κατά 8%, χωρίς αυτό να είναι επιθυμία ούτε του προσφέροντος ούτε της Αναθέτουσας Αρχής. Αντίθετη εκδοχή καταλήγει πράγματι τελικώς σε επαύξηση του εργολαβικού κέρδους κατά 8% χωρίς αυτό να είναι καν επιθυμία του προσφέροντος, ο οποίος έχει ορίσει ρητώς το εργολαβικό κέρδος του στην ανάλυση του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010. Συνεπώς, η οικονομική μας προσφορά ουδόλως αποκλίνει από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, εφόσον ουδείς όρος της διακήρυξης ορίζει ρητώς και με σαφήνεια κάτι διαφορετικό, ενώ, σε κάθε περίπτωση, όπως αναφέρθηκε πιο πάνω, το ποσό

του φόρου εισοδήματος που τελικώς θα καταβάλουμε 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 επιχείρησής μας από την άσκηση της δραστηριότητας της, στα οποία περιλαμβάνεται και το δηλωθέν εν προκειμένω εργολαβικό όφελος.

Εν όψει των ανωτέρω, η παρακράτηση φόρου 8% δεν συνιστά, «κράτηση» ή «επιβάρυνση» του κόστους του έργου, το οποίο δήθεν θα πρέπει να συνυπολογίζεται στην οικονομική προσφορά εκάστου προσφέροντος, και συνεπώς νομίμως η εταιρία μας δεν τη συνυπολόγισε επιπρόσθετα στην οικονομική προσφορά της, αλλά την έλαβε υπόψη της σε κάθε περίπτωση για τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς της.

ΤΡΙΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Ως προς τον ισχυρισμό που αφορά το εύλογο ύψος του συνυπολογισθέντος εργολαβικού κέρδους ποσοστού 0,29 % ή 100 ευρώ μηνιαίως λεκτέα είναι τα ακόλουθα:

Α. Στο άρθρο 68 «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών» του Ν. 3863/2010, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 (ΦΕΚ 88/ Α), ορίζεται ότι: [...]

Ο Ν. 3863/2010, αν και αναφέρεται σε «εύλογο εργολαβικό όφελος» δεν αναφέρεται σε συγκεκριμένη μορφή κέρδους (υλικό, φήμη, διαφήμιση κ.λπ.). Περαιτέρω, το εύλογο κέρδος δεν προσδιορίζεται σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αλλά κρίνεται κατά περίπτωση. Η διαμόρφωση του ύψους του εργολαβικού κέρδους (αφού τα προσδιοριστικά τούτου στοιχεία δεν καθορίζονται στο νόμο) ανάγεται στον τρόπο άσκησης της επιχειρηματικής δραστηριότητας του διαγωνιζομένου και σχετίζεται με το βάρος του επιχειρηματικού του κινδύνου, τη δυναμικότητα της επιχείρησής του, και τις επιχειρηματικές προσδοκίες του κατά τον κρίσιμο, κατά περίπτωση, χρόνο ως προς δε τη διαμόρφωση του ύψους του πρέπει να ερευνάται κατά περίπτωση (βλ. ΔΕφΑΘ 86/2019, 312/2015, 795/2012 και ΕΑ ΣτΕ 105/2015,

263/2011,139/2011). Άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη της την τρέχουσα περίοδο δημοσιονομικής κρίσης αλλά και το ότι το εργοδοτικό όφελος δεν είναι πάντα δυνατόν να αποτιμηθεί χρηματικά μέσα στα στενά όρια μιας οικονομικής προσφοράς (ΔΕΦΑΘ 873/2012).

Επί τη βάσει των ανωτέρω έχει κριθεί (ΔεφΑΘ 86/2019) ότι: «10...Ισχυρίζεται περαιτέρω η αιτούσα ότι το ποσό του εργολαβικού κέρδους που είχε υπολογίσει, ήταν απολύτως εύλογο, αν συνεκτιμηθούν οι ειδικότερες περιστάσεις τις οποίες είχε λάβει υπόψη κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς της, καθόσον το προσδοκώμενο μικρό οικονομικό όφελος που θα αποκτήσει από την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης, συναρτάται πέρα από το κέρδος και με άλλους παράγοντες που αφορούν τα οικονομικά δεδομένα του ανταγωνισμού, του οφέλους που θα προσποριστεί από τη συνεργασία με το καθού, με την ενίσχυση του κύκλου εργασιών της και της επιχειρηματικής της εικόνας, τη διατήρηση και βελτίωση της φήμης της, με συνέπεια την απόκτηση ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος σε άλλους παρόμοιους διαγωνισμούς. ...Η αιτούσα ισχυρίζεται ακόμη ότι όπως προκύπτει από τα στοιχεία που υπέβαλε με την προσφορά της για την απόδειξη της τεχνικοοικονομικής της επάρκειας, παρουσιάζει υψηλή κερδοφορία κατά τα τελευταία επτά έτη, ως εκ τούτου δε, στηρίζεται επαρκώς η επιχειρηματική της επιλογή να περιορίσει το εργολαβικό της κέρδος προκειμένου να εκτελέσει επιτυχώς ένα μεγάλο έργο φύλαξης, όπως το επίμαχο, η ανάληψη του οποίου θα εδραιώσει τη θέση της στην αγορά, θα αυξήσει την πελατειακή της βάση, την εμπειρία της, καθώς και όλους τους δείκτες οικονομικής ευρωστίας της επιχείρησής...Με τα ανωτέρω δεδομένα οι προβληθείσες αιτιάσεις πιθανολογούνται σοβαρά ως βάσιμες, άλλωστε, η οικονομική προσφορά της απούσας προβλέπει κάποιο περιθώριο κέρδους, όπως απαιτείται, σύμφωνα με όσα έχουν εκτεθεί στην όγδοη σκέψη. (ΕΑΣΤΕ 108/2014).».

Β. Στην υπό κρίση περίπτωση, η εφαρμοστέα διακήρυξη δεν προέβλεπε συγκεκριμένο ποσοστό ελάχιστου εργολαβικού κέρδους που όφειλε κάθε εταιρία να προϋπολογίσει στην προσφορά της, ενώ και ο Ν. 3863/2010, αν και

αναφέρεται σε «εύλογο εργολαβικό όφελος» δεν αναφέρεται σε συγκεκριμένη μορφή κέρδους (υλικό, φήμη, διαφήμιση κ.λπ.). Άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να υποκαταστήσει τη διακριτική ευχέρεια της εταιρίας μας και την επιχειρηματική ελευθερία της να διαμορφώνει η ίδια το κέρδος της και τις πτυχές του αναλαμβάνοντας τον κίνδυνο ή το ρίσκο ενός χαμηλού κέρδους από την εκτέλεση του έργου, το οποίο όμως έχει πολλαπλά αντισταθμιστικά οφέλη. Επίσης, ουδόλως μπορεί να επιβληθεί συγκεκριμένο ύψος χρηματικού κέρδους για την εταιρία μας από τη στιγμή που δεν προβλέπεται ρητώς από τη διακήρυξη η υποχρέωση συνυπολογισμού κέρδους συγκεκριμένου ποσοστού. Σύμφωνα με τα υφιστάμενα δεδομένα της αγοράς, ενόψει της τρέχουσας οικονομικής κρίσης, η εταιρία μας θεώρησε ως κέρδος την προβολή της από τη φύλαξη των χώρων της ... (Παρκών και Αλσών), καθώς και την αύξηση του πελατολογίου της, με συνέπεια να εδραιώσει τη θέση της στην αγορά, να αυξήσει την πελατειακή της βάση, την εμπειρία της, καθώς και όλους τους δείκτες οικονομικής ευρωστίας της επιχείρησής. Συνεπώς, γίνεται αντιληπτό ότι η εταιρία μας, διαμόρφωσε την οικονομική προσφορά της επί τη βάσει του σκεπτικού ότι πρόκειται να αποκομίσει από την ανάληψη της συγκεκριμένης σύμβασης, σημαντικά κέρδη, υλικά και άυλα, εφόσον το κέρδος δεν απαιτείται να είναι οπωσδήποτε χρηματικό αποτιμητό αλλά και μη υλικό.

Επισημαίνεται, άλλωστε, ότι το κέρδος της εταιρίας μας διαφοροποιείται ανάλογα με τα έργα που διαθέτει και το κέρδος που λαμβάνει από αυτά και σε κάθε περίπτωση η εταιρία μας έχει την πρόδηλη ευχέρεια να μην αποσκοπεί κατ' ανάγκην μόνο στο υλικό κέρδος αλλά και στην αύξηση της εμπειρίας της και του πελατολογίου της. Άλλωστε, η εταιρία μας, διαθέτει σημαντική πιστοληπτική ικανότητα και είναι καθ' όλα κερδοφόρος, και επομένως δικαιολογείται απολύτως το συγκεκριμένο ύψος κέρδους. Εφόσον με τις διατάξεις της διακήρυξης του διαγωνισμού δεν προκαθορίστηκε ορισμένο ποσό ή ποσοστό, ως ελάχιστο αποδεκτό εργολαβικό κέρδος, ο προσδιορισμός έστω και μικρού εργολαβικού κέρδους, ύψους 100 ευρώ μηνιαίως, ανάγεται στον τρόπο άσκησης της επιχειρηματικής δραστηριότητας των

διαγωνιζόμενων, οι οποίοι διαμορφώνουν τις οικονομικές προσφορές κατά την ελεύθερη κρίση τους, αναλαμβάνοντας και το βάρος του σχετικού επιχειρηματικού κινδύνου.

Επομένως, είναι δεδομένο πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η εταιρία μας θα αποκομίσει πράγματι το δηλωμένο κέρδος, το οποίο δεν πρόκειται να συμπίεστεί με άλλες δαπάνες και άρα η εκτέλεση του έργου δεν μπορεί να καταστεί ζημιογόνος [...].».

19. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] 2. Κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις [...] 4. Η υποχρέωση της παραγράφου 2 : (α) επισημαίνεται στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθ. 53 [...]».

20. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως : [...]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα

86 και 87 ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 [...].».

21. Επειδή, το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « Οι συμβάσεις ανατίθενται [...] εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει [...], ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης [...]. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να μην αναθέσουν τη σύμβαση στον προσφέροντα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά όταν έχουν διαπιστώσει ότι η προσφορά δεν τηρεί τις ισχύουσες υποχρεώσεις, όπως αυτές προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 ».

22. Επειδή το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφος 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις

παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18. [...]».

23. Επειδή το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

24. Επειδή το άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

25. Επειδή στον ν. 3996/2011 «Σώμα Επιθεωρητών Εργασίας, Θέματα ΕΡΓΑΤΙΚΑ, Κοινωνικής Ασφάλισης, ΕΚΑΣ, ΟΑΕΔ κλπ», στο άρθρ. 89 παρ. Γ με τον τίτλο «Γ. Σύσταση «Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων

(Ε.Λ.Π.Κ.)» ορίζεται ότι: «1. Στον Οργανισμό Εργατικής Εστίας (Ο.Ε.Ε.) συνιστάται λογαριασμός με τίτλο «Ειδικός Λογαριασμός Παιδικών Κατασκηνώσεων» (Ε.Λ.Π.Κ.) με οικονομική και λογιστική αυτοτέλεια. Πόροι του λογαριασμού είναι η εργοδοτική εισφορά είκοσι (20) ευρώ ετησίως για κάθε εργαζόμενο, η οποία εισπράττεται με τις τακτικές εισφορές του Ο.Ε.Ε.,2. Σκοπός του λογαριασμού είναι η οργάνωση και η εφαρμογή προγραμμάτων φιλοξενίας σε θερινές κατασκηνώσεις των παιδιών χαμηλόμισθων εργαζομένων και ανέργων... 4. Με απόφαση του Υπουργού Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, καθορίζονται οι διαδικασίες είσπραξης, ελέγχου, διαχείρισης, διάθεσης και δικαιολόγησης των κονδυλίων του Λογαριασμού, καθώς και κάθε άλλο σχετικό θέμα για την υλοποίηση του σκοπού της παρούσας διάταξης. 5. Για την κάλυψη της παροχής αυτής θεσπίζεται ετήσια εργοδοτική εισφορά είκοσι (20) ευρώ ανά εργαζόμενο.»

26. Επειδή, στην ΥΑ 23411/2131/30.12.2011 (ΦΕΚ Β/29) προβλέπεται ότι: «[...] 5. Τρόπος είσπραξης της εργοδοτικής εισφοράς: α) Η εργοδοτική εισφορά για τη λειτουργία του Ε.Λ.Π.Κ. καταβλητέα από τον εργοδότη ετησίως, εισπράττεται από το ΙΚΑ ταυτόχρονα και παράλληλα με τις τακτικές υπέρ του Οργανισμού Εργατικής Εστίας εισφορές μηνός Αυγούστου. Η εν λόγω εισφορά συνιστά ξεχωριστό λογαριασμό, προς διαχωρισμό των λοιπών εισπραττομένων εισφορών υπέρ του Οργανισμού Εργατικής Εστίας από το ΙΚΑ. Το ΙΚΑ υποχρεούται να αποδίδει άμεσα την εν λόγω καταβαλλόμενη εργοδοτική εισφορά στον Ε.Λ.Π.Κ. Η άμεση καταβολή εξασφαλίζει την υλοποίηση των κατασκηνωτικών προγραμμάτων εκάστου έτους».

27. Επειδή, σύμφωνα με την υπ' αριθμόν οικ. 4241/127/2019 (ΦΕΚ 173/Β/30-1-2019) Υπουργική Απόφαση: «Τον καθορισμό, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 103 του ν. 4172/2013 (Α' 167), όπως ισχύει, του νόμιμου κατώτατου μισθού και του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίου, για πλήρη απασχόληση, για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας, χωρίς ηλικιακή διάκριση, ως εξής:

α) Για τους υπαλλήλους ο κατώτατος μισθός ορίζεται στα εξακόσια πενήντα ευρώ (650,00 €).

β) Για τους εργατοτεχνίτες το κατώτατο ημερομίσθιο ορίζεται στα είκοσι εννέα ευρώ και τέσσερα λεπτά (29,04 €).

Η απόφαση αυτή ισχύει από 1 Φεβρουαρίου 2019».

28. Επειδή σύμφωνα με την Δ.Α. 39/2004 «Για τους όρους αμοιβής εργασίας των Εργαζομένων στις Επιχειρήσεις Παροχής Υπηρεσιών όλης της χώρας», που κηρύχθηκε υποχρεωτική με την ΥΑ 13129/19.10.2004 (ΦΕΚ Β 1643/5.11.2004), καθιερώθηκε το 5νθήμερο –χωρίς μείωση μισθών αποδοχών- για τις αναφερόμενες εκεί κατηγορίες των εργαζομένων. Ειδικότερα, σύμφωνα με άρθ. 1 «Πεδίο ισχύος»: «1. Στην παρούσα υπάγονται οι εργαζόμενοι με σχέση εξαρτημένης εργασίας που απασχολούνται σε επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών που δραστηριοποιούνται στους χώρους [...]: φυλάξεως επιχειρήσεων, [...] και που έχουν τις παρακάτω ειδικότητες: [...] δ. Προσωπικό φύλαξης (φύλακες, νυκτοφύλακες, θυρωροί) [...]». Και περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθ. 4 «Εβδομάδα 5 ημερών»: «Καθιερώνεται για τους εργαζόμενους που υπάγονται στη ρύθμιση αυτή εβδομαδιαία εργασία πέντε ημερών, δώρου ημερησίας απασχόλησης και 40 ωρών εβδομαδιαίας εργασίας [...]». Σύμφωνα δε με το άρθ. 5 «Εφαρμογή θεσμικών όρων Ε.Γ.Σ.Σ.Ε.» : «Οι θεσμικοί όροι της Ε.Γ.Σ.Σ.Ε. όπως ισχύει αποτελούν μέρος της παρούσας και ισχύουν και για τους μισθωτούς που υπάγονται σ' αυτή.»

29. Επειδή στους όρους της πρόσκλησης προβλέπεται ότι : « [...]».

Η ..., έχοντας υπόψη τις διατάξεις του Ν.4412/16 και του άρθρου 26 της Π.Ν.Π. «Κατεπείγοντα μέτρα αντιμετώπισης της ανάγκης περιορισμού της διασποράς του κορωνοϊού COVID – 19» (ΦΕΚ 64/Α' /14.3.2020), η οποία κυρώθηκε με τον Ν.4682/2020 (ΦΕΚ Α' 76/3-4-20), σας προσκαλεί να υποβάλετε οικονομική προσφορά, έως την Τρίτη 28/07/2020 και ώρα 11:00 π.μ., για:

Αριθμός απόφασης: Σ 1669/2021

Α) την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των Πάρκων και Αλσών αρμοδιότητας ..., για χρονικό διάστημα 6 μηνών, προϋπολογισμού €325.872,00 συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.

Β) την παροχή υπηρεσιών πυρασφάλειας των Πάρκων και Αλσών αρμοδιότητας ..., για χρονικό διάστημα 3,5 μηνών, προϋπολογισμού €124.558,00 συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. σύμφωνα με την υπ' αρ.1430/2020 (ΑΔΑ: ...) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής και τις υπ' αρ. πρωτ. 515552/17-07-2020 (ΑΔΑ: ...) και 534906/23-07- 2020 (ΑΔΑ: ...)

Αποφάσεις Ανάληψης Υποχρέωσης, με τις εξής τεχνικές προδιαγραφές:

Α. ΜΗΝΙΑΙΟ ΚΟΣΤΟΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ (7 ΗΜΕΡΕΣ ΤΗΝ ΕΒΔΟΜΑΔΑ)

... ..			
ΔΙΑΤΙΘΕΝΤΑΙ	ΒΑΡΔΙΕΣ/24ΩΡΟ	ΜΕΡΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ/ΜΗΝΑ	ΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ/ΜΗΝΑ ΑΝΕΥ Φ.Π.Α
2 PATROL - 24ΩΡΟ = 2 ΟΧΗΜΑΤΑ	3	2 X 1.500	3.000
2X2 ΑΤΟΜΑ - 24ΩΡΟ = 4 ΑΤΟΜΑ	3	4 X 6.300	25.200
...			
1 PATROL - 24ΩΡΟ = 1 ΟΧΗΜΑ	3	1.500	1.500
2 ΑΤΟΜΑ - 24ΩΡΟ = 2 ΑΤΟΜΑ	3	2 X 6.300	12.600
ΕΞΟΔΑ ΕΠΟΠΤΕΙΑΣ & ΚΕΝΤΡΟΥ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΣΤΟΛΟΥ			
24ΩΡΟ	3	1.500	1.500
ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΜΗΝΙΑΙΟ ΚΟΣΤΟΣ			43.800

1. ΚΑΘΗΚΟΝΤΑ ΚΑΙ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΚΑΙ ΑΝΑΔΟΧΟΥ: [...]

Ο Ανάδοχος υποχρεούται να επιβλέπει ανά πάσα στιγμή την ικανοποιητική και πλήρη εκπλήρωση των καθηκόντων του προσωπικού φύλαξης με κάθε

πρόσφορο μέσο (π.χ. επόπτη, ο οποίος με εφόδους θα ελέγχει την άσκηση των καθηκόντων του ως άνω προσωπικού). Οι φύλακες θα είναι ανά πάσα στιγμή στη διάθεση της Υπηρεσίας ή του αρμόδιου υπαλλήλου της Υπηρεσίας, προκειμένου να συζητά μαζί του για κάθε ζήτημα σχετικό με την εκτέλεση των υπηρεσιών φύλαξης και την επίλυση κάθε προβλήματος που ανακύπτει

Οι οικονομικές προσφορές θα πρέπει να συμπληρωθούν σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος Α' [...] σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος θα πρέπει να περιλαμβάνει και τα εξής δικαιολογητικά:

ΤΡΟΠΟΣ ΠΛΗΡΩΜΗΣ - ΚΡΑΤΗΣΕΙΣ

Οι κρατήσεις βαρύνουν τον ανάδοχο και υπολογίζονται αφού αφαιρεθεί ο Φ.Π.Α. ως εξής:

- ☐ 0,07% επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων, υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων.
- ☐ Τέλος χαρτοσήμου 3% επί του ανωτέρω τέλους 0,07% υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων.
- ☐ Υπέρ ΟΓΑ χαρτοσήμου 20% επί του ανωτέρω χαρτοσήμου.
- ☐ 0,06% επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων, υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.).
- ☐ Τέλος χαρτοσήμου 3% επί του ανωτέρω τέλους 0,06% υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.).
- ☐ Υπέρ ΟΓΑ χαρτοσήμου 20% επί του ανωτέρω χαρτοσήμου.

Ο Φ.Π.Α. βαρύνει την

Κατά την πληρωμή θα παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%, σύμφωνα με το άρθρο 64, παρ.2, του Ν.4172/2013.

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α'

ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ

Η οικονομική προσφορά θα περιλαμβάνει τους ακόλουθους δύο πίνακες:

1. Πίνακας με τη συνολική προσφερόμενη τιμή για τις υπηρεσίες φύλαξης

ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ

Αριθμός απόφασης: Σ 1669/2021

	ΜΗΝΙΑΙΑ ΤΙΜΗ (προ Φ.Π.Α.)	ΜΗΝΙΑΙΑ ΤΙΜΗ (συμπ. Φ.Π.Α.)	ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ (προ Φ.Π.Α.)	ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ (συμπ. Φ.Π.Α.)
ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΦΥΛΑΞΗΣ				

2. Πίνακας με την ανάλυση της προσφερόμενης τιμής για τις υπηρεσίες φύλαξης σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 (ΦΕΚ 115/Α'/15.07.2010)

Αριθμός Εργαζομένων	
Ημέρες Εργασίας ανά μήνα	
Ώρες Εργασίας ανά μήνα	
*Κλαδική Σύμβαση Εργασίας ή Συλλογική Σύμβαση Εργασίας στην περίπτωση που δεν είναι σε ισχύ η Κλαδική Σύμβαση Εργασίας	
Προϋπολογιζόμενες νόμιμες αποδοχές ανά μήνα	
Ύψος Ασφαλιστικών Εισφορών	
Διοικητικό Κόστος παροχής των υπηρεσιών	
Κόστος αναλωσίμων, λειτουργίας, απόσβεσης και συντήρησης μεταφορικών μέσων και μηχανημάτων	
Εργολαβικό Κέρδος	
Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις	
% Φ.Π.Α	
Σύνολο ανά Μήνα	

*ΠΡΟΣΟΧΗ: Μαζί με την οικονομική προσφορά, οι συμμετέχοντες οφείλουν να επισυνάψουν αντίγραφο της Κλαδικής Σύμβασης Εργασίας ή της Συλλογικής, στην περίπτωση που δεν είναι σε ισχύ η Κλαδική Σύμβαση Εργασίας, στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι».

30. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

31. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

32. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος τους αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

33. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

34. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης, εφόσον δε η προσφορά υπολείπεται του ελαχίστου εργοδοτικού κόστους, απορρίπτεται κατά τα ως άνω και επιπροσθέτως επειδή παραβιάζονται οι αρχές προστασίας του ανόθευτου ανταγωνισμού, της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας. (ΔΕΦΑΘ 236/213, 511/2013 και εκεί αναφερόμενη νομολογία του ΣτΕ, ΔΕΦΑΘ 427/2011, 512/2011).

35. Επειδή, ως έχει *ad hoc* κριθεί (ΔεφΘεσ/κης Ν8/2019), όταν οι διατάξεις της διακήρυξης δεν επιβάλλουν, επί ποινή απαραδέκτου, στους διαγωνιζόμενους ρητή και αναντίλεκτη υποχρέωση να συμπεριλάβουν το κονδύλιο της κράτησης του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων σε συγκεκριμένο τμήμα της οικονομικής τους προσφοράς, ιδίως δε όταν δεν προβλέπεται σχετικό πεδίο στο υπόδειγμα των πινάκων σύνταξης της οικονομικής προσφοράς, τότε είναι ευλόγως υποστηρίξιμη η άποψη ότι είναι επιτρεπτή η συμπερίληψη του επίμαχου κονδυλίου στο πεδίο του διοικητικού κόστους. Τούτο δε διότι είναι προφανής ο διακριτός χαρακτήρας του κονδυλίου τούτου, το οποίο, παρότι ούτε και γνησίως διοικητικό κόστος περιγράφει, πάντως δεν αναπαριστά ασφαλιστική εισφορά, καθότι, μάλιστα, δεν υπολογίζεται επί του ποσού της εργατικής δαπάνης, και δεν εντάσσεται ως εκ τούτου στη συμβατική εργατική δαπάνη, αλλ' εμπίπτει στην εν ευρεία εννοία εργοδοτική δαπάνη.

36. Επειδή από τις διατάξεις του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δύναται να νοθεύσει τον ανταγωνισμό και να πλήξει την επί ίσοις όροις συμμετοχή των ενδιαφερομένων στους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων,

αφού με τη μεθόδευση αυτή οι λοιποί υποψήφιοι αποκλείονται κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και η διαδικασία αποβαίνει υπέρ του διαγωνιζομένου εκείνου που προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί αδικαιολόγητα χαμηλού, σε σχέση με τα κρατούντα στην αγορά, τιμήματος. Περαιτέρω, η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς -ως τέτοιας προφανώς νοουμένης και της οικονομικής προσφοράς που αν και φαίνεται ότι καλύπτει το κόστος παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών δεν καταλείπει εύλογο εργολαβικό κέρδος, δηλαδή χρηματικό όφελος τέτοιας έκτασης που να δικαιολογεί τη συμμετοχή στη διαδικασία του διαγωνισμού- διακινδυνεύει και το δημόσιο συμφέρον, στο μέτρο που ο ανάδοχος ενδέχεται, κατά λογική ακολουθία, να επιχειρήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης να καλύψει τη ζημία που υφίσταται, εξαιτίας του αδικαιολόγητα χαμηλού τιμήματος, σε βάρος της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (βλ. σχετικά S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2005) σελ. 532-534; P Trepte, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (Oxford, Oxford University Press, 2004) σελ.165-166 and 197; και P Trepte, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, 2^η έκδοση(Oxford, Oxford University Press, 2007,σελ.474, και AR Engel, *Managing Risky Bids, Handbook of Procurement* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006 σελ.322, 326).

37. Επειδή η έννοια της αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς δεν αποδίδεται ρητά από τις διατάξεις των ενωσιακών Οδηγιών, αλλά αποτελεί αόριστη αξιολογική έννοια (βλ Δ. Ράικος *Δημόσιες Συμβάσεις*, σελ. 858). Ως εκ τούτου, πρέπει να καθορίζεται συγκεκριμένα σε κάθε σύμβαση σε σχέση με το αντικείμενο που αποτελεί το περιεχόμενό της, (βλ. Απόφ. Γεν. Δικαστ. υπόθ. T-495/04, σκέψη 94). Εφόσον, όμως, δεν καθορίζεται στις οδηγίες ο τρόπος υπολογισμού του ορίου πέραν του οποίου υφίσταται αδικαιολόγητα χαμηλή προσφορά, εναπόκειται στα κράτη-μέλη και στις αναθέτουσες αρχές να καθορίσουν τον τρόπο υπολογισμού αυτού του ορίου. Ωστόσο, οι οδηγίες αλλά και ο νόμος 4412/2016 επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να

εξακριβώσει την ύπαρξη της όχι μόνο σε αυτές τις προσφορές που είναι έκδηλα υπερβολικά χαμηλές αλλά και σε αυτές που φαίνονται σε αυτήν ως αδικαιολόγητα χαμηλή προσφορά (ΔΕΚ Απόφ. C-103/88, σκ. 27). Η έννοια της αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς δεν θεμελιώνεται αορίστως από την αναθέτουσα αρχή αλλά καθορίζεται με αναφορά στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και συνθήκες του υπό εκτέλεση έργου. Η δε κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς τον χαρακτηρισμό της προσφοράς, ελέγχεται δικαστικά ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει (βλ. ΕΣ Τμ. Μείζ. Επτ. Σύνθ. 1077/2016, ΕΣ Τμ. IV Πράξεις 3/2017, 21/2016) και πλέον υπάγεται στον έλεγχο της ΑΕΠΠ, (ΑΕΠΠ 235/2017, σκ 5).

38. Επειδή ομοίως το ΔΕΕ επεσήμανε με σαφήνεια ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή πρώτον, να εντοπίσει τις ύποπτες προσφορές, δεύτερον, να παράσχει στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα των προσφορών τους, ζητώντας τους τις διευκρινίσεις που η αναθέτουσα αρχή κρίνει σκόπιμες, τρίτον, να εκτιμήσει τη λυσιτέλεια των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι και, τέταρτον, να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή αν θα απορρίψει τις προαναφερθείσες προσφορές. [βλ. συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, *Lombardini και Mantovani* (2001) Συλλογή I-9233 σκ.55].

39. Επειδή, όπως έχει νομολογιακά κριθεί υπό το προϊσχύον νομικό καθεστώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την διακριτική ευχέρεια, να εντοπίζει τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, (Απόφ. 2092/2011 VI Τμήμ. Ελ. Συν και Πρ. 151/2012 Ζ΄ Κλιμ., ΕΣ 302/2012 Ζ΄ Κλιμ.). Συνεπώς, μόνον εφόσον προκύπτουν τέτοιες αμφιβολίες οφείλει η αρμόδια επιτροπή αξιολογήσεως να ζητήσει τις προσήκουσες διευκρινίσεις ως προς τη σύνθεση της προσφοράς, προτού, ενδεχομένως, την απορρίψει. Αντιθέτως, στην περίπτωση που μια προσφορά δεν φαίνεται υπερβολικά χαμηλή, το εν λόγω άρθρο δεν εφαρμόζεται [βλ., επ' αυτού, αποφάσεις της 4ης Ιουλίου 2017, *European Dynamics Luxembourg SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, T 392/15, ECLI:EU:T:2017:462 σκ.85, της 6ης Ιουλίου 2005, TQ3

Travel Solutions Belgium κατά Επιτροπής, T 148/04, EU:T:2005:274, σκέψεις 49 και 50· της 11ης Μαΐου 2010, PC Ware Information Technologies κατά Επιτροπής, T 121/08, EU:T:2010:183, σκέψη 72· της 5ης Νοεμβρίου 2014, Computer Resources International (Luxembourg) κατά Επιτροπής, T 422/11, EU:T:2014:927, σκέψη 57, και της 15ης Σεπτεμβρίου 2016]. Τέτοιες αμφιβολίες μπορεί να υφίστανται, μεταξύ άλλων, εάν προκύπτει αβεβαιότητα ως προς, αφενός, το κατά πόσον ορισμένη προσφορά τηρεί τη νομοθεσία της χώρας εντός της οποίας πρέπει να παρασχεθούν οι υπηρεσίες, στον τομέα αμοιβών του προσωπικού, συνεισφοράς στο σύστημα κοινωνικής ασφάλισης και τηρήσεως των κανόνων ασφάλειας και υγιεινής στον χώρο εργασίας ή των πωλήσεων επί ζημία, και, αφετέρου, το κατά πόσον στην προσφερόμενη τιμή ενσωματώνονται όλες οι δαπάνες που προκύπτουν από τις τεχνικές πτυχές της προσφοράς (απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 2015, Secolux κατά Επιτροπής, T 90/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2015:772, σκέψη 62).

40. Επειδή, ειδικότερα, προτού οι αναθέτουσες αρχές απορρίψουν μία προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή, ζητούν εγγράφως λεπτομέρειες σχετικά με τα συστατικά στοιχεία των προσφορών που κρίνονται χρήσιμα για την εκτίμηση ή την εξακρίβωση της προφανούς ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς (βλ. C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου).

41. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν [βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β, Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568.

42. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της

διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν

ανατιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣτΕ 2418/1976, 1061/1981).

43. Επειδή, επομένως, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογήσει πλήρως και ειδικώς την απόφασή της, βασιζόμενη στην φερεγγυότητα της προσφοράς και στην ανάπτυξη ανταγωνισμού. Η αιτιολόγηση πρέπει να προσδιορίζει συγκεκριμένα τα σημεία που κρίνει ανεπαρκή ή ανακριβή. Αν παρά τις εξηγήσεις που παρέχει ο διαγωνιζόμενος, η προσφορά εγκυμονεί κινδύνους για την μη εκτέλεση της σύμβασης, πρέπει να απορριφθεί, (βλ. Δ. Ράικος ο.π. σελ. 867).

44. Επειδή, κατά την πάγια νομολογία επί του προϋσχύοντος νομικού πλαισίου, σε περίπτωση που διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζόμενου, γεννάται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει με πλήρη, ειδική και σαφή αιτιολογία επί αυτών, αφού ζητήσει διευκρινίσεις από τον διαγωνιζόμενο που φέρεται να έχει υποβάλει την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά (βλ. ΣτΕ 4249/2010, 3546/2009, ΕπΑνΣτΕ 295/2011, 1260, 41/2010, 815, 747, 127/2009, 1079, 1069/2009, Αριθμός απόφασης: 171/2019 61 866, 187, 45/2008, ΔΕφΑΘ (ακυρωτικό) 1528/2014, και Ε.Σ. VI Τμ. 70/2012, 3202, 2235, 2234, 2232, 2090, 584/2011, 3678, 3355, 3134/2009).

45. Επειδή, η οικονομική προσφορά διαγωνιζόμενου σε διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών δεν μπορεί, κατά την κοινή αντίληψη, να συντίθεται μόνο από το κόστος της μισθοδοσίας του προσωπικού που θα ασχοληθεί στην παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών, αλλά θα πρέπει να περιλαμβάνει και το λειτουργικό (διοικητικό) κόστος, καθώς επίσης και να καταλείπει και κάποιο περιθώριο κέρδους, ώστε να μην θέτει σε κίνδυνο την εκτέλεση της σχετικής συμβάσεως (Αποφάσεις ΕΑ ΣτΕ 675/2002, 272/2008, 1257, 1262, 1297 και 1299/2009, 970/2010 κλπ). Το κόστος

αμοιβής των εργαζομένων επιβάλλεται να μην υπολείπεται του οριζομένου στην οικεία Συλλογική Σύμβαση Εργασίας ή στην Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασίας, ενώ το ποσοστό του διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών των προσφερόντων, πρέπει να μην είναι μηδαμινό, η δε προσφορά θα πρέπει επιπλέον να ενσωματώνει και ένα εύλογο και όχι μηδαμινό ποσοστό αναλώσιμων, εργολαβικού κέρδους καθώς και τις νόμιμες κρατήσεις (ΔΕφΘεσσαλ 339/2013).

46. Επειδή ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί διότι δεν έχει υπολογίσει στο πεδίο των ασφαλιστικών εισφορών το ποσό που αντιστοιχεί την εισφορά του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων.

47. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, προκύπτει ότι η κράτηση υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων αποτελεί εργοδοτική δαπάνη, ύψους 20 ευρώ ετησίως για κάθε εργαζόμενο, η οποία καταβάλλεται από τον εργοδότη και εισπράττεται από το Ι.Κ.Α. – Ε.Τ.Α.Μ. ταυτόχρονα και παράλληλα με τις τακτικές εισφορές υπέρ του Οργανισμού Εργατικής Εστίας για τον μήνα Αύγουστο κάθε έτους.

48. Επειδή, όπως αναφέρεται στην υπό κρίση πρόσκληση οι οικονομικές προσφορές θα συνταχθούν σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος Α. Ο εν λόγω δε Πίνακας περιλαμβάνει ανάλυση της προσφερόμενης τιμής βάσει των απαιτήσεων του άρθρου 68 του ν. 3863/2010. Επομένως, δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία περί της υποχρέωσης των συμμετεχόντων να υπολογίσουν την κράτηση υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων στην τιμή που θα δηλώσουν στον Πίνακα, αβασίμως δε η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι δεν προκύπτει τούτο από την πρόσκληση. Ωστόσο, θα πρέπει να επισημανθεί ότι δεν περιλαμβάνεται στο Πίνακα του Παραρτήματος Α' κάποιο ειδικό πεδίο στο οποίο να πρέπει υποχρεωτικά και επί ποινή αποκλεισμού να αναφερθεί η κράτηση υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων.

Ειδικότερα, περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, πεδία που αφορούν στο «Ύψος Ασφαλιστικών εισφορών», στις «Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις» καθώς και σε «Διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών». Επομένως, η εν λόγω κράτηση, είναι δυνατό να συνυπολογιστεί στο ποσό που αντιστοιχεί στο πεδίο «Διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών» του Πίνακα του Παραρτήματος Α΄ της πρόσκλησης παρά τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα στο υπόμνημά του, τα οποία ερείδονται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι η κράτηση υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων αποτελεί ασφαλιστική εισφορά. Εξάλλου, ως κρίθηκε με την ΔΕΦΑΘ 1549/2021, σε συμμόρφωση της οποίας εκδίδεται η παρούσα, *«ελλείπει ειδικού πεδίου στο έντυπο της οικονομικής προσφοράς, αλλά και της εύλογης αμφιβολίας για το χαρακτήρα της εισφοράς αυτής ως εργοδοτικής, αφού δεν υπολογίζεται επί της εργατικής δαπάνης, είναι ευλόγως υποστηρίξιμη η άποψη ότι η εν λόγω εισφορά εμπίπτει στην «εν ευρεία εννοία» εργοδοτική δαπάνη και άρα μπορεί να συμπεριληφθεί στο πεδίο του διοικητικού κόστους [βλ. και ΔΕΘ-Ν8/19]»* συνακόλουθα, παρίσταται ως νόμιμη η αιτιολογία της απόφασης ΑΕΠΠ 1208/2020, η οποία απέρριψε τον οικείο λόγο της προσφυγής ως προς την προσφορά του δεύτερου παρεμβαίνοντος.

49. Επειδή, όπως προκύπτει από τον υποβληθέντα πίνακα με την οικονομική προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος, στο πεδίο «Διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών και ασφαλιστικές εισφορές κατασκηνώσεων ΕΛΠΚ, εποπτεία & διαχείριση στόλου μηνιαίως» δηλώνεται **ρητώς** ότι στο ποσό των 1.540 ευρώ περιλαμβάνεται, ως ισχυρίζεται ο πρώτος παρεμβαίνων, το ποσό που αντιστοιχεί, εν προκειμένω, στην κράτηση υπέρ του Ειδικού Λογαριασμού Παιδικών Κατασκηνώσεων για τους 25,20 εργαζόμενους που αναφέρει στην προσφορά του. Σε κάθε περίπτωση, αν η αναθέτουσα αρχή είχε αμφιβολία σχετικά με τη συμπερίληψη ή μη της εν λόγω κράτησης στο διοικητικό κόστος, δεν θα μπορούσε να απορρίψει την οικονομική προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος, πριν τον καλέσει να το

αποσαφηνίσει, δυνάμει του άρθρου 102 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Κατά συνέπεια, δεδομένου ότι δεν αποδεικνύεται παράλειψη του πρώτου παρεμβαίνοντος να υπολογίσει την εν λόγω κράτηση, τουναντίον η οικονομική του προσφορά αναμφισβήτητα την καλύπτει $[1540\text{€} - (20 \times 25,2) = 1036\text{€}]$ μέσω του διοικητικού κόστους, οι ισχυρισμοί του πρώτου λόγου της προσφυγής περί απόρριψης της προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι.

50. Επειδή ο προσφεύγων με το δεύτερο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει ακυρότητας διότι δεν απέρριψε την προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος λόγω μη υπολογισμού στις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων της παρακράτησης φόρου 8%, ως έπραξε ο ίδιος και ο δεύτερος παρεμβαίνων.

51. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, στην επίμαχη Πρόσκληση προβλέπεται ότι οι οικονομικές προσφορές θα πρέπει να συμπληρωθούν σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος Α' και ότι οι κρατήσεις βαρύνουν τον ανάδοχο και υπολογίζονται αφού αφαιρεθεί ο ΦΠΑ, αναφέροντάς τες αναλυτικά με την επισήμανση ότι κατά την πληρωμή θα παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%, σύμφωνα με το άρθρο 64 παρ.2 του ν. 4172/2013. Εξάλλου, κατά τα αναφερόμενα στο Παράρτημα Α' της ως άνω Πρόσκλησης, η οικονομική προσφορά που θα υποβάλλουν οι ενδιαφερόμενοι θα περιλαμβάνει δύο πίνακες, εκ των οποίων ο πρώτος θα περιέχει τη συνολική προσφερόμενη τιμή, ενώ ο δεύτερος την ανάλυση αυτής, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, παρατίθεται δε στο εν λόγω Παράρτημα Πίνακας προς συμπλήρωση, ο οποίος περιέχει πεδία για την αναγραφή του αριθμού των εργαζομένων, των ημερών εργασίας ανά μήνα, των ωρών εργασίας ανά μήνα, της κλαδικής σύμβασης εργασίας ή της συλλογικής σύμβασης εργασίας, των προϋπολογιζόμενων νομίμων αποδοχών ανά μήνα, του ύψους των ασφαλιστικών εισφορών, του διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών, του κόστους των αναλωσίμων, του κόστους λειτουργίας, απόσβεσης και συντήρησης των μηχανημάτων, του

εργολαβικού κέρδους, των νομίμων υπέρ του Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων και του ποσοστού του ΦΠΑ. Επομένως, δεν προβλέπεται στην Πρόσκληση ή στο οικείο υπόδειγμα στο οποίο παραπέμπει, ότι οι υποψήφιοι ανάδοχοι υποχρεούνται να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών, πέραν των υπέρ του δημοσίου και τρίτων κρατήσεων, και κάθε άλλη επιβάρυνση κατά την κείμενη νομοθεσία, ώστε, θεωρουμένης, ενδεχομένως, ως τέτοιας και της ως άνω παρακράτησης, να ανακύπτει ζήτημα απόρριψης της οικονομικής προσφοράς η οποία δεν συμπεριλαμβάνει αντίστοιχο ποσό, λόγω παραβίασης των όρων της Πρόσκλησης. Ο δε όρος «Τρόπος Πληρωμής - Κρατήσεις» όπου, μετά την παράθεση των κρατήσεων που επιβαρύνουν τον ανάδοχο, αναφέρεται ότι κατά την πληρωμή του αναδόχου θα παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%, δεν ρυθμίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών και δεν θεμελιώνει υποχρέωση προσδιορισμού της προσφερόμενης τιμής κατόπιν συνυπολογισμού της σχετικής παρακράτησης φόρου εισοδήματος, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα. Ως εκ τούτου, βασίμως υποστηρίζει ο πρώτος παρεμβαίνων και η αναθέτουσα αρχή ότι, και ανεξαρτήτως του αν θα μπορούσε η εν λόγω παρακράτηση φόρου να χαρακτηριστεί ως κράτηση, δεν περιλαμβάνεται, πάντως, ούτε μεταξύ των κρατήσεων που παρατίθενται στην ίδια Πρόσκληση ως βαρύνουσες τον ανάδοχο. Εξάλλου, το εν λόγω ζήτημα πέραν της με αρ. 1268/2020 Απόφασης του ΔΕφ Αθ είχε ήδη κριθεί και με την υπ' αριθμ. 360/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών η οποία έκανε δεκτούς τους ισχυρισμούς του πρώτου παρεμβαίνοντος και ανέστειλε την υπ' αριθμ. 1221/2020 απόφαση του 6^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ που είχε κάνει δεκτή, κατά πλειοψηφία, την προσφυγή του δεύτερου παρεμβαίνοντος και δεύτερου στη σειρά κατάταξης για το Τμήμα Α κατά της προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος και προσωρινού αναδόχου για τον λόγο αυτό. Επομένως, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

52. Επειδή ο προσφεύγων με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά παράβαση των άρθρων 71 και 88 του ν. 4412/2016 διότι η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να καλέσει τον πρώτο παρεμβαίνοντα να αιτιολογήσει την προσφορά του η οποία παρουσιάζει σημαντική απόκλιση με διπλάσιο ποσοστό έκπτωσης σε σχέση με τις δυο προσφορές που έπονται σε σειρά μειοδοσίας αλλά και από τον προϋπολογισμό της σύμβασης (ποσοστό 21,81%). Περαιτέρω, κατά την προσφυγή, η προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος που οφείλεται στη μη συμπερίληψη της παρακράτησης φόρου 8% και του ελάχιστου εργολαβικού οφέλους των 100 ευρώ μηνιαίως που αντιστοιχεί στο 0,29%, στοιχεία τα οποία συνδυαζόμενα οδηγούν στο συμπέρασμα ότι πρόκειται για προσφορά ασυνήθιστα χαμηλή.

53. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, συνάγεται ότι, η εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής εκτίμηση του κατά πόσον συντρέχει περίπτωση υπερβολικά χαμηλής προσφοράς διενεργείται σε δύο στάδια. Σε ένα πρώτο στάδιο, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εκτιμήσει αν οι υποβληθείσες προσφορές «φαίνονται» υπερβολικά χαμηλές, ήτοι να προβεί σε μία εκ πρώτης όψεως εκτίμηση του κατά πόσον οι προσφορές είναι υπερβολικά χαμηλές. Ως εκ τούτου, δεν επιβάλλεται στην αναθέτουσα αρχή η υποχρέωση να προβεί αυτεπαγγέλτως σε διεξοδική ανάλυση της σύνθεσης κάθε προσφοράς προκειμένου να διαπιστώσει ότι αυτή δεν αποτελεί υπερβολικά χαμηλή προσφορά. Δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή οφείλει μόνο να εξετάσει αν οι υποβληθείσες προσφορές περιέχουν ένδειξη ικανή να δημιουργήσει την υποψία ότι ενδέχεται να είναι υπερβολικά χαμηλές. Αυτό ισχύει ιδίως στην περίπτωση που η προσφερόμενη τιμή σε υποβληθείσα προσφορά είναι σημαντικά χαμηλότερη από εκείνη που προσφέρεται με τις λοιπές προσφορές ή από τη συνήθη αγοραία τιμή. Αν δεν υπάρχει τέτοια ένδειξη στις υποβληθείσες προσφορές και αυτές δεν φαίνονται, συνεπώς, υπερβολικά χαμηλές, η αναθέτουσα αρχή δύναται να συνεχίσει την αξιολόγησή τους και τη διαδικασία αναθέσεως της συμβάσεως. Αντιθέτως, αν

υφίστανται ενδείξεις ικανές να δημιουργήσουν την υποψία ότι ορισμένη προσφορά ενδέχεται να είναι υπερβολικά χαμηλή που έχουν τεθεί από τον προσφεύγοντα με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί, σε δεύτερο στάδιο, στον έλεγχο της σύνθεσης της προσφοράς προκειμένου να βεβαιωθεί ότι η προσφορά δεν είναι υπερβολικά χαμηλή. Συνεπώς, όταν η αναθέτουσα αρχή επιλέγει την πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας προσφορά, δεν υποχρεούται άνευ άλλου τινός να αναφέρει ρητώς τους λόγους για τους οποίους η εν λόγω προσφορά δε φαίνεται, κατά την άποψη της, υπερβολικά χαμηλή.

54. Επειδή, σύμφωνα με την πρόσκληση ο προϋπολογισμός για το Τμήμα Α ανέρχεται σε 262.800,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ενώ το μηνιαίο κόστος φύλαξης εκτιμάται σε 43.800 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος ανέρχεται στο ποσό των 205.489,56 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και μηνιαίως σε 34.248,26 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ ενώ του προσφεύγοντος, τρίτου σε σειρά μειοδοσίας, σε 233.928,54 ευρώ και μηνιαίως 38.988,09 ευρώ και του τέταρτου κατά σειρά μειοδοσίας σε 235.436,34 ευρώ και μηνιαίως 39.239,39 ευρώ. Επομένως, βάσει των ως άνω δεδομένων η προσφερόμενη από τον πρώτο παρεμβαίνοντα έκπτωση, ανερχόμενη σε ποσοστό 21,81% και υψηλότερη κατά δέκα ποσοστιαίες μονάδες από τις προσφερόμενες εκπτώσεις των διαγωνιζόμενων που έπονται σε σειρά μειοδοσίας η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι δεν καθιστά από μόνη της την προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος ασυνήθιστα χαμηλή, ώστε να υπείχε υποχρέωση κλήσης του πρώτου παρεμβαίνοντος να αιτιολογήσει την προσφορά του κατ' άρθρον 88 του ν. 4412/2016, ερειδόμενη αποκλειστικώς και μόνον στο ύψος της προσφερόμενης έκπτωσης. Αβασίμως και αναποδείκτως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφερόμενη από τον πρώτο παρεμβαίνοντα έκπτωση δεν είναι συνήθης σε αντίστοιχες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης, καθώς οι τέσσερις από τους έξι επικαλούμενους με το υπόμνημά του διαγωνισμούς

αφορούν συμβάσεις με προϋπολογισμό κάτω των 70.000 ευρώ, οι δε λοιπές δύο συμβάσεις αφορούν φύλαξη κτιρίων, ήτοι διαφορετικό αντικείμενο από της επίμαχης πρόσκλησης. Εξάλλου, η εν λόγω απόκλιση προκύπτει και από το γεγονός ότι σε αντίθεση με τον προσφεύγοντα ο πρώτος παρεμβαίνων δεν υπολόγισε την παρακράτηση του 8%.

55. Επειδή, ωστόσο, ο προσφεύγων προβάλλει με την προσφυγή του ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς ως προς το πολύ μικρό ύψος του ποσού που έχει δηλώσει ο πρώτος παρεμβαίνων αναφορικά με το εργολαβικό όφελος, και το οποίο καθιστά την προσφορά του ασυνήθιστα χαμηλή, ως προς τα κονδύλια αυτό, σε αυτήν την περίπτωση ανακύπτει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογήσει την απόφασή της πλήρως, ειδικώς και σαφώς περί ύπαρξης έγκυρης προσφοράς (ΔεφΘες/κης 167/2019).

56. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 υποπαρ. Β του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 (όπως επαναλαμβάνεται και στην παρ. 2 του άρθρου 9 του ΠΔ 39/2017): *«[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης».*

57. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη, αν και όφειλε κατά τα αναγραφόμενα στη σκ. 55 της παρούσας, σε αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης κατ' άρθρο 365 του Ν.4412/2016, αντικρούοντας τις αιτιάσεις του προσφεύγοντος σχετικά με τα κονδύλια που έχει δηλώσει ο πρώτος παρεμβαίνων στην προσφορά του ως προς το εργολαβικό όφελος, τουναντίον ουδέν σχετικό διέλαβε.

Επομένως, δοθέντος ότι, αφενός μεν η προσβαλλόμενη δεν περιλαμβάνει καμία αξιολόγηση ως προς το μη ασυνήθιστα χαμηλό ύψος της οικονομικής προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος, αφετέρου η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της παρέλειψε να απαντήσει ειδικώς και επαρκώς στους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η αρχική της κρίση ότι η προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή είναι αναιτιολόγητη.

58. Επειδή, ειδικότερα, ως έχει κριθεί, σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018, σκέψη 8 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

59. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ΑΕΠΠ δεν μπορεί να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή και να ασκήσει η ίδια το πρώτον την αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, ως εν προκειμένω σχετικά με την κρίση περί του ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα της επίμαχης προσφοράς. Ως εκ τούτου, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

60. Επειδή, η εξέταση του τέταρτου λόγου της προσφυγής περί απόρριψης της οικονομικής προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος παρά το γεγονός ότι έχει δηλώσει ποσό που υπολείπεται του νόμιμου εργατικού κόστους παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι η προεκτεθείσα πλημμέλεια της προσβαλλόμενης παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωσή της ως προς την αποδοχή της προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 1374/2019, σκ. 60).

61. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

62. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

63. Επειδή, σύμφωνα με την προηγούμενη σκέψη, η παρέμβαση του πρώτου παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί.

64. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 60, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση του πρώτου παρεμβαίνοντος.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 565821/3.8.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας και αναπέμπει στην αναθέτουσα αρχή κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού χιλίων τριακοσίων δεκατεσσάρων (1.314) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11 Νοεμβρίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ