

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα του στις 10 Αυγούστου 2021.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 02.07.2021 με ΓΑΚ 1344/06.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ... ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

κατά της «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», {εφεξής η 1^η Παρεμβαίνουσα}, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 08.07.2021 Παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο «...», {εφεξής η 2^η Παρεμβαίνουσα}, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 16.07.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθμό 991/28.6.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθώς και της συμπροσβαλλόμενης υπ' αριθ. 853/15.6.2021 απόφασης με τις οποίες εγκρίθηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού στο πλαίσιο της διενέργειας Ηλεκτρονικού ανοιχτού διαγωνισμού κάτω των ορίων με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με αντικείμενο: «Παροχή υπηρεσιών καθαρισμού του Διοικητηρίου της Περιφερειακής Ενότητας ...» διάρκειας 20 μηνών.

Με τις Παρεμβάσεις τους οι δύο παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1415 /2021

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, με ηλεκτρονικό κωδικό ..., ποσού €600,00.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... και ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη, προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός διαγωνισμός κάτω των ορίων με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών καθαρισμού του Διοικητηρίου της Περιφερειακής Ενότητας ...» διάρκειας 20 μηνών , ήτοι 4μηνος 2021,12μηνος2022 και 4μηνος 2023, με έναρξη την ημερομηνία λήξης της προηγούμενης σύμβασης 25-8-2021. Προθεσμία παραλαβής προσφορών ορίσθηκε η 25-2-2021 και ώρα 23:59μ.μ. Η διαδικασία ορίσθηκε να διενεργηθεί με χρήση πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) και έλαβε Α/Α Συστήματος

3. Επειδή, με την υπ' αριθ. 991/28.6.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, τροποποιήθηκε η υπ' αριθ. 853/2021 απόφαση της ίδιας Επιτροπής και οριστικοποιήθηκε η έγκριση της με αριθ. πρωτ. οικ 161105/1.6.2021 εισήγησης του Τμήματος Προμηθειών Π.Ε. ... με την οποία εγκρίθηκε το από 3-3-2021 έως 28-5-2021 πρακτικό συνεδρίασης Επιτροπής Διαγωνισμού και ανακηρύχθηκε προσωρινή μειοδότης η πρώτη παρεμβαίνουσα εταιρεία, δεύτερη μειοδότης η δεύτερη παρεμβαίνουσα, τρίτη μειοδότης η εταιρεία «...» και τέταρτη η προσφεύγουσα.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα και μετ' εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, στις 30.06.2021, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στο ΕΣΗΔΗΣ στις 02.07.2021, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 06.07.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 08.07.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 09.07.2021, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: 1415 /2021

κατέθεσε το από 28.07.2021 Υπόμνημά της, το οποίο όμως δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη καθόσον έχει κατατεθεί εκπροθέσμως όπως ορίζεται από το άρθρο 365 Ν.4412/2016 (όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 136 παρ.1 Ν.4782/2021) που αναφέρει ότι *«Συμπληρωματικά υπομνήματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή, αν αυτό δεν είναι εφικτό ή αν ο διαγωνισμός δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο, το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.»*.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτός και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η 1^η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 06.07.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 08.07.2021 με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος .

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτός και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η 2^η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 06.07.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 16.07.2021 με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η προσφορά της.

8. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση

Αριθμός απόφασης: 1415 /2021

ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθούν οι προσφορές των δύο παρεμβαινουσών εταιρειών αλλά και της εταιρείας «...» διότι δεν έχουν συμπεριλάβει στη τιμή των προσφορών τους την νόμιμη παρακράτηση προκαταβολής φόρου εισοδήματος ποσοστού 8% κατά παράβαση των διατάξεων του άρθ. 92 παρ. 5 και 8, 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016, 68 παρ. 1 περ. στ του ν. 3863/2010, 61 και 64 του ν. 4172/2013, 24 του ν. 2198/1994 και των άρθρων 2.4.4. και 5.1. της Διακήρυξης, σύμφωνα με τις οποίες, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνεται υποχρεωτικά το σύνολο των κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου που βαρύνουν κατά νόμο τον ανάδοχο. Μεταξύ δε των εν λόγω επιβαρύνσεων περιλαμβάνεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%.

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των παρεμβάσεων, προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο: Η αναθέτουσα αρχή με την από 15.02.2021 διευκρίνησή της με θέμα «Παροχή διευκρινίσεων- επί σύνταξης οικονομικής προσφοράς επί του Διαγωνισμού καθαριότητας αρ. ΕΣΗΔΗΣ:...», την οποία κοινοποίησε στις 22.02.2021 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ σε όλους τους συμμετέχοντες ανέφερε επί λέξει ότι *«Σε απάντηση ερωτήματος επί σύνταξης οικονομικής προσφοράς σας διευκρινίζουμε τα κάτωθι: Η παρακράτηση φόρου αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου. Το σχετικό ποσό προεισπράττεται με την πληρωμή του τιμολογίου , ενώ στη συνέχεια κατά την εκκαθάριση της φορολογικής του δήλωσης, επιστρέφεται ή συμψηφίζεται στο φόρο εισοδήματος που επιβάλλεται σε βάρος του επί των κερδών. Κατά συνέπεια η παρακράτηση*

Αριθμός απόφασης: 1415 /2021

φόρου δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ούτε εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης. Η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος έχει προσωρινό χαρακτήρα και η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου. Εξάλλου η ενεργούμενη παρακράτηση, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογούμενου, ο οποίος και δικαιούται να την αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται.». Σύμφωνα με τα ανωτέρω και με δεδομένο ότι στον Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς δεν υπήρχε πεδίο προς συμπλήρωση για την παρακράτηση φόρου 8%, αλλά ούτε και από την Διακήρυξη, όπως συμπληρώθηκε με την ανωτέρω διευκρίνιση, προκύπτει η υποχρέωση στις κρατήσεις υπέρ τρίτων να περιλαμβάνεται και η παρακράτηση φόρου 8%, συνάγεται ότι οι δύο παρεμβαίνουσες εταιρείες όσο και η «...» έχουν συντάξει και καταθέσει ορθώς τις οικονομικές προσφορές τους, απορριπτομένων ως αβάσιμων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και του πρώτου λόγου της προσφυγής.

11. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι οι προσφορές των παρεμβαίνουσών και της εταιρείας «...» πρέπει να απορριφθούν διότι η Διακήρυξη (άρθρο 2.4.4.) αναφέρει ρητώς ότι τα στοιχεία που προβλέπει το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 πρέπει να αναφέρονται σε ξεχωριστό κεφάλαιο της προσφοράς επί ποινή αποκλεισμού, όμως καμία εξ αυτών δεν αναφέρει σε ξεχωριστό κεφάλαιο τα οριζόμενα από το νόμο και τη διακήρυξη στοιχεία αυτά.

12. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των παρεμβάσεων, προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο: Οι δύο παρεμβαίνουσες και η εταιρεία «...», στην οικονομική τους προσφορά αναφέρουν όλα τα στοιχεία που ορίζει το άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης (σύμφωνα δηλαδή με το άρθρο 68 Ν.3863/10) ήτοι: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο, β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά

Αριθμός απόφασης: 1415 /2021

άτομο. Κατόπιν των ανωτέρω ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνουν δεκτές οι δύο παρεμβάσεις.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τις παρεμβάσεις

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε στις 30 Αυγούστου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ