

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Ευαγγελία Μιχολίτση σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 16.09.2021 με ΓΑΚ 1764/17.09.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «... (διακριτικός τίτλος: «...»)», που εδρεύει στην Πάτρα, όπως εκπροσωπείται νομίμως,

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 27.09.2021 Παρέμβασή της.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ'αριθμ. 1055/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αναδείχθηκαν προσωρινώς ανάδοχοι οι εταιρείες:

1. «...» για τα Τμήματα 1,2,3 της διακήρυξης, 2.«...» για τα Τμήματα 12 έως 22 της διακήρυξης.

Με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού €856,25, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με την υπ'αριθμ. πρωτ.οικ. ... Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ανοικτό, Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό άνω των ορίων για τη σύναψη διετούς

Αριθμός απόφασης: 1685/2021

σύμβασης από την υπογραφή της για την «καθαριότητα των κτιριακών εγκαταστάσεων της Περιφερειακής Ενότητας ...», εκτιμώμενης αξίας σύμβασης 212.350,00 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (171.250,00 € άνευ Φ.Π.Α.). Κριτήριο κατακύρωσης για την ανάθεση της σύμβασης, η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά η οποία προσδιορίζεται αποκλειστικά βάσει της τιμής ανά Τμήμα (κτιριακή εγκατάσταση). Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η ημέρα Παρασκευή 11 Ιουνίου 2021 και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης Προσφορών η ημέρα Πέμπτη 17 Ιουνίου 2021 και ώρα 10:00 π.μ. Ο εν λόγω διαγωνισμός έχει λάβει στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ συστημικό αριθμό

3. Επειδή, στον διαγωνισμό έλαβαν μέρος έντεκα εταιρείες μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθμ. 1055/2021 Απόφαση, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε Α) την έγκριση των πρακτικών Νο1 και Νο2 της επιτροπής αξιολόγησης των προσφορών του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων, για τη σύναψη διετούς σύμβασης από την υπογραφή της, για την καθαριότητα των κτιριακών εγκαταστάσεων της Περιφερειακής Ενότητας Αχαΐας και Β) ανέδειξε ως προσωρινούς αναδόχους τις εταιρείες: 1) «...» για τα Τμήματα 1,2,3. 2) «...» για τα Τμήματα 4,8,9,10.

3) «...» για τα Τμήματα 5,6.

4) «...» για τα Τμήματα 7,11.

5) «...» για τα Τμήματα 12 έως 22.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 07.09.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 17.09.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, 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 ΠΔ 39/2017 και με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό και επιδιώκει να της ανατεθεί η σύμβαση.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 17.09.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της αλλά δεν απέστειλε απόψεις ώστε να αντικρούσει τις

Αριθμός απόφασης: 1685/2021

προβαλλόμενες αιτιάσεις αυτής.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς 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 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.ΔΗ.Σ. στις 17.09.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 27.09.2021, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος για τα τμήματα 1,2,3.

7. 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 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).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον μοναδικό λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθούν οι προσφορές των εταιρειών «...» διότι δεν έχουν υπολογίσει στην οικονομική προσφορά τους (και στα είκοσι δύο (22) Τμήματα που έχουν υποβάλλει προσφορά) την νόμιμη παρακράτηση του φόρου 8% επί της καθαρής αξίας, ως ορίζει το άρθρο 64 του Ν.4172/2013.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε καθόλου έγγραφες απόψεις σχετικά με τις ως άνω αιτιάσεις της υπό κρίση προσφυγής.

10. Επειδή, το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1....2. . Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β΄ της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν

Αριθμός απόφασης: 1685/2021

αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων...».

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων 8,9 και 10, η στάση αυτή της αναθέτουσας αρχής, ήτοι η παράλειψη αντίκρουσης των αιτιάσεων που προβάλλει η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της, επιτρέπει την συναγωγή τεκμηρίου ότι συνομολογεί την ακρίβεια της πραγματικής βάσεως των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Εξάλλου, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον μοναδικό λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η παρεμβαίνουσα και η εταιρεία «...» δεν έχουν υπολογίσει στην οικονομική προσφορά τους την παρακράτηση του φόρου 8% επί της καθαρής αξίας, γεγονός που συνομολογεί και η παρεμβαίνουσα ισχυριζόμενη ότι δεν είχε την υποχρέωση προς τούτο. Ο όρος 5.1.1 της διακήρυξης ορίζει ότι «5.1.1. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση 0,07% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016, εφόσον εκδοθεί η σχετική Υ.Α. γ) Κράτηση 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016) . δ) Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ, ε)κάθε άλλη προβλεπόμενη από τη νομοθεσία κράτηση στ)Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού.». Επίσης, ο όρος 2.4.4 της διακήρυξης ορίζει ότι «Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη

Αριθμός απόφασης: 1685/2021

νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. ...Οι συμμετέχουσες εταιρείες επί ποινή αποκλεισμού, υποχρεούνται να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: ... Πρέπει επίσης να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. ...». Όπως άλλωστε έχει ad hoc κριθεί (ΔΕΦΑΘ Ακυρωτικό 715/2021), από τη συνδυαστική εφαρμογή των όρων 2.4.4 και 5.1 της διακήρυξης προκύπτει ότι η υποχρέωση των διαγωνιζομένων να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται στην κείμενη νομοθεσία περιλαμβάνει την ειδικότερη υποχρέωση να περιλάβουν στην τιμή ποσοστό 8% επί της προσφερόμενης καθαρής αξίας των υπηρεσιών, το οποίο αφορά σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013. Η εν λόγω υποχρέωση συναρτάται πρωτίστως με τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς και ως εκ τούτου η μη τήρησή της, ήτοι η μη συμπερίληψη στην οικονομική προσφορά άγει, άνευ ετέρου σε απόρριψη της οικονομικής προσφοράς σύμφωνα με τη ρητή διάταξη του όρου 2.4.6 περ. α) της νυν διακήρυξης (Βλ. ΔΕΦΑΘ 126/2019, 25/2019, 265/2016, και ΑΕΠΠ 1242-1243/2021, 504/2020, 827-828/2020). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί, η υποχρέωση συμπερίληψης στην τιμή της προσφοράς της παρακράτησης της προκαταβολής του φόρου εισοδήματος 8% και μάλιστα αδιαστίκτως αν το συγκεκριμένο κονδύλιο αναγράφεται ή όχι στους Πίνακες έντυπα της οικονομικής προσφοράς που παρατίθενται στην διακήρυξη «αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση της προμήθειας 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 σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης» (ΣΤΕ 563/2008, ΕΑ ΣΤΕ 446/2009, 840/2008, 482/2006, πρβλ. ΣΤΕ 3938/1999). Επιπλέον, αφενός κατά τον όρο 5.1.1 , η παρακράτηση φόρου λογίζεται ως κράτηση και επιβάρυνση και επομένως, είναι καταγραφτέα και υπολογιστέα στο κατά τη διακήρυξη, υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς στο περί κρατήσεων πεδίο, ενώ και ο όρος 2.4.4 ρητά αναφέρει ότι στην τιμή περιλαμβάνονται όχι μόνο οι υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ, ΑΕΠΠ, ΓΓΠΣ, κρατήσεις μετά χαρτοσήμου+ΟΓΑ, αλλά και κάθε άλλη και εν γένει επιβάρυνση του αναδόχου. Επομένως, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα και η εταιρεία «...» είναι

Αριθμός απόφασης: 1685/2021

αποκλειστές εξ' αυτού του λόγου (ad hoc 1566/2021 απόφαση 1^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π.).

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

13. Επειδή, ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Οκτωβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 15 Νοεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ