

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 29 Ιανουαρίου 2021, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.12.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1978/24-12-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « *** » και το διακριτικό τίτλο « *** », που εδρεύει στην *** , όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής, *** , που εδρεύει στον *** , όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία « *** », που εδρεύει στην*** , όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αριθ. *** απόφασης της *** (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθ. 8041/6/1-κβ7ϊ8.12.2020 Πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Ανοικτών Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών της *** , κατά το μέρος με το οποίο εκρίθησαν ως οικονομικά αποδεκτές, οι οικονομικές προσφορές των εταιρειών « *** » και « *** » και ανεδείχθη η εταιρεία « *** » ως προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου παροχής υπηρεσιών καθαριότητας για το χρονικό διάστημα από 01.01.2021 έως και 31.12.2021, στις κτιριακές εγκαταστάσεις όπου στεγάζονται οι Υπηρεσίες της *** - *** - *** - *** - *** - *** . Ετέρωθεν, η παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα αρχή αιτούνται όπως απορριφθεί η Προσφυγή και διατηρηθεί η προσβαλλόμενη.

Αριθμός απόφασης: 334 / 2021

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 846,78 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ***).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. *** διακήρυξη της *** , της *** , της *** προκηρύχθηκε δημόσιος, ανοικτός, ηλεκτρονικός, άνω των ορίων, διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου παροχής υπηρεσιών καθαριότητας για το χρονικό διάστημα από 01.01.2021 έως και 31.12.2021, στις κτιριακές εγκαταστάσεις όπου στεγάζονται οι Υπηρεσίες της *** - *** - *** - *** - *** - *** , με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 169.354,84 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%. Περίληψη της Διακήρυξης απεστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής ένωσης (Ε.Ε.) την 27η.08.2020, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 02.09.2020 με ΑΔΑΜ *** , καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α *** . Στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, μεταξύ άλλων, συμμετείχαν η εταιρεία «***» και ήδη προσφεύγουσα, καθώς και οι εταιρείες « *** » και ήδη παρεμβαίνουσα και η εταιρεία « *** », των οποίων οι οικονομικές προσφορές κρίθηκαν ως αποδεκτές και ανεδείχθη η εταιρεία « *** » ως προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Κατά της απόφασης αυτής στρέφεται η προσφεύγουσα κατά το μέρος που εγκρίθηκε το υπ' αριθ. 8041/6/1-κβ/18.12.2020 Πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Ανοικτών Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών της *** και κρίθηκαν, παρανόμως ως ισχυρίζεται, ως αποδεκτές οι οικονομικές προσφορές των

εταιρειών « *** » και « *** » και ανεδείχθη η εταιρεία « *** » ως προσωρινή ανάδοχος, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (παροχή υπηρεσίας), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής κατ' άρθρο 2 παρ. 1 του Ν.4412/2016, που αποτελεί μη κεντρική αναθέτουσα αρχή, ανήκουσα στη Γενική Κυβέρνηση, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής της προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 18.12.2020 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 24.12.2020.

4. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τα άρθρα 360 και 367 του Ν. 4412/2016 και τα άρθρα 3 και 18 του Π.Δ. 39/2017, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό, υποβάλλοντας την προσφορά της, η οποία κρίθηκε ως αποδεκτή, κατά το μέρος που έγιναν αποδεκτές, παρανόμως ως ισχυρίζεται, οι προσφορές των εταιρειών « *** » και « *** » και ανεδείχθη η εταιρεία « *** ». Ετέρωθεν, εν γένει παραδεκτώς και με πρόδηλο έννομο συμφέρον παρεμβαίνει, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017, η εταιρεία « *** », δοθέντος ότι με την προσβαλλόμενη κρίθηκε ως αποδεκτή η προσφορά της και ανεδείχθη προσωρινή ανάδοχος του υπό κρίση διαγωνισμού, ενώ η Παρέμβασή της αυτή ασκείται εμπροθέσμως. Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση

Προσφυγή και η ασκηθείσα επ' αυτής Παρέμβαση, είναι τυπικά παραδεκτές και θα πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους. Περαιτέρω, με το υπ' αριθ. 8041/6/1-κστ'/31.12.2020 έγγραφο απόψεών της, η αναθέτουσα αρχή αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα με την Προσφυγή της ισχυρίζεται ότι οι οικονομικές προσφορές των εταιρειών *** » και « *** », θα έπρεπε να απορριφθούν, ως μη νόμιμες, κατά το Νόμο και τη Διακήρυξη, αφού δεν περιλαμβάνουν την παρακράτηση του 8% του άρθρου 24 παρ.1 του Ν. 2198/1994, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.4. της Διακήρυξης. Ειδικότερα, αναφέρει ότι από τους υπολογισμούς για κάθε μία από τις προσφορές των ανωτέρω εταιρειών, προκύπτει ότι το παραδεκτό των οικονομικών προσφορών τους οφείλεται στον μη υπολογισμό της παρακράτησης φόρου 8%, καθώς αν αυτή είχε υπολογιστεί, τότε οι προσφορές τους θα ήταν ζημιογόνες για τις ίδιες, αλλά και κατώτερες του κατώτατου εργατικού κόστους, κατά παράβαση της εργατικής νομοθεσίας και των όσων ορίζονται στο άρθρο 68 του Ν.3863/2010, παρακράτηση την οποία, αντιθέτως, είχε συνυπολογίσει στην οικονομική προσφορά της η προσφεύγουσα.

6. Επειδή, το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010, όπως η παράγραφος 1 αυτού αντικαταστάθηκε με την παράγραφο 1 του άρθρου 22 του Ν.4144/2013 (ΦΕΚ Α'88) ορίζει ότι «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: [...] Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. [...]».

7. Επειδή, το άρθρο 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013 «Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος» (ΦΕΚ Α'167) περί παρακράτησης φόρου κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών, όπως συμπληρώθηκε από το άρθρο πρώτο παρ.Δ1 περ.16γ του Ν.4254/2014 (Α' 85), ορίζει ότι « [...] Οι φορείς γενικής κυβέρνησης κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, να παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών [...]».

8. Επειδή, η διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του υπό εξέταση διαγωνισμού, ορίζει στον όρο 2.4.4 «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ότι «(η) Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης τιμή, όπως ορίζεται κατωτέρω: Οι τιμές που θα δοθούν θα είναι υποχρεωτικά σε ευρώ και θα υποβληθούν συνολικά για όλες τις κτιριακές εγκαταστάσεις σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ της παρούσης πρόσκλησης. [...]. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης [...]» και ο όρος 5.1.2. ότι «Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Κράτηση 0,07% [...] υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, σύμφωνα με το άρθρο 375 παρ 7 του Ν.4412/2016 ως ισχύει β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου [...] γ) Κράτηση 0,06% [...] υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016 ως ισχύει, και άρθρα 2, 3 και 6 της ΚΥΑ αριθμ. 1191/17 (ΦΕΚ 969B/22-3-2017)). δ) κράτηση ύψους 2,72% υπέρ Τ.Ε.Α.Π.Α.Σ.Α. / Τ.Α.ΑΣ. ε) κράτηση ύψους 2,72% υπέρ Μ.Τ.Σ. [...] Με κάθε

πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού. (άρθρο 64 Ν.4172/ 2013). [...]» Εξάλλου, κατά τα αναφερόμενα στο Παράρτημα ΙΙΙ της Διακήρυξης υπό τον τίτλο «Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς» που θα υποβάλλουν οι ενδιαφερόμενοι, η οικονομική τους προσφορά 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, συμπεριλαμβανομένων των κρατήσεων υπέρ τρίτων, του κόστους των αναλωσίμων και του εργολαβικού κέρδους.

9. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις του Νόμου και της Διακήρυξης προκύπτει ότι 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. Στην υπό κρίση περίπτωση, από το περιεχόμενο της Διακήρυξης, που παρατέθηκε στη σκέψη 8 της παρούσας, ορίζεται αναφορικά με τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών ότι αυτές πρέπει να συμπληρωθούν σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος ΙΙ και δεν προβλέπεται σ' αυτή 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. Και ναι μεν στη ως άνω

Διακήρυξη, υπό τον τίτλο «Τρόπος Πληρωμής - Κρατήσεις», αναφέρεται, μετά την παράθεση των κρατήσεων που επιβαρύνουν τον ανάδοχο, ότι κατά την πληρωμή του αναδόχου θα παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%, η διάταξη, όμως, αυτή και μόνο, δεδομένου ότι δεν ρυθμίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών, δεν πιθανολογείται σοβαρά ότι αρκεί για να θεμελιώσει υποχρέωση προσδιορισμού της προσφερόμενης τιμής κατόπιν συνυπολογισμού της σχετικής παρακράτησης φόρου εισοδήματος (βλ. ΔΕφΑΘ 360/2020). Τούτο, πέραν και ανεξαρτήτως αν η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% συνιστά κράτηση υπέρ του Δημοσίου (πρβλ. ΔΕφΑΘ 10/2020, 80/2020) και επιβάρυνση την οποία οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό έχουν υποχρέωση να υπολογίσουν και να περιλάβουν στην οικονομική τους προσφορά, διακριτώς ή μη (βλ. ΔΕφΘεσ. 9 *** , 17/2020, 26/2019) ή δεν αποτελεί νόμιμη κράτηση υπέρ δημοσίου ή τρίτων - καθώς υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων στο καθαρό ποσό της αξίας των υπηρεσιών μετά την αφαίρεση των κρατήσεων υπέρ δημοσίου ή τρίτων και επιστρέφεται στον ανάδοχο ή συμψηφίζεται με την εκκαθάριση της δήλωσής του - αλλά φορολογική υποχρέωση εκάστου φορολογούμενου (ΑΕΠΠ 1148/2018) και ο οικονομικός φορέας δεν οφείλει όπως αναφέρει στο ξεχωριστό πεδίο για τις νόμιμες υπέρ δημοσίου και τρίτων κρατήσεις της οικονομικής του προσφοράς και τον φόρο εισοδήματος, ποσοστού 8% (ΔΕφΑΘ 1268/2020, 360/2020). Ενόψει αυτών και εφόσον η εν λόγω παρακράτηση φόρου δεν περιλαμβάνεται, πάντως, ούτε μεταξύ των κρατήσεων που παρατίθενται στην ίδια Διακήρυξη ως βαρύνουσες τον ανάδοχο και δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη σε αυτήν ότι οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων οφείλουν να εμπεριέχουν το ως άνω ποσοστό φόρου εισοδήματος, που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού διαγωνιζόμενου, ο οποίος δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου στην τιμή της οικονομικής προσφοράς του.

10. Επειδή, τούτων δοθέντων, η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω και να γίνει δεκτή η Παρέμβαση, το παράβολο, δε, που κατέθεσε η

Αριθμός απόφασης: 334 / 2021

προσφεύγουσα να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29 Ιανουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 18 Φεβρουαρίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου