

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28.04.2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.03.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 352/23.03.2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «» και το διακριτικό τίτλο «», που εδρεύει στην, οδός, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής, (.....), που εδρεύει στην, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει α) την ακύρωση της υπ' αριθ. Φ.831/2712/Σ.470/09.03.2020 απόφασης (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), με την οποία εγκρίθηκαν το από 22.10.2019 Πρακτικό και το από 20.01.2020 Συμπληρωματικό Πρακτικό για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικών προσφορών και εγκρίθηκε εν μέρει το από 29.11.2019 Πρακτικό για την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού για την υπ' αριθ. Διακήρυξη για την επιλογή αναδόχου για την «Καθαριότητα Χώρων και Καθαρισμού Σκευών Λέσχης και Λέσχης», β) την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, εταιρείας «», γ) τη θεώρηση των οικονομικών προσφορών των εταιρειών «» και «.....» ως υποχρεωτικά αποκλειστέων και δ) την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού σε αυτήν, ως νόμιμη μειοδότη, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

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 2.903,25€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. Διακήρυξη της Υπηρεσίας Προμηθειών της(.....) προκηρύχθηκε δημόσιος, ανοικτός, ηλεκτρονικός, άνω των ορίων, διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου για την «Καθαριότητα Χώρων - Υπηρεσιών – και Καθαρισμού Σκευών Λέσχης και Λέσχης», για χρονικό διάστημα τριών (3) ετών, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 580.645,17 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) στις 06.08.2019 με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχε η προσφεύγουσα, υποβάλλοντας εμπρόθεσμα και νομότυπα την προσφορά της. Με την προσβαλλόμενη απόφαση και κατ' αποδοχή του από 22.10.2019 Πρακτικού και του από 20.01.2020 Συμπληρωματικού Πρακτικού για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές της προσφεύγουσας καθώς και των οικονομικών φορέων «», «.....», «» και «.....». Εν συνεχεία, και κατ' απόρριψη της ομόφωνης εισήγησης της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού για την απόρριψη όλων των οικονομικών προσφορών, όπως αυτή αποτυπώνεται στο από 29.11.2019

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

Πρακτικό της, απερρίφθησαν οι οικονομικές προσφορές της προσφεύγουσας καθώς και των οικονομικών φορέων «» και «.....», ως απαράδεκτες, λόγω παρέκκλισης αυτών από τα καθοριζόμενα στη Διακήρυξη περί του τρόπου σύνταξης αυτών, έγιναν αποδεκτές οι οικονομικές προσφορές των οικονομικών φορέων «.....» και «.....» και εξ αυτών ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «», ως προσφέρων τη χαμηλότερη τιμή. Κατά της απόφασης αυτής στρέφεται η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της, ότι παρανόμως απερρίφθη η οικονομική προσφορά της και έγινε αποδεκτή η οικονομική προσφορά της εταιρείας «» καθώς και ότι οι οικονομικές προσφορές των εταιρειών «.....» και «.....» είναι υποχρεωτικά αποκλειστές.

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 Κεντρική Κυβερνητική Αρχή, ανήκουσα στη Γενική Κυβέρνηση, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής (05.08.2019) 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 προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης στις 10.03.2020 - όπως ρητώς δηλώνει στην Προσφυγής της - και κοινοποιήθηκε σε αυτήν στις 12.03.2020 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 20.03.2020, συνεπώς και σε κάθε περίπτωση έχει κατατεθεί εντός της δεκαήμερης νόμιμης προθεσμίας.

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

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

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 τεχνικά αποδεκτή, κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή, παρανόμως ως ισχυρίζεται, η οικονομική προσφορά της εταιρείας «» και κηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος. Αλυσιτελώς δε και άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς με τον τρίτο και τέταρτο λόγο της Προσφυγής της για την απόρριψη των οικονομικών προσφορών των εταιρειών «» και «», καθόσον οι προσφορές των υπόψη εταιρειών έχουν ήδη απορριφθεί με την προσβαλλόμενη απόφαση και οριστικά αποκλεισθεί από τον υπόψη διαγωνισμό, δοθέντος ότι καμία εκ των ως άνω δύο εταιρειών προσέβαλε εμπροθέσμως την πράξη αποκλεισμού της, ήτοι των ώδε προσβαλλόμενη απόφαση (Σ.Τ.Ε. ΕΑ 180/2019, 30/2019, 22/2018 σύμφωνες με τα κριθέντα του ΔΕΕ C-131/16, Archus και Gama της 11ης Μαΐου 2017, BTG&CO, C-355/15), Κατά συνέπεια, η εξέταση των λόγων αυτών της Προσφυγής κατά της απόρριψης των προσφορών των εταιρειών «» και «» και για έτερους λόγους, παρέλκει ως αλυσιτελής, δοθέντος ότι οι προσφορές αυτές έχουν απορριφθεί για άλλες πλημμέλειές των, οι οποίες παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη των προσφορών τους και τον αποκλεισμό τους από την διαδικασία και ως εκ τούτου το αίτημα της Προδικαστικής Προσφυγής περί του απαραδέκτου των προσφορών αυτών τυγχάνει απορριπτέο κατά τα προλεχθέντα (πρβλ. Σ.Τ.Ε. ΕΑ 344/2017, 102/2015, 82/2014, 83/2013, 326/2011, 1238/2010, 420/2010, 750/2007, ΔΕφΑΘ 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικής 83/2019, ΔΕφΑΘ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 841/2012 (ΑΣΦ). Ωσαύτως, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα την κατακύρωση του αποτελέσματος του υπόψη διαγωνισμού σε αυτή, καθώς η Α.Ε.Π.Π. κατ' άρθρο 367 παρ. 1 δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, και σε περίπτωση αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια και ουδεμία δυνατότητα της Α.Ε.Π.Π. προς έκδοση κατακυρωτικής απόφασης της υπό ανάθεση σύμβασης υφίσταται. Κατ'

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή είναι τυπικά παραδεκτή κατά το σκέλος που ζητείται η ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος της απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας και της αποδοχής της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «.....» και κατά τούτο θα πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, στις 30.03.2020, κοινοποίησε μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού το υπ' αριθ./30.03.2020 έγγραφο απόψεών της, με το οποίο αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασής της, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα σε αυτό. Τέλος, παραδεκτώς η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 22.04.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το Υπόμνημά της, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) περ. 42, ήτοι προ πέντε (5) ημερών από την ημερομηνία εξέτασης της παρούσας (28.04.2020), αιτούμενη ό,τι και στην Προσφυγή της.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της ισχυρίζεται ότι μη νομίμως και αναιτιολογήτως αποκλείστηκε η οικονομική προσφορά της με την αιτιολογία ότι: *«(1) Το πεδίο με Α/Α 5 (Εργολαβικό Κέρδος) του Πίνακα – Υποδείγματος της Οικονομικής προσφοράς [...] συμπληρώθηκε με το ποσό των 1.280,64 €/μηνιαίως προ Φ.Π.Α, συμπεριλαμβάνοντας το ποσό της παρακράτησης φόρου εισοδήματος, ποσού 1.200,09€ (σύμφωνα με την ανάλυση του οικονομικού φορέα – αρχείο «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ_signed») –κατά παρέκκλιση των καθοριζόμενων στη διακήρυξη. (2) Συναφώς το ποσό του εργολαβικού κέρδους θα έπρεπε να ανήρχετο σε 80,55 € /μηνιαίως προ Φ.Π.Α (=1.280,64 - 1.200,09). (3) Το πεδίο με Α/Α 6 (Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και Τρίτων κρατήσεις) συμπληρώθηκε με το ποσό των 1.004,97 € /μηνιαίως προ Φ.Π.Α, λαμβάνοντας υπόψη ότι το εργολαβικό κέρδος ανέρχεται λανθασμένα στο ποσό των 1.280,64 € /μηνιαίως προ Φ.Π.Α [...]. (4) Κατόπιν των ανωτέρω το ποσό των κρατήσεων θα έπρεπε να ανήρχετο σε 924,57 €/μηνιαίως προ Φ.Π.Α $\{=(10.461,20 + 2.820,34 + 55,55 + 383,34 + 80,55) / (1 - 0,0627868) - (10.461,20 + 2.820,34 + 55,55 + 383,34 + 80,55)\}$ και όχι σε 1.004,97 € /μηνιαίως προ Φ.Π.Α.. [...] (5) Υπό τα ως άνω δεδομένα το εύλογο ποσοστό για τον εν λόγω οικονομικό φορέα [...] διαμορφώνεται σε 3,9% έναντι του*

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

12,9% [...]». Η προσφεύγουσα αντιτείνει στον ως άνω λόγο αποκλεισμού της ότι συνέταξε την οικονομική της προσφορά σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, ο λόγος, δε, που υπολόγισε την παρακράτηση φόρου 8% στο πεδίο του εργολαβικού της κέρδους ήταν ότι ενώ όφειλε να συνυπολογίσει αυτή στην οικονομική της προσφορά ως νόμιμη επιβάρυνση, δεν μπορούσε να συνυπολογίσει αυτή στο πεδίο των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και Τρίτων κρατήσεων, αφού υποχρεούνταν, στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, να ακολουθήσει τον συγκεκριμένο τύπο που δινόταν από τη Διακήρυξη για τον υπολογισμό του κονδυλίου των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και Τρίτων κρατήσεων στον οποίο, όμως, δεν περιλαμβανόταν η παρακράτηση φόρου 8%. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι σε κάθε περίπτωση, ακόμα και μετά την αφαίρεση του ποσού της παρακράτησης φόρου, ήτοι του ποσού των 1.200,09 ευρώ, το ποσό των 80,55 ευρώ που απομένει, αντιστοιχεί σε ποσοστό 3,9% του αθροίσματος του ύψους του προϋπολογιζόμενου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων και του ύψους των ασφαλιστικών εισφορών τους, το οποίο, δεδομένου ότι δεν δίνεται από τη Διακήρυξη συγκεκριμένο ποσοστό το οποίο θα πρέπει να καλύπτεται, είναι απολύτως εύλογο.

6. Επειδή, το άρθρο 18 «*Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων*» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) 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 [...]», το άρθρο 53 «*Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης*» του Ν.4412/2016 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, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως:....

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

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, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων [...] 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 και τους όρους πληρωμής, ιθ) οποιεσδήποτε τροποποιήσεις με τη μορφή σαφών, ακριβών και κατηγορηματικών ρητρών αναθεώρησης, συμπεριλαμβανομένων, ενδεχομένως ρητρών αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεων, κατά τα άρθρο 132, κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),κα) τον κατάλογο και τη σειρά ισχύος των εγγράφων της σύμβασης», το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» ότι «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...]».

7. Επειδή, στη Διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του υπόψη διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, στον πίνακα συνοπτικών στοιχείων του προοιμίου της και στο Παράρτημα «Β΄» «Ειδικοί Όροι Διακήρυξης Διαγωνισμού», το άρθρο 7

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

παρ. 12 ορίζει ότι «Κατά την πληρωμή παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8% για την παροχή υπηρεσιών (επί της καθαρής συμβατικής αξίας) σύμφωνα με το άρθρο 64 παραγρ. 2 του Ν. 4172/2013 όπως αυτός έχει τροποποιηθεί και ισχύει.[...]». Περαιτέρω, στο Παράρτημα Α' «Γενικοί Όροι Διακήρυξης Διαγωνισμού», το άρθρο 6 «Οικονομική Προσφορά» ορίζει ότι «1. Ο (υπο)φάκελος «Οικονομική Προσφορά» περιλαμβάνει την οικονομική προσφορά του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, ήτοι τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη οικονομικά στοιχεία και θα πρέπει να έχει συνταχθεί με σαφήνεια, επί ποινή απορρίψεως, σύμφωνα με τις ακόλουθες προβλέψεις : [...] β. Η προσφερόμενη τιμή πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια από την οικονομική προσφορά και πρέπει να είναι διαμορφωμένη σύμφωνα με όσα ζητούνται από την παρούσα διακήρυξη και ειδικότερα τα καθοριζόμενα στο άρθρο 3 των Ειδικών Όρων (Παράρτημα «Β'»)» (σύμφωνα με τη διευκρίνιση που παρέχει η αναθέτουσα αρχή με τις Απόψεις της, εκ παραδρομής γίνεται παραπομπή στο άρθρο 3 των Ειδικών Όρων (Παράρτημα «Β'») έναντι του ορθού άρθρου 2 του ίδιου Παραρτήματος). Επιπλέον, στο Παράρτημα «Β'» «Ειδικό Όροι Διακήρυξης Διαγωνισμού», το άρθρο 2 «Κατάρτιση Οικονομικής Προσφοράς-Κριτήριο Ανάδειξης Αναδόχου» ορίζει ότι «[...] 4. Για την ορθή συμπλήρωση των στοιχείων των Πινάκων «Α» και «Β» προσθήκης «2» παραρτήματος «Β'» της διακήρυξης επισημαίνονται τα κάτωθι: α. Συμπληρώνονται χωρίς να τροποποιηθεί η μορφή τους και σύμφωνα με την κείμενη εργατική νομοθεσία. [...] ε. Οι προσφέροντες, υποχρεούνται κατά τη συμπλήρωση των στοιχείων με Α/Α 3, 4 και 5 του Πίνακα «Β» του εντύπου οικονομικής προσφοράς να υπολογίζουν, για κάθε ένα από αυτά, εύλογο ποσό, έτσι ώστε το άθροισμα αυτών να αντιστοιχεί σε εύλογο ποσοστό του αθροίσματος του ύψους του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων καθώς και του ύψους των ασφαλιστικών εισφορών αυτών. Δηλαδή θα πρέπει να ισχύει : $\text{Διοικητικό κόστος παροχής των Υπηρεσιών} + \text{Κόστος Αναλωσίμων} + \text{Εργολαβικό Κέρδος} = \text{Μερικό ποσό}$, όπου $\text{Μερικό ποσό} = \text{εύλογο ποσοστό (δηλαδή, νούμερο επί τοις εκατό)} \times (\text{Ποσό πεδίου Α/Α 1 του πίνακα «Β»} + \text{Ποσό πεδίου Α/Α 2 του πίνακα «Β»})$, στην ίδια παράγραφο η περ. στ. ορίζει ότι: «Το πεδίο με Α/Α 6 (Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και Τρίτων κρατήσεις) του Πίνακα «Β» της Προσθήκης «2» του Παραρτήματος «Β»,

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

υπολογίζεται βάσει του παρακάτω τύπου: $\text{Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και Τρίτων κρατήσεις} = \text{Άθροισμα} / (1 - 0,0627868) - \text{Άθροισμα}$, όπου, $\text{Άθροισμα} = \text{Το άθροισμα των πεδίων A/A 1, A/A 2, A/A 3, A/A 4 και A/A 5 του πίνακα «B»}$, σύμφωνα, δε, με τον Πίνακα «B» της παρ. 6 της Προσθήκης «2» «Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς» του Παραρτήματος «B'», όπου A/A 1, το ύψος προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων, όπου A/A 2, το ύψος ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά, όπου A/A 3, το διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών, όπου A/A 4, το κόστος αναλωσίμων, όπου A/A 5, το εργολαβικό κέρδος και όπου A/A 6, οι νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις. Επίσης, στην Προσθήκη «2» «Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς» του Παραρτήματος B' ορίζεται ότι «[...] 3. Ότι ο οικονομικός φορέας μας, σύμφωνα με το κριτήριο ανάθεσης της εν λόγω διαδικασίας, προσφέρει το ακόλουθο μηνιαίο τίμημα για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας των προαναφερθέντων χώρων για τη διάρκεια της συμφωνίας πλαίσιο, που αναλύεται στον παρακάτω πίνακα: (ακολουθεί πίνακας) 4. Στην ανωτέρω τιμή συμπεριλαμβάνονται: α. [...] β. Κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για παράδοση της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης (συμφωνία πλαίσιο) [...]». Τέλος, στο Παράρτημα Α' «Γενικοί Όροι Διακήρυξης Διαγωνισμού», το άρθρο 2 «Υποχρεωτικοί Όροι» ορίζει ότι «Όλοι οι περιεχόμενοι –στην παρούσα διακήρυξη του επικείμενου διαγωνισμού– όροι και απαιτήσεις είναι υποχρεωτικοί για τους προσφέροντες. Η μη τήρησή τους καθιστά απαράδεκτη την προσφορά τους και τους αποκλείει από οποιαδήποτε αξιολόγηση.», το άρθρο 14 «Απόρριψη Προσφορών» ορίζει ότι «[...] Η προσφορά του οικονομικού φορέα απορρίπτεται ως απαράδεκτη σε κάθε μία ή περισσότερες από τις κάτωθι περιπτώσεις: [...] ιβ. Προσφορά που παρουσιάζει ουσιώδεις αποκλίσεις από τους όρους και τις τεχνικές απαιτήσεις της διακήρυξης.[...]» ενώ και στο Παράρτημα Β' «Ειδικό Όροι Διακήρυξης Διαγωνισμού», το άρθρο 2 «Κατάρτιση Οικονομικής Προσφοράς-Κριτήριο Ανάδειξης Αναδόχου» παρ. 9 ορίζει ότι «Σε περίπτωση μη υποβολής ή κατά παρέκκλιση των απαιτήσεων της διακήρυξης, υποβολής δικαιολογητικών του

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

υποφακέλου «Οικονομική Προσφορά», η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη».

8. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις της Διακήρυξης και τη γραμματική ερμηνεία αυτών, εναργώς προκύπτει ότι οι συμμετέχοντες στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία υποχρεούνταν για την παραδεκτή υποβολή της οικονομικής προσφοράς τους, μεταξύ άλλων, να υποβάλουν τον Πίνακα «B» της παρ. 6 της Προσθήκης 2 του Παραρτήματος Β', συμπληρωμένο χωρίς, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 4^α του Παραρτήματος Β', να τροποποιηθεί η μορφή του, με τα ποσά που ζητούνται και μόνο, ήτοι όπου A/A 1, το ύψος προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων, όπου A/A 2, το ύψος ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά, όπου A/A 3, το διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών, όπου A/A 4, το κόστος αναλωσίμων, όπου A/A 5, το εργολαβικό κέρδος και όπου A/A 6, οι νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις. Ειδικά, δε, για τον προσδιορισμό του ποσού του πεδίου A/A 6 «Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και Τρίτων κρατήσεις» η Διακήρυξη ορίζει τη χρήση μαθηματικού τύπου «Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και Τρίτων κρατήσεις = Άθροισμα / (1-0,0627868) – Άθροισμα και όπου, Άθροισμα = Το άθροισμα των πεδίων A/A 1, A/A 2, A/A 3, A/A 4 και A/A 5 του πίνακα «B». Στην υπό κρίση περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και όπως, εξάλλου, η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί με την Προσφυγή της, η προσφεύγουσα συμπλήρωσε, εσφαλμένως και κατά παρέκκλιση των οριζόμενων στη Διακήρυξη, το πεδίο A/A «Εργολαβικό Κέρδος» στη στήλη «Μηνιαίο Κόστος σε €» με το ποσό του εργολαβικού κέρδους ύψους 80,55 ευρώ προσαυξημένο, όμως, με το ποσό της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% ύψους 1.200,09 ευρώ, ήτοι με το συνολικό ποσό 1.280,64 ευρώ, αντί του ορθού ποσού 80,55 ευρώ. Συνεπώς, τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της ότι συμπεριέλαβε το ποσό της παρακράτησης φόρου 8% στο πεδίο του εργολαβικού κέρδους διότι δεν υπήρχε πρόβλεψη από τη Διακήρυξη για ξεχωριστό πεδίο στον εν λόγω Πίνακα «B'», ενώ και στο πεδίο των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και Τρίτων κρατήσεων δεν προβλεπόταν η συμπερίληψή του, καθόσον η Διακήρυξη – παρ. 3 και 4β εντύπου οικονομικής προσφοράς της Προσθήκης «2» στο

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

Παράρτημα Β΄ - όριζε το συνυπολογισμό της στην προσφερόμενη μηνιαία τιμή για την υπόψη παροχή υπηρεσιών την οποία όφειλαν να δηλώσουν οι διαγωνιζόμενοι σε ειδικό πίνακα στο έντυπο της οικονομικής προσφοράς τους κατά τις προρρηθείσες διατάξεις. Επέκεινα, συνεπεία, της συμπερίληψης του ποσού της παρακράτησης φόρου εισοδήματος στο ποσό του εργολαβικού κέρδους, η προσφεύγουσα συμπλήρωσε εσφαλμένως και το πεδίο A/A 6 «Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και Τρίτων κρατήσεις», αφού, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, στον ως άνω μαθηματικό τύπο, που ορίζει η Διακήρυξη για τον υπολογισμό του ποσού με το οποίο πρέπει να συμπληρωθεί το εν λόγω πεδίο, συνυπολογίζεται δύο φορές το ποσό του πεδίου A/A 5 «Εργολαβικό Κέρδος», το οποίο όμως, σύμφωνα με τα ανωτέρω, δεν προσδιορίστηκε ορθώς από την προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα όφειλε να συμπληρώσει το πεδίο A/A 6 στη στήλη «Μηνιαίο Κόστος σε €» με το ποσό των ευρώ $[(10.461,20 + 2.820,34 + 55,55 + 383,34 + 80,55) / (1-0,0627868) - (10.461,20 + 2.820,34 + 55,55 + 383,34 + 80,55)]$ 924,57, αντί του ποσού των ευρώ $[(10.461,20 + 2.820,34 + 55,55 + 383,34 + 1.280,64) / (1-0,0627868) - (10.461,20 + 2.820,34 + 55,55 + 383,34 + 1.280,64)]$ 1.004,97 με το οποίο το συμπλήρωσε. Ούτως, το ποσό της καθαρής συμβατικής μηνιαίας αξίας, ήτοι της συμβατικής αξίας άνευ Φ.Π.Α. και αφαιρουμένων των κρατήσεων, προκύπτουν εκ του αθροίσματος των ποσών των πεδίων A/A 1 έως A/A 5, είναι $(10.461,20 + 2.820,34 + 55,55 + 383,34 + 80,55 =)$ 13.800,98 ευρώ και όχι $(10.461,20 + 2.820,34 + 55,55 + 383,34 + 1.280,64 =)$ 15.001,07 ευρώ που προκύπτει από την υποβληθείσα οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, δοθέντος ότι στο ποσό αυτό έχει ήδη, σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερόμενα, συμπεριληφθεί το ποσό της παρακράτησης φόρου εισοδήματος ποσού 1.200,09 ευρώ, με αποτέλεσμα η καθαρή μηνιαία συμβατική αξία να έχει προσαυξηθεί κατά το ποσό του φόρου εισοδήματος. Επομένως, πέραν της ανεπίτρεπτης συμπερίληψης του ως άνω ποσού της παρακράτησης φόρου 8% στο πεδίο του εργολαβικού κέρδους, σε κάθε περίπτωση, αυτό δεν είναι ορθά υπολογισμένο, αφού αυτό, σύμφωνα με τον Ν. 4172/2013 και τη Διακήρυξη, υπολογίζεται επί της καθαρής συμβατικής αξίας, ήτοι, εν προκειμένω, το ορθό ποσό είναι το ποσό των $(13.800,98 \times 8\% =)$ 1.104,08 ευρώ μηνιαίως και όχι το ποσό των $(15.0001,07 \times 8\% =)$

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

1.200,09 ευρώ, όπως παρά τον Νόμο και τη Διακήρυξη, υπολογίζει η προσφεύγουσα. Τέλος, ο εσφαλμένος υπολογισμός του εργολαβικού κέρδους, οδηγεί σε εσφαλμένο υπολογισμό και του εύλογου ποσοστού της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, καθόσον λαμβάνοντας υπόψη το ως άνω εσφαλμένο στην οικονομική της προσφορά ποσό του μηναίου εργολαβικού κέρδους, ήτοι του ποσού των 1.280,64 ευρώ, το εύλογο ποσοστό που προκύπτει από τον σχετικό τύπο του άρθρου 2 παρ. 4 περ. ε του Παραρτήματος Β΄ της Διακήρυξης είναι $[(10.461,20 (A/A 1) + 2.820,34 (A/A 2) =) 13.281,54 / [(55,55 (A/A 3) + 383,34 (A/A 4) + 1.280,64 (A/A 5) =) 1.719,53) \times 100]=] 171.953 =] 12,9\%$, ενώ το ορθό εύλογο ποσοστό είναι $[(10.461,20 (A/A 1) + 2.820,34 (A/A 2) =) 13.281,54 / [(55,55 (A/A 3) + 383,34 (A/A 4) + 80,55 (A/A 5) =) 519,44) \times 100]=] 51.944,00 =] 3,9\%$. Συνεπώς, η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας δεν είχε συνταχθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη, αφού, κατά παρέκκλιση των ρητών και σαφών απαιτήσεων της, η προσφεύγουσα συνυπολόγισε τον φόρο παρακράτησης εισοδήματος 8% στο εργολαβικό κέρδος, τροποποιώντας ούτως ανεπίτρεπτα τη συγκεκριμένη μορφή του σχετικού υποδείγματος του Πίνακα «Β΄» της Διακήρυξης και κατ' ακολουθίαν προέβη σε λανθασμένους και αντίθετους με τις ακριβείς και αναλυτικές οδηγίες της αναθέτουσας αρχής υπολογισμούς των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και Τρίτων κρατήσεων, της καθαρής συμβατικής αξίας, του φόρου παρακράτησης εισοδήματος 8% και του εύλογου ποσοστού κατά παράβαση του κανονιστικού πλαισίου και της αρχής της τυπικότητας που επιβάλλει τη σύνταξη των προσφορών σύμφωνα με τις υποδείξεις της αναθέτουσας αρχής (Σ.τ.Ε. ΕΑ 816/2007, 26/2007). Δοθέντος δε, ότι οι οικονομικές προσφορές δεν δύνανται να τροποποιηθούν μετά την κατάθεσή τους, είτε με πρωτοβουλία της αναθέτουσας αρχής είτε των προσφερόντων (Σ.τ.Ε. ΕΑ 194/2011, 970/2010, 877/2006, 351/2005, ΔεφΑθ 514/2014) και ότι η αναθέτουσα αρχή έχει δέσμια αρμοδιότητα, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας, να αποκλείσει οικονομικό φορέα που δεν συμμορφώνεται πλήρως προς τις πρόνοιες του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού (Σ.τ.Ε. ΕΑ 79/2009, 26/2007, 1740/2004, 316/2006, 563/2006), νομίμως απερρίφθη η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας ως απαράδεκτη. Επέκεινα και αν ακόμα

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

ήθελε θεωρηθεί ότι η όποια πλημμέλεια της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας καλύπτεται εκ του λόγου ότι αυτή υπερέβαινε εν τέλει τα ελάχιστα νόμιμα, ως ευχερώς γίνεται αντιληπτό από τη συγκριτική επισκόπηση των ανωτέρω δηλωθέντων οικονομικών στοιχείων της προσφεύγουσας σε σχέση με το δέον δηλωθέν κατά τα κριθέντα ανωτέρω και πάλι, η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας ήταν σε κάθε περίπτωση απορριπτέα και για το λόγο ότι με την προσαύξηση του εργολαβικού κέρδους κατά το ποσό του φόρου εισοδήματος προέκυπτε μία φαινομενικά παραδεκτή οικονομική προσφορά, αφού, λαμβάνοντας τυχόν υπόψη ως εργολαβικό κέρδος το ως άνω λανθασμένο ποσό των 1.280,64 ευρώ, με το οποίο έχει συμπληρώσει η προσφεύγουσα το σχετικό πεδίο A/A 5, προκύπτει ότι η ως άνω – εσφαλμένη - παρακράτηση του 8%, ποσού 1.200,09 ευρώ, καλύπτεται από το εργολαβικό κέρδος ($1.280,64 > 1.200,09$), εντούτοις αυτή δεν είναι νόμιμη, δεδομένου ότι δεν καλύπτεται και υπολείπεται του ως άνω ορθού ποσού της παρακράτησης. Και τούτο διότι, το ποσό που απομένει ως εργολαβικό κέρδος, ύψους 80,55 ευρώ ($= 1.280,64 - 1.200,09$), υπολείπεται του ως άνω ορθού ποσού της παρακράτησης 8% (1.104,08 ευρώ) κατά 1.023,53 ευρώ ($= 1.104,08 - 80,55$). Εξάλλου, και αν ακόμα το ποσό του φόρου αυτού αφαιρεθεί από το σύνολο της προσφοράς της προσφεύγουσας, για την οποία έχει υπολογιστεί πέραν του εργολαβικού κέρδους 80,55 ευρώ και διοικητικό κόστος 55,55 ευρώ και κόστος αναλωσίμων 383,34 ευρώ, και πάλι η υπόψη παρακράτηση φόρου, ποσού 1.104,08 ευρώ, δεν καλύπτεται από τα κόστη αυτά (εργολαβικό κέρδος, αναλώσιμα και διοικητικό κόστος), ενώ και αν ακόμα καλυπτόταν, σαφώς συνάγεται ότι η υπόψη σύμβαση δεν θα είναι δυνατόν να εκτελεστεί από την προσφεύγουσα εταιρεία κατά το Νόμο και τη Διακήρυξη, δοθέντος ότι προς κάλυψη της εν λόγω παρακράτησης φόρου του 8%, παρανόμως δεν θα έχουν υπολογισθεί - ή/και δεν καλύπτουν τα απαιτούμενα για την εκτέλεση της υπόψη σύμβασης - εργολαβικό κέρδος, αναλώσιμα και διοικητικό κόστος, τα οποία σαφώς απαιτούνται προκειμένου η οικονομική προσφορά να θεωρηθεί νόμιμη, ήτοι και προσηκόντως να δύναται να εκτελεστεί (Ε.Σ. απόφ. VI Τμ. 40/2005, πρβλ. Αποφ. ΠΕΚ της 25-2-2003, Renco SpA κατά Συμβουλίου της Ε.Ε, T-4/2001). Κατ' ακολουθίαν των

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

ανωτέρω νομίμως η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε και ως εκ τούτου ο πρώτος λόγος της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα, με τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής της, ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της προσωρινής αναδόχου, εταιρείας «», θα έπρεπε να απορριφθεί ως απαράδεκτη, αφού δεν περιλαμβάνει την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% με επακόλουθο να μην θεωρείται ως εύλογο το προϋπολογιζόμενο εργολαβικό κέρδος που δηλώνει και η οικονομική της προσφορά να είναι υπερβολικά χαμηλή. Ειδικότερα, αναφέρει ότι από τους υπολογισμούς για την προσφορά της ανωτέρω εταιρείας, προκύπτει ότι το παραδεκτό της οικονομικής προσφοράς της οφείλεται στον μη υπολογισμό της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%, καθώς αν αυτή είχε υπολογιστεί, τότε η προσφορά της θα ήταν ζημιογόνα για την ίδια, αλλά και κατώτερη του κατώτατου εργατικού κόστους, κατά παράβαση των όσων ορίζονται στην εργατική νομοθεσία και στο άρθρο 68 του Ν.3863/2010. Επ' αυτού, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι ως άνω οικονομικός φορέας υπολόγισε το πεδίο Α/Α 6 «Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και Τρίτων κρατήσεις» του Πίνακα «Β'» βάσει του οριζόμενου στο άρθρο 2 παρ. 4 στ. του Παραρτήματος Β' της Διακήρυξης τύπου και ο οποίος τύπος δεν προβλέπει τη συμπερίληψη του φόρου εισοδήματος 8% έστω και ως ξεχωριστού ποσού. Σε κάθε, δε, περίπτωση, η αναθέτουσα διατείνεται ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος δεν πρέπει να θεωρείται κράτηση/επιβάρυνση, καθόσον το σύνολο των παρακρατηθέντων φόρων εισοδήματος συμψηφίζεται με τον αναλογούντα ετήσιο επιβαλλόμενο φόρο μετά την εκκαθάριση των φορολογικών δηλώσεων, συνιστώντας κατ' ουσία προπληρωμή-μεταβίβαση πόρων προς το κράτος έναντι τυχόν μελλοντικών απαιτήσεων του από τη δραστηριότητα της επιχείρησης, προκειμένου να χρηματοδοτείται κατά το παρόν η εύρυθμη και απρόσκοπτη λειτουργία του.

10. 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

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

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: [...] Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. 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. [...]

11. 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: αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1%) για τα υγρά καύσιμα και τα προϊόντα καπνοβιομηχανίας, ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών», ενώ σύμφωνα με την παρ. 4 του αυτού άρθρου «(σ)ε περίπτωση που η παρακράτηση φόρου δεν εξαντλεί τη φορολογική υποχρέωση ο παρακρατηθείς φόρος πιστώνεται έναντι του φόρου εισοδήματος που πρέπει να βεβαιωθεί από επιχειρηματική δραστηριότητα ή του φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων και νομικών οντοτήτων, κατά περίπτωση». Περαιτέρω, το άρθρο 24 «παρακράτηση φόρου στο εισόδημα από εμπορικές επιχειρήσεις» του Ν. 2198/1994 «Αύξηση αποδοχών δημοσίων υπαλλήλων εν γένει, σύναψη δανείων, υπό του Ελληνικού Δημοσίου και δημιουργία στην Συστήματος Παρακολούθησης Συναλλαγών επί Τίτλων με Λογιστική Μορφή (Αύλοι Τίτλοι) και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α'43) ορίζει ότι «[...] στ. Δημόσιες υπηρεσίες, οργανισμοί

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

τοπικής αυτοδιοίκησης, κοινωφελή ιδρύματα, οργανισμοί και επιχειρήσεις κοινής ωφέλειας, δημόσιες επιχειρήσεις ή εκμεταλλεύσεις και νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου γενικά, κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή παροχής υπηρεσιών από επιχειρήσεις, υποχρεούνται όπως, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1 %) για τα υγρά καύσιμα, ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών».

12. Επειδή, η Διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του υπό εξέταση διαγωνισμού, στον πίνακα συνοπτικών στοιχείων του προοιμίου της ορίζει ότι «Κατά την πληρωμή παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8% για την παροχή υπηρεσιών (επί της καθαρής συμβατικής αξίας) σύμφωνα με το άρθρο 64 παραγρ. 2 του Ν. 4172/2013 όπως αυτός έχει τροποποιηθεί και ισχύει.[...], στο Παράρτημα Β' «Ειδικό Όροι Διακήρυξης Διαγωνισμού», το άρθρο 2 «Κριτήριο Ανάδειξης Αναδόχου-Κατάρτιση της Οικονομικής Προσφοράς» ορίζει ότι «[...] 2. Στο προβλεπόμενο πεδίο της οικονομικής προσφοράς του διαγωνισμού στο Σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ) θα αναγραφεί η προσφερόμενη τιμή που αντιστοιχεί στη συνολική μηνιαία δαπάνη για τις ζητούμενες υπηρεσίες καθαριότητας σε Ευρώ (€) με ανάλυση μέχρι και δύο δεκαδικά ψηφία. Στην τιμή θα περιλαμβάνονται οι τυχόν υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, εκτός από τον αναλογούντα ΦΠΑ για την παρεχόμενη υπηρεσία στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπονται από την παρούσα διακήρυξη. [...], στο άρθρο 7 «Πληρωμές» ορίζεται ότι «[...] 7. Ο ανάδοχος επιβαρύνεται επιπλέον: [...] β. Με φόρους, δασμούς, κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη νόμιμη επιβάρυνση καθώς και κάθε άλλου είδους δαπάνη που πιθανόν πραγματοποιήσει ο προσφέρων.[...] 11. «Οι οικονομικοί φορείς επιβαρύνονται με κρατήσεις ποσοστού 6,27868%, οι οποίες αναλύονται ως κατωτέρω: (ακολουθεί πίνακας όπου περιγράφονται οι κρατήσεις: Υπέρ ΜΤΑ 4%, Υπέρ ΕΛΟΑΑ 2%, Χαρτόσημο 2% 0,12%, ΟΓΑ 20% επί Χαρτοσήμου 0,024%, Υπέρ Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) 0,07%, Χαρτόσημο 3% Υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ 0,0021%, ΟΓΑ 20% ΕΠΙ Χαρτοσήμου ΕΑΑΔΗΣΥ 0,00042%, Υπέρ Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 0,06%, Χαρτόσημο 3% Υπέρ ΑΕΠΠ 0,0018%, ΟΓΑ 20% επί Χαρτοσήμου ΑΕΠΠ 0,00036%, Σύνολο 6,27868%), 12. Κατά την πληρωμή παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8% για την παροχή υπηρεσιών (επί της καθαρής συμβατικής αξίας) σύμφωνα με το άρθρο 64 παραγρ. 2 του Ν. 4172/2013 όπως αυτός έχει τροποποιηθεί και ισχύει, ενώ η Υπηρεσία επιβαρύνεται με ΦΠΑ 24%.[...]. Περαιτέρω, στην Προσθήκη «2» «Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς» του Παραρτήματος Β΄ ορίζεται ότι «[...] 3. Ότι ο οικονομικός φορέας μας, σύμφωνα με το κριτήριο ανάθεσης της εν λόγω διαδικασίας, προσφέρει το ακόλουθο μηνιαίο τίμημα για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας των προαναφερθέντων χώρων για τη διάρκεια της συμφωνίας πλαίσιο, που αναλύεται στον παρακάτω πίνακα: (ακολουθεί πίνακας) 4. Στην ανωτέρω τιμή συμπεριλαμβάνονται: α. [...] β. Κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για παράδοση της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης (συμφωνία πλαίσιο). [...] Τέλος, στο Παράρτημα Α΄ «Γενικοί Όροι Διακήρυξης Διαγωνισμού», στο άρθρο 14 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπεται ότι «1. Η απόρριψη προσφοράς γίνεται με απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμόδιου συλλογικού οργάνου. Η προσφορά του οικονομικού φορέα απορρίπτεται ως απαράδεκτη σε κάθε μία ή περισσότερες από τις κάτωθι περιπτώσεις : [...]...ε. Προσφορά που [...] ή/ και δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή [...]. ...ια. Προσφορά που δεν καλύπτει πλήρως απαραίτους όρους της διακήρυξης. ...ιβ. Προσφορά που παρουσιάζει ουσιώδεις αποκλίσεις από τους όρους και τις τεχνικές απαιτήσεις της διακήρυξης....ιγ. Μη υποβολή κάθε άλλου στοιχείου που προβλέπεται να υποβληθεί από την προσφορά.... 2. Οι λόγοι της προηγούμενης παραγράφου είναι ενδεικτικοί και όχι αποκλειστικοί, εφόσον από τη διακήρυξη και το Ν.4412/2016, προβλέπονται και άλλοι λόγοι για τους οποίους οι προσφορές κρίνονται απαράδεκτες. 3. Μη κανονικές προσφορές (άρθρο 26, παραγρ. 3 του Ν. 4412/2016) θεωρούνται συγκεκριμένα :α. Όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης, [...].

13. Επειδή, συναφώς, το άρθρο 95 «Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Η

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

οικονομική προσφορά (προσφερόμενη τιμή) δίδεται σε ευρώ. 2 [...] 3[...] 4[...] 5. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: α) η τιμή του προς προμήθεια υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας [...]».

14. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του Νόμου και της Διακήρυξης προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία (ΔΕφΑθ 268/2019, ΔΕφΘεσ 26/2019), η υποχρέωση, δε αυτή, φαίνεται να 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 (πρβλ. Σ.τ.Ε. 563/2008, Σ.τ.Ε. ΕΑ 446/2009, 840/2008). Ως εκ τούτου, συνάγεται ότι μεταξύ των εν λόγω επιβαρύνσεων περιλαμβάνεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8% (ΔΕφΑθ 268/2019, ΔΕφΘεσ 26/2019), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Ν. 4172/2013 και η οποία παρακρατείται υποχρεωτικά κατά την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 24 του Ν. 2198/1994, απορριπτομένου του αντίθετου ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής ότι η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8% δεν θεωρείται κράτηση/επιβάρυνση. Η εν λόγω ειδικότερη 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 του εν λόγω ποσοστού, φαίνεται να άγει, άνευ ετέρου, σε απόρριψη της προσφοράς σύμφωνα με τις ως άνω (σκέψη 12) διατάξεις του άρθρου 14 του Παραρτήματος Α' της Διακήρυξης (ΔΕφΘεσ 26/2019). Στην υπό κρίση περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου και το περιεχόμενο της οικονομικής

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

προσφοράς της εταιρείας «» και προσωρινής αναδόχου, προκύπτει ότι στην οικονομική της προσφορά δεν έχει υπολογίσει το ύψος του παρακρατούμενου φόρου 8%, το οποίο και ανέρχεται σε 1.134,02 ευρώ [15.124,96 ευρώ (μηνιαία καθαρή προσφερόμενη τιμή) – 949,65 ευρώ (το σύνολο των κρατήσεων μηνιαίως) x 8%]. Το γεγονός αυτό εξάλλου, ήτοι ότι η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία δεν υπολόγισε στην οικονομική της προσφορά ως επιβάρυνση την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% του Ν. 4172/2013, ούτε η αναθέτουσα αρχή αμφισβητεί, η οποία αιτιολογώντας την αποδοχή της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας ως παραδεκτής, υποστηρίζει ότι δεν όφειλε να την υπολογίσει βάσει του οριζόμενου στο άρθρο 2 παρ. 4 στ. του Παραρτήματος Β΄ της Διακήρυξης τύπου, δηλαδή αναφέρει με το έγγραφο απόψεων της ότι η υπόψη εταιρεία εφάρμοσε τον οριζόμενο τύπο, χωρίς όμως να αιτιολογεί και ουδόλως να προκύπτει ότι κατά την εφαρμογή από μέρους της του τύπου αυτού συμπεριέλαβε και την εν λόγω νόμιμη κράτηση του 8%. Τα ανωτέρω συνάγονται επιπροσθέτως και εκ του γεγονότος ότι η υπόψη προσωρινή ανάδοχος εταιρεία έχει υπολογίσει στην οικονομική της προσφορά μηνιαίο εργολαβικό κέρδος ποσού 227,48 ευρώ, το οποίο και δεν καλύπτει την παρακράτηση του 8%, αφού υπολείπεται κατά 906,54 ευρώ (= 1.134,02- 227,48) του ποσού του παρακρατούμενου φόρου, το οποίο και όφειλε να έχει υπολογίσει στην προσφορά της. Εξάλλου, και αν ακόμα το ποσό του φόρου αυτού αφαιρεθεί από το σύνολο της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας, για την οποία έχει υπολογιστεί πέραν του εργολαβικού κέρδους, 227,48 ευρώ και διοικητικό κόστος 39,00 ευρώ και κόστος αναλωσίμων 909,92 ευρώ, και πάλι η υπόψη παρακράτηση φόρου, ποσού 1.134,02 ευρώ, δεν επαρκεί για τη σύννομη εκτέλεση της υπόψη σύμβασης, δεδομένου ότι δεν θα είναι δυνατόν αυτή να εκτελεστεί από την προσωρινή ανάδοχο εταιρεία κατά το Νόμο και τη Διακήρυξη αφού προς κάλυψη της εν λόγω παρακράτησης φόρου του 8%, παρανόμως δεν θα έχουν υπολογισθεί - ή/και δεν καλύπτουν τα απαιτούμενα για την εκτέλεση της υπόψη σύμβασης - εργολαβικό κέρδος, αναλώσιμα και διοικητικό κόστος συνολικού ποσού 1.176,40 ευρώ (=227,48 + 39,00 + 909,92). Και τούτο διότι, το ποσό που θα απομένει προς κάλυψή των, εργολαβικού κέρδους, αναλωσίμων και διοικητικού κόστους, μετά την αφαίρεση της υπόψη παρακράτησης θα είναι

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

μόλις 42,38 ευρώ, τα οποία και σαφώς δε δύνανται παραδεκτά να θεωρηθούν ως επαρκή για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης και κατ' επέκταση να θεωρηθεί η υπόψη οικονομική προσφορά ως νόμιμη. Εξάλλου, ούτε η φύση της ως άνω παρακράτησης, ως φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου ούτε η μη πρόβλεψη της Διακήρυξης για συμπερίληψή της στον Πίνακα «B» της παρ. 6 της Προσθήκης 2 του Παραρτήματος Β', αναιρεί την υποχρέωση του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό να συμπεριλάβει τη συγκεκριμένη επιβάρυνση στο προσφερόμενο τίμημα για την υπόψη παροχή υπηρεσιών όπως συνάγεται από τους όρους της Διακήρυξης, όπως αυτοί προπαρατέθηκαν, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 95 παρ. 5 α' του Ν.4412/2016 και 64 παρ.2 του Ν.4172/2013, ενώ, η συγκεκριμένη έλλειψη της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας συνιστά ασάφεια ως προς την προσφερόμενη τιμή, εξαιτίας της οποίας αυτή είναι, σύμφωνα με το άρθρο 14 παρ. 1ε του Παραρτήματος Α' της Διακήρυξης, απορριπτέα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 268/2019). Τούτων ούτως έχοντων, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι μη νομίμως έγινε αποδεκτή η οικονομική προσφορά της εταιρείας «». Αυτονοήτως ότι, κατά το μέρος που για τον ίδιο λόγο πλημμέλειας της οικονομικής της προσφοράς με την εταιρεία» δεν απορρίφθηκε η προσφορά του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα «», η αναθέτουσα αρχή σε συμμόρφωση με την απόφαση της Α.Ε.Π.Π. κατ' άρθρο 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και σύμφωνα με το ενιαίο μέτρο κρίσης και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, οφείλει όπως απορρίψει κάθε οικονομική προσφορά που φέρει την ίδια πλημμέλεια και για την οποία η Α.Ε.Π.Π. κατ' άρθρο 367 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και σύμφωνα με την αρχή *ne eat iudex ultra petita partiam* δε δύνανται νομίμως να ελέγξει παρεμπιπτόντως. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος της Προσφυγής τυγχάνει νόμω και ουσία βάσιμος.

15. Επειδή, παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων της Προσφυγής για την απόρριψη των οικονομικών προσφορών των εταιρειών «» και «», ως αλυσιτελώς προβαλλόμενων, σύμφωνα με τα κριθέντα ανωτέρω (σκέψη 4).

16. Επειδή, τούτων δοθέντων και γενομένου δεκτού του δεύτερου λόγου της υπό κρίση Προσφυγής, αυτή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή ως βάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, το

Αριθμός απόφασης: 559 / 2020

παραβόλο, δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. Φ.831/2712/Σ.470/09.03.2020 απόφαση του Γενικού (.....)/ (.....) του (.....) αναφορικά με την υπ' αριθ. Διακήρυξη για την επιλογή αναδόχου για την «Καθαριότητα Χώρων - Υπηρεσιών –- και Καθαρισμού Σκευών Λέσχης και Λέσχης», κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «.....».

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Απριλίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 14 Μαΐου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα