

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 02.02.2021 με ΓΑΚ 260/03.02.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «...»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. ... απόφαση της Υπηρεσιακής Γραμματέως του Υπουργείου ..., κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της για όλα τα τμήματα του διαγωνισμού που συμμετείχε.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

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, ποσού €994,00 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και το από 29.01.2021 αποδεικτικό πληρωμής της ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ).

2. Επειδή, με την υπ' αρ. ... (αρ.πρωτ....) Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για το κάθε τμήμα (Κεντρικό και Υπηρεσία Επιτρόπου Π.Ε.), για την ανάδειξη αναδόχου που θα αναλάβει την παροχή του συνόλου των υπηρεσιών που είναι απαραίτητες για τον καθημερινό γενικό καθαρισμό των χώρων του κτιρίου της Κεντρικής Υπηρεσίας του ..., επί των οδών ... και ... στην ..., των αποθηκών αυτού στο ...

Αριθμός απόφασης: 608/2021

στα ..., των γραφείων στην 1η Υπηρεσία Επιτρόπου ..., καθώς και των γραφείων Υπηρεσιών Επιτρόπου στις Περιφερειακές Ενότητες της Χώρας, διάρκειας ενός έτους, συνολικού προϋπολογισμού 198.670,40 προ Φ.Π.Α. ή 246.351,30 συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%. Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

3. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... απόφαση της Υπηρεσιακής Γραμματέως του Υπουργείου ..., κατόπιν έγκρισης του με αριθ. 1642/15-01-2021 πρακτικού Νο3 της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι «έχει υπολογίσει εσφαλμένα στην προσφορά της τις νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις και την παρακράτηση (8%) του φόρου εισοδήματος, κατά παράβαση του άρθρου 2.4.6β) της οικείας Διακήρυξης».

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 02.02.2021, 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.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στην προσφεύγουσα, στις 26.01.2021, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στο ΕΣΗΔΗΣ στις 02.02.2021, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 04.02.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ' αριθμ. πρωτ. 7052 / 12.2.2021 απόψεις της, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 15.02.2021.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη,

Αριθμός απόφασης: 608/2021

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 ουσιαστών 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 την προσφυγή της στρέφεται κατά του αποκλεισμού της και με τον πρώτο λόγο ισχυρίζεται επί λέξει ότι *«Ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί εσφαλμένου τρόπου υπολογισμού της παρακράτησης 8%, ανεξάρτητα από τη βασιμότητά του, σε κάθε περίπτωση δεν επηρεάζει τη νομιμότητα της προσφοράς της εταιρίας μας, διότι εκ περισσού συμπεριλάβαμε ρητώς στην οικονομική προσφορά μας την παρακράτηση 8%. Κατά την ορθή ερμηνεία της διακήρυξης και του εφαρμοστέου νομικού πλαισίου δεν υπήρχε υποχρέωση ρητού (επιπρόσθετου) 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, και άρα τυχόν σφάλμα στον υπολογισμό της δεν επηρεάζει τη νομιμότητα της προσφοράς μας...Με την προσβαλλόμενη απόφαση, η προσφορά της εταιρίας μας απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι έχει υπολογίσει εσφαλμένα στην προσφορά της τις νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις και την παρακράτηση (8%) του φόρου εισοδήματος, κατά παράβαση του άρθρου 2.4.6β) της οικείας Διακήρυξης...Από την ανωτέρω γραμματική διατύπωση των άρθρων της Διακήρυξης 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 της Διακήρυξης, παρακρατείται κατά την πληρωμή, δηλαδή αποτελεί προκαταβολή*

Αριθμός απόφασης: 608/2021

φόρου εισοδήματος που επιστρέφεται, 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. Η αναφορά ότι «Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση 8% επί του καθαρούποσού», ξεχωριστά και διακριτά από τις κρατήσεις που βαρύνουν τον ανάδοχο, έχει ως σκοπό να επισημάνει την ενέργεια της παρακράτησης του ποσοστού 8% του φόρου κατά το στάδιο της πληρωμής του τιμολογίου του αναδόχου και σε καμία περίπτωση δεν εξομοιώνει την εν λόγω παρακράτηση με τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων που απαριθμούνται στο άρθρο 5.1.1. Άλλωστε, το εν λόγω άρθρο τιτλοφορείται «Φόροι-κρατήσεις», ακριβώς για να υπάρξει διαχωρισμός ανάμεσα στις κρατήσεις και στο ποσοστό 8%, που συνιστά φόρο. Η εκ των υστέρων διαφορετική ερμηνεία των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο τέτοιο ώστε να αποβαίνουν σε βάρος συγκεκριμένων συμμετεχόντων αντιβαίνει στην αρχή της ισότιμης αντιμετώπισης των οικονομικών φορέων από τις αναθέτουσες αρχές (άρθρο 18 ν.4412/2016)... Περαιτέρω, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% ΔΕΝ συνιστά εκ της φύσεως της κράτηση υπέρ τρίτου ούτε επιβάρυνση υπό την έννοια που αναφέρεται στη Διακήρυξη. Ειδικότερα:

Το άρθρο 64 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013), αναφέρεται σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος και όχι σε κράτηση υπέρ τρίτου....»

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής προκύπτουν τα εξής σχετικά με τον υπό κρίση πρώτο λόγο: Το άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης ορίζει ότι «Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ως εξής: κράτηση ύψους 0,07 % υπέρ της ΕΑΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με το άρθρο 375 παρ. 7 ν. 4412/2016, επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων. Επί της εν λόγω κράτησης επιβάλλεται χαρτόσημο 3% και κράτηση υπέρ ΟΓΑ, ποσοστού 20% επί του χαρτοσήμου, κράτηση ύψους 0,06% υπέρ ΑΕΠΠ, σύμφωνα με το άρθρο 350 παρ. 3 ν. 4412/2016, επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων. Επί της εν λόγω κράτησης επιβάλλεται χαρτόσημο 3% και κράτηση υπέρ ΟΓΑ, ποσοστού 20% επί του χαρτοσήμου παρακράτηση φόρου 8% επί της καθαρής συμβατικής αξίας των υπηρεσιών, (άρθρο 64 ν. 4172/2013) και κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται

Αριθμός απόφασης: 608/2021

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.». Επίσης στο έντυπο της οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος Β, το οποίο είναι συνημμένο στην Διακήρυξη προβλέπεται πεδίο (α/α 10) για τη συμπλήρωση των νομίμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων στις οποίες περιλαμβάνεται και η παρακράτηση 8% φόρου εισοδήματος. Κατόπιν των ανωτέρω άρθρων της Διακήρυξης προκύπτει η υποχρέωση των διαγωνιζόμενων να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία, η οποία περιλαμβάνει και την ειδικότερη υποχρέωση να περιλάβουν στην τιμή ποσοστό 8% επί της (προσφερόμενης) καθαρής αξίας των υπηρεσιών, το οποίο αφορά παρακράτηση φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013. 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 σωστή συμπερίληψη στην οικονομική προσφορά του εν λόγω ποσοστού, φαίνεται να άγει, άνευ ετέρου, σε απόρριψη της προσφοράς (Διοικητικό Εφετείο Κομοτηνής Ν1/2021). Κατά συνέπεια, η προσφεύγουσα ήταν υποχρεωμένη βάσει των ως άνω άρθρων της Διακήρυξης που ρητά ορίζουν τον υπολογισμό του φόρου 8% και τα οποία δεν αμφισβήτησε πριν υποβάλλει την προσφορά της ούτε συμμετείχε με κάποια επιφύλαξη, να συνυπολογίσει ορθά την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% στην οικονομική της προσφορά. Κατόπιν τούτων, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της αναφέρει επί λέξει ότι *«Ακόμα και υπό την εκδοχή ότι υπήρχε υποχρέωση ρητής συμπερίληψης στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης φόρου εισοδήματος (8%), ως προς τον ορθό τρόπο υπολογισμού της, ισχύουν τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 64 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013), προβλέπεται ότι: «2. Οι φορείς γενικής κυβέρνησης «εκτός από τις κεφαλαιουχικές εταιρείες» κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από «φυσικά ή νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας*

Αριθμός απόφασης: 608/2021

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.». Περαιτέρω, με την ΠΟΛ.1120/25.4.2014 «Φορολογική μεταχείριση των αμοιβών που καταβάλλονται για τεχνικές υπηρεσίες, αμοιβές διοίκησης, αμοιβές για συμβουλευτικές και παρόμοιες υπηρεσίες» ορίστηκε ότι «Με βάση τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 64, ο παρακρατούμενος φόρος εισοδήματος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών, ήτοι στην αξία που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των τυχόν κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου, του Μ.Τ.Π.Υ. και λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, οι οποίες βαρύνουν το φυσικό ή το νομικό πρόσωπο που λαμβάνει την αμοιβή, εφόσον η επιβολή τους προβλέπεται με νόμο και είναι υποχρεωτική η καταβολή αυτών.». Συνεπώς, ως βάση υπολογισμού για την εξεύρεση της επίμαχης παρακράτησης λαμβάνεται υπόψη το καθαρό ποσό της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών, το οποίο περιλαμβάνει το εργατικό κόστος, πλέον των εργοδοτικών εισφορών, το κόστος αναλωσίμων, το διοικητικό κόστος και το εργολαβικό κέρδος, χωρίς ΦΠΑ, τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων και την παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, που εκκαθαρίζεται με τη φορολογική του δήλωση. Άλλως, αν δηλαδή η παρακράτηση αυτή υπολογιζόταν στην τελική προσφερόμενη τιμή των οικονομικών προσφορών, που εμπεριέχουν αυτή (την παρακράτηση), θα επιβαλλόταν φόρος σε φόρο (βλ. *ad hoc* ΔΕφ Πει σε συμβ. 102/2020). (β) Εν όψει των ανωτέρω, η εταιρία μας υπολόγισε απολύτως ορθά και σύννομα την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% για όλα τα τμήματα του διαγωνισμού, με βάση υπολογισμού το καθαρό ποσό των παρεχόμενων υπηρεσιών, που συνιστά το λειτουργικό κόστος τους (αποδοχές εργαζομένων, ασφαλιστικές εισφορές, διοικητικό κόστος, κόστος αναλωσίμων) συν το εργολαβικό κέρδος τους. Όσον αφορά δε τις λοιπές κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, μολονότι μπορούσαμε νομίμως να υπολογίσουμε αυτές με βάση το ίδιο ως άνω ποσό, εντούτοις υπολογίσαμε αυτές με βάση την τελική προσφερόμενη τιμή χωρίς ΦΠΑ. Επομένως, στην πραγματικότητα το συνολικό ποσό κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων και παρακράτησης φόρου 8 % που υπολόγισε η εταιρία μας όχι μόνο δεν υπολείπεται, αλλά αντίθετα υπερβαίνει το νόμιμο ποσό που αντιστοιχεί στην προσφορά μας...».

Αριθμός απόφασης: 608/2021

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής προκύπτουν τα εξής σχετικά με τον υπό κρίση δεύτερο λόγο: Η παρ. 2 του άρθρου 64 του ν. 4172/2013 (Α' 167) και η ΠΟΛ 1120/2014 ορίζουν ότι : *«ο παρακρατούμενος φόρος εισοδήματος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών, ήτοι στην αξία που απομένει μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και των τυχόν κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου, του Μ.Τ.Π.Υ. και λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, οι οποίες βαρύνουν το φυσικό ή το νομικό πρόσωπο που λαμβάνει την αμοιβή, εφόσον η επιβολή τους προβλέπεται με νόμο και είναι υποχρεωτική η καταβολή αυτών».*

Βάσει της ως άνω διάταξης προκύπτει ότι η προσφεύγουσα, για όλα τα τμήματα του Διαγωνισμού που συμμετείχε, στην οικονομική της προσφορά, στο πεδίο με α/α 10 που αφορά στις Νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις έχει υπολογίσει χαμηλότερο ποσό φόρου 8% κάνοντας λανθασμένους υπολογισμούς σε αντίθεση με τον ορθό υπολογισμό της αναθέτουσας αρχής όπως παρατίθεται στους πίνακες της προσβαλλόμενης απόφασης, με αποτέλεσμα η προσφορά της να είναι απορριπτέα για τα τμήματα αυτά. Κατόπιν τούτο πρέπει να απορριφθεί και ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προσφυγής.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

13. 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.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού €994,00 με ηλεκτρονικό κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε την 01 Απριλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ