

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή και Άννα Χριστοδουλάκου,
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.03.2021 προδικαστική προσφυγή με
Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 484/08.03.2021 της προσφεύγουσας
με την επωνυμία «...», που εδρεύει ... (οδός ...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (...) (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα
εκπροσωπείται και

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει
... (οδός ..., Τ.Κ. ...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να
ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 85/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το
μέρος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και
αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για το τμήμα 4 του διαγωνισμού.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της
προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης
πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα
Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ ... 2020-12-11 διακήρυξη της
αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω
των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας
σε κτίρια στα οποία στεγάζονται ... του ... για χρονικό διάστημα δέκα (10)

Αριθμός Απόφασης: 803/2021

μηνών, συνολικού προϋπολογισμού 676.685,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της συνολικής τιμής ανά τμήμα. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της διακήρυξης, η σύμβαση υποδιαιρείται σε έξι τμήματα, ήτοι: ΤΜΗΜΑ 1 προϋπολογισμού 133.705,00€ χωρίς Φ.Π.Α., ΤΜΗΜΑ 2 προϋπολογισμού 208.335,00€, ΤΜΗΜΑ 3 προϋπολογισμού 212.075,00€ χωρίς Φ.Π.Α., ΤΜΗΜΑ 4 προϋπολογισμού 101.660,00€ χωρίς Φ.Π.Α., ΤΜΗΜΑ 5 προϋπολογισμού 9.690,00€ χωρίς Φ.Π.Α. και ΤΜΗΜΑ 6 προϋπολογισμού 11.220,00€ χωρίς Φ.Π.Α. Επίσης, σύμφωνα με το ίδιο άρθρο της διακήρυξης, προσφορές υποβάλλονται για ένα, για περισσότερα ή για όλα τα τμήματα, για το σύνολο των ζητούμενων υπηρεσιών ανά τμήμα. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 08.12.2020. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 11.12.2020 με ΑΔΑΜ: ... 2020-12-11, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...). Στο τμήμα 4 του διαγωνισμού συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορές δεκαπέντε (15) διαγωνιζόμενοι, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθμ. 85/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατόπιν έγκρισης των οικείων Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, στο τμήμα 4 του διαγωνισμού αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, ενώ η προσφορά της προσφεύγουσας (κατόπιν και της απόρριψης της προσφοράς έτερης διαγωνιζόμενης – ...) κατετάγη δεύτερη. Κατά της ως άνω υπ' αριθμ. 85/2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος για το τμήμα 4 του διαγωνισμού, ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή.

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., εξοφληθέν δυνάμει του από 05.03.2021

αποδεικτικού εξόφλησης ... και δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 600,00€.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη μετά των εγκριθέντων με αυτήν Πρακτικών κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 26.02.2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 05.03.2021. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή ασκήθηκε μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα, ως καταταγείσα δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, στρέφεται κατά της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου επιδιώκοντας την αποκλεισμό της τελευταίας και την ανάδειξη της ίδιας ως προσωρινής αναδόχου του τμήματος 4.

6. Επειδή, η υπό εξέταση παρέμβαση έχει ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 16.03.2021, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς την παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 08.03.2021. Περαιτέρω, η παρέμβαση ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της

Αριθμός Απόφασης: 803/2021

προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για το τμήμα 4 του διαγωνισμού.

7. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 92483/16.03.2021 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 16.03.2021 τόσο προς την Α.Ε.Π.Π. όσο και προς την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Η προσφεύγουσα υπέβαλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 09.04.2021 υπόμνημα, το οποίο είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο και δη ως μη φέρον ψηφιακή υπογραφή, ενώ το από 12.04.2021 συμπληρωματικό υπόμνημα που υπέβαλε η προσφεύγουσα με τον ίδιο τρόπο στις 12.04.2021 είναι απορριπτέο ως εκπρόθεσμο.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι «1ος Λόγος: Σύμφωνα με τους ειδικούς όρους και διατάξεις της Διακήρυξης της Σύμβασης και συγκεκριμένα σύμφωνα με την παράγραφο 5.1.2. (πρβλ. σελ. 49-50) της Διακήρυξης του ως άνω διαγωνισμού, όπως αυτή έχει αναρτηθεί στο ΕΣΗΔΗΣ με αριθμό συστήματος ... αναφέρει: «...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 της υπηρεσίας 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 (άρθρο 4 ν.4013/2011 όπως ισχύει). Β) 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 (ΑΕΠΠ) (αρ.350 παρ.3 ν.4412/2016 όπως ισχύει και ΚΥΑ αρ.1191, ΦΕΚ 9698/22-3-17). Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού

ποσού..... Εν προκειμένω, στην προσφορά της η εταιρεία «...» και συγκεκριμένα στο αρχείο με τίτλο «3. ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΑΡΘΡΟΥ 68 ΤΜΗΜΑ 4 ΣΥΝΟΛΙΚΑ» του φακέλου Οικονομική Προσφορά παραθέτει - και σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού – την ακόλουθη ανάλυση: [...] Από τα ως άνω στοιχεία προκύπτει πως το καθαρό ποσό του προσφερόμενου τιμήματος ανέρχεται στα 8,404.91 €, επί του οποίου ποσού σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία αναλογεί παρακράτηση φόρου 8% ύψους, 672.39 €. Το ποσό αυτό επ' ουδενί δεν καλύπτεται από το αναφερόμενο ποσό κρατήσεων (13,09 ευρώ μηνιαίως), ενώ και το εξαιρετικά μικρό ποσοστό εργολαβικού κέρδους (0,054%) της συγκεκριμένης προσφοράς δεν είναι ικανό να ενσωματώσει την ως άνω υποχρεωτική εκ του νόμου παρακράτηση φόρου. Από την αδιάσικτη γραμματική διατύπωση των παραπάνω ρητών και αναμφισβήτητων απαιτήσεων της Πρόσκλησης προκύπτει ότι οι οικονομικές προσφορές θα πρέπει να περιλαμβάνουν και να συνυπολογίσουν επί ποινή απόρριψης προσφοράς και τις υπέρ Δημοσίου Κρατήσεις στις οποίες η ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΡΗΤΑ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΙ ΚΑΙ ΑΠΑΙΤΕΙ κατά την πληρωμή την προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας ποσοστού 8%, σύμφωνα με το άρθρο 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013. Τυχόν μη συνυπολογισμός της παρακράτησης φόρου 8% στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων, συνεπάγεται την άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς, λόγω παραβίασης επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης της Πρόσκλησης. Εν προκειμένω, η εταιρεία «...» δεν υπολόγισε, δεν συνυπολόγισε ούτε συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου 8% στον πίνακα της οικονομικής της προσφοράς, κατά παραβίαση επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης της Πρόσκλησης, την οποία η εν λόγω εταιρεία έχει αποδεχθεί με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον υπό κρίση διαγωνισμό. Γι' αυτό το λόγο και όφειλε η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα να αποκλείσει την οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» λόγω παραβίασης απαίτησης της Πρόσκλησης που έχει τεθεί επί ποινή απόρριψης προσφοράς. Άλλωστε, η μη συμπερίληψη του ως άνω παρακρατούμενου φόρου 8% στην προσφερόμενη τιμή καθιστά την οικονομική προσφορά της εταιρείας αυτής ζημιογόνο, δεδομένου ότι η οικονομική της προσφορά και το εργατικό της

κόστος είναι μη νόμιμα, καθώς υπολείπεται του ελαχίστου νόμιμου, σύμφωνα με τα δηλωθέντα ποσά της εν λόγω εταιρείας. Και τούτο διότι εάν αφαιρεθεί η κράτηση του 8% από το εργολαβικό όφελος που έχει δηλώσει, τότε το υπολειπόμενο ποσό της προσφοράς της δεν θα καλύπτει το εργατικό κόστος των εργαζομένων της και για το λόγο αυτό παραβιάζει κατάφωρα την εργατική αλλά και ασφαλιστική νομοθεσία. Επομένως, η οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» είναι μη νόμιμη και απαράδεκτη, αφού ακόμη και αν συμπεριληφθεί το ποσό 672,39 € παρακράτησης φόρου 8% στην προσφερόμενη από την εταιρεία τιμή, τότε το ποσό των 4,23 € που έχει υπολογίσει ως εργολαβικό όφελος, εκμηδενίζεται και η οικονομική της προσφορά καθίσταται ζημιογόνος. Και τούτο διότι ο μη υπολογισμός από την ως άνω εταιρεία του ποσοστού της παρακράτησης φόρου στην προσφερόμενη τιμή έχει ως αναγκαίο επακόλουθο τη μείωση του κόστους του εργολαβικού κέρδους. Συγκεκριμένα, αφαιρώντας την κράτηση του 8% από το εργολαβικό όφελος που έχει δηλώσει, αποδεικνύεται ότι αντί για κέρδος εμφανίζει ζημία και βάσει του άρθρου 68 Ν. 3863/2010, όπως τροποποιήθηκε με το Ν. 4144/2013 πρέπει να συνυπολογίζεται, επί ποινή αποκλεισμού, στην προσφορά ένα εύλογο και όχι μηδενικό, πόσο μάλλον αρνητικό ποσοστό εργολαβικού κέρδους. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣτΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

2ος Λόγος: Όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, η προσφορά η οποία παραβιάζει την εργατική νομοθεσία, νόμιμα αποκλείεται από τον διαγωνισμό ως μη νόμιμη. Επίσης, είναι απορριπτέα, ως προφανώς ζημιογόνος, οικονομική προσφορά που υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού και ασφαλιστικού κόστους του προσωπικού που θα απασχοληθεί με την παροχή των υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από την ισχύουσα εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, στις οποίες ρητώς παραπέμπει και η επίμαχη διακήρυξη (πρβλ. ΕΑ

Αριθμός Απόφασης: 803/2021

ΣΤΕ 1255/2009, 1344/2008, 1090/2006). Ομοίως, δε, έχει κριθεί ότι, οικονομική προσφορά που δεν περιλαμβάνει τις νόμιμες εργατικές δαπάνες και τις νόμιμες κρατήσεις και ασφαλιστικές κρατήσεις, παραβιάζουσα ρητούς όρους της πρόσκλησης και της νομοθεσίας, ενώ αν αφαιρεθούν οι εργατικές δαπάνες και οι ασφαλιστικές κρατήσεις αυτές από την προσφερόμενη τιμή το ποσό της προσφοράς υπολείπεται του κατώτερου νόμιμου εργατικού κόστους, ΘΑ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΑΠΟΡΡΙΦΘΕΙ ως μη σύμφωνη και με τις διατάξεις της διακήρυξης, που επιβάλλουν την τήρηση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας (Αριθμός απόφασης: 1221/2020 10) και την καταβολή των νόμιμων αποδοχών στους εργαζομένους από τον ανάδοχο (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 840/2008). Επειδή, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις του Ν.4172/2013, οι οποίες αναφέρονται ρητώς και στην Πρόσκληση, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των προσφερόμενων υπηρεσιών να παρακρατεί φόρο εισοδήματος 8%. Περαιτέρω, η επίμαχη πρόσκληση ορίζει στο άρθρο «Τρόπος πληρωμής - κρατήσεις» ότι οι προσφέροντες πρέπει να υπολογίζουν τις νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις και την παρακράτηση φόρου 8%, επί ποινή αποκλεισμού. Με την ανωτέρω διάταξη επιβάλλεται στους διαγωνιζόμενους του επίδικου διαγωνισμού να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων καθώς και κάθε άλλη επιβάρυνση. Μεταξύ των εν λόγω επιβαρύνσεων περιλαμβάνεται και το ποσοστό 8% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013 (βλ. ΑΔ ΗΟC ΑΕΠΠ 135/2019). Για τους λόγους αυτούς δεν θα πρέπει να γίνει δεκτή η οικονομική προσφορά της ανωτέρω εταιρείας, διότι καθίσταται μη νόμιμη και παραβιάζει ρητές και अपαραβάτες απαιτήσεις της Διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, η Διακήρυξη είναι ρητή, αναμφισβήτητη και ξεκάθαρη. Και μάλιστα, απαιτεί τον συνυπολογισμό της παρακράτησης φόρου 8% στην οικονομική προσφορά για όλους τους διαγωνιζομένους, ανεξαρτήτως οιασδήποτε δικής τους άποψης ή ερμηνείας. Τυχόν αντίθετη άποψη της ανωτέρω εταιρείας έρχεται σε ευθεία αντίθεση με την υπό κρίση Διακήρυξη και προς υποστήριξη της άποψής της όφειλε να διατηρήσει επιφύλαξη σχετικά με την ρητή απαίτηση της Διακήρυξης. Πλην όμως την ανωτέρω απαίτηση της Διακήρυξη έχει αποδεχθεί

πλήρως η εταιρεία «...» με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον υπό κρίση διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣτΕ 576/2011). Άλλωστε, αν διατηρούσε αμφιβολίες ως προς όρο της Πρόσκλησης, είχε τη δυνατότητα να ζητήσει διευκρινίσεις από την αναθέτουσα αρχή (βλ. ΣτΕ (Δ' Αριθμός απόφασης: 1221/2020 11 Τμήμα) 2628/2017) το οποίο, ωστόσο, ουδέποτε έπραξε. Και τούτο ευλόγως, δεδομένου ότι η απαίτηση της Διακήρυξης είναι σαφέστατη, αναμφισβήτητη και ρητά απαράβατη. Εκ των ανωτέρω, προκύπτει ότι η προσφορά της εταιρείας «...» φέρει σωρεία πλημμελειών και παρανομιών. Άλλωστε, είναι προφανές ότι μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών και με γνωστές τις προσφορές όλων των συμμετεχόντων, δεν υπάρχει πεδίο θεραπείας των παρανομιών με χορήγηση διευκρινίσεων εκ μέρους της συνδιαγωνιζομένης, κατά το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, που δίνει τη δυνατότητα θεραπείας επουσιωδών και μόνο σφαλμάτων και όχι εκ των υστέρων αναμόρφωση και τροποποίηση μιας προσφοράς που περιέχει, πλημμέλειες, ελλείψεις, ασάφειες και αντιφάσεις. Επειδή κατά πάγια νομολογία έχει κριθεί ότι μη νόμιμη, αλλά και ασαφής οικονομική προσφορά, από την οποία δεν προκύπτουν εξ αρχής με ακρίβεια τα προσφερόμενα ποσά και η ανάλυσή τους, ώστε να καθίσταται εν τέλει ευχερώς συγκρίσιμη κάθε οικονομική προσφορά, με την άλλη, συνιστά προσφορά απορριπτέα (πρβλ. ΣτΕ 563/2008 σκ. 4, ΕΑ ΣτΕ 446/2009, 840/2008). Επειδή και η Αρχή Επίλυσης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) με πλήρη και επαρκή αιτιολογία έχει κρίνει, ότι η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8% περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά υποχρεωτικά και παρακρατείται βάσει της Διακήρυξης και του Νόμου. [...] Επειδή, το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών (ΔΕφΑθ 25/2019, 126/2019) έχει κρίνει *ad hoc* ως υποχρεωτικό τον συνυπολογισμό στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%. [...] Επειδή, συμφώνως τοις ανωτέρω, θα πρέπει η προσφορά της εταιρείας «...» να απορριφθεί ως ασαφής και άρα απαράδεκτη.».

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της προβάλλει ότι βασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε να συμπεριλάβει στην οικονομική της προσφορά την επίμαχη παρακράτηση 8%.

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει, ότι «(α) Στο άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης(σελ.35) προβλέπεται ότι: [...] Επίσης, στο άρθρο 5.1 της διακήρυξης (σελ.49-50) προβλέπονται τα εξής: [...] 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 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 φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού», 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 5.1.2. 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). Με άλλες λέξεις, από τις διατάξεις της διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού, δεν προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνταν να περιλάβουν αυτοτελώς και επιπροσθέτως στην προσφερόμενη τιμή για τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλο καταβαλλόμενο ποσό, του οποίου η καταβολή έχει προσωρινό χαρακτήρα, όπως την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, η οποία προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία και δεν αποτελεί προαπαιτούμενο της οικονομικής προσφοράς αλλά συνδέεται με ένα μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι αυτό της πληρωμής του τιμολογίου (βλ. *ad hoc* ΤρΔΕφΑθ 1268/2020). Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς σε καμία περίπτωση

δεν όφειλαν με βάση τη Διακήρυξη να αναφερθούν ειδικώς στον εν λόγω παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8% ή να τον συμπεριλάβουν επιπρόσθετα στην οικονομική προσφορά τους, ως επιπρόσθετη «κράτηση» ή «επιβάρυνση». Άλλωστε, το άρθρο 64 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013), αναφέρεται σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος και όχι σε κράτηση υπέρ τρίτου. Ειδικότερα, η διαφορά της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% με τις κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι μείζονος σημασίας, καθώς οι κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι πραγματικό κόστος του αναδόχου της σύμβασης ενώ η παρακράτηση φόρου εισοδήματος δεν αποτελεί κόστος, αλλά προκαταβολή φόρου εισοδήματος, η οποία επιστρέφεται. Ειδικότερα, όπως είναι γνωστό, σε περίπτωση που κατά την εκκαθάριση του φόρου εισοδήματος προκύψει μικρότερος ή καθόλου φόρος, ο παρακρατηθείς φόρος επιστρέφεται ή συμψηφίζεται με άλλες οφειλές του φορολογικού υποκειμένου. Ενόψει, όμως, της αυτοτέλειας κάθε διαγωνισμού είναι σαφές ότι η συγκεκριμένη παρακράτηση 8% επιστρέφεται στην εταιρία μας και επομένως η εκτέλεση του παρόντος έργου δεν είναι σε καμία περίπτωση ζημιογόνος. Είναι δε αδιάφορο εάν τελικά η παρακράτηση μπορεί να συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις μας ή οφειλές μας. Πάντως, η εκτέλεση του επίδικου έργου δεν είναι ζημιογόνος. Η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος 8%, η οποία ξεκάθαρα δεν αποτελεί «κράτηση» υπέρ τρίτου, συνδέεται με την πληρωμή του τιμολογίου και όχι με την οικονομική προσφορά. Μάλιστα προβλέπεται ότι χορηγείται βεβαίωση από την υπηρεσία για την παρακράτηση του φόρου εισοδήματος, ώστε αυτή στη συνέχεια να επιστραφεί σε αυτόν που του έγινε η παρακράτηση. Αναφορικά δε με την κερδοφορία που προκύπτει από την προκηρυσσόμενη σύμβαση θα είναι τόσο μικρή, ώστε ο φόρος εισοδήματος που θα αναλογεί στις συμβάσεις αυτές θα είναι μηδενικός, ο δε παρακρατηθείς φόρος θα επιστραφεί στο σύνολο του στους διαγωνιζομένους και δεν θα αποτελέσει κόστος της σύμβασης. Εν προκειμένω, δεν υπήρχε υποχρέωση επιπρόσθετης συμπερίληψης στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης 8%, καθότι δεν αποτελεί προαπαιτούμενο της οικονομικής προσφοράς αλλά συνδέεται με ένα μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι αυτό της πληρωμής του τιμολογίου,

όπως άλλωστε προκύπτει και από τη διατύπωση «κατά την πληρωμή» θα παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%. Συνεπώς, εσφαλμένα πλήττεται η προσφορά της εταιρίας μας, λόγω μη υπολογισμού της παρακράτησης φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, εφόσον η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί κόστος της σύμβασης και θα επιστραφεί στην εταιρία μας λίγους μήνες αργότερα μετά την εκκαθάριση του φορολογικού έτους. Επισημαίνεται ακόμη, ότι σε αντίθεση με τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του Φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται (βλ. ΕΣ.ΟΛ 807/1997). Σύμφωνα δε με τα παραπάνω είναι προφανές ότι στις περιπτώσεις που λαμβάνει οικονομικός φορέας αμοιβές από φορείς υπηρεσιών καθαριότητας, ο φόρος που προκαταβάλλεται κατά την πληρωμή του αναδόχου επί της αμοιβής του, μετά τη διενέργεια των νόμιμων κρατήσεων, δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτου η οποία απομειώνει την εργολαβική αμοιβή, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι το ποσό αυτό συνιστά εισόδημα του ίδιου του αναδόχου που αποτυπώνεται στη φορολογική του δήλωση. Συνεπώς, σε περίπτωση που ενσωματώσουμε στην αμοιβή το πρόσθετο ποσό που αντιστοιχεί στον παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8%, αυτό θα έχει απλά ως συνέπεια την προσαύξηση της αμοιβής και κατ' επέκταση του εισοδήματός μας και συνακόλουθα την αντίστοιχη επιβάρυνση του κόστους της σύμβασης επί ζημία του Δημοσίου (όπως άλλωστε η ίδια η Αντεπίτροπος της Γενικής Επιτροπείας της Επικρατείας των Τακτικών Διοικητικών Δικαστηρίων έχει δεχθεί στις με αριθ. πρωτ. 3725/14.12.2020 Απόψεις της Γενικής Επιτροπείας της Επικρατείας των Τακτικών Διοικητικών Δικαστηρίων επί προσφυγής εταιρείας κατά της αποδοχής από τη Γενική Επιτροπεία, ενεργούσα ως αναθέτουσα αρχή, προσφοράς οικονομικού φορέα που δεν είχε συμπεριλάβει σε αυτήν την παρακράτηση 8%). Με άλλες λέξεις, μια τέτοια προσαύξηση του κόστους της σύμβασης δημιουργεί απλώς ένα επιπλέον κόστος για τον ανάδοχο, το οποίο φορολογείται στο τέλος του οικονομικού έτους, ανάλογα με τα αποτελέσματα της χρήσης. Στα ανωτέρω συνηγορεί και το γεγονός ότι στην πράξη η παρακράτηση

φόρου υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων, επί του καθαρού ποσού της αξίας των υπηρεσιών, μετά τηναφαίρεση όλων των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων. Αντιστοίχως, η παρακράτηση φόρου 8% δεν μπορεί να ερμηνευτεί, κατά την έννοια της διακήρυξης, ενόψει της ανωτέρω εκτιθέμενης φορολογικής ρυθμίσεως, ότι αποτελεί «επιβάρυνση» της οικονομικής προσφοράς, που δήθεν δεν υπολογίστηκε από την εταιρία μας. Είναι πασίδηλο ότι, πράγματι, φορολογείται η εταιρία μας επί του συνόλου του τιμολογίου και μας παρακρατείται προκαταβολικώς ποσό φόρου 8%, ωστόσο, ο συνολικός φόρος μας είναι 29%, τον οποίο καταβάλλουμε με την εκκαθάριση της φορολογικής δήλωσης κατά το επόμενο ημερολογιακό έτος. Υπό διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή, θα έπρεπε οι υποβάλλοντες οικονομικές προσφορές οικονομικοί φορείς, να προσθέτουν στην προσφορά τους όλο τον φόρο τους, και όχι μόνον τον παρακρατούμενο φόρο 8%. Ασφαλώς η εκδοχή αυτή δεν μπορεί να υποστηριχθεί και είναι αυθαίρετη. Η παρακράτηση φόρου 8%, αλλά και ο συνολικός φόρος στον οποίον υπόκειται κάθε επιχείρηση, τελικώς δεν αποτελεί «επιβάρυνση» της προσφοράς, διότι, όπως είναι ευχερώς κατανοητό με βάση τις γενικές αρχές της λογιστικής, από το σύνολο του ποσού του τιμολογίου αφαιρούνται οι πάσης φύσεως δαπάνες εκτέλεσης του έργου, οι οποίες έχουν κοστολογηθεί στην προσφορά κάθε συμμετέχοντος. Αυτό σημαίνει ότι εάν από τη συνολική προσφορά (ποσό τιμολογίου) αφαιρεθούν οι δαπάνες εκτέλεσης του έργου (μισθοδοσία, εισφορές, αναλώσιμα κ.λπ.) τότε απομένει μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος, το οποίο είναι το πράγματι επιβαρυνόμενο με φορολογία εισοδήματος ποσό του τιμολογίου. Συνεπώς, με φόρο εισοδήματος επιβαρύνεται μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος του αναδόχου και ουδέν άλλο ποσό, από το οποίο, όμως, μετά φόρων απομένει πάντα ορισμένο ποσό με θετικό πρόσημο που συνιστά το κέρδος της επιχείρησης. Με άλλες λέξεις, η προκαταβολή φόρου 8% αποτελεί προσωρινή παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία στη συνέχεια διευθετείται, δηλ. επιστρέφεται στην εταιρία μας με την εκκαθάριση της δήλωσης ή σε κάθε περίπτωση συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις, από άλλες αιτίες. Ενόψει των ανωτέρω, είναι ευχερώς διαπιστώσιμο ότι η παρακράτηση του 8% δεν συνιστά «επιβάρυνση» της

προσφοράς, ώστε να προκύπτει υποχρέωση συνυπολογισμού της στην προσφορά της, ως κόστος αυτής. Δέον όπως επισημανθεί ότι τα ανωτέρω έχουν γίνει δεκτά τόσο σε δικαστικές αποφάσεις όσο και σε αποφάσεις της ΑΕΠΠ (βλ. ΤρΔΕφΑθ1268/2020, ΔΕφΑθ (σε συμβ) 360/2020, ΑΕΠΠ 1729, 1730, 1731/2020, 1678/2020). Ειδικότερα, με την ΤρΔΕφΑθ 1268/2020(ΙΔ Τμήμα) κρίθηκε ότι: [...]. Με την απόφαση ΔΕφΑθ (σε συμβ) 360/2020 (ΙΓ Τμήμα) έγινε δεκτό ότι: [...]. Συναφώς, με την αρ. 1729, 1730, 1731/2020 απόφαση ΑΕΠΠ (1^ο Κλιμάκιο) έγιναν δεκτά τα εξής: [...]. Ως εκ τούτου, είναι σαφές, ότι ένα σημαντικό μέρος της νομολογίας τάσσεται, υπό τα ίδια δεδομένα, δηλ. την ίδια διατύπωση της διακήρυξης (ότι το 8% παρακρατείται σε κάθε πληρωμή τιμολογίου....) υπέρ της θέσης ότι το ποσοστό φόρου 8% που παρακρατείται κατά την πληρωμή του τιμολογίου ΔΕΝ συνιστά «κράτηση υπέρ Δημόσιου/τρίτου» ούτε και «επιβάρυνση» του αναδόχου, ώστε να προκύπτει υποχρέωση ρητού επιπρόσθετου υπολογισμού του στην οικονομική προσφορά, χωρίς από τον μη επιπρόσθετο συνυπολογισμό του στην προσφορά να τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της ισότητας. (β) Στην προκειμένη περίπτωση, προκύπτει με σαφήνεια ότι η εταιρεία μας διαμόρφωσε την οικονομική της προσφορά λαμβάνοντας υπόψη όλα τα στοιχεία κόστους που προβλέπονται στη διακήρυξη του διαγωνισμού και επιβαρύνουν το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης (κόστος αναλωσίμων, διοικητικό κόστος, νόμιμες κρατήσεις κ.λπ.) συνεκτιμώντας παράλληλα ότι κατά την πληρωμή της αμοιβής της (εφόσον μας ανατεθεί εκτελεστική σύμβαση) διενεργείται η προβλεπόμενη παρακράτηση φόρου, η οποία όμως, κατά τη διακήρυξη, δεν περιλαμβάνεται στις νόμιμες κρατήσεις και επομένως δεν απαιτείτο να γίνει ως προς αυτήν ειδικότερη μνεία στην ανάλυση των στοιχείων της οικονομικής μας προσφοράς. Με άλλες λέξεις, η εταιρία μας συνέταξε την οικονομική της προσφορά ακολουθώντας κατά γράμμα τους όρους της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, λαμβανομένου υπόψη ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτων κι ως εκ τούτου δεν πρέπει να συνυπολογιστεί στις προσφορές των συμμετεχόντων. Επομένως, όλως μη νομίμως, αβασίμως και αυθαιρέτως η προσφεύγουσα βάλλει κατά της οικονομικής μας προσφοράς, δεδομένου ότι η εταιρεία μας

υπέβαλε Ο,ΤΙ ΑΚΡΙΒΩΣ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ από τη διακήρυξη. Συνεπώς, η οικονομική μας προσφορά ουδόλως αποκλίνει από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ενώ, σε κάθε περίπτωση, όπως αναφέραμε πιο πάνω, το ποσό του φόρου εισοδήματος που τελικώς θα καταβάλλουμε στο τέλος της οικείας οικονομικής χρήσης, συμψηφίζεται με το ποσό της γενόμενης παρακράτησης και, συνακόλουθα, το ποσό του τελικώς καταβαλλόμενου φόρου, συνιστά ποσοστό του εισοδήματος, με βάση τον κατά περίπτωση ισχύοντα φορολογικό συντελεστή, το οποίο κατανέμεται ομοιόμορφα σε όλα τα κέρδη της επιχείρησής μας από την άσκηση της δραστηριότητας της. Συνεπώς, νομίμως η εταιρία μας, στηριζόμενη στο γράμμα της Διακήρυξης και της κείμενης νομοθεσίας δεν συμπεριέλαβε την παρακράτηση φόρου 8% στον πίνακα της οικονομικής της προσφοράς.».

11. Επειδή, στο άρθρο 95 του διέποντος τον κρίσιμο διαγωνισμό ν.4412/2016 (Α' 147) με τίτλο «Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται ότι: «1. Η 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.....». Περαιτέρω, στο άρθρο 2.4.4 της διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου Οικονομική Προσφορά/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται ότι: «Η οικονομική προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης όπως ορίζεται στο άρθρο 2.3. της παρούσας και σύμφωνα με το Υπόδειγμα Εντύπου Οικονομικής Προσφοράς (Παράρτημα II) το οποίο οι οικονομικοί φορείς συμπληρώνουν για κάθε Τμήμα που επιθυμούν να συμμετέχουν και για κάθε Κτίριο ξεχωριστά. ... Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς οφείλουν σύμφωνα με το άρθρο 68 του Ν.3863/2010, όπως τροποποιήθηκε με το αρθ.22 του Ν.4144/2013, να

Αριθμός Απόφασης: 803/2021

αναγράφουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων τα εξής : α) Τον αριθμό των εργαζομένων β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία 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 άτομο. Τα ανωτέρω στοιχεία, επί ποινή αποκλεισμού, εξειδικεύονται σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους. Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή 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. ... Α. Τιμές. Η τιμή των παρεχόμενων υπηρεσιών θα δίνεται σε ευρώ (€) για κάθε Τμήμα χωριστά. Επισημαίνεται ότι, στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος οι συμμετέχοντες θα συμπληρώσουν την προσφερόμενη τιμή για δέκα (10) μήνες πλέον ΦΠΑ για κάθε Τμήμα. Καθώς η οικονομική προσφορά δεν έχει αποτυπωθεί στο σύστημα αναλυτικά, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελο "οικονομική προσφορά" την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ψηφιακά υπογεγραμμένη και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία σε μορφή pdf (σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος II της παρούσας). 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. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η

προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή στο άρθρο 1.3 της παρούσας Διακήρυξης.» Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 5.1.2 της διακήρυξης, «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 της υπηρεσίας 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 (άρθρο 4 ν. 4013/2011 όπως ισχύει). β) 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 (αρ.350 παρ.3 ν.4412/2016 όπως ισχύει και ΚΥΑ αρ.1191, ΦΕΚ 969Β/22-3-17). Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού». Στο δε Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης περιλαμβάνεται «Υπόδειγμα Εντύπου Οικονομικής Προσφοράς» ανά κτίριο κάθε τμήματος της σύμβασης, προς συμπλήρωση από τους διαγωνιζόμενους, ο οποίος εμπεριέχει, μεταξύ άλλων, πεδία για την αναγραφή του κόστους μισθοδοσίας, του διοικητικού κόστους, του κόστους αναλωσίμων, του εργολαβικού κέρδους, καθώς και των νομίμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων.

12. Επειδή, σε απάντηση στο ακόλουθο ερώτημα διαγωνιζόμενου που κοινοποιήθηκε στην αναθέτουσα αρχή στις 15.12.2020: «Με την παρούσα αίτηση της εταιρίας μας παρακαλώ όπως με διευκρινίσετε το παρακάτω ερώτημα : 1. Εάν στον υπολογισμό των κρατήσεων για την διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς , καθώς και στα στοιχεία του άρθρου 68 παρ 1 Ν.3863/2010 (Α´ 115) θα συμπεριληφθεί και ο φόρος εισοδήματος 8%

(παρακράτηση). Σας το αναφέρουμε ως διευκρίνηση γιατί σύμφωνα με το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την απόφαση ΔΕΦΑΘ 25/2019,126/2019 ΚΡΙΝΕΙ ΩΣ ΥΠΟΧΡΕΩΤΙΚΟ ΤΟΝ ΣΥΝΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟ ΣΤΗΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΗΝ ΠΑΡΑΚΡΑΤΗΣΗ ΦΟΡΟΥ ΕΙΣΟΔΗΜΑΤΟΣ 8%», η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στους διαγωνιζόμενους στις 18.12.2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την εξής απάντηση: «ΑΠΑΝΤΗΣΗ: Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.4. «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» της Διακήρυξης θα πρέπει να υπολογιστούν όλες οι νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις.». Ήτοι, με την ως άνω απάντηση, η αναθέτουσα αρχή σε κάθε περίπτωση απλώς επανέλαβε τα ήδη οριζόμενα στη διακήρυξη.

13. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 64 παρ.2 του ν.4172/2013 (Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος, Α' 167), όπως συμπληρώθηκαν από το άρθρο πρώτο παρ. Δ1 περ.16γ του ν.4254/2014 (Α' 85), προβλέπεται ότι: «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 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. Εξαιρούνται από την παρακράτηση φόρου οι υπόχρεοι του πρώτου εδαφίου: αα) όταν προμηθεύονται αγαθά ή τους παρέχονται υπηρεσίες και δεν απαιτείται σύμβαση, εφόσον η καθαρή αξία αυτών, κατά συναλλαγή, δεν υπερβαίνει το ποσό των εκατόν πενήντα (150) ευρώ, ββ) όταν λαμβάνουν υπηρεσίες ή προμηθεύονται ηλεκτρικό ρεύμα, τηλεφωνικές συνδιαλέξεις, τηλεγραφήματα, γραμματόσημα, φωταέριο, νερό και εισιτήρια γενικά, γγ) όπου προβλέπεται παρακράτηση ή προκαταβολή φόρου από άλλη διάταξη για το ίδιο έσοδο και δδ) όταν προμηθεύονται αγαθά ή τους παρέχονται υπηρεσίες από τις πολεμικές βιομηχανίες ..., ..., ... και ..., καθώς και από το ... (...) και την ... (...)».

14. Επειδή, η επίμαχη παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία προβλέπεται από το άρθρο 64 παρ. 2 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013, Φ.Ε.Κ. Α' 67), πρόδηλα δεν αποτελεί κράτηση υπέρ του Δημοσίου ούτε, όμως, εμπίπτει στην έννοια της «κάθε άλλης επιβάρυνσης» που περιλαμβάνεται στην τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας κατά τις διατάξεις της παρ. 2.4.2 της ένδικης διακήρυξης, οι οποίες επαναλαμβάνουν τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 95 του ν. 4412/2016, όπως αυτές ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο. Τούτο, διότι η προείσπραξη του φόρου εισοδήματος, που αφαιρείται από την αξία της πληρωμής του αναδόχου, έχει προσωρινό χαρακτήρα, αφού η τελική απόδοση ή μη του παρακρατηθέντος ποσού στο Δημόσιο εξαρτάται από το ύψος της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, ανάλογα με τα ετήσια κέρδη ή το καθαρό εισόδημα που αυτός δηλώνει, σε σχέση με τα ποσά φόρου που έχουν παρακρατηθεί. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (ΕΣ Ολ. 807/1997, ΕΣ Τμήμα Ι 460/2016 κ.ά.), η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολοντί αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογούμενου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να το αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται. Επομένως, ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται κατά την έκδοση της εντολής πληρωμής του αναδόχου δεν απομειώνει το συμβατικό αντάλλαγμα, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Η παραδοχή της αντίθετης άποψης, κατά την οποία η παρακράτηση φόρου εντάσσεται στις επιβαρύνσεις του αναδόχου δημόσιας σύμβασης που πρέπει να υπολογίζονται στη διαμόρφωση της τιμής της οικονομικής προσφοράς του, προσαιξάνει το συμβατικό αντάλλαγμα της υπηρεσίας στην παροχή της οποίας αποσκοπεί ο διαγωνισμός και καταλήγει σε αντίστοιχη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, η οποία αφενός υποχρεούται να προσαιξάνει ανάλογα τον προϋπολογισμό της σύμβασης, με αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται στην εξεύρεση των απαραίτητων οικονομικών πόρων για την προκήρυξη του διαγωνισμού (ΔΕΦΑΘ 1268/2020), αφετέρου υποχρεώνεται, τελικά, στην καταβολή ενός ποσού (του ποσού της παρακράτησης) το οποίο μπορεί να επιστραφεί εξ ολοκλήρου στον ανάδοχο

Αριθμός Απόφασης: 803/2021

μετά την εκκαθάριση του ετήσιου φόρου εισοδήματος και, πάντως, (υπολογιζόμενο επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, ήτοι επί της αξίας του τιμολογίου μετά την αφαίρεση των νόμιμων κρατήσεων) δεν αντιστοιχεί στο φορολογητέο κέρδος του αναδόχου από τη συγκεκριμένη σύμβαση (ΔΕφΘεσ/νίκης Να58/2021). Ενόψει αυτών, εφόσον δεν υπάρχει ρητή και σαφής πρόβλεψη στην ένδικη διακήρυξη ότι οι οικονομικές προσφορές οφείλουν, επί ποινή απαραδέκτου, να εμπεριέχουν το πιο πάνω ποσοστό φόρου εισοδήματος που παρακρατείται κατά την πληρωμή του αναδόχου, ούτε, άλλωστε, το αντίθετο συνάγεται από το άρθρο 5.1 της ένδικης διακήρυξης, το οποίο δεν ρυθμίζει τον τρόπο σύνταξης των οικονομικών προσφορών, αλλά τον τρόπο πληρωμής του αναδόχου (και, ως εκ τούτου, η αναφορά του στην παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου δεν αρκεί για να θεμελιώσει υποχρέωση προσδιορισμού της προσφερόμενης τιμής κατόπιν συνυπολογισμού της εν λόγω παρακράτησης) (ΔΕφΘεσ/νίκης Να58/2021, ΔΕφΑθ Να360/2020), ούτε, τέλος, συνάγεται από την προαναφερθείσα απάντηση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία απλώς επαναλαμβάνονται τα ήδη οριζόμενα στη διακήρυξη (χωρίς, τελικά, να δίδεται απάντηση στο υποβληθέν ερώτημα περί του τρόπου αναγραφής της παρακράτησης στην προσφορά) (ΔΕφΘεσ/νίκης Να58/2021), δεν συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας για τον λόγο ότι δεν συμπεριέλαβε στην προσφορά της την εν λόγω παρακράτηση. Κατόπιν των ανωτέρω, ο περί του αντιθέτου λόγος της προσφυγής είναι αβάσιμος και απορριπτός, ενώ απορριπτέοι είναι και οι λοιποί επιμέρους προβαλλόμενοι ισχυρισμοί, ως ερειδόμενοι επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε να συμπεριλάβει στην προσφορά της την επίμαχη παρακράτηση

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο ύψους 600,00€ που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου (κωδικός ...) ύψους 600,00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε στις 5 Μαΐου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ηλίας Στρεπέλιος

α/α Παναγιώτα Καλαντζή