

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος – Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 20.06.2022 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 879/21.06.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμό 2116/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία ακυρώθηκε η σιωπηρή απόρριψη της ως άνω προσφυγής από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. και ανεπέμφθη η υπόθεση στην τελευταία για να κρίνει κατά νόμο την προσφυγή.

Κατά του «... ...» (εφ' εξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. .../2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του (εφ' εξής η «προσβαλλόμενη»), με την οποία εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού του Έργου «ΑΓΩΓΟΙ ... ΠΕΡΙΟΧΗΣ» και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού η εταιρεία «... ...». Τέλος, αιτείται να ανακηρυχθεί ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού η ίδια η προσφεύγουσα.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει ότι καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις

διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ύψους 2.420,00€, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ. του Υπουργείου Οικονομικών).

2.Επειδή, δυνάμει της υπ' αρ. πρωτ. 69412/23.11.2021 Διακήρυξης του Δήμου ... προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «ΑΓΩΓΟΙ ... ΠΕΡΙΟΧΗΣ», εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας 483.870,97€ άνευ ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

3.Επειδή, η Διακήρυξη καταχωρίσθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 23.11.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με αριθμό

4.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν έξι (6) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και οι εταιρείες «... ..», «.....», «.....», «...» και «.....». Με την προσβαλλόμενη απόφαση, προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού αναδείχθηκε η εταιρεία «... ..». Κατά της ως άνω εκτελεστής κατακυρωτικής απόφασης του αναθέτοντος φορέα, στρέφεται η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή της, αιτούμενη την ακύρωσή της για τους ειδικώς αναφερόμενους στην προσφυγή της λόγους.

5. Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε μεν στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 08.06.2022, αλλά πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης υπήρξε στις 10.06.2022, ότε και κοινοποιήθηκαν τα έγγραφα αιτιολόγησης της

προσφοράς της προσωρινής αναδόχου. Άλλωστε, ως πλήρης γνώση της πράξης νοείται τόσο η γνώση της έκδοσης όσο και των αιτιολογιών της (βλ. Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 779), η δε προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής δεν εκκινεί πριν ο ενδιαφερόμενος λάβει πλήρη γνώση και των αιτιολογιών της προσβαλλομένης εκτελεστής πράξης (βλ. Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 67, Π. Δέγλερη, Οι δημόσιες συμβάσεις στην ενωσιακή έννομη τάξη, τόμ. 1, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2019, σελ. 177). Ως εκ τούτου, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 20.06.2022, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 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 Π.Δ. 39/2017.

7.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα, έχοντας καταταγεί δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας, βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση. Τέλος, απαραδέκτως η προσφεύγουσα αιτείται να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος, καθώς το εν λόγω αίτημα εκφεύγει της αρμοδιότητας της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, και τούτο διότι, στην περίπτωση αποδοχής προδικαστικής προσφυγής, η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ ακυρώνει την πράξη ή την παράλειψη και ουδόλως δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα Αρχή (βλ. σχετικά και ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

8. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 21.06.2022 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

9. Επειδή, ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε τις απόψεις του σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή στις 06.07.2022 και κατ' ορθή επανάληψη - μόνο ως προς τον τίτλο του έργου που αναγράφεται στο θέμα- στις 07.07.2022, οι οποίες όμως δεν λαμβάνονται υπ' όψη λόγω του εκπροθέσμου τους, δεδομένου ότι κατατέθηκαν πέραν της αποκλειστικής δεκαπενθήμερης προθεσμίας του άρθρου 365 αρ. 1 περ. β του ν. 4412/2016, αφού η προσφυγή κατατέθηκε την 20-6-2022, όπως προαναφέρθηκε, και επομένως η τελευταία ημέρα της επίμαχης προθεσμίας ήταν η 05.07.2022

10. Επειδή, με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η προσφορά της εταιρείας «... ..» ήταν ζημιογόνος και ως εκ τούτου απορριπτέα, καθώς, στην υποβληθείσα από εκείνην αιτιολόγηση του χαμηλού της προσφοράς της, ρητά η τελευταία ανέφερε ότι δεν συμπεριλαμβάνεται στον υπολογισμό του έμμεσου κόστους της προσφοράς της καμμία δαπάνη φόρου για την παρακράτηση 3%.

11. Επειδή, στην εγκύκλιο υπ' αριθμ. 9/2017 του ΥΠΟΜΕΔΙ με θέμα Παροχή διευκρινίσεων σχετικά με το άρθρο 53 παρ.7 περ. θ' (Γενικά έξοδα και εργολαβικό όφελος) του Ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ) ορίζεται ότι: *«Ο προϋπολογισμός μελέτης ενός έργου είναι η αναγκαία για τη δημοπράτησή του τελική (σε σχέση με αρχικές προεκτιμήσεις) λεπτομερής εκτίμηση του κόστους, με βάση τα στοιχεία των συμβατικών τευχών και ιδίως της τεχνικής μελέτης και των προδιαγραφών, τη δομική ανάλυση (WBS-workbreakdownstructure), τις προτεινόμενες ή δεσμευτικές μεθοδολογίες κατασκευής, το σχέδιο ανάπτυξης του έργου, τις επικρατούσες επιτόπου συνθήκες, τις τιμές υλικών, εργατικών και μηχανικού εξοπλισμού, τυχόν ειδικές απαιτήσεις και τα γενικά έξοδα του αναδόχου. Στον κατά τα ανωτέρω προϋπολογισμό διακρίνεται: Άμεσο κόστος: είναι το συνολικό κόστος των επί μέρους εργασιών οι οποίες συνθέτουν το φυσικό αντικείμενο του έργου και περιλαμβάνουν τα κόστη υλικών (ενσωματούμενων ή χρησιμοποιούμενων), εργατικών μηχανικού εξοπλισμού και πιθανών υπεργολάβων. Είναι το κόστος που μπορεί να εντοπιστεί και υπολογιστεί σε συγκεκριμένες εργασία/ες ή λειτουργία/ες. Πρόκειται για κόστος πρωτογενούς κατασκευής το οποίο αθροιζόμενο για το σύνολο των εργασιών δίνει το*

συνολικό άμεσο κόστος του έργου. Γενικά πρόκειται για κόστος συνδεδεμένο με τη δραστηριότητα (activity related cost). Έμμεσο κόστος (γενικά έξοδα του έργου): είναι το τμήμα του κόστους του έργου, το οποίο δεν μπορεί να κατανεμηθεί σε συγκεκριμένη εργασία/ες ή λειτουργία/ες. Τέτοια είναι τα γενικά έξοδα του εργοταξίου, τα έξοδα εγγυητικών – ασφαλίσεων, τα γενικά έξοδα της επιχείρησης (το αναλογούν κόστος έδρας επιχείρησης ή/και λειτουργίας κοινοπραξίας), διάφορες κρατήσεις, φόρος εισοδήματος κ.λπ....».

12. Επειδή, αναφορικά με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Στις δοθείσες εξηγήσεις προς αιτιολόγηση του χαμηλού της προσφοράς της, η εταιρεία «... ..» (βλ. ψηφιακό αρχείο «7. ΕΜΜΕΣΟ ΚΟΣΤΟΣ signed.pdf», το οποίο εμπεριέχεται στο ψηφιακό αρχείο «2022-03-29 21:13:51 ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΧΑΜΗΛΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» με ημερομηνία 29.03.2022) αναγράφονται επί λέξει τα εξής: «Οι φόροι, όπως για παράδειγμα η παρακράτηση 3%, δεν αποτελεί έξοδο του έργου, γιατί στο τέλος της οικονομικής περιόδου συμψηφίζεται με τους οφειλόμενους φόρους από την κερδοφορία της εταιρείας και εξαρτάται από αυτήν. Για το λόγο αυτό στην παρούσα αιτιολόγηση υπολογίζουμε τη μικτή κερδοφορία της προσφοράς μας». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 1.2 του Τιμολογίου Μελέτης του έργου: «Οι τιμές μονάδας του παρόντος Τιμολογίου προσαυξάνονται **κατά το ποσοστό Γενικών Εξόδων (Γ.Ε.) και Οφέλους (Ο.Ε.) του Αναδόχου, στο οποίο περιλαμβάνονται τα πάσης φύσεως βάρη, κρατήσεις ή υποχρεώσεις αυτού, όπως** δαπάνες διοίκησης και επίβλεψης του Έργου, σήμανσης εργοταξίων, **φόρων**, δασμών, ασφαλίσεων, τόκων κεφαλαίων κίνησης, προμηθειών εγγυητικών επιστολών, διοικητικών εξόδων, εξόδων λειτουργίας γραφείων κ.λ.π. και γενικά τα επισφαλή έξοδα πάσης φύσεως καθώς και το προσδοκώμενο κέρδος από την εκτέλεση των εργασιών. Το ως άνω ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε., ανέρχεται σε δέκα οκτώ τοις εκατό (18%) ή είκοσι οκτώ τοις εκατό (28%) του προϋπολογισμού των εργασιών, όπως αυτός προκύπτει βάσει των τιμών του Τιμολογίου Προσφοράς του αναδόχου, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις». Από το ως άνω άρθρο 1.2 του Τιμολογίου Μελέτης, προκύπτει με σαφήνεια η υποχρέωση των διαγωνιζόμενων να συμπεριλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται άνευ χρέιας έτερης

διατύπωσης και η παρακράτηση φόρου 3%, την οποία η εταιρεία «... ..», αν και υπεχρεούτο, δεν περιέλαβε στην προσφερόμενη τιμή (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 10/2020, σκ. 10). Αν, αντιθέτως, η αναθέτουσα Αρχή επιθυμούσε να μην υποχρεούνται οι συμμετέχοντες να υπολογίσουν την παρακράτηση αυτή στην προσφορά τους, όφειλε, με ρητή και σαφή διατύπωση στους όρους της Διακήρυξης ή στα άρθρα του Τιμολογίου Μελέτης, να εξαιρέσει την εν λόγω παρακράτηση από τις εν γένει επιβαρύνσεις, που οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υπολογίσουν και να περιλάβουν στην προσφορά τους (πρβλ. ΔΕΦΠΑτρ 52/2020, σκ. 10, 1566/2021 ΑΕΠΠ). Όσον αφορά στους ως άνω ισχυρισμούς της «... ..», ότι *«η παρακράτηση 3%, δεν αποτελεί έξοδο του έργου, γιατί στο τέλος της οικονομικής περιόδου συμψηφίζεται με τους οφειλόμενους φόρους από την κερδοφορία της εταιρείας και εξαρτάται από αυτήν»*, αυτοί είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, διότι, πρώτον, η συγκεκριμένη παρακράτηση φόρου προεβλέπετο και ήταν βέβαιη κατά το χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης (ΔΕΦΑΘ 285/2020, σκ. 12). Δεύτερον, ο σκοπός της κατ' άρ. 68 Ν. 3863/2010 δεν είναι λογιστικός, αλλά αφορά στη διακρίβωση του πραγματικού ζητήματος, περί του αν ο οικονομικός φορέας δύναται να εκτελέσει άνευ ζημίας, οριστικής ή και προσωρινής, τη σύμβαση, αφού σε αντίθετη περίπτωση θα διακινδυνεύεται η εκ μέρους του κάλυψη των εργοδοτικών και ασφαλιστικών υποχρεώσεων ούτε αναμένεται ευλόγως, ότι οικονομικός φορέας, που θα πληρώνεται από την αναθέτουσα λιγότερα από όσα θα δαπανά για την εκτέλεση της σύμβασης, θα καλύπτει τις εργοδοτικές του υποχρεώσεις μέσω φορολογικής απαίτησής του έναντι του Δημοσίου, η οποία θα εκκαθαρισθεί σε επόμενο ημερολογιακό έτος, από αυτό του χρόνου αληθούς πληρωμής του και, περαιτέρω, της αληθούς δημιουργίας των εργοδοτικών υποχρεώσεών του, του χρόνου ληξιπροθέσμου αυτών και της υποχρέωσης καταβολής τους. Δηλαδή, αν οι αληθείς και πραγματικές απολαβές του αναδόχου, που συνίστανται στα όσα όντως θα εισπράττει από την αναθέτουσα, άρα, την (άνευ ΦΠΑ) αξία τιμολογίου μείον κρατήσεις και μείον παρακράτηση φόρου, υπολείπονται των τρεχουσών υποχρεώσεών του από την εκτέλεση της σύμβασης, προδήλως θα διακινδυνεύεται η αμοιβή των εργαζομένων και η κάλυψη των ασφαλιστικών του υποχρεώσεων. Άλλωστε, ούτε τα ασφαλιστικά ταμεία υποχρεούνται να αναμείνουν την εκκαθάριση φόρου του οικονομικού φορέα στην επόμενη χρήση (και με όποιες περαιτέρω

καθυστερήσεις τυχόν επιστροφής) ούτε προφανώς οι, κατά τον τρέχοντα χρόνο, εργαζόμενοι δύνανται να «αμειφθούν» δι' εκχωρήσεως απαίτησης του εργοδότη προς μελλοντική επιστροφή φόρου ή να αναμείνουν, για να αμειφθούν, την επιστροφή φόρου. Τρίτον, το γεγονός ότι η παρακράτηση φόρου θα συμψηφισθεί με φορολογική υποχρέωση εκ φόρου, που θα προκύψει επί των κερδών, δεν άγει απαραίτητως σε οιαδήποτε βεβαιότητα επιστροφής του ποσού της παρακράτησης στον οικονομικό φορέα, αφού τούτο εξαρτάται από υποθετικά και μελλοντικά γεγονότα, ως και τα λοιπά και άσχετα με την υπόθεση έργα, λειτουργικά και ανόργανα έσοδα της επιχείρησης, τα λοιπά κόστη του, λειτουργικά, χρηματοοικονομικά και ανόργανα και εν γένει από πλήθος παραμέτρων, που δεν είναι γνωστές ούτε άγουν σε κάθε περίπτωση σε σχετική αξίωση επιστροφής φόρου. Επομένως, το επιχείρημα, ότι η παρακράτηση φόρου θα επιστραφεί, ερείδεται επί ενός όλως υποθετικού ενδεχομένου, χωρίς άλλωστε ιδιαίτερως σοβαρή πεποίθηση επαλήθευσής του. Εν προκειμένω, η εταιρεία «... ..» δεν έλαβε καθόλου υπ' όψη της την παρακράτηση 3% στη σύνταξη της οικονομικής προσφοράς της και άρα η προσφορά της είναι υποκοστολογημένη, με συνέπεια, η τελευταία να προκύπτει πρόδηλα ζημιογόνος, αλλά και, περαιτέρω, τελούσα σε παράβαση του άρθρου 1.2 του Τιμολογίου Μελέτης του έργου (πρβλ 1566/2021 ΑΕΠΠ).

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο, που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού ο οικονομικός φορέας «... ..».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στις 14 Δεκεμβρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ