

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 08 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 30.06.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 937/01.07.2022 Προδικαστική Προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ... (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα διώκει την ακύρωση της υπ'αριθμό 173/01-06-2022 της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... (εφεξής η «προσβαλλόμενη») με θέμα: «Έγκριση πρακτικού Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού για το αποτέλεσμα του Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού του έργου «Ολοκληρωμένες παρεμβάσεις δημιουργίας, διεύρυνσης και αναβάθμισης ποδηλατοδρόμων, πεζοδρομίων, δρόμων ήπιας κυκλοφορίας, χώρων στάθμευσης και των επιμέρους υποδομών στις οδούς ...,... και ...». Περαιτέρω αιτείται να γίνει δεκτό ότι μη νόμιμα κρίθηκε νόμιμη η προσφορά της εταιρείας "...» και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην προσφυγή της.

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε 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 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., ύψους 15.000,00€), το οποίο υπολογίζεται επί του προϋπολογισμού της σύμβασης 6.531.164,41€ άνευ ΦΠΑ

2.Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθμό πρωτ. ... Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου: «ΟΛΟΚΛΗΡΩΜΕΝΕΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΕΙΣ ΔΗΜΙΟΥΡΓΙΑΣ, ΔΙΕΥΡΥΝΣΗΣ ΚΑΙ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΠΟΔΗΛΑΤΟΔΡΟΜΩΝ, ΠΕΖΟΔΡΟΜΙΩΝ, ΔΡΟΜΩΝ ΗΠΙΑΣ ΚΥΚΛΟΦΟΡΙΑΣ, ΧΩΡΩΝ ΣΤΑΘΜΕΥΣΗΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΕΠΙΜΕΡΟΥΣ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΣΤΙΣ ΟΔΟΥΣ ..., ... ΚΑΙ ...» με προϋπολογισμό δημοπράτησης 6.531.164,41€ άνευ ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 31-12-2021 με μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε τον συστημικό αριθμό ... Στον διεξαχθέντα διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Πρώτη σε σειρά μειοδοσίας ανακηρύχθηκε η παρεμβαίνουσα, δεύτερη η προσφεύγουσα, τρίτη η εταιρεία «...», και τέταρτη η εταιρεία «...». Περαιτέρω η Επιτροπή του Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι η παρεμβαίνουσα, η οποία ήταν και προσωρινή ανάδοχος, εμφάνιζε απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν, με μέση έκπτωση Εμ: 31 % και μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων 20,95% και εισηγήθηκε στην Προϊσταμένη Αρχή την πρόσκληση του προσωρινού μειοδότη για αιτιολόγηση της τιμής που προτείνει στην προσφορά του, εντός είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης, σύμφωνα με την παράγραφο (η) του άρθρου 4.1 της Διακήρυξης του Έργου, (αρ. πρωτ. Εισηγήσης 8895/01-03-2022). Κατόπιν της ως άνω πρόσκλησης η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 23/03/2022 ηλεκτρονικά μέσω του πεδίου «Επικοινωνία» του συστήματος την αιτιολόγηση της προσφοράς της. Με την προσβαλλόμενη έγινε δεκτή η αιτιολόγηση της

προσφοράς της παρεμβαίνουσας, εγκρίθηκε το υπ' αρ. πρωτ. 18611/12-5-2022 πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού για το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, εγκρίθηκαν τα αποτελέσματα των σταδίων της ανοικτής δημοπρασίας (δικαιολογητικά, τεχνική προσφορά, οικονομική προσφορά) που έχει υλοποιήσει το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο διενέργειας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, η οποία προσέφερε συνολική οικονομική προσφορά ποσού 4.582.689,89 € χωρίς ΦΠΑ 24% και μέση έκπτωση τριάντα ένα τοις εκατό (31,00 %) επί των τιμών του τιμολογίου της μελέτης.

3.Επειδή ο διαγωνισμός ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (άνευ Φ.Π.Α.), της φύσης της αναθέτουσας αρχής και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα στις 30.06.2022, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε μεν σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 03.06.2022, αλλά χωρίς να αναρτηθεί η αιτιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ούτε τα έγγραφα που τη συνόδευαν. Στις 09-06-2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε αίτημα ανάρτησης της αιτιολόγησης και των συνοδευόντων αυτήν δικαιολογητικών της παρεμβαίνουσας στο πεδίο «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του Διαγωνισμού. Τα έγγραφα αυτά αναρτήθηκαν στο πεδίο «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του Διαγωνισμού την 20-06-2022, οπότε και τότε επήλθε πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης, και από την επομένη εκκίνησε η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής, ενώ επίσης έγινε χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και η προσφυγή είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5.Επειδή με κατ' αρχάς έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό υποβάλλοντας παραδεκτή προσφορά, η οποία και είναι δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας, και ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν

παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

6.Επειδή ο αναθέτων φορέας προέβη στις 01.07.2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της, προκειμένου να ασκήσει ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής του.

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα, καθόσον η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 01.07.2022, οπότε και από την επομένη αυτής εκκινεί η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία και η εν λόγω παρέμβαση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 11.07.2022, και με προφανές έννομο συμφέρον, αφού συμμετείχε στο διαγωνισμό με παραδεκτή προσφορά και ως αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχος επιδιώκει τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης

8.Επειδή ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε στις 14.07.2022 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις με ίδια ημερομηνία απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή μόνον στην ΕΑΔΗΣΥ, χωρίς όμως να κοινοποιηθούν στην προσφεύγουσα και στην παρεμβαίνουσα κατά παράβαση του άρθρου 365 αρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016, παρόλο που δυνάμει της υπ'αρ. 1357/2022 πράξης του Προέδρου του παρόντος Κλιμακίου κλήθηκε ο αναθέτων φορέας δυνάμει του άρθρου 365 ν. 4412/2016, όπως προβεί εμπροθέσμως στις οφειλόμενες εκ του νόμου ενέργειές του, και συνεπώς οι απόψεις δεν λαμβάνονται υπόψη.

9.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή και η παρέμβαση νομίμως εισάγονται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

10. Επειδή αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ως προς τη μη νόμιμη παράλειψη δήλωσης υπεργολάβου στο ΕΕΕΣ και μη προσκόμισης ΕΕΕΣ υπεργολάβων στη βάση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών λεκτέα είναι τα εξής: Από τα στοιχεία του φακέλου και ιδίως από την αιτιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι δεν υπάρχει δήλωση περί υπεργολαβίας ούτε κάποιο συμφωνητικό υπεργολαβίας. Οι επικαλούμενες προσφορές εκ μέρους της παρεμβαίνουσας (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΡΟΣΦΟΡΕΣ») και συγκεκριμένα α) Η από 11/02/2022 προσφορά της ... (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΡΟΣΦΟΡΑ N01 pdf»), β) Η από 08/02/2022 προσφορά του ... (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΡΟΣΦΟΡΑ N02 pdf»), γ) Η από 09/02/2022 προσφορά του ... (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΡΟΣΦΟΡΑ N03 pdf»), δ) Η από 10/02/2022 προσφορά της ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΡΟΣΦΟΡΑ N04 pdf»), ε) Η από 09/02/2022 προσφορά της ... (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΡΟΣΦΟΡΑ N05 pdf») και στ) Η από 07/02/2022 προσφορά του ... (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΠΡΟΣΦΟΡΑ N07 pdf») αποτελούν συγκριτικά στοιχεία με βάση τις τιμές της αγοράς, τα οποία αιτιολογούν τον υπολογισμό του άμεσου κόστους της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και είναι προσφορές συνεργατών και προμηθευτών της και δεν αποτελούν δηλώσεις υπεργολαβίας ούτε υποκρύπτουν υπεργολαβία, απορριπτομένων έτσι των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, και γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας εΐθισται ένας οικονομικός φορέας να παραθέτει συγκριτικά στοιχεία που συνάδουν με τα επικρατούντα στην αγορά προκειμένου να αιτιολογήσει ότι η προσφορά του δεν είναι χαμηλή. Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτός.

11. Επειδή περαιτέρω η προσφεύγουσα με το α΄ σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής της επικαλείται πως: *«...Η ... για τα κονδύλια του εμμέσου κόστους δεν παρείχε ειδικότερες και συγκεκριμένες εξηγήσεις,*

υπολόγισε δε ότι αυτό ισούται με το αναφερόμενο ποσοστό της Εγκυκλίου, όχι όμως επί του Προϋπολογισμού της Υπηρεσίας (ΠΥ) του έργου, αλλά επί του ποσού της προσφοράς της. Θεώρησε δηλαδή ότι αυτομάτως και χωρίς ειδικότερες εξηγήσεις, τα κονδύλια της Εγκυκλίου που αφορούν το έμμεσο κόστος μειώνονται για το έργο σε ευθεία αναλογία με την προσφερόμενη έκπτωση. Αυτή η προσέγγιση όμως είναι εντελώς λανθασμένη γιατί έρχεται σε αντίθεση με τα οριζόμενα στην Εγκύκλιο με αρ. πρωτ. 9/2017 του Υπουργού Μεταφορών που εφαρμόζεται στην προκείμενη υπόθεση, αλλά και διότι κανένα από αυτά δεν σχετίζεται με κάποιο τρόπο με την προσφερόμενη έκπτωση. Τα κονδύλια της εγκυκλίου για το έμμεσο κόστος δεν είναι εξαρτώμενα από το εργολαβικό αντάλλαγμα...».

12.Επειδή αναφορικά με το άσκέλος του δεύτερου λόγου από τα στοιχεία του φακέλου και επί τη βάσει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών προκύπτουν τα εξής: Η δικαιολόγηση γενικών εξόδων στο πλαίσιο κόστους του έργου βάσει της Εγκυκλίου 9/2017 συνιστά όλως παραδεκτό τρόπο για την αιτιολόγηση αυτών, αλλά οι προσφέροντες δύνανται να αποκλίνουν με δική τους ανάλυση, δεδομένου του μη υποχρεωτικού χαρακτήρα του συστήματος της ως άνω εγκυκλίου (πρβλ 274/2021 ΑΕΠΠ, σελ. 9). Άλλωστε αντικείμενο της κατ' άρ. 88 Ν. 4412/2016 αξιολόγησης είναι αποκλειστικά αυτές καθαυτές οι τιμές και τα κόστη των μετεχόντων και αν τυχόν δεν προκύπτουν όχι ως καταρχήν εύλογα, αλλά δυνατά και άρα, η καταρχήν εκτιμώμενη αξία της διακήρυξης και τα κοστολογικά εκτιμητικά στοιχεία που αυτή ενσωματώνει, δεν συνιστούν επαρκές αιτιολογικό έρεισμα για την κατάγνωση αδικαιολογήτως χαμηλού ενός κονδυλίου κόστους προσφοράς ούτε καθιστούν αυτό άνευ ετέρου αδικαιολόγητο και αδύνατο (274/2021 ΑΕΠΠ). Περαιτέρω δεν συνιστούν, πάντως, ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί του ασυνήθιστα χαμηλού της οικονομικής προσφοράς συνδιαγωνιζομένου ισχυρισμοί ερειδόμενοι μόνο στην κοστολόγηση της προσφοράς του οικονομικού φορέα ο οποίος τους προβάλλει, σε σύγκριση και με τις τιμές του προϋπολογισμού, καθόσον η διαμόρφωση της προσφοράς κάθε διαγωνιζομένου συναρτάται με οικονομοτεχνικούς παράγοντες που καθορίζονται ενόψει των ιδίων αυτού δεδομένων (βλ. ΕΑ ΣτΕ 208/2020, σκ. 9, 1067/2021 ΑΕΠΠ). Άλλωστε, ο

προσφεύγων ήταν αυτός που έφερε το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης και δη, ήδη δια της προσφυγής του, των προϋποθέσεων που απαιτούνταν για τη στήριξη των αιτιάσεων του, αντίθετη δε ερμηνεία καταλήγει σε απαράδεκτη μεταβολή του βάρους απόδειξης εις βάρος του καθ' ου και χωρίς δυνατότητα, δεδομένης της προβολής δια υπομνήματος, εκ μέρους του αντίκρουσης (1256,1257,1258,1259/2022 ΕΑΔΗΣΥ, σελ. 129). Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί της εγκυκλίου 9/2017 είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, ενώ οι ισχυρισμοί της περί του ότι τα κονδύλια για το έμμεσο κόστος δεν είναι εξαρτώμενα από το εργολαβικό αντάλλαγμα είναι απορριπτέοι ως αόριστοι και αναπόδεικτοι, αφού η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Συνεπώς το άσκελος του δεύτερου λόγου είναι απορριπτέο.

13. Επειδή η προσφεύγουσα με το β' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής επικαλείται πως: *«...Περαιτέρω, σε ό,τι αφορά την ανάλυση του κονδυλίου του φόρου στην οποία προβαίνει η ..., η εταιρία δεν λαμβάνει υπόψη της τα εξής σημεία της ως άνω Εγκυκλίου, την οποία η ίδια επικαλείται: Σε κάθε έργο και κάθε πιστοποίηση πληρώνεται προκαταβολή φόρου εισοδήματος 3% και επί των κερδών, εφόσον διανεμηθούν, πληρώνεται φόρος μερίσματος 5%, οπότε δεν δικαιολογείται απόκλιση από την οδηγία της εγκυκλίου. Σε ό,τι αφορά το κόστος διοίκησης του Έργου, η εταιρεία έχει λάβει υπόψη της κόστος μηχανικού 2.000 € /μήνα. Στο κόστος αυτό δεν έχει υπολογίσει το κόστος των εισφορών ούτε το κόστος των δώρων του Πάσχα και των Χριστουγέννων και το κόστος του επιδόματος αδείας. Άλλωστε, ένα έργο αυτού του μεγέθους χρειάζεται επί πλέον των μηχανικών συντονιστών και κάποιους εργοδηγούς οι οποίοι θα συντονίζουν τα συνεργεία. Επομένως το κόστος των 49.000 € για έξοδα διοίκησης του έργου αυτού δεν είναι πραγματικά, επομένως και ως προς το κονδύλιο αυτό έχει εφαρμογή η Εγκύκλιος σύμφωνα με την οποία το κόστος διοίκησης ανέρχεται σύμφωνα με το άρθρο Β2 σε 229,033.56€. Επομένως το έμμεσο κόστος του έργου υπολείπεται του υπολογιζόμενου με βάση την εγκύκλιο 9 κατά: 792.184,42- 17.478,42+ 8.248,84- 487.879,44=295.075,40€. Στο παραπάνω ποσό θα πρέπει να προστεθεί και το ποσό που αφορά τις κρατήσεις του έργου*

σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης που υπολογίζονται ως στον συνημμένο στην παρούσα ως ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II Πίνακα...».

14.Επειδή αναφορικά με το β' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής από τα στοιχεία του φακέλου και επί τη βάσει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών προκύπτουν τα εξής: Η προσφεύγουσα προβαίνει σε αυθαίρετους και κατά το δοκούν υπολογισμούς αφαιρώντας τα επικαλούμενα από εκείνην ποσά στο μετά φόρων ποσό των 320.346,47 ευρώ και όχι στο ποσό των 421.508,51 ευρώ που είναι το προ φόρων καθαρό ποσό κερδοφορίας που αναφέρει η παρεμβαίνουσα, χωρίς να προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς και άρα οι ισχυρισμοί της είναι απορριπτέοι. Επομένως η προσφεύγουσα, αν και έφερε το βάρος επίκλησης και απόδειξης (1256,1257,1258,1259/2022 ΕΑΔΗΣΥ) δεν αποδεικνύει ότι οι υπολογισμοί της παρεμβαίνουσας ως προς το καθαρό κέρδος του έργου στην αιτιολόγηση της προσφοράς της στοιχειοθετούν αδικαιολόγητα χαμηλή προσφορά. Τούτο, ενώ ο παρεμβαίνων στην αιτιολόγηση οικονομικής προσφοράς του προέβη σε ειδικό επί της προσφοράς του επιμέρους υπολογισμό και ανάλυση στοιχειοθέτησης του οικείου φόρου, βάσει του υπολογισμού καθαρού κέρδους, αναφέροντας τα εξής «Το καθαρό κέρδος εξάγεται από την διαφορά του προϋπολογισμού της προσφοράς χωρίς τα απρόβλεπτα, τα απολογιστικά και τον ΦΠΑ (€) και του Συνολικού κόστους του έργου, ήτοι Καθαρό κέρδος έργου = 3.950.828,85€– 3.529.320,34 € = 421.508,51 € Το καθαρό κέρδος έργου φορολογείται με ενιαίο ποσοστό 24%, ως σήμερα ισχύει, ήτοι φόρος καθαρών κερδών = 421.508,51 * 24% = 101.162,04 € Επομένως το καθαρό όφελος για τον ανάδοχο από την κατασκευή του έργου είναι 421.508,51 € – 101.162,04 € = 320.346,47 €», αιτιολόγηση περί της οποίας ουδέν προβάλλει η προσφεύγουσα. Τούτο, ενώ αβάσιμα επιπλέον η προσφεύγουσα προβάλλει υποχρέωση υπολογισμού φόρου διανομής μερισμάτων 5%, αφού τα μερίσματα συνιστούν εισοδήματα των μετόχων και ο επί αυτών φόρος συνιστά φόρο επί του εισοδήματος των μετόχων και όχι επί του νομικού προσώπου της εταιρείας, αλλά απλώς παρακρατείται κατά τη διανομή του από την εταιρεία. Περαιτέρω οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί του ότι το κόστος των 49.000 ευρώ για έξοδα διοίκησης δεν είναι πραγματικό και το πραγματικό είναι 229.033,56 ευρώ είναι απορριπτέοι ως αόριστοι και

αναπόδεικτοι, αφού δεν η προσφεύγουσα αρκείται σε επίκληση μόνον αριθμητικών δεδομένων και υπολογισμό του αναλογούντος κόστους προς απόδειξη και ορισμένη επίκληση της αιτίας της, χωρίς να προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, απορριπτομένων έτσι των οικείων ισχυρισμών της. Οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη υπολογισμού κόστους εισφορών, κόστος δώρου Πάσχα και Χριστουγέννων και επιδόματος άδειας στην προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέοι ως όλως αόριστοι, καθώς δεν υπάρχει επίκληση οποιουδήποτε αναλυόμενου κονδυλίου, αλλά ούτε και επίκληση πόσο μάλλον απόδειξη πως υπάρχει σχέση εξαρτημένης εργασίας μεταξύ των μηχανικών και της παρεμβαίνουσας εταιρείας. Άλλωστε, ουδόλως λαμβάνεται υπόψη από τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ότι τα ως άνω πρόσωπα δύνανται να παρέχουν τις υπηρεσίες τους στον παρεμβαίνοντα με σχέση ανεξάρτητης εργασίας και σε κάθε περίπτωση, ούτως να αμείβονται από τον παρεμβαίνοντα, παρά άνευ ετέρου η προσφεύγουσα υποθέτει αμοιβή τους ως εξαρτημένων μισθωτών. Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη το β' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής είναι απορριπτέο.

15.Επειδή με το γ' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται πως: «...*Πέραν αυτών επειδή δεν υπάρχει καμία αναφορά στο άμεσο κόστος του έργου για τις ασφαλιστικές εισφορές, θα πρέπει να υπολογιστεί ένα ποσοστό επί του συνολικού προϋπολογισμού προσφοράς για την εργατική δαπάνη μη στεγασμένων που ορίζει ο ΕΦΚΑ. Από την Ε41/231/13-6-2002 Εγκύκλιο του ΕΦΚΑ (Εγκύκλιος 52) (βλ. άρθρο 38 του Κ.Α. ΙΚΑ) προκύπτει ποσοστό εργατικής δαπάνης τουλάχιστον 5%. Με βάση αυτό το ποσοστό υπολογίζεται στον συνημμένο στην παρούσα ως ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ Πίνακα το κόστος των ασφαλιστικών εισφορών των μη στεγασμένων του έργου στο ποσό των 159,194.82 €...».*

16.Επειδή αναφορικά με το γ' σκέλος του δεύτερου λόγου από τα στοιχεία του φακέλου και επί τη βάση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών προκύπτουν τα εξής: Οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως αόριστοι διότι αφενός δεν προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, και αφετέρου διότι δεν επικαλείται ποια είναι η αξία των επιμέρους οικοδομοτεχνικών εργασιών επί των οποίων θα υπολογισθούν οι ασφαλιστικές εισφορές εργατοτεχνικών οικοδόμων, αλλά και

ούτε και πώς προκύπτει επί του προκείμενου έργου και βάσει των εργασιών του, το τουλάχιστον 5% ποσοστό εργατικής δαπάνης, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας, οι οικείοι δε ισχυρισμοί του είναι απορριπτέοι προεχόντως αόριστοι και αναπόδεικτοι. Τούτο, ενώ άλλωστε, ουδόλως η φέρουσα το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης των ισχυρισμών της, προσφεύγουσα αιτιάται κατ' ορισμένο τρόπο και αποδεικνύει, ότι οι οικείες εισφορές δεν είναι αναμεμιγμένες στο άμεσο κόστος επιμέρους εργασιών, όπως αιτιολογήθηκε εκ της παρεμβαίνουσας ούτε ότι το κόστος των τελευταίων είναι τέτοιο, ώστε να μη δύναται να καλύψει τις εισφορές αυτές, αφαιρουμένων λοιπών εξόδων. Συνεπώς το γ' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής είναι απορριπτέο.

17. Επειδή εξάλλου, οι κατά την Εγκύκλιο 9/2017 δαπάνες Α10 Φόροι 3%, Α11 Εγγυητικές Επιστολές 0,30%, Α12 Ασφάλιση Έργου 0,50%, (3,8% συνολικά), Β9 Τόκοι κεφαλαίων κίνησης και χρηματοοικονομικό κόστος και κόστος δέσμευσης καταθέσεων για εγγυητικές 0,8% και Β10 αναλογούν, ως προς τη συμμετοχή του έργου στον κύκλο εργασιών της επιχείρησης κόστος έδρας επιχείρησης, 2,2% (3,0% συνολικά), ήτοι συνολικά 6,80% εκ του 15,5% που κατά την Εγκύκλιο αναλογεί ως Γενικά Έξοδα επί της άμεσης δαπάνης του έργου, συναρτώνται εκ φύσεως με τη συμβατική αξία του έργου και όχι μια εκτιμώμενη αξία δημοπράτησης που δεν συνιστά τίμημα συμβασιοποίησης. Άλλωστε, κατά τα ανωτέρω, ο παρεμβαίνων προβαίνει σε ειδικό επιμέρους υπολογισμό για το κόστος φόρων και εγγυητικών επιστολών στο πλαίσιο της αιτιολογήσεώς του και επί συγκεκριμένων επιμέρους αριθμητικών πράξεων, περί των οποίων ουδέν προβάλλει η προσφεύγουσα. Επιπλέον, κατά την αιτιολόγηση του παρεμβαίνοντα και όπως δεν αντικρούει η προσφεύγουσα, εν προκειμένω δεν είναι εφαρμοστέες οι κατά την ως άνω Εγκύκλιο δαπάνες εμμέσου κόστους Β7 μετρήσεις γενικών δεικτών και παραμέτρων προβλεπόμενων στους περιβαλλοντικούς και λοιπούς όρους και λήψη μέτρων συμμόρφωσης, με συντελεστή εκτίμησης κατά την εγκύκλιο 0,20%, Β4 εξωτερικοί τεχνικοί σύμβουλοι με ad hoc μετάκληση, με συντελεστή εκτίμησης κατά την Εγκύκλιο 0,24% και Β5 ως κόστη για εκτέλεση καθηκόντων της κατηγορίας προσωπικού Β2/γενικής επιστασίας και διοίκησης του αναδόχου, όπως χρήση αυτοκινήτων, με συντελεστή εκτίμησης κατά την Εγκύκλιο 0,60% και αθροιστικά, δαπάνες για τις οποίες οι Εγκύκλιος εκτιμά

$0,20+0,24+0,60= 1,04\%$ επί της άμεσης δαπάνης του έργου. Άρα, ακόμη και αν γίνουν δεκτές οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας ότι τα λοιπά έξοδα έμμεσου κόστους ήταν υπολογιστέα επί του προϋπολογισμού δημοπράτησης, περί του άμεσου κόστους, ο συντελεστής υπολογισμού για τις παραπάνω δαπάνες ανέρχεται αθροιστικά σε $15,50\%-6,80\%-1,04\%= 7,66\%$ με νυν προϋπολογιζόμενο άμεσο κόστος 4.852,405,86 ευρώ και άρα, ανέρχονται ούτως σε $7,66\% \times 4.852.405,68 = 371,694,30$ ευρώ, όσον αφορά τους κωδικούς Εγκυκλίου A1, A2, A3, A4, A5, A6, A7, A8-A9, A13, A14, B1, B2, B3, B6 και B8, για τους οποίους η αιτιολόγηση του παρεμβαίνοντα αναφέρει αθροιστικά 302,633,50 ευρώ. Ούτως, ακόμη και αν οι συναφείς ισχυρισμοί της προσφεύγουσας γίνονταν δεκτοί, τότε θα προέκυπτε επιμέρους υποϋπολογισμός κατά $371.694,30-302.633,50= 69,060,81$ ευρώ. Άλλωστε, ακόμη και αν οι ως άνω δαπάνες B4, B5 και B7 ήταν εφαρμοστέες, με συνολικό ποσοστό επί της άμεσης δαπάνης 1,04% και τούτο επί της προϋπολογιζόμενης αξίας άμεσου κόστους κατά την Εγκύκλιο, 4.852.405,86 ευρώ, θα προέκυπτε επιπλέον κόστος $4.852.405,86 \text{ ευρώ} \times 1,04\% = 50.465,02$ ευρώ και αθροιστικά, $69.060,81+50.465,02 \text{ ευρώ} = 119.525,80$ ευρώ. Τούτο, ενώ κατά τα ανωτέρω ούτως ή άλλως, ο παρεμβαίνων υπολόγισε καθαρό κέρδος μετά φόρων, 320.346,47 ήτοι, κατά πολύ μεγαλύτερο της διαφοράς μεταξύ των υπολογισθέντων ποσών στους κωδικούς A1, A2, A3, A4, A5, A6, A7, A8-A9, A13, A14, B1, B2, B3, B6 και B8 κατά τον παρεμβαίνοντα και των προκύπτοντων επί αυτών με βάση την προϋπολογισμένη αξία άμεσου κόστους, όπως και εκ του αθροίσματος αυτής της διαφοράς με τη λήψη υπόψη αναλογίας κόστους κατά τους συντελεστές της Εγκυκλίου επί της προϋπολογισμένης αξίας άμεσου κόστους, στους κωδικούς B4, B5 και B7 και τούτο, ενώ ουδόλως η προσφεύγουσα προβάλλει εσφαλμένη λήψη υπόψη αυτών των κωδικών ως μηδενικών, λόγω μη εφαρμογής τους στην προκείμενη σύμβαση, κατά την αιτιολόγηση προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Μάλιστα, ακόμη και αν όλα τα ανωτέρω αφαιρεθούν από το μετά φόρων κέρδος 320.346,47 ευρώ και απομείνουν $320.346,47-119.525,80=200.820,60$ ευρώ, ήτοι ποσό μεγαλύτερο και από την αναλογία 2,50% της εκτίμησης της Εγκυκλίου επί του προϋπολογισμένου άμεσου κόστους ($4.852.405,86 \times 2,50\% = 121.310,10$ ευρώ) και μάλιστα, κέρδος που υπερκαλύπτει και τα 159,194.82 ευρώ, που η προσφεύγουσα κατά τα

ανωτέρω επικαλείται ως περαιτέρω υπολογιστέα κόστη εισφορών. Επομένως, ακόμη και αν οι αόριστοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας γίνονταν δεκτοί δεν θα προέκυπτε η εξ αυτής αορίστως και αναπόδεικτα, επικαλούμενη ζημία επί της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, καθώς απομένει κέρδος και δη, ουδόλως προκύπτουν ως προσχηματικό, εξομοιούμενο με μηδενικό και μη εύλογο, ακόμη και κατόπιν των ανωτέρω. Τούτο, επιπλέον του ότι ο παρεμβαίνων στην αιτιολόγηση οικονομικής προσφοράς του αιτιολογεί τη βιωσιμότητα αυτής βάσει και των εξής «Η σκοπιμότητα της παρούσας αιτιολόγησης είναι η απόδειξη του θετικού ισοζυγίου εσόδων – εξόδων. Γι' αυτό υπολογίστηκε το έμμεσο και άμεσο κόστος του έργου και συγκρίθηκε με τον προϋπολογισμό της προσφοράς χωρίς τα απρόβλεπτα, απολογιστικά (περιλαμβάνουν ενδεικτικά έξοδα αρχαιολόγου και διαχείριση αποβλήτων) και ΦΠΑ (€). Υπολογίστηκε το καθαρό κέρδος για τον ανάδοχο, το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 320.346,47 €, και αντιστοιχεί σε ποσοστό 8,11% επί του προϋπολογισμού προσφοράς (3.950.828,85 €). Αξίζει να αναφερθεί επίσης ότι, δεν έχει συμπεριληφθεί η αναθεώρηση που θα προκύψει και θα αυξήσει το ανωτέρω κέρδος, όπως υπολογίζεται σύμφωνα με την αρ. πρωτ. 359881/10-12-2021 Απόφαση του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών με θέμα: «Καθορισμός συντελεστών αναθεώρησης τιμών δημοσίων έργων, σύμφωνα με την παρ. 23 του άρθρου 153 του ν. 4412/2016 και αναπροσαρμογή του συντελεστή σ1 σύμφωνα με την παρ. 7 του άρθρου 153 του ν. 4412/2016» (ΦΕΚ 5983/τ'Β/20-12-2021). Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω αποδεικνύεται η βιωσιμότητα της επένδυσης ανάληψης κατασκευής του έργου με τον προϋπολογισμό της προσφοράς που υποβάλαμε στην υπηρεσία σας.», ήτοι επικαλείται, πως πέραν του κέρδους που προκύπτει ήδη εκ του υπολογισμού έμμεσου και άμεσου κόστους, προκύπτει και αντίστοιχη προσαύξηση κέρδους από τη λήψη υπόψη της αναθεώρησης, σημείο περί του οποίου ουδέν προβάλλει η φέρουσα το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης των ισχυρισμών της προσφεύγουσα. Άρα, για όλους τους ανωτέρω λόγους, η προσφορά του παρεμβαίνοντος ουδόλως προκύπτει ως ζημιόγonos, όπως αόριστα και αναπόδεικτα προβάλλει η προσφεύγουσα.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει απορριφθεί. Αντιθέτως πρέπει να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

Αριθμός Απόφασης: 1267 /2022

19 Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 08 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε στις 28 Αυγούστου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ**