

Αθήνα, 13.5.2013

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

ΘΕΜΑ: Εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 9 παρ. 5 του Ν. 4071/2012 περί Γ.Ε. & Ο.Ε. 18% στα εκτελούμενα κατά την έναρξη ισχύος της έργα δήμων.

Ανώνυμη εταιρεία – μέλος του ΣΑΤΕ υπέβαλε το ακόλουθο ερώτημα:

«Μετά την έναρξη ισχύος της διάταξης του Ν. 4071/2012 περί εφαρμογής ανεξαιρέτως ποσοστού 18% Γ.Ε. & Ο.Ε. σε όλα τα έργα δήμων, υπηρεσίες επιστρέφουν λογαριασμούς σε έργα που έχουν δημοπρατηθεί με Γ.Ε. & Ο.Ε. 28% με το αίτημα της διόρθωσής τους. Είναι νόμιμο αυτό;»

Η απάντησή μου στο ανωτέρω ερώτημα έχει ως εξής:

1. Με το άρθρο 9 παρ. 5 του Ν. 4071/2012 ορίσθηκαν τα εξής:

«Στα έργα των δήμων, όταν γίνεται ρητή μνεία στα συμβατικά τεύχη δημοπράτησης σύμφωνα με την παρ. 7 του άρθρου 17 του ν. 3669/2008, μπορεί να διαχωρίζονται οι τιμές και για τα γενικά έξοδα και το όφελος του εργολάβου να προστίθεται στο τέλος σε ποσοστό που ορίζεται σε 18% ανεξαρτήτως της πηγής χρηματοδότησης.»

Υπενθυμίζεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 7 του Κώδικα Δημοσίων Έργων (Κ.Δ.Ε. - ν. 3669/2008), εφόσον γίνεται ρητή μνεία στα σχετικά τεύχη δημοπράτησης ενός έργου, μπορεί να διαχωρίζονται οι τιμές και να προστίθεται στο τέλος ποσοστό γενικών εξόδων και εργολαβικού οφέλους, το οποίο ορίζεται σε 18% για έργα που χρηματοδοτούνται από τον προϋπολογισμό δημοσίων επενδύσεων ή άλλες πηγές με ανάλογες απαλλαγές και σε 28% για τις άλλες περιπτώσεις.

Η διαφοροποίηση στο ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε. οφείλεται στη διαφοροποίηση των κρατήσεων ανά εκάστη περίπτωση. Στα δημόσια έργα με απαλλαγές, άρα με

λιγότερες κρατήσεις, το εν λόγω ποσοστό ορίζεται στο 18%, ενώ στα έργα χωρίς απαλλαγές, και ως εκ τούτου υψηλότερες κρατήσεις, το ποσοστό ορίζεται σε 28%. Η σχεδόν αυτονόητη λογική πίσω από την εν λόγω διαφοροποίηση είναι ότι το καθαρό ποσοστό εργολαβικού οφέλους, που περιέχεται στο ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε., πρέπει να παραμένει σταθερό· εάν οι κρατήσεις αυξάνουν, τότε αναγκαστικά πρέπει να αυξηθεί το συνολικό ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε., ώστε το τμήμα αυτού που αντιπροσωπεύει το Ο.Ε. να παραμένει ποσοστιαία σταθερό.

Το ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε. προσαυξάνει την τιμή μονάδος κάθε εργασίας και ορίζεται στη διακήρυξη (σε κάθε περίπτωση, σε κάποιο από τα τεύχη δημοπράτησης). Επομένως, πρώτον, το ακριβές ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε. αποτελεί καθοριστικό παράγοντα διαμόρφωσης της προσφοράς του διαγωνιζόμενου και σημαντική παράμετρο αυτής· δεύτερον, αποτελεί διάταξη του κανονιστικού πλαισίου διεξαγωγής του διαγωνισμού, μετά δε την κατάρτιση της σύμβασης εκτέλεσης του έργου, θεμελιώδη συμβατικό όρο. Τούτο σημαίνει ότι ο όρος αυτός δεν μπορεί να τροποποιηθεί χωρίς τη συμφωνία αμοιτέρων των συμβαλλομένων πλευρών μετά την κατάρτιση της σύμβασης.

Περαιτέρω, νομοθετική τροποποίηση του ύψους του Γ.Ε. & Ο.Ε. κατά τη διάρκεια μιας εκτελούμενης σύμβασης, εκτός του ότι θα αλλοίωνε ανεπίτρεπτα και αντίθετα προς την εκπεφρασμένη συμβατική βούληση των μερών το περιεχόμενο καταρτισμένης σύμβασης, ανατρέποντας ενδεχομένως και το δικαιοπρακτικό θεμέλιο επί του οποίου εδράσθηκε η προσφορά του αναδόχου, θα αντέβαινε επιπροσθέτως και προς θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου του ανταγωνισμού και των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, εφόσον, μετά την υποβολή της προσφοράς και τη βάση αυτής κατάρτιση της σύμβασης, θα τροποποιείτο κρίσιμη παράμετρος διαμόρφωσης της δικαιοπρακτικής βούλησης βάσει της οποίας καθορίσθηκε το ύψος των οικονομικών προσφορών όλων των διαγωνιζομένων.

2. Με βάση όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι τροποποίηση του ποσοστού Γ.Ε. & Ο.Ε. μετά την υποβολή της προσφοράς και την κατάρτιση της σύμβασης εκτέλεσης δημοσίου έργου δεν είναι επιτρεπτή.

Προφανώς, έχοντας τούτα κατά νου ο νομοθέτης, ρητώς προέβλεψε στην προπαρατεθείσα παρ. 5 του άρθρου 9 του Ν. 4071/2012, ότι το ποσοστό 18% για όλα τα δημοτικά έργα ανεξαιρέτως καθορίζεται στα τεύχη δημοπράτησης. Εξ αντιδιαστολής συνάγεται ότι, εάν στα τεύχη δημοπράτησης καθορίζονταν διαφορετικό ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε. (π.χ. 28%), δεν επιτρέπεται να γίνει εκ των υστέρων τροποποίησή του, κατ' επίκληση της ανωτέρω νομοθετικής διάταξης προεχόντως και ανεξαρτήτως όλων των άλλων, διότι αυτό απαγορεύεται από την ίδια αυτή τη διάταξη.

Κατά συνέπεια, η απάντησή μου στο υποβληθέν ερώτημα συνοψίζεται ως εξής: Σε δημοτικά έργα, τα οποία έχουν δημοπρατηθεί ή/και συναφθεί η σύμβαση εκτέλεσής τους με ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε. 28%, **δεν επιτρέπεται** (και, συνεπώς, είναι **μη νόμιμη**) η εκ των υστέρων μεταβολή του ανωτέρω ποσοστού σε 18% κατ' επίκληση της ανωτέρω νομοθετικής διάταξης, για τους εξής λόγους:

α) Πρώτον, διότι τούτο απαγορεύεται από την ίδια τη διάταξη της παρ. 5 του άρθρου του Ν. 4071/2012, η οποία επιτρέπει τον καθορισμό του ανωτέρω ποσοστού στο ύψος του 18% μόνο στα τεύχη δημοπράτησης (διακήρυξη κ.λπ.), ήτοι στα μη εισέτι κατά την έναρξη εφαρμογής του νόμου δημοπρατηθέντα έργα.

β) Δεύτερον, διότι τούτο θα παραβίαζε τη συμβατική βούληση των συμβαλλομένων μερών και το δικαιοπρακτικό θεμέλιο επί του οποίου εδράσθηκε η βούληση αυτή.

γ) Τρίτον, διότι θα αντέβαινε στις προαναφερθείσες θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου περί προστασίας του ανόθευτου και πραγματικού ανταγωνισμού και ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.