

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 13.03.2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ/ΕΑΔΗΣΥ) 152/07.02.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας, με την επωνυμία «.... Α.Ε.» (εφ' εξής «προσφεύγουσα»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας Αρχής, με την επωνυμία «Περιφέρεια», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «....», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμόν 8/2023, απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας, προς τον σκοπό να κριθεί παραδεκτή η προσφορά της και ν' αναδειχθεί προσωρινή μειοδότης της υπό ανάθεση σύμβασης, αλλά και ν' απορριφθεί η προσφορά του πρώτου μειοδότη και να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της οικείας προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή δημοσίευσε την διακήρυξη υπό ΑΔΑΜ2022-09-30, με προϋπολογισμό 2.419.354,84 ευρώ πλέον ΦΠΑ, δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, για την σύναψη δημόσιας σύμβασης έργου (κάτω των ορίων του Ν 4412/2016), μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση

την τιμή. Το δημοπρατούμενο έργο οδοποιΐας περιγράφεται αναλυτικά στο άρθρο 11.3. της οικείας διακήρυξης.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 12.097,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), το ύψος του οποίου αποτελεί το κατά Νόμο καταβλητέο, δυνάμει του προϋπολογισμού της διακήρυξης, σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, πληρώθηκε δε κατά τα προβλεπόμενα, σύμφωνα με την προσκομιζόμενη απόδειξη πληρωμής.

3. Επειδή, ο υπό εξέταση διαγωνισμός υπάγεται στην καθ' ύλη αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι, σύμφωνα με το άρθρο 361 του ν. 4412/2016, σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης αναθέτουσας Αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι : «1.... γ) δέκα ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα.». Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 26-01-2023. Συνεπώς, παραδεκτώς ασκήθηκε στις 06-02-2023 δοθέντος, ότι η καταληκτική ημεροχρονολογία εμπρόθεσμης άσκησης, 05-02-2023, ήταν ημέρα εξαιρετέα (Κυριακή).

5. Επειδή, με τις απόψεις της επί της εν λόγω προσφυγής, η αναθέτουσα Αρχή αιτείται την απόρριψη αυτής στο σύνολό της, κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα σ' αυτές. Το εν λόγω έγγραφο κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα εταιρεία την 21-02-2023 και επ' αυτού κατατέθηκε νομίμως το από 23-02-2023 υπόμνημα της παρεμβαίνουσας και το από 28-02-2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

6. Επειδή, εν συνεχεία, στον επίμαχο διαγωνισμό υποβλήθηκαν οι εξής επτά προσφορές: α), με έκπτωση 45,91%. β), με έκπτωση 42,73%. γ), με έκπτωση 31,50%. δ), με έκπτωση 29,54%. ε), με έκπτωση 26,34%.

στ), με έκπτωση 21,05%. ζ), με έκπτωση 12,53%. Ο μέσος όρος των εκπτώσεων διαμορφώθηκε σε 29,94% και τον υπερέβησαν, άνω των 10 ποσοστιαίων μονάδων, οι δύο πρώτοι μειοδότες. Σημειωτέον, ότι η έκπτωση της προσφεύγουσας είναι (42,73%). Στην αιτιολογική έκθεση (βλ. σελ. 3) διαλαμβάνεται πίνακας, στον οποίο συμπεριλαμβάνονται 14 όμοια έργα βελτίωσης επαρχιακών οδών, τα οποία έχει αναθέσει η Περιφέρεια, με εκπτώσεις που υπερβαίνουν το 50%. Δηλαδή, η υπέρβαση του κατωφλίου, που προβλέπεται στο άρθρο 88 παρ 5α Ν. 4412/2016, οφείλεται στο γεγονός, ότι ο 7^{ος} μειοδότης υπέβαλε προσφορά (12,53%). Ως εκ τούτου, άνευ της εν λόγω προσφοράς, ο μέσος όρος των εκπτώσεων θα διεμορφώνετο σε 32,84%. Με το από 31-10-2022 έγγραφο της Προέδρου της Επιτροπής Διαγωνισμού, η προσφεύγουσα κλήθηκε να αιτιολογήσει την προσφορά της. Στο υπ' όψη έγγραφο αναφέρονται τα ακόλουθα: *«Έχοντας υπόψη ... 3. Το γεγονός ότι η οικονομική προσφορά σας είναι μεγαλύτερη από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των αποδεκτών προσφορών των 10 ποσοστιαίων μονάδων, καλείστε, όπως σε αποκλειστική προθεσμία 20 ημερών να αιτιολογήσετε την τιμή ή το κόστος που προτείνετε στην προσφορά σας, σύμφωνα με το άρθρο 88 του Ν 4412/2016»*. Η προσφεύγουσα υπέβαλε, εμπροθέσμως, αιτιολογική έκθεση (154 σελίδων), σύμφωνα με την οποία το εκτιμώμενο κέρδος ανέρχεται σε 111.555,54 ευρώ, τουλάχιστον, χωρίς να συνυπολογισθεί το επιπλέον εργολαβικό αντάλλαγμα που θα της καταβληθεί, οπωσδήποτε, λόγω της κανονιστικώς προβλεπόμενης αναθεώρησης των τιμών του Προϋπολογισμού. Στις 14-12-2022 αυτή κλήθηκε να συμπληρώσει τον αριθμό πρωτοκόλλου και την ημερομηνία της μελέτης σύνθεσης ασφαλτομίγματος, που είχε προσκομίσει, ανταποκρίθηκε δε την αμέσως επόμενη ημέρα (15-12-2022). Η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε το από 29-12-2022 πρακτικό, δια του οποίου εισηγήθηκε την απόρριψη της αιτιολόγησης και της προσφοράς των δύο πρώτων μειοδοτών. Όσον αφορά στη δική της αιτιολόγηση, γίνεται επανυπολογισμός του κόστους μιας συγκεκριμένης εργασίας (οδοστρωσίας), από τον οποίο προκύπτει επιβάρυνση 112.166 ευρώ, η οποία καθιστά ζημιολόγο την προσφορά κατά 610,46 ευρώ. Κατά τα λοιπά, αναφέρονται εννέα κατ' ιδίαν παρατηρήσεις. Το

ανωτέρω πρακτικό εγκρίθηκε, ως υποβλήθηκε, κατά πλειοψηφία από την Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας (επί έντεκα μελών, ένα μέλος καταψήφισε και τρία δήλωσαν αποχή). Κατόπιν τούτου, απορρίφθηκαν οι προσφορές του 1^{ου} μειοδότη, της προσφεύγουσας και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο 3^{ος} μειοδότης. Η προσβαλλόμενη, υπ' αριθ. 8/24-1-2023, απόφαση υπεγράφη στις 25-1-2023 και αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 26-1-2023.

7. Επειδή, σε ενωσιακό επίπεδο γίνεται παγίως δεκτό, ότι *«όσον αφορά την οικονομία και τον σκοπό των οδηγιών για την παροχή έννομης προστασίας, κατά πάγια νομολογία, οι οδηγίες αυτές αποσκοπούν στην προστασία των προσφερόντων έναντι των αυθαιρεσιών της αναθέτουσας αρχής και στην εξασφάλιση της αποτελεσματικής εφαρμογής των κανόνων της Ένωσης σχετικά με τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων, ιδίως σε στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις μπορούν ακόμη να διορθωθούν (Βλ. επί παραδείγματι, αποφάσεις της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, σκέψη 34), της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 50), και της 15ης Σεπτεμβρίου 2016, Star Storage κ.λπ. (C-439/14 και C-488/14, EU:C:2016:688, σκέψη 41, όπως αποτυπώνονται στην σκέψη 64 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα MICHAL BOBEK της 21ης Νοεμβρίου 2019, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-496/18 και C-497/18 HUNGEOD Közlekedésfejlesztési, Földmérési, Út-és Vasúttervezési Kft., SIXENSE Soldata, Budapesti Közlekedési Zrt. (C-496/18) Budapesti Közlekedési Zrt. (C-497/18) Κατά Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság [αίτηση του Fővárosi Törvényszék (ανώτερου δικαστηρίου Βουδαπέστης, Ουγγαρία) για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως])».*

8. Επειδή, η προσφεύγουσα εν πρώτοις υποστηρίζει, ότι *«Η πράξη της αναθέτουσας αρχής, που απορρίπτει αιτιολόγηση της προσφοράς ως ζημιογόνου, η έκδοση της οποίας προϋποθέτει αξιολογική κρίση, προσβάλλεται παραδεκτώς και για λόγους που αφορούν στην εξωτερική νομιμότητά της. Αντί πολλών, αναφέρεται στην υπ' αριθ. 199/2021 απόφαση του Δ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας, που ακύρωσε απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής*

Περιφέρειας, λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (παράλειψη γνωμοδότησης της Επιτροπής Διαγωνισμού). - Από τις διατάξεις που σχετίζονται με τη σύνθεση της Οικονομικής Επιτροπής προβλέπονται τα εξής: α) Άρθρο 177 παρ 1 Ν 3852/2010: «Η Οικονομική Επιτροπή συνεδριάζει, ύστερα από πρόσκληση του Προέδρου. (...) Αν απουσιάζουν ή κωλύονται τακτικά μέλη, καλούνται τα αναπληρωματικά με τη σειρά της εκλογής τους». β) Άρθρο 221 παρ 6 Ν 4412/2016: «Για τη συγκρότηση και τη λειτουργία των συλλογικών οργάνων στις αναθέτουσες αρχές, που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 2690/1999 Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας (Α' 45), εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις του ως άνω νόμου». γ) Άρθρο 14 παρ 2 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ο οποίος, σύμφωνα με το άρθρο 1, εφαρμόζεται και επί των ΟΤΑ): «Ο πρόεδρος καθορίζει την ημέρα, την ώρα και τον τόπο των συνεδριάσεων και καλεί τα τακτικά και τα αναπληρωματικά μέλη να συμμετάσχουν. Η πρόσκληση η οποία περιλαμβάνει την ημερήσια διάταξη, γνωστοποιείται, από το γραμματέα, στα μέλη του συλλογικού οργάνου τουλάχιστον σαράντα οκτώ (48) ώρες πριν από τη συνεδρίαση, μπορεί δε να γίνει και με τηλεφώνημα, τηλεγράφημα, τηλεομοιοτυπία ή άλλο πρόσφορο μέσο, εφόσον το γεγονός τούτο αποδεικνύεται από σχετική σημείωση σε ειδικό βιβλίο, η οποία πρέπει να φέρει χρονολογία και την υπογραφή του προσώπου που έκανε την πρόσκληση». δ) Άρθρο 4 της ΚΥΑ 429/2020 : «όσον αφορά στα γενικότερα ζητήματα της συγκρότησης, σύνθεσης, των συνεδριάσεων, της λειτουργίας και των αποφάσεων των συλλογικών οργάνων, ισχύουν οι διατάξεις των άρθρων 13, 14 και 15 του ν. 2690/1999 (Α' 48) που αφορούν στα συλλογικά όργανα της διοίκησης». Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις προκύπτει, ότι, σε περίπτωση απουσίας, η αναθέτουσα αρχή φέρει το βάρος της απόδειξης της κλήσης όλων των τακτικών και αναπληρωματικών μελών του αρμόδιου συλλογικού οργάνου (Οικονομικής Επιτροπής), είτε δια υπογεγραμμένου από αυτά αποδεικτικού παραλαβής, είτε δια σχετικής, ενυπόγραφης, σημείωσης σε ειδικό βιβλίο του προσώπου που διενήργησε την πρόσκληση. Άλλως, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθίσταται παράνομη και ακυρωτέα (ΕΑ ΣΤΕ 274/2017, σκ 7). Το ίδιο ισχύει (ήτοι η εκδιδόμενη απόφαση ακυρώνεται λόγω κακής συνθέσεως), σε περίπτωση παραβίασης των κανόνων που αφορούν στην

αναπλήρωση τακτικών μελών που απουσιάζουν ή κωλύονται. Η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας έχει συγκροτηθεί σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη διάταξη του άρθρου 175 Ν 3852/2010. Τρία εκ των τακτικών μελών της και δύο αναπληρωτές τους είναι Αντιπεριφερειάρχες που ορίστηκαν με την υπ' αριθ. ... απόφαση του Περιφερειάρχη. Τα υπόλοιπα 8 τακτικά και 8 αναπληρωματικά μέλη εξελέγησαν από το Περιφερειακό Συμβούλιο δια της υπ' αριθ. 3/2022 αποφάσεως, η οποία αναφέρεται και στο σώμα της προσβαλλόμενης πράξεως. Με την εν λόγω απόφαση καθορίστηκε και η σειρά εκλογής των αναπληρωματικών μελών. Πρώτο αναπληρωματικό μέλος εξελέγη η κα και δεύτερο ο κος Από την συνεδρίαση κατά την οποία λήφθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση απουσίασαν δύο τακτικά μέλη: α) ο ένας εκ των διορισθέντων Αντιπεριφερειάρχων (κος ...), ο οποίος, πράγματι αντικαταστάθηκε από τον ορισθέντα αναπληρωτή του (κο ...) και β) το ένα εκ των 8 εκλεγέντων μελών (κος ...). Το εκλεγέν τακτικό μέλος που απουσίασε θα έπρεπε να αναπληρωθεί από το πρώτο κατά σειρά εκλογής αναπληρωματικό μέλος, ήτοι από την κα Πλην όμως, αντικαταστάθηκε από το δεύτερο κατά σειρά εκλογής αναπληρωματικό μέλος, ήτοι από τον κο Από την κατά τα ανωτέρω παράνομη αναπλήρωση του απουσιάσαντος (εκλεγέντος) τακτικού μέλους, από το δεύτερο κατά σειρά εκλογής αναπληρωματικό μέλος της Οικονομικής Επιτροπής, προκύπτει κακή σύνθεσή της και εντεύθεν ακυρότητα της προσβαλλόμενης απόφασης. Σε κάθε περίπτωση, αμφισβητώ, ότι τα απουσιάσαντα τακτικά και αναπληρωματικά μέλη της Οικονομικής Επιτροπής κλήθηκαν κατά τα ανωτέρω προβλεπόμενα να παραστούν στην επίμαχη συνεδρίασή της, οπότε η προσβαλλόμενη απόφαση καθίσταται ακυρωτέα και για τον λόγο αυτό».

9. Επειδή, κατόπιν της επισκόπησης του φακέλλου, ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής, λακτέα τα κάτωθι. Σύμφωνα με την παρ. 1 του αρ. 177 του Ν. 3852/2010 «Αν απουσιάζουν ή κωλύονται τακτικά μέλη, καλούνται τα αναπληρωματικά με τη σειρά της εκλογής τους» ήτοι καλούνται με τη σειρά εκλογής οι αναπληρωτές μέχρι να πληρωθεί η κενή θέση της παράταξης. Εν προκειμένω, ο κώδικας διοικητικής διαδικασίας δεν εφαρμόζεται, διότι υπάρχει ο προδιαληφθείς ειδικός νόμος για τη λειτουργία της Οικονομικής Επιτροπής και

άρα νομίμως ως προς την αναπλήρωση της ΟΕ, ακόμη και στην κένωση (μόνιμα) της θέσης/των θέσεων, καλούνται οι αναπληρωτές να καταλάβουν τις τακτικές θέσεις μέχρις εξάντλησης αυτών και δεν γίνεται εκ νέου εκλογή. Αναφορικά με την 3^η συνεδρίαση της ΟΕ, νομίμως οαναπληρώθηκε από τον Παναγιώτη Παπαδόπουλο (ορισμένα μέλη της ΟΕ - ΦΕΚ ΥΟΔΔ) και οαναπληρώθηκε από τον(τον 2^ο στην σειρά εκλογής αναπληρωματικό μέλος του αυτού δημοτικού συνδυασμού μετά από αδυναμία αναπλήρωσης από το 1^ο εκλεγμένο αναπληρωματικό μέλος,). Συνεπώς, ο εν θέματι λόγος τυγχάνει απορριπτέος, ως αβάσιμος.

10. Επειδή, όπως αναφέρεται χαρακτηριστικά στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021, «Με το άρθρο 32 τροποποιείται το άρθρο 88 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, προτείνεται η λήψη δέσμης μέτρων για να καταπολεμηθεί το φαινόμενο των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, που οδηγεί σε υποκοστολογημένες προσφορές με συνακόλουθη αδυναμία ολοκλήρωσης του έργου και εμφάνισης σοβαρών ποιοτικών προβλημάτων, ενώ συγχρόνως διογκώνεται το φαινόμενο των συμπληρωματικών συμβάσεων. Στο πλαίσιο αυτό καθορίζεται ένα συνδυασμένο όριο έκπτωσης άνω του οποίου ο οικονομικός φορέας υποχρεούται μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής να υποβάλλει έγγραφες εξηγήσεις, τυχόν δε άρνησή του επάγεται την κήρυξη της προσφοράς του ως απαράδεκτης και καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Συγκεκριμένα στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, σε κάθε περίπτωση, τεκμαίρονται προσφορές που υποβάλλονται σε διαγωνισμό και εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν, ενώ δύναται η αναθέτουσα αρχή να κρίνει και άλλες προσφορές με μικρότερη ή και καθόλου έκπτωση ως ασυνήθιστα χαμηλές. Προσθέτως, ρητά πλέον προβλέπεται ότι τα οικονομικά στοιχεία των εξηγήσεων που παραθέτει προς την αναθέτουσα αρχή αποτελούν δεσμευτική συμφωνία και τα εν λόγω στοιχεία δεν δύνανται να μεταβληθούν σε μεταγενέστερο χρόνο».

11. Επειδή, η προσφεύγουσα περαιτέρω προβάλλει (2^{ος} λόγος ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής), ότι δεν απαιτούντο ειδικότερες εξηγήσεις εκ μέρους της, εφ' όσον η αναθέτουσα Αρχή δεν της απέστειλε πρόσκληση με ορισμένο περιεχόμενο, επικαλούμενη προς τούτο νομολογία. Από την επισκόπηση του φακέλλου, ο εν θέματι λόγος κρίνεται βάσιμος. Τούτο, διότι με την *ad hoc*, υπ' αριθμ. 89/2022, απόφαση του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής (βλ. σκ. 15), η οποία καταλαμβάνει και την ένδικη περίπτωση, έγιναν δεκτά τα ακόλουθα: *«Η Α.Ε.Π.Π. απέρριψε ως αλυσιτελώς προβαλλόμενο τον ισχυρισμό που η αιτούσα είχε προβάλει με την παρέμβασή της αναφορικά με την αοριστία του περιεχομένου της προσκλήσεως, με την αιτιολογία ότι εφόσον "ο χαρακτηρισμός της προσφοράς του ως ασυνήθιστα χαμηλής δεν ερείδεται σε συγκεκριμένα κόστη ή ποσοστά έκπτωσης εργασιών που η Επιτροπή Διαγωνισμού θεώρησε κατόπιν ενός πρώτου ελέγχου ότι δεν επαρκούν για τις ανάγκες του έργου αλλά επί τη βάση του προβλεπόμενου από το άρθρο 88 παρ. 3 και τον όρο 4.1 της πρόσκλησης τεκμηρίου περί απόκλισης μεγαλύτερης των δέκα ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν στο διαγωνισμό, δεν απαιτείτο η παράθεση στην πρόσκληση συγκεκριμένων κονδυλίων ή ποσοστών έκπτωσης για τα οποία ειδικώς απαιτείται να αιτιολογηθεί η προσφορά του παρεμβαίνοντος, αλλά ο παρεμβαίνων όφειλε να αποδείξει επί τη βάση ποιων συγκεκριμένων στοιχείων της προσφοράς του αιτιολογείται η διαπιστωθείσα μεγάλη απόκλιση του προσφερόμενου από αυτόν συνολικού ποσοστού έκπτωσης". Η αιτιολογία όμως αυτή της Α.Ε.Π.Π., ενόψει των γενόμενων δεκτών στην προηγούμενη σκέψη, είναι μη νόμιμη, όπως βασίμως προβάλλεται. Και ταύτα, α) διότι η προμνησθείσα πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η οποία απευθύνθηκε σε αμφοτέρους τους φορείς που είχαν υποβάλει προσφορές εμφανιζόμενες ως "ασυνήθιστα χαμηλές", δεν αναφερόταν σε συγκεκριμένα επί μέρους ποσοστά εκπτώσεως ή συγκεκριμένα κονδύλια γενικών εξόδων, εξαιτίας των οποίων ετίθετο υπό αμφισβήτηση η σοβαρότητα κάθε μίας από τις υποβληθείσες προσφορές, ούτε περιείχε σαφή και αδιαμφισβήτητη κλήση κάθε ενδιαφερομένου να αιτιολογήσει το σύνολο των επί μέρους ποσοστών εκπτώσεως της προσφοράς του για όλες*

ομάδες ομοειδών εργασιών του τιμολογίου και του προϋπολογισμού ή/και για το σύνολο των κονδυλίων των γενικών εξόδων του (με προσδιορισμό και στην περίπτωση αυτή του είδους ενός εκάστου των προς αιτιολόγηση κονδυλίων) και β) διότι η αοριστία της προσκλήσεως προς αιτιολόγηση των προσφορών που θεωρήθηκαν ως ασυνήθιστα χαμηλές, δεν θεραπεύεται από την εν συνεχεία διενέργεια κατ' αντιπαράθεση διαλόγου μεταξύ αναθέτουσας αρχής και υποψηφίων αναδοχών, δεδομένου ότι η νομιμότητα της διαδικασίας αιτιολογήσεως χαμηλών προσφορών στο δεύτερο αυτό στάδιο που προβλέπεται από το άρθρο 88 του ν. 4412/2016, προϋποθέτει ειδική και ορισμένη πρόκληση, κατά τα ανωτέρω γενόμενα δεκτά. Τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με την παρέμβαση και το επ' αυτής υπόμνημα του φορέως "πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Ειδικότερα, η διαμορφωθείσα επί του θέματος των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών νομολογία του ΔΕΕ διέπει και τις περιπτώσεις που, κατ' εφαρμογή της προστεθείσας από τον εθνικό νομοθέτη, παρ.5α του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, οι προσφορές τεκμαίρονται ασυνήθιστα χαμηλές λόγω απόκλισης μεγαλύτερης του τεθέντος ορίου. Και τούτο διότι ο ανωτέρω τεκμαρτός προσδιορισμός (ο οποίος σύμφωνα με την εισηγητική έκθεση του ν. 4782/2021 στόχευε να καταπολεμήσει το φαινόμενο των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, που οδηγεί σε υποκοστολογημένες προσφορές με συνακόλουθη αδυναμία ολοκλήρωσης του έργου και εμφάνισης σοβαρών ποιοτικών προβλημάτων, αλλά και λόγω διόγκωσης του φαινομένου των συμπληρωματικών συμβάσεων) δεν δύναται να περιορίσει τη συναγόμενη και επιβαλλόμενη από τις διατάξεις του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ δυνατότητα του διαγωνιζόμενου - του οποίου η προσφορά θεωρήθηκε ασυνήθιστα χαμηλή - να προβάλει λυσιτελώς εξηγήσεις και να προσκομίσει δικαιολογητικά που να πείθουν ως προς το σοβαρό της προσφοράς του. Όπως όμως κρίθηκε, η αποτελεσματικότητα των εν λόγω διατάξεων προϋποθέτει ότι η αναθέτουσα αρχή διατυπώνει με σαφήνεια το αίτημα παροχής εξηγήσεων προς τους συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς. Και τούτο αδιακρίτως του τρόπου με τον οποίο η αναθέτουσα αρχή σχημάτισε την άποψη περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ήτοι είτε κατόπιν ενδείξεων λ.χ. λόγω απόκλισης της προσφοράς από την προϋπολογισθείσα δαπάνη του έργου σε

συνδυασμό με τις λοιπές υποβληθείσες οικονομικές προσφορές (βλ. ΣΤΕ 726/2022 σκ.29) είτε κατόπιν εφαρμογής του τεκμηρίου της παρ.5α του άρθρου 88 του ν. 4412/2016». Συνεπώς, ο σχετικός λόγος πρέπει να γίνει δεκτός και η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα κατά τούτο. Ο δε ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, ότι «η εκ νέου κλήτευση της προσφεύγουσας για παροχή εξηγήσεων σε σχέση με το ύψος της προσφοράς της θα είναι αλυσιτελής», τυγχάνει απορριπτέος, προεχόντως ως προβαλλόμενος εκ συμφέροντος τρίτου και δη του δημοσιονομικού συμφέροντος της αναθέτουσας Αρχής.

12. Επειδή η προσφεύγουσα ακολούθως ισχυρίζεται (3^{ος} λόγος ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής), ότι έπρεπε να είχε κληθεί για περαιτέρω διευκρινίσεις από την αναθέτουσα Αρχή, διότι, κατά την γνώμη της, αυτό επιβάλλει η υποχρέωση για κατ' αντιπαράθεση διάλογο, που λαμβάνει χώρα κατά την διαδικασία ελέγχου μιας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής. Ο κατ' αντιπαράθεση διάλογος προβλέπεται ρητώς από το άρθρο 88 παρ 3 Ν. 4412/2016 και, κατά πάγια νομολογία, επιβάλλεται η διεξαγωγή του, όταν η υποβληθείσα αιτιολόγηση παρουσιάζει σχετική πληρότητα. Ο ισχυρισμός της αναθέτουσας Αρχής περί του ότι διεξήχθη διάλογος, επειδή ζητήθηκε από την προσφεύγουσα να συμπληρώσει το πρωτόκολλο της μελέτης σύνθεσης ασφαλτομίγματος, τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Επέκεινα, προς τούτο στοιχεί η υπ' αριθμ. 2128/2022 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, δια της οποίας απορρίφθηκε αίτηση ακύρωσης κατά της υπ' αριθμ. 1226/2022 απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. και κρίθηκε, ότι «Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, προσφορά που φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή δεν απορρίπτεται αυτομάτως, αλλά ακολουθείται η προβλεπόμενη στις διατάξεις αυτές διαδικασία ελέγχου, κατόπιν ακροάσεως του προσφέροντος, ο οποίος πρέπει να καλείται από την αναθέτουσα αρχή να εξηγήσει την τιμή ή το κόστος που προτείνει και να προσκομίσει τα αναγκαία δικαιολογητικά, τα οποία αποδεικνύουν ότι η προσφορά του είναι σοβαρή. Η πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής προς τον προσφέροντα πρέπει να διατυπώνεται με σαφήνεια, ώστε να του παρέχεται η δυνατότητα να αποδείξει κατά τρόπο πλήρη και λυσιτελή τη σοβαρότητα της προσφοράς. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αξιολογεί τις παρεχόμενες

πληροφορίες σε "συνεννόηση" με τον προσφέροντα, δηλαδή με πραγματικό και ουσιαστικό "διάλογο" μεταξύ αρχής και προσφέροντος, ώστε να αποσαφηνίζονται τα επίμαχα σημεία της προσφοράς και η αναθέτουσα αρχή να σχηματίζει πλήρη και σαφή εικόνα γι' αυτά. Συνεπώς, η διαδικασία αυτή "διαλόγου" δεν δύναται να ολοκληρωθεί νομίμως, εφόσον δεν συντρέχουν αμφότερες οι προεκτεθείσες προϋποθέσεις, δηλαδή αφενός να έχει δοθεί η δυνατότητα στον προσφέροντα να αιτιολογήσει πλήρως και λυσιτελώς τα επίμαχα σημεία της προσφοράς και αφετέρου η αναθέτουσα αρχή να έχει διαμορφώσει ασφαλή κρίση γι' αυτά, κατόπιν της αποσαφηνίσεώς τους (βλ. ΣτΕ 1552/2022, 199/2021). Στην προκειμένη περίπτωση, αφού η ΕΑΔΗΣΥ έκρινε ότι η προσβληθείσα ενώπιόν της απόφαση ήταν πλημμελώς αιτιολογημένη όσον αφορά τους επιβαρυντικούς για το κόστος της προσφοράς της παρεμβαίνουσας υπολογισμούς της αναθέτουσας αρχής, δέχθηκε ότι η τελευταία αιτιολόγησε, στις περιπτώσεις που παρατίθενται στην προσβαλλόμενη απόφαση, πλημμελώς τη σχετική κρίση της, χωρίς να ζητήσει πρόσθετες διευκρινίσεις από την παρεμβαίνουσα κατά το άρθρο 88 παρ. 3 του ν. 4412/2016». Εν όψει των ανωτέρω, και ο εν θέματι λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι βάσιμος.

13. Επειδή, επικουρικώς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (4ος λόγος ακύρωσης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής), ότι η αιτιολόγηση της απόρριψης της προσφοράς της είναι μη νόμιμη. Οι ελλείψεις της αιτιολόγησης της προσφοράς της προσφεύγουσας, τις οποίες διαπίστωσε η προσβαλλόμενη απόφαση, συνδέονται με ρητές απαιτήσεις της διακήρυξης, είναι επαρκώς προσδιορισμένες και κοστολογήσιμες. Συνεπεία αυτών των ελλείψεων μάλιστα, η προσφορά της προσφεύγουσας, όχι μόνο δεν της καταλείπει το εύλογο κέρδος του 2,5%, που αναφέρει η υπ' αριθμ. 9/2017 εγκύκλιος του ΥΠΟΜΕ, την οποία η ίδια επικαλέσθηκε, αλλά καθιστά την εκτέλεση της συναφθσόμενης σύμβασης ζημιογόνα για την προσφεύγουσα, επομένως θέτει σε διακινδύνευση την ομαλή εκτέλεση της εργολαβίας. Ιδιαίτερα αναφέρονται το κόστος εργασιών οδοστρωσίας και το έμμεσο κόστος της εργολαβίας, τα οποία υπολογίσθηκαν προδήλως εσφαλμένα από την προσφεύγουσα, καθιστώντας μη βιώσιμη την συναφθσόμενη σύμβαση. Ακόμη, αναφέρεται το σημείο σχετικά με την δαπάνη

γομωτή, από το οποίο προκύπτει αναμφίβολα η χρήση υπεργολάβου στο έργο εκ μέρους της προσφεύγουσας, που δεν δηλώθηκε ούτε προσκομίσθηκε ΕΕΕΣ, που να τον αφορά. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Α.1 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής), ότι η ζημία, που αποδεδειγμένα υφίσταται από τον τρόπο υπολογισμού του κόστους της εργολαβίας, είναι αμελητέα και δεν μπορεί να αγάγει σε απόρριψη της προσφοράς της. Εν πρώτοις, όση και αν είναι η ζημία που υφίσταται η προσφεύγουσα, το γεγονός αυτό καθ' εαυτό υποχρεώνει την αναθέτουσα Αρχή να την απορρίψει, δεδομένου ότι διαπιστώνει, ότι δεν διασφαλίζεται ότι η σύμβαση θα εκτελεσθεί ομαλά. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν πράγματι υφίστατο διακριτική ευχέρεια και όχι δέσμια αρμοδιότητα των αναθετουσών Αρχών να απορρίψουν μια προσφορά, που είναι αποδεδειγμένα ζημιογόνα, η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται καν, ότι η αναθέτουσα Αρχή υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας, δεδομένου ότι γίνεται δεκτό, ότι η κρίση της αναθέτουσας Αρχής, σχετικά με το ασυνήθιστα χαμηλό ή όχι ύψος μιας προσφοράς, ελέγχεται μόνον ως προς την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής (μεταξύ πολλών ΕΑ ΣΤΕ 132/2016,197/2015). Ως εκ τούτου, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι απορριπτέος. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Α.2 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής), ότι συντρέχουν στο πρόσωπό της ευνοϊκές συνθήκες, που δεν δικαιολογούν την απόρριψη της αιτιολόγησής της και πάντως ότι δεν απαιτείτο εκ μέρους της η υποβολή αναλυτικής οικονομοτεχνικής μελέτης. Ο συλλογισμός της προσφεύγουσας ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Η αναθέτουσα Αρχή δεν προέβη σε κάποια γενική και αόριστη απόρριψη των εξηγήσεων της προσφεύγουσας ούτε απαίτησε από την προσφεύγουσα κάποια οικονομοτεχνική μελέτη ούτε παρέλειψε να λάβει υπ' όψη όσα η ίδια η προσφεύγουσα ανέφερε σε σχέση με τις συνθήκες, υπό τις οποίες τελεί και θα της επιτρέψουν - κατά την γνώμη της - να εκτελέσει το έργο. Αντιθέτως, η αναθέτουσα Αρχή αξιοποίησε το σύνολο των στοιχείων, που εισέφερε η προσφεύγουσα, και βάσει αυτών ήχθη στο ορθό συμπέρασμα, ότι η προσφορά της είναι ζημιογόνα, με παράθεση συγκεκριμένης

κοστολόγησης, και άρα απορριπτέα, ως ασυνήθιστα χαμηλή. Επομένως, οι συνθήκες που επικαλείται η προσφεύγουσα ελήφθησαν υπ' όψη από την αναθέτουσα Αρχή, παρά τα όσα αντίθετα υποστηρίζονται με την κρινόμενη προσφυγή, ενώ, όσα προβάλλονται περί απαίτησης προσκόμισης οικονομοτεχνικής μελέτης, δεν σχετίζονται με την προσβαλλόμενη πράξη, αφού η αναθέτουσα Αρχή ουδέποτε απαίτησε κάτι τέτοιο. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Α.3 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής), ότι, κατά την αιτιολόγηση της προσφοράς της, υπερκοστολόγησε ορισμένα κέντρα κόστους του έργου και ότι αυτά θα πρέπει να επαναξιολογηθούν στο πλαίσιο της κρινόμενης προσφυγής. Εν πρώτοις, γίνεται δεκτό, ότι ο έλεγχος της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς λαμβάνει χώραν κατ' εξοχήν με βάση τα στοιχεία, που παρείχε ο ίδιος ο ελεγχόμενος οικονομικός φορέας στην αναθέτουσα Αρχή (συναφώς ΔΕΦΑΘ 422/2021). Σημειώνεται, ότι ο ελεγχόμενος οικονομικός φορέας φέρει το βάρος απόδειξης των ισχυρισμών του και, επομένως, και τον κίνδυνο από τον κλονισμό των στοιχείων, που ο ίδιος επικαλέσθηκε για να αιτιολογήσει το ύψος της προσφοράς του και, συνακόλουθα, την ικανότητά του να εκτελέσει πλήρως και εγκαίρως τη σύμβαση με το συγκεκριμένο τίμημα (συναφώς ΣΤΕ 2745/2019, ΔΕΦΑΘ 252/2020). Επομένως, όσα στοιχεία εισέφερε η ίδια η προσφεύγουσα, την δεσμεύουν απόλυτα και δεν μπορούν να αμφισβητηθούν, πολλώ δε μάλλον από την ίδια, που δεν μπορεί να επικαλείται εκ των υστέρων χαλαρότητα στην παροχή εξηγήσεων και στην κοστολόγηση των επιμέρους κέντρων κόστους, όταν είναι δεδομένο ότι οι όποιες εξηγήσεις, που δίδονται από τον ελεγχόμενο οικονομικό φορέα στο πλαίσιο του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, τον δεσμεύουν απόλυτα. Σε κάθε περίπτωση, αβάσιμα υποστηρίζεται, ότι ορισμένα κέντρα κόστους υπερκοστολογήθηκαν από την προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα, από την στιγμή που η ίδια προσφεύγουσα επικαλέσθηκε την υπ' αριθμ. 9/2017 εγκύκλιο του ΥΠΟΜΕ, δεσμεύεται από αυτήν και θα πρέπει να υπολογίσει και την παρακράτηση 3%, όπως και πράγματι έκανε. Εξ άλλου, δεν αμφισβητείται ότι η εν λόγω κράτηση βασίζεται σε ισχυρή νομοθετική διάταξη (άρθρο 64 του ν. 4172/2013), ότι ο ανάδοχος θα επιβαρυνθεί με αυτήν ήδη κατά την διάρκεια εκτέλεσης της εργολαβίας και ότι η επιστροφή

της από την φορολογική Αρχή στον ανάδοχο είναι αμφίβολη και εξαρτάται από πλήθος εξωγενών παραγόντων, που δεν είναι γνωστοί εκ των προτέρων. Περαιτέρω, στο άρθρο 9 της ΕΣΥ δεν αναφέρεται ο,τιδήποτε για απαλλαγή του αναδόχου από την εν λόγω κράτηση. Άρα, ο ανάδοχος θα πρέπει να την υπολογίζει ως επιβάρυνση της εργολαβίας. Ο ισχυρισμός περί συνυπολογισμού του κόστους μισθοδοσίας του στο συνολικό μισθολογικό κόστος είναι αόριστος και αναπόδεικτος, αφού η προσφεύγουσα δεν αναφέρει σε ποιο ακριβώς σημείο της αιτιολόγησής της συμπεριέλαβε την συγκεκριμένη δαπάνη, επιβαρύνοντας αντίστοιχα το κόστος της εργολαβίας. Σε κάθε περίπτωση πάντως, ο ισχυρισμός, ότιθα απασχοληθεί ως επιστάτης εργασιών, δεν επαληθεύεται από την αιτιολόγηση της προσφεύγουσας, όπου το συγκεκριμένο πρόσωπο αναφέρεται στο οργανόγραμμα ως «εκπρόσωπος και αντίκλητος της εταιρείας» και ως «αντικαταστάτης του Γενικού Διευθυντή έργου και προϊστάμενου εργοταξίου» [σελίδα 8 του ηλεκτρονικού αρχείου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ»]. (3) Εν πρώτοις, η ύπαρξη δεύτερου τεχνικού υπαλλήλου για την επίβλεψη των εργασιών της εργολαβίας αποτελεί συμβατική υποχρέωση, βάσει ιδίως του άρθρου 22.Δ. της διακήρυξης (σελίδα 34), από την οποία η προσφεύγουσα δεν μπορεί να αποκλίνει. Η εν λόγω ρύθμιση της διακήρυξης υπερισχύει, ως ειδικότερη, κάθε άλλης αντίθετης νομοθετικής ρύθμισης (μεταξύ πολλών ΕΑ ΣΤΕ 193/2011, 95/2009, 1272/2007, ΔΕφθεσ 298/2019, ΔΕφΤριπ 236/2019, ΔΕφΘεσ 880/2016), γεγονός εξ άλλου, που η ίδια εξ αρχής αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα με την συμμετοχή της στον διαγωνισμό και την εκ μέρους της εκούσια δήλωση δύο μηχανικών για επίβλεψη, όπως αυτό προκύπτει από την αιτιολόγησή της [σελίδα 8 του ηλεκτρονικού αρχείου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_ (1)»]. Σε κάθε περίπτωση, αόριστα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι υπολόγισε την μισθοδοσία ενός ακόμη τεχνικού υπαλλήλου της για την επιστάσια των εργασιών, πλην του, αφού δεν προσδιορίζει καν αυτό το πρόσωπο ούτε τις απολαβές του, που υπολογίσθηκαν για τον προσδιορισμό του κόστους που την επιβαρύνει εξ αιτίας αυτού. Επίσης, αόριστα προβάλλεται, ότι κακώς συνυπολογίσθηκε το κόστος μισθοδοσίας των χειριστών μηχανημάτων, των οδηγών και των λοιπών υπαλλήλων, αφού δεν

προσδιορίζεται ποιοι ακριβώς είναι αυτοί, οι μισθοί των οποίων υπολογίσθηκαν δήθεν δύο φορές, και κυρίως ποιες είναι οι απολαβές τους. Έτσι, δεν προκύπτει η υπερεκτίμηση του σχετικού κέντρου κόστους ἡ αντίθετο μάλιστα, από την επισκόπηση της αιτιολόγησης της προσφεύγουσας, προκύπτει ότι η μισθοδοσία των χειριστών, των οδηγών και των λοιπών εργατών υπολογίζεται από την προσφεύγουσα διακριτά. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Α.4 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής), ότι, κατά την αιτιολόγηση της προσφοράς της, υποκοστολόγησε ορισμένα κέντρα κόστους του έργου και ότι αυτά θα πρέπει να επαναξιολογηθούν στο πλαίσιο της κρινόμενης προσφυγής. Σε κάθε περίπτωση, αβάσιμα υποστηρίζεται, ότι ορισμένα κέντρα κόστους δήθεν υποκοστολογήθηκαν από την προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα, ο συνυπολογισμός της αναθεώρησης, προκειμένου να εξαχθεί κέρδος υπέρ της προσφεύγουσας, είναι εσφαλμένος, καθώς, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 153 του ν. 4412/2016, ως τρίμηνο εκκίνησης της αναθεώρησης για την επίμαχη εργολαβία θα πρέπει να λογισθεί το τέταρτο τρίμηνο του 2022, αφού σε αυτό έλαβε χώρα η υποβολή προσφορών και η δημοπράτηση. Έως ότου δημοσιευθούν οι συντελεστές αναθεώρησης για τα τρίμηνα, μετά το τρίμηνο εκκίνησης, δεν μπορούν να ληφθούν υπ' όψη, αφού η τελική διαμόρφωσή τους είναι απολύτως αβέβαιη. Εξ άλλου, δεν νοείται αναθεώρηση με βάση το δ' τρίμηνο του 2021, όταν κάποιος υποβάλει προσφορά τον Οκτώβριο του 2022, διότι σ' εκείνο το χρονικό σημείο ο προσφέρων γνώριζε απολύτως τις τιμές της αγοράς, όπως είχαν διαμορφωθεί, και μπορούσε να προσαρμόσει ανάλογα την προσφορά του. Ακόμη και στην περίπτωση που ήταν γνωστοί ή προβλέψιμοι οι συντελεστές αναθεώρησης για τα επόμενα τρίμηνα του έτους 2022, 2023 και 2024, σε καμμία περίπτωση δεν μπορεί να γνωρίζει κάποιος το ποσοστό στις ανατιμήσεις των υλικών και την αύξηση στο κόστος εργασίας, ώστε να γνωρίζει ότι θα υπάρξει και αντίστοιχο περιθώριο κέρδους. Η επίκληση της υπ' αριθμ. 17587/2022 εγκυκλίου του ΥΠΟΜΕ παρίσταται άμοιρη νομικής επιρροής, πρωτίστως, διότι ουδεμία παραπομπή δεν γίνεται από την διακήρυξη στο εν λόγω κείμενο, έτσι ώστε να καταστεί αυτό κρίσιμο, στο πλαίσιο του επίδικου διαγωνισμού, και να αποκτήσει δεσμευτική ισχύ έναντι των διαγωνιζόμενων (μεταξύ άλλων ΕΑ ΣΤΕ 1086/2015,

5022/2012, 53/2011, ΔΕφΠατρών Ν37/2017, Ν28/2016). Σε κάθε περίπτωση, η επίμαχη διακήρυξη διαλαμβάνει συγκεκριμένη ρητή δαπάνη αναθεώρησης, ποσού 549,39 ευρώ Άρα, αβάσιμα επιχειρεί η προσφεύγουσα να συνυπολογίσει μεγαλύτερα ποσά ως δαπάνη αναθεώρησης. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Β.1 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής), ότι η κοστολόγηση της δαπάνης εργασιών οδοστρωσίας εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής δεν είναι νόμιμη. Ωστόσο, οι ισχυρισμοί της ερείδονται επί εσφαλμένων προϋποθέσεων. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι για την εκτέλεση των εργασιών του ΑΤ 20 «Υπόβαση οδοστρωσίας μεταβλητού πάχους» του τιμολογίου δημοπράτησης (σελίδα 22 του οικείου συμβατικού τεύχους - ηλεκτρονικού αρχείου με τίτλο «04_ Τιμολόγιο») μπορεί να χρησιμοποιήσει ως υλικό υπόβασης το υλικό με τίτλο «προδιαλογή 3ΑΒ», που αναφέρεται στην προσφορά της εταιρείας και κοστολογείται στα 4,80 ευρώ ανά τόνο [σελίδα 44 του ηλεκτρονικού αρχείου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ»]. Η αναθέτουσα Αρχή δεν δέχθηκε, ότι το συγκεκριμένο υλικό καλύπτει τις απαιτήσεις της μελέτης, και σωστά, αφού αυτό πράγματι δεν ταυτίζεται με τα «θραυστά» αδρανή υλικά σταθεροποιημένου τύπου, σύμφωνα με την ΕΤΕΠ 05-03-03-00 (τύπος ΙΙ), παρά τα όσα αντίθετα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Ειδικότερα, ο συλλογισμός της προσφεύγουσας, ο οποίος λαμβάνει ως δεδομένο και αυτονόητο, ότι το υλικό «προδιαλογή 3ΑΒ» αποτελεί «θραυστό» υλικό τύπου ΙΙ, τυγχάνει απορριπτέος, ως αναπόδεικτος. Επομένως, βασίμως έκρινε η αναθέτουσα Αρχή, ότι η προσφεύγουσα έκανε εσφαλμένα χρήση της τιμής μονάδας των 4,80 ευρώ ανά τόνο, για τον υπολογισμό του κόστους του υλικού υπόβασης, γιατί αυτή η τιμή μονάδας αντιστοιχεί σε υλικό που δεν είναι «θραυστό», σύμφωνα με την ΕΤΕΠ 05-03-03-00 και τα ευρωπαϊκά πρότυπα, όπως απαιτεί η μελέτη (σελίδα 22 του οικείου συμβατικού τεύχους - ηλεκτρονικού αρχείου με τίτλο «04_ signed», όπου ρητά απαιτείται η «κατασκευή υπόβασης οδοστρωσίας μεταβλητού πάχους από θραυστά αδρανή υλικά σταθεροποιούμενου τύπου σύμφωνα με την ΕΤΕΠ 05-03- 03-00»). Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα υποκοστολόγησε τις δαπάνες, στις οποίες θα υποβληθεί για την εκτέλεση της εργασίας του ΑΤ 20, όπως βασίμως διέγινωσεν η

αναθέτουσα Αρχή. Άρα, διαλαμβάνοντας η προσβαλλόμενη, ότι η προσφεύγουσα «έχει λάθος τιμή 4,80 ευρώ ανά τόνο (προδιαλογή)», υπολαμβάνει, ότι η προσφεύγουσα υπολόγισε το κόστος του υλικού υπόβασης με βάση την τιμή μονάδας υλικού, που δεν πληροί τις απαιτήσεις της μελέτης, αφού δεν είναι εξ ορισμού «θραυστό». Η πλημμέλεια της αιτιολόγησης της προσφοράς της προσφεύγουσας δεν έγκειται στο αν το υλικό «προδιαλογή 3ΑΒ» είναι Τύπου Ι ή Τύπου ΙΙ, με βάση την ΕΤΕΠ 05-03-03-00, όπως παρουσιάζεται από την προσφεύγουσα, αλλά το αν είναι «θραυστό» ή όχι και αν ακολουθεί τα ευρωπαϊκά πρότυπα και έχει σήμανση CE. Περαιτέρω, συννόμως η αναθέτουσα Αρχή επανυπολόγισε το κόστος του υλικού υπόβασης με βάση το κόστος του υλικού «3Α λατομείου» από την προσφορά της εταιρείας Τούτο διότι η αναθέτουσα Αρχή δεν έκανε τους υπολογισμούς της, με βάση το υλικό «3Α λατομικά Α», το οποίο επίσης πληροί τις απαιτήσεις της μελέτης, αφού αποτελεί «θραυστό» υλικό Τύπου ΙΙ, αλλά κοστίζει 7,20 ευρώ ανά τόνο. Σημειωτέον ότι οι υπολογισμοί της αναθέτουσας Αρχής στοιχούν απόλυτα με τα τιμολόγια έργων οδοποιίας (ΑΤΕΟ ΦΕΚ 358/1994/τεύχος Β), που εκδόθηκαν από την Γενική Γραμματεία Δημοσίων Έργων. Από αυτά προκύπτει (στη σελ. 8 άρθρο Α6), ότι (1) ένα κυβ. μέτρο ασυμπύκνωτου υλικού 3Α αντιστοιχεί σε 0,704 κυβ. μέτρο συμπακνωμένου υλικού και αντιστρόφως, (2) ένα κυβ. μέτρο συμπακνωμένου υλικού αντιστοιχεί σε $1/0,704 = 1,35$ κυβ. μέτρα ασυμπύκνωτου υλικού. Άρα, για να προκύψει το ζητούμενο στην συγκεκριμένη εργολαβία, δηλαδή 8.000 κυβ. μέτρα συμπακνωμένου υλικού, όπως προβλέπει η επίμαχη μελέτη, η προσφεύγουσα έπρεπε να είχε πολλαπλασιάσει το γινόμενο επί 1,35, πράγμα που δεν έκανε, όπως σωστά διαπίστωσε η αναθέτουσα Αρχή. Ακόμη, η προσαπτόμενη διαφορετική μεταχείριση ίδιων αιτιολογήσεων της προσφεύγουσας από την αναθέτουσα Αρχή, στο πλαίσιο άλλων διαγωνισμών, εκτός από αναπόδεικτη και αόριστη, αφού δεν προσδιορίζονται οι διαγωνισμοί, στο πλαίσιο των οποίων υποτίθεται ότι η αναθέτουσα Αρχή δέχθηκε το υλικό «προδιαλογή 3ΑΒ» ως κατάλληλο υλικό υπόβασης παρ' ότι ζητούσε την χρήση «θραυστού» υλικού, είναι και άμοιρη νομικής επιρροής, δυνάμει της αυτοτέλει των διαγωνιστικών διαδικασιών (ΣΤΕ ΕΑ 200, 72/2015, 269/2014, 416, 215-

216/2013). Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Β.2 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής), ότι η κοστολόγηση της δαπάνης εργασιών οδοστρωσίας εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής δεν είναι νόμιμη, διότι υπερβαίνει τις τιμές και τις ποσότητες του τιμολογίου δημοπράτησης. Εν πρώτοις, αν η προσφεύγουσα είχε επιφυλάξεις σε σχέση με τα συγκεκριμένα μεγέθη, όφειλε να το είχε προβάλει επικαίρως, πράγμα όμως που δεν έπραξε. Άρα, ο οικείος ισχυρισμός προβάλλεται απαραδέκτως, ως ανεπίκαιρος. Ακόμη, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Β.3 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής), ότι δεν είναι νόμιμη η κρίση της αναθέτουσας Αρχής σε σχέση με το ότι η αιτιολόγησή της δεν περιλαμβάνει κόστος διαβροχής για τις εργασίες οδοστρωσίας. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι δεν απαιτείται η χρήση υδροφόρας, γιατί το άρθρο 3.3 της ΕΤΕΠ 05-03- 03-00 προβλέπει την διαβροχή στον τόπο παραγωγής. Εν πρώτοις, η εταιρεία, στην συνεργασία της οποίας προσβλέπει η προσφεύγουσα, δεν δεσμεύεται για ο,τιδήποτε σχετικό με διαβροχή του προς πώληση υλικού στον τόπο παραγωγής του, με έξοδα της ίδιας [σελίδα 44 του ηλεκτρονικού αρχείου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_5»], άρα δεν επαληθεύεται ο οικείος ισχυρισμός της προσφεύγουσας. Επείκεινα, ως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, η χρήση υδροφόρας είναι εκ των πραγμάτων επιβεβλημένη στην περίπτωση της προσφεύγουσας, όπως ορθά διέγνωσε η αναθέτουσα Αρχή. Δεδομένης της αναγκαιότητας χρήσης υδροφόρας ή έστω φορτηγού κατάλληλα διαμορφωμένου (με επικαθήμενο βυτίο), η προσφεύγουσα θα επιβαρυνθεί με το συνολικό ποσό των 15.600 ευρώ για την διαβροχή των οδοστρώσεων των ΑΤ 20 και 21 της επίμαχης σύμβασης. Η πλησιέστερη πηγή νερού στον τόπο εκτέλεσης εργασιών είναι το ρέμα Κρυονερίου, που απέχει περίπου 20 χιλιόμετρα από το βασικό σημείο εκτέλεσης του έργου, και εφ' όσον δεν στερεύει τους καλοκαιρινούς μήνες. Υποθεθίσθω, ότι η μέγιστη απόδοση διάστρωσης και συμπύκνωσης είναι 500 μέτρα μήκους δρόμου ημερησίως, οπότε θα εκτελούνται 3.000 τετραγωνικά μέτρα βάσης συμπυκνωμένου όγκου (500 μέτρα ημερησίως επί 6 ημέρες εργασίας ίσον 3.000 τετραγωνικά μέτρα βάσης συμπυκνωμένου όγκου) και 300 κυβικά μέτρα υπόβασης συμπυκνωμένου όγκου. Η ημερήσια δαπάνη φορτηγού

(βυτίου) ορίζεται από την ίδια την προσφεύγουσα σε 261,86 ευρώ [σημείο 20 του πίνακα της σελίδας 19 του ηλεκτρονικού αρχείου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ (1)»], η ημερησία δαπάνη αντλίας 2 % ιντσών με καύσιμα και λιπαντικά ορίζεται σε 50,00 ευρώ και το ημερομίσθιο εργάτη σε 35,00 ευρώ, επομένως προκύπτει συνολικό ημερήσιο κόστος 346,86 ευρώ. Άρα, η συνολική προσαύξηση του κόστους της εργασίας του ΑΤ 20 είναι 9.249,60 ευρώ (346,86 ημερήσιο κόστος δια 300 κυβικά μέτρα υπόβασης συμπυκνωμένου όγκου σε ημερήσια βάση επί 8.000 κυβικά μέτρα συμπυκνωμένου υλικού ίσον 9.249,60 ευρώ), ενώ η συνολική προσαύξηση του κόστους του της εργασίας του ΑΤ 21 ανά τετραγωνικό μέτρο είναι 15.600 ευρώ (346,86 ημερήσιο κόστος δια 3000 τετραγωνικά μέτρα βάσης συμπυκνωμένου όγκου σε ημερήσια βάση επί 130.000 τετραγωνικά μέτρα επιφάνειας βάσης ίσον 15.600,00 ευρώ). Άρα, η προσφεύγουσα θα επιβαρυνθεί επιπλέον με κόστος για διαβροχή ύψους 24.849,60 ευρώ τουλάχιστον. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η έλλειψη υπογραφής δεν καθιστά μη δεσμευτική την προσφορά του[σελίδα 43 του ηλεκτρονικού αρχείου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ»] και ότι αυτός δεν αποτελεί υπεργολάβο. Επί τούτου κρίνεται ότι νόμιμα εκρίθη από την αναθέτουσα Αρχή ότι η έλλειψη υπογραφής επί της ανωτέρω προσφοράς έχει σαν συνέπεια ότι δεν παράγει έννομα αποτελέσματα υπέρ της προσφεύγουσας και δεν έχει κανένα αποδεικτικό βάρος κατά τα διαλαμβανόμενα και στο άρθρο 160 ΑΚ. Σε σχέση με την υπεργολαβική σχέση που συνδέει την προσφεύγουσα και τονκρίνονται τα κάτωθι. Εν προκειμένω, από την προσφορά τουσυνάγεται σαφώς, ότι αυτός θα εκτελέσει μέρος της εργασίας του ΑΤ 3 του τιμολογίου δημοπράτησης «Γενικές εκσκαφές σε έδαφος βραχώδες, με χρήση εκρηκτικών» (σελίδα 6 του οικείου συμβατικού τεύχους - ηλεκτρονικού αρχείου με τίτλο «04_ Τιμολόγιο_»), στην οποία μεταξύ άλλων προβλέπεται η εκτέλεση εργασιών διάνοιξης διατρημάτων γόμωσης και προμήθειας, μεταφοράς, τοποθέτησης, πυροδότησης εκρηκτικών υλών με όλες τις απαιτούμενες εργασίες για ασφαλή έκρηξη και όλα τα απαιτούμενα υλικά. Συνεπώς, ο, ο οποίος δεν ανήκει στο προσωπικό της προσφεύγουσας, θα αναλάβει υπεργολαβικά μέρος των συμβατικών εργασιών, προμηθεύοντας εκρηκτικά στην προσφεύγουσα και

ενσωματώνοντας την εργασία του στο έργο, χωρίς όμως να έχει δηλωθεί ως υπεργολάβος και χωρίς να έχει προσκομιστεί ΕΕΕΣ που να αφορά στο πρόσωπό του. Επομένως, βασίμως διαγνώστηκε από την αναθέτουσα Αρχή η σχετική πλημμέλεια της προσφοράς της προσφεύγουσας. Εξ' άλλου, οι προβλέψεις της ΕΤΕΠ 02-02-01- 00 δεν αναιρούν το γεγονός ότι η προσφεύγουσα επιδιώκει να απασχολήσει στο έργο οικονομικό φορέα που τουλάχιστον την στιγμή υποβολής της προσφοράς της ήταν τρίτος σε σχέση με αυτήν. Συνακόλουθα, οι ισχυρισμοί περί μισθωτής απασχόλησης τουανατρέπονται από την ίδια την προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα, στην οποία κατονομάζει ο ίδιος τον εαυτό του ως «εργολάβο» και μάλιστα χρεώνει την προσφεύγουσα με ΦΠΑ, αναφέρει δε ότι η αμοιβή του θα του καταβληθεί κατόπιν συμφωνίας και όχι ως μισθός με βάση τις υποχρεωτικές προβλέψεις της εργατικής νομοθεσίας. Όμως, όπως προεκτέθηκε τα στοιχεία που εισέφερε η προσφεύγουσα με δική της πρωτοβουλία την δεσμεύουν, επομένως δεν δύναται να αμφισβητήσει εκ των υστέρων την ρητή αναφορά της ότι θα κάνει χρήση εκρηκτικών δια του τρίτου[σελίδα 9 του ηλεκτρονικού αρχείου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_»]. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Γ.2 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής) ότι είναι ισχυρή η προσφορά της εταιρείας για τις τιμές σκυροδέματος [σελίδες 45 έως και 47 του ηλεκτρονικού αρχείου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ _signed (1)»], παρότι σε αυτήν αναφέρεται όχι αφορά σε έργο της προσφεύγουσας στην και όχι στα που είναι ο τόπος εκτέλεσης των εργασιών της εδώ κρίσιμης εργολαβίας. Με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και ως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα η τιμή προσφοράς ενός υλικού εξαρτάται από πολλούς παράγοντες. Άρα, βασίμως η αναθέτουσα Αρχή έκρινε την συγκεκριμένη προσφορά ως αναξιόπιστη, αφού δεν είναι σε θέση να γνωρίζει με βάση τα στοιχεία που εισέφερε η προσφεύγουσα αν η τιμή που αναφέρεται στην εν λόγω προσφορά ισχύει για έργα, όπως το επίμαχο. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Γ.3 του 5^{ου} λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής) ότι είναι ισχυρή η προσφορά της εταιρείας για τις τιμές σιδήρου [σελίδα 49 του ηλεκτρονικού αρχείου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ_signed»], παρότι σε αυτήν αναφέρεται ότι αφορά σε έτερο έργο

της προσφεύγουσας. Ο ισχυρισμός είναι αβάσιμος γιατί αφορά εξαιρετικά μικρή ποσότητα σιδήρου, άρα δεν αποτελεί αξιόπιστο μέτρο σύγκρισης για την διαπίστωση του κόστους του εδώ κρίσιμου έργου. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Γ.4 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής) ότι είναι ισχυρή η προσφορά της εταιρείας «....» για τις τιμές καυσίμων [σελίδα 53 του ηλεκτρονικού αρχείου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ (1)»], παρότι δεν υπογράφεται και δεν αναφέρει αν συμπεριλαμβάνει κόστος μεταφοράς. Ο ισχυρισμός είναι αβάσιμος σύμφωνα με τα ανωτέρω κρίθέντα. Σε σχέση με το τον ισχυρισμό που συνέχεια με το κόστος μεταφοράς από κανένα σημείο της προσφοράς δεν προκύπτει ότι αυτή συμπεριλαμβάνει το κόστος μεταφοράς. Εξ άλλου, το γεγονός ότι οι προσφερόμενοι τιμές είναι ανώτερες των προβλεπόμενων στους οικείους πίνακες της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου δεν ανατρέπει αυτό το συμπέρασμα, διότι η προμηθεύτρια εταιρεία μπορεί να επιλέξει μεγαλύτερη χρέωση. Εξ άλλου, η αδυναμία μεταφοράς καυσίμων από μη αδειοδοτημένο όχημα δεν σημαίνει άνευ ετέρου ότι αυτή η υπηρεσία παρέχεται από την προμηθεύτρια δωρεάν, όπως αναπόδεικτα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Άρα, η προσφεύγουσα δεν συμπεριέλαβε το σχετικό κόστος στην αιτιολόγησή της, όπως ορθά διαπίστωσε η αναθέτουσα αρχή. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Γ.5 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής), ότι είναι μη νόμιμη η κρίση της αναθέτουσας Αρχής σχετικά με το γεγονός ότι υπολόγισε τις επιδόσεις των μηχανημάτων που θα χρησιμοποιήσει με βάση θεωρητικούς υπολογισμούς και όχι με βάση τις πραγματικές προδιαγραφές τους. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι προσδιόρισε την πραγματική απόδοση ενός εκάστου μηχανήματος, χρησιμοποιώντας τα τεχνικά φυλλάδια των κατασκευαστών τους και το εγχειρίδιο του μεγαλύτερου, παγκοσμίως, κατασκευαστή (....) «Specifications and Applications Handbook». Ωστόσο, από το σύνολο της οικείας αιτιολόγησής της προκύπτει, ότι αυτή δεν περιλαμβάνει κανένα τεχνικό φυλλάδιο για τα μηχανήματα που αναφέρει τα δε φυλλάδια που έχει προσκομίσει αναφέρονται σε μηχανήματα που δεν διαθέτει η προσφεύγουσα. Επομένως, το σύνολο των υπολογισμών της προσφεύγουσας ερείδεται σε μη επαληθεύσιμες πηγές. Περαιτέρω, από την

επισκόπηση της προσφοράς της προσφεύγουσας προκύπτει, ότι δεν χρησιμοποίησε στους υπολογισμούς του το ημερήσιο κόστος και δεν αναφέρει σε κανένα σημείο την πραγματική απόδοση των μηχανημάτων επί τόπου του έργου. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Γ.6 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής) ότι είναι μη νόμιμη η κρίση της αναθέτουσας Αρχής σχετικά με το γεγονός, ότι δεν προκύπτει η προέλευση, η τοποθεσία, η σύνθεση των φρεζαρισμένων υλικών που σκοπεύει να χρησιμοποιήσει στο έργο και το κόστος ενέργειας, με το οποίο θα επιβαρυνθεί η προσφεύγουσα εξαιτίας της χρήσης τους. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται αόριστα και αναπόδεικτα ότι διαθέτει το απαραίτητο υλικό από άλλα έργα, καθώς δεν προσδιορίζει την ακριβή ποσότητα που κατέχει. Εξάλλου, η αβεβαιότητα ως προς την σύνθεση του φρεζαρισμένου υλικού που ισχυρίζεται ότι κατέχει η προσφεύγουσα δεν αναιρείται από την προσκόμιση της μελέτης σύνθεσης ασφαλομίγματος της εταιρείας «... ΟΕ», αφού δεν προκύπτει ότι η συγκεκριμένη μελέτη αφορά ειδικά τα συγκεκριμένα φρεζαρισμένα υλικά που σκοπεύει να χρησιμοποιήσει η προσφεύγουσα στο έργο, επομένως δεν επαληθεύεται η πλήρωση των προδιαγραφών της εργασίας του ΑΤ 23 του τιμολογίου δημοπράτησης «Ασφαλτική στρώση κυκλοφορίας, συμπυκνωμένου πάχους 0,05 m με χρήση κοινής ασφάλτου» (σελίδα 23 του οικείου συμβατικού τεύχους - ηλεκτρονικού αρχείου με τίτλο «04_ Τιμολόγιο_»). Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Γ.7 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής) ότι είναι μη νόμιμη η κρίση της αναθέτουσας Αρχής σχετικά με το κόστος αγοράς ασφάλτου, στο οποίο θα υποβληθεί. Εν πρώτοις, ο ισχυρισμός είναι αόριστος και αναπόδεικτος, αφού η προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει την ποσότητα της ασφάλτου που σε κάθε περίπτωση στην διάθεσή της. Συνελόντι ειπείν, η τιμή ασφάλτου την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς στον διαγωνισμό (21-10-2022) ήταν χωρίς εμπορικό κέρδος και μεταφορά 442,74€ όπως προκύπτει από την επίσημη ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Γ.8 του 5ου Λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής) ότι είναι μη νόμιμη η κρίση της αναθέτουσας αρχής σχετικά με το κόστος μεταφοράς αδρανών από το λατομείο στο ασφαλικό συγκρότημα. Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα δεν

υπολογίζει ορθά το κόστος μεταφοράς των υλικών επί τόπου του έργου. Το κόστος των 7 ιδιόκτητων φορτηγών έχει υπολογιστεί σε θεωρητικό υπόβαθρο και όχι μοναδιαία για το συγκεκριμένο έργο, όπως έχουμε αναλύσει παραπάνω για την μπετονιέρα. Η απόσταση μεταφοράς του λατομείου (περιοχή) με το συγκρότημα της προσφεύγουσας (περιοχή) δεν είναι καθόλου αμελητέα, καθώς είναι μεγαλύτερη των 25 χιλιομέτρων, συνεπώς προκύπτει επιπλέον δαπάνη κόστους μεταφοράς. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σημείο Γ.9 του 5ου λόγου ακύρωσης της κρινόμενης προσφυγής) ότι είναι μη νόμιμη η κρίση της αναθέτουσας αρχής σχετικά με τον εσφαλμένο υπολογισμό του έμμεσου κόστους. Όπως γίνεται δεκτό (αντί πολλών ΑΕΠΠ Σ1588/2021), εφόσον ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος, που καλείται να αιτιολογήσει το ύψος της προσφοράς του, επιλέξει να κάνει χρήση της υπ' αριθμ. 9/2017 εγκυκλίου του ΥΠΟΜΕ, τότε ο βάσει της ανωτέρω εγκυκλίου υπολογισμός των γενικών εξόδων υπολογίζεται κατ' αρχήν με βάση τα ποσοστά που αναφέρει η συγκεκριμένη Εγκύκλιος σε συνάρτηση με τον προϋπολογισμό του έργου και όχι σε συνάρτηση με την προσφορά του αναδόχου. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 8.2 της διακήρυξης «Τα γενικά έξοδα ... του αναδόχου ... καθορίζονται στο αντίστοιχο άρθρο της ΕΣΥ». Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα επέλεξε να επικαλεστεί οίκοθεν την ανωτέρω εγκύκλιο του ΥΠΟΜΕ για να υπολογίσει το έμμεσο κόστος της εργολαβίας, άρα, όφειλε να υιοθετήσει τα ποσοστά που προβλέπει η Εγκύκλιος για τον προσδιορισμό του έμμεσου κόστους, το οποίο μάλιστα έπρεπε να υπολογίσει με βάση τον προϋπολογισμό της σύμβασης και όχι με βάση την δική της προσφορά. Ωστόσο, ουδέν έπραξε. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα, έχοντας δώσει προσφορά με μέση έκπτωση 42,73%, υπολόγισε το έμμεσο κόστος του έργου στις 105.277,93 ευρώ, βάσει όμως της υποβληθείσας προσφοράς της και όχι βάσει του προϋπολογισμού του έργου. Ειδικότερα, χρησιμοποίησε ως βάση υπολογισμού του έμμεσου κόστους το ποσό των 1.387.789,99 ευρώ, δηλαδή τον προϋπολογισμό των εργασιών του έργου μετά την εφαρμογή του ποσοστού έκπτωσης που προσφέρει η προσφεύγουσα (προϋπολογισμός 2.419.354,84 ευρώ επί του προτεινόμενου κόστους της εργολαβίας μετά την εφαρμογή του προσφερθέντος ποσοστού έκπτωσης

57,27% ίσον 1.387.789,99 ευρώ), ενώ το ορθό θα ήταν να είχε γίνει χρήση του ποσού των 2.419.354,84 ευρώ, δηλαδή του αρχικού προϋπολογισμού των εργασιών του έργου. Εξ αυτού του λόγου προκύπτει επομένως διαφορά 269.722,07 ευρώ σε σχέση με τους υπολογισμούς της προσφεύγουσας (ορθώς υπολογισμένο έμμεσο κόστος 375.000 ευρώ μείον έμμεσο κόστος βάσει των εσφαλμένων υπολογισμών της προσφεύγουσας 105.277,93 ευρώ ίσον με 269.722,07 ευρώ). Δεδομένου λοιπόν, ότι η ίδια η προσφεύγουσα υπολογίζει να αποκομίσει συνολικό κέρδος 111.555,54 ευρώ από την εκτέλεση της σύμβασης, με βάση τους εσφαλμένους υπολογισμούς της για το συνολικό έμμεσο κόστος του έργου [σελίδα 24 του ηλεκτρονικού αρχείου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ»], είναι προφανές ότι στην πραγματικότητα η συναφθησόμενη σύμβαση θα είναι ζημιογόνα για την προσφεύγουσα, κατά τουλάχιστον 158.166,53 ευρώ (υπολογισθέν κέρδος 111.555,54 ευρώ μείον επιβάρυνση λόγω ορθού υπολογισμού έμμεσου κόστους 269.722,07 ευρώ ίσον ζημία 158.166,53 ευρώ) και ότι θα κινδυνεύσει η βιωσιμότητά της. Άρα, η προσφορά της προσφεύγουσας είναι απορριπτέα εξ αυτού του λόγου, γεγονός που διέγνωσε η αναθέτουσα Αρχή.

14. Επειδή, ως έχει δε κριθεί από τη νομολογία, η θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για τον προσφεύγοντα τελεί υπό την προϋπόθεση ύπαρξης βλάβης εστιάζοντας στο διατακτικό της απόφασης και όχι στην αιτιολογία, καθώς, ακόμη και αν η αιτιολογία έχει πλημμέλειες εν τούτοις η πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία το κύρος δε της πράξης δεν πάσχει ακυρότητα (ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988). Επομένως, η ενδεχόμενη πλημμελής αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης δεν θα είχε, εν προκειμένω, επίπτωση στο κύρος αυτής, διότι η προσφορά της ως άνω εταιρείας είναι απορριπτέα, ήτοι σε κάθε περίπτωση, και με την ορθή αιτιολογία η προσβαλλόμενη είναι ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος, εκδ. Σάκκουλα-Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμεν. και ενδεικτικά αποφάσεις ΑΕΠΠ 728/2021, σκ.6, 1220/2019, σκ. 8 και 57/2018, σκ. 6).

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί κατά τα προδιαληφθέντα.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατατέθηκε για την προσφυγή θα πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 13 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 27 Μαρτίου 2023.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ