

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 21 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 13/3/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 338/16-3-2023 της ιδιωτικής κεφαλαιουχικής εταιρείας με την επωνυμία «...» η οποία εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και

-Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση: της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ... με αριθμό 39/2023 και θέμα «Έγκριση του πρακτικού αξιολόγησης προσφορών και αιτιολόγησης προσφοράς μειοδότη του διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου του έργου: ‘...’» και β) της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να της κοινοποιήσει τις προσφορές των προμηθευτών της παρεμβαίνουσας.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 1.100,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 200.000,00 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 29/12/2022 που εγκρίθηκε με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης κατασκευής του δημοσίου έργου

«...» εκτιμώμενης αξίας 200.000,00 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29/12/2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 30/1/2023.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και η παρεμβαίνουσα. Οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς κατέταγαν κατά σειρά μειοδοσίας ως εξής: 1) ... με έκπτωση 31,58%, β) ... με έκπτωση 22,88%, γ) ... με έκπτωση 15,87%, δ) ... με έκπτωση 13,36 % και ε) ... με έκπτωση 3,88%.

4. Η αναθέτουσα αρχή, αφού διαπίστωσε ότι η οικονομική προσφορά της μειοδότριας, και ήδη παρεμβαίνουσας, απέκλινε κατά περισσότερες από δέκα ποσοστιαίες μονάδες από τον μέσο όρο των λοιπών παραδεκτών προσφορών, της απηύθυνε στις 3/2/2023 πρόσκληση για παροχή εξηγήσεων σχετικά με την προσφερθείσα τιμή, σύμφωνα με το άρθρο 88 παρ. 5 περ. α' ν. 4412/2016. Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε τα σχετικά έγγραφα μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 16/2/2023.

5. Με την προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, καθώς επίσης και με την αξιολόγηση των υποβληθεισών εξηγήσεων της μειοδότριας, έγιναν δεκτές όλες οι υποβληθείσες προσφορές και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης η μειοδότρια, και ήδη παρεμβαίνουσα. Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στις 3/3/2023, τα δε έγγραφα παροχής εξηγήσεων της μειοδότριας κοινοποιήθηκαν στις 4/3/2023.

6. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου της σύμβασης (έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε

ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

7. Η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα που συμμετέχει παραδεκτά στον διαγωνισμό ασκεί με πρόδηλο έννομο συμφέρον την προδικαστική προσφυγή με αίτημα την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η οποία προηγείται της ίδιας κατά σειρά μειοδοσίας.

8. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στην παρεμβαίνουσα στις 17/3/2023 και υπέβαλε τις απόψεις της επ' αυτής στις 27/3/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα. Κατόπιν αυτού, η προσφεύγουσα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα στις 3/4/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα.

9. Η παρεμβαίνουσα άσκησε παρέμβαση στις 24/3/2023, νόμιμα, εμπρόθεσμα και με έννομο συμφέρον, δοθέντος ότι με την προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι αποκλεισμού του από τον διαγωνισμό. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την παρέμβαση στην προσφεύγουσα στις 11/4/2023.

10. Κατόπιν αυτού, στις 18/4/2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε υπόμνημα προς αντίκρουση της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη για την τήρηση της εφαρμοστέας στην ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ διαδικασία αρχής της αντιμωλίας (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 51/2021, ΔΕΦΠειρ 43/2022).

11. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣΤΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζει στις κρίσιμες για την επίλυση της διαφοράς τα εξής: *«4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού ... Ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, τεκμαίρονται οικονομικές προσφορές που εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο. Στις παραπάνω περιπτώσεις, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης, η οποία αποστέλλεται μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του*

υποσυστήματος. Αν οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής εντός της άνω προθεσμίας και δεν υποβάλλει εξηγήσεις, η προσφορά του απορρίπτεται ως μη κανονική και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Αν οι εξηγήσεις δεν γίνουν αποδεκτές, η προσφορά απορρίπτεται, ωστόσο δεν καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, οι οποίες υποβάλλονται, ομοίως, μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία», ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται τα αναλυτικά αναφερόμενα στα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας), και υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, προς έγκριση, μεταβιβάζοντας παράλληλα ξανά την αρμοδιότητα διαχείρισης του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στον αρμόδιο πιστοποιημένο χρήστη της αναθέτουσας αρχής. Η αποδοχή ή απόρριψη των εξηγήσεων των οικονομικών φορέων, κατόπιν γνώμης της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο ως άνω πρακτικό, ενσωματώνεται στην απόφαση της επόμενης περίπτωσης (θ). Για την εξέταση των εξηγήσεων δύναται να συγκροτούνται και έκτακτες επιτροπές ή ομάδες εργασίας, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 221 ν. 4412/2016. ... 8.2. Τα γενικά έξοδα, όφελος κ.λ.π. του Αναδόχου και οι επιβαρύνσεις από φόρους, δασμούς κ.λ.π. καθορίζονται στο αντίστοιχο άρθρο της Ε.Σ.Υ. ... 11.1. Προϋπολογισμός Δημοπράτησης του έργου (εκτιμώμενη αξία της σύμβασης). Ο προϋπολογισμός δημοπράτησης του έργου ανέρχεται σε 80 272.800,00€ Ευρώ και αναλύεται σε: Δαπάνη Εργασιών 157.451,66 € Γενικά έξοδα και Όφελος εργολάβου (Γ.Ε.+Ο.Ε.) 28.341,3 € Απρόβλεπτα (ποσοστού 15% επί της δαπάνης εργασιών και του κονδυλίου Γ.Ε.+Ο.Ε.) 27.868,94 €, που αναλώνονται σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 156 παρ. 3.(α) του ν. 4412/2016. Απολογιστικά 2.000,00€ και Γενικά έξοδα και Όφελος απολογιστικών εργολάβου (Γ.Ε.+Ο.Ε. απολογιστικών) 360,00 €. Πρόβλεψη

αναθεώρησης 3.978,10€ και Φ.Π.Α 52.800,00€ ... Άρθρο 20: Δημοσιότητα/ Δαπάνες δημοσίευσης. ... Τα έξοδα των εκ της κείμενης νομοθεσίας απαραίτητων δημοσιεύσεων της περίληψης της δημοπρασίας στην οποία αναδείχθηκε ανάδοχος, βαρύνουν τον ίδιο και εισπράττονται με τον πρώτο λογαριασμό πληρωμής του έργου. Τα έξοδα δημοσιεύσεων των τυχόν προηγούμενων διαγωνισμών για την ανάθεση του ίδιου έργου, καθώς και τα έξοδα των μη απαραίτητων εκ του νόμου δημοσιεύσεων βαρύνουν την αναθέτουσα αρχή και καταβάλλονται από τις πιστώσεις του έργου ... 26. 4 Η Αναθέτουσα Αρχή ενημερώνει το φυσικό πρόσωπο που υπογράφει την προσφορά ως προσφέρων ή ως νόμιμος εκπρόσωπος προσφέροντος, ότι η ίδια ή και τρίτοι, κατ' εντολή και για λογαριασμό της, θα επεξεργάζονται προσωπικά δεδομένα που περιέχονται στους φακέλους της προσφοράς και τα αποδεικτικά μέσα τα οποία υποβάλλονται σε αυτήν, στο πλαίσιο του παρόντος Διαγωνισμού, για το σκοπό της αξιολόγησης των προσφορών και της ενημέρωσης έτερων συμμετεχόντων σε αυτόν, λαμβάνοντας κάθε εύλογο μέτρο για τη διασφάλιση του απόρρητου και της ασφάλειας της επεξεργασίας των δεδομένων και της προστασίας τους από κάθε μορφής αθέμιτη επεξεργασία, σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας περί προστασίας προσωπικών δεδομένων.». Στο άρθρο 30ο της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων (ΕΣΥ) ορίζεται ότι «6. Στους λογαριασμούς περιλαμβάνονται επίσης, η αναθεώρηση τιμών, αποζημιώσεις κάθε είδους που έχουν εγκριθεί, αντίτιμο απολογιστικών εργασιών που εκτελέσθηκαν μέσω της εργολαβίας και κάθε άλλη εγκεκριμένη δαπάνη που καταβάλλεται στον ανάδοχο. Στον λογαριασμό περιλαμβάνεται ακόμη και το ποσοστό γενικών εξόδων και οφέλους του εργολάβου της περ. θ' της παρ. 7 του άρθρου 53, αν αυτό δεν περιλαμβάνεται στις συμβατικές τιμές, και το σύνολο μειώνεται κατά το ποσοστό έκπτωσης της δημοπρασίας, αν συντρέχει περίπτωση».

12. Με τις διατάξεις του άρθρου 32 ν. 4782/2021 προστέθηκε στο άρθρο 88 ν. 4412/2016 που διέπει τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές η παρ. 5^α, με την οποία θεσπίστηκε, συγκεκριμένα ως προς τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, νομοθετικό τεκμήριο για την εμφάνιση μίας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής. Ειδικότερα, προβλέφθηκε ότι τεκμαίρονται ως ασυνήθιστα χαμηλές οι προσφορές εκείνες που εμφανίζουν απόκλιση

μεγαλύτερη του δέκα τοις εκατό (10%) από τον μέσο όρο του συνόλου των παραδεκτών προσφορών. Αναλυτικότερα, όπως επεξηγείται και στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021, με τις εν λόγω διατάξεις καθορίζεται ένα «*συνδυασμένο όριο έκπτωσης*» άνω του οποίου η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να καλέσει τον οικονομικό φορέα να αιτιολογήσει την προσφερόμενη τιμή και ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να υποβάλει έγγραφες εξηγήσεις, τυχόν δε άρνησή του επάγεται την κήρυξη της προσφοράς του ως απαράδεκτης και την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

13. Μετά τη θέσπιση του ανωτέρω ορίου έκπτωσης, οι αναθέτουσες αρχές δεν διαθέτουν πλέον διακριτική ευχέρεια να εκτιμήσουν εάν μία προσφορά που αποκλίνει κατά 10% από τον μέσο όρο των εκπτώσεων των λοιπών παραδεκτών προσφορών του διαγωνισμού εμφανίζεται κατ' αρχήν ως ασυνήθιστα χαμηλή, αλλά υποχρεούνται, κατά δεσμία αρμοδιότητα πλέον, να καλέσουν τον εν λόγω προσφέροντα για παροχή εξηγήσεων επί της προσφερθείσας τιμής. Εξακολουθούν, ωστόσο, να εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις του άρθρου 88 ν. 4412/2016 σχετικά με την παροχή εξηγήσεων από τους οικονομικούς φορείς και την αξιολόγηση αυτών από τις αναθέτουσες αρχές. Έτσι, για την τεκμηρίωση της προσφερόμενης τιμής, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδείξουν με κάθε πρόσφορο τρόπο, και – ενδεικτικά, αλλά όχι αποκλειστικά – με αναφορά στα στοιχεία του άρθρου 88 παρ. 2 ν. 4412/2016 την σοβαρότητα και την φερεγγυότητα των προσφορών τους σε σχέση με την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση (βλ. ΔΕΕ C–568/13, 18.12.2014, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze EU:C:2014:2466, σκ. 50, C-599/10, 29.03.2021, AE SAG ELV Slovensko κ.λπ., EU:C:2012:191, σκέψεις 29 και 30). Και ναι μεν τα στοιχεία του άρθρου 88 παρ. 2 ν. 4412/2016 αναφέρονται ενδεικτικά, και όχι περιοριστικά, τούτο, όμως, δεν σημαίνει ότι οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να τεκμηριώσουν την προσφερόμενη τιμή με στοιχεία κρίσιμα σε σχέση με την συγκεκριμένη σύμβαση, και όχι με την εν γένει επιχειρηματική τους δραστηριότητα ή με προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες (πρβλ. ΔΕΕ Slovensko, ο.π., σκ. 30, ΔΕφΑθ 120/2020).

14. Περαιτέρω, στις περιπτώσεις αυτές, απαιτείται η ανάπτυξη μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του διαγωνιζόμενου ενός ουσιαστικού διαλόγου, ο

οποίος πρέπει να λαμβάνει χώρα σε χρόνο κατάλληλο, ήτοι κατά την αξιολόγηση των προσφορών και πριν τη λήψη της απόφασης για την ανάθεση της σύμβασης, με σκοπό την αποσαφήνιση όλων των στοιχείων που συνθέτουν την προσφορά, τον σχηματισμού ασφαλούς κρίσης της αναθέτουσας αρχής ως προς το παραδεκτό της και τη διασφάλιση πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των υποψηφίων αναδόχων. Η προσφορά μπορεί να απορριφθεί μόνον εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το κατ' αρχήν χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται. Στο πλαίσιο αυτό, δεν αποκλείεται, μετά την αρχική εκτίμηση των απαντήσεων των οικονομικών φορέων, να κληθούν αυτοί εκ νέου, με νέα και συγκεκριμένη πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, να αιτιολογήσουν τα σημεία των προσφορών τους που εξακολουθούν να της προκαλούν αμφιβολίες (πρβλ. ΣΤΕ 1555/2022, 726/2022, 199/2021). Συνεπώς, η ανωτέρω διαδικασία διαλόγου ολοκληρώνεται νόμιμα οποτεδήποτε πληρωθούν σωρευτικά οι εξής δύο αναγκαίες συνθήκες: αφενός η παροχή της δυνατότητας στον προσφέροντα να υποστηρίξει την προσφορά του κατά τρόπο πλήρη και λυσιτελή ως προς όλα τα σημεία που τυχόν δημιούργησαν αμφιβολίες στην αναθέτουσα αρχή και αφετέρου η εκφορά ασφαλούς κρίσης της αναθέτουσας αρχής ως προς το παραδεκτό της προσφοράς, κατόπιν αποσαφήνισης όλων των κρίσιμων στοιχείων που τη συνθέτουν. Η μη πλήρωση έστω και μίας από τις πιο πάνω συνθήκες καθιστά τη διαδικασία ελέγχου της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς πλημμελή (βλ. ΣΤΕ 1553/2022).

15. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η αξιολογική κρίση ως προς τις παρασχεθείσες εξηγήσεις επί της εκάστοτε κατατεθείσας προσφοράς διαγωνιζομένου πρέπει να γίνεται πρωτογενώς από την αναθέτουσα αρχή, η οποία οφείλει να προβεί σε ευρύ έλεγχο ουσίας των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ενώ οι κρίσεις της υπόκεινται σε έλεγχο αιτιολογίας από τα αρμόδια όργανα, όπως εν προκειμένω η ΕΑΔΗΣΥ (πρβλ. ΕΛΣυν Μειζ. 804/2018). Εξάλλου, σε περίπτωση κατά την οποία διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, γεννάται αντίστοιχη υποχρέωσή της να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιαστών ισχυρισμών. Η απάντηση αυτή πρέπει να είναι νόμιμα αιτιολογημένη, η δε νομιμότητα και επάρκεια της σχετικής αιτιολογίας

αποτελεί, επίσης, αντικείμενο ελέγχου από την ΕΑΔΗΣΥ (βλ. ΣτΕ 7μ 726/2022, ΣτΕ 199/2021, 154/2021, ΕΑ ΣτΕ 12/2020). Ως ουσιώδεις δε ισχυρισμοί θεωρούνται αυτοί με τους οποίους γίνεται επίκληση συγκεκριμένων αριθμητικών δεδομένων και κοστολογήσιμων στοιχείων των πληττόμενων οικονομικών προσφορών (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 165/2020, 12/2020, ΔΕφΑΘ 1951/2020), ενώ δεν θεωρούνται τέτοιοι οι ισχυρισμοί που ερείδονται αποκλειστικά στην κοστολόγηση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, η οποία ανάγεται στους οικονομοτεχνικούς παράγοντες και στα οικονομικά δεδομένα που ισχύουν για καθέναν από αυτούς (πρβλ. ΕΑ 12/2020). Μόνη δε η υποβολή χαμηλότερης προσφοράς σε επιμέρους κονδύλια του προϋπολογισμού της σύμβασης σε σχέση με τις λοιπές υποβληθείσες προσφορές, δεν αρκεί προκειμένου να θεωρηθεί η οικονομική προσφορά του μειοδότη ή οποιουδήποτε άλλου οικονομικού φορέα ως ασυνήθιστα χαμηλή (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 165/2020, 20/2020, 290/2017). Και ναι μεν, η αναθέτουσα αρχή έχει κατ' αρχήν την υποχρέωση να εξετάσει τις οικονομικές προσφορές ως προς τον τυχόν ασυνήθιστα χαμηλό χαρακτήρα τους, αλλά οι οικονομικοί φορείς δεν εμποδίζονται να προβάλλουν το πρώτον ισχυρισμούς περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών έτερων προσφερόντων με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, τους ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ (πρβλ. ΣτΕ 7μ 726/2022, σκ. 32, ΑΕΠΠ 1554/2021, σκ. 11), προς την οποία, άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται κατ' άρθρο 365 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016 να υποβάλλει απόψεις, με τις οποίες έχει τη δυνατότητα να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία, στην περίπτωση αυτή, μπορεί να αναφέρεται ιδίως στις αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών έτερων προσφερόντων.

16. Στην περίπτωση αυτή, εφόσον διαπιστωθεί από την ΕΑΔΗΣΥ, κατά την εξέταση προβαλλόμενων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ότι ένας προσφέρων υπολόγισε κονδύλια για την εκτέλεση της σύμβασης, το ύψος των οποίων κρίνεται ανεπαρκές, ο αποκλεισμός του διαγωνιζομένου από τη διαδικασία ανάθεσης αποτελεί αποκλειστική αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, αφού αυτή κρίνει αιτιολογημένα ότι τα στοιχεία που παρείχε ο διαγωνιζόμενος δεν εξηγούν ικανοποιητικά την προσφερόμενη τιμή και ότι αυτή δεν επαρκεί για την υλοποίηση της

συγκεκριμένης σύμβασης, χωρίς η ΕΑΔΗΣΥ να μπορεί να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς την άσκηση της συγκεκριμένης αρμοδιότητας (πρβλ. ΣΤΕ 602/2021, ΕΑ ΣΤΕ 288/2020).

17. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι, όπως προκύπτει από τις εξηγήσεις της, δεν υπολόγισε ή υποκοστολόγησε τα κονδύλια του έμμεσου κόστους του έργου. Ειδικότερα:

18. Κατ' αρχήν, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι στις εξηγήσεις της παρεμβαίνουσας δεν περιλαμβάνεται κονδύλιο για την αμοιβή τεχνικού στελέχους της εταιρείας επί τόπου του έργου, όπως απαιτείται από την Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων (ΕΣΥ) του έργου. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της, στην προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν έχει συμπεριληφθεί η δαπάνη για την αμοιβή του μηχανικού ..., ο οποίος, σύμφωνα με το υποβληθέν οργανόγραμμα της παρεμβαίνουσας, θα απασχολείται στο εργοτάξιο. Σύμφωνα με τους υπολογισμούς της, η δαπάνη αυτή αντιστοιχεί σε τουλάχιστον 18.347,94 ευρώ για την δεκαοκτάμηνη διάρκεια του έργου.

19. Η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει στα παραπάνω ότι ο ... είναι εταίρος της, με αποτέλεσμα να μη λαμβάνει μισθό για την εργασία του, αλλά να την παρέχει στο πλαίσιο της εταιρικής σχέσης χωρίς αμοιβή.

20. Σύμφωνα με το άρθρο 8ο της ΕΣΥ του έργου, *«ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΕΡΓΟΥ ΑΠΟ ΤΗΝ ΠΛΕΥΡΑ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ. Η διεύθυνση των έργων από την πλευρά του Αναδόχου, στους τόπους κατασκευής τους θα γίνεται από τεχνικούς που έχουν τα κατάλληλα προσόντα και είναι αποδεκτοί από την Υπηρεσία. Η επιτόπου των έργων παρουσία τεχνικού στελέχους ή τεχνικού υπαλλήλου της εργοληπτικής επιχείρησης είναι υποχρεωτική. Για το προσωπικό που αποτελεί την ελάχιστη τεχνική στελέχωση του εργοταξίου απαιτείται προσκόμιση στη διευθύνουσα υπηρεσία βεβαίωσης του οικείου ασφαλιστικού φορέα, στην οποία θα αναγράφεται και ο χρόνος ασφάλισης των εργαζομένων»*. Όπως βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα και συνομολογεί η παρεμβαίνουσα, η τελευταία προτίθεται να απασχολήσει στην παραπάνω θέση τον ..., πολιτικό μηχανικό. Ωστόσο, η παρεμβαίνουσα δεν συμπεριέλαβε καμία σχετική δαπάνη στην οικονομική προσφορά της, ούτε ανέφερε με ποιον τρόπο θα καλυφθεί η παραπάνω απαίτηση της ΕΣΥ, με αποτέλεσμα οι εξηγήσεις της

σχετικά με την προσφερθείσα τιμή να μην είναι επαρκείς ως προς το συγκεκριμένο κονδύλιο. Απορριπτέος ως αναπόδεικτος είναι ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η δαπάνη αυτή καλύπτεται από την προσωπική εργασία ενός από τους εταίρους, για την οποία αυτός δεν λαμβάνει αμοιβή (πρβλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 549/2020). Και τούτο, διότι, ναι μεν δεν αποκλείεται η εκπλήρωση της σύμβασης, μεταξύ άλλων, και με την προσωπική εργασία των εταίρων της αναδόχου εταιρείας, αλλά η παρεμβαίνουσα δεν ανέφερε τίποτα σχετικό με τις παρασχεθείσες εξηγήσεις της σχετικά με την οικονομική προσφορά της, ώστε να αξιολογηθεί από την αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα κάλυψης της επίμαχης δαπάνης με τον τρόπο αυτό. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα δεν επικαλέστηκε, ούτε προσκόμισε οποιοδήποτε στοιχείο από το οποίο να προκύπτει ότι η εταιρική εισφορά του παραπάνω στελέχους συνίσταται στην εργασία του, ώστε να μην έχει αξίωση καταβολής μισθού, ενώ ούτε στο αναρτημένο στα δημόσια στοιχεία του ΓΕΜΗ καταστατικό της προσφεύγουσας περιέχεται τέτοια πρόβλεψη. Ως εκ τούτου, μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτές με την προσβαλλόμενη τις εξηγήσεις της παρεμβαίνουσας ως προς τη δαπάνη αμοιβής τεχνικού στελέχους επιτόπου του έργου. Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως προς το σκέλος του αυτό.

21. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η παρεμβαίνουσα έχει παραλείψει να συνυπολογίσει στην οικονομική προσφορά της μία σειρά κονδυλίων έμμεσου κόστους, τα οποία προβλέπονται στην Εγκύκλιο με αριθμό 9/2017 του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα δεν έχει συμπεριλάβει στην οικονομική της προσφορά κόστος έδρας της επιχείρησης υπολογιζόμενο με συντελεστή 2,2% επί της δαπάνης εργασιών του προϋπολογισμού μελέτης, το κόστος συντήρησης του έργου υπολογιζόμενο με συντελεστή 0,25% επί της δαπάνης εργασιών του προϋπολογισμού μελέτης, το κόστος δημοσιεύσεων ποσοστού 0,70% επί της δαπάνης εργασιών του προϋπολογισμού μελέτης.

22. Η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει στα παραπάνω ότι οι επίμαχες δαπάνες καλύπτονται από τα υπολογισθέντα με την προσφορά της γενικά έξοδα ποσού 1.271,20 ευρώ, καθώς επίσης και ότι δεν είχε υποχρέωση υπολογισμού των δαπανών με βάση τις προβλέψεις της Εγκυκλίου 9/2017.

23. Όπως έχει κριθεί (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 769/2005, σκ. 10, 280/2005, σκ. 8, 279/2005, σκ. 8, ΔΕΦΑΘ 252/2020, σκ. 17, ΔΕΦΠΑτρών 9/2022, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 208/2020, σκ. 12, ΕΑΔΗΣΥ 627/2022, σκ. 20), ο βάσει των τυχόν εγκυκλίων, και στην προκειμένη περίπτωση της Εγκυκλίου 9/2017 του Υπουργού ΥΠΟΜΕ, υπολογισμός των απαιτούμενων για την κατασκευή του υπό ανάθεση έργου δαπανών δεν έχει την έννοια ότι, κατά την αιτιολόγηση προσφοράς που εμφανίζεται εκ πρώτης όψεως ως ασυνήθιστα χαμηλή, αποκλείεται η εκ μέρους διαγωνιζομένου επίκληση και απόδειξη της συνδρομής για την επιχείρησή του ειδικών συνθηκών αναφορικά με την εγκατάσταση και την λειτουργία του συγκεκριμένου εργοταξίου, εν όψει των οποίων η δαπάνη εκτέλεσης του συγκεκριμένου έργου είναι μικρότερη (ή και μεγαλύτερη) από αυτή που θα προέκυπτε από την εφαρμογή των συντελεστών της Εγκυκλίου. Στην ίδια, άλλωστε, την Εγκύκλιο αναφέρεται ότι *«πρόκειται για μια πρώτη, αδρή προσέγγιση για την κατανομή των επιμέρους ποσοστών του εμμέσου κόστους του έργου δηλαδή των Γενικών Εξόδων και ενός ευλόγου προσδοκώμενου Εργολαβικού Οφέλους (ΓΕ&ΟΕ). Η θεώρηση έγινε με κάποιες 'μέσες' συνθήκες δηλαδή έργο προϋπολογισμού της τάξεως 1.000.000 συμβατικής διάρκειας 12 μηνών. Επιλέχθηκε να δοθεί η 'μέση' θεώρηση με μια συγκεκριμένη τιμή όπως είναι η προσέγγιση του ν. 4412/2016 (άρθρο 53 παρ. 7.θ), έναντι παράθεσης εύρους διακύμανσης τιμών και ποσοστών (π.χ. για κάλυψη ειδικών συνθηκών και καταστάσεων, γεωγραφικές παράμετροι, κατηγοριοποίηση έργων με βάση τον προϋπολογισμό, τη λειτουργία (ΟΔΟ, ΛΙΜ, ΥΔΡ) κ.α.))... Προτείνεται το όλο ζήτημα να εξεταστεί και να αποτελέσει αντικείμενο της σύνταξης του Κανονισμού Αναλυτικών Τιμολογίων. Επιπλέον θα πρέπει να επαναδιατυπωθούν οι γενικοί όροι των περιγραφικών τιμολογίων για τα οποία ήδη γνωμοδότησε το Συμβούλιο, μετά την οριστικοποίηση του παρόντος», διατυπώνεται, δηλαδή, σαφώς από το εκδόν όργανο ότι οι συντελεστές της αναφέρονται σε κατά προσέγγιση στοιχεία κόστους βάσει μίας συγκεκριμένης υπόθεσης εργασίας (έργο προϋπολογισμού 1.000.000,00 ευρώ διάρκειας 12 μηνών), και όχι σε συντελεστές υποχρεωτικής εφαρμογής για την ανάλυση του ΓΕ&ΟΕ μίας έκαστης συγκεκριμένης σύμβασης κατασκευής δημοσίου έργου. Επομένως, η προαναφερθείσα Εγκύκλιος 9/2017 του Υπουργού ΥΠΟΜΕ δεν θεσπίζει υποχρεωτικό κανόνα δικαίου για την σύνταξη των προσφορών, οι δε*

διαγωνιζόμενοι μπορούν να υπολογίσουν με διαφορετικό τρόπο τα οικεία μεγέθη, ενόψει των εκάστοτε ιδιαιτεροτήτων και συνθηκών κάθε έργου, υπολογισμός που τελεί, σε κάθε περίπτωση και σύμφωνα με όσα έγιναν ερμηνευτικά δεκτά σε προηγούμενη σκέψη (βλ. σκέψη 15), υπό την κρίση της αναθέτουσας αρχής κατά την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς. Αντίθετη ερμηνεία θα ερχόταν σε αντίθεση με την υποχρέωση των διαγωνιζομένων να εξηγήσουν την προσφερόμενη τιμή σε σχέση με τις πραγματικές συνθήκες (τοπικές, χρονικές, τεχνικές κ.λπ.) και τις ιδιαιτερότητες του υπό ανάθεση έργου επί τη βάσει επίκαιρων σχετικών στοιχείων, προκειμένου να είναι δυνατή η εκτίμηση της σοβαρότητας και της φερεγγυότητας των οικονομικών προσφορών, εντέλει δε και της επάρκειας των προσφερόμενων τιμών για την εκτέλεση της σύμβασης. Επομένως, η εφαρμογή της Εγκυκλίου με αριθμό 9/2017 δεν είναι υποχρεωτική για τον προσδιορισμό του έμμεσου κόστους έκαστου έργου, ούτε όσον αφορά στα επιμέρους απαιτούμενα κονδύλια ούτε όσον αφορά στους προτεινόμενους συντελεστές. Αντίστοιχα, μόνη η επίκληση της Εγκυκλίου από τον προσφεύγοντα δεν αρκεί για να θεωρηθεί ειδικός και συγκεκριμένος ο ισχυρισμός περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, αφού η εφαρμογή αφηρημένων συντελεστών δεν ανάγεται στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και τις συνθήκες εκτέλεσης της προκείμενης σύμβασης (βλ. παραπάνω σκέψη 15).

24. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται αβάσιμα ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να επιβαρυνθεί άνευ ετέρου με συνολικό ποσό 4.959,71 ευρώ υπολογιζόμενο επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης εργασιών βάσει των συντελεστών της Εγκυκλίου, ήτοι με ποσό 3.463,93 ευρώ για δαπάνη έδρας, 393,62 ευρώ για δαπάνη συντήρησης έργου και 1.102,16 ευρώ για δαπάνη δημοσιότητας.

25. Εξάλλου, η προσφεύγουσα περιορίζεται στην προβολή με την προσφυγή του ισχυρισμού ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι αυτή δεν έχει υπολογίσει τα επίμαχα προβλεπόμενα από την Εγκύκλιο 9/2017 κονδύλια δαπανών με τους αντίστοιχους συντελεστές, χωρίς, όμως, να αμφισβητεί με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς αναγόμενους στις συνθήκες εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης (πρβλ. ΣΤΕ 154/2021) την προσφερθείσα από την παρεμβαίνουσα τιμή. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ούτε προσκομίζει στοιχεία σχετικά: α) με τη

συμμετοχή του συγκεκριμένου έργου στα έξοδα έδρας εργοληπτικής επιχείρησης, β) σχετικά με το κόστος συντήρησης του συγκεκριμένου έργου (ενδεικτικά: είδος και συχνότητα εργασιών συντήρησης, κόστος υλικών συντήρησης κ.λπ.) και γ) σχετικά με το ύψος των απαιτούμενων για την δημοσίευση της προκείμενης Διακήρυξης δαπανών (ενδεικτικά: είδος απαιτούμενων δημοσιεύσεων, ενδεικτικό κόστος ανά δημοσίευση κ.λπ.), με αποτέλεσμα να μην αμφισβητεί με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς την επάρκεια της προσφερθείσας από την παρεμβαίνουσα τιμής για την εκτέλεση της σύμβασης σε σχέση με τα επίμαχα κονδύλια.

26. Σε κάθε δε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι όσον αφορά στο κόστος έδρας, ακόμη και υπό την εκδοχή της εφαρμογής της Εγκυκλίου 9/2017. Και τούτο, διότι οι δαπάνες κόστους έδρας υπολογίζονται, σύμφωνα με την εγκύκλιο, ως *«το αναλογούν, σε σχέση με τη συμμετοχή του έργου στον κύκλο εργασιών της επιχείρησης, κόστος έδρας επιχείρησης ή/και λειτουργίας κοινοπραξίας»*. Επομένως, το κόστος έδρας υπολογίζεται, σύμφωνα με την εγκύκλιο, με αναφορά στη συμμετοχή του συγκεκριμένου έργου στον κύκλο εργασιών της επιχείρησης, και όχι ως ποσοστό επί του προϋπολογισμού μελέτης, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Η ερμηνεία αυτή, πέραν του ότι στηρίζεται στις ρητές προβλέψεις της Εγκυκλίου που επικαλείται η προσφεύγουσα, δεν αντίκειται στις επικαλούμενες από την προσφεύγουσα δικαστικές αποφάσεις (ΔΕΦΑΘ 148/2020, 252/2020), οι οποίες δεν περιέχουν κρίσεις σχετικά με το επίμαχο ζήτημα του υπολογισμού κόστους έδρας. Για όλους τους παραπάνω λόγους, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως προς τα παραπάνω σκέλη του.

27. Επιπρόσθετα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι το κονδύλιο γενικών εξόδων της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας υπολείπεται του απαιτούμενου, διότι έχει υπολογιστεί στη βάση της προσφερθείσας με την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας δαπάνης εργασιών, και όχι στη βάση της προϋπολογισθείσας δαπάνης εργασιών.

28. Ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας είναι απορριπτέος ως νόμω αβάσιμος. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 6 ν. 4412/2016 *«στην εκτιμώμενη αξία της δημόσιας σύμβασης έργου συμπεριλαμβάνονται τα γενικά έξοδα και όφελος της περίπτωσης θ' της παρ. 7 του άρθρου 53»*. Στο δε

άρθρο 53 παρ. 7 ορίζεται ότι «στις τιμές του προϋπολογισμού και του τιμολογίου, τόσο της υπηρεσίας όσο και της προσφοράς, περιλαμβάνεται κάθε σχετική δαπάνη, καθώς και τα γενικά έξοδα και όφελος της εργοληπτικής επιχείρησης. Αν γίνεται ρητή μνεία στα έγγραφα της σύμβασης μπορεί να προστίθεται στην εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσοστό γενικών εξόδων και οφέλους, που ορίζεται σε δεκαοκτώ τοις εκατό (18%)». Τέλος, στο άρθρο 152 παρ. 6 ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «στους λογαριασμούς περιλαμβάνονται επίσης, η αναθεώρηση τιμών, αποζημιώσεις κάθε είδους που έχουν εγκριθεί, αντίτιμο απολογιστικών εργασιών που εκτελέσθηκαν μέσω της εργολαβίας και κάθε άλλη εγκεκριμένη δαπάνη που καταβάλλεται στον ανάδοχο. Στον λογαριασμό περιλαμβάνεται ακόμη και το ποσοστό γενικών εξόδων και οφέλους του εργολάβου της περ. θ' της παρ. 7 του άρθρου 53, αν αυτό δεν περιλαμβάνεται στις συμβατικές τιμές, και το σύνολο μειώνεται κατά το ποσοστό έκπτωσης της δημοπρασίας, αν συντρέχει περίπτωση». Η τελευταία αυτή διάταξη επαναλαμβάνεται αυτολεξεί και στην προπαρατεθείσα διάταξη της παρ. 6 του άρθρου 30 της ΕΣΥ. Ούτε, όμως, από τις προαναφερθείσες διατάξεις, ούτε από άλλες διατάξεις του νόμου ή της Διακήρυξης προκύπτει ότι οι οικονομικοί φορείς έχουν υποχρέωση να συμπεριλαμβάνουν στην προσφορά τους γενικά έξοδα υπολογιζόμενα επί του προϋπολογισμού μελέτης της σύμβασης. Αντίθετη ερμηνεία θα υποχρέωνε τους οικονομικούς φορείς να συμπεριλάβουν στην προσφορά τους κονδύλια, όχι σε αναφορά με τις προσφερόμενες από τους ίδιους τιμές, αλλά σε αναφορά με την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, η οποία, όμως (στην περίπτωση του μειοδοτικού διαγωνισμού), δεν θα αποτελέσει το οικονομικό αντάλλαγμα της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι οι αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας, στις οποίες παραπέμπει η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με αριθμό 252/2020, αφορούν στο διαφορετικό ζήτημα του υπολογισμού των μηχανοσήμων (ΣτΕ 3638/2008, ΕΑ ΣτΕ 79/2006, 787/2005), για τα οποία ρητά προβλεπόταν από το τότε εφαρμοστέο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού ότι υπολογίζονται επί του προϋπολογισμού δημοπράτησης (αφού τα υπερβάλλοντα μηχανόσημα επιστρέφονταν στον ανάδοχο). Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως προς το σκέλος του αυτό.

29. Τέλος, με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι ασυνήθιστα χαμηλή ως προς το κονδύλιο του έμμεσου κόστους, διότι δεν έχει συνυπολογίσει τη δαπάνη που αντιστοιχεί στη φορολογική επιβάρυνση των κερδών της από την εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι δαπάνη 2.425,82 ευρώ (11.026,49 ευρώ*22% φορολογικό συντελεστή). Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος, διότι ο φόρος εισοδήματος συνίσταται σε ποσοστό επί των κερδών, το δε ποσό που αντιστοιχεί σε αυτόν αφαιρείται από το κέρδος, αλλά δεν προσαυξάνει τη δαπάνη εκτέλεσης της σύμβασης. Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος και ως προς το σκέλος του αυτό.

30. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι ασυνήθιστα χαμηλή ως προς το άμεσο κόστος του έργου, διότι υπολογίζει το μισθολογικό κόστος για τους εργατοτεχνίτες οικοδόμους με βάση το κατώτατο ημερομίσθιο της ΥΑ με αριθμό 38866/2022, το οποίο είναι μικρότερο από το εφαρμοστέο, σύμφωνα με την ομοιοεπαγγελματική ΣΣΕ με ημερομηνία 28/4/2022 που έχει συναφθεί μεταξύ αφενός της Ομοσπονδίας Οικοδόμων και Συναφών Επαγγελματιών Ελλάδας και αφετέρου των οργανώσεων εργοληπτικών επιχειρήσεων, μεταξύ των οποίων και ο ΣΑΤΕ, του οποίου είναι μέλος η παρεμβαίνουσα, με αποτέλεσμα να δεσμεύεται από την προαναφερθείσα ομοιοεπαγγελματική ΣΣΕ.

31. Η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει στα παραπάνω ότι δεν δεσμεύεται από την παραπάνω ομοιοεπαγγελματική ΣΣΕ, διότι δεν είναι μέλος καμίας από τις συμβαλλόμενες εργοδοτικές οργανώσεις.

32. Σύμφωνα με το άρθρο 8 ν. 1876/1990, «1. Οι εθνικές γενικές συλλογικές συμβάσεις εργασίας καθορίζουν τους ελάχιστους μη μισθολογικούς όρους εργασίας που ισχύουν για τους εργαζόμενους όλης της χώρας. Στους εργαζόμενους αυτούς περιλαμβάνονται και οι εργαζόμενοι με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου στο Δημόσιο, τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης. Βασικοί μισθοί, βασικά ημερομίσθια, κάθε είδους προσαυξήσεις αυτών και γενικά κάθε άλλος μισθολογικός όρος, ισχύουν μόνο για τους εργαζομένους που απασχολούνται από εργοδότες των συμβαλλόμενων εργοδοτικών οργανώσεων και δεν επιτρέπεται να

υπολείπονται του νόμιμου κατώτατου μισθού και ημερομισθίου. 2. Οι υπόλοιπες συλλογικές συμβάσεις εργασίας δεσμεύουν τους εργαζόμενους και εργοδότες, οι οποίοι είναι μέλη των συμβαλλόμενων συνδικαλιστικών οργανώσεων, τον εργοδότη που συνάπτει συλλογική σύμβαση εργασίας ατομικώς και τους εργοδότες που συνάπτουν συλλογική σύμβαση εργασίας με κοινό εξουσιοδοτημένο εκπρόσωπο ή εκπροσώπους. Βασικοί μισθοί, βασικά ημερομίσθια, κάθε είδους προσαυξήσεις αυτών και γενικά κάθε άλλος μισθολογικός όρος, δεν επιτρέπεται να υπολείπονται του νόμιμου κατώτατου μισθού και ημερομισθίου». Το άρθρο 11 παρ. 2 του ίδιου νόμου ορίζει ότι «2. Με απόφαση του Υπουργού Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων είναι δυνατόν να εγκριθεί το Πόρισμα του Ανωτάτου Συμβουλίου Εργασίας και να κηρυχθεί γενικώς υποχρεωτική, για όλους τους εργαζόμενους, συλλογική σύμβαση εργασίας ή διαιτητική απόφαση με τους εξής όρους: 2.1. Για την επέκταση συλλογικής σύμβασης εργασίας ή διαιτητικής απόφασης απαιτείται: α) αίτηση που υποβάλλεται από οποιοδήποτε από τους δεσμευόμενους από αυτή προς τον Υπουργό Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων. β) τεκμηρίωση των επιπτώσεων της επέκτασης στην ανταγωνιστικότητα και την απασχόληση και κοινοποίηση αυτής στο Ανώτατο Συμβούλιο Εργασίας».

33. Κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, οι ΣΣΕ, πλην των εθνικών γενικών, δεσμεύουν καταρχήν τους εργοδότες και εργαζομένους που είναι μέλη των συμβαλλόμενων συνδικαλιστικών οργανώσεων. Ο Υπουργός Εργασίας, μπορεί, με απόφασή του που εκδίδεται μετά από γνώμη του Ανωτάτου Συμβουλίου Εργασίας, υπό προϋποθέσεις να επεκτείνει την ισχύ και να κηρύξει γενικά υποχρεωτική για όλους τους εργαζομένους ενός κλάδου ή επαγγέλματος μία ΣΣΕ (βλ. ΑΠ 1465/2022).

34. Στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η μισθολογική δαπάνη των οικοδόμων και εργατοτεχνιτών που θα απασχοληθούν για την εκτέλεση της σύμβασης από την παρεμβαίνουσα έπρεπε να υπολογιστεί, σύμφωνα με τις προβλέψεις της ομοιοεπαγγελματικής ΣΣΕ με ημερομηνία 28/4/2022. Ο προκείμενος λόγος είναι απορριπτέος ως αναπόδεικτος, διότι η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει τον προβαλλόμενο με την προδικαστική προσφυγή ισχυρισμό ότι η παρεμβαίνουσα είναι μέλος του ΣΑΤΕ, ο οποίος είναι μία από τις συμβαλλόμενες εργοληπτικές οργανώσεις, με αποτέλεσμα να δεσμεύεται από την παραπάνω ΣΣΕ. Σε κάθε περίπτωση,

από τον ελεύθερα προσβάσιμο μέσω του ιστότοπου της παραπάνω πανελλήνιας εργοληπτικής οργάνωσης κατάλογο εργοληπτικών επιχειρήσεων - μελών της

(<https://sate.gr/html/meloi.aspx?&complexSearch=false?&menuID=2&plD=0>)

δεν προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα είναι μέλος αυτής. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ότι η επίμαχη ΣΣΕ έχει κηρυχθεί γενικά υποχρεωτική με απόφαση του Υπουργού Εργασίας, ώστε να καταλαμβάνει και εργοδότες που δεν είναι μέλη των συμβαλλόμενων οργανώσεων, ενώ κάτι τέτοιο δεν προκύπτει ούτε από τα στοιχεία του Οργανισμού Μεσολάβησης και Διαιτησίας (<https://www.omed.gr/el/taxonomy/term/113>). Δεδομένου ότι δεν προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα δεσμεύεται από την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα ομοιοεπαγγελματική ΣΣΕ, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

35. Με τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα λόγω παντελούς έλλειψης αιτιολογίας, άλλως λόγω πλημμελούς αιτιολογίας, διότι η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να ελέγξει τα κονδύλια των εξηγήσεων του προσωρινού αναδόχου και να αποφανθεί αιτιολογημένα επ' αυτών. Ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο, διότι η προκείμενη διαδικασία παροχής εξηγήσεων του άρθρου 88 ν. 4412/2016 εκκίνησε κατ' εφαρμογή της παρ. 5^α του ανωτέρω άρθρου λόγω της κατά τεκμήριο εμφάνισης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ως ασυνήθιστα χαμηλής, επειδή απέκλινε κατά περισσότερες από δέκα (10) ποσοστιαίες μονάδες από τον μέσο όρο των λοιπών παραδεκτών προσφορών. Στο πλαίσιο αυτό, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, εξηγήσεις σχετικά με τις οικονομικές προσφορές των διαγωνιζόμενων ως προς όλα τα επιμέρους στοιχεία διαμόρφωσής τους, όπως αυτά αναλυτικά αναφέρονται στην πρόσκληση. Με την προσβαλλόμενη απόφαση, η αναθέτουσα αρχή, αφού εξέθεσε τα στοιχεία που έλαβε υπόψη για την αξιολόγηση των εξηγήσεων, εξέφερε την κρίση ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν ήταν ασυνήθιστα χαμηλή και περιλαμβάνει ικανοποιητικό ποσό κέρδους για τον οικονομικό φορέα. Με το περιεχόμενο αυτό η προσβαλλόμενη πράξη περιέχει κατ' αρχήν αιτιολογία, απορριπτομένων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί πλήρους

έλλειψής της. Περαιτέρω, αντικείμενο της προσβαλλόμενης απόφασης είναι η αξιολόγηση των υποβληθεισών από την παρεμβαίνουσα εξηγήσεων, οι οποίες συνίστανται, όχι απλώς στην αιτιολόγηση συγκεκριμένων στοιχείων κόστους που δημιούργησαν αρχικά αμφιβολίες στην αναθέτουσα αρχή, αλλά στην παροχή για πρώτη φορά, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, της οικονομικής ανάλυσης των προσφερθεισών εκπτώσεων συνοδευόμενης από πλήθος εγγράφων τεκμηρίωσης των τεχνικών και οικονομοτεχνικών δεδομένων διαμόρφωσης των προσφορών. Με αυτό το δεδομένο, η κατ' αρχήν διατυπωθείσα στην προσβαλλόμενη κρίση της αναθέτουσας αρχής ότι οι παρασχεθείσες εξηγήσεις είναι επαρκείς και, συνακόλουθα, ότι η παρεμβαίνουσα μπορεί να παραμείνει στη διαδικασία του διαγωνισμού, δύναται να προκύπτει και από τα στοιχεία του φακέλου, χωρίς να απαιτείται για την επάρκεια της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης να επεξηγείται ρητά η αποδοχή των εξηγήσεων ως προς ένα προς ένα τα παρασχεθέντα από την παρεμβαίνουσα στοιχεία και δεδομένα κοστολόγησης (πρβλ. ΕΛΣυν Ολομ. 2140/2020, σκ. 19, ΕΑΔΗΣΥ 1708, 1709/2022, σκ. 46). Κατόπιν των παραπάνω, πρέπει να απορριφθεί ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής.

36. Με τον τέταρτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να της χορηγήσει τις οικονομικές προσφορές των προμηθευτών/συνεργατών της παρεμβαίνουσας, οι οποίες συνυποβλήθηκαν με τις εξηγήσεις επί της οικονομικής προσφοράς της ως στοιχείο τεκμηρίωσης.

37. Από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού προκύπτει ότι, μετά την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης στις 3/3/2023, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε προς τους διαγωνιζόμενους μήνυμα στις 4/3/2023 με το εξής περιεχόμενο: *«Επισημαίνεται ότι λόγω ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων δεν δημοσιεύεται το συνημμένο 5 (προσφορές εταιρειών-προμηθευτών).με την αιτιολογία ότι «λόγω ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων δεν δημοσιεύεται το συνημμένο 5 (προσφορές εταιρειών-προμηθευτών)».* Στα δε συνημμένα του διαγωνισμού η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε όλα τα στοιχεία των εξηγήσεων της παρεμβαίνουσας, εκτός από το αρχείο με τίτλο «5. ΠΡΟΣΦΟΡΕΣ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ-ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΩΝ.pdf». Στις 9/3/2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε αίτημα χορήγησης του παραπάνω στοιχείου. Με το έγγραφό της με αριθμό

πρωτ. 2184/13-3-2023 που κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή απάντησε στο αίτημά της ως εξής: «Σε απάντηση του με αρ.πρωτ.2184/9-3-2023 εγγράφου σας και του από 9-3-2023 μηνύματος που υποβάλλατε μέσω ΕΣΗΔΗΣ σας αναφέρουμε ότι: 1). Τα στοιχεία προσφοράς των Εταιρειών και Προμηθευτών του παραρτήματος 5 της αιτιολόγησης οικονομικής προσφοράς του προσωρινού μειοδότη λήφθησαν υπόψην της Οικονομικής Επιτροπής του ... και της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού για την έκδοση της 39/2023 απόφασης ορισμού προσωρινού μειοδότη. 2). Τα στοιχεία αυτά του παραρτήματος 5 της αιτιολόγησης οικονομικής προσφοράς του προσωρινού μειοδότη: α). ενσωματώνονται στους πίνακες υπολογισμού κόστους που υπέβαλλε για την αιτιολόγηση της προσφοράς του ο προσωρινός μειοδότης, και β). σας έχουν κοινοποιηθεί και μπορείτε να ελέγξετε την τελική κοστολόγηση, όπως είναι ενσωματωμένα και με το εργατικό κόστος. Παραμένει το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής σας ενώπιων της ΑΕΠΠ κατά της 39/2023 απόφασης της Ο.Ε.».

38. Οι αρχές της ισότητας και της διαφάνειας υποχρεώνουν την αναθέτουσα αρχή να παρέχει στους προσφέροντες γενική πρόσβαση στα υποβαλλόμενα από έναν οικονομικό φορέα, στο πλαίσιο αιτιολόγησης της προσφοράς του που εμφανίστηκε κατ' αρχήν ως ασυνήθιστα χαμηλή, στοιχεία, ώστε να διασφαλιστεί ο έλεγχος του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού. Εξάλλου, η πρόσβαση στα στοιχεία αυτά είναι απολύτως αναγκαία για την αποτελεσματική άμυνα των προσφερόντων κατά της απόφασης αποδοχής των εξηγήσεων (ΔΕφΚομοτηνής 113/2022). Ακόμη δε και σε περίπτωση εμπιστευτικών πληροφοριών, μεταξύ των οποίων μπορεί να περιλαμβάνονται και προσωπικά δεδομένα, οφείλει η αναθέτουσα αρχή να εξετάσει τη δυνατότητα να γνωστοποιήσει στον αιτούντα διαγωνιζόμενο το βασικό περιεχόμενο των επίμαχων πληροφοριών, ήτοι ιδίως τις πληροφορίες που αφορούν τις καθοριστικές πτυχές της απόφασής της να κάνει δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα που χαρακτήρισε τις πληροφορίες του ως εμπιστευτικές, εφόσον τέτοιου είδους γνωστοποίηση μπορεί να διαφυλάξει τον εμπιστευτικό χαρακτήρα των ειδικών στοιχείων, για τα οποία δικαιολογείται πραγματικά η προστασία αυτή (πρβλ. ΔΕΕ, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, οπ. π., σκ. 122 και 123, και Antea Polska S.A., οπ.π., σκ. 65).

39. Ενόψει των παραπάνω, είναι ακυρωτέα η άρνηση της αναθέτουσας αρχής να χορηγήσει στην προσφεύγουσα τις προσφορές των προμηθευτών/συνεργατών της παρεμβαίνουσας, η οποία επισημαίνεται ότι δεν είχε σημάνει καμία πληροφορία ως εμπιστευτική. Ειδικότερα, η επίκληση της ύπαρξης «*ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων*» στο αρχείο αυτό, πέραν του ότι δεν τεκμηριώνεται με αναφορά σε συγκεκριμένα στοιχεία του αρχείου που υπάγονται στις οικείες διατάξεις της νομοθεσίας προστασίας προσωπικών δεδομένων, δεν αιτιολογεί τη συλλήβδην άρνησή της να χορηγήσει όλες τις υποβληθείσες προσφορές, δεδομένου ότι είχε τη δυνατότητα να χορηγήσει το αρχείο αποκρύπτοντας τις πληροφορίες που, κατά την κρίση της, έπρεπε να προστατευτούν ως «ευαίσθητα προσωπικά δεδομένα». Περαιτέρω, το γεγονός ότι τα επιμέρους στοιχεία κόστους που προκύπτουν από τις προσφορές των προμηθευτών/συνεργατών έχουν ενσωματωθεί στους πίνακες υπολογισμού κόστους που υπέβαλε η προσφεύγουσα δεν απαλλάσσει την αναθέτουσα αρχή από την υποχρέωση γνωστοποίησης των προσφορών, διότι στους πίνακες υπολογισμού κόστους δεν περιέχονται όλες τις επιμέρους πληροφορίες των προσφορών των προμηθευτών, παρά μόνο οι προσφερόμενες από την παρεμβαίνουσα τιμές, χωρίς την αντίστοιχη τεκμηρίωση. Κατά συνέπεια, πρέπει να ακυρωθεί η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να χορηγήσει στην προσφεύγουσα πρόσβαση στα στοιχεία των προσφορών των προμηθευτών/συνεργατών της παρεμβαίνουσας που περιέχονται στο αρχείο «5. ΠΡΟΣΦΟΡΕΣ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ-ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΩΝ.pdf» και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου αυτή να γνωστοποιήσει τα παραπάνω στοιχεία στην προσφεύγουσα, με διαγραφή, κατά την κρίση της, τυχόν προσωπικών δεδομένων, των οποίων η κοινοποίηση στην προσφεύγουσα δεν είναι αναγκαία για την αποτελεσματική άμυνά της κατά της απόφασης αποδοχής των εξηγήσεων.

40. Κατόπιν των γενομένων δεκτών στη σκέψη 19, η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το σκέλος της με το οποίο έγιναν δεκτές οι εξηγήσεις επί της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας ως προς το κονδύλιο που αναφέρεται ειδικότερα στην ανωτέρω σκέψη. Ωστόσο, η ΕΑΔΗΣΥ δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβληθείσα πράξη, ούτε να προβεί, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής, η ίδια στην οφειλόμενη

ενέργεια (πρβλ. ΣΤΕ 832/2021). Ειδικότερα, η Αρχή δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή στην άσκηση των αρμοδιοτήτων του άρθρου 88 ν. 4412/2016, ήτοι στην έκδοση αιτιολογημένης απόφασης αποδοχής των οικονομικών προσφορών ή απόρριψής τους ως ασυνήθιστα χαμηλών, η οποία (έκδοση της οικείας απόφασης) προϋποθέτει την ανάπτυξη πραγματικού διαλόγου μεταξύ του οικονομικού φορέα και της αναθέτουσας αρχής για τη διαπίστωση της σοβαρότητας και της φερεγγυότητας των προσφορών. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί κατά τα ανωτέρω, προκειμένου η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή, ώστε να εκτιμηθεί αιτιολογημένα από τα αρμόδια όργανά της, κατ' ενάσκηση των κατ' άρθρα 88 ν. 4412/2016 και 4.1.η' της Διακήρυξης αρμοδιοτήτων τους, εάν οι διαπιστωθείσες πλημμέλειες των εξηγήσεων της παρεμβαίνουσας επί της οικονομικής προσφοράς της, την καθιστά ασυνήθιστα χαμηλή και τις προσφερόμενες τιμές ανεπαρκείς για την εκτέλεση της συγκεκριμένης υπό ανάθεση σύμβασης.

41. Ενόψει των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η παρέμβαση να απορριφθεί και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής και αναπέμπει στην αναθέτουσα αρχή, κατά το σκεπτικό.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη παράλειψη της αναθέτουσας αρχής και αναπέμπει στην αναθέτουσα αρχή, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 11 Μαΐου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ