

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.11.2022 με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1698/30.11.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του «...» και δη κατά της με αρ. 203/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του «...», με την οποία κατ' αποδοχή του από 17.10.2022 πρακτικού Ι-β του διαγωνισμού του έργου «...» της Επιτροπής Διαγωνισμού, αποφασίστηκε η ανακήρυξη ως προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα «...».

Του παρεμβαίνοντος «...», που κατοικοεδρεύει στο «...», ο οποίος άσκησε την από 30.11.2022 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) παρέμβασή του, επί σκοπώ απόρριψης της ασκηθείσας προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία Μανδράκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 605,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν.

4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα και εν γένει παραδεκώς. Επέκεινα, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ασκεί την παρέμβασή του, ο οικονομικός φορέας «...». Δοθέντος ότι αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος, διά της προσβαλλομένης απόφασης, της επίμαχης σύμβασης και ευλόγως επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος αυτής. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή διά του με αριθμ. πρωτ. 9659/02.12.2022 εγγράφου της, διατυπώνει τις απόψεις της επί της προκείμενης προσφυγής, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, προς γνώση όλων. Επέκεινα, εκπροθέσμως και επομένως απαραδέκτως υποβάλλει η προσφεύγουσα το υπόμνημα της, στις 22.12.2022, δοθέντος ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 «Συμπληρωματικά υπομνήματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ [...] το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής».

4. Επειδή, με την από 11.08.2022 Διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός για την κατασκευή έργου, με τίτλο «...» εκτιμώμενης αξίας 120.967,74 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 11.08.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν οι εξής οικονομικοί φορείς, κατά σειρά μειοδοσίας: 1) «...», με ποσοστό προσφερόμενης έκπτωσης 43,00%, 2) «...» με ποσοστό προσφερόμενης έκπτωσης 16,00% 3) «...» με ποσοστό προσφερόμενης έκπτωσης 14,00%, 4) «...» με ποσοστό προσφερόμενης

έκπτωσης 13,00% και 5) «...» με ποσοστό προσφερόμενης έκπτωσης 1,00%. Κατόπιν δε του 1^{ου} Πρακτικού που η επιτροπή είχε εισηγηθεί ομόφωνα στην Οικονομική Επιτροπή του «...» να ζητήσει από τον οικονομικό φορέα «...» να δώσει εξηγήσεις για την τιμή ή το κόστος που προτείνει στην προσφορά του, διότι θεωρήθηκε ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, καθόσον εμφανίζει απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν, η Οικονομική Επιτροπή του «...», διά της με αρ. 160/27.09.2022 απόφασής της κάλεσε τον ανωτέρω οικονομικό φορέα να δώσει εξηγήσεις για την τιμή ή το κόστος που προτείνει στην προσφορά του δεδομένου ότι χαρακτηρίζεται ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Ο ως άνω συμμετέχων, εμπρόθεσμα, απέστειλε τις εξηγήσεις του και την έγγραφη αιτιολόγηση της προσφοράς του, διά της προσβαλλομένης δε, η κατά τα ως άνω αιτιολόγηση θεωρήθηκε επαρκής, κατά συνέπεια αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος της επίμαχης σύμβασης, με ποσοστό μείσης τεκμαρτής έκπτωσης 43,00% επί των τιμών του τιμολογίου της μελέτης. Κατά της ανωτέρω απόφασης, στρέφεται η προσφεύγουσα διά της εξεταζόμενης προσφυγής της, υποστηρίζοντας διά των προβαλλομένων σε αυτή λόγων ότι η παρασχεθείσα από τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο και ώδε παρεμβαίνοντα αιτιολόγηση πάσχει και συνεπώς, πάσχει και η προσβαλλόμενη απόφαση, που την έκανε αποδεκτή.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία και υπέβαλε προσφορά, η οποία και έγινε αποδεκτή διά της προσβαλλομένης, με άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον στρέφεται διά της εξεταζόμενης προσφυγής της, κατά της αποδοχής της προσφοράς του ώδε παρεμβαίνοντας, ύστερα από την παροχή εξηγήσεων σχετικά με την φερόμενη ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά του, δυνάμει της προσβαλλομένης απόφασης, δοθέντος ότι η προσφορά της είναι δεύτερη στη σειρά κατάταξης και συνεπώς, στην περίπτωση απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντας, εύλογα προσδοκά ότι θα αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης. Ειδικότερα, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι, κατά παράβαση των όρων της υπόψη διακήρυξης και του

οικείου νομοθετικού πλαισίου έγινε αποδεκτή η αιτιολόγηση, που υπέβαλε η πρώτη στη σειρά κατάταξης ένωση εταιρειών και ώδε παρεμβαίνουσα, σύμφωνα με την οποία είναι σε θέση να εκτελέσει το υπό ανάθεση έργο, διότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει από ελλιπή αιτιολόγηση ως προς την αποδοχή της τεκμηρίωσης της οικονομικής προσφοράς της αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου και συνεπώς, η απόφαση αυτή είναι ακυρωτέα.

6. Επειδή, στο άρθρο 88 του Ν.4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) (ΦΕΚ Α' 200/24.10.16) ορίζεται ότι: «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν 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 πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. 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. 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην

παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18. 4. [...] 5. [...] 5α. 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. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο. Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, 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. [...]

7. Επειδή, η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣτΕ 352/2016, 53/2011, ΣτΕ 3669/2015, 5022/2012), ορίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής, αναφορικά με τα τιθέμενα εν προκειμένω ζητήματα: «4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού [...] στ) Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού, την ίδια ημέρα, ελέγχει τα δικαιολογητικά συμμετοχής του άρθρου 24.2 της παρούσας, κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. [...] ζ) Η Επιτροπή Διαγωνισμού, παράλληλα με τις ως άνω ενέργειες, επικοινωνεί με τους εκδότες που αναγράφονται στις υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. [...] η) Η περιγραφόμενη διαδικασία καταχωρείται στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ή σε παράρτημά του, που υπογράφεται από τον Πρόεδρο και τα μέλη της. 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. 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. θ) Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση έγκρισης του πρακτικού σε όλους τους

προσφέροντες, εκτός από εκείνους, οποίοι αποκλείστηκαν οριστικά, λόγω μη υποβολής ή προσκόμισης της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα με την περίπτωση (γ) της παρούσας παραγράφου 4.1 και παρέχει πρόσβαση στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής και στις οικονομικές προσφορές των λοιπών προσφερόντων. Κατά της απόφασης αυτής χωρεί προδικαστική προσφυγή, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 4.3 της παρούσης.»

8. Επειδή, η έννοια της αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς δεν αποδίδεται ρητά από τις διατάξεις των Ενωσιακών Οδηγιών, αλλά αποτελεί αόριστη αξιολογική έννοια (βλ. Δ. Ράϊκος Δημόσιες Συμβάσεις, σελ. 858). Ως εκ τούτου, πρέπει να καθορίζεται συγκεκριμένα σε κάθε σύμβαση σε σχέση με το αντικείμενο που αποτελεί το περιεχόμενό της, (βλ. Απόφ. Γεν. Δικαστ. υπόθ. T-495/04, σκέψη 94). Η έννοια δε της αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς δεν θεμελιώνεται αορίστως από την αναθέτουσα αρχή αλλά καθορίζεται με αναφορά στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και συνθήκες του υπό εκτέλεση έργου. Προσέτι, η κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς τον χαρακτηρισμό της προσφοράς, ελέγχεται δικαστικά ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει (βλ. ΕΣ Τμ. Μείζ. Επτ. Σύνθ. 1077/2016, ΕΣ Τμ. IV Πράξεις 3/2017, 21/2016) και πλέον υπάγεται στον έλεγχο της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή εφόσον κρίνει μια προσφορά ως αδικαιολόγητα χαμηλή, οφείλει να ζητήσει διευκρινίσεις από τον προσφέροντα αποστέλλοντας σχετική πρόσκληση. Η πρόσκληση προς τον προσφέροντα και οι διευκρινίσεις από αυτόν, συνιστούν έναν κατ' αντιπαράθεση διάλογο διεξαγόμενο σε εύθετο χρόνο (βλ. Δ. Ράϊκος Δημ. Συμβάσεις, σελ. 862), ώστε ο προσφέρων να αποδείξει ότι η προσφορά του είναι σοβαρή και η αναθέτουσα αρχή να μην καταλήξει σε αυθαίρετες εκτιμήσεις, (βλ. ΔΕΚ Υπόθ. C- 599/10 σκ. 29, C-285/99 & 286/99 σκ.57). Ο δε προσφέρων δύναται να υποβάλει όλες τις διευκρινίσεις που κρίνει σκόπιμες, με βάση την φύση και τα χαρακτηριστικά της σύμβασης, (βλ. ΔΕΚ Υπόθ. C568/13 σκ. 50), οι οποίες δεν είναι εξαντλητικές ούτε επιτρέπεται ο αποκλεισμός ορισμένων ειδών διευκρινίσεων, (βλ. ΔΕΚ Υπόθ. C-599/10 σκ. 28, Υπόθ. C- 285/99 & 286/99 σκ. 82, 83, 85).

Εναπόκειται, εντέλει, στην αναθέτουσα αρχή να διατυπώνει με σαφήνεια την πρόσκληση που αποστέλλει στους φορείς ώστε να αποδείξουν λυσιτελώς την σοβαρότητα της πρότασής τους (βλ. ΔΕΚ Απόφ. C-599/10 σκ. 31). Η αξιολόγηση της αναθέτουσας αρχής προφανώς πρέπει να λαμβάνει τα ανά περίπτωση προκύπτοντα στοιχεία ενώ δεν είναι δεσμευτικές οι όποιες γενικές κρίσεις π.χ. περί συνήθους ποσοστού έκπτωσης, περί αντίστοιχων πρότερων συμβάσεων της ίδιας ή άλλων αναθετουσών αρχών σε ίδιο αντικείμενο, περί επιχειρηματικής απόφασης επέκτασης δραστηριοτήτων ή απόκτησης εμπειρίας κ.λπ. (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 979/2018, 188/2022).

9. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης και την εφαρμογή των κανονιστικού περιεχομένου όρων της υπόψη διακήρυξης, ως παρατίθενται στη σκέψη 7 της παρούσας, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή, έχοντας διαπιστώσει ότι η προσφορά του ώδε παρεμβαίνοντος και πρώτου στη σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα φέρεται ως «ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά», καθόσον εμφανίζει απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από το μέσο όρο του συνόλου των παραδεκτών προσφορών, απέστειλε στον ανωτέρω πρόσκληση, δυνάμει της σχετικής απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του «...», με μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας και μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του υποσυστήματος, «προκειμένου να δώσει εξηγήσεις για την τιμή ή το κόστος που προτείνει στην προσφορά του», εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης (03.10.2022). Στις 11.10.2022 ο εν λόγω διαγωνιζόμενος υπέβαλε εμπρόθεσμα την αιτιολόγηση της οικονομικής του προσφοράς, μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήλθε στις 17.10.2022 και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η υποβληθείσα αιτιολόγηση είναι επαρκής. Ενόψει των ανωτέρω, βασίμως καταρχάς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι πλημμελώς έγινε αποδεκτή η αιτιολόγηση του εν λόγω διαγωνιζόμενου, δυνάμει της προσβαλλομένης και κατ' αποδοχή του σχετικού πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο, η επιτροπή διαγωνισμού εισηγείται την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, διατυπώνοντας: «Και θεωρώντας επαρκή την αιτιολόγηση του οικονομικού φορέα «...»

εισηγούμαστε ομόφωνα στην Οικονομική Επιτροπή του «...» που ενεργεί ως αναθέτουσα αρχή να αναδειχθεί ως προσωρινός ανάδοχος η εργοληπτική επιχείρηση «...», με ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης σαράντα τρία επί τοις εκατό (43,00%) επί των τιμών του τιμολογίου της μελέτης». Και τούτο διότι, από τα ανωτέρω διατυπωθέντα στην προσβαλλόμενη απόφαση συνάγεται ότι ελλείπει πλήρως η αιτιολογία που θα έπρεπε να αποτυπωθεί αναφορικά με την εξέταση και διάγνωση της επάρκειας των παρασχεθεισών από τον ώδε παρεμβαίνοντα εξηγήσεων. Ως ρητώς και εναργώς δε προκύπτει από τους σχετικούς κανονιστικού περιεχομένου όρους της οικείας διακήρυξης («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 αναθέτουσας αρχής»), η επιτροπή διαγωνισμού πρέπει να γνωμοδοτήσει αναφορικά με την εξέταση των παρασχεθεισών εξηγήσεων, όπερ εν προκειμένω δεν συντρέχει, ενώ, ως γίνεται δεκτό, κατά τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου και σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, όπερ, ομοίως, δεν συντρέχει στην προκείμενη περίπτωση. Πιο συγκεκριμένα, η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων. Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000) και δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία δε, είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 663/2019, 205/2022). Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των

πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ανατιολόγητη ή δεν έχει νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., Νομική Βιβλιοθήκη, αρ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣτΕ 2418/1976, 1061/1981). Στην προκείμενη περίπτωση, εντούτοις, η προσβαλλόμενη απόφαση, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, πάσχει αιτιολογίας, καθώς δεν αποτυπώνεται σε αυτή κανένα στοιχείο που να ικανοποιεί την υποχρέωση ειδικής, σαφούς και επαρκούς αιτιολογίας, ειδικότερα μάλιστα, δεν αναφέρεται κανένα στοιχείο αναφορικά με την εξέταση των παρασχεθεισών εξηγήσεων, όσον αφορά, ενδεικτικά, το έμμεσο κόστος ή το κόστος για τα χωματουργικά (Ομάδα 1) και τα ασφαλικά (Ομάδα 2), που αποτελούν ουσιώδες τμήμα της υπό ανάθεση σύμβασης ιδίως δε, δεν αναφέρονται τα συγκεκριμένα συμπεράσματα, στα οποία καταλήγει η αναθέτουσα αρχή επί αυτών, αφού ουδεμία ειδική αναφορά υφίσταται ως προς τη συμφωνία των εν λόγω στοιχείων με την ειδικότερη φύση του έργου, τα απαιτούμενα κόστη κ.λπ., ώστε να προκύπτει άνευ οιασδήποτε αμφιβολίας η έγκαιρη και ομαλή πλήρωση των απαιτήσεων του έργου από τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα. Τουναντίον, η προσβαλλόμενη απόφαση αρκείται στη διατύπωση ενός γενικού και αόριστου συμπεράσματος, κατά το οποίο, η Επιτροπή θεωρεί επαρκή την αιτιολόγηση του οικονομικού φορέα, χωρίς, όμως, να τεκμηριώνεται πόθεν προκύπτει η ως άνω διατυπωθείσα επάρκεια αναφορικά με τις απαιτήσεις του προς ανάθεση έργου. Ενόψει των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό ότι τα διαλαμβανόμενα στην προσβαλλόμενη πράξη δεν μπορούν να θεωρηθούν ότι συνιστούν ειδική αιτιολογία, υπό την έννοια του νόμου. Και τούτο, διότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να ελέγχουν ουσιαστικά τις διευκρινίσεις που παρέχονται, στο πλαίσιο της διαδικασίας του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, ήτοι, να ελέγχουν διεξοδικά τα επιμέρους δηλωθέντα κόστη και όχι μόνο το συνολικό κόστος της οικονομικής προσφοράς, διατυπώνοντας με σαφήνεια και πληρότητα την άποψή τους για

κάθε ένα από τα κόστη αυτά ξεχωριστά, ώστε το τελικώς εγκριθέν συνολικό κόστος, να είναι πλήρως και επαρκώς αιτιολογημένο. Τούτων δοθέντων και καθόσον εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε εν τέλει μια οικονομική προσφορά που εμφανίζεται ως «ασυνήθιστα χαμηλή», χωρίς, ωστόσο, να συμπεριλάβει ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία στη σχετική απόφασή της, ως επιβάλλει ο νόμος και ως παγίως νομολογιακά έχει κριθεί (πρβλ. ενδεικτικά αριθμ. 107/2021 Απόφαση ΔιοικΕφ Πειραιά), ο σχετικός λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και συνεπώς, η απόφαση αυτή είναι κατά τούτο ακυρωτέα.

10. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και από την επισκόπηση της παρασχεθείσας από τον παρεμβαίνοντα αιτιολόγησης για την φερόμενη ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά του, προκύπτει ότι ο ανωτέρω δηλώνει σε αυτήν ότι το άμεσο και έμμεσο κόστος του ανέρχονται σε 52.296,24€ και το εκτιμώμενο κέρδος του (μετά φόρων) σε 7.641,39€, συμπεριλαμβάνει δε σε αυτήν (την αιτιολόγηση) προσφορά τρίτου οικονομικού φορέα με βάση την οποία εκτιμήθηκε το κόστος των προβλεπόμενων εργασιών (48.895,00€), πίνακα υπολογισμού των γενικών εξόδων (3.401,24€) και πρόσφατη απόφαση υπολογισμού εργατικής δαπάνης (1,58%) σε άλλο ομοειδές έργο «...». Περαιτέρω, από την επισκόπηση της υποβληθείσας με την αιτιολόγηση της προσφοράς του τρίτου οικονομικού φορέα εμφανίζεται ότι δηλώνεται συγκεκριμένα η αξία των εργασιών που θα αναλάβει ο τελευταίος, βασίμως δε δύναται να υποστηριχθεί ότι υπερβαίνει το 30% της αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, καθόσον ερείδεται η εν λόγω προσφορά στο σύνολο των εργασιών που συγκροτούν το άμεσο κόστος του υπόψη έργου. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ο τρίτος εν προκειμένω δηλωθείς οικονομικός φορέας, η προσφορά του οποίου αποτελεί μέρος της υποβληθείσας από τον παρεμβαίνοντα αιτιολόγησης, αναλαμβάνει να εκτελέσει ουσιώδες μέρος του έργου και μάλιστα με αντίτιμο τη δαπάνη που παρουσιάζει ο προσφεύγων ως άμεσο κόστος της προσφοράς του. Συνεπεία τούτων, πρέπει να γίνει δεκτό, ως ορθώς υπολαμβάνει η προσφεύγουσα, καθ' ερμηνεία της οικείας προσφοράς του προσφέροντος, ότι πρόκειται για συνεργασία με τον

συγκεκριμένο τρίτο και δη υπεργολαβία, αντιθέτως δε, αβασίμως υποστηρίζει ο παρεμβαίνων ότι δεν πρόκειται για «δεσμευτική συμφωνία» και για αυτό άλλωστε δεν δήλωσε τα ανωτέρω και στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ του και τούτο ειδικότερα διότι, πλημμελώς δεν προέβη στη σχετική δήλωση στο ΕΕΕΣ του. Προσέτι, η αναφορά του παρεμβαίνοντος στην αιτιολόγηση του έδει «συμπερασμάτων» και ανακεφαλαιωτικά, βάσει των προϋποθέσεων που θέτει το άρθρο 89 του Ν. 4412/2016, ότι δηλαδή, ως προς τη συμμόρφωση με τις υποχρεώσεις του άρθρου 131 του Ν. 4412/2016 «δεν προτίθεται να χρησιμοποιήσει εργολάβους για την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου» καμία επιρροή δεν ασκεί, παρά τα αντιθέτως ισχυριζόμενα από τον παρεμβαίνοντα, διότι διά της υποβολής της κατά τα ως άνω προσφοράς του τρίτου στις εξηγήσεις του, ορθώς δύναται να εκληφθεί ότι εξαρτάται ο εν λόγω προσφέρων από την ανταπόκριση του τρίτου/ υπεργολάβου, τη συνεργασία με τον οποίο δηλώνει το πρώτον στις εξηγήσεις του, προκειμένου για την άρτια και εμπρόθεσμη εκτέλεση της σύμβασης, για αυτό άλλωστε βασίζεται και «αξιοποιεί» την οικονομική προσφορά του τρίτου, ήτοι για την αιτιολόγηση της δικής του. Δοθέντος δε ότι, ως εμφανίζεται από την επισκόπηση της προσφοράς του παρεμβαίνοντος στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. «...»), στο υποβληθέν από αυτόν ΕΕΕΣ, στο Μέρος II – Δ αυτού και στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;», απάντησε αποφατικά («ΟΧΙ»), πρέπει να γίνει δεκτό ότι βασίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι πλημμελώς έχει συμπληρωθεί το ΕΕΕΣ του και η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε, διαπιστώνοντας τη μη συμμόρφωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα στις διατάξεις του άρθρου 131 του Ν. 4412/2016, να προβεί στην απόρριψη των παρασχεθεισών εξηγήσεων και κατ' ακολουθίαν της προσφοράς του. Και τούτο ειδικότερα διότι, από τη συνδυαστική εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων και των κανονιστικού περιεχομένου όρων της οικείας διακήρυξης, γίνεται δεκτό, ότι εφόσον από την αιτιολόγηση προκύπτει πως ο υποψήφιος προτίθεται να αναθέσει τμήμα (οιουδήποτε - έστω και ελάχιστου ποσοστού) της σύμβασης σε υπεργολάβους, μολονότι έχει απαντήσει αρνητικά στο σχετικό ερώτημα του

ΕΕΕΣ, η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη (Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΑΕΠΠ 585/2020, 1001/2020, 22-23/2020). Σύμφωνα δε με την παρ. 5α του άρθρου 88 του Ν.4412/2016: «Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, 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». Εφόσον, δηλαδή, δηλώνεται, ως ανωτέρω στις παρασχεθείσες εξηγήσεις, συγκεκριμένη δεσμευτική προσφορά υπεργολάβου, τεκμαίρεται κατ' ερμηνεία της οικείας προσφοράς η συνεργασία με συγκεκριμένο υπεργολάβο και επομένως, συνάγεται εν προκειμένω, ότι το ΕΕΕΣ του οικονομικού φορέα του ώδε παρεμβαίνοντος συμπληρώθηκε πλημμελώς, καθιστώντας ούτως τη προσφορά του απορριπτέα. Τα όσα δε περί αντιθέτου υποστηρίζουν η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα.

11. Επειδή, τούτων δοθέντων, η ανωτέρω διαπιστωθείσα πλημμέλεια της παροχής εξηγήσεων για την φερόμενη ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά του παρεμβαίνοντος παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την μη αποδοχή της επάρκειας αυτών και συνεπώς, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, θα έπρεπε να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς του, συνακολουθώντας δε το σχετικό αίτημα της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτό.

12. Επειδή, περαιτέρω, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι, ως εμφανίζεται από την παρασχεθείσα αιτιολόγηση της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, για τον υπολογισμό του έμμεσου κόστους έλαβε μεν υπόψη την Εγκύκλιο 9/25.07.2017 αλλά μόνο μερικώς, ήτοι υπολόγισε τις επιμέρους δαπάνες επί τη βάσει ποσού 68.967,74€ και όχι επί τη βάσει του εκτιμώμενου προϋπολογισμού του έργου που ανέρχεται σε 120.967,74€, που αποτελεί και τον προϋπολογισμό του κόστους των εργασιών. Σχετικά με το ως άνω τιθέμενο ζήτημα, βασίμως υποστηρίζει εν προκειμένω ο παρεμβαίνων ότι «η Εγκύκλιος 9/2017 δεν θεσπίζει υποχρεωτικό κανόνα δικαίου σχετικά με την σύνταξη (και την αιτιολόγηση) των προσφορών» (βλ. Διοικητικό Εφετείο

Πατρών Α9/2022, σκ 16), ακόμα δε και όταν χρησιμοποιείται η δομή της υπόψη Εγκυκλίου, τα επιμέρους ποσοστά που προβλέπονται από αυτήν δεν είναι υποχρεωτικά (βλ. ΕΑΔΗΣΥ Σ1682/2022, σκ 59), ωστόσο, τα ανωτέρω δεν αναιρούν τη βάση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ότι δηλαδή, για κάποιες επί μέρους εργασίες, παρουσίασε ο παρεμβαίνων τις δαπάνες μειωμένες συγκριτικά με τα διαλαμβανόμενα στην Εγκύκλιο 9/25.05.2017, προεχόντως δε χωρίς καμία αιτιολόγηση. Αντιθέτως με όσα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, η προσφεύγουσα, με συγκεκριμένους ισχυρισμούς αποδίδει πλημμέλειες στην αιτιολόγηση του παρεμβαίνοντος όσον αφορά το έμμεσο κόστος, ενδεικτικά δε αναφέρεται ότι στον υπολογισμό του παρεμβαίνοντος για το ΕΦΚΑ του έργου (3% μέγιστο ποσοστό), βασίμως παραπονείται η προσφεύγουσα ότι αυτός είναι εσφαλμένος διότι έπρεπε να γίνει επί τη βάσει του προϋπολογισμού του έργου, ως επίσης στον υπολογισμό για τις κρατήσεις υπέρ του Δημοσίου, η αιτιολόγηση είναι εσφαλμένη διότι ερείδεται ο παρεμβαίνων, ως βάση υπολογισμού του, στο ποσό της προσφοράς του και όχι της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, με συνέπεια να συνάγεται εν προκειμένω διαφορά ύψους 512,24€. Ενόψει των βασίμως ιστορούμενων στη προσφυγή, συνάγεται ότι εν προκειμένω εμφανίζεται διαφορά που εντέλει δεν αιτιολογείται μεταξύ της προσφοράς και της δαπάνης που παρουσιάζεται στην παρασχεθείσα αιτιολόγηση, όπερ καθιστά την αιτιολόγηση μη επαρκή και συνεπώς, την προσφορά απορριπτέα. Προσέτι, αβασίμως διατείνεται η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της ότι το δημοπρατούμενο έργο είναι τεχνικά απλό, για αυτό και εκτιμά ότι το ποσό των γενικών εξόδων που υπολογίστηκε από τον προσωρινό μειοδότη είναι απόλυτα ικανοποιητικό, τόσο στο σύνολό του, όσο και ως προς τα επιμέρους κονδύλια, κανένα από τα οποία δεν παραλείφθηκε. Είναι δε αβάσιμος ο ανωτέρω ισχυρισμός, πρωτίστως διότι δεν αρκεί για να αιτιολογήσει την μεγάλη απόκλιση της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος, επί τη βάσει του τεθέντα από την ίδια την αναθέτουσα αρχή εκτιμώμενου προϋπολογισμού του έργου (που είναι σχεδόν διπλάσιος της εξεταζόμενης προσφοράς) και των λοιπών παραδεκτών προσφορών. Και ναι μεν η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία διέπεται από το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας

από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, ωστόσο τούτο δεν αναιρεί την υποχρέωση συμμόρφωσης των συμμετεχόντων με τους κανονιστικούς περιεχομένου όρους της οικείας διακήρυξης, είτε πρόκειται για τις δαπάνες του έργου (άρθρο 11.1), ήτοι του εκτιμώμενου εν προκειμένω προϋπολογισμού βάσει των ουσιωδών χαρακτηριστικών του έργου και της ζητούμενης κατασκευής, είτε πρόκειται για τους όρους υποβολής των προσφορών (άρθρο 13) κ.ο.κ.

13. Επειδή, σύμφωνα με τα όσα κρίθηκαν ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη, η παρέμβαση να απορριφθεί, το δε παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί κατά το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη με αρ. 203/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 16 Ιανουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος
Βασιλική Καραδήμα**

**Η Γραμματέας
Αναστασία Ρουμελιώτη**