

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18-11-2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη – Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου - Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18-10-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1274/21-10-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ *****.», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Και την από 31-10-2019 παρέμβαση της εταιρίας «*****», νόμιμα εκπροσωπούμενης, ως και

Την από 14-11-2019 πρόσθετη παρέμβαση της εταιρίας «*****».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση: α) της η από 26.09.2019, υπ' αριθμ. 2455/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (ΘΕΜΑ υπ' αριθ. 80), με την οποία εγκρίθηκε το από 01.08.2019 Πρακτικό 1ο της Επιτροπής Διαγωνισμού που διαβιβάσθηκε στην Οικονομική Επιτροπή με το με αριθμό 562988/13-9-2019 έγγραφο της Δ/σης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών, β) της ΟΡΘΗΣ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗΣ της από 26.09.2019, υπ' αριθμ. 2455/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (ΘΕΜΑ υπ' αριθ. 80), γ) του από 01.08.2019 Πρακτικού 1ου της Επιτροπής Διαγωνισμού που διαβιβάσθηκε στην Οικονομική Επιτροπή με το με αριθμό 562988/13-9-2019 έγγραφο της Δ/σης

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών και δ) κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη, στο μέτρο που με αυτές έγινε δεκτό ότι η διαγωνιζόμενη εταιρεία «*****» με δ. τ. *****» πληροί τα κριτήρια επιλογής του Α' Σταδίου του Διαγωνισμού και, κατά συνέπεια, έγινε αποδεκτή η συμμετοχή της στα επόμενα στάδια του Διαγωνισμού. Επίσης ζητά να απορριφθεί η προσφορά που υπέβαλε η άνω εταιρεία «***** με δ. τ. *****» και να αποκλεισθεί η συμμετοχή της από τα επόμενα στάδια του Διαγωνισμού.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό*****), ποσού 15.000,00€.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτός κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις αναρτήθηκαν στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 8-10-2019 και στις 15-10-2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε την 18-10-2019.

5. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας καταρχήν στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι η ίδια έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της στον υπόψη διαγωνισμό, προσδοκώντας εύλογα να της ανατεθεί η εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

6. Επειδή, με τη με ΑΔΑΜ *****2019-05-27 διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάθεση της σύμβασης έργου «Συντήρηση οδοστρώματος, οριζόντιας και κατακόρυφης σήμανσης, των οδικών αξόνων της Λ.Συγγρού, Λ.Πειραιώς, Βασ.Σοφίας, Φειδιππίδου & Μεσογείων αρμοδιότητας Δ.Δι.Μ.Υ. Περιφέρειας *****», προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 12.096.774,19€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Κατά τον όρο 11.3. της διακήρυξης, αντικείμενο της σύμβασης είναι η συστηματική συντήρηση – ανακατασκευή της επιφάνειας κυκλοφορίας των οδικών αξόνων

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

της Λ. Συγγρού, Λ. Πειραιώς, Βασ. Σοφίας, Φειδιππίδου & Μεσογείων αρμοδιότητας Δ.Δ.Ι.Μ.Υ Περιφέρειας***** , η αντιμετώπιση κάθε αστοχίας που θα παρουσιαστεί κατά τη διάρκεια της εργολαβίας αναβαθμίζοντας το επίπεδο εξυπηρέτησης των εποχούμενων στους πλέον σημαντικούς και επιβαρυσμένους άξονες κυκλοφορίας (όπως είναι η Λ. Συγγρού) και ειδικότερα: η συντήρηση και βελτίωση και ανακατασκευή τμημάτων του οδοστρώματος, η συντήρηση και βελτίωση της οριζόντιας (διαγράμμιση) σήμανσης κατά μήκος των αξόνων, η τροποποίηση της στάθμης των στομιών των φρεατίων επίσκεψης και υδροσυλλογής, όπου αυτά παρατηρείται να είναι βυθισμένα είτε υπερυψωμένα, σε σχέση με την επιφάνεια του οδοστρώματος, καθώς και η επισκευή όπου απαιτείται, ο καθαρισμός των φρεατίων υδροσυλλογής ομβρίων των συνδετηρίων αγωγών των φρεατίων υδροσυλλογής με το δίκτυο ομβρίων και των αγωγών του δικτύου ομβρίων, εργασίες συμπλήρωσης πλακοστρώσεων σε νησίδες και αντικατάσταση κατεστραμμένων κρασπέδων. Το εν λόγω έργο κατατάσσεται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου Δημοσίων Συμβάσεων (CPV): : 45233141-9, 45233142-6, 45233210-4, 45233220-7, 45233222-1, 45233223-8, 45233251-3, 45233252-0, 45233292-2, 45233280-5, 45233261, 452332214, 44811000-8, 34922000-6, 45232453-2, 45232454-9, 45233229-0, 45233252-0. Η διάρκεια της σύμβασης ορίσθηκε σε 12 μήνες. Κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε, κατά τον όρο 14 της διακήρυξης, η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 15-7-2019. Η εν λόγω διακήρυξη καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α ***** . Σύμφωνα με το 1^ο/1-8-2019 Πρακτικό Διεξαγωγής Διαγωνισμού, στο διαγωνισμό συμμετείχαν κατά σειρά μειοδοσίας οι εξής: «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 58,35%, «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 54,83%, «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 51,52%, «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 48,83%, «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 46,13%, «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 44,11%, «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 42,35%, «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 13,83% και «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 5,00%. Σύμφωνα με το ίδιο Πρακτικό,

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών εγγυητικών επιστολών συμμετοχής διαπιστώθηκε ότι η εταιρεία με την επωνυμία: «*****» δεν υπέβαλλε εγγυητική συμμετοχής σύμφωνα με τα όσα ορίζει το άρθρο 24.2.δ της Διακήρυξης, η Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής (Ε.Ε.Σ) που κατατέθηκε από την εταιρεία με την επωνυμία: «*****» έχει χρόνο ισχύος μικρότερο του προβλεπόμενου από την διακήρυξη. Κατά τον έλεγχο των Ε.Ε.Ε.Σ, διαπιστώθηκε ότι η εταιρεία με την επωνυμία «*****» υπέπεσε σε παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 για το χρονικό διάστημα από 01-03-2011 μέχρι και 14-03-2011 (Απόφαση 674/2018 της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού), με επιβολή προστίμου ύψους 35.723,71 €. Η εν λόγω εταιρεία κατά την συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ δήλωσε τη λήψη μέτρων προς απόδειξη της αξιοπιστίας της, για τον λόγο αυτό η Επιτροπή Διαγωνισμού αποφάσισε τον μη αποκλεισμό της εν λόγω εταιρείας με την επωνυμία «*****» από την συνέχεια της διαδικασίας για την ανάδειξη προσωρινού μειοδότη. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, πραγματοποιώντας τον έλεγχο πληρότητας των φακέλων προσφοράς των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό διαπίστωσε ότι ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «*****» δεν πληροί τους όρους του άρθρου 24.2 στ. της διακήρυξης και έτσι έκανε αποδεκτές τις προσφορές έξι (6) Οικονομικών Φορέων και δη «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 58,35%, «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 54,83%, «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 51,52%, «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 48,83%, «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 46,13% και «*****» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 42,35% και εισηγήθηκε την ανάθεση της υπόψη δημόσιας σύμβασης στον οικονομικό φορέα «*****» με οικονομική προσφορά 5.219.346,36€. Ακολούθως και σύμφωνα με την υπ' αρ. 2455/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 8-10-2019, μετά από εισήγηση της Δ/σης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών (Δ.ΔΙ.Μ.Υ.) για εξέταση του αιτήματος αιτιολόγησης για τις εταιρίες που υπέβαλαν χαμηλές προσφορές στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, το οποίο υπέβαλε την 6-8-2019 ο 6^{ος} κατά σειρά μειοδότης και προσφεύγων οικονομικός φορέας, αποφάσισε κατά πλειοψηφία την ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη του οικονομικού φορέα «*****» ως έχοντα προσφέρει

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

τη χαμηλότερη τιμή, ενώ κατά τη μειοψηφία έπρεπε να εφαρμοστεί η διαδικασία του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 για την αιτιολόγηση των προσφορών που είναι άνω του 40% και όφειλε η Υπηρεσία να ελέγξει την επάρκεια των τεχνικών μέσων των προσωρινών μειοδοτών αθροιστικά, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, στις περιπτώσεις που οι προσωρινοί μειοδότες των επίδικων διαγωνισμών είναι ο ίδιος οικονομικός φορέας ή συνεργαζόμενοι οικονομικοί φορείς, πράγμα που δεν είχε γίνει μέχρι τότε. Επίσης δύο αναπληρωματικά μέλη της Οικονομικής Επιτροπής καταψήφισαν την ανωτέρω απόφαση με την παρατήρηση ότι «*Κύριε πρόεδρε, για τα θέματα της οδοποιίας ψηφίζουμε κατά αφού η παράταξή μας είχε καταγγείλει τη διαδικασία από την προηγούμενη Διοίκηση και είχαμε διαφωνήσει έντονα. Τέλος, σε σχετικές καταγγελίες για διαγωνισμούς της Περιφέρειας ***** έχει προχωρήσει στο παρελθόν και ο Πανελλήνιος Σύνδεσμος Τεχνικών Έργων*». Ακολούθως η αναθέτουσα αρχή την 15-10-2019 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού σε ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ την ανωτέρω υπ' αρ. 2455/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της, στην οποία συμπεριλήφθηκε στην εισήγηση της Δ.Δι.Μ.Υ. η διαβίβαση του από 01.08.2019 Πρακτικού της Ε.Δ. του διαγωνισμού και η λήψη υπόψη των από 06.08.2019 και 23.09.2019 υπομνημάτων της εταιρείας «*****», για λήψη απόφασης από την Οικονομική Επιτροπή με την παροχή εξουσιοδότησης στην Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών Περιφέρειας Αττικής για τη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού μέχρι την υπογραφή της σύμβασης. Επίσης περιλήφθηκε μνεία ότι η Οικονομική Επιτροπή έλαβε υπόψη της για την έκδοση της σχετικής απόφασής της τα ανωτέρω υπομνήματα της εταιρείας «*****».

7. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά αμφοτέρων των ως άνω αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, υποστηρίζοντας τα εξής: **ι)** Στη διάταξη του άρθρου 4 της Διακήρυξης «*Διαδικασία ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/Κατακύρωση/Σύναψη Σύμβασης/ Προδικαστική Προσφυγή/ Προσωρινή Δικαστική Προστασία*» και ειδικότερα, στην παράγραφο 1 περίπτωση η) υποσημείωση 13, αναφέρεται ότι: «*Επισημαίνεται ότι αν η αναθέτουσα αρχή θεωρήσει ότι οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα*

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

χαμηλές, απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016». Η προσφορά της εταιρείας *****, η οποία υπεβλήθη με συνολικό ποσοστό έκπτωσης 58,35%, συνιστά, κατά τα προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, κατά την έννοια του όρου της Διακήρυξης, της σχετικής νομοθεσίας και τα κατωτέρω αναφερόμενα και, κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή είχε υποχρέωση να ζητήσει από την εταιρεία αυτή αιτιολόγηση ως προς την υποβολή της εν λόγω προσφοράς και σε περίπτωση μη επαρκούς αιτιολόγησης εκ μέρους της να απορρίψει την προσφορά της και να την αποκλείσει από την συνέχεια του Διαγωνισμού, άλλως να απαντήσει με πλήρη, ειδική και σαφή αιτιολογία επί των ισχυρισμών, όπως αυτοί διατυπώθηκαν με τα από 06.08.2019 και 23.09.2019 ειδικά και αιτιολογημένα υπομνήματα ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής και όπως οι ισχυρισμοί αυτοί επαναλαμβάνονται και συμπληρώνονται με την προσφυγή της. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 4 της Διακήρυξης, η οποία παραπέμπει στο αρ. 88 του ν. 4412/2016, το οποίο ενσωματώνει τις διατάξεις του αρ. 69 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τις «ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, καθιερώνεται διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής στον εντοπισμό των προσφορών οι οποίες φαίνονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, εκτός εάν κάποιος διαγωνιζόμενος προβάλει ενώπιον αυτής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, οπότε γεννάται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει με σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών, αφού προηγουμένως ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις από το διαγωνιζόμενο που φέρεται ότι έχει υποβάλει την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Στην περίπτωση αυτή λοιπόν, όπου η προσφορά «φαίνεται» υπερβολικά χαμηλή, δεδομένου ότι άλλοι διαγωνιζόμενοι έχουν υποβάλει σαφείς και συγκεκριμένους λόγους από τους οποίους προκύπτει η αδυναμία κατασκευής του έργου με το προσφερόμενο τίμημα, η Διοίκηση παύει να έχει διακριτική ευχέρεια για το εάν θα καλέσει ή όχι τον οικονομικό φορέα να εξηγήσει την τιμή ή το κόστος που προτείνει στην ασυνήθιστα χαμηλή

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

προσφορά του, και η αρμοδιότητά της καθίσταται δέσμια. Αν μάλιστα έχει διαπιστωθεί ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή ως αποτέλεσμα παραβίασης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού, τότε τα περιθώρια της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής ουσιαστικά εκμηδενίζονται και αυτή υποχρεούται ν' απορρίψει την προσφορά. Η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού μπορεί να επιβάλει πρόσθετους περιορισμούς στην ικανότητα της αναθέτουσας αρχής να δέχεται «ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές», εμποδίζοντάς την να το πράξει εάν η αποδοχή της «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» δημιουργεί ή ενισχύει στρέβλωση του ανταγωνισμού στην εν λόγω αγορά. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα κατέθεσε τα από 06.08.2019 και 23.09.2019 υπομνήματα ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής (Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας *****), τα οποία εμπεριέχουν ουσιώδεις ισχυρισμούς ικανούς να δημιουργήσουν στην αναθέτουσα Αρχή αμφιβολίες ως προς την φερεγγυότητα της υποβληθείσης οικονομικής προσφοράς της εταιρίας *****, ώστε να κριθεί η προσφορά της εν λόγω εταιρείας ασυνήθιστα χαμηλή, με περαιτέρω συνέπεια να οφείλει η αναθέτουσα αρχή να καλέσει αυτήν προς παροχή διευκρινήσεων για την εν λόγω προσφορά της, και σε περίπτωση που οι διευκρινήσεις της δεν είναι επαρκείς να απορρίψει αυτήν. Ωστόσο, από το Πρακτικό 1ο της Επιτροπής Διαγωνισμού με ημερομηνία 01.08.2019, και την υπ' αριθ. 2455/2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής προκύπτει ότι η ανακήρυξη της ***** ως προσωρινού μειοδότη έλαβε χώρα χωρίς να ληφθούν υπόψη οι ισχυρισμοί που η προσφεύγουσα υπέβαλε με τα υπομνήματά της και οι οποίοι έπρεπε να αξιολογηθούν. Η Οικονομική Επιτροπή, αντ' αυτού, αντιλαμβανόμενη το προδήλως παράνομο και αναιτιολόγητο της απόφασής της αναγκάστηκε να εκδώσει και να κοινοποιήσει ημέρες μετά, στις 15.10.2019, την μεταγενέστερη υπ' αριθ. 2455/2019 Απόφαση «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» για να περιλάβει εκεί απλή μνεία ότι λήφθηκαν υπόψη τα υπομνήματα της προσφεύγουσας, χωρίς καμία περαιτέρω αιτιολογία, γεγονός που καθιστά και αυτήν την απόφαση «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» ακυρωτέα, αφού δεν εξηγείται, ούτε κατ' ελάχιστο, γιατί οι ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί της δεν είναι πειστικοί, αλλά γίνεται απλή αναφορά στα υπομνήματα και όχι στο περιεχόμενό τους, κάτι που προφανώς δεν συνιστά αιτιολογία. Η έκδοση της υπ' αριθ. 2455/2019 Απόφασης της Οικονομικής

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

Επιτροπής «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» συνιστά, ταυτόχρονα, παράβαση σειράς ουσιαστών τύπων της διαδικασίας. Περαιτέρω, βάσιμες αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία της υποβληθείσας έκπτωσης, ώστε η υποβληθείσα προσφορά να φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, και συνεπώς να προκύπτει υποχρέωση να κληθεί ο διαγωνιζόμενος να εξηγήσει την τιμή ή το κόστος της προσφοράς του, κατά απαίτηση του αρ. 88 του ν 4412/2016 και του αρ. 4 της Διακήρυξης, προκύπτει και από την διατύπωση της άποψης της μειοψηφίας στην ως άνω απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία : *«Τα τακτικά μέλη της Οικονομικής Επιτροπής [...] καταψηφίζουν την ανωτέρω απόφαση με την παρατήρηση ότι: Κατά, διότι Α) κρίνουμε ότι πρέπει να εφαρμοστεί η διαδικασία του αρ. 88 του ν. 4412/2016 για αιτιολόγηση των προσφορών που είναι άνω του 40%»* και η οποία επίσης αγνοήθηκε χωρίς να δοθεί κάποια εξήγηση. Δηλαδή, ενώ υπήρχε ισχυρή μειοψηφία που εξέφραζε την άποψη ότι απαιτείται να ζητηθεί αιτιολόγηση γιατί η μειοδοτούσα προσφορά φαινόταν ιδιαίτερη χαμηλή, η απόφαση της πλειοψηφίας λήφθηκε χωρίς να υπάρξει συζήτηση και επιχειρηματολογία για το αντίθετο, το οποίο απλώς επιβλήθηκε εντελώς ανυποστήρικτα. Τέλος, είναι ιδιαίτερα κρίσιμο το γεγονός ότι σε αντίστοιχα έργα που ταυτόχρονα δημοπράτησε η Περιφέρεια *****, όπως στο έργο «Βελτίωση και περιοδική συντήρηση υποδομών στο Πρωτεύον Αστικό Οδικό Δίκτυο», στο οποίο η μειοδότρια εταιρεία «*****» υπέβαλε συνολική μέση έκπτωση 62,70%, στο έργο «Βελτίωση επαρχιακής οδού 29: Δροσιά-Διόνυσος-Νέα Μάκρη» στο οποίο η μειοδότρια εταιρεία «*****» υπέβαλε συνολική μέση έκπτωση 62,30%, ή στο έργο «Ανάπλαση Περιοχής Αγίου Διονυσίου Δήμου Πειραιά» στο οποίο η μειοδότρια εταιρεία «*****» υπέβαλε συνολική μέση έκπτωση 54,07%, κλήθηκαν οι προσφέροντες μειοδότες με πράξεις της Αρχής προς παροχή εξηγήσεων. Στο τελευταίο δε έργο το συνολικό ποσοστό της έκπτωσης ήταν κατά 4 μονάδες και πλέον χαμηλότερο από την επίδικη προσφορά. Οι ως άνω κλήσεις τις Αναθέτουσας Αρχής προς παροχή εξηγήσεων στις μειοδότριες εταιρείες για την τιμή και το κόστος της προσφοράς τους σε έργα ομοίου χαρακτήρα θα έπρεπε να αποτελέσουν αποφασιστικό παράγοντα για τη λήψη απόφασης προκειμένου να ακολουθηθεί η αντίστοιχη διαδικασία και για τον επίδικο διαγωνισμό. Εν προκειμένω η στάση της Αναθέτουσας Αρχής να μην καλέσει σε αιτιολογία την μειοδότρια εταιρεία ***** να εξηγήσει την προσφορά της συνιστά

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

προφανή διοικητική αντίφαση που δεν αιτιολογείται. Με τα από 06.08.19 και 23.09.2019 υπομνήματα της προσφεύγουσας προς την Αναθέτουσα Αρχή, η προσφεύγουσα ανέλυσε και απέδειξε, ως ισχυρίζεται, τους ειδικούς και συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η προσφορά του προσωρινού μειοδότη μέσης έκπτωσης 58,35%, αλλά και όλων των διαγωνιζομένων μέχρι το ποσοστό έκπτωσης που πρόσφερε η προσφεύγουσα, είναι Ασυνήθιστα Χαμηλές και χρήζουν ειδικής αιτιολόγησης. Συγκεκριμένα η προσφορά του μειοδότη ύψους 58,35%, με βάση την ακριβή και εμπειριστατωμένη τεκμηρίωση των υπομνημάτων υπολείπεται κατά πολύ του κόστους του έργου και σε κάθε περίπτωση η εν λόγω εταιρεία δεν είναι σε θέση να εκτελέσει το έργο οικονομικότερα από την προσφεύγουσα, τουναντίον θα υποστεί κατά την εκτέλεση σειρά σημαντικών επιβαρύνσεων αφού - μεταξύ πολλών άλλων - η προσφορά, επιπρόσθετα σε όσα αναφέρθηκαν στα Υπομνήματα, περιλαμβάνει τις ακόλουθες σοβαρές και προφανείς κατά την κοινή λογική παραμέτρους επιβάρυνσης του κόστους κατασκευής: α. Η εκτέλεση του έργου γίνεται σε συνεργασία με συγκρότημα παραγωγής το οποίο βρίσκεται σε μέση απόσταση 45 χλμ. από τον τόπο εκτέλεσης του έργου. Αυτό συνεπάγεται κατά πολύ μεγαλύτερη επιβάρυνση του κόστους παραγωγής συγκρινόμενο με αυτό τη προσφεύγουσας, το οποίο είναι εγκατεστημένο σε μέση απόσταση 30 χλμ. από τον τόπο εκτέλεσης του έργου. Συγκεκριμένα, η προσωρινή μειοδότης δηλώνει μίσθωση ασφαλικού συγκροτήματος της εταιρείας ***** στη θέση Πολυδένδρι Αττικής (θέση Αγ. Γεώργιος), που λόγω της τοποθεσίας του, το κόστος παραγωγής, πώλησης και μεταφοράς ασφαλτομίγματος επιβαρύνεται με διόδια (Μαλακάσας και Αφιδνών) ως εξής, α) οι μεταφορές όλων των πρώτων υλών στο εργοστάσιο επιβαρύνονται με διόδια, αυξάνοντας το κόστος παραγωγής και συνεπώς την τιμή πώλησης ασφαλτομίγματος και β) όλες οι μεταφορές των έτοιμων προϊόντων προς το έργο επιβαρύνονται με διόδια ύψους 11,65€/διέλευση. Η συνολική επιβάρυνση του κόστους για την μεταφορά του ασφαλτομίγματος στο έργο, υπολογίζεται ως ακολούθως: για την κατασκευή του έργου απαιτούνται 87.320 τόνοι ασφαλτομίγματος, το μέσο ωφέλιμο φορτίο για κάθε φορτηγό είναι 20 τόνοι, επομένως απαιτούνται 87.320/20=4366 δρομολόγια, κάθε δρομολόγιο περιλαμβάνει 2 διελεύσεις από τα διόδια Αφιδνών ύψους 11,65€ έκαστη άρα το κόστος (μόνο για διόδια)

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

ανέρχεται σε $4.366 \text{διελεύσεις} * 2 * 11.65 \text{€} = 101.730 \text{€}$. Επιπρόσθετα, για να καλύψουν τα φορτηγά την μεγαλύτερη απόσταση των 45 χλμ έναντι των 30 χλμ, χρειάζονται 50% μεγαλύτερο χρόνο για τις διαδρομές τους, άρα κάνουν λιγότερες διαδρομές κάθε εργάσιμη ημέρα και μεταφέρουν λιγότερους τόνους. Με συντηρητικούς υπολογισμούς, για την αδιάλειπτη τροφοδοσία των δυο μετώπων εργασίας που απαιτεί η μελέτη του έργου, απαιτείται η μίσθωση επιπλέον 8 φορτηγών ανά ημέρα εργασίας σε σχέση με τους υπόλοιπους συμμετέχοντες, το δε κόστος ανέρχεται σε $8 \text{φορτηγά} * 280 \text{€} \text{ ημερήσιο μίσθωμα} = 2.240 \text{€/ημέρα} \text{ εργασίας}$. Εάν οι συμμετέχοντες επιτύχουν τον βέλτιστο χρόνο εργασίας των 55 ημερών τότε θα επιβαρυνθούν το κόστος των επιπλέον φορτηγών ύψους $55 \text{ημέρες} * 2.240 \text{€/ημέρα} = 123.200 \text{€}$. Εν κατακλείδι, από την επιλογή της συνεργασίας με το συγκρότημα της *****, η ελάχιστη συνολική επιβάρυνση των συμμετεχόντων μόνο για το κόστος διοδίων και τα επιπλέον φορτηγά ανέρχεται σε $101.730 \text{€} + 123.200 \text{€} = 224.930 \text{€}$. β. Το συγκρότημα παραγωγής ασφαλτομίγματος του μειοδότη (όπως και των λοιπών τεσσάρων κατά σειρά μειοδοτών) έχει, σύμφωνα με το τεχνικό του φυλλάδιο, παραγωγική ικανότητα που δεν ξεπερνά τους 120 τόνους/ώρα. Αντίθετα το συγκρότημα που διαθέτει η προσφεύγουσα μπορεί, κατά το τεχνικό του φυλλάδιο, να φτάσει τους 200 τόνους/ώρα. Η διαφορά αυτή είναι κρίσιμη και τούτο γιατί για να καλυφθεί η ανάγκη εκτέλεσης του συνόλου των εργασιών της συντήρησης 440.000 τ.μ. ασφατικών ταπήτων σε δύο μέτωπα ταυτόχρονα, με τρόπο που να είναι επαρκώς οικονομικός, θα πρέπει κάθε συνεργείο εκ των δύο να έχει ημερήσια απόδοση 4.000 τ.μ. πλήρως περαιωμένης εργασίας. Ειδικότερα, επειδή η μελέτη του έργου απαιτεί την δυνατότητα εργασίας σε δύο μέτωπα ταυτόχρονα, η απαιτούμενη ποσότητα ασφαλτομίγματος για ημερήσια εργασία σε δυο μέτωπα υπολογίζεται ως εξής, $720 \text{τόνοι} \text{ επί } 2 \text{ σημεία} \text{ εργασίας} = 1.440 \text{τόνοι/ημέρα} \text{ εργασίας}$. Για την παραγωγή της απαιτούμενης ποσότητας τα συγκροτήματα που έχουν παραγωγική ικανότητα έως 120 τόνους/ώρα, χρειάζονται $1.440/120 = 12 \text{ώρες} \text{ εργασίας}$, ενώ το συγκρότημα της προσφεύγουσας που έχει παραγωγική ικανότητα έως 200 τόνους/ώρα χρειάζεται $1.440/200 = 7,20 \text{ώρες} \text{ εργασίας}$. Επομένως η συνεργασία με τα άλλα συγκροτήματα που συμμετέχουν στον διαγωνισμό θα είναι πιο ακριβή λόγω δεύτερης βάρδιας προσωπικού για την λειτουργία του συγκροτήματος για την ίδια παραγωγή.

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

Με κοστολόγιο της προσφεύγουσας, η μια βάρδια για το σύνολο του εξειδικευμένου προσωπικού που απασχολείται στην παραγωγή ανέρχεται σε 2€/παραγόμενο τόνο. Ο διπλασιασμός του εν λόγω προσωπικού οδηγεί σε επιβάρυνση για το έργο ύψους $2\text{€} \times 87.320 \text{ τόνοι} = 174.640\text{€}$. Σε διαφορετική περίπτωση, κατά την οποία το συγκρότημα δεν μπορεί να διαθέσει 2η βάρδια (διπλό εξειδικευμένο προσωπικό), τότε η τροφοδοσία στα δυο μέτωπα εργασίας δεν θα επαρκεί, επομένως θα οδηγηθούν σε μειωμένες ημερήσιες αποδόσεις συνεργείων, με ενδιάμεσες σταλίες των μηχανημάτων στο έργο, και άρα θα χρειαστούν περισσότερες μέρες εργασίας για τις οποίες οι συμμετέχοντες επιβαρύνονται με τα έξοδα του εργοταξίου ύψους από 3.000 έως 8.800 Ευρώ (ανάλογα με το κοστολόγιο κάθε συμμετέχοντα) και τελικά με σημαντική επιβάρυνση του κόστους. γ. Τέλος, ο πρώτος μειοδότης, με βάση τα τεχνικά χαρακτηριστικά των μηχανημάτων και τα σχετικά μισθωτήρια που κατέθεσε, έχει ιδιαίτερα αυξημένο κόστος εργασίας για τους εξής λόγους, πρώτον μισθώνει σχεδόν το σύνολο του βασικού εξοπλισμού από την επαρχία επομένως δεν απολαμβάνει το πλεονέκτημα της χρήσης ιδιόκτητου εξοπλισμού με αποτέλεσμα το ημερήσιο κόστος για την απασχόληση των μισθωμένων μηχανημάτων του (χωρίς το κόστος διαμονής και μετακίνησης του προσωπικού του εκμισθωτή) - μόνο για τον βασικό εξοπλισμό, δηλαδή 2 φρέζες, 2 φίνισερ και 4 οδοστρωτήρες - να ανέρχεται σε 8.800€/ημέρα εργασίας όταν για εμάς το αντίστοιχο κόστος ανέρχεται σε 3.000€/ημέρα εργασίας. Για τις (ιδανικά) 55 ημέρες εργασίας, επιβαρύνεται με επιπλέον κόστος λόγω μίσθωσης $8.800 - 3.000 = 5.800\text{€}/\text{ημέρα} \times 55 \text{ ημέρες} = 319.000\text{€}$. Επιπλέον, επειδή η μία φρέζα που μισθώνει έχει πλάτος κοπής 1 μέτρο αντί για 2 μέτρα που δηλώνουν οι υπόλοιποι συμμετέχοντες, το ένα συνεργείο θα πρέπει να εργαστεί με μειωμένες αποδόσεις κατά 50% στην πρόδρομη εργασία του φρεζαρίσματος. Επομένως οι ημέρες εργασίας για το ένα συνεργείο του φρεζαρίσματος διπλασιάζονται, και το κόστος μόνο για αυτό το μηχάνημα, που ανέρχεται σε 1.800 €/ημέρα, αντί για 55 ημέρες θα πρέπει να εργαστεί τις διπλάσιες, δηλαδή επιπλέον 55 ημέρες με κόστος μίσθωσης $1.800\text{€}/\text{ημέρα} \times 55 \text{ ημέρες} = 99.000\text{€}$. Σε αυτό φυσικά θα πρέπει να προστεθεί όλο το επιπλέον κόστος κινητοποίησης του υπόλοιπου συνεργείου (σκούπα με χειριστή, bobcat με χειριστή εργοδηγός και εργατοτεχνικό προσωπικό). Το ελάχιστο επιπλέον κόστος που υφίσταται ο πρώτος μειοδότης σε σχέση με

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

την προσφορά της προσφεύγουσας και βέλτιστους υπολογισμούς απόδοσης εξαιτίας των τεχνικών χαρακτηριστικών των μηχανημάτων και των οικονομικών συμφωνιών που εμφανίζει, ανέρχεται σε τουλάχιστον $319.000\text{€} + 99.000\text{€} = 418.000\text{€}$. Επίσης στο μισθωτήριο συμβόλαιο που κατέθεσε για το συγκεκριμένο μηχάνημα αναγράφεται ότι αυτό θα μισθώνεται μόνο 10 ημέρες κάθε μήνα κατόπιν συνεννόησης, επομένως λόγω του σύντομου χρόνου κατασκευής του έργου, γεννά σοβαρές αμφιβολίες ότι ο πρώτος μειοδότης έχει επί της ουσίας εξασφαλίσει τον απαιτούμενο (από την διακήρυξη) μηχανολογικό εξοπλισμό και επιπλέον, εάν το μηχάνημα αυτό είναι διαθέσιμο λιγότερες από τις απαιτούμενες ημέρες για την κατασκευή του έργου, τότε επιβαρύνεται το άλλο με περισσότερες εργάσιμες ημέρες και διακινδυνεύεται λόγω της καθυστέρησης, η υλοποίηση του χρονοδιαγράμματος του έργου. Από τα παραπάνω σημεία (α), (β) και (γ), ο πρώτος μειοδότης επιβαρύνεται επιπλέον με συνολικό ποσό $224.930\text{€} + 174.640\text{€} + 418.000\text{€} = 817.570\text{€}$. Οι ανωτέρω παράμετροι κοστολογικής επιβάρυνσης αφορούν και τους πρώτους πέντε (5) διαγωνιζόμενους στη σειρά μειοδοσίας, δηλαδή τις εταιρείες: *****, *****, *****, ***** με δ.τ. *****, *****, και ο λόγος υπό (α) αφορά και τους τρεις πρώτους, δηλαδή τις εταιρείες: *****, *****, *****. Όλα τα επιπλέον κόστη προκύπτουν από τα στοιχεία που υπέβαλαν οι διαγωνιζόμενοι κατά την προσφορά τους. Σε συνδυασμό με την ανάλυση κόστους που κάνει η προσφεύγουσα στο υπόμνημα στις 23.09.2019, η τελική εικόνα ζημίας για τους ως άνω πέντε συμμετέχοντες διαμορφώνεται ως εξής: «*****» ζημία 2.733.183,18 €, «*****» ζημία 1.936.655,42 €, «*****» ζημία 1.580.710,27 € «*****» ζημία 1.066.507,63 € και «*****» ζημία 776.159,62 €. Οι συνθήκες εκτέλεσης του έργου, σε συνδυασμό με το σύνολο των απαιτήσεων της μελέτης, καθιστούν το εν λόγω έργο εξαιρετικά δύσκολο, απαιτητικό και εντελώς ανόμοιο λόγω μεγέθους και χρόνου κατασκευής σε σχέση με αντίστοιχες εργασίες συντήρησης που στο παρελθόν είχε εκτελέσει η Περιφέρεια. Μικρότερα έργα συντήρησης οδοστρωμάτων προϋπολογισμού τάξεως έως 5.000.000 ευρώ που έχουν δημοπρατηθεί στο παρελθόν, δεν έχουν καμία σχέση με τις απαιτήσεις των έργων 15.000.000 ευρώ, όπως το συγκεκριμένο, που για πρώτη φορά δημοπρατείται τώρα (μαζί με 4 άλλα ανάλογα και παρόμοια έργα). Τα έργα αυτά είναι τα πρώτα που δημοπρατεί η

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

Περιφέρεια μετά το 2013 από πλευράς μεγέθους αντικειμένου, τεχνικών απαιτήσεων και χρόνου υλοποίησης και μάλιστα δημοπρατούνται ομαδικά. Στο έργο αυτό, ειδικότερα, προβλέπεται η συντήρηση 440.000 τ.μ. ασφαλικών ταπήτων και 25.000 τ.μ. λακκουβών (καθώς και πλήθους άλλων τεχνικών έργων υποδομής) σε χρόνο μόλις 12 ημερολογιακών μηνών, ενώ τα συνήθη έργα απαιτούν συντήρηση έως 50.000τ.μ. σε διάστημα 12-24 μηνών. Για να ικανοποιηθούν οι απαιτήσεις αυτές, αλλά και οι πρόσθετες απαιτήσεις που θέτουν τα συμβατικά τεύχη (μελέτες, υπηρεσίες, λογισμικό, εκπαίδευση, 24ωρη επιφυλακή, καθημερινή επιτήρηση, κλπ.), απαιτείται κινητοποίηση οικονομικών και ανθρώπινων πόρων που θα δεσμευθούν κατ' αποκλειστικότητα στο έργο και θα εργαστούν κυρίως νυχτερινές ώρες, με επιβάρυνση του κόστους εργασίας κατά 25%. Για την αντιμετώπιση των ανωτέρω η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε ειδικά κριτήρια τεχνικής ικανότητας (εξασφάλιση ελάχιστων μηχανημάτων σε 2 φρέζες, 2 φίνισερ και 4 οδοστρωτήρες, εργασία σε δύο μέτωπα, συνεργασία με συγκρότημα παραγωγής ασφαλτομείγματος σε απόσταση όχι μεγαλύτερη των 40χλμ από την Πλ. Συντάγματος) κριτήρια ιδιαίτερα δύσκολο να επιτευχθούν, η νομιμότητα των οποίων μάλιστα προσβλήθηκε (ανεπιτυχώς) από ενδιαφερόμενους δικαστικά. Είναι λοιπόν αυταπόδεικτο ότι κάθε επιβάρυνση κόστους και μειωμένης απόδοσης ενός διαγωνιζόμενου στον τρόπο κατασκευής, συμβαίνει σε ένα περιβάλλον εργασίας υψηλών απαιτήσεων στο οποίο οι παράμετροι κόστους επιβαρύνονται από το ίδιο το έργο - συχνά πολλαπλασιάζονται - και του οποίου η φύση και οι απαιτήσεις δεν ανέχονται είτε ακριβές λύσεις, είτε λύσεις μειωμένης παραγωγικότητας όπως αυτές που προαναφέρθηκαν. Έχοντας λοιπόν κοστολογήσει με ακρίβεια και συντάξει τεκμηριωμένα πειστική προσφορά με ελάχιστο ποσοστό κέρδους, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι εξήγησε αναλυτικά με τα υπομνήματά της και απέδειξε με την τεκμηρίωσή τους γιατί η προσφορά του μειοδότη ***** είναι εμφανώς υπερβολικά χαμηλή και θα έπρεπε να ζητηθεί η αιτιολόγησή της. Κατά το ίδιο τρόπο εξήγησε κατά τα ανωτέρω ότι το αυτό ισχύει αναλογικά και για τις εταιρείες *****, *****, ***** με δ.τ. *****, *****, στον βαθμό που η προσφορά τους απέχει από τους λεπτομερείς υπολογισμούς της προσφεύγουσας. Η εντελώς αυθαίρετη και αναιτιολόγητη παράλειψη να ζητηθεί αιτιολόγηση καθιστά για τους ανωτέρω λόγους τις

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

σχετικές προσβαλλόμενες πράξεις ακυρωτέες. Εξάλλου προσφορά με οικονομικό αντάλλαγμα αδικαιολόγητα χαμηλό σε σχέση με το-κατά τα κρατούντα στην αγορά- σύνηθες, είναι δυνατόν να νοθεύσει τον ανταγωνισμό, στο μέτρο που δεν μπορεί να επιτευχθεί παρά σε βάρος της ποιότητας ή της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών κατά την εκτέλεση αυτών ή με καταστρατήγηση/ παράβαση των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Απαιτείται, λοιπόν, σε κάθε περίπτωση, κατά τις διατάξεις του αρ. 88 του ν. 4412/2016, η εφαρμογή μιας διαδικασίας ελέγχου των προσφορών, μετά από ακρόαση των ενδιαφερομένων, τις οποίες η αναθέτουσα αρχή κρίνει ως ασυνήθιστα χαμηλές, επιβάλλεται δε στην αρχή αυτή η υποχρέωση, αφού λάβει γνώση όλων των προσφορών και πριν από την απόφαση για την ανάθεση της σύμβασης, να ζητήσει καταρχήν εγγράφως διευκρινίσεις για τα στοιχεία της προσφοράς, για την οποία υπάρχει υπόνοια ότι είναι ασυνήθιστα χαμηλή, τα οποία της δημιούργησαν συγκεκριμένες επιφυλάξεις και να εκτιμήσει, ακολούθως, την προσφορά αυτή υπό το πρίσμα των εξηγήσεων που παρέσχε ο συγκεκριμένος υποψήφιος σε απάντηση στο αίτημά του αυτό. Σε περίπτωση δε που οι εξηγήσεις αξιολογηθούν ως ανεπαρκείς να απορρίψει την προσφορά αυτή. Κατά τούτο, τόσο το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού που ανακηρύσσει την εταιρεία ***** προσωρινό ανάδοχο, όσο και η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής που εγκρίνει αυτό, είναι ακυρωτέα, λόγω παράβασης των όρων της Διακήρυξης και έλλειψης αιτιολογίας. ii) Η Οικονομική Επιτροπή εξέδωσε καταρχάς την από 26-05-2019 με αριθ. 2455/2019 Απόφαση, με αριθμό Συνεδρίασης 45 και Αριθμό Θέματος 80, η οποία κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 08-10-2019. Η ίδια Επιτροπή εξέδωσε μεταγενέστερα νέα απόφαση, η οποία φέρει την ίδια ημερομηνία, τον ίδιο αριθμό Συνεδρίασης και τον ίδιο αριθμό Θέματος και τιτλοφορείται «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ». Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε στις 15.10.2019. Η τελευταία Απόφαση που τιτλοφορείται «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» προσθέτει μη νόμιμα, κατά την προσφεύγουσα, στο περιεχόμενο της πρώτης Απόφασης ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού, αφού έλαβε υπόψη της τα από 06.08.2019 και 23.09.2019 υπομνήματα, γνωμοδότησε σχετικά. Ωστόσο κάτι τέτοιο δεν προκύπτει από το Πρακτικό 1ο της 01.08.2019 της Επιτροπής Διαγωνισμού. Εξάλλου και τα δύο υπομνήματα (το από 06.08.2019 και το από 23.09.2019) υπεβλήθησαν μετά την έκδοση του Πρακτικού 1 της Επιτροπής

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

Διαγωνισμού και θα ήταν αδύνατο η τελευταία να τα είχε λάβει υπόψη. Το Πρακτικό 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού δεν κάνει κανένα λόγο ότι έλαβε υπόψη του τα υπομνήματα της προσφεύγουσας και ούτε έχει ανακληθεί ή άλλως αντικατασταθεί από την Επιτροπή Διαγωνισμού με νέο Πρακτικό. Δηλαδή η Απόφαση «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» αποπειράται ανεπιτρέπτως να καλύψει την ελλείπουσα αιτιολογία του συμπροσβαλλομένου 1ου Πρακτικού γνωμοδότησης της Επιτροπής Διαγωνισμού διαφοροποιώντας το περιεχόμενό του και προσθέτοντας φρασεολογία η οποία ποτέ δεν αποτέλεσε περιεχόμενο απόφασης της Επιτροπής Διαγωνισμού (αν η τελευταία ήθελε να προβεί σε τέτοιες τροποποιήσεις του Πρακτικού 1 θα όφειλε, αφού συνεδριάσει, να εκδώσει νέα απόφαση). Η νέα αυτή απόφαση είναι επίσης ακυρωτέα, αφού εκ του περιεχομένου της δεν διαλαμβάνει νόμιμη αιτιολογία. Η απλή μνεία ότι έλαβε υπόψιν της τα υπομνήματα, χωρίς όμως να αναφέρεται αναλυτικά σε αυτά και να εκθέτει τους λόγους που τα απορρίπτει, ως όφειλε κατά τον νόμο και τα προεκτεθέντα υπό Α' Λόγο της παρούσας Προσφυγής, την καθιστά επίσης ακυρωτέα. Περαιτέρω, η υπ' αριθ. 2455/2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» πάσχει από έλλειψη αιτιολογίας και είναι ακυρωτέα όχι μόνο γιατί δεν περιλαμβάνει καμία ειδική αιτιολογία - προφανώς η μνεία ότι έλαβε υπόψη τα από 06.08.2019 και 23. 09. 2019 υπομνήματα δεν συνιστά ειδική αιτιολογία, αφού δεν αναφέρει γιατί παρά ταύτα κρίνει ότι οι προσφορές δεν χρήζουν αιτιολόγησης - αλλά και γιατί η αναφορά της στα υπομνήματα δεν είναι αυτοτελής, αλλά ως συνέπεια της έγκρισης του Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού που όμως, αφού δεν τα είχε λάβει υπόψη και στην ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ αυτής τροποποιήθηκε ανεπιτρέπτα, ούτε και η Εγκριτική του Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής είναι δυνατόν να τα έχει αξιολογήσει. Τέλος, η 2455/2019 Απόφαση είναι «ΝΕΑ» Απόφαση που ανακαλεί την πρωθύστερη και όχι «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ», όπως άστοχα και επιπόλαια επιχειρείται να τιτλοφορηθεί. Και τούτο γιατί με τη νέα αυτή Απόφαση γίνεται προσπάθεια να προστεθεί για πρώτη φορά αιτιολογία στην αρχική, γεγονός που συνιστά αυτοτελές νέο περιεχόμενο και όχι «επανάληψη». Κατά τούτο, η νέα Απόφαση θα έπρεπε να έχει εκδοθεί με βάση τις διατυπώσεις που ορίζει ο νόμος. Η Οικονομική Επιτροπή λοιπόν θα έπρεπε να τηρήσει την διοικητική διαδικασία έκδοσης νέας διοικητικής πράξης με νόμιμη σύγκλιση του οργάνου, με νέα κλήση των

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

μελών της Επιτροπής, νέα Συνεδρίαση και λήψη νέας Απόφασης. Αντ' αυτού η Οικονομική Επιτροπή εξέδωσε την ίδια Απόφαση (με την ίδια ημερομηνία, τον ίδιο αριθμό Συνεδρίασης και τον ίδιο αριθμό Θέματος) τιτλοφορώντας την απλώς «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ», χωρίς ν' ακολουθήσει τις διατυπώσεις του νόμου και άρα είναι ακυρωτέα και για το λόγο της παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Γ' ΛΟΓΟΣ: ΑΚΥΡΗ ΥΠΟΒΟΛΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΜΕΙΟΔΟΤΡΙΑΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΛΟΓΩ ΜΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΨΗΦΙΑΚΑ ΥΠΟΓΕΓΡΑΜΜΕΝΟΥ Ε.Ε.Ε.Σ ΕΚ ΜΕΡΟΥΣ ΤΡΙΤΟΥ ΦΟΡΕΑ-ΕΚΜΙΣΘΩΤΗ: Σύμφωνα με ρητή πρόβλεψη της Διακήρυξης του άρθρου 22 Δ με Θέμα: Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα ορίζεται ότι: *«κάθε συμμετέχων οικονομικός φορέας οφείλει να διαθέτει επί ποινή αποκλεισμού για την εμπρόθεσμη ολοκλήρωση του έργου τουλάχιστον τα ακόλουθα μηχανήματα: α) 2 φρέζες β) 2 Finisher και γ) 4 Οδοστρωτήρες τα οποία θα δηλώνονται στο Ε.Ε.Ε.Σ τόσο τα ιδιωτικά όσο και αυτά που θα μισθωθούν από άλλους φορείς»*. Επιπλέον, σύμφωνα με το αρ. 24. Παρ. 2 με θέμα Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς ορίζονται τα ακόλουθα: *«[...] Για τα ανωτέρω επί ποινή αποκλεισμού μηχανήματα, η υπεύθυνη δήλωση θα πρέπει να συνοδεύεται είτε από τιμολόγια αγοράς ή άδειες κυκλοφορίας ή άλλα επαρκή αποδεικτικά στοιχεία εφόσον είναι ιδιόκτητα, είτε από μισθωτήρια συμβόλαια εφόσον είναι υπό μίσθωση (στην περίπτωση αυτή θα προσκομιστεί και ΕΕΕΣ του εκμισθωτή)»*. Περαιτέρω κατά πάγια νομολογία της ΑΕΠΠ (96/2017 και 819/2018, βλ. και ΔεφΑθ Ν136/2018) το ΕΕΕΣ πρέπει να είναι υπογεγραμμένο από τον ίδιο τον δηλούντα τρίτο οικονομικό φορέα, εάν δε συνιστά νομικό πρόσωπο, η υπογραφή αυτού λαμβάνει χώρα ειδικώς από τα πρόσωπα που ορίζει το αρ. 79Α Ν. 4412/2016. Η δε υπογραφή του ΕΕΕΣ, όπως και κάθε άλλης δηλώσεως υποβαλλόμενης στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης διενεργούμενης μέσω ΕΣΗΔΗΣ δύναται να είναι αποκλειστικώς ψηφιακή ήτοι προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, κατά την έννοια του Κανονισμού (ΕΕ) 910/2014 και του άρθρου 2 του π.δ. 150/2001 (Α' 125) περί προσαρμογής της εθνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της οδηγίας 99/93/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με το κοινοτικό πλαίσιο για ηλεκτρονικές υπογραφές (ΕΕ L 13, οιαδήποτε δε άλλη μορφή υπογραφής όπως μη προηγμένη ηλεκτρονική ή και απλή χειρόγραφη φυσική γραφή νοείται ως μη υπάρχουσα, το δε

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

έγγραφο ως ανυπόγραφο και επομένως μη έχον οιαδήποτε αποδεικτική αξία. Εξάλλου, αφενός η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή συνδέεται μονοσήμαντα με τον υπογράφοντα, αφετέρου η προσήκουσα υπογραφή της υπεύθυνης δήλωσης αποτελεί ουσιώδες στοιχείο αυτής, ώστε η δήλωση να είναι έγκυρη. Εν προκειμένω η μειοδότηρια εταιρεία ***** δηλώνει στον πίνακα του μηχανικού και τεχνικού εξοπλισμού (στοιχείο υπ' αριθ. 14) ότι θα διαθέτει για την εκτέλεση του έργου και έναν ΑΣΦΑΛΤΟΚΟΠΤΗ (φρέζα Ασφάλτου) την οποία θα μισθώσει από την εταιρεία «*****.» βάσει Σύμβασης Εκμίσθωσης με την εν λόγω εταιρεία. Ωστόσο το Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε η εκμισθώτρια εταιρεία «*****» δεν ήταν ψηφιακά υπογεγραμμένο, όπως απαιτεί ο νόμος και η Διακήρυξη, κατά τα προεκτεθέντα, και για το λόγο αυτό η Σύμβαση Εκμίσθωσης που αφορά στην εκμίσθωση μίας φρέζας (εκ των δύο που απαιτεί ο νόμος) νοείται ως ανυπόγραφη και κατ' επέκταση η ίδια η Σύμβαση ως μη υπάρχουσα και μη έχουσα οποιαδήποτε αποδεικτική αξία. Άμεση φυσικά συνέπεια αυτού είναι η εταιρεία «*****» να μην πληροί τις προϋποθέσεις κριτηρίων που θέτει η Διακήρυξη για νόμιμη υποβολή προσφοράς και άρα η προσφορά της θα πρέπει να απορριφθεί.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' πρωτ.720918/12-11-2019 σε ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ αποσταλείσες προς την ΑΕΠΠ απόψεις της, προς απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, προβάλλει τα ακόλουθα: Α. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΠΡΩΤΟ ΛΟΓΟ. Κατά την αναθέτουσα αρχή ο λόγος αυτός προβάλλεται απαραδέκτως και αβασίμως. Η προσφεύγουσα επικεντρώνει τους ισχυρισμούς της σε αιτιάσεις κατά της εταιρείας ***** . Όμως, μεταξύ τη προσφοράς της ***** και της προσφεύγουσας παρεμβάλλονται οι προσφορές των εταιρειών ***** , ***** , ***** και *****_***** . Ως προς τις οικονομικές προσφορές των εν λόγω προκαταταγέντων οικονομικών φορέων η προσφεύγουσα δεν προβάλλει αιτιάσεις και δη κατά τρόπο ορισμένο. Ως εκ τούτου στερείται εννόμου συμφέροντος να υποβάλει την παρούσα προδικαστική προσφυγή (ad hoc Ε.Α. ΣτΕ 1261/2009), η οποία πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη. Περαιτέρω, οι περιεχόμενοι στα από 06.08.2019 και 23.09.2019 Υπομνήματα της προσφεύγουσας ισχυρισμοί, δεν ήταν ουσιώδεις και ως εκ τούτου ορθώς απερρίφθησαν από την αναθέτουσα αρχή ως απολύτως άοριστοι. Επίσης, οι ίδιοι ισχυρισμοί που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προδικαστική

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

προσφυγή κρίνονται απορριπτέοι ως αόριστοι και κυρίως ατεκμηρίωτοι, αφού το γεγονός ότι η προσφεύγουσα προσέφερε έκπτωση κατά πολύ μικρότερη σε σχέση με τον προσωρινό ανάδοχο δεν καθιστά από μόνο του την προσφορά του τελευταίου ως ασυνήθιστα χαμηλή. Οι ισχυρισμοί της αιτούσας δεν συνοδεύονται από συγκεκριμένα στοιχεία για τις αγοραίες τιμές τις οποίες επικαλείται, οι οποίες, επομένως, εμφανίζονται απολύτως αυθαίρετες και ατεκμηρίωτες (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 309/2016). Ως εκ τούτου, οι προβληθέντες ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν παρίστανται ουσιώδεις, διότι στηρίζονται σε αναπόδεικτους και ως εκ τούτου αυθαίρετους υπολογισμούς (Ε.Α. ΣτΕ 127/2009). Για το λόγο αυτό, ως προελέχθη, νομίμως απερρίφθησαν οι περιεχόμενοι στα υπομνήματα της αιτούσας ισχυρισμοί της. Τονίζεται, άλλωστε ότι υπάρχει μικρή κλιμάκωση (απόσταση) μεταξύ των προσφορών (58,3554,83-51,52-48,83-46,13-44,11-42,35) και ότι πλείονες οικονομικοί φορείς έχουν προσφέρει έκπτωση πλησίον του μειοδότη, ως προς τους οποίους η προσφεύγουσα δεν επικαλείται κανένα στοιχείο. Οι προσφορές που έχουν μειοδοτήσει στο εν λόγω έργο δεν είναι «ασυνήθιστα» χαμηλές καθώς σχεδόν σε όλα τα έργα ασφαλικών συντηρήσεων που έχουν εκτελεστεί από την Περιφέρεια *****, αλλά και γενικότερα, οι προσφορές είναι πολύ χαμηλότερες (65-74%), τα δε έργα έχουν εκτελεστεί και παραληφθεί από την υπηρεσία ως έντεχνα χωρίς ιδιαίτερες παρατηρήσεις. Η καλή εκτέλεση των έργων εξασφαλίζεται από τις απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας που προστέθηκαν στην διακήρυξη και από την εφαρμογή της νομοθεσίας δημοσίων έργων εν γένει. Γι' αυτό τον λόγο, όπως άλλωστε ομολογεί και η προσφεύγουσα, ετέθησαν ειδικοί όροι στην διακήρυξη για διπλά συνεργεία φρεζαρίσματος και διάστρωσης (φίνισερ και οδοστρωτήρες), καθώς και συνεργασίας με ασφαλικό συγκρότημα σε απόσταση 40 χλμ εντός Αττικής, με συνέπεια οι διαγωνιζόμενοι που τα καλύπτουν να μπορούν να ανταποκριθούν στις συγκεκριμένες απαιτήσεις. Επομένως, η γενικόλογη αναφορά της προσφεύγουσας στα υπομνήματα καθώς και στην προσφυγή της, σε αβεβαιότητα της δυνατότητας εκτέλεσης του έργου ένεκα του ότι το συγκρότημα παραγωγής του 1ου μειοδότη το οποίο βρίσκεται δήθεν σε μέση απόσταση 45 χλμ. από τον τόπο εκτέλεσης του έργου συγκρινόμενο με το δικό της το οποίο είναι εγκατεστημένο σε μέση απόσταση 30 χλμ., αυξημένη παραγωγική ικανότητα του δικού της συγκροτήματος σε σχέση με του 1ου

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

μειοδότη και των υπολοίπων, δικά της κοστολόγια υλικών του έργου, τεχνικά χαρακτηριστικά των μηχανημάτων, εκτεταμένο αντικείμενο, δύο μέτωπα εργασίας, αντιμετώπιση απρόβλεπτων περιστάσεων, νυχτερινή εργασία, κόστος μελετών, υπηρεσίες, λογισμικό, εκπαίδευση, 24ωρη επιφυλακή, καθημερινή επιτήρηση, κόστος παραγωγής, κόστος ενσωμάτωσης υλικών ή των πωλήσεων επί ζημία κλπ, χωρίς αυτά να συνοδεύονται από συγκεκριμένα στοιχεία για τις αγοραίες και λοιπές τιμές όλων των ανωτέρω εργασιών κλπ, τις οποίες επικαλείται, οι οποίες, επομένως, εμφανίζονται απολύτως αυθαίρετες και ατεκμηρίωτες, χωρίς καμία αναφορά και επίκληση πολύ συγκεκριμένων αριθμητικών δεδομένων και ουσιαστικών αναλυτικών στοιχείων ως προς τις κατ' ιδίαν εργασίες με αναφορά στην προσφορά του μειοδότη, καθιστά το αίτημα της προσφεύγουσας όλως αόριστο και ατεκμηρίωτο, δεν γεννά δε καν υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να το απαντήσει (Ε.Α. ΣτΕ 132/2016). Εκ περισσού επισημαίνεται ότι μεταξύ της προσφοράς της προσφεύγουσας και των προσφορών των λοιπών μειοδοτών υφίσταται ικανή διαφορά οικονομικού αντικειμένου, με αποτέλεσμα να καθίσταται απαγορευτική από την άποψη του δημοσίου συμφέροντος κάθε σκέψη περί αποκλεισμού όλων των διαγωνιζομένων πλην ενός. Ως προς τους κατ' ιδίαν ισχυρισμούς της προσφεύγουσας παρατηρούνται από την αναθέτουσα αρχή τα εξής: Ως προς το συγκρότημα παραγωγής: Αυθαίρετα η προσφεύγουσα λαμβάνει ως ωφέλιμο φορτίο εκάστου φορτηγού τους 20 τόνους, αυθαίρετα η προσφεύγουσα υπολογίζει 50% περισσότερο χρόνο για την κάλυψη της μεγαλύτερης απόστασης από το συγκρότημα που χρησιμοποιεί η προσωρινή ανάδοχος, ενώ η διαφορά είναι 15 χλμ εθνικής οδού, αυθαίρετα η προσφεύγουσα θεωρεί ότι το ύψος μίσθωσης των υποτιθέμενων περισσοτέρων φορτηγών θα είναι 280€ ανά ημέρα χωρίς να προσκομίζει κανένα στοιχείο. Επομένως όλοι οι σχετικοί υπολογισμοί που καταλήγουν σε πρόσθετη επιβάρυνση 224.930,00€ είναι αυθαίρετοι. Αυθαίρετα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το συγκρότημα παραγωγής ασφαλτομείγματος της μειοδότης έχει δυναμικότητα που δεν ξεπερνά τους 120 τόνους/ώρα. Αυθαίρετα η προσφεύγουσα λαμβάνει ως δεδομένη την υποχρέωση εργασίας δύο ταυτόχρονα συνεργείων, ενώ η διακήρυξη αναφέρεται σε δυνατότητα. Αυθαίρετα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι απαιτούνται οπωσδήποτε 720 τόνοι για δύο σημεία εργασίας. Επομένως,

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

κατά την αναθέτουσα αρχή όλοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ερείδονται σε απλές υποθέσεις της. Ακόμα, όμως και με τις παραδοχές της, η διαφορά ωρών εργασίας μεταξύ του δικού της και του προτεινόμενου από την προσωρινή μειοδότη συγκροτήματος ανέρχεται σε 4,8 ώρες και δεν δικαιολογεί διπλάσιο υπολογισμό βάρδιας. Επιπλέον δεν αποδεικνύει γιατί λαμβάνει ως κόστος τα 2€/ τόνο. Αλλά ακόμα και αν δεν επαρκεί το παραγόμενο από την μειοδότη σκυρόδεμα για δύο μέτωπα, ουδόλως εξηγείται πόσο θα είναι μειωμένη η απόδοση των συνεργείων με τους τόνους που δέχεται η προσφεύγουσα. Ως προς τα μηχανήματα: Η προσφεύγουσα δεν λαμβάνει υπόψη της ότι ο απαιτούμενος από την Διακήρυξη εξοπλισμός είναι ο ελάχιστος. Ο μειοδότης μπορεί να χρησιμοποιήσει κατά το στάδιο του διαγωνισμού εξοπλισμό με βελτιωμένα χαρακτηριστικά ή να αντικαταστήσει τον προσφερόμενο με άλλον με τα ίδια χαρακτηριστικά, χωρίς να δεσμεύεται από την προσφορά ως προς τούτο. Επομένως είναι ελεύθερος να χρησιμοποιήσει φρέζα με πλάτος κοπής δύο ή περισσότερων μέτρων. Επιπλέον από πουθενά δεν προκύπτει πώς προκύπτει η μεγαλύτερη επιβάρυνση κατά 418.000,00€ που παραθέτει η προσφεύγουσα. Όλα αυτά δε λαμβάνοντας ως βάση υπολογισμού την δική της προσφορά. 4. Επιπλέον, από την σύγκριση των στοιχείων από παρόμοια έργα που έχει δημοπρατήσει η Περιφέρεια ***** κατά την τελευταία πενταετία, προκύπτει ότι εν προκειμένω το ποσοστό έκπτωσης είναι απολύτως σύνηθες, δεδομένου ότι η έκπτωση σε όλες τις οικείες δημοπρασίες είναι όμοια ή και μεγαλύτερη με την έκπτωση του προσωρινού αναδόχου στο προκείμενο έργο. Είναι μάλιστα χαρακτηριστικό ότι η ίδια η προσφεύγουσα στο έργο «ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΟΔΙΚΟΥ ΑΞΟΝΑ "ΡΟΥΦ- ΠΕΡΑΜΑ-ΣΚΑΡΑΜΑΓΚΑΣ" ΕΝΤΟΣ ΟΡΙΩΝ Π.Ε. ΠΕΙΡΑΙΑ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΑΤΤΙΚΗΣ, ΕΤΟΥΣ 2015-2016» προσέφερε έκπτωση 69,60%, στο έργο «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΩΝ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΩΝ ΕΝΟΤΗΤΩΝ ΚΕΝΤΡΙΚΟΥ, ΝΟΤΙΟΥ, ΔΥΤΙΚΟΥ ΚΑΙ ΒΟΡΕΙΟΥ ΤΟΜΕΑ ΑΘΗΝΩΝ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ***** - ΕΡΓΟΛΑΒΙΑ 2» 69,60%, στο έργο «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ, ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΚΑΙ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΟΔΟΣΤΡΩΜΑΤΩΝ ΤΗΣ ΟΔΟΥ ΠΕΤΡΟΥ ΡΑΛΛΗ ΚΑΙ ΓΡΗΓΟΡΙΟΥ ΛΑΜΠΡΑΚΗ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ***** ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ΔΚΕΣΟ» 74,06%, στο έργο «ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΟΔΙΚΟΥ ΑΞΟΝΑ "ΡΟΥΦ- ΠΕΡΑΜΑ-ΣΚΑΡΑΜΑΓΚΑΣ", ΕΤΟΥΣ 2018-2019» 52,17%, στο έργο ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΙ

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΘΟΡΩΝ ΕΠΑΡΧΙΑΚΟΥ ΚΑΙ ΛΟΙΠΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΠΕ ΔΥΤΙΚΗΣ ***** ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ *****» 59,39%, στο έργο «ΣΟ-01/15 ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΚΑΙ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΛΑΒΩΝ ΟΔΟΣΤΡΩΜΑΤΩΝ, ΟΡΙΖΟΝΤΙΑΣ ΚΑΙ ΚΑΤΑΚΟΡΥΦΗΣ ΣΗΜΑΝΣΗΣ, ΜΕΤΑΛΛΙΚΩΝ ΣΤΗΘΑΙΩΝ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΚΑΙ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΗ ΣΤΑΘΜΗΣ ΣΤΟΜΙΩΝ ΦΡΕΑΤΙΩΝ ΣΤΟ ΠΡΩΤΕΥΟΝ ΑΣΤΙΚΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ (Π.Α.Ο.Δ.) ΤΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΑΤΤΙΚΗΣ» 64,28%, στο έργο «ΒΕΛΤΙΩΣΗ – ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΟΔΙΚΩΝ ΤΜΗΜΑΤΩΝ ΣΤΟ ΠΑΡΑΠΛΕΥΡΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΤΗΣ ΑΤΤΙΚΗΣ ΟΔΟΥ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ *****» 62,49%, στο έργο «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΛΑΒΩΝ & ΕΠΕΜΒΑΣΕΙΣ ΤΟΠΙΚΟΥ ΧΑΡΑΚΤΗΡΑ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΠΡΩΗΝ ΔΕΣΣΕ» 52,91%, κοκ. και παραθέτει πίνακας με τα σχετικά στοιχεία. Σε ό,τι αφορά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ότι : «οι συνθήκες εκτέλεσης του έργου, σε συνδυασμό με το σύνολο των απαιτήσεων της μελέτης, καθιστούν το εν λόγω έργο εξαιρετικά δύσκολο, απαιτητικό και εντελώς ανόμοιο λόγω μεγέθους αντικειμένου, τεχνικών απαιτήσεων και χρόνου υλοποίησης σε σχέση με αντίστοιχες εργασίες συντήρησης που στο παρελθόν είχε εκτελέσει η Περιφέρεια, αυτοί, κατά την αναθέτουσα αρχή, δεν ευσταθούν διότι το μεγαλύτερο μέγεθος έργων δημιουργεί καλύτερες τεχνοοικονομικές συνθήκες κλίμακος. Επιπροσθέτως σε όλα τα σχετικά έργα στα οποία αναφέρεται η προσφεύγουσα ότι δημοπρατούνται ομαδικά, έχουν υποβληθεί υπομνήματα, περί αιτιολόγησης οικονομικών προσφορών, από τέσσερις (4) συγκεκριμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις, (*****, *****, *****, *****) οι οποίες προσέφεραν εκπτώσεις 42-50,66% μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα: α) Στο παρόν έργο: «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΟΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ΟΡΙΖΟΝΤΙΑΣ ΚΑΙ ΚΑΤΑΚΟΡΥΦΗΣ ΣΗΜΑΝΣΗΣ ΤΩΝ ΟΔΙΚΩΝ ΑΞΟΝΩΝ ΤΗΣ Λ.ΣΥΓΓΡΟΥ, Λ.ΠΕΙΡΑΙΩΣ, ΒΑΣ.ΣΟΦΙΑΣ, ΦΕΙΔΙΠΠΙΔΟΥ ΚΑΙ ΜΕΣΟΓΕΙΩΝ», συνολικής δαπάνης 12.096.774,19 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%) η προσφεύγουσα εταιρεία ***** η οποία έχει προσφέρει έκπτωση 42,35 % υπέβαλε υπόμνημα ζητώντας αιτιολόγηση για τις προσφορές των εργοληπτικών επιχειρήσεων *****, *****, *****, οι οποίες προσέφεραν εκπτώσεις, 44,11%, 46,13% και 48,83%, αντίστοιχα. β) Στο έργο: «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΟΣΤΡΩΜΑΤΟΣ, ΟΡΙΖΟΝΤΙΑΣ ΚΑΙ ΚΑΤΑΚΟΡΥΦΗΣ ΣΗΜΑΝΣΗΣ, ΤΩΝ ΟΔΙΚΩΝ ΑΞΟΝΩΝ ΤΗΣ Ν.Ε.Ο.Α.Κ. ΚΑΙ ΤΗΣ Λ. ΚΗΦΙΣΟΥ ΚΑΙ ΤΩΝ ΠΡΟΣΒΑΣΕΩΝ ΤΟΥ ΣΤΑ ΟΡΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

****», συνολικής δαπάνης 12.096.774,19 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%), η εταιρεία *****, η οποία έχει προσφέρει έκπτωση 41,18%, υπέβαλλε υπόμνημα ζητώντας αιτιολόγηση για τις προσφορές της προσφεύγουσας *****, καθώς και των*****, *****, με αντίστοιχες εκπτώσεις, της προσφεύγουσας ***** η οποία έχει προσφέρει έκπτωση 48,68% και των λοιπών*****, *****, οι οποίες προσέφεραν εκπτώσεις 45,00% και 43,14% αντίστοιχα. γ) Στο έργο: «ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΚΑΙ ΠΕΡΙΟΔΙΚΗ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ***** (ΠΡΩΗΝ ΔΕΣΕ) συνολικής δαπάνης 12.096.773,39 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%), η εταιρεία ***** η οποία έχει προσφέρει έκπτωση 35,10% υπέβαλλε υπόμνημα ζητώντας αιτιολόγηση για τις προσφορές της προσφεύγουσας ***** η οποία έχει προσφέρει έκπτωση 50,66% και των λοιπών*****, *****, οι οποίες προσέφεραν εκπτώσεις 45,20% και 39,97% αντίστοιχα. δ) Στο έργο: «ΕΠΕΜΒΑΣΕΙΣ ΒΕΛΤΙΩΣΗΣ ΟΔΙΚΗΣ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΤΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ *****», συνολικής δαπάνης 22.580.645,16 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%), η εταιρεία ***** η οποία έχει προσφέρει έκπτωση 22,23% υπέβαλλε υπόμνημα ζητώντας αιτιολόγηση για τις προσφορές, της προσφεύγουσας ***** σε κοινοπραξία με την *****, καθώς και της Κοινοπραξίας*****, με εκπτώσεις, της προσφεύγουσας ***** σε κοινοπραξία με την ***** 22,23% και της Κοινοπραξίας ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΩΝ ΑΤΕ -ΔΑΜΩΝ ΑΤΕ 27,05% αντίστοιχα. ε) Στο έργο: «ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΚΑΙ ΠΕΡΙΟΔΙΚΗ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΣΤΟ ΠΡΩΤΕΥΟΝ ΑΣΤΙΚΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ *****» συνολικής δαπάνης 12.096.773,39 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%)», η εταιρεία ***** η οποία έχει προσφέρει έκπτωση 44,00% υπέβαλλε υπόμνημα αιτιολόγησης για την προσφορά της *****, με αντίστοιχη έκπτωση, 46,80%. Επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος που σχετίζονται με την δημόσια (οδική) ασφάλεια επιβάλλουν την άμεση περάτωση των σχετικών διαγωνιστικών διαδικασιών και την έναρξη της εκτέλεσης των συμβάσεων ώστε να μην διακοπούν οι εργασίες από τις χαμηλές θερμοκρασίες, όπως άλλωστε ομολογεί και η αιτούσα στα υπομνήματά της. Επιπροσθέτως η προσφερθείσα έκπτωση, λαμβανομένων υπόψη και των ως άνω συγκριτικών στοιχείων από παρόμοια έργα της ίδιας αναθέτουσας αρχής Περιφέρειας *****, δεν κρίνεται ασυνήθιστα χαμηλή και ως εκ τούτου το αίτημα της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί. Β. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΔΕΥΤΕΡΟ ΛΟΓΟ, που αφορά στην

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

προσβαλλόμενη απόφαση που κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα και ως ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ: Η εν λόγω ορθή επανάληψη είναι, κατά την αναθέτουσα αρχή, κατά τα πάντα ταυτόσημη με την αρχική, με την προσθήκη απλώς των υπογραμμισμένων χωρίων που δεν μεταβάλλουν κανένα κεφάλαιο αυτής. Άλλωστε, η προσφεύγουσα με την προδικαστική της προσφυγή βάλλει κατά αμφοτέρων των δύο μορφών της κοινοποιηθείσας πράξεως (αρχική κοινοποίηση και ορθή επανάληψη) και ως εκ τούτου ουδεμία βλάβη υπέστη. Τα Υπομνήματα της προσφεύγουσας ελήφθησαν υπόψη από την Οικονομική Επιτροπή, η οποία απέρριψε τους σχετικούς ισχυρισμούς ως μη ουσιώδεις. Άλλωστε, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αλυσιτελείς, αφού με τις ενώπιον της ΑΕΠΠ απόψεις της Περιφέρειας επί της προδικαστικής προσφυγής απορρίπτονται εκ νέου οι ισχυρισμοί της, αφού έχουν ληφθεί υπόψη όχι μόνο τα υπομνήματα, αλλά και η προδικαστική της προσφυγή. Γ. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΥΠΟΓΡΑΦΗ ΤΟΥ ΕΕΕΣ ΤΟΥ ΕΚΜΙΣΘΩΤΗ: Η προσφεύγουσα, κατά την αναθέτουσα αρχή, δεν αμφισβητεί την ταυτότητα και ιδιότητα του υπογράψαντος το ΕΕΕΣ νομίμου εκπροσώπου της^{*****}, αλλά περιορίζεται σε ισχυρισμούς περί της νομοτύπου υποβολής αυτού. Το Ε.Ε.Ε.Σ. της εταιρείας ^{*****} φέρει υπογραφή φυσική με θεωρημένο το γνήσιο αυτής από δημόσια αρχή (ΚΕΠ Δήμου Κορινθίων). Τούτο δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού, επειδή δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία για την ταυτότητα και ιδιότητα των δηλούντων και το περιεχόμενο των δηλούμενων πληροφοριών, επικαλούμενη προς τεκμηρίωση του ισχυρισμού της η αναθέτουσα αρχή την υπ' αρ. Πράξη 234/2018 του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

9. Επειδή, ο οικονομικός φορέας «(*****» με την από 31-10-2019 νομοτύπως και εμπροθέσμως κατόπιν της από 21-10-2019 κοινοποίησης της προσφυγής, παρέμβασή του, μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος με την προσβαλλόμενη απόφαση, επικαλείται προς απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής και διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης τα ακόλουθα: ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΠΡΩΤΟ ΛΟΓΟ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας (ύψους 58,35%) ήταν ασυνήθιστα χαμηλή και κατά συνέπεια ώφειλε η αναθέτουσα αρχή να μας καλέσει προς παροχή

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

διευκρινήσεων. Ο σχετικός ισχυρισμός είναι αβάσιμος, χωρίς τεκμηρίωση, αόριστος και πρωτίστως απαράδεκτος, κατά την παρεμβαίνουσα. Μεταξύ, όμως, της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της προσφοράς της προσφεύγουσας παρεμβάλλονται οι προσφορές των εταιρειών *****, *****, ***** και *****-*****, κατά των οποίων η προσφεύγουσα ούτε με τα Υπομνήματά της, ούτε με την εξεταζόμενη προσφυγή δεν προβάλλει και πολλώ μάλλον δεν τεκμηριώνει κανένα συγκεκριμένο ισχυρισμό. Επομένως, εφόσον η υπό κρίση προσφυγή δεν στρέφεται κατά τρόπο ορισμένο κατά των λοιπών οικονομικών φορέων που προηγούνται της προσφεύγουσας, η προσφυγή της τυγχάνει απορριπτέα ως απαράδεκτη, κατά την παρεμβαίνουσα. Επιπλέον η προσφεύγουσα όφειλε να προβάλει τους επίμαχους ισχυρισμούς της το πρώτον ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού, αμέσως μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών. Δεν έπραξε τούτο, ως όφειλε, αλλά αντιθέτως υπέβαλε δύο υπομνήματα την 6.08.2019 και την 23.09.2019. Είναι πρόδηλο ότι οι σχετικοί ισχυρισμοί μπορούσαν να προβληθούν προ της έκδοσης του Πρακτικού της Ε.Δ., στο κατάλληλο χρονικό σημείο και δη επικαίρως, κάτι που δεν συνέβη. Επομένως μη νόμιμα παραπονείται η προσφεύγουσα για την απόρριψη του αιτήματός της. Περαιτέρω, η υπό κρίση προσφυγή είναι νόμω και ουσία αβάσιμη, κατά την παρεμβαίνουσα. Κατ' αυτήν, όπως ομολογεί και η προσφεύγουσα (υπ' αριθμ. 10 της προδικαστικής), το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 καθιερώνει διακριτική ευχέρεια και όχι υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει διαγωνιζόμενος προς διευκρινήσεις, αφού κρίνει ότι η οικεία προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή δεν έκρινε την προσφορά της παρεμβαίνουσας ως ασυνήθιστα χαμηλή, αλλά αντιθέτως την θεώρησε απολύτως συνήθη. Η σχετική κρίση της αναθέτουσας αρχής και ιδίως η άσκηση της σχετικής διακριτικής ευχέρειας δεν βάλλεται με την παρούσα προδικαστική, δεν ισχυρίζεται καθόλου δηλαδή η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή άσκησε κατά τρόπο εσφαλμένο και συγκεκριμένα κατά κακή χρήση την διακριτική της ευχέρεια. Αυτό που προβάλλει η προσφεύγουσα είναι ότι η εκ μέρους της προβολή σαφών και συγκεκριμένων ισχυρισμών για το δήθεν ασυνήθιστα χαμηλό ύψος της προσφοράς μας καθιστούσε υποχρεωτική την κλήση της παρεμβαίνουσας από την αναθέτουσα αρχή προς αιτιολόγηση της προσφοράς της. Τούτο δε πολλώ

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

μάλλον όταν, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, τίθεται ζήτημα παραβίασης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού. Οι ως άνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι, κατά την παρεμβαίνουσα, επειδή αφενός ουδέποτε η προσφεύγουσα προέβαλε συγκεκριμένους και αναλυτικούς υπολογισμούς από τους οποίους να προκύπτει το ανεφάρμοστο της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και αφετέρου οι ισχυρισμοί περί παράβασης του ανταγωνισμού διαψεύδονται κατά τρόπο πανηγυρικό από τις εκπτώσεις που η ίδια η προσφεύγουσα έχει προσφέρει σε παρόμοιους διαγωνισμούς της ίδιας αναθέτουσας αρχής. Πολλώ μάλλον ουδέποτε απεδείχθησαν με συγκεκριμένα στοιχεία οι οικείου ισχυρισμοί. Ως προς το ουσιώδες των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τις με αρ. 132/2016 απόφαση του ΣτΕ (Ε.Α.) και τη με αρ. 127/2009 απόφαση του ΣτΕ (Ε.Α.), υποστηρίζει ότι ο προβαλλόμενος λόγος είναι μη νόμιμος επειδή: i) η προσφεύγουσα περιορίζεται στο να ισχυρισθεί ότι προέβαλε ισχυρισμούς με τα υπομνήματα της, χωρίς να συγκεκριμενοποιεί στο δικόγραφο της προδικαστικής προσφυγής ποιοι είναι αυτοί και γιατί είναι ουσιώδεις. ii) Τόσο οι προβληθέντες με τα Υπομνήματα της προσφεύγουσας ισχυρισμοί, όσο και οι προβαλλόμενοι με την προδικαστική της προσφυγή δεν ήταν ουσιώδεις και ως εκ τούτου ορθώς απερρίφθησαν σιγή από την Αναθέτουσα Αρχή. Το μεν αρχικώς από 5.8.2019 υποβληθέν Υπόμνημα της προσφεύγουσας δεν περιείχε κανένα συγκεκριμένο ισχυρισμό, ενώ και το μεταγενεστέρως την 23-09-2019 υποβληθέν αναφερόταν στην σημασία του έργου, στις αυξημένες απαιτήσεις του, είναι αυθαίρετο, αφού το κόστος εκάστης εργασίας τίθεται κατά το δοκούν, χωρίς καμία τεκμηρίωση. Κατά την παρεμβαίνουσα, είναι χαρακτηριστικό ότι σε πλείστες περιπτώσεις η προσφεύγουσα χρησιμοποιεί την έκφραση «από προσφορές» ή «κατά εκτίμηση», χωρίς ασφαλώς να προσκομίζει καμία τέτοια προσφορά ή να τεκμηριώνει με συγκεκριμένα δεδομένα την εκτίμησή της. Ενόψει αυτών οι ισχυρισμοί της δεν ήταν ουσιώδεις και εξακολουθούν να μην είναι τέτοιοι. Γ. Όσον αφορά τους πρόσθετους ισχυρισμούς που η προσφεύγουσα προβάλλει το πρώτον με την προδικαστική της προσφυγή (π.χ. συγκρότημα ασφαλτομείγματος, κόστος διοδίων κλπ), αυτοί, κατά την παρεμβαίνουσα, ουδέποτε προβλήθηκαν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής με τα υπομνήματα που υπέβαλε η προσφεύγουσα και ως εκ τούτου δεν επηρεάζουν τη

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

νομιμότητα της προσβαλλόμενης πράξης, αφού η Διοίκηση δεν τους γνώριζε όταν την εξέδωσε και κατά λογική αναγκαιότητα δεν όφειλε να τους απαντήσει. Η προβολή τους το πρώτον ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. είναι απαράδεκτη, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα είχε όλο το χρόνο να τους προβάλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, που ήταν και η μόνη αρμόδια να τους αξιολογήσει. Επομένως οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας νομίμως απερρίφθησαν, κατά την παρεμβαίνουσα. Επιπροσθέτως, το αίτημα της προσφεύγουσας για αιτιολόγηση είναι παράνομο και πρέπει να απορριφθεί αυτό καθ' αυτό. Η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη την με αρ. 383/2017 Πράξη του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, προβάλλει ότι εάν εφαρμοστούν στην προκείμενη περίπτωση όσα η σχετική αυτή απόφαση διαλαμβάνει, τότε προκύπτει ότι από τις έξι προσφορές που κρίθηκαν παραδεκτές ο μέσος όρος έκπτωσης είναι 50,33%. Η προσφορά της παρεμβαίνουσας απείχε μόλις 8 μονάδες από τη μέση έκπτωση, ποσοστό που κατά τα ήδη κριθέντα με την σχετική απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν δύναται να θεωρηθεί ότι αποτελεί τόσο σημαντική απόκλιση από το μέσο όρο, ώστε να δύναται να δικαιολογήσει τον χαρακτηρισμό της προσφοράς της 1ης μειοδότης ως ασυνήθιστα χαμηλής, επί βλάβει του οικονομικού συμφέροντος της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον και επικουρικώς, ένα από τα κριτήρια που πρέπει να συνεκτιμήσει η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να προχωρήσει σε διαδικασία αιτιολόγησης, σύμφωνα και με την ως άνω απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, είναι οι εκπτώσεις που παρέχονται σε παρεμφερείς δημοπρασίες. Προς αυτόματη διάψευση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας παρατηρεί η παρεμβαίνουσα ότι η προσφεύγουσα σε απολύτως παρεμφερείς δημοπρασίες της ίδιας αναθέτουσας αρχής προσέφερε τα κάτωθι ποσοστά: στο έργο «ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΟΔΙΚΟΥ ΑΞΟΝΑ "ΡΟΥΦ- ΠΕΡΑΜΑ-ΣΚΑΡΑΜΑΓΚΑΣ" ΕΝΤΟΣ ΟΡΙΩΝ Π.Ε. ΠΕΙΡΑΙΑ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ*****», ΕΤΟΥΣ 2015-2016» προσέφερε έκπτωση 69,60%, στο έργο «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΩΝ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΩΝ ΕΝΟΤΗΤΩΝ ΚΕΝΤΡΙΚΟΥ, ΝΟΤΙΟΥ, ΔΥΤΙΚΟΥ ΚΑΙ ΒΟΡΕΙΟΥ ΤΟΜΕΑ ΑΘΗΝΩΝ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ *****- ΕΡΓΟΛΑΒΙΑ 2» 69,60%, στο έργο «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ, ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΚΑΙ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΟΔΟΣΤΡΩΜΑΤΩΝ ΤΗΣ ΟΔΟΥ ΠΕΤΡΟΥ ΡΑΛΛΗ ΚΑΙ ΓΡΗΓΟΡΙΟΥ ΛΑΜΠΡΑΚΗ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ***** ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ΔΚΕΣΟ» 74,06%, στο έργο «ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΟΔΙΚΟΥ ΑΞΟΝΑ "ΡΟΥΦ- ΠΕΡΑΜΑ-

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

ΣΚΑΡΑΜΑΓΚΑΣ", ΕΤΟΥΣ 2018-2019» 52,17%, στο έργο ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΙ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΘΟΡΩΝ ΕΠΑΡΧΙΑΚΟΥ ΚΑΙ ΛΟΙΠΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΠΕ ΔΥΤΙΚΗΣ ΑΤΤΙΚΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ****» 59,39%, στο έργο «ΣΟ- 01/15 ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΚΑΙ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΛΑΒΩΝ ΟΔΟΣΤΡΩΜΑΤΩΝ, ΟΡΙΖΟΝΤΙΑΣ ΚΑΙ ΚΑΤΑΚΟΡΥΦΗΣ ΣΗΜΑΝΣΗΣ, ΜΕΤΑΛΛΙΚΩΝ ΣΤΗΘΑΙΩΝ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΚΑΙ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΗ ΣΤΑΘΜΗΣ ΣΤΟΜΙΩΝ ΦΡΕΑΤΙΩΝ ΣΤΟ ΠΡΩΤΕΥΟΝ ΑΣΤΙΚΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ (Π.Α.Ο.Δ.) ΤΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ****» 64,28%, στο έργο «ΒΕΛΤΙΩΣΗ - ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΟΔΙΚΩΝ ΤΜΗΜΑΤΩΝ ΣΤΟ ΠΑΡΑΠΛΕΥΡΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΤΗΣ ΑΤΤΙΚΗΣ ΟΔΟΥ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ*****» 62,49%, στο έργο «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΛΑΒΩΝ & ΕΠΕΜΒΑΣΕΙΣ ΤΟΠΙΚΟΥ ΧΑΡΑΚΤΗΡΑ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΠΡΩΗΝ ΔΕΣΕ» 52,91%. Πέραν των προσφορών της ίδιας της προσφεύγουσας σε όλα σχεδόν τα έργα με παρόμοιο αντικείμενο που δημοπρατούνται από την ίδια αναθέτουσα αρχή και από άλλες, οι προσφορές εκτείνονται έως τα 75% πολλά δε από αυτά είναι υπό απροβλημάτιστη εξέλιξη. Τέλος, στα εν συνεχεία αναφερόμενα έργα που είναι παρεμφερή με το προκείμενο και βρίσκονται υπό δημοπράτηση, η προσφεύγουσα μαζί με τις εταιρείες *****, *****, ***** που προσέφεραν εκπτώσεις 42-50,66%, έχουν υποβάλει σε όλες τις περιπτώσεις υπομνήματα χαρακτηρίζοντας τις προσφορές, μεταξύ άλλων, και η μια της άλλης ως υπερβολικά χαμηλές. Συγκεκριμένα: Στο έργο: «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΟΣΤΡΩΜΑΤΟΣ, ΟΡΙΖΟΝΤΙΑΣ ΚΑΙ ΚΑΤΑΚΟΡΥΦΗΣ ΣΗΜΑΝΣΗΣ, ΤΩΝ ΟΔΙΚΩΝ ΑΞΟΝΩΝ ΤΗΣ Ν.Ε.Ο.Α.Κ. ΚΑΙ ΤΗΣ Λ. ΚΗΦΙΣΟΥ ΚΑΙ ΤΩΝ ΠΡΟΣΒΑΣΕΩΝ ΤΟΥ ΣΤΑ ΟΡΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ*****», συνολικής δαπάνης 12.096.774,19 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%), η εταιρεία ***** που προσέφερε έκπτωση 41,18% υπέβαλε υπόμνημα ζητώντας αιτιολόγηση για τις προσφορές, της *****, καθώς και των*****, *****, με αντίστοιχες εκπτώσεις, 48,68% 45,00% και 43,14% αντίστοιχα. Στο έργο: «ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΚΑΙ ΠΕΡΙΟΔΙΚΗ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ***** (ΠΡΩΗΝ ΔΕΣΕ) συνολικής δαπάνης 12.096.773,39 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%), η εταιρεία ***** η οποία έχει προσφέρει έκπτωση 35,10% υπέβαλε υπόμνημα ζητώντας αιτιολόγηση για τις προσφορές, της ***** (έκπτωση 50,66%) και των ***** και *****, οι οποίες προσέφεραν εκπτώσεις 45,20% και 39,97% αντίστοιχα. Στο έργο: «ΕΠΕΜΒΑΣΕΙΣ ΒΕΛΤΙΩΣΗΣ ΟΔΙΚΗΣ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

ΔΙΚΤΥΟ ΤΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ*****», συνολικής δαπάνης 22.580.645,16 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%), η εταιρεία ***** η οποία έχει προσφέρει έκπτωση 22,23% υπέβαλε υπόμνημα ζητώντας αιτιολόγηση για τις προσφορές, της ***** σε κοινοπραξία με την ***** , καθώς και της Κοινοπραξίας***** , με εκπτώσεις, 22,23% και 27,05% αντίστοιχα. Στο έργο: «ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΚΑΙ ΠΕΡΙΟΔΙΚΗ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΣΤΟ ΠΡΩΤΕΥΟΝ ΑΣΤΙΚΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ*****» συνολικής δαπάνης 12.096.773,39 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%)», η εταιρεία ***** η οποία έχει προσφέρει έκπτωση 44,00% υπέβαλε υπόμνημα ζητώντας αιτιολόγηση της προσφοράς της *****-***** , με έκπτωση 46,80%. Στο παρόν έργο: «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΟΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ΟΡΙΖΟΝΤΙΑΣ ΚΑΙ ΚΑΤΑΚΟΡΥΦΗΣ ΣΗΜΑΝΣΗΣ ΤΩΝ ΟΔΙΚΩΝ ΑΞΟΝΩΝ ΤΗΣ Λ.ΣΥΓΓΡΟΥ, Λ.ΠΕΙΡΑΙΩΣ, ΒΑΣ.ΣΟΦΙΑΣ, ΦΕΙΔΙΠΠΙΔΟΥ ΚΑΙ ΜΕΣΟΓΕΙΩΝ», συνολικής δαπάνης 12.096.774,19 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%) η προσφεύγουσα εταιρεία ***** η οποία έχει προσφέρει έκπτωση 42,35 % υπέβαλε υπόμνημα ζητώντας αιτιολόγηση για τις προσφορές των εργοληπτικών επιχειρήσεων***** , ***** , ***** , οι οποίες προσέφεραν εκπτώσεις, 44,11%, 46,13% και 48,83%, αντίστοιχα. Είναι προφανές, κατά την παρεμβαίνουσα, ότι πρόκειται για ένα «γαϊτανάκι» αιτημάτων για αιτιολόγηση που έχουν ως σκοπό την δυσχέραση της διαδικασίας. Ενόψει των ανωτέρω, κατά την παρεμβαίνουσα, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προδικαστικής προσφυγής διαψεύδονται πανηγυρικά από τις προσφορές που έχει προσφέρει η ίδια η προσφεύγουσα σε ταυτόσημα έργα. Αυτά έχοντας υπόψη, η αναθέτουσα αρχή απολύτως νόμιμα απέρριψε τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΔΕΥΤΕΡΟ ΛΟΓΟ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Η 2455/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας απεστάλη στην προσφεύγουσα ως ορθή επανάληψη με ουσιαστικά ανύπαρκτες διαφοροποιήσεις. Ως προς τίποτα δεν διαφοροποιείται η νομική κατάσταση της αιτούσας μεταξύ της αρχικής και της σε ορθή επανάληψη αποστολής της ως άνω απόφασης αφού και στις δύο περιπτώσεις απερρίφθη το αίτημά της. Επιπλέον οι ισχυρισμοί της ερείδονται και σε εσφαλμένη προϋπόθεση, αφού τα υπομνήματά της δεν αναφέρονται στο Πρακτικό της Ε.Δ., αλλά στο διαβιβαστικό της Τεχνικής Υπηρεσίας της Περιφέρειας («σας διαβιβάζουμε το από 01.08.2019 Πρακτικό της Ε.Δ. του διαγωνισμού του έργου ...λαμβάνοντας υπόψη τα από 06.08.2019 και

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

23.09.2019 υπομνήματα της εταιρείας...». Ο συγκεκριμένος λόγος, όμως, συνιστά, κατά την παρεμβαίνουσα, ουσιαστικά αυτοενοχοποίηση της προσφεύγουσας, αφού η ίδια αναφέρει ότι υπέβαλε το δεύτερο υπόμνημά της την 23.09.2019, ενώ είχε ήδη υποβάλει το πρώτο από 06.08.2019. Οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας επομένως, είναι σαφές, εκτός των άλλων, ότι υπεβλήθησαν και ανεπικαίρως, μόλις τρεις (3) ημέρες προ της συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής, κατά τα προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα.

ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΤΡΙΤΟ ΛΟΓΟ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι μη νόμιμος, κατά την παρεμβαίνουσα. Το Ε.Ε.Ε.Σ. της ***** υπεβλήθη με θεωρημένο το γνήσιο της υπογραφής της νομίμου εκπροσώπου από δημόσια αρχή (ΚΕΠ). Ευθύς εξαρχής παρατηρείται ότι η Διακήρυξη στο άρθρο 3.1. απαιτεί να μόνο οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής και να εγγραφούν στο ηλεκτρονικό σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ- Διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr) ακολουθώντας τη διαδικασία εγγραφής του άρθρου 5 παρ. 1.2 έως 1.4 της Κοινής Υπουργικής Απόφασης με αρ. 117384/26- 10- 2017 (3821 Β') «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων έργων, μελετών, και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)». Δεν απαιτείται τούτο από τη Διακήρυξη σε σχέση με τους τρίτους φορείς στις τεχνικές δυνατότητες των οποίων στηρίζεται ο διανωνιζόμενος οικονομικός φορέας. Άλλωστε, το άρθρο 24.2. της Διακήρυξης ορίζει ότι για τα επί ποινή αποκλεισμού μηχανήματα, η υπεύθυνη δήλωση θα πρέπει να συνοδεύεται είτε από τιμολόγια αγοράς ή άδειες κυκλοφορίας ή άλλα επαρκή αποδεικτικά στοιχεία εφόσον είναι ιδιόκτητα, είτε από μισθωτήρια συμβόλαια εφόσον είναι υπό μίσθωση και στην περίπτωση αυτή ότι θα προσκομιστεί και ΕΕΕΣ του εκμισθωτή, πουθενά, όμως, δεν προβλέπεται ότι και ο τρίτος οικονομικός φορέας (μισθωτής) είναι υποχρεωμένος να διαθέτει ψηφιακή υπογραφή και δη επί ποινή αποκλεισμού. Εν προκειμένω ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας *****, η οποία δεν διαγωνίζεται αυτοτελώς σε δημόσιες συμβάσεις, δεν διέθετε ψηφιακή υπογραφή. Για το λόγο αυτό έθεσε την ιδιόχειρη υπογραφή του στο Ε.Ε.Ε.Σ.

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

το οποίο και υπεβλήθη, όπως προβλέπει η Διακήρυξη. Το κρίσιμο εν προκειμένω είναι ότι η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί την αλήθεια της υπογραφής, ούτε την ιδιότητα ούτε την ταυτότητα του υπογράφοντος, ούτε το περιεχόμενο της δήλωσης (Ε.Ε.Ε.Σ.). Κατά τη σχετική νομολογία (Πράξη 234/2018 του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου και 296/2018 απόφαση του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου), ο οικείος ισχυρισμός είναι αβάσιμος.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία με το εμπροθέσμως κατατεθέν στις 13-11-2019 Υπόμνημά της μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, κατ' εφαρμογή του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 ν.4412/2016, προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προέβαλε τα ακόλουθα: Α': Εκπρόθεσμα κατάθεση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής: 1.Σύμφωνα με το αρ. 9 παρ. 1 (β) του ΠΔ 39/2017 Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το αργότερο εντός (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης (της Προδικαστικής Προσφυγής), τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Εν προκειμένω η Προδικαστική Προσφυγή υπεβλήθη νομοτύπως στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού στις 18-10-2019 και όχι όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η Αναθέτουσα Αρχή στις 21-10-2019. Ως εκ τούτου όφειλε η Αναθέτουσα Αρχή να διαβιβάσει τις απόψεις της το αργότερο μέχρι τις 29-10-2019. Επομένως οι απόψεις της, οι οποίες υπεβλήθησαν στις 31-10-2019, υπεβλήθησαν εκπροθέσμως και ως εκ τούτου δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη από την ΑΕΠΠ. Β': Έννομο Συμφέρον: 2. Ο λόγος της Αναθέτουσας Αρχής περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος πρέπει να απορριφθεί ως νόμω αβάσιμος, δεδομένου ότι, κατά την προσφεύγουσα, τούτη με έννομο συμφέρον προσβάλλει την νομιμότητα συμμετοχής της εταιρείας «*****» ως προσωρινού μειοδότη, ακόμα κι αν μεσολαβούν προσφορές άλλων τεσσάρων εταιρειών μεταξύ αυτής και της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα συμμετέχει νόμιμα στον διαγωνισμό και έχει στραφεί και κατά όλων των εταιρειών που προηγούνται αυτής κατά τη μειοδοτική σειρά κατάταξης (όπως αυτή προκύπτει από το Πρακτικό του Διαγωνισμού),

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

προβάλλοντας παραδεκτώως λόγους κατά των προσφορών και των πέντε (5) εν λόγω εταιρειών. Συγκεκριμένα τόσο με τα Υπομνήματά της όσο και με την από 18-10-2019 Προδικαστική της Προσφυγή προβάλλει λόγους κατά όλων των εταιρειών που έχουν προσφέρει μεγαλύτερη έκπτωση από την δική της, ως επικαλείται. Ειδικότερα στην Προδικαστική της Προσφυγή αναφέρει ότι: i) Αρ. 18: Με τα από 06.08.19 και 23.09.2019 υπομνήματά της προς την Αναθέτουσα Αρχή, ανέλυσε και απέδειξε τους ειδικούς και συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η προσφορά του προσωρινού μειοδότη μέσης έκπτωσης 58,35%, αλλά και όλων των διαγωνιζομένων μέχρι το ποσοστό έκπτωσης που πρόσφερε η προσφεύγουσα είναι ασυνήθιστα χαμηλή και χρήζει ειδικής αιτιολόγησης. ii) Αρ. 18 β': Το συγκρότημα παραγωγής ασφαλτομείγματος του μειοδότη (όπως και των λοιπών τεσσάρων κατά σειρά μειοδοτών) έχει, σύμφωνα με το τεχνικό του φυλλάδιο, παραγωγική ικανότητα που δεν ξεπερνά τους 120 τόνους/ώρα. iii) Αρ. 19: Οι ανωτέρω παράμετροι κοστολογικής επιβάρυνσης αφορούν και τους πρώτους πέντε (5) διαγωνιζόμενους στη σειρά μειοδοσίας, δηλαδή τις εταιρείες: *****, *****, *****, *****, με δ.τ. *****, *****. Επομένως ο λόγος της αναθέτουσας αρχής περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος εκ μέρους της προσφεύγουσας πρέπει κατ' αυτήν να απορριφθεί ως αβάσιμος. Γ': Έλλειψη Αιτιολογίας των προσβαλλόμενων πράξεων: Η προσφεύγουσα υπέβαλε το από 06-08-2019 Υπόμνημα και το από 23-08-2019 συμπληρωματικό του πρώτου Υπόμνημα ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής, όπως περιγράφει και στην Προδικαστική Προσφυγή της, τα οποία περιείχαν πλήρη τεχνικά και οικονομικά στοιχεία σχετικά με την κατασκευή του επίδικου έργου και τα οποία τεκμηρίωναν στο ακέραιο γιατί οι προσφορές του πρώτου κατά σειρά μειοδότη, καθώς και των υπολοίπων συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, ήτοι συνολικά 5 συμμετεχουσών εταιρειών, έως τη δική της οικονομική προσφορά, ήταν προσφορές κάτω του κόστους και έθεταν σε βέβαιο κίνδυνο την άρτια και εμπρόθεσμη ολοκλήρωση του εν λόγω έργου, ζητώντας να κληθούν εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής οι εν λόγω εταιρείες να αιτιολογήσουν τις αντίστοιχες προσφορές τους, για τους λόγους που περαιτέρω περιγράφει και στην Προδικαστική της Προσφυγή. Η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να καλέσει τις εταιρείες αυτές να αιτιολογήσουν τις προσφορές τους και σε περίπτωση τυχόν αδυναμίας αιτιολόγησής τους να τις απορρίψει. Αντ' αυτού η Αναθέτουσα

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

Αρχή απέρριψε με την από 26.09.2019, υπ' αριθ. 2455/2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής τα Υπομνήματά της σιγή, χωρίς καμία αιτιολογία. Ακόμα όμως και με την ταυτάριθμη απόφαση «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ», την οποία εξέδωσε μερικές μέρες αργότερα, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην έγκριση του Πρακτικού του Διαγωνισμού κάνοντας απλή μνεία ότι έλαβε υπόψιν τα Υπομνήματα της, πράγμα που φυσικά δεν συνιστά αιτιολογημένη απόρριψή τους, όπως ειδικότερα αναφέρει και στην Προδικαστική της Προσφυγή. Μόνο, μετά την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής της και με τις απόψεις της η Αναθέτουσα Αρχή για πρώτη φορά αιτιολογεί την άρνησή της να ζητήσει εξηγήσεις από τον προσωρινό μειοδότη αναφέροντας ότι: «...οι περιεχόμενοι στα από 06-08-2019 και 23-09-2019 Υπομνήματά της Προσφεύγουσας ισχυρισμοί, δεν ήταν ουσιώδεις και ότι ως εκ τούτου ορθώς απερρίφθησαν από την Αναθέτουσα Αρχή ως απολύτως αόριστοι. Επίσης οι ίδιοι ισχυρισμοί που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κρίνονται απορριπτέοι ως αόριστοι και κυρίως ατεκμηρίωτοι, αφού το γεγονός ότι η προσφεύγουσα προσέφερε έκπτωση κατά πολύ μικρότερη σε σχέση με τον προσωρινό ανάδοχο δεν καθιστά από μόνο του την προσφορά του τελευταίου ως ασυνήθιστα χαμηλή. Οι ισχυρισμοί της αιτούσας δεν συνοδεύονται από συγκεκριμένα στοιχεία για τις αγοραίες τιμές τις οποίες επικαλείται, οι οποίες, επομένως, εμφανίζονται απολύτως αυθαίρετες και ατεκμηρίωτες (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 309/2016). Ως εκ τούτου, οι προβληθέντες ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν παρίστανται ουσιώδεις, διότι στηρίζονται σε αναπόδεικτους και ως εκ τούτου αυθαίρετους υπολογισμούς (Ε.Α. ΣτΕ 127/2009)...». Ο ισχυρισμός αυτός της Αναθέτουσας αρχής πρέπει να απορριφθεί ως ανακριβής και αβάσιμος, κατά την προσφεύγουσα, πρώτον διότι οι ισχυρισμοί της τόσο στα από 0608-2019 και 23-09-2019 Υπομνήματά της, όσο και στην από 18-10-2019 Προδικαστική Προσφυγή της είναι απολύτως ειδικοί και ορισμένοι και δεύτερον διότι ακόμα κι αν η Αναθέτουσα Αρχή θεωρεί ότι κάποιος από τους ισχυρισμούς αυτούς επιδέχεται αντίλογο, αυτό δεν αναιρεί την υποχρέωσή της να καλέσει τον προσωρινό μειοδότη σε αιτιολόγηση της προσφοράς του. Η Αναθέτουσα Αρχή διαλαμβάνει στη συνέχεια ότι: «...υπάρχει μικρή κλιμάκωση (απόσταση) μεταξύ των προσφορών (58,35- 54,83-51,52-48,8346,13-44,11-42,35) και ότι πλείονες οικονομικοί φορείς έχουν προσφέρει έκπτωση πλησίον του μειοδότη, ως προς

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

τους οποίους η προσφεύγουσα δεν επικαλείται κανένα στοιχείο. Οι προσφορές που έχουν μειοδοτήσει στο εν λόγω έργο δεν είναι «ασυνήθιστα» χαμηλές καθώς σχεδόν σε όλα τα έργα ασφαλικών συντηρήσεων που έχουν εκτελεστεί από την Περιφέρεια ***** αλλά και γενικότερα, οι προσφορές είναι πολύ χαμηλότερες (65-74%), τα δε έργα έχουν εκτελεστεί και παραληφθεί από την υπηρεσία ως έντεχνα χωρίς ιδιαίτερες παρατηρήσεις». Ο ισχυρισμός αυτός της Αναθέτουσας Αρχής είναι αβάσιμος, δεδομένου ότι, καίτοι υπάρχει μικρή κλιμάκωση μεταξύ των προσφορών των οικονομικών φορέων, αυτό ουδόλως σημαίνει ότι οι πλείονες αυτές προσφορές δεν είναι όλες ασυνήθιστα χαμηλές, ούτε βεβαίως απαλλάσσει την Αναθέτουσα Αρχή από την υποχρέωσή της να καλέσει τους φορείς προς αιτιολόγηση των προσφορών τους. Επιπλέον, οι συνθήκες εκτέλεσης του συγκεκριμένου έργου, από πλευράς μεγέθους αντικειμένου, τεχνικών απαιτήσεων και χρόνου υλοποίησης σε συνδυασμό με το σύνολο των απαιτήσεων της μελέτης, καθιστούν το έργο αυτό εξαιρετικά δύσκολο, απαιτητικό και εντελώς ανόμοιο λόγω μεγέθους, χρόνου και απαιτήσεων κατασκευής σε σχέση με αντίστοιχα έργα συντήρησης που στο παρελθόν είχε εκτελέσει η Περιφέρεια. Στο έργο αυτό προβλέπεται η συντήρηση 440.000 τ.μ. ασφαλικών ταπήτων και 25.000 τ.μ. λακκουβών (καθώς και πλήθους άλλων τεχνικών έργων υποδομής) σε χρόνο μόλις 12 ημερολογιακών μηνών, ενώ τα συνήθη έργα απαιτούν συντήρηση έως 50.000τ.μ. σε διάστημα 12-24 μηνών. Επομένως απαραδέκτως εξισώνει η Αναθέτουσα Αρχή το συγκεκριμένο έργο με τα παλαιότερα έργα ασφαλιστικών συντηρήσεων που έχουν εκτελεστεί από την Περιφέρεια ***** . Αντίθετα, απολύτως όμοιο είναι το έργο με τίτλο «Βελτίωση και περιοδική συντήρηση υποδομών στο πρωτεύον αστικό οδικό δίκτυο Περιφέρειας *****» προϋπολογισμού 15.000.00€ (με ΦΠΑ), που προκήρυξε στις 29-10-2018 η Περιφέρεια ***** , στο οποίο με την υπ' αριθ. 1476/2019/07-06- 2019 Απόφαση της Οικονομικής της Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή κάλεσε τις τρεις πρώτες μειοδοτούσες εταιρείες να αιτιολογήσουν τις προσφορές τους, σύμφωνα με την διάταξη του αρθ. 88 του ν. 4412/2016, κατόπιν υποβολής αντίστοιχου Υπομνήματος από οικονομικό φορέα. Το έργο αυτό είναι όμοιο γιατί το μέγεθος, η δυσκολία του και οι όροι της Διακήρυξης είναι ταυτόσημοι με το επίδικο έργο και αμφότερα δημοπρατήθηκαν από τα τέλη του έτους 2018 ως «πακέτο» έργων, μαζί με

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

άλλα όπως: i) το έργο με τίτλο «Βελτίωση Επαρχιακής Οδού 29: Δροσιά-Διόνυσος-Νέα Μάκρη» προϋπολογισμού 33.500.000,00€ , ii) το έργο με τίτλο «Ανάπλαση Περιοχής Αγίου Διονυσίου Δήμου Πειραιά», προϋπολογισμού 15.000.000,00€, iii) το έργο «Επεμβάσεις Βελτίωσης Οδικής Ασφάλειας στο Οδικό Δίκτυο της Περιφέρειας *****» προϋπολογισμού 28.000.000,00€, iv) το έργο με τίτλο «Συντήρηση Οδοστρώματος, Οριζόντιας και Κατακόρυφης Σήμανσης, των Οδικών Αξόνων της Ν.Ε.Ο.Α.Κ & της Λ. Κηφισού και των Προσβάσεων του στα Όρια Αρμοδιότητας Περιφέρειας *****», προϋπολογισμού 15.000.000,00€, v) το έργο με τίτλο «Βελτίωση και Περιοδική Συντήρηση Υποδομών στο Οδικό Δίκτυο Περιφέρειας ***** (πρώην ΔΕΣΕ)» προϋπολογισμού 15.000.000,00€ και vi) και το έργο με τίτλο «Συντήρηση Οδών Περιφερειακών Ενοτήτων Κεντρικού, Νοτίου, Δυτικού, και βορείου Τομέα Αθηνών-Εργολαβία 3» προϋπολογισμού 6.000.000,00€, για την συντήρηση του δικτύου οδοποιίας της Περιφέρειας *****, με κοινές προδιαγραφές. Εν προκειμένω λοιπόν στο όμοιο αυτό έργο, στο οποίο ο προσωρινός μειοδότης προσέφερε έκπτωση 62,70%, ο δεύτερος κατά σειρά μειοδότης έκπτωση 46,80% και ο τρίτος κατά σειρά μειοδότης έκπτωση 44,00% η Αναθέτουσα Αρχή ζήτησε αιτιολόγηση των τριών αυτών προσφορών, κάτι που εντελώς αναιτιολόγητα δεν πράττει στο επίδικο έργο. Είναι μάλιστα αξιοπερίεργο πως παραλείπει στις απόψεις της να αναφερθεί σε αυτό το δεδομένο και καταφεύγει σε αλυσιτελείς αναφορές σε παλαιότερα μη συγκρίσιμα έργα. Η προφανής αυτή διοικητική αντίφαση να ζητήσει αιτιολόγηση στο έργο αυτό και όχι στο επίδικο δεν δικαιολογείται από την Αναθέτουσα Αρχή. Το σημαντικότερο όμως είναι ότι με την υπ. αριθ. 1955/2019/25-07-2019 απόφαση, η Οικονομική Επιτροπή της Αναθέτουσας Αρχής, στον ως άνω διαγωνισμό με τίτλο «Βελτίωση και περιοδική συντήρηση υποδομών στο πρωτεύον αστικό οδικό δίκτυο Περιφέρειας *****», όρισε ομάδα εργασίας για την εξέταση των αιτιολογήσεων που υπέβαλαν οι διαγωνιζόμενοι από τους οποίους αυτές ζητήθηκαν και η οποία συνέταξε την από 05-11-2019 Τεχνική Έκθεση, η οποία κατόπιν αιτήματός της της κοινοποιήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή στις 05-11-2019. Η εν λόγω Τεχνική Έκθεση, κατέληξε με το πόρισμά της στο ότι: i) ο προσωρινός μειοδότης που προσέφερε έκπτωση 62,70% φέρει ζημία 898.107€, ii) ο 2ος μειοδότης που προσέφερε έκπτωση 46,80% φέρει κέρδος σε προϋπολογισμό

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

15.000.00,00€ μόλις 128.380€ και iii) ο 3ος μειοδότης που προσέφερε έκπτωση 44% φέρει κέρδος 160.800€. Είναι λοιπόν εντυπωσιακό ότι η Αναθέτουσα Αρχή, ενώ στην αντίστοιχη περίπτωση ζήτησε αιτιολογήσεις, μέχρι ποσοστού έκπτωσης 44,00% και μάλιστα κρίθηκε δια του αρμοδίου γνωμοδοτικού οργάνου το ανααιτιολόγητο των προσφορών με έκπτωση άνω του 50,00% περίπου, στην όμοια περίπτωση του επίδικου διαγωνισμού πράττει τα εντελώς αντίθετα και χωρίς καμία αιτιολογία δεν ζητά καν εξηγήσεις. Η αντιφατική αυτή συμπεριφορά της Αναθέτουσας Αρχής είναι αφ' εαυτής τεκμήριο έλλειψης αιτιολογίας των προσβαλλομένων. Η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι δήθεν αόριστες και ανεπίδεκτες εκτίμησης και ότι: *«...Επομένως η γενικόλογη αναφορά της προσφεύγουσας στα υπομνήματα καθώς και στην προσφυγή της, σε αβεβαιότητα της δυνατότητας εκτέλεσης του έργου ένεκα του ότι το συγκρότημα παραγωγής του 1ου μειοδότη το οποίο βρίσκεται δήθεν σε μέση απόσταση 45 χλμ. από τον τόπο εκτέλεσης του έργου συγκρινόμενο με το δικό της το οποίο είναι εγκατεστημένο σε μέση απόσταση 30 χλμ., αυξημένη παραγωγική ικανότητα του δικού της συγκροτήματος σε σχέση με του 1ου μειοδότη και των υπολοίπων, δικά της κοστολόγια υλικών του έργου, τεχνικά χαρακτηριστικά των μηχανημάτων, εκτεταμένο αντικείμενο, δύο μέτωπα εργασίας, αντιμετώπιση απρόβλεπτων περιστάσεων, νυχτερινή εργασία, κόστος μελετών, υπηρεσίες, λογισμικό, εκπαίδευση, 24ωρη επιφυλακή, καθημερινή επιτήρηση, κόστος παραγωγής, κόστος ενσωμάτωσης υλικών ή των πωλήσεων επί ζημιά, κλπ., χωρίς αυτά να συνοδεύονται από συγκεκριμένα στοιχεία για τις αγοραίες και λοιπές τιμές όλων των ανωτέρω εργασιών κλπ. τις οποίες επικαλείται, οι οποίες, επομένως, εμφανίζονται απολύτως αυθαίρετες και ατεκμηρίωτες, χωρίς καμία αναφορά και επίκληση πολύ συγκεκριμένων αριθμητικών δεδομένων και ουσιαστικών αναλυτικών στοιχείων ως προς τις κατ' ιδίαν εργασίες με αναφορά στην προσφορά του μειοδότη, καθιστά το αίτημα της προσφεύγουσας όλως αόριστο και ατεκμηρίωτο, δεν γεννά δε καν υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να το απαντήσει...»*. Οι ως άνω ισχυρισμοί της Αναθέτουσας Αρχής πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι δεδομένου ότι η επίκληση από πλευράς της προσφεύγουσας λόγων που προφανώς καταδεικνύουν τον χαρακτήρα της προσφοράς των πέντε (5) πρώτων διαγωνιζομένων ως υπερβολικά χαμηλών,

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

είναι πέραν από ορισμένη και πλήρως αποδεδειγμένη, αφού στηρίζεται πρώτον σε συλλογισμούς κοστολόγησης δεδομένους από τα διδάγματα της κοινής πείρας, παραμέτρους γνωστές σε όλους (π.χ. η ύπαρξη διοδίων στην Εθνική Οδό και το κόστος τους), δεύτερον σε υπολογισμούς που βασίζονται σε όρους της Διακήρυξης ως προς τις απαιτούμενες εργασίες (π.χ. ελάχιστος εξοπλισμός αρ. 22Δ Γ', δύο παράλληλα μέτωπα κατ' αρ. 11), τρίτον δυναμικότητα συγκεκριμένων τύπων μηχανημάτων που προκύπτει από τις προδιαγραφές τους και τέλος σε στοιχεία κόστους που είτε συνομολογούνται από την Αναθέτουσα Αρχή ή/ τον παρεμβαίνοντα ή προσκομίζονται. Ειδικότερα και μεταξύ άλλων, η προαναφερθείσα από 05-11-2019 Τεχνική Έκθεση της ομάδας εργασίας, που εξεδόθη κατόπιν κλήσης των εταιρειών του εκεί διαγωνισμού να αιτιολογήσουν την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά τους, καταλήγει στο εξής πόρισμα: η μέση απόσταση του ιδιόκτητου εργοστασίου παραγωγής ασφαλτοσκυροδέματος της προσφέρουσας («*****»), από το Πολυδένδρι έως τον τόπο εκτέλεσης του έργου είναι 45 χλμ τουλάχιστον (σελίδα 3 της Τεχνικής Έκθεσης). Η εταιρεία «*****» αποτελεί συγκρότημα συνεργασίας για τους 3 πρώτους συμμετέχοντες στον επίδικο διαγωνισμό και επομένως ο υπολογισμός στην Προδικαστική Προσφυγή, ότι το συγκρότημα παραγωγής του 1ου μειοδότη βρίσκεται σε απόσταση 45 χλμ από τον τόπο εκτέλεσης του έργου είναι απόλυτα τεκμηριωμένος, αντίθετα με όσα ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της η οποίες πρέπει να απορριφθούν γι' αυτόν τον λόγο ως αβάσιμες. Περαιτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της εκθέτει ότι: «Ως προς το συγκρότημα παραγωγής: Αυθαίρετα η προσφεύγουσα λαμβάνει ως ωφέλιμο φορτίο εκάστου φορτηγού τους 20 τόνους, αυθαίρετα η προσφεύγουσα υπολογίζει 50% περισσότερο χρόνο για την κάλυψη της μεγαλύτερης απόστασης από το συγκρότημα που χρησιμοποιεί η προσωρινή ανάδοχος ενώ η διαφορά είναι 15 χλμ εθνικής οδού, αυθαίρετα η προσφεύγουσα θεωρεί ότι το ύψος μίσθωσης των υποτιθέμενων περισσότερων φορτηγών θα είναι 280€ ανά ημέρα χωρίς να προσκομίζει κανένα στοιχείο. Επομένως όλοι οι σχετικοί υπολογισμοί που καταλήγουν σε πρόσθετη επιβάρυνση 224.930,00€ είναι αυθαίρετοι». Οι ως άνω απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής είναι επίσης αβάσιμες, κατά την προσφεύγουσα, δεδομένου ότι όλοι οι υπολογισμοί που περιλαμβάνονται στην Προδικαστική

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

Προσφυγή είτε ταυτίζονται ή είναι παρόμοιοι με αυτούς στους οποίους προβαίνει η ίδια η Ομάδα Εργασίας στην ως άνω από 05-11-2019 Τεχνική Έκθεση. Συγκεκριμένα, η πλειονότητα των φορτηγών που μεταφέρουν ασφαλτόμειγμα είναι τετραξονικά φορτηγά ωφέλιμου φορτίου από 19 έως 21 τόνους. Ο μέσος όρος των 20 τόνων προκύπτει ευχερώς από στοιχεία ιδιόκτητου εξοπλισμού των οικονομικών φορέων, αλλά και από τα στοιχεία που υπέβαλλε ο πρώτος μειοδότης. Άλλωστε και η από 05-11-2019 Τεχνική Έκθεση Αξιολόγησης Αιτιολογήσεων (σελ. 3) δέχεται ως μέσο ωφέλιμο φορτίο τους 22 τόνους, θεωρώντας ότι μαζί με τα τετραξονικά φορτηγά μπορούν να εργαστούν και κάποιες νταλίκες ωφέλιμου φορτίου έως 25 τόνους. Επίσης, ο υπολογισμός ότι η προσωρινή ανάδοχος χρειάζεται 50% επιπλέον χρόνο σε σχέση με την προσφεύγουσα για να καλύψει την απόσταση από το συγκρότημα που χρησιμοποιεί (το συγκρότημα που όπως προελέχθη είναι της εταιρείας «*****») μέχρι τον τόπο εργασιών είναι αυταπόδεικτος, δεδομένου ότι η μέση απόσταση των 45 χλμ του συγκροτήματος της «*****» από τον τόπο εκτέλεσης του έργου είναι κατά 50% μεγαλύτερη από την απόσταση των 30 χλμ που απέχει το συγκρότημα της προσφεύγουσας. Επιπλέον, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υπολόγισε το ύψος της ημερήσιας μίσθωσης των φορτηγών κατ' εκτίμηση σε 280€/ημέρα, την ίδια στιγμή που και η Ομάδα Εργασίας της Αναθέτουσας Αρχής στην από 05-11-2019 Τεχνική Έκθεση προβαίνει σε παρόμοιο υπολογισμό (σελ. 3), υπολογίζοντας το ύψος της ημερήσιας μίσθωσης φορτηγών σε ελάχιστο 260€ χωρίς προσθήκη κέρδους του μεταφορέα. Η τιμή αυτή προκύπτει και από το από 29-03-2019 τιμολόγιο της μεταφορικής εταιρείας «*****» προς την προσφεύγουσα. Επομένως οι σχετικοί υπολογισμοί της, λαμβάνοντας υπόψη τις ως άνω παραδοχές τιμών, που καταλήγουν σε πρόσθετη επιβάρυνση του προσωρινού μειοδότη λόγω αυξημένου κόστους μεταφορών κόστους συνολικού ύψους 224.930,00 €, είναι, κατά την προσφεύγουσα, απολύτως ειδικοί και τεκμηριωμένοι και οι αντίστοιχες απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής υπό αρ.11 και 14, ως άνω, πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι. Ακόμη, η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει με τις απόψεις της, σχετικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί σοβαρής επιβάρυνσης της προσφοράς του προσωρινού μειοδότη λόγω μειωμένης παραγωγικότητας, ότι: «...*Αυθαίρετα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το συγκρότημα παραγωγής ασφαλτομείγματος*

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

της μειοδότης έχει δυναμικότητα που δεν ξεπερνά τους 120 τόνους/ώρα. Αυθαίρετα η προσφεύγουσα λαμβάνει ως δεδομένη την υποχρέωση εργασίας δύο ταυτόχρονα συνεργείων, ενώ η διακήρυξη αναφέρεται σε δυνατότητα. Αυθαίρετα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι απαιτούνται οπωσδήποτε 720 τόνοι για δύο σημεία εργασίας. Επομένως όλοι οι ισχυρισμοί της ερείδονται σε απλές υποθέσεις της. Ακόμα όμως και με τις παραδοχές της, η διαφορά ωρών εργασίας μεταξύ του δικού της και του προτεινόμενου από την προσωρινή μειοδότης συγκροτήματος ανέρχεται σε 4,8 ώρες και δεν δικαιολογεί διπλάσιο υπολογισμό βάρδιας. Επιπλέον δεν αποδεικνύει γιατί λαμβάνει ως κόστος 2€/τόνο. Αλλά ακόμα και αν δεν επαρκεί το παραγόμενο από την μειοδότης σκυρόδεμα για δύο μέτωπα, ουδόλως εξηγείται πόσο Κα είναι μειωμένη η απόδοση των συνεργείων με του τόνους που δέχεται η προσφεύγουσα.». Οι ως άνω απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμες δεδομένου ότι η δυνατότητα παραγωγής ασφαλτομείγματος της μειοδότης εταιρείας έχει όντως δυναμικότητα που δεν ξεπερνά τους 120 τόνους την ώρα κατά το τεχνικό της φυλλάδιο, αλλά και κατά τα όσα δέχεται για το αυτό συγκρότημα παραγωγής ασφαλτόστρωσης η από 05-11-2019 Τεχνική Έκθεση στην σελ. 7 η οποία διαλαμβάνει ημερήσια απόδοση 750 τόνους. Η Αναθέτουσα Αρχή περαιτέρω κάνει λόγο στις απόψεις της για «δυνατότητα» εργασίας δύο ταυτόχρονα συνεργείων, ενώ κάτι τέτοιο, κατά την προσφεύγουσα, καταρρίπτεται από την Διακήρυξη. Συγκεκριμένα ως προς τα δεδομένα που έλαβε η προσφεύγουσα υπόψη, για την περιγραφή του βέλτιστου τρόπου εργασίας, βασίστηκε, ως προβάλλει, στην Διακήρυξη του έργου, όπου στο Κεφάλαιο Β, αρ. 11.3: Περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του έργου (σελίδα 17) ορίζεται ρητά: «Λαμβάνοντας υπόψη τον χρόνο ο οποίος απαιτείται για την έκδοση των πάσης φύσεως αδειών (κυκλοφοριακές ρυθμίσεις κλπ) ο οποίος εκτιμάται σε τουλάχιστον 4-6 μήνες και συνυπολογίζοντας τις αποδόσεις των μηχανημάτων και τις καιρικές συνθήκες, προκύπτει η αναγκαιότητα να εκτελείται το έργο ταυτοχρόνως σε τουλάχιστον δύο μέτωπα» και στο Κεφάλαιο Γ', αρ. 22. Δ. Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα ορίζεται ότι «Ο ανωτέρω εξοπλισμός είναι αναγκαίος προκειμένου να γίνεται εκτέλεση εργασιών σε τουλάχιστον δύο μέτωπα, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο αρ. 11.». Η Διακήρυξη επομένως ρητά αναφέρεται σε υποχρέωση εργασίας σε τουλάχιστον δυο μέτωπα και γι'

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

αυτό στον τεχνικό εξοπλισμό ορίζει κριτήρια, με ποινή αποκλεισμού, μηχανημάτων τα οποία να μπορούν να είναι διαθέσιμα σε δυο μέτωπα ταυτόχρονα, ήτοι: 2 φρέζες, 2 Finisher, 4 οδοστρωτήρες, και επομένως αβάσιμα ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή ότι πρόκειται περί απλής δυνατότητας. Οι υπολογισμοί τιμών κόστους νομίμως επομένως εχώρησαν από την προσφεύγουσα, ως ισχυρίζεται, λαμβάνοντας υπόψιν δύο μέτωπα για την εκτέλεση του έργου και όχι ένα, όπως αντιθέτως φαίνεται να υπολογίζει η Αναθέτουσα Αρχή για την κατακύρωση του έργου στον προσωρινό μειοδότη. Εξάλλου και η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή σε άλλο σημείο στις απόψεις της (σελ. 4) διαλαμβάνει ότι: *«...Γι' αυτό τον λόγο, όπως άλλωστε ομολογεί και η ίδια η προσφεύγουσα, ετέθησαν ειδικοί όροι στην Διακήρυξη για διπλά συνεργεία φρεζαρίσματος και διάστρωσης (φίνισερ και οδοστρωτήρες)... με συνέπεια οι διαγωνιζόμενοι που τα καλύπτουν να μπορούν να ανταποκριθούν στις συγκεκριμένες απαιτήσεις»*. Επιπλέον, η προσφεύγουσα, ως επικαλείται, υπολόγισε ότι κάθε μέτωπο εργασίας για την βέλτιστη αποδοτικότητα θα πρέπει να διαστρώνεται με 720 τόνους ασφαλτομείγματος την ημέρα. Σε παρόμοιο υπολογισμό προέβη και η ομάδα εργασίας στην ως άνω 05-11-2019 Τεχνική Έκθεση (σελ. 7), η οποία εκτίμησε ως εφικτή ποσότητα τους 750 τόνους/ ημέρα. Επαναλαμβάνει η προσφεύγουσα με το Υπόμνημά της και προς απάντηση των απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής αυτό που είχε διαλάβει και με την Προδικαστική Προσφυγή της, ότι, δηλαδή, ο διπλάσιος υπολογισμός βάρδιας στον οποίο θα υποχρεωθεί τόσο ο προσωρινός μειοδότης, όσο και οι λοιπές συμμετέχουσες εταιρείες, προκύπτει από απλούς μη μαχητούς υπολογισμούς ωρών εργασίας, σύμφωνα με τις ως άνω παραδοχές. Ειδικότερα, σύμφωνα με την μελέτη του έργου που απαιτεί εργασία σε δύο μέτωπα ταυτόχρονα, η απαιτούμενη ποσότητα ασφαλτομείγματος για ημερήσια εργασία σε δυο μέτωπα υπολογίζεται ως εξής: 720 τόνοι (750 τόνους όπως προελέχθη εκτίμησε η από 05-11-2019 Τεχνική Έκθεση για το έργο «Βελτίωση και περιοδική Συντήρηση Υποδομών στο Πρωτεύον Αστικό Οδικό Δίκτυο») επί δύο (2) σημεία εργασίας = 1.440 τόνοι/ημέρα εργασίας. Για την παραγωγή της απαιτούμενης ποσότητας τα συγκροτήματα που έχουν παραγωγική ικανότητα έως 120 τόνους/ώρα, χρειάζονται $1.440/120=12$ ώρες εργασίας, (ενώ το δικό της συγκρότημα που έχει παραγωγική ικανότητα έως 200 τόνους/ώρα

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

χρειάζεται $1.440/200= 7,20$ ώρες εργασίας). Επομένως τόσο ο προσωρινός μειοδότης όσο και οι λοιπές συμμετέχουσες εταιρείες θα υποχρεωθούν αναπόδραστα σε υπερωριακή απασχόληση (στην πράξη σε πρόσληψη δεύτερης βάρδιας προσωπικού), αφού οι δώδεκα (12) ώρες εργασίας κατά τον ως άνω υπολογισμό, υπερβαίνουν κατά 50% το οκτάωρο. Αναφορικά με τον υπολογισμό κόστους της τάξης των 2€/τόνο αυτός προκύπτει σύμφωνα με το κοστολόγιο της προσφεύγουσας, σύμφωνα με όσα διαλαμβάνει και στην Προδικαστική της Προσφυγή, το οποίο αποτελεί όπως είναι φυσικό τη βάση ώστε να υπολογισθεί συγκριτικά το εάν η προσφορά έτερου διαγωνιζομένου είναι περισσότερο ανταγωνιστική ή όχι από την δική της. Εξάλλου, ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι δεν παραθέτει η προσφεύγουσα στοιχεία για το ύψος της μειωμένης απόδοσης εάν δεν επαρκεί το παραγόμενο από την μειοδότηρια σκυρόδεμα για δύο μέτωπα, αυτός πρέπει, κατά την προσφεύγουσα, να απορριφθεί ως αβάσιμος δεδομένου ότι, συγκεκριμένα εξηγεί η προσφεύγουσα με την Προδικαστική Προσφυγή της ότι σε περίπτωση, κατά την οποία το συγκρότημα δεν μπορεί να διαθέσει δεύτερη βάρδια (διπλό εξειδικευμένο προσωπικό), τότε η τροφοδοσία στα δυο μέτωπα εργασίας δεν θα επαρκεί, επομένως θα οδηγηθούν οι εν λόγω εταιρείες σε μειωμένες ημερήσιες αποδόσεις συνεργειών, με ενδιάμεσες σταλίες των μηχανημάτων στο έργο, και άρα θα χρειαστούν περισσότερες μέρες εργασίας για τις οποίες οι συμμετέχοντες επιβαρύνονται με τα έξοδα του εργοταξίου ύψους από 3.000€ έως 8.800€ (ανάλογα με το κοστολόγιο κάθε συμμετέχοντα) και τελικά με σημαντική επιβάρυνση του κόστους. Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή διαλαμβάνει στις Απόψεις της ότι: Ως προς τα μηχανήματα: η προσφεύγουσα δεν λαμβάνει υπόψη της ότι ο απαιτούμενος από την Διακήρυξη εξοπλισμός είναι ο ελάχιστος. Ο μειοδότης μπορεί να χρησιμοποιήσει κατά το στάδιο του διαγωνισμού εξοπλισμό με βελτιωμένα χαρακτηριστικά ή να αντικαταστήσει τον προσφερόμενο με άλλον με τα ίδια χαρακτηριστικά, χωρίς να δεσμεύεται από την προσφορά ως προς τούτο. Επομένως είναι ελεύθερος να χρησιμοποιήσει φρέζα με πλάτος κοπής δύο ή περισσότερων μέτρων. Επιπλέον από πουθενά δεν προκύπτει πώς προκύπτει η μεγαλύτερη επιβάρυνση κατά 418.000,00 που παραθέτει η προσφεύγουσα. Όλα αυτά δε λαμβάνοντας ως βάση υπολογισμού την δική της προσφορά. Σε απάντηση των ως άνω απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

λεκτέα τα ακόλουθα από την προσφεύγουσα: στο σημείο 18γ της Προδικαστικής Προσφυγής της, κάνει αναφορά στα τεχνικά χαρακτηριστικά των μηχανημάτων που δεσμεύει ο 1ος μειοδότης για την συμμετοχή του στον διαγωνισμό, σύμφωνα με τα μισθωτήρια συμβόλαια που ο ίδιος κατέθεσε. Σύμφωνα λοιπόν με αυτά προκύπτει ημερήσιο κόστος μίσθωσης για 2 φρέζες, 2 φίνισερ, και 4 οδοστρωτήρες, που η Διακήρυξη ορίζει ως ελάχιστο εξοπλισμό, το ποσό των 8.900€/ημέρα (έναντι 8.800€/ημέρα που εκ παραδρομής υπολόγισε στην Προδικαστική Προσφυγή). Για τις 55 ημέρες λοιπόν εργασίας σε ιδανικές συνθήκες θα πρέπει να καταβάλλει μισθώματα ύψους $8.900 \times 55 = 489.500\text{€}$. Για την προσφεύγουσα το αντίστοιχο κόστος για τα ιδιόκτητα μηχανήματά της ανέρχεται σε 3.000€/ημέρα και επομένως για 55 ημέρες εργασίας έχει κόστος $3.000 \times 55 = 165.000\text{€}$. Η διαφορά ανέρχεται σε $489.500 - 165.000 = 324.500\text{€}$. Επιπρόσθετα η μια από τις δυο μισθωμένες φρέζες έχει πλάτος κοπής ένα (1) μέτρο έναντι των δύο (2) μέτρων που δηλώνουν οι υπόλοιποι συμμετέχοντες. Είναι λογικό να χρειάζεται τον διπλάσιο χρόνο από τις άλλες για να παράξει την ίδια εργασία, γεγονός που ουδόλως αρνείται η Αναθέτουσα Αρχή και ο Παρεμβαίνων. Ορθά λοιπόν η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι εκτίμησε ότι στο ένα από τα δυο μέτωπα θα εργαστεί επιπλέον πενήντα πέντε (55) ημέρες και το καταβληθέν μίσθωμα για αυτές θα ανέλθει σε $1.800 \times 55 = 99.000\text{€}$. Άρα το συνολικό ΕΠΙΠΛΕΟΝ κόστος μίσθωσης για τον 1ο μειοδότη ανέρχεται σε $324.500\text{€} + 99.000\text{€} = 423.500\text{€}$, έναντι 418.000€ που υπολόγισε στην Προδικαστική Προσφυγή της (λόγω της άνω παραδρομής). Επίσης, η Αναθέτουσα Αρχή είναι υποχρεωμένη να αξιολογήσει τις προσφορές με βάση το περιεχόμενο τους και μόνο, δηλαδή τον προσφερόμενο εξοπλισμό (έστω ελάχιστο), δεδομένου ότι με βάση αυτόν κρίνεται το αξιόπιστο της προσφοράς ενός οικονομικού φορέα. Αν ο διαγωνιζόμενος για να τεκμηριώσει κανονική προσφορά απαιτείται να επικαλεστεί κι άλλο εξοπλισμό, αυτό θα έπρεπε να τον περιλάβει ως διαθέσιμο στην προσφορά του, δεδομένου ότι το αξιόπιστο του ύψους των προσφορών δεν κρίνεται επί υποθέσεων. Πέραν τούτων, κατά την προσφεύγουσα, η διάγνωση για το εάν φαίνεται ή όχι «Ασυνήθιστα Χαμηλή» μια προσφορά, είναι λογικά διάφορη της αιτιολόγησης της προσφοράς καθεαυτής και του συνακόλουθου αποκλεισμού ή μη διαγωνιζόμενου ανάλογα με την πειστικότητά της. Ως εκ τούτου, κατά την

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

προσφεύγουσα, έσφαλε η Αναθέτουσα Αρχή όταν, ενώ της υπεβλήθησαν απολύτως ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί, τόσο με τα Υπομνήματα της προσφεύγουσας όσο και με την Προδικαστική Προσφυγή της, δεν έγινε δεκτό το αίτημά της για κλήση των οικονομικών φορέων προς παροχή εξηγήσεων χωρίς καμία αιτιολογία. Δ': Ορθή Επανάληψη: Όπως προκύπτει από την πρώτη προσβαλλόμενη από 26.09.2019, υπ' αριθμ. 2455/2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής η Διεύθυνση Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών, αφού έλαβε υπόψη της το από 01-08-2019 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού (γνωμοδοτικό όργανο), εισηγήθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 562988/13-09-2019 έγγραφό της προς την Οικονομική Επιτροπή (α) την εξέταση του αιτήματος της εταιρείας «*****» που είχε υποβληθεί με το από 06-08-2019 Υπόμνημα της εν λόγω εταιρείας, για κλήση προς παροχή εξηγήσεων από τις εταιρείες που είχαν υποβάλει χαμηλές προσφορές στον επίμαχο Διαγωνισμό και (β) την έγκριση ή μη του Πρακτικού που είχε συντάξει η Επιτροπή Διαγωνισμού και (γ) την εξουσιοδότηση της προϊσταμένης της Διεύθυνσης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών για την συνέχιση της διαδικασίας του Διαγωνισμού. Αντίθετα, όπως προκύπτει από την δεύτερη και ταυτάριθμη προσβαλλόμενη Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ», το περιεχόμενο του (πρώτου) εγγράφου της Διεύθυνσης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών αντικαθίσταται και τροποποιείται ανεπίτρεπτα, ιδίως ως προς την εισήγησή της προς την Οικονομική Επιτροπή. Ειδικότερα, στην Απόφαση «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» διαλαμβάνεται ότι η Διεύθυνση Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών διαβιβάζει: *«το από 01-08-2019 πρακτικό της Ε.Δ. του έργου «Συντήρηση οδοστρώματος, οριζόντιας και κατακόρυφης σήμανσης, των οδικών αξόνων της Λ. Συγγρού, Λ. Πειραιώς, Βασ. Σοφίας, Φειδιππίδου & Μεσογείων αρμοδιότητας Δ.ΔΙ.Μ.Υ Περιφέρειας Αττικής»*, λαμβάνοντας υπόψη τα από 06.08.2019 και 23.09.2019 υπομνήματα της εταιρείας «*****», για λήψη απόφασης από την Οικονομική Επιτροπή με την παροχή εξουσιοδότησης στην Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών Περιφέρειας ***** για τη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού μέχρι την υπογραφή της σύμβασης και εισηγείται (α) την έγκριση ή μη του Πρακτικού που είχε συντάξει η Επιτροπή Διαγωνισμού και (β) την εξουσιοδότηση της προϊσταμένης της Διεύθυνσης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών για την συνέχιση της διαδικασίας του

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

Διαγωνισμού. Δηλαδή στην «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» της Διεύθυνσης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών το υπό (α) στοιχείο που περιελάμβανε η εισήγηση στην πρώτη προσβαλλόμενη Απόφαση περί ανάγκης εξέτασης του θέματος αιτιολόγησης απαλείφεται μη νόμιμα και διατηρείται μόνον το στοιχείο υπό (β) και (γ). Η δεύτερη αυτή Απόφαση στην οποία γίνεται προσπάθεια να χαρακτηρισθεί «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» αποτελεί νέα εκτελεστή πράξη, δεδομένου ότι τροποποιεί ανεπίτρεπτα το πρώτο Έγγραφο της Διεύθυνσης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών, προσθέτοντας το περιεχόμενο: «...λαμβάνοντας υπόψη τα από 06.08.2019 και 23.09.2019 Υπομνήματα της εταιρείας «*****» και κατόπιν αυτού την εισήγηση και την κρίση της Οικονομικής Επιτροπής, με προφανή σκοπό να προσθέσει στην προσβαλλόμενη πράξη ελλείπουσα αιτιολογία. Η νέα αυτή εκτελεστή πράξη, ως τροποποιητική της ταυτάριθμης προγενέστερης της, αποτελεί εξ αυτού του λόγου συγχρόνως και μερική ανάκλησή της προηγούμενης. Ωστόσο, η παράγραφος 2 του αρ. 21 Κ.Δ.Δσιας ορίζει ότι : «για την ανάκληση (ατομικής διοικητικής πράξης) δεν είναι απαραίτητο να τηρείται η διαδικασία που προβλέπεται για την έκδοση της πράξης, εκτός αν ανακαλείται πράξη νόμιμη ή πράξη παράνομη ύστερα από εκτίμηση πραγματικών περιστατικών. Εν προκειμένω η (πρώτη) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής που ανακλήθηκε ήταν πράγματι παράνομη, διότι παρόλο που η Διεύθυνση Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών εισηγήθηκε με το υπ. αριθ. 562988/13-09-2019 έγγραφο προς την Οικονομική Επιτροπή την εξέταση του αιτήματος που υπεβλήθη με το Υπόμνημα της εταιρείας «*****» (αναφορικά με την κλήση προς παροχή εξηγήσεων των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών των μειοδοτουσών εταιρειών), η Οικονομική Επιτροπή απέρριψε σιγή και παράνομα την εισήγησή αυτή, ενώ, κατά τον νόμο θα έπρεπε είτε να καλέσει τον προσωρινό μειοδότη προς παροχή εξηγήσεων, ή να αιτιολογήσει για ποιο λόγο κρίνει ότι κάτι τέτοιο δεν χρειάζεται, παρά και την σχετική εισήγηση του γνωμοδοτικού οργάνου, σύμφωνα και με όσα διαλαμβάνονται και στην από 18-10-2019 Προδικαστική Προσφυγή. Έτσι, η έκδοση της Απόφασης «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» έγινε με σκοπό ακριβώς να θεραπευθεί η έλλειψη αυτή αιτιολογίας της προηγούμενης παράνομης Απόφασης, με την προσθήκη στο περιεχόμενο της ότι λήφθηκαν υπόψη τα από 06.08.2019 και 23.09.2019 Υπομνήματα της εταιρείας

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

«*****». Η προσθήκη αυτή συνηγορεί ωστόσο ότι εκτιμήθηκαν για πρώτη φορά πραγματικά περιστατικά, με διαφορετικό τρόπο, κατά τον ορισμό του αρ. 21 Κ.Δ.Δσιας, κατά την έκδοση της νέας πράξης/Απόφασης «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ». Δηλαδή επανεκτιμήθηκε διαφορετικά και μη νόμιμα αλλοιώθηκε το περιεχόμενο της εισήγησης της αρμόδιας Διεύθυνσης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών και περαιτέρω εκτιμήθηκε διαφορετικά ως προς την έκδοση της πράξης η ύπαρξη των από 06-08-2019 και 23-09-2019 Υπομνημάτων, που τώρα για πρώτη φορά αναφέρεται ότι «λήφθηκαν υπόψη». Ωστόσο η πράξη αυτή, η οποία συνιστά μερική ανάκληση της προηγούμενης παράνομης Απόφασης, δεν ακολούθησε ως προς την έκδοσή της την διαδικασία που θέτει ο νόμος στο αρ. 21 ΚΔΔσιας. Η Οικονομική Επιτροπή αντί της έκδοσης Απόφασης «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ», θα έπρεπε να τηρήσει την διοικητική διαδικασία έκδοσης νέας διοικητικής πράξης, με νόμιμη σύγκληση του συλλογικού οργάνου, νέα συνεδρίαση και λήψη νέας, αιτιολογημένης αυτή τη φορά, απόφασης. Αντ' αυτού η Οικονομική Επιτροπή εξέδωσε την ίδια Απόφαση (με την ίδια ημερομηνία, τον ίδιο αριθμό Συνεδρίασης και τον ίδιο αριθμό Θέματος) τιτλοφορώντας την απλώς «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ», χωρίς ν' ακολουθήσει τις διατυπώσεις του νόμου, παρότι προσέθεσε για πρώτη φορά αιτιολογία στην πράξη και άρα συντρέχει λόγος ακύρωσης για παράβαση ουσιώδους τύπου της προσβαλλομένης. Άμεση απόρροια αυτού είναι ότι η μόνη εκτελεστή και ισχυρή ατομική διοικητική πράξη είναι η (πρώτη) από 26.09.2019, υπ' αριθμ. 2455/2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, η οποία είναι επίσης ακυρωτέα, δεδομένου ότι δεν έλαβε υπόψιν της την εισήγηση του γνωμοδοτικού οργάνου, ούτε απέκλινε αιτιολογημένα από αυτήν, και χωρίς αιτιολογία παρέλειψε να καλέσει τον προσωρινό μειοδότη προς αιτιολόγηση της προσφοράς του που προκύπτει αβίαστα από τους λόγους των από 06-08-2019 και 23-09-2019 Υπομνημάτων και εκείνους που διαλαμβάνονται στην από 18-10-2019 Προδικαστική Προσφυγή, όπως αυτή συμπληρώνεται με τα από 06.08.2019 και 23.09.2019 Υπομνήματα. Επικουρικά, ακόμα και στην περίπτωση που η Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» ήταν τυπικά έγκυρη, αυτή πάσχει ακυρότητας για τους κάτωθι βάσιμους λόγους ουσίας: i) Αντικαθιστά μη νόμιμα το περιεχόμενο του φερόμενου ως Εγγράφου της Υπηρεσίας της Διεύθυνσης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών, ii) Η προσθήκη:

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

«λαμβάνοντας υπόψη τα υπομνήματα της εταιρείας «*****»», στο διατακτικό της Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής δεν αποτελεί νόμιμη αιτιολογία, δεδομένου ότι δεν απαντά αιτιολογημένα επί των υπομνημάτων ή δεν αιτιολογεί την μη απάντηση της, ως όφειλε, παρά μόνον διαλαμβάνει απλή μνεία αυτών. Εξάλλου και μόνον οι αμφιβολίες της μειοψηφίας ότι: «κρίνουμε ότι πρέπει να εφαρμοστεί η διαδικασία του αρ. 88 του Ν. 4412/2016 για αιτιολόγηση των προσφορών που είναι άνω του 40%» και τα στοιχεία που αναφέρθηκαν στα από 06-08-2019 και 23-09-2019 Υπομνήματα και στην Προδικαστική Προσφυγή θα αρκούσαν για να «φαίνεται» ασυνήθιστα χαμηλή η προσφορά του πρώτου μειοδότη και των υπολοίπων συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας μέχρι την οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, και να υποχρεούται η Οικονομική Επιτροπή να αποφασίσει για κλήση προς παροχή εξηγήσεων των προσφορών των εν λόγω εταιρειών. Η παράλειψη αυτή εκ μέρους της Οικονομικής Επιτροπής καθιστά την Απόφασή της ακυρωτέα. Ε': Έλλειψη Ψηφιακής Υπογραφής στο ΕΕΕΣ: Σύμφωνα με ρητή πρόβλεψη της Διακήρυξης του άρθρου 22 Δ με Θέμα: Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα ορίζεται ότι: «κάθε συμμετέχων οικονομικός φορέας οφείλει να διαθέτει επί ποινή αποκλεισμού για την εμπρόθεσμη ολοκλήρωση του έργου τουλάχιστον τα ακόλουθα μηχανήματα: α) 2 φρέζες β) 2 Finisher και γ) 4 Οδοστρωτήρες τα οποία Κα δηλώνονται στο Ε.Ε.Ε.Σ τόσο τα ιδιωτικά όσο και αυτά που θα μισθωθούν από άλλους φορείς». Επιπλέον, σύμφωνα με το αρ. 24. Παρ. 2 με θέμα Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς ορίζονται τα ακόλουθα: «[...] Για τα ανωτέρω επί ποινή αποκλεισμού μηχανήματα, η υπεύθυνη δήλωση θα πρέπει να συνοδεύεται είτε από τιμολόγια αγοράς ή άδειες κυκλοφορίας ή άλλα επαρκή αποδεικτικά στοιχεία εφόσον είναι ιδιόκτητα, είτε από μισθωτήρια συμβόλαια εφόσον είναι υπό μίσθωση (στην περίπτωση αυτή θα προσκομιστεί και ΕΕΕΣ του εκμισθωτή). Εν προκειμένω, η μειοδότηρια εταιρεία ***** δηλώνει, όπως περιγράφει και στην Προδικαστική Προσφυγή ότι θα διαθέτει για την εκτέλεση του έργου και έναν ΑΣΦΑΛΤΟΚΟΠΤΗ (φρέζα Ασφάλτου) την οποία θα μισθώσει από την εταιρεία «*****» βάσει Σύμβασης Εκμίσθωσης με την εν λόγω εταιρεία. Ωστόσο η εκμισθώτρια εταιρεία «*****» δεν υπέβαλε ψηφιακά υπογεγραμμένο Ε.Ε.Ε.Σ, όπως απαιτεί ο νόμος και η Διακήρυξη, κατά τα προεκτεθέντα, και για το λόγο αυτό η Σύμβαση Εκμίσθωσης που αφορά στην

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

εκμίσθωση μίας φρέζας (εκ των δύο που απαιτεί ο νόμος) νοείται ως ανυπόγραφη και κατ' επέκτασιν η ίδια η Σύμβαση ως μη υπάρχουσα και μη έχουσα οποιαδήποτε αποδεικτική αξία. Άμεση φυσικά συνέπεια αυτού είναι η εταιρεία «*****» να μην πληροί τις προϋποθέσεις κριτηρίων που θέτει η Διακήρυξη για νόμιμη υποβολή προσφοράς και άρα η προσφορά της θα πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, με το ίδιο ως άνω Υπόμνημα η προσφεύγουσα προβάλλει απαραδέκτως ισχυρισμούς προς αντίκρουση της από 31-10-2019 κατατεθείσας παρέμβασης, καθόσον τέτοιο δικαίωμα δεν δίδεται ούτε από το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 ν.4412/2016 ούτε από οποιαδήποτε άλλη συναφή διάταξη νόμου ή προεδρικού διατάγματος.

12. Επειδή, η παρεμβαίνουσα στις 14-11-2019, ήτοι μια ημέρα μετά από την κατάθεση του ως άνω από 13-11-2019 Υπομνήματος της προσφεύγουσας, κατέθεσε μέσω ΕΣΗΔΗΣ πρόσθετη, ως την ονομάζει, παρέμβαση συμπληρωματικά με όσα έχει ήδη αναπτύξει στην προεκτεθείσα παρέμβασή της, ζητώντας την απόρριψή της εν λόγω προσφυγής, αλλά και του από 13.11.2019 υπομνήματος της προσφεύγουσας. Η 'πρόσθετη' αυτή παρέμβαση έχει ασκηθεί απαραδέκτως, αφού τέτοιο δικαίωμα δεν προβλέπεται από οποιαδήποτε διάταξη νόμου ή προεδρικού διατάγματος σχετικά με την εξέταση από την ΑΕΠΠ των προδικαστικών προσφυγών και ως εκ τούτου δεν λαμβάνεται υπόψη για το σχηματισμό κρίσης του παρόντος Κλιμακίου.

13. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»*. Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της*

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

14. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά अपαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

15. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, που αφορά στην έλλειψη κλήσης από την αναθέτουσα αρχή προς τις εταιρίες «*****», «*****», «*****», «*****» και «*****» για παροχή διευκρινίσεων των προσφορών τους ως ασυνήθιστα χαμηλών και την έλλειψη αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, διατυπώνονται τα ακόλουθα:

16. Επειδή, καταρχήν επί του ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας, περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας εταιρίας, ούσας τελικά έκτης στη σειρά μειοδοσίας (μετά την απόρριψη από την αναθέτουσα αρχή των προσφορών της 6^{ης}, 8^{ης} και 9^{ης} συμμετέχουσας) για την προσβολή της εξεταζόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Η Οδηγία 92/13/ΕΟΚ του

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992 («για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών», ΕΕ L 76), ορίζει στο μεν άρθρο 1 παρ. 1, μεταξύ άλλων, ότι «Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, όσον αφορά τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ ..., οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτοντες φορείς να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων αναθεωρήσεων, υπό τις προϋποθέσεις που θέτουν τα άρθρα 2α έως 2στ της παρούσας οδηγίας, λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν την ενωσιακή νομοθεσία περί διαδικασιών σύναψης συμβάσεων ή τους εθνικούς κανόνες μεταφοράς της εν λόγω νομοθεσίας», στην δε παράγραφο 3 του ιδίου άρθρου 1 ότι «Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη - μέλη, τουλάχιστον από οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση». Στο άρθρο 2 παρ. 1 η ως άνω οδηγία προβλέπει, εκτός των άλλων, τα ακόλουθα: «Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνουν όσον αφορά τις προσφυγές που αναφέρονται στο άρθρο 1, να προβλέπουν τις εξουσίες προκειμένου: α) να λαμβάνονται, το συντομότερο και με διαδικασίες ασφαλιστικών μέτρων, προσωρινά μέτρα για τη θεραπεία της προβαλλόμενης παράβασης ή την αποτροπή περαιτέρω ζημίας των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή εξασφαλίζουν την αναστολή της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, ή της εκτέλεσης κάθε απόφασης που έχει ληφθεί από τον αναθέτοντα φορέα και β) να ακυρώνονται οι παράνομες αποφάσεις ή να εξασφαλίζεται η ακύρωσή τους ... γ) ... δ) ...». Περαιτέρω, με το άρθρο 2 της οδηγίας 2007/66/ΕΚ (ΕΕ L 335), με την οποία επιχειρήθηκε η βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων, προστέθηκε νέο άρθρο 2α στην οδηγία 92/13/ΕΟΚ, σύμφωνα με το οποίο: «1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα κατά το άρθρο 1 παράγραφος 3, πρόσωπα να έχουν στη διάθεσή τους επαρκή χρόνο που να εξασφαλίζει αποτελεσματικές προσφυγές

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

κατά των αποφάσεων για την ανάθεση σύμβασης που λαμβάνουν οι αναθέτοντες φορείς, με τη θέσπιση των αναγκαίων διατάξεων που πληρούν τις ελάχιστες προϋποθέσεις κατά την παράγραφο 2 του παρόντος άρθρου και το άρθρο 2γ. 2. Δεν επιτρέπεται να συναφθεί σύμβαση κατόπιν αποφάσεως για την ανάθεση σύμβασης που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ ή της οδηγίας 2014/23/ΕΕ πριν από την εκπνοή προθεσμίας τουλάχιστον 10 ημερολογιακών ημερών από την επομένη της ημερομηνίας κατά την οποία απεστάλη η απόφαση ανάθεσης στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και υποψηφίους, εφόσον χρησιμοποιούνται φαξ ή ηλεκτρονικά μέσα ... Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή. Οι υποψήφιοι θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι αν ο αναθέτων φορέας δεν έχει παράσχει πληροφορίες σχετικά με την απόρριψη της αίτησής τους πριν από την κοινοποίηση της απόφασης ανάθεσης στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες. 3 ... 9 ...». Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης κληθέν να ερμηνεύσει τις (ομοίου περιεχομένου με τις αντίστοιχες διατάξεις της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ) διατάξεις της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989 (για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημόσιων έργων, ΕΕ L 395), συνήγαγε γενικότερης εφαρμογής νομολογιακή αρχή, κατά την οποία, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, κάθε διαγωνιζόμενος έχει έννομο συμφέρον που αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των άλλων, με σκοπό να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση [βλ. στην σκέψη 51 της απόφασης της 11.5.2017, C-131/16, Archus and Gama, τις παραπομπές στις αποφάσεις της 2.7.2013, C-100/12, Fastweb SpA (Fastweb), σκέψη 33, της 5.4.2016, C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE), σκέψη 27, και της 21.12.2016, C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (BTG&CÖ), σκέψη 29]. Το ΔΕΕ έκρινε, κατ' αρχάς, ότι από το ως άνω άρθρο 1 παρ. 1 της οδηγίας 89/665 συνάγεται ότι, στην περίπτωση που αμφισβητηθεί το νομότυπο των υποβληθεισών προσφορών, στο πλαίσιο

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, «κάθε ανταγωνιστής μπορεί να επικαλεσθεί έννομο συμφέρον που να αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών [διαγωνιζομένων], το οποίο μπορεί να καταλήξει στην διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά» (απόφαση Fastweb, σκέψη 33). Τούτο δε, ανεξαρτήτως του αριθμού των μετεχόντων στη διαδικασία και του αριθμού εκείνων εξ αυτών που άσκησαν προσφυγή, όπως έκρινε το Δικαστήριο στην απόφαση PFE (σκέψη 29) καθ' ερμηνείαν του άρθρου 1 παρ. 1 και παρ. 3 της οδηγίας 89/665. Από την σκέψη 27 της τελευταίας αυτής απόφασης (PFE) προκύπτει ότι το ΔΕΕ εκκινεί από την αντίληψη ότι ο αποκλεισμός του ενός διαγωνιζομένου μπορεί να έχει ως συνέπεια την άμεση ανάθεση της σύμβασης στον άλλο, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας, ή, στην περίπτωση αποκλεισμού όλων των διαγωνιζομένων και κίνησης νέας διαδικασίας για την σύναψη δημόσιας σύμβασης, την συμμετοχή του αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου στην νέα διαδικασία και την, κατ' έμμεσο τρόπο, ανάθεση της σύμβασης σε αυτόν. Η νομολογιακή αυτή αρχή, που απορρέει από τις αποφάσεις Fastweb και PFE, επιβεβαιώθηκε με την απόφαση BTG&CÖ (σκέψη 29), με την οποία έγινε, περαιτέρω, δεκτό (σκέψη 34) ότι, η οδηγία 89/665/EK διασφαλίζει, όπως προκύπτει από τα άρθρα 1 παρ. 3 και 2α αυτής, «το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του». Ακολούθησε η απόφαση Archus και Gama, με την οποία το ΔΕΕ προέβη στην εξειδίκευση της γενικής νομολογιακής αρχής που είχε διαμορφώσει με τις προηγούμενες αποφάσεις του, εν όψει και των περιστάσεων της συγκεκριμένης υπόθεσης, η οποία αφορούσε την προσβολή από διαγωνιζόμενο τόσο της πράξης αποκλεισμού του, όσο και της ταυτοχρόνως εκδοθείσης πράξεως αναθέσεως της σύμβασης στον έτερο και μοναδικό εναπομείναντα διαγωνιζόμενο. Το ΔΕΕ έκρινε (σκέψεις 51 έως 56) ότι η κατά τα ανωτέρω νομολογιακή αρχή, η οποία, κατά την εκτίμησή του, ευρίσκει έρεισμα και στις διατάξεις του άρθρου 2α παρ. 1 και 2 της οδηγίας

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

92/13, είχε εφαρμογή και στη συγκεκριμένη περίπτωση της υπόθεσης Archus και Gama. Έγινε, κατ' αυτόν τον τρόπο, δεκτό ότι, σε περιπτώσεις που, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, η διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή, εκ των οποίων η πρώτη απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των διαγωνιζομένων και η δεύτερη αναθέτει την δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς έχει έννομο συμφέρον να στραφεί όχι μόνον κατά της πράξης αποκλεισμού του, αλλά και κατά της πράξης ανάθεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι, τυχόν αποδοχή της προσφυγής, κατά το μέρος αυτό, μπορεί ενδεχομένως να καταλήξει στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά και, κατ' επέκταση, στην κίνηση νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης, στην οποία αυτός μπορεί να λάβει μέρος και, επομένως, να επιτύχει εμμέσως την ανάθεση της σύμβασης στον ίδιο. Έκρινε δε το Δικαστήριο, εν όψει τούτων, ότι, υπό τις συνθήκες αυτές, η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» του άρθρου 1 παρ. 3 της οδηγίας 92/13 μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης (σκέψη 58). Προς αποφυγήν, εξ άλλου, συγκύσεως, το ΔΕΕ θεώρησε σκόπιμο να προβεί στην αντιδιαστολή της υπόθεσης Archus και Gama από την υπόθεση BTG&CÖ, με την οποία είχε γίνει δεκτό ότι ο διαγωνιζόμενος, του οποίου η προσφορά απερρίφθη από την αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, ενδέχεται να μην έχει την δυνατότητα άσκησης προσφυγής κατά της απόφασης για την ανάθεση της εν λόγω σύμβασης. Συγκεκριμένα, ενώ, στην υπόθεση εκείνη (BTG&CÖ), η πράξη αποκλεισμού του οικείου προσφέροντος είχε επικυρωθεί με απόφαση, η οποία περιβλήθηκε την ισχύ δεδικασμένου πριν αποφανθεί το εθνικό δικαστήριο που επιλήφθηκε της προσφυγής κατά της πράξης ανάθεσης της σύμβασης, οπότε ο εν λόγω προσφέρων έπρεπε να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς από την διαδικασία σύναψης της σύμβασης (και, συνεπώς, ως στερούμενος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της πράξης ανάθεσης), οι Archus και Gama «άσκησαν προσφυγή κατά της απόφασης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά τους και κατά της απόφασης με την οποία ανατέθηκε η δημόσια σύμβαση, οι οποίες εκδόθηκαν συγχρόνως, οπότε δεν μπορούν να θεωρηθούν ως οριστικώς αποκλεισθείσες

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

από τη διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης» (απόφαση Archus και Gama, σκέψεις 57 και 58). Με την πρόσφατη απόφαση της 5.9.2019, C-333/18, Lombardi, το ΔΕΕ επιβεβαίωσε την αρχή, η οποία διατυπώθηκε, κατά τα προεκτεθέντα, με τις αποφάσεις Fastweb και PFE, και κατά την οποία θεωρούνται κατ' αρχήν ισοδύναμα τα επιδιωκόμενα συμφέροντα στο πλαίσιο προσφυγών, με τις οποίες ο ένας υποψήφιος ζητεί τον αποκλεισμό του άλλου και αντιστρόφως (σκέψη 25). Στην υπόθεση αυτή, όπως και στις υποθέσεις Fastweb και PFE, το Δικαστήριο επελήφθη προδικαστικού ερωτήματος σε διαφορά, η οποία ανέκυψε επί κύριας προσφυγής διαγωνιζομένου (ο οποίος εν προκειμένω είχε καταλάβει την τρίτη θέση κατά σειρά κατάταξης) κατά του αναδόχου (και του δεύτερου κατά σειρά διαγωνιζομένου) και επί αντίθετης προσφυγής του αναδόχου με αίτημα τον αποκλεισμό του κυρίως προσφέροντος. Κατά τα γενόμενα δεκτά από το ΔΕΕ (Lombardi, σκέψεις 27 επομ.), «27. ... Πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο υποψήφιος που κατετάγη, όπως εν προκειμένω, στην τρίτη θέση και ο οποίος άσκησε την κύρια προσφυγή έχει έννομο συμφέρον να αποκλεισθεί η προσφορά του αναδόχου και η προσφορά του υποψηφίου που κατετάγη στη δεύτερη θέση, διότι δεν αποκλείεται, ακόμη και αν η προσφορά του κριθεί παράτυπη [επ' ευκαιρία της αντίθετης προσφυγής του αναδόχου], η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει τελικώς ότι αδυνατεί να επιλέξει άλλη νομότυπη προσφορά και να προβεί, εν συνεχεία, στη διοργάνωση νέας διαδικασίας διαγωνισμού. 28. Ειδικότερα, αν η προσφυγή του αποκλεισθέντος υποψηφίου κρινόταν βάσιμη, η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να λάβει την απόφαση να ακυρώσει τον διαγωνισμό και να προκηρύξει νέο για τον λόγο ότι οι εναπομένουσες νομότυπες προσφορές [που κατέλαβαν χαμηλότερες θέσεις] δεν ανταποκρίνονται επαρκώς στις προσδοκίες της αναθέτουσας αρχής. 29. Υπό τις συνθήκες αυτές, το παραδεκτό της κύριας προσφυγής δεν πρέπει, διότι άλλως θα θιγόταν η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665, να εξαρτάται από την προηγούμενη διαπίστωση ότι είναι παράτυπες και όλες οι προσφορές που κατετάγησαν σε χαμηλότερες θέσεις από εκείνη του υποψηφίου που άσκησε την εν λόγω προσφυγή. Το παραδεκτό αυτό δεν μπορεί να υπόκειται ούτε στην προϋπόθεση να αποδείξει ο εν λόγω υποψήφιος ότι η αναθέτουσα αρχή θα αναγκασθεί να επαναλάβει τη διαδικασία του διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης. Πρέπει να γίνει δεκτό ότι αρκεί προς τούτο η ύπαρξη

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

τέτοιας πιθανότητας». Το ΔΕΕ επεσήμανε, επίσης, ότι «η ερμηνεία αυτή δεν αναιρείται από το ότι οι άλλοι υποψήφιοι που κατετάγησαν σε χαμηλότερες θέσεις από τον ασκήσαντα την κύρια προσφυγή δεν παρενέβησαν στην κύρια δίκη» (σκέψη 30), ότι «η ερμηνεία αυτή δεν αντιβαίνει στην ... απόφαση [BTG&CÖ] ... [διότι] στην υπόθεση ... της κύριας δίκης, κανείς από τους υποψηφίους που άσκησαν προσφυγές ζητώντας ο ένας τον αποκλεισμό του άλλου δεν αποκλείσθηκε οριστικώς από τη διαδικασία αναθέσεως» (σκέψεις 31 και 32), και, τέλος, ότι η αρχή της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών δεν μπορεί εν πάση περιπτώσει να δικαιολογεί διατάξεις του εσωτερικού δικαίου που καθιστούν αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που παρέχει η έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εν προκειμένω δε, για τους λόγους που προεκτέθηκαν, «από το άρθρο 1, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, και παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665, όπως έχει ερμηνευθεί από το Δικαστήριο, προκύπτει ότι υποψήφιος ασκήσας προσφυγή όπως είναι η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης δεν μπορεί, βάσει εθνικών δικονομικών κανόνων ή σχετικών νομολογιακών πρακτικών, όπως είναι οι κανόνες και πρακτικές που μνημονεύει το αιτούν δικαστήριο [περί αντιστοιχίας μεταξύ αιτήματος και αποφάσεως, απόδειξης του προβαλλόμενου εννόμου συμφέροντος και υποκειμενικών ορίων του δεδικασμένου], να στερηθεί το δικαίωμά του να εξετασθεί επί της ουσίας η προσφυγή αυτή» (σκέψη 33).

17. Επειδή, υπό τα ανωτέρω νομολογιακά δεδομένα με έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα, ούσα κατά την αναθέτουσα αρχή τελικώς έκτη στη σειρά μειοδοσίας, δεν είναι οριστικώς αποκλεισθείσα, βάλλει με την προσφυγή της τόσο κατά της αναδειχθείσας με την προσβαλλόμενη προσωρινής αναδόχου όσο και κατά των επόμενων τεσσάρων μειοδοτριών.

18. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 88 ν.4412/2016, με το οποίο ενσωματώθηκε το άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περί των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, προβλέπονται τα εξής: «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, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

αρχής. 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. Εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή λόγω χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, η προσφορά μπορεί να απορρίπτεται αποκλειστικά για αυτό τον λόγο, μόνο μετά από διαβούλευση με τον προσφέροντα και εφόσον αυτός δεν είναι σε θέση να αποδείξει, εντός επαρκούς προθεσμίας, την οποία ορίζει η αναθέτουσα αρχή, ότι η εν λόγω ενίσχυση είναι σύμφωνη με την εσωτερική αγορά κατά την έννοια του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει προσφορά υπό τις συνθήκες αυτές, ενημερώνει σχετικώς την Επιτροπή. 5. Εφόσον ζητηθεί, η Αρχή θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών, στο πλαίσιο διοικητικής συνεργασίας, κάθε πληροφορία που η Ελλάδα έχει στη διάθεσή της όπως νόμους, κανονισμούς, συλλογικές συμβάσεις καθολικής ισχύος ή εθνικά τεχνικά πρότυπα σχετικά με τα δικαιολογητικά και τα έγγραφα που προσκομίζονται σε σχέση με τις λεπτομέρειες που αναφέρονται στην παράγραφο 2. 6. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, μπορεί να εκδίδονται εγκύκλιοι του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων για την

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής ανά κατηγορία έργου και μελέτης και ανά εκτιμώμενη αξία σύμβασης και για την εκτίμηση των παρεχόμενων κατά τα ανωτέρω εξηγήσεων. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλίνει από τα οριζόμενα στις ανωτέρω εγκυκλίους, έπειτα από σύμφωνη γνώμη του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου.».

19. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: (i) Η αναθέτουσα αρχή, μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, έχει καταρχήν διακριτική ευχέρεια, κατ' εκτίμηση ιδίως της απόκλισης της οικονομικής προσφοράς εκάστου διαγωνιζομένου από την προϋπολογισθείσα δαπάνη του έργου, αλλά και σε συνδυασμό με τις λοιπές υποβληθείσες οικονομικές προσφορές να χαρακτηρίσει συγκεκριμένη οικονομική προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή, πλην όμως, υποχρεούται πριν απορρίψει την προσφορά αυτή να ζητήσει από τον προσφέροντα να αποδείξει την αξιοπιστία και τη σοβαρότητα της οικονομικής προσφοράς του, ζητώντας τις διευκρινίσεις που εκείνη κρίνει σκόπιμες, να εκτιμήσει την ορθότητα και το λυσιτελές των εξηγήσεων που παρείχε ο ενδιαφερόμενος και να εκδώσει αιτιολογημένη απόφαση σχετικά με την απόρριψη ή μη της οικονομικής προσφοράς (πρβ. απόφαση ΠΕΚ της 25^{ης} Φεβρουαρίου 2003 στην υπόθεση T-4/2001, Renco SpA, σκ. 75 και 76, απόφαση ΔΕΚ της 27^{ης} Νοεμβρίου 2001 στις υποθέσεις C-285/1999 και C-286/1999, Impresa Lombardini SpA- Impresa Generale de Costruzioni και Impresa Ing. Mantovani SpA, σκ. 53-55, Ε.Σ. Τμ. VI 525/2018, 2998, 19/2014, 3202, 2752, 584/2011, Ε' Κλιμ. 387/2018, πρβλ. ΣτΕ 1425/2005, Ε.Α. ΣτΕ 45/2008, 1159/2007). (ii) Η έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν αποδίδεται ρητά από τις διατάξεις της ανωτέρω Οδηγίας, ούτε προβλέπεται από την κείμενη εθνική νομοθεσία ο τρόπος υπολογισμού του ανωτάτου ορίου, πέραν του οποίου υφίσταται ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, αφού δεν έχει εισέτι θεσμοθετηθεί μηχανισμός εξεύρεσης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών (πρβλ. Ε.Σ. Ε' Κλ. 169/2019, 13/2015, πρβλ. προσχέδιο εγκυκλίου με θέμα «Εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής και για την εκτίμηση των παρεχομένων εξηγήσεων» που γνωστοποιήθηκε το Φεβρουάριο 2017 ουδέποτε όμως οριστικοποιήθηκε). Ως αόριστη, συνεπώς, αξιολογική έννοια (βλ. Ε.Σ. Τμ. Μείζονος Επταμελούς

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

Συνθέσεως 1077/2016), καθορίζεται συγκεκριμένα σε κάθε σύμβαση, σε σχέση με το αντικείμενο που αποτελεί το περιεχόμενό της (βλ. απόφ. ΔΕΕ της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., σκ. 29-30, απόφ. της 18.12.2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, σκ. 50, της 19.10.2017, C-198/16, Agriocconsulting Europe SA, σκ. 29, πρβ. απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2016, Agriconsulting Europe κατά Επιτροπής, T-570/13, σκ. 55). Ο τρόπος, πάντως, υπολογισμού του κατωφλίου της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς για λόγους διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων πρέπει να είναι αντικειμενικός και να μην εισάγει δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος μερικών από τους συμμετέχοντες (βλ. Ε.Σ. Ε' Κλ. 383/2017). (iii) Η ενεργοποίηση του μηχανισμού του άρθρου 88 του ν.4412/2016, ήτοι η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ελέγχει τη σοβαρότητα μιας προσφοράς, εξαρτάται, στο παρόν στάδιο που δεν έχει εισέτι θεσμοθετηθεί μηχανισμός εξεύρεσης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, από την προηγούμενη ύπαρξη αμφιβολιών ως προς την αξιοπιστία και τη φερεγγυότητα της προσφοράς, λαμβανομένου υπόψη ότι το ως άνω άρθρο έχει ως κύριο σκοπό να μην αποκλείεται προσφέρων από τη διαδικασία χωρίς να του έχει δοθεί η δυνατότητα να δικαιολογήσει το περιεχόμενο της προσφοράς του η οποία φαίνεται υπερβολικά χαμηλή. Οι δε ως άνω αμφιβολίες δύνανται να εγείρονται είτε κατόπιν ενστάσεων, προσφυγών κ.λπ. από τους λοιπούς συμμετέχοντες, είτε και αυτεπαγγέλτως από την αναθέτουσα αρχή, μετά από μία εκ πρώτης όψεως εκτίμηση του κατά πόσον οι προσφορές «φαίνονται» υπερβολικά χαμηλές. Συνεπώς, μόνον εφόσον προκύπτουν τέτοιες αμφιβολίες οφείλει η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει τις προσήκουσες διευκρινίσεις ως προς τη σύνθεση της προσφοράς, προτού, ενδεχομένως, την απορρίψει. Αντιθέτως, στην περίπτωση που μια προσφορά δεν φαίνεται υπερβολικά χαμηλή το εν λόγω άρθρο δεν εφαρμόζεται (βλ., επ' αυτού, αποφάσεις του Γενικού Δικαστηρίου της 6ης Ιουλίου 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium κατά Επιτροπής, T-148/04, σκ. 49-50, της 11ης Μαΐου 2010, PC-Ware Information Technologies κατά Επιτροπής, T-121/08, σκ. 72, της 5ης Νοεμβρίου 2014, Computer Resources International (Luxembourg) κατά Επιτροπής, T-422/11, σκ. 57, της 15ης Σεπτεμβρίου 2016, European Dynamics Luxembourg και Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, T-698/14, σκ. 59, της 26ης Απριλίου 2018,

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

European Dynamics Luxembourg SA, Ευρωπαϊκή Δυναμική – Προηγμένα Συστήματα Τηλεπικοινωνιών Πληροφορικής και Τηλεματικής ΑΕ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, T-752/15, σκ. 69 και της 4ης Ιουλίου 2017 European Dynamics Luxembourg SA, Ευρωπαϊκή Δυναμική – Προηγμένα Συστήματα Τηλεπικοινωνιών Πληροφορικής και Τηλεματικής ΑΕ, European Dynamics Belgium SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T-392/15 σκ. 85). Επομένως, το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή σε ένα πρώτο στάδιο να εξετάσει εάν οι υποβληθείσες προσφορές περιέχουν ένδειξη ικανή να δημιουργήσει την υποψία ότι ενδέχεται να είναι υπερβολικά χαμηλές. Αν οι υποβληθείσες προσφορές δεν περιέχουν τέτοια ένδειξη και, κατά συνέπεια, δεν φαίνονται υπερβολικά χαμηλές, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συνεχίσει την διαδικασία σύναψης της σύμβασης (πρβ. προαναφερθείσες απόφ. T-392/15, σκ. 88 και T-752/15, σκ. 71). iv) Έχει δε κριθεί ότι τέτοιες ενδείξεις δεν υφίστανται όταν: α) το αντικείμενο της σύμβασης είναι τέτοιο, ώστε είναι συνήθης η υποβολή προσφορών με υψηλές εκπτώσεις, τούτο δε προκύπτει κι από τις προσφορές που υποβλήθηκαν στο πλαίσιο παρεμφερών διαγωνισμών, β) αναπτύχθηκε επαρκής ανταγωνισμός, πολλοί δε εκ των υποψηφίων οικονομικών φορέων προσέφεραν, ομοίως, υψηλά ποσοστά έκπτωσης, με αποτέλεσμα η προσφερόμενη τιμή σε υποβληθείσα προσφορά να μην είναι σημαντικά χαμηλότερη από εκείνη που προσφέρεται με τις λοιπές προσφορές ή από τη συνήθη αγοραία τιμή (βλ. προαναφερθείσα αποφ. T-392/15 σκ. 88) και γ) δεν υποβλήθηκαν ενστάσεις, που να δημιουργούν στην αναθέτουσα αρχή αμφιβολίες ως προς τη φερεγγυότητα της υποβληθείσας προσφοράς (βλ. Ε.Σ. Τμ. VI 525/2018, 2028/2017, 3335, 2980/2015, πρβ. Ε.Σ. Ε΄ Κλ. 383/2017, ΔΕΦΑΘ 217/2013).

20. Επειδή, στην υπό κρίση υπόθεση η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της (αρχική και σε ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ, βλ. σκ. 6 της παρούσας) δεν αιτιολόγησε ειδικά επί των προβληθέντων από την προσφεύγουσα δια των από 6-8-2019 και 23-9-2019 Υπομνημάτων της ισχυρισμών περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών των συμμετεχουσών εταιριών «*****», «*****», «*****», «*****» και «*****». Ωστόσο, όμως, υπό τα ανωτέρω νομολογιακά δεδομένα (βλ. σκ. 19 της παρούσας) και λαμβανομένου υπόψη ότι εν προκειμένω υποβλήθηκαν ενστάσεις, ήτοι τα δύο

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

υπομνήματα της προσφεύγουσας, που δημιουργούν αμφιβολίες ως προς τη φερεγγυότητα των υποβληθεισών προσφορών των εταιριών «*****», «*****», «*****», «*****» και «*****» και για τα οποία υπομνήματα η αναθέτουσα αρχή δεν διέλαβε καμία προς τούτο αιτιολογία, η προσβαλλόμενη απόφαση κρίνεται εσφαλμένη. Τούτο διότι σε περίπτωση που διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, γεννάται υποχρέωσή της να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιωδών αυτών ισχυρισμών διαλαμβάνοντας ειδικά αιτιολογημένη κρίση σχετικά με το εάν η επίμαχη οικονομική προσφορά είναι ή όχι ασυνήθιστα χαμηλή και όχι να τους αντιπαρέρχεται εν σιγή, αφού ζητήσει διευκρινίσεις από τον/τους διαγωνιζόμενο/ους που φέρεται/ονται ότι έχει/ουν υποβάλει ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά του (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 295/2011, 1260, 841/2010, 127/2009, 1208/2008, ΔΕφΑθ 312/2015). Ως εκ τούτου και δεδομένου ότι οι εμπειρεχόμενοι στα συγκεκριμένα υπομνήματα της προσφεύγουσας σχετικοί ισχυρισμοί δεν τυγχάνουν αόριστοι, η αναθέτουσα αρχή έσφαλε παραλείποντας να καλέσει σε διευκρινίσεις τις άνω συμμετέχουσες εταιρίες. Η αιτιολογία που το πρώτον διέλαβε η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ περί της κρίσης εάν στο συγκεκριμένο διαγωνισμό οι προσφερόμενες τιμές είναι ή όχι ασυνήθιστα χαμηλές δεν θεραπεύει την ως άνω πλημμέλεια της προσβαλλόμενης, αφού η κρίση αυτή πρέπει να διατυπωθεί από την αναθέτουσα αρχή μετά την λήψη διευκρινίσεων από τις ως άνω εταιρίες και την αξιολόγησή τους. Τέλος, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας που προβάλλεται δια του Υπομνήματός της ενώπιον της ΑΕΠΠ ότι οι κατατεθείσες από την αναθέτουσα αρχή απόψεις ενώπιον της ΑΕΠΠ δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη ως εκπροθέσμως υποβληθείσες, κρίνεται απορριπτέος επί τη βάση που θεσπίζεται με το άρθρο 365 ν.4412/2016 περί συμπληρωματικής αιτιολογίας. Ενόψει τούτων, κρίνεται δεκτός ο πρώτος λόγος της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής και αντίθετα απορριπτέος ο σχετικός λόγος παρέμβασης, η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει για τους προαναφερθέντες λόγους να ακυρωθεί καθό μέρος παρέλειψε να ζητήσει διευκρινίσεις από τις εταιρίες «*****», «*****», «*****», «*****» και «*****» για την τιμή και το κόστος που έκαστη εξ αυτών προτείνει στην προσφορά της και η υπόθεση να αναπεμφθεί στην

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

αναθέτουσα αρχή, προκειμένου τούτη, κατ' εφαρμογή του άρθρου 88 του ν.4412/2016 να καλέσει τις εταιρίες «*****», «*****», «*****», «*****» και «*****» να παράσχουν διευκρινίσεις και να εξηγήσουν την τιμή και το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, κατ' εφαρμογή της παρ.2 του άρθρου 367 του ν.4412/2016.

21. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, που αφορά στον ισχυρισμό ότι η υπ' αρ.2455/2019 (συνεδρίαση 45^η, θέμα 80^ο) της Οικονομικής Επιτροπής «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» συνιστά νέα, επίσης ακυρωτέα, απόφαση, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Καταρχάς, η προσφεύγουσα με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή της προσέβαλε παραδεκτώως τόσο τη με αρ. 2455/2019 απόφαση που αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 8-10-2019 και η οποία δεν περιελάμβανε μνεία ότι λήφθηκαν υπόψη τα από 6-8-2019 και 23-9-2019 υπομνήματα της προσφεύγουσας, όσο και την ταυτάρια «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» της ίδιας απόφασης, που αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 15-10-2019 και η οποία περιελάμβανε μνεία ότι λήφθηκαν υπόψη τα από 6-8-2019 και 23-9-2019 υπομνήματα της προσφεύγουσας. Υπό τα δεδομένα αυτά δεν υφίστανται εν προκειμένω 2 διακριτές εκτελεστές πράξεις και ως εκ τούτου αβάσιμα προβάλλεται από την προσφεύγουσα ο δεύτερος λόγος, ενώ θα πρέπει να γίνει δεκτός ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

22. Επειδή, επί του τρίτου λόγου της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, που αφορά στην άκυρη υποβολή προσφοράς της προσωρινής αναδόχου «*****» λόγω μη υποβολής ψηφιακά υπογεγραμμένου ΕΕΕΣ εκ μέρους του τρίτου φορέα-εκμισθωτή, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Κατά τον όρο 3.1. της διακήρυξης προβλέπεται ότι: «Οι προσφορές υποβάλλονται από τους ενδιαφερομένους ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας διακήρυξης, σε ηλεκτρονικό φάκελο του υποσυστήματος. Για τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής και να εγγραφούν στο ηλεκτρονικό σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ-Διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr) ακολουθώντας τη διαδικασία εγγραφής του άρθρου 5 παρ. 1.2 έως 1.4 της Κοινής Υπουργικής Απόφασης

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

με αρ. 117384/26-10-2017 (3821 Β') 'Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων έργων, μελετών, και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)'. Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής. Οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς δεν έχουν την υποχρέωση να υπογράφουν τα δικαιολογητικά με χρήση προηγμένης ψηφιακής υπογραφής, αλλά μπορεί να αυθεντικοποιούν με οποιοδήποτε άλλον πρόσφορο τρόπο, εφόσον στη χώρα προέλευσής τους δεν είναι υποχρεωτική η χρήση προηγμένης ψηφιακής υπογραφής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Στις περιπτώσεις αυτές η προσφορά συνοδεύεται με υπεύθυνη δήλωση, στην οποία δηλώνεται ότι, στη χώρα προέλευσης δεν προβλέπεται η χρήση προηγμένης ψηφιακής υπογραφής ή ότι, στη χώρα προέλευσης δεν είναι υποχρεωτική η χρήση προηγμένης ψηφιακής υπογραφής για τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων.». Κατά τον όρο 3.5 της διακήρυξης: «Ο χρήστης – οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του υποσυστήματος, όπως περιγράφεται κατωτέρω: α) Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» είναι τα οριζόμενα στο άρθρο 24.2 της παρούσας και υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)* και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της υπ' αρ 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. ενώ στην περίπτωση αλλοδαπών οικονομικών φορέων, και εφόσον στη χώρα προέλευσής τους δεν είναι υποχρεωτική η χρήση προηγμένης ψηφιακής υπογραφής, εφαρμόζονται τα αναφερόμενα στο αρ. 3.1 της παρούσας Διακήρυξης.». Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 22 Δ της

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

διακήρυξης 'Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα' ορίζεται ότι: «κάθε συμμετέχων οικονομικός φορέας οφείλει να διαθέτει επί ποινή αποκλεισμού για την εμπρόθεσμη ολοκλήρωση του έργου τουλάχιστον τα ακόλουθα μηχανήματα: α) 2 φρέζες β) 2 Finisher και γ) 4 Οδοστρωτήρες τα οποία θα δηλώνονται στο Ε.Ε.Ε.Σ τόσο τα ιδιωτικά όσο και αυτά που θα μισθωθούν από άλλους φορείς», ενώ, σύμφωνα με το αρ. 24 παρ. 2 της ίδιας διακήρυξης 'Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς' ορίζονται τα ακόλουθα: «[...] Για τα ανωτέρω επί ποινή αποκλεισμού μηχανήματα, η υπεύθυνη δήλωση θα πρέπει να συνοδεύεται είτε από τιμολόγια αγοράς ή άδειες κυκλοφορίας ή άλλα επαρκή αποδεικτικά στοιχεία εφόσον είναι ιδιόκτητα, είτε από μισθωτήρια συμβόλαια εφόσον είναι υπό μίσθωση (στην περίπτωση αυτή θα προσκομιστεί και ΕΕΕΣ του εκμισθωτή)». Τέλος, κατά τους όρους 24.2 και 24.3 της διακήρυξης 'Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς' προβλέπεται ότι: «24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: - α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) - β) Υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι έλαβε πλήρη γνώση όλων των γενικών και τοπικών συνθηκών εκτέλεσης του έργου και τους αποδέχεται ανεπιφύλακτα. - γ) βεβαίωση της τεχνικής υπηρεσίας της Αναθέτουσα Αρχής, ότι ο οικονομικός φορέας έλαβε πλήρη γνώση όλων των γενικών και τοπικών συνθηκών εκτέλεσης του έργου. - δ) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας. - ε) Υπεύθυνη Δήλωση για τα τεχνικά μέσα, το μηχανικό και τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου, για την εξασφάλιση της ποιότητας και της ταχύτητας εκτέλεσης των εργασιών ώστε να είναι δυνατή η εκτέλεση εργασιών ακόμα και ταυτοχρόνως σε δυο μέτωπα. Στον μηχανολογικό εξοπλισμό θα πρέπει να περιλαμβάνονται επί ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα: 2 φρέζες, 2 FINISHER, 4 οδοστρωτήρες Για τα ανωτέρω επί ποινή αποκλεισμού μηχανήματα, η υπεύθυνη δήλωση θα πρέπει να συνοδεύεται είτε από τιμολόγια αγοράς ή άδειες κυκλοφορίας ή άλλα επαρκή αποδεικτικά στοιχεία εφόσον είναι ιδιόκτητα, είτε από μισθωτήρια συμβόλαια εφόσον είναι υπό μίσθωση (στην περίπτωση αυτή θα προσκομιστεί και ΕΕΕΣ του εκμισθωτή). - στ) Υπεύθυνη δήλωση του ιδιοκτήτη για το συγκρότημα παραγωγής ασφαλτοσκυροδέματος ότι διαθέτει άδεια λειτουργίας, CE και ISO 9001, ISO14001 & ISO 18001, και ότι δεν βρίσκεται σε απόσταση μεγαλύτερη

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

των 40 χιλ. σε ευθεία γραμμή από την Αθήνα (πλ. Συντάγματος) και τέλος ότι μπορεί να καλύψει πλήρως τις ανάγκες του έργου σε 24ωρη βάση. Η Υπεύθυνη δήλωση θα συνοδεύεται από όλα τα αναφερθέντα ανωτέρω πιστοποιητικά και στην περίπτωση συνεργαζόμενου συγκροτήματος θα πρέπει συνοδεύεται από το αντίστοιχο ΕΕΕΣ. 24.3 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει⁸⁹ τα ακόλουθα: - α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) - β) Υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι έλαβε πλήρη γνώση όλων των γενικών και τοπικών συνθηκών εκτέλεσης του έργου και τους αποδέχεται ανεπιφύλακτα. - γ) βεβαίωση της τεχνικής υπηρεσίας της Αναθέτουσα Αρχής, ότι ο οικονομικός φορέας έλαβε πλήρη γνώση όλων των γενικών και τοπικών συνθηκών εκτέλεσης του έργου. - δ) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας.».

23. Επειδή, από τις προεκτεθείσες διατάξεις της διακήρυξης, αυτοτελώς και συνδυαστικώς ερμηνευόμενες, προκύπτει ότι οι ενδιαφερόμενοι προμηθευτές (οι οποίοι κατά την έννοια που αποδίδεται στο άρθρο 2 του ν.4412/2016 νοούνται οι υποβάλλοντες προσφορά στον ένδικο διαγωνισμό), οφείλουν να υποβάλουν την προσφορά τους ηλεκτρονικώς, μέσω του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στο οποίο πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι και επί πλέον, απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής. Η απαίτηση αυτή της διακηρύξεως, σκοπούσα στην ασφαλέστερη διαπίστωση της ηλεκτρονικής ταυτότητας του προσφέροντος οικονομικού φορέως, έχει ως αποτέλεσμα την εμπιστευτικότητα και ακεραιότητα των αποσπελουμενων ηλεκτρονικών αρχείων, αλλά και την προστασία του απορρήτου των ηλεκτρονικών συναλλαγών που λαμβάνουν χώρα κατά την διεξαγωγή του διαγωνισμού. Η ανωτέρω απαίτηση, κατά την μη επιδεχόμενη αμφιβολίας έννοια των προμνησθεισών διατάξεων, αφορά στην ψηφιακή υπογραφή των εγγράφων και δικαιολογητικών που εκδίδονται από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα, δεν απαιτείται δε και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, η κατοχή ψηφιακής υπογραφής από εκδότες εγγράφων, οι οποίοι δεν φέρουν την ιδιότητα του προσφέροντος στον ένδικο διαγωνισμό. Περαιτέρω, από τους αυτούς ως άνω όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή στον επίδικο διαγωνισμό συμμετέχοντος οικονομικού φορέως ο οποίος στηρίζεται

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, απαιτείται αυτός (ο συμμετέχων οικονομικός φορέας) να συνυποβάλει με την με την προσφορά του, πλέον του Ε.Ε.Ε.Σ. που αφορά στον ίδιο, χωριστό έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ. για κάθε έναν από τους οικονομικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, το οποίο απαιτείται να είναι «δεόντως» συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από τους νομίμους εκπροσώπους των εν λόγω φορέων. Η απαίτηση αυτή εδράζεται στον ανάγκη ελέγχου της κατά τεκμήριο ικανότητας της προσφέρουσας εταιρείας να ανταποκριθεί στην επίκαιρη, απρόσκοπτη και προσήκουσα εκτέλεση της υπό κρίση συμβάσεως, αλλά και στην ανάγκη να διασφαλισθεί η σοβαρή και πραγματοποιήσιμη δέσμευση των τρίτων φορέων στους οποίους στηρίζεται, για την διάθεση προς αυτήν των μέσων που απαιτούνται για την εκτέλεσή της. Συνεπώς, εν όψει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, η υποβολή της ως άνω δηλώσεως εκ μέρους των προσφερόντων οικονομικών φορέων με το ανωτέρω περιεχόμενο, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό, παράβαση δε του εν λόγω κανόνα καθιστά την προσφορά απαράδεκτη (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 298/2011, 329/2010, 871/2010, 2591/2010 κ.α.).

24. Επειδή, εν προκειμένω η προσωρινή ανάδοχος, προκειμένου να ανταποκριθεί στα αναφερόμενα στο άρθρο 24.2 της διακηρύξεως, δηλώνει ότι θα διαθέτει για την εκτέλεση του έργου και έναν ασφαλοκόπτη (φρέζα ασφάλτου), τον οποίο θα μισθώσει από την εταιρεία "*****", βάσει προσκομισθείσας σύμβασης εκμίσθωσης με την εν λόγω εταιρεία, η οποία (σύμβαση εκμίσθωσης) φέρει φυσική υπογραφή της νομίμου εκπροσώπου της εκμισθώτριας τεθείσα επί της εταιρικής σφραγίδας της και θεωρημένη για τη γνησιότητά της από το ΚΕΠ Δήμου Κορινθίας. Επίσης, η εκμισθώτρια εταιρεία "*****" δεν υπέβαλε ψηφιακά υπογεγραμμένο Ε.Ε.Ε.Σ, αλλά ΕΕΕΣ υπογεγραμμένο από τη νόμιμη εκπρόσωπό της με φυσική υπογραφή επί της τεθείσας εταιρικής σφραγίδας, η γνησιότητα της οποίας (υπογραφής) βεβαιώθηκε από το ΚΕΠ Δήμου Κορινθίας, χωρίς να καταλείπεται περιθώριο παρερμηνείας ή αμφιβολίας περί της αληθούς προθέσεως του τρίτου οικονομικού φορέα, να δεσμευθεί μέσω της νομίμου εκπροσώπου του, ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, ούτε προκύπτει αμφισβήτηση περί της ταυτότητος του δηλούντος. Υπό τα προεκτεθέντα δεδομένα, το υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου οικονομικού φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται

Αριθμός απόφασης: 1362/2019

η παρεμβαίνουσα προκειμένου να ανταποκριθεί στις ανάγκες που θέτει ο όρος 24.2 της διακήρυξης, δεν παρίσταται ως μη νομίμως υποβληθέν δικαιολογητικό εκ μόνου του γεγονότος ότι ήταν ιδιοχείρως και όχι ηλεκτρονικώς υπογεγραμμένο. Τούτο δε, ενόψει και του ότι η ψηφιακή υπογραφή του συγκεκριμένου δικαιολογητικού δεν τάσσεται από τη διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού, και δη επί ποινή αποκλεισμού, ως προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφοράς, εφόσον στους σχετικούς ως άνω αναφερθέντες όρους δεν περιέχεται τέτοια ρήτρα, και λαμβανομένου υπόψη ότι δεν τίθεται εν αμφιβόλω το μείζον εν προκειμένω ζήτημα, δηλαδή η γνησιότητα του δικαιολογητικού αυτού, καθώς και η τήρηση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων [πρβλ. Ε.Α. 29/2019, 268/2017, σκ. 9, ΔΕφΑθ (Τμ.ΙΒ) 260/2019, ΕΛΣυν (Ζ' Κλ.) 234/2018, ΕΛΣυν (VI Τμ.)296/2018, ΔΕφΠατρών 7/2018]. Συνεπώς, με βάση και τα διαληφθέντα στις σκέψεις 14, 22 και 23 της παρούσας, δεν κρίνεται ως βάσιμος και πρέπει να απορριφθεί ο ως άνω λόγος προσφυγής, με τον οποίο προβάλλεται ότι στο συγκεκριμένο διαγωνισμό η θέση ιδιοχείρης αντί ψηφιακής υπογραφής στο Ε.Ε.Ε.Σ. τρίτου φορές καθιστά αυτό μη νόμιμο δικαιολογητικό και επάγεται, άνευ ετέρου, τον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας, καθώς και να γίνει δεκτός ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

25. Επειδή, κατόπιν όλων όσων ανωτέρω αναπτύχθηκαν, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει, η ασκηθείσα παρέμβαση να γίνει δεκτή εν μέρει, η πρόσθετη παρέμβαση να απορριφθεί ως απαράδεκτη, να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, ήτοι η υπ' αριθμ. 2455/2019 απόφασή της και η ταυτάριθμη (2455/2019) ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ, σύμφωνα με τα κριθέντα στη σκέψη 20 της παρούσας, και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου τούτη, κατ' εφαρμογή του άρθρου 88 του ν.4412/2016 να καλέσει τις εταιρίες «*****», «*****», «*****», «*****» και «*****» να παράσχουν διευκρινίσεις και να εξηγήσουν την τιμή και το κόστος που έκαστη εξ αυτών προτείνει στην προσφορά της, κατ' εφαρμογή της παρ.2 του άρθρου 367 του ν.4412/2016.

26. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη θα πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το με στοιχεία ***** παράβολο, ποσού 15.000 €.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Απορρίπτει την πρόσθετη παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 2455/2019 απόφαση και την ταυτάριθμη (2455/2019) ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής καθό μέρος παρέλειψε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει διευκρινίσεις από τις εταιρίες «*****», «*****», «*****», «*****» και «*****» για την τιμή και το κόστος που έκαστη εξ αυτών προτείνει στην προσφορά της.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου τούτη, κατ' εφαρμογή του άρθρου 88 του ν.4412/2016, να καλέσει τις εταιρίες «*****», «*****», «*****», «*****» και «*****» να παράσχουν διευκρινίσεις και να εξηγήσουν την τιμή και το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους.

Ορίζει την επιστροφή του με στοιχεία ***** παραβόλου, ποσού 15.000 €, στην προσφεύγουσα εταιρία.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 18-11-2019 και εκδόθηκε στις 9-12-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΣΙΔΕΡΗ ΜΑΡΙΑ-ΕΛΕΝΗ

ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ