

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 24 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη – Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου –και Γερασιμούλα Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 28.04.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 897/28.04.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «..... (διακριτικός τίτλος: .....), που εδρεύει στο ....., νομίμως εκπροσωπούμενου, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Ν34/2021 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών.

Κατά του ..... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ 151/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ..... (ΑΔΑ: .....) και κάθε άλλη συναφής πράξη και παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, ρητή ή σιωπηρή, μεταγενέστερη ή προγενέστερη, εκδοθείσα στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού μειοδοτικού Διαγωνισμού ανάθεσης έργου για την «.....» προϋπολογισμού 1.666.630 ΕΥΡΩ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ 24% (υπ' αριθμ. .... Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ:

.....), κατά το μέρος αποδοχής της προσφοράς της ένωσης οικονομικών φορέων «.....».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ....., ποσού 8.333,15€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 28.04.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 897/28.04.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού. Περαιτέρω με την με αρ. 1082/28.04.2021 Πράξη της Προέδρου του κρίνοντος Κλιμακίου ορίσθηκε ημερομηνία συζήτησης η 07.06.2021 και Εισηγητής το μέλος του Κλιμακίου Μ. Σειραδάκης. Με την με αρ. Ν34/2021 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, που κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π και παρελήφθη στις 17.08.2021 έγινε δεκτή η αίτηση αναστολής του προσφεύγοντος κατά της σιωπηρής απόρριψης της προσφυγής και η υπόθεση αναπέμφθηκε στην ΑΕΠΠ. Επακολούθως, με την με αρ. 2184/2021 όμοια πράξη ορίσθηκε εκ νέου Εισηγητής και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου και της προϋπολογισθείσας αξίας του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα ο προσφεύγων προσβάλλει την με αρ. 151/2021 πράξη της αναθέτουσας αρχής, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 23.04.2021.

5. Επειδή, ο προσφεύγων θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον όπως στραφεί κατά συνυποψηφίων του, επιδιώκοντάς ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και εν προκειμένου στρέφεται κατά του οικονομικού φορέα «.....», προσωρινός ανάδοχος του επίμαχου έργου, ο ίδιος δε ο προσφεύγων κατετάγη 2<sup>ος</sup> σε σειρά μειοδοσίας κατόπιν απόρριψης της προσφοράς του 1<sup>ου</sup> μειοδότη λόγω μη αιτιολόγησης προσφοράς που εμφανίζεται ως ασυνήθιστα χαμηλή.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή: α) προέβη, στις 29.04.2021 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και β) απέστειλε, στην ΑΕΠΠ, δια της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 12.05.2021 το από 10.05.2021 έγγραφο απόψεων της που κοινοποίησε στους ενδιαφερομένους, αυθημερόν. Επακολούθως νομίμως ο προσφεύγων κατέθεσε στις 13.05.2021 το οικείο Υπόμνημα του επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

7. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή καταρχήν νομίμως και παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, ως ισχύουν, και του Π.Δ/τος 39/2017.

8. Επειδή, ο προσφεύγων, κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού, ισχυρίζεται ότι «δια της προσβαλλόμενης υπ' αριθ. 151/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ..... (ΑΔΑ:.....) κρίθηκε ότι η προσφορά της προσωρινής μειοδότηρας ένωσης οικονομικών φορέων «.....» δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή και ότι οι σχετικές εξηγήσεις της είναι επαρκείς. Ωστόσο, η προσβαλλόμενη έσφαλε υιοθετώντας αυτή την κρίση, διότι: πρώτον, από τις εξηγήσεις της ανταγωνίστριας προκύπτει ότι αυτή θα απασχολήσει υπερβολάβο κατά την εκτέλεση των εργασιών, εφόσον αναδειχθεί μειοδότηρα, χωρίς ωστόσο να έχει προβεί σε σχετική δήλωση στα ΤΕΥΔ που υπέβαλε ή σε υποβολή ΤΕΥΔ εκ μέρους του υπερβολάβου, ο οποίος σε κάθε περίπτωση δεν είναι ικανός να εκτελέσει το τμήμα εργασιών που η ανταγωνίστρια επιδιώκει να του αναθέσει (υπό σημείο II.A)- δεύτερον, τα γενικά έξοδα, στα οποία θα υποβληθεί η ανταγωνίστρια, υπολογίστηκαν εσφαλμένα βάσει της αξίας της συναφθσόμενης σύμβασης συνυπολογιζόμενου του ποσοστού έκπτωσης που προσφέρει η ανταγωνίστρια και όχι βάσει της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, κατά παράβαση των προβλέψεων της υπ' αριθμ. 9/2017 Εγκυκλίου του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, ενώ σε αυτά δεν υπολογίστηκε το σύνολο των κρατήσεων που προβλέπει η διακήρυξη, με συνέπεια η σύμβαση να καθίσταται ζημιογόνα (υπό σημείο II.B) τρίτον, οι προσφορές, με τις οποίες επιχειρήθηκε να τεκμηριωθεί το ύψος της προσφοράς της ανταγωνίστριας, δεν είναι αρκούντως ορισμένες και αναλυτικές (υπό σημείο II.Γ),· τέταρτον, οι τιμές που επικαλείται η ανταγωνίστρια για πλήθος εργασιών δεν τεκμηριώνονται και αποκλίνουν σημαντικά από τις ισχύουσες τιμές αγοράς (υπό σημείο II.Δ),· πέμπτον, δεν προκύπτει και δεν τεκμηριώνεται η τήρηση της περιβαλλοντικής νομοθεσίας, αφού δεν αποδεικνύεται με κανένα

τρόπο ότι έστω ένα εκ των μελών της ανταγωνίστριας αφενός έχει στην κατοχή του άδεια συλλογής/μεταφοράς ΑΕΚΚ ή τα κατάλληλα μέσα και αφετέρου ότι έχει συμβληθεί με ένα τουλάχιστον εγκεκριμένο σύστημα εναλλακτικής διαχείρισης ΑΕΚΚ, ούτε υπολογίζεται κάποιο ποσό για την κάλυψη του συγκεκριμένου κέντρου κόστους (υπό σημείο ΙΙ.Ε).

**ΙΙ. ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΩΣΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΙΙ.Α. ΑΝΑΚΡΙΒΗΣ ΔΗΛΩΣΗ ΣΤΑ ΥΠΟΒΛΗΘΕΝΤΑ ΤΕΥΔ ΠΕΡΙ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΩΝ - ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑ**

Από το συνδυασμό των άρθρων 4.2 περίπτωση δ', 22.Δ, 23.1, 23.6, 25.1, 25.4 της διακήρυξης, αλλά και τα άρθρα 58, 91,131, 165 του ν. 4412/2016 συνάγονται τα ακόλουθα: Ως υπεργολαβία ορίζεται η σύμβαση με την οποία ο εργολάβος (δηλαδή στο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων, ο ανάδοχος) αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με τον εργοδότη (δηλαδή στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, την αναθέτουσα αρχή/τον αναθέτοντα φορέα), έναντι του οποίου μόνος υπεύθυνος για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες παραμένει ο εργολάβος. Δηλαδή, η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεδεμένων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης (ΑΠ 139/2014, 2146/2014, 119/2013, 570/2007, ΟλΣτΕ 971/1998). Ο δε ανάδοχος παραμένει μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος. Η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ. Συνεπώς, τα τρία καταρχήν διακριτικά γνωρίσματα της υπεργολαβίας είναι πρώτον, η ιδιότητα του υπεργολάβου ως τρίτου έναντι του

αναδόχου/προσφέροντος (επί παραδείγματι οι εργασίες που εκτελεί ο μισθωτός που απασχολεί ο ανάδοχος δεν συνιστούν «υπεργολαβία», αφού αυτές θεωρούνται ως εργασίες ευθέως εκτελούμενες από τον ίδιο τον ανάδοχο (βλ. για έννοια «τρίτου» σε Απόφαση ΑΕΠΠ 253/2017) για τη δε ιδιότητα του «τρίτου» στην περίπτωση νομικών προσώπων, αρκεί η αυτοτελής νομική προσωπικότητα, ασχέτως δεσμών ή διαχειριστικής ή νομικής εξάρτησης του τρίτου με τον ανάδοχο (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 415/2013 και Αποφάσεις Δ.Ε.Κ. της 14.4.1994, -389/92, Συλλογή 1994, σ. 11289, σκέψεις 15-18 και της 18.12.1997, 0-5/97, Συλλογή 1997, σ. 17549, σκέψεις 12 και 13). Δεύτερον, η εκτέλεση από τον υπεργολάβο μέρους του συμβατικού αντικειμένου και επομένως δεν νοείται «υπεργολαβία» για αντικείμενο που δεν υπάγεται στο φυσικό αντικείμενο της διαδικασίας, όπως ορίζεται συγκεκριμένα από την ανά περίπτωση διακήρυξη (ΣτΕ 196/2006, 199/2008, 1190/2009). Τρίτον, η ανυπαρξία συμβατικής σχέσης μεταξύ τρίτου και αναθέτουσας αρχής, αφού μεταξύ αναθέτουσας αρχής - αναδόχου - υπεργολάβου προκύπτει ένα σχήμα τριών αυτοτελών μεταξύ τους διμερών σχέσεων και διμερώς σχετικών ενοχών, όπου ο υπεργολάβος συνδέεται συμβατικά μόνο με τον ανάδοχο, εκτελεί δε τις εργασίες του στο πλαίσιο των δικών του συμβατικών υποχρεώσεων έναντι του ίδιου του αναδόχου (και όχι έναντι της αναθέτουσας), ο ανάδοχος ευθύνεται ο ίδιος έναντι της αναθέτουσας και για ό,τι εκτελεί ο υπεργολάβος, οι δε υποχρεώσεις του αναδόχου έναντι του υπεργολάβου διέπουν καταρχήν τις μεταξύ τους σχέσεις. Η δε αναθέτουσα αρχή δύναται να εξοφλεί τις υποχρεώσεις του αναδόχου προς τον υπεργολάβο, αλλά και πάλι ούτως αποσβένει τη δική της οφειλή έναντι του αναδόχου, δηλαδή καταβάλλει μεν για λογαριασμό τρίτου, αλλά

αντί καταβολής σε αυτόν κατά την ΑΚ 417 (και επομένως δεν δημιουργείται μια αυτοτελής και νέα ενοχή μεταξύ αναθέτουσας και υπεργολάβου). Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 10/2015 Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ: «[...] η σύμβαση της υπεργολαβίας, δυνάμενη να συναφθεί είτε προ της κατακύρωσης του διαγωνισμού είτε κατά την εκτέλεσή του (πλην της υποχρεωτικής υπεργολαβίας), αφορά στην ανάθεση συγκεκριμένων και ρητώς προσδιορισμένων εργασιών σε τρίτον, βοηθό εκπλήρωσης, ο οποίος δεν αποκτά κανένα συμβατικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή - εργοδότη, με συνέπεια να παραμένει ο ανάδοχος μοναδικός και αποκλειστικός υπεύθυνος έναντι του εργοδότη από την υπεργολαβική σύμβαση, για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες, ενώ πριν την εγκατάστασή του στο έργο πρέπει να υπάρξει έγκριση της συμμετοχής του στην εκτέλεση του έργου. Στα δημόσια έργα, ο υπεργολάβος πρέπει να ανήκει σε τάξη και κατηγορία έργου αντίστοιχη με το ποσό των εργασιών που του ανατίθενται. Ακόμη, για τη νομότυπη συμμετοχή στον επίμαχο διαγωνισμό απαιτείται βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ στην 2η τάξη και άνω για υδραυλικά έργα και Α2 τάξη και άνω για ηλεκτρομηχανολογικά έργα (η οποία βεβαίωση αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει), ενώ στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ της Διακήρυξης δεν καλύπτονται από την ως άνω βεβαίωση εγγραφής, η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αποδεικνύεται με τα αποδεικτικά μέσα του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Επιπρόσθετα, σε περίπτωση χρησιμοποίησης υπεργολάβου, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να προβαίνουν σε σχετική δήλωση στο ΤΕΥΔ τους, αλλά και να υποβάλλουν αντίστοιχο ΤΕΥΔ για τον υπεργολάβο, έτσι ώστε να διακριβωθεί η εκ μέρους του πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού. Τέλος, σε περίπτωση μη συμμόρφωσης με τα ανωτέρω ή στην περίπτωση υποβολής

σχετικής ανακριβούς δήλωσης, η προσφορά του υποψηφίου αναδόχου είναι απορριπτέα (Απόφαση ΑΕΠΠ 1001/2020 - ιδίως σκέψη 36). 2. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η ανταγωνίστρια κλήθηκε προς παροχή επεξηγήσεων για να αιτιολογήσει το ύψος της προσφοράς της. Κατά την παροχή των εξηγήσεών της η ανταγωνίστρια επικαλέστηκε μεταξύ άλλων την προσφορά του χωματουργού..... Σύμφωνα με αυτήν, ο ..... θα αναλάβει εξ ολοκλήρου το σύνολο σχεδόν των εργασιών της Ομάδας Ι με τίτλο «Χωματουργικά - Αντιμετώπιση Υδάτων - Αντιστηρίξεις» (σελίδα 10 του ηλεκτρονικού αρχείου .pdf με τίτλο «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ»), προφανώς με δικά του μηχανήματα και προσωπικό, ελλείπει αντίθετου ισχυρισμού και τεκμηρίωσης. Πρόκειται επομένως για ξεκάθαρη περίπτωση υπεργολαβίας κατά τα ανωτέρω, αφού ο ..... ενήργησε εν προκειμένω ως ανεξάρτητος ελεύθερος επαγγελματίας, δηλαδή ως εντελώς διακριτό πρόσωπο σε σχέση με την ανταγωνίστρια. Ωστόσο, η εν λόγω υπεργολαβία δεν δηλώθηκε σε κανένα από τα ΤΕΥΔ που υπέβαλε η ανταγωνίστρια, αφού στη σχετική ερώτηση του Κεφαλαίου Δ' του Μέρους ΙΙ του ΤΕΥΔ «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» και τα δύο μέλη της ανταγωνίστριας απάντησαν αρνητικά. Αυτό καθιστά τα ΤΕΥΔ των μελών της ανταγωνίστριας ανακριβή και κατά συνέπεια την προσφορά τους απορριπτέα βάσει του άρθρου 4.2 περίπτωση δ' της διακήρυξης. Ακόμη, δεν υπεβλήθη ΤΕΥΔ του υπεργολάβου κατά παράβαση των ρητών προβλέψεων του άρθρου 23.1 της διακήρυξης. Τέλος, δεν διαπιστώθηκε καν η απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του υπεργολάβου με τους προβλεπόμενους από τη διακήρυξη τρόπους κατά παράβαση των άρθρων 22.Δ, 23.6, 25.1 και 25.4 της διακήρυξης. Εξάλλου, η τεχνική ανεπάρκεια του υπεργολάβου είναι δεδομένη, αφού από την αναζήτηση στο μητρώο ΜΕΚ ή



ΜΕΕΠ της ΓΓ Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών με τη χρήση του ονόματος και του επωνύμου του υπεργολάβου, δηλαδή μετά στοιχεία «.....», δεν προκύπτει η εγγραφή στα μητρώα προσώπου με αυτά τα στοιχεία, πολλώ δε μάλλον η εγγραφή του στην 2η τάξη και άνω για υδραυλικά έργα και Α2 τάξη και άνω για ηλεκτρομηχανολογικά έργα, όπως απαιτεί η διακήρυξη. Πρόκειται προφανώς για εμπειροτέχνη εργολήπτη (αυτό προκύπτει και από την σφραγίδα που έχει επιτεθεί στην προσφορά του, όπου αναφέρεται ο όρος «χωματουργός»), ο οποίος όμως δεν μπορεί να αναλαμβάνει έργα προϋπολογισθείσας αξίας ανώτερης των 53.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ βάσει του άρθρου 106§4 του ν. 3669/2008, όπως αυτά για τα οποία έδωσε προσφορά προς την ανταγωνίστρια (η προσφορά του αφορά σε εργασίες προϋπολογισμού πολύ μεγαλύτερου των 53.000 χωρίς ΦΠΑ, αφού και η τελική προσφορά του υπεργολάβου ανέρχεται στο ποσό των 113.620 ευρώ χωρίς ΦΠΑ). Κατά τούτο, η προσφορά της ανταγωνίστριας είναι απορριπτέα άνευ ετέρου.

**II.B. ΕΣΦΑΛΜΕΝΟΣ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΤΩΝ ΓΕΝΙΚΩΝ ΕΞΟΔΩΝ-ΔΕΝ ΠΡΟΚΥΠΤΕΙ ΕΥΛΟΓΟ ΚΕΡΔΟΣ ΤΗΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΡΙΑΣ, ΑΛΛΑ ΑΝΤΙΘΕΤΩΣ ΖΗΜΙΑ** 1.Όπως γίνεται δεκτό (σχετική η υπ' αριθμ. 1954/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, δια της οποίας ακυρώθηκε η υπ' αριθμ. 340/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ, η υπ' αριθμ. 252/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, δια της οποίας ακυρώθηκε η υπ' αριθμ. 665/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ με παραπομπή στις υπ' αριθμ. 3638/2008 απόφαση του ΣτΕ και στις υπ' αριθμ. 79/2006 και 787/2005 αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, όπου κρίνεται εσφαλμένος ο υπολογισμός μηχανόσημου βάσει της προσφοράς του διαγωνιζόμενου), εφόσον ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος που καλείται να αιτιολογήσει το ύψος της προσφοράς του επιλέξει να κάνει χρήση της υπ' αριθμ. 9/2017 εγκυκλίου του ΥΠΟΜΕ (ΑΔΑ:

6Η6Κ465ΧΘΞ-3Φ5), τότε ο βάσει της ανωτέρω εγκυκλίου υπολογισμός των γενικών εξόδων υπολογίζεται κατ' αρχήν με βάση τον προϋπολογισμό του έργου και όχι με βάση την προσφορά του αναδόχου. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 8.2 της διακήρυξης «Τα γενικά έξοδα ... του Αναδόχου ... καθορίζονται στο αντίστοιχο άρθρο της ΕΣΥ». 2.Περαιτέρω, σκοπός των άρθρων 88 και 89 του ν. 4412/2016 είναι να εξασφαλιστεί η προσήκουσα εκτέλεση της υπό σύναψη σύμβασης και δη το γεγονός ότι το συμβατικό αντάλλαγμα θα επαρκέσει για την υλοποίηση του φυσικού αντικείμενου της συναφθυσόμενης σύμβασης με τη χρήση των συγκεκριμένων τεχνικών λύσεων που προτείνει ο υποψήφιος ανάδοχος (συναφώς ΕΑ ΣτΕ 83/2017). Η εκτέλεση της σύμβασης καθ' όλη τη χρονική διάρκειά της θα πρέπει να εξασφαλιστεί ότι θα λάβει χώρα σύμφωνα με τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές που προβλέπονται στη διακήρυξη και τα λοιπά συμβατικά τεύχη, καταλείποντας στην προσωρινή μειοδότη και κάποιο εύλογο κέρδος, έτσι ώστε η εκτέλεσή της να μην είναι ζημιογόνος για την προσφέρουσα εργοληπτική επιχείρηση σε σχέση με τις προβλεπόμενες εργασίες του δημοπρατούμενου έργου. Αν δεν προκύπτει αυτό το εύλογο κέρδος, η προσφορά κρίνεται ως μη νόμιμη και η οικεία εργοληπτική επιχείρηση αποκλείεται, για το λόγο αυτό, από τον διαγωνισμό, χωρίς να απαιτείται να συνεκτιμηθεί για τον αποκλεισμό της και η εν γένει ικανότητα και αξιοπιστία της για την καλή και έγκαιρη κατασκευή του έργου (σχετικά ΣτΕ 965-6/1998, Ολομ., ΣτΕ 1401/2007, ΔΕφΠατρών 53/2019, ΔΕφΑΘ 1954/2020, ΔΕφΑΘ ΑΝ 151/2020, 252/2020). 3.Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η ανταγωνίστρια επέλεξε να επικαλεστεί την ανωτέρω εγκύκλιο του ΥΠΟΜΕ για να υπολογίσει το έμμεσο κόστος του έργου. Έχοντας δώσει προσφορά με μέση έκπτωση 44,25%, υπολόγισε το έμμεσο κόστος του έργου στις 104.332,45 ευρώ, βάσει όμως της υποβληθείσης προσφοράς της και όχι βάσει του προϋπολογισμού του έργου

(σελίδες 8 και 9 του ηλεκτρονικού αρχείου pdf με τίτλο «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ»). Ειδικότερα, χρησιμοποίησε ως βάση υπολογισμού του έμμεσου κόστους το ποσό των 660.332,00 ευρώ, δηλαδή τον προϋπολογισμό των εργασιών του έργου μετά την εφαρμογή του ποσοστού έκπτωσης που προσφέρει η ανταγωνίστρια, ενώ το ορθό θα ήταν να είχε γίνει χρήση του ποσού των 1.187.528,00 ευρώ, δηλαδή του αρχικού προϋπολογισμού των εργασιών του έργου. Αν το είχε πράξει αυτό, θα είχε υπολογίσει το συνολικό έμμεσο κόστος σε 184.066,83 [έμμεσο κόστος σταθερών γενικών εξόδων 73.032,97 ευρώ (1.187.528,00 ευρώ επί 6,15%) συν έμμεσο κόστος χρονικώς συνηρημένων γενικών εξόδων 111.033,86 ευρώ (1.187.528,00 ευρώ επί 9,35%) ίσον συνολικό έμμεσο κόστος 184.066,83 ευρώ (73.032,97 ευρώ συν 111.033,86 ευρώ)]. Εξ αυτού του λόγου προκύπτει επομένως διαφορά 79.734,38 ευρώ σε σχέση με τους υπολογισμούς της ανταγωνίστριας. Δεδομένου λοιπόν ότι η ίδια η ανταγωνίστρια υπολογίζει να αποκομίσει συνολικό κέρδος 16.485,48 ευρώ από την εκτέλεση της σύμβασης με βάση τους εσφαλμένους υπολογισμούς της για το συνολικό έμμεσο κόστος του έργου, είναι προφανές ότι στην πραγματικότητα η συναφθσόμενη σύμβαση θα είναι ζημιογόνα για την ανταγωνίστρια κατά τουλάχιστον 63.248,90 ευρώ (79.734,38 ευρώ μείον 16.485,48 ευρώ) και ότι θα κινδυνεύσει η βιωσιμότητά της. Άρα, η προσφορά της ανταγωνίστριας είναι απορριπτέα εξ αυτού του λόγου, η δε προσβαλλόμενη έσφαλε κρίνοντας αντίθετα. 4. Σε κάθε περίπτωση, η αιτιολόγηση της ανταγωνίστριας δεν συνυπολογίζει διάφορες κρατήσεις που επιβαρύνουν το υπό δημοπράτηση έργο. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 8.1 της διακήρυξης στο έργο εφαρμόζονται οι εξής κρατήσεις: (1) 0,07% υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ, (2) 0,06% υπέρ ΑΕΠΠ, (3) 0,06% υπέρ ΤΕΕ βάσει ΦΕΚ Β' 2235/2017 και (4) 2,5% υπέρ ΠΟΜΗΤΕΔΥ. Οι κρατήσεις αυτές ανέρχονται

συνολικά σε ποσοστό 2,69%. Η ανταγωνίστρια επέλεξε να υπολογίσει τις κρατήσεις βάσει της υπ' αριθμ. 9/2017 εγκυκλίου του ΥΠΟΜΕ. Σε αυτήν όμως αναφέρεται ρητά (σελίδα 9) ότι «στους φόρους έχει ληφθεί υπόψη μόνο ο φόρος εργοληπτών 3% (υπάρχει επίσης και η κράτηση υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ με το σχετικό χαρτόσημο, ενώ η κράτηση υπέρ ΕΜΠ θεωρείται ότι καταργήθηκε)». Επομένως, δεν έχει υπολογιστεί ως έξοδο που θα επιβαρύνει το έμμεσο κόστος του έργου το ποσό των 31.944,50 ευρώ που αντιστοιχεί στις μη υπολογισθείσες κρατήσεις (1.187.528,00 ευρώ επί 2,69%). Από αυτή μόνο την απόκλιση προκύπτει πρόσθετη επιβάρυνση σχεδόν 32.000 ευρώ εις βάρος των υπολογισμών της ανταγωνίστριας, η οποία καθιστά τη συναφθησόμενη σύμβαση ζημιογόνα, δεδομένου του ποσού των 16.485,48 ευρώ που προσδοκά η ανταγωνίστρια ως εύλογο κέρδος από την εκτέλεση της σύμβασης

**II.Γ. ΠΑΝΤΕΛΗΣ ΑΟΡΙΣΤΙΑ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΠΟΥ ΕΠΙΚΑΛΕΙΤΑΙ Η ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΡΙΑ :** 1. Έχει κριθεί ότι ο προσωρινός μειοδότης πρέπει να παρέχει λεπτομερή οικονομική ανάλυση για το κόστος (μισθοδοσίας, καυσίμων κλπ) κάθε υποομάδας του υπό εκτέλεση έργου, ώστε να αξιολογηθεί εάν η οικονομική του προσφορά του αποφέρει κέρδος και συνεπώς, να αιτιολογηθεί το ασυνήθιστα χαμηλό ποσό της, αφού οι προσφορές των τρίτων που κατέθεσε «...δεν αποτελούν απόδειξη ότι η προσφορά του αποφέρει κέρδος...» (σχετικές η υπ' αριθμ. 1001/2020 απόφαση ΑΕΠΠ - σκέψη 36 και υπ' αριθμ. 25/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ - σκέψη 24). 2. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η ανταγωνίστρια υπέβαλε την προσφορά της στις 24-11-2020. Περαιτέρω, επικαλέστηκε τρεις προσφορές προς τεκμηρίωση του ύψους της προσφοράς της: (1) την προσφορά του χωματουργού ..... με ημερομηνία έκδοσης 20-11-2020 και δύο προσφορές της ..... με ημερομηνία έκδοσης 17-11-2020 (σελίδες 10 έως και 13 του ηλεκτρονικού αρχείου .pdf με

τίτλο «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ»), Οι εν λόγω προσφορές είναι παντελώς αόριστες, αφού απλώς επαναλαμβάνουν τα οικεία άρθρα τιμολογίου της μελέτης του υπό δημοπράτηση έργου χωρίς καμμία ειδικότερη ανάλυση κόστους (μισθοδοσίας, καυσίμων κτλ). Έτσι, δεν τεκμηριώνονται με κανένα τρόπο οι εξωπραγματικές τιμές που έχουν προσφέρει οι ..... και ..... στην ανταγωνίστρια και βέβαια δεν είναι δυνατός με κανένα τρόπο ο έλεγχος της εγκυρότητάς τους. Οι δε προσφορές της ..... δεν προκύπτει καν ότι αφορούν στο υπό δημοπράτηση έργο, επομένως η δεσμευτικότητα και η αποδεικτική τους ισχύ είναι εντελώς έωλη. II.Δ. ΟΥΣΙΩΔΗΣ ΑΠΟΚΛΙΣΗ ΤΩΝ ΤΙΜΩΝ ΠΟΥ ΑΝΑΦΕΡΕΙ Η ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΡΙΑ ΣΕ ΣΧΕΣΗ ΜΕ ΤΙΣ ΙΣΧΥΟΥΣΕΣ ΤΙΜΕΣ ΑΓΟΡΑΣ I. Όπως προεκτέθηκε (υπό σημείο II.Γ.2), έχει κριθεί ότι ο προσωρινός μειοδότης πρέπει να παρέχει λεπτομερή οικονομική ανάλυση για το κόστος (μισθοδοσίας, καυσίμων κλπ) κάθε υποομάδας του υπό εκτέλεση έργου, ώστε να αξιολογηθεί εάν η οικονομική του προσφορά του αποφέρει κέρδος και συνεπώς, να αιτιολογηθεί το ασυνήθιστα χαμηλό ποσό της. 2.Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι για να κριθεί μια προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή θα πρέπει γίνεται επίκληση συγκεκριμένων αριθμητικών δεδομένων και κοστολογήσιμων στοιχείων της οικονομικής προσφοράς ως προς τις κατά περίπτωση προσφερόμενες τιμές των απαιτούμενων υλικών και εργασιών του δημοπρατούμενου έργου σε συσχέτιση με την προϋπολογισθείσα δαπάνη του και τα οριζόμενα στην εργατική νομοθεσία, καθώς και με τυχόν απόκλιση των προσφερόμενων επιμέρους τιμών από τις κρατούσες στην αγορά οικείες τιμές (μεταξύ άλλων ΕΑΣΤΕ 12/2020, 165/2020, ΔΕΦΑΘ 1951/2020). 3.Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η προσφορά της ανταγωνίστριας είναι παντελώς αόριστη και ατεκμηρίωτη, αφού απλώς επαναλαμβάνει τα οικεία άρθρα τιμολογίου της μελέτης του υπό δημοπράτηση έργου αναφέροντας το κόστος

που υπολογίζει κατά την εκτίμησή της, χωρίς καμμία ειδικότερη ανάλυση (μισθοδοσίας, καυσίμων κτλ). Έτσι, δεν τεκμηριώνονται με κανένα τρόπο οι εξωπραγματικές τιμές που προσφέρει και βέβαια δεν είναι δυνατός με κανένα τρόπο ο έλεγχος της εγκυρότητάς τους. Εξάλλου, η ανταγωνίστρια δεν αναφέρει καν ότι διαθέτει το κατάλληλο προσωπικό και εξοπλισμό για τις ανάγκες του έργου, ούτε το προσδιορίζει με οποιονδήποτε τρόπο. Ειδικά ως προς τον εξοπλισμό είναι βέβαιο ότι για εργασίες, όπως αυτές της Ομάδας II «Κατασκευές από σκυρόδεμα, φρεατίων επίσκεψης και φρεατίων μικροσηράγγων αποχέτευσης ακάθαρτων, στεγανοποιήσεις - αρμοί, οικοδομικές εργασίες, λοιπές εργασίες», θα χρειαστούν μηχανήματα παραδείγματος χάριν για την παραγωγή σκυροδέματος (αφού η ανταγωνίστρια δεν ισχυρίζεται και δεν αποδεικνύει ότι θα προμηθευτεί το υλικό από τρίτο), τα οποία η ανταγωνίστρια δεν ισχυρίζεται καν ότι τα έχει στη διάθεσή της με οποιονδήποτε τρόπο. Άρα, είναι προφανές ότι η αιτιολόγηση της προσφοράς της έχει λογικά κενά. Εντελώς ενδεικτικά προσκομίζω προσφορές για προμήθεια σιδηρού οπλισμού, δηλαδή για την εργασία με α/α 15 και ΑΤ ΥΔΡ 9.26 «Προμήθεια και τοποθέτηση σιδηρού οπλισμού σκυροδεμάτων υδραυλικών έργων», από τις οποίες προκύπτει ότι οι τιμές που δίνει η ανταγωνίστρια είναι εκτός πραγματικότητας [προσφερόμενη από την ανταγωνίστρια τιμή 0,68 ανά κιλό, ενώ η αντίστοιχη τιμή της αγοράς κυμαίνεται γύρω στο 1,00 ευρώ ανά κιλό βάσει των δύο προσκομιζόμενων προσφορών των εμπόρων «.....» (0,99 ευρώ ανά κιλό) και της «.....» (1,03 ευρώ ανά κιλό)]. Από αυτή μόνο την απόκλιση προκύπτει πρόσθετη επιβάρυνση σχεδόν 20.000 ευρώ εις βάρος των υπολογισμών της ανταγωνίστριας (διαφορά τιμής 0,32 λεπτά ανά κιλό σιδηρού οπλισμού επί 60.300 κιλά που αφορούν στην εργασία με α/α 15 και ΑΤ ΥΔΡ 9.26 «Προμήθεια και τοποθέτηση σιδηρού οπλισμού σκυροδεμάτων υδραυλικών

έργων» ίσον με συνολική διαφορά τιμής σε σχέση με τις κρατούσες στην αγορά τιμές 19.296 ευρώ), η οποία καθιστά αυτόματα τη συναφθησόμενη σύμβαση ζημιογόνα, δεδομένου του ποσού των 16.485,48 ευρώ που προσδοκά η ανταγωνίστρια ως εύλογο κέρδος από την εκτέλεση της σύμβασης (μη υπολογισθείσα διαφορά τιμής 19.296 ευρώ μείον επιδιωκόμενο κέρδος 16.485,48 ευρώ ίσον ζημιά 2.810,52 ευρώ). Ενόψει αυτών, έσφαλε πρόδηλα η προσβαλλόμενη αποδεχόμενη την αιτιολόγηση του ύψους της προσφοράς της ανταγωνίστριας ως έγκυρης. **ΙΙ.Ε. ΚΑΜΜΙΑ ΑΠΟΔΕΙΞΗ ΤΗΡΗΣΗΣ ΤΗΣ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΙΚΗΣ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑΣ**

1. Ως γνωστόν, οι εργολήπτες δημοσίων έργων εντάσσονται στην κατηγορία των παραγωγών αποβλήτων εκσκαφών κατεδαφίσεων κατασκευών (ΑΕΚΚ) και είναι υποχρεωμένοι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 8§1 της ΚΥΑ 50910/2727/2003 (ΦΕΚ Β' 1909/2003) αφενός να διαθέτουν άδεια συλλογής/μεταφοράς και αφετέρου να έχουν συμβληθεί με ένα τουλάχιστον εγκεκριμένο σύστημα εναλλακτικής διαχείρισης ΑΕΚΚ, άλλως υφίστανται τις προβλεπόμενες κυρώσεις που προβλέπονται από το άρθρο 20 του ν. 2939/2001, όπως ισχύει (φυλάκιση ενός έτους και χρηματική ποινή 3.000 έως 60.000 ευρώ), καθώς και κυρώσεις που προβλέπονται από άλλες ειδικότερες διατάξεις.

2. Εξάλλου, ειδικά στο πλαίσιο του επίμαχου έργου έχει προβλεφθεί από τη μελέτη, δεδομένης της φύσης των εκτελούμενων εργασιών, η παραγωγή αποβλήτων, άρα και η ανάγκη διαχείρισης, μεταφοράς και νόμιμης απόρριψής τους. Για το λόγο αυτό προβλέπεται εξάλλου και ειδικό κονδύλι απολογιστικών ΑΕΚΚ, γενικά έξοδα και εργολαβικό όφελος ειδικά για τα ΑΕΚΚ στο άρθρο 11.1 της διακήρυξης. Περαιτέρω, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να αποδεικνύουν ότι δεν έχουν αθετήσει τις υποχρεώσεις που πηγάζουν από το άρθρο 18§2 του ν. 4412/2016, στις οποίες περιλαμβάνονται και οι υποχρεώσεις τήρησης της περιβαλλοντικής νομοθεσίας βάσει του άρθρου 22.Α.4 περίπτωση

α' της διακήρυξης. 3. Δεδομένων των ανωτέρω, στο πλαίσιο αιτιολόγησης του ύψους της προσφοράς τους, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να ισχυρίζονται και να αποδεικνύουν ότι τηρούν τη νομοθεσία περί αποβλήτων και δη ότι κατέχουν κατάλληλη άδεια ή έστω ότι συνεργάζονται σχετικά με κατάλληλο φορέα. Επίσης, απαιτείται από τους διαγωνιζόμενους ο αυτοτελής προσδιορισμός του κόστους απομάκρυνσης και μεταφοράς των απορριμμάτων και η αναφορά στη θέση απόρριψης ή στον τρόπο διαχείρισής τους (σχετική η ΑΕΠΠ 1055/2019). Είναι προφανές ότι η επίκληση συγκεκριμένων στοιχείων επί των ανωτέρω επηρεάζει καθοριστικά το κόστος της συναφθσόμενης σύμβασης. 3. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η ανταγωνίστρια δεν κάνει καμμία απολύτως αναφορά στο εν λόγω ζήτημα. Αυτό συνεπάγεται την αοριστία της αιτιολόγησής της, αφού δεν είναι δυνατό να ελεγχθεί με ποιον ακριβώς τρόπο η ανταγωνίστρια σκοπεύει να ικανοποιήσει τις σχετικές απαιτήσεις της διακήρυξης. Όφειλε η ανταγωνίστρια να διευκρινίσει αν σκοπεύει να εκτελέσει τις συναφείς εργασίες με ίδια μέσα. Σε περίπτωση δε που κάποιο μέλος της δεν κατέχει σχετική άδεια μεταφοράς ΑΕΚΚ ή τα αναγκαία μέσα για την εκτέλεση των συναφών εργασιών, είναι βέβαιο ότι οι υπολογισμοί της είναι εσφαλμένοι, αφού θα πρέπει να συμβληθεί με τρίτο πιστοποιημένο με το ανάλογο κόστος, το οποίο όμως δεν περιλαμβάνεται στην αιτιολόγησή της, δεδομένου ότι το σχετικό κονδύλι της διακήρυξης είναι εξαιρετικά μικρό με βάση τα δεδομένα της αγοράς για να καλύψει τις ανάγκες της σύμβασης. Εξάλλου, δεν διευκρινίζεται καν αν η ανταγωνίστρια ή έστω κάποιο μέλος της έχει συμβληθεί με κάποιο εγκεκριμένο σύστημα εναλλακτικής διαχείρισης ΑΕΚΚ για τους σκοπούς της συναφθσόμενης σύμβασης και με ποιο κόστος. Επομένως, η προσβαλλόμενη πάσχει αιτιολογίας και εξ αυτού του λόγου.



9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού με τις οικείες απόψεις της, ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι «1. Για το II.A: από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ότι ο ..... θα απασχοληθεί ως επίσημος υπεργολάβος κατά την έννοια του νόμου, αφού δεν δηλώνετε κάτι τέτοιο σύμφωνα με το άρθρο 165 του νόμου 4412/2016. Δεν θεωρείται «υπεργολαβία» οποιαδήποτε μίσθωση έργου ή σύμβαση παροχής υπηρεσιών ή προμηθειών ή ανάθεση εργασιών σε τρίτο, οι οποίες (συμβάσεις) διέπονται από τον κοινό Αστικό Κώδικα. Στην περίπτωση της οι προσφορές μαστόρων που αναλαμβάνουν συγκεκριμένες εργασίες δεν αποτελούν υπεργολαβίες κατά την έννοια του Νόμου. 2. Για II.B: Ο υπολογισμός των γενικών εξόδων γίνεται στο έμμεσο κόστος του έργου με βάση το ποσό της σύμβασης που θα κληθεί να υπογράψει ο οικονομικός φορέας. Επίσης, η εγκύκλιος 9/2017 συνυπολογίζει όλες ανεξαιρέτως τις κρατήσεις, δηλαδή και αυτές που αναφέρει η προσφεύγουσα. 3. Για το II.Γ: Νομίμως λαμβάνονται υπ' όψιν για την αιτιολόγηση προσφοράς διαγωνιζόμενου οικονομικά στοιχεία μεταγενέστερα του χρόνου υποβολής της προσφοράς του, εφ' όσον η υποβολή τους δεν αξιώνεται από τη διακήρυξη ή από άλλη διάταξη. Άρα, ορθά ελήφθησαν υπόψη οι προσφορές που προσκόμισε ο οικονομικός φορέας. Οι προσφορές αυτές είναι επίκαιρες, προφανώς συνυπολογίζουν όλα τα κόστη που θα επιβαρύνουν τους προμηθευτές, άρα δικαιολογούν το ύψος της προσφοράς . 4. Για το II.Δ: από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ότι οι προσφορές που προσκομίζει η προσφεύγουσα αντικατοπτρίζουν την εικόνα της αγοράς. Το κόστος σιδήρου στην αιτιολόγηση της προσφοράς έχει προφανώς συνυπολογιστεί. 5. Για το II.E: η διακήρυξη προβλέπει ξεχωριστό κονδύλι για τα ΑΕΚΚ. Σύμφωνα με τα ανωτέρω η προσφυγή κατά της 151/2021 απόφασης θεωρούμε ότι πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή ο προσφεύγων με το από 13.05.2021 νομίμως και εμπροθέσμως κατατεθέν υπόμνημα του ισχυρίζεται ότι «Α. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΛΟΓΟ ΥΠΟ ΣΗΜΕΙΟ ΙΙ.Α ΤΗΣ ΚΡΙΝΟΜΕΝΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ 1. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει αορίστως ότι ο ..... δεν θα απασχοληθεί ως υπεργολάβος, χωρίς να παραθέτει κανένα απολύτως στοιχείο προς τεκμηρίωση αυτού του ισχυρισμού. Επικαλείται μόνο το γεγονός ότι η ανταγωνίστρια ένωση δεν έκανε σχετική δήλωση στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε. Ωστόσο, ακριβώς αυτή την πλημμέλεια προσάπτουμε στην προσφορά της ανταγωνίστριας, δεδομένου ότι η προσφορά του ..... αφορά στην υπεργολαβική εκτέλεση του συνόλου σχεδόν των εργασιών της Ομάδας Ι με τίτλο «Χωματοουργικά – Αντιμετώπιση Υδάτων - Αντιστηρίξεις». Δεν είναι λοιπόν δυνατό η παράλειψη δήλωσης του ..... ως υπεργολάβου να αντλείται ως επιχείρημα προκειμένου να εξαχθεί το συμπέρασμα ότι αυτός δεν είναι υπεργολάβος, το αντίθετο. 2. Τονίζουμε ότι ο ..... δεν απασχολείται ως μισθωτός ή εργαζόμενος της ανταγωνίστριας, αλλά ως ανεξάρτητος ελεύθερος επαγγελματίας, άρα ως αυθύπαρκτος τρίτος σε σχέση με την ανταγωνίστρια. Αυτό προκύπτει από το γεγονός ότι η ανταγωνίστρια επικαλείται την προσφορά του και τον αντιμετωπίζει και η ίδια ως τρίτο σε σχέση με αυτήν. Περαιτέρω, από τη δομή της προσφοράς του είναι σαφές ότι ο εν λόγω χωματοουργός θα αναλάβει με ίδια μηχανήματα την εκτέλεση των εργασιών που αναλαμβάνει, αφού δεν προκύπτει οτιδήποτε αντίθετο από το σύνολο της προσφοράς της ανταγωνίστριας και βέβαια από την αιτιολόγηση του ύψους της. Εξάλλου, η ανταγωνίστρια δεν δηλώνει καν ότι θα διαθέσει τα κατάλληλα μηχανήματα, προκειμένου να εργαστεί ο ..... Εξάλλου, η τιμή που προσφέρει ο εν λόγω χωματοουργός στην ανταγωνίστρια είναι πρόδηλο ότι δεν αφορά μόνο σε παροχή εργασίας, αλλά σε υπεργολαβική εκτέλεση των κρίσιμων εργασιών με ίδια μηχανήματα, λόγω του μεγάλου ύψους της. 3. Από όλα αυτά τα στοιχεία προκύπτει ότι ο ..... αποτελεί υπεργολάβο που δεν δηλώθηκε από την ανταγωνίστρια στο ΤΕΥΔ της, ούτε υπέβαλε

ξεχωριστό ΤΕΥΔ, ως όφειλε. Σχετικά σας παραπέμπουμε στην ΑΕΠΠ 1001/2020 που επελήφθη του ίδιου ακριβώς ζητήματος. Άρα, ο σχετικός λόγος της κρινόμενης προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός. Β. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΛΟΓΟ ΥΠΟ ΣΗΜΕΙΟ ΙΙ.Β ΤΗΣ ΚΡΙΝΟΜΕΝΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ 1. Όπως γίνεται δεκτό από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ο βάσει των εκδοθεισών εγκυκλίων (εν προκειμένω της εγκυκλίου 9/2017 του ΥΠΟΜΕ) υπολογισμός των γενικών εξόδων του εργοταξίου του προς κατασκευή έργου, δεν έχει την έννοια ότι, κατά την αιτιολόγηση υπερβολικά χαμηλής προσφοράς, αποκλείεται η εκ μέρους διαγωνιζομένου επίκληση και απόδειξη της συνδρομής για την επιχείρησή του ειδικών συνθηκών αναφορικά με την εγκατάσταση και την λειτουργία του συγκεκριμένου εργοταξίου, εν όψει των οποίων ειδικών συνθηκών ο διαγωνιζόμενος εξοικονομεί δαπάνη σε σχέση με την προκύπτουσα από την εν λόγω εγκύκλιο. Επομένως, δεν μπορεί βασίμως να υποστηριχθεί ότι ο υπολογισμός αυτός έχει ως αποτέλεσμα να εξισώνονται αυθαίρετα όλοι οι διαγωνιζόμενοι (πρβλ σχετ. ΣτΕ ΕΑ 769/2005, 280/2005, 279/2005. Δ.Εφ.Αθ. Μονομ. 148/2020). Για αυτόν ακριβώς το λόγο τα γενικά έξοδα υπολογίζονται κατ' αρχήν με βάση τον προϋπολογισμό της υπό σύναψη σύμβασης και από εκεί και πέρα μπορεί ο κάθε διαγωνιζόμενος που καλείται να αιτιολογήσει την προσφορά του να υποστηρίξει ότι στην περίπτωση του συντρέχουν ειδικοί λόγοι που δικαιολογούν μειωμένα έξοδα. Παραπέμπουμε σχετικά στο σημείο ΙΙ.Β.1 της ασκηθείσας προδικαστικής μας προσφυγής, όπου παραθέτουμε σειρά αποφάσεων που έχουν κρίνει τα ανωτέρω. Άρα, γίνεται παγίως δεκτό ότι βάση υπολογισμού των γενικών εξόδων βάσει της εγκυκλίου αποτελεί η προϋπολογισθείσα αξία της υπό σύναψη σύμβασης και μόνο. Αν η ανταγωνίστρια εφήρμοζε ως βάση υπολογισμού των γενικών εξόδων τον προϋπολογισμό του έργου, αντί για το ποσό της σύμβασης που θα σύναπτε αν αναδεικνυόταν μειοδότης, η σύμβαση θα ήταν αποδεδειγμένα ζημιογόνος. 2. Υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή ότι η εγκύκλιος 9/2017 περιλαμβάνει όλες

ανεξαιρέτως τις κρατήσεις που εφαρμόζονται στην επίμαχη σύμβαση. Παραπέμπουμε στο σημείο II.B.4 της προσφυγής μας, στο οποίο γίνεται αναλυτική αναφορά στις κρατήσεις που δεν καλύπτει η εν λόγω εγκύκλιος. Αν η ανταγωνίστρια είχε υπολογίσει στα γενικά της έξοδα και τις εν λόγω κρατήσεις, η συναφθσόμενη σύμβαση θα ήταν ζημιογόνος. Γ. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΛΟΓΟ ΥΠΟ ΣΗΜΕΙΟ II.Γ ΤΗΣ ΚΡΙΝΟΜΕΝΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ 1. Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η εντελώς αόριστη, ατεκμηρίωτη και μη αναλυτική προσφορά των ..... και ..... συνυπολογίζει όλα τα κόστη που επιβαρύνουν τις εργασίες που αναλαμβάνονται από τα εν λόγω πρόσωπα. Όμως, από την επισκόπηση των εν λόγω προσφορών είναι σαφές ότι αποτελούν απλώς επανάληψη των άρθρων τιμολογίου της σύμβασης χωρίς καμμία μέριμνα σύνδεσης της προσφερόμενης τιμής με τα ειδικότερα χαρακτηριστικά του έργου ή των επιχειρήσεων των εν λόγω συνεργατών της ανταγωνίστριας. Δ. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΛΟΓΟ ΥΠΟ ΣΗΜΕΙΟ II.Δ ΤΗΣ ΚΡΙΝΟΜΕΝΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ 1. Η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται ως δήθεν ορισμένη την προσφορά της ανταγωνίστριας, όταν το μόνο που αυτή (η ανταγωνίστρια) έχει κάνει είναι να επαναλάβει τα άρθρα τιμολογίου και να αναγράψει μια τιμή για κάθε ένα από αυτά χωρίς καμμία απολύτως τεκμηρίωση. 2. Τονίζουμε ότι η αναθέτουσα αρχή δεν απαντά με ειδικό και εμπειριστατωμένο τρόπο στους ειδικούς, ουσιώδεις και τεκμηριωμένους ισχυρισμούς μας σε σχέση με το ύψος της προσφοράς της ανταγωνίστριας ειδικά για την προμήθεια σιδηρού οπλισμού, δηλαδή για την εργασία με α/α 15 και ΑΤ ΥΔΡ 9.26 «Προμήθεια και τοποθέτηση σιδηρού οπλισμού σκυροδεμάτων υδραυλικών έργων». Αποδεικνύουμε με προσκόμιση τιμών της τρέχουσας αγοράς, όπως απαιτεί η νομολογία, ότι η τιμή σιδήρου είναι σημαντικά αυξημένη σε σχέση με την τιμή που προσφέρει η ανταγωνίστρια. Επ' αυτού του ισχυρισμού μας καμμία ουσιαστική και ειδική απάντηση δεν δίνει η αναθέτουσα αρχή. Αν βέβαια η ανταγωνίστρια και η αναθέτουσα αρχή είχαν υπολογίσει την πραγματική τιμή της εν λόγω εργασίας, θα αναγκάζονταν να

παραδεχθούν ότι η προσφορά της ανταγωνίστριας είναι ζημιογόνα. Επομένως, οι απαντήσεις της αναθέτουσας αρχής επί αυτού του ισχυρισμού μας είναι εντελώς ανατιολόγητες και δεν δικαιολογούν την αποδοχή της προσφοράς της ανταγωνίστριας. Ε. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΛΟΓΟ ΥΠΟ ΣΗΜΕΙΟ ΙΙ.Ε ΤΗΣ ΚΡΙΝΟΜΕΝΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ 1. Η αναθέτουσα αρχή δεν απαντά σε κανέναν εκ των ουσιωδών ισχυρισμών μας. Επαναλαμβάνουμε ότι η ανταγωνίστρια δεν αποδεικνύει τη συμμόρφωσή της με τη νομοθεσία περί αποβλήτων, ούτε τον συγκεκριμένο τρόπο, με τον οποίο διασφαλίζει αυτή τη συμμόρφωση (με ίδια μέσα ή μέσω τρίτων). Εξάλλου, δεν προσδιορίζει το κόστος απομάκρυνσης και μεταφοράς των απορριμμάτων, ενώ δεν αναφέρει τη θέση απόρριψης ή τον τρόπο απόρριψης τους. Ακόμη δεν διευκρινίζεται εάν η ανταγωνίστρια έχει συμβληθεί με κάποιο συγκεκριμένο σύστημα ΑΕΚΚ για τους σκοπούς της σύμβασης και με ποιο κόστος. 2 το γεγονός ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει σχετικό κονδύλιο δεν υποκαθιστά την έλλειψη αιτιολογίας ενώ ο νομοθέτης απαιτεί την αιτιολόγησή των προσφορών που φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές.... Αν γίνει δεκτή η λογική της αναθέτουσας αρχής ...όλο το σύστημα ελέγχου ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών θα κατέρρεε και εκτίθετο σε κίνδυνο το δημόσιο συμφέρον χάριν του οποίου θεσπίσθηκε.

11. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του

διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

12. Επειδή, οι διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες διέπουν τον διαγωνισμό, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης (βλ. ΣΤΕ 1502/2003, ΣΤΕ ΕΑ 16/2005, 977/2004, ΔΕφΑΘ 2277/2014, ΔΕφΑΘ αναστ. 895/2012) ως ειδικότερες και αφορώσες το συγκεκριμένο διαγωνισμό (ΣΤΕ 2137/2012). Άλλωστε, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους των υποψηφίων παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, ανεξαρτήτως αν οι όροι αυτοί αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου ή σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις.

13. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

14. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ

μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

15. Επειδή, αναφορικά με την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ελέγχει την αξιοπιστία μιας προσφοράς, έχει κριθεί υπό το προισχύνον νομικό καθεστώς εφαρμοστέο εν προκειμένω και στην επίμαχη διαδικασία, ότι απορρέει από την προηγούμενη ύπαρξη αμφιβολιών ως προς αυτήν, λαμβανομένου υπόψη ότι το άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ το οποίο ενσωματώθηκε στην εθνική έννομη τάξη με το άρθρο 88 του ν. 4412/2016, 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. Συνεπώς, εφόσον προκύπτουν τέτοιες αμφιβολίες οφείλει η αρμόδια επιτροπή αξιολογήσεως να ζητήσει τις προσήκουσες διευκρινίσεις ως προς τη σύνθεση της προσφοράς, προτού, ενδεχομένως, την απορρίψει. Αν υφίστανται ενδείξεις ικανές να δημιουργήσουν την υποψία στην αναθέτουσα αρχή ότι ορισμένη προσφορά ενδέχεται να είναι ασυνήθιστα χαμηλή, τότε αυτή οφείλει να προβεί, σε δεύτερο στάδιο, στον έλεγχο της συνθέσεως της προσφοράς προκειμένου να βεβαιωθεί ότι η προσφορά δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Όταν προβαίνει στον έλεγχο αυτό, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να παρέχει στον οικείο προσφέροντα τη δυνατότητα να εκθέσει τους λόγους για τους οποίους ο ίδιος εκτιμά ότι η

προσφορά του δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Η αναθέτουσα αρχή οφείλει στη συνέχεια να εκτιμήσει τις δοθείσες εξηγήσεις και να κρίνει αν η συγκεκριμένη προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, οπότε υποχρεούται να την απορρίψει ( βλ. σχετικά απόφαση της 4ης Ιουλίου 2017, European Dynamics Luxembourg SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T 392/15, ECLI:EU:T:2017:462 σκ.86-89, βλ. μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 349/2018 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη). Εν προκειμένω, η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς -ως τέτοιας προφανώς νοουμένης και της οικονομικής προσφοράς που αν και φαίνεται ότι καλύπτει το κόστος παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών/προμηθειών δεν καταλείπει εύλογο εργολαβικό κέρδος, δηλαδή χρηματικό όφελος τέτοιας έκτασης που να δικαιολογεί τη συμμετοχή στη διαδικασία του διαγωνισμού- διακινδυνεύει και το δημόσιο συμφέρον, στο μέτρο που ο ανάδοχος ενδέχεται, κατά λογική ακολουθία, να επιχειρήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης να καλύψει τη ζημία που υφίσταται, εξαιτίας του αδικαιολόγητα χαμηλού τιμήματος, σε βάρος της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (βλ. σχετικά S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2005) σελ. 532-534; P Trepte, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (Oxford, Oxford University Press, 2004) σελ.165-166 and 197; και P Trepte, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, 2η έκδοση (Oxford, Oxford University Press, 2007,σελ.474, και AR Engel, *Managing Risky Bids*, *Handbook of Procurement* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006) σελ.322, 326].

Συνοψίζοντας, προς αποτροπή των δυσμενών αυτών συνεπειών, καθιερώνεται διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής στον εντοπισμό των προσφορών οι οποίες εμφανίζονται 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 (βλ. ΣΤΕ 4249/2010, 3546/2009, ΕπΑνΣΤΕ 295/2011, 1260, 41/2010, 815, 747, 127/2009, 1079, 1069/2009, 866, 187, 45/2008, ΔΕφΑθ (ακυρωτικό) 1528/2014, και Ε.Σ. VI Τμ. 70/2012, 3202, 2235, 2234, 2232, 2090, 584/2011, 3678, 3355, 3134/2009, και ad hoc Χ.Ζαράρη Απόφαση ΑΕΠΠ 349/2018 σκ.33).

16. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη

απόφαση θα ήταν αναπιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣΤΕ 2418/1976,1061/1981).

17. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, ό.π., αρ. περ. 642' Β. Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.), ομοίως Μ. Στασινόπουλο, Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων, Αθήνα,1982, σ. 341, ο οποίος εύστοχα αναφέρει ότι «ο επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας» και διευκρινίζει πως «η διείσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» σελ. 381 ο.π). Εν προκειμένω, η διακριτική εκτιμητική και αξιολογική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, όπως, συνεκτιμώντας το σύνολο των στοιχείων που βρίσκονται στη διάθεσή της και της προσκομίζει ο προσφέρων, τελικώς κρίνει το δικαιολογημένο της χαμηλής προσφοράς του δεν είναι ανέλεγκτη, αλλά υπάγεται στον έλεγχο της Α.Ε.Π.Π. ως προς την εκ μέρους της τήρηση των όρων διεξαγωγής και των ληπτέων υπόψη στοιχείων, που η οικεία διάταξη, ως και η γενική αρχή της ίσης μεταχείρισης, καθιερώνουν για τη σχετική αξιολογική διαδικασία και την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της (ΔΕΦΑΘ Ασφ.

312/2015, ΕΛΣυν Τμ. VI 2090, 584/2011, 1382, 2653, 3016/2012, 950/2014, 2998/2014, 157/2016 κλπ).

18. Επειδή ο **προσφεύγων** ισχυρίζεται ότι μη νομίμως και με πλημμελή αιτιολογία κρίθηκε από την αναθέτουσα αρχή ότι η προσφορά του καθού οικονομικού φορέα ο οποίος ανακηρύχθηκε προσωρινός μειοδότης εξηγεί με τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο του κόστους του έργου που προτείνει. Προβάλλει δε επιμέρους ισχυρισμούς μεταξύ των οποίων ότι τα γενικά έξοδα, στα οποία θα υποβληθεί ο καθού, υπολογίστηκαν εσφαλμένα βάσει της αξίας της συναφθσόμενης σύμβασης κατά παράβαση των προβλέψεων της υπ' αριθμ. 9/2017 Εγκυκλίου του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, ομοίως ισχυρίζεται ότι οι τιμές που επικαλείται ο καθού για πλήθος εργασιών δεν τεκμηριώνονται και αποκλίνουν σημαντικά από τις ισχύουσες τιμές αγοράς.

**Η αναθέτουσα αρχή** με τις οικείες απόψεις της ισχυρίζεται μεταξύ άλλων ότι ο υπολογισμός των γενικών εξόδων γίνεται στο έμμεσο κόστος του έργου με βάση το ποσό της σύμβασης που θα κληθεί να υπογράψει ο οικονομικός φορέας αλλά και ότι από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ότι οι προσφορές που προσκομίζει για την τιμή του σιδήρου η προσφεύγουσα αντικατοπτρίζουν την εικόνα της αγοράς αλλά και ότι το κόστος σιδήρου στην αιτιολόγηση της προσφοράς έχει προφανώς συνυπολογιστεί.

19. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι «8.2. Τα γενικά έξοδα, όφελος κ.λ.π. του Αναδόχου και οι επιβαρύνσεις από φόρους, δασμούς κ.λ.π. καθορίζονται στο αντίστοιχο άρθρο της Ε.Σ.Υ. Ο Φ.Π.Α. βαρύνει τον Κύριο του Έργου». Επομένως, συνάγεται ότι τα γενικά έξοδα υπολογίζονται κατ' αρχήν με βάση τον προϋπολογισμό του έργου και όχι με βάση την προσφορά του αναδόχου (πρβλ σχετ. ΣΤΕ 3638/2008, ΣΤΕ ΕΑ 79/2006, 787/2005 και **ad hoc 252/2020 ΔΕΦ Αθ σκ.17**). Στην προκειμένη περίπτωση, ο

καθού οικονομικός φορέας, επέλεξε να επικαλεστεί την με αρ. 9/2017 εγκύκλιο του ΥΠΟΜΕ ( βλ. αρχείο του καθού με τίτλο ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ 001, σελ. 1) για να υπολογίσει το έμμεσο κόστος του έργου. Έχοντας δώσει προσφορά με μέση έκπτωση 44,25%, υπολόγισε το έμμεσο κόστος του έργου στις 104.332,45 ευρώ, βάσει όμως της υποβληθείσης προσφοράς του και όχι βάσει του προϋπολογισμού του έργου, κατά τα ως άνω. Ειδικότερα, ο καθού και ήδη προσωρινός μειοδότης χρησιμοποίησε ως βάση υπολογισμού του έμμεσου κόστους το ποσό των 660.332,00 ευρώ που συνίσταται στον προϋπολογισμό των εργασιών του έργου μετά την εφαρμογή του ποσοστού έκπτωσης που προσφέρει και όχι του αρχικού προϋπολογισμού των εργασιών του έργου που ανέρχεται στο ποσό των 1.187.528,00 ευρώ, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Όπως δε βασίμως, ισχυρίζεται ο προσφεύγων ο καθού οικονομικός φορέας όφειλε να *«είχε υπολογίσει το συνολικό έμμεσο κόστος σε 184.066,83 [έμμεσο κόστος σταθερών γενικών εξόδων 73.032,97 ευρώ (1.187.528,00 ευρώ επί 6,15%) συν έμμεσο κόστος χρονικώς συντηρημένων γενικών εξόδων 111.033,86 ευρώ (1.187.528,00 ευρώ επί 9,35%) ίσον συνολικό έμμεσο κόστος 184.066,83 ευρώ (73.032,97 ευρώ συν 111.033,86 ευρώ)]. Εξ αυτού του λόγου προκύπτει επομένως διαφορά 79.734,38 ευρώ»*. Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι ο καθού οικονομικός φορέας υπολογίζει να αποκομίσει συνολικό κέρδος 16.485,48 ευρώ από την εκτέλεση της σύμβασης με βάση τους υπολογισμούς του για το συνολικό έμμεσο κόστος του έργου, προκύπτει ότι η προς σύναψη σύμβαση θα είναι ζημιογόνα κατά τουλάχιστον 63.248,90 ευρώ (79.734,38 ευρώ μείον 16.485,48 ευρώ). Επομένως, η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας και τούτο διότι η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί του δικαιολογημένου της χαμηλής προσφοράς του καθού οικονομικού φορέα δεν είναι ανέλεγκτη, αλλά υπάγεται καταρχήν στον έλεγχο της Α.Ε.Π.Π. ως προς την εκ μέρους της τήρηση των όρων διεξαγωγής και των ληπτέων υπόψη στοιχείων, που η οικεία διάταξη του άρθρου 88, ως και

η γενική αρχή της ίσης μεταχείρισης, καθιερώνουν για τη σχετική αξιολογική διαδικασία και την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της ( βλ. σκ. 17 της παρούσας), εν προκειμένω ουδόλως τεκμηριώθηκε από την αναθέτουσα αρχή τινί τρόπο παρότι προβάλλονται συγκεκριμένες αιτιάσεις από τον προσφεύγοντα περί του ότι η προσφορά του καθού οικονομικού φορέα είναι εν τέλει ζημιογόνος, δύναται να εκτελεσθεί η σύμβαση πολλώ δε μάλλον όταν η αναθέτουσα αρχή δεν απαντά εμπειριστατωμένα στους ειδικούς, ουσιώδεις και τεκμηριωμένους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος. Περαιτέρω, αναφορικά με την προσφερόμενη τιμή σιδήρου οπλισμού, για την εργασία με α/α 15 και ΑΤ ΥΔΡ 9.26 ομοίως όλως αορίστως και επομένως αναπιολόγητα η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι **δεν** προκύπτει ότι *« οι προσφορές που προσκομίζει για την τιμή του σιδήρου η προσφεύγουσα αντικατοπτρίζουν την εικόνα της αγοράς. Το κόστος σιδήρου στην αιτιολόγηση της προσφοράς έχει προφανώς συνυπολογιστεί»*, και τούτα παρότι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι ειδικοί, συγκεκριμένοι και ουσιώδεις, κατά τα ως άνω αναλυτικά εκτεθέντα. Επομένως, ισχύουν *mutatis mutandis* τα ανωτέρω αναγραφόμενα στην παρούσα σκέψη και η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας ως προς την αποδοχή της προσφοράς του καθού οικονομικού φορέα και προσωρινού μειοδότη. Οι δε έτεροι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί μη δήλωσης υπεργολαβίας στο ΤΕΥΔ, περί μη τήρησης της περιβαλλοντικής νομοθεσίας και αβάσιμοι υποτιθέμενοι, δεν δύναται να άγουν σε απόρριψη του αιτήματος της προσφυγής και επακολούθως στην μη ακύρωση της προσβαλλόμενης και προβάλλονται αλυσιτελώς.

21. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό και να επιστραφεί το παράβολο.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24.09.2021 και εκδόθηκε στις 13.10.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αναστασία Ρουμेलιώτη