

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 27 Οκτωβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.09.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1302/20.09.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «... ...», και το διακριτικό τίτλο «... ..», (στο εξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο, οδός ... αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

κατά της, όπως εκπροσωπείται νόμιμα, (στο εξής: «η αναθέτουσα αρχή»).

και την από 30.09.2022 Παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «... ...» και το διακριτικό τίτλο «... ...», που εδρεύει στη ..., οδός ... αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει για τους λόγους που αναλύονται λεπτομερώς στην προσφυγή της να ακυρωθεί η υπ' αρ. πρωτ. 883/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Σ1168/2022 Απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, προκειμένου να γίνει αποδεκτή η προσφορά της και να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή μειοδότης του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 4.273.504,27 € χωρίς ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την από 14-9-2021 με ΑΔΑΜ ... 2021-09-29 Διακήρυξη της προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοικτός, δημόσιος διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου του έργου με τίτλο «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΑΤΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΟΔΟΥ ... - ...» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), η οποία καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ την 1-10-2021 και έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 19.09.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 09.09.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρ. 361, παρ. 1 και 362, παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και στα άρ. 4, παρ. 1, εδ. α' και 8, παρ. 2 του π.δ. 39/2017.

4. Επειδή, στις 20.09.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους λοιπούς διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς, σύμφωνα με το αρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το αρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία κοινοποίησε στις 27.09.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΕΑΔΗΣΥ το με ημ/νία 28.09.2022 (και ημερομηνία ηλεκτρονικής υπογραφής 27.09.2022) Συμπληρωματικό Υπόμνημά

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

της προς αντίκρουση των από 23.09.2022 απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς όλους τους ενδιαφερόμενους στις 28.09.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού.

6. Επειδή, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 30.09.2022 Παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ καθώς και μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΕΑΔΗΣΥ, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς την ΕΑΔΗΣΥ και όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους στις 03.10.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 30.09.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού προς την ΕΑΔΗΣΥ και τους ενδιαφερόμενους τις υπ' αρ. πρωτ. 83182/Σ. 14655 Απόψεις – Συμπληρωματική Αιτιολογία. Με τις απόψεις της, για τους λόγους που ειδικότερα αναφέρονται σε αυτές αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας και ζητεί την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία κοινοποίησε στις 05.10.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το με ημ/νία 05.10.2022 Συμπληρωματικό Υπόμνημά της προς αντίκρουση των από 30.09.2022 απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς όλους τους ενδιαφερόμενους στις 06.10.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού.

9. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης του (4.273.504,27 € πλέον ΦΠΑ) και του χρόνου δημοσίευσής του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της ΕΑΔΗΣΥ και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα της οποίας η προσφορά μετά και την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών κρίθηκε καταρχήν αποδεκτή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως δεν ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος, καθόσον έτερη συνδιαγωνιζόμενη προσέφερε

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

υψηλότερη έκπτωση, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στη ζημία της από την μη ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου και την (τυχόν) παράνομη συμμετοχή έτερων προσφερόντων, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση (ΔΕΕ, απόφαση της 14.02.2019, C-54/18 - Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo, σκ. 35-37).

11. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Σ1186/2022 Απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, σε συμμόρφωση με την οποία εκδόθηκε η προσβαλλόμενη, κρίθηκε ότι:

«Επειδή, στο υπό κρίση από 03.01.2022 Υπόμνημα προβάλλεται ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης είναι μη επαρκής και επίσης προβάλλονται ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί, με τους οποίους η προσφεύγουσα επιχειρεί να αποδείξει ότι η προσφορά της πρώτης μειοδότης και παρεμβαίνουσας εταιρείας παρίσταται ζημιογόνος προσφέροντας τιμές κάτω του κόστους και προς τούτο αναλύονται τα 13 επί συνόλου 51 άρθρων του προϋπολογισμού του έργου με την παράθεση σύγκρισης των προσφερόμενων τιμών με αυτές που προκύπτουν από την κείμενη νομοθεσία και τα τεύχη δημοπράτησης του έργου κατά περίπτωση. Άπαντα δε τα πορίσματα της προσφεύγουσας επί των 13 άρθρων του προϋπολογισμού είναι εμπεριστατωμένα, πλην όμως από την επιχειρηματολογία επί τη βάση μόνο δεκατριών από τα πενήντα ένα συνολικά άρθρα του προϋπολογισμού του έργου δεν δύναται να στοιχειοθετηθεί με ασφάλεια το ζημιογόνο της προσφοράς, καθώς η προσφορά εκτιμάται ως σύνολο και τα λοιπά τριάντα οκτώ σημεία του προϋπολογισμού, τα οποία δεν εξετάσθηκαν και δεν αμφισβητήθηκαν από την προσφεύγουσα, αναμφίβολα προσμετρώνται και συνεκτιμώνται για την εξαγωγή ασφαλούς συμπεράσματος ως προς το ζημιογόνο ή μη αυτής. Συνεπώς, κατόπιν των ανωτέρω οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί στο από 03.01.2022 Υπόμνημα της προσφεύγουσας στο μέτρο που κατατείνουν προς την απόδειξη του ζημιογόνου της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, αφορώντας όμως μόνο συγκεκριμένα σημεία αυτής και όχι το σύνολο αυτής, θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι. Σημειώνεται δε ότι η ίδια η προσφεύγουσα ρητώς αναφέρει στο εν λόγω Υπόμνημά της ότι «θα αναλύσουμε από τις ανατιολόγητες τιμές των υπεργολάβων εννέα (9) άρθρα

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

των τεχνικών δύο (2) άρθρα οδοστρωσίας. Ενός (1) άρθρου Ασφαλικών και ενός (1) άρθρου Σήμανσης, ήτοι εν συνόλου δεκατρία (13) μόνον άρθρα από τα 51 άρθρα του προϋπολογισμού και θα αποδείξουμε μόνο με αυτά τα άρθρα πέραν πάσης αμφισβήτησης ότι η προσφορά της ... ΑΤΕ είναι ξεκάθαρα ζημιογόνος προσφέροντας τιμές κάτω του κόστους και κατά παράβλεψη επιβαλλόμενων από το νόμο και δημοπρασιακά τεύχη ελαχίστων απαιτήσεων» διατύπωση από την οποία εναργώς προκύπτει ότι τα λοιπά τριάντα οκτώ άρθρα δεν εξετάστηκαν και δεν αμφισβητήθηκαν. Ωστόσο, όπως έχει νομολογηθεί, μόνη αρμόδια να αποφανθεί περί του αποκλεισμού του διαγωνιζομένου από τη διαδικασία ανάθεσης είναι η αναθέτουσα αρχή, αφού αυτή κρίνει **αιτιολογημένα** αν τα στοιχεία που παρείχε ο διαγωνιζόμενος εξηγούν ή όχι ικανοποιητικά την προσφερόμενη τιμή και αν αυτή επαρκεί για την υλοποίηση της συγκεκριμένης σύμβασης, της ΕΑΔΗΣΥ μη δυνάμενης να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς την άσκηση της συγκεκριμένης αρμοδιότητας (πρβλ. ΣτΕ 602/2021, ΕΑ ΣτΕ 288/2020). Στην προκειμένη δε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. Πρωτοκ. 462/ ΤΔ 221/2022 Απόψεις της έχει διατυπώσει την κρίση της επί των αιτιάσεων της προσφεύγουσας στο από 03.01.2022 Υπόμνημά της εν συγκρίσει με τις από 22.11.2022 παρασχεθείσες από την παρεμβαίνουσα εξηγήσεις επί της προσφοράς της και, συμπληρώνοντας την αιτιολογία της προσβαλλόμενης, έχει επιμείνει στην αρχική της θέση ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν κρίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, πλην όμως όχι επαρκώς αιτιολογημένα. Και τούτο διότι από το περιεχόμενο των ως άνω απόψεων προκύπτει ότι έχει εν γένει προβεί στην παραδοχή ότι «από την κοστολόγηση του έργου στο οποίο έχει προβεί η Υπηρεσία μας προκύπτει ότι εκπτώσεις μέχρι και 45% για το συγκεκριμένο έργο είναι κερδοφόρες», χωρίς ωστόσο να αντικρούει αναλυτικά και με την παράθεση συγκεκριμένων αριθμητικών κονδυλίων τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατατείνοντας στο συμπέρασμα ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν αποβαίνει ζημιογόνος, ακόμα και μετά την εκτίμηση των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Επομένως, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, ως αυτή συμπληρώθηκε με τα διαλαμβανόμενα στις υπ' αριθμ. Πρωτοκ. 462/ ΤΔ 221/2022 Απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί του από 03.01.2022 Υπομνήματος της προσφεύγουσας, είναι πλημμελής καθιστώντας αυτήν ακυρωτέα κατά τούτο, στο μέτρο που σε αυτήν δεν περιλαμβάνεται επαρκής αντίκρουση των αιτιάσεων της

προσφεύγουσας στα 13 σημεία του προϋπολογισμού του έργου. Συνεπώς, η υπόθεση θα πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή προς επαρκή αιτιολόγηση του πορίσματος της περί του μη ασυνήθιστα χαμηλού της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της εν τέλει αποδοχής της».

12. Επειδή, έχει κριθεί νομολογιακά, αναφορικά με την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ελέγχει την αξιοπιστία μιας προσφοράς, 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, μόνον εφόσον προκύπτουν τέτοιες αμφιβολίες οφείλει η αρμόδια επιτροπή αξιολογήσεως 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, αναφορικά με εννοιολογικά ταυτόσημες διατάξεις με αυτές του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24 τις αποφάσεις της 4ης Ιουλίου 2017, *European Dynamics Luxembourg SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, T 392/15, ECLI:EU:T:2017:462 σκ.85, της 6ης Ιουλίου 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium κατά Επιτροπής*, T-148/04, EU:T:2005:274, σκέψεις 49 και 50· της 11ης Μαΐου 2010, *PC-Ware Information Technologies κατά Επιτροπής*, T-121/08, EU:T:2010:183, σκέψη 72· της 5ης Νοεμβρίου 2014, *Computer Ressources International (Luxembourg) κατά Επιτροπής*, T-422/11, EU:T:2014:927, σκέψη 57, και της 15ης Σεπτεμβρίου 2016, *European Dynamics Luxembourg και Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής*, T-698/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:476, σκέψη 59]. Τέτοιες αμφιβολίες μπορεί να υφίστανται, μεταξύ άλλων, εάν προκύπτει αβεβαιότητα ως προς, αφενός, το κατά πόσον ορισμένη προσφορά τηρεί τη νομοθεσία της χώρας εντός της οποίας πρέπει να παρασχεθούν οι υπηρεσίες, στον τομέα αμοιβών του προσωπικού, συνεισφοράς στο σύστημα κοινωνικής ασφάλισης και τηρήσεως των κανόνων ασφάλειας και υγιεινής στον χώρο εργασίας ή των πωλήσεων επί

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

ζημία, και, αφετέρου, το κατά πόσον στην προσφερόμενη τιμή ενσωματώνονται όλες οι δαπάνες που προκύπτουν από τις τεχνικές πτυχές της προσφοράς (απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 2015, Secolux κατά Επιτροπής, T-90/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2015:772, σκέψη 62). Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής εκτίμηση του κατά πόσον συντρέχει περίπτωση υπερβολικά χαμηλής προσφοράς διενεργείται σε δύο στάδια. Ειδικότερα, σε ένα πρώτο στάδιο, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εκτιμήσει αν οι υποβληθείσες προσφορές «φαίνονται» ασυνήθιστα χαμηλές. Η χρήση του ρήματος «φαίνονται» σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε μία εκ πρώτης όψεως εκτίμηση του κατά πόσον οι προσφορές είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Ως εκ τούτου, δεν επιβάλλεται στην αναθέτουσα αρχή η υποχρέωση να προβεί αυτεπαγγέλτως σε διεξοδική ανάλυση της συνθέσεως κάθε προσφοράς προκειμένου να διαπιστώσει ότι αυτή δεν αποτελεί ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή οφείλει μόνο να εκτιμήσει αν οι υποβληθείσες προσφορές περιέχουν ένδειξη ικανή να δημιουργήσει την υποψία ότι ενδέχεται να είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Αυτό ισχύει ιδίως στην περίπτωση που η προσφερόμενη τιμή σε υποβληθείσα προσφορά είναι σημαντικά χαμηλότερη από εκείνη που προσφέρεται με τις λοιπές προσφορές ή από τη συνήθη αγοραία τιμή. Αν δεν υπάρχει τέτοια ένδειξη στις υποβληθείσες προσφορές και αυτές δεν φαίνονται συνεπώς ασυνήθιστα χαμηλές, η αναθέτουσα αρχή δύναται να συνεχίσει την αξιολόγησή τους και τη διαδικασία αναθέσεως της συμβάσεως. Αντιθέτως, 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. Απόφαση ΑΕΠΠ 349/2018).

13. Επειδή ομοίως το ΔΕΕ επεσήμανε με σαφήνεια ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή πρώτον, να εντοπίσει τις ύποπτες προσφορές, δεύτερον, να παράσχει στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα των προσφορών τους, ζητώντας τους τις διευκρινίσεις που η αναθέτουσα αρχή κρίνει σκόπιμες, τρίτον, να εκτιμήσει τη λυσιτέλεια των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι και, τέταρτον, να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή αν θα απορρίψει τις προαναφερθείσες προσφορές. [βλ. συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani (2001) Συλλογή I-9233 σκ.55]. (Βλ. και ΑΕΠΠ 1456/2021).

14. Επειδή, προς αποτροπή των ανωτέρω δυσμενών συνεπειών, καθιερώνεται διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής στον εντοπισμό των προσφορών οι οποίες φαίνονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, η δε έκταση της υποχρέωσης αιτιολόγησης, την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση που εκτιμά ότι η οικονομική προσφορά δεν φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, είναι περιορισμένη και, εντεύθεν, δεν υποχρεούται να προβεί σε διεξοδική ανάλυση της σύνθεσης κάθε προσφοράς, προκειμένου να διαπιστώσει ότι αυτή δεν αποτελεί ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. (ΣΕ ΕΑ 12/2020), εκτός εάν κάποιος διαγωνιζόμενος προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, οπότε γεννάται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής 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, ύστερα από εκτίμηση όχι απλώς μόνο του εκ μέρους του προσφεύγοντος ισχυρισμών αλλά και της λυσιτέλειας των αναγκαίων διευκρινήσεων, κατ' εφαρμογή της προαναφερόμενης διάταξης του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 (βλ. ο.π Απόφαση ΑΕΠΠ 349/2018).

15. Επειδή, εν όψει της διατύπωσης του άρθρου 88 παρ. 3 εδάφιο 2, δεν είναι σαφές εάν η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής υφίσταται μόνο για τον χαρακτηρισμό μιας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής ή εκτείνεται και στο ζήτημα της απόρριψης της προσφοράς. Για την απάντηση στο ζήτημα αυτό, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει απεριορίστη διακριτική ευχέρεια για την αποδοχή ή απόρριψη μιας ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς,

αλλά η κρίση της οριοθετείται από το πλαίσιο που διαγράφεται από τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού. Είναι προφανές ότι όταν οι εξηγήσεις του οικονομικού φορέα συνδέονται με αντικειμενικούς λόγους, όπως ενδεικτικά οι τεχνικές λύσεις και οι εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες, μία προσφορά που είναι χαμηλή για τους λόγους αυτούς, δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή και θα ήταν αντίθετο προς το σκοπό της Οδηγίας 2014/24ΕΕ να απορριφθεί. Αντιθέτως, όταν υπάρχουν ενδείξεις ότι η σύμβαση πρόκειται να εκτελεστεί υπό συνθήκες που δεν εγγυώνται την καλή εκτέλεση την οικονομική ισορροπία της σύμβασης, τότε η αναθέτουσα αρχή οφείλει να απορρίψει μια τέτοια προσφορά, εκτός αν υπάρχουν λόγοι θεμιτοί, οι οποίοι, κατά τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, παρέχουν συγκεκριμένα πλεονεκτήματα σε αυτήν που υπερβαίνουν τους δυνητικούς κινδύνους που εγκυμονεί μια τέτοια προσφορά. Σε αντιδιαστολή προς τα ανωτέρω, εάν έχει διαπιστωθεί ότι μία προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή ως αποτέλεσμα παραβίασης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού, τότε τα περιθώρια διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής ουσιαστικά εκμηδενίζονται και αυτή υποχρεούται να απορρίψει την προσφορά» [«Δημόσιες Συμβάσεις - Ν 4412/2016 (Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή) - Γ. Εκτίμηση από την αναθέτουσα αρχή της λυσιτέλειας των εξηγήσεων και η απόρριψη ή αποδοχή των προσφορών [Συγγραφέας: Καμπίσης Η.], Συγγραφείς: Ε. - Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, Ι. Βάγιας, Β. Γκέρτσος, Θ. Γναρδέλλη, Β. Δαγαλάκη, Δ. Δαρέλλη, Χ. Ευαγγελίου, Χ. Ζάχου, Ε. Καλλιτσιώτη, Η. Καμπίσης, Α. Καρακόιδας, Δ. Κοκοτσίης, Ε. Κωνσταντάκου, Ν. Νικολάκης, Α. Μαυρομμάτη, Α. Παπαπαναγιώτου, Α. Παπασταμάτη, Δ. Πυργάκης, Α. Σακελλαρίου, Κ. Σκούρα, Α. Ταμαμίδης, Επιμέλεια: Ε. - Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, Έτος Έκδοσης: 2019, Εκδότης: Νομική Βιβλιοθήκη].

16. Επειδή, 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 .

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

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. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. 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 αναιτιολόγητη 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). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α.Τάχος. Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, T-461/08, EU:T:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, StrabagBenelux κατά Συμβουλίου, T-183/00, EU:T:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, T-32/08, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά EUIPO, T-652/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:370, σκέψη 43).

17. Επειδή, η προσφεύγουσα μετά την παράθεση σύντομου ιστορικού της υπόθεσης, με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη παρίσταται ακυρωτέα στο μέτρο που, κατά την έκδοσή της, η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να συμμορφωθεί προς το περιεχόμενο της υπ' αριθμ. Σ1168/2022 Απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ κατά παράβαση των οριζόμενων στα αρ. 367 και 372 του Ν. 4412/2016, κατά το ότι *προέβη σε δική της γενική κοστολογική ανάλυση, με δικά της κοστολογικά κριτήρια αγνοώντας πλήρως την αιτιολόγηση και κοστολόγηση της «... ..»*. Εν συνεχεία, με το δεύτερο προβαλλόμενο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη είναι πλημμελής, στο μέτρο που δεν διαλαμβάνει *νόμιμη και επαρκή αιτιολογία ως προς την αποδοχή των εξηγήσεων της παρεμβαίνουσας εταιρείας* σχετικά με το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς της. Τέλος, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο προβάλλει ισχυρισμούς περί των εσφαλμένων παραδοχών της Επιτροπής Διαγωνισμού κατά την κοστολόγηση του υπό ανάθεση έργου. Κατόπιν της εκτίμησης των ανωτέρω νομοθετικών ρυθμίσεων και νομολογιακών προσεγγίσεων, των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, όπως αυτοί αναλυτικά αναπτύσσονται από την προσφεύγουσα, την αναθέτουσα αρχή και την παρεμβαίνουσα και μετά την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, επί των ανωτέρω λόγων προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Σχετικά με τον πρώτο και δεύτερο λόγο προσφυγής, οι οποίοι συνεχονται μεταξύ τους και ως εκ τούτου θα πρέπει να κριθούν συνδυαστικά, θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής:

Κατά πρώτον, το αρ. 367 του Ν. 4412/2016 εισάγει υποχρέωση προς την αναθέτουσα αρχή να συμμορφώνεται με τις αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ, το οποίο

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

και έπραξε εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή εκδίδοντας την προσβαλλόμενη απόφαση, στο σώμα της οποίας ρητώς μάλιστα γίνεται μνεία περί του ότι εκδίδεται σε συμμόρφωση προς την υπ' αριθμ. Σ1168/2022 Απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ.

Επιπλέον, σχετικά με τον παρεπόμενο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, ο οποίος συνδέεται και με τον δεύτερο λόγο προσφυγής περί πλημμελούς αιτιολογίας της προσβαλλόμενης και κατά τον οποίο η συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής δεν έλαβε χώρα προσηκόντως, καθότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε δική της γενική κοστολογική ανάλυση με δικά της κοστολογικά κριτήρια αγνοώντας πλήρως την αιτιολόγηση και κοστολόγηση της παρεμβαίνουσας, ενώ αυτό που έπρεπε να πράξει η αναθέτουσα αρχή ήταν να αποφανθεί αιτιολογημένα επί εκάστου κόστους των εξηγήσεων και της διάρθρωσης της προσφοράς της και των συγκεκριμένων ειδικών ισχυρισμών της (...), όπως αυτοί είχαν περιληφθεί λεπτομερώς στο από 03.01.2022 Συμπληρωματικό Υπόμνημά της ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι αυτός προβάλλεται αβασίμως. Και τούτο διότι σύμφωνα με το σκεπτικό της ανωτέρω Σ 1168/2022 Απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ κρίθηκε καταρχήν ότι «Άπαντα τα πορίσματα της προσφεύγουσας επί των 13 άρθρων του προϋπολογισμού είναι εμπεριστατωμένα, πλην όμως από την επιχειρηματολογία επί τη βάσει μόνο δεκατριών από τα πενήντα ένα συνολικά άρθρα του προϋπολογισμού του έργου δεν δύναται να στοιχειοθετηθεί με ασφάλεια το ζημιογόνο της προσφοράς, καθώς η προσφορά εκτιμάται ως σύνολο και τα λοιπά τριάντα οκτώ σημεία του προϋπολογισμού, τα οποία δεν εξετάσθηκαν και δεν αμφισβητήθηκαν από την προσφεύγουσα, αναμφίβολα προσμετρώνται και συνεκτιμώνται για την εξαγωγή ασφαλούς συμπεράσματος ως προς το ζημιογόνο ή μη αυτής. Συνεπώς, κατόπιν των ανωτέρω οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί στο από 03.01.2022 Υπόμνημα της προσφεύγουσας στο μέτρο που κατατείνουν προς την απόδειξη του ζημιογόνου της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, αφορώντας όμως μόνο συγκεκριμένα σημεία αυτής και όχι το σύνολο αυτής, θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι». Εν συνεχεία, με το σκεπτικό της ίδιας ως άνω απόφασης έγινε δεκτό ότι «Στην προκειμένη δε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. Πρωτοκ. 462/ ΤΔ 221/2022 Απόψεις της έχει διατυπώσει την κρίση της επί των αιτιάσεων της

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

προσφεύγουσας στο από 03.01.2022 Υπόμνημά της εν συγκρίσει με τις από 22.11.2022 παρασχεθείσες από την παρεμβαίνουσα εξηγήσεις επί της προσφοράς της και, συμπληρώνοντας την αιτιολογία της προσβαλλόμενης, έχει επιμείνει στην αρχική της θέση ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν κρίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, **πλην όμως όχι επαρκώς αιτιολογημένα**. Και τούτο διότι από το περιεχόμενο των ως άνω απόψεων προκύπτει ότι έχει εν γένει προβεί στην παραδοχή ότι «από την κοστολόγηση του έργου στο οποίο έχει προβεί η Υπηρεσία μας προκύπτει ότι εκπτώσεις μέχρι και 45% για το συγκεκριμένο έργο είναι κερδοφόρες», χωρίς ωστόσο να αντικρούει αναλυτικά και **με την παράθεση συγκεκριμένων αριθμητικών κονδυλίων** τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας **κατατείνοντας στο συμπέρασμα ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν αποβαίνει ζημιογόνος**, ακόμα και μετά την εκτίμηση των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Επομένως, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, ως αυτή συμπληρώθηκε με τα διαλαμβανόμενα στις υπ' αριθμ. Πρωτοκ. 462/ ΤΔ 221/2022 Απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί του από 03.01.2022 Υπομνήματος της προσφεύγουσας, είναι πλημμελής καθιστώντας αυτήν ακυρωτέα κατά τούτο, στο μέτρο που σε αυτήν δεν περιλαμβάνεται επαρκής αντίκρουση των αιτιάσεων της προσφεύγουσας στα 13 σημεία του προϋπολογισμού του έργου. Συνεπώς, η υπόθεση **θα πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή προς επαρκή αιτιολόγηση του πορίσματος της περί του μη ασυνήθιστα χαμηλού της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της εν τέλει αποδοχής της**». Από τη διατύπωση του ανωτέρω σκεπτικού της υπ' αριθμ. Σ 1168/2022 Απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ προκύπτει ότι αντικείμενο συμμόρφωσης για την αναθέτουσα αρχή αποτέλεσε **πρώτον** η παράθεση συγκεκριμένων αριθμητικών κονδυλίων προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και **δεύτερον** η, μετά ταύτα, αιτιολογημένη κρίση περί του ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν αποβαίνει ζημιογόνος, κρίση στην οποία είχε ήδη καταλήξει και δια της προηγούμενης απόφασής της, ωστόσο με μη επαρκή αιτιολογία.

Προς τα ανωτέρω στοιχήθηκε πλήρως η αναθέτουσα αρχή, όπως προκύπτει από το σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης. Και τούτο διότι, πρώτον, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε αναλυτική κοστολόγηση με συγκεκριμένα αριθμητικά κονδύλια επί του συνόλου των 51 άρθρων του προϋπολογισμού του

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

έργου, περιλαμβανομένων και των 13 αμφισβητηθέντων και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι «*Η ως άνω αναλυτική κοστολόγηση, αντιστοιχεί σε έκπτωση 44,17% επί του αρχικού προϋπολογισμού του έργου. $1.996.971,91/3.576.957,60 = 0,5583$ άρα $1-0,5587=0,4417 *100=44,17\%$. Η δε παρατεθείσα κοστολογική ανάλυση του προϋπολογισμού του έργου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής δεν είναι «δική της» υπό την έννοια της αορίστως και αυθαιρέτως υπολογισθείσας, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αλλά έχει προσδιορισθεί και τεθεί ως **βάση υπολογισμού** για τη συγκριτική εκτίμηση με την υποβληθείσα προσφορά της παρεμβαίνουσας μετά από έρευνα αγοράς, όπως ρητώς επί αυτής αναφέρεται. Δεύτερον, όπως προκύπτει και αποδεικνύεται από τα αναφερόμενα στο σώμα της προσβαλλόμενης, η αναθέτουσα αρχή διέλαβε επαρκώς αιτιολογημένη κρίση περί της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και την θεώρησέ της ως μη ζημιογόνου μετά τη σύγκρισή της με τα δεδομένα της σχετικής αγοράς. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή έχει αιτιολογήσει την κρίση της ως εξής: «*Με βάση την προεκτίμηση του κόστους από την Επιτροπή Διαγωνισμού προέκυψε ότι εκπτώσεις χαμηλότερες του 44,17% θα είναι κερδοφόρες. Επομένως προσφορές με ποσοστό έκπτωσης κάτω του 44,17 % εκτιμάται ότι θα αποδώσουν εύλογο επιχειρηματικό όφελος, πάντα με βάση τις τιμές του χρόνου δημοπράτησης του έργου. Για τον λόγο αυτό, η Επιτροπή Διαγωνισμού αποδέχθηκε με το 1ο Πρακτικό της τις εξηγήσεις των οικονομικών φορέων και έκρινε αιτιολογημένο το επίπεδο του κόστους των προσφορών των οικονομικών φορέων, όπως και πράγματι αποδεικνύεται με βάση τη διενεργηθείσα αναλυτική κοστολόγηση του έργου από την Επιτροπή Διαγωνισμού. Επομένως, η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» είναι κερδοφόρα και οι υποβληθείσες εξηγήσεις γίνονται αποδεκτές, δεδομένου ότι τεκμηριώνεται ότι η υποβληθείσα μέση έκπτωση 42,62% είναι πρόσφορη για την αποκόμιση εύλογου επιχειρηματικού οφέλους από την εκτέλεση του έργου, με βάση πάντα τα δεδομένα κόστους του χρόνου υποβολής της προσφοράς. Αυτό δε ισχύει ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι επί των 13 προσβληθέντων άρθρων ενδεχομένως η προσφορά του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα να μην είναι κερδοφόρα. Τα προσβαλλόμενα 13 άρθρα, βάσει του προϋπολογισμού μελέτης, αντιστοιχούν σε αξία εργασιών 1.920.122,60 ευρώ, ενώ η συνολική αξία των εργασιών της μελέτης ανέρχεται σε 3.031.320,00 ευρώ. Η προσφορά κάθε**

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

διαγωνιζόμενου βασίζεται λαμβάνοντας υπόψη όλα τα άρθρα της μελέτης, στην προκειμένη περίπτωση πενήντα ένα (51), και εν τέλει διαμορφώνει την τελική προσφορά του. Δηλαδή αυτό που έχει σημασία είναι το συνολικό όφελος που θα αποκομίσει ο κάθε συμμετέχων από την εκτέλεση του συνόλου του έργου και όχι από την κερδοφορία ή μη των προσφερόμενων τιμών σε επιμέρους άρθρα ή ομάδες εργασιών της μελέτης. Εν κατακλείδι, η προσφορά του οικονομικού φορέα «... ..» είναι κερδοφόρα και για τον λόγο αυτόν οι υποβληθείσες εξηγήσεις γίνονται αποδεκτές δεδομένου ότι τεκμηριώνεται κατά την άποψη της Επιτροπής Διαγωνισμού ότι η έκπτωση του ανωτέρω οικονομικού φορέα 42,62 % είναι πρόσφορη για την αποκόμιση εύλογου επιχειρηματικού οφέλους για την εκτέλεση του έργου βάσει των δεδομένων του χρόνου δημοπράτησης». Επομένως, η ανωτέρω αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης βρίσκεται σε πλήρη συμμόρφωση με τα κριθέντα και διαταχθέντα από την Σ 1168/2022 Απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, κατά το ότι η αναθέτουσα αρχή μετά από τη λήψη υπ' όψη των τιμών της αγοράς -και όχι αυθαιρέτως βάσει δικών της εκτιμήσεων- παρέθεσε αναλυτική κοστολογική ανάλυση του συνόλου του προϋπολογισμού του έργου περιλαμβανομένων των 13 αμφισβητηθέντων σημείων, την οποία εν συνεχεία χρησιμοποίησε ως βάση υπολογισμού για τη συγκριτική εκτίμηση της υποβληθείσας προσφοράς της παρεμβαίνουσας, εξηγώντας με τον τρόπο αυτό την αποδοχή της και αιτιολογώντας ειδικώς και επαρκώς ότι το ποσοστό έκπτωσης 44,17%, στο οποίο κατέληξε η επιτροπή του διαγωνισμού και το οποίο απέχει 1,55 ποσοστιαία μονάδα από το ποσοστό έκπτωσης, που έδωσε η παρεμβαίνουσα (42,62%), είναι πρόσφορο για την αποκόμιση εύλογου επιχειρηματικού οφέλους από την εκτέλεση του έργου, μη καθιστώντας την υποβληθείσα προσφορά ασυνήθιστα χαμηλή. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις της ισχυρίζεται ότι «εν προκειμένω συγκρίνοντας την προσφορά της «... ..» με την ανάλυση του κόστους της Ε.Δ. προκύπτει ότι είναι κερδοφόρα στις χωματουργικές εργασίες (κατά $247.246,58 - 168.089,00 = 79.157,58$ ευρώ), στις εργασίες ασφαλικών (κατά $500.544,20 - 437.660,00 = 62.884,20$ ευρώ) και στις εργασίες σήμανσης και ασφάλισης (κατά $327.296,99 - 275.879,25 = 51.417,74$ ευρώ), ενώ στις εργασίες τεχνικών έργων (κατά $849.380,76 - 808.441,49 = 40.939,27$ ευρώ) και οδοστρωσίας (κατά $169.905,60 - 238.682,90 = 68.777,30$ ευρώ) η προσφορά της είναι ζημιογόνος. Στο σύνολο των εργασιών δηλαδή εμφανίζει κέρδος σε σχέση με το εκτιμώμενο κόστος της

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

υπηρεσίας 83.742,95 ευρώ. Είναι επομένως κερδοφόρα. Άλλωστε η διαφορά των εκππτώσεων των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «... ..» ανέρχεται σε ποσοστό μόλις 4,28%, ήτοι σε 153.190,68 ευρώ επί Διανομή μέσω ... με UID: 6336f70070128e28a89d0319 στις 30/09/22 17:06 - 8 - προϋπολογισμού έργου 5.000.000,00 ευρώ. Επομένως δεν είναι και λογικά δυνατό η μία προσφορά να είναι υπερβολικά χαμηλή και καταφανώς ζημιογόνα και η άλλη κερδοφόρα όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα» συμπληρώνοντας βασίμως την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή τοποθετήθηκε και ειδικότερα επί των 13 αμφισβητηθέντων άρθρων του προϋπολογισμού του έργου αναφέροντας ότι «Αυτό δε ισχύει ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι επί των 13 προσβληθέντων άρθρων ενδεχομένως η προσφορά του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα να μην είναι κερδοφόρα», αιτιολογώντας με τον τρόπο αυτό το γεγονός ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας παραμένει, ως συνολικώς εκτιμώμενη, κερδοφόρος παρά το γεγονός ότι σε μόνο 13 εκ των συνολικά 51 σημείων του προϋπολογισμού μπορεί να μην είναι κερδοφόρος, αιτιολογία η οποία κρίνεται νόμιμη, καθώς η αναθέτουσα αρχή κινήθηκε εντός των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας για την εκτίμηση της επίμαχης προσφοράς, κατά τα αναφερόμενα στη σκέψη 15 της παρούσας. Σημειωτέον επίσης ότι η ανωτέρω κρίση της αναθέτουσας αρχής βρίσκεται σε συμφωνία με τα κριθέντα από την Σ 1168/2022 Απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, κατά τα οποία «από την επιχειρηματολογία επί τη βάσει μόνο δεκατριών από τα πενήντα ένα συνολικά άρθρα του προϋπολογισμού του έργου δεν δύναται να στοιχειοθετηθεί με ασφάλεια το ζημιογόνο της προσφοράς, καθώς η προσφορά εκτιμάται ως σύνολο».

Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος και ο δεύτερος λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.

Τέλος, με τον τρίτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα αμφισβητεί την κοστολόγηση της Επιτροπής του Διαγωνισμού ως παράνομη και αντιβαίνουσα στο αρ. 88 του Ν. 4412/2016 κατά το ότι «Το βάρος της επαρκούς αιτιολόγησης κατά το άρθρο 88 έχουν οι προσφέροντες την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά κατά νόμο, εν προκειμένω η Η ανεπαρκής αιτιολόγηση του ασυνήθιστα χαμηλού της προσφοράς της ως άνω εταιρείας, από την ίδια, συνεπάγεται τον αποκλεισμό της. Δεν συνεπάγεται διάσωσή της, με παράθεση αιτιολόγησης -

προεκτίμησης κόστος από την Επιτροπή διαγωνισμού. Εν προκειμένω, η Επιτροπή Διαγωνισμού ανέστρεψε την υποχρέωση αιτιολόγησης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, και προέβη η ίδια, εν είδη διαγωνιζομένου, να κάνει αιτιολόγηση, άλλου ποσοστού έκπτωσης (του 44,17%) και όχι του 42,67% που παρείχε η «... ..». Επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι αυτός προβάλλεται αβασίμως, καθώς ερείδεται επί της όλως εσφαλμένης παραδοχής ότι η αναθέτουσα αρχή με την κοστολόγηση του έργου, στην οποία προέβη και την οποία, ως ανωτέρω αναλύθηκε, χρησιμοποίησε ως βάση υπολογισμού για την εκτίμηση περί του ασυνήθιστα χαμηλού ή μη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, αιτιολόγησε την προσφορά της παρεμβαίνουσας. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή με τα διαλαμβανόμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση ουδόλως αιτιολογεί την προσφορά της παρεμβαίνουσας, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αλλά αντιθέτως **αιτιολογεί αρμοδίως** και μάλιστα επαρκώς, όπως ανωτέρω έγινε δεκτό, **την δική της απόφαση να αποδεχθεί την προσφορά της παρεμβαίνουσας**. Συναφώς, πρέπει επίσης να γίνει δεκτό ότι οι προβαλλόμενοι επιμέρους ισχυρισμοί της προσφεύγουσας «*επί των καταφανώς εσφαλμένων παραδοχών της «κοστολόγησης» από την Επιτροπή του Διαγωνισμού*» προβάλλονται απαραδέκτως, καθώς δεν αφορούν την προσφορά της παρεμβαίνουσας ούτε την αιτιολόγηση αυτής, κατά της οποίας και μόνο μπορεί νομίμως να στραφεί η προσφεύγουσα. Σε κάθε περίπτωση οι ως άνω ισχυρισμοί επίσης προβάλλονται απαραδέκτως το πρώτον στο παρόν στάδιο, ενώ η προσφεύγουσα έχει ήδη προβάλλει τους ισχυρισμούς περί του ασυνήθιστα χαμηλού της προσφοράς της παρεμβαίνουσας με το από 03.01.2022 Υπόμνημά της, το οποίο υποβλήθηκε στο πλαίσιο της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 2342/2021 προδικαστικής προσφυγής της και επί των οποίων έχει ήδη αποφανθεί η ΕΑΔΗΣΥ με την υπ' αριθμ. Σ 1168/2022 Απόφασή της δεχόμενη ότι παρίστανται απορριπτέοι ως αβάσιμοι καθώς κατατείνουν προς την απόδειξη του ζημιογόνου της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, αφορώντας όμως μόνο συγκεκριμένα σημεία αυτής και όχι το σύνολο αυτής, αναπέμποντας ωστόσο την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προς αιτιολογημένη κρίση περί αυτού, ως και έπραξε δια της προσβαλλόμενης. Επί των ισχυρισμών αυτών έχει επίσης αποφανθεί και η αναθέτουσα αρχή δια της προσβαλλόμενης, δεχόμενη ότι ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι επί των 13 προσβληθέντων άρθρων

Αριθμός Απόφασης: 1608/2022

ενδεχομένως η προσφορά της παρεμβαίνουσας να μην είναι κερδοφόρα, για την εκτίμησή της ως ασυνήθιστα χαμηλής ή μη εξετάζεται αυτή **εν συνόλω** και παραμένει κερδοφόρα. Και για την υποθετική περίπτωση πάντως, κατά την οποία ήθελε κριθεί ότι παραδεκτώς η προσφεύγουσα βάλει κατά της κοστολόγησης του έργου, στην οποία προέβη η αναθέτουσα αρχή, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Και τούτο διότι με τους λόγους που παραθέτει υπό Σ1, Σ2 και Σ3 άγεται στο συμπέρασμα ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας ύψους 2.053.434,85 ευρώ παρίσταται ζημιογόνος κατά 18.365,52 ευρώ σε σχέση με την ορθή, κατά την προσφεύγουσα, κοστολόγηση του έργου ύψους 2.071.800,37 ευρώ, ποσό το οποίο δεν δύναται να στοιχειοθετήσει το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς του ανταγωνιστή σε διαγωνισμό για την ανάθεση έργου εκτιμώμενης αξίας 4.273.504,27 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Κατά συνέπεια, η εξέταση των επιμέρους ισχυρισμών της προσφεύγουσας, με τους οποίους βάλει κατά των υπολογισμών της αναθέτουσας αρχής σχετικά με το κόστος του έργου στις Ομάδες «Α- ΧΩΜΑΤΟΥΡΓΙΚΑ», «Β – ΤΕΧΝΙΚΑ ΕΡΓΑ», «Γ - ΟΔΟΣΤΡΩΣΙΑ», «Δ - ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ» και «Ε – ΣΗΜΑΝΣΗ» παρέλκει, για όλους τους ανωτέρω λόγους, ως αλυσιτελής και ο τρίτος λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορροφθεί.

18. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

20. Επειδή, συνακόλουθα, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Δέχεται την παρέμβαση.
3. Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27 Οκτωβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 16 Νοεμβρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Αικατερίνη Ζερβού

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μαρία Κατσαρού

Αριθμός Απόφασης: _____ / 2022