

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:  
Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και  
Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.09.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό  
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1120/10.09.2019 της  
..... που εδρεύει στον ....., αρ. ....,  
Τ.Κ. ...., η οποία αποτελείται από: α) την ..... με την  
επωνυμία «.....» που εδρεύει στον  
....., αρ. ...., Τ.Κ. .... και β) τη .....  
με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον .....,  
οδός ....., αρ. ...., Τ. Κ. ...., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ..... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία  
«.....» που εδρεύει στον ....., οδός ....., αρ.  
....., Τ.Κ. ...., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα ένωση επιδιώκει να  
ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφαση της  
αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: .....), δυνάμει της οποίας  
αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 27.08.2019 Πρακτικού Νο2  
Αποσφράγισης Οικονομικής Προσφοράς και Πρακτικό Τελικής Κατάταξης  
Προσφορών, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής

προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και κατετάγη αυτός πρώτος στη σειρά κατάταξης.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, ο παρεμβαίνων οικονομικός φορέας αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή του, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: .....).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

### **Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

### **Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, ο Οργανισμός Πληρωμών και Ελέγχου Κοινοτικών Ενισχύσεων Προσανατολισμού και Εγγυήσεων (.....) ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Διεθνή Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Διαγωνισμό, με αριθμό πρωτοκόλλου διακήρυξης ..... και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ....., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 02.07.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ....., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....» (CPV .....), προϋπολογισθείσας δαπάνης ποσού δύο εκατομμυρίων δεκαέξι χιλιάδων εκατόν είκοσι εννέα ευρώ και τριών λεπτών (2.016.129,03 €) πλέον Φ.Π.Α. 24%, ήτοι συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης ποσού δύο εκατομμυρίων πεντακοσίων χιλιάδων ευρώ (2.500.000,00 €), με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 2<sup>α</sup> Αυγούστου 2019 και ώρα 14:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την τέταρτη (4<sup>η</sup>) εργάσιμη ημέρα μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών

## Αριθμός Απόφασης: 1233/2019

και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα ένωση υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 02.08.2019 και ώρα 12:37:54 μ.μ. την υπ' αριθμ. 144708 προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση Προσφυγή της, στρέφεται κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφασης της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: .....), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 29.08.2019, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 09.09.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. στις 10.09.2019.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και κατετάγη αυτός πρώτος στη σειρά κατάταξης, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση αιτείται να γίνει δεκτή στο σύνολό της η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: .....), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 27.08.2019 Πρακτικού Νο2 Αποσφράγισης Οικονομικής Προσφοράς και Πρακτικού Τελικής Κατάταξης Προσφορών, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και να ακυρωθεί το από 27.08.2019 Πρακτικό Νο2 της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, με βάση το οποίο κρίθηκε ως παραδεκτή η οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και κατετάγη πρώτος στη σειρά κατάταξης.

## Αριθμός Απόφασης: 1233/2019

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου .....), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 06.09.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας ....., ποσού δέκα χιλιάδων ογδόντα ευρώ και εξήντα πέντε λεπτών (10.080,65 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 11.09.2019, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 23.09.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 23 Σεπτεμβρίου

2019 παρέμβαση παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον ....., οδός ....., αρ. ...., Τ.Κ. ...., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, ο δε παρεμβαίνων οικονομικός φορέας έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η οικονομική προσφορά του έχει ήδη γίνει αποδεκτή και έχει καταταγεί πρώτος στη σειρά κατάταξης. Επομένως, η ασηκθεισα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7ου Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1419/11.09.2019 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Αναθέτουσας Αρχής προ Χορήγησης Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε αυθημερόν και υπέβαλε στις 20.09.2019, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εκπρόθεσμα, ήτοι μετά την παρέλευση της πέμπτης (5<sup>ης</sup>) ημέρας και συγκεκριμένα τέσσερις (4) ημέρες πριν από τη συζήτηση της ασηκθεισας προσφυγής, η οποία είχε οριστεί για τις 10.10.2019 και συνεπώς απαραδέκτως, στις 07.10.2019 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το από 07.10.2019 υπόμνημά της.

14. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα ένωση, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε προσφορά στον επίμαχο Διαγωνισμό, αναφέρει τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω της τυχόν παράνομης

συμμετοχής τρίτων στον Διαγωνισμό και θεμελιώνει το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την ακύρωση της με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφασης της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: .....), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 27.08.2019 Πρακτικού Νο2 Αποσφράγισης Οικονομικής Προσφοράς και Πρακτικό Τελικής Κατάταξης Προσφορών και εν προκειμένω, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και κατετάγη αυτός πρώτος στη σειρά κατάταξης, με την προσφεύγουσα να καταλαμαβάνει τη δεύτερη θέση. Εξάλλου, όπως έχει κρίνει το ΔΕΕ (Απόφαση της 21<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2016, Υπόθεση C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH), όπως προκύπτει από το άρθρο 1, παράγραφος 3, και από το άρθρο 2α της οδηγίας 89/665, όπως ισχύει, αυτή διασφαλίζει το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε 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.

Νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 88 «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές» (άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 106 «Ματαίωση διαδικασίας» του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, στο ΜΕΡΟΣ Α' της Διακήρυξης, άρθρο 1 με τίτλο «ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΑΝΟΙΧΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ

ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ», παρ. 1.10 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» (σελ. 14-15), ορίζεται ότι: «Όλοι οι περιεχόμενοι στην προκήρυξη όροι είναι ουσιώδεις και υποχρεωτικοί για τους προσφέροντες. Απόκλιση από τους υποχρεωτικούς όρους έχει ως συνέπεια τον αποκλεισμό του προσφέροντος.

**Ενδεικτικά, η προσφορά απορρίπτεται όταν: [...].**

12. Υπερβολικά χαμηλή Οικονομική Προσφορά: ορίζεται σε περίπτωση που η τιμή μιας οικονομικής προσφοράς εμφανίζεται χαμηλότερη του 80% του στατικού μέσου (*median*) των αποδεκτών οικονομικών προσφορών της προμήθειας χωρίς ΦΠΑ. Πριν την απόρριψη μιας τέτοιας Προσφοράς θα ζητείται από τον υποψήφιο Ανάδοχο έγγραφη αιτιολόγηση της ανάλυσης της Οικονομικής Προσφοράς (π.χ. σχετικά με την οικονομία της μεθόδου παροχής υπηρεσίας/ τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις/ τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες υπό τις οποίες ο υποψήφιος Ανάδοχος θα παράσχει την υπηρεσία/ την πρωτοτυπία / καινοτομία της προτεινόμενης λύσης). Εάν και μετά την παροχή της ανωτέρω αιτιολόγησης οι προσφερόμενες τιμές κριθούν ως υπερβολικά χαμηλές, η Προσφορά θα απορρίπτεται. Σε κάθε περίπτωση εφαρμόζεται το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ 147/Α/8-8-2016). [...].».

17.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

18.Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η 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 (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, 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, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε 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, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋλικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000



και VI Τμήμα ΕλΣυν 78/2007). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η Διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣΤΕ 79/2009, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 26/2007 κ.ά., βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 70/2002 που ορίζει ότι σε περίπτωση που η ίδια η Διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της.

19. Επειδή, με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως αναλύεται στις σελ. 8-20 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «Γ. Επί του βασίμου της προσφυγής», η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση και το εγκριθέν με αυτή πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, παραβιάζουν τις ρητές διατάξεις της παρ. 1.10, υπό στοιχείο 12 της διακήρυξης και του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι αφενός η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση και το ανωτέρω πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, πρώτα αποδέχθηκε παρανόμως ως παραδεκτή την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας και στη συνέχεια, μεταγενεστέρως της ως άνω κρίσης της, ζήτησε από την παρεμβαίνουσα να αιτιολογήσει την προσφορά της, και αφετέρου η αναθέτουσα αρχή κίνησε την διαδικασία αιτιολόγησης μιας χαμηλής προσφοράς, χωρίς να έχει προηγουμένως ανακαλέσει τις αποφάσεις της, με τις οποίες πρόωρα και παράνομα είχε κρίνει την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας ως παραδεκτή. Επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου 71468/20.09.2019 απόψεών της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 20.09.2019, υποστηρίζει σχετικά τα εξής: «*Επί της Προδικαστικής προσφυγής με ΓΑΚ-ΑΕΠΠ 1120/10-09-2019 ασκηθείσα από την εταιρεία με την επωνυμία «.....» και ειδικότερα για τους λόγους προσφυγής σας γνωρίζουμε τα ακόλουθα:*

## Αριθμός Απόφασης: 1233/2019

Στις 27-08-2019 εκδόθηκε από την επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού το Πρακτικό Νο2 με θέμα «Αποσφράγιση οικονομικής προσφοράς και πρακτικό τελικής κατάταξης προσφορών».

Στο πρακτικό η επιτροπή διαπίστωσε ότι όλες οι οικονομικές προσφορές βρίσκονται εντός προϋπολογισμού (άρθρο 1.2 της διακήρυξης), ότι το περιεχόμενο των οικονομικών προσφορών είναι σύμφωνο με τους όρους της διακήρυξης (άρθρο 1.7 της διακήρυξης) κατέταξε τις οικονομικές προσφορές από την χαμηλότερη στην υψηλότερη με την διαπίστωση ότι χαμηλότερη προσφορά βάσει της κατάταξης είναι αυτή της εταιρείας «.....».

Σε κάθε περίπτωση η επιτροπή **δεν εισηγείται στο πρακτικό της την ανάθεση του έργου στον μειοδότη.**

Η αναθέτουσα εξέδωσε την με αρ. πρωτ. 63794/29-08-2019 απόφαση στην οποία αποδέχεται το πρακτικό της επιτροπής **χωρίς να ανακηρύσσει προσωρινό ανάδοχο.**

Από τα παραπάνω είναι σαφές ότι η διαδικασία είναι σε **προγενέστερο στάδιο** της ανακήρυξης προσωρινού μειοδότη και η επιτροπή δύναται να ζητήσει έγγραφη αιτιολόγηση της ανάλυσης της οικονομικής προσφοράς από την εταιρεία «.....» σε εφαρμογή του σημείου 12 του άρθρου 1.10 της με αρ. .... διακήρυξης.

Η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού με το με αρ. πρωτ. 66120/05-09-2019 έγγραφο ζήτησε την απαιτούμενη από το άρθρο 1.10 έγγραφη αιτιολόγηση της ανάλυσης της οικονομικής προσφοράς από την εταιρεία «.....».

Η εταιρεία κατέθεσε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 09/09/2019 την ζητούμενη αιτιολόγηση για το ύψος της προσφοράς της.

Η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού σε συνεδρίαση της στις 17/09/2019 έκρινε ομόφωνα ικανοποιητικές τις παρεχόμενες εξηγήσεις για το ύψος του προσφερόμενου τιμήματος από την εταιρεία «.....» και εξέδωσε το Πρακτικό Νο3, λαμβάνοντας πάντα υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2 του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 (οικονομικά

χαρακτηριστικά των παρεχόμενων υπηρεσιών, επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει η προσφέρουσα για την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου κλπ. πάντα όμως με γνώμονα τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, ενωσιακής ή εθνικής κατά το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016).

Από τα εκτεθέντα αναλυτικά προκύπτει ότι δεν υφίσταται περίπτωση ακυρότητας του πρακτικού Νο2 της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και της με αρ. πρωτ. 63794/29-08-2019 απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής και θα πρέπει να απορριφθεί η προδικαστική προσφυγή της «.....».....». Ομοίως, η παρεμβαίνουσα, αναφορικά με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, ισχυρίζεται ότι: «[...]. 1. Ήδη η αναθέτουσα αρχή έχει ζητήσει την έγγραφη αιτιολόγηση της οικονομικής μας προσφοράς με το με αρ. πρωτ.: 66120/05-09-2019 έγγραφό της και εμείς έχουμε παράσχει από την 09-09-2019, δηλαδή σύμφωνα με την προθεσμία που έθεσε η αναθέτουσα αρχή, την έγγραφη αιτιολόγηση. Κατά συνέπεια ουδείς λόγος υφίσταται για την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης. Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι από το σημείο 12 του άρθρου 1.10 (σελ. 15 από 54) της διακήρυξης δεν προκύπτει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει την έγγραφη αιτιολόγηση παρά μόνον πριν την απόρριψη της προσφοράς, **η εν λόγω προδικαστική προσφυγή είναι απαράδεκτη** εκλαμβάνοντας ότι η προσβαλλόμενη απόφαση έχει ισχύ πράξης κήρυξης προσωρινού αναδόχου, ενώ αποτελεί απόφαση επί του σταδίου των οικονομικών προσφορών. Από καμία όμως διάταξη της διακήρυξης δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή έχει υποχρέωση να ζητήσει εξηγήσεις κατά το στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης. Μόνη ρητή υποχρέωση είναι οι εξηγήσεις να ζητηθούν πριν την απόρριψη της προσφοράς.

2. Σημειώνεται ότι ήδη όπως αναφέραμε έχουμε παράσχει αναλυτική έγγραφη αιτιολόγηση της οικονομικής μας προσφοράς η οποία και έγινε δεκτή από την αρμόδια επιτροπή (πρακτικό Νο 3/18.09.2019). [...].».

20. Επειδή, όπως προέκυψε μετά από ενδελεχή μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφαση (ΑΔΑ: .....), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 27.08.2019 Πρακτικού Νο2 Αποσφράγισης Οικονομικής Προσφοράς και Πρακτικό Τελικής Κατάταξης Προσφορών, αποφάσισε την αποδοχή των οικονομικών προσφορών όλων των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό υποψηφίων και μεταξύ αυτών και της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και ήδη παρεμβαίνοντος. Με την ανωτέρω απόφαση, ο παρεμβαίνων κατετάγη πρώτος στη σειρά κατάταξης. Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα, με την από 30.08.2019 επιστολής της, με θέμα: «Αποδοχή οικονομικής προσφοράς του διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου για το έργο «.....»», η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 30.08.2019, αιτήθηκε από την αναθέτουσα αρχή να κοινοποιήσει σε αυτήν, «...την έγγραφη αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς την οποία είχε υποχρέωση να ζητήσει η Αναθέτουσα και να έχει υποβάλλει ο Διαγωνιζόμενος.....». Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 66120/05.09.2019 εγγράφου της, με θέμα: «**Έγγραφη αιτιολόγηση της Οικονομικής Προσφοράς σας που κατατέθηκε για τον διαγωνισμό με αρ. διακήρυξης ..... (αρ. ΕΣΗΔΗΣ .....**)», η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 05.09.2019, απηύθυνε αίτημα προς τον παρεμβαίνοντα, με το εξής περιεχόμενο: «*Με βάση το σημείο 12 του άρθρου 1.10 της με αρ. .... διακήρυξης για την διενέργεια «Διεθνούς ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού σε ευρώ, για την επιλογή αναδόχου για την .....» η οικονομική προσφορά που καταθέσατε είναι χαμηλότερη του 80% του στατικού μέσου (median) των αποδεκτών οικονομικών προσφορών.*

*Με βάση τα ως άνω καλείστε να υποβάλετε (μέσω ΕΣΗΔΗΣ) προς την αρμόδια επιτροπή, μέχρι την **Δευτέρα 09-09-2019**, έγγραφη αιτιολόγηση της ανάλυσης*

της οικονομικής προσφοράς σας.». Πράγματι, σε συμμόρφωση με το ανωτέρω αίτημα της αναθέτουσας αρχής, ο παρεμβαίνων οικονομικός φορέας, με το από 09.09.2019 μήνυμά του, το οποίο κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., υπέβαλε προς την αναθέτουσα αρχή την από 09.09.2019 «Εμπιστευτική Επιστολή» του, με θέμα: «Απάντηση της ..... στο αίτημα έγγραφης αιτιολόγησης της ανάλυσης της οικονομικής προσφοράς με αρ. πρωτ. 66120/05-09-2019 για το διαγωνισμό με αρ. διακήρυξης ..... (αρ. ΕΣΗΔΗΣ .....).», παρέχοντας την απαιτούμενη αιτιολόγηση επί της οικονομικής προσφοράς της, προσκομίζοντας προς απόδειξη της εν λόγω αιτιολόγησης: α) Το πιστοποιητικό Γ.Ε.ΜΗ., β) Ασφαλιστική ενημερότητα, γ) Δηλώσεις των εξωτερικών συνεργατών, δ) Δήλωση της ....., δηλώνοντας ταυτόχρονα, ότι παρέμενε στη διάθεση της αναθέτουσας αρχής για κάθε διευκρίνιση. Περαιτέρω, με την από 17.09.2019 επιστολή της, με θέμα: «Αιτιολόγηση υπερβολικά χαμηλής προσφοράς της διαγωνιζόμενης ..... στον διεθνή ανοικτό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου για το έργο «.....».», η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. αυθημερόν, η προσφεύγουσα αιτήθηκε από την αναθέτουσα: «...να μας ενημερώσετε, εάν η εν λόγω διαγωνιζόμενη ανταποκρίθηκε στο ανωτέρω αίτημα και παρέσχε εν τέλει τις επιβαλλόμενες από τον νόμο διευκρινήσεις και εξηγήσεις που της ζητήθηκαν.

Σε καταφατική περίπτωση παρακαλούμε όπως το σχετικό έγγραφο της εταιρείας (με την απόπειρά της να αιτιολογήσει την υπερβολικά χαμηλή της προσφορά) κοινοποιηθεί σε όλους τους διαγωνιζομένους, καθόσον αφενός έχουμε άπαντες πρόδηλο έννομο συμφέρον να λάβουμε γνώση του περιεχομένου των σχετικών εξηγήσεων και διευκρινίσεων της συνυποψήφιάς μας και αφετέρου οι εν λόγω εξηγήσεις, εφόσον παρασχέθηκαν, αποτελούν έγγραφο του διαγωνισμού και της Οικονομικής Προσφοράς της συνυποψήφιας εταιρείας και ως εκ τούτου θα πρέπει υποχρεωτικώς να αναρτηθούν στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ.». Έτι περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε σε όλους τους

## Αριθμός Απόφασης: 1233/2019

ενδιαφερόμενους, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 19.09.2019, το από 18.09.2019 Πρακτικό Νο3 της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού για την Αξιολόγηση της Αιτιολόγησης της Ανάλυσης της Οικονομικής Προσφοράς της παρεμβαίνουσας, αναφέροντας επί λέξει: «[...]. Η επιτροπή, με το με αρ. πρωτ. 66120/05-09-2019 έγγραφο της, ζήτησε από την εταιρεία «.....» να υποβάλει μέχρι 09/09/2019 έγγραφη αιτιολόγηση της ανάλυσης της Οικονομικής προσφοράς της σε εφαρμογή του σημείου 12 του άρθρου 1.10 της διακήρυξης.

Η αποστολή του εγγράφου έγινε μετά από γνώμη της Νομικής Υπηρεσίας του Οργανισμού, σε σχετικό ερώτημα που της τέθηκε, «ότι έστω και σε αυτό το χρονικό σημείο, κατά το οποίο έχει ήδη εκδοθεί η από 29-08-2019 απόφαση του Προέδρου, με την οποία ο ..... “αποδέχτηκε” την οικονομική προσφορά της εταιρείας «.....».

Τη Δευτέρα 09/09/2019 κατατέθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ η έγγραφη αιτιολόγηση, από την εταιρεία «.....».

Η επιτροπή αφού ανέγνωσε και μελέτησε τις εξηγήσεις που περιλαμβάνονται στο έγγραφο αιτιολόγησης, έκρινε ομόφωνα ικανοποιητικές τις παρεχόμενες εξηγήσεις για το ύψος του προσφερόμενου τιμήματος από την εταιρεία «.....».

Με βάση τα ανωτέρω παραμένει η σειρά κατάταξης των προσφορών όπως αναφέρεται στο Πρακτικό Νο 2. [...]». Ακολούθως, η προσφεύγουσα, με νέα επιστολή της, με ημερομηνία σύνταξής της 20.09.2019 και θέμα: «Νέο αίτημα για την κοινοποίηση της αιτιολόγησης της υπερβολικά χαμηλής προσφοράς της διαγωνιζόμενης ..... στον διεθνή ανοικτό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου για το έργο «.....»», η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. αυθημερόν, απευθύνθηκε εκ νέου στην αναθέτουσα αρχή, αιτούμενη «...να μας κοινοποιήσετε το επίμαχο έγγραφο και να το αναρτήσετε, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα, στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ.

Σας καλούμε επίσης να παύσετε να εμποδίζετε την δημοσιότητα και την επιβαλλόμενη διαφάνεια της διαδικασίας και ιδίως να παύσετε να παρακωλύετε

*την πρόσβαση των προσφερόντων στους φακέλους των συνυποψηφίων τους και στην αιτιολογία των αποφάσεων των οργάνων του διαγωνισμού.»*. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή, με μήνυμά της που κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό, μέσω της «επικοινωνίας» αυτού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 23.09.2019, γνωστοποίησε σε όλους τους ενδιαφερόμενους και στην προσφεύγουσα, την από 09.09.2019 επιστολή του παρεμβαίνοντος, η οποία περιελάμβανε την αιτιολόγηση της για την υποβληθείσα οικονομική προσφορά της και το ύψος αυτής.

21. Επειδή, υπό το πρίσμα των πραγματικών περιστατικών που αναλυτικώς εκτέθηκαν ανωτέρω, πρέπει να γίνουν δεκτές οι ακόλουθες παραδοχές. Όπως έχει κριθεί (ΕΛΣυν 3976/2014, ΕΛΣυν Τμ. VI 157/2016) δεν απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η χρησιμοποίηση ενός μαθηματικού κριτηρίου (κατωφλίου) για τον προσδιορισμό των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, εφόσον, πάντως, η εφαρμογή του κατωφλίου αυτού δεν οδηγεί σε αυτόματη απόρριψη των προσφορών που το υπερβαίνουν, αλλά παρέχεται η δυνατότητα ακρόασης των ενδιαφερομένων, προκειμένου να αποδείξουν τη φερεγγυότητα της προσφοράς τους (βλ. ΔΕΕ C-599/10, SAG ELV Slovensko, σκ. 28-29, C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani, σκ. 44-55, 67-73, C-103/88, Fratelli Costanzo, σκ. 18-21, VI Τμ. ΕΛΣυν 19/2014, 1664, 3016/2012, 3134/2009, 257/2007, 104/2004, ΣΤΕ 4035/2008, 2181/2004 κ.α.). Κατά τη νομολογία του ΔΕΕ, ο κανόνας αυτός επιδέχεται εξαιρέσεις σε περίπτωση συνδρομής λόγων δημοσίου συμφέροντος, όπως η μη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να εξετάσει μεγάλο αριθμό προσφορών ή το γεγονός ότι η σχετική εξέταση θα επιφέρει καθυστέρηση τέτοια που θα οδηγούσε σε κίνδυνο ματαίωσης της σύμβασης (βλ. ΔΕΕ στις υποθέσεις C-147/06 και C-148/06, SECAP SpA και Santaroso, σκ. 35). Συναφώς, το ΔΕΕ (βλ. Απόφαση της 27<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2001, Υπόθεση C-285/99, και C-286/99, Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Construzioni, EU:C:2001:640, σκ. 45) έχει κρίνει ότι απαγορεύεται στα κράτη μέλη να θεσπίζουν διατάξεις που προβλέπουν ότι αποκλείονται αυτόματα από τους διαγωνισμούς για τις συμβάσεις δημοσίων έργων ορισμένες προσφορές

που καθορίζονται βάσει μαθηματικού κριτηρίου, αντί να υποχρεώνουν την αναθέτουσα αρχή να ακολουθούν τη διαδικασία εξακριβώσεως κατόπιν ακροάσεως των ενδιαφερομένων, όπως προβλέπεται από την οδηγία (βλ. αποφάσεις της 22ας Ιουνίου 1989, 103/88, Fratelli Costanzo, Συλλογή 1989, σ. 1839, σκέψεις 19 και 21, και της 18ης Ιουνίου 1991, C-295/89, Donà Alfonso, Συλλογή 1991, σ. I-2967, περιληπτική δημοσίευση, σημεία 1 και 2 του διατακτικού).

22. Επειδή, περαιτέρω, 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 4<sup>ης</sup> Ιουλίου 2017, European Dynamics Luxembourg SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T 392/15, ECLI:EU:T:2017:462 σκ.85, της 6<sup>ης</sup> Ιουλίου 2005, TQ3 TravelSolutionsBelgium κατά Επιτροπής, T-148/04, EU:T:2005:274, σκέψεις 49 και 50· της 11<sup>ης</sup> Μαΐου 2010, PC-WareInformation Technologies κατά Επιτροπής, T-121/08, EU:T:2010:183, σκέψη 72· της 5<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2014, ComputerResourcesInternational (Luxembourg) κατά Επιτροπής, T-422/11, EU:T:2014:927, σκέψη 57, και της 15<sup>ης</sup> 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 ζημιά, και, αφετέρου, το κατά πόσον στην προσφερόμενη τιμή ενσωματώνονται όλες οι δαπάνες που προκύπτουν από τις τεχνικές πτυχές της προσφοράς (απόφαση της 8<sup>ης</sup> 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. 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).

23. 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).

24. Επειδή, εν προκειμένω, η δικαιολόγηση αυτής της δυνατότητας εκτίμησης των αναθετουσών αρχών δεν συνεπάγεται την απεριόριστη άσκηση διακριτικής ευχέρειας κατά την εκτίμηση αλλά και την ενδεχόμενη απόρριψη των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και οι αποφάσεις τους θα πρέπει να καθοδηγούνται από τις γενικές αρχές των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις και της ΣΛΕΕ και να τηρούν τις γενικές αρχές δικαίου και ιδίως την αρχή της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης. Ειδικότερα, στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του Ν. 4412/2016 (ομοίως άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να καθοδηγούνται και από την αρχή απαγόρευσης των διακρίσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Εξάλλου, ακόμη και ελλείψει χαρακτηριστικών που δημιουργούν διακρίσεις, 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.

25. Επειδή, από τις διατάξεις του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, συνάγεται ότι η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δύναται να νοθεύσει τον ανταγωνισμό και να πλήξει την επί ίσοις όροις συμμετοχή των ενδιαφερομένων στους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αφού με τη μεθόδευση αυτή οι λοιποί υποψήφιοι αποκλείονται κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και η διαδικασία αποβαίνει υπέρ του διαγωνιζομένου εκείνου που προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί αδικαιολόγητα χαμηλού, σε σχέση με τα κρατούντα στην αγορά, τιμήματος. Περαιτέρω, 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 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.

26. Επειδή, 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 τον διαγωνιζόμενο που φέρεται ότι έχει υποβάλει την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά (βλ. ΣτΕ 4249/2010, 3546/2009, ΕΑΣΤΕ 295/2011, 1260, 41/2010, 815, 747, 127/2009, 1079, 1069/2009, 866, 187, 45/2008, ΔΕφΑθ (ακυρωτικό) 1528/2014, και ΕλΣυν VI Τμ. 70/2012, 3202, 2235, 2234, 2232, 2090, 584/2011, 3678, 3355, 3134/2009 και ΑΕΠΠ 349/2018 σκ. 33).

27. Επειδή, υπό το πρίσμα των ανωτέρω παραδοχών, όπως ορθά και βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή της και προκύπτει και από τη σχετική νομολογία του ΔΕΕ, είναι σημαντικό να μπορεί κάθε υποψήφιος, για τον οποίο υπάρχει υπόνοια ότι υπέβαλε προσφορά ασυνήθιστα χαμηλή να προβάλλει λυσιτελώς την άποψή του ως προς το σημείο αυτό και να έχει τη δυνατότητα να προσκομίσει κάθε είδους δικαιολογητικό, σχετικά με τα διάφορα στοιχεία της προσφοράς του σε χρόνο – τοποθετούμενο κατ' ανάγκην μετά από το άνοιγμα του συνόλου των φακέλων – κατά τον οποίο γνωρίζει όχι μόνον το κατώφλι ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς που ισχύει για το έργο και το γεγονός ότι η προσφορά του είναι ασυνήθιστα χαμηλή, αλλά επίσης και τα συγκεκριμένα σημεία που δημιούργησαν ερωτηματικά στην αναθέτουσα αρχή (βλ. Απόφαση της 27<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2001, Υπόθεση C-285/99, και C-286/99, Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Construzioni, EU:C:2001:640, σκ. 53). Συναφώς, από την επίμαχη διάταξη της διακήρυξης (παρ. 1.10.12 και σύμφωνα με τη γραμματική ερμηνεία της, προκύπτει σαφώς ότι η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να κάνει χρήση ενός συγκεκριμένου μαθηματικού κριτηρίου (κατωφλίου) για τον προσδιορισμό των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, το οποίο έθεσε ως τιμή βάσεως, υπολογιζόμενης επί του συνόλου των προσφορών που γίνονται δεκτές στον διαγωνισμό, καθιστώντας

με αυτό τον τρόπο, αντικειμενικό το κριτήριο που μια υποβληθείσα προσφορά, λογίζεται ως ασυνήθιστα χαμηλή. Με τον τρόπο αυτό, οριοθέτησε σαφώς τη σχετική εκ του νόμου παρεχόμενη ευχέρεια της, περί του ορισμού ως υπερβολικά χαμηλής οικονομικής προσφοράς και θεμελίωσε ταυτόχρονα δέσμια αρμοδιότητα της, βάσει των σαφών όρων της διακήρυξης περί έγγραφης αιτιολόγησης της ανάλυσης της Οικονομικής Προσφοράς. Λαμβανομένου υπόψη αυτού, η αναθέτουσα αρχή, σε αντίθεση με όσα αβάσιμα ισχυρίζεται στις υποβληθείσες απόψεις της, κατά τον χρόνο κατάρτισης του Πρακτικού Νο2, είχε πλήρη και σαφή εικόνα, αλλά και επίγνωση τόσο της θέσης της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος στη σχηματισθείσα σειρά κατάταξης (ήτοι ότι ήταν πρώτος και ότι κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας θα ανακηρυσσόταν προσωρινός ανάδοχος), όσο και του γεγονότος ότι σε αντίθεση με τα οριζόμενα στην παρ. 1.10.12, η προσφορά του, εμφανιζόταν χαμηλότερη του 80% του στατικού μέσου (median) των αποδεκτών οικονομικών προσφορών. Κατά συνέπεια, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή, δεν βρισκόταν στο στάδιο άσκησης διακριτικής ευχέρειας, ήτοι να κρίνει κατά πόσο η οικονομική προσφορά του παρεμβαίνοντος ήταν ή όχι ασυνήθιστα χαμηλή, αλλά εφόσον διαπιστώθηκε, βάσει του αντικειμενικά τεθέντος κατωφλίου, ως ασυνήθιστα χαμηλή σε σχέση με τις λοιπές υποβληθείσες προσφορές, όφειλε κατά δέσμια αυτής αρμοδιότητα να τον καλέσει προς παροχή εξηγήσεων και με βάση τις παρασχεθείσες από τον παρεμβαίνοντα διευκρινίσεις, να καταλήξει εάν εν τέλει, η προσφορά του ήταν παραδεκτή ή όχι.

28. Επειδή, επιπλέον, σε αντίθεση με όσα αβάσιμα προβάλλει με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα, από το σύνολο των υπόψη πραγματικών περιστατικών ότι, ελλείψει της ενέργειας της προσφεύγουσας να αιτηθεί με την από 30.08.2019 επιστολή της, την έγγραφη αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος, πράγματι αυτοβούλως, η αναθέτουσα αρχή θα προέβαινε στην αίτηση διευκρινίσεων εκ μέρους του για τον ασυνήθιστα χαμηλό χαρακτήρα της προσφοράς του. Αντιθέτως, η έκδοση μιας εκτελεστής απόφασης της αναθέτουσας αρχής, μετά

από τη σχετική γνωμοδότηση της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, όπως αυτή είχε αποτυπωθεί στο Πρακτικό Νο2, οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η διαγωνιστική διαδικασία είχε ολοκληρωθεί και δεν απέμενε άλλη ενέργεια της αναθέτουσας αρχής, πλην μόνο της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου. Ειδικότερα, όπως βάσιμα υποστηρίζει και η προσφεύγουσα, δεν συνάγεται από πουθενά ότι μετά την έκδοση του Πρακτικού Νο2 και της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και μέχρι την εκ των υστέρων, σύνταξη του Πρακτικού Νο3, θα μεσολαβούσε και άλλη πράξη της αναθέτουσας αρχής, ή πολλώ δε μάλλον, ότι απαιτείτο και άλλη ενέργεια της αναθέτουσας αρχής, ώστε να ανακηρυχθεί ο προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού. Μάλιστα, όπως ορθά επικαλείται και η προσφεύγουσα, στο Πρακτικό Νο2 και την προσβαλλόμενη απόφαση, η αναθέτουσα αρχή ανέφερε χαρακτηριστικά ότι: *«Η επιτροπή διαπίστωσε ότι όλες οι οικονομικές προσφορές βρίσκονται εντός προϋπολογισμού, ότι το περιεχόμενο των οικονομικών προσφορών είναι σύμφωνο με τους όρους της διακήρυξης και ότι χαμηλότερη προσφορά είναι αυτή της εταιρείας «.....»»* και επίσης, ότι αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος, το συνολικό τίμημα της οικονομικής του προσφοράς, καθώς και ότι θα απεστέλλετο η εν λόγω απόφαση στον παρεμβαίνοντα. Όλα τα ανωτέρω στοιχεία κατατείνουν στο ότι η οικονομική προσφορά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα είχε ήδη κριθεί παραδεκτή, ως σύμφωνη με τη διακήρυξη και άρα και τον επίμαχο όρο 1.10.12. Περαιτέρω δε, είχε γίνει αποδεκτή και άρα κατά λογική αναγκαιότητα, ο παρεμβαίνων είχε *de facto*, έστω και ελλείψει ρητής αναφοράς στο Πρακτικό Νο2 και την προσβαλλόμενη απόφαση, ανακηρυχθεί προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού, κατά παράβαση όμως της παρ. 1.10.12, αφού όπως ορθά επισημαίνει η προσφεύγουσα, η αιτιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς του παρεμβαίνοντος, συνιστά πρόκριμα της κρίσης για το παραδεκτό και την αποδοχή της οικονομικής του προσφοράς. Υπό την έννοια αυτή, η αιτιολόγηση για μία ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, όπως αυτή κρίθηκε βάσει του επιλεγέντος μαθηματικού κριτηρίου, όπως ήδη εκτέθηκε αναλυτικά

ανωτέρω στη σκέψη 27 της παρούσας, όφειλε να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, προ της αποδοχής της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος και όχι εκ των υστέρων, όπως εν προκειμένω. Η δε μεταγενέστερη αίτηση για παροχή διευκρινίσεων εκ μέρους του παρεμβαίνοντος, ουδόλως θεραπεύει τη διαπιστωθείσα πλημμέλεια της διαδικασίας και τη μη συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής στους όρους που η ίδια έθεσε με τη διακήρυξη του διαγωνισμού. Η ανωτέρω κρίση επιρρωνύεται και από το γεγονός του ίδιου του τίτλου του επίμαχου εγκριθέντος πρακτικού με αρ. 2 το οποίο τιτλοφορείται μεταξύ άλλων ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΤΕΛΙΚΗΣ ΚΑΤΑΤΑΞΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο μοναδικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος και αντίστοιχα να απορριφθούν ως αβάσιμοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

29. Επειδή, ως εκ περισσού επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 106 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: *«Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.»* και ως εκ τούτου, παρέχεται εκ του νόμου στην αναθέτουσα αρχή, η δυνατότητα μετά την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης να επανέλθει στην κρίση της περί του ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και να επαναλάβει τη διαδικασία, ενσωματώνοντας στη νέα απόφαση που θα εκδώσει, την έγκαιρη πλέον αιτιολόγηση περί του ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα της προσφοράς του, εκδίδοντας νέα εκτελεστή απόφαση, επαναλαμβάνοντας τη διαδικασία από το σημείο που διαπιστώθηκε η κριθείσα πλημμέλεια στη διαδικασία.

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

31. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

32. Επειδή, πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμό πρωτοκόλλου 63794/29.08.2019 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: .....), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η αποδοχή του από 27.08.2019 Πρακτικού Νο2 Αποσφράγισης Οικονομικής Προσφοράς και Πρακτικό Τελικής Κατάταξης Προσφορών, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και κατετάγη αυτός πρώτος στη σειρά κατάταξης, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Απορρίπτει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού δέκα χιλιάδων ογδόντα ευρώ και εξήντα πέντε λεπτών (10.080,65 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10 Οκτωβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 30 Οκτωβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Μιχάλης Π. Σειραδάκης**

**Ελένη Χούλη**