

**Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18 Δεκεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 8.11.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1374/11.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα, ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο ..., επί της οδού ....., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της Περιφέρειας .... και ειδικότερα κατά της με αρ. πρωτ. 2599/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ως άνω αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθ. 1 Πρακτικό της Επιτροπής Διεξαγωγής του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «Βελτίωση και Περιοδική Συντήρηση Υποδομών στο Οδικό Δίκτυο Περιφέρειας .... (πρώην ...)», εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας 12.096.774,19€ άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, τον οποίο ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό είχε προκηρύξει η Περιφέρεια ... διά της με ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ ..... και με συστημικό αύξοντα αριθμό στο ΕΣΗΔΗΣ .... Διακήρυξης, για τους ειδικότερους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στις ....., επί της οδού ....., αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 19.11.2019 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ)

## **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

Παρέμβαση της, επί σκοπώ διατήρησης της προσβαλλόμενης πράξης και απόρριψης της προκείμενης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την ως άνω διακήρυξη, η Περιφέρεια .... προκήρυξε ανοικτό, άνω των ορίων ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης του έργου με αντικείμενο τη «Βελτίωση και Περιοδική Συντήρηση Υποδομών στο Οδικό Δίκτυο Περιφέρειας ... (πρώην ...)» εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας 12.096.774,19€ άνευ ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Το κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 11.6.2019 με ΑΔΑΜ: ..... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 11.6.2019, όπου έλαβε συστημικό αριθμό .... Στο πλαίσιο του διαγωνισμού αυτού, συμμετείχαν δέκα οικονομικοί φορείς, αποκλείστηκε διά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης, ο 10<sup>ος</sup> κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....» διότι δεν πληρούσε τους όρους της οικείας διακήρυξης, κατά τα διατυπωθέντα και αποφασισθέντα από την αναθέτουσα αρχή, και έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των φορέων: 1) της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» με ποσοστό μέσης έκπτωσης 58,23%, 2) της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» με ποσοστό μέσης έκπτωσης 55,27%, 3) της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» με ποσοστό μέσης έκπτωσης 50,66%, 4) της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» με ποσοστό μέσης έκπτωσης 47,87%, 5) της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρείας «.....» με ποσοστό μέσης έκπτωσης 45,2%, 6) της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» με ποσοστό μέσης έκπτωσης 41,13%, 7) της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» με ποσοστό μέσης έκπτωσης 39,97%, 8) της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» με ποσοστό μέσης έκπτωσης 38,87% και 9) της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» με ποσοστό

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

μέσης έκπτωσης 35,1%. Προσωρινός μειοδότης εν προκειμένω ανεδείχθη η ως άνω συμμετέχουσα εταιρεία «...», που προσέφερε, δεδομένων των ως άνω, το μεγαλύτερο ποσοστό μέσης έκπτωσης για το υπό σύμβαση έργο.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα, πέραν του αιτήματος να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, αιτείτο επιπλέον να ανασταλεί η προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως της παρούσας απόφασης επί της προσφυγής της, αίτημα το οποίο έγινε δεκτό με την με αρ. Α533/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύτηκε το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ....., εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 15.000,00€, που αποτελεί και το κατά νόμον ανώτατο ποσό παραβόλου, δεδομένου ότι υπολογίζεται επί ποσοστού 0,5% της προϋπολογισθείσας δαπάνης της προς ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ, η οποία εν προκειμένω ανέρχεται στο ποσό των 12.096.774,19€.

4. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρ. 362 παρ. 2 Ν. 442/2016 και 8 παρ. 2, Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017).

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του κύριου αντικειμένου του (έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της υπόψη σύμβασης, που ανέρχεται σε ποσό 12.096.774,19€ άνευ ΦΠΑ καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολή της προκήρυξης της σύμβασης για δημοσίευση στην επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης η 8.6.2019) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς και του Ν. 4412/2016 (αρ. 6 παρ. 1, 61 παρ. 1 Ν. 4412/2016). Συνακόλουθα, η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ως άνω νόμου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, ως ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος ...), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α΄ του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α΄ του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες, μεταξύ των οποίων και στη προσφεύγουσα, την 29.10.2019, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 8.11.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης στις ως άνω διατάξεις δεκαήμερη προθεσμία για την άσκησή της.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα εργοληπτική εταιρεία που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, κατετάγη πέμπτη κατά σειρά μειοδοσίας, επικαλείται ότι μη νομίμως κατά πρώτον έγιναν δεκτές διά της προσβαλλόμενης απόφασης οι προσφορές των οικονομικών φορέων που προηγούνται αυτής στη σειρά μειοδοσίας και κατά δεύτερον απεφασίσθη η ανάδειξη της συμμετέχουσας εταιρείας «....» ως προσωρινή ανάδοχος, χωρίς να έχει προηγηθεί από την αναθέτουσα αρχή αίτημα αιτιολόγησης των προσφορών των ως άνω συμμετεχουσών εταιρειών, ως ασυνήθιστα χαμηλών, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 88 του Ν.4412/2016, αιτείται κατά συνέπεια τούτων και διά της προσφυγής της, την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς, κατά τους ισχυρισμούς της, μόνη αποδεκτή οικονομική προσφορά στο πλαίσιο του ως άνω διαγωνισμού θα έπρεπε να έχει γίνει η δική της και επομένως η ίδια να ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος της επίμαχης σύμβασης.

8. Επειδή, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας «....» εν γένει νομοτύπως και εμπροθέσμως ασκεί την από 19.11.2019 Παρέμβασή του,

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

κατόπιν της από 9.11.2019 κοινοποίησης της προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, και δη μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος με την προσβαλλόμενη απόφαση, επιδιώκοντας την απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα διά της προσφυγής της ισχυρίζεται ειδικότερα ότι σύμφωνα με τους όρους της υπόψη διακήρυξης και δη του άρθρου 4.1 αυτής με τίτλο Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού, στη παρ. η, γίνεται παραπομπή στην υποσημείωση 13, όπου εκεί ορίζονται τα εξής: «Επισημαίνεται ότι αν η αναθέτουσα αρχή θεωρήσει ότι οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016». Από τις διατάξεις δε των άρθρων 88 και 89 του Ν.4412/2016, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι προκύπτει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ελέγχει την αξιοπιστία μιας προσφοράς, που απορρέει άλλωστε από την προηγούμενη ύπαρξη αμφιβολιών ως προς αυτήν, λαμβανομένου υπόψη ότι το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, με το οποίο ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 69 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ έχει ως σκοπό να μην αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας χωρίς να του δοθεί η δυνατότητα να δικαιολογήσει το περιεχόμενο της προσφοράς του, που φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή. Στο πλαίσιο μάλιστα της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι, οι υποβληθείσες από τις έτερες συμμετέχουσες εταιρείες προσφορές καθώς και της αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου, περιέχουν ικανές ενδείξεις να δημιουργήσουν την υποψία στην αναθέτουσα αρχή ότι ενδέχεται να είναι ασυνήθιστα χαμηλές και συνεπώς όφειλε η αναθέτουσα αρχή να προβεί, σε δεύτερο στάδιο, στον έλεγχο της συνθέσεως της προσφοράς των διότι άλλως, ως εν προκειμένω,

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

υπερβαίνει τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας. Τα κριτήρια δε που λαμβάνονται υπόψη προκειμένου να ελεγχθεί η τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της ως άνω διακριτικής ευχέρειας και προκειμένου για την κλήση των φορέων προς αιτιολόγηση της προσφοράς τους, είναι: α) Το ποσοστό της προσφερόμενης έκπτωσης αυτό καθ' αυτό β) το ύψος των οικονομικών προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων γ) τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής. Συναφώς, διά των αναλυτικώς αναφερθέντων στη προσφυγή της λόγων και αιτιάσεων, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα λόγω της κακής χρήσης της σχετικής διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, η οποία παρέβη ταύτα, παραλείποντας εν προκειμένω να ζητήσει αιτιολόγηση των ασυνήθιστα οικονομικά χαμηλών προσφορών, αιτιολόγηση που κατά τη προσφεύγουσα είναι αναγκαία όχι μόνο για την προστασία του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού αλλά και για την προστασία των συμφερόντων της ίδιας της αναθέτουσας αρχής που οφείλει να εξασφαλίσει την ανάδειξη αναδόχου ο οποίος βάσει της προσφοράς του θα εκτελέσει άρτια, έντεχνα και εμπρόθεσμα το έργο και δεν θα καταφύγει σε προσπάθειες κάλυψης της ζημίας που θα υφίσταται από την χαμηλή προσφορά του, με την παραγωγή εντέλει έργου ποιοτικώς και ποσοτικώς υποδεέστερου του προκηρυχθέντος. Ισχυρίζεται περαιτέρω η προσφεύγουσα ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων που προηγούνται σε σειρά μειοδοσίας της ίδιας, όχι μόνο είναι υπερβολικά χαμηλές και δεν καταλείπουν κάποιο εύλογο κέρδος, αλλά καθίσταται και αβέβαιο ότι το έργο θα κατασκευασθεί άρτια και έντεχνα τηρουμένων των διατάξεων της νομοθεσίας περί εκτελέσεως δημοσίων έργων, καθώς και της ασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας. Προς επίρρωσιν τούτων, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι, εύλογες αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία μιας προσφοράς, που ενεργοποιούν την διαδικασία του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, 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

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

ασφαλίσεως και τηρήσεως των κανόνων ασφάλειας και υγιεινής στον χώρο εργασίας ή των πωλήσεων επί 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, ΕΥ:Τ:2015:772, σκέψη 62). Το υπερβολικά δε χαμηλό των προσφορών που προηγούνται σε σειρά μειοδοσίας της προσφοράς της, αποπειράται να αποδείξει η προσφεύγουσα επικαλούμενη ότι το συνολικό κόστος του έργου με μηδενικό μάλιστα κέρδος, ανέρχεται σε 5.719.719,78€ και για την απόδειξη του πραγματικού κόστους κατασκευής του έργου, της ορθότητας της προσφοράς της καθώς και των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών των λοιπών διαγωνιζόμενων, των οποίων οι προσφορές υπολείπονται της προσφοράς της, παραθέτει την ανάλυση του πραγματικού κόστους κατασκευής του προκειμένου έργου. Τέλος, η προσφεύγουσα παραπονείται ότι εν προκειμένω η κλήση των ως άνω συμμετεχουσών εταιριών να αιτιολογήσουν τις χαμηλές προσφορές τους ήταν επιβεβλημένη και για τον πρόσθετο λόγο ότι η ίδια αναθέτουσα αρχή (Περιφέρεια Αττικής) σε προηγούμενο απολύτως συναφές, ως ισχυρίζεται, έργο με τους ίδιους σχεδόν ειδικούς όρους (εργασίες σε δύο μέτωπα ταυτόχρονα, ίδιος ελάχιστος απαιτούμενος μηχανικός εξοπλισμός) ζήτησε την αιτιολόγηση προσφορών των τριών (3) πρώτων σε σειρά μειοδοσίας διαγωνιζομένων, τα ποσοστά εκπτώσεων των οποίων ανέρχονταν σε 62,70%, 46,80% και 44,00% αντίστοιχα (3η ήταν η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρίας). Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα αιτείται όπως η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρωθεί, ισχυριζόμενη εντέλει ότι οι προσφορές της προσωρινής αναδόχου και των υπολοίπων διαγωνιζομένων που υπερβαίνουν το μέσο όρο έκπτωσης των παραδεκτών προσφορών του επίμαχου διαγωνισμού είναι ασυνήθιστα χαμηλές και έπρεπε για αυτό το λόγο να ζητηθεί η αιτιολόγησή τους.

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα διά της παρεμβάσεως της και προκειμένου για την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι το ζήτημα που εν προκειμένω μπορεί και πρέπει να κριθεί είναι, μόνο, το εάν η

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

απόφαση της αναθέτουσας αρχής να προχωρήσει στην επόμενη φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας, χωρίς να προσφύγει στην διαδικασία των αιτιολογήσεων, υπερβαίνει τα ακραία όρια της διακριτικής της ευχέρειας, υπό την έννοια ότι αντίκειται στα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής. Συναφώς υποστηρίζει ότι οι αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την προσφυγή στην διαδικασία αιτιολόγησης των προσφορών συνιστούν πράξεις ευρύτατης διακριτικής ευχέρειας, κατά παγία δε νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται, κατ' αρχάς, ήτοι εντός του πλαισίου της κοινής πείρας και λογικής, να αιτιολογήσει την απόφασή της να μην ζητήσει δικαιολόγηση των προσφορών (βλ. ΕΣ/VI Τμήμα 1325/2019, 1345/2018). Αντιθέτως ζήτημα δικαιολόγησης των προσφορών και εντεύθεν ειδικής αιτιολόγησης της απόφασης που δεν προσφεύγει στην σχετική διαδικασία, προκύπτει μόνο αν ορισμένες από τις εκπτώσεις που προσφέρθηκαν παρίστανται προδήλως (ήτοι υπεράνω λογικής αμφισβήτησης και όχι με βάση τις υποκειμενικές αντιλήψεις και δυνατότητες του κάθε διαγωνιζόμενου) υψηλές, είτε επειδή απέχουν μακράν από τις λοιπές προσφορές, είτε επειδή δεν συνηθίζονται σε ανάλογους διαγωνισμούς. Ωστόσο, υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι, ακόμα και στις περιπτώσεις που ανακύπτει τέτοιο ζήτημα, για την λυσιτελή προβολή του στο πλαίσιο της προδικαστικής προσφυγής θα πρέπει αυτό (το ζήτημα) να υφίσταται για όλες τις προσφορές που υποσκέλισαν τον συγκεκριμένο διαγωνιζόμενο. Εάν εντούτοις, μεταξύ της προσφοράς του προσφεύγοντα και αυτής του πρώτου μειοδότη παρεμβάλλονται και άλλες προσφορές, ως εν προκειμένω, οι οποίες δεν μπορούν να θεωρηθούν, *prima facie*, ως ασυνήθιστα χαμηλές, εκλείπει το έννομο συμφέρον προβολής των σχετικών αιτιάσεων. Τούτο διότι, σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής του, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη με την απόφαση της ΑΕΠΠ, θα διατάξει την αιτιολόγηση μόνο των προδήλως χαμηλών προσφορών, ήτοι (στην υπόψη, υποθετική, περίπτωση) μόνο των προσφορών των δύο πρώτων μειοδοτών. Για τις προσφορές του τρίτου και του τέταρτου μειοδότη, ως προς τις οποίες δεν τίθεται ζήτημα υπέρβασης των ορίων της κοινής πείρας και λογικής, δεν θα



### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

ζητηθεί αιτιολόγηση και, εντεύθεν, δεν θα προκύψει περίπτωση απορρίψεώς τους, έτσι ώστε να μπορέσει να ωφεληθεί ο πέμπτος μειοδότης, Πλην όμως, δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως (και για την ταυτότητα του νομικού λόγου, άσκησης προδικαστικής προσφυγής) όταν η ενδεχόμενη ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης δεν θα έχει επωφελείς συνέπειες για τον αιτούντα, προσφεύγοντα κλπ (βλ. Επ. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 13η έκδοση, 2ος τόμος, σελ. 81). Επιπροσθέτως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι τα ανωτέρω δεν αναιρούνται από την πρόσφατη νομολογία, σύμφωνα με την οποία ακόμα και ο διαγωνιζόμενος που έχει αποκλεισθεί μπορεί, παραδεκτώς, να προβάλλει αιτιάσεις κατά των προσφορών άλλων υποψηφίων, διότι η δυνατότητα αυτή παρέχεται μόνο για συγκεκριμένο σκοπό, ήτοι επί τω τέλει της απορρίψεως όλων, ανεξαιρέτως, των υπολοίπων προσφορών, προς τον σκοπό της επαναλήψεως του διαγωνισμού. Κάτι τέτοιο δεν συντρέχει στην περίπτωση της αιτιολόγησης, κατά την οποία ο προσφεύγων δεν ζητά την απόρριψη των προσφορών, αλλά την δικαιολόγησή τους, η οποία υπό προϋποθέσεις (ήτοι αν η δικαιολόγηση κριθεί ανεπιτυχής και, ακόμα και σε αυτή την περίπτωση, κατά την διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, όπως προκύπτει από την σαφή, γραμματική διατύπωση του άρθρου 88 παρ 3 του Ν. 4412/2016), μπορεί να οδηγήσει σε απόρριψή τους, όχι όμως και σε επανάληψη του διαγωνισμού, αλλά σε ανάθεση της σύμβασης στον προσφεύγοντα.

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, στις απόψεις της, όπως τούτες διατυπώνονται στο από 18.11.2019 έγγραφο της, προς αντίκρουση των λόγων της υπό εξέταση προσφυγής, προβάλλει ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν, προεχόντως, ως απαράδεκτοι. Και τούτο διότι, ως ειδικότερα, μεταξύ άλλων, διατυπώνει, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δηλαδή από την νομολογία προκύπτει πως υφίσταται κατώφλι και συγκεκριμένα το ποσοστό έκπτωσης 50%, άνω του οποίου οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Προς επίρρωσιν των ως άνω, υποστηρίζει ότι όπως προσφάτως έχει κριθεί δια της υπ' αριθ. 1345/2018 απόφασης του VI Τμήματος του

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

Ελεγκτικού Συνεδρίου, ακόμα και προσφορές που υπερβαίνουν το 70% δεν μπορούν να θεωρηθούν άνευ άλλου τινός ως ασυνήθιστα χαμηλές και δεν γεννάται υποχρέωση ειδικής αιτιολόγησης της απόφασης της αναθέτουσας αρχής να τις αποδεχθεί, χωρίς να ζητήσει δικαιολόγηση τους. Ακόμα όμως και στη περίπτωση που ήθελε υποτεθεί υφίσταται το κατώφλι του 50% και πάλι η προσφυγή είναι απορριπτή, λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος, διότι μία τουλάχιστον προσφορά που υποσκέλισε την προσφεύγουσα, δηλαδή η προσφορά του 4ου μειοδότη (47,87%) υπολείπεται αυτού (του υποτιθέμενου από τη προσφεύγουσα κατωφλίου). Επιπροσθέτως, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται στη συμπληρωματική αιτιολογία της διά του ως άνω εγγράφου των απόψεων της ότι ακόμα και αν υποτεθεί ότι υφίστατο θέμα αιτιολόγησης, αυτό αφορά, σύμφωνα και με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, μόνο τους τρεις πρώτους μειοδότες, οι προσφορές των οποίων, και μόνο, θα μπορούσαν ενδεχομένως να απορριφθούν, εφόσον δεν θα δικαιολογούντο επιτυχώς, με αποτέλεσμα προσωρινός ανάδοχος να ανακηρυχθεί ο τέταρτος μειοδότης και όχι η προσφεύγουσα. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι έκρινε, διά της προσβαλλομένης, εντός των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας και χωρίς ανάγκη ειδικής αιτιολόγησης -δεδομένου και ότι μόνο ο τελευταίος μειοδότης υπέβαλε, προδήλως αβασίμως και απαραδέκτως ελλείπει εννόμου συμφέροντος, αόριστους ισχυρισμούς για τις προσφορές όλων των υπολοίπων διαγωνιζομένων- ότι οι υποβληθείσες εν προκειμένω προσφορές δεν είναι χαμηλές, πολλώ δε μάλλον ασυνήθιστα χαμηλές, και νομίμως προχώρησε στην ανάδειξη προσωρινού μειοδότη προς αποφυγή παρέλκυσης της διαγωνιστικής διαδικασίας και λαμβάνοντας, μεταξύ άλλων, υπόψη: α) Ότι σε παρόμοιους διαγωνισμούς προσφέρονται κατά πολύ υψηλότερα ποσοστά εκπτώσεων. β) Ότι η έντεχνη εκτέλεση του έργου διασφαλίζεται σε απόλυτο βαθμό από τις αυξημένες προϋποθέσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθώς και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που τέθηκαν από την διακήρυξη. Επέκεινα, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αόριστοι και αναπόδεικτοι διότι ειδικότερα προβάλλει: α) Τις υποκειμενικές της

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

εκτιμήσεις σχετικά με την κοστολόγηση του έργου, οι οποίες όμως (και ακριβείς υποτιθέμενες) αφορούν στις δικές της δυνατότητες και ικανότητες και ουδέν σημαίνουν αναφορικά με τις ευνοϊκές συνθήκες που τυχόν επιτρέπουν την οικονομικότερη εκτέλεση της εργολαβίας από τους άλλους μειοδότες. β) Την σύγκριση του δικού της κοστολογίου με τις τιμές του προϋπολογισμού, η οποία όμως ουδέν σημαίνει, καθόσον «στο πλαίσιο ενός μειοδοτικού διαγωνισμού οι τιμές αυτές είναι εξ ορισμού δεκτικές εκπτώσεως» (βλ. ΑΕΠΠ 133/2019, σκ.48). γ) Προσφορές που έχει λάβει για μέρος των προβλεπόμενων εργασιών, χωρίς όμως να αποδεικνύει ότι θα ήταν αδύνατη η επίτευξη καλύτερων προσφορών από τους λοιπούς μειοδότες (βλ. ΑΕΠΠ 133/2019, σκ. 44).

12. Επειδή, τόσο η προσφεύγουσα όσο και η παρεμβαίνουσα καταθέτουν την 11.12.2019 και 17.12.2019 εμπροθέσμως και εκπροθέσμως αντιστοίχως, Υπομνήματα τους μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις του Ν. 4605/2019 όπως αυτές τροποποιούν το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθ. 365 του Ν. 4412/2016. Ομοίως εκπροθέσμως και απαραδέκτως η παρεμβαίνουσα καταθέτει την 3.1.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού «συμπληρωματικό» Υπόμνημα της.

13. Επειδή, στο άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, με το οποίο ενσωματώθηκε το άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περί των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ορίζονται τα εξής: «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89.

3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18.

4. Εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή λόγω χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, η προσφορά μπορεί να απορρίπτεται αποκλειστικά για αυτό τον λόγο, μόνο μετά από διαβούλευση με τον προσφέροντα και εφόσον αυτός δεν είναι σε θέση να αποδείξει, εντός επαρκούς προθεσμίας, την οποία ορίζει η αναθέτουσα αρχή, ότι η εν λόγω ενίσχυση είναι σύμφωνη με την εσωτερική αγορά κατά την έννοια του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει προσφορά υπό τις συνθήκες αυτές, ενημερώνει σχετικώς την Επιτροπή.

5. Εφόσον ζητηθεί, η Αρχή θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών, στο πλαίσιο διοικητικής συνεργασίας, κάθε πληροφορία που η Ελλάδα έχει στη διάθεσή της όπως νόμους, κανονισμούς, συλλογικές συμβάσεις καθολικής ισχύος ή εθνικά τεχνικά πρότυπα σχετικά με τα δικαιολογητικά και τα έγγραφα που προσκομίζονται σε σχέση με τις λεπτομέρειες που αναφέρονται στην παράγραφο 2.

6. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, μπορεί να εκδίδονται εγκύκλιοι του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων για την εξειδίκευση των όρων

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

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

14. Επειδή, εξάλλου, η έννοια της υπερβολικά χαμηλής προσφοράς πρέπει να καθορίζεται συγκεκριμένα για κάθε σύμβαση σε σχέση με το αντικείμενο που αποτελεί το περιεχόμενό της (βλ. απόφ. ΔΕΕ της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., σκ. 29-30, απόφ. της 18.12.2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, σκ. 50, της 19.10.2017, C-198/16, AgriiconsultingEurope SA, σκ. 29, πρβ. απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2016, Agriconsulting Europe κατά Επιτροπής, T-570/13, σκ. 55). Συναφώς, η Οδηγία 2014/24/ΕΕ δεν απαγορεύει την υποβολή χαμηλής προσφοράς, αλλά θεσπίζει ορισμένες διατάξεις για την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, που αποτελεί μια αόριστη αξιολογική έννοια (βλ. ΕΣ Τμ. Μείζονος Επταμελούς Συνθέσεως 1077/2016), καθόσον οι διατάξεις της Οδηγίας δεν είναι σαφείς ως προς την έκταση της ευχέρειας που διαθέτει η αναθέτουσα αρχή να δεχθεί ή να απορρίψει προσφορά, ως ασυνήθιστα χαμηλή, μετά την παροχή διευκρινίσεων εκ μέρους του προσφέροντος. Κατά τα αναφερόμενα δε στην αιτιολογική σκέψη 103 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ οι προσφορές που φαίνονται αφύσικα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες ενδέχεται να βασίζονται σε τεχνικά, οικονομικά, ή νομικά αβάσιμες παραδοχές ή πρακτικές. Στην περίπτωση που ο προσφέρων δεν μπορεί να παράσχει ικανοποιητική εξήγηση, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να δικαιούται να απορρίψει την προσφορά. Η απόρριψη αυτή είναι υποχρεωτική στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή έχει διαπιστώσει ότι η ασυνήθιστα χαμηλή τιμή ή το ασυνήθιστα χαμηλό κόστος που προτείνεται είναι αποτέλεσμα της μη συμμόρφωσης με υποχρεωτική ενωσιακή νομοθεσία ή συμβατή προς αυτή εθνική νομοθεσία στους τομείς του κοινωνικού, εργατικού ή περιβαλλοντικού δικαίου ή με διατάξεις του διεθνούς εργατικού δικαίου. Συνεπώς η νέα Οδηγία ρητά, πλέον, ορίζει στην παρ. 3 του

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

άρθρου 69 (παρ. 3 άρθρου 88 Ν. 4412/2016) ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνον εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, δηλαδή όταν και μετά τις διευκρινίσεις που δόθηκαν από τον προσφέροντα η χαμηλή προσφορά εγκυμονεί, κατά την πλήρως και ειδικώς αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, τον κίνδυνο για την εκτέλεση της σύμβασης, προσανατολιζόμενη ούτως στην ανάπτυξη υγιούς, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβ. απόφαση ΠΕΚ της 25ης Φεβρουαρίου 2003 στην υπόθεση T-4/2001, Renco SpA, σκ. 75 και 76, απόφαση ΔΕΚ της 27ης Νοεμβρίου 2001 στις υποθέσεις C-285/1999 και C-286/1999, Impresa Lombardini SpA- Impresa Generale de Costruzioni και Impresa Ing. Mantovani SpA, σκ. 53-55, Ε.Σ. Τμ. VI 525/2018, 2998, 19/2014, 3202, 2752, 584/2011, Ε΄ Κλιμ. 387/2018, πρβλ. ΣτΕ 1425/2005, Ε.Α. ΣτΕ 45/2008, 1159/2007). Άλλοις λόγοις η αναθέτουσα αρχή διατηρεί διακριτική ευχέρεια ως προς την αποδοχή ή μη της διαπιστωθείσας μη τεκμηριωμένης ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Η ερμηνεία αυτή ακολουθεί τη γραμματική διατύπωση του νόμου, λαμβάνοντας υπόψη ότι μόνον σε παραβάσεις νομοθεσίας εργατικού και περιβαλλοντικού δικαίου καθίσταται η αρμοδιότητα αυτή δεσμευτική για την αναθέτουσα αρχή. Δεδομένων των ανωτέρω και κατ'ακολουθίαν, η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση αποδοχής ή απόρριψης της προσφοράς πρέπει να αιτιολογήσει πλήρως και ειδικώς την απόφασή της και ιδιαίτερα να λάβει υπόψη της τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις, η δε απόφαση τούτη πρέπει να ερείδεται αφενός στη φερεγγυότητα της προσφοράς και αφετέρου στην ανάπτυξη υγιούς, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Η κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς το «ασύνηθες» της υποβαλλόμενης οικονομικής προσφοράς ελέγχεται ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που αυτή διαθέτει, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής.

15. 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

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

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 παρίσταται ως 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 και φέρεται ως υπερβολικά χαμηλή, το εν λόγω άρθρο δεν εφαρμόζεται. 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 8ης Οκτωβρίου 2015, Secolux κατά Επιτροπής, Τ 90/14, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2015:772, σκέψη 62).

16. Επειδή, από τη νομολογία του ΔΕΕ προκύπτει εναργώς ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή πρώτον, να εντοπίσει τις «ύποπτες» προσφορές, δεύτερον, να παράσχει στις ενδιαφερόμενες συμμετέχουσες επιχειρήσεις τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα και φερεγγυότητα των προσφορών τους, ζητώντας τους σχετική αιτιολόγηση και τις διευκρινίσεις τις οποίες εν προκειμένω κρίνει σκόπιμες, τρίτον, να αξιολογήσει και εκτιμήσει τη λυσιτέλεια και βασιμότητα των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι και, τέταρτον, να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή θα απορρίψει τις προαναφερθείσες προσφορές [βλ. συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani (2001) Συλλογή I-9233 σκ. 55]. Περαιτέρω, η δυνατότητα εκτίμησης και αξιολόγησης δεν συνεπάγεται την απεριόριστη άσκηση διακριτικής ευχέρειας, δεδομένης δε και της ενδεχόμενης

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

απόρριψης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών 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 (Βλ. Dr Albert Sanchez Graells -Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions).

17. Επειδή, από τις οικείες διατάξεις, 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 τούτη οι λοιποί υποψήφιοι αποκλείονται κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και η διαγωνιστική 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 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-



### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

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) .

18. Επειδή, εν προκειμένω και επί των ισχυρισμών τόσο της αναθέτουσας αρχής όσο και της παρεμβαίνουσας, περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, ούσας τελικά πέμπτης στη σειρά μειοδοσίας (πολλώ δε μάλλον που η προσφορά της αμέσως προηγηθείσας της προσφεύγουσας στη σειρά κατάταξης εταιρεία δεν φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, έχοντας διαφορά 2,67% από τη προσφορά της προσφεύγουσας) προκειμένου για την προσβολή της εξεταζόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατά το πρώτον ενώπιον της ΑΕΠΠ διά της προσφυγής της, λεκτέα τα εξής: Ως γνωστόν, το ΔΕΕ κληθέν να ερμηνεύσει τις (ομοίου περιεχομένου με τις αντίστοιχες διατάξεις της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ) διατάξεις της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989 (για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημόσιων έργων, ΕΕ L 395), συνήγαγε γενικότερης εφαρμογής νομολογιακή αρχή, κατά την οποία, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, κάθε διαγωνιζόμενος έχει έννομο συμφέρον που αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των άλλων, με σκοπό να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση. Το ΔΕΕ έκρινε, κατ' αρχάς, ότι από το άρθρο 1 παρ. 1 της οδηγίας 89/665 συνάγεται ότι, στην περίπτωση που αμφισβητηθεί το νομότυπο των υποβληθεισών προσφορών, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, «κάθε ανταγωνιστής μπορεί να επικαλεσθεί έννομο συμφέρον που να αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών [διαγωνιζομένων], το οποίο μπορεί να καταλήξει στην διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά» (απόφαση Fastweb, σκ. 33). Τούτο δε, ανεξαρτήτως

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

του αριθμού των μετεχόντων στη διαδικασία και του αριθμού εκείνων εξ αυτών που άσκησαν προσφυγή, όπως έκρινε το Δικαστήριο στην απόφαση PFE (σκ. 29) καθ' ερμηνείαν του άρθρου 1 παρ. 1 και παρ. 3 της οδηγίας 89/665. Από την σκέψη 27 της τελευταίας αυτής απόφασης (PFE) προκύπτει ότι το ΔΕΕ εκκινεί από την αντίληψη ότι, ο αποκλεισμός του ενός διαγωνιζομένου μπορεί να έχει ως συνέπεια την άμεση ανάθεση της σύμβασης στον άλλο, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας, ή, στην περίπτωση αποκλεισμού όλων των διαγωνιζομένων και κίνησης νέας διαδικασίας για την σύναψη δημόσιας σύμβασης, την συμμετοχή του αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου στην νέα διαδικασία και την, κατ' έμμεσο τρόπο, ανάθεση της σύμβασης σε αυτόν. Η νομολογιακή αυτή αρχή, που απορρέει από τις αποφάσεις Fastweb και PFE, επιβεβαιώθηκε με την απόφαση BTG & CÖ (σκ. 29), με την οποία έγινε, περαιτέρω, δεκτό ότι, η οδηγία 89/665/EK διασφαλίζει, όπως προκύπτει από τα άρθρα 1 παρ. 3 και 2α αυτής, «το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του». Με την πρόσφατη απόφαση της 5.9.2019, C-333/18, Lombardi, το ΔΕΕ επιβεβαίωσε την αρχή, η οποία διατυπώθηκε, κατά τα προεκτεθέντα, με τις αποφάσεις Fastweb και PFE, και κατά την οποία θεωρούνται κατ' αρχήν ισοδύναμα τα επιδιωκόμενα συμφέροντα στο πλαίσιο προσφυγών, με τις οποίες ο ένας υποψήφιος ζητεί τον αποκλεισμό του άλλου και αντιστρόφως (σκέψη 25). Το ΔΕΕ επεσήμανε, επίσης, ότι «η ερμηνεία αυτή δεν αναιρείται από το ότι οι άλλοι υποψήφιοι που κατετάγησαν σε χαμηλότερες θέσεις από τον ασκήσαντα την κύρια προσφυγή δεν παρενέβησαν στην κύρια δίκη» (σκέψη 30), ότι «η ερμηνεία αυτή δεν αντιβαίνει στην ... απόφαση [BTG&CÖ] ... [διότι] στην υπόθεση ... της κύριας δίκης, κανείς από τους υποψηφίους που άσκησαν προσφυγές ζητώντας ο

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

ένας τον αποκλεισμό του άλλου δεν αποκλείσθηκε οριστικώς από τη διαδικασία αναθέσεως» και, τέλος, ότι η αρχή της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών δεν μπορεί εν πάση περιπτώσει να δικαιολογεί διατάξεις του εσωτερικού δικαίου που καθιστούν αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που παρέχει η έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εν προκειμένω δε, για τους λόγους που προεκτέθηκαν, «από το άρθρο 1, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, και παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665, όπως έχει ερμηνευθεί από το Δικαστήριο, προκύπτει ότι υποψήφιος ασκήσας προσφυγή όπως είναι η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης δεν μπορεί, βάσει εθνικών δικονομικών κανόνων ή σχετικών νομολογιακών πρακτικών, όπως είναι οι κανόνες και πρακτικές που μνημονεύει το αιτούν δικαστήριο [περί αντιστοιχίας μεταξύ αιτήματος και αποφάσεως, απόδειξης του προβαλλόμενου εννόμου συμφέροντος και υποκειμενικών ορίων του δεδεδειμένου], να στερηθεί το δικαίωμά του να εξετασθεί επί της ουσίας η προσφυγή αυτή».

19. Επειδή, επιπροσθέτως και σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα στο υποβληθέν Υπόμνημα της ότι το έννομο συμφέρον της δεν εκλείπει ούτε στην υποθετική περίπτωση που δεν αποκλεισθεί από την αναθέτουσα αρχή για υποβολή χαμηλής προσφοράς ο 4<sup>ος</sup> μειοδότης. Και τούτο διότι με τον αποκλεισμό των 1<sup>ου</sup>, 2<sup>ου</sup> και 3<sup>ου</sup> μειοδοτών, για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή εμμέσως αποδέχεται ότι ενδεχομένως έχουν υποβάλλει ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές (δεδομένου ότι οι ισχυρισμοί της στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της περί μη ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών επικεντρώνονται στις προσφορές των τριών ως άνω μειοδοτών διά της αντιπαραβολής ειδικώς με τη προσφορά της τέταρτης εργοληπτικής επιχείρησης που παρουσιάζει πιο μικρή διαφορά από τη προσφορά της προσφεύγουσας και σε κάθε περίπτωση είναι κάτω του ενδεικτικού κατωφλίου του 50%) βελτιώνεται η κατάταξη της προσφεύγουσας εταιρίας στη σειρά μειοδοσίας και στη περίπτωση τούτη κατατάσσεται δεύτερη από πέμπτη. Ενόψει τούτων, διατηρεί η προσφεύγουσα τη προσδοκία της περί ανάθεσης της σύμβασης καθώς μετά το στάδιο της ανάδειξης του

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

προσωρινού αναδόχου, ακολουθεί η προσκόμιση των προβλεπόμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης προκειμένου να αποδείξει ο αναδειχθείς προσωρινός ανάδοχος ότι στο πρόσωπο του δεν συντρέχουν οι προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού και ότι πληροί τα κριτήρια επιλογής, στάδιο κατά το οποίο κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επιδιώξει τον αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου, προκειμένου να βελτιώσει τη σειρά κατάταξης του και ακολούθως να επιδιώξει διά των προβλεπόμενων ένδικων μέσων (προσφυγή, αίτηση αναστολής) τον αποκλεισμό του οριστικού αναδόχου, εφόσον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού επί τω τέλει ανάληψης εκτέλεσης του έργου. Συνεπώς και δεδομένου ότι η προσφεύγουσα α) δεν είναι οριστικώς αποκλεισθείσα, β) διατηρεί τη προσδοκία σύναψης της προκείμενης σύμβασης και γ) στοιχειοθετεί βλάβη ούσαπέμπτη στη σειρά μειοδοσίας με προηγηθείσες συμμετέχουσες εργοληπτικές επιχειρήσεις των οποίων οι προσφορές φέρονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον στρέφεται διά της υπό κρίση προσφυγής της κατά της αναθέτουσας αρχής που παρέλειψε να εξετάσει ως όφειλε τις ως άνω προσφορές, μετά την παροχή των αναγκαίων διευκρινήσεων.

20. Επειδή, εξάλλου βασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι το ζήτημα υπό εξέταση εν προκειμένω είναι εάν όφειλε η αναθέτουσα αρχή να καλέσει προς διευκρινήσεις τους συμμετέχοντες των οποίων οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές και ουχί εάν όντως οι προσφορές τούτες φερόμενες ως ασυνήθιστα χαμηλές είναι πράγματι ζημιογόνες και ενδεχομένως απορριπτέες, κρίση άλλωστε που έπεται της κλήσης και αξιολόγησης από την αναθέτουσα αρχή των παρασχεθεισών διευκρινήσεων. Για το λόγο τούτο, το αίτημα της προσφεύγουσας περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε κλήση προς διευκρινήσεις των συμμετεχουσών εταιρειών για τις προσφορές των οποίων είχε υπόνοιες ή έστω ενδείξεις ότι παρίστανται ασυνήθιστα χαμηλές πρέπει να κριθεί ότι προβάλλεται βασίμως, πρωτίστως διότι είχε γίνει αποδέκτης –η αναθέτουσα αρχή- δύο Υπομνημάτων με σχετικές αιτιάσεις από την 9η και 4η (την 8.8.2019 και 14.10.2019 αντιστοίχως) στη σειρά μειοδοσίας εταιρειών, τα

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

οποία εσφαλμένως αντιπαρήλθε εν σιγή (πρβ. ΕΑ ΣτΕ 295/2011, 1260, 841/2010, 127/2009, 1208/2008, 1257/2009 κ.α.) δεδομένου ότι όχι μόνο δεν προέβη σε κλήση προς διευκρινήσεις αλλά δεν διατύπωσε και ουδέν συναφώς στη προσβαλλομένη απόφαση της. Επέκεινα, η αναφορά από τη προσφεύγουσα διά της προσφυγής της του Υπομνήματος της 9ης στη σειρά μειοδοσίας συμμετέχουσας εταιρείας κρίνεται ότι δεν προβάλλεται απαραδέκτως και άνευ εννόμου συμφέροντος αλλά αντιθέτως επιρρωνύει τον ισχυρισμό της περί ύπαρξης ενδείξεων για ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και κατ' ακολουθίαν το αίτημα της περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να κινήσει τη διαδικασία του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016.

21. Επειδή, υπό τα ανωτέρω νομολογιακά και πραγματικά δεδομένα της υπόθεσης, με έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα, ούσα κατά την αναθέτουσα αρχή πέμπτη στη σειρά μειοδοσίας και μη οριστικώς αποκλεισθείσα, βάλλει με την προσφυγή της τόσο κατά της αναδειχθείσας με την προσβαλλόμενη απόφαση προσωρινής αναδόχου όσο και κατά των επόμενων τεσσάρων μειοδοτριών συμμετεχουσών εταιρειών. Εν προκειμένω δε εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να εκτιμήσει και αξιολογήσει, μετά την κλήση προς τις αναγκαίες διευκρινήσεις των συμμετεχόντων των οποίων οι προσφορές φέρονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, το ζημιογόνο ενδεχομένως τούτων των προσφορών. Συνεπώς αλυσιτελώς προβάλλονται ειδικότεροι υπολογισμοί κόστους και στοιχεία προσφορών από τη προσφεύγουσα, δεδομένου ότι σε αυτό το στάδιο της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας το μόνο βασίμως προβαλλόμενο ζητούμενο είναι να θεραπευθεί η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής δεδομένου ότι η αξιολογική κρίση της, στο πλαίσιο άσκησης της διακριτικής της ευχέρειας (βλ. σκ. 18) έπεται, της κλήσης και παροχής των διευκρινήσεων.

22. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η αναθέτουσα αρχή υπέχει την σχετική υποχρέωση να εκτιμήσει τους επίδικους ισχυρισμούς περί ασυνήθιστα χαμηλού κόστους που διατυπώνονται κατά το πρώτον με την παρούσα προσφυγή. Και τούτο ειδικότερα διότι, σύμφωνα με παγία νομολογία η αναθέτουσα αρχή οφείλει εν προκειμένω να απαντήσει ειδικά και

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

εμπεριστατωμένα στους ισχυρισμούς της προδικαστικής προσφυγής, διά της αιτιολόγησης της απόφασης της, αφού προηγουμένως έχει καλέσει τους διαγωνιζόμενους και έχει λάβει τις αναγκαίες διευκρινήσεις τους, σύμφωνα με το άρθρο 88 του Ν.4412/2016, το οποίο δεν αφίσταται της προηγούμενης ρύθμισης, εφ'ής η παγία νομολογία. Επιπροσθέτως, ως γίνεται δεκτό, η ΑΕΠΠ σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή και να ενεργήσει η ίδια, αντ'αυτής, τις οφειλόμενες κατά τον νόμο διαδικαστικές πράξεις του διαγωνισμού, που παρέλειψε η αναθέτουσα αρχή, καθώς η δικαιοδοσία της ΑΕΠΠ αφορά περιοριστικά στην ακύρωση ή την επικύρωση της προσβαλλόμενης σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 και του οικείου νομοθετικού πλαισίου. Ιδία δε εν προκειμένω η ΑΕΠΠ δεν δικαιούται ούτε δύναται σύμφωνα με τον νόμο να ζητήσει και να λάβει τις αναγκαίες διευκρινήσεις από τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς, ώστε εν συνεχεία να καταστεί δυνατή η αξιολόγηση των ειδικότερων και συγκεκριμένων αιτιάσεων της προσφυγής περί κόστους των φερόμενων ως ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, σε συνδυασμό με την λυσιτέλεια και βασιμότητα των διευκρινήσεων που χορηγήθηκαν. Αντιθέτως η αναθέτουσα αρχή εφόσον με την προδικαστική προσφυγή έχουν προβληθεί συγκεκριμένες ειδικές και κοστολογημένες αιτιάσεις, μεταξύ άλλων, περί της ανεπάρκειας του κόστους ασφαλικών υλικών, δύναται και υποχρεούται-εφόσον δεν αιτιολόγησε ειδικά και εμπεριστατωμένα διά της προσβαλλόμενης απόφασης εάν οι υποβληθείσες προσφορές είναι ή όχι ασυνήθιστα χαμηλές- να ζητήσει και να λάβει τις αναγκαίες διευκρινήσεις και να επαναλάβει την διαδικασία από το σημείο αυτό (ΣΤΕ243, 244/2011), όπου και εμφίλοχώρησε η παράλειψη. Για τους λόγους αυτούς και ιδία επειδή η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να ζητήσει και να λάβει από τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς τις αναγκαίες, συγκεκριμένες, ειδικές και αποδεδειγμένες διευκρινήσεις τους επί των κονδυλίων και κόστους της οικονομικής τους προσφοράς, ώστε να καταστεί δυνατή η αξιολόγηση των και να είναι εφικτή η κρίση περί ασυνήθιστα ή όχι χαμηλών προσφορών, οι λόγοι της υπό εξέταση προσφυγής

### **Αριθμός απόφασης: 13 / 2020**

πρέπει να γίνουν δεκτοί και κατά συνέπεια η προσβαλλόμενη απόφαση να ακυρωθεί.

23. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται τη Προσφυγή.

Απορρίπτει τη Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 2599/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας .... καθ'ό μέρος παρέλειψε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει διευκρινίσεις από τις εταιρίες «.....», «.....», «.....» και «....» για την τιμή και το κόστος που έκαστη εξ αυτών προτείνει στην προσφορά της.

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

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 18 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 7 Ιανουαρίου 2020.

**Ο Πρόεδρος**  
**Κωνσταντίνος Κορομπέλης**

**Η Γραμματέας**  
**Τζέιμυ Γιάννακα**  
**α.α**  
**Βασιλική Κωστή**