

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 15^η Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7/12/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ
1298/10.12.2018, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....»,
που εδρεύει στον,, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα
επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 2623/2018 απόφαση της Οικονομικής
Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία
Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί
το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017
e-παράβολο, ύψους 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό
....., αντίγραφο της Τράπεζας της 7/12/2018 που
αποδεικνύει την πληρωμή του, καθώς και εκτύπωση από τη σελίδα της
Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου
Οικονομικών των στοιχείων του ως άνω παραβόλου, με αναφορά
κατάστασης «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αριθμό πρωτ.διακήρυξη η
αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό διεθνή διαγωνισμό για την επιλογή

Αριθμός απόφασης: 133/2019

αναδόχου κατασκευής του υποέργου «.....» στα πλαίσια του έργου «.....», συνολικού προϋπολογισμού 4.032.258,06 ευρώ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή.

3.Επειδή περίληψη της προκήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της ΕΕ στις 15-10-2018 (.....), ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 27/10/2018 (ΑΔΑΜ :) και στο ΕΣΗΔΗΣ (δημόσια έργα) όπου έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν έξι οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η εταιρεία «.....» με τις με αριθμό συστήματος 100258 και 98389 προσφορές αντίστοιχα.

5. Επειδή η με αριθμ. 2623/2018 προσβαλλόμενη απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (αριθμός πρακτικού 57/2018) κοινοποιήθηκε - μετά της με αριθμό πρωτ. 37379/4620 της 29/11/2018 συνοδευτικής επιστολής και της με αριθμό πρωτ. 378343/9963/οικ της 29/11/2018 επιστολής περί ανάρτησης της προσβαλλόμενης στην ιστοσελίδα του Προγράμματος Διαύγεια (με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης ΑΔΑ:) και ενημέρωσης για τη δυνατότητα άσκησης προσφυγής κατά αυτής - την 29/11/2018 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» σε όλους τους συμμετέχοντες. Με την εν λόγω προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το από 27-11-2018 Πρακτικό υπ' αρ. 1, σύμφωνα με το οποίο ανακηρύσσεται μειοδότης -προσωρινός ανάδοχος του υποέργου «.....» (ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ: 5.000.000,00 € (με Φ.Π.Α.) / 4.032.258,06€ (χωρίς Φ.Π.Α.), ΕΡΓΟ : «.....») η εταιρεία «.....» με ποσοστό έκπτωσης 72,86%.

6. Επειδή την 7/12/2018 η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) 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, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης την 29/11/018, με τη 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.

Αριθμός απόφασης: 133/2019

7. Επειδή η προσφεύγουσα, ως διαγωνιζομένη, της οποίας η προσφορά έχει κριθεί τεχνικά αποδεκτή, και είναι δεύτερη σε κατάταξη μειοδοσίας παρίσταται με προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, αιτούμενη τον αποκλεισμό της προσωρινής αναδόχου από τη συνέχεια της διαδικασίας ανάθεσης της οικείας δημόσιας σύμβασης, που θεμελιώνεται στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών της και στην ανάδειξη της ίδιας ως προσωρινής αναδόχου (βλ. ΣΤΕ (ΑΣΦ) 48/2017, ΣΤΕ 678/2016).

8. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή την 11/12/2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη με την με αριθμό 394135/10376/οικ. /11-12-2018 επιστολή, σε γνωστοποίηση της άσκησης της υπό κρίση προσφυγής στον θιγόμενο – από ενδεχόμενη αποδοχή της υπό εξέταση προσφυγής - οικονομικό φορέα και τους λοιπούς συμμετέχοντες με ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ).

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 14/12/2018 στην ΑΕΠΠ μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) και με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο τις με αριθμό πρωτ. 392104/10340 Απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής μετά σχετικών εγγράφων σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 9 παρ. 2 του ΠΔ. 39/2017.

11. Επειδή σε συνέχεια σχετικού ερωτήματος της εισηγήτριας, την 14/1/2019 η αναθέτουσα απάντησε ως εξής «...Ο Ν. 4412 (ΦΕΚ Α' 147/08-08-2016) ορίζει σαφώς ότι στους διαγωνισμούς ανοικτής διαδικασίας το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή χωρίς να προβλέπει καμία διαδικασία αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων.

Η μόνη ευχέρεια που δίνει στις Αναθέτουσες Αρχές περιγράφεται στο άρθρο 88 «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές (άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»είναι:

Αριθμός απόφασης: 133/2019

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.

.....

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 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.

Τέτοια όμως εγκύκλιος του Υπουργού ΥΠΟΜΕΔΙ δεν έχει εκδοθεί ακόμα.

Κατόπιν αυτών είναι προφανές ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν διαθέτει κανένα αντικειμενικό στοιχείο προκειμένου να χαρακτηρίσει αιτιολογημένα μία οικονομική προσφορά (εν προκειμένω της προσφορά της «.....») ως ασυνήθιστα χαμηλή και κάθε κρίση της επ' αυτού θα ήταν αυθαίρετη. Αντίθετα θα μπορούσε να κατηγορηθεί για μεροληψία υπέρ της «.....» και για ζημία του ελληνικού δημοσίου ποσού 806.290,37 €.

Το μόνο συγκριτικό στοιχείο που είχε υπόψη της η Επιτροπή ήταν η επισυναπτόμενη Σύμβαση Κατασκευής Έργου «.....» ανάδοχος του οποίου είναι η προσφεύγουσα: «.....» με ποσοστό έκπτωσης 70,39 %. Η συγκεκριμένη οικονομική προσφορά έγινε δεκτή τόσο από την Επιτροπή Διαγωνισμού όσο και από την Οικονομική Επιτροπή.

Εξ αντικειμένου δεν υπάρχει τρόπος να υπολογιστεί σε ανάλογα αντιπλημμυρικά έργα μια οικονομική προσφορά με ποσοστό έκπτωσης 70,39 % ως αποδεκτή και μια άλλη οικονομική προσφορά με ποσοστό έκπτωσης 72,86% ως ασυνήθιστα χαμηλή.....».

Αριθμός απόφασης: 133/2019

12. Επειδή η προσφεύγουσα με την προσφυγή της υποστηρίζει τα εξής : « Δια της παρούσας προσβάλλεται η υπ' αριθμόν 2623/29-11-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της, με την οποία ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του επίμαχου έργου η εταιρία «.....», που προσέφερε ποσοστό έκπτωσης 72,86%.

Ειδικότερα, στον επίμαχο διαγωνισμό έλαβαν μέρος 6 οικονομικοί φορείς, που κατετάγησαν ως ακολούθως στον σχετικό πίνακα μειοδοσίας:

- 1) «.....» με ποσοστό έκπτωσης 72,86%.
- 2) «.....» με ποσοστό έκπτωσης 51,43%.
- 3) «.....» με ποσοστό έκπτωσης 49%.
- 4) «.....» με ποσοστό έκπτωσης 48%.
- 5) «.....» με ποσοστό έκπτωσης 37,02%.
- 6) «.....» με ποσοστό έκπτωσης 33,86%.

Συγκεκριμένα, ο προϋπολογισμός προσφοράς περιλαμβάνει δύο ομάδες εργασιών: Για την πρώτη εξ αυτών {«Φορτοεκφορτώσεις, Εκσκαφές, Καθαιρέσεις, Καθαρισμοί, Επιχώσεις»}, προϋπολογισμού 1.281.147,5 ευρώ, ο 1^{ος} μειοδότης προσέφερε έκπτωση 74%, δηλαδή προσεφέρθη να τις εκτελέσει αντί 333.098,35 ευρώ (ήτοι κατά 948.049,15 ευρώ φθηνότερα σε σχέση με τον προϋπολογισμό μελέτης). Για την δεύτερη («Έργα Προστασίας Κοίτης & Πρανών»), προϋπολογισμού 1.689.971,5 ευρώ, ο 1^{ος} μειοδότης προσέφερε έκπτωση 72%, δηλαδή προσεφέρθη να τις εκτελέσει αντί 473.192,02 ευρώ (ήτοι κατά 1.215.779,48 ευρώ φθηνότερα σε σχέση με τον προϋπολογισμό μελέτης).

Η Οικονομική Επιτροπή της, αντί να διαπιστώσει, ως όφειλε, τον προδήλως υπερβολικά χαμηλό χαρακτήρα της προσφοράς του 1^{ου} μειοδότη (καθόσον είναι οφθαλμοφανές το, μάλλον πρωτοφανές, γεγονός της διαφοράς εκπτώσεως μεταξύ και 2^{ου} μειοδότη της τάξεως του 21,43%!!!) και να κινήσει την διαδικασία του άρθρου 88 του Ν 4412/2016, ενέκρινε το από 27-11-2018 Πρακτικό 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού και τον ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο. Της ανωτέρω, παράνομης και εσφαλμένης, αποφάσεως αιτούμαι με την παρούσα την ακύρωση και εξαφάνιση για τους ακόλουθους λόγους:

Α.1. Κατά την άποψή μου, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι, άνευ άλλου πινός, ακυρωτέα, λόγω, παντελούς, ελλείψεως της ειδικής αιτιολόγησης

που απαιτείτο ενόψει και των συγκεκριμένων συνθηκών.

2. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει - υποχρεούται, πάντα, να ελέγχει την συνδρομή περίπτωσης αιτιολόγησης. Αυτό ισχύει, κατά μείζονα λόγο, αν υποβληθούν προσφορές που παρουσιάζονται ως «έκδηλα υπερβολικά χαμηλές» (βλ Δ Ράικο/Ε Βλάχου/Ε Σαββίδη, «Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο», 1η έκδοση/2018, 1ος τόμος, άρθρο 89, σελ 858).

3. Στις περιπτώσεις των έκδηλα υπερβολικά χαμηλών προσφορών, ανακύπτει υποχρέωση ειδικής αιτιολόγησης της κατακυρωτικής απόφασης. Συγκεκριμένα, νομολογείται ότι «όταν η προσφορά του προσωρινού μειοδότη, παρίσταται κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας ασυνήθιστα χαμηλή, λόγω της μεγάλης απόκλισής της από τον προϋπολογισμό της υπηρεσίας, πρέπει να παρατίθενται στην κατακυρωτική απόφαση τα κριτήρια και στοιχεία εκείνα, επί τη βάση των οποίων αξιολογήθηκε το δημόσιο συμφέρον και κρίθηκε περεταίρω, ότι αυτό ικανοποιείται με την προσφερθείσα έκπτωση, άλλως η πράξη κατακύρωσης είναι μη νόμιμη λόγω έλλειψης αιτιολογίας» (βλ κατά λέξη την 5η σκέψη της υπ' αριθ 49/2015 Πράξης του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, βλ επίσης ad hoc ΕΣ/VI Τμήμα 3333/2015, ΕΣ/Ε' Κλιμάκιο 13/2015).

4. Εν προκειμένω, δεν επιδέχεται λογική αμφιβολία, ότι η προσφορά του 1^{ου} μειοδότη (που υπολείπεται κατά 72,86% του προϋπολογισμού μελέτης και είναι κατά 21,43% φθηνότερη σε σχέση με την προσφορά του αμέσως επόμενου, κατά σειρά μειοδοσίας, διαγωνιζομένου) τυγχάνει εκδήλως υπερβολικά χαμηλή. Παρά ταύτα, ούτε από την προσβαλλόμενη απόφαση, αλλά ούτε και από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν οι λόγοι για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή έκρινε, ότι από μία τέτοια (πρωτοφανή για έργο τέτοιας φύσεως) προσφορά, διασφαλίζεται η έντεχνη και εμπρόθεσμη υλοποίηση της εργολαβίας και κατ' επέκταση το δημόσιο συμφέρον.

Β1. Πέραν των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή, ναι μεν έχει διακριτική ευχέρεια όσον αφορά στην διαπίστωση περί του ότι η προσφορά κάποιου οικονομικού φορέα παρουσιάζεται ως ασυνήθιστα χαμηλή (οπότε και ανακύπτει δεσμία αρμοδιότητά της να τον καλέσει να την αιτιολογήσει), πλην όμως, δεν είναι απεριορίστη (καθόσον «οι σχετικές αποφάσεις θα πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 133/2019

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», βλ ΑΕΠΠ 336/2018, 1° Κλιμάκιο, σκ 50, σελ 39).

Αντίθετα, η εν λόγω διακριτική ευχέρεια ελέγχεται ακυρωτικά από την άποψη της τηρήσεως των ακραίων ορίων της (βλ ΕΣ/Ε' Κλιμάκιο 387/2018, σκ Β', σελ 9, αδημοσίευτη -προσκομιζόμενη, ΑΕΠΠ 336/2018, 1° Κλιμάκιο, σκ 36, σελ 29). Ειδικότερα, «η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εκτιμήσει αν οι υποβληθείσες προσφορές περιέχουν ένδειξη ικανή να δημιουργήσει την υποψία ότι ενδέχεται να είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Αν υφίστανται ενδείξεις ικανές να δημιουργήσουν αυτή την υποψία, τότε η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί, σε δεύτερο στάδιο, στον έλεγχο της συνθέσεως της προσφοράς» (βλ ΑΕΠΠ 854/2018, 1° Κλιμάκιο, σκ 27, σελ 40-41), διότι άλλως, υπερβαίνει τα όρια της διακριτικής της ευχέρειας (επισημαίνεται πως «το γεγονός ότι δεν έχει εκδοθεί Εγκύκλιος του Υπουργού Υποδομών, κατ' επίκληση της παραγράφου 4 του άρθρου 88, για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής, δεν απαλλάσσει τις αναθέτουσες αρχές από την δυνατότητα αξιολόγησης μίας προσφοράς ως υπερβολικά χαμηλής, διατυπώνοντας αιτιολογημένη, ad hoc, κρίση περί του τεθέντος ζητήματος. Και τούτο διότι, αφενός η διάταξη του άρθρου 88 είναι πλήρης, ώστε να μπορεί να εφαρμοστεί από τις αναθέτουσες αρχές, αφετέρου, η διάταξη αυτή παρέχει απλώς ευχέρεια στον αρμόδιο Υπουργό να εκδώσει σχετική Εγκύκλιο», βλ ΕΣ/Ε' Κλιμάκιο 387/2018, σκ Β', σελ 9).

2. Τα κριτήρια που λαμβάνονται υπόψη κατά τον έλεγχο της τυχόν υπέρβασης των ακραίων ορίων της ανωτέρω διακριτικής ευχέρειας (προκειμένου, δηλαδή, να κριθεί το αν, παρά την ύπαρξη υποψίας, η αναθέτουσα αρχή δεν προχώρησε, παρανόμως, στο επόμενο στάδιο προς εξακρίβωσή της) είναι τα ακόλουθα: α) Το ποσοστό της εκπτώσεως, αυτό καθ' αυτό.

Ο προσδιορισμός της έννοιας της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς (ήτοι «της προσφοράς για την οποία, ενόψει των ευνοϊκών όρων που περιέχει δημιουργούνται αμφιβολίες για την σοβαρότητα ή την φερεγγυότητά της, δηλαδή για την δυνατότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει την σύμβαση

Αριθμός απόφασης: 133/2019

σύμφωνα με τους προσφερόμενους όρους», βλ Ράικο «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», 2^η έκδοση/2017, σελ 499) γίνεται, βέβαια, συγκεκριμένα, για κάθε σύμβαση και σε σχέση με το αντικείμενό της, πλην όμως «δεν αποκλείεται η χρησιμοποίηση ενός μαθηματικού κριτηρίου (κατωφλιού) για τον προσδιορισμό των υπερβολικά χαμηλών προσφορών, όπως εν προκειμένω το προκύπτει από τη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου ποσοστό έκπτωσης 50% (βλ ενδεικτικά ΕλΣυν Πράξεις ΣΤ' Κλιμακίου 104-105/2009). ... Το ως άνω όριο 50% έκπτωσης τίθεται ενδεικτικά, υπό την έννοια ότι η προσέγγιση του δημιουργεί μία εύλογη ένδειξη περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» (βλ ΑΕΠΠ 235/2017, 6° Κλιμάκιο, σκ 4, σελ 5-6, ΕΣ/Ζ' Τμήμα 316/2017).

Εν προκειμένω, δεν θεωρώ ότι χρειάζεται οιαδήποτε ανάλυση το, οφθαλμοφανές, γεγονός, ότι η έκπτωση του 1^{ου} μειοδότη, που υπερβαίνει κατά 22,86% το (έστω και ενδεικτικού χαρακτήρα) προαναφερόμενο κατώφλιο, δημιουργεί, όχι απλώς μια εύλογη ένδειξη, αλλά μια πλήρη απόδειξη περί του ότι πρόκειται περί υπερβολικά χαμηλής προσφοράς, που καθιστά επιβεβλημένη (επί ποινή υπέρβασης των ακραίων ορίων της σχετικής διακριτικής ευχέρειας) την κίνηση της διαδικασίας αιτιολόγησής της. β) Το ύψος των λοιπών οικονομικών προσφορών.

Τα ανωτέρω ισχύουν, κατά μείζονα λόγο, όταν εκτός της υπέρβασης του προαναφερομένου κατωφλιού (και μάλιστα, σε τεράστιο βαθμό, όπως στην κρινομένη περίπτωση) «οι υπόλοιπες οικονομικές προσφορές απέχουν κατά πολύ από αυτό και είναι περισσότερες» (βλ ΑΕΠΠ 235/2017, 6° Κλιμάκιο, σκ 4, σελ 5-6).

Εν προκειμένω, η διαφορά της έκπτωσης μεταξύ 1^{ου} και 2^{ου} μειοδότη είναι της τάξεως του 21,43%, ακόμα μεγαλύτερη δε είναι η διαφορά σε σχέση με τις εκπτώσεις των λοιπών, τεσσάρων, διαγωνιζομένων. Πράγματι, ο μέσος όρος των λοιπών (πέντε) εκπτώσεων που προσεφέρθησαν (ο οποίος, επίσης, συνεκτιμάται, βλ ΕΣ/Ε' Κλιμάκιο 387/2018, σκ Γ', σελ 9) ανέρχεται σε 43,86%, υπολείπεται δηλαδή κατά 29% της προσφοράς του 1^{ου} μειοδότη, γ) Οι συνήθεις τιμές της σχετικής αγοράς.

Η μεγάλη απόκλιση της ερευνώμενης έκπτωσης από αυτές που προσφέρονται σε παρεμφερή έργα, δηλαδή «από τις συνήθεις αγοραίες τιμές» (βλ ΑΕΠΠ 336/2018, 1° Κλιμάκιο, σκ 48, σελ 39, ΑΕΠΠ 854/2018, 1°

Αριθμός απόφασης: 133/2019

Κλιμάκιο, σκ 27, σελ 40), αρκεί, αφ' εαυτής, προκειμένου να δημιουργήσει τις υποψίες που αρκούν για να καταστεί επιβεβλημένη η διαδικασία της αιτιολόγησης. Παρεμφερείς δημοπρασίες, ιδίως όταν διενεργήθηκαν από την ίδια αναθέτουσα αρχή, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, καθόσον παρέχουν ασφαλές κριτήριο εκτίμησης του υπερβολικά χαμηλού χαρακτήρα της προσφοράς (βλ ΕΣ/VI Τμήμα 2028/2018, σκ V, σελ 13, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 88/2015).

Εν προκειμένω, το έτος 2013, η ίδια αναθέτουσα αρχή (.....) διενήργησε δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό, με τον ίδιο ακριβώς τίτλο («.....»), ίδιο ακριβώς αντικείμενο και παρεμφερή προϋπολογισμό (5.121.951,22 ευρώ, πλέον ΦΠΑ). Ο ανακηρυχθείς ανάδοχος είχε προσφέρει έκπτωση 53%, ενώ ο προσωρινός μειοδότης της επίμαχης δημοπρασίας είχε καταταγεί 2^{ος} με έκπτωση 43,73%. Δοθέντος του ότι ο ανάδοχος, αντιληφθείς προφανώς το ασύμφορο της προσφοράς του, φρόντισε να απεμπλακεί από το έργο, με την υπ' αριθ 108/2014 απόφαση της ΟΕ της, αυτό ανατέθηκε στον νυν προσωρινό μειοδότη, ο οποίος ανέλαβε (δια της από 8-5-2014 σχετικής σύμβασης) την υποχρέωση να το εκτελέσει με την ανωτέρω έκπτωση (43,73%). Αποδεικνύεται συνεπώς, ότι η ίδια εργοληπτική επιχείρηση, για ίδιο έργο, της ίδιας αναθέτουσας αρχής, είχε προσφέρει έκπτωση κατά $(72,86\% - 43,73\% =) 29,13\%$ χαμηλότερη αυτής που προσέφερε για να εκτελέσει την επίμαχη εργολαβία, δ) Η κοινή πείρα και λογική.

Τα διδάγματα της κοινής πείρας συγκαθορίζουν, πάντοτε, τα άκρα όρια της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης.

Εν προκειμένω, ενόψει των διδαγμάτων αυτών και των δεδομένων της κρινομένης περίπτωσης (τεράστια έκπτωση, αποκλίνουσα ουσιωδώς από τις προσφορές των λοιπών διαγωνιζομένων, αλλά και από αυτή με την οποία η ίδια επιχείρηση είχε εκτελέσει, σχετικά πρόσφατα, ίδιο έργο), θεωρώ ότι προκύπτει πως θα ήταν, μάλλον, παράλογο να υποστηριχθεί ότι η επίμαχη προσφορά δεν χρήζει αιτιολόγησης, προς προστασία, όχι μόνο του υγιούς ανταγωνισμού, αλλά και των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, η οποία οφείλει να διασφαλίσει εκ των προτέρων το βιώσιμο της προσφοράς του υποψηφίου αναδόχου εκτέλεσης ενός τέτοιου, κυρίως χωματουργικού -

Αριθμός απόφασης: 133/2019

δυσχερώς επιμετρούμενου (με ότι αυτό, αυτονοήτως, συνεπάγεται) έργου. Αν και σε μία τέτοια περίπτωση δύναται η αναθέτουσα αρχή να αντιπαρέλθει σιωπηρώς τον έκδηλα υπερβολικά χαμηλό χαρακτήρα της προσφοράς, δε νομίζω ότι θα καταλείπετο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 88 του Ν 4412/2016.

Β. Συνεπώς προκύπτει, ευθέως, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα και λόγω κακής χρήσης της σχετικής διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, η οποία υπερέβη τα άκρα όριά της, παραλείποντας να ζητήσει αιτιολόγηση μίας τέτοιας, πρωτοφανώς, υπερβολικά χαμηλής, προσφοράς.

Γ. Άλλωστε, ακόμα και στις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο ασυνήθιστα χαμηλός χαρακτήρας της οικονομικής προσφοράς δεν προκύπτει ευθέως από την κοινή πείρα και λογική, νομολογείται, ότι «όταν διαγωνιζόμενος προβάλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, γεννάται για την διοίκηση αντίστοιχη υποχρέωση απαντήσεως (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 197/2015, 295/2011, 1260, 629/2010, 127/2009, 292/2008)» (βλ κατά λέξη ΕΑ ΣτΕ 132/2016, βλ και ΕΑ ΣτΕ 22/2017, Διοικ Εφ Αθ 1528/2014 κλπ).

2. Υπό το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς ενδικοφανούς και δικαστικής προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο, ο διαγωνιζόμενος όφειλε να προβάλει τους υπόψη ισχυρισμούς δια της ενστάσεως του ενώπιον της αναθέτουσας αρχής. Πλέον όμως, αφού δεν υφίσταται δυνατότητα ενστάσεως, οι ισχυρισμοί αυτοί μπορούν να προβληθούν δια της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ (βλ. ΑΕΠΠ 336/2018, 1^ο Κλιμάκιο).

3. Εν προκειμένω, αποδεικνύεται, ευχερώς, ότι η προσφορά του 1^{ου} μειοδότη είναι (προδήλως) υπερβολικά χαμηλή. Όχι μόνο δεν καταλείπει οιοδήποτε περιθώριο επιτεύξεως ευλόγου κέρδους, αλλά, αντιθέτως δημιουργεί την βεβαιότητα περί του ότι το έργο δεν δύναται να κατασκευαστεί, άρτια, εμπρόθεσμα και με την τήρηση των κειμένων διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Προκύπτει δηλαδή, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι, και για τον λόγο αυτό, ακυρωτέα. Προς, πλήρη, απόδειξη του ανωτέρω ισχυρισμού μου, αρκεί να επικαλεσθώ τις ακόλουθες περιπτώσεις: α) Το, κραυγαλέα, ασύμφορο της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου

Αριθμός απόφασης: 133/2019

προκύπτει, ιδίως, από τα δεδομένα της εργασίας «λιθορριπές προστασίας κοίτης και πρανών βάρους 200 έως 500 kg» (α/α 25 εργασία της ομάδας Β του προϋπολογισμού). Συγκεκριμένα:

Προβλέπονται 47.500 κυβικά μέτρα ειδικών πετρωμάτων, μεγάλου βάρους (200 έως 500 κιλά), με τιμή μονάδας 27,5 ευρώ/κυβικό μέτρο και συνολική δαπάνη 1.306.250 ευρώ.

Για την προμήθεια και μεταφορά των εν λόγω πετρωμάτων, ο προσωρινός μειοδότης προσέφερε τιμή μονάδας $[27,5 \times (1 - 0,72) =]$ 7,7 ευρώ/κυβικό μέτρο, δηλαδή υποτετραπλάσια τιμή (κατά 19,8 ευρώ λιγότερη της προϋπολογιζομένης) και συνολική δαπάνη 365.750 ευρώ (κατά 940.500 ευρώ λιγότερα των προϋπολογιζομένων).

Τα ασβεστολιθικά πετρώματα μεγάλου βάρους (200 έως 500 κιλά) διατίθενται, ασφαλώς, μόνο από (αδειοδοτημένα) λατομεία.

Όπως προκύπτει από την (προσκομιζόμενη) υπ' αριθ πρωτ 383690/5-12-2018 βεβαίωση της Διεύθυνσης Ανάπτυξηςτης, τέτοια λατομεία δεν υφίστανται στην περιοχή εκτελέσεως του έργου, ήτοι εντός των γεωγραφικών ορίων της

Λατομεία που να διαθέτουν δυνατότητα διάθεσης τέτοιων πετρωμάτων για το συγκεκριμένο έργο υφίστανται δύο, στην περιοχή τουστην, και συγκεκριμένα υπάρχει το λατομείο της εταιρίαςκαι το λατομείο της εταιρίας Σε αυτά ακριβώς τα λατομεία ήμουν αναγκασμένη να προσφύγω και εγώ (αλλά και όλοι οι διαγωνιζόμενοι) προκειμένου να λάβω προσφορές και να προετοιμάσω έτσι την συμμετοχή μου στον διαγωνισμό.

Όπως προκύπτει εκ της (προσκομιζόμενης) από 1-11-2018 προσφοράς, η εταιρία, πωλεί τις πέτρες αυτές προς 5 ευρώ ανά τόνο, δηλαδή (με δεδομένο το ότι το ειδικό βάρος της πέτρας είναι 1.500 κιλά/κυβικό μέτρο) προς $(5 \times 1,5 =)$ 7,5 ευρώ/κυβικό μέτρο. Χρεώνει επίσης 4 ευρώ/τόνο για μεταφορικά. Όπως προκύπτει εκ της (προσκομιζόμενης) από 20-11-2018 προσφοράς, η εταιρία, πωλεί τις πέτρες αυτές προς 4,3 ευρώ ανά τόνο, δηλαδή προς $(4,3 \times 1,5 =)$ 6,75 ευρώ/κυβικό μέτρο. Χρεώνει επίσης 4,5 ευρώ/τόνο, ήτοι $(4,5 \times 1,5 =)$ 6,75 ευρώ/κυβικό μέτρο, για μεταφορικά.

Αν ληφθεί υπόψη η φθηνότερη από τις ανωτέρω προσφορές, των δύο μοναδικών λατομείων που μπορούν να προμηθεύσουν τα εν λόγω ειδικά

Αριθμός απόφασης: 133/2019

πετρώματα για το επίμαχο έργο (ήτοι η προσφορά του λατομείου της), προκύπτει ότι για την εκτέλεση της εν λόγω εργασίας απαιτείται, κατ' ελάχιστο, δαπάνη (6,45 ευρώ/κυβικό μέτρο για την προμήθεια + 6,75 ευρώ/κυβικό μέτρο για την μεταφορά =) 13,2 ευρώ/κυβικό μέτρο, δηλαδή συνολική δαπάνη (47.500 κυβικά μέτρα X 13,2 ευρώ/κυβικό μέτρο =) 627.000 ευρώ.

Σύμφωνα με την οικονομική προσφορά του προσωρινού μειοδότη, το συνολικό κόστος των εργασιών του ανέρχεται σε 806.290,37 ευρώ. Εξ αυτών, τα 333.098 ευρώ αντιστοιχούν στις εργασίες της ομάδας Α' και τα 473.192,02 ευρώ στις εργασίες της ομάδας Β'. Συνεπώς, οι λοιπές (πλην της επίμαχης) εργασίες της ομάδας Β', κοστίζουν, σύμφωνα με τον προσωρινό μειοδότη (473.192,02 - 365.750 =) 107.442 ευρώ.

Αν θεωρηθεί, εντελώς υποθετικά, ότι οι λοιπές εργασίες της ομάδας Β' κοστίζουν πράγματι 107.442 ευρώ, αν ληφθεί υπόψη το πλήρως αποδεδειγμένο γεγονός ότι για την επίμαχη εργασία των λιθορριπών απαιτούνται, κατ' ελάχιστο 627.000 ευρώ και αν προστεθεί στο ποσό αυτό το (αληθές υποτιθέμενο) κόστος που προϋπολογίζει ο προσωρινός μειοδότης για την ομάδα Α', προκύπτει, ότι το συνολικό κόστος του ανέρχεται σε (107.442 + 627.000 + 333.098 =) 1.067.540 ευρώ, ότι δηλαδή υπερβαίνει κατά (1.067.540 - 806.290,37 =) 261.249,63 ευρώ το εργολαβικό αντάλλαγμα που αναμένει να εισπράξει από την εκτέλεση του έργου.

Η βέβαιη αυτή ζημία δεν καλύπτεται (πολλώ δε μάλλον δεν απομένει οιοδήποτε ποσό εύλογου οφέλους), ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί, ότι «με κάποιον μαγικό τρόπο», ο προσωρινός ανάδοχος θα κατόρθωνε να εξασφαλίσει τιμές προμήθειας και μεταφοράς χαμηλότερες ακόμα και κατά 40%, αυτών που (αποδεδειγμένα) προσφέρουν τα δύο λατομεία που (επίσης αποδεδειγμένα) είναι τα μοναδικά που μπορούν να προμηθεύσουν τους αναγκαίους λίθους. Και όλα τούτα, χωρίς καν να συνυπολογιστεί το κόστος του προσωπικού και του μηχανολογικού εξοπλισμού που θα χρησιμοποιηθεί για την τοποθέτησή τους στο έργο.

3) Τα ανωτέρω ενισχύονται και από την πρόσθετη ζημία που προκύπτει όσον αφορά στην εργασία «συρματόπλεγμα και σύρματα συρματοκιβωτίων γαλβανισμένα με κράμα ψευδαργύρου - αλουμινίου (Golfon 75% Ζη - 5% ΑΙ)» (α/α 21 εργασία της ομάδας Β' του προϋπολογισμού). Συγκεκριμένα:

Αριθμός απόφασης: 133/2019

Προβλέπονται 56.000 κιλά με τιμή μονάδας 2,85 ευρώ/κιλό και συνολική δαπάνη 159.600 ευρώ.

Για την προμήθεια και μεταφορά των εν λόγω υλικών, ο προσωρινός μειοδότης προσέφερε τιμή μονάδας $[2,85 \times (1 - 0,72) =] 0,8$ ευρώ/κιλό, δηλαδή κατά 2,05 ευρώ λιγότερη της προϋπολογιζομένης και συνολική δαπάνη 44.800 ευρώ, δηλαδή κατά 114.800 ευρώ λιγότερα των προϋπολογιζομένων.

Τα υπόψη υλικά διατίθενται μόνο από την (εδρεύουσα στη) συρματοουργίαή και από την εταιρία, η οποία τα εισάγει από την Ιταλία.

Όπως προκύπτει εκ της (προσκομιζόμενης) από 18-11-2018 προσφοράς, η εταιρία, πωλεί τα υπόψη είδη αντί 1,35 ευρώ/κιλό, συμπεριλαμβανομένης της δαπάνης μεταφοράς τους στον τόπο του έργου.

Όπως προκύπτει εκ της (προσκομιζόμενης) από 1-11-2018 προσφοράς, η εταιρία, είναι φθηνότερη, καθόσον πωλεί τα υπόψη είδη αντί 1,30 ευρώ/κιλό, συμπεριλαμβανομένης της δαπάνης μεταφοράς τους στον τόπο του έργου.

Συνεπώς, η ελάχιστη δυνατή δαπάνη προμήθειας και μεταφοράς του συρματοπλέγματος στον τόπο του έργου (μη λαμβανομένου, καν, υπόψη του κόστους τοποθετήσεώς τους) ανέρχεται σε $(56.000 \times 1,3 \text{ ευρώ/κιλό} =) 72.800$.

Προκύπτει δηλαδή πρόσθετη (βέβαιη) ζημία του προσωρινού αναδόχου ύψους $(72.800 - 44.800 =) 28.000$ ευρώ, τουλάχιστον.

γ) Ομοίως, ακραία ζημιογόνες, αν βέβαια πρόκειται να εκτελεστούν άρτια, είναι και οι εργασίες της ομάδας Α' και ιδίως η εργασία «καθαρισμοί κοιτών ποταμών ή ρεμάτων από φερτά υλικά ή απορρίμματα με την φόρτωση των προϊόντων επί αυτοκινήτου και την μεταφορά στον χώρο απόθεσης ή απόρριψης σε οποιαδήποτε απόσταση» (α/α 12 εργασία της ομάδας Α' του προϋπολογισμού). Συγκεκριμένα:

Προβλέπονται 200.000 κυβικά μέτρα με τιμή μονάδας 4,90 ευρώ/κυβικό μέτρο και συνολική δαπάνη 980.000 ευρώ.

Για την προμήθεια και μεταφορά των εν λόγω υλικών, ο προσωρινός μειοδότης προσέφερε τιμή μονάδας $[4,9 \times (1 - 0,74) =] 1,27$ ευρώ/κυβικό

Αριθμός απόφασης: 133/2019

μέτρο, δηλαδή κατά 3,63 ευρώ λιγότερη της προϋπολογιζομένης και συνολική δαπάνη 254.800 ευρώ, δηλαδή κατά 725.200 ευρώ λιγότερα των προϋπολογιζομένων.

Εν προκειμένω, ο, ακραία, ζημιογόνος χαρακτήρας της προσφοράς και γι' αυτή την εργασία προκύπτει από κανονιστικές διατάξεις (ΑΤΥΕ), σε συνδυασμό με τις προβλέψεις της σχετικής μελέτης. Σύμφωνα με την ανάλυση τιμής του σχετικού άρθρου του ΑΤΥΕ 6054, η τιμή της υπολογίζεται, κατ' αρχήν, σε 1,15 ευρώ/κυβικό μέτρο. Στην τιμή αυτή προστίθεται και το κόστος μεταφοράς σε απόσταση, τουλάχιστον, 22 χιλιομέτρων, σύμφωνα με την σχετική μελέτη, το οποίο ανέρχεται σε [Ημερήσιο κόστος αυτοκινήτου: 211,2 ευρώ. Μεταφερόμενη ποσότητα ανά δρομολόγιο: 15 κυβικά μέτρα. Σύνολο δρομολογίων ανά δωρο σε απόσταση 22 χιλιομέτρων: 10. Δαπάνη κυβικού μέτρου/χιλιόμετρο: $(211,2/15 \times 10/22 =) 0,0064$ ευρώ και συνολική δαπάνη $(0,064 \times 22 \text{ χιλιόμετρα}) =] 1,4$ ευρώ. Συνεπώς, η *minimum* δαπάνη για την εργασία καθαρισμού και μεταφοράς των προϊόντων εκσκαφής (χωρίς λχ να συνυπολογιστεί η εργατική δαπάνη) ανέρχεται σε $[(1,15 \text{ ευρώ/κυβικό μέτρο} + 1,4 \text{ ευρώ/κυβικό μέτρο} =) 2,55 \text{ ευρώ/κυβικό μέτρο} \times 200.000 \text{ κυβικά μέτρα} =] 510.000$ ευρώ, είναι δηλαδή μεγαλύτερη κατά 255.200 της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου».

13. Επειδή με τις Απόψεις της η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει τα εξής : «...[...]. Σύμφωνα με το άρθρο 88 παρ.6 του Ν.4412/2016 (τ.Α' 147/08-08-2016) «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 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». Λόγω του γεγονότος ότι δεν έχει εκδοθεί έως τώρα η ανωτέρω αναφερόμενη εγκύκλιος, δεν υφίστανται αντικειμενικοί όροι χαρακτηρισμού μίας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής.

Στην παρ.Β2γ της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής, αναφέρεται εσφαλμένα

Αριθμός απόφασης: 133/2019

ο τίτλος αντιπλημμυρικού έργου το οποίο δημοπρατήθηκε από την Υπηρεσία μας στις 09-04-2013. Ο ορθός τίτλος του έργου είναι «.....» (όπως είναι εμφανές από τη συνημμένη στην κατατεθείσα Π.Π. διακήρυξη του έργου) και αφορά εργασίες κατασκευής και όχι συντήρησης αντιπλημμυρικών έργων. Η Υπηρεσία μας δεν έχει δημοπρατήσει πρόσφατα παρεμφερές αντιπλημμυρικό έργο το οποίο να περιλαμβάνει την ιδιαίτερης δυσκολίας εργασία απομάκρυνσης απορριμμάτων, μπαζών και βλάστησης από τη λεκάνη φράγματος (θέση 1 της εγκεκριμένης τεχνικής έκθεσης του δημοπρατούμενου έργου). Στην παρ.Γ3 της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής, αναφέρονται προσφορές συγκεκριμένων εταιρειών προς τον προσφεύγοντα για υλικά τα οποία πρόκειται να ενσωματωθούν στο έργο. Οι προσφορές οι οποίες έχουν δοθεί στον προσωρινό μειοδότη ενδέχεται να διαφοροποιούνται σε σχέση με τις προσκομιζόμενες από τον προσφεύγοντα. Επίσης, δεν αποκλείεται η ύπαρξη προσφορών προς τον προσωρινό μειοδότη και από άλλες εταιρείες πλην των αναφερόμενων στην Προδικαστική Προσφυγή».

14. Επειδή το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 «ΑΣυνήθιστα χαμηλές προσφορές» προβλέπει ότι «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 παράγραφος 1 μπορεί να αφορούν ιδίως:

α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών,

β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου,

γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα,

δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89,

Αριθμός απόφασης: 133/2019

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 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

Αριθμός απόφασης: 133/2019

αρχή μπορεί να αποκλίνει από τα οριζόμενα στις ανωτέρω εγκυκλίους, έπειτα από σύμφωνη γνώμη του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου».

15. Επειδή με βάση το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπεται ρητώς ότι «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...]».

16. Επειδή με το άρθρο 95 του Ν. 4412/2016 με τίτλο « Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται «1. Η οικονομική προσφορά (προσφερόμενη τιμή) δίδεται σε ευρώ. 2. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ορίσει στα έγγραφα της σύμβασης ότι οι οικονομικές προσφορές συντάσσονται και υποβάλλονται, σύμφωνα με τα παρακάτω:

α) αν κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, οι οικονομικοί φορείς προσφέρουν επιμέρους ποσοστά έκπτωσης για κάθε ομάδα τιμών ομοειδών εργασιών του τιμολογίου και του προϋπολογισμού, εκφραζόμενα σε ακέραιες μονάδες επί τοις εκατό (%), ιδίως όταν είναι μεγάλο το πλήθος των τιμών μονάδας, με τις οποίες θα καταρτισθεί η σύμβαση. Οι οικονομικές προσφορές συντάσσονται, αριθμητικώς και ολογράφως, υποχρεωτικά επί του εντύπου που χορηγεί η αναθέτουσα αρχή. Τα επιμέρους ποσοστά έκπτωσης πρέπει να βρίσκονται σε ομαλή σχέση μεταξύ τους. Ομαλή είναι η προσφορά όταν κανένα επιμέρους ποσοστό έκπτωσης (Ει) δεν είναι μικρότερο από $1,10Εμ-10\%$ ούτε μεγαλύτερο από $0,90Εμ + 10\%$. Προσφορά που έχει αποκλίσεις από τα όρια αυτά είναι απαράδεκτη. Είναι δυνατόν, σε κάποια ή κάποιες ομάδες εργασιών η προσφερόμενη έκπτωση να είναι μηδενική, εφόσον τηρούνται οι παραπάνω απαιτήσεις ομαλότητας ή

β) αν κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, οι οικονομικές προσφορές συντάσσονται με ελεύθερη συμπλήρωση ανοιχτού τιμολογίου, ιδίως όταν οι ποσότητες των εργασιών έχουν προμετρηθεί χωρίς κίνδυνο συμβατικών σφαλμάτων και δεν αναμένονται κατασκευαστικές αποκλίσεις. Στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς χορηγούνται από την αναθέτουσα αρχή, σε ηλεκτρονική ή έντυπη μορφή, σύμφωνα με το σχετικό υπόδειγμα που συμπεριλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης:

αα) τιμολόγιο όμοιο με το τιμολόγιο της υπηρεσίας, στο οποίο όμως οι τιμές είναι ασυμπλήρωτες και

ββ) προϋπολογισμός, όμοιος με τον προϋπολογισμό δημοπράτησης (εκτιμώμενη αξία σύμβασης) της αναθέτουσας αρχής στον οποίο όμως οι τιμές μονάδας, τα γινόμενα και τα αθροίσματα είναι ασυμπλήρωτα.

Το κονδύλιο για απρόβλεπτες δαπάνες, σύμφωνα με την περίπτωση α' της παρ. 3 του άρθρου 156, συμπληρώνεται από την υπηρεσία. Οι οικονομικοί φορείς προσφέρουν τιμές, συμπληρώνοντας ηλεκτρονικά ή έντυπα το ασυμπλήρωτο τιμολόγιο και προϋπολογισμό με τις προσφερόμενες από αυτούς τιμές χωρίς όμως καμία δέσμευση ομαλότητας. Συμπληρώνουν επίσης τα γινόμενα των ποσοτήτων επί τις τιμές, τα επιμέρους και το γενικό άθροισμα, το ποσό για γενικά έξοδα και όφελος εργολάβου (Γ.Ε. και Ο.Ε.) βάσει του αναγραφόμενου ποσοστού, αν προβλέπεται χωριστά και το συνολικό άθροισμα του προϋπολογισμού προσφοράς. Όλες οι τιμές στο τιμολόγιο συμπληρώνονται ολογράφως επί ποινή απαραδέκτου. Αριθμητική μόνο αναγραφή τιμής στο τιμολόγιο δεν λαμβάνεται υπόψη. Η έκπτωση αποτελεί το λόγο του προϋπολογισμού προσφοράς με τον προϋπολογισμό (εκτιμώμενη αξία σύμβασης) της υπηρεσίας, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη το κονδύλιο για απρόβλεπτα (τεκμαρτή έκπτωση) ή

γ) σε περίπτωση εφαρμογής της παραγράφου 1 του άρθρου 50, η οικονομική προσφορά δίδεται αποκλειστικά κατ' αποκοπή για ολόκληρο το έργο ή για τμήματα του έργου. Οι οικονομικές προσφορές συντάσσονται υποχρεωτικά επί του εντύπου που χορηγεί η αναθέτουσα αρχή ή βάσει υποδείγματος που περιλαμβάνεται ως Παράρτημα στα έγγραφα της σύμβασης. Με τα έγγραφα της σύμβασης μπορεί να ζητείται και ανάλυση της

κατ' αποκοπήν προσφοράς από το οικονομικό φορέα, προκειμένου να διαπιστωθούν και να αποτιμηθούν διαφοροποιήσεις που ενδεχόμενα θα προκύψουν, κατά το στάδιο της εκτέλεσης. Στην περίπτωση αυτή η ανάλυση της κατ' αποκοπήν προσφοράς επισυνάπτεται στη σύμβαση ή

δ) σε περίπτωση εφαρμογής της παρ. 2 του άρθρου 50, η οικονομική προσφορά δίδεται ως ποσοστό εξ αδιαιρέτου του ακινήτου και αντίστοιχων διηρημένων ιδιοκτησιών (αντιπαροχή) ή

ε) σε περίπτωση εφαρμογής της παρ. 3 του άρθρου 50, η οικονομική προσφορά περιλαμβάνει και άλλα ανταλλάγματα, εκτός από πλήρη χρηματική καταβολή ή αντιπαροχή ακινήτων, έναντι της κατασκευής και πιθανόν της λειτουργίας και συντήρησης του έργου (μερική ή ολική αυτοχρηματοδότηση).

Οι ανωτέρω περιπτώσεις, εκτός από την περίπτωση γ', μπορούν να εφαρμοστούν σε συνδυασμό μεταξύ τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης του ίδιου έργου, εφόσον η καθεμία αναφέρεται σε διαφορετικό αυτοτελές τμήμα του έργου...[...]».

17. Επειδή, το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» προβλέπει τα εξής «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.

2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής

Αριθμός απόφασης: 133/2019

σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί.

3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης.

4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές.

5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

18. Επειδή στους οικείους όρους της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: i) Στο άρθρο 9 της διακήρυξης με τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» αναφέρονται ρητώς τα εξής: «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, να καλέσει τους οικονομικούς φορείς, μέσω της λειτουργικότητας της "Επικοινωνίας" του υποσυστήματος, να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα

Αριθμός απόφασης: 133/2019

έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, συμπεριλαμβανομένης και της οικονομικής τους προσφοράς, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 13 της υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη». ii) Στο Άρθρο 13 της διακήρυξης με τίτλο «Διαδικασία σύναψης σύμβασης - Όροι υποβολής προσφορών» προβλέπονται τα κάτωθι «13.1. Η επιλογή του Αναδόχου, θα γίνει σύμφωνα με την «ανοικτή διαδικασία» του άρθρου 27 του ν. 4412/2016 και υπό τις προϋποθέσεις του νόμου αυτού. 13.2. Η οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων, θα συνταχθεί και υποβληθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 95 παρ. 2.(α) του ν. 4412/2016. 13.3. Κάθε προσφέρων μπορεί να υποβάλει μόνο μία προσφορά. 13.4. Δεν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικών προσφορών. 13.5. Δε γίνονται δεκτές προσφορές για μέρος του αντικειμένου της σύμβασης», iii) Στην παρ. 24.3. της διακήρυξης αναφέρεται ρητώς « Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Οικονομική Προσφορά» περιέχει το ψηφιακά υπογεγραμμένο αρχείο pdf, το οποίο παράγεται από το υποσύστημα, αφού συμπληρωθούν καταλλήλως οι σχετικές φόρμες».

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

20. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ.

C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 25 και Ψ-599/10, *SAG ELV Slovenko* κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 27).

21. Επειδή, περαιτέρω, διευκρινίζεται ότι διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης. Ειδικότερα, η αρμοδιότητα έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο: α) μπορεί, αλλά δεν έχει υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσότερων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, τόμ. 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδοση, αριθμ. 149, σελ. 139).

22. Επειδή, ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων, γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

23. Επειδή, η έννοια «ασυνήθιστη χαμηλή προσφορά» δεν ορίζεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 αλλά ούτε και στο προϊσχύον νομικό πλαίσιο

Αριθμός απόφασης: 133/2019

περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Ωστόσο, έχει κριθεί ότι το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς πρέπει να εκτιμάται σε συνάρτηση με τη σύνθεση της προσφοράς και με τη φύση της επίμαχης παροχής (απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2016, Agriconsulting Europe κατά Επιτροπής, T 570/13, EU:T:2016:40, σκέψη 55 και απόφαση της 4ης Ιουλίου 2017, European Dynamics Luxembourg SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T 392/15, ECLI:EU:T:2017:462 σκ.83). Ειδικότερα, η έννοια περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δύναται να καθορίζεται με αναφορά στην υπό ανάθεση σύμβαση, στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και συνθήκες αυτής, αλλά και στο εάν τα οικονομικά στοιχεία του προσφέροντος την εμφανιζόμενη ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά οικονομικού φορέα, αναφερόμενα με συγκεκριμένο και ειδικό τρόπο, πληρούν τις προϋποθέσεις υπαγωγής στην εν λόγω έννοια (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 866/2008 και ΔΕφΑΘΘ 217/2013 αναφορικά με την ερμηνεία της οικείας έννοιας υπό το προϊσχύον καθεστώς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων). Επομένως, αποδεικνύεται ειδικώς και ορισμένως με την προσκόμιση στοιχείων, μεταξύ άλλων και προσφορών με έκπτωση, σε παρόμοιους διεξαχθέντες διαγωνισμούς (89/2008 Πράξη Ελεγκτικού Συνεδρίου).

24. 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 4ης Ιουλίου 2017, European Dynamics Luxembourg SA κατά

Αριθμός απόφασης: 133/2019

Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T 392/15, ECLI:EU:T:2017:462 σκ.85, της 6ης Ιουλίου 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium κατά Επιτροπής, T 148/04, EU:T:2005:274, σκέψεις 49 και 50 της 11ης Μαΐου 2010, PC Ware Information Technologies κατά Επιτροπής, T 121/08, EU:T:2010:183, σκέψη 72 της 5ης Νοεμβρίου 2014, Computer Resources International (Luxembourg) κατά Επιτροπής, T 422/11, EU:T:2014:927, σκέψη 57, και της 15ης Σεπτεμβρίου 2016, European Dynamics Luxembourg και Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, T 698/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:476, σκέψη 59]. Τέτοιες αμφιβολίες μπορεί να υφίστανται, μεταξύ άλλων, εάν προκύπτει αβεβαιότητα ως προς, αφενός, το κατά πόσον ορισμένη προσφορά τηρεί τη νομοθεσία της χώρας εντός της οποίας πρέπει να παρασχεθούν οι υπηρεσίες, στον τομέα αμοιβών του προσωπικού, συνεισφοράς στο σύστημα κοινωνικής ασφάλισης και τηρήσεως των κανόνων ασφάλειας και υγιεινής στον χώρο εργασίας ή των πωλήσεων επί ζημία, και, αφετέρου, το κατά πόσον στην προσφερόμενη τιμή ενσωματώνονται όλες οι δαπάνες που προκύπτουν από τις τεχνικές πτυχές της προσφοράς (απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 2015, Secolux κατά Επιτροπής, T 90/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2015:772, σκέψη 62).

24. Επειδή 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].

25. 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 (Βλ. Dr Albert Sanchez Graells -Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions).

26. 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 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 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) .

27. Επειδή, ειδικότερα, προτού οι αναθέτουσες αρχές απορρίψουν μία προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή, ζητούν εγγράφως λεπτομέρειες σχετικά με τα συστατικά στοιχεία των προσφορών που κρίνονται χρήσιμα για την εκτίμηση ή την εξακρίβωση της προφανούς ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς (βλ. C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου).

28. Επειδή, ειδικότερα, από τις κείμενες διατάξεις και κατά το προΐσχυον καθεστώς που δεν έχει διαφοροποιηθεί εν προκειμένω, προκύπτει ότι, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή, κατά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, καταλήξει στο συμπέρασμα ότι οικονομική προσφορά παρίσταται ασυνήθιστα χαμηλή σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση συμβάσεως, εμφανίζει, δηλαδή, ουσιώδη απόκλιση είτε από το μέσο όρο των υποβληθεισών παραδεκτών οικονομικών προσφορών είτε από τον προϋπολογισμό της συμβάσεως κατά τα οριζόμενα στο οικείο άρθρο της προκηρύξεως, πριν απορρίψει την προσφορά αυτή, καλεί τον διαγωνιζόμενο να παράσχει διευκρινίσεις σχετικά με τα στοιχεία που συγκροτούν την προσφορά του και αναφέρονται στην αιτιολόγηση του ύψους του προσφερόμενου τιμήματος, μεταξύ δε άλλων αφορούν τους διατιθέμενους “ανθρώπινους πόρους”, δηλαδή τον αριθμό προσωπικού ανά ειδικότητα που θα διαθέσει ο διαγωνιζόμενος (αριθμός μελών ομάδας έργου) για την υλοποίηση της συμβάσεως, όπως αυτή εμφανίζεται σε χρονοδιάγραμμα που συνυποβάλλει με την αιτιολόγηση της προσφοράς του και το χρόνο κατά τον οποίο το προσωπικό αυτό θα απασχοληθεί, κατά τρόπο ώστε να προκύπτει ότι έχει ιδίως τηρηθεί ο ελάχιστος απαιτούμενος αριθμός ανθρωποημερών ανά ειδικότητα βάσει διακήρυξης, τα ποσά των απαιτούμενων προϊόντων και λοιπά έξοδα για το σύνολο της υπό ανάθεση σύμβασης. Η προαναφερθείσα διαδικασία αποσκοπεί στην εγκαθίδρυση και διεξαγωγή ενός πραγματικού διαλόγου μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του υποψηφίου αναδόχου, προκειμένου η αρχή να αξιολογήσει τις οικονομικές προσφορές από την άποψη της «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» και να διαπιστώσει, εκφέροντας ασφαλή κρίση, με βάση τον προϋπολογισμό της υπηρεσίας, αν το προσφερόμενο τίμημα επαρκεί για την προσήκουσα εκτέλεση του φυσικού αντικειμένου της συμβάσεως, όπως αυτό οριοθετείται από τις ειδικότερες προβλέψεις της διακηρύξεως (συμπεριλαμβανομένων των «τεχνικών

Αριθμός απόφασης: 133/2019

προδιαγραφών» και λοιπών βασικών δεδομένων αυτής), καταλείποντας στον ανάδοχο και κάποιο περιθώριο κέρδους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 290/2017, 83/2017, πρβλ. ΕΑ 83/2017, 197/2015 κ.ά.).

29. Επειδή, εξάλλου, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

29. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, ό.π., αρ. περ. 642' Β. Καψάλη, «*Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση*», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.), ομοίως Μ. Στασινόπουλο, *Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων*, Αθήνα, 1982, σ. 341, ο οποίος εύστοχα αναφέρει ότι «ο επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας» και διευκρινίζει πως «*η διεΐσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας*» σελ. 381 ο.π.).

30. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού

Αριθμός απόφασης: 133/2019

οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.prevedourou.gr>). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής, όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣτΕ 2418/1976, 1061/1981). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας, ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η

Αριθμός απόφασης: 133/2019

δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ 461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, ΕΥ:Τ:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά ΕUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2016:370, σκέψη 43).

31. Επειδή η δικαιολόγηση αυτής της δυνατότητας εκτίμησης ύπαρξης ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών των αναθετουσών αρχών δεν συνεπάγεται την απεριόριστη άσκηση διακριτικής ευχέρειας δοθέντος ότι 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 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να καθοδηγούνται και από την αρχή απαγόρευση των διακρίσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

32. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

33. Επειδή η αναθέτουσα αρχή οφείλει, κατ' εκτίμηση, ιδίως της απόκλισης της οικονομικής προσφοράς εκάστου διαγωνιζομένου από την προϋπολογισθείσα δαπάνη, να καλέσει προς παροχήν των αναγκαίων

Αριθμός απόφασης: 133/2019

διευκρινίσεων, εκείνους από τους διαγωνιζομένους, των οποίων την οικονομική προσφορά κρίνει ως ασυνήθιστα χαμηλή, να εκτιμήσει τη λυσιτέλεια των εξηγήσεων που αυτοί παρείχαν και να αποφασίσει αιτιολογημένα για την αποδοχή ή την απόρριψη των προσφορών τους. Σε κάθε, πάντως, περίπτωση, η άσκηση της σχετικής διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής δεν εκφεύγει του δικαστικού ελέγχου, καθώς και του ελέγχου της ΑΕΠΠ εν προκειμένω (βλ. ΔΕφΑθ 247/2016).

34. Επειδή έχει κριθεί ότι 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 ενδεχόμενο κατώφλιο 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. Κι αυτό γιατί είναι δυνατόν πράγματι η αναθέτουσα αρχή να σχηματίσει την πεποίθηση, επί τη βάση αυτών και μόνον των δικαιολογητικών, ότι η προσφορά, έστω και αν φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, είναι σοβαρή και, ως εκ τούτου, να τη δεχθεί. Ομοίως, η εν λόγω διατύπωση συμβάλλει στην επιτάχυνση της διαδικασίας ελέγχου των προσφορών (Απόφαση ΔΕΚ της 27/11/2001, C- 385,286/1999, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni και ANAS - Ente nazionale per le strade, Societa Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) και μεταξύ Impresa Ing. Mantovani SpA και ANAS - Ente nazionale per le strade, Ditta Paolo Bregoli (C-286/99), παρουσία της: Coopsette Soc. coop. arl (C-286/99), σκ, 53, 62).

35. Επειδή, κατά την πάγια νομολογία επί του προϋσχύοντος νομικού πλαισίου, σε περίπτωση που διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, γεννάται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει με πλήρη, ειδική και σαφή αιτιολογία επί αυτών, αφού ζητήσει διευκρινίσεις

Αριθμός απόφασης: 133/2019

από τον διαγωνιζόμενο που φέρεται να έχει υποβάλει την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 132/2016, πρβλ. ΕΑ 197/2015, 295/2011, 1260, 629/2010, 127/2009, 792/2008).

36. Επειδή η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

37. Επειδή, το ίδιο το ύψος της έκπτωσης (72,86%) σε συνδυασμό με τις λοιπές προσφορές, ήτοι την απόκλιση από τη δεύτερη προσφερόμενη έκπτωση (51,43%) αλλά και από τη διαμορφωθείσα κατά μέσο όρο έκπτωση του συνόλου των προσφορών – δεδομένου ότι οι λοιπές πέντε προσφορές παρουσιάζουν κατά φθίνουσα σειρά τις εξής εκπτώσεις 51,43%, 49%, 48%, 37,02%, 33,86% - δημιουργεί καταρχήν εύλογες υπόνοιες ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς (βλ. πράξη 387/2018 Ε' Ελ. Συνεδρίου).

38. Επειδή, ως διδάγματα της κοινής πείρας θεωρούνται γενικές αρχές που συνάγονται επαγωγικά από την καθημερινή παρατήρηση της εμπειρικής πραγματικότητας, τη συμμετοχή στις συναλλαγές και τις γενικές τεχνικές ή επιστημονικές γνώσεις, οι οποίες έχουν γίνει κοινό κτήμα και χρησιμοποιούνται από το δικαστήριο για την εξειδίκευση των αορίστων νομικών εννοιών και για έμμεση απόδειξη κρίσιμων γεγονότων, ή την εκτίμηση της αποδεικτικής αξίας των αποδεικτικών μέσων, που προσκομίστηκαν (ΟΛΑΠ 8/2005, ΣΤΕ 414/2006, ΔΕφ.Θεσ. 2632/2015). Επομένως η προσφεύγουσα βασίμως μετέρχεται των διδαγμάτων κοινής πείρας σε συνδυασμό με το ποσοστό της έκπτωσης αλλά και την απόκλιση της προσφερόμενης από την προσωρινή ανάδοχο έκπτωση σε σχέση με την ίδια ως δεύτερη σε κατάταξη για να υποστηρίξει τις εύλογες υπόνοιες ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς.

39. Επειδή, επομένως παρίσταται καταρχήν ως βάσιμος ο λόγος της προσφεύγουσας ως προς το σκέλος ότι η εν θέματι οικονομική προσφορά

Αριθμός απόφασης: 133/2019

παρίσταται άλλως «φαίνεται» ασυνήθιστα χαμηλή λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω.

40. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλείται τις συνήθεις τιμές της σχετικής αγοράς επικαλούμενη και προσκομίζοντας την με αριθμό 108/2014 απόφαση της ΟΕ της αναθέτουσας περί ανάθεσης δημοπρατούμενου έργου (προσκομίζεται και η οικεία διακήρυξη) με έκπτωση 43,73% σε σχέση με προϋπολογισμό 6.300.000 ευρώ με ΦΠΑ την από 8-5-2014 σύμβαση ανάθεσης του ως άνω έργου.

41. Επειδή, ωστόσο – ανεξαρτήτως της βασιμότητας ή μη των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής περί μη ταύτισης του αντικειμένου των δύο διαγωνισμών καθόσον ο ορθός τίτλος αυτού είναι «.....» - όλως απαραδέκτως προβάλλει η προσφεύγουσα στοιχεία έτερης διαγωνιστικής διαδικασίας, και δη προκηρυχθείσας αρκετά έτη πριν, λόγω της αυτοτέλειας των διαδικασιών διενέργειας του διαγωνισμού (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007, κ.α.). Η, δε, επικαλούμενη από την προσφεύγουσα απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου (ΕΣ/VI Τμήμα 2028/2017, σκ V, σελ. 13) κρίνοντας περί των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας, όπως ρητώς διαλαμβάνει στο σκεπτικό της, δεν υπεισέρχεται σε σύγκριση οικονομικών, τεχνικών και νομικών στοιχείων αντίστοιχων διαγωνισμών, ενώ η ΕΑ ΣΤΕ 88/2015, που αναφέρεται σε συγκριτικά στοιχεία παρόμοιων συμβάσεων, αφορά σε διαφορετικό νομικό ζήτημα, ήτοι στην μη υποχρέωση ματαίωσης του διαγωνισμού, σε περίπτωση που απομένει, στο στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, μόνο ένας διαγωνιζόμενος. Αντίθετες, δε, αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής που προβλήθηκαν με την διευκρινιστική απάντησή της κρίνονται ομοίως απαράδεκτες κατά τα ανωτέρω, ενώ σε αντίθεση με όσα προβάλλει, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008).

42. Επειδή, η προσφεύγουσα προσκομίζει σχετικές προσφορές των εταιρειών «.....» και «.....», τις οποίες έλαβε η ίδια για τη διαμόρφωση της προσφοράς της ως προς τις εργασίες «λιθορροπές προστασίας κοίτης και πρανών βάρους 200 έως 500kg», καθόσον στην περιοχή εκτέλεσης του

Αριθμός απόφασης: 133/2019

έργου (.....) δεν υφίστανται αδειοδοτημένα λατομεία ασβεστολιθικών πετρωμάτων μεγάλου βάρους (200 έως 500 κιλά) υποστηρίζοντας βάσει των οικονομικών στοιχείων των ως άνω προσφορών ότι η οικονομική προσφορά είναι ζημιογόνος.

43. Επειδή, αντιστοίχως, η προσφεύγουσα προς περαιτέρω απόδειξη του ζημιογόνου κι επομένως επικίνδυνου για το δημόσιο συμφέρον χαρακτήρα της υπό κρίση οικονομικής προσφοράς, όσον αφορά την εργασία «συρματοπλέγματα και σύρματα συρματοκιβωτίων γαλβανισμένα με κράμα ψευδαργύρου – αλουμινίου» επικαλείται και προσκομίζει της συρματοουργίας «.....» και της εταιρίας

44. Επειδή, ωστόσο, παρά τα αναφερθέντα από την προσφεύγουσα δεν προκύπτει μετά αποδείξεως από την υπό εξέταση προσφυγή ότι οι ως άνω οικονομικοί φορείς των οποίων οι προσφορές αποτέλεσαν τη βάση των παρατιθέμενων στην προσφυγή υπολογισμών, συνιστούν ως η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, τις μόνες επιχειρήσεις δυνάμενες να προμηθεύσουν την προσωρινή ανάδοχο. Περαιτέρω, δεν υποστηρίζεται, πολλώ δε μάλλον δεν αποδεικνύεται από το κείμενο της προσφυγής και τα προσκομισθέντα μετ' αυτής έγγραφα ότι δεν είναι εφικτή υπό προϋποθέσεις η παροχή διαφοροποιημένης προσφοράς άλλως η επίτευξη καλύτερης συμφωνίας από την πλευρά της προσωρινής αναδόχου με έκαστο εκ των ανωτέρω αναφερόμενων οικονομικών φορέων.

45. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία καθόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση Pirro Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών

Αριθμός απόφασης: 133/2019

δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας), πολλώ δε μάλλον όταν ο σχετικός όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

46. Επειδή, με βάση το άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 παρ. 7 ζ και η ορίζεται ότι «ζ. Με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων εγκρίνεται Κανονισμός Αναλυτικών και Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών ανάλογα με την κατηγορία και το μέγεθος των έργων και με την προσβασιμότητα της περιοχής εκτέλεσής τους. η) Ο Κανονισμός Αναλυτικών και Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών, μετά την έγκρισή του, ισχύει υποχρεωτικά για όλες τις αναθέτουσες αρχές που δημοπρατούν δημόσιες συμβάσεις έργων». Τα αναλυτικά τιμολόγια και πρακτικά τιμών αποτελούν νόμιμα στοιχεία προσδιορισμού της αξίας των εργασιών και μπορούν να αποτελέσουν τη βάση προκειμένου να διαπιστωθεί εάν το κατ' αποκοπή τίμημα του τιμολογίου της μελέτης είναι πραγματικό (ΣΤΕ 1913/2004, Ντίνος Ρόβλιας, ο νέος νόμος 4412/2016 για τις δημόσιες συμβάσεις, ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΡΓΑ & ΜΕΛΕΤΕΣ, Νομοθεσία – Νομολογία, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 122-123).

47. Επειδή, όσον αφορά τις εργασίες καθαρισμού κοιτών και μεταφοράς των φερτών υλικών ή απορριμμάτων σε χώρο απόθεσης ή απόρριψης, η προσφεύγουσα επικαλείται προς απόδειξη της ζημιογόνου - ως διατείνεται – προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, κυρίως εγκεκριμένα αναλυτικά τιμολόγια υδραυλικών έργων (<http://www.....gr/html/timologia.aspx>). Ωστόσο, τα ως άνω τιμολόγια, τα οποία δεν είναι προσφάτως ενημερωμένα, δεν έχουν υποχρεωτική εφαρμογή στον καθορισμό των ελάχιστων ποσών των σχετικών εργασιών, βάσει της ισχύουσας νομοθεσίας, ήτοι του Ν. 4412/2016, (βλ. αναθεωρήσεις υδραυλικών έργων , άρθρο 43 ΠΔ 609/1985) ενώ δεν αναφέρονται ρητώς στην οικεία διακήρυξη ώστε να έχουν δεσμευτική ισχύ για τις διαμορφωθείσες προσφορές των υποψηφίων. Επομένως, με βάση τα ανωτέρω, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εν γένει, που καταδεικνύουν το ζημιογόνο χαρακτήρα της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, εφόσον δεν αποδεικνύονται, κρίνονται ως αόριστοι, σε κάθε δε περίπτωση, ως ερειδόμενοι επί εσφαλμένης βάσης, κρίνονται ως αβάσιμοι.

48. Επειδή, έχει κατ' αναλογία κριθεί, ότι την αναγκαία τεκμηριωμένη εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής δεν μπορεί, πάντως, να υποκαταστήσει η εκ μέρους της επίκληση του κατωφλίου ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς που προσδιορίστηκε κατ' εφαρμογή του ανωτέρω αναφερόμενου προσχεδίου εγκυκλίου Ομάδας Εργασίας του ΥΠΟΜΕΔΙ, αφού κάτι τέτοιο θα ήταν αντίθετο στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της συναφούς προς αυτήν αρχής της διαφάνειας, που διέπουν τη διαδικασία ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΚ, ούτε η τυχόν παραπομπή στις τιμές, βάσει των οποίων συνετάγη ο προϋπολογισμός του έργου, δεδομένου ότι, στο πλαίσιο ενός μειοδοτικού διαγωνισμού, οι τιμές αυτές είναι, εξ ορισμού, δεκτικές εκπτώσεως (βλ. ΔΕφΠατρ 8/2018, ΕΑ ΣΤΕ 644/2004).

49. Επειδή, καταρχήν με βάση τα ανωτέρω (βλ. σκέψεις 21-33) κρίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας με την κατά τεκμήριο κρίση της αναθέτουσας αρχής ότι η υπό εξέταση προσφορά δεν «φαίνεται» ασυνήθιστα χαμηλή κι επομένως δεν απαιτείται η παροχή σχετικών διευκρινίσεων.

50. Επειδή, οίκοθεν, άλλωστε, νοείται ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί επανερχόμενη επί ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής, να απαντήσει αιτιολογημένα στις προβαλλόμενες αιτιάσεις και, αφού εκδώσει νέα σχετική πράξη, να ολοκληρώσει μέσα σε σύντομο χρονικό διάστημα τον επίδικο διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 220/2017, πρβλ. Ε.Α. 61/2017, 15/2016, 226/2013, 198/2013 κ.ά.).

51. Επειδή, επομένως, σε συνέχεια και των υπό σκέψη 37 ανωτέρω, η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής με την οποία αποκρούονται οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της προσφοράς του οικονομικού φορέα, που αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος παρίσταται προδήλως πλημμελής. Και τούτο, γιατί η αναθέτουσα δεν παρέθεσε καμία αιτιολόγηση ως προς τα οικονομικά, τεχνικά ή, άλλως, επιστημονικά κριτήρια του υπό κατασκευή έργου, όπως ενδεικτικά μεν, πλην κατευθυντήρια, αναφέρει το άρθρο 88 του ν.4412/2016, ούτε αντέκρουσε επί της ουσίας τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, τους οποίους απλώς αμφισβήτησε συνομολογώντας με τις απόψεις της και την από 14/1/2019 ηλεκτρονική

Αριθμός απόφασης: 133/2019

επιστολή της ότι δεν είναι σε θέση να παράσχει εμπειριστατωμένη κρίση περί της ασυνήθιστα ή μη προσφοράς της προσωρινής αναδόχου (πρβλ. ΔΕφ/Λαρ. 13/2018). Επομένως, παρά την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογήσει ειδικώς και εμπειριστατωμένα την απόφασή της περί μη συνδρομής λόγων χαρακτηρισμού της υπό εξέταση προσφοράς της προσωρινής αναδόχου ως ασυνήθιστα χαμηλής, δεδομένων των αιτιάσεων της υπό κρίση προσφυγής, η αναθέτουσα προέβη σε ισχυρισμούς προς αντίκρουση καταρχήν της απόδειξης περί του χαρακτηρισμού της οικονομικής προσφοράς ως ζημιολόγου, οι οποίοι δεν συνιστούν επαρκή αιτιολογία με βάση τα αναφερόμενα στις σκέψεις 29-33 ανωτέρω (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 220/2017).

52. Επειδή, η ΑΕΠΠ δεν δύναται καθ' υποκατάσταση της Διοίκησης να προβεί σε υποβολή σχετικής ερώτησης προς την προσωρινή ανάδοχο και να κρίνει πρωτογενώς κατ' ουσίαν τις τυχόν δοθείσες εξηγήσεις (βλ. ΔΕφΘεσ. 7/2019, Δ.Εφ.Πειρ. 44/2018).

53. Επειδή, γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

55. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ύψους δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000) πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016, άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, ύψους 15.000,00 ευρώ, στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 15^η Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε την 4^η Φεβρουαρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 133/2019

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Άννα Χριστοδουλάκου

Χρήστος Κάτρης